

## Rundschreiben 05/2016

### Thema: Kündigung von Arbeitsverhältnissen aus Arbeitgeber- sicht – formelle Anforderungen / Arbeitsrecht

#### 1. Einleitung

Zunächst einmal ist die Frage, ob das Kündigungsschutzgesetz auf das zu kündigende Arbeitsverhältnis anzuwenden ist oder nicht, zu klären. Dies ist nicht so einfach zu beantworten. Wird die Frage, ob das Kündigungsschutzgesetz anzuwenden ist oder nicht, falsch beantwortet, kann dies erhebliche Auswirkungen bei einer Kündigung haben. Dies wird meistens erhebliche finanzielle Folgen für den Arbeitgeber mit sich bringen.

Selbst wenn aber die Frage richtig beantwortet wird und feststeht, dass das Kündigungsschutzgesetz nicht anwendbar ist, muss für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses einiges beachtet werden, um Probleme zu vermeiden. Die nachfolgenden Ausführungen betreffen die Frage, ob das Kündigungsschutzgesetz anzuwenden ist oder nicht und weitere allgemeine Fragen der Arbeitgeber-Kündigung, die sowohl bei Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes als auch ohne Geltung des Kündigungsschutzgesetzes zu klären sind.

#### 2. Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes

Das Kündigungsschutzgesetz ist auf ein Arbeitsverhältnis nur anwendbar, wenn im Zeitpunkt der Kündigung das Arbeitsverhältnis mindestens 6 Monate bestanden hat, § 1 Abs. 1 KSchG. Wenn also das Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung nicht länger als 6 Monate bestanden hat, ist das Kündigungsschutzgesetz nicht anwendbar.

Für Arbeitnehmer, für die nach dem 31.12.2003 ihr Beschäftigungsverhältnis begonnen hat, ist das Kündigungsschutzgesetz dann anwendbar, **wenn das Arbeitsverhältnis sechs Monate bestanden hat und im Betrieb in der Regel mehr als 10 Arbeitnehmer beschäftigt sind**, § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG.

Probleme bereitet die Feststellung, wie viele Arbeitnehmer in der Regel im Betrieb beschäftigt sind. Teilzeitbeschäftigte Mitarbeiter mit einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von nicht mehr als 20 Stunden zählen mit 0,5, Arbeitnehmer mit einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 20 Stunden bis nicht mehr als 30 Stunden zählen mit 0,75 und Arbeitnehmer mit einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von mehr als 30 Stunden zählen mit 1. Auszubildende sind dabei nicht mitzuzählen. Auch der zu kündigende Mitarbeiter zählt mit.

Darüber hinaus muss geprüft werden, ob **in der Regel** mehr als 10 Mitarbeiter beschäftigt werden. Dazu sollte geprüft werden, wie viele Arbeitnehmer in einer Zeitspanne von zuletzt einem Jahr durchschnittlich beschäftigt waren. Sollten sich kurzfristige Beschäftigungsspitzen aufgrund einer Sondersituation ergeben haben, wären diese Spitzen nicht mitzurechnen.

Wenn sich danach herausstellt, dass das Kündigungsschutzgesetz nicht anwendbar ist, sind für die Kündigung dennoch die nachfolgend skizzierten Punkte (die auch bei Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes zu beachten sind) zu beachten:

### 3. Schriftform der Kündigung

Gemäß § 623 BGB muss die Kündigung schriftlich erfolgen.

Eine mündlich ausgesprochene Kündigung ist unwirksam und nichtig. Schriftform bedeutet, dass sie mit der Hand, mit der Maschine oder dem PC geschrieben, gedruckt oder vervielfältigt wird. Der ausgedruckte Text muss aber handschriftlich eigenhändig vom Arbeitgeber unterzeichnet sein. Die Kündigung muss also vom Arbeitgeber selbst, soweit es sich um eine natürliche Person als Arbeitgeber handelt, oder vom gesetzlichen Vertreter der juristischen Person (Geschäftsführer einer GmbH), unterschrieben sein.

Bei einer Gesellschaft bürgerlichen Recht müssen entweder alle Gesellschafter oder aber ein Gesellschafter alleine mit dem Hinweis, dass er die übrigen Gesellschafter mitvertritt, unterzeichnet werden.

Wenn ein sonstiger Vertreter für den Arbeitgeber unterzeichnet, muss diese Vertretungsmacht entweder im Betrieb bei den Arbeitnehmern allgemein bekannt sein (durch einen Aushang im Betrieb) oder aber der Kündigung muss eine schriftliche Originalvollmacht des Arbeitgebers für den Vertreter beigelegt sein.

### 4. Zugang der Kündigung

Die schriftliche Kündigung muss dem Arbeitnehmer auch zugehen. Eine Übermittlung auf elektronischem Wege durch **Email, SMS oder per Fax erfüllt nicht die Voraussetzungen für die Schriftlichkeit** der Kündigungserklärung.

Die schriftliche Kündigung kann dem Mitarbeiter persönlich übergeben und ausgehändigt werden, sie kann mit der Post oder mit eigenem Boten übermittelt werden oder die Zustellung kann durch den Gerichtsvollzieher, beauftragt vom Arbeitgeber, vorgenommen werden.

Bei der persönlichen Übergabe sollte immer auch ein Zeuge auf Seite des Arbeitgebers mit anwesend sein, der dann die Umstände der Übergabe in einem möglichen Rechtsstreit bezeugen kann. Der Zeuge sollte sich also über das Gespräch und die Übergabe der Kündigungserklärung Aufzeichnungen machen, damit er auch Monate später als Zeuge hierzu wahrheitsgemäße Angaben machen kann. Das BAG hat hier zuletzt entschieden, dass dann, wenn der Arbeitgeber das Kündigungsschreiben dem Arbeitnehmer mit der für den Arbeitnehmer erkennbaren Absicht, es diesem zu übergeben, anreicht und, falls der Arbeitnehmer die Entgegennahme ablehnt, der Arbeitgeber das Kündigungsschreiben so in der unmittelbaren Nähe des Arbeitnehmers ablegt, dass dieser es ohne weiteres an sich nehmen und von seinem Inhalt Kenntnis nehmen kann und der Arbeitnehmer sich dann weigert dieses Schriftstück an sich zu nehmen, der Zugang bewirkt ist (BAG vom 26.03.2015, Aktenzeichen: 2AZR183/14).

**Die Übermittlung per Post ist zum Nachweis des Zugangs problematisch:** Ein Einwurfeinschreiben reicht nicht aus, wenn der Arbeitnehmer den Zugang des Kündigungsschreibens bestreitet und z. B. behauptet, er habe zwar ein Kuvert erhalten, darin sei aber ein leeres Blatt enthalten gewesen. In diesem Fall müsste nämlich der Arbeitgeber beweisen, dass sich in diesem Kuvert tatsächlich das Originalkündigungsschreiben befunden hat. Dieser Nachweis wird kaum gelingen.

Sicherer ist daher die Übermittlung des Kündigungsschreibens durch einen instruierten Boten, der dann als Zeuge die Übergabe des Kündigungsschreibens bestätigen kann, dazu muss der Bote allerdings vorher auch das Kündigungsschreiben gelesen haben und sich ggf. auch eine Kopie davon gemacht haben und dann das Schreiben dem Arbeitnehmer persönlich übergeben haben oder in dessen Briefkasten an seiner Wohnung eingeworfen haben und dies sich

notieren nach Ort und Zeitpunkt, um später wieder als Zeuge zur Verfügung stehen. Nur dann ist für den Arbeitgeber der Zugang der schriftlichen Kündigung ausreichend beweisbar.

**Sicher ist die Zustellung durch den beauftragten Gerichtsvollzieher.**

## **5. Betriebsratsanhörung**

Auch bei einer Kündigung, bei der das Kündigungsschutzgesetz nicht anwendbar ist, ist ein im Betrieb vorhandener Betriebsrat vor Ausspruch der Kündigung anzuhören, § 102 Abs. 1 BetrVG.

Dazu ist der Betriebsrat grundsätzlich vollständig und umfassend zu informieren. Der Arbeitgeber muss den Betriebsrat über die Person des zu kündigenden Arbeitnehmers, die Kündigungsart und die Gründe für die Kündigung unter Beschreibung des zugrundeliegenden Sachverhalts mitteilen. **Eine unvollständige Information des Betriebsrats führt zur Unwirksamkeit der Kündigung!**

Das BAG unterscheidet dabei wie folgt: Eine vermeidbare oder unbewusste Fehlinformation führt nicht zwingend zur Unwirksamkeit; eine bewusste und gewollte unrichtige oder unvollständige Fehlinformation ist unvollständig und führt zwingend zur Unwirksamkeit der Kündigung (BAG v. 26.03.2015 – 2 AZR 417/14).

Bei einer Kündigung in der Probezeit muss der Arbeitgeber nicht über die zur Kündigenden Tatsachen informieren, es reicht die Mitteilung des Werturteils, diesen Mitarbeiter nicht weiterbeschäftigen zu wollen (BAG v. 19.11.2015 - 6 AZR 844/14).