

# Wartezeit und Kündigung – Aspekte der ordentlichen Kündigung des Arbeitgebers

Von Justitiar Ulf Berger-Delhey, Bonn

Als Dauerschuldverhältnis darf das Arbeitsverhältnis nicht schlechterdings unauflöslich sein. Dazu stellt die Kündigung den Arbeitsvertragsparteien das Recht zur Verfügung, sich einseitig aus der vertraglichen Bindung zu lösen. In diesem Zusammenhang besteht vielfach Unklarheit über die rechtliche Bedeutung der Wartezeit. Mit den Voraussetzungen und Bedingungen, unter denen der Arbeitgeber ein Arbeitsverhältnis in diesem Zeitraum ordentlich kündigen kann, befaßt sich der folgende Beitrag.

## I. Das Problem

Auch eine so erfolgreiche Wirtschaftsordnung wie die Marktwirtschaft muß alle Produktionsfaktoren so beweglich halten, daß sie kurzfristig dort eingesetzt werden können, wo ihr Einsatz am ökonomisch sinnvollsten ist (sog. optimale Allokation der Ressourcen)<sup>1</sup>. Bezogen auf den Produktionsfaktor Arbeit zieht das zwangsläufige Unsicherheitsrisiko für die Arbeitsplätze nach sich, denn die Möglichkeit, Arbeitskräfte zu entlassen, kann nicht ausgeschlossen werden, ohne das marktwirtschaftliche System an einer wesentlichen Grundlage zu treffen und damit seiner Funktionsfähigkeit zu berauben<sup>2</sup>. In der sozialen Marktwirtschaft der Bundesrepublik Deutschland ist es deshalb Aufgabe des Arbeitsrechts, die mit jedem Arbeitsplatzwechsel oder – sogar – Arbeitsplatzverlust verbundenen Härten zu mildern<sup>3</sup>. Um dem einzelnen Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz möglichst zu erhalten, haben Gesetzgebung und Rechtsprechung so das Arbeitsverhältnis einem besonderen Bestandsschutz unterstellt (sog. Recht auf den Arbeitsplatz)<sup>4</sup>. Mittel dazu ist neben dem besonderen Kündigungsschutz, den nur bestimmte Arbeitnehmergruppen genießen, vor allem der allgemeine Kündigungsschutz. Diesen erwirbt nach Maßgabe des § 1 I KSchG<sup>5</sup>, wessen „Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden hat“ (sog. Wartezeit). Gerade für diesen Zeitabschnitt aber bestehen in der betrieblichen Praxis oft Unsicherheiten, ob bzw. unter welchen Umständen der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis rechtswirksam durch eine ordentliche Kündigung beenden kann.

## II. Die Wartezeit

### 1. Die Grundlagen

Bis zum Ersten Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz vom 14. 8. 1969<sup>6</sup> war für den Erwerb des Kündigungsschutzes nicht der rechtliche Bestand des Arbeitsverhältnisses, sondern die tatsächliche sechsmonatige ununterbrochene Beschäftigung im Betrieb oder Unternehmen maßgebend. Nach der Rechtsprechung des BAG<sup>7</sup> galt insoweit zwar eine wirtschaftliche und soziologische Betrachtungsweise, so daß verhältnismäßig kurzfristige Unterbrechungen der tatsächlichen Beschäftigung nicht schaden. Die dennoch verbleibende Unsicherheit, wann der Arbeitnehmer im konkreten Fall seine Arbeitsleistung nur für eine verhältnismäßig unerhebliche Zeit nicht erbracht hatte, war es

dann aber, die den Gesetzgeber veranlaßte, die Vorschrift zu modifizieren<sup>8</sup>. Zur Folge hatte das allerdings, daß der ursprüngliche Gesetzeszweck teilweise verloren ging<sup>9</sup>: Hatte die Wartezeit nämlich zunächst den Sinn, es dem Arbeitgeber zu ermöglichen, den Arbeitnehmer näher kennenzulernen und zu erproben<sup>10</sup>, so kommt diesem Aspekt nach der Neufassung nur noch untergeordnete Bedeutung zu. Indem das Gesetz heute auf den rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses abstellt, wird nämlich die rechtliche Bindung des Arbeitnehmers zum maßgeblichen Anknüpfungspunkt<sup>11</sup>.

### 2. Die Berechnung

Wegen der Maßgeblichkeit der rechtlichen Bindung kommt es für den Beginn der Wartezeit denn auch allein auf den rechtlichen Beginn des Arbeitsverhältnisses an, also denjenigen Zeitpunkt, zu dem der Arbeitnehmer nach den arbeitsvertraglichen Vereinbarungen anfangen soll zu arbeiten<sup>12</sup>. Ohne Belang insoweit ist der Zeitpunkt der tatsächlichen Arbeitsaufnahme, sei es aus vom Arbeitnehmer nicht zu vertretenden Gründen wie Krankheit, Kurzaufenthalt o. ä., sei es, daß sich der Arbeitgeber im Annahmeverzug befindet<sup>13</sup>. Nur wenn der Arbeitnehmer aus von ihm zu vertretenden Gründen, etwa einer Urlaubsreise oder schlichter Arbeitsunlust, die Arbeit erst später aufnimmt, gebietet es der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB<sup>14</sup>), die Wartezeit erst mit dem Zeitpunkt der tatsächlichen Arbeitsaufnahme beginnen zu lassen<sup>15</sup>. Vollendet ist die sechsmonatige Wartezeit mit dem Ablauf desjenigen Tages des letzten Monats, der dem Tag vorhergeht, der durch seine Bemessung oder seine Zahl dem Anfangstage der Frist entspricht (§§ 187 S. 2, 188 II BGB); auf den Ablauf von Kündigungsfristen kommt es nicht an<sup>16</sup>.

### 3. Unterbrechungen

Umstritten ist, welchen Einfluß rechtliche Unterbrechungen des Arbeitsverhältnisses auf den Ablauf der Wartezeit haben. Nach einer vornehmlich in der Rechtslehre weitverbreiteten, in erster Linie auf den Wortlaut des § 1 II

1) Zöllner, ArbR, 3. Aufl. (1983), § 1 III 4.

2) Zöllner (o. Fußn. 1), § 1 III 4.

3) Zöllner (o. Fußn. 1), § 1 III 4.

4) Zum Begriff vgl. Schaub, Arbeitsrechts-Hdb., 6. Aufl. (1987), § 110 I 3 m. w. Nachw.

5) Kündigungsschutzgesetz i. d. F. der Bekanntmachung vom 25. 8. 1969 (BGBl I, 317), zuletzt geändert durch Beschäftigungsförderungsgesetz 1985 – BeschFG 1985 – vom 26. 4. 1985 (BGBl I, 710).

6) BGBl I, 1106.

7) BAG 16, 345 = AP § 1 KSchG Nr. 79 m. Anm. A. Hueck = AuR 1965, 55, 186; 1966, 126 (Weihrauch) = BABI 1966, 169 (Schwedens) = NJW 1965, 885 = SAE 1965, 158 (Mayer-Maly); AP § 1 KSchG Nr. 2 m. Anm. A. Hueck = SAE 1968, 249 (Hiersemann).

8) Vgl. BT-Dr V/3913.

9) Vgl. dazu Becker in: GK-KSchG, 2. Aufl. (1984), § 1 KSchG Rdnr. 42.

10) Vgl. RdA 1951, 634 – Begr. des BRegE – und 178 – Stellungnahme des Bundesrats zum RegE.

11) BAG 28, 176 = AP § 1 KSchG 1969 – Wartezeit – Nr. 1 m. Anm. G. Hueck = EzA § 1 KSchG n. F. Nr. 35 = NJW 1977, 2311 = SAE 1977, 153 (Lepke); BAG 28, 252 = AP zu § 1 KSchG 1969 – Wartezeit – Nr. 2 = EzA § 1 KSchG n. F. Nr. 36 = NJW 1977, 1309 = SAE 1977, 238 (Sieg).

12) KR-Becker (o. Fußn. 9), § 1 KSchG Rdnr. 47.

13) KR-Becker (o. Fußn. 9), § 1 KSchG Rdnr. 47.

14) BGB vom 18. 8. 1896 (RGBl, 195), zuletzt geändert durch Gesetz über weitere Maßnahmen auf dem Gebiet des Versorgungsausgleichs vom 8. 12. 1986 (BGBl I, 2317).

15) Hueck, KSchG, 10. Aufl. (1980), § 1 Rdnr. 32; ebenso KR-Becker (o. Fußn. 9), § 1 KSchG Rdnr. 48.

16) Die gesetzliche Wartezeit für eine für den 1. 4. vereinbarte Arbeitsaufnahme endet also z. B. mit Ablauf des 30. 9.; vgl. KR-Becker (o. Fußn. 9), § 1 KSchG Rdnr. 49.

KSChG gestützten Auffassung<sup>17</sup> soll die gesetzliche Wartezeit unabhängig von dem sachlichen Zusammenhang zweier aufeinanderfolgender Arbeitsverhältnisse bei jeder rechtlichen Beendigung eines Arbeitsverhältnisses von neuem laufen, es sei denn, der Arbeitnehmer werde in unmittelbarem Anschluß an das erste Arbeitsverhältnis weiterbeschäftigt oder die Arbeitsvertragsparteien vereinbarten ausdrücklich oder stillschweigend, die bisherige Betriebszugehörigkeit anzurechnen. Das BAG hat dagegen in seiner ständigen Rechtsprechung<sup>18</sup> auf die Notwendigkeit einer einheitlichen Auslegung der § 1 I KSChG, § 2 AngKSChG<sup>19</sup>, § 622 II BGB und § 4 BUrlG<sup>20</sup> hingewiesen und es wegen der Gleichheit der Interessenlage für gerechtfertigt erachtet, zur Auslegung des § 1 I KSChG auf Rechtsprechung<sup>21</sup> und Schrifttum<sup>22</sup> zu § 2 AngKSChG zurückzugreifen. Danach ist darauf abzustellen, ob das neue Arbeitsverhältnis mit dem früheren in einem engen sachlichen Zusammenhang steht. Entscheidend sind insbesondere Anlaß und Dauer der Unterbrechung sowie die Art der Weiterbeschäftigung, wobei kurzfristige rechtliche Unterbrechungen in der Regel zu einer Anrechnung der seitherigen Dauer des Arbeitsverhältnisses auf die Wartezeit führen, und zwar auch dann, wenn ein oder mehrere befristete Arbeitsverhältnisse dem unbefristeten (unmittelbar) vorangingen<sup>23</sup>. Bei langfristigen rechtlichen Unterbrechungen hingegen kommt eine Anrechnung, sofern dies nicht spezialgesetzlich, z. B. in § 10 II MuSchG<sup>24</sup>, § 6 II ArbPISchG<sup>25</sup>, ausdrücklich vorgesehen ist, nur bei entsprechenden Vereinbarungen der Arbeitsvertragsparteien in Betracht. Wann eine solche relevante Unterbrechung vorliegt, hat das BAG aber unterschiedlich beurteilt. Bejaht wurde das Kriterium bisher bei Unterbrechungen von 1 Monat und 10 Tagen<sup>26</sup>, 2/3 Monaten<sup>27</sup> und für mehr als 4 Monate<sup>28</sup>. Berücksichtigt man, daß das BAG die zur Wartezeit des § 1 I KSChG entwickelten Grundsätze entsprechend für die Beurteilung der Frage anwendet, ob ein befristetes Arbeitsverhältnis länger als sechs Monate besteht und dadurch das Kündigungsschutzgesetz objektiv umgangen wird, so kommt der Regelung in Art. 1 § 1 BeschFG<sup>29</sup> in diesem Zusammenhang Relevanz zu. Nach dieser Vorschrift, die der Gesetzgeber nämlich gerade schuf, um im Hinblick auf die Rechtsprechung des BAG Rechtsklarheit in der Frage zu gewinnen, wann unbeachtliche (kurzfristige) Unterbrechungen vorliegen<sup>30</sup>, ist ein enger sachlicher Zusammenhang dann „anzunehmen, wenn zwischen den Arbeitsverträgen ein Zeitraum von weniger als vier Monaten liegt“<sup>31</sup>.

Rechtlich ununterbrochen besteht ein Arbeitsverhältnis während der sechsmonatigen Wartezeit im übrigen auch dann, wenn der Arbeitnehmer ohne zeitliche Unterbrechung in einem anderen Betrieb des gleichen Unternehmens weiterbeschäftigt wird<sup>32</sup>. Eine Versetzung des Arbeitnehmers in einen anderen Betrieb des gleichen Unternehmens, sei es kraft Direktionsrechts, sei es auf Grund einer Änderungskündigung oder eines Änderungsvertrages, ist deshalb für die Erfüllung der Wartezeit ebenso ohne Belang<sup>33</sup>, wie – bei fortbestehender Arbeitgeberidentität – Umwandlungen der Organisationsstruktur, z. B. ein Betriebsübergang nach § 613a BGB<sup>34</sup>. Für rechtliche Unterbrechungen der Unternehmenszugehörigkeit gelten im übrigen die oben dargestellten Grundsätze, d. h. es kommt darauf an, ob die Unterbrechung nur kurzfristig ist und ein enger sachlicher Zusammenhang mit der seitherigen Beschäftigung besteht<sup>35</sup>. Generell nicht anzurechnen sind hingegen die bei anderen, rechtlich selbständigen Konzernunternehmen zurückgelegten Beschäftigungszeiten, da die gesetzliche Wartezeit des § 1 I KSChG nicht konzernbezogen ausgestaltet ist<sup>36</sup>.

#### 4. Dispositivität?

Die Regelungen des § 1 I KSChG über den ununterbrochenen Bestand eines Arbeitsverhältnisses sind einseitig

zwingend<sup>37</sup>, so daß abweichende Vereinbarungen zum Nachteil des Arbeitnehmers unzulässig sind<sup>38</sup>. Der Erwerb des allgemeinen Kündigungsschutzes kann also weder individual- noch kollektivrechtlich<sup>39</sup> z. B. von einer tatsächlichen sechsmonatigen Beschäftigung oder einer verlängerten Wartezeit abhängig gemacht werden. Dagegen kann die Wartezeit im Wege vertraglicher Vereinbarungen ausgeschlossen oder verkürzt werden<sup>40</sup>, und zwar auch konkludent. Eine derartige stillschweigende Vereinbarung kann u. U. in dem Hinzutreten besonderer Umstände liegen. Allerdings muß deren Auslegung es gestatten, das konkrete Arbeitsverhältnis mit einer derartigen Abrede zu verbinden<sup>41</sup>, z. B. wenn ein in ungekündigter Stellung beschäftigter Arbeitnehmer vor Antritt der Stelle seinem neuen Arbeitgeber gegenüber erklärt, Wert auf eine Dauerstellung zu legen<sup>42</sup> (in der Zusage einer Dauer- oder Lebensstellung kann auch eine konkludente Beschränkung oder sogar der Ausschluß des Kündigungsrechts für den Arbeitgeber liegen<sup>43</sup>).

17) Adomeit, AR-Blattei, Kündigungsschutz I, Der allgemeine Kündigungsschutz, Abschn. B I 3bb; Herschel, Anm. zu AP § 1 KSChG Nr. 1 – Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses; Hueck, (o. Fußn. 15), § 1 Rdnr. 35f.

18) BAG BAGE 28, 252; BAG, AP § 1 KSChG 1969 – Wartezeit – Nr. 3 m. Anm. G. Hueck = EzA § 1 KSChG n. F. Nr. 39 zust. KR-Becker (o. Fußn. 9), § 1 KSChG Rdnr. 55ff.

19) Gesetz über die Fristen für die Kündigung von Angestellten vom 9. 7. 1926 (RGBl I, 399, ber. 412).

20) Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer – Bundesurlaubsgesetz – vom 1. 1. 1963, zuletzt geändert durch Heimarbeitsänderungsgesetz vom 29. 10. 1974 (BGBl I, 2879).

21) LAG Baden-Württemberg, AP § 2 AngKSChG Nr. 1.

22) Kleen, Der ältere Angestellte im Arbeitsrecht, 1956, S. 41ff.; Mollitor, Die Kündigung, 2. Aufl. (1951), S. 175.

23) BAG, AP § 5 BAT Nr. 1 m. Anm. G. Hueck.

24) Gesetz zum Schutze der erwerbstätigen Mutter – Mutterschutzgesetz – in der Fassung der Bekanntmachung vom 18. 4. 1968 (BGBl I, 315), zuletzt geändert durch Gesetz über die Gewährung von Erziehungsgeld und Erziehungsurlaub – Bundeserziehungsgeldgesetz (BErzGG) – vom 6. 12. 1985 (BGBl I, 2514); vgl. zu dieser Vorschrift KR-Becker (o. Fußn. 9), § 1 KSChG Rdnr. 68 m. w. Nachw.

25) Gesetz über den Schutz des Arbeitsplatzes bei Einberufung zum Wehrdienst vom 30. 3. 1957 (BGBl I, 293) i. d. F. der Bekanntmachung vom 14. 4. 1980 (BGBl I, 425), zuletzt geändert durch Gesetz vom 20. 12. 1985 (BGBl I, 2475); vgl. dazu KR-Becker (o. Fußn. 9), § 1 KSChG Rdnr. 69 m. w. Nachw.

26) BAG, v. 15. 12. 1983 – 2 AZR 166/82, zitiert nach Mager/Winterfeld/Göbel/Seelmann, BeschFG 1985, 1985, Art. 1 § 1 Rdnr. 100 und Fußn. 226.

27) BAG, AP § 620 BGB – Befristeter Arbeitsvertrag – Nr. 71 = EzA § 620 BGB Nr. 61.

28) BAG, v. 18. 1. 1979 – 2 AZR 254/77 (o. Fußn. 18).

29) Beschäftigungsförderungsgesetz 1985 – BeschFG 1985 – vom 26. 4. 1985 (BGBl I, 710).

30) Vgl. BT-Dr X/3206, 30.

31) Vgl. dazu Mager/Winterfeld/Göbel/Seelmann (o. Fußn. 26), Art. 1 § 1 Rdnr. 62.

32) KR-Becker (o. Fußn. 9), § 1 KSChG Rdnr. 62.

33) KR-Becker (o. Fußn. 9), § 1 KSChG Rdnr. 62.

34) Hueck (o. Fußn. 15), § 1 Rdnr. 27; ebenso KR-Becker (o. Fußn. 9), § 1 KSChG Rdnr. 64.

35) KR-Becker (o. Fußn. 9), § 1 KSChG Rdnr. 63.

36) Allg. Meinung, vgl. nur Hueck (o. Fußn. 15), § 1 Rdnr. 28.

37) Zu Begriff und Wirkung vgl. Schaub (o. Fußn. 4), § 31 III 2 m. w. Nachw.

38) Allg. M., vgl. nur Hueck (o. Fußn. 15), § 1 Rdnr. 24.

39) KR-Becker (o. Fußn. 9), § 1 KSChG Rdnr. 46.

40) BAGE 5, 182 = AP § 276 BGB – Verschulden bei Vertragsschluß – Nr. 2 m. Anm. Larenz = AuR 1959, 58 (Trieschmann) = BStSozArbR 1958, 331 (Schneider) = NJW 1958, 727.

41) LAG Baden-Württemberg, BB 1974, 887; KR-Becker (o. Fußn. 9) § 1 KSChG Rdnr. 44; vgl. auch A. Hueck, Anm. zu AP § 1 KSChG Nr. 81.

42) BAGE 19, 263 = AP § 1 KSChG Nr. 81 m. Anm. A. Hueck = NJW 1967, 1152 = SAE 1967, 233 (Hiersemann); AP § 1 KSChG 1969 Nr. 1 m. Anm. Konzen.

43) BAG, AP § 611 BGB – Vertragsabschluß – Nr. 2 m. Anm. A. Hueck = BB 1967, 415 (Gumpert) = SAE 1968, 76 (Thiele); AP § 66 HGB Nr. 3 m. Anm. A. Hueck; AP § 611 BGB – Gruppenarbeitsverhältnis – Nr. 1 m. Anm. Hanau; vgl. im übrigen unten III 1. In jedem Falle ist die einem

### III. Ordentliche Kündigung

#### 1. Kündigungsfreiheit

Während der sechsmonatigen Wartezeit gilt für alle ordentlichen Kündigungen der Grundsatz der Kündigungsfreiheit<sup>44</sup>, allerdings nicht uneingeschränkt. Der Arbeitgeber kann das Arbeitsverhältnis während dieser Zeit zwar grundsätzlich aus jedem, wie auch immer gearteten Grund wirksam kündigen und ist insbesondere nicht auf personen-, verhaltens- oder betriebsbedingte Gründe im Sinne des § 1 II KSchG beschränkt<sup>45</sup>. Es muß daher z. B. bei einer wegen des Verhaltens des Arbeitnehmers ausgesprochenen Kündigung auch keine Abmahnung vorausgegangen sein<sup>46</sup>. Zugunsten des betroffenen Beschäftigten können aber gegebenenfalls nicht nur die Vorschriften des besonderen Kündigungsschutzes für bestimmte Arbeitnehmergruppen eingreifen<sup>47</sup>, die Kündigung kann auch, da sie als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung den allgemeinen Vorschriften über Willensmängel und Rechtsgeschäfte unterliegt, wegen Formmangels, Gesetzesverstoßes oder Sittenwidrigkeit nach §§ 125, 134, 138 BGB nichtig sein<sup>48</sup> (in allen diesen Fällen obliegt es aber dem Arbeitnehmer, im Streitfalle diejenigen Tatsachen darzulegen und gegebenenfalls auch zu beweisen, aus denen sich die Unwirksamkeit einer Kündigung in der Wartezeit ergibt<sup>49</sup>).

Eine Unwirksamkeit der Kündigung wegen Formmangels kommt vor allen Dingen in Betracht, wenn entsprechende Formvorschriften bestehen. In der Regel wird es sich dabei um tarifvertragliche Schriftformklauseln handeln, denen Rechnung zu tragen ist<sup>50</sup>, wie z. B. § 57 BAT. Gesetzliche Verbote, deren Verletzung die Unwirksamkeit einer Kündigung in der Wartezeit nach sich zieht, sind vor allem das Diskriminierungsverbot (Art. 3 III GG)<sup>51</sup> und das Grundrecht der freien Meinungsäußerung (Art. 5 I GG)<sup>52</sup>. Kein Verbotsgesetz in diesem Sinne ist dagegen das Grundrecht der freien Wahl des Arbeitsplatzes (Art. 12 GG)<sup>53</sup>. Sittenwidrig nach § 138 BGB ist eine Kündigung hingegen nur in ganz besonders krassen Fällen. Da es an einem Verstoß gegen die guten Sitten regelmäßig fehlt, wenn die Kündigung auf sachlichen Überlegungen basiert<sup>54</sup>, scheidet Sittenwidrigkeit in diesem Sinne jedenfalls immer dann aus, wenn die Kündigung auf Tatsachen gestützt ist, die an sich geeignet sind, eine ordentliche Kündigung nach Maßgabe des § 1 II und III KSchG zu rechtfertigen<sup>55</sup>. In Betracht kommen deshalb nur die Fälle, in denen die Kündigung auf einem verwerflichen Motiv des Arbeitgebers beruht oder aus anderen Gründen dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspricht<sup>56</sup>.

Umstritten ist, ob eine Kündigung in der Wartezeit unter Umständen auch wegen Verstoßes gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) unwirksam sein kann<sup>57</sup>: Da das Kündigungsschutzgesetz die Voraussetzungen und Wirkungen des Grundsatzes von Treu und Glauben konkretisiert, können alle im Rahmen des § 1 KSchG zu würdigenden Umstände keinen Verstoß gegen § 242 BGB bilden. Von vornherein können also nur solche Gründe, die § 1 KSchG nicht erfaßt, die Nichtigkeit einer Kündigung in der Wartezeit wegen Rechtsmißbrauchs nach sich ziehen<sup>58</sup>, etwa Willkür, Ausspruch der Kündigung in verletzender Form, selbstwidersprüchliches Verhalten (*venire contra factum proprium*)<sup>59</sup>. Letzteres kann z. B. in Betracht kommen, wenn der Arbeitgeber sein (ordentliches) Kündigungsrecht im Wege einer, unter Umständen auch stillschweigenden Vereinbarung mit dem Arbeitnehmer beschränkt oder sogar ausgeschlossen hat<sup>60</sup>. In diesem Zusammenhang ergeben sich häufig Probleme, wenn der Arbeitgeber die Kündigung wenige Tage vor Ablauf der Wartezeit erklärt. Zwar kommt es für den Erwerb des allgemeinen Kündigungsschutzes nicht auf den Zeitpunkt an, in dem die Kündigungsfrist abläuft; die sechsmonatige Wartezeit

muß vielmehr bereits im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung<sup>61</sup> abgelaufen sein<sup>62</sup>. Da der Arbeitgeber aber in seiner Kündigungsentscheidung frei ist, kann er die Kündigung regelmäßig auch noch am letzten Tage der Wartezeit rechtswirksam erklären, wenn die Kündigung dem Arbeitnehmer nur noch rechtzeitig, also an diesem Tage, zugeht. Von diesem Grundsatz wird aber dann eine Ausnahme gemacht, wenn der Arbeitgeber ohne jeglichen sachlichen Grund kurz vor Ablauf der Wartezeit kündigt, um den Erwerb des allgemeinen Kündigungsschutzes zu vereiteln. Der Arbeitnehmer ist dann in entsprechender Anwendung des § 162 BGB so zu behandeln, als wäre die gesetzliche Wartezeit schon abgelaufen<sup>63</sup>. Eine solche treuwidrige Kündigung liegt

Arbeitnehmer gegebene Zusage einer Dauerstellung im Rahmen der Interessenabwägung angemessen zu berücksichtigen; vgl. BAGE 2, 333 = AP § 626 BGB Nr. 8 m. Anm. A. Hueck = BStSozArbR 1957, 174 (König) = DRiZ 1957, 98 (Simons) = SAE 1957, 45 (Reckenfelderbäumer). Vgl. zu dem gesamten Komplex auch KR-Becker (o. Fußn. 9), § 1 KSchG Rdnr. 45.

44) BAGE 5, 182.

45) KR-Becker (o. Fußn. 9), § 1 KSchG Rdnr. 70.

46) LAG Hamm, NZA 1988, 554 Ls.

47) Z. B. im KSchG für Mitglieder der Betriebsverfassungsgremien und bei Massenentlassungen, im Schwerbehindertengesetz für Schwerbehinderte und deren Vertrauensleute, im MuSchG für Schwangere und Wöchnerinnen, im Bundeserziehungsgeldgesetz bei Anspruch auf Erziehungsurlaub, im Arbeitsplatzschutzgesetz für zum Wehrdienst Einberufene und Zivildienstleistende; umfassender Überblick bei Schaub (o. Fußn. 4), § 126 I.

48) Vgl. nur Zöllner (o. Fußn. 1), § 22 I 3.

49) BAG, AP § 66 HGB Nr. 3.

50) KR-Becker (o. Fußn. 9), § 1 KSchG Rdnr. 70.

51) Das Benachteiligungsverbot (Art. 3 III GG) ist strikt vom Gleichberechtigungsgrundsatz und dem von Art. 3 GG unabhängigen (arbeits- und damit privatrechtlichen) Gleichbehandlungsgrundsatz, der zum Teil aus der Fürsorgepflicht, teilweise aber auch aus dem Wesen des Normvollzuges oder dem sozialen Schutzprinzip hergeleitet wird, zu trennen (vgl. BAGE 3, 180 = AP Nr. 13 zu Art. 3 GG m. Anm. Neumann-Duesberg = AuR 1957, 126 (Frey) = BB 1957, 526 (Gumpert) = BStSozArbR 1957, 153 (König) = NJW 1957, 318 = SAE 1957, 130 (Böttcher); AP § 242 BGB – Gleichbehandlung – Nr. 34), und zwar ungeachtet des Umstandes, daß es sich bei allen diesen Prinzipien um Ausgestaltungen des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 I GG) handelt, die letztlich auf derselben, unmittelbar im Gerechtigkeitsbegriff wurzelnden Grundidee beruhen, Gleiches gleich und Ungleiches seiner Eigenart entsprechend ungleich zu behandeln (vgl. BAG, AP § 242 – Gleichbehandlung – Nr. 39 m. Anm. Birk = AuR 1974, 344; 1975, 189 (Frey) = NJW 1975, 751); zur Dogmatik vgl. auch Schaub (o. Fußn. 4), § 112 I m. 3. Nachw.

52) KR-Becker (o. Fußn. 9), § 1 KSchG Rdnr. 72.

53) BAGE 28, 176; vgl. auch Scholz, in: Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, GG, Art. 12 Rdnr. 105.

54) KR-Becker (o. Fußn. 9), § 1 KSchG Rdnr. 73.

55) BAGE 28, 176.

56) BAG, AP § 138 BGB Nr. 32 m. Anm. Schnorr v. Carolsfeld; vgl. auch KR-Becker (o. Fußn. 9), § 1 KSchG Rdnr. 73.

57) Bejahend z. B. Zöllner (o. Fußn. 1), § 22 II 3; verneinend Hueck (o. Fußn. 15), Einl. Rdnrn. 84 ff., § 1 Rdnr. 23a; differenzierend BAGE 8, 132 = AP § 620 BGB – Schuldrechtliche Kündigungsbeschränkung – Nr. 1 m. Anm. A. Hueck = AuR 1960, 23, 93 (Herschel) = BABl 1060, 314 (Wlotzke) = BStSozArbR 1960, 124, 203 (Zeitmann) = Betr 1959, 1374, 1375; 1960, 1037 (Müller) = NJW 1960, 67 = SAE 1960, 153 (G. Hueck); BAGE 16, 21 = AP § 242 – Kündigung – Nr. 5 m. Anm. Herschel = AuR 1964, 186, 347; 1965, 113 (Heither) = BABl 1966, 169 (Schwedde) = NJW 1964, 1542; 1965, 26 (Arndt); BAGE 24, 292 = AP Nr. 1 zu § 13 KSchG 1969 m. Anm. Schießmann = NJW 1972, 1878 = SAE 1973, 141 (Martens); BAGE 24, 438 = AP § 134 BGB Nr. 2 = AuR 1972, 338; 1973, 57, 218 (Ramm) = JZ 1973, 375 (Schwerdtner) = NJW 1973, 77 = SAE 1973, 157 (Buchner).

58) BAGE 24, 438; 28, 176.

59) KR-Becker (o. Fußn. 9), § 1 KSchG Rdnr. 74; vgl. auch ausf. Röhler Betr 1969, 1147 ff.

60) KR-Becker (o. Fußn. 9), § 1 KSchG Rdnr. 45; vgl. auch Fußn. 37.

61) Ausführlich zur Bestimmung des Zugangszeitpunkts KR-Wolf (o. Fußn. 9), Grunds. Rdnr. 288 ff.

62) Allg. M. vgl. nur BAGE 4, 306 = AP § 1 KSchG Nr. 34 m. Anm. A. Hueck = BStSozArbR 1958, 139 (Schneider) = Betr 1957, 1155, 1156; 1958, 543 (Schröder) = NJW 1958, 37 = SAE 1957, 22 (Oswald); BAGE 29, 247 = AP Art. 33 Abs. 2 GG Nr. 3 m. Anm. Ossenbühl = EzA Art. 33 GG Nr. 7 = NJW 1978, 69; vgl. auch Hueck (o. Fußn. 15), § 1 Rdnr. 25; und KR-Becker (o. Fußn. 9), § 1 KSchG Rdnr. 50 m. w. Nachw.

63) BAGE 4, 306; 31, 83 = AP § 102 BetrVG 1972 Nr. 19 = EzA § 102 BetrVG 1972 Nr. 39 = NJW 1979, 2421 = SAE 1980, 36 (Schreiber); BAGE 40, 42 = AP § 102 BetrVG 1972 Nr. 24 = EzA § 102 BetrVG 1972

aber nicht schon dann vor, wenn der Arbeitgeber die Kündigung deshalb ausspricht, um den Rechtsstreit über die Sozialwidrigkeit zu vermeiden. Vielmehr muß aus seinem Verhalten deutlich werden, daß er gerade den Eintritt des allgemeinen Kündigungsschutzes vereiteln will<sup>64</sup>. Davon kann insbesondere dann nicht die Rede sein, wenn der Fristabstand bis zum Ablauf der Wartezeit noch einen größeren Zeitraum umfaßt und dem Arbeitnehmer eine längere, unter Umständen über die im Einzelfall geltende Regelung hinausreichende Kündigungsfrist gewährt wird, denn es liegt gerade im Interesse des Arbeitnehmers, dergestalt für die Stellensuche mehr Zeit zu haben<sup>65</sup>.

## 2. Form und Fristen

Kündigungen in der Wartezeit sind wie alle Kündigungen regelmäßig an keine Formvorschriften gebunden, es sei denn, tarifliche Vorschriften oder Individualvereinbarungen sähen etwas anderes vor<sup>66</sup>. Soweit keine speziellen Tarifvorschriften, wie z. B. § 53 I BAT<sup>67</sup>, oder individualvertragliche Vereinbarungen bestehen, gelten grundsätzlich auch die gesetzlichen Kündigungsfristen. Bei Arbeitern ist also eine Mindestkündigungsfrist von zwei Wochen, bei Angestellten eine solche von sechs Wochen zum Quartalschluß einzuhalten (§ 622 I, II BGB). Individualvertraglich können diese gesetzlichen Kündigungsfristen für beide Arbeitsvertragsparteien verlängert werden, jedoch darf die Kündigungsfrist für den Arbeitnehmer nicht länger sein als für den Arbeitgeber (§ 622 V BGB), verkürzt werden kann sie auf diesem Wege für Angestellte, allerdings nur auf einen Monat zum Monatschluß (§ 622 I 2 BGB). Jede weitere Verkürzung ist unwirksam<sup>68</sup>.

## 3. Beteiligung des Betriebsrats

Vor jeder Kündigung, auch vor einer in der Wartezeit, muß der Arbeitgeber den Betriebsrat anhören (§ 102 I 1 BetrVG<sup>69</sup>). Dessen ordnungsgemäße Beteiligung ist Wirksamkeitsvoraussetzung für jede Kündigung, so daß alle diesbezüglichen Fehler deren Unwirksamkeit nach sich ziehen.

An die Mitteilungspflichten des Arbeitgebers stellte das BAG 1dabei in ständiger Rechtsprechung<sup>70</sup> ebenso hohe Anforderungen wie bei Kündigungen gegenüber Arbeitnehmern, für die der allgemeine Kündigungsschutz besteht. Insbesondere ist der Arbeitgeber im Rahmen der ihm insoweit obliegenden umfassenden Informationspflicht (§ 102 I 2 BetrVG) gehalten, dem Betriebsrat ausreichende Angaben über die Person des zu Kündigenden zu machen. Hierzu zählen namentlich sein Alter, sein Familienstand, die Zahl der unterhaltsberechtigten Kinder, die Dauer seiner Betriebszugehörigkeit, sein Arbeitsbereich und, soweit bekannt, ein bestehender Sonderkündigungsschutz<sup>71</sup>. Diese umfassende Informationspflicht ist

auch nicht auf die Anhörung des Betriebsrats vor beabsichtigten betriebsbedingten Kündigungen begrenzt, sie erstreckt sich vielmehr auf alle Arten von Kündigungen<sup>72</sup>.

Da alle Verstöße gegen diese Informationspflichten der Risikosphäre des Arbeitgebers zugerechnet werden, ist der Betriebsrat dann nicht ordnungsgemäß i. S. des § 102 BetrVG angehört, wenn dem Arbeitgeber bei der Unterrichtung Fehler unterlaufen<sup>73</sup>. Dabei soll, abgesehen von der unzureichenden Unterrichtung, im Hinblick auf § 102 I 2 BetrVG von einer fehlerhaften Unterrichtung des Betriebsrats auch dann auszugehen sein, wenn der Arbeitgeber diesen nicht ausreichend über die Person des zu kündigenden Arbeitnehmers informiert<sup>74</sup>.

BetrVG, 3. Aufl. (1986), § 102 Rdnr. 29; KR-Etzel (o. Fußn. 9), § 102 BetrVG Rdnr. 58; Stege-Weinspach, BetrVG, 5. Aufl. (1984) § 102 Rdnrn. 44 ff.

72) LAG Hamm, NZA 1988, 554 Ls. Bei betriebsbedingten Kündigungen ist der Arbeitgeber zusätzlich gehalten, neben den Personalien des zu Kündigenden auch die Sozialdaten aller in seine Auswahl miteinbezogenen Arbeitnehmer mitzuteilen, *ibid.*

73) LAG Hamm, NZA 1988, 554 Ls.

74) LAG Hamm, NZA 1988, 554 Ls.

Nr. 48 m. Anm. Heinze = NJW 1983, 2836 = SAE 1984, 121 (Körnig); ebenso Hueck (o. Fußn. 15), § 1 Rdnr. 25; und KR-Becker (o. Fußn. 9), § 1 KSchG Rdnr. 51.

64) BAGE 40, 42; LAG Hamm, NZA 1988, 554 Ls.

65) KR-Becker (o. Fußn. 9), § 1 KSchG Rdnr. 51.

66) Vgl. dazu auch o. III 1.

67) Die Regelung der gesetzlichen Kündigungsfristen steht insgesamt zur Disposition der Tarifparteien, vgl. Schaub (o. Fußn. 4), § 124 V 2.

68) BAG, AP § 622 BGB Nr. 13 m. Anm. Leopold. Wurde dennoch eine kürzere Frist vereinbart, kann sich der Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer hierauf nicht berufen, vgl. LAG Berlin, Betr 1976, 1871; LAG Düsseldorf, Betr 1972, 1169.

69) Betriebsverfassungsgesetz vom 15. 1. 1972 (BGBl I, 13), zuletzt geändert durch Gesetz zur Bildung von Jugend- und Auszubildendenvertretungen in den Betrieben vom 20. 7. 1988 (BGBl I, 1034).

70) BAGE 30, 386 = AP § 102 BetrVG 1972 Nr. 17 m. Anm. G. Hueck = EzA § 102 BetrVG 1972 Nr. 35 - NJW 1979, 1677 = SAE 1979, 206 (V. Hoyningen-Huene); BAGE 31, 1 = AP § 102 BetrVG 1972 Nr. 18 m. Anm. G. Hueck = EzA § 102 BetrVG 1972 Nr. 36 m. Anm. Otto = NJW 1979, 1675; BAGE 31, 83.

71) LAG Hamm, NZA 1988, 554 Ls.; ebenso Hess-Schlochauer-Glaubitz,