

# FEHLER VERMEIDEN BEI DER BEENDIGUNG VON ARBEITSVERHÄLTNISSEN



Christian Prauser ist Jahrgang 1965 und Partner der Rechtsanwaltskanzlei Dr. Scholz & Weispfenning in Nürnberg. Sein Studium absolvierte er an der Freien Universität Berlin sowie an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen. Seit 1994 ist er als Rechtsanwalt zugelassen und seit 1998 Fachanwalt für Arbeitsrecht. Er berät vorwiegend mittelständische Unternehmen in allen arbeitsrechtlichen Fragen, insbesondere auch bei Firmenübernahmen oder Umstrukturierungen, bis hin zu Vereinbarungen über einen Interessenausgleich und/oder Sozialplan.

Der Abbau von Arbeitsplätzen ist aufgrund der allgemeinen Wirtschaftslage ein aktuelles Thema. In der Praxis werden dabei oft vermeidbare Fehler gemacht, die dazu führen, dass die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gänzlich scheitert oder deutlich erschwert wird. Christian Prauser von der Rechtsanwaltskanzlei Dr. Scholz & Weispfenning setzt sich im nachfolgenden Beitrag nicht mit den Kündigungsgründen im Einzelnen auseinander, sondern weist vor allem auf vermeidbare Fehler vor und bei Ausspruch einer Kündigung hin.

## I. ARBEITSVERTRAG DURCHSEHEN!

Im Regelfall steht vor dem Ausspruch einer Kündigung ein längerer Entscheidungsfindungsprozess.

Es sollte zur Routine werden, in dem Moment, in dem man erstmals über die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses nachdenkt, einen Blick in den Arbeitsvertrag zu werfen, um insbesondere die Kündigungsfristen zu prüfen.

### 1.1

Häufig findet man in Arbeitsverträgen Klauseln, die Kündigungen während des Kalenderjahres einschränken, z. B. sechs Monate zum Ablauf eines Quartals. Es sollte daher zunächst überprüft werden, wann der zeitlich günstigste Termin für eine Kündigung ist, um eine lange Kündigungsfrist zu vermeiden. Selbst wenn die Kündigung auf wackeligen Beinen steht, ist es meistens günstiger eine entsprechend höhere Abfindung zu zahlen, als einen Mitarbeiter, den man eigentlich nicht mehr benötigt, noch über viele Monate weiter zu beschäftigen.

### 1.2

Darüber hinaus sollte man prüfen, inwieweit sich gegebenenfalls aufgrund gesetzlicher Bestimmungen – von denen im Einzelvertrag nicht zu Lasten des Arbeitnehmers abgewichen werden kann – aufgrund einer bestimmten Betriebszuge-

hörigkeit in naher Zukunft eine Verlängerung der Kündigungsfristen ergibt. So verlängert sich nach § 622 Abs. 2 BGB zum Beispiel die Kündigungsfrist nach fünf Jahren von einem Monat zum Monatsende auf zwei Monate zum Ende eines Kalendermonats. Kündigt man einem Arbeitnehmer also nach vier Jahren und elf Monaten, so kann man – sofern einzelvertraglich keine längere Frist vereinbart wurde – mit einer Frist von einem Monat zum Monatsende kündigen. Einen Monat später ist die Kündigungsfrist einen Monat länger und die Beendigung des Arbeitsverhältnisses somit mit deutlich höheren Kosten verbunden.

### 1.3

Insbesondere dann, wenn sich aufgrund der konjunkturellen Entwicklung die Notwendigkeit ergibt, Arbeitsplätze abzubauen, sollte man frühzeitig überprüfen, welche Mitarbeiter sich noch in der Probezeit befinden oder bei welchen Mitarbeitern kurzfristig Befristungen nach dem Teilzeit- und Befristungsgesetz auslaufen. Die größte Erschwernis von Kündigungen entsteht dann, wenn das Kündigungsschutzgesetz eingreift (vgl. hierzu auch Ziffer IV). Gerade in Fällen, in denen die konjunkturelle Entwicklung einen Unternehmer dazu zwingt, Arbeitsplätze abzubauen, sollte man bereits frühzeitig überprüfen, bis zu welchem Zeitpunkt

man gegebenenfalls ohne Erforderlichkeit eines Kündigungsgrundes ein Arbeitsverhältnis noch innerhalb der ersten sechs Monate beenden kann. Dies wird sehr häufig übersehen. Hier kann unter Umständen das Verstreichenlassen weniger Tage dazu führen, dass die Kündigung eines bestimmten Mitarbeiters zum Problem wird, (vgl. hierzu auch II. + IV.).

## II. KEINE VERLÄNGERUNG DER PROBEZEIT ÜBER SECHS MONATE HINAUS MÖGLICH

Häufig wird die Bedeutung der sogenannten „Probezeit“ verkannt. In § 622 Abs. 3 BGB ist geregelt, dass während einer vereinbarten Probezeit, längstens für die Dauer von sechs Monaten, das Arbeitsverhältnis mit einer Frist von zwei Wochen gekündigt werden kann. Diese gesetzliche Regelung zur Probezeit hat allerdings nichts mit dem Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes zu tun. Eine Probezeitvereinbarung ist also nichts anderes als eine Vereinbarung einer zweiwöchigen Kündigungsfrist innerhalb der ersten sechs Monate. Wenn keine Probezeitregelung getroffen wird, gilt diese verkürzte Kündigungsfrist nicht. Gänzlich unabhängig davon besteht Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz – bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen im Übrigen – nach sechs Monaten. Ein häufiger Fehler liegt darin, dass der Arbeitgeber

kurz vor Ablauf der Probezeit nicht sicher ist, ob er das Arbeitsverhältnis fortsetzen will oder nicht. Er vereinbart dann – auch im Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes – eine Verlängerung der Probezeit, z. B. um weitere drei bis sechs Monate. Eine derartige Vereinbarung ist nichtig und der Arbeitnehmer genießt nach Vollendung des sechsten Monats vollen Kündigungsschutz. Gleiches gilt im Übrigen, wenn die Vertragsparteien nach Abschluss eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses im Nachhinein versuchen, eine Befristung zu vereinbaren.

### III. KÜNDIGUNG OHNE ZUSTIMMUNG DRITTER MÖGLICH?

Vor Ausspruch einer Kündigung sollte man auch vorsorglich überprüfen, ob für den betreffenden Arbeitnehmer ein Sonderkündigungsschutz besteht und wenn ja, ob vor Ausspruch der Kündigung eine

Zustimmung Dritter erforderlich ist. Die Kündigung eines Schwerbehinderten oder eines Gleichgestellten ist stets erst nach Einschaltung des Integrationsamtes möglich. Auch die Kündigung einer Schwangeren kann ohne vorherige Zustimmung des Gewerbeaufsichtsamtes nicht erfolgen.

In anderen Fällen, in welchen Sonderkündigungsschutz besteht, wie zum Beispiel bei einer Kündigung von Betriebsräten, sind die Kündigungsvoraussetzungen ebenfalls erschwert, jedoch ist zuvor keine behördliche Zustimmung notwendig.

### IV. BESTEHT KÜNDIGUNGSSCHUTZ?

#### 4.1 Besteht Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz?

Obwohl aufgrund der wirtschaftlichen Situation Personalabbaumaßnahmen eigentlich dringend erforderlich sind,

schrecken Arbeitgeber teilweise davor zurück, Kündigungen auszusprechen, weil sie davon ausgehen, dass aufgrund langjähriger Betriebszugehörigkeit er-

**Sofern im Unternehmen ein Betriebsrat vorhanden ist, so ist der Betriebsrat vor jeder Kündigung eines Arbeitnehmers anzuhören, mit Ausnahme sogenannter leitender Angestellter.**

hebliche Abfindungsbeträge im Raum stehen. Dabei wird häufig übersehen, dass das Kündigungsschutzgesetz möglicherweise für den betreffenden Betrieb überhaupt keine Anwendung findet.

Zum 01.01.2004 wurde das Kündigungsschutzgesetz modifiziert. Für Neueinstel-



© fififoto, www.shutterstock.com

lungen gilt das Kündigungsschutzgesetz erst, wenn ein Schwellenwert von mehr als zehn Mitarbeitern erreicht wird, für sogenannte Altfälle (Einstellung vor dem 31.12.2003) gilt das Kündigungsschutzgesetz bereits bei einem Schwellenwert von mehr als fünf Mitarbeitern.

**a) Aber:** Sogenannte Altmitarbeiter, die bereits vor dem 31.12.2003 eingestellt wurden, genießen nur dann Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz, solange mehr als fünf Altmitarbeiter im Betrieb weiterarbeiten. Dies wird in der Praxis häufig übersehen. Wurden zum Beispiel sechs Vollzeitmitarbeiter vor dem 31.12.2003 beschäftigt, so hatten sie alle Kündigungsschutz. Scheidet einer dieser sechs Mitarbeiter aus und wird durch einen neuen Mitarbeiter ersetzt, so hat keiner dieser Mitarbeiter

## Die Kündigung einer Schwangeren kann ohne vorherige Zustimmung des Gewerbeaufsichtsamtes nicht erfolgen.

mehr Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz, es sei denn, der aktuell geltende Schwellenwert von mehr als zehn Mitarbeitern wird überschritten.

**b)** Bei der Frage, ob das Kündigungsschutzgesetz Anwendung findet, wird auch häufig nicht erkannt, wie der sogenannte Schwellenwert, d. h. die maßgebliche Mitarbeiterzahl berechnet wird. Der Geschäftsinhaber oder Geschäftsführer gilt nicht als Arbeitnehmer, Gleiches gilt für Leiharbeitnehmer und Auszubildende. Teilzeitkräfte werden nur anteilig mitgerechnet (bis 20 Wochenstunden = 0,5, bis 30 Wochenstunden = 0,75, darüber hinaus liegende Wochenarbeitszeiten mit 1,0). Insofern lohnt es sich – gerade in kleineren Betrieben – vor jeder Einstellung oder Entlassung zu überprüfen, inwieweit das Kündigungsschutzgesetz Anwendung findet oder Anwendung finden wird, wenn ein weiterer Arbeitnehmer eingestellt wird. Selbst die Neueinstellung einer Reinigungskraft auf 400,00 €-Basis kann dazu führen, dass

der gesamte Betrieb künftig dem Kündigungsschutzgesetz unterliegt. Umgekehrt ist es denkbar, dass aufgrund von Teilzeitregelungen 15 oder mehr Mitarbeiter im Unternehmen angestellt sind, ohne dass das Kündigungsschutzgesetz Anwendung findet.

Findet das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung, kann ohne das Vorliegen eines Kündigungsgrundes gekündigt werden. Wie bereits ausgeführt beginnt der Kündigungsschutz für den einzelnen Arbeitnehmer erst nach sechsmonatiger ununterbrochener Tätigkeit im Unternehmen.

### 4.2 Kündigung von Auszubildenden.

Nach § 22 Berufsbildungsgesetz (BBiG) kann das Berufsausbildungsverhältnis während der Probezeit jederzeit ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden. Es ist allerdings eine Probezeit zu vereinbaren, die mindestens einen Monat und maximal vier Monate betragen darf (§ 20 BBiG). Nach Ablauf der Probezeit kann man sich von einem Auszubildenden nur unter erschwerten Bedingungen lösen, sodass im Zweifel eine Kündigung innerhalb der Probezeit zu empfehlen ist. Auch hier ist wichtig, dass selbst in beiderseitigem Einvernehmen die Probezeit nicht über den Viermonatszeitraum verlängert werden kann.

### V. BETRIEBSRATSANHÖRUNG

Sofern im Unternehmen ein Betriebsrat vorhanden ist, so ist der Betriebsrat vor jeder Kündigung eines Arbeitnehmers anzuhören, mit Ausnahme sogenannter leitender Angestellter.

#### 5.1

Diese Verpflichtung besteht auch während einer vereinbarten Probezeit innerhalb der ersten sechs Monate, selbst wenn das Kündigungsschutzgesetz während dieser Zeit noch gar keine Anwendung findet. Wird erst am Ende der Probezeit gekündigt, so kann die Unwirksamkeit dazu führen, dass zu einem späteren Zeitpunkt mangels Kündigungsgrund nach dem Kündigungsschutzgesetz keine Kündigung mehr möglich ist.

#### 5.2

Eine gesetzliche Ausnahme der Anhörungspflicht des Betriebsrats vor Aus-

spruch der Kündigung gilt für sogenannte leitende Angestellte.

**Aber:** In der Praxis geschieht es sehr häufig, dass Kündigungen von sogenannten leitenden Angestellten sich im Nachhinein wegen fehlender Betriebsratsanhörung als unwirksam herausstellen, weil der Mitarbeiter zwar im Vertrag als leitender Angestellter bezeichnet wird, tatsächlich aber keine Aufgaben (noch nicht oder nicht mehr) eines leitenden Angestellten ausübt. Gerade in der Probezeit wird ein leitender Angestellter regelmäßig noch nicht die Befugnisse eines leitenden Angestellten haben mit der Folge, dass der Betriebsrat anzuhören ist.

#### 5.3

Nach Anhörung des Betriebsrats ist die Kündigung allerdings erst möglich, wenn der Betriebsrat eine verbindliche Stellungnahme zu der Kündigung abgegeben hat. Gibt er keine Stellungnahme ab, so ist die gesetzliche Stellungsfrist voll auszuschöpfen. Endet die Wochenfrist des § 102 Betriebsverfassungsgesetz zum Beispiel am Dritten eines Monats, so endet sie erst um 24 Uhr und eine Kündigung, die zuvor übergeben wird, ist unwirksam, selbst dann, wenn der Betriebsrat am nächsten Tag schriftlich die Zustimmung zur Kündigung erklärt. Hier tritt keine Heilung ein und hier passieren in der Praxis ebenfalls sehr häufig Fehler, weil der Betriebsrat oft im Vorfeld ankündigt, er werde voraussichtlich zustimmen und sich dann mit der schriftlichen Stellungnahme noch etwas Zeit lässt.

### VI. ANGABE VON KÜNDIGUNGSGRÜNDEN

#### 6.1

Nach Ablauf der Probezeit ist bei einer Kündigung eines Auszubildenden stets der Kündigungsgrund anzugeben (§ 22 Abs. 3 BBiG). Ein Verstoß hiergegen führt automatisch zur Unwirksamkeit der Kündigung. Ansonsten ist die Angabe eines Kündigungsgrundes in der Kündigungserklärung nicht zwingend vorgeschrieben. In Fällen, in denen man die Kündigung möglicherweise auf verschiedene Gründe stützen will, empfiehlt es sich daher im Zweifel lediglich die Kündigungsfrist, nicht jedoch den Kündigungsgrund anzugeben.

## 6.2

Oftmals scheidet der Ausspruch einer Kündigung an formellen Mängeln. Beispielfolgend sind hier folgende Hauptfehler zu nennen:

- Mündliche Kündigungen sind grundsätzlich unwirksam, da die Schriftform erforderlich ist (§ 623 BGB).
- Aus dem gleichen Grund ist auch eine schriftliche Kündigung ohne Unterschrift unwirksam.
- Oftmals ergibt sich die Unwirksamkeit einer Kündigung auch daraus, dass das Kündigungsschreiben durch jemanden unterzeichnet wurde, der nicht zur Kündigung berechtigt ist.

Regelmäßig zur Kündigung berechtigt ist der Inhaber, der Geschäftsführer (bei Einzelvertretungsbefugnis), der Prokurist oder der Personalchef. Nicht automatisch kündigungsberechtigt ist der Vorgesetzte oder ein anderer Mitarbeiter, der die Kündigung dann in Vertretung oder im Auftrag unterzeichnet. Derartige Kündigungen können dann wegen feh-

lender Vollmacht vorlage nach § 174 BGB kurzfristig zurückgewiesen werden.

## VII. RICHTIGES ZUSTELLEN EINER KÜNDIGUNG

Am sichersten ist es, die Kündigung gegen Empfangsbekanntnis auszuhändigen. Wird die Kündigung zum Beispiel lediglich durch einen Geschäftsführer ohne Zeugen und ohne Empfangsbestätigung überreicht, so kann ein Arbeitnehmer gegebenenfalls im Nachhinein den Zugang der Kündigung bestreiten. Ein Geschäftsführer oder Inhaber kann in einem Rechtsstreit aus prozessualen Gründen heraus nicht als Zeuge benannt werden mit der Folge, dass kein Beweis für die Zustellung der Kündigung vorliegt.

Soll die Kündigung am Wohnsitz des Arbeitnehmers zugestellt werden, so empfiehlt sich eine Zustellung per Boten, da bei einer Übersendung per normaler Post kein Zugangsnachweis vorhanden ist.

Eine sogenannte Kündigung per Einschreiben/Rückschein ist ebenfalls nur bedingt zu empfehlen, da die Kündigung erst dann als zugestellt gilt, wenn der Ar-

beitnehmer die Kündigung selbst erhält. Das Einwerfen des Benachrichtigungszettels in den Briefkasten des Arbeitnehmers führt nicht zum Zugang der Kündigung. Gerade bei Zustellung einer Kündigung am Monatsende kann dies dazu führen, dass die Kündigung erst deutlich

**Die Kündigung eines Schwerbehinderten oder eines Gleichgestellten ist stets erst nach Einschaltung des Integrationsamtes möglich.**

später zugeht, weil der Arbeitnehmer, der den Benachrichtigungszettel erhält, die Kündigung ggf. bewusst erst einige Tage später abholt. Vereinzelt treten zwar Beweisprobleme bei einer Versendung der Kündigung per Einwurf-Einschreiben auf, dennoch ist diese Versandart empfehlenswerter, weil die Kündigung bereits mit Einwurf in den Briefkasten des Arbeitnehmers als zugestellt gilt.

*Christian Prauser / Rechtsanwaltskanzlei  
Dr. Scholz & Weispenning*

# aventus finance

Honorarberatung für Mediziner und Unternehmer

**Die Gestaltung der eigenen Finanzen ist wie ein Schachspiel:  
Jeder einzelne Zug muss gut durchdacht sein.**

## Zentrale Karlsruhe

Amalienbadstr. 41  
76227 Karlsruhe

Tel. 0721 / 91 56 91 - 40

Fax 0721 / 91 56 91 - 49

## Standort Stuttgart

Taläckerstr. 17  
70437 Stuttgart

Tel. 0711 / 13 67 16 - 60

Fax 0711 / 13 67 16 - 69

[info@aventus-finance.com](mailto:info@aventus-finance.com)  
[www.ventus-finance.com](http://www.ventus-finance.com)

**VDH** VERBUND DEUTSCHER  
HONORARBERATER

egen

► finanzieren

► vorsorgen

► versichern