

Neue Mitarbeiter halten oder kündigen?

Die wirksame Wartezeitkündigung

© photo 5000/stock.adobe.com

„Drum prüfe, wer sich ewig bindet ...“ Was haben diese Worte von Friedrich Schiller mit dem Arbeitsrecht zu tun? Es gibt durchaus Parallelen zwischen dem Bund der Ehe und einem Arbeitsverhältnis. In beiden Fällen versprechen sich zwei Parteien (unbefristete) Treue und füreinander stets zu sorgen, in guten wie in schlechten Zeiten. Die wenigsten werden sich jedoch für eine Eheschließung entscheiden, wenn sie bereits in der Anfangszeit merken, dass der auserwählte Partner nicht unbedingt die Person ist, mit der man den Rest des Lebens Tisch und Bett teilen möchte ...

1 PROBLEME IN DER PRAXIS

Analog hierzu stellt sich im Arbeitsrecht die Frage, ob der Arbeitnehmer die Wartezeit für ein unbefristetes Arbeitsverhältnis „überstehen“ soll oder nicht. In der Praxis kommt es viel zu oft vor, dass der Arbeitgeber diese Frage nicht richtig beantwortet und sich damit unnötig Probleme schafft. Einerseits ist der fachliche Vorgesetzte überzeugt, den Mitarbeiter schon noch „auf Spur“ zu bringen. Andererseits kann das Unternehmen nicht immer hinter die Fassade blicken und lässt sich von einem makellos wirkenden (Arbeits-)Verhalten blenden.

Nicht selten ist eine unzureichende Kommunikation zwischen der Fach- und der Personalabteilung Grund für übereilte und fahrlässig vorbereitete bzw. ausgesprochene Wartezeitkündigungen. Bei den zuständigen Personalabteilungen müssen der Blick und das Bewusstsein für Fehlerpotenziale im Zusammenhang mit der Wartezeitkündigung geschärft werden, so dass vermeidbare und mitunter folgenschwere Fehler auf diesem Gebiet künftig möglichst nicht mehr entstehen.

2 WAS IST UNTER PROBE- UND WARTEZEIT ZU VERSTEHEN?

Wir stellen in Schulungen zum Kündigungsrecht sowie in der täglichen Beratungspraxis häufig fest, dass den zuständigen Personalern der Unterschied zwischen der Probezeit (i. S. d. § 622 Abs. 3 BGB) und der Wartezeit (i. S. d. § 1 Abs. 1 KSchG) nicht bewusst ist. Für viele sind diese Begriffe deckungsgleich. Worin liegt aber der genaue Unterschied? Die Antwort liefert einmal mehr das Gesetz.

Danach kann die Probezeit (= zweiwöchige Kündigungsfrist) bis zu sechs Monate betragen. Es ist üblich und in einigen Tarifverträgen sogar ausdrücklich geregelt, dass von dieser gesetzlichen Maximaldauer abgewichen oder die Dauer der Probezeit gestaffelt wird. Im Manteltarifvertrag der Metall- und Elektro-Industrie des Landes Hessen besteht z. B. für die vier niedrigsten Entgeltgruppen eine Probezeit von sechs Wochen, für die mittleren Entgeltgruppen eine Probezeit von drei Monaten und für die drei höchsten Entgeltgruppen eine Probezeit von sechs Monaten. Während einer vereinbarten Probezeit kann das Arbeitsverhältnis mit einer Frist von zwei Wochen gekündigt werden. Der einzige Vorteil, den die Probezeit also bietet, ist die Möglichkeit, das Arbeits-

verhältnis mit einer kurzen Kündigungsfrist von zwei Wochen zu beenden.

Die Wartezeit (= Nichtanwendbarkeit des KSchG) beträgt im Gegensatz zur Probezeit immer sechs Monate. Innerhalb dieser Zeit kann der Arbeitgeber eine Kündigung auf subjektive Gründe stützen, die vom Gericht nur eingeschränkt überprüfbar sind. Nach Ablauf dieser Frist ist eine Kündigung i. d. R. unwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist. Das heißt, nach Ablauf der Wartezeit von sechs Monaten kommt ein Arbeitnehmer, für den der Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes nach § 23 KSchG eröffnet ist, in den Genuss des allgemeinen Kündigungsschutzes. Eine Kündigung ist somit nur wirksam, wenn ein personen-, verhaltens- oder betriebsbedingter Kündigungsgrund vorliegt. Die Kündigungsentscheidung muss sodann auf objektiven Tatsachen beruhen, die klar zu bezeichnen sind. Das Unternehmen ist gehalten, substantiiert und unter Beweisanzug die Gründe vorzutragen, die zum Ausspruch der Kündigung geführt haben. Die arbeitgeberseitig veranlasste Beendigung eines Arbeitsverhältnisses wird daher nach Ablauf der Wartezeit erheblich erschwert.

Umso wichtiger erscheint es, dass sich der Arbeitgeber bis zum Ablauf der Wartezeit darüber im Klaren ist, ob er das Arbeitsverhältnis mit dem Mitarbeiter fortsetzen möchte oder lieber doch die „Reißleine“ zieht und es einem baldigen Ende zuführt – getreu dem Motto: „Lieber ein Ende mit Schrecken als ein Schrecken ohne Ende.“

3 ETABLIERUNG EINES INTERNEN KONTROLLLAUFS

Die Hürden für die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung nach Ablauf der Wartezeit sind bekanntlich sehr hoch. Umso wichtiger erscheint es für Unternehmen, deren Beschäftigte in den Geltungsbereich des KSchG fallen, von der ihnen gesetzlich eingeräumten Möglichkeit Gebrauch zu machen und das Arbeitsverhältnis innerhalb der Wartezeit zu erleichterten Bedingungen zu beenden, wenn entsprechende Veranlassung hierfür besteht.

Häufig ist die Personalabteilung für die Bearbeitung von Kündigungen zuständig. Es mag deshalb verwundern, dass die HR-Verantwortlichen oftmals diejenigen sind, die zuletzt von der Kündigungsabsicht hören. Es kommt immer wieder vor, dass die Fachvorgesetzten die Personalabteilung erst so spät über ihr Kündigungsvorhaben informieren, dass die gesetzlich vorgesehene einwöchige

Frist zur Anhörung des Betriebsrats nach § 102 Abs. 2 Satz 1 BetrVG, die auch im Falle der Wartezeitkündigung zu erfolgen hat, nicht mehr gehalten werden kann. Denn auch wenn die HR-Abteilung noch kurz vor Ablauf – weniger als eine Woche – der Wartezeit Kenntnis von der Kündigungsabsicht erlangt, kann der Betriebsrat durch das volle Ausschöpfen der ihm eingeräumten einwöchigen Frist zur Stellungnahme erreichen, dass die Kündigung erst nach Ablauf der Wartezeit ausgesprochen werden kann. Der Arbeitgeber hat dann nichts gewonnen und benötigt für die Wirksamkeit der Kündigung einen Kündigungsgrund gem. § 1 Abs. 2 KSchG.

Unsere Empfehlung lautet daher, einen internen Kontrollmechanismus zu etablieren, der darin besteht, dass die verantwortlichen Personen der Fach- und der Personalabteilung erstmals nach drei Monaten ein Gespräch über die Personalie führen und ein weiteres Gespräch vier- bis fünf Monate nach Beginn des Arbeitsverhältnisses anberaumen. In diesen Terminen sollte sowohl die fachliche Kompetenz als auch die zwischenmenschliche Kompatibilität des Arbeitnehmers ganz genau betrachtet und erörtert werden. Sinnvoll ist es, wenn bei diesen Terminen zwei Personen der Fachabteilung zugegen sind, um gegenüber dem Mitarbeiter der Personalabteilung ein möglichst abgerundetes Bild darstellen zu können.¹

PRAXISTIPP

¹ Idealerweise verschafft sich der Fachvorgesetzte bereits zuvor durch Gespräche mit möglichst vielen direkten Kollegen des zu beurteilenden Beschäftigten ein breites Meinungsspektrum zu diesem.

Spätestens im Rahmen des zweiten Termins sollte Klarheit darüber bestehen, ob das Arbeitsverhältnis fortgesetzt werden soll. Gelangen die Gesprächsteilnehmer zu einem anderen Ergebnis, ist dann noch genug Zeit, das Kündigungsverfahren in Gang zu setzen und dieses innerhalb der Wartezeit abzuschließen.

Die Gespräche dienen zudem einer Sensibilisierung des Fachvorgesetzten, um eine wirksame Wartezeitkündigung zu gewährleisten. So kommt es in der Praxis vermehrt vor, dass eine Wartezeitkündigung unter objektiv überprüfbaren Anmerkungen erfolgt. Dies gilt es unbedingt zu vermeiden! Im Kündigungsverfahren könnte die Gegenseite das Vorliegen dieser objektiven Gründe bestreiten oder gar vortragen, dass es sich um eine missbräuchliche Kündigung handele und/oder ein Verstoß gegen das Maßregelungsverbot i. S. v. § 612a BGB vorliege.

PRAXISTIPP

² Es sollte unbedingt vermieden werden, objektive Tatsachen (bspw. ein abmahnungswürdiges Fehlverhalten des Arbeitnehmers) als „flankierenden“ Grund für die Wartezeitkündigung in der Betriebsratsanhörung darzustellen.

4 BETRIEBSRATSANHÖRUNG

Wenn eine Wartezeitkündigung gut vorbereitet wird und man die vorgenannten Aspekte beachtet, bestehen für Unternehmen sehr gute Erfolgsaussichten, ein etwaig nachfolgendes Kündigungsschutzverfahren zu gewinnen. Stolpersteine können hauptsächlich eine schlecht vorbereitete Betriebsratsanhörung oder Fehler bei der Zustellung der Kündigungserklärung sein. Aber auch hier hat es der Arbeitgeber maßgeblich in der Hand, unter Beachtung einiger Grundsätze, denkbaren Angriffspunkten den Garaus zu machen.

Selbstverständlich muss die Betriebsratsanhörung zu einer Wartezeitkündigung sämtliche Sozialdaten des Mitarbeiters enthalten. Zu diesen zählen

- die Personalien, inklusive des Geburtsdatums und des Familienstands,
- die Dauer der Betriebszugehörigkeit,
- die Anzahl und ggf. das Alter der Kinder sowie Unterhaltspflichten,
- das Vorliegen einer Schwerbehinderung und deren Gleichstellung,
- Art der derzeitigen Beschäftigung,
- besondere Kündigungsschutzatbestände (bspw. Elternzeit, Mutterschutz, tariflicher Sonderkündigungsschutz, Betriebsratszugehörigkeit etc.),
- Kündigungsart und -frist sowie Kündigungszeitpunkt.

5 GRUNDSÄTZE DER RECHTSPRECHUNG

Für eine Betriebsratsanhörung gilt der „Grundsatz der subjektiven Determination“. Das Unternehmen muss dem Gremium demgemäß alle Gründe mitteilen, die seiner Auffassung nach die Kündigung rechtfertigen. Das BAG hat in einer Reihe von Entscheidungen diesen Grundsatz auch bei Wartezeitkündigungen thematisiert.

Nach gefestigter Rechtsprechung reicht es für die Wirksamkeit einer Betriebsratsanhörung in diesem Zusammenhang aus, wenn der Arbeitgeber seinen Kündigungsentschluss unter Beifügung eines subjektiven Werturteils darlegt, welches Motivation für die Kündigung gewesen ist. Er ist darüber hinaus nicht verpflichtet, sein Urteil gegenüber dem Betriebsrat zu substantiieren oder zu begründen (vgl. BAG, Urt. v. 18.5.1994 – 2 AZR 920/93, DB 1994, S. 1984). Selbst wenn dem subjektiven Werturteil konkretisierbare Sachenelemente nach Zeit, Ort und Umständen zugrunde liegen, ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet, die Arbeitnehmervertretung über diesen Tatsachenkern zu informieren (vgl. BAG, Urt. v. 12.9.2013 – 6 AZR 121/12, NZA 2013, S. 1412).

Die Darlegung von objektiven Tatsachen, die einen Kündigungsgrund i. S. d. § 1 Abs. 2 KSchG begründen könnten, ist innerhalb der Wartezeit eben nicht erforderlich, schließlich findet das KSchG (noch) keine Anwendung.²

Diese objektiven Tatsachen sind einem Gegenbeweis zugänglich und müssen bei Bestreiten durch den Beschäftigten im Kündigungsschutzverfahren vom Unternehmen bewiesen werden. Gelingt dieser Beweis nicht, war die Betriebsratsanhörung fehlerhaft und das Verfahren kann allein deshalb verloren gehen. Auch wenn es insbesondere den Fachvorgesetzten häufig ein Anliegen ist, die Anhörung mit möglichst vielen Gründen, die vermeintlich die Ungeeignetheit des Mitarbeiters belegen sollen, zu füllen, sollte zumindest die Personalabteilung einen „kühlen Kopf“ bewahren und sich ausschließlich auf die Darstellung von subjektiven Werturteilen beschränken.



© Thomas Plaßmann

6 FORMULIERUNGSBEISPIELE

Nach der Rechtsprechung genügen folgende Mitteilungen den Anforderungen an eine wirksame Betriebsratsanhörung innerhalb der Wartezeit.

- „Der Arbeitnehmer hat die in ihn gesetzten Erwartungen nicht erfüllt.“ (BAG v. 18.5.1994, a. a. O.)
- „Nach unserer allgemeinen, subjektiven Einschätzung genügt die Arbeitnehmerin unseren Anforderungen nicht.“ (vgl. BAG, Urte. v. 3.12.1998 – 2 AZR 234/98)
- „Die Arbeitnehmerin hat sich während der Probezeit nicht bewährt und ist nicht geeignet, die ihr übertragenen Aufgaben ordnungsgemäß zu erfüllen. Das für eine dauerhafte Zusammenarbeit notwendige Vertrauensverhältnis hat auf Grund der mangelnden persönlichen Eignung der Arbeitnehmerin nicht aufgebaut werden können.“ (BAG, Urte. v. 22.4.2010 – 6 AZR 828/08)
- „Auf das Arbeitsverhältnis findet das KSchG noch keine Anwendung, es wurde zudem eine sechsmonatige Probezeit vereinbart. Eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ist nicht in unserem Interesse.“ (BAG v. 12.9.2013, a. a. O.)

Nicht ausreichend ist nach Ansicht des Hessischen LAG die Formulierung: „Die Geschäftsleitung möchte das Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitnehmer innerhalb der Probezeit beenden. Objektive Kündigungsgründe liegen nicht vor.“ (vgl. Hess. LAG, Urte. v. 14.3.2011 – 16Sa 1477/10).

7 ZUGANG/ZUSTELLUNG DER KÜNDIGUNGSERKLÄRUNG

Selbstverständlich sollte man stets ein Interesse am wirksamen Zugang von arbeitgeberseitigen Kündigungserklärungen haben. Im Falle einer Kündigung innerhalb der Wartezeit kann es allerdings von besonderer Bedeutung sein, dass der Zugang der Kündigungserklärung wirksam erfolgt. Denn in der wohl überwiegenden Anzahl der Fälle wird die Wartezeit von Unternehmen (beinahe) voll ausgereizt, so dass im Falle eines unwirksamen Zugangs oft keine Möglichkeit besteht, den Zugang einer weiteren Kündigungserklärung noch innerhalb der sechsmonatigen Wartezeit zu bewirken. Denn dass es sich bspw. bei der Adresse, an die der Arbeitgeber innerhalb der sechs Monate das Kündigungsschreiben geschickt hat, nicht um die zustellungsfähige Adresse gehandelt hat, wird in aller Regel erst nach Ablauf der Wartezeit problematisiert.

Somit haben Unternehmen, die sich erst zum Ende der Wartezeit zur Kündigung entschließen, oft nur einen Versuch, den Zugang der Kündigungserklärung wirksam herbeizuführen.

Bei der Frage, wie der Kündigungszugang bewirkt werden soll, lässt sich pauschal konstatieren, dass die persönliche Übergabe des Originalkündigungsschreibens unter Zeugen im Betrieb stets der Zustellung an der Wohn- bzw. Meldeanschrift des Beschäftigten – ob persönlich oder durch Einlegen der Kündigung in den Briefkasten – vorzuziehen ist.³

! PRAXISTIPP

³ Eine Zustellung durch Einschreiben – in welcher Form auch immer – ist keine Option.

Wir stellen in der täglichen Beratungspraxis immer wieder fest, dass in den Personalabteilungen durchaus Unsicherheit dahingehend besteht, bis wann die Wartezeitkündigung erfolgen muss bzw. kann. So wird oft falsch angenommen, dass das Arbeitsverhältnis mit Ablauf der Wartezeit sein Ende finden muss, die jeweils geltende Kündigungsfrist damit faktisch wartezeitverkürzend wirke.

Richtig ist stattdessen, dass die Kündigungserklärung bis zum Ablauf der Wartezeit zugegangen sein muss. Somit kann das Arbeitsverhältnis – verlängert um die jeweils anwendbare Kündigungsfrist – entsprechend länger als sechs Monate dauern.

8 ÜBERGABE IM BETRIEB

Idealerweise übergibt man das Kündigungsschreiben im Betrieb an den zu kündigenden Arbeitnehmer. Hier kann der Zugang des Originalkündigungsschreibens rechtssicher unter Hinzuziehung von Zeugen persönlich erfolgen. Als (überbringende) Zeugen bieten sich insbesondere Mitarbeiter aus der Personalabteilung an, die zuvor auch den Inhalt des Kündigungsschreibens zur Kenntnis genommen haben.

Demgegenüber ist zu vermeiden, die Übergabe des Kündigungsschreibens bspw. alleine durch Mitglieder der GmbH-Geschäftsführung oder des AG-Vorstands zu bewirken. Diese scheiden in einem späteren Kündigungsschutzprozess als Zeugen für den Zugang aus, da sie als Organ der Gesellschaft selbst Partei sind. Damit würde sich der Arbeitgeber – sollte im Prozess der wirksame Zugang der Kündigung streitig werden – selbst unnötig in Beweisschwierigkeiten bringen. Dies gilt es zu vermeiden.

9 ZUSTELLUNG AN DER WOHN- BZW. MELDEANSCHRIFT

Ist die persönliche Übergabe des Kündigungsschreibens im Betrieb nicht möglich, z. B. weil der Beschäftigte arbeitsunfähig erkrankt ist, bleibt nur die Zustellung an seiner aktuell gültigen Wohnadresse. Auch in diesem Fall ist dringend zu empfehlen, die Zustellung durch zwei Mitarbeiter der Personalabteilung zu bewirken.

Die Beauftragung eines professionellen Boten mit der Zustellung sollte lediglich zweite Wahl sein. Der Wert der Zeugenaussage eines Zustellungsboten in Gestalt eines externen Kuriers ist in einem späteren Prozess eher als gering einzuschätzen. Dieser wird sich in einem Kündigungsschutzprozess – schon aufgrund der Vielzahl täglicher Zustellungen – nicht oder nur sehr vage an Details zum individuellen und streitgegenständlichen Zustellungsprozess erinnern und seine eigenen Wahrnehmungen nur aufgrund von Schriftstücken rekapitulieren können.

Der Überbringer – ganz egal, ob eigener Mitarbeiter der Personalabteilung oder externer Bote – muss den Inhalt des einkuvertierten Kündigungsschreibens selbst zur Kenntnis nehmen und sollte zunächst durch Klingeln an der Haustür versuchen, den Arbeitnehmer persönlich

anzutreffen, um ihm die Kündigung zu überreichen. Sollte dieser nicht persönlich angetroffen werden oder verweigert er die Entgegennahme der Kündigung, ist der Brief in dessen Briefkasten einzulegen. Auf keinen Fall sollte die Kündigung einer dritten Person, die sich (zufällig) am bzw. im Haus befindet, übergeben werden. Davon ist selbst dann abzuraten, wenn sich die Person als vermeintlich zuständig für die Entgegennahme der Post erklärt. Verzögerungen in der Weiterleitung des Kündigungsschreibens durch den Dritten gehen im Zweifel zulasten des Arbeitgebers. Auch dieses Risiko sollte man erst gar nicht eingehen.

10 ZUGANG UNTER ABWESENDEN

Wird eine Kündigung – wie bereits dargestellt – persönlich überreicht, genügt die Aushändigung und Übergabe des Schriftstücks für den wirksamen Zugang. Maßgeblich für den Zugang unter Abwesenden ist grundsätzlich, ob die Kündigungserklärung in verkehrsüblicher Weise in den Machtbereich des Beschäftigten gelangt ist und dieser unter gewöhnlichen Umständen von der Kündigung Kenntnis nehmen konnte. Nach bisheriger Rechtsprechung des BAG erfolgt hiernach der Zugang, sobald nach der Verkehrsanschauung mit der nächsten Briefkastenleerung zu rechnen ist. Die im November vergangenen Jahres veröffentlichte Entscheidung (BAG, Urt. v. 22.8.2019 – 2 AZR 111/19, AuA 12/19, S. 726) stellt für die Frage des Zeitpunkts des Kündigungszugangs bei Zustellung in den Hausbriefkasten auf die Gepflogenheiten am Ort der Zustellung ab. Das LAG Baden-Württemberg hatte in der Vorinstanz (Urt. v. 14.12.2018 – 9 Sa 69/18) eine – aus Unternehmenssicht begrüßenswerte – pauschalierende Betrachtung zur Anwendung gebracht und entschieden, dass eine Kündigung, die bis 17:00 Uhr in den Hausbriefkasten des Arbeitnehmers eingeworfen wird, diesem noch am selben Tag zugeht.

Diese Entscheidung hat das BAG nun aufgehoben. Die vom LAG für 17:00 Uhr angenommene Leerungszeit sei willkürlich und nicht ausreichend, um die Feststellungen des Kündigungszugangs zu tragen. Es sei schon nicht nachvollziehbar, warum das LAG überhaupt auf die – in Vollzeit – erwerbstätige Bevölkerung abstelle, da sich diese Bevölkerungsgruppe faktisch sogar in der Minderheit befinde. Maßgeblich, so das BAG, seien die gewöhnlichen Verhältnisse hinsichtlich der Leerung eines Briefkastens am konkreten Wohnort des Mitarbeiters, so dass ein Tatsachengericht im Einzelfall Feststellungen hierzu treffen muss. Es bleibt daher bei den bisherigen Grundsätzen.

Die Zustellung unter Abwesenden am letzten Tag der Wartezeit stellt sich somit als äußerst riskant dar und sollte deshalb unbedingt vermieden werden. Der in solch zeitkritischen Fällen mit der Zustellung beauftragte Bote ist dringend anzuweisen, das Kündigungsschreiben noch vor 10:00 Uhr in den Briefkasten einzulegen, damit der Zugang noch am selben Tag bewirkt werden kann.⁴

PRAXISTIPP

⁴ Über die Zustellung ist ein Zustellungsprotokoll zu erstellen, welches zur Personalakte zu nehmen ist.

11 VERSUCHTE ZUSTELLUNGS- VEREITELUNG/KORREKTE ADRESSE?

Nicht ungewöhnlich ist, dass es sich – auch für den Beschäftigten absehbar – kurz vor Ablauf der Wartezeit abzeichnet, dass der Arbeitgeber an einer Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses über die Wartezeit hinaus kein Interesse hat und der Arbeitnehmer – mit diesem Wissen – aus diesem Grund versucht, den Kündigungszugang innerhalb der Wartezeit zu vereiteln, indem er durch kurzfristigen Wechsel seiner Wohnanschrift „auf Tauchstation geht“. Es ist daher von übergeordneter Wichtigkeit, dass das Kündigungsschreiben an die korrekte Wohnanschrift zugestellt wird. Häufig ziehen Mitarbeiter innerhalb der ersten sechs Monate eines neuen Arbeitsverhältnisses um, so dass nicht ungeprüft an die im Arbeitsvertrag niedergeschriebene Wohnanschrift zugestellt werden sollte. Liegen der Personalabteilung zwei oder mehrere unterschiedliche Adressen vor, sollte man im Zweifel an jede dieser Adressen zustellen, um jegliche Unsicherheiten und damit potenziell einhergehende Risiken auszuschließen.

Insbesondere bei Konzernunternehmen kann es innerhalb von sog. HR-Shared-Service-Strukturen zu dem misslichen Umstand kommen, dass die arbeitnehmerseitige Meldung einer Adressänderung innerhalb des Konzerns „versickert“, mit der Gefahr, dass die Kündigung an eine alte und damit falsche Adresse zugestellt wird. Dieser Fehler wird dann erfahrungsgemäß erstmals in der Kündigungsschutzklage vom Arbeitnehmervertreter thematisiert. Hier wird dann regelmäßig behauptet, der Beschäftigte habe nie positive Kenntnis von einem etwaigen Kündigungsschreiben erhalten. Diese denkbar missliche Lage gilt es unbedingt zu vermeiden, denn für einen zweiten Zustellungsversuch innerhalb der Wartezeit ist es dann in aller Regel bereits zu spät.

Abschließend sei noch darauf hingewiesen, dass man – wie bereits angemerkt – auf Kündigungszustellungen via Einschreiben gänzlich verzichten sollte. Kündigungen sollten also weder per Einwurf- noch per Übergabe-Einschreiben oder durch Einschreiben mit Rückschein zugestellt werden.

- Beim Einschreiben mit Rückschein bestätigt der Empfänger auf dem Rückschein den Erhalt des Schreibens. Ebenso wie bei der Variante des Übergabe-Einschreibens, das gegen Unterschrift des Empfängers an diesen übergeben wird, kommt beim Einschreiben mit Rückschein ein sog. Benachrichtigungsschein zum Einsatz, sollte der Empfänger nicht angetroffen werden. Der Zugang erfolgt dann erst, wenn das Schreiben abgeholt und der Empfang auf dem Rückschein bestätigt wird. Zwar lässt sich beim Einschreiben mit Rückschein ein Zugang vermuten, doch kann hiermit kein sicherer Beweis dahingehend geführt werden, dass der Inhalt des Schreibens zugegangen ist.
- Ein Einwurf-Einschreiben wird unter genauer Datums- und Zeitangabe durch den Zusteller in die vorgesehene Empfangseinrichtung in Form des Briefkastens eingelegt. Dies stellt aber – wenn überhaupt – nur einen Anscheinsbeweis für den Zugang dar.

12 VERLÄNGERUNG DER PROBEZEIT

Jeder hat eine „zweite Chance“ verdient. Mit diesem Argument wird regelmäßig versucht, eine Probezeitverlängerung zu rechtfertigen. Eine solche ist grundsätzlich möglich und rechtlich zulässig. Gestaltung und Umsetzung aber können variieren. In Rechtsprechung und Literatur ist anerkannt, dass die Konstruktion der Probezeitkündigung mit längerer Frist bzw. durch einen entsprechend vereinbarten Aufhebungsvertrag zur „Bewährung“ oder weiteren „Erprobung“ des Mitarbeiters zulässig ist.

Unseren Erfahrungen zufolge bergen solche Konstruktionen jedoch viel mehr Gefahren als Nutzen, jedenfalls für Unternehmen. Ungeachtet des Umstands, dass regelmäßig schon darin Uneinigkeit bestehen kann, ob sich der Arbeitnehmer „bewährt“ hat, mit nachfolgender Entscheidung für oder gegen eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses, ist vielmehr ein anderes Problem zu berücksichtigen: Nach Ablauf der Wartezeit von sechs Monaten i. S. d. § 1 Abs. 1 KSchG greift der allgemeine Kündigungsschutz. Daran ändert auch die Verlängerung der Probezeit nichts. Die Wartezeit endet nach sechs Monaten und kann nicht verlängert werden.

Aus Praxissicht ist daher ausdrücklich von einer Probezeitverlängerung abzuraten. Es bestätigt sich in den weit überwiegenden Fällen, dass sich innerhalb der ersten sechs Monate ein ausreichend tauglicher Eindruck von einem Beschäftigten gewinnen lässt und in den seltensten Fällen der erste Eindruck wegen verlängerter Probezeit revidiert werden kann.

13 FAZIT

Angesichts der weiter wachsenden Anforderungen an die Darlegung eines Kündigungsgrundes i. S. d. § 1 Abs. 2 KSchG sollte sich der Arbeitgeber absolut sicher sein, wenn er das Arbeitsverhältnis über die Wartezeit hinaus fortsetzen möchte. Existieren nur die geringsten Zweifel an der Kompatibilität des Mitarbeiters zum Team bzw. zum Unternehmen, sollte man die Kündigung innerhalb der Wartezeit ernsthaft in Betracht ziehen. Die Vorteile liegen klar auf der Hand: Wenn der Kündigungsentschluss auf einem subjektiven Werturteil beruht, dies in der Betriebsratsanhörung entsprechend kommuniziert wurde und die Kündigung wirksam innerhalb der Wartezeit zugestellt worden ist, sind die Chancen, in einem Kündigungsschutzverfahren zu obsiegen, sehr gut.

Die eingangs erwähnten Zeilen von Friedrich Schiller enden mit den Worten: „Der Wahn ist kurz, die Reu ist lang.“ Dies sollte sich jeder Arbeitgeber zu Herzen nehmen. ■



FEEDBACK

Hat Ihnen der Beitrag gefallen? Sagen Sie uns Ihre Meinung! Alle Infos auf S. 135 und auf www.auaplus.de

UNSERE AUTOREN



Christian Schönbach
Rechtsanwalt (Syndikusrechtsanwalt), HESSENMETALL – Bezirksgruppe Rhein-Main-Taunus e. V., Frankfurt am Main



Thomas Frey
Rechtsanwalt (Syndikusrechtsanwalt), Fachanwalt für Arbeitsrecht, HESSENMETALL – Bezirksgruppe Rhein-Main-Taunus e. V., Frankfurt am Main