

2 Kündigungsschutz außerhalb des KSchG

Eine Kündigung kann auch angegriffen werden, wenn das KSchG nicht anwendbar ist oder wenn die Klage auf andere Gründe als die Sozialwidrigkeit der Kündigung gestützt wird.

Zwar können solche Gründe, die nach dem KSchG geeignet sind, zu einer Sozialwidrigkeit der Kündigung zu führen, auf Kündigungen außerhalb des KSchG nicht einfach übertragen werden²³. Es gibt aber eine Reihe von Sachverhalten, bei denen sich die Unwirksamkeit einer Kündigung aus Gründen außerhalb des KSchG ergeben kann. Beispielhaft seien aufgeführt:

- Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot
- Verstoß gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB)
- Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB)
- Spezialgesetze wie § 102 BetrVG (Betriebsratsanhörung), § 613 a Abs. 4 BGB (Betriebsübergang)

Seit dem 1.1.2004 muss **bei allen Klagen**, also auch bei solchen, die auf andere Gründe als Sozialwidrigkeit nach dem KSchG gestützt werden, eine **Klagefrist von drei Wochen** eingehalten werden, sonst gilt die Kündigung als rechtswirksam (vgl. Kap. 10.1.1).

2.1 Kündigungsschutz in Wartezeit und Kleinbetrieb

Fällt ein Arbeitsverhältnis nicht unter den allgemeinen Kündigungsschutz nach dem KSchG, weil es sich um einen **Kleinbetrieb** handelt oder das Arbeitsverhältnis noch **keine sechs Monate** besteht, unterliegt der Arbeitgeber nur geringen Einschränkungen des Kündigungsrechtes.

Trotzdem darf die Kündigung nicht willkürlich sein, und es muss ein auf das Arbeitsverhältnis bezogener **sachlicher Grund** vorliegen. Ausreichend sind aber subjektive Einschätzungen, z. B. wenn *„der Arbeitnehmer nach der persönlichen Einschätzung des Arbeitgebers den Anforderungen nicht genügt“*. Hierzu müssen weder Tatsachen vorliegen noch vorgetragen oder gar bewiesen werden²⁴.

Bei einer Kündigung innerhalb der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG, also der ersten sechs Monate des Arbeitsverhältnisses, ist eine Kündigung auch

²³ BAG, Urt. v. 25.4.2001 – 5 AZR 360/99

²⁴ BAG, Urt. v. 23.4.2009 – 6 AZR 516/08

nicht deshalb unwirksam, weil eine Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz möglich wäre²⁵.

Auch in **Kleinbetrieben** verlangt die Rechtsprechung ein Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme. Willkürliche, evident unsachliche Gründe führen zur Unwirksamkeit einer Kündigung.

Wenn unter mehreren Arbeitnehmern eine **Auswahl** zu treffen ist, darf der Arbeitgeber einem Arbeitnehmer, der erheblich schutzbedürftiger als ein vergleichbarer anderer Arbeitnehmer ist, nur kündigen, wenn eine Abwägung ergibt, dass betriebliche oder persönliche Gründe diese Entscheidung rechtfertigen. Von der Möglichkeit einer Auswahl geht das BAG aber nur aus, wenn auf den ersten Blick erkennbar ist, dass der zu kündigende Arbeitnehmer ohne weiteres austauschbar ist. Dies ist insbesondere nicht der Fall, wenn der vertragliche Einsatzbereich unterschiedlich ist²⁶. Je weniger bei der Auswahl Interessen des Betriebes eine Rolle spielen, desto eher ist von einem Treueverstoß auszugehen²⁷. Bei der **Abwägung** darf der Arbeitgeber aber berücksichtigen, dass in einem kleineren Betrieb der Geschäftserfolg mehr als in Großbetrieben von jedem einzelnen Arbeitnehmer abhängt. Er darf daher die Leistungsfähigkeit und Persönlichkeitsmerkmale, die für die Zusammenarbeit, die Außenwirkung und das Betriebsklima von Bedeutung sind, bei der Abwägung einbeziehen²⁸.

Abmahnung oder **Anhörung** des Arbeitnehmers vor Ausspruch einer Kündigung sind nicht vorgeschrieben.

Der **besondere Kündigungsschutz** (Kap. 9) und die Beteiligungsrechte des **Betriebsrates** (Kap. 8) sind aber in vollem Umfang zu beachten.

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (**AGG**) ist auf Kündigungen, für die das KSchG nicht gilt, unmittelbar anzuwenden (vgl. unten „Diskriminierende Kündigung“). Die Kündigung darf auch nicht gegen ein gesetzliches Verbot, Treu und Glauben, die guten Sitten oder vertragliche Kündigungsbeschränkungen verstoßen.

2.2 Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot

Ein Kündigungsverbot wird in einer Vielzahl von Spezialvorschriften bestimmt. Hierzu gehören die in Kapitel 9 behandelten Bestimmungen des

25 BAG, Urt. v. 28.6.2007 – 6 AZR 750/06 – NZA 2007, 1049 (1052)

26 BAG, Urt. v. 6.2.2003 – 2 AZR 672/01 – RdW 13/2003, NZA 2003, 717

27 BAG, Urt. v. 6.2.2003 – 2 AZR 672/01 – RdW 13/2003, NZA 2003, 717

28 BAG v. 21.2.2001 – 2 AZR 15/00 – RdW 322/2001, NZA 2001, 833, 934; BAG v. 16.1.2003 – 2 AZR 609/01; BAG v. 28.10.2010 – 2 AZR 392/08 – EBE/BAG 2011, 19 ff. (23)

besonderen Kündigungsschutzes für bestimmte Personengruppen wie etwa Schwangere, Personen in Elternzeit, Schwerbehinderte oder Mitglieder der betrieblichen Mitbestimmung. Weitere Schutzgesetze sind z. B. die Benachteiligungsverbote, wonach niemand an der Übernahme des Ehrenamtes als Arbeits- oder Sozialrichter oder an der Ausübung dieses Amtes gehindert werden darf (§§ 26 ArbGG, 20 SGG), das Verbot geschlechtsbezogener Benachteiligung (§ 611 a BGB), das Maßregelungsverbot, d. h. eine Kündigung wegen zulässiger Rechtsausübung (§ 612 a BGB) und eine Reihe von Grundrechtsartikeln, z. B. das Grundrecht der Koalitionsfreiheit nach Art. 9 GG. Danach darf keinem Arbeitnehmer gekündigt werden, weil er Mitglied einer Gewerkschaft ist oder weil er sich weigert, aus einer Gewerkschaft auszutreten. Unter besonderen Umständen kann eine Kündigung auch wegen Verstoßes gegen das Grundrecht der freien Meinungsäußerung nichtig sein.

Eine wichtige Schutzvorschrift enthält auch § 20 BetrVG, wonach bei der Wahl des Betriebsrats kein Arbeitnehmer in der Ausübung des aktiven und passiven Wahlrechts behindert werden darf.

2.2.1 Kündigung bei Betriebsübergang

Bei einem Betriebsübergang gehen die Arbeitsverhältnisse nach § 613a BGB auf den Betriebserwerber über, wenn der Arbeitnehmer nicht widerspricht. Eine Kündigung, deren tragender Grund der Betriebsübergang ist, ist unwirksam (§ 613 a Abs. 4 BGB).

Zulässig ist aber eine Kündigung aus anderen Gründen, und zwar sowohl durch den Veräußerer als auch durch den Erwerber. Diese Kündigung wird wie jede andere Kündigung behandelt, insbesondere muss sie, wenn das KSchG gilt, sozial gerechtfertigt sein. Weiter muss sie den besonderen Kündigungsschutz beachten und der Betriebsrat muss angehört werden. Widerspricht der Arbeitnehmer dem Übergang des Arbeitsverhältnisses, kommt eine Kündigung durch den Veräußerer in Betracht, wenn wegen des Betriebsübergangs keine Beschäftigungsmöglichkeit mehr besteht.

2.2.2 Diskriminierende Kündigung

Kündigungen, auf die das KSchG keine Anwendung findet, sind unmittelbar am Maßstab des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) zu messen²⁹. Verstößt die Kündigung gegen das Benachteiligungsverbot der §§ 1, 7 AGG ist sie unwirksam³⁰. Die Unwirksamkeit muss innerhalb der Dreiwochen-Frist des § 4 KSchG geltend gemacht werden, sonst gilt sie als rechtswirksam

29 BAG, Urt. v. 19.12.2013 – 6 AZR 190/12 Rn.22 – NZA 2014, 372

30 BAG, Urt. v. 19.12.2013 – 6 AZR 190/12 – RdW 206/2014; Günther, NZA 2014, 584

(§ 7 KSchG). Eine diskriminierende Kündigung ist geeignet, einen Anspruch auf Ersatz immaterieller Schäden nach § 15 Abs.2 AGG zu begründen, wenn eine außergewöhnliche Belastung vorliegt, die über das Normalmaß hinausgeht³¹.

2.3 Verstoß gegen Treu und Glauben

Eine Kündigung, die den Grundsatz von Treu und Glauben gem. § 242 BGB verletzt, ist unwirksam. Der Arbeitnehmer soll vor einer willkürlichen oder auf sachfremden Motiven beruhenden Kündigung geschützt werden. Hierunter fallen z.B. **widersprüchliches Verhalten des Arbeitgebers**, diskriminierende Kündigung oder Kündigung zur Unzeit oder in ehrverletzender Form. Der Kündigungszeitpunkt alleine führt allerdings nicht zur Unwirksamkeit. Es müssen über den Zeitpunkt hinaus besondere Umstände hinzukommen, damit die Kündigung unwirksam ist.

Beispiel: Eine Kündigung, die dem Arbeitnehmer nach einem schweren Arbeitsunfall am gleichen Tag im Krankenhaus unmittelbar vor einer auf dem Unfall beruhenden Operation ausgehändigt wird, ist unwirksam.

Nicht unwirksam ist eine Kündigung, die am 24. 12. zugeht³². Selbst eine Kündigung in zeitlichem Zusammenhang mit einer Fehlgeburt oder dem Tod des Lebensgefährten³³ ist nur unwirksam, wenn über den Zeitpunkt der Kündigung hinaus weitere Umstände hinzukommen, z.B. die Dauer des Arbeitsverhältnisses.

2.4 Verstoß gegen die guten Sitten

Eine Kündigung, die gegen die guten Sitten verstößt, ist nach § 138 BGB nichtig. Will der Kündigungsempfänger die Nichtigkeit geltend machen, muss er innerhalb von drei Wochen Klage erheben (vgl. Kap 10.1).

An die Sittenwidrigkeit werden strenge Anforderungen gestellt. Sie ergibt sich noch nicht aus der Tatsache, dass beispielsweise ein Arbeitgeber ohne erkennbaren Grund oder unter Missbrauch seiner Machtstellung kündigt. Nichtig ist eine Kündigung nur dann, wenn sie auf einem Gesamtverhalten des Arbeitgebers beruht, das dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden gröblich widerspricht, insbesondere, wenn ihr ein ausgesprochen verwerfliches Motiv zugrunde liegt.

31 BAG, Urt. v. 12.12.2013 – 8 AZR 838/12 – EBE/BAG 2014, 94, NZA 2014, 722

32 BAG, Urt. v. 14.11.1984 – 7 AZR 174/83 – RdW 544/1985

33 BAG, Urt. v. 5.4.2001 – 2 AZR 185/00 – NZA 2001, 890, DB 2001, 2435

Beispiel: Kündigung aus Rachsucht oder als Vergeltungsmaßnahme, ebenso als Maßregelung dafür, dass sich ein Arbeitnehmer ohne groben Formverstoß für die Interessen der Betriebsangehörigen eingesetzt hat.

Allerdings ist zu beachten, dass eine Nichtigkeit der deswegen ausgesprochenen Kündigung nur dann gegeben ist, wenn der Arbeitnehmer diese Motivation der Kündigung beweisen kann, wobei die Grundsätze der abgestuften Beweislast gelten.

Unter Berufung auf den Gleichbehandlungsgrundsatz wird nur in den seltensten Fällen die Unwirksamkeit einer Kündigung anzunehmen sein.

Beispiel: Mehrere Arbeitnehmer haben bei einem wilden Streik trotz mehrfacher Aufforderung die Arbeit nicht wieder aufgenommen. Der Unternehmer kündigt einem von ihnen fristlos, beschäftigt jedoch die anderen weiter.

In dem geschilderten Fall hat das Bundesarbeitsgericht³⁴ festgestellt, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz bei Gestaltungsrechten wie einer Kündigungserklärung nicht anzuwenden ist. Der Arbeitgeber kann also bei Vorliegen gleicher Kündigungsgründe dem einen Arbeitnehmer kündigen, dem anderen nicht. Er darf nur nicht willkürlich handeln und es darf kein Auswahlverschulden vorliegen. Im Einzelfall kann aus der verschiedenen Behandlung zweier Arbeitnehmer bei einer fristlosen Kündigung im Kündigungsschutzprozess eine Interessenabwägung erforderlich sein, mit dem Ergebnis, dass es dem beklagten Arbeitgeber zuzumuten gewesen wäre, den gekündigten Arbeitnehmer noch bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zu beschäftigen.

2.5 Verstoß gegen vertragliche Kündigungsbeschränkungen

Bei Abschluss eines Einzelarbeitsvertrags ist es den Vertragspartnern unbenommen, das Kündigungsrecht einzuschränken, insbesondere eine ordentliche Kündigung auszuschließen und nur die Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund zuzulassen.

Eine solche Kündigungsbeschränkung muss nicht ausdrücklich erfolgen, sondern kann sich auch aus den Umständen beim Vertragsabschluss ergeben. Wird beispielsweise eine Stellung als Lebensaufgabe bezeichnet, so ist eine ordentliche Kündigung mindestens für die ersten Jahre ausgeschlossen³⁵. Wird eine „Dauerstellung“ vereinbart, so kann dies bedeuten, dass der gesetzliche Kündigungsschutz nicht erst nach sechs Monaten, sondern bereits zu Beginn des Beschäftigungsverhältnisses Platz greifen soll³⁶.

³⁴ BAG, Urt. v. 21.10.1969 – 1 AZR 93/68

³⁵ BAG, Urt. v. 7.11.1968 – 2 AZR 397/67 und § 15 Abs. 4 TzBfG

³⁶ BAG, Urt. v. 18.2.1967 – 2 AZR 114/66

Neben einzel- kommen auch tarifvertragliche Kündigungsbeschränkungen nach längerer Betriebszugehörigkeit und/oder Erreichen einer bestimmten Altersgrenze in Betracht. In diesen Fällen kommt selbst die – nicht grundsätzlich ausgeschlossene – außerordentliche Beendigungskündigung aus verhaltensbedingten Gründen nur als äußerstes Mittel in Frage, wenn z. B. eine Änderungskündigung ausscheidet³⁷ (vgl. Kap. 7.3.2 und 7.4).

37 BAG, Urt. v. 14. 11. 1984 – 7 AZR 474/83 – RdW 295/1985

3 Kündigung besonderer Vertragsverhältnisse

3.1 Kündigung befristeter Arbeitsverhältnisse

Ein befristeter Arbeitsvertrag wird grundsätzlich auf eine bestimmte Dauer geschlossen. Die ordentliche Kündigung ist damit im Regelfall schon begrifflich ausgeschlossen. Eine außerordentliche Kündigung ist immer möglich und kann auch nicht ausgeschlossen werden. Soll während der Dauer des befristeten Arbeitsverhältnisses eine ordentliche Kündigung zulässig sein, so kann diese Möglichkeit einzelvertraglich oder durch Tarifvertrag **vereinbart** werden (§ 15 Abs. 3 TzBfG). Zu beachten ist, dass auch für eine solche Kündigung nach einer Betriebszugehörigkeit von **sechs Monaten** die Beschränkungen des **Kündigungsschutzgesetzes** gelten, sofern die übrigen Voraussetzungen hierfür erfüllt sind (vgl. Kapitel 7.2).

Ein Arbeitnehmer, der sich darauf berufen will, dass die Befristung seines Arbeitsvertrages rechtsunwirksam sei, muss nach § 17 Teilzeit- und Befristungsgesetz innerhalb von **drei Wochen** nach dem vereinbarten Ende des befristeten Arbeitsvertrages **Klage** beim Arbeitsgericht erheben. Werden mehrere befristete Arbeitsverträge nacheinander abgeschlossen, wird die Drei-Wochen-Frist für jede einzelne Befristungsabrede gesondert mit dem Ablauf der vereinbarten Beendigung in Lauf gesetzt³⁸.

Beispiel: Ein Arbeitnehmer wird jeweils befristet vom 1. 6. – 30. 6., vom 1. 7. – 31. 7. und vom 1. 8. – 31. 8. eingestellt. Weitere Einstellungen erfolgen nicht.

Im September kann der Arbeitnehmer nur noch Klage gegen die Wirksamkeit der Befristung des letzten Vertrages erheben. Die Überprüfung der beiden vorangehenden Verträge ist wegen Ablaufes der Drei-Wochen-Frist nicht mehr möglich. Die Befristung dieser Verträge gilt als wirksam. Das bezieht sich auf die Geltendmachung aller Unwirksamkeitsgründe³⁹.

Wird das Arbeitsverhältnis nach dem vereinbarten Ende fortgesetzt, so beginnt die Drei-Wochen-Frist erst mit dem Zugang der schriftlichen Erklärung des Arbeitgebers, dass das Arbeitsverhältnis aufgrund der Befristung beendet sei (§ 17 Satz 3 TzBfG).

Die Klageerhebung ist auch schon vor dem beabsichtigten Ende des Arbeitsverhältnisses zulässig, wenn das Bestehen eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses streitig ist⁴⁰.

38 BAG, Urt. v. 24.10.2001 – 7 AZR 686/00 – RdW 146/2002

39 Bauer, BB 2001, 2528

40 Vgl. Fn. 35

Wenn die **Befristung unwirksam** ist (§ 16 Satz 1 TzBfG), z. B. weil sie nicht schriftlich vereinbart wurde (§ 14 Abs. 4 TzBfG), oder wenn das Arbeitsverhältnis nach Ablauf des vereinbarten Endes ohne unverzüglichen Widerspruch des Arbeitgebers fortgesetzt wurde (§ 15 Abs. 5 TzBfG), liegt ein unbefristetes Arbeitsverhältnis vor. Um dies zu beenden, muss gekündigt werden. Für diese Kündigung gelten alle Kündigungsbestimmungen. D. h. das KSchG ist anwendbar, wenn seine Voraussetzungen vorliegen. Sollte ein besonderer Kündigungsschutz (Kap. 9) vorliegen, muss er beachtet werden. Der Betriebsrat ist vor der Kündigung anzuhören und die Kündigungsfristen sind einzuhalten.

Nach § 16 Satz 1 TzBfG kann der Arbeitgeber frühestens zum ursprünglich vereinbarten Ende der Befristung kündigen, es sei denn, es wurde einzelvertraglich oder durch Tarifvertrag vereinbart, dass die ordentliche Kündigung während der Befristung zulässig sein soll. Außerdem kann der Arbeitgeber dann vor dem vereinbarten Ende ordentlich kündigen, wenn die Befristung nur deshalb unwirksam ist, weil die vorgeschriebene Schriftform nicht beachtet wurde (§ 16 Satz 2 TzBfG).

3.2 Kündigung von Teilzeitkräften

Für die Kündigung von Teilzeitkräften gelten keine Besonderheiten. Für eine Kündigung gelten die gleichen Regelungen wie für in Vollzeit beschäftigte Arbeitskräfte. Insbesondere sind sowohl das Kündigungsschutzgesetz als auch alle Regelungen des besonderen Kündigungsschutzes (Schwangerschaft, Elternzeit, Schwerbehinderung etc.) in gleichem Umfang anwendbar. Das gilt für alle Arten von Teilzeitkräften, auch die sog. 450-Euro-Kräfte.

3.3 Kündigung ordentlich unkündbarer Arbeitnehmer

Ist die ordentliche Kündigung eines Arbeitnehmers, z. B. nach tarifvertraglichen Vorschriften, auf Dauer ausgeschlossen, bedeutet das nicht, dass überhaupt keine Kündigung zulässig ist. Eine **außerordentliche Kündigung** ist auch bei sog. unkündbaren Arbeitnehmern möglich. Sie ist nach den gleichen Grundsätzen zu prüfen, wie bei jedem Arbeitnehmer. Es muss ein rechtfertigender Kündigungsgrund vorliegen und eine Interessenabwägung vorgenommen werden.

Im Rahmen der **Interessenabwägung** ist zu prüfen, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zu seiner regulären Beendigung, also im Regelfall bis zum Bezug von Altersrente, zumutbar ist.

Ist dies nicht der Fall, ist eine fristlose Kündigung dennoch nicht ohne weiteres zulässig, denn dadurch könnte der Arbeitnehmer schlechter gestellt

werden, als ein Arbeitnehmer, der nicht unkündbar ist und bei dem nur geprüft würde, ob die Fortsetzung bis zum Ablauf seiner – kürzeren – Kündigungsfrist zumutbar wäre. Bei einem Unkündbaren ist daher zusätzlich zu prüfen, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der **fiktiven Kündigungsfrist** zumutbar wäre, die ohne seine Unkündbarkeit für ihn gelten würde⁴¹. Wäre die Fortsetzung nicht einmal bis zu diesem Zeitpunkt zumutbar, kann eine fristlose Kündigung möglich sein. Anderenfalls muss die außerordentliche Kündigung mit einer **Auslauffrist** verbunden werden, die der Länge der ordentlichen Kündigungsfrist ohne die Unkündbarkeit entspricht.

Im Rahmen der Interessenabwägung werden **deutlich strengere Anforderungen** gestellt als bei einer ordentlichen Kündigung (z. B. Sozialauswahl und Umorganisation zur Schaffung einer Beschäftigungsmöglichkeit). U. U. muss der Arbeitgeber einen geeigneten Arbeitsplatz freikündigen⁴². Selbst wenn eine Beschäftigungsmöglichkeit wegfällt, hat das BAG angenommen, dass ohne das Vorliegen zusätzlicher besonderer Gründe bei einer verbleibenden Vertragsdauer von deutlich unter fünf Jahren die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar sein kann⁴³. Ein Kündigungsgrund kann es sein, wenn der Arbeitsbereich eines ordentlich unkündbaren Arbeitnehmers infolge der Vergabe an ein Drittunternehmen dauerhaft wegfällt (Outsourcing). Allerdings darf der Grund für die Vergabe nicht sein, den Arbeitnehmer loszuwerden⁴⁴, und es besteht eine gesteigerte Verpflichtung, eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer zu suchen.

Wie bei jeder außerordentlichen Kündigung muss die Kündigung innerhalb von zwei Wochen nach Kenntnis von dem Kündigungsgrund zugehen (**Ausschlussfrist** § 626 Abs. 2 BGB).

Wenn eine länger andauernde Störung vorliegt (Dauertatbestand), z. B. Krankheit, Wegfall von Arbeitsplatz oder Fahrerlaubnis, fehlende Arbeits-erlaubnis, muss die Kündigung nicht innerhalb von zwei Wochen ab erstmaliger Kenntnis hiervon zugehen. Für die Einhaltung der Ausschlussfrist reicht es, wenn die Umstände, auf die der Arbeitgeber die Kündigung stützt, noch bis mindestens zwei Wochen vor Zugang der Kündigung gegeben waren⁴⁵.

41 BAG, Urt. v. 27. 4. 2006 – 2 AZR 386/05 – EBE/BAG 2006, 133; BAG, 9. 6. 2011 – 2 AZR 381/10 – RdW 190/2012

42 BAG, Urt. v. 18. 5. 2006 – 2 AZR 207/05

43 BAG, Urt. v. 6. 10. 2005 – 2 AZR 362/04

44 BAG, Urt. v. 18. 6. 2015 – 2 AZR 480/14 – RdW 29/2016

45 BAG, Urt. v. 23. 1. 2014 – 2 AZR 582/13 – NZA 2014, 962 – RdW FOCUS Heft 19/2016

Arbeitsunfähigkeit infolge **Krankheit** kann auch bei ordentlich unkündbaren Arbeitnehmern ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung sein, z. B. wenn über Jahre hinweg erhebliche Entgeltfortzahlungen zur erbringen wären, ohne dass dem nennenswerte Leistungen gegenüberständen. Es ist aber ein strengerer Maßstab anzulegen als bei einer ordentlichen Kündigung. Zwischen Entgelt und Arbeitsleistung muss ein **gravierendes** Missverhältnis bestehen.

Bei häufigen Kurzerkrankungen liegt ein grobes Missverhältnis vor, wenn aufgrund der Fehlzeiten in den letzten **drei** Jahren vor Ausspruch der Kündigung damit zu rechnen ist, der Arbeitgeber werde für **mehr als ein Drittel** der jährlichen Arbeitstage Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall leisten müssen.

Bei **häufigen Kurzerkrankungen** ist es nicht erforderlich, dass der Arbeitnehmer bei Zugang der Kündigung krank ist. Die erforderliche **negative Prognose** liegt vor, wenn die Erkrankungen den Schluss auf eine dauerhafte Krankheitsanfälligkeit des Arbeitnehmers zulassen, aufgrund derer mit weiteren erheblichen Fehlzeiten zu rechnen ist. Sie endet erst nach einem hinreichend langen Zeitraum ohne krankheitsbedingte Ausfälle⁴⁶.

Für die **Ausschlussfrist** des § 626 Abs. 2 BGB ist es nicht erforderlich, dass der Arbeitnehmer bis zwei Wochen vor Zugang der Kündigung arbeitsunfähig war. Sie ist gewahrt, wenn bei Zugang der Kündigung die negative Prognose und die sich daraus ergebenden erheblichen Beeinträchtigungen noch bis mindestens zwei Wochen vor Zugang der Kündigung gegeben waren.

Die Anhörung des **Betriebsrats** muss unter Einhaltung der Wochenfrist der ordentlichen Kündigung erfolgen⁴⁷.

3.4 Kündigung von Minderjährigen

Wird einem Minderjährigen gekündigt, so muss die Erklärung nach § 131 BGB an dessen gesetzliche Vertreter gerichtet werden, im Regelfall also an beide Elternteile, und diesen auch zugehen⁴⁸. Kündigt ein Minderjähriger, so kann der Kündigungsempfänger die Kündigung zurückweisen, wenn der Minderjährige nicht die Einwilligung seiner gesetzlichen Vertreter, im Regelfall also beider Elternteile, vorlegen kann.

Der Einschaltung der gesetzlichen Vertreter bedarf es jedoch in beiden Fällen nicht, wenn der Minderjährige entweder zum selbständigen Betrieb

46 BAG, Urt. v. 25.4.2018 – 2 AZR 6/18 – RdW 23/2019 – NZA 2018, 1056; LAG Berlin-Brandenburg 15 Sa 2498/18

47 BAG, Urt. v. 12.1.2006 – 2 AZR 242/05 Rn. 17

48 BAG, Urt. v. 8.12.2011 – 6 AZR 354/10 – RdW 331/2012, NZA 2012, 495