

Vorsicht Falle !

Die häufigsten Fehler beim Ausspruch einer arbeitgeberseitigen Kündigung

Bei der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses kann der Arbeitgeber zwar deutlich weniger Fehler machen, als bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses. Die einzelnen Fallstricke, Haken und Ösen eines nachlässig oder ahnungslos formulierten Arbeitsvertrages werden allerdings nicht so konzentriert und unnachsichtig über den Arbeitgeber hereinbrechen, wie die Fehler, die er bei einer Kündigung seines Mitarbeiters begeht.

Die Erklärung ist ganz einfach, die Kündigung wird mit einiger Sicherheit einer gerichtlichen Überprüfung unterzogen. Und das innerhalb weniger Wochen nach Ausspruch der Kündigung. Beim Arbeitsvertrag kann sich das über Jahre hinweg hinziehen und manchmal auch einfach glatt ziehen, wenn der Mitarbeiter einen neuen Vertrag bekommt oder einvernehmlich ausscheidet.

In den folgenden Minuten wollen wir uns nicht mit den einzelnen möglichen Kündigungsgründen speziell beschäftigen. Diese werden wir nur am Rande streifen. Wir werden uns mit den kleineren Fallstricken auseinandersetzen, die immer wieder im Formalen oder sachlich im Randbereich lauern und dennoch die Wirksamkeit der Kündigung zumindest in Frage stellen können, was dann letztendlich zu kostspieligen Vergleichen führen kann.

I.

Das Kündigungsschreiben als solches

Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses bedarf seit mehr als neun Jahren der Schriftform, § 623 BGB. Die mündliche und häufig im Affekt ausgesprochene Kündigung gibt es nicht mehr. Die Parteien können sich auch nicht darauf einigen, auf das Schriftformerfordernis zu verzichten. Es handelt sich um ein gesetzliches Schriftformerfordernis, welches nicht zur

Disposition steht. Dieses Schriftformerfordernis hat sich weitgehend herumgesprochen. Und in Zeiten von Internet und Fernkopie erscheint einem diese Schriftformerfordernis heute leichter einzuhalten, als in früheren Jahren. Hier lauert allerdings auch schon die erste Falle. Natürlich entwickeln sich die Möglichkeiten, ein Schriftstück an den Mann zu bringen, ständig weiter. Da gibt es Telefax, E-Mail und schließlich auch die SMS, mit welcher man ja heutzutage sogar Verlobungen auflösen kann. In vielen Fällen hinkt der Gesetzgeber hinter diesen Entwicklungen hinterher, nicht so bei dem Schriftformerfordernis für den Ausspruch einer Kündigung. Das „Schrift halten“ erfolgt allerdings anders, als man es vielleicht erwartet. § 623 BGB schließt ausdrücklich eine elektronische Form aus. Damit ist die Übermittlung einer Kündigung per E-Mail, per SMS und auch per Fernkopie (Telefax) unzulässig, sie genügt nicht der Schriftform.

Auch wenn eine Änderungskündigung für den arbeitsrechtlichen Fachmann aus einer Beendigungskündigung und einem Änderungsangebot besteht (§ 2 KSchG), erstreckt sich das Schriftformerfordernis nicht nur auf diese Beendigungskündigung, sondern auch auf das Änderungsangebot.

Ein sehr ambivalenter Fallstrick ist die Begründung der Kündigung. Nur in wenigen Ausnahmefällen ist die Begründung der Kündigung eine Wirksamkeitsvoraussetzung, beim Auszubildenden (gemäß § 22 Abs. 2 BBIG), bei der Schwangeren (gemäß § 9 Abs. 3, Satz 2 MuschG). In einem weiteren Fall hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Mitteilung des Kündigungsgrundes (außerordentliche Kündigung gemäß § 626 Abs. 2, Satz 3 BGB). Aber dort ist die Angabe des Kündigungsgrundes in der Kündigung selbst keine Wirksamkeitsvoraussetzung.

Ist also in diesen Ausnahmefällen das Weglassen eines Kündigungsgrundes im Kündigungsschreiben ein Fallstrick, so kann in allen anderen Fällen die Mitteilung eines Kündigungsgrundes der Fallstrick sein. Das hat dann allerdings keine gesetzlichen Gründe, sondern prozesstaktische. Der Kündigungsgrund in dem Kündigungsschreiben selbst engt letztendlich den Spielraum vor dem Arbeitsgericht ein. Weitere Gründe sind nicht einfach und ohne weiteres nachzuschieben, wenn im Kündigungsschreiben bereits klar dargelegt wurde, warum die Kündigung ausgesprochen wurde. Und wenn dann der

im Kündigungsschreiben bezeichnete Kündigungsgrund ausgeräumt wurde, fällt es prozesstaktisch schwer, die Kündigung gleichwohl aufrecht zu erhalten.

Krönender Abschluss des Kündigungsschreibens ist die Unterschrift des Ausstellers im Original. Wie das Kündigungsschreiben selbst zustande gekommen ist, in Stein gemeißelt oder vom Drucker ausgedruckt, als Vorgabe per Fax zugesandt oder als E-Mail ausgedruckt, die Unterschrift muss im Original unter dem Schreiben prangen, eine eingescannte Unterschrift genügt eben so wenig, wie eine hineinkopierte Unterschrift.

Weiter muss der Aussteller der Kündigung zum Ausspruch der Kündigung berechtigt sein. Das kann dann ein Problem werden, wenn der Inhaber oder Geschäftsführer eines kleineren Unternehmens derzeit ortsabwesend ist und Fristen laufen, z. B. die Zwei-Wochen-Frist gemäß § 626 Abs. 2, Satz 1 BGB. Grundsätzlich wird eine GmbH auch gegenüber dem einzelnen Arbeitnehmer durch ihren Geschäftsführer vertreten, eine Aktiengesellschaft durch den Vorsitzenden des Vorstandes. Grundsätzlich kann die Berechtigung zum Ausspruch einer Kündigung durch Erteilung einer Vollmacht auf einen Vertreter delegiert werden. Dieser Vertreter muss gegebenenfalls dann mit Ausspruch der Kündigung auch die Vollmachtsurkunde vorlegen (§ 174 Satz 1 BGB). Das ist nur dann nicht nötig, wenn die entsprechende Bevollmächtigung vom Vollmachtgeber allgemein bekannt gegeben wurde. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung (zuletzt BAG vom 12. Januar 2006, NZA 2006, S. 980) reicht die ausdrückliche oder die konkludente Bekanntmachung, z. B. im Rahmen eines Geschäftsverteilungsplanes, in dem auch personalrechtliche Befugnisse auf eine bestimmte Funktion zugeordnet sind, es geht aber auch natürlich ein Rundschreiben am schwarzen Brett, der Aushang muss allerdings ebenso selbstverständlich dann dokumentiert werden.

Ebenfalls ein möglicher Fallstrick ist die Unterzeichnung der Kündigung „im Auftrag“. Nach der Rechtsprechung des BAG ist dieser Zusatz zunächst einmal auszulegen, der Betreffende setzt sich allerdings dem Risiko aus, dass eine Beauftragung mangels entsprechender Vollmacht zurückgewiesen wird (vgl. BAG vom 13. Dezember 2007, Az. 6 AZ 145/07).

II.

Ist das Kündigungsschreiben nun glücklich abgefasst, geht es in einem Zwischenschritt darum, wann es abgesandt wird. Wird die Kündigung nämlich in einem verfassten Betrieb (das heißt mit Betriebsrat) oder in einer Behörde ausgesprochen, ist zumindest die Anhörung des Betriebsrates bzw. der Personalvertretung Wirksamkeitsvoraussetzung, in Mecklenburg-Vorpommern muss der Personalrat sogar zustimmen. Eine solche Anhörung ist nur dann wirksam erfolgt, wenn der Arbeitgeber noch die Möglichkeit hat, das Kündigungsschreiben unter dem Eindruck der Argumente des Betriebsrates bzw. des Personalrates zurückzuhalten. Bei der traditionellen Briefpost ist dieser Moment verstrichen, wenn die Klappe des Briefkastens fällt. Die moderneren Kurierdienste bieten da auf den ersten Blick einen besseren Service, weil der jeweilige Bote auch unterwegs erreichbar ist und daher noch im letzten Moment per Telefon an der Zustellung des Kündigungsschreibens gehindert werden kann. Allerdings wird der Arbeitgeber diese Möglichkeit nachzuweisen haben. Und nachdem der Unterzeichner einmal „zwischen den Jahren“ versucht hat, die Zustellung eines Mahnbescheidantrages per Bote zu stoppen, was nicht gelang, wird man wohl bei den Gerichten hier mit erhöhten Substantiierungspflichten rechnen müssen. Nicht nur der Unterzeichner hat mittlerweile durchwachsene Erfahrungen mit Kurierdiensten.

III.

Der Zugang der Kündigung entscheidet über verschiedene rechtliche Eckdaten. So entscheidet der Zugang der Kündigung zunächst einmal über den Zeitpunkt der Wirksamkeit der Kündigung. Da die Kündigung eine einseitige aber zugangsbedürftige Willenserklärung ist, entfaltet sie ihre Rechtswirkung erst dann, wenn dieser Zugang auch erfolgt ist. Und der Zugang ist längst nicht erfolgt in dem Moment, wo der Brief im Hausbriefkasten steckt. Denn gegen Mitternacht schaut keiner mehr in den Hausbriefkasten. Der Zugang durch Einwurf in den entsprechenden Empfangsvorrichtungen erfolgt erst dann, wenn nach den Verkehrsüblichkeiten der Empfänger auf diese Empfangseinrichtung zugreift. Im Klartext, wann der Arbeitnehmer normalerweise seinen Hausbriefkasten leer, weil üblicherweise die Post dann schon da gewesen ist. Besitzt der Zusteller allerdings genug Impertinenz, um vor Mitternacht an der Tür zu klingeln und öffnet dann auch noch der Arbeitnehmer, steht

eine Übergabe der Kündigung kurz vor Mitternacht nichts im Wege. Aber welcher Bote macht das schon. Auch die Verzögerung der Zustellung durch Nachsendeantrag oder Zustellung in ein Postfach über die üblichen Leerungszeiten bzw. Nachsendezeitläufe wird zu Gunsten des Arbeitnehmers als Verzögerung der Zustellung des Kündigungsschreibens zu berücksichtigen sein.

Der beste Weg ist immer noch, den Mitarbeiter zu einem Gespräch ins Unternehmen zu bitten. Auch wenn er krankgeschrieben ist, wird er grundsätzlich dazu zu erscheinen haben, wenn er nicht gerade bettlägerig ist. Dann kann das Kündigungsschreiben gegebenenfalls in Gegenwart eines Zeugen übergeben werden. Wenn es vor dem Mitarbeiter auf dem Tisch liegt, ist es ihm zugegangen. Wenn er es einfach liegen lässt und den Empfang nicht quittiert, ist es gut, wenn man einen Zeugen für diesen Vorgang hat. Anderenfalls hat man große Schwierigkeiten, den Zugang nachzuweisen. Denn regelmäßig sitzt ja der Geschäftsführer auf der anderen Seite und der eignet sich im Kündigungsschutzverfahren nicht als Zeuge.

IV.

Abschließend seien doch noch einige randständige inhaltliche Frage bzw. Fallstricke angesprochen, allerdings nur in einem Zusammenhang, im Zusammenhang mit der Abmahnung.

Dabei sollen hier nur formale Aspekte einer Abmahnung angesprochen werden, nicht die einzelnen Kündigungsgründe.

Eine Abmahnung ist die Rüge eines vertragswidrigen Verhaltens des Vertragspartners verbunden mit dem Hinweis, dass im Wiederholungsfall rechtliche Konsequenzen gezogen werden.

Im Arbeitsrecht verlangt derzeit jedenfalls das Arbeitsgericht Schwerin, dass diese Konsequenzen auch genau benannt werden, das heißt „bis hin zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Kündigung“.

Da man am Schnittpunkt zwischen verhaltens- und personenbedingter Kündigung nie genau weiß, ob es sich um ein willkürlich gesteuertes Verhalten des Arbeitnehmers handelt, oder um eine von ihm nicht gesteuerte Fehlleistung, wird bei beiden Arten von Kündigungen eine vorherige einschlägige Abmahnung verlangt.

Abmahnungen bedürfen nicht der Schriftform.

Die Schriftform dient zwar der besseren Nachweisbarkeit und wird daher im arbeitsgerichtlichen Kündigungsschutzprozess eine viel größere Rolle spielen. Viel wichtiger ist allerdings, dass die Abmahnung das konkrete vertragswidrige Verhalten bezeichnet und dem Arbeitnehmer so klarmacht, was er falsch gemacht hat, damit er es in Zukunft vermeiden kann.

Auch die offenbar aus dem Sachsenpiegel entlehnte Faustregel, dass man nach Ausspruch von drei Abmahnungen eine verhaltensbedingte Kündigung aussprechen könne, ist unbegründet. Bisweilen reicht bereits eine Abmahnung. Viel wichtiger ist die Einschlägigkeit. Ein Arbeitnehmer kann 57 mal abgemahnt werden, wenn er 57 unterschiedliche vertragswidrige Verhalten zeigt, die jeweils nicht wiederholt wurden. Eine Abmahnung kann natürlich vom Vorgesetzten ausgesprochen werden, dafür ist nicht der Personalleiter bzw. der Geschäftsführer allein zuständig.

Diese einzelnen Fallen, Fallstricke, Haken und Ösen seien einmal aufgelistet und zum Gegenstand unseres Gespräches gemacht. Jeder Einzelne gibt nicht soviel her, dass man darüber einen eigenen Vortrag halten könnte, aber sie sind für die Wirksamkeit der Kündigung bisweilen so elementar, dass sie auf alle Fälle in unsere Runde gehören.

Uwe Jahn
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Arbeitsrecht