

# Arbeitsrecht kompakt

Themenspezial: Trennung von „Unkündbaren“ – schwierige Kündigungen erfolgreich meistern

## Betriebsratsmitglieder:

So läuft die Kündigung von  
Mitarbeitervertretern. 3

**Elternzeit:** So läuft die Trennung  
trotz Sonderkündigungsschutzes. 5

**Pflegezeit:** Wie Sie den Kündigungsschutz  
in der Pflegezeit „knacken“. 6

**Auszubildende:** Beachten Sie  
diese Besonderheiten für eine  
erfolgreiche Kündigung. 7

**Schwerbehinderte Mitarbeiter:**  
So führen Sie das Kündigungsverfahren  
rechtssicher durch. 8

## Unkündbar? – Die Hürde erfolgreich nehmen



Liebe Leserin,  
lieber Leser!

Die Kündigung von  
Mitarbeitern ist ein  
schwieriges Kapitel.

Schon der normale  
Kündigungsschutz

stellt oft eine große Hürde dar. Besonders kompliziert wird es aber dann, wenn Sie noch den sogenannten Sonderkündigungsschutz beachten müssen. Doch auch vermeintlich „unkündbare“ Mitarbeiter sind eben nicht ganz unkündbar. Egal ob Mütter im Mutterschutz, Mitarbeiter in Eltern- oder Pflegezeit, Betriebsratsmitglieder, Azubis oder schwerbehinderte Kollegen: Wenn Sie als Arbeitgeber die jeweils einschlägigen Regeln kennen und richtig umsetzen, sind auch hier Kündigungen durchaus möglich und rechtlich erlaubt. Lesen Sie dazu mehr in dieser Sonderausgabe.

Ihr

Prof. Dr. jur. Burkhard Boemke, Chefredakteur

Prof. Dr. jur. Burkhard Boemke ist seit 1998 geschäftsführender Direktor des Instituts für Arbeits- und Sozialrecht an der Juristenfakultät der Universität Leipzig.

## Kündigung Betriebsratsmitglied

### Vorsicht bei Betriebsratskündigung

Grundsätzlich läuft es bei einer verhaltensbedingten Kündigung so, dass Sie ein bestimmtes Verhalten eines Arbeitnehmers als Arbeitsvertragsverstoß wertet und kündigt. Können Sie dieses Verhalten nicht nachweisen, haben Sie die Möglichkeit einer Verdachtskündigung. Den Tatverdacht müssen Sie aber ausreichend sichern können, wie das folgende Urteil (LAG Hamm, Urteil vom 30.08.2016, Az.: 7 TaBV 45/16).

Der Betreiber eines Seniorenzentrums kündigte einer Betriebsrätin außerordentlich. Kündigungsgrund: Der dringende Verdacht einer gravierenden Pflichtwidrigkeit. Der Verdacht bestand darin, dass die Betriebsrätin einer Wohnbereichsleiterin, eine Trauerkarte mit dem handschriftlichen Zusatz „Für Dich (bist die nächste)“ in das Dienstpostfach gelegt zu haben. Die Wohnbereichsleiterin beendete ihr Arbeitsverhältnis kurze Zeit später. Die Betriebsrätin leugnete die Tat. Der Arbeitgeber ließ daraufhin ein Schriftgutachten machen, wonach der handschriftliche Zusatz mit „hoher Wahrscheinlichkeit“ (3. von 8 möglichen Übereinstimmungsgraden) von der Betriebsrätin stammte. Eine sehr hohe oder eine mit an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit wollte der Schriftgutachter aber nicht bescheinigen. Der Arbeitgeber informierte den Betriebsrat und leitete das Zustimmungsverfahren zur außerordentlichen Kündigung der Betriebsrätin ein. Der Betriebsrat verweigerte seine Zustimmung, so dass der Arbeitgeber vor Gericht ging und die Zustimmung gerichtlich ersetzen lassen wollte.

Damit scheiterte der Arbeitgeber allerdings. Zur Kündigung eines Betriebsrats ist die Zustimmung des übrigen Betriebsratsgremiums erforderlich, § 103 Abs. 1 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG). Versagt der Betriebsrat die Zustimmung kann der Arbeitgeber diese grundsätzlich gerichtlich ersetzen lassen (§ 103 Abs. 2 BetrVG). Das Gericht ersetzt die Zustimmung dann, wenn es zu der Meinung gelangt, dass die außerordentliche Kündigung unter Berücksichtigung aller Umstände gerechtfertigt ist. Dies ist hier nicht der Fall. Eine Verdachtskündigung ist nur unter engen Voraussetzungen möglich. Aufgrund von objektiven Tatsachen muss der dringende Verdacht einer gravierenden Pflichtwidrigkeit bestehen. Vor Ausspruch der Verdachtskündigung muss der Arbeitgeber alle ihm möglichen und zumutbaren Mittel der Sachverhaltsaufklärung ausschöpfen und den betroffenen Arbeitnehmer zu den konkreten Verdachtsmomenten anhören. Zudem muss aufgrund der Verdachtslage die zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses notwendige Vertrauensbasis zerstört sein. Den Verdacht stützt als objektive Tatsache hier lediglich das Schriftgutachten, welches aber nur eine geringe Wahrscheinlichkeit attestiert. Das reicht nicht für eine außerordentliche Verdachtskündigung.

**Fazit:** Vergessen Sie die Zustimmung des Betriebsratsgremiums nicht, wenn Sie einem Betriebsrat kündigen möchten. Was bei der Kündigung von Betriebsratsmitgliedern noch zu beachten ist und wie Sie deren Sonderkündigungsschutz „knacken“ können, erfahren Sie auf Seite 3.

## Sonderkündigungsschutz

### Die „Mär“ von der Unkündbarkeit – es gibt nur Sonderkündigungsschutz

Die erlösende und für Sie als Arbeitgeber ganz wichtige Nachricht vorweg: Wirklich unkündbare Arbeitnehmer gibt es nicht! Schließlich kann Ihnen niemand zumuten, ein Arbeitsverhältnis, das eine weitere Zusammenarbeit unmöglich macht, aufrechtzuerhalten. Bei manchen Mitarbeitern liegt die Latte für eine Kündigung nur höher.

Lesen Sie weiter auf Seite 2

Fortsetzung von Seite 1

## Hier ist die ordentliche Kündigung ausgeschlossen

Manche Mitarbeiter genießen Sonderkündigungsschutz und sind deshalb nur unter deutlich erschwerten Bedingungen bzw. nur unter besonderen Voraussetzungen kündbar. So ist bei Mitarbeitern mit besonderem Kündigungsschutz regelmäßig die ordentliche Kündigung ausgeschlossen; insbesondere bei:

- Schwangeren und Wöchnerinnen,
- Auszubildenden nach Ablauf der Probezeit,
- Mitarbeitern in Eltern- oder Pflegezeit,
- Betriebsratsmitgliedern, Wahlvorständen und -bewerbern
- entsprechender Regelung im Tarif- oder Arbeitsvertrag.

### Wichtiger Hinweis

Bei schwerbehinderten Mitarbeitern ist eine ordentliche Kündigung nicht ausgeschlossen, bedarf aber der vorherigen Zustimmung des Integrationsamts, § 85 Sozialgesetzbuch IX.

Auch von Mitarbeitern mit Sonderkündigungsschutz ist aber in Ausnahmefällen trotzdem eine Trennung möglich, etwa bei

- der Stilllegung oder Verlagerung von Betrieben oder Betriebsteilen,
- schweren arbeitsvertraglichen Pflichtverletzungen oder
- Straftaten des Arbeitnehmers.

## Vertraglicher Sonderkündigungsschutz

# Ihre Möglichkeiten bei (tarif-)vertraglich „Unkündbaren“

In Tarifverträgen finden sich zum Teil Regelungen, dass Mitarbeiter ab einer bestimmten Beschäftigungsdauer und/oder einem bestimmten Lebensalter nicht mehr ordentlich kündbar sind. Eine solche Kündigungseinschränkung kann auch im Arbeitsvertrag enthalten sein. Sie führt dazu, dass Sie den betreffenden Mitarbeitern nur noch außerordentlich aus wichtigem Grund kündigen können.

## Kein Totalausschluss betriebsbedingter Kündigung

Damit ist aber selbst eine betriebsbedingte Kündigung nicht gänzlich ausgeschlossen. Insbesondere, wenn es

- beim Wegfall von Arbeitsplätzen,
- selbst unter Ausschöpfung aller denkbaren Möglichkeiten keinerlei Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für den Mitarbeiter mehr gibt und
- Sie andernfalls jahrelang Lohn ohne Gegenleistungen zahlen müssten,

können Sie auch (tarif-)vertraglich unkündbaren Mitarbeitern außerordentlich betriebsbedingt kündigen.

## Krankheitsbedingte Kündigung bleibt möglich

Gleiches gilt für krankheitsbedingte Kündigungen (tarif-)vertraglich „unkündbarer“ Mitarbeiter. Auch hier liegt ein wichtiger Grund zur Kündigung vor, wenn aufgrund der Erkrankung

- auf nicht mehr absehbare Zeit (= auf Dauer) kein Leistungsaustausch mehr erfolgen wird und
- Ihnen die aus der Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses resultierenden wirtschaftlichen Belastungen (z. B. erhebliche Entgeltfortzahlungskosten oder Betriebsablaufstörungen) unzumutbar sind.

## Sie brauchen die Zustimmung zur Kündigung

Weiterer Bestandteil des besonderen Kündigungsschutzes ist, dass Sie vor Ihrer Kündigung regelmäßig die Zustimmung einer Behörde (z. B. Integrationsamt, Arbeitsschutzbehörde) oder Ihres Betriebsrats einholen müssen.

## Hier greift der Sonderkündigungsschutz nicht

**1. Kein Beendigungsschutz bei Befristung:** Haben Sie mit Ihrem Mitarbeiter einen wirksamen befristeten Arbeitsvertrag geschlossen, endet das Arbeitsverhältnis trotz Sonderkündigungsschutz zum vereinbarten Termin. Weder verlängert sich das Beschäftigungsverhältnis durch den besonderen Kündigungsschutz noch benötigen Sie eine Zustimmung zur Beendigung.

**2. Kein Schutz, wenn der Mitarbeiter kündigt:** Die Kündigungsverbote gelten stets nur für arbeitgeberseitige Kündigungen. Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer können hingegen jederzeit unter Einhaltung der maßgeblichen Kündigungsfrist kündigen.

**3. Aufhebungsvertrag hebt Sonderkündigungsschutz aus:** Vergleichbares gilt beim Abschluss eines Aufhebungsvertrags. Einigen Sie sich mit dem „unkündbaren“ Mitarbeiter auf den „goldenen Handschlag“, brauchen Sie keine Rücksicht auf bestehenden Sonderkündigungsschutz zu nehmen. Sie benötigen auch keine Zustimmungen Dritter, z. B. des Betriebsrats, zur Trennung.

## Beachten Sie die Auslaufrist

Einem tariflich „unkündbaren“ Mitarbeiter nur außerordentlich betriebs- oder krankheitsbedingt kündigen zu können bedeutet aber nicht, dass Sie den betreffenden Mitarbeiter dann auch fristlos entlassen dürfen. Da Ihnen hier die Einhaltung der Kündigungsfrist regelmäßig zumutbar sein wird, ist nach der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte grundsätzlich eine der ordentlichen Kündigungsfrist entsprechende Auslaufrist einzuhalten.

## Auch Fehlverhalten kann „Unkündbarkeit“ aufheben

Selbstverständlich können auch tarifvertraglich „unkündbare“ Arbeitnehmer sich nicht alles erlauben.

In folgenden Fällen liegt ein an sich wichtiger Grund vor und es kommt eine außerordentliche fristlose Kündigung auch gegenüber „Unkündbaren“ in Betracht:

- Straftaten (Diebstahl) oder Manipulation der Zeiterfassung,
- beharrliche Arbeitsverweigerung,
- sexuelle Nötigung oder Tätlichkeiten,
- private Internetnutzung unter Aufrufen von Seiten mit strafbaren Inhalten (Kinderpornografie oder Volksverhetzung),
- wiederholte Verstößen gegen betriebliche Alkoholverbote.

Betriebsratsmitglieder

# Ein heikler Fall: Die Kündigung von Betriebsratsmitgliedern & Co.

In der betrieblichen Praxis sicher ein besonders heikler Fall: Dennoch ist auch die Kündigung von Betriebsratsmitgliedern möglich. Schließlich ist deren Schutz nicht grenzenlos. Allerdings gelten hier besondere Regeln, die es zu beachten gilt. So ist die ordentliche Kündigung unzulässig, § 15 Kündigungsschutzgesetz.

## 1. Hürde: Schwere Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten

Da die ordentliche Kündigung ausgeschlossen ist, können Sie nur bei schwerwiegenden Pflichtverletzungen außerordentlich verhaltensbedingt kündigen. Außerdem ist eine verhaltensbedingte außerordentliche Kündigung von Betriebsratsmitgliedern tatsächlich nur fristlos – nicht dagegen mit einer Auslauffrist – zulässig.

Als „wichtige Gründe“ kommen hier dieselben Pflichtverletzungen wie bei der Kündigung von tarifvertraglich geschützten Mitarbeitern in Betracht (Seite 2); vor allem

- Straftaten gegen Sie als Arbeitgeber (z. B. Diebstahl oder Betrug), aber auch
- öffentliche Diffamierung des Arbeitgebers.

**Doch Vorsicht!** Eine außerordentliche fristlose Kündigung ist nur bei einer groben Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten möglich. Verletzt das Mitglied lediglich seine Amtspflichten als Betriebsrat (beispielsweise Geheimhaltungspflicht), bleibt Ihnen regelmäßig nur die Möglichkeit, gegen das Mandat des Mitarbeiters vorzugehen, etwa mit einem Ausschlussverfahren nach § 23 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG).

## 2. Hürde: Sie brauchen die Zustimmung des Betriebsrats

Es gibt noch eine weitere Hürde, die bei der außerordentlichen Kündigung eines Betriebsratsmitglieds genommen werden muss: Sie benötigen hierfür die Zustimmung des Betriebsrats (§ 103 Abs. 1 BetrVG). Dieses Zustimmungserfordernis gilt nicht nur für Beendigungs-, sondern auch für alle Änderungskündigungen. Folgende Punkte sollten Sie dazu wissen:

1. Der Betriebsrat muss der Kündigung innerhalb von 3 Tagen zustimmen; eine bloße Anhörung reicht also nicht aus.
2. Das bedeutet: Hat sich Ihr Betriebsrat innerhalb der 3-Tages-Frist nicht geäußert, gilt dies nicht als stillschweigende Zustimmung, sondern als Ablehnung!
3. In diesem Fall, aber auch wenn die Zustimmung ausdrücklich verweigert wurde, können Sie beim Arbeitsgericht die Ersetzung der Zustimmung beantragen (§ 103 Abs. 2 BetrVG).

**Aber Vorsicht!** Auch wenn das Gericht die Zustimmung ersetzt und Ihnen als Arbeitgeber in der Sache Recht gegeben hat, dürfen Sie dem betreffenden Betriebsratsmitglied erst mit Rechtskraft der gerichtlichen Zustimmungsersetzung (nach Ablauf der Rechtsmittelfrist) kündigen. Andernfalls ist Ihre Kündigung unwirksam!

## Checkliste: Kündigung Betriebsratsmitglied

Können Sie alle Fragen der folgenden Checkliste mit „Ja“ beantworten, ist die Kündigung Ihres Betriebsratsmitglieds wirksam:

Checkliste: Änderungskündigung	Ja	Nein
Liegen wichtige Gründe für Ihre (Änderungs-)Kündigung vor?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Haben Sie den Betriebsrat zur Zustimmung aufgefordert?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Hat der Betriebsrat die Zustimmung erteilt oder, falls nicht, haben Sie beim Arbeitsgericht die Ersetzung der Zustimmung beantragt und hat das Arbeitsgericht die Zustimmung rechtskräftig ersetzt?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Haben Sie innerhalb von 2 Wochen nach Kenntnis der Kündigungsgründe bzw. unverzüglich nach Rechtskraft der Zustimmungsersetzung schriftlich gekündigt?	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>

## Sonderkündigungsschutz

### Für wen der Sonderkündigungsschutz gilt

Der besondere Kündigungsschutz des § 15 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) gilt im Einzelnen für:

- Betriebsratsmitglieder,
- Ersatzmitglieder des Betriebsrats während der Vertretungszeit
- Mitglieder der Jugend- und Auszubildendenvertretung (§ 60 Betriebsverfassungsgesetz),
- Mitglieder des Wahlvorstands und Wahlbewerber vom Zeitpunkt der Bestellung bzw. Aufstellung bis 6 Monate nach Bekanntgabe des Wahlergebnisses,
- Mitarbeiter, die zur Wahl einladen oder die Bestellung des Wahlvorstands beantragen (sog. Wahlinitiatoren) bis zur Bekanntgabe des Wahlergebnisses.

Der Sonderkündigungsschutz hat eine sogenannte Nachwirkung. Er endet erst ein Jahr nach Beendigung der Amtszeit. Das gilt auch für Ersatzmitglieder, wenn diese als Vertreter für ein zeitweilig verhindertes Betriebsratsmitglied tätig geworden sind. In diesem Fall endet der Sonderkündigungsschutz ein Jahr nach Ende der (letzten) Vertretung.

### Ausnahme: Betriebs(teil-)stilllegung

Eine Ausnahme vom Sonderkündigungsschutz gilt bei der Stilllegung von Betrieben oder Betriebsteilen. Hier ist sogar die ordentliche Kündigung von Betriebsratsmitgliedern erlaubt (§ 15 Abs. 4 und 5 KSchG). Im Fall einer Betriebsteilschließung ist jedoch Voraussetzung, dass Sie den Mitarbeiter in keiner anderen Abteilung weiterbeschäftigen können. Dabei sind Sie verpflichtet, einen Arbeitsplatz durch Versetzung oder notfalls durch Kündigung eines Arbeitnehmers (ohne Sonderkündigungsschutz) freizumachen.

**Wichtiger Hinweis:** Wollen Sie einem Betriebsratsmitglied wegen einer Betriebs(teil-)stilllegung betriebsbedingt kündigen, brauchen Sie keine Zustimmung des Betriebsrats, sondern müssen diesen lediglich zur Kündigung anhören.