

**Abschlussklausur zur Veranstaltung**  
**„Grundzüge des Arbeitsrechts (Schwerpunkt: Individualarbeitsrecht)“**

Sommersemester 2009

**Fall 1:**

**Sachverhalt:** Das private Mädcheninternat Marienhof hatte mittels einer Stellenausschreibung eine „Erzieherin/Sportlehrerin im Mädcheninternat“ gesucht. Diplom-Sozialpädagoge Volker Bode bewarb sich auf die Stelle. Das Internat teilte ihm daraufhin mit, dass bei der Stellenbewerbung ausschließlich weibliche Bewerber berücksichtigt werden, weil die Stelleninhaberin zu 25 % ihrer Arbeitszeit auch Nachtdienste leisten müsse, bei der auch Schlafräume, Waschräume und Toiletten der Schülerinnen betreten werden müssten. Überdies sei er auch fachlich nicht hinreichend qualifiziert. Tatsächlich berücksichtigte das Internat Volker Bode bei der Besetzung der Stellung nicht. Volker Bode meint, er sei wegen seines Geschlechts diskriminiert worden und begehrt eine Entschädigung für das erlittene Unrecht. Es spreche nichts gegen den Einsatz eines unbescholtenen männlichen Lehrkörpers im Nachtdienst. Überdies könne die Stiftung den Nachtdienst leicht anderweitig regeln. Die mit der Stelle verbundene Tätigkeit als Erzieher/Sportlehrer könne er problemlos erfüllen. Schließlich sei auf den Nachtdienst in der Stellenannonnce auch nicht hingewiesen worden.

**Fallfrage:** Hat Volker Bode Anspruch auf Entschädigung?

**Fall 2:**

**Sachverhalt:** Manfred Wollmann ist seit 1995 bei der Cortex GmbH als Abteilungsleiter im Controlling beschäftigt. Zur Vertretung der Gesellschaft oder zur selbständigen Einstellung und Entlassung von Arbeitnehmern ist er nicht berechtigt. Die Cortex GmbH beschäftigt zurzeit 137 Arbeitnehmer. Manfred Wollmann ist im Betrieb seit längerem als Choleriker bekannt, der bei Wutanfällen insbesondere seine Untergebene ungebührlich behandelt. Der Geschäftsführer der Cortex GmbH bemängelte mehrfach den Umgang Wollmanns mit seinen Untergebenen, ohne aber eine förmliche Abmahnung auszusprechen, weil er diesen für das Unternehmen als unentbehrlich einschätzte. Am 20.5.2009 schoss dann Wollmann in einem Wutanfall mit einer Soft-Air-Pistole auf einen Untergebenen, am 21.5.2009 versetzte er einem anderen mit einer elektrischen Fliegenklatsche einen Stromschlag und am 22.5.2009 schlug er einen weiteren Untergebenen mit einer aus Leder bestehenden Tischablage auf den Rücken. Nach dem letzten Vorfall wendeten sich etliche der Mitarbeiter Wollmanns an den Geschäftsführer der Cortex GmbH und berichteten diesem von den Vorfällen. Dieser erklärte Wollmann daraufhin am 30.5.2009 nach ordnungsgemäßer Anhörung des Betriebsrates, der keine Bedenken vorbrachte, unter Hinweis auf die genannten Vorfälle schriftlich die außerordentliche, hilfsweise die ordentliche Kündigung zum nächst zulässigen Termin. Die Cortex GmbH sei bestürzt über die Vorfälle und habe das Vertrauen in Wollmann verloren, einen normalen menschlichen Umgang mit seinen Kollegen zu führen. Wollmann meint demgegenüber, dass die Vorfälle keinesfalls eine außerordentliche, erst recht nicht eine ordentliche Kündigung rechtfertigen würden. Jedenfalls hätte ihn die Cortex-GmbH abmahnen müssen. Endlich wäre jedenfalls eine Änderungskündigung mit Entzug von Leitungsaufgaben gegenüber der ausgesprochenen Beendigungskündigung ein milderer Mittel gewesen.

**Fallfrage:** Am 31.5.2009 befragt Wollmann Sie als seinen Rechtsanwalt/seine Rechtsanwältin nach der Wirksamkeit der Kündigungen. Was antworten Sie ihm?

## Lösungshinweise

**Fall 1:** Sachverhalt und Lösung nach BAG vom 28.5.2009 – 8 AZR 536/08, Pressemitteilung Nr. 54/09; vorgehend LAG Rheinland-Pfalz vom 20.3.2008 – 2 Sa 51/08, LAGE AGG § 15 Nr. 3a

### Anspruch aus § 15 II AGG gegen das Mädcheninternat Marienhof

Volker Bode hat gemäß § 15 II AGG einen verschuldensunabhängigen Anspruch auf angemessene Entschädigung, wenn das Mädcheninternat Marienhof durch die Nichtberücksichtigung seiner Bewerbung gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 AGG verstoßen hat.

#### 1. Persönlicher Anwendungsbereich

Der persönliche Anwendungsbereich des § 15 AGG setzt voraus, dass der Benachteiligte Beschäftigter im Sinne des AGG ist und die Benachteiligung von einem Arbeitgeber ausgeht, vgl. § 6 AGG. Das Mädcheninternat ist zweifellos Arbeitgeber. Fraglich ist, ob Volker Bode Beschäftigter ist, weil die behauptete Benachteiligung im Rahmen eines Einstellungsverfahrens statt fand. Gemäß § 6 I 2 AGG gilt als **Beschäftigter** aber **auch ein Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis**. § 15 AGG ist somit anwendbar.

#### 2. Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot

Das Mädcheninternat müsste gegen das **Benachteiligungsverbot des § 7 AGG** verstoßen haben. Dies ist gemäß § 7 I AGG der Fall, wenn das Mädcheninternat Volker Bode aus einem der in § 1 AGG genannten Gründe benachteiligt hat und eine gegenüber den Stellenbewerberinnen eine unterschiedliche Behandlung nicht gemäß §§ 8 bis 10 AGG wegen beruflicher Anforderungen ausnahmsweise zulässig war.

a) In Betracht kommt eine **Benachteiligung wegen des Geschlechts**. Hierfür reicht es aus, dass die Geschlechtszugehörigkeit zu den Motiven für die Ablehnung eines Bewerbers gehört. Ob neben der Geschlechtsdiskriminierung auch noch andere Gründe für die Ablehnung maßgeblich waren, ist unerheblich. Das Mädcheninternat hat bei der Nichtberücksichtigung Volker Bodes jedenfalls auch an dessen Geschlecht angeknüpft und ihn deshalb wegen seines Geschlechts gegenüber Stellenbewerberinnen benachteiligt.

(Anm.: Nach § 11 AGG darf ein Arbeitsplatz nicht unter Verstoß gegen § 7 I AGG ausgeschrieben werden, die Ausschreibung ist daher grundsätzlich geschlechtsneutral vorzunehmen. Eine merkmalsbezogene Aussage ist nur zulässig, wenn das Differenzierungskriterium wegen Vorliegens von Ausnahme oder Rechtfertigungsgründen verwendet werden darf. Ein Verstoß gegen das Verbot

der benachteiligenden Ausschreibung löst jedoch allein noch keine Entschädigungsansprüche aus § 15 II AGG aus, begründet allerdings eine Vermutung für einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot selbst. Die nicht geschlechtsneutrale Ausschreibung muss als Tatsache gewertet werden, die eine Benachteiligung wegen des Geschlechts vermuten lässt. Vorliegend ist allerdings der Sache nach unstreitig, dass Volker Bode *auch* wegen seines Geschlechts benachteiligt wurde. Wenn die Bewerber über § 11 AGG aufbauen, ist dies aber nicht falsch.)

b) Die **unterschiedliche Behandlung könnte indes gemäß § 8 I AGG zulässig gewesen** sein. Danach ist eine unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts zulässig, wenn dieser Grund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist. Fraglich ist somit, ob die Zugehörigkeit zum weiblichen Geschlecht für die ausgeschriebene Stelle eine wesentliche und entscheidende Anforderung im Sinne des § 8 I AGG darstellt.

(1) Eine **Unverzichtbarkeit im eigentlichen Sinne** liegt nicht vor. Es ist weder eine tatsächliche Unverzichtbarkeit noch eine rechtliche Unverzichtbarkeit gegeben. Die tatsächliche Unverzichtbarkeit bilden die Fälle biologische Notwendigkeit. Abzustellen ist auf die Tätigkeit selbst und zwar auf die eigentliche Tätigkeit. Dass für den Nachtdienst das weibliche Geschlecht „biologisch notwendig“ sei, ist nicht der Fall. Zur rechtlichen Unverzichtbarkeit gehören alle diese Fälle, in denen ein Gesetz die Beschäftigung des jeweils anderen Geschlechts verbietet. Auch dies ist vorliegend nicht gegeben.

(2) Die **Unverzichtbarkeit im weiteren Sinne** ist dann gegeben, **wenn ein Arbeitnehmer eines bestimmten Geschlechts die berufliche Tätigkeit tatsächlich schlechter ausüben kann als Angehörige des anderen Geschlechts**. Die Minderleistung muss biologisch bedingt sein, wenn auch nicht unmittelbar sondern auch reflektiert durch Dritte mit denen der Arbeitnehmer zu tun hat. Dies ist in den Fällen gegeben, wo die **Scham gegenüber dem anderen Geschlecht** relevant wird. Bei solchen Sachverhalten sind keine Vorurteile gegenüber Männern oder Frauen entscheidend, sondern ein Gefühl, das zwar gesellschaftlich geformt sein mag, aber dennoch biologisch begründet ist. Dies ist immer dann der Fall, wenn Personen, die mit der Arbeitsleistung in Verbindung kommen, zur Wahrung ihrer Intimsphäre das andere Geschlecht zurückweisen. Dann ist eine Differenzierung zwischen den Geschlechtern zulässig. **Wie vernünftig das Schamgefühl oder wie verbreitet es ist, ist nicht relevant. Entscheidend ist allein der Grund zur Differenzierung.**

(a) Bei Anwendung dieser Grundsätze ist festzustellen, dass das Mädcheninternat nicht lediglich einen sachlichen Grund – der nicht genügt hätte – für die Ungleichbehandlung zur Rechtfertigung der Benachteiligung des männlichen Bewerbers herangezogen hat. Entscheidend sind die beruflichen Anforderungen, wie sie für die vertragsgemäße zu erbringende Leistung erforderlich sind. Wesentlich sind diese Anforderungen, wenn ein hinreichend großer Teil der Gesamtforderung des Arbeitsplatzes betroffen sind.

Das Mädcheninternat hat sich **nicht lediglich** auf **sachliche Gründe** oder Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte berufen, um die berufliche Anforderung zu beschreiben. Hierbei ist **unschädlich, dass in der Stellenausschreibung auf einen Nachtdienst nicht hingewiesen wird**. Dem Internat ist es nicht verwehrt, sich auf die Begleitumstände einer Stelle einer Erzieherin im Mädcheninternat zu berufen. Dass eine Erzieherin im Mädcheninternat eingesetzt werden soll, ist eindeutig der Stellenausschreibung zu entnehmen. Hierbei ist es dem Internat zu gestatten, die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung **aus den Umständen herzuleiten**, die zwingend und notwendig mit der Tätigkeit einer Erzieherin in dem Mädcheninternat zusammenhängen.

(Anm.: insofern scheint auch eine a.A. vertretbar; dieser Punkt wird aber wohl ohnehin nur von sehr guten Bearbeitern angesprochen werden; ein Weglassen ist daher nicht negativ zu beurteilen).

(b) Volker Bode kann zwar abstrakt gesehen die Arbeitsleistung erbringen, er kann dies jedoch nur schlechter als weibliche Lehrkräfte. Dieser Qualifikationsnachteil beruht auf biologischen Gründen. **Im vorliegenden Fall wird die Scham gegenüber dem anderen Geschlecht relevant**. Während des Nachtdienstes müssen auch die privaten Räumlichkeiten der Schülerinnen betreten werden. Die Schülerinnen könnten sich somit nicht so frei entfalten und bewegen, wie sie dies machen würden, wenn sie von einer Erzieherin beaufsichtigt werden würden. Dabei kommt es nicht darauf an, ob Volker Bode jemals strafrechtlich in Erscheinung getreten ist. Es geht einzig um die Relevanz des Schamgefühls dem anderen Geschlecht gegenüber. Die Nachtdienste machen auch 25 % der Tätigkeit und damit einen nicht unerheblichen Teil der Arbeitsleistung aus.

(3) Somit ist das Tatbestandsmerkmal gegeben, dass das weibliche Geschlecht wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen der Ausübungen, eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, jedenfalls sofern es für die ausgeschriebene Stelle einer Erzieherin im Mädcheninternat vorausgesetzt wird. **Der Zweck, die Stelle mit einer weiblichen Person zu besetzen, ist rechtmäßig und die Anforderung ist auch angemessen, anderweitig kann sie nicht erledigt werden**.

c) Es ist auch nicht der Auffassung Volker Bodes zu folgen, dass es dem Internat möglich wäre, den Nachtdienst anderweitig zu organisieren und deshalb eine Besetzung der Stellung mit ihm möglich wäre. **Es obliegt dem Internat als Arbeitgeber zu entscheiden, wie die zu besetzende Stelle dimensioniert ist**.

### 3. Ergebnis

Volker Bode wurde zwar wegen seines Geschlechts benachteiligt, doch war diese Benachteiligung gemäß § 8 I AGG zulässig. Damit liegt kein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 I AGG vor. Ein Anspruch auf Entschädigung besteht somit nicht.

**Fall 2:** Sachverhalt nach BAG vom 28.5.2009 – 2 AZR 223/08, Pressemitteilung Nr. 56/09

## **A. Außerordentliche Kündigung**

### **I. Erklärung der außerordentlichen Kündigung**

Die Cortex-GmbH müsste gegenüber Wollmann eine außerordentliche Kündigung erklärt haben. Die gemäß § 623 BGB erforderliche **Schriftform** wurde eingehalten. Der Begründung der Kündigung hätte es zu ihrer Wirksamkeit nicht bedurft. Die Kündigung erfolgte auch von der berechtigten Person, denn der Geschäftsführer vertritt gemäß § 35 GmbHG die GmbH (Anm.: da das GmbHG nicht in der Arbeitsrechtssammlung von dtv abgedruckt ist, ist dieser Hinweis von den Bearbeitern nicht zu erwarten). Die Kündigung ist Wollmann auch unstrittig zugegangen. Eine wirksame Kündigungserklärung liegt somit vor.

### **II. Beteiligung des Betriebsrats**

Der gemäß § 102 I und II 3 BetrVG anzuhörende **Betriebsrat** wurde laut Sachverhalt **ordnungsgemäß beteiligt**.

### **III. Besondere Unwirksamkeitsgründe**

Besondere Unwirksamkeitsgründe (etwa bei Schwerbehinderteneigenschaft des AN das Nichteinholen der Zustimmung des Integrationsamtes, vgl. §§ 85, 91 SGB IX) liegen nicht vor. (Anm.: Besondere Unwirksamkeitsgründe müssen nicht erwähnt werden, da sie ersichtlich keine Rolle spielen).

### **IV. Wichtiger Grund (§ 626 I BGB)**

#### **1. Keine Fiktion des wichtigen Grundes gemäß §§ 4 S. 1, 7, 13 I 2 KSchG**

Der gemäß § 626 I BGB für eine außerordentliche Kündigung notwendige wichtige Grund wird vorliegend nicht gemäß §§ 4 S. 1, 7, 13 I 2 KSchG fingiert (zur Anwendbarkeit des KSchG siehe unten sub B. IV. 1.), da die **dreiwöchige Frist zur Erhebung der Klage** auf Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung zum Beratungszeitpunkt noch nicht abgelaufen ist.

#### **2. Tätlichkeiten als „an sich“ geeigneter Kündigungsgrund**

Vorliegend könnte ein wichtiger Grund im Verhalten Wollmanns liegen. Fraglich ist, ob das im Sachverhalt genannte Verhalten **„an sich“ geeignet** ist, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen. Die geschilderten Vorfälle könnten strafrechtlich relevante Körperverletzungen und

tätliche Beleidigungen sein. Wie stets im Rahmen des § 626 BGB ist die **strafrechtliche Würdigung** jedoch **nicht entscheidend**. Nach der Rechtsprechung begründen Beleidigungen sowie Tätlichkeiten gegenüber Kollegen oder Vorgesetzte jedoch regelmäßig einen wichtigen Grund. Dies muss umso mehr für einen Vorgesetzten gelten, der gegenüber den ihm untergebenen Mitarbeitern die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ausübt (speziell zur Pflicht, Schutzmaßnahmen vor gesundheitlichen Schädigungen zu treffen, vgl. nur § 618 BGB). Vorliegend handelt es sich um nicht unerhebliche Angriffe auf die körperliche Integrität der Mitarbeiter. Diese hatten zudem einen ehrverletzenden Charakter. Ein „an sich“ geeigneter Kündigungsgrund liegt damit vor.

### 3. Umfassende Interessenabwägung

Auf der zweiten Stufe der Prüfung bedarf es einer **umfassenden Interessenabwägung**. Wegen der schweren Folgen einer fristlosen Kündigung für den Arbeitnehmer müssen Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter **Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles** und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann (§ 626 I BGB).

(1) Erforderlich ist damit zunächst eine **Negativprognose**, dass das Arbeitsverhältnis durch die eingetretene Störung künftig erheblich beeinträchtigt sein wird. Dies lässt sich hier vertretbar unter Hinweis auf die Beschwerden der Untergebenen bejahen, die ein gedeihliches Zusammenarbeiten mit Wollmann in Zukunft nicht erwarten lassen. Zudem kann darauf verwiesen werden, dass hier das Vertrauensverhältnis aufgrund der Schwere der Angriffe nachhaltig zerstört wurde. Da es keine Anzeichen für eine Besserung im Verhalten Wollmanns gibt, fällt die Negativprognose zu seinen Lasten aus.

(Anm.: der Sachverhalt ist hier ersichtlich knapp, so dass bei entsprechender Argumentation auch eine andere Auffassung vertretbar ist. Dann wäre mit der Prüfung der ordentlichen Kündigung fortzufahren)

(2) Des Weiteren darf die außerordentliche Kündigung nach überkommener Rechtsprechung nur **ultima ratio**, das unausweislich letzte Mittel sein. Erst wenn die zulässigen, gleich geeigneten und angemessenen Mittel ausgeschöpft sind, die in ihren Wirkungen für den Arbeitnehmer milder sind, fällt die Interessenabwägung zugunsten des kündigenden Arbeitgebers aus.

(a) Bei verhaltensbedingten Kündigungen wie dervorliegenden stellt regelmäßig die **Abmahnung** ein milderes Mittel dar. Eine Abmahnung ist hier nicht erfolgt. Die vorherige Abmahnung kann indes entbehrlich sein, wenn der Arbeitnehmer nicht in der Lage oder willens ist, sein Verhalten zu ändern (vgl. auch den Rechtsgedanken in §§ 281 II 1. Alt., 323 II Nr. 1 BGB), oder wenn das Vertrauensverhältnis zwischen den Vertragsparteien durch eine schwere Pflichtverletzung derart gestört ist, dass es nicht wiederhergestellt werden kann. Überdies bedarf es keiner Abmahnung,

wenn die Pflichtwidrigkeit des Verhaltens evident ist. Dies ist insbesondere bei Straftaten der Fall. Wollmann war im Betrieb bereits seit längerem als Choleriker bekannt, ohne dass die Geschäftsführung eingeschritten wäre. Vertreten lässt sich daher, dass Wollmann der Ernst und die Folgen seines Verhaltens nicht hinreichend bewusst waren, so dass es einer Abmahnung bedurft hätte (so i.E. die erste Instanz! Dann wäre mit der Prüfung der ordentlichen Kündigung fortzufahren). Die besseren Gründe sprechen indes für die Entbehrlichkeit der Abmahnung. Bei den Vorfällen handelt es sich um Tätlichkeiten, die sogar strafrechtlich relevant sein können. Jedermann ist bewusst, dass ein solches Verhalten nicht nur allgemein rechtswidrig, sondern auch eine Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten darstellt. Dies muss vorliegend aufgrund der hervorgehobenen Stellung Wollmanns umso mehr gelten. Einer Abmahnung bedurfte es daher nicht.

(b) Ein milderer Mittel gegenüber deraußerordentlichen Beendigungskündigung könnte jedoch eine **Änderungskündigung** darstellen, die Wollmann einen anderen Arbeitsplatz unter Entzug von Führungsaufgaben zuweist. Das Verhalten Wollmanns äußerte sich zwar primär gegenüber Untergebenen, doch ist das Betriebsklima aufgrund seines Verhaltens so nachhaltig geschädigt, dass eine weitere Zusammenarbeit an anderer Stelle nicht fruchtbar ist. Die Änderungskündigung stellt damit vorliegend kein gleich wirksames Mittel dar (a.A. gut vertretbar!).

(3) Das Prognoseprinzip und das ultima-ratio-Gebot werden durch das **Übermaßverbot** ergänzt. Die Interessenabwägung muss daher die Frage beantworten, ob die außerordentliche Kündigung keine übertriebene Reaktion auf die Störung des Arbeitsverhältnisses darstellt. Für Wollmann spricht dessen langjährige und in der Sache offenbar erfolgreiche Tätigkeit für die Cortex GmbH. Dem steht jedoch die Schwere des Pflichtverstoßes sowie die Vergiftung des Betriebsklimas gegenüber. Angesichts dessen, dass es sich um Tätlichkeiten handelt, stellt die außerordentliche Kündigung keine übertriebene Reaktion und ein angemessenes Mittel dar (a.A. gut vertretbar, insbesondere lässt sich vertreten, dass der Cortex GmbH das Abwarten der Kündigungsfrist zumutbar ist).

#### 4. Kündigungserklärungsfrist (§ 626 II BGB)

Die zweiwöchige Kündigungserklärungsfrist des § 626 II BGB hat die Cortex GmbH eingehalten.

#### V. Ergebnis

Wollmann ist zu antworten, dass die außerordentliche Kündigung wirksam ist.

(Anm.: eine andere Auffassung ist bei entsprechender Argumentation an den gekennzeichneten Stellen gut vertretbar und keinesfalls negativ zu beurteilen. Die erste Instanz hat die außerordentliche Kündigung mangels Abmahnung für unwirksam erachtet).



## **B. Ordentliche Kündigung**

### **I. Kündigungserklärung**

Die Kündigungserklärung ist wirksam, siehe oben sub A. I.

### **II. Beteiligung des Betriebsrats**

Der auch bei der ordentlichen Kündigung gemäß § 102 I, II 1 und 2 BetrVG anzuhörende Betriebsrat wurde ordnungsgemäß angehört.

### **III. Besondere Unwirksamkeitsgründe**

Besondere Unwirksamkeitsgründe liegen nicht vor, siehe oben sub A. III.

## **IV. Unwirksamkeit der Kündigung gemäß § 1 I KSchG**

### **1. Anwendungsbereich des KSchG**

Obleich Wollmann Leitungsfunktionen wahrnimmt, sind die Vorschriften des KSchG auf ihn vollumfänglich anwendbar, denn er ist weder zur Vertretung der Cortex GmbH noch zur selbständigen Einstellung oder Entlassung von Arbeitnehmern berechtigt, vgl. § 14 KSchG. Da Wollmann bereits seit 1995 und damit länger als sechs Monate (vgl. § 1 I KSchG) Arbeitnehmer der Cortex GmbH ist, ist der persönliche Anwendungsbereich des KSchG eröffnet. Auch der betriebliche Anwendungsbereich des KSchG ist gemäß § 23 I KSchG eröffnet, denn die Cortex GmbH beschäftigt deutlich mehr als fünf Arbeitnehmer (da Wollmann 1995 eingestellt wurde, greift hier nicht die Grenze des § 23 I 3 KSchG).

### **2. Fristgemäße Erhebung der Kündigungsschutzklage**

Wollmann muss binnen drei Wochen nach Zugang der Kündigung Kündigungsschutzklage erheben, andernfalls wird die soziale Rechtfertigung der Kündigung fingiert (§§ 4 S. 1, 7 KSchG). Diese Frist ist hier noch nicht abgelaufen.

### **3. Soziale Rechtfertigung der Kündigung**

Gemäß § 1 I KSchG ist die Kündigung des Arbeitsverhältnisses einem Arbeitnehmer gegenüber bei persönlicher und betrieblicher Anwendbarkeit des KSchG unwirksam, wenn sie nicht aus einem der in § 1 II KSchG genannten Gründe sozial gerechtfertigt ist. In Betracht kommt wiederum nur eine verhaltensbedingte Kündigung, vgl. § 1 II 1 2. Var. KSchG.

(1) Ein **verhaltensbedingter Kündigungsgrund** liegt vor, insofern gilt das oben sub A. IV. 2. Gesagte entsprechend.

(2) Die auch im Rahmen des KSchG anzustellende **Negativprognose**, geht wiederum zu Lasten Wollmanns aus (eine andere a.A. ist bei entsprechender Argumentation vertretbar, siehe oben sub A. IV. 3. (1)).

(3) Auch die Abwägung im Rahmen des ultima-ratio-Gebotes geht zu Lasten Wollmanns aus. Insofern gilt das Gesagte entsprechend (wiederum ist eine andere Ansicht mit entsprechender Argumentation vertretbar, zu den anzusprechenden Gründen – Abmahnung und Änderungskündigung – siehe oben sub A. IV. 3. (2)).

(4) Bei der anzustellenden Interessenabwägung ist wiederum zu prüfen, ob der Cortex GmbH die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar ist. Aus den genannten Gründen ist dies zu bejahen (a.A. wiederum vertretbar, siehe zur entsprechenden Argumentation oben sub A. IV. 3. (3)).

## V. Ergebnis

Wollmann ist zu antworten, dass die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung wirksam ist.

(Anm.: eine andere Auffassung ist bei entsprechender Argumentation an den gekennzeichneten Stellen gut vertretbar und keinesfalls negativ zu beurteilen. Die erste Instanz hat auch die ordentliche Kündigung mangels Abmahnung für unwirksam erachtet und zudem eine Änderungskündigung mit Entzug von Leitungsaufgaben als milderer Mittel angesehen).