

# Taktik bei Kündigung des Arbeitsverhältnisses

Seminar des VdAA  
Berlin im August 2010

# 1. Zeitabschnitt

Die Kündigung vor Klageerhebung

# Kündigung

Die Kündigung ist eine Willenserklärung, geregelt im Allgemeinen Teil des BGB, richtet sich also nach den §§ 116 – 144 BGB.

# „Kündigungsschutzgesetze“

**§§ 119, 123, 130, 134, 138, 142 I,  
174, 180, 242 BGB**

# Andeutungstheorie

## § 133 BGB:

Empfängerhorizont:

Auch hinter den Begriffen

Rücktritt

Aufhebung

Anfechtung

verbirgt sich u.U. eine Kündigung

# Problemfall: Rückgruppierung

Vorsicht:

Änderungskündigung

# Kündigungsbestätigung

eigenständiger Beendigungswille  
des Bestätigenden erforderlich

# Schriftform § 623 BGB

Erforderlich:

§ 126 I BGB

nicht ausreichend:

§ 126a BGB  
(elektronische Form)

§ 126 b BGB (Textform)



Wirksamkeit trotz fehlender  
Schriftform ?

Eine der Schriftform nicht  
entsprechende Kündigung ist und  
bleibt nichtig

§ 125 BGB

# Aber:

Das Recht, sich auf die fehlende Form zu berufen, kann verwirken:

§ 242 BGB

Allerdings: Ausnahmetatbestand

# Musterschreiben im Skript

# Zugang von Willenserklärungen

# Unter Anwesenden

Geht sofort mit Übergabe des Schreibens zu,  
und zwar gleichgültig

- wann und ob die Erklärung überhaupt gelesen wird,
- ob der Brief geöffnet oder ungeöffnet zurückgegeben wird

# Unter Abwesenden

Die Kündigung wird als Willenserklärung unter Abwesenden erst wirksam, wenn sie dem Kündigungsgegner zugegangen ist (§ 130 I 1 BGB).

Die Erklärung ist zugegangen, sobald sie in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist und die Kenntnisnahme nach den Gepflogenheiten des Verkehrs von ihm erwartet werden muss.

# Machtbereich und Kenntnisnahmemöglichkeit

Die Erklärung ist zugegangen, sobald sie so in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass er unter normalen Verhältnissen die Möglichkeit hat, vom Inhalt der Erklärung Kenntnis zu nehmen (Palandt-Ellenberger 69. Aufl. § 130 Rn. 5). Besteht die Möglichkeit der Kenntnisnahme unter gewöhnlichen Verhältnissen, so ist es unbeachtlich, wann der Empfänger die Kündigung tatsächlich zur Kenntnis nimmt.



# Also

**1. Machtbereich**

**2. Kenntnisnahme (Möglichkeit)**

# Briefkasten

In den Machtbereich des Kündigungsempfängers ist die Kündigung gelangt, sobald sich der Brief im Briefkasten befindet.

Briefe gelten nach der Rspr. des BGH noch bis 18.00 Uhr als zugegangen (Palandt – Ellenberger § 130 Rn 6; a.A. noch BAG NJW 1984, 1651 und LAG Brandenburg MDR 99, 368). Eine Kündigung, die erst später eingeworfen wird, geht jedenfalls erst am nächsten Tag zu.

# Haustür

Ist ein Briefkasten nicht vorhanden, wird der Zugang dadurch bewirkt, dass der Brief unter der Haustür oder unter der Wohnungstür „voll“ durchgeschoben wird (LAG D 19. 9. 2000 LAGE BGB § 130 Nr. 21).

# Postschließfach

Unterhält der Arbeitnehmer ein **Postschließfach**, geht auch hier die Kündigung dann zu, wenn mit der Leerung nach der Verkehrsanschauung zu rechnen ist. Dies muss nicht täglich sein (BGH 31. 7. 2003 NJW 2003, 3270 ). Doch sind kurze Leerungsintervalle üblich, so dass sieben Tage bereits als ungewöhnlich lang zu beurteilen sind (vgl. aber LAG K 4. 12. 2006 NZA-RR 2007, 323).

# Nachsendeantrag

Hat der Arbeitnehmer einen **Nachsendeantrag** gestellt oder sonst für die Übermittlung eingehender Post innerhalb angemessener Zeit gesorgt, geht ihm die Kündigungserklärung erst an dem Ort zu, an dem sie ihn tatsächlich bestimmungsgemäß erreicht (LAG HM 25. 2. 1988 LAGE BGB § 130 Nr. 18).

# Übergabe Einschreiben

Hinterlässt bei einem **Übergabe-Einschreiben** im Falle der Abwesenheit des Adressaten der Postbote die Nachricht, es liege ein Einschreiben für den Empfänger bei der Post bereit, tritt der Zugang der Kündigung erst ein, wenn der Adressat das Einschreiben innerhalb der von der Post mitgeteilten Aufbewahrungspflicht abholt (BAG 07.11.2002 NZA 2003, 719). Dies gilt selbst dann, wenn der Arbeitnehmer mit einer Kündigung rechnen muss.

# Einwurf-Einschreiben

- Anders verhält es sich bei einem sog. **Einwurf-Einschreiben**, das wie ein einfacher Brief eingeworfen wird, wobei dieser Umstand abrufbar bei der Post dokumentiert wird. Die so übermittelte Kündigung geht wie bei einem einfachen Brief zu.
- Aber: der von Mitarbeitern der Deutschen Post AG erstellte Auslieferungsbeleg ist im Rechtsstreit keine öffentlichen Urkunde i.S.v. §§ 415, 418 ZPO, mit deren Hilfe der Zugang eines Kündigungsschreibens bewiesen werden könnte (LAG HM 22. 5. 2002 LAGReport 2003, 8, 10; zur gestuften Darlegungslast des Arbeitnehmers LAG BE/BB 12.03.2007 – 10 Sa 1945/06 – ZTR 2007, 468 [LS]).

# Vertreter oder Bote

Nach § 164 III BGB ist Vertretung auch beim Empfang einer Kündigungserklärung möglich; bei Gesamtvertretungsmacht genügt es idR, wenn der Zugang gegenüber einer vertretungsberechtigten Person bewirkt wird (§ 1629 I 2 BGB, § 125 II 3 [ggf. iVm. § 161 II] HGB, § 78 II 2 AktG, § 35 II 3 GmbHG).



# Übergabe an Bevollmächtigten

Die Übergabe an einen bevollmächtigten Vertreter führt bereits den Zugang herbei (BAG 21. 1. 1988 AP KSchG 1969 § 4 Nr. 19).  
Empfangsvertreter kann ein Rechtsanwalt sein.

# Übergabe an Boten

Ist der Dritte Empfangsbote, geht die Kündigung zu, wenn sie dem Arbeitnehmer ausgehändigt wird oder sonst in seinen Machtbereich gelangt (vgl. BGH 11. 5. 1979 NJW 1979, 2032).

Zur Übermittlung geeignet sind erwachsene Familienangehörige, Angestellte oder die Zimmervermieterin (vgl. BAG 18.02.1977 AP BGB § 130 Nr. 10).

# Erklärungsboten

Werden Kündigungserklärungen an Personen ausgehändigt, die regelmäßig weder als Empfangsvertreter noch als Empfangsboten anzusehen sind (z.B. Nachbarn, andere Hausbewohner), sind diese Personen als Erklärungsboten des Kündigenden zu qualifizieren.

# Beschränkt Geschäftsfähiger

Ist ein beschränkt Geschäftsfähiger ermächtigt, eine berufliche Tätigkeit aufzunehmen (§ 113 BGB), kann die Kündigung ihm gegenüber wirksam erklärt werden, entsprechendes gilt im Fall der Betreuung (BAG 13. 2. 2008 AP SGB IX § 85 Nr. 5 = NZA 2008, 1055).

# Zugangsvereitelung

Es gilt der allgemeine Grundsatz, dass der Kündigungsgegner den Zugang der Kündigung nicht vereiteln darf, ansonsten gilt der Zugang als rechtzeitig erfolgt.

Der Empfänger einer Willenserklärung kann sich nach Treu und Glauben nicht auf den späteren Zugang der Willenserklärung berufen, wenn er die Zugangsverzögerung selbst zu vertreten hat. Er muss sich, wenn der Erklärende seinerseits alles Erforderliche und ihm Zumutbare getan hat, so behandeln lassen, als habe der Erklärende den rechtzeitigen Zugang der Erklärung bewirkt (BAG 22. 9. 2005 NZA 2006, 204 ; 13. 2. 2008 NZA 2008, 1055). Für die Vereitelung ist keine Absicht erforderlich (MünchKomm/Hesse Vor § 620 Rn. 99). Vielmehr genügt das Unterlassen geeigneter organisatorischer Maßnahmen.

Unterlässt es der Kündigungsadressat eines Übergabe-Einschreibens beispielsweise, den Brief abzuholen, handelt er unter Umständen rechtsmissbräuchlich. Eine Einlösung wird in diesen Fällen binnen einer Woche erwartet werden können.

Wechselt der Arbeitnehmer seinen Wohnsitz, hat er dem Arbeitgeber die neue Anschrift mitzuteilen (BAG 22.09.2005 aaO).



# Aber:

Lehnt ein als Empfangsbote anzusehender Familienangehöriger des abwesenden Arbeitnehmers die Annahme eines Kündigungsschreibens des Arbeitgebers ab, so muss der Arbeitnehmer die Kündigung nur dann als zugegangen gegen sich gelten lassen, wenn er auf die Annahmeverweigerung, etwa durch vorherige Absprache mit dem Angehörigen, Einfluss genommen hat (BAG 11.11.1992 AP BGB § 130 Nr. 18).

# Gerichtsvollzieher

Die Kündigung kann durch den Gerichtsvollzieher nach den Vorschriften der ZPO zugestellt werden (§ 132 BGB).

Diese führen zu einer erheblichen Erleichterung wegen der Fiktionen der §§ 179 – 181 ZPO.

# § 179 ZPO: Zustellung bei verweigerter Annahme

§ 179 ZPO besagt, dass bei unberechtigter Annahmeverweigerung die Zustellung bereits mit der Annahmeverweigerung bewirkt ist. Berechtigt ist die Annahmeverweigerung von Personen, die nicht zu denen des § 178 ZPO zählen (z.B. Besucher) oder bei Zustellungen zur Nachtzeit bzw. an Sonn- und Feiertagen.

# **§ 180 ZPO: Zustellung durch Einlegen in den Briefkasten**

Trifft der Gerichtsvollzieher in der Wohnung oder den Geschäftsräumen niemanden an, bewirkt seine „Einlegung“ in den Briefkasten die Zustellung.

# **§ 181 ZPO: Ersatzzustellung durch Niederlegung**

Kann der Gerichtsvollzieher auch nicht einlegen, erfolgt die Zustellung durch Niederlegung auf der Geschäftsstelle des Amtsgerichts.

# **Zugangsfiktion im Arbeitsvertrag**

Einzelvertragliche Abreden einer Fiktion des Zugangs sind grundsätzlich zulässig, entsprechende AGB verstoßen aber gegen § 308 Nr. 6 BGB (Preis/ Preis II Z. 10 Rn. 15; Mauer DB 2002, 1442, 1445).

**Kündigungsbefugnis**



# Berechtigter

Die Kündigung muss vom Berechtigten erklärt werden.  
Das Kündigungsrecht ist grundsätzlich nicht übertragbar  
(vgl. §§ 398, 413 BGB).

# Fall aus dem Lehrbuch

„Ein Kaufhauskunde ärgert sich über eine Verkäuferin. Aus diesem Grund kündigt er der Verkäuferin im Namen des Kaufhauses durch Übergabe einer schnell auf einen Kassenzettel geschriebenen Kündigung. Die Verkäuferin erklärt ihm, dass er hierzu gar nicht befugt sei und hält die Sache für erledigt. Nach Ablauf von vier Wochen berichtet sie hiervon ihrem Personalchef, der ihr erklärt, dass sie sich dann ja „ihre Papiere abholen könne“.

# Schein-Arbeitgeber

Die Kündigung durch vertragsfremde Personen, also den „**Nicht-Arbeitgeber**“ oder den „**Schein-Arbeitgeber**“ (diese anschaulichen Begriffe verwendet Berkowsky in MüArbR/Berkowsky § 126 Rn. 77) muss und kann nicht angegriffen werden. Dem beklagten Schein-Arbeitgeber fehlt im Prozess die Passivlegitimation, die Klage ist abzuweisen, der Arbeitnehmer hat die Kosten zu tragen (anders wohl nur das LAG Berlin Teilurteil vom 3. 9. 1998 - 14 Sa 67/98 (ArbG Berlin Urteil 23 Ca 46799/97 ) in NZA-RR 1998, 530).

# Aber: Falschbewertung

Das Risiko einer rechtlich unklaren Bewertung freilich trifft den Arbeitnehmer; er muss – auch in teilweise schwer zu beurteilenden Konstellationen von Betriebsübergängen - sein Risiko einschätzen, ob er klagt oder nicht. Klagt er nicht innerhalb von 3 Wochen nach § 4 KSchG und ist die Kündigung doch „vom Richtigen“, riskiert er die Wirkungen des § 7 KSchG, die Kündigung ist wirksam. Eine nachträgliche Zulassung nach § 5 KSchG wird nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen.

# Offensichtlich fehlende Vertretungsmacht

Unser Fall ist nach der Rechtsprechung des BAG nun grundsätzlich geklärt:

die Klagefrist beginnt mit Zugang der Genehmigung der Kündigung des Arbeitgebers (**BAG 2. Senat vom 26.03.2009, Az.: 2 AZR 403/07 in NZA 2009, 1147**).

# Problem:

Die Genehmigung bedarf allerdings gem. § 167 II BGB nicht der Form des zu genehmigenden Rechtsgeschäfts, ist also nicht an die Voraussetzungen von § 623 BGB gebunden. Es genügt vielmehr schlüssiges bzw. konkludentes Verhalten, ausdrückliche mündliche Erklärung ohnehin (Palandt – Ellenberger § 167 Rn. 1).

Der für den Arbeitnehmer entscheidende Beginn der Klagefrist kann also formfrei etwa durch bloßes Nicken oder andere Gesten des Arbeitgebers in Gang gesetzt und dadurch der Schutzzweck des § 623 BGB leicht unterlaufen werden. Ob das BAG diese Konsequenz bedacht hat, ist der Entscheidung nicht zu entnehmen.

# Nicht offensichtlich fehlende Vertretungsmacht

Schon weit schwieriger liegen die Dinge dort, wo zwar nicht der Vertragsarbeitgeber kündigt, eine Bevollmächtigung aber nicht ganz fern liegt. Angesprochen sind damit vor allem Arbeitsverhältnisse in Konzernunternehmen. Schon beim Vertragsschluss kann sich der Arbeitgeber vertreten lassen, Personalangelegenheiten werden von Personalserviceunternehmen erledigt. Es kann damit leicht zu „Verwechslungen“ oder Unklarheiten kommen.

# Beispiel

A arbeitet im X Konzern in der A-GmbH. Er erhält die fristgemäße Kündigung seines Arbeitsverhältnisses von der B-GmbH, unterzeichnet von deren Geschäftsführer. In dem Schreiben wird eine Vertretungsbefugnis weder behauptet noch eine Vollmacht vorgelegt, sondern nur durch B gekündigt.



# Kein stimmiges System

In diesen Fällen hilft die Entscheidung des BAG dem Arbeitnehmer nicht. Er muss in eigener Verantwortung (oder auf die Verantwortung seines Rechtsanwalts) entscheiden, wie er vorgeht. Erst im Nachhinein wird er zuverlässig wissen, ob Vollmacht bestanden hat oder nicht und man kann die Vorgehensweise hinter den Kulissen nicht beeinflussen. Dies freilich mindert die praktische Bedeutung der Entscheidung des BAG erheblich und Berkowsky kritisiert m.E. zu recht, dass nach wie vor manches offen und ungeklärt, ein in sich stimmiges System noch nicht erkennbar ist (so Berkowsky in seiner Urteilsanmerkung in NZA 2009, 1127).

Der Arbeitnehmer hat nun folgende Möglichkeiten.

# Fristsetzung zur Genehmigung

Gem. § 177 Abs. 2 BGB kann der Arbeitnehmer seinen Vertragsarbeitgeber auffordern, die Kündigungserklärung zu genehmigen.

§ 177 BGB gilt nach der Rechtsprechung des BAG auch für einseitige Rechtsgeschäfte wie die Kündigung, bei dem eine Vertretung ohne Vertretungsmacht grundsätzlich unzulässig ist (§ 180 S. 1 BGB).

Ausnahmsweise findet jedoch gem. § 180 S. 2 BGB die Vorschrift des § 177 BGB auf empfangsbedürftige einseitige Willenserklärungen entsprechende Anwendung, wenn der Erklärungsempfänger die von dem Vertreter behauptete Vertretungsmacht bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts nicht beanstandet (BAG NJW 1987, 1038; ansonsten ist umstritten, ob § 177 BGB auch für Gestaltungserklärungen Anwendung findet, Palandt Ellenberger § 180 Rn. 1).

Der Arbeitnehmer könnte wie folgt formulieren:

# Aufforderung zur Genehmigung

Sehr geehrte Damen und Herren,

am ... habe ich eine Kündigung von der B GmbH erhalten. Mir ist nicht klar, ob Sie die hierzu erforderliche Vollmacht erteilt haben. Hiermit fordere ich Sie gem. § 177 II BGB auf, die mir am ... zugegangene Kündigung innerhalb von 2 Wochen nach dem Empfang dieses Schreibens zu genehmigen.

Mit freundlichen Grüßen

# Genehmigung

Genehmigt daraufhin der Vertragsarbeitgeber innerhalb von 2 Wochen, muss der Arbeitnehmer innerhalb der Frist des § 4 KSchG Klage erheben. Die Frist zur Klageerhebung beginnt mit Zugang der Genehmigungserklärung.

# Behauptete Vollmacht

Teilt der Arbeitgeber innerhalb der 2 Wochen Frist mit, er müsse nicht genehmigen, weil Vollmacht bestand, bleibt noch eine Woche Zeit zur Klageerhebung. Der Arbeitnehmer ist dann aber zumindest vor dem Risiko, den Prozess zu verlieren und die Kosten zu tragen, gefeit.

# Keine Reaktion

Was aber ist, wenn der Arbeitgeber nicht innerhalb der 2 Wochenfrist reagiert oder nach Ablauf der 3 Wochen Frist mitteilt, Vollmacht habe vorgelegen, einer Genehmigung bedürfe es nicht.

# Schweigen

Bloßes Schweigen“ hat in der Regel keine rechtliche Auswirkung, ist also weder Genehmigung noch „Nichtgenehmigung“ (Palandt-Effenberger § 177 Rn. 6).

Dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer beispielsweise nach der Kündigung weiter arbeiten lässt und sich verhält, als „wäre nichts gewesen“, spricht weder für noch gegen eine Genehmigung. Sich auf Ausnahmefälle zu verlassen, ist zu riskant.



# Klageerhebung erforderlich

Der Arbeitnehmer muss dann also spätestens 1 Tag vor Ablauf der 3 – Wochen – Frist Kündigungsschutzklage erheben, und zwar auch auf die Gefahr hin, dass er unterliegt, wenn sich nachträglich herausstellt, die Kündigungserklärung ist nicht zurechenbar, die Vollmacht hat gefehlt (MüArbR/Berkowsky § 126 Rn. 78 m.N.).

In diesen Fällen sollte aber überlegt werden, ob nicht auf Grundlage des Rechtsgedanken des § 626 Abs. 2 Satz 3 BGB zumindest die Kosten dem Arbeitgeber auferlegt werden, denn nach Aufforderung zur Genehmigung ist ihm die Klage immerhin zurechenbar, er hätte sie verhindern können.

# **Beanstandung in entsprechender Anwendung der §§ 180, 178 BGB**

Der Arbeitnehmer kann aber auch in entsprechender Anwendung der §§ 178, 180 BGB eine Genehmigung verweigern und wie folgt reagieren:

# Ablehnung der Genehmigung

- Sehr geehrte Damen und Herren, am ... habe ich eine Kündigung von der B GmbH erhalten. Eine Genehmigung der Kündigung gem. §§ 178, 180 BGB lehne ich ab. Mit freundlichen Grüßen

# Konsequenz

Das hilft ihm freilich nur, wenn der Arbeitgeber reagiert. Geschieht dies nicht, bleibt nämlich offen, ob überhaupt ein Vertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt hat.

Will der Arbeitnehmer nicht die Wirkungen des § 7 KSchG riskieren, muss er innerhalb von 3 Wochen seit Zugang der Kündigung klagen.

## **Zurückweisung mangels Vollmachtsurkunde gem. § 174 BGB**

Die Praktikerkommentare und Handbücher beschränken ihre Ausführungen und Muster in aller Regel im Zusammenhang mit Vollmachtenproblemen auf die Zurückweisung wegen fehlender original Vollmachtsurkunde nach § 174 BGB (Zirnbauer in MPH Arbeitsrecht C.II.1.3. Anm. 2 und Lingemann in Bauer/Lingemann/Diller/Haußmann Anwaltsformularbuch Arbeitsrecht Kap 22 Rn. 17 – 19 und das Zurückweisungsmuster in 22.8).

Die in § 174 S 1 BGB dem Adressaten zugebilligte Zurückweisung des Rechtsgeschäfts hat dieselbe Rechtsnatur wie die Zurückweisung gem. § 111 BGB (Palandt/Heinrichs § 174 Rn 6).

# Adressat der Zurückweisung

Sie muss demnach durch empfangsbedürftige Willenserklärung erfolgen, **die sowohl gegenüber dem als Vollmachtgeber Benannten als auch gegenüber dem Handelnden abgegeben werden kann** (siehe nur Staudinger BGB - Neubearbeitung 2009 BGB § 174 Autor: Eberhard Schilken, Rn 7 – 10 mit zahlreichen Nachweisen).

# Original - Vollmacht

Weist ein Bevollmächtigter zurück, muss er ebenfalls seine Original – Vollmachtsurkunde vorlegen (siehe nur Tschöpe-Schulte Teil 3 D Rn 68).

# Standardvorschlag

Sehr geehrte Damen und Herren,

die Kündigung vom \_\_\_\_\_, mir zugestellt am \_\_\_\_\_, die von Herrn/Frau \_\_\_\_\_ mit p.p.a. /i.A. unterzeichnet worden ist, weise ich mangels Vollmachtovorlage gem. § 174 BGB zurück.

Mit freundlichen Grüßen



# Rechtsfolge

Die unverzügliche (§ 121 BGB) Zurückweisung der Kündigung mangels Vollmachtsvorlage führt zu Unwirksamkeit der Kündigung, unabhängig davon, ob tatsächlich Vollmacht bestanden hat oder nicht (Schulte in Tschöpe Teil 3 D Rn. 62).

# Kritik

Mit einer Zurückweisung wegen fehlender Vollmacht nach § 174 BGB jedoch schießt der Arbeitnehmer dann übers Ziel hinaus, wenn gar keine Vollmacht bestanden hat.

Im Gegenteil: es wird unterstellt, was gar nicht existiert: die Vollmacht nämlich.

Hat der Arbeitnehmer also (nur) zurückgewiesen, dann wird er sich später nur schwerlich auf eine fehlende Vollmacht berufen können.

Das wäre wohl ein Fall widersprüchlichen Verhaltens bzw. des venire contra factum proprium (Palandt-Grüneberg § 242 Rn. 55).

Das ist nicht nur dogmatisch unsauber, sondern hat durchaus Praxisrelevanz:

# Praxisrelevanz

- eine Kündigungserklärung ohne Vollmacht (§ 180 BGB) kann bis zum Zugang der Genehmigung, also weit nach Ablauf der 3-Wochenfrist angegriffen werden,
- eine Kündigung mit Vollmacht aber ohne Vollmachtsurkunde hingegen (§ 174 BGB) muss innerhalb von 3 Wochen klageweise angegangen werden.
- Behauptet also der Arbeitnehmer durch Bezugnahme auf § 174 BGB selbst eine Vollmacht seine Gegenübers, wird er sich später schwerlich auf deren Nichtvorliegen berufen können. Mit einer Zurückweisung nur nach § 174 BGB verbaut sich der Arbeitnehmer also möglicherweise selbst den Weg, sich im Prozess auf eine fehlende Vollmacht zu berufen.
- Deswegen sollte der Arbeitnehmer zunächst zur Genehmigung auffordern (Variante a) oder die Genehmigung ablehnen (Variante b), bevor er mangels Vollmachtsvorlage zurückweist. Das wird er schon wegen der geschuldeten Unverzüglichkeit (§ 174 S. 1 BGB) in einer Erklärung erledigen.

# Ablehnung der Genehmigung und hilfsweise Zurückweisung

Sehr geehrte Damen und Herren,

am ... habe ich eine Kündigung von der B GmbH mit Datum erhalten. Eine Genehmigung der Kündigung gem. §§ 178, 180 BGB lehne ich ab. Hilfsweise für den Fall, dass eine Vollmacht bestanden haben sollte, weise ich die Kündigungserklärung mangels Vollmachtsvorlage gem. § 174 BGB zurück.

Mit freundlichen Grüßen

# Aufforderung zur Genehmigung und hilfsweise Zurückweisung

Sehr geehrte Damen und Herren,

am ... habe ich eine Kündigung von der B GmbH erhalten. Mir ist nicht klar, ob Sie die hierzu erforderliche Vollmacht erteilt haben. Hiermit fordere ich Sie gem. § 177 II BGB auf, die mir am ... zugegangene Kündigung innerhalb von 2 Wochen nach dem Empfang dieses Schreibens zu genehmigen.

Hilfsweise für den Fall, dass eine Vollmacht bestanden haben sollte, weise ich die Kündigungserklärung mangels Vollmachtsvorlage gem. § 174 BGB zurück.

Mit freundlichen Grüßen

# Unverzüglichkeit der Zurückweisung

Die Zurückweisung nach § 174 BGB muss schließlich unverzüglich (§ 121 BGB) erfolgen, exakte Fristen gibt es aber nicht. Dem Kündigungsempfänger muss eine gewisse Zeit zur Überlegung und zur Einholung des Rates eines Rechtskundigen verbleiben (BAG 5. 4. 2001 AP BGB § 626 Nr. 171). Nach Ablauf der 3-Wochen-Frist des § 4 KSchG jedenfalls macht eine Zurückweisung keinen Sinn mehr, denn die dann eingetretene Fiktion des § 7 KSchG gilt auch für den Unwirksamkeitsgrund des § 174 BGB. Wegen dieser Unsicherheiten (ErfKo Müller-Glöge § 620 BGB Rn. 24) sollten der Arbeitnehmer oder sein Vertreter innerhalb 1 Woche handeln. Erfolgt die Zurückweisung durch einen Vertreter, bedarf diese rechtsgeschäftsähnliche Handlung ihrerseits analog § 174 BGB der Vorlage einer Vollmachtsurkunde, sonst kann der Kündigende die Zurückweisung zurückweisen (ErfKo Müller-Glöge aaO).

# Rechtsfolge der Zurückweisung

Rechtsfolge der Zurückweisung ist unabhängig vom Bestehen der Vollmacht die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts, nicht nur schwebende Unwirksamkeit (BAG NZA 2005, 1207; 2007, 377; NZA-RR 2007, 571, 575).

Eine Heilung oder Genehmigung nach § 177 scheidet aus, es ist eine Neuvernahme erforderlich (siehe abermals nur Staudinger BGB - Neubearbeitung 2009 BGB § 174 Autor: Eberhard Schilken, Rn 7 – 10 mit zahlreichen Nachweisen).

Ist eine wirksame Zurückweisung nicht erfolgt, so ist das Rechtsgeschäft bei Bestehen der Vollmacht wirksam; sonst gilt eben § 180 (siehe nur Staudinger BGB - Neubearbeitung 2009 BGB § 174 Autor: Eberhard Schilken, Rn 7 – 10 mit zahlreichen Nachweisen).

# Kündigung durch den Vertragsarbeitgeber

Kündigt der Vertragsarbeitgeber auf seinem Firmenbogen und unter „seinen Daten“, ist die Rechtslage etwas sicherer. Der Arbeitnehmer kann sich leichter Kenntnis von der Kündigungsbefugnis der Unterzeichner der Kündigungserklärung verschaffen.



# Gesetzliche Vertretungsmacht

Beruhet die Vertretungsmacht auf gesetzlicher Grundlage, scheidet das Aufforderungs- oder Zurückweisungsprozedere aus. Das ist der Fall bei Organvertretern, deren Befugnisse auf dem GmbHG oder dem AktG beruhen.

Anders ist es bei notwendiger Gesamtvertretung oder bei Ermächtigung durch andere Organe in der Aktiengesellschaft oder der GmbH (zu Missbrauchsfällen BGH 10. 4. 2006, NZG 2006, 626). Hier gilt das unter I. Gesagte.

Gleiches gilt bei der Vertretung einer GbR durch einen ihrer Gesellschafter, da das Gesetz in §§ 709 ff. BGB eben Gesamtvertretung vorschreibt.

# Prokura

Wird die Kündigung durch einen Prokuristen des Arbeitgebers ausgesprochen und ist die Prokura im Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht worden, so bedarf es ebenfalls nicht der Vorlage einer Vollmachtsurkunde (BAG 11. 7. 1991 AP BGB § 174 Nr. 9; 21. 5. 2008 NZA 2008, 753; aA Lux in NZA-RR 2008, 393, der § 15 II HGB nicht als ausreichende Grundlage für ein Inkennntnissetzen nach § 174 Satz 2 BGB genügen lässt).

# i.A. oder i.V.

- Interessanter und wohl praktischer häufiger sind die mit i.A. oder i.V. ausgesprochenen oder nicht von Organvertretern unterzeichneten Kündigungen.
- Dabei ist das BAG aus Sicht des Arbeitgebers recht großzügig im Umgang mit den Befugnissen bzw. dem Kennenmüssen derselben nach § 174 Satz 2 BGB.
- Immer vorausgesetzt, der Kündigende hatte tatsächlich Vollmacht, genügt es mitunter schon, dass er eine Stellung bekleidet, mit der üblicherweise eine Kündigungsvollmacht verbunden ist (BGH 20. 10. 2008 NJW 2009, 293). Erfolgt die Kündigung durch den Leiter einer Personalabteilung, muss er auch bei im Innenverhältnis eingeschränkten Befugnissen keine Vollmacht vorlegen (ErfKo Müller-Glöge aaO).
- Es genügt die Aufnahme in einem bekannt gemachten Geschäftsverteilungsplan bzw. ein entsprechendes Rundschreiben an die Mitarbeiter, das Intranet oder das schwarze Brett (ausführlich auch zu den Problemen im öffentlichen Dienst Erfko/Müller-Glöge § 620 BGB Rn. 24 mit zahlreichen Verweisen, auch für den Niederlassungsleiter mit umfassenden personalrechtlichen Befugnissen, z.B. auf LAG HE 20. 6. 2000 NZA-RR 2000, 585; LAG MV 9. 12. 2002 – 5 Sa 192/02; diff. LAG K 30. 3. 2004 – 5 (13) Sa 1380/03; aA BAG 20. 9. 2006 aaO [für Intranet]; LAG BE 28. 6. 2006 aaO).

# Kündigung im Prozess

Bei einer weiteren Kündigung im Prozess muss der Prozessbevollmächtigte des Arbeitgebers die Vollmacht vorlegen, denn seine Prozessvollmacht reicht wegen der Theorie des punktuellen Streitgegenstands nicht aus (ErfKo Müller-Glöge aaO Rn. 28).

# Praxis

Bevor der Gekündigte allerdings (mitunter vergeblich) nach Geschäftsplänen, Dienstanweisungen etc. auf die Suche geht, sollte er aus Vereinfachungsgründen besser gleich das in Betracht kommende Handwerkszeug anwenden. Ihm verbleiben schließlich nur wenige Tage für die Zurückweisung und auch nur 3 Wochen für eine Klage und effektiver Rechtsschutz ist wichtiger als die mit einer fehlerhaften Vollmachtsrüge vielleicht verbundenen, eher persönlichen Unannehmlichkeiten.

# Verschwiegenheit und Rücksichtspflichten

Der Ausspruch einer Kündigung ist keine geheimhaltungsbedürftige Tatsache. Eine Verschwiegenheitspflicht besteht nicht.

Ein Arbeitgeber verletzt allein durch den Ausspruch einer unwirksamen Kündigung nicht seine dem Arbeitnehmer gegenüber bestehenden Rücksichtnahmepflichten und macht sich nicht deswegen oder wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts des AN schadensersatzpflichtig (BAG 16.05.2007 NZA 2007, 1154; 24.04.2008; NZA 2009, 38).

# Ort und Zeit

Die Kündigung kann grundsätzlich zu jeder Zeit und an jedem Ort erklärt werden (BAG 14.11.1984 AP BGB § 626 Nr. 88), also auch an Sonn- und Feiertagen oder während einer Erkrankung des Arbeitnehmers. Auch während des Urlaubs des Arbeitnehmers und wenn er auf Reisen ist, geht die Kündigung zu, und zwar auch dann, wenn dies dem Arbeitgeber bekannt ist (BAG 24. 6. 2004 NZA 2004, 1330).

In Ausnahmefällen kann eine Kündigung mit der Folge ihrer Unwirksamkeit zurückgewiesen werden, wenn sie am völlig unpassenden Ort oder zur unpassenden Zeit erklärt wird (sog. ungehörige Kündigung; BAG 14. 11. 1984 AP BGB § 626 Nr. 88: Heiliger Abend).

# Mehrere Kündigungen

Wird ein Kündigungsschreiben mehrfach erstellt, um den Zugang der Kündigung auf zwei oder mehreren Wegen sicherzustellen, ist im Zweifel nur eine Kündigung erklärt (BAG 06.09.2007 AP BGB § 626 Nr. 208 = NZA 2008, 636).



# Kündigungstermin

Wird bei der Erklärung der Kündigung kein Termin genannt, zu dem das Rechtsverhältnis beendet werden soll, so ist im Zweifel davon auszugehen, dass der Kündigende das Rechtsverhältnis zum nächstzulässigen Termin ordentlich kündigen will (MüKo/Hesse Vor § 620 Rn. 77).

Wird mit „falscher Frist“ gekündigt, ist die Kündigung i.d.R. dahin auszulegen, dass sie das Arbeitsverhältnis mit Ablauf der „richtigen“ beenden soll (LAG K 26.10.2001 NZA-RR 2002, 355).

# Bedingungen

Die Kündigung ist als einseitiges Gestaltungsrecht grundsätzlich **bedingungsfeindlich** (BAG 15. 3. 2001 NZA 2001, 1070).

Eine Ausnahme bildet die **Änderungskündigung**. Bei der Änderungskündigung steht nur eine Potestativbedingung im Raume.

# Verbundkündigung

Eine weitere Ausnahme ist die **Verbundkündigung**. Bei einer Verbundkündigung (außerordentliche Kündigung/vorsorgliche ordentliche Kündigung) ist eine Bedingung zulässig, denn hinsichtlich der ordentlichen Kündigung liegt lediglich eine Rechtsbedingung (Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung) vor.

# Vorsorgliche Kündigung

Die **vorsorgliche Kündigung** ist dagegen wiederum eine unbedingte Kündigung (BAG 12. 10. 1954 AP KSchG 1951 § 3 Nr. 5 ; LAG K 6. 10. 2005 NZA-RR 2006, 353). Der Kündigende macht von ihr idR Gebrauch, wenn er sich nicht sicher ist, ob eine bereits erklärte Kündigung rechtswirksam ist.

# Verzicht, Verwirkung und Verzeihung

Der Kündigungsberechtigte kann auf sein Recht zur Kündigung nicht im Voraus (BAG 28. 10. 1971 AP BGB § 626 Nr. 62), aber nach Entstehung des Kündigungsrechts verzichten (BAG 13. 12. 2007 NZA 2008).

Eine Kündigung trotz Verzichts ist ein Fall unzulässiger Rechtsausübung i. S. von § 242 BGB (Verbot des venire contra factum proprium; s. v. Hoyningen-Huene/Linck § 1 Rn. 248). Ein solcher Verzicht setzt voraus, dass dem Kündigungsberechtigten der den Kündigungsgrund ausmachende Sachverhalt bekannt ist (BAG 5. 5. 1977 AP BGB § 626 Ausschlussfrist Nr. 11). Der Verzicht kann ausdrücklich oder konkludent erklärt werden (BAG 6. 3. 2003 aaO: empfangsbedürftige Willenserklärung).

# Abmahnung als Verzicht

Ein Verzicht ist insbesondere anzunehmen, wenn der Kündigungsberechtigte in Kenntnis der maßgeblichen Tatsachen lediglich eine **Abmahnung** ausspricht (BAG 31.07.1986 RzK I 8 c Nr. 10; 6. 3. 2003 aaO; 13. 12. 2007 aaO).

Danach kann aus dem abgemahnten Verhalten allein kein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung mehr hergeleitet werden.

# Verzeihung

Die **Verzeihung** setzt voraus, dass der Kündigungsberechtigte ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten zu erkennen gibt, einen bestimmten Kündigungsgrund nicht mehr zum Anlass für eine Kündigung nehmen zu wollen. (BAG 4. 12. 1997 AP BGB § 626 Nr. 141).

Die Verzeihung kann nicht angefochten werden. Bei einer wirksamen Verzeihung ist kein Kündigungsgrund mehr vorhanden. Das unterscheidet sie von einem Verzicht.

# Verwirkung

Ein kündigungsrelevanter Vorfall kann allerdings durch Zeitablauf so an Bedeutung verlieren, dass eine ordentliche Kündigung nicht mehr gerechtfertigt wäre (BAG 15. 8. 2002, NZA 2003, 795). Hierfür gibt es keine Regelausschlussfrist.

Bei der Verwirkung sind die aus Art. 12 I GG abgeleiteten Vorgaben des BVerfG zu beachten (vgl. BVerfG 21. 4. 1994 EzA Einigungsvertrag Art. 20 Nr. 32; § 626 Rn. 203). Ein betriebsbedingter Grund kann nicht verziehen, sondern allenfalls verwirkt werden, wenn der AG längere Zeit von der Kündigung absieht und dadurch das Vertrauen erweckt, die Kündigung werde unterbleiben (vgl. BAG 25. 2. 1988 RzK I 5 c Nr. 26).



# Teilkündigung

Die Teilkündigung löst die vertragliche Bindung an einzelne Arbeitsbedingungen auf, ohne das Arbeitsverhältnis als Ganzes zu beenden. Die arbeitsrechtliche Teilkündigung ist nur zulässig, wenn sie vertraglich vereinbart wurde. Dies kann sich durch Auslegung des Arbeitsvertrags ergeben (BAG vom 13.03.2007, NZA 2007, 563).

# Anfechtung

Die Kündigungserklärung unterliegt wie jedes andere Rechtsgeschäft den Anfechtungsregeln der §§ 119 ff. BGB.

Insbesondere bei Arbeitnehmerkündigungen kann das relevant werden (z.B. durch Drohung veranlasste Eigenkündigung). Es gelten die gleichen Grundsätze wie bei der Anfechtung von Aufhebungsverträgen (vgl. ausführlich KR-Fischermeier § 626 Rn. 49).

# Umdeutung

Die Umdeutung einer außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche Kündigung setzt voraus, dass der Ausspruch der ordentlichen Kündigung dem mutmaßlichen Willen des Kündigenden entspricht und dieser Wille dem Erklärungsempfänger erkennbar war.

Das ist im Zweifel immer der Fall (BAG 23.10.2008 AP BGB § 626 Nr. 217).

# Problem

§ 102 BetrVG

Ist hingegen eine ordentliche Kündigung erklärt worden, kann diese im Falle ihrer Unwirksamkeit nicht in eine außerordentliche Kündigung umgedeutet werden, weil die Umdeutung zu keiner rechtlich weitergehenden Folge führen darf.

Hingegen ist es nicht ausgeschlossen, eine ordentliche Kündigung in eine außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslauffrist umzudeuten (Bröhl S. 251; offen BAG 25.03.2004 AP BGB § 138 Nr. 60).

Aber: Betriebsratsanhörung

Die Umdeutung einer unwirksamen ordentlichen Kündigung in eine Anfechtungserklärung kommt nicht in Betracht (BAG 14.10.1975 AP MuSchG 1968 § 9 Nr. 4), denn das umgedeutete Rechtsgeschäft darf keine weiterreichenden Folgen haben als das unwirksame Rechtsgeschäft.



# Anfechtung

Allerdings kann eine außerordentliche Kündigung als Anfechtungserklärung ausgelegt oder in eine solche umgedeutet werden, wenn sich aus den Gesamtumständen ergibt ist, dass die Auflösung des Arbeitsverhältnisses aus Gründen der Täuschung oder Drohung gewollt ist.

# Falsche Fristberechnung

Liegt einer ordentlichen Kündigung eine unrichtige Berechnung der Kündigungsfrist zugrunde, wird sie in eine Kündigung zum nächstzulässigen Kündigungstermin umgedeutet.

# Begründung

Grundsätzlich ist die Begründung keine Wirksamkeitsvoraussetzung der ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung.

Etwas anderes gilt aber bei gesetzlichen und tarifvertraglichen Sonderregelungen.

# Gesetzliche Sonderregelungen

**§ 9 III MuSchG** erfordert die schriftliche Angabe des „zulässigen“ Kündigungsgrundes. Damit ist der Grund gemeint, der die für den Arbeitsschutz zuständige oberste Landesbehörde veranlasst hat, die beabsichtigte Kündigung für zulässig zu erklären.

# § 22 III BBiG

Nach **§ 22 III BBiG** bedarf die Kündigung eines Berufsausbildungsverhältnisses nach Ablauf der Probezeit der Begründung, wenn der Auszubildende die Berufsausbildung aufgeben oder sich für eine andere Berufstätigkeit ausbilden lassen will oder das Ausbildungsverhältnis fristlos gekündigt wird. Diese Begründung ist Wirksamkeitsvoraussetzung.

# Tarifvertraglicher und vertraglicher Begründungszwang

Bedarf eine Kündigung nach dem kraft Tarifbindung der Arbeitsvertragsparteien anwendbaren TV unter Angabe des Grundes der Schriftform, ist eine hiergegen verstoßende Kündigung nichtig. Zur Wirksamkeit der Kündigung muss für den Arbeitnehmer hinreichend klar erkennbar sein, auf welchen Tatsachen der Kündigungsentschluss des Arbeitgebers beruht (BAG 27.03.2003 AP BMT-G II § 54 Nr. 4). Im Falle einer betriebsbedingten Kündigung gehören die Gründe der sozialen Auswahl hierzu nicht (offen BAG 27.03.2003 aaO).

Findet der TV lediglich auf Grund einzelvertraglicher Vereinbarung Anwendung, ist die Rechtsfolge nur im Zweifel Nichtigkeit (§ 125 S. 2 BGB).

Die Arbeitsvertragsparteien können einzelvertraglich vereinbaren, dass die Kündigung einer Begründung bedarf.

# Ausschluss der Kündigung

Das Recht zur ordentlichen Kündigung kann einzelvertraglich ausgeschlossen werden. Dies kommt häufiger für die Zeit vor Dienstantritt in Betracht, sonst aber wohl eher selten.

Auch allein daraus, dass der Arbeitnehmer eine gut dotierte Stelle aufgibt, kann noch nicht auf den Ausschluss des Kündigungsrechts geschlossen werden.

Praktisch bedeutsam sind Fälle der Abwerbung, der Zusage einer Dauerstellung, des ausdrücklichen Verzichts auf eine Probezeit und der sofortigen Einräumung von Kündigungsschutz (BAG 09.05.1985 AP BGB § 620 Nr. 4).

Auch die Vereinbarung einer Vertragsstrafe für den Fall des Nichtantritts der Arbeit kann als Ausschluss der ordentlichen Kündigung vor Dienstantritt ausgelegt werden.

# Fristlose Kündigung

Das Recht zur außerordentlichen Kündigung kann im Voraus nicht abbedungen werden, eine außerordentliche Kündigung vor Dienstantritt ist also stets möglich.



# Wiederholungskündigung

Ist in einem Kündigungsrechtsstreit entschieden, dass das Arbeitsverhältnis durch eine bestimmte Kündigung nicht aufgelöst worden ist, kann der Arbeitgeber eine erneute Kündigung nicht erfolgreich auf die Kündigungsgründe stützen, die er schon zur Begründung der ersten Kündigung vorgebracht hat und die in dem ersten Kündigungsschutzprozess materiell geprüft worden sind mit dem Ergebnis, dass sie die Kündigung nicht rechtfertigen. Der zweiten, rechtzeitig erhobenen Klage ist ohne weiteres stattzugeben (BAG 8. 11. 2007 EzA BGB 2002 § 626 Nr. 19).

Haben formelle Gründe zur Begründetheit der ersten Kündigungsschutzklage geführt (z.B. § 623 BGB, § 102 BetrVG), ist eine wiederholende Kündigung unter Beachtung der beim ersten Mal verletzten Vorschrift wirksam möglich (BAG 25. 3. 2004 AP BMTG-II § 54 Nr. 5 = NZA 2004, 1216; Lingemann/Beck NZA-RR 2007, 225, 227).

Ansonsten kommt eine unterstützende Heranziehung des verbrauchten Kündigungsgrunds in Betracht, wenn der Arbeitgeber die zweite Kündigung auf einen wesentlich veränderten Sachverhalt stützt (vgl. BAG 22. 5. 2003 AP KSchG 1969 § 1 Nr. 71).

**Freistellung**

# Die Praxis ist verunsichert durch BAG vom 6.9.2006

5 AZR 703/05 (LAG Düsseldorf Urteil 27. 4. 2005 17 Sa 1517/04) NZA 2007, 36). Das Urteil ist im Skript in seinen wesentlichen Aussagen abgedruckt und nicht ganz eindeutig.

# Sachverhalt

Des Weiteren stelle ich Sie mit dem Ablauf des 15. 1. 2004 von der weiteren Arbeit frei. Nicht genommenen Urlaub nehmen Sie bitte im Rahmen der Freistellung.

Sollten Sie vor Ablauf der Kündigungsfrist ein neues Arbeitsverhältnis eingehen können, darf ich Sie bitten, unter Angabe des Eintrittsdatums bei dem neuen Arbeitgeber und ihrer vertraglichen Bezüge eine Mitteilung an mich zu machen, da dies für die Ermittlung Ihrer Masseschuldansprüche bedeutsam ist.

# Problem

Annahmeverzug oder  
Erlassvertrag

# **Widerrufliche oder unwiderrufliche Freistellung**



Bei der Freistellung wird zwischen widerruflicher und unwiderruflicher Freistellung unterschieden.

In diesem Zusammenhang werden auch die Begriffe „Suspendierung“ und „Beurlaubung“ verwendet, ohne dass häufig ein Unterschied erkennbar wäre.

Die Freistellung kann einseitig durch Erklärung oder einvernehmlich durch Vertrag erfolgen.

**Unproblematisch:**

# Vereinbarte Freistellung

Die Arbeitsvertragsparteien können im Rahmen eines Aufhebungsvertrags oder im Zusammenhang mit einer Kündigung festlegen, dass der Arbeitnehmer für die Restdauer des Arbeitsverhältnisses freigestellt ist.

Eine solche Vereinbarung kann auch schon im Arbeitsvertrag für den Fall getroffen werden, dass eine der Parteien ordentlich kündigt. Teilweise ist im Arbeitsvertrag die Möglichkeit vorgesehen, den Arbeitnehmer nach Ausspruch einer Kündigung für den Lauf der Kündigungsfrist freizustellen (Preis - Der Arbeitsvertrag 3. Auflage - II F 10 Rz. 19 ff.). Eine solche einseitige Freistellung wird allerdings auch bei arbeitsvertraglicher Regelung nur aus sachlichem Grund zulässig sein (Preis Rn. 21).

# **Einseitige unwiderrufliche Freistellung**

Die einseitige Freistellung wird durch den Arbeitgeber angeordnet.

# Problem

Die Beschäftigungspflicht ist Hauptpflicht des Arbeitgebers (§ 241 BGB), von der er sich nicht einseitig lösen kann (ErfKo Preis § 611 Rn. 563). Der Arbeitnehmer ist gem. § 241 BGB berechtigt, die Leistung „tatsächliche Beschäftigung“ zu fordern.

# Erlassvertrag

Da ein einseitiger Verzicht des Arbeitgebers auf die Erbringung der Arbeitsleistung nicht möglich ist, erlischt die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers nur durch den Abschluss eines **Erlassvertrags**.

Die Freistellungserklärung des Arbeitgebers ist daher auszulegen.

Es ist festzustellen, ob hierin ein **Angebot auf Abschluss eines Erlassvertrags** zu sehen ist und ob dieses Angebot angenommen wurde.

# Ergebnis

Bei der unwiderruflich erklärten Freistellung wird ein Angebot zum Abschluss eines Erlassvertrags ohne Weiteres anzunehmen sein, so dass der Arbeitnehmer ein entsprechendes Angebot annehmen kann.

Dies kann entweder ausdrücklich geschehen oder durch schlüssiges Verhalten, in dem er der Arbeit fern bleibt. In diesem Fall bedarf es nicht des Zugangs der Annahmeerklärung (§ 151 BGB; BAG (19. 3. 2002), NZA 2002, 1055).

Widerspricht der Arbeitnehmer hingegen der Freistellungserklärung, kommt ein Erlassvertrag i.S. von § 397 BGB nicht zu Stande.

# Einseitige widerrufliche Freistellung

Erklärt der Arbeitgeber die widerrufliche Freistellung, kann diese Erklärung nicht als Angebot auf Abschluss eines Erlassvertrags gewertet werden, weil der Arbeitgeber den Arbeitnehmer gerade nicht endgültig aus der Arbeitspflicht entlassen möchte.

Der Arbeitgeber behält sich vor, den Arbeitnehmer jederzeit an den Arbeitsplatz zurück zu holen.

Der Arbeitnehmer kann sich selbstverständlich auch gegen die widerrufliche Freistellung wenden und Beschäftigung (notfalls klageweise) verlangen (Münchener Prozessformularbuch Band 6 Arbeitsrecht B.II.9).



# Urlaub

Der Arbeitgeber kann auch den Urlaubsanspruch dadurch erfüllen, dass er den Arbeitnehmer nach Ausspruch einer Kündigung bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses unter Anrechnung auf den Urlaubsanspruch freistellt.

Damit der Urlaubsanspruch in der Freistellungsphase erfüllt werden kann, bedarf es einer unwiderruflichen Freistellung.

# Urlaub und widerrufliche Freistellung

Eine widerrufliche Freistellung des Arbeitnehmers von der Arbeitspflicht ist allerdings nicht geeignet, den Urlaubsanspruch zu erfüllen (zuletzt BAG, Urteil vom 19.05.2009 - 9 AZR 433/08 NZA 2009, 1211 und instruktiv vor allem BAG Urteil vom 14.08.2007, 9 AZR 934/06, NZA 2008, 473). Wenn der Arbeitnehmer während der Freistellung jederzeit damit rechnen muss, wieder zur Arbeit gerufen zu werden, hat er keinen Urlaub (BAG NZA 2006, 1008).

# Lage des Urlaubs

Der Arbeitgeber muss Beginn und Ende des Urlaubs nicht konkret bestimmen. Wenn der Arbeitgeber die genaue zeitliche Lage des Urlaubs und die Zahl der Urlaubstage nicht festlegt, kann der Arbeitnehmer daraus regelmäßig entnehmen, dass ihm der Arbeitgeber entweder die gesamte Zeit der Kündigungsfrist als Urlaub gewährt, oder dass der Arbeitgeber es ihm überlässt, zumindest die zeitliche Lage der ihm zustehenden Urlaubstage innerhalb des vorbehaltlos gewährten Freistellungszeitraums zu bestimmen.

# Arbeitszeitkonto

Der Arbeitgeber erfüllt hingegen den sich aus einem Arbeitszeitkonto ergebenden Freizeitausgleichsanspruch regelmäßig durch Freistellung des Arbeitnehmers von seiner Pflicht, Arbeitsleistungen zu erbringen. Diese kann auch widerruflich erfolgen ((BAG, Urteil vom 19. 5. 2009 - 9 AZR 433/08 NZA 2009, 1211).

# **Widerspruch des Arbeitgebers**

# **Anderweitige Beschäftigung**

# Mehrere Arbeitsverhältnisse

Ein Arbeitnehmer ist während eines Arbeitsverhältnisses nicht gehindert, für einen anderen Arbeitgeber tätig zu sein.

§ 11 KSchG und § 615 BGB sehen das **doppelte Arbeitsverhältnis als Regelfall** jedenfalls dann an, wenn sich der Arbeitgeber mit der Annahme der Dienste des Arbeitnehmers in Verzug befindet.

Auch die Wettbewerbsbeschränkung in § 60 Absatz I HGB deutet darauf hin, dass es grundsätzlich gestattet ist, während des einen Arbeitsverhältnisses für einen anderen Arbeitgeber tätig zu sein.

# Erlassvertrag

Haben die Arbeitsvertragsparteien einen Erlassvertrag geschlossen oder hat der Arbeitgeber die unwiderrufliche Freistellung erklärt und der Arbeitnehmer angenommen, steht der Aufnahme einer anderen Tätigkeit während der Freistellungsphase nichts entgegen.



# Bei der widerruflichen Freistellung

Das gleiche gilt für die widerrufliche Freistellung, allerdings mit der Besonderheit, dass der Arbeitnehmer täglich mit dem Widerruf rechnen muss und dann der Gefahr ausgesetzt ist, gegenüber einem der beiden Arbeitgeber die geschuldete Leistung nicht erbringen zu können.

# Wettbewerb

Noch nicht zufriedenstellend geklärt ist die Frage, ob der Arbeitnehmer in der Freistellungsphase auch für einen Wettbewerber tätig sein darf oder selbst Wettbewerb zu seinem Arbeitgeber betreiben darf. § 60 Absatz I HGB spricht dagegen.

Der 5. Senat des BAG (NZA Jahr 2007 Seite 36) meint, dass eine Freistellungserklärung nicht nur zum Inhalt habe, dass der Arbeitgeber auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers verzichte, dieser also in der Verwertung seiner Arbeitsleistung frei sei, sondern auch, dass dieser auch nicht mehr an das vertragliche Wettbewerbsverbot gebunden sei.

# Vorsicht

Eine solche Betrachtung widerspricht dem bisherigen Verständnis zum Verhältnis von Kündigungsschutzprozess und gesetzlichem Wettbewerbsverbot. Danach ist ein Arbeitnehmer an das für die Dauer des rechtlichen Bestandes des Arbeitsverhältnisses bestehende Wettbewerbsverbot auch dann noch gebunden, wenn der Arbeitgeber eine außerordentliche Kündigung ausspricht, deren Wirksamkeit der Arbeitnehmer bestreitet. Wettbewerbshandlungen, die der Arbeitnehmer im Anschluss an eine unwirksame außerordentliche Kündigung des Arbeitgebers begeht, können einen wichtigen Grund für eine weitere außerordentliche Kündigung bilden BAG (25. 4. 1991), NZA 1992, 212. Der 2. Senat stellt ausdrücklich dar, dass die (unwirksame) fristlose Kündigung des Arbeitgebers die Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Wettbewerbsenthaltung nicht beseitigt, solange der Arbeitnehmer sich auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses berufe.

# **Anderweitiger Verdienst**

# Anrechenbarkeit

Nutzt der Arbeitnehmer die Freistellungsphase zu einer anderweitigen Beschäftigung, und erzielt hieraus einen Verdienst, stellt sich die Frage, ob dieser Verdienst auf den Entgeltanspruch, den er in der Freistellungsphase gegenüber seinem bisherigen Arbeitgeber hat, anzurechnen ist. Der Arbeitgeber bleibt in der Freistellungsphase zur Zahlung der vereinbarten Vergütung verpflichtet (§ 611 Absatz I BGB).

# § 615 BGB

Nach § 615 S. 2 BGB ist der Wert desjenigen, was der Arbeitnehmer während des Annahmeverzugs aus einer anderweitigen Verwendung seiner Dienste erwirbt, auf die vom Arbeitgeber nach § 615 S. 1 BGB i.V. mit § 611 BGB geschuldete Vergütung anzurechnen.

# Geschuldete Arbeitsleistung

Annahmeverzug setzt voraus, dass der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber noch eine Arbeitsleistung schuldet. Fehlt es daran, kann der Arbeitgeber mit der Annahme der Arbeitsleistung nicht in Verzug geraten BAG, NZA 2002, 1055.

# Unwiderrufliche Freistellung

Die unwiderrufliche Freistellung des Arbeitgebers ist ein Angebot auf Abschluss eines Erlassvertrags. Reagiert der Arbeitnehmer nicht, gilt das Angebot als nach § 151 BGB angenommen. **Ein in der Freistellungsphase erzielter Zwischenverdienst ist nicht anzurechnen.**



# Widerspruch des Arbeitnehmers

Widerspricht der Arbeitnehmer der unwiderruflichen Freistellung oder versucht er mit gerichtlicher Hilfe seinen Beschäftigungsanspruch durchzusetzen, kommt kein Erlassvertrag zu Stande. Der Arbeitgeber befindet sich mit der Annahme der Dienste des Arbeitnehmers in Annahmeverzug (§ 293 BGB). Der Annahmeverzug bewirkt die Anwendung des § 615 BGB mit der Folge, dass ein etwaiger Zwischenverdienst anzurechnen ist.

# Widerrufliche Freistellung

Die widerrufliche Freistellungserklärung kann vom Arbeitnehmer nicht als Angebot auf Abschluss eines Erlassvertrags verstanden werden. Dies hat zur Folge, dass unabhängig vom Verhalten des Arbeitnehmers ein Erlassvertrag nicht zu Stande kommen kann.

Damit bleibt die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers bestehen, die der Arbeitgeber als Gläubiger anzunehmen ablehnt. Damit gerät der Arbeitgeber in Annahmeverzug.

**Bei der widerruflich erklärten Freistellung muss sich der Arbeitnehmer einen eventuell erzielten Zwischenverdienst auf seinen Entgeltanspruch anrechnen lassen (§ 615 S. 2 BGB).**

# Erteilung von Urlaub

Soll durch die Freistellung Urlaub gewährt werden, ist ein während des Urlaubs anderweitig erzielter Erwerb auf das vom Arbeitgeber geschuldete Arbeitsentgelt nicht anzurechnen (BAG (25. 2. 1988), NZA 1988, 607).

Dies gilt jedenfalls in den Fällen, in denen die Tage der Freistellung diejenigen des noch bestehenden Urlaubsanspruchs nicht übersteigen.

In den Fällen, in denen die Dauer des noch zu erfüllenden Urlaubsanspruchs kürzer als die Freistellungsphase ist, gilt im Ergebnis wohl das gleiche; entweder ist von einer längeren Urlaubserteilung oder davon auszugehen, dass der Arbeitnehmer die zeitliche Lage des Urlaubs selbst bestimmen kann (BAG NZA 2006, 1008). In beiden Fällen sei für den Arbeitnehmer ohne Weiteres erkennbar, dass er während der restlichen Dauer seines Arbeitsverhältnisses nicht mehr damit rechnen müsse, seine Arbeitsleistung erbringen zu müssen.

# Vereinbarte Freistellung

Wird die Freistellung des Arbeitnehmers bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses zwischen den Arbeitsvertragsparteien vereinbart, liegt ebenfalls ein Erlassvertrag i.S. von § 397 BGB vor. Dieser Erlassvertrag beseitigt die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers. Dem Arbeitgeber fehlt die Gläubigerstellung.

Ein Annahmeverzug i.S. § 293ff. BGB kann nicht begründet werden (BAG, NZA 2002, Seite 1055). Anrechnung anderweitigen Verdienstes kommt nicht in Betracht (Ehrich in Handbuch der arbeitsrechtlichen Aufhebungsverträge Teil 2 Rn. 158).

Natürlich kann vereinbart bzw. geregelt werden, dass anderweiter Verdienst anzurechnen ist.

# Böswilliges Unterlassen

Ein böswilliges Unterlassen einer anderweitigen Beschäftigung wird in keiner denkbaren Fallvariante in Betracht kommen. Ein Arbeitnehmer, der widerruflich freigestellt ist, muss regelmäßig mit dem Widerruf rechnen. In einer solchen Situation ist es einem Arbeitnehmer nicht zumutbar, ein anderes Beschäftigungsverhältnis einzugehen, um dann im Falle des Widerrufs entweder dem einen oder dem anderen Arbeitgeber gegenüber zur Erbringung der Dienstleistung nicht in der Lage zu sein.

# Möglichkeiten des Arbeitgebers

Will der Arbeitgeber seine Rechte möglichst optimal wahren und kann er bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf die Dienste des Arbeitnehmers verzichten, empfiehlt Bauer (Bauer: „Spielregeln“ für die Freistellung von Arbeitnehmern (NZA 2007, 409) folgende einseitigen Freistellungserklärungen:

# Freistellung und Urlaub

„Hiermit kündigen wir Ihr Arbeitsverhältnis ordentlich zum ... Ihren restlichen Urlaub nehmen Sie bitte, indem Sie Ihre Urlaubszeit innerhalb der Kündigungsfrist selbst festlegen. Im Übrigen sind Sie bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses unter Fortzahlung der Vergütung unwiderruflich von der Arbeit freigestellt, wobei anderweitiger Erwerb anzurechnen ist. Soweit Sie vor Ablauf der Kündigungsfrist für ein Konkurrenzunternehmen tätig werden wollen, bedarf dies unserer vorherigen Zustimmung“.

## **Freistellung und Urlaub mit Wettbewerbsverbot**

„Hiermit kündigen wir Ihr Arbeitsverhältnis ordentlich zum ... Beginnend ab morgen teilen wir Ihnen zunächst Ihren restlichen Urlaub zu. Im Anschluss an die vollständige Urlaubserteilung sind Sie bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses unter Fortzahlung der Vergütung unwiderruflich von der Arbeit freigestellt, wobei anderweitiger Verdienst nach § BGB § 615 S. 2 BGB anzurechnen ist. Vor Ablauf der Kündigungsfrist ist es Ihnen untersagt, für ein Konkurrenzunternehmen/für folgende Konkurrenzunternehmen ... tätig zu werden“.



# Vorsorgliche Urlaubsgewährung

**Der Arbeitgeber kann den Urlaub auch vorsorglich für den Fall gewähren, dass eine von ihm erklärte ordentliche oder außerordentliche Kündigung das Arbeitsverhältnis nicht auflöst. Die vorsorgliche Urlaubsgewährung liegt im wohlverstandenen Eigeninteresse des Arbeitgebers, um die Kumulation von Annahmeverzugs- und Urlaubsabgeltungsansprüchen zu verhindern (Senat, Urt. v. 09.11.1999 – 9 AZR 915/98 Rdnr. 18; BAGE 92, BAGE Band 92 Seite 299 = NZA 2000 Seite 590 Rn. 19).**

## **Dienstwagen in der Freistellungs- und der Kündigungsphase**

Die Überlassung eines Firmenwagens ist Naturalbezug und damit Arbeitslohn, wenn der AN den Wagen auch für private Zwecke nutzen kann (BAG 23. 6. 1994 AP BGB § 249 Nr. 34 ; LAG HM 13. 7. 1992 LAGE BGB § 249 Nr. 5 ; 10. 4. 1991 BB 1991, 1496).

Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist der Dienstwagen zurückzugeben.

# Kündigungsschutzklage

Hat der Arbeitnehmer die Kündigung mit der Kündigungsschutzklage angefochten, so folgt die Rückgabe des Dienstwagens den Regeln des Weiterbeschäftigungsanspruchs (vgl. dazu BAG 27. 2. 1985 AP BGB § 611 Beschäftigungspflicht).

Der Dienstwagen ist also zunächst nach Ablauf der Kündigungsfrist zurückzugeben. Spricht das Arbeitsgericht dem Arbeitnehmer einen Weiterbeschäftigungsanspruch zu, hat er wiederum Anspruch auf den Dienstwagen. Stellt sich später heraus, dass der Arbeitgeber sich mit der Überlassung des Dienstwagens in Verzug befand, so schuldet er Wertersatz nach § 615 BGB (BAG 23. 6. 1994 AP BGB § 249 Nr. 34).

# Freistellungsphase

Ist der Arbeitnehmer berechtigt, den Pkw betrieblich und privat unbeschränkt zu nutzen (**und gibt es keine abweichende vertragliche Regelung; BAG BB 2007, 1624**), darf ihn der Arbeitgeber bei Freistellung des Arbeitnehmers nicht vor rechtlichem Ende des Arbeitsverhältnisses heraus verlangen.

Das privat genutzte Fahrzeug ist Bestandteil der Vergütung, die vom Arbeitgeber nicht einseitig gekürzt werden darf.

Der zu Privatfahrten **unwiderruflich** überlassene Dienstwagen ist dem Arbeitnehmer auch dann zu überlassen, wenn er aus persönlichen Gründen (Arbeitsverhinderung, Krankheit, Mutterschutzfristen) an der Arbeitsleistung verhindert ist.

# Abweichende Regelung

- Es steht den Arbeitsvertragsparteien aber frei, ein **Widerrufsrecht** des Arbeitgebers hinsichtlich der privaten Nutzung des Dienstfahrzeugs im Rahmen der allgemeinen Voraussetzungen für einen Widerrufsvorbehalt zu vereinbaren (BAG ArbuR 1999, 111, 112 und ErfKo-Preis § 611 BGB Rn. 522, 523). Das kann sogar entschädigungslos vereinbart werden.
- Von dem Widerrufsvorbehalt abzugrenzen ist die Vereinbarung einer Ersetzungsbefugnis i. S. d. § 365 BGB. Will der Arbeitgeber den Dienstwagen gegen ein u. U. geringerwertiges Fahrzeug austauschen, bedarf es einer entsprechenden Klausel im Arbeitsvertrag.

# Formulierungsvorschlag

Der Arbeitgeber behält sich vor

nach Kündigung des Arbeitsverhältnisses, insbesondere bei Freistellung des Arbeitnehmers, das Fahrzeug herauszuverlangen. In diesem Fall erhält der Mitarbeiter eine Nutzungsentschädigung in Höhe . . .

das überlassene Fahrzeug jederzeit gegen ein anderes, nicht notwendig gleichwertiges, auszutauschen. Lehnt der Mitarbeiter die Nutzung des Austauschfahrzeugs ab, stehen ihm keine Ersatzansprüche wegen eines Nutzungsausfalls zu.

# Einstweilige Verfügung auf Herausgabe

Eine einstweilige Verfügung des Arbeitgebers oder des Arbeitnehmers auf Herausgabe des Fahrzeugs wird unterschiedlich bewertet.

Nach LAG München, Urteil vom 11. 9. 2002 - 9 Sa 315/02 (ArbG Augsburg Teilurteil 26. 2. 2002 2 Ca 862/01 N) ist ein nach dem Arbeitsvertrag privat nutzbarer Dienstwagen trotz Streites über die Wirksamkeit der Kündigung herauszugeben, solange die Kündigung nicht offensichtlich unwirksam ist und kein Urteil 1. Instanz vorliegt, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht beendet wurde (NZA-RR 2002, 636).

Nach Landesarbeitsgericht Hamm (Westfalen) 8. Kammer, 30.10.1973, 8 Ta 76/73 (Quelle:juris Logo) kann der Arbeitgeber nach ausgesprochener fristloser Entlassung nicht ohne weiteres im Wege der einstweiligen Verfügung die Rückgabe des Fahrzeugs fordern. Der Arbeitgeber kann vielmehr in einem solchen Verfahren nur durchdringen, wenn er neben der Dringlichkeit einer sofortigen Regelung glaubhaft macht, dass ein Grund zur außerordentlichen Kündigung bestanden hat; andernfalls erscheint das Besitzrecht des Arbeitnehmers aus § 986 BGB nicht ausgeräumt (DB 1973, 2306 und BB 1974, 138).

Umgekehrt scheitert eine einstweilige Verfügung auf Gestellung eines Dienstwagens zur (ausschließlich) privaten Nutzung regelmäßig am Verfügungsgrund (LAG Köln NZA-RR 2003, 300).

# Prozessuale Phase



# **Klagefrist des § 4 KSchG**

3 Wochen für praktisch alle  
Kündigungen

Diese Dreiwochenfrist bezieht sich auf nahezu sämtliche Kündigungen, also nicht nur auf diejenigen, die nach § 1 KSchG überprüft werden.

Jede Kündigung, gleichgültig, ob im Kleinbetrieb oder innerhalb der ersten sechs Monate, muss mit der Dreiwochenfrist des § 4 Satz 1 KSchG angegriffen werden.

Dass das so ist, folgt aus dem klaren Wortlaut des **§ 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG**:

# § 23 Abs. 1 Satz 2

**„Die Vorschriften des 1. Abschnitts gelten mit Ausnahme der §§ 4 - 7 und des § 13 Abs. 1 Satz 1 und 2 nicht für Betriebe und Verwaltungen, in den in der Regel fünf oder weniger Arbeitnehmer ausschließlich der zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten beschäftigt werden.“**

# Konsequenz der Fristversäumung

§ 7 KSchG

Die (unwirksame) Kündigung wird  
wirksam

Erleichterung durch

§ 6 KSchG

Es genügt die Klageerhebung innerhalb von 3 Wochen, der Rest kann bis zum Ende der mündlichen Verhandlung nachgeschoben werden

# **Anderer Unwirksamkeitsgründe**

iSd. § 4 S. 1 KSchG

Verstoß gegen die guten  
Sitten (§ 138 BGB)



Kündigung unter Verletzung des  
Maßregelungsverbot ( § 612 a  
BGB)

# Verstoß gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB)

Verstoß gegen ein allg. ges.  
Verbot (§ 134 BGB)

Verstoß gegen das Verbot in § 11 TzBfG (eine Kündigung wegen der Weigerung eines Wechsels von oder in Teilzeit auszusprechen)

Anfechtung des AN nach § 142 I BGB auf Grund von Willensmängeln (§ 119 ff. BGB) oder wegen widerrechtlicher Drohung bzw. arglistiger Täuschung (nach § 123 BGB)

Zurückweisung wegen nicht vorgelegter Vollmachtsurkunde nach §  
174 BGB, sofern der Vertretungswille eindeutig ist

Nichtbeachtung von ges. Sonderkündigungsschutz (z.B. § 9 MuSchG , § 18 BEEG , §§ 85, 91 SGB IX , § 2 ArbPISchG , Bergmannsversorgungsgesetze)

Nichtbeachtung von vertraglichem oder tarifvertraglichem  
Kündigungsschutz



Unzulässigkeit der ordentlichen Kündigung während eines  
befristeten Arbeitsverhältnisses, § 15 III TzBfG

Kündigung wegen Betriebsübergangs nach § 613 a IV BGB

fehlende bzw. nicht ordnungsgemäße Anhörung des BR oder PR,  
§ 102 BetrVG, §§ 79, 108 BPersVG

Kündigung von in § 15 geschützten Personen unter  
Nichtbeachtung des Zustimmungsverfahrens, § 103 BetrVG, §§ 47,  
108 BPersVG

Verstoß gegen spezialgesetzliche Benachteiligungsverbote von Arbeitnehmern mit besonderen Aufgaben, z.B. §§ 20, 78 BetrVG (Wahl des BR), Schutz des betrieblichen Datenschutzbeauftragten (§ 4 f III 3 BDSG), des Betriebsbeauftragten für Immissionsschutz (§ 58 BImSchG) sowie des Sicherheitsbeauftragten (§ 22 III SGB VII)

Kündigung unter Verstoß gegen einen vom Insolvenzgericht angeordneten Zustimmungsvorbehalt, wonach Verfügungen des Schuldners nur mit Zust. des vorl. InsV wirksam sind (BAG 10.10.2002 AP InsO § 21 Nr. 1 = NZA 2003, 909),

Rüge eines Fehlers nach §§ 17, 18 KSchG iVm. § 134 BGB bei europarechtskonformer Auslegung

# Ausnahmen

„Kein anderer Unwirksamkeitsgrund“ und deswegen nicht innerhalb des § 4 KSchG geltend zu machen sind lediglich die folgenden Fallgruppen:



gesetzliche, tarifvertragliche oder vertragliche  
Kündigungsfrist nicht beachtet

mangelnde Schriftform (§ 623 BGB) der Kündigung (BAG 28. 6. 2007 NZA 2007, 972), denn:

§ 4 S. 1 KSchG: .....“nach Zugang der schriftlichen Kündigung“

# Vertreterproblematik

bei einer Kündigung durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht nach § 180 S. 1 BGB oder durch den „falschen“, vollmachtslosen Arbeitgeber

bei einer Geschäftsunfähigkeit des Arbeitgebers nach §§ 104 f. BGB

bei einer Anfechtung durch den Arbeitgeber wegen Willensmängeln des Arbeitgebers oder wegen Irrtums (§ 119 BGB) oder arglistiger Täuschung durch den Arbeitnehmer (§ 123 BGB).

# Behördliche Genehmigungen

§ 4 S. 4 KSchG modifiziert die Drei-Wochen-Frist, wenn die Kündigung der Zustimmung einer Behörde bedarf.

# Kenntnis des Arbeitgebers

Die Frist beginnt erst ab Bekanntgabe der Entscheidung der Behörde, sofern dem Arbeitgeber das Erfordernis einer behördlichen Zustimmung zur Kündigung bekannt war (BAG 13. 2. 2008 NZA 2008, 1055; Preis DB 2004, 70, 77).

Hat der Arbeitgeber trotz Kenntnis kein entsprechendes Verfahren eingeleitet, kann der Arbeitnehmer außerhalb der Drei-Wochen-Frist bis zur Grenze der Verwirkung nach § 4 S. 4 KSchG Klage erheben (BAG 3. 7. 2003 NZA 2003, 1335 ; 13. 2. 2008).

# Keine Kenntnis des Arbeitgebers

Für Fälle, in denen der Arbeitgeber keine Kenntnis vom gesetzlichen Sonderkündigungsschutz hat, ist binnen drei Wochen nach Zugang der Kündigung Klage zu erheben.

Der Arbeitnehmer muss, wenn er sich den Sonderkündigungsschutz nach § 85 SGB IX erhalten will, dem AG nach Zugang der Kündigung zusätzlich zur Klageerhebung innerhalb einer Regelfrist von 3 Wochen seine Schwerbehinderung mitteilen (bisher: ein Monat; BAG 13.2.2008 NZA 2008, 1055).

Im Fall der Schwangerschaft beträgt die Mitteilungsfrist nach § 9 I 1 MuSchG zwei Wochen. Bei nicht zu vertretender Unkenntnis von der Schwangerschaft kommt allerdings eine nachträgliche Klagezulassung nach § 5 I 2 KSchG in Betracht.



# **Versäumung der Klagefrist**

## **§ 5 KSchG**

# Erfolgsaussichten

Die meisten in der Praxis diskutierten Fallgruppen rechtfertigen eine Zulassung nicht.

Dies gilt auch für ausländische Arbeitnehmer (KR/Friedrich Rn. 58, 64a). Der Arbeitgeber hat auch bei einem ausländischen Arbeitnehmer keine gesonderte Hinweispflicht (z.B. BAG 26. 8. 1993 AP LPVG NW § 72 Nr. 8).

# **Verhandlungen, Zusagen, Hinweise**

Keine Zulassungsgründe sind taktische Erwägungen, Zusagen des Arbeitgebers und schon gar nicht unterbliebene Hinweise.

Eine Hoffnung auf gütliche Einigung aufgrund schwebender Vergleichsverhandlungen kann einen Antrag auf nachträgliche Zulassung nicht begründen, und zwar auch dann nicht, wenn eine gütliche Einigung vom Arbeitgeber in Aussicht gestellt wurde (Stahlhacke/Preis/Vossen – Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis – 10. Auflage 2010 Rn. 1983 und **BAG, Urteil vom 19. 2. 2009** - 2 AZR 286/07 NZA 2009, 983):

# Der BGH:

„Es oblag der Kl., gegebenenfalls vorsorglich Kündigungsschutzklage zu erheben. Verzichtet eine Arbeitnehmerin auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage, weil der Arbeitgeber ihr eine Abfindung in Aussicht gestellt hat, die jedoch wegen später gescheiterter Vergleichsverhandlungen nicht gezahlt wird, liegt darin kein Umstand, der eine nachträgliche Klagezulassung rechtfertigen kann (vgl. KR-Friedrich, § 5 KSchG Rdnr. 40; Hergenröder/v. Wickede, RdA 2008, RDA Jahr 2008 Seite 364 [RDA Jahr 2008 Seite 370f.]). Ob etwas anderes gilt, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer arglistig, beispielsweise unter Hinweis auf Vergleichsverhandlungen, veranlasst hat, vorerst keine Kündigungsschutzklage zu erheben, kann im Entscheidungsfall dahinstehen“.

# Anders bei Arglist

Ein Verschulden des Arbeitnehmers ist jedoch auszuschließen, wenn der Arbeitgeber über eine bloße Hinhaltetaktik hinaus die Unterlassung der Klageerhebung veranlasst, insbesondere wenn er den Arbeitnehmer arglistig von der Klageerhebung abgehalten hat (LAG Frankfurt/M 17. 8. 1954 NJW 1954, 1952; LAG Baden-Württemberg 26. 3. 1965 DB 1965, 1712 und Stahlhacke/Preis/Vossen – Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis – 10. Auflage 2010 Rn. 1953 und BAG aaO:).

# Unklare Kündigungserklärung

Ist ein Kündigungsschreiben, das in Kopf- und Schlusszeile verschiedene Rechtspersonen ausweist, auch im Übrigen so verwirrend gestaltet, dass nicht klar ist, wer der Erklärende ist, kann ein Grund zur nachträglichen Klagezulassung gegeben sein, wenn der Arbeitnehmer gegen den falschen Arbeitgeber die Kündigungsschutzklage erhoben hat (LAG Köln 20. 12. 2001 LAGE KSchG § 5 Nr. 105). Hat der Arbeitgeber keine Veranlassung zur bestehenden Unklarheit gegeben, ist die Zulassung nicht gerechtfertigt.

# Krankheit und Urlaub

Erkrankt der Arbeitnehmer während einer Abwesenheit von seinem Wohnort und kehrt er deshalb verspätet zurück oder liegt er im Krankenhaus, kommt eine Zulassung in Betracht.

Voraussetzung für eine nachträgliche Zulassung ist aber, dass der Arbeitnehmer entweder seine eigenen Angelegenheiten überhaupt nicht wahrnehmen konnte oder dass die klinische Behandlung während des Krankenhausaufenthalts Außenkontakte ausschloss oder so erschwerte, dass ihre Wahrnehmung dem erkrankten Arbeitnehmer unzumutbar war. Hat der Arbeitnehmer ein zuverlässiges Familienmitglied mit der Wahrnehmung seiner Angelegenheiten betraut, so hat für ein Fehlverhalten dieser Hilfsperson nicht einzustehen (LAG Köln 28. 12. 2004 NZA-RR 2005, 384).

Bei allen Krankheitsfällen verlängert sich die Drei-Wochen-Frist aber nicht etwa um den Zeitraum der Erkrankung, sondern der Verhinderung. Erkrankt der Arbeitnehmer erst im letzten Teil der Frist, kommt bei objektiver Verhinderung eine nachträgliche Zulassung in Betracht. War der Arbeitnehmer im ersten Teil der Frist erkrankt, muss er nach seiner Gesundung noch innerhalb der Frist unverzüglich tätig werden (Stahlhacke/Vossen Rn. 1839).



# Ortsabwesenheit

Bei Ortsabwesenheit ergeben sich besondere Schwierigkeiten (Stahlhacke/Vossen Rn. 1980, 1981). Die Frist des § 4 verlängert sich nicht etwa um die Zeit der Abwesenheit. Der Arbeitnehmer muss daher alle Kommunikationsmöglichkeiten nutzen, um eine rechtzeitige Klageerhebung zu erreichen (KR/Friedrich Rn. 35b).

Der Arbeitnehmer muss sich nicht am Wohnort aufhalten, weil er mit einer Kündigung rechnen muss, jedenfalls dann nicht, wenn er keinen konkreten Anlass zu der Annahme hatte, dass ihm während seiner Abwesenheit gekündigt werden wird. Ohne Vorliegen besonderer Umstände kann vom Arbeitnehmer nicht verlangt werden, dass er Vorsorge dafür trifft, dass ihm die Post an seinen Urlaubsort nachgesandt wird, insbesondere, wenn er sich im Ausland befindet (aA LAG Nürnberg 6. 11. 1995 LAGE KSchG § 5 Nr. 71). Das gilt auch, wenn er für fünf Wochen einen Bootsurlaub auf See verbringt und während dieser Zeit keine Kenntnis von Posteingängen erhält, und zwar selbst dann, wenn eine Kündigung nicht auszuschließen, der Arbeitgeber jedoch über den Urlaub vorher unterrichtet worden war (LAG Köln 4. 3. 1996 LAGE KSchG 1969 § 5 Nr. 75; aA Hess. LAG 17. 2. 2005 – 15 Ta 578/04 bei zweimonatiger Ortsabwesenheit).

# Postweg

Der Arbeitnehmer muss die Klage so rechtzeitig zur Post geben, dass sie bei normaler Beförderung innerhalb der Frist bei Gericht eingeht (LAG Nürnberg 2. 6. 2003 RzK I 10d Nr. 127; ErfK/Kiel Rn. 15; KR/Friedrich Rn. 21).

Auch im Bereich der Klageerhebung nach § 4 darf der Arbeitnehmer auf die regelmäßigen Postbeförderungszeiten vertrauen (BVerfG 16. 12. 1975 BVerfGE 41, 23; BVerfG 4. 12. 1979 AP ZPO § 233 Nr. 74; BVerfG 27. 2. 1992 EzA ZPO § 233 Nr. 14; BAG 24. 11. 1977 AP ZPO 1977 § 233 Nr. 1; Stahlhacke/Vossen Rn. 1842), und zwar auch dann, wenn Medien auf Verzögerungen hingewiesen haben, solange die Post dies nicht bestätigt (LAG Nürnberg 31. 10. 1991 LAGE KSchG § 5 Nr. 56).

**Störungen im Postverkehr rechtfertigen daher die nachträgliche Zulassung** (LAG Nürnberg 16. 4. 1980 AMBl. 1980 C 31; LAG Nürnberg 31. 10. 1991 LAGE KSchG § 5 Nr. 56; KR/Friedrich Rn. 21).

# Rechtsrat

Hat der Arbeitnehmer Rechtsrat eingeholt, trifft ihn bei einer Falschauskunft kein Verschulden, wenn er von der Kompetenz des um Rat Befragten ausgehen konnte, (Stahlhacke/Vossen Rn. 1956), so insbesondere bei Gericht und bei einem Rechtsanwalt. Das gilt nicht für den Fall, dass der Arbeitnehmer selbst die Frist kannte und trotz Untätigkeit seines Rechtsanwalts nichts unternommen hat (LAG Hamm 15. 10. 1981 EzA KSchG § 5 Nr. 12).

Beim Betriebsrat kommt es auf dessen Kompetenz an (Großbetrieb).

Der Arbeitnehmer darf nicht abwarten, bis er eine Deckungszusage seiner Versicherung erhalten hat (LAG Rheinland-Pfalz 23. 1. 1972 BB 1972, 839). Bittet er seine Rechtsschutzversicherung unter Übersendung aller Unterlagen und unter genauer Angabe der Kündigung und ihres Zugangs, einen Rechtsanwalt mit der Klageerhebung zu beauftragen, darf er darauf vertrauen, dass die Rechtsschutzversicherung dem Gesetz gemäß tätig wird (KR/Friedrich Rn. 34).

Die Frage, ob der Arbeitnehmer sich das Verschulden seines Prozessbevollmächtigten in entsprechender Anwendung von § 85 II ZPO anrechnen lassen muss, ist äußerst umstritten, aber wohl zu bejahen (Stahlhacke aaO Rn. 1971).

# Antragstellung

An die Form des Antrags stellt die Rechtsprechung keine hohen Anforderungen.

Er kann schriftlich, in der mündlichen Verhandlung oder mündlich zu Protokoll der Geschäftsstelle gestellt werden. Allein entscheidend ist, dass in dem Antrag zum Ausdruck kommt, dass die Klage trotz Fristversäumung noch zugelassen werden soll (APS/Ascheid/Hesse § 5 Rdnr. 64).

Ein ausdrücklicher Antrag braucht nicht gestellt zu werden. Es genügt, wenn das Begehren erkennbar wird, dass eine Zulassung der verspäteten Klage erstrebt wird. Mit dem Antrag auf nachträgliche Klagezulassung ist die Klageerhebung zu verbinden; ist eine Klage bereits eingereicht, ist auf sie im Antrag Bezug zu nehmen (§ 5 Absatz II 1 KSchG).

# Antrag:

**Es wird beantragt,**

- 1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom ... nicht aufgelöst werden wird  
und**
- 2. die Kündigungsschutzklage nachträglich zuzulassen.**

# Auch als Hilfsantrag möglich

Ein Antrag auf nachträgliche Zulassung ist bereits seiner Natur nach ein Hilfsantrag, der für den Fall gestellt wird, dass das Gericht von einer verspäteten Klageerhebung ausgeht. Es ist daher zulässig, den Antrag vorsorglich für den Fall zu stellen, dass das Gericht auf Grund des vorgetragenen Sachverhalts von einer verspäteten Klageerhebung ausgeht.

# Begründung

Der Antrag auf nachträgliche Klagezulassung muss die die nachträgliche Zulassung begründenden Tatsachen enthalten (§ 5 II 2 Halbs. 1 KSchG). Das bedeutet, dass der Antragsteller einen Sachverhalt vortragen muss, aus dem sich die Begründetheit des Antrags ergibt. Er muss also die Tatsachen schlüssig angeben, aus denen sich ergibt, dass die Klage unverschuldet nicht fristgemäß erhoben wurde.

Nicht ausreichend ist es beispielsweise, wenn lediglich pauschal angegeben wird, der Rechtsanwalt habe die Kündigungsschutzklage rechtzeitig gefertigt und zur Post gegeben.

# Musterbeispiel

Eine ordnungsgemäße Begründung des Wiedereinsetzungsantrags würde daher beispielsweise wie folgt lauten:

Der Schriftsatz wurde dem Rechtsanwalt drei Tage vor Fristablauf (mit Angabe des konkreten Datums) vorgelegt, der die korrekte Adressierung prüfte. Der Schriftsatz wurde dann am gleichen Tag von der (stets zuverlässigen) Mitarbeiterin X ordnungsgemäß frankiert und mit der übrigen Post in den Briefkasten der Deutschen Post AG an der X.-Straße eingeworfen. Der Einwurf erfolgte gegen Mittag, wobei dieser Briefkasten laut Aufschrift gegen 14 Uhr gelehrt wird.

Daneben sollte die generelle Fristenorganisation in der jeweiligen Kanzlei dargestellt werden, um keine Zweifel in dieser Hinsicht aufkommen zu lassen.



# Glaubhaftmachung

Nach § 5 Absatz II 2 Halbs. 2 KSchG ist es ferner notwendig, dass die Mittel zur Glaubhaftmachung, der die nachträgliche Zulassung begründenden Tatsachen, angegeben werden.

# Frist

Der Antrag auf nachträgliche Klagezulassung ist fristgebunden. Dabei gibt es eine relative Frist von zwei Wochen und eine absolute Frist von sechs Monaten.

Der Antrag muss nach § 5 III 1 KSchG innerhalb einer Frist von zwei Wochen nach Behebung des Hindernisses beim Arbeitsgericht eingereicht werden.

Die Frist beginnt, wenn durch den Kläger bei gehöriger Sorgfalt hätte erkannt werden können, dass die Frist möglicherweise versäumt ist (LAG Düsseldorf, NZA 1998 Seite 728).

Nach Ablauf von sechs Monaten nach dem Ende der versäumten Frist, kann der Antrag nicht mehr gestellt werden (§ 5 III 2 KSchG).

## **Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand**

Eine Wiedereinsetzung gegen die Versäumung der Zwei-Wochen-Frist ist ausgeschlossen BAG NZA 1988 Seite 875), § 5 KSchG ist eine abschließende Sonderregelung.

# Erfolgsaussichten der Klage

Auf die Erfolgsaussichten der Kündigungsschutzklage kommt es dabei aber nicht an (BAGE 45, BAG NZA 1984, Seite 123).

# Entscheidung des Arbeitsgerichts

Die Entscheidung des Arbeitsgerichts erfolgt mit dem Kündigungsschutzantrag durch Urteil.

Es ist aber möglich, über die nachträgliche Zulassung ein Zwischenurteil zu erlassen, etwa weil schwierige tatsächliche oder rechtliche Fragen zu klären sind. Das Zwischenurteil kann mit dem gleichen Rechtsmittel angefochten werden wie das Endurteil über die Kündigungsschutzklage (§ 5 Absatz IV 2 KSchG).

# Besonderheiten

beim Berufsausbildungsverhältnis

# Ausbildungsverhältnis

Gem. § 111 Abs. 2 ArbGG muss ein Auszubildender zunächst in einem Vorschaltverfahren einen Schlichtungsausschuss anrufen und durchlaufen, bevor er Klage beim Arbeitsgericht erheben kann (siehe Zimmerling in Schwab/Weth. § 111 Rn 4 ff.). Ansonsten ist die Klage unzulässig.

Nicht geregelt ist allerdings die Anrufungsfrist für den Schlichtungsausschuss. § 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG ist nach h.M. nicht anwendbar, das BAG hat noch nicht entschieden. Probleme können bei der Frage auftreten, ob überhaupt ein Schlichtungsausschuss existiert. Das muss der Auszubildende in eigener Verantwortung klären. Ist das der Fall, sollte dieser besser innerhalb von 3 Wochen angerufen werden. Ist das nicht klar oder lässt sich nicht zeitnah ermitteln, ob es überhaupt eine solche Einrichtung gibt, sollte innerhalb von 3 Wochen Kündigungsschutzklage erhoben werden.

# **Klageerhebung**



# Allgemein

Die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung stellt keine sonderlich hohen Anforderungen an die Form einer Kündigungsschutzklage.

Es müssen die Parteien und das Begehren erkennbar sein.

# Klageantrag nach § 4 KSchG

Die Feststellungsklage nach § 4 KSchG ist gerichtet auf Feststellung der Unwirksamkeit einer Willenserklärung (bei § 256 I 1 Alt. 1 ZPO auf das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses). Es ist nicht notwendig, dass der Kläger die von ihm bezeichnete Kündigung als ordentliche oder außerordentliche qualifiziert (BAG 11.09.1956 AP KSchG 1951 § 3 Nr. 8; BAG 21.05.1981 AP KSchG 1969 § 4 Nr. 7).

# Feststellungsinteresse

Die Feststellungsklage nach § 4 KSchG erfordert nicht die Darlegung eines besonderen Feststellungsinteresses. Das Feststellungsinteresse ergibt sich aus der zwingenden Folgeregelung in § 7 KSchG (KR/Friedrich Rn. 26). Das gilt auch, wenn der Arbeitnehmer inzwischen ein neues Arbeitsverhältnis eingegangen ist und er das alte nicht fortsetzen will (KR/Friedrich Rn. 27, 28).

# Unbedingte Klage

Die Klage nach § 4 KSchG muss unbedingt erhoben werden. Wird eine unterzeichnete Klageschrift nur als der Begründung dienende Anlage zu einem PKH-Antrag eingereicht, wird die Frist des § 4 KSchG nicht gewahrt (LAG Köln 11.03.1996 LAGE KSchG § 4 Nr. 34; aA LAG Niedersachsen 07.08.2002 LAGE KSchG § 4 Nr. 47).

# Mehrere Kündigungen

Werden mehrere Kündigungen nacheinander ausgesprochen, hat der Arbeitnehmer jede dieser Kündigungen anzugreifen, da jede darauf bezogene Klage einen anderen Streitgegenstand betrifft („punktueller Streitgegenstand“; siehe KR/Friedrich Rn. 230).

Dies genügt im Wege der Klageerweiterung in einem weiteren Schriftsatz innerhalb der 3-Wochen-Frist (LAG Rheinland-Pfalz 26.03.1986 LAGE KSchG § 4 Nr. 10).

# Klagebefugnis

Klage auf Feststellung der Rechtsunwirksamkeit der Kündigung nach § 4 KschG kann nur der Arbeitnehmer erheben. Es handelt sich insoweit um ein **höchstpersönliches Recht** (KR/Friedrich Rn. 74). Nicht klagebefugt ist also z.B. die Agentur für Arbeit.

# Beklagte

Beklagter im Kündigungsschutzprozess ist der Arbeitgeber. Das ist der unmittelbare Vertragspartner des Arbeitnehmers (ErfK/Kiel Rn. 19; KR/Friedrich Rn. 85; Stahlhacke/Vossen Rn. 1785). Wer unmittelbarer Vertragspartner ist oder war, kann insbesondere bei juristischen Personen mitunter zweifelhaft sein. Die Frage ist dann unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu beantworten (KR/Friedrich Rn. 86).

Je nach den Einzelfallumständen kann sich die Arbeitgeberstellung auch aus § 164 II BGB ergeben (vgl. dazu KR/Friedrich Rn. 94a).

# § 164 II BGB

Wer nicht erkennbar in fremdem Namen handelt, der handelt in eigenem Namen bzw. ist selbst berechtigt und verpflichtet



# Auslegung

Bestehen Unklarheiten, ist eine Auslegung des Begehrens auch hinsichtlich der Parteistellung möglich (BGH 24.01.1952 BGHZ 4, 334; BAG 22.01.1975 EzA ZPO § 268 Nr. 1; KR/Friedrich Rn. 154).

Immer die Kündigung beifügen

Ergibt sich aus dem der Klageschrift beigefügten Kündigungsschreiben, wer als beklagte Partei gemeint ist, ist eine Berichtigung des Rubrums möglich, wenn der Kläger im Rubrum der Klageschrift irrtümlich nicht seinen Arbeitgeber, sondern dessen Bevollmächtigten benannt hat (**BAG 15. 3. 2001 AP KSchG 1969 § 4 Nr. 46**) oder die Klage versehentlich gegen eine Schwestergesellschaft (GmbH) der Arbeitgeberin (KG) gerichtet wurde (**BAG 12. 2. 2004 AP KSchG 1969 § 4 Nr. 50**).

# **Haftungsfalle Insolvenz**

Wird nach Insolvenzeröffnung die Klage statt gegen den Insolvenzverwalter gegen den Schuldner erhoben, ist unter Fristwahrung eine Berichtigung des Rubrums möglich, wenn mit der Klageschrift das Kündigungsschreiben des Insolvenzverwalters eingereicht wird (**BAG 17. 1. 2002 NZA 2002, 999 und BAG 27. 3. 2003 AP InsO § 113 Nr. 14**).

Eine Berichtigung scheidet jedoch aus, wenn die Klage ausdrücklich gegen die noch die Kündigung aussprechende Schuldnerin gerichtet wird (BAG 21.09.2006 NJW 2007, 458).

# Falscher Beklagter

Ist eine falsche Partei verklagt und wird die Klage nach Fristablauf auf die richtige Partei erweitert, handelt es sich um eine Klageerweiterung. Eine Berichtigung des Rubrums mit Fristwahrung ist nicht möglich (LAG Hamm 28.06.2000 LAGE ZPO § 263 Nr. 1).

# Wirksame Klageerhebung

Die Vorschrift des § 253 ZPO findet im arbeitsgerichtlichen Verfahren unbeschränkt Anwendung, auch die notwendigen Erfordernisse der Klageschrift gemäß § 253 Abs. 2 ZPO müssen beachtet werden.

Da die Klage ein bestimmender Schriftsatz ist, gilt die Regelung des § 130 ZPO. Es ist die eigenhändige Unterzeichnung selbst dann notwendig, wenn die Klage zu Protokoll der Geschäftsstelle erklärt wird (vgl. dazu BAG 27. 1. 1955 AP KSchG § 11 Nr. 5; 26. 1. 1976 NJW 1976, 1285 ). Dem Unterschriftserfordernis ist nicht genüge getan, wenn der nicht unterzeichneten Klage lediglich eine vom Kläger unterzeichnete Vollmacht beigelegt hat.

Ist einer nicht unterzeichneten Klageschrift allerdings eine von dem Rechtsanwalt beglaubigte Abschrift beigelegt, genügt dies für das Unterschriftserfordernis.



Dem Formerfordernis des § 130 Nr. 6 ZPO genügt eine durch Telefax (oder Telekopie) eingereichte Klage, sofern das Original unterschrieben und die Unterschrift auf der Kopie wiedergegeben ist. Auch ein Computer-Fax mit eingescannter Unterschrift wahrt die Form des § 130 Nr. 6 ZPO. Die Übermittlung der Klageschrift in elektronischer Form (§ 46b ArbGG), setzt voraus, dass die jeweilige Landesregierung hierzu eine entsprechende Rechtsverordnung erlassen hat (§ 46b II ArbGG).

Einer Nachsendung des Originals oder schriftlichen Bestätigung bedarf es in keinem Fall (ganz hM, vgl. Zöller – ZPO-Komm., 28. Aufl., § 130 (Rn. 18 c), BGH NJW 93, 3141; siehe aber BAG NJW 99, 2989 ).

Das Nachreichen des Originals eines bereits mit Telefax übermittelten Schriftsatzes soll vielmehr im Zweifel eine erneute Einlegung des Rechtsmittels darstellen, die zwar zunächst wirkungslos ist, aber dann wirksam wird, wenn die per Telefax abgegebene Erklärung ihre Wirksamkeit verliert (ebenso BAG NZA 99, 895; siehe auch Zöller – ZPO-Komm., 28. Aufl., § 167 (Rn. 9).

Zu beachten ist, dass der Schriftsatz erst dann vollständig bei Gericht eingegangen ist, wenn die gesendeten Signale noch innerhalb der Frist von dem empfangenden Gerät des Gerichts vollständig empfangen, also gespeichert worden sind (BGH 25. 4. 2006 NJW 2006, 2263 ; 4. 12. 2008 – IX ZB 41/08).

# Mein Tipp:

Original-Fax in der Akte lassen,  
anrufen, Eingang bestätigen lassen  
und auf dem Original notieren

## **Allgemeiner Feststellungsantrag nach § 256 ZPO**

Ein Sonderthema von hoher praktischer Relevanz ist der allgemeine Feststellungsantrag gem. § 256 ZPO.

Wegen des punktuellen Streitgegenstandsbegriffes der Kündigungsschutzklage besteht ein praktisches Bedürfnis dafür, den Bestand des Arbeitsverhältnisses zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung feststellen zu lassen. Denn eine gegen eine bestimmte Kündigung erhobene Kündigungsschutzklage erfasst eine später ausgesprochene Kündigung nicht.

Übersieht der Arbeitnehmer während eines laufenden Kündigungsschutzprozesses eine später, z.B. versteckt in einem Schriftsatz, erklärte weitere Kündigung und greift er diese deshalb nicht fristgerecht an, so könnte er die mögliche Sozialwidrigkeit dieser Kündigung nicht mehr erfolgreich geltend machen (§ 7 KSchG).

# Schleppnetzantrag

Dieser praktisch nicht seltene Fall, der übrigens auch eine bedeutende Regressfalle für Rechtsanwälte und sonstige Prozessbevollmächtigte von Arbeitnehmern ist, hat eine heftige Diskussion in Rspr. und Lit. darüber ausgelöst, ob und wie dieser Gefahr mit einem **Schleppnetzantrag** begegnet werden kann. Die Diskussion ist bis heute nicht beendet (ausführlich KR Friedrich § 4 KSchG Rn. 249 ff. mit Nachweisen) und auch die Rechtsprechung des BAG wohl nicht einheitlich (BAG 27.01.1994, NZA 1994, 812; 16.03.1994, NZA 1994, 860; 7. 12. 1995 NZA 1996, 334; 13.03.1997, NZA 1997, 844; 10.10.2002, NJW 2003, 1412 ff.).

# Gesonderter Antrag

Um der Diskussion über sog. „Wurmfortsätze“, „Annexanträge“ oder dergleichen zu entgehen, sollte immer ein gesonderter 2. Antrag gestellt werden:

# Allgemeiner Feststellungsantrag

Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die Kündigung der Beklagten vom 29.07.2009 zum 31.10.2010 beendet wird. 2. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien auch nicht durch andere Beendigungstatbestände beendet worden ist/enden wird, sondern darüber hinaus zu unveränderten Bedingungen fortbesteht.

# Nächste Haftungsfalle



# Begründung

Erforderlich ist auch immer eine Begründung des Allgemeinen Feststellungsantrags, weil die Rspr. des BAG unklar ist (v. 27.1. und 16.3.1994 NZA 1994, 812, 860 und Diller NZA 1994, 830).

Das sollte aber auch nicht weiter problematisch sein, denn es geht einzig darum, dass der Arbeitgeber weiß, dass sich der Arbeitnehmer nicht nur gegen eine Kündigung sondern gegen die Beendigung seines Arbeitsverhältnisses wendet (KR-Friedrich § 4 vKSchG Rn. 249).

# Begründung zum Feststellungsantrag

„Klageantrag Ziff. 2 ist ein eigenständiger Feststellungsantrag gem. § 256 ZPO. Der Kläger wendet sich mit seiner Klage gegen jedweden Beendigungstatbestand; er ist nicht gewillt, einen Beendigungssachverhalt gegen sich gelten zu lassen“.

Nur dann liegt eine (zulässige) Feststellungsklage, die in entsprechender Anwendung von § 6 KSchG bis zum Schluss **der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht** begründet werden kann (KR – Friedrich § 4 KSchG Rn 249, 249 a und BAG 13.3.1997 NZA 1997, 844 ff., 846).

Eine weitere Kündigung kann also auch nach Ablauf von 3 Wochen, muss aber bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung in den Prozess eingeführt werden (KR-Friedrich § 4 KSchG Rn. 247 m.N. auf die Rechtsprechung).

**Vor der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz sollte der Antrag entgegen gängiger Praxis auch nicht zurückgenommen werden (KR Friedrich § 4 KSchG Rn 249; eine Abweisung als unzulässig ist „in Kauf zu nehmen“.**

# Kündigung im Prozess

Wird dann tatsächlich im Prozess gekündigt, muss die Kündigung in den Prozess eingeführt, der Klageantrag so dann auf den Kündigungsschutzantrag nach § 4 KSchG umgestellt werden. Dies muss natürlich nicht innerhalb von 3 Wochen geschehen.

# Antrag

Die Klage wird wie folgt erweitert:

Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die außerordentliche fristlose Kündigung der Beklagten vom 11.11.2009 beendet worden ist.

# Rechtsfolge

- Ist das geschehen, so scheidet dieser Streitgegenstand (konkrete Folgekündigung) aus der allgemeinen Feststellungsklage aus; dieser wird insoweit teilweise eingeschränkt.

# Im Schriftsatz kann es lauten

Die Beklagte hat im laufenden Prozess erneut außerordentlich, hilfsweise ordentlich gekündigt.

B e w e i s : Kündigung vom

Auf Grundlage des Urteils des BAG vom 13.3.1997 in NZA 1997, 844 führt der Kläger diese Kündigungen unter teilweiser Einschränkung des Feststellungsantrags (§ 264 Nr. 2 ZPO i.V.m. § 495 ZPO, § 46 Abs. 2 Satz 1 ArbGG) durch eine dem Wortlaut des § 4 Satz 1 KSchG angepasste Antragstellung in den Prozess ein (Stahlhacke/Vossen 10. Auflage 2010, Rn. 13).

Klageantrag Ziffer 7. als eigenständiger Feststellungsantrag gemäß § 256 ZPO bleibt weiterhin aufrechterhalten. Der Kläger möchte verhindern, dass das Arbeitsverhältnis durch irgendeinen Beendigungstatbestand beendet wird.



- **C. Kündigungsrücknahme und Anerkenntnis**

- Eine einseitige Rücknahme der Kündigung ist nur bis zum Zeitpunkt ihres Zugangs möglich (130 I 2 BGB).
- Dementsprechend verändert eine Rücknahmeerklärung des Arbeitgebers allein die Rechtslage nicht. Kommt es zu keiner vertraglichen Vereinbarung mit dem Gekündigten, löst die wirksame Kündigung das Arbeitsverhältnis auf.
- Erklärt der Arbeitgeber, „er nehme die Kündigung zurück“ und bietet er dem Arbeitnehmer die Weiterbeschäftigung zu den alten Arbeitsbedingungen an, entfällt nicht schon allein deshalb ein Rechtsschutzinteresse für eine Kündigungsschutzklage (BAG 19.08.1982 AP KSchG 1969 § 9 Nr. 9; KR/Friedrich Rn. 26; aA LAG Frankfurt/M 16.01.1980 DB 1980, 1701).
- Das BAG vertritt die Auffassung (BAG 19.08.1982, AP KSchG 1969, § 9 Nr. 9 = EzA KSchG n.F., § 19 Nr. 14), dem Arbeitnehmer könne nicht ohne Weiteres unterstellt werden, dass er mit der Erhebung der Kündigungsschutzklage gleichzeitig auch sein Einverständnis zur Rücknahme der Kündigung und zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erteile. Dies möge zwar im Einzelfall, nicht aber in der Regel zutreffen. Dem Arbeitnehmer einen solchen Geschäftswillen zu unterstellen, sei lebensfremd. Der Arbeitnehmer denke nicht daran, sich von vornherein in der Ausübung seiner Rechte, etwa aus § 9 oder § 13 KSchG, einzuengen.
- Auf Grund dieser prozessualen Variante kann also in der Erhebung der Kündigungsschutzklage keine antizipierte Annahme eines in der Rücknahme der Kündigung liegenden Antrags des Arbeitgebers auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses gesehen werden (BAG 19. 8. 1982 aaO; 16. 3. 2000 AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 114).
- Dem Arbeitnehmer bleibt somit bis zum letzten Termin zur mündlichen Verhandlung die Möglichkeit erhalten, gem. § 9 KSchG die Auflösung des Arbeitsverhältnisses und die Verurteilung des Arbeitgebers zur Zahlung einer Abfindung zu erreichen (vgl. zu dieser Option BAG 29. 3. 2006 NZA 2006, 693).
- Entsprechendes gilt für Kündigungen, die aus anderen Gründen (z.B. § 9 MuSchG) unwirksam sind.
- Erklärt der Arbeitnehmer die Hauptsache hingegen für erledigt, nimmt er den Antrag an, das Arbeitsverhältnis besteht ungekündigt fort.
- Hat der Arbeitnehmer den Auflösungsantrag noch nicht gestellt, wenn der Arbeitgeber die Kündigung zurücknimmt, wird vom Arbeitnehmer eine unverzügliche Stellung des Antrags verlangt (vgl. LAG Düsseldorf 26.05.1975 EzA KSchG n.F. § 9 Nr. 2; KR/Friedrich, § 4 KSchG Rn. 72).
- Andernfalls kann im Falle eines Anerkenntnisses in der Güteverhandlung gem. § 55 I Ziff. 3 ArbGG eine Alleinentscheidung durch den Vorsitzenden ergehen (Abs. 3).
- Auch wenn der Arbeitgeber den Klageanspruch förmlich nach § 307 ZPO anerkennt und ein Angebot auf Vertragserneuerung abgibt, kann der Arbeitnehmer nach § 12 KSchG die Fortsetzung der Arbeit durch Erklärung gegenüber dem Arbeitgeber verweigern (LAG Hamm 03.03.1982 ZIP 1982, 488; Schwerdtner, ZIP 1982, 644; KR/Friedrich, § 4 KSchG, Rn. 73).

**Auflösung durch Urteil gem.  
§ 9 KSchG**

- 
- Arbeitnehmer und Arbeitgeber können bei einer ordentlichen Kündigung einen Antrag auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses stellen (§ 9 Abs. 1 S. 3 KSchG).
- Bei einer außerordentlichen Kündigung kann nur der Arbeitnehmer einen Auflösungsantrag stellen. Dies ergibt sich aus § 13 I 3 KSchG.
- Der Antrag kann bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz gestellt werden. Beurteilungszeitpunkt ist der Zeitpunkt der Entscheidung über den Auflösungsantrag (KR – Spilger § 9 KSchG Rdnr. 40).

- **A. Lösungsmöglichkeit des Arbeitgebers**
- Von besonderem Interesse bei § 9 KSchG ist die Lösungsmöglichkeit des Arbeitgebers, weil er damit das Arbeitsverhältnis „über den eigentlichen Kündigungsschutz hinaus“ gegen den Willen des Arbeitnehmers beenden kann. § 9 Abs. 1 S. 2 KSchG relativiert zugunsten des Arbeitgebers den Begründungszwang aus § 1 Abs. 2 KSchG gegen eine wirtschaftliche Kompensation.

- **I. Weiter Begründungsrahmen**
- Der Arbeitgeber kann sich zur Begründung seines Auflösungsantrags auch auf solche Gründe berufen, mit denen er zuvor – erfolglos – die ausgesprochene Kündigung begründet hat. Selbst die Verwertung von Kündigungsgründen aus einem bereits rechtskräftig abgeschlossenen Kündigungsschutzverfahren ist ihm noch möglich (BAG NZA 2005, 1208).
- Er muss jedoch in diesen Fällen zusätzlich greifbare Tatsachen dafür vortragen, dass der Kündigungssachverhalt, obwohl er die Kündigung nicht rechtfertigt, gleichwohl so beschaffen ist, dass er eine **weitere gedeihliche Zusammenarbeit** nicht erwarten lässt (BVerfG NZA 2005, 41; BAG NZA 2005, 1178; BAG NZA 2006, 363).
- Es bedarf einer substantiierten Darstellung der **Zerrüttungsgründe**.
- Hat der Arbeitgeber als Auflösungsgründe bestimmte Verhaltensweisen des Arbeitnehmers vorgetragen, die die Befürchtung begründen, eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen den Parteien sei nicht zu erwarten, können die Kündigungsgründe geeignet sein, den sonstigen Auflösungsgründen besonderes Gewicht zu verleihen (BAG NZA 2006, 363).

- **II. Begrenzung auf Fälle der Sozialwidrigkeit**

- Eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses gem. § 9 KSchG kommt aber nur dann in Betracht, wenn das Gericht zuvor die Feststellung getroffen hat, dass die vom Arbeitgeber erklärte Kündigung gem. § 1 KSchG sozial ungerechtfertigt bzw. sozialwidrig ist (BAG NZA 1994, 311 und BAG NZA 1997, 937).
- 
- Der Arbeitgeber kann sich nach Ansicht des BAG also nur auf § 9 KSchG berufen, wenn die Kündigung **ausschließlich** nach § 1 Abs. 2 und 3 KSchG sozialwidrig ist (st. Rspr. z.B. BAG 27.9.2001 NZA 2002; a.A. z.B. Stahlhacke/Preis/Vossen Rdnr. 2097, 2098 und KR Spilger § 9 KSchG Rn 27).
- Ist die Kündigung also auch aus anderen Gründen unwirksam, etwa wegen Nichtanhörung des Betriebsrats oder tariflichem Ausschluss der ordentlichen Kündigung, ist der Auflösungsantrag des Arbeitgebers nach Ansicht des BAG unstatthaft.
- Beruft sich der Arbeitgeber auf verschiedene Kündigungssachverhalte, so genügt es, wenn aus einem davon die Kündigung ausschließlich aus ihrer Sozialwidrigkeit hergeleitet werden kann (Stahlhacke/Preis/Vossen Rdnr. 2097, 2098 und KR Spilger § 9 KSchG Rn 27a).
- Es ist also für den Auflösungsantrag des Arbeitgebers nach § 9 Abs. 1 S. 2 KSchG beispielsweise unschädlich, wenn der Arbeitgeber die verhaltensbedingt ausgesprochene Kündigung im Prozess auf einen weiteren personenbedingten Kündigungssachverhalt – etwa Krankheit – stützt, der bereits wegen fehlender Anhörung des Betriebsrats zur Unwirksamkeit der Kündigung führt und deshalb als Kündigungsgrund nicht herangezogen werden kann, während die verhaltensbedingte Kündigung nur an der Sozialwidrigkeit leidet (BAG NZA 2001, 102).
- Der Ausschluss der Lösungsmöglichkeit für den Arbeitgeber nach § 9 Abs. 1 S. 2 KSchG bei einer Kündigung, die auch aus anderen Gründen rechtsunwirksam ist, setzt zudem voraus, dass die Unwirksamkeit Folge eines Verstoßes gegen eine **Schutznorm** zugunsten des Arbeitnehmers ist, wie dies etwa bei §§ 9 MuSchG, 18 BEEG, 102 BetrVG, 613 a Abs. 4 BGB der Fall ist (Stahlhacke/Preis/Vossen 2099).
- Im Ergebnis ändert diese Einschränkung praktisch freilich nicht viel, denn fast jedes Kündigungsverbot bzw. jeder Unwirksamkeitsgrund ist Schutznorm. Verneint hat das BAG die Schutznorm bei einem Schulleiter einer deutschen Schule in Saudi Arabien, dessen Kündigung von der Zustimmung der deutschen Auslandsvertretung abhängen sollte (BAG NZA 1995, 309).

- **B. Lösungsmöglichkeit des Arbeitnehmers**

- Ist die Kündigung nicht sozialwidrig, aber aus einem anderen Grunde unwirksam, so darf das Gericht auch beim Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis gemäß § 9 KSchG – außer in den Fällen der ungerechtfertigten außerordentlichen Kündigung (§ 13 Abs. 1 S. 3 KSchG) oder der sittenwidrigen Kündigung (§ 13 Abs. 2 KSchG) – nicht auflösen, sondern hat lediglich die Fortdauer des Arbeitsverhältnisses festzustellen (BAG NZA 1994, 311; BAG NZA 2001, 102; LAG Köln NZA-RR 1996, 127; a. A. KR/Friedrich § 9 KSchG Rn 27b und 27c).
- **Aber:** der Arbeitnehmer kann den Auflösungsantrag auch dann stellen, wenn die aus anderen Gründen unwirksame Kündigung (etwa wegen eines Verstoßes gegen § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG, §§ 9 MuSchG, 134 BGB) **zusätzlich** sozialwidrig ist und der Arbeitnehmer die Sozialwidrigkeit im Rahmen einer ordnungsgemäß erhobenen Kündigungsschutzklage geltend gemacht hat (BAG NZA 1994, 311; BAG NZA 1997, 937, a.A. KR Spilger § 9 Rn 27c).
- 
- Das Gericht darf daher die Frage der Sozialwidrigkeit nicht unentschieden lassen, wenn der Arbeitnehmer die Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach § 9 Abs. 1 S. 1 KSchG betreibt (Stahlhacke/Preis/Vossen Rn 2099).

- **C. Fälle der Unzumutbarkeit**

- 
- Da das Kündigungsschutzgesetz von seiner Konzeption her nicht in ein Abfindungsgesetz umfunktioniert werden darf, weil der Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses im Vordergrund steht, kann die Tatsache der rechtswidrigen Kündigung des Arbeitgebers allein den Auflösungsantrag grundsätzlich nicht tragen.
- 
- In der Regel treten durch jede Kündigung Spannungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer auf. Diese allein vermögen einen Auflösungsantrag noch nicht zu rechtfertigen. Die Unzumutbarkeit muss sich aus weiteren Gründen ergeben, die der Arbeitgeber setzt und im Zusammenhang mit der Kündigung oder dem Kündigungsschutzprozess stehen (BAG NZA 1993, 362).
- 
- Die in der Person des Arbeitnehmers liegenden Umstände können im außerprozessualen Verhalten liegen (z. B. die Beeinflussung oder Bedrohung von Zeugen oder des Arbeitgebers) oder im prozessualen Verhalten des Arbeitnehmers selbst ihren Niederschlag finden. Letzteres wäre etwa zu bejahen, wenn die schriftsätzlichen Darlegungen oder mündlichen Erklärungen des Arbeitnehmers den Tatbestand einer Verleumdung oder üblen Nachrede erfüllen. Dies gilt nicht, soweit die Darlegungen des Arbeitnehmers die Grenzen der Wahrnehmung berechtigter Interessen nicht überschreiten (BAG v. 10. 10. 2002 – AP Nr. 45 zu § 9 KSchG 1969).
- 
- Gründe, die den Arbeitnehmer zur fristlosen Kündigung berechtigen, erfüllen stets gleichzeitig das Tatbestandsmerkmal der Unzumutbarkeit nach § 9 Abs. 1 S. 1 KSchG. Für § 9 Abs. 1 S. 1 KSchG reichen hingegen schon solche Tatsachen, die für eine fristlose Kündigung nicht genügen.
- Diese Gründe können darin liegen, dass das Kündigungsschutzverfahren über eine offensichtlich sozialwidrige Kündigung seitens des Arbeitgebers mit einer derartigen Schärfe geführt worden ist, dass der Arbeitnehmer mit einem schikanösen Verhalten des Arbeitgebers und der anderen Mitarbeiter rechnen muss, wenn er in den Betrieb zurückkehrt (BAG v. 27. 3. 2003 – AP Nr. 48 zu § 9 KSchG 1969).
- 
- Auch mit der Kündigung verbundene unzulässige Maßregelungen, wie etwa eine völlig ungerechtfertigte Suspendierung, können einen Auflösungsgrund abgeben (BAG NZA 1993, 362).
- Die Drohung mit einer erneuten, nunmehr aus Sicht des Arbeitgebers nach § 1 KSchG sozial gerechtfertigten Kündigung hält sich noch im Rahmen der Wahrnehmung berechtigter Interessen und ist ohne das Vorliegen weiterer Umstände nicht als rechtswidrig anzusehen (BAG v. 27. 3. 2003 – AP Nr. 48 zu § 9 KSchG).
-



- **D. Verhalten des Prozessbevollmächtigten**
- Problematisch ist in diesem Zusammenhang, ob sich der Arbeitnehmer auch das Verhalten seines Prozessbevollmächtigten zurechnen lassen muss. Dies ist nach Auffassung des BAG zu bejahen (BAG NZA 2001, 255). Dies gilt auch für von ihm nicht veranlasste Erklärungen des Prozessbevollmächtigten jedenfalls dann, wenn der Arbeitnehmer sich diese zu eigen macht und sich auch nachträglich nicht hiervon distanziert. Dies trifft allerdings nicht auf Rechtsausführungen zur Unwirksamkeit einer Kündigung zu. Solche Ausführungen können jedenfalls nicht ohne weiteres als Auflösungsgrund herangezogen werden, selbst wenn sie rechtlich unzutreffend sind (BAG NZA 2001, 255).

- **E. Verfahrensrechtliches**

- Der Antrag auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach § 9 Abs. 1 KSchG kann nicht isoliert, sondern ausschließlich im Rahmen eines anhängigen Kündigungsschutzprozesses gestellt werden, so dass grundsätzlich über die Rechtswirksamkeit der Kündigung und über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses nur einheitlich entschieden werden kann (BAG NZA 2002, 1171).
- 
- Gemäß § 9 Abs. 2 KSchG hat das Gericht für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses den Zeitpunkt festzustellen, an dem es bei sozial gerechtfertigter Kündigung geendet hätte. Der Auflösungsantrag ist also zukunftsbezogen zu bewerten.
- Eine bestimmte Antragsformulierung ist durch das KSchG nicht vorgeschrieben. Dies gilt auch für die Höhe der Abfindung. Es genügt ein Antrag, wonach das Arbeitsverhältnis zum (Datum) unter Zahlung einer Abfindung aufgelöst werden soll.
- **„Das Arbeitsverhältnis wird zum . . . aufgelöst und der/die Beklagte zur Zahlung einer angemessenen Abfindung verurteilt.“**
- Durch Auslegung kann ermittelt werden, ob ein Antrag des Arbeitnehmers, den Arbeitgeber zur Zahlung einer Abfindung zu verurteilen, aus § 9 Abs. 1 S. 1 KSchG hergeleitet werden soll.
- 
- Das Arbeitsgericht hat bei einer antragsgemäßen Auflösung des Arbeitsverhältnisses im Rahmen der Angemessenheit von Amts wegen über die Höhe der Abfindung zu befinden und ist hierbei an Anträge nicht gebunden.
- 
- Die Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung und die Auflösung gegen Abfindung betreffen dabei unterschiedliche Streitgegenstände, die isoliert mit einem Rechtsmittel angegriffen werden können (BAG NZA 2000, 733).
- Der Gesetzgeber lässt es in § 9 Abs. 1 KSchG zu, dass beide Parteien im Kündigungsschutzprozess den Auflösungsantrag stellen dürfen. Nach h. M. ist der gemeinsame Wille beider Parteien, das Arbeitsverhältnis im Fall sozialwidriger Kündigung durch richterlichen Akt zur Auflösung zu bringen, für das Gericht bindend. Das Arbeitsgericht hat dann ohne weiteres die Auflösung des Arbeitsverhältnisses vorzunehmen und nur noch zu prüfen, wie hoch es die Abfindung bemessen will (vgl. etwa Stahlhacke/Preis/Vossen Rdnr. 2128).

- **F. Sozialversicherungsrechtliches**
- Soweit der Auflösungsantrag bei einer außerordentlichen fristlosen Kündigung des Arbeitgebers unter Zahlung einer Abfindung erfolgreich gestellt wird, kann das Ruhen des Arbeitslosengeldanspruchs nach § 143 a SGB III die Folge sein (BSG NZA 1988, 443).
-

**Vergleich**

- Die meiste Zahl der Fälle endet im gerichtlichen Vergleich (siehe nur Ehrlich in Weber/Ehrlich/Burmeister/Fröhlich – Handbuch der arbeitsrechtlichen Aufhebungsverträge - 5. Auflage 2009 – Teil 1 Rz. 81).
- Zur Vermeidung vermeintlicher Sperrrisiken findet sich dann in nahezu jedem Vergleich die Formulierung „aus betrieblicher Veranlassung“, selbst wenn es sich um eine fristlose Kündigung aus verhaltensbedingtem Gründen handelt.
- Abgesehen davon, dass der arbeitsgerichtliche Vergleich die Sozialgerichtsbarkeit nicht bindet, weil die Parteien keine wirksame Verpflichtung zur Erteilung einer Arbeitsbescheinigung bestimmten Inhalts – abweichend von der öffentlich-rechtlichen Verpflichtung zur korrekten Ausfüllung – begründen können und außerdem die Agentur für Arbeit auch nicht an den Inhalt der Arbeitsbescheinigung gebunden ist (Hiekel in Tschöpe - Anwaltshandbuch Arbeitsrecht 6. Auflage Teil 7 A Rz. 30 und 31 mit Nachweisen u.a. auf LAG Nds. NZA-RR 2004, 46 und BSG v. 12.12.1990), bewegt sich der Anwalt in solchen Situationen in „unschönen“ Grenzbereichen.
- Viel einfacher und wohl nahezu sperrsicher ist „die Wahrheit“ im Vergleich. Erhebt der Arbeitnehmer Kündigungsschutzklage, so ist die Situation vor einem Vergleich (im Gütetermin oder aber auch in der Kammerverhandlung) nahezu immer identisch: die Vorgänge sind meist noch ungeklärt, es steht „Aussage gegen Aussage“. Das lässt sich in einem Vergleich auch entsprechend formulieren:

- **15. Muster: Formulierung bei verhaltensbedingter Kündigung**
- Die Parteien sind sich darüber einig, dass das bestehende Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 02.01.2010 zum 31.03.2010 unter Einhaltung der vertraglichen/gesetzlichen Kündigungsfrist endet. Die fristlose Kündigung vom 02.01.2010 nimmt die Beklagte zurück, die Klägerin ist mit der Rücknahme einverstanden. Soweit im Zusammenhang mit der fristlosen und/oder hilfsweise ausgesprochenen ordentlichen Kündigung verhaltensbedingte Vorwürfe gegen die Klägerin erhoben wurden, werden diese ausdrücklich nicht mehr aufrecht erhalten. Gleichwohl sind die Parteien zu dem Ergebnis gelangt, dass eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses wegen der erhobenen Vorwürfe und dieses Kündigungsschutzprozesses für beide nicht mehr möglich und zumutbar, das Arbeitsverhältnis vielmehr unheilbar zerrüttet ist. Dessen Beendigung beruht ausdrücklich nicht auf einem Verschulden der Klägerin und wurde auch nicht von ihr veranlasst“.
- Begleitet werden könnte eine solche Vereinbarung oder aber auch jede andere durch folgende zusätzliche Abrede:

- **16. Muster: Vereinbarung über Sperrschaden**
- **Vereinbarung zum Aufhebungsvertrag zwischen Arbeitgeberin und Arbeitnehmerin** Sollte seitens der Bundesanstalt für Arbeit wider erwarten eine Sperrfrist beim Arbeitslosengeld verhängt werden, wird die Arbeitgeberin Ersatz leisten in Höhe des entfallenden Arbeitslosengeldes einschließlich der nicht gezahlten Beiträge zur Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung. Die vorgenannte Erstattungszusage bezieht sich nicht nur auf die zwölfwöchige Sperrzeit i.S.v. § 144 SGB III, sondern auch auf die auf dieser Sperrzeit beruhenden Kürzung der Anspruchsdauer gem. § 128 SGB III. Die Erstattung wird für den Fall, dass eine Sperrzeit verhängt wird, im Jahre 2010 in Form einer Einmalzahlung an die Arbeitnehmerin geleistet, um steuerliche Nachteile in Bezug auf die Abfindung zu vermeiden. Die Zahlung ist mit Zustellung des die Sperrzeit verhängenden Bescheides fällig. Die steuerliche Behandlung dieser Erstattungszahlung obliegt alleine der Arbeitgeberin. Die Erstattung ist an die Bedingung geknüpft, dass die Arbeitnehmerin gegen den Bescheid, der die Sperrzeit anordnet, Widerspruch einlegt. Weitere Rechtsmittel sind nicht erforderlich. Die Arbeitgeberin wird die Arbeitnehmerin bei der Einlegung des Widerspruchs unterstützen und – soweit erforderlich – auch die Kosten eines Rechtsanwalts übernehmen. Soweit der Sperrschaden jedoch eingetreten ist, weil von der Möglichkeit der vorfristigen Beendigung Gebrauch gemacht wurde, findet keine Erstattung des Schadens statt.

# **Weiterbeschäftigungsantrag und Prozessbeschäftigung**



- Mit dem Kündigungsschutzantrag kann der Antrag auf Weiterbeschäftigung während des Kündigungsschutzprozesses gestellt werden, und zwar entweder als sog. „allgemeiner Weiterbeschäftigungsanspruch“ i.S. der Rspr. des BAG oder auf der Grundlage von § 102 V BetrVG, wenn der Betriebsrat der Kündigung mit einschlägigen Gründen widersprochen hat.

- **A. Weiterbeschäftigungsantrag**
- Ist einem Arbeitnehmer ordentlich gekündigt worden und möchte er bis zum Abschluss des Kündigungsschutzprozesses im Betrieb weiter beschäftigt werden, so kommen dafür zwei Wege in Betracht: zum einen die Weiterbeschäftigung aufgrund der gesetzlichen Regelung in § 102 V BetrVG , zum anderen aufgrund des vom Großen Senat des BAG im Wege der Rechtsfortbildung entwickelten materiell–rechtlichen Weiterbeschäftigungsanspruchs.

- **I. Weiterbeschäftigung nach § 102 V BetrVG**
- Hat der Betriebsrat einer ordentlichen Kündigung aus den Gründen des § 102 III BetrVG frist- und ordnungsgemäß widersprochen und hat der Arbeitnehmer zugleich Kündigungsschutzklage erhoben, so muss der Arbeitgeber ihn auf sein Verlangen nach Ablauf der Kündigungsfrist bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzprozesses bei unveränderten Bedingungen weiter beschäftigen. Eine entsprechende Regelung enthält § 79 II BPersVG für den öffentlichen Dienst.
- § 102 V BetrVG ist nicht auf betriebsbedingte Kündigungen beschränkt. Die Voraussetzungen der Ziff. 3 - 5 (anderer Arbeitsplatz) können auch bei personen- und sogar bei verhaltensbedingten Gründen in Betracht kommen (Richardi/Thüsing § 102 Rn. 147).

- **1. Vergütungsfolgen**
- Der Arbeitnehmer kann sich aussuchen, ob er Weiterbeschäftigung verlangt oder nicht.

- **a. Kein Weiterbeschäftigungsverlangen**
- Verlangt der Arbeitnehmer trotz Vorliegens der Voraussetzungen des § 102 V BetrVG keine vorläufige Weiterbeschäftigung, kann er für die Prozessdauer gleichwohl Entgeltfortzahlung nach § 615 BGB verlangen, wenn er im Kündigungsschutzprozess obsiegt. Mit der Erhebung der Kündigungsschutzklage setzt der Arbeitnehmer den Arbeitgeber in Annahmeverzug gem. § 615 BGB, der auch dann bestehen bleibt, wenn er keine Weiterbeschäftigung nach § 102 V BetrVG verlangt. § 102 V BetrVG soll nämlich seine Chancen verbessern, aber nicht verschlechtern (Fitting § 102 Rn. 112; BAG 26. 8. 1971 AP BGB § 615 Nr. 26; KR/Etzel § 102 BetrVG Rn. 193).

- **b. Weiterbeschäftigungsverlangen**
- Verlangt der Arbeitnehmer aber die Weiterbeschäftigung und lehnt der Arbeitgeber ab, dann steht dem Arbeitnehmer (unter den Voraussetzungen des § 102 V BetrVG) der Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach §§ 611, 615 BGB unabhängig vom Ausgang des Kündigungsrechtsstreits für die Prozessdauer, also auch dann zu, wenn er unterliegt. Denn wenn alle Voraussetzungen des § 102 V BetrVG vorliegen, endet das Arbeitsverhältnis erst mit dem rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsrechtsstreits, so dass sich der Arbeitgeber bis dahin im Annahmeverzug befindet (Richardi/Thüsing § 102 Rn. 259 und 204).
- Das ist ein ganz gravierender Unterschied zum allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch, der durchgesetzt werden muss, um im Falle des Unterliegens Lohn zu beanspruchen.

- **c. Möglichkeiten des Arbeitgebers**
- Der Arbeitgeber kann aber eventuell den Annahmeverzug dadurch beenden, dass er dem Arbeitnehmer die Weiterbeschäftigung bis zur Rechtskraft des Kündigungsschutzprozesses anbietet (so Opolony, DB 1998, 1714 ; Schäfer DB 1982, 902 ; aA Denck NJW 1983, 255 ; Ricken NZA 2005, 323, 325). Nimmt der Arbeitnehmer dann nicht an, erhält er auch keinen Lohn.
- Hat der Arbeitnehmer seinen Weiterbeschäftigungsanspruch durchgesetzt, der Arbeitgeber sich aber mittels einer einstweiligen Verfügung von der Weiterbeschäftigung entbinden lassen, hat der Arbeitnehmer wieder nur dann einen Anspruch aus §§ 611, 615 BGB, wenn er im Kündigungsrechtsstreit obsiegt (KR/Etzel § 102 BetrVG Rn. 233).

- **2. Voraussetzungen des § 102 V BetrVG**
- Die Voraussetzungen für den Anspruch auf vorläufige Weiterbeschäftigung nach § 102 V BetrVG liegen vor, wenn
- der BR einer ordentlichen Kündigung
- frist- **(1 Woche)** und ordnungsgemäß widersprochen hat,
- der Arbeitnehmer Kündigungsschutzklage nach § 4 KSchG erhoben und
- vom Arbeitgeber seine Weiterbeschäftigung verlangt hat.



- **a. Ordentliche Kündigung**
- Der Weiterbeschäftigungsanspruch setzt zunächst eine **ordentliche Kündigung** voraus.
- Eine außerordentliche Kündigung führt nicht zu einem Weiterbeschäftigungsanspruch, und zwar auch nicht die verbundene Kündigung (herrschende Meinung, Richardi/Thüsing § 102 Rn. 209).
- Bei der Änderungskündigung nach § 2 KSchG kommt es darauf an. Lehnt der Arbeitnehmer das Änderungsangebot ab, ohne sein Vorbehaltsrecht nach § 2 KSchG geltend zu machen, entsteht die gleiche Rechtslage wie bei der ordentlichen Kündigung. Bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen besteht ein Weiterbeschäftigungsanspruch aus § 102 V BetrVG.
- Nimmt der Arbeitnehmer das Änderungsangebot nur unter dem Vorbehalt der sozialen Rechtfertigung der Änderung an, so besteht nach hM in diesem Fall kein Anspruch auf vorläufige Weiterbeschäftigung zu unveränderten Arbeitsbedingungen (LAG HE 15.06.1977 NJW 1978, 445 f.; v. Hoyningen–Huene/Linck § 2 Rn. 112; GK–BetrVG/Raab § 102 Rn. 184; Richardi DB 1974, 133 ; Schwerdtner FS 25 Jahre BAG 1979 S. 555, 577; Stege DB 1975, 1512 ; aA ArbG K 22.05.1981 AuR 1982, 260 ; Bösche Rn. 201; DKK/Kittner/Bachner § 102 Rn. 251; Klebe/Schumann S. 79).

- **b. Fristgemäßer Widerspruch**
- § 102 V BetrVG setzt weiter voraus, dass der Betriebsrat der ordentlichen Kündigung frist- und ordnungsgemäß widersprochen hat. Nach § 102 III iVm. II S. 1 BetrVG muss der Widerspruch **binnen einer Woche** beim Arbeitgeber erhoben werden.
- Der Fristenlauf beginnt mit dem Zugang der Erklärung des Arbeitgebers über seine Kündigungsabsicht bei einem empfangsberechtigten Betriebsratsmitglied.

- **c. Beschluss nach § 33 BetrVG**
- Formell Ordnungsgemäß ist der Widerspruch, der nach Beschlussfassung (§ 33 BetrVG) schriftlich und begründet erhoben wird.

- **d. Inhaltliche Anforderungen**
- Des Weiteren werden bestimmte Anforderungen an seine inhaltliche Begründung gestellt. Eine formelhafte Wiederholung des Gesetzestextes genügt nicht, sondern der vorgetragene Sachverhalt muss einen der Gründe des Abs. 3 als möglich erscheinen lassen. Unerheblich ist, ob die angegebenen Gründe den Widerspruch auch tatsächlich tragen.
- Die hM hält die enumerative Aufzählung für abschließend (Richardi/Thüsing § 102 Rn. 138).

- **e. Kündigungsschutzklage des Arbeitnehmers**
- Der Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 V BetrVG setzt weiter voraus, dass der ArbN **nach dem KSchG Klage** auf Feststellung erhoben hat, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist.
- Ob aufgrund dieser Formulierung aber nur Arbeitnehmer in Betracht kommen, die dem sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des KSchG (§§ 1, 23) unterfallen, ist umstritten (dafür: Fitting § 102 Rn. 107; KBK Kap. 7 Rn. 122; Richardi/Thüsing § 102 Rn. 216; SPV/Vossen Rn. 2091; aA Bösche Rn. 212; Fuchs AuR 1973, 174 ; KR/Etzel § 102 BetrVG Rn. 205 a).
- Probleme bereitet die verspätet erhobene Kündigungsschutzklage. Nach § 5 KSchG kann der Arbeitnehmer beantragen, die verspätete Klage nachträglich zuzulassen. Geschieht das, kann der Arbeitnehmer ab Rechtskraft des Beschlusses seine Weiterbeschäftigung verlangen (KR/Etzel § 102 BetrVG Rn. 207; GK-BetrVG/Raab § 102 Rn. 174).
- Nimmt der Arbeitnehmer seine Kündigungsschutzklage zurück oder stellt er im Prozess nach § 9 KSchG den Antrag, das Arbeitsverhältnis aufzulösen, so entfällt ab diesem Zeitpunkt sein Weiterbeschäftigungsanspruch.

- **f. Verlangen des Arbeitnehmers**
- Letzte Tatbestandsvoraussetzung des § 102 V BetrVG ist das Verlangen des Arbeitnehmers, weiterbeschäftigt zu werden. Der Arbeitnehmer muss gegenüber dem Arbeitgeber sein Verlangen auf Weiterbeschäftigung selbst erklären. Das Verlangen des Arbeitnehmer ist an keine bestimmte Form gebunden. Es kann sowohl mündlich als auch schriftlich – was wegen etwaiger Beweisschwierigkeiten ratsam ist – erklärt werden.
- Umstritten ist, innerhalb welcher Frist der Arbeitnehmer seine Weiterbeschäftigung verlangen muss. Hierzu fehlt eine gesetzliche Vorgabe. Die Meinungspalette reicht daher von der Ansicht, es bestehe keine Fristbindung, über diverse Fristvorschläge, bis hin zu der Ansicht, der Arbeitnehmer müsse das Verlangen unverzüglich geltend machen. Eine ältere Entscheidung des 3. Senats BAG 31. 8. 1978 AP BetrVG 1972 § 102 Weiterbeschäftigung verzichtet darauf, das Verlangen an eine bestimmte Frist zu binden. Das Verlangen brauche nur während des Kündigungsrechtsstreits erklärt zu werden.
- Der 2. Senat des BAG hingegen hat erkannt, dass das Verlangen auch dann noch rechtzeitig erfolgt ist, wenn es am ersten Arbeitstag nach Ablauf der Kündigungsfrist geltend gemacht wird (BAG 11. 5. 2000 AP BetrVG 1972 § 102 Weiterbeschäftigung Nr. 13; KR/Etzel § 102 BetrVG Rn. 209).
- Bei kürzerer Kündigungs- als Klagefrist muss der Arbeitnehmer seine Weiterbeschäftigung spätestens mit der Klageerhebung verlangt haben, also drei Wochen nach Zugang der Kündigung. Eine innerhalb dieses Zeitraums verlangte Weiterbeschäftigung ist nach allen Ansichten fristgerecht.

- **3. Rechtsfolgen der Weiterbeschäftigung**
- Nach herrschender Ansicht (BAG 26. 5. 1977 AP BGB § 611 Beschäftigungspflicht Nr. 5; 12. 9. 1985 AP BetrVG 1972 § 102 Weiterbeschäftigung Nr. 7; APS/Koch § 102 BetrVG Rn. 208; Schrader/Straube RdA 2006, 98, 102) handelt es sich bei der vorläufigen Weiterbeschäftigung nach § 102 V BetrVG um die Fortsetzung des alten, durch Arbeitsvertrag begründeten Arbeitsverhältnisses, auflösend bedingt durch die rechtskräftige Abweisung der Kündigungsschutzklage.
- Dem Arbeitnehmer stehen diejenigen Rechte zu, die ihm in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis zugestanden haben.

- **4. Rechtsanspruch auf Widerspruch**
- Widerspricht ein bestehender Betriebsrat der Kündigung nicht, hat der Arbeitnehmer ebenfalls keinen Weiterbeschäftigungsanspruch (KR/Etzel § 102 BetrVG Rn. 202).
- Die Rücknahme des Widerspruchs hat keinen Einfluss auf den Bestand des Weiterbeschäftigungsverhältnisses (Richardi/Thüsing § 102 Rn. 214; enger KR/Etzel § 102 BetrVG Rn. 139 ff., 204).



# Der allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch

- Der allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch kann neben dem des § 102 BetrVG oder aber alleine bestehen.
- Er betrifft – anders als der des § 102 BetrVG – regelmäßig den Zeitraum zwischen dem Urteil 1. Instanz und der rechtskräftigen Entscheidung, ist also „weniger Wert“.
- Grundlage hierfür ist die Entscheidung des Großen Senats des BAG vom 27. 2. 1985 157 BAG GS 1/84 27. 2. 1985 AP BGB § 611 Beschäftigungspflicht Nr. 14.
- Nach der Rspr. des Großen Senats müssen im Hinblick auf den Weiterbeschäftigungsanspruch folgende Etappen unterschieden werden:

## **Bis zum Urteil 1. Instanz**

Nach Ablauf der Kündigungsfrist bis zu einem Urteil erster Instanz überwiegt in aller Regel das Interesse des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer nicht zu beschäftigen; der Arbeitnehmer muss daher nach Ablauf der Kündigungsfrist den Betrieb verlassen. Eine Ausnahme gilt nur bei offensichtlich unbegründeten Kündigungen.

# Ausnahme

Eine Ausnahme gilt nur bei offensichtlich unbegründeten Kündigungen. Diese Ausnahme kann vorliegen bei einer sog. Trotz Kündigung, mit der der Arbeitgeber versucht, nach verlorenem Kündigungsschutzprozess das Arbeitsverhältnis unter Zugrundelegung derselben Kündigungsgründe erneut zu beenden (BAG, Urteil vom 26.08.1993 - 2 AZR 159/93 : ist in einem Kündigungsrechtsstreit entschieden worden, dass das Arbeitsverhältnis durch eine bestimmte Kündigung nicht aufgelöst worden ist, so kann der Arbeitgeber eine erneute Kündigung nicht auf Kündigungsgründe stützen, die er schon zur Begründung der ersten Kündigung vorgebracht hat, und die in dem ersten Kündigungsschutzprozess materiell geprüft worden sind mit dem Ergebnis, dass sie die Kündigung nicht rechtfertigen können. Gleichwohl muss der Arbeitnehmer gegen eine solche Wiederholungskündigung rechtzeitig Klage nach §§ 4, § 7 KSchG erheben, dieser Klage ist jedoch aufgrund der Prüfung im Vorverfahren ohne weiteres, insb. ohne nochmalige Beweisaufnahme und Prüfung stattzugeben (DStR 1994, 439). Gleiches gilt bei einem besonderen Beschäftigungsbedürfnis des Arbeitnehmers zum Erhalt besonderer Fähigkeiten (BAG, Urteil vom 08.04.1988 - 2 AZR 777/87 (LAG Hamm Urteil 22.07.1987 3 Sa 1/87) NZA 1988, 741 und Münchener Prozessformularbuch Band 6 Arbeitsrecht B. II. 9)

# Urteil 1. Instanz

- **2.**
- Wird die Kündigungsschutzklage vom Arbeitsgericht zugesprochen, so überwiegen regelmäßig die Interessen des Arbeitnehmers an der Weiterbeschäftigung; er ist bis zum Urteil des Landesarbeitsgerichts wieder im Betrieb zu beschäftigen, sofern keine besonderen Umstände vorliegen, die ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers begründen (Zust. KR/Etzel § 102 BetrVG Rn. 275).
- Wird die Kündigungsschutzklage vom Arbeitsgericht abgewiesen, so überwiegt das Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung; der Arbeitnehmer ist weiterhin nicht im Betrieb zu beschäftigen.

# Urteil 2. Instanz

Spricht das Landesarbeitsgericht auf die Berufung des Arbeitnehmers die Kündigungsschutzklage zu, so ist der Arbeitnehmer, der seit dem Ablauf der Kündigungsfrist nicht mehr im Betrieb war, nunmehr im Betrieb wieder zu beschäftigen.

Weist das LAG in Übereinstimmung mit dem Arbeitsgericht die Kündigungsschutzklage ab, so bleibt der Arbeitnehmer von der Weiterbeschäftigung im Betrieb ausgeschlossen.

Weist es die Klage in Abweichung vom Arbeitsgericht ab, so hat der ArbN, der nach Ablauf der Kündigungsfrist zunächst nicht weiterbeschäftigt wurde und nach der Entscheidung des Arbeitsgerichts zunächst wieder im Betrieb beschäftigt werden musste, den Betrieb wieder zu verlassen (KR/Etzel § 102 BetrVG Rn. 276).

- **4. Verhalten im Kündigungsschutzprozess**
- Der Weiterbeschäftigungsanspruch wird nur selten geltend gemacht, teilweise nur deswegen, weil die Rechtsschutzversicherer die Kostenübernahme für die Güteverhandlung ablehnen und er dann vergessen wird.  
Spätestens im Kammertermin muss der Antrag gestellt werden, zumal er – wieder im Gegensatz zum Anspruch aus § 102 Abs. 5 BetrVG - eine weitere fatale Konsequenz haben kann.

- **5. Vergütungsfolgen**
- Der Arbeitnehmer ist zur Geltendmachung des Weiterbeschäftigungsanspruchs berechtigt, aber nicht verpflichtet.
- Die Konsequenzen muss er aber bedenken, denn nach Abschluss des Kündigungsschutzprozesses ist er in folgender Situation:

- **a. Unwirksame Kündigung**
- Hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer während des Prozesses beschäftigt, schuldet er das vertragliche Entgelt gem. § 611 BGB. Falls vorher nur ein niedrigeres Entgelt nach Bereicherungsrecht gezahlt wurde, ist der Unterschiedsbetrag nachzuzahlen.
- Ist der Arbeitnehmer nicht weiterbeschäftigt worden, ist der Arbeitgeber gem. §§ 293 ff., 611, 615 BGB zur Entgeltzahlung verpflichtet, weil die Kündigung unwirksam ist und er sich in Annahmeverzug während des gesamten Prozesses befunden hat.



- **b. Wirksame Kündigung**
- Hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer wiederum weiterbeschäftigt, so hat er den Wert der Tätigkeit im Ergebnis gem. § 818 II BGB zu vergüten.
- Bei Klageabweisung II. Instanz entfällt zwar der Rechtsgrund für die Vergütung (der Weiterbeschäftigungsanspruch im Urteil), da der Arbeitgeber aber die erhaltenen Arbeitsleistungen nicht wieder herausgeben kann, schuldet er Wertersatz nach § 818 II BGB (KR Etzel § 102 BetrVG Rn. 297).
- **Wurde der Arbeitnehmer aber nicht beschäftigt, so hat er auch jetzt keinen Vergütungsanspruch! Konsequenz beim Allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch: Entweder eine Vereinbarung mit dem Arbeitgeber treffen oder die Beschäftigung vollstrecken!**

### • **III. Weiterbeschäftigungsantrag**

- Problematisch ist häufig die Fassung des Klageantrages.
- In der Praxis wird zumeist beantragt, den Arbeitgeber zu verurteilen, den Arbeitnehmer „weiterzubeschäftigen“ oder ihn „zu den bisherigen Bedingungen“ weiterzubeschäftigen.
- Hiergegen bestehen unter dem Gesichtspunkt der Vollstreckbarkeit eines entsprechenden Urteilstenors Bedenken (§ 253 II 2 ZPO).
- Es ist vielmehr erforderlich, die wesentlichen Bedingungen, zu denen die Weiterbeschäftigung erfolgen soll, in den Antrag mit aufzunehmen.
- Dies betrifft insbesondere die Art der Tätigkeit, deren zeitlichen Umfang und, soweit dies arbeitsvertraglich konkretisiert ist, den Arbeitsplatz oder -bereich (LAG BW 19. 7. 2006 NZA–RR 2007).
- Ferner ist klarstellend zu beantragen, den Arbeitnehmer „bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Kündigungsschutzprozesses weiterzubeschäftigen“, denn das Weiterbeschäftigungsbegehren des Arbeitnehmers kann nur diesen Zeitraum umfassen (LAG K 24. 6. 1987 NZA 1988, 39).

- **IV. Prozessbeschäftigung**

- Erfolgt die Beschäftigung auf Grundlage eines entsprechenden Antrags, um Zwangsvollstreckungsmaßnahmen abzuwenden, handelt es sich um eine **Prozessbeschäftigung**, die ohne weitere Probleme möglich ist (LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 01.09.2009 - 5 Sa 112/09 BeckRS 2009 72610, Ricken NZA 2005, 328 und Tschöpe DB 2004, Seite 435).
- Dem Arbeitgeber fehlt nämlich der Rechtsbindungswille jedenfalls dann, wenn er lediglich die Zwangsvollstreckung aus einem Titel auf Weiterbeschäftigung abwehren will, er beugt sich hier nur dem Vollstreckungsdruck: letztlich erfolgt die Aufnahme der Tätigkeit gegen seinen Willen (BAG-Urteil vom 10. 3. 1987 – 8 AZR 146/84, DB 1987 S. 1045). Das sollte der Arbeitgeber dann auch entsprechend formulieren:

- **17. Muster: Prozessbeschäftigung**
- Sehr geehrter Arbeitnehmer, das Arbeitsgericht Frankfurt am Main hat Ihrer Kündigungsschutzklage Az..... am 12. März 2010 stattgegeben und uns auf Ihren Antrag hin zur Weiterbeschäftigung während des Kündigungsschutzprozesses verurteilt. Allein zur Abwehr von Vollstreckungsmaßnahmen werden Sie gegen unseren Willen im Rahmen des vom Arbeitsgericht zugesprochenen Weiterbeschäftigungsanspruchs bis zur Beendigung des Kündigungsrechtsstreits beschäftigt. Mit freundlichen Grüßen

- **V. Prozessarbeitsverhältnis**

- Davon grundlegend zu unterscheiden ist das Prozessarbeitsverhältnis.
- Arbeitgeber sind wegen des Annahmeverzugslohnrisikos mitunter bereit oder halten es für taktisch klug, den Arbeitnehmer während des Kündigungsschutzprozesses freiwillig weiterzubeschäftigen. Denn § 11 Nr. 2 KSchG (ebenso § 615 S. 2 BGB) kann zum Verlust von Annahmeverzugsansprüchen führen, wenn ein Arbeitnehmer ein solches Weiterbeschäftigungsangebot nicht annimmt (BAG 22.02.2000 AP KSchG 1969 § 11 Nr. 2; 07.11.2002 AP BGB § 615 Nr. 98; böswilliges Unterlassen).
- Nach ständiger Rechtsprechung des BAG (15.01.1986 AP LohnFG § 1 Nr. 66; 04.09.1986 AP BGB § 611 Beschäftigungspflicht Nr. 22; 22.10.2003 AP TzBfG § 14 Nr. 6; 19.01.2005 – 7 AZR 113/04) liegt in der freiwilligen Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nach Ausspruch der Kündigung und nach Ablauf der Kündigungsfrist regelmäßig die Vereinbarung, dass der gekündigte Arbeitsvertrag auflösend bedingt durch die rechtskräftige Abweisung der Kündigungsschutzklage bzw. zweckbefristet bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens fortgesetzt werden soll.

- **1. Schriftform § 14 TzBfG**
- Nach der Rechtsprechung des BAG (22.10.2003 AP TzBfG § 14 Nr. 6; 19.01.2005 – 7 AZR 113/04) muss die Weiterbeschäftigung „bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Rechtsstreits“ oder „bis zur rechtskräftigen Abweisung der Kündigungsschutzklage“ in der **gesetzlichen Schriftform des § 14 IV TzBfG** vereinbart werden, sonst ist sie unwirksam, d.h. das Arbeitsverhältnis besteht fort – trotz der Abweisung der Kündigungsschutzklage – was der Arbeitnehmer allerdings innerhalb der dreiwöchigen Klagefrist des § 17 TzBfG gerichtlich geltend machen muss.

- **2. Sachgrund**
- Bistlang vom BAG aber noch nicht entschieden ist allerdings, ob hier ein besonderer Sachgrund (§ 14 I TzBfG) erforderlich ist und worin dieser besteht.
- Es käme wohl allein der gerichtliche Vergleich (§ 14 I Nr. 8 TzBfG) in Frage (ErfK/Müller-Glöge § 14 Rn. 99). Dafür böte es sich an, die Weiterbeschäftigung schon im Gütetermin als Teilvergleich zu protokollieren, was zugleich das Schriftformerfordernis erfüllt (vgl. ErfK/Müller-Glöge § 14 Rn. 99; s. auch § 14 Rn. 463).

- **3. Schriftliche Mitteilung**

- Selbst wenn eine schriftliche Vereinbarung mit Sachgrund vorliegt, bleibt diese Weiterbeschäftigungsvereinbarung aber riskant.
- Auflösende Bedingung nämlich ist die Rechtskraft der Abweisung der Kündigungsschutzklage, auflösendes Ereignis einer Zweckbefristung die rechtskräftige Entscheidung des Rechtsstreits. Der Zeitpunkt ihres Eintrittes muss nach der Rechtsprechung des BAG (19.01.2005 – 7 AZR 113/04) gemäß § 15 II TzBfG vom Arbeitgeber dem Arbeitnehmer schriftlich mitgeteilt werden. Frühestens zwei Wochen nach Zugang dieser schriftlichen Unterrichtung endet das Vertragsverhältnis. Aus § 15 V TzBfG würde auch hier folgen:
- Erfolgt die Mitteilung nicht unverzüglich, wird ein unbefristetes Arbeitsverhältnis fingiert. Daraus ergeben sich für den Arbeitgeber angesichts der praktischen Schwierigkeiten, die Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung zeitnah festzustellen, noch gravierendere Risiken als aus dem Schriftformzwang.



**Gerichtliche Durchsetzbarkeit von  
Weiterbeschäftigungsanspruch und Beschäftigungsanspruch**

- Von einem Beschäftigungsanspruch spricht man dann, wenn das Arbeitsverhältnis fortbesteht, also auch im gekündigten Arbeitsverhältnis.
- Ein Weiterbeschäftigungsanspruch kommt für die Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist in Betracht (Korinth I 62).

- **A. Beschäftigungsanspruch**
- Kritisch sind Fälle beim Betriebsübergang und im gekündigten Arbeitsverhältnis bis zum **Ablauf der Kündigungsfrist**.
- Während des bestehenden Arbeitsverhältnisses hat der Arbeitnehmer nicht nur die Pflicht zur Erbringung der Arbeitsleistung, sondern - abgeleitet aus seinem Persönlichkeitsrecht - auch einen Anspruch auf vertragsgemäße Beschäftigung (BAG 27. 2. 1985, NZA 1986, Seite 209).
- Stellt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer keinen vertragsgemäßen Arbeitsplatz zur Verfügung, gerät er in Annahmeverzug und verletzt das Recht auf Beschäftigung.
- Diese Fallkonstellation ergibt sich in der Praxis häufig dann, wenn der Arbeitgeber bereits eine Kündigung ausgesprochen hat und den Arbeitnehmer während des Laufs der Kündigungsfrist nicht mehr beschäftigen will. Da durch tatsächlichen Zeitablauf das Beschäftigungsrecht Tag für Tag der Pflichtverletzung unwiederbringlich untergeht, kann der Arbeitnehmer den Antrag auf einstweilige Verfügung in Erwägung ziehen.

- **I. Verfügungsanspruch**

- Der Verfügungsanspruch ist bei Freistellungen problematisch.
- Teilweise ist im Arbeitsvertrag die Möglichkeit vorgesehen, den Arbeitnehmer nach Ausspruch einer Kündigung für den Lauf der Kündigungsfrist freustellen zu dürfen (zu den arbeitsvertraglichen Regelungen zur Freistellungsbefugnis des Arbeitgebers im gekündigten Arbeitsverhältnis siehe: Preis Der Arbeitsvertrag 3. Auflage II F 10 Rz. 19 ff.).
- Eine solche einseitige Freistellung wird allerdings auch bei arbeitsvertraglicher Regelung nur aus sachlichem Grund zulässig sein (Preis Rn. 21). Das Gericht wird insofern eine Interessenabwägung vornehmen müssen. Sachliche Gründe können im Verhalten des Arbeitnehmers liegen.
- Der Arbeitgeber muss im Streitfall darlegen und beweisen, dass eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers auf Grund besonderer Umstände unzumutbar wäre.

- **II. Verfügungsgrund**

- Ein besonderes Beschäftigungsinteresse kann vorliegen, wenn die Beschäftigung notwendig ist, um Qualifikationen nicht zu verlieren, um die Chancen auf dem Arbeitsmarkt zu erhalten oder zu verbessern LAG Thüringen 10. 4. 2001 LAGE GG Art. 2 Persönlichkeitsrecht Nr. 2; LAG Düsseldorf 1. 6. 2005 MDR 2005, 1419, 1420 ; GK-ArbGG/Vossen § 62 Rn. 69).
- Dass die Beschäftigung wegen Zeitablaufs nicht nachträglich erfolgen kann, reicht allein als Verfügungsgrund nicht aus, da dies ein dem Anspruch immanentes Merkmal ist (vgl. aber LAG München 18. 9. 2002 LAGE BGB § 611 Beschäftigungspflicht Nr. 45).
- Mit der überwiegenden Rechtsprechung (LAG Hessen 23. 3. 1987, NZA 1988, Seite 37; LAG Hamm 18. 2. 1998, LAGE § 611 Beschäftigungspflicht Nr. 41; LAG Köln 31. 7. 1985, BB 1985, Seite 2178) ist als Verfügungsgrund also wohl ein schwerer Nachteil erforderlich. Der Arbeitnehmer muss ein besonderes, objektiv bestehendes Beschäftigungsinteresse vortragen, welches über den reinen Erhalt des Arbeitsplatzes und den Schutz seines Persönlichkeitsrechts hinausgeht und den Erlass einer Eilverfügung erforderlich macht. Insofern können wohl nur ideelle Belange, etwa der Verlust von besonderen Fähigkeiten oder Reputation und Ansehen bei exponierter Position, geltend gemacht werden.
- So hat das LAG Köln 20. 3. 2001, MDR 2001 Seite 1176 für den Bereich der schnelllebigen Versicherungsbranche einen Verfügungsgrund bejaht, da durch die Nichtbeschäftigung für die berufliche Weiterentwicklung notwendige Kenntnisse vorenthalten würden (instruktiv zur Problematik ist Korinth, Einseitiger Rechtsschutz im Arbeitsgerichtsverfahren, 2. Auflage 2007, I Teil VI Rn. 61 ff., mit einer Übersicht Rn. 105 und Mustern ab Rn. 30).

- **III. Verfügungsantrag**
- Der Verfügungsantrag lautet in einem solchen Fall als Leistungsantrag auf tatsächliche Beschäftigung zu unveränderten Arbeitsbedingungen, wobei im Tenor die genauen Einzelheiten der Beschäftigung angegeben werden müssen.

- **19. Muster: Verfügungsantrag**
- Der Verfügungsbeklagten wird aufgegeben, den Verfügungskläger zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als ... in ... zu beschäftigen.

- **B. Weiterbeschäftigungsanspruch**
- Der Weiterbeschäftigungsanspruch entsteht hingegen im Anschluss an den Beschäftigungsanspruch, also nach Ablauf der Kündigungsfrist.



- **I. Antrag des Arbeitnehmers**

- Der Arbeitnehmer muss die von ihm darzulegenden Umstände, das sind die Voraussetzungen des § 102 V 1 BetrVG, glaubhaft machen (Korinth Muster 34 I Rn. 205).
- Er kann dies beispielsweise durch Vorlage von Urkunden, Schriftstücken, Versicherungen an Eides Statt und präsenzte Zeugen (§ 294 ZPO) tun.
- Umstritten ist, ob neben dem Verfügungsanspruch auch ein Verfügungsgrund zur Dringlichkeitsbegründung darzulegen ist.
- Ein Teil der Landesarbeitsgerichte verneint das (LAG München v. 17.08.1994 – 5 Sa 679/94; LAG Hamm v. 24.01.1994 – 19 Sa 2029/03; LAG Köln v. 02.08.1984 – 5 Ta 133/84,; LAG Berlin v. 16.09.2004 – 10 Sa 1763/04), ein anderer verlangt einen Verfügungsgrund (LAG Köln v. 18.01.1984 – 7 Sa 1156/83, LAG BW v. 30.08.1993 – 15 Sa 35/93; LAG Nürnberg v. 26.06.2003 – 6 Sa 181/03).
- Ein Antrag könnte wie folgt formuliert werden:

- **II. Verteidigungsmöglichkeiten des Arbeitgebers**
- Will der Arbeitgeber sich auf einen Befreiungsgrund des § 102 V 2 BetrVG berufen, muss er ein gesondertes **eigenes einstweiliges Verfügungsverfahren beantragen (§ 102 V S. 2 Ziff. 1 – 3 BetrVG)**.
- Nach § 102 V 2 BetrVG kann der Arbeitgeber aufgrund einer (eigenen) einstweiligen Verfügung des Arbeitsgerichts von der Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung entbunden werden, wenn
- die Klage des Arbeitnehmers keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet oder mutwillig erscheint (§ 102 V 2 Nr. 1 BetrVG) oder
- die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zu einer unzumutbaren wirtschaftlichen Belastung des Arbeitgebers führen würde (§ 102 V 2 Nr. 2 BetrVG) oder
- der Widerspruch des BR offensichtlich unbegründet war (§ 102 V 2 Nr. 3 BetrVG)
- Die enumerative Aufzählung der Entbindungsgründe in § 102 V 2 BetrVG ist abschließend, eine Berufung auf weitere Gründe ist nicht möglich.

- **III. Vollstreckung**

- Soweit § 62 ArbGG keine Sonderregelung enthält, werden die Vorschriften des Achten Buchs der ZPO für anwendbar erklärt
- 
- Der (Weiter-)Beschäftigungsanspruch zielt auf eine unvertretbare Handlung (§ 888 ZPO), nämlich auf die Zurverfügungstellung des vertragsgemäßen Arbeitsplatzes und die Zuteilung der Arbeit.
- Das Zwangsgeld ist nicht für jeden Tag der Nichtbeschäftigung, sondern einheitlich festzusetzen (Schwab/Weth/Walker § 62 Rdnr. 70 mit Nachweisen in Fn 3).
- Voraussetzung für die Vollstreckung ist, dass der (Weiter-) Beschäftigungsanspruch hinreichend bestimmt ist.
- Art, Zeit und Ort der Leistungsverpflichtung sollten sich aus dem Antrag entnehmen lassen. Im Vollstreckungsverfahren ist der Titel aber auszulegen; dazu können auch Tatbestand und Entscheidungsgründe herangezogen werden. Insoweit genügt es, wenn sich die „unveränderten Arbeitsbedingungen“ aus dem Tatbestand und/oder den Entscheidungsgründen ergeben (LAG Frankfurt v. 27. 11. 1992 – LAGE § 888 ZPO Nr. 30).
- 
- Bei der Anwendung der Bestimmungen ist zu beachten, dass die Urteile des Arbeitsgerichts keiner Vollstreckbarkeitserklärung bedürfen, sondern kraft Gesetzes bereits vollstreckbar sind. Die Bestimmungen der §§ 708 bis 713 ZPO sind bei der Vollstreckung aus Urteilen des Arbeitsgerichts nicht anwendbar, da bei diesen eine Sicherheitsleistung nicht in Betracht kommt.
- Zur Vollstreckung ist auch im arbeitsgerichtlichen Verfahren die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung, § 724 ZPO, mit einer Vollstreckungsklausel, § 725 ZPO, notwendig.
- Der Titel muss dem Schuldner zugestellt sein, § 750 Abs. 1 ZPO. Die Zustellung kann vor der Zwangsvollstreckung erfolgen oder gleichzeitig mit dieser.
- Eine Einstellung der Zwangsvollstreckung ist beim Beschäftigungsanspruch nur dann möglich, wenn durch die Beschäftigung selbst ein unersetzbarer Nachteil wirtschaftlicher oder immaterieller Art eintreten würde, für den aller Wahrscheinlichkeit nach ein Ersatz von dem Arbeitnehmer nicht erlangt werden könnte, die bloße Nichtrückabwickelbarkeit reicht nicht aus
- Die Vollstreckung des Anspruchs erfolgt gem. § 888 I ZPO durch Verhängung von Zwangsgeld und Zwangshaft.
- Hierzu nachfolgende Muster von Diller aus Bauer/Lingemann/Diller/Haußmann – Anwaltsformularbuch Arbeitsrecht 3. Auflage 2008 Kap. 52.7 bis 52.8).

**Vergütung**

- Das Urteil, das den Arbeitgeber (ggf. vorläufig) zur Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers verurteilt, verurteilt damit nicht zugleich zur Zahlung des Entgelts. Aber selbstverständlich auch ohne Weiterbeschäftigungsanträge kommt eine Vergütungsklage in Betracht.

- **A. Feststellungsklage**

- Es besteht zum einen die Möglichkeit, gem. § 259 ZPO mit der Kündigungsschutzklage Feststellungsklage auf zukünftiges Entgelt zu erheben.
- Das nach § 259 ZPO vorausgesetzte Feststellungsinteresse ist bei einer Kündigung regelmäßig zu bejahen. Mit einem stattgebenden Kündigungsschutzurteil kann deshalb grundsätzlich eine Verurteilung des Arbeitgebers zur künftigen Entgeltzahlung – und natürlich zur Zahlung der bereits fällig gewordenen Vergütungsteile – erfolgen. Diese Verurteilung wirkt für die Dauer der Rechtsmittelverfahren.
- Allerdings erhöht sich bei dieser Verfahrensweise der Streitwert erheblich.
- **Deswegen sollte hiervon nur nach Rücksprache mit dem Mandanten oder der Rechtsschutzversicherung Gebrauch gemacht werden.**
- Die Rechtsschutzversicherung ist (leider) nicht verpflichtet, eine Feststellungsklage zu finanzieren.

- **B. Separate Vergütungsklage**
- Zum anderen kann jederzeit eine separate Klage auf Vergütung erhoben werden.
- Hier neigen die Arbeitsgerichte allerdings dazu, bis zum rechtskräftigen Abschluss der Kündigungsschutzsache wegen Vorgreiflichkeit gem. § 55 Abs. 1 Ziff. 8 ArbGG aussetzen zu wollen. Das ist aber nur ganz ausnahmsweise zulässig, denn die Existenzsicherung des Arbeitnehmers steht eindeutig im Vordergrund und noch darüber hinaus gehende Interessen des Arbeitgebers sind nur schwer vorstellbar (Schwab/Weth/Berscheid/Korinth, 2. Auflage § 55 Rz.37c).

- **C. Ausschlussfristen**

- Für die Wahrung der einstufigen Ausschlussfrist genügt die Erhebung der Kündigungsschutzklage (BAG v. 14. 12. 2005, NZA 2006, 998; BAG vom 13. 2. 2003, NZA 2003, 1295 (1295)).
- Das BAG hat in einer Entscheidung vom **19. 3. 2008 (NZA 2008, 757)** seine Rechtsprechung zu **zweistufigen Ausschlussfristen** geändert.
- Bislang ist das BAG davon ausgegangen, dass weder die Erhebung einer Kündigungsschutzklage noch eines Weiterbeschäftigungsantrags ausreichend sei, um die vom Ausgang der Bestandsschutzklage abhängigen Annahmeverzugslohnansprüche im Sinne einer solchen Ausschlussfrist „gerichtlich“ bzw. „klageweise“ geltend zu machen (BAG NZA 2006, 845 (NZA Jahr 2006 Seite 856); BAG (16. 1. 2001), NZA 2002 746 BAG (8. 8. 2000) NZA 2000, 1237).
- Erforderlich sei vielmehr ein Leistungsantrag oder – sofern zulässig – ein Feststellungsantrag.
- Diesen Standpunkt hat der 5. Senat des BAG nunmehr für vorformulierte, zweistufige Ausschlussfristen ausdrücklich aufgegeben und vertritt jetzt die entgegengesetzte Auffassung. Nunmehr sei die Erhebung einer Kündigungsschutzklage zur ordnungsgemäßen Geltendmachung der von ihr abhängigen Annahmeverzugsansprüche auch im Rahmen der zweiten Stufe einer Ausschlussfrist ausreichend.
- Es muss aber betont werden, dass sich die Entscheidung des BAG vom 19. 3. 2008 ausschließlich auf vorformulierte arbeitsvertragliche Ausschlussfristen bezieht und auf den Besonderheiten der Inhaltskontrolle anhand der §§ BGB § 305ff. BGB beruht. Wird eine gerichtliche oder klageweise Geltendmachung hingegen durch eine tarifliche Ausschlussfrist vorgeschrieben, so sind die §§BGB § 305ff. BGB gem. § BGB § 310 BGB § 310 Absatz IV 1 BGB nicht anwendbar. Hier verbleibt es somit dabei, dass eine Kündigungsschutzklage keine hinreichende Geltendmachung darstellt, sondern hierfür gesonderte Klaganträge notwendig sind.



- **D. Anrechnung § 615 BGB, § 11 KSchG**
- Der Arbeitnehmer muss sich jedoch anrechnen lassen, was er in der Zeit der Freistellung oder während des Prozesses in Zeiten der Nichtbeschäftigung anderweitig verdient (§ 11 KSchG ist insoweit Sonderregelung zu § 615 BGB; BAG 6.9.90 AP BGB § 615 Nr. 47).
- Die Darlegungs- und Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen des Annahmeverzugs trifft zwar den Arbeitnehmer, der Arbeitgeber ist aber darlegungs- und beweispflichtig für die Anrechnungspflicht (einschließlich der Kausalität des anderweitigen Erwerbs durch das Freiwerden von der bisherigen Arbeitsleistung).
- Dem Arbeitgeber steht deswegen gegenüber dem Arbeitnehmer ein Auskunftsanspruch hinsichtlich der anzurechnenden Beträge zu (instruktiv KR Spilger § 11 KSchG Rn. 55 mit Nachweisen auf BAG 19.7.1978 EzA § 242 BGB Auskunftsspflicht Nr. 1).
- Das mag unbefriedigend sein, dennoch muss sich der Anwalt daran halten und darf den Zwischenverdienst des Mandanten nicht vortragen.
- Gleichwohl enthält das Klagemuster von Köhne im Münchener Prozessformularbuch Arbeitsrecht 3. Auflage unter B. II. 1.6. **Zahlungsklage wegen Annahmeverzug** folgende Ausführungen:
- „Der Beklagte schuldet daher den Lohn für den Zeitraum der Nichtbeschäftigung.....“
- **In der gleichen Zeit hat der Kläger anderweitig verdient/erhalten.....“**
- Das steht nicht in Einklang mit der Beweislastverteilung des BAG.
- Der Arbeitgeber muss vielmehr Auskunftsklage in Form der Widerklage erheben, er hat insoweit einen selbstständig einklagbaren Anspruch (BAG 29.07.1993 2 AZR 110/93 DB 1993, 2437).

- Im selben Formularbuch, aber von einem anderen Autor, findet sich hierzu folgendes Muster:
- **18. Muster: Widerklage Auskunft**
- erheben wir namens und in Vollmacht des Beklagten Widerklage und werden beantragen: Der Kläger wird verurteilt, dem Beklagten Auskunft über die Höhe der Gesamtvergütung zu erteilen, die er in der Zeit vom . . . . . bis . . . . . im Rahmen seiner Beschäftigung als Mitarbeiter der Firma C mit Sitz in D-Stadt erhalten hat, sowie die von ihm für die Zeit vom . . . . . bis . . . . . gestellten Rechnungen und Abrechnungen, die er von der Firma C für die Zeit . . . . . bis . . . . . erhalten hat, vorzulegen. **Begründung:** Der beim Beklagten vollzeitbeschäftigte Kläger verlangt unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs des Beklagten Zahlung von Vergütung für die Zeit vom . . . . . bis . . . . ., da das Arbeitsgericht rechtskräftig festgestellt hat, dass die Kündigung des Beklagten zum . . . . . unwirksam ist. Der Kläger war in der Zeit vom . . . . . bis . . . . . bei der Firma C in D-Stadt als so genannter freier Mitarbeiter beschäftigt. Beweis: . . . . . Gemäß § 615 Satz 2 BGB, § 11 KSchG muss sich der Kläger auf seine geltend gemachte Forderung anrechnen lassen, was er durch anderweitige Tätigkeit bei der Firma C erhalten hat. Entsprechend § 74 c Abs. 2 HGB steht dem Beklagten ein entsprechender Auskunftsanspruch zu, den er im Wege der Widerklage geltend machen kann. Nach § 615 Satz 2 BGB hat sich der Kläger seinen gesamten Zwischenverdienst, den er von der Firma C erhalten hat, anrechnen zu lassen.

## **Beschäftigung nach Prozessende (§ 12 KSchG)**

- Nach gewonnener Kündigungsschutzklage steht der Arbeitnehmer manchmal in zwei Arbeitsverhältnissen, nämlich wenn während des Laufs des Kündigungsschutzprozesses bereits ein anderes Arbeitsverhältnis eingegangen ist.
- Er kann sich nun innerhalb einer Woche nach dem rechtskräftig gewonnenen Kündigungsschutzprozess entscheiden, ob er zum alten Arbeitgeber zurückkehrt oder beim neuen Arbeitgeber bleibt (§ 12 Abs. 1 Satz 1 KSchG). Das neue Arbeitsverhältnis muss aber bereits vor Rechtskraft der Entscheidung eingegangen worden sein.
- **§ 12 KSchG, ergänzt durch § 11 Nr. 2 KSchG**, regelt diesen nicht ungewöhnlichen Fall auf eine für den Arbeitgeber unangenehme Art und Weise.

- **A. Verzug**
- Der Arbeitgeber befindet sich im Falle der Unwirksamkeit der Kündigung im Annahmeverzug.
- Deswegen kann der Arbeitnehmer wegen § 615 Satz 1 BGB nach wie vor seinen Vergütungsanspruch gemäß §§ 611 Abs. 1 , 612 BGB beanspruchen.
- Die Eingehung eines neuen Arbeitsverhältnisses führt nicht zur Unmöglichkeit der Leistungserbringung durch den Arbeitnehmer i.S.d. § 275 BGB und zur Beendigung des Annahmeverzugs des alten Arbeitgebers.
- Diesbezüglich enthält **§ 11 Nr. 2 KSchG eine Sonderregelung** zu § 614 Satz 2 BGB.
- Danach ist der Arbeitnehmer gerade zur Eingehung eines neuen Arbeitsverhältnisses angehalten, um die Anrechnung böswillig unterlassenen anderweitigen Erwerbs auf seinen Vergütungsanspruch zu verhindern.

- **B. Anrechnung**

- Der Arbeitnehmer muss sich aber nach § 11 Nr. 1 KSchG auf seinen Vergütungsanspruch das anrechnen lassen, was er durch Verwendung seiner Dienste anderweitig erworben hat.
- Möchte der Arbeitnehmer nach gewonnenem Prozess in sein altes Arbeitsverhältnis zurück, muss der alte Arbeitgeber so lange auf ihn warten, bis er sein neues Arbeitsverhältnis ordnungsgemäß kündigen kann. Während des Laufs dieser ordentlichen Kündigungsfrist kann der alte Arbeitgeber also nicht etwa mit dem Hinweis darauf kündigen, er benötige den Arbeitnehmer bereits vor Ablauf dieser Kündigungsfrist aus betrieblichen Gründen.
- Nimmt der Arbeitnehmer hingegen im Rahmen seines neuen Arbeitsverhältnisses die ordentliche Kündigungsfrist nicht wahr und äußert er sich auch nicht, so endet nach der Aufforderung des alten Arbeitgebers, die Arbeit wieder aufzunehmen, der Annahmeverzug des alten Arbeitgebers sowie das Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers. Der alte Arbeitgeber kann dann personenbedingt oder verhaltensbedingt kündigen.

- **C. Taktische Entscheidung**

- Der Arbeitnehmer wird sein Verhalten von einem Einkommensvergleich abhängig machen.
- Verdient er bei dem alten Arbeitgeber weniger, wird er die Erklärung nicht abgeben. So behält er nämlich seinen vollen Anspruch auf Verzugslohn (unter Anrechnung des niedrigeren Gehalts bei seinem neuen Arbeitgeber), bis der Annahmeverzugszeitraum dadurch endet, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung auffordert und die erste ordentliche Kündigungsmöglichkeit des Arbeitnehmers bei seinem neuen Arbeitgeber verstreicht.
- Verdient er beim neuen Arbeitgeber mehr, wird er die Erklärung abgeben, damit der Annahmeverzugszeitraum beendet wird, bevor der Zeitraum des erhöhten Verdienstes beginnt.
- Da nämlich auf den gesamten Annahmeverzugszeitraum anderweitiger Verdienst anzurechnen ist, würde sich ansonsten der Arbeitnehmer durch den höheren Verdienst des neuen Arbeitsverhältnisses die vormaligen Annahmeverzugsansprüche aus dem alten Arbeitsverhältnis gegebenenfalls zunichte machen.
- Hier verlangt also eine vernünftige Beratung eine sorgfältige Kalkulation der sich aus § 12 KSchG ergebenden wirtschaftlichen Folgen.

- **D. Wettbewerbsverbot während des Kündigungsprozesses**
- „Unglücklich“ ist die Rechtsprechung des BAG zur Geltung des gesetzlichen Wettbewerbsverbots nach § 60 HGB während des Kündigungsschutzverfahrens.
- Das BAG vertritt die Auffassung (BAG vom 25.04.1991 AP 104 zu § 626 BGB), dass der Anspruch aus § 60 HGB auf Unterlassung von Wettbewerb für die Dauer des Kündigungsschutzverfahrens fortbesteht.
- Wenn der Arbeitnehmer die Unwirksamkeit der Kündigung geltend macht, dann müsse er sich auch so verhalten, als bestehe das Arbeitsverhältnis noch.
- Das LAG Köln vertritt in seiner Entscheidung vom 04.07.1995 (AP 9 zu § 75 HGB, zustimmend Hoß DB 1997, 1818) die Ansicht, dass der Arbeitgeber die Unterlassung von Wettbewerbshandlungen bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens nur dann fordern kann, wenn er dem Arbeitnehmer gleichzeitig eine monatliche Entschädigung mindestens in Höhe der gesetzlichen Mindest-Karenzentschädigung gemäß § 74 Abs. 2 HGB anbietet.
- Stelle sich dann später heraus, dass die Kündigung unwirksam war, könne der Arbeitgeber die Zahlungen mit der dann geschuldeten Vergütung fortzahlung verrechnen.
- Konsequenter Weise wird im Rahmen der Obliegenheiten aus §§ 119 SGB III (Obliegenheit der Verfügbarkeit) vertreten, dass arbeitsrechtliche Bindungen und somit auch Wettbewerbsverbote die Verfügbarkeit auf dem Arbeitsmarkt einschränken (Brand in: Niesel SGB III 4. Aufl., § 119 Rn. 72).



# **Sozialversicherungsrechtliche Auswirkungen**

- **2. Teil:**
- Ein Arbeitsverhältnis begründet in der Regel auch ein sozialversicherungsrechtliches **Beschäftigungsverhältnis**.
- Arbeitnehmer ist, wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist (BAG, NJW 2004, Seite 461).
- Der sozialversicherungsrechtliche Beschäftigungsbegriff ist in **§ 7 Absatz I SGB IV** geregelt. Danach ist Beschäftigung die nichtselbstständige **Arbeit**, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.
- Der leistungsrechtliche Beschäftigungsbegriff (zum beitragsrechtlichen Beschäftigungsbegriff (Thomas/Weidmann, NJW 2006 Seite 257, 258) dient insbesondere der Feststellung, ob **Beschäftigungslosigkeit als Voraussetzung eines Anspruchs auf Arbeitslosengeld** vorliegt. Wann im leistungsrechtlichen Sinne Beschäftigungslosigkeit vorliegt, ergibt sich aus § 118 Absatz I Nr. 1 SGB III. Diese Vorschrift knüpft **nicht an den rechtlichen Bestand** des Arbeitsverhältnisses an, sondern an die **tatsächlichen Verhältnisse**.
- Damit endet mit dem Beginn einer unwiderruflichen Freistellung das leistungsrechtliche Beschäftigungsverhältnis und die Voraussetzungen für den Bezug von Arbeitslosengeld liegen grundsätzlich vor.

- **A. Auswirkungen der Freistellung auf das Beschäftigungsverhältnis**
- Beschäftigungslosigkeit kann bereits mit der tatsächlichen Nichtbeschäftigung des Versicherten gegeben sein, unabhängig vom Bestehen oder Nichtbestehen eines Arbeitsverhältnisses. Maßgeblich ist insoweit das Direktionsrecht.

- **I. Widerrufliche Freistellung**
- Kann der Arbeitgeber jederzeit vom Arbeitnehmer wieder die Erbringung der Arbeitsleistung fordern, gibt er seine Verfügungsbefugnis und damit sein Direktionsrecht nicht auf. Daraus ergibt sich, dass eine widerrufliche Freistellung nicht zum Ende des (beitragsrechtlichen) Beschäftigungsverhältnisses führen kann.

- **II. Unwiderrufliche Freistellung**

- Bei einer unwiderruflichen Freistellung verliert der Arbeitgeber hingegen endgültig den Anspruch auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers.
- Spiegelbildlich dazu verliert der Arbeitnehmer seinen Beschäftigungsanspruch; seinen Vergütungsanspruch behält er jedoch.
- Die unwiderrufliche Freistellung führt daher stets zu einer Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses im leistungsrechtlichen Sinne, da der Arbeitgeber seine Verfügungsbefugnis über den Arbeitnehmer und damit sein Weisungsrecht aufgibt. Es tritt daher bereits mit Beginn der Freistellung Arbeitslosigkeit i.S. des § 118 Absatz I Nr. 1 SGB III ein. Damit es nicht zu Doppelleistungen kommt, sieht § 143 Absatz I SGB III vor, dass der Anspruch auf Arbeitslosengeld ruht, solange der Arbeitnehmer Arbeitsentgelt bezieht.
- Für den Fall, dass der Arbeitslose das versprochene Arbeitsentgelt während der Zeit der Freistellung tatsächlich nicht erhält, gewährt die Arbeitsagentur Arbeitslosengeld; man spricht von der „**Gleichwohlgewährung**“. Der Anspruch auf Arbeitsentgelt für diesen Zeitraum geht dann in Höhe des gleichwohl gewährten Arbeitslosengeldes auf die Agentur für Arbeit über, § 115 Absatz I SGB X.

- **B. Sperrzeit wegen Arbeitsaufgabe**
- Gemäß § 144 Absatz I SGB III ruht der Anspruch auf Arbeitslosengeld für die Dauer einer Sperrzeit, wenn sich der Arbeitnehmer versicherungswidrig verhalten hat.
- Dies ist gem. § 144 Absatz I 2 Nr. 1 SGB III insbesondere dann der Fall, wenn der Arbeitslose das Beschäftigungsverhältnis gelöst oder durch ein arbeitsvertragswidriges Verhalten Anlass für die Lösung des Beschäftigungsverhältnisses gegeben und dadurch vorsätzlich oder grob fahrlässig die Arbeitslosigkeit herbeigeführt hat (Sperrzeit bei Arbeitsaufgabe).
- **Maßgeblich für den Zeitpunkt des Eintritts einer Sperrzeit ist die Lösung des Beschäftigungsverhältnisses und nicht des Arbeitsverhältnisses (LAG Hessen, Urt. v. 23.04.2007 BeckRS 2007, 45639).**
- Nur ein aktives Verhalten des Arbeitnehmers löst den Eintritt einer Sperrzeit aus. Er muss durch sein aktives Verhalten eine wesentliche Ursache für das Eintreten der Beschäftigungslosigkeit gesetzt haben. Ein rein passives Verhalten des Arbeitnehmers, wie beispielsweise die Hinnahme einer Arbeitgeberkündigung, löst dagegen keine Sperrzeit aus. Dasselbe gilt für den Fall, dass eine Klageerhebung unterlassen oder eine bereits eingereichte Klage zurückgenommen wird.

- **C. Rechtsfolgen der Sperrzeit**
- Gemäß § 144 Absatz I 1 SGB III ruht der Anspruch auf Arbeitslosengeld während der Dauer der Sperrzeit. Im Fall der Sperrzeit wegen Arbeitsaufgabe beträgt diese zwölf Wochen; die Frist läuft kalendermäßig ab. Eine Verkürzung der Sperrfrist auf drei Wochen (§ 144 Absatz III Nr. 1 SGB III) bzw. sechs Wochen (§ 144 Absatz III Nr. 2 SGB III) ist in Einzelfällen möglich.
- Gleichzeitig verkürzt sich auch die Anspruchsdauer um die Länge der Sperrzeit, bei einer Sperrzeit von zwölf Wochen mindestens um ein Viertel der Anspruchsdauer (§ 128 Absatz I Nr. 4 SGB III).
- **Diese gravierende Folge der Sperrzeit wegen Arbeitsaufgabe wird in der Praxis häufig übersehen!**

- Die Sperrzeit beginnt gem. § 144 Absatz II SGB III mit dem Tag nach dem Ereignis, das die Sperrfrist begründet, oder, wenn dieser Tag in eine noch bestehende Sperrfrist fällt, mit dem Ende dieser Sperrzeit. Auslösendes Ereignis ist nicht die Kündigung.
- Die Sperrzeit beginnt also mit dem Tag **der vom Arbeitnehmer herbeigeführten Beschäftigungslosigkeit**.
- Bei einvernehmlicher Freistellung beginnt sie daher bereits mit dem ersten Tag einer vereinbarten Freistellung, nicht erst mit dem Tag, an dem die Arbeitslosmeldung erfolgt oder Arbeitslosengeld beantragt wird (Schlegel, NZA 2005, 972, 973).
- Wurde ein Aufhebungsvertrag vereinbart, die Freistellung jedoch einseitig vom Arbeitgeber ausgesprochen, hat der Arbeitnehmer an dem tatsächlichen Ende der Beschäftigung durch Eintritt der Freistellung nicht mitgewirkt. Der Beginn der Sperrzeit tritt in einem solchen Fall daher erst mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein (DA Stand 04/2009 S. 9, DA 10 III; 144.121).
- Bei längeren einvernehmlichen Freistellungen entstehen daher allein durch die Sperrzeit keine oder nur geringfügige finanzielle Einbußen. Das Ruhen des Anspruchs auf Arbeitslosengeld erfolgt während der Freistellung, innerhalb derer der Arbeitnehmer weiterhin seine Vergütung bezieht.
- Allerdings verkürzt sich die Bezugsdauer um die Dauer der Sperrzeit, bei einer Sperrzeit von zwölf Wochen um ein Viertel. Dies gilt jedoch dann nicht, wenn das Ereignis, das die Sperrzeit begründet, bei Erfüllung der Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosengeld länger als ein Jahr zurückliegt (§ 128 Absatz II 2 SGB III).



- **Praktisch bedeutet dies, dass eine einvernehmliche Freistellung, die länger als ein Jahr dauert, gar keine Auswirkungen mehr hat.**

- **D. Anspruchsübergang**
- Leistet der Arbeitgeber später mit befreiender Wirkung an den Arbeitslosen, muss dieser das zu viel gezahlte Arbeitslosengeld erstatten. Um dieser Situation vorzubeugen, zeigt die Agentur für Arbeit den Anspruchsübergang in der Regel dem Arbeitgeber an, so dass bei späterer Zahlung der Vergütung nicht mehr mit befreiender Wirkung an den Arbeitnehmer gezahlt werden kann, sondern die Agentur für Arbeit unmittelbar Ansprüche gegen den Arbeitgeber hat.

- **E. Krankenversicherung**

- Wer seine versicherungspflichtige Beschäftigung verliert, bleibt nach § 19 SGB V zunächst bis zum Ende des darauf folgenden Monats in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) leistungsberechtigt.
- Soweit dann ein Anspruch auf Arbeitslosengeld (Alg) besteht, greift die GKV-Versicherungspflicht nach § 5 Absatz I Nr. 2 SGB V, und zwar auch dann, wenn für den Arbeitslosen eine Sperrzeit gem. § 144 SGB III läuft.
- Soweit Arbeitslosengeld II (Alg II) nach dem SGB II bezogen wird, ist der Betreffende ebenfalls gesetzlich krankenversichert, nämlich gemäß § 5 Absatz I Nr. 2a SGB V.
- Durch diese Vorschriften ergibt sich für gesetzlich Krankenversicherte bei Eintritt der Arbeitslosigkeit also ein nahtloser Versicherungsschutz.
- Bei privat krankenversicherten Personen hat ihnen vor Eintritt der Arbeitslosigkeit der Arbeitgeber nach Maßgabe von § 257 Absatz II SGB V einen Beitragszuschuss zur privaten Krankenversicherung (PKV) gezahlt.
- Bei Eintritt der Arbeitslosigkeit besteht dann allerdings die GKV-Versicherungspflicht nach den genannten Vorschriften, also nach § 5 Absatz I Nr. 2 oder Nr. 2a SGB V. Das bedeutet, dass die Arbeitslosigkeit grundsätzlich zum Eintritt in die GKV und somit zum Verlassen der PKV führt (zu Besonderheiten Giesen/Ricken NZA 2010, 438).

































