

wenn er zum einen trotz Kenntnis des Kündigungsgrundes die Kündigung längere Zeit nicht ausspricht, obwohl ihm dies möglich und zumutbar wäre, und zum anderen hierdurch dann beim Mitarbeiter das berechtigte Vertrauen entsteht, dass eine Kündigung nicht mehr ausgesprochen wird und er sich deshalb auf den Fortbestand des Dienstverhältnisses einrichtet.¹

2. Allgemeiner Kündigungsschutz

Zum Schutz des Mitarbeiters wird die Dienstgeberkündigung durch eine Reihe von Kündigungsschutzbestimmungen beschränkt. Dabei ist zu unterscheiden zwischen denjenigen Vorschriften, die nur für bestimmte Personengruppen gelten, wie z.B. Menschen mit Schwerbehinderung oder Schwangere – man spricht hier vom **besonderen Kündigungsschutz** – und denjenigen, die grundsätzlich für alle Mitarbeiter gelten können – dem allgemeinen Kündigungsschutz. Letzterer wird im Wesentlichen in den §§ 1 bis 14 KSchG geregelt. 220

Zentral für den allgemeinen Kündigungsschutz ist, dass der Gesetzgeber nach § 1 Abs. 2 KSchG nur bestimmte Kündigungsgründe als zulässig ansieht. Konkret ist in § 1 Abs. 2 KSchG niedergelegt, dass eine Kündigung dann **sozial ungerechtfertigt** ist, wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in dem betreffenden Betrieb entgegenstehen, bedingt ist. Dieser allgemeine Kündigungsschutz wird im Folgenden näher erläutert. 225

Zu Einzelheiten des besonderen Kündigungsschutzes wird auf die Module → S 4 (Schwerbehindertenrecht; insbes. Ziffer 8 zu § 168 ff. SGB IX), → M 1 (Mutterschutz; insbes. Ziffer 7 zu § 17 MuSchG) und → E 2 (Elternzeit; insbes. Ziffer 2.1 zu § 18 BEEG) verwiesen. 230

2.1 Anwendbarkeit

Der allgemeine Kündigungsschutz kann zwar grundsätzlich für alle Mitarbeiter gelten. Allerdings greift er nur dann, wenn das KSchG auf das Dienstverhältnis anwendbar ist. Das ist der Fall, wenn der Mitarbeiter die Wartezeit nach § 1 Abs. 1 Satz 1 KSchG erfüllt, zum geschützten Personenkreis gehört und eine bestimmte Anzahl von Mitarbeitern im Betrieb beschäftigt ist. 235

2.1.1 Erfüllung der Wartezeit

Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 KSchG gilt das KSchG nur, wenn das Arbeitsverhältnis wenigstens **sechs Monate** bestanden hat. Der entscheidende Zeitpunkt 240

1 Vgl. auch Linck, in: Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 18. Aufl. 2019, § 129 Rn. 17

B 1.6 Ordentliche Kündigung

Allgemeiner Kündigungsschutz

für die Berechnung dieses Zeitraums ist dabei nicht derjenige des Ablaufs der Kündigungsfrist, sondern derjenige des **Zugangs der Kündigung**.¹



BEISPIEL

- 245 Beginn des Arbeitsverhältnisses am 1.1. Die Kündigung zum Ablauf des 30.6. geht am 1.6. zu. Ist die Voraussetzung der Wartezeit nach § 1 Abs. 1 S. 1 KSchG des allgemeinen Kündigungsschutzes erfüllt?

Lösung:

Die Wartezeit des § 1 Abs. 1 Satz 1 KSchG läuft nach §§ 187 Abs. 2, 188 Abs. 2 BGB am 30.6. um 24:00 Uhr ab (§ 193 BGB gilt hier nicht!). Zum entscheidenden Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung war die Wartezeit somit noch nicht abgelaufen; es besteht kein allgemeiner Kündigungsschutz.

Variante:

Beginn des Arbeitsverhältnisses am 1.1. Die Kündigung zum Ablauf des 31.7. geht am 30.6. zu.

Lösung:

Da es hinsichtlich der Erfüllung der Wartezeit auf den Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung ankommt, spielt der Ablauf der Kündigungsfrist am 31.7., also deutlich nach Erfüllung der Wartezeit, keine Rolle. Der vorliegend entscheidende Zugang der Kündigung am 30.6. ist der letztmögliche Zeitpunkt, zu welchem die Wartezeit noch nicht erfüllt ist. Also besteht auch hier kein allgemeiner Kündigungsschutz.



BEISPIEL

- 250 (nach BAG, Urteil vom 6.12.1976, 2 AZR 470/75 „Wartezeit“)
Dienstgeber D kündigt der am 1.1. eingestellten Erzieherin E am 29.3. zum 30.4. während der Probezeit, weil sich die notwendige Schließung der Tagesstätte abzeichnet und für die Arbeitskraft der E kein gegenwärtiger weiterer Bedarf besteht. Am 2.5. steht fest, dass die Anmeldungen von Kindern für die Weiterführung der Tagesstätte entgegen der ursprünglichen Erwartung doch ausreichen. D bietet E deshalb mit Schreiben vom 3.5. zum 16.5. die Weiterbeschäftigung an. E nimmt das Angebot an. Am 30.9. kündigt D erneut, und zwar durch Probezeitkündigung zum 31.10., da er mit den Arbeitsleistungen von E nicht hinreichend zufrieden ist. Konnte D eine weitere Probezeitkündigung erklären mit der Begründung, die Wartezeit sei noch nicht abgelaufen?

¹ BAG, Urteil vom 20.9.1957, 1 AZR 136/56

Lösung:

Für das BAG war und ist in solchen Fällen entscheidend, ob das neue Arbeitsverhältnis in einem engen sachlichen und zeitlichen Zusammenhang mit dem früheren steht. Hierfür seien Anlass und Dauer der Unterbrechung maßgeblich. Im entschiedenen Fall bejahte das BAG einen solchen sachlichen und zeitlichen Zusammenhang: Die Tätigkeit sei gleichartig gewesen und eine zeitliche Unterbrechung von drei Wochen sei im Allgemeinen unschädlich.

Konsequenz: D konnte am 30.9. keine Probezeitkündigung mehr erklären, da die Wartezeit bereits abgelaufen war.

Diese Auffassung hat das BAG mit Urteil vom 22.9.2005 präzisiert und bestätigt:¹ Dort lagen zwischen den Arbeitsverhältnissen der Parteien immer wieder mehrere Monate und zwischen dem vor Ablauf der Wartezeit gekündigten Arbeitsverhältnis und dem diesem vorausgegangenen Arbeitsverhältnis mehr als fünf Monate. Das BAG ging in diesem Fall davon aus, dass solche Arbeitsverhältnisse **nicht zusammengerechnet** werden können. Das gilt auch dann, wenn die jeweilige Tätigkeit dieselbe war. Der notwendige zeitliche Zusammenhang fehlt bei einer solchen mehrmonatigen Unterbrechung. Wichtig ist in diesem Kontext aber, dass das BAG die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der zeitliche Zusammenhang fehlt, beim Dienstgeber sieht.²

255

Zusammenfassend ergeben sich folgende Grundregeln zur Wartezeit:

260

- Für den Beginn der Wartezeit nach § 1 Abs. 1 Satz 1 KSchG ist der Zeitpunkt entscheidend, zu welchem die Vertragsparteien ihre gegenseitigen Rechte und Pflichten begründen wollen. Das ist der Zeitpunkt, an welchem der Mitarbeiter seine Arbeit aufnehmen und im Gegenzug seine vereinbarte Vergütung erhalten soll.
- Dieser Zeitpunkt ist für den Beginn der Wartezeit (nur) dann nicht entscheidend, wenn die Parteien den Termin der Arbeitsaufnahme übereinstimmend auf einen späteren Zeitpunkt als den des rechtlichen Beginns des Arbeitsverhältnisses gelegt haben. Anzunehmen ist das beispielsweise dann, wenn Dienstgeber und Mitarbeiter sich darin einig sind, dass sofort am rechtlichen Beginn des Arbeitsverhältnisses ein Zeitraum beginnen soll, in welchem der Mitarbeiter nicht zur Arbeit verpflichtet ist.
- Für die Beurteilung der Frage, ob der erste Tag des Arbeitsverhältnisses zur Wartezeit zählt, kann zur Auslegung des Parteiwillens auf § 187 BGB zurückgegriffen werden. Hiernach gilt: Mit der Nennung eines bestimmten

1 BAG, Urteil vom 22.9.2005, 6 AZR 607/04

2 BAG, Urteil vom 15.12.1994, 2 AZR 327/94

B 1.6 Ordentliche Kündigung

Allgemeiner Kündigungsschutz

Datums, „ab welchem“ ein Mitarbeiter eingestellt wird, geben die Vertragsparteien zu verstehen, dass das Arbeitsverhältnis mit Beginn dieses Tages im Sinn von § 187 Abs. 2 BGB beginnen soll.¹ Dann zählt dieser Tag bei der Berechnung der Wartezeit mit.

- Für das Ende der Wartezeit gilt nach obigem Urteil: § 193 BGB findet auf die Berechnung der Wartezeit keine Anwendung. Der Sechs-Monate-Zeitraum verlängert sich also nicht, wenn der letzte Tag der Wartezeit auf einen Samstag, Sonntag oder allgemeinen Feiertag fällt.
- Ist zwischen den Parteien die Dauer einer Unterbrechung zwischen der Arbeit bzw. mehreren Arbeitsverhältnissen und die Gleichartigkeit der Tätigkeit streitig, so trägt grundsätzlich der Dienstgeber die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass eine rechtliche und damit schädliche Unterbrechung nach den oben dargestellten Kriterien vorliegt. Misslingt ihm dies, so sind die mehreren Beschäftigungszeiten zusammenzurechnen.

2.1.2 Zugehörigkeit zum geschützten Personenkreis

265 In persönlicher Hinsicht gibt § 14 KSchG den Rahmen vor, innerhalb dessen der volle Kündigungsschutz bestehen soll. So gilt für die Anwendung des allgemeinen Kündigungsschutzes der herkömmliche Arbeitnehmerbegriff (→ Modul A 6, insbes. Ziffer 2.5). Allerdings bestehen aufgrund des § 14 KSchG zwei Einschränkungen:

- Gesetzliche Vertreter juristischer Personen wie beispielsweise der Geschäftsführer einer GmbH ebenso wie die organschaftlichen Vertreter von Personengesamtheiten genießen keinen Kündigungsschutz nach § 14 Abs. 1 KSchG.
- Nach § 14 Abs. 2 KSchG wird der Kündigungsschutz mit Einschränkungen auf die dort bezeichneten leitenden Angestellten angewendet. Diese müssen zur selbstständigen Einstellung oder Entlassung von Mitarbeitern berechtigt sein. Sind sie es nicht, so genießen sie vollen Kündigungsschutz, auch wenn auf sie § 3 Abs. 2 Ziffern 4, 5 und 6 MAVO keine Anwendung findet, weil sie hiernach nicht als Mitarbeiter gelten.

2.1.3 Betriebliche Mindestbeschäftigtenzahl

270 Nach dem Willen des Gesetzgebers soll der volle allgemeine Kündigungsschutz erst ab einer bestimmten Betriebs-/Einrichtungsgröße gelten. Bis zum 31.12.2003 genügte hierfür ein Schwellenwert von wenigstens 5 Mitarbeitern für den allgemeinen Kündigungsschutz, vgl. § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG. **Seit 1.1.2004 gilt insoweit Folgendes:**

1 BAG, Urteil vom 22.9.2005, 6 AZR 607/04