

Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Die persönlichen Voraussetzungen
3. Die betrieblichen Voraussetzungen
4. Der Schutz vor sozial ungerechtfertigten Kündigungen
5. Abfindungsanspruch statt Kündigungsschutz
6. Der Kündigungsschutz besonderer Arbeitnehmergruppen
7. Die rechtliche Durchsetzung des allgemeinen Kündigungsschutzes
 - 7.1 Rechtsrat
 - 7.2 Kündigungseinspruch
 - 7.3 Kündigungsschutzklage
 - 7.4 Hinweispflicht des Arbeitsgerichts
 - 7.5 Rechtsfolgen
 - 7.6 Auflösungsantrag
 - 7.7 Vergleich
8. Verhältnis zu sonstigen Kündigungen
9. Rechtsprechungs-ABC
 - 9.1 Abfindung
 - 9.2 Altersdiskriminierung
 - 9.3 Annahmeverzug
 - 9.4 Anrechnung auf Zwischenverdienst
 - 9.5 Arbeitsplatz schaffen?
 - 9.6 "Corona"-Kündigung
 - 9.7 Diskriminierung (Geschlecht)
 - 9.8 Diskriminierung (Mutterschutz)
 - 9.9 Feststellungsklage des Arbeitgebers
 - 9.10 Freikündigung
 - 9.11 Gelegenheitsarbeitsvertrag
 - 9.12 Hilfe bei Einstellung einer Schwangeren
 - 9.13 Kleinbetriebsklausel
 - 9.14 Kündigungserklärung
 - 9.15 Lebensalter
 - 9.16 Leiharbeitnehmer
 - 9.17 Prozessverwirkung
 - 9.18 Schadensersatz trotz Rechtskraft?
 - 9.19 Urlaub - nach rechtswidriger Entlassung
 - 9.20 Urlaubsabgeltungsanspruch
 - 9.21 Urlaubsabgeltungsanspruch - 2
 - 9.22 Verwirkung eines Arbeitsverhältnisses
 - 9.23 Vorherige Anhörung
 - 9.24 Wahrung der Klagefrist
 - 9.25 Weiterbeschäftigungsmöglichkeit
 - 9.26 Widerspruchslose Fortsetzung

- 9.27 Wiedereinstellungsanspruch
- 9.28 Wiedereinstellungsanspruch im Kleinbetrieb?
- 9.29 Zwangsverrentung

Information

1. Allgemeines

Der Arbeitgeber muss ein Arbeitsverhältnis eigentlich nur frist- und formgerecht kündigen, wenn er sich von einem Arbeitnehmer trennen will. Die **erfolgreiche Beendigung eines Arbeitsverhältnisses** ist jedoch **nur in der Fantasie einfach**. Das Kündigungsschutzgesetz sieht nach 6-monatiger Betriebs-/Unternehmenszugehörigkeit in KSchG-Betrieben einen nur schwer zu knackenden **Bestandsschutz** vor. **Kündigungen** müssen hier, wenn sie rechtswirksam sein sollen, sozial gerechtfertigt sein. Sie müssen betriebs-, personen- oder verhaltensbedingte Anlässe haben.

Praxistipp:

Arbeitnehmer, die noch keine sechs Monate beim Arbeitgeber beschäftigt sind, haben auch in KSchG-Betrieben keinen allgemeinen gesetzlichen Kündigungsschutz. Die so genannte "Wartezeit" ist an die Regeldauer der gesetzlichen Probezeit geknüpft und soll es Arbeitgebern ermöglichen, sich in den ersten sechs Monaten einer Beschäftigung relativ stressfrei von neuen Mitarbeitern zu trennen. In jede Personalakte gehört damit ein deutlicher Fristvermerk, der an die rechtzeitige Beendigung des Probearbeitsverhältnisses erinnert.

Neben dem allgemeinen KSchG-Kündigungsschutz gibt es einen besonderen Kündigungsschutz, der von bestimmten persönlichen Eigenschaften und Merkmalen abhängt. Um aber eins ganz klar zu sagen: Kündigungsschutz hin oder her, einen echten Abfindungsanspruch gibt es - wenn kein Fall des § 1a KSchG vorliegt - nach dem KSchG nicht. Viele Arbeitnehmer sind zwar immer noch der Ansicht, dass ihnen eine Abfindung zusteht, wenn sie längere Zeit bei einem Arbeitgeber tätig gewesen sind. Das KSchG ist ein Kündigungsschutz-, **kein Abfindungsgesetz**.

2. Die persönlichen Voraussetzungen

Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses gegenüber einem Arbeitnehmer, dessen **Arbeitsverhältnis** in demselben Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden hat, ist rechtsunwirksam, wenn sie nicht sozial gerechtfertigt ist (§ 1 Abs. 1 KSchG). Für die soziale Rechtfertigung verlangt § 1 Abs. 2 KSchG

- in der **Person des Arbeitnehmers** liegende Gründe (Kündigung - personenbedingt: Allgemeines)
- im **Verhalten des Arbeitnehmers** liegende Gründe (Kündigung - verhaltensbedingt: Allgemeines)
- oder **dringende**, einer Weiterbeschäftigung entgegenstehende **betriebliche Erfordernisse** (Kündigung - betriebsbedingt: Allgemeines).

Was § 1 Abs. 1 KSchG regelt, ist der persönliche Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes : Es gilt nur für Arbeitnehmer und auch bloß für die, die im Zeitpunkt der Kündigung auf eine länger als **6-monatige Betriebs- oder Unternehmenszugehörigkeit** zurückblicken können. Dieser 6-Monats-Zeitraum wird auch als gesetzliche Wartezeit bezeichnet.

Praxistipp:

Arbeitgeber- und Arbeitnehmerberater können an dieser Stelle bereits in die erste Falle tappen. Die Erfolgsaussichten einer Kündigung für den Arbeitgeber und einer Kündigungsschutzklage für den Arbeitnehmer hängen nämlich ganz entscheidend davon ab, ob der zu kündigende oder gekündigte Arbeitnehmer überhaupt in den persönlichen Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes fällt. Es

ist daher für beide Seiten wichtig, sich rechtzeitig über die persönlichen Voraussetzungen des Kündigungsschutzes zu informieren.

Es kommt nicht darauf an, ob und wie lange der Arbeitnehmer während der 6-monatigen Wartezeit **tatsächlich gearbeitet** hat. Auch ist eine **Änderung der Beschäftigung** im Normalfall unerheblich.

Beispiele:

Arbeitnehmer K hat seine Tätigkeit bei Arbeitgeber A zum 01.08.2022 aufgenommen. Am 19.11.2022 erleidet K einen Unfall und ist seitdem bis auf Weiteres arbeitsunfähig geschrieben. Da A ein gutes Herz hat, mag er K vor dem Weihnachtsfest 2022 nicht mehr kündigen und verschiebt die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ins neue Jahr. Das führt für K dazu, dass er mit dem 01.02.2023 Kündigungsschutz nach § 1 Abs. 1 KSchG hat.

Arbeitnehmerin H beginnt bei A am 01.10.2022 als geringfügig Beschäftigte in der Kantine als Küchenhilfe und verdient dort 450 EUR. Bereits im Dezember 2022 stellt A fest, dass H ihren Job engagiert und mit Begeisterung macht. Er bietet ihr ab dem 01.02.2023 eine feste Stelle als Küchenhilfe mit 30 Wochenstunden an. H greift zu. Für sie beginnt der 6-Monats-Zeitraum nach § 1 Abs. 1 KSchG nicht ab dem 01.02.2023 erneut zu laufen. H ist seit dem 01.10.2022 bei A beschäftigt, sie hat ab dem 01.04.2023 Kündigungsschutz.

§ 1 Abs. 1 KSchG bestimmt, dass das Arbeitsverhältnis ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden haben muss. Es stellt sich daher die Frage, wie **Vordienstzeiten** zu berücksichtigen sind.

Beispiel:

Frau A hatte irgendwann in 2022 die große Krise. Seit fünf Jahren war sie schon bei Arbeitgeber B und das sollte es jetzt für den Rest des Lebens gewesen sein? A beschloss, es woanders noch einmal zu versuchen. Sie bewarb sich und hatte dabei sogar Erfolg. Ab dem 01.01.2023 konnte sie bei Arbeitgeber C anfangen. Sie kündigte ihren Job bei B und nahm pünktlich ihre Tätigkeit bei C auf. Dort musste sie nach einiger Zeit feststellen, dass die Hektik der neuen Arbeitsstelle wohl doch nicht das Richtige für sie war. Sie schrieb B einen netten Brief, bat ihn, er möge sie doch wieder einstellen, und konnte schließlich ab dem 01.08.2023 bei ihrem alten Arbeitgeber arbeiten.

Dass A bei B 2022 Kündigungsschutz hatte, ist unbeachtlich. Ihr Arbeitsverhältnis in B's Betrieb war rechtlich und tatsächlich unterbrochen. Sie hatte gekündigt, ihren Job geschmissen und anderswo gearbeitet. Nun fängt sie nach ihrem Intermezzo bei C bei B wieder bei Null an. Die 6-monatige Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG beginnt für sie am 01.08.2023 und endet am 31.01.2024. A hat erst am 01.02.2024 (wieder) Kündigungsschutz bei B. Die Vordienstzeit wird nicht angerechnet. Es sei denn, A und B treffen eine darauf zielende Vereinbarung.

Der 1. Abschnitt des Kündigungsschutzgesetzes - d.h. der **materielle Kündigungsschutz** - findet darüber hinaus **keine Anwendung**

- in Betrieben einer juristischen Person für die **Mitglieder des Organs**, das zur gesetzlichen Vertretung der juristischen Person berufen ist (§ 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG) und
- in Betrieben einer Personengesamtheit für die durch Gesetz, Satzung oder Gesellschaftsvertrag zur Vertretung der Personengesamtheit berufenen Personen (§ 14 Abs. 1 Nr. 2 KSchG).

Aber: Auf **Geschäftsführer, Betriebsleiter** und ähnliche leitende Angestellte , soweit sie zur selbstständigen Einstellung oder Entlassung von Arbeitnehmern berechtigt sind, sind die §§ 1 ff. KSchG dagegen schon anzuwenden. Ausnahme: § 3 KSchG - Kündigungseinspruch beim Betriebsrat. § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG findet mit der Maßgabe Anwendung, dass der Antrag des Arbeitgebers auf **Auflösung des Arbeitsverhältnisses** keiner Begründung bedarf (§ 14 Abs. 2 KSchG).

3. Die betrieblichen Voraussetzungen

Die ersten beiden Abschnitte des Kündigungsschutzgesetzes gelten nur für **Betriebe und Verwaltungen des privaten und öffentlichen Rechts**, § 23 Abs. 1 Satz 1 KSchG . § 24 KSchG dehnt diesen Anwendungsbereich auf Betriebe der **Seeschifffahrt** und des **Luftverkehrs** aus.

Der dritte Abschnitt des Kündigungsschutzgesetzes - anzeigepflichtige **Massenentlassungen** nach §§ 17 ff. KSchG - gilt nur für Betriebe und Verwaltungen des privaten Rechts sowie für Betriebe, die von einer öffentlichen Verwaltung geführt werden und dabei wirtschaftliche Zwecke verfolgen (§ 23 Abs. 2 Satz 1 KSchG). Er findet für Seeschiffe und ihre Besatzung keine Anwendung, § 23 Abs. 2 Satz 2 KSchG .

Die Vorschriften des ersten Abschnitts - **allgemeiner Kündigungsschutz** nach §§ 1 ff. KSchG gelten ab dem 01.01.2004 mit der **Ausnahme** von

- § 4 KSchG - Anrufung des Arbeitsgerichts
- § 5 KSchG - Zulassung verspäteter Klagen
- § 6 KSchG - Verlängerte Anrufungsfrist
- § 7 KSchG - Wirksamwerden der Kündigung
- § 13 Abs. 1 Sätze 1 u. 2 KSchG - Verhältnis zu sonstigen Kündigungen

nicht für Betriebe und Verwaltungen , in denen **in der Regel fünf oder weniger Arbeitnehmer** ausschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten beschäftigt werden (§ 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG).

In Betrieben und Verwaltungen , in denen in der Regel **zehn oder weniger Arbeitnehmer** ausschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten beschäftigt werden, gelten die Vorschriften des 1. Abschnitts mit Ausnahme der §§ 4 bis 7 KSchG und des § 13 Abs. 1 Satz 1 u. 2 KSchG nicht für Arbeitnehmer, deren **Arbeitsverhältnis nach dem 31.12.2003** begonnen hat (§ 23 Abs. 1 Satz 3 Halbs. 1 KSchG). Diese Arbeitnehmer sind bei der Feststellung der Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer nach § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG bis zur Beschäftigung von in der Regel zehn Arbeitnehmern nicht zu berücksichtigen (§ 23 Abs. 1 Satz 3 Halbs. 2 KSchG - eingeführt durch das **Gesetz zu Reformen am Arbeitsplatz vom 24.12.2003** - BGBl. I 2003 S. 3002ff.).

Bei Feststellung der maßgeblichen Arbeitnehmerzahl nach § 23 Abs. 1 Satz 2 u. 3 KSchG sind **Teilzeitmitarbeiter** mit einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von nicht mehr als 20 Stunden mit 0,5 und nicht mehr als 30 Stunden mit 0,75 zu berücksichtigen (§ 23 Abs. 1 Satz 4 KSchG).

Beispiel:

Imbissstuben-Besitzer D hat Buchhalterin A mit 20 Wochenstunden, Koch B mit 40 Wochenstunden, Büfett-Kraft C mit 30 Stunden, die Bedienungen D und E mit je 20, F und G mit je 14 Stunden und die Putzfrau H ebenfalls. Alle Beschäftigungsverhältnisse begannen bereits vor dem 01.01.2004. Es zählen:

- A mit 0,5
- B mit 1,0
- C mit 0,75
- D mit 0,5
- E mit 0,5
- F mit 0,5
- G mit 0,5
- H mit 0,5

M beschäftigt 8 Arbeitnehmer. Nach § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG zählen diese Arbeitnehmer allerdings nur mit 4,75. Das Kündigungsschutzgesetz ist damit auf seinen Betrieb nicht anwendbar, obwohl er kopfmäßig mehr als fünf Beschäftigte hat. Entschließt sich M nun, eine weitere geringfügig Beschäftigte mit 14 Stunden einzustellen, kommt er rechnerisch auf 5,25 Mitarbeiter und sein Betrieb Imbissstube damit grundsätzlich in den sachlichen Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes (Ausnahme für Beschäftigungsverhältnisse ab 01.01.2004, § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG).

Das Gesetz spricht von **in der Regel Beschäftigten**. Bei ihrer Ermittlung ist zunächst von der Beschäftigtenzahl im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung auszugehen. Gemeint sind die **ständig** beschäftigten Arbeitnehmer, also die Mitarbeiter, die **normalerweise in dem Betrieb tätig** sind. Dabei muss vom Kündigungszeitpunkt aus auf die bisherige **Personalentwicklung** und den zukünftigen **Personalbedarf** abgestellt werden.

Beispiel:

M aus dem vorausgehenden Beispiel möchte sich von C trennen. Sie gefällt ihm einfach nicht mehr. Einen nachvollziehbaren Kündigungsgrund gibt es nicht. A vereinbart mit G, sie so lange zu entlassen, bis die Sache mit C ausgestanden ist. Dann will er sie wieder einstellen und muss natürlich auch den Arbeitsplatz von C neu besetzen. M will sich mit diesem "Trick" schlicht und einfach vor dem Kündigungsschutzgesetz drücken. Er meint, wenn er im Zeitpunkt der Kündigung von C weniger als 5,0 Mitarbeiter hat, ohne Beachtung der §§ 1 ff. KSchG kündigen zu können. Meckbörgers Plan funktioniert aber nicht. Sein Betrieb hat regelmäßig 5,25 Beschäftigte, die Suspendierung von G im Kündigungszeitpunkt ändert daran nichts.

Die **regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit** erfordert eine ähnliche Betrachtung. Zunächst entscheidet die **vereinbarte Arbeitszeit**. Liegt sie unregelmäßig verteilt, ist eine **Durchschnittsberechnung** vorzunehmen. **Unregelmäßige Erhöhungen** der Arbeitszeit oder eine außerplanmäßige Verringerung bleiben unbeachtlich.

Beispiel:

M hat es immer noch auf C abgesehen. Jetzt hat er allerdings eine neue Idee. Er kürzt die Arbeitszeit des B für ein paar Monate auf 30 Stunden und kommt damit auf genau 5,0 Arbeitnehmer, aber nicht mehr. Nach der Kündigung der C wird B wieder 40 Stunden arbeiten, anders ist der Job gar nicht zu schaffen. Auch dieser Plan scheitert. Die regelmäßige Arbeitszeit von B beträgt eben 40 Wochenstunden und er ist mit 1,0 bei der Feststellung der maßgeblichen Arbeitnehmerzahl zu beachten.

Arbeitnehmer, die erst **ab dem 01.01.2004** eingestellt werden, sind nach Maßgabe des § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG in Betrieben und Verwaltungen mit **bis zu zehn Beschäftigten ohne Kündigungsschutz**.

4. Der Schutz vor sozial ungerechtfertigten Kündigungen

§ 1 Abs. 1 KSchG erklärt Kündigungen im Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes für rechtsunwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt sind. Sozial ungerechtfertigt sind Kündigungen, die nicht durch **Gründe**, die in der **Person** oder in dem **Verhalten** des Arbeitnehmers liegen, oder durch **dringende betriebliche Erfordernisse**, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt sind (§ 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG).

Nach dieser Vorgabe unterscheidet man die

- **personenbedingte**
- **verhaltensbedingte** und
- **betriebsbedingte**

Kündigung von Arbeitsverhältnissen (s. dazu die Stichwörter Kündigung - personenbedingt: Allgemeines ; Kündigung - verhaltensbedingt: Allgemeines ; Kündigung - betriebsbedingt: Allgemeines).

Bei einer Änderungskündigung kann der Arbeitnehmer das Änderungsangebot des Arbeitgebers **unter dem Vorbehalt annehmen**, dass die Änderung seiner Arbeitsbedingungen nicht sozial ungerechtfertigt ist (§ 2 Satz 1 KSchG). Er muss diesen Vorbehalt allerdings innerhalb der Kündigungsfrist, spätestens jedoch innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung erklären (§ 2 Satz 2 KSchG).

Die **Erhebung einer Kündigungsschutzklage** unterbricht oder hemmt im Normalfall nicht den **Lauf der Verjährungs- oder Verfallfristen** für finanzielle Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis. Etwas anderes kann

in Tarifverträgen vereinbart sein. Heißt es dort beispielsweise, dass eine Kündigungsschutzklage den Lauf von Ausschlussfristen für Lohn-/Gehaltsklagen hemmt, gilt das nicht für den Fall, dass in dem Kündigungsrechtsstreit die Wirksamkeit einer **Eigenkündigung des Arbeitnehmers** geklärt wird (BAG, 24.08.1999 - 9 AZR 804/98). Der Begriff **Kündigungsschutzklage**, so das BAG, habe im arbeitsrechtlichen Sprachgebrauch einen feststehenden Inhalt: Es geht eben um die Feststellungsklage, mit der sich ein Arbeitnehmer gegen die Kündigung seines Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber wehrt.

5. Abfindungsanspruch statt Kündigungsschutz

Mit dem Ziel einer **Lockerung des gesetzlichen Kündigungsschutzes** hat der Gesetzgeber mit dem Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt vom 24.12.2003 (BGBl. I 2003 S. 3002ff.) ab dem 01.01.2004 einen neuen § 1a ins Kündigungsschutzgesetz eingeführt. Er gibt Arbeitnehmern im Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes einen Rechtsanspruch auf Abfindung .

Dieser Abfindungsanspruch **setzt allerdings voraus**, dass

- der **Arbeitgeber** den gekündigten Arbeitnehmer in der Kündigungserklärung darauf **hinweist**, dass er die Kündigung auf dringende betriebliche Erfordernisse stützt und der Arbeitnehmer bei **Verstreichenlassen der dreiwöchigen Klagefrist** eine Abfindung beanspruchen kann
- der Arbeitnehmer tatsächlich **keine Kündigungsschutzklage erhebt** und
- die **Klagefrist verstrichen** ist (§ 1a Abs. 1 KSchG).

Die **Höhe der Abfindung** beträgt 0,5 Monatsverdienste pro Jahr des Bestehens des Arbeitsverhältnisses (§ 1a Abs. 2 Satz 1 KSchG). Zur weiteren Erläuterung wird auf die Stichwörter Kündigung - Abfindungsanspruch und Kündigung - betriebsbedingt: Abfindungsanspruch verwiesen.

6. Der Kündigungsschutz besonderer Arbeitnehmergruppen

Der **allgemeine Kündigungsschutz gilt für alle Arbeitnehmer** nach Maßgabe der §§ 1 ff. KSchG , wenn sie in einem Betrieb beschäftigt sind, der in den sachlichen Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes fällt (§ 23 KSchG).

Bestimmte Arbeitnehmer oder Gruppen von Arbeitnehmern haben aber einen sogenannten besonderen Kündigungsschutz . Und dieser besondere Kündigungsschutz besteht **unabhängig von der Größe des Betriebs** und oft auch unabhängig von der Dauer des Beschäftigungsverhältnisses. Er ist - auch wenn die Voraussetzungen der §§ 1 ff. KSchG nicht erfüllt sind - immer zu beachten (die Aufzählung ist nicht vollständig):

- **Ältere Arbeitnehmer** können nach Arbeitsvertrag, Betriebsvereinbarung oder Tarifvertrag nur noch unter bestimmten Bedingungen kündbar sein;
- **Auszubildende** sind nach § 22 BBiG ebenfalls nur eingeschränkt kündbar;
- **Befristet Eingestellte** dürfen nicht wegen der Inanspruchnahme von Rechten aus dem TzBfG benachteiligt werden, § 5 TzBfG ;
- **Betriebsräte** und andere Organe bzw. Organmitglieder nach dem BetrVG genießen besonderen Kündigungsschutz nach § 103 BetrVG und §§ 15 f. KSchG ;
- **Arbeitnehmer in Elternzeit** sind nach Maßgabe des § 18 BEEG vor Kündigungen geschützt;
- **Heimarbeiter** sind durch §§ 29 f. HAG gesichert;
- **Massenentlassungen** sind nur nach §§ 17 ff. KSchG wirksam;
- Für **Rentner** gilt § 41 Satz 1 SGB VI . Danach ist der Anspruch des Versicherten auf eine Rente wegen Alters ist nicht als ein Grund anzusehen, der die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber nach dem Kündigungsschutzgesetz bedingen kann.
- **Schwangere** und junge **Mütter** haben besonderen Kündigungsschutz nach § 17 MuSchG ;
- **Schwerbehinderte Menschen** sind regelmäßig erst nach Zustimmung des Integrationsamtes kündbar, § 168 SGB IX ;
- **Soldaten** haben besonderen Kündigungsschutz nach § 2 ArbPISchG ;
- **Teilzeitbeschäftigte** dürfen nicht wegen der Weigerung, in ein Vollzeitverhältnis zu wechseln, gekündigt werden, § 11 TzBfG . Sie dürfen auch nicht wegen der Inanspruchnahme von Rechten aus dem TzBfG benachteiligt werden, § 5 TzBfG .

- **Vollzeitbeschäftigte** dürfen nicht wegen ihrer Weigerung, in ein Teilzeitarbeitsverhältnis zu wechseln, gekündigt werden, § 11 TzBfG . Sie dürfen auch nicht wegen der Inanspruchnahme von Rechten aus dem TzBfG benachteiligt werden, § 5 TzBfG .
- **Zivildienstleistende** sind nach § 2 ArbPISchG i.V.m. § 78 Abs. 1 Nr. 1 ZDG wie Soldaten vor Kündigungen geschützt.

Praxistipp:

Der besondere Kündigungsschutz macht Kündigungen auch dann unwirksam, wenn sie nach dem Kündigungsschutzgesetz vielleicht sogar sozial gerechtfertigt wären. So ist beispielsweise die betriebsbedingte Kündigung eines Schwerbehinderten unwirksam, wenn der Arbeitgeber vor Ausspruch dieser Kündigung nicht die Zustimmung des Integrationsamtes eingeholt hat. Es ist daher unerlässlich, bei jeder Prüfung der sozialen Rechtfertigung einer Kündigung nach den §§ 1 ff. KSchG immer den besonderen Kündigungsschutz mit zu berücksichtigen.

Einen **Abfindungsanspruch** wegen einer **Kündigung aus anderen Gründen**, die nicht auf dringende betriebliche Erfordernisse gestützt wird (§ 1a KSchG), kennt unser Recht nicht. Eine Kündigung, die an sich **sozial gerechtfertigt** wäre, aber an einem besonderen Kündigungsverbot scheitert, führt ebenfalls nicht zu einer Abfindung.

Praxistipp:

Im Rechtsleben sieht das oft anders aus. Wenn es nicht um die soziale Rechtfertigung einer Kündigung geht, ist das Kündigungsschutzgesetz gar nicht anzuwenden. Trotzdem können sich Arbeitnehmer und Arbeitgeber entscheiden, ihr Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung zu beenden. Der Mitarbeiter lässt sich seinen besonderen Kündigungsschutz dann abkaufen.

Der **Verzicht auf den besonderen Kündigungsschutz** ist rechtlich nach der Kündigung zwar möglich. Der Arbeitnehmer **riskiert** aber, wegen einer unüberlegten Auflösung seines Arbeitsverhältnisses **Nachteile beim Bezug von Arbeitslosengeld** oder -hilfe.

Das BAG hat bislang die Auffassung vertreten, **schwerbehinderte Arbeitnehmer** müssen sich innerhalb einer **Frist** von einem Monat nach Zugang einer Kündigung auf den besonderen Kündigungsschutz nach §§ 85 ff. SGB IX berufen. Ein Überschreiten dieser Frist um zwei Tage führt nicht zu einer **Verwirkung**, wenn der schwerbehinderte Arbeitnehmer bereits rechtzeitig auf einen Gleichstellungsantrag hingewiesen hat und dann kurz nach Ablauf der Monatsfrist noch mitteilt, dass das Versorgungsamt nach einem bereits vor Wochen gestellten **Verschlimmerungsantrag** einen GdB von 50 anerkannt habe (BAG, 12.01.2006 - 2 AZR 539/05 - mit dem **Hinweis**, dass man **in Zukunft** daran denken könne, analog zur Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG eine **dreiwöchige Frist** für die Geltendmachung des besonderen Kündigungsschutzes anzunehmen).

7. Die rechtliche Durchsetzung des allgemeinen Kündigungsschutzes

Wer meint, die Kündigung seines Arbeitsverhältnisses sei sozial nicht gerechtfertigt, kann sich gegen seine Kündigung zur Wehr setzen .

Praxistipp:

Mit Einführung des Abfindungsanspruchs in § 1a KSchG ab dem 01.01.2004 ist gut zu überlegen, welche Strategie bei betriebsbedingten Kündigungen gefahren werden soll. Geht es dem Arbeitgeber bloß darum, einen Kündigungsrechtsstreit zu vermeiden, kann er den gesetzlich verlangten Hinweis in sein Kündigungsschreiben aufnehmen und den Gekündigten darauf aufmerksam machen, dass er eine Abfindung beanspruchen kann, wenn er auf eine Klage verzichtet. Das Problem dabei ist nur: Die Abfindungshöhe ist gesetzlich mit 0,5 Gehältern pro Beschäftigungsjahr vorgeschrieben. Das kann bei älteren Mitarbeitern mit langer Betriebszugehörigkeit zu horrenden Abfindungen führen. Es gibt insoweit

für eine angemessene Abfindung keinen gesetzlichen Spielraum. Deswegen ist es mindestens in diesen Fällen angezeigt, den Hinweis nicht zu geben, sondern gezielt auf das "billigere" arbeitsgerichtliche Verfahren zu setzen.

Der erste Schritt sollte unbedingt die Einholung von **Rechtsrat** sein. In mitbestimmten Betrieben folgt als zweiter Schritt der Kündigungseinspruch. Wenn alles nichts hilft, schließt sich daran die **Kündigungsschutzklage** mit ihren **Rechtsfolgen** und zu guter Letzt vielleicht auch noch ein Auflösungsantrag an. In vielen Fällen drängt sich dabei geradezu ein gerichtlicher oder außergerichtlicher **Vergleich** auf.

7.1 Rechtsrat

Der erste und wichtigste Schritt gegen eine sozial ungerechtfertigte Kündigung sollte die **Einholung eines fachkundigen Rechtsrats** sein.

Arbeitnehmer, die Mitglied einer **Gewerkschaft** sind, tun gut daran, die Kündigung möglichst kurzfristig mit ihrem **Gewerkschaftssekretär** zu besprechen. Von ihm erfahren sie, was sie nun tun müssen und ob überhaupt **Erfolgsaussichten** bestehen, sich gegen eine Kündigung zu wehren. Die weiteren Maßnahmen müssen dann unbedingt mit dem Interessenvertreter koordiniert werden.

Wer als Arbeitnehmer nicht Gewerkschaftsmitglied ist, sollte sich zunächst von einem erfahrenen **Rechtsanwalt** oder **Fachanwalt für Arbeitsrecht** beraten lassen. Das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz sieht in § 34 Abs. 1 RVG eine sogenannte **Erstberatung** vor. Die Gebühr dafür darf nicht mehr als 190,00 EUR netto betragen. Wer eine **Rechtsschutzversicherung** hat, sollte nach einer Kündigung auch sofort seinen Versicherer informieren.

Möglicherweise bietet sich schon in diesem frühen Stadium ein **Schreiben an den Arbeitgeber** an, mit dem darauf hingewiesen wird, dass der Arbeitnehmer die Kündigung nicht akzeptiert. Gleichzeitig sollte der Arbeitgeber unter **Androhung der Kündigungsschutzklage** aufgefordert werden, die Kündigung wieder zurückzunehmen. Wegen der dreiwöchigen **Klagefrist** in § 4 Satz 1 KSchG muss ihm natürlich eine Frist gesetzt werden, bei deren ergebnislosem Ablauf schließlich die Klage eingereicht werden muss. Manche Sachen lassen sich auf diese Weise ohne Arbeitsgericht erledigen.

7.2 Kündigungseinspruch

Hält der Arbeitnehmer seine Kündigung für sozial ungerechtfertigt, kann er in mitbestimmten Betrieben innerhalb einer Woche nach Zugang der Kündigung beim Betriebsrat Einspruch gegen die Kündigung einlegen (§ 3 Satz 1 KSchG).

Wenn der Betriebsrat den Einspruch als begründet ansieht, muss er eine Verständigung mit dem Arbeitgeber versuchen (§ 3 Satz 2 KSchG). Auf Verlangen muss er seine **Stellungnahme** zum Einspruch sowohl dem Arbeitgeber als auch dem Arbeitnehmer schriftlich mitteilen (§ 3 Satz 3 KSchG). Die Verständigung hat nicht das alleinige Ziel, die Kündigung wieder rückgängig zu machen. So kann sich die Mitarbeitervertretung beispielsweise auch dafür einsetzen, dass der Arbeitnehmer noch über einen gewissen Zeitraum im Unternehmen bleibt, dass das Arbeitsverhältnis unter geänderten Arbeitsbedingungen fortgesetzt wird oder der Arbeitnehmer mit einer **Abfindung** ausscheidet.

Die praktische Bedeutung der Regelung in § 3 KSchG wird durch § 102 BetrVG in gewisser Weise ausgehebelt. Der Arbeitgeber hat nach dessen Abs. 1 nämlich den Betriebsrat vor jeder Kündigung zu hören. Bereits im Rahmen dieser **Betriebsratsanhörung** kann der Betriebsrat der Kündigung widersprechen (§ 102 Abs. 3 BetrVG). Ist das passiert, muss der Arbeitgeber den klagenden Arbeitnehmer **auf Verlangen** bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits zu unveränderten Arbeitsbedingungen auch nach Ablauf der Kündigungsfrist noch **weiter beschäftigen** (§ 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG).

7.3 Kündigungsschutzklage

Führen weder außergerichtliche Maßnahmen des Rechtsvertreters noch der Kündigungseinspruch zu einem Erfolg, muss der Arbeitnehmer **gerichtlich** gegen seine Kündigung vorgehen. Die **fehlende soziale Rechtfertigung** einer Kündigung und ihre **Unwirksamkeit aus anderen Gründen** ist innerhalb einer Drei-Wochen-Frist nach Zugang des Kündigung beim Arbeitsgericht geltend zu machen, § 4 Satz 1 KSchG . Dort muss eine Klage auf Feststellung erhoben werden, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung aufgelöst worden ist.

Praxistipp:

Seit Jahren hat sich für eine Kündigungsschutzklage folgender Antrag bewährt: "Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers nicht durch die Kündigung vom ...(Datum)... aufgelöst wird/worden ist, sondern über den (...Datum des vom Arbeitgeber vorgegebenen Beendigungstermins...) hinaus zu unveränderten Arbeitsbedingungen fortbesteht."

Ganz wichtig: Seit dem 01.01.2004 gilt die **dreiwöchige Klagefrist** nach § 4 KSchG auch für Kündigungen von Arbeitsverhältnissen, die sonst nicht in den Anwendungsbereich des KSchG fallen (§ 23 Abs. 1 Satz 2 u. 3 KSchG). Die Klagefrist gilt auch für **andere Unwirksamkeitsgründe**, die mit dem KSchG nichts zu tun haben (§ 4 Satz 1 KSchG).

Die **Einreichung der Klage** erfolgt regelmäßig durch den beauftragten **Rechtsvertreter** (Gewerkschaftssekretär oder Rechtsanwalt). Nach § 11 Abs. 1 Satz 1 ArbGG können die Parteien ihren Rechtsstreit vor dem Arbeitsgericht allerdings **auch selbst** führen. Dabei kann der Arbeitnehmer seine Klage entweder schriftlich einreichen oder mündlich zu Protokoll der Geschäftsstelle erklären (§ 46 Abs. 2 ArbGG i.V.m. § 496 ZPO). Vom **Do-it-yourself-Verfahren** kann wegen der komplizierten Rechtsmaterie allerdings nur **abgeraten** werden.

Im Falle einer Änderungskündigung ist Klage auf Feststellung zu erheben, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen **sozial ungerechtfertigt** oder **aus anderen Gründen rechtsunwirksam** ist (§ 4 Satz 2 KSchG).

Praxistipp:

Bei einer Änderungskündigung bietet sich dieser Klageantrag an: "*Es wird festgestellt, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen durch die Änderungskündigung vom ...(Datum) ... sozial ungerechtfertigt ist.*"

Wenn die Rechtsunwirksamkeit einer Kündigung nicht innerhalb der **Drei-Wochen-Frist** des § 4 KSchG geltend gemacht wird, tritt nach § 7 KSchG eine sogenannte Wirksamkeitsfiktion ein. In diesem Fall gilt die Kündigung als **von Anfang an rechtswirksam**; ein vom Arbeitnehmer nach § 2 KSchG erklärter Vorbehalt erlischt.

Verspätete Klagen können nach § 5 KSchG behandelt werden. Ihre **nachträgliche Zulassung** setzt voraus, dass ein Arbeitnehmer nach erfolgter Kündigung trotz Anwendung aller ihm nach Lage der Umstände zuzumutenden Sorgfalt **verhindert** war, nach Zugang der schriftlichen Kündigung die Klage innerhalb der Drei-Wochen-Frist des § 4 KSchG zu erheben. Die nachträglich Zulassung setzt einen besonderen **Antrag** voraus, der innerhalb von zwei Wochen nach Behebung des Hindernisses gestellt werden muss (§ 5 Abs. 3 KSchG). Gleiches gilt ab 01.01.2004, wenn eine Frau von ihrer **Schwangerschaft** aus einem von ihr nicht zu vertretenden Grund erst nach Ablauf der Frist des § 4 Satz 1 KSchG Kenntnis erlangt hat (§ 5 Abs. 1 Satz 2 KSchG).

Hindernisse i.S.d. § 5 KSchG können möglicherweise eine **Erkrankung** oder ein Auslandsaufenthalt sein. Vergleichsverhandlungen mit dem Arbeitgeber scheiden als Entschuldigungsgrund aus. Ebenso ist die **Unkenntnis** über die einzuhaltende Drei-Wochen-Frist nicht geeignet, eine nachträgliche Zulassung der verspäteten Kündigungsschutzklage zu erreichen. § 5 KSchG gilt eben nur für besondere Fälle, in denen ein Arbeitnehmer ohne sein Verschulden daran gehindert war, die Kündigungsschutzklage rechtzeitig zu erheben.

Praxistipp:

Der gekündigte Arbeitnehmer und sein Rechtsvertreter sollten sich zunächst genau an den gesetzlichen Fristen orientieren. So können sie sicher vermeiden, dass ihre Kündigungsschutzklage wegen der Fiktion in § 7 KSchG verloren geht. Auf der anderen Seite gilt: Hat ein Arbeitnehmer innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung im Klagewege geltend gemacht, dass eine rechtswirksame Kündigung nicht vorliege, so kann er sich in diesem Verfahren bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz zur Begründung der Unwirksamkeit der Kündigung auch auf innerhalb der Klagefrist nicht geltend gemachte Gründe berufen (§ 6 Satz 1 KSchG). In diesem Fall gilt also eine verlängerte Anrufungsfrist).

7.4 Hinweispflicht des Arbeitsgerichts

Das Arbeitsgericht soll den Arbeitnehmer nach § 6 Satz 2 KSchG darauf hinweisen, dass er sich bei rechtzeitiger Klageerhebung

- im laufenden Kündigungsschutzverfahren
- bis zum Schluss der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung
- zur Begründung der Unwirksamkeit
- auch auf innerhalb der Klagefrist nicht geltend gemachte Gründe

berufen kann.

Eine **ausreichende Belehrung** kann folgenden Wortlaut haben:

"Die klagende Partei wird darauf hingewiesen, dass nur bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung in der 1. Instanz auch weitere Unwirksamkeitsgründe geltend gemacht werden können (§ 6 KSchG)".

Das Arbeitsgericht muss im Rahmen des § 6 Satz 2 KSchG nicht auf konkrete Unwirksamkeitsgründe hinweisen. Selbst dann nicht, *"wenn im Laufe des erstinstanzlichen Verfahrens deutlich wird, dass Unwirksamkeitsgründe in Betracht kommen. auf die sich der Arbeitnehmer bisher nicht berufen hat"* (BAG, 18.01.2012 - 6 AZR 407/10 - mit dem Hinweis, dass sich diese Pflicht allerdings aus § 139 geregelten materiellen **Hinweispflicht des Gerichts** ergeben kann).

§ 139 ZPO sagt in Abs. 1 und 2:

"(1) Das Gericht hat das Sach- und Streitverhältnis, soweit erforderlich, mit den Parteien nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen. Es hat dahin zu wirken, dass die Parteien sich rechtzeitig und vollständig über alle Tatsachen erklären, insbesondere ungenügende Angaben zu den geltend gemachten Tatsachen ergänzen, die Beweismittel bezeichnen und die sachdienlichen Anträge stellen.

(2) Auf einen Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, darf das Gericht, soweit nicht nur eine Nebenforderung betroffen ist, seine Entscheidung nur stützen, wenn es darauf hingewiesen und Gelegenheit zur Äußerung gegeben hat. Dasselbe gilt für einen Gesichtspunkt, den das Gericht anders beurteilt als beide Parteien".

§ 6 Satz 2 KSchG ist sogar so zu sehen, dass das Arbeitsgericht einen

- weder anwaltlich
- noch gewerkschaftlich

vertretenen Arbeitnehmer auf seinen Regelungsgehalt hinweisen muss (BAG, 18.01.2012 - 6 AZR 407/10).

7.5 Rechtsfolgen

Stellt das Arbeitsgericht bei einer Beendigungskündigung fest, dass die Kündigung unwirksam ist, muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmer **weiterbeschäftigen**. Stellt das Arbeitsgericht fest, dass die Kündigung sozial gerechtfertigt ist, erfolgt eine **Klageabweisung**. Dann ist die Kündigung wirksam und das Arbeitsverhältnis endet zum vorgesehenen Zeitpunkt. Der Arbeitnehmer hat seinen **Rechtsstreit verloren**, sein Arbeitsverhältnis ist beendet.

Bei einer Änderungskündigung kann das Arbeitsgericht feststellen, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen sozial ungerechtfertigt ist. In diesem Fall gilt die Änderungskündigung als von Anfang an rechtsunwirksam (§ 8 KSchG). Bestätigt das Arbeitsgericht die soziale Rechtfertigung der Änderungskündigung, weist es die Klage ab. Der Arbeitnehmer muss nun **zu geänderten Bedingungen weiterarbeiten** oder selbst kündigen.

Das Arbeitsgericht fällt seine **Entscheidung über die Wirksamkeit der Kündigung** durch **Urteil**. Der unterliegende Teil kann gegen dieses Urteil Rechtsmittel einlegen. Damit wird die endgültige Entscheidung in die nächste Instanz ans **Landesarbeitsgericht** geschoben und auch dort muss - immerhin gibt es noch die Revision an das **BAG** - noch nicht Schluss sein. Während dieser Zeit droht vor allem für den Arbeitgeber das Risiko **Annahmeverzug**: Beschäftigt er seinen Mitarbeiter trotz unwirksamer Kündigung nicht, muss er ihm letztlich vielleicht sogar trotzdem noch sein Arbeitsentgelt oder Teile davon zahlen.

Wenn das Arbeitsverhältnis nach der gerichtlichen Entscheidung noch fortbesteht, muss sich der Arbeitnehmer auf das geschuldete **Arbeitsentgelt** nach § 11 KSchG anrechnen lassen,

- was er durch anderweitige Arbeit **verdient hat** (Nr. 1),
- was er **hätte verdienen können**, wenn er es nicht böswillig unterlassen hätte, eine ihm zumutbare Arbeit anzunehmen (Nr. 2),
- was ihm **an öffentlich-rechtlichen Leistungen** infolge Arbeitslosigkeit aus der Sozialversicherung, der Arbeitslosenversicherung, der Arbeitslosenhilfe oder Sozialhilfe für die Zwischenzeit **gezahlt worden ist** (Nr. 3).

Praxistipp:

Die Regelung in § 11 Satz 1 KSchG führt nicht dazu, dass sich der Arbeitgeber **auf Kosten der Sozialkassen** aus der Affäre ziehen kann. Er muss die in § 11 Satz 1 Nr. 3 KSchG genannten Beträge nämlich der Stelle erstatten, die sie geleistet hat (§ 11 Satz 2 KSchG). Das **Risiko des Annahmeverzuges** bleibt ihm. Und deswegen ist es in Fällen, die für den Arbeitgeber absehbar zum Prozessverlust führen, besser, sich mit dem Arbeitnehmer - sei es vor Gericht oder außergerichtlich - auf einen vernünftigen **Vergleich** zu einigen. Korrespondierend zu dieser Regelung bestimmt übrigens auch § 115 Abs. 1 SGB X : Soweit der Arbeitgeber den Anspruch des Arbeitnehmers auf Arbeitsentgelt nicht erfüllt und deshalb ein Leistungsträger Sozialleistungen erbracht hat, geht der Anspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber auf den Leistungsträger bis zur Höhe der erbrachten Sozialleistungen über.

Wenn der Arbeitnehmer nach der Kündigung ein **neues Arbeitsverhältnis** aufgenommen hat, kann er innerhalb einer Woche nach Rechtskraft des Urteils gegenüber seinem alten Arbeitgeber erklären, dass er die **Fortsetzung** des Arbeitsverhältnisses bei ihm verweigert (§ 12 Satz 1 KSchG). Mit Zugang der Erklärung erlischt das Arbeitsverhältnis (§ 12 Satz 3 KSchG). **Entgangener Verdienst** steht dem Arbeitnehmer in diesem Fall allerdings nur für die Zeit zwischen seiner Entlassung und dem Tage des Eintritts in das neue Arbeitsverhältnis zu (§ 12 Satz 4 KSchG).

7.6 Auflösungsantrag

Stellt das Arbeitsgericht fest, dass die Kündigung des Arbeitsverhältnisses **sozial nicht gerechtfertigt** ist und das Arbeitsverhältnis durch diese Kündigung **nicht aufgelöst** wird,

- kann es das Arbeitsverhältnis auf Antrag des Arbeitnehmers auflösen,
- wenn dem Arbeitnehmer die Fortsetzung dieses Arbeitsverhältnisses nicht zuzumuten ist,

- und den Arbeitgeber zur Zahlung einer angemessenen Abfindung -Allgemeines verurteilen (§ 9 Abs. 1 Satz KSchG).

Die gleiche Entscheidung trifft das Gericht auf Antrag des Arbeitgebers , wenn Gründe vorliegen, die eine den Betriebszwecken dienliche weitere **Zusammenarbeit** zwischen den Vertragspartnern **nicht erwarten** lassen (§ 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG).

Praxistipp:

Das Gericht darf nur über den Antrag entscheiden, wenn das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist. Ist die Kündigung sozial gerechtfertigt, muss es die Kündigungsschutzklage abweisen und darf den Arbeitgeber nicht zur Zahlung einer Abfindung verurteilen.

Arbeitgeber und Arbeitnehmer können ihren Antrag bis zum **Schluss der letzten mündlichen Verhandlung** in der Berufungsinstanz stellen (§ 9 Abs. 1 Satz 3 KSchG). Das Gericht hat für die Auflösung den **Zeitpunkt** festzusetzen, an dem es bei sozial gerechtfertigter Kündigung beendet worden wäre (§ 9 Abs. 2 KSchG). Das Arbeitsgericht kann als **Betrag für die Abfindung** zwölf Monatsverdienste festsetzen (§ 10 Abs. 1 KSchG). Als **Monatsverdienst** gilt, was dem Arbeitnehmer bei der für ihn maßgeblichen regelmäßigen Arbeitszeit in dem Monat, in dem das Arbeitsverhältnis endet, an Geld und Sachbezügen zusteht (§ 10 Abs. 3 KSchG). So ist für die **Abfindungshöhe** nicht bloß des Monatsgehalt oder der Monatslohn maßgeblich, es zählen beispielsweise auch anteiliges Urlaubsgeld, Provisionen und vermögenswirksame Leistungen dazu.

7.7 Vergleich

Die meisten Kündigungsrechtsstreite enden durch Vergleich . Das ist für die Parteien durchaus **vorteilhaft**. In der Rechtspraxis sind nämlich die wenigsten Fälle so eindeutig, dass man die Erfolgsaussichten zuverlässig einschätzen kann. Die häufigsten **Fehler bei einer Kündigung** macht der Arbeitgeber selbst.

Er mahnt z.B. bei einer verhaltensbedingten Kündigung nicht ab, hält sich bei einer personenbedingten Kündigung schon nach zehn Krankheitstagen für kündigungsberechtigt und entlässt bei einer betriebsbedingten Kündigung natürlich immer zuerst den ältesten Mitarbeiter, der bei der Sozialauswahl eben den sichersten Bestandsschutz hat. Solche Fälle sind einfach nicht zu gewinnen.

Daher ist es **sinnvoll**, sich - entweder außergerichtlich oder mithilfe des Arbeitsrichters - zu vergleichen. Das bringt beiden Parteien den **Vorteil**, ihren Rechtsstreit in kurzer Zeit abschließend beendet zu bekommen. Der Arbeitgeber kauft sich praktisch frei. Ansonsten bleibt ihm in Fällen, die er verlieren wird, nur die Möglichkeit, den Arbeitnehmer wieder einzustellen.

8. Verhältnis zu sonstigen Kündigungen

Der Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz bezieht sich auf **Kündigungen**, denen die soziale Rechtfertigung nach § 1 Abs. 1 u. 2 KSchG fehlt.

Auch wenn das Kündigungsschutzgesetz die Vorschriften über das **Recht zur außerordentlichen Kündigung** nicht berührt (§ 13 Abs. 1 Satz 1 KSchG), kann die Rechtsunwirksamkeit einer fristlosen Kündigung nur nach Maßgabe der §§ 4 Satz 1, 5 bis 7 KSchG geltend gemacht werden (§ 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG). Stellt das Gericht fest, dass die außerordentliche Kündigung unbegründet ist, ist jedoch dem Arbeitnehmer die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisse nicht zuzumuten, so hat das Arbeitsgericht auf seinen Antrag das Arbeitsverhältnis aufzulösen und den Arbeitgeber zur Zahlung einer angemessenen Abfindung zu verurteilen (§ 13 Abs. 1 Satz 3 KSchG). Das Gericht hat für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses den Zeitpunkt festzulegen, zu dem die außerordentliche Kündigung ausgesprochen wurde (§ 13 Abs. 1 Satz 4 KSchG). Die Vorschriften der §§ 10 , 11 und 12 KSchG gelten entsprechend (§ 13 Abs. 1 Satz 5 KSchG).

Verstößt eine Kündigung gegen die **guten Sitten**, finden die Vorschriften des § 9 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 KSchG und der §§ 10 , 11 und 12 KSchG entsprechende Anwendung (§ 13 Abs. 2 KSchG).

Wie lange die Unwirksamkeit aus anderen Gründen sonst noch geltend gemacht werden kann, ist eine Frage des Einzelfalls. Hier geht es bis an die Grenzen von **Rechtsmissbrauch und Verwirkung**. Es gibt keine feste Zeitgrenze.

9. Rechtsprechungs-ABC

An dieser Stelle werden einige der interessantesten **Entscheidungen** zu allgemeinen Fragen des Kündigungsschutzes **in alphabetischer Reihenfolge** nach Stichwörtern geordnet hinterlegt:

9.1 Abfindung

"Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2008/94/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2008 über den Schutz der Arbeitnehmer bei **Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers** ist dahin auszulegen, dass in einem Fall, in dem nach der betreffenden nationalen Regelung bestimmte, bei der vom Arbeitnehmer **gewollten Beendigung des Arbeitsvertrags** sowie bei der Entlassung aus objektiven Gründen geschuldete gesetzliche Entschädigungen wie die vom vorlegenden Gericht angeführten unter den Begriff 'Abfindung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses' im Sinne dieser Vorschrift fallen, auch **gesetzliche Entschädigungen** unter diesen Begriff fallen müssen, die bei der vom Arbeitnehmer gewollten Beendigung des Arbeitsvertrags wegen der Verlegung des Arbeitsorts durch den Arbeitgeber, die einen Wohnsitzwechsel des Arbeitnehmers erforderlich macht, geschuldet werden" (EuGH, 28.06.2018 - C-57/17 - Leitsatz - Spanien).

9.2 Altersdiskriminierung

"Art. 2 und Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf sind dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung, nach der die **Arbeitnehmer des öffentlichen Sektors**, die innerhalb eines bestimmten Zeitraums die Voraussetzungen für den Bezug einer vollen Altersrente erfüllen, bis zur Kündigung ihres Arbeitsvertrags in eine **Arbeitskräftereserve** versetzt werden, was zu einer Herabsetzung ihres Arbeitsentgelts, zum Verlust ihrer Aufstiegschancen und zu einer Kürzung oder gar zum Verlust der Entlassungsentschädigung führt, die ihnen bei Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses zugestanden hätte, nicht entgegenstehen, wenn mit dieser Regelung ein **rechtmäßiges Ziel der Beschäftigungspolitik** verfolgt wird und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind" (EuGH, 15.04.2021 - C-511/19 - Leitsatz - Griechenland).

9.3 Annahmeverzug

Das BGB sagt nicht konkret, **wann** der Annahmeverzug des Arbeitgebers im Zusammenhang mit einer Kündigung endet. Allgemein kann man von dem Grundsatz ausgehen, dass der Annahmeverzug in dem Zeitpunkt **zu Ende** ist, in dem seine Voraussetzungen nicht mehr vorliegen (so: BAG, 12.12.2012 - 5 AZR 93/12 u. BAG, 19.01.1999 - 9 AZR 679/97). Hat der Arbeitgeber eine **unwirksame Kündigung** erklärt, muss er den gekündigten Arbeitnehmer zur Arbeit auffordern , wenn er den Annahmeverzug beenden will. Daran ändert auch die Erledigung des Kündigungsrechtsstreits nichts: Der Arbeitnehmer ist selbst in diesen Fällen grundsätzlich nicht verpflichtet, von sich aus seine Arbeitskraft anzubieten.

Der Arbeitgeber gibt (auch) mit einer unwirksamen Kündigung zu erkennen, dass er seinen Mitarbeiter mit Zugang der Kündigung (außerordentliche Kündigung) oder nach Ablauf der Kündigungsfrist (ordentliche Kündigung) **nicht mehr beschäftigen** will. Insoweit darf der gekündigte Mitarbeiter regelmäßig die Aufforderung seines Arbeitgebers abwarten, wieder zur Arbeit zu kommen (s. dazu BAG, 12.12.2012 - 5 AZR 93/12 ; BAG, 16.05.2012 - 5 AZR 251/11 u. BAG, 09.08.1984 - 2 AZR 374/83). Überhaupt ist eine **Arbeitsaufforderung** zwingend, "wenn für den Arbeitnehmer nicht ohne Weiteres erkennbar ist, wann und wo er die Arbeit wieder aufnehmen soll" (so: BAG, 16.05.2012 - 5 AZR 251/11 u. BAG, 19.01.1999 - 9 AZR 679/97). Erfolgt trotz Aufforderung **keine Arbeitsaufnahme**, ist der Annahmeverzug des Arbeitgebers beendet. Jetzt kann nämlich ein fehlender Leistungswille des Arbeitnehmers angenommen werden (BAG, 19.01.2016 - 2 AZR 449/15 - mit dem Hinweis, dass der Anwendungsbereich des § 297 BGB ist nicht auf den Fall beschränkt ist, "in dem der Arbeitnehmer schon vor einer Kündigung nicht zu vertragsgemäßer Arbeitsleistung bereit war").

9.4 Anrechnung auf Zwischenverdienst

Der vereinfachte Fall: Arbeitnehmer A war bei Arbeitgeber G mit einer **Arbeitszeit von 12 Stunden/Woche** beschäftigt. G teilte A mit, dass er seinen Betrieb zum 31.12.2011 schließe und das Arbeitsverhältnis zu diesem Zeitpunkt ende. Hilfsweise kündigte G auch noch zum 31.11.2011 außerordentlich. A reichte eine Kündigungsschutzklage ein. Im **Kündigungsschutzverfahren** einigte er sich mit G via Vergleich auf eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 31.12.2013. Schon ab dem 01.01.2012 hatte A eine andere Arbeit mit einer **Arbeitszeit von 17 Stunden/Woche**. G meinte, A müsse sich den dort erzielten Zwischenverdienst auf den von ihm geschuldeten Verzugslohn anrechnen lassen.

Das BAG hat zu diesem Fall klargestellt, dass sich ein Arbeitnehmer **nicht den kompletten Zwischenverdienst** auf den Verzugslohn anrechnen lassen muss. § 11 KSchG scheidet hier als Anrechnungsvorschrift aus, weil sich die Parteien verglichen haben und es keine gerichtliche Entscheidung über das Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses gibt. Also kommt nur § 615 Satz 2 BGB als **Anrechnungsvorschrift** in Frage. Und der führt zu dem Ergebnis, dass nicht bloß die Höhe des Zwischenverdienstes zur berücksichtigen ist, sondern auch die gegenüber dem früheren Arbeitgeber **geschuldete Arbeitszeit**: "Nach § 615 Satz 2 BGB ist Zwischenverdienst auf den Vergütungsanspruch wegen Annahmeverzugs in dem Umfang anzurechnen, wie er dem Verhältnis der beim Arbeitgeber ausgefallenen Arbeitszeit zu der im neuen Dienstverhältnis geleisteten entspricht" (BAG, 24.02.2016 - 5 AZR 425/15 Leitsatz).

9.5 Arbeitsplatz schaffen?

Bei der **Ermessensausübung** muss der Arbeitgeber zum einen auf die Behinderung des Arbeitnehmers Rücksicht nehmen (§ 106 Satz 3 GewO), zum anderen aber auch auf dessen krankheitsbedingte Einschränkungen der **Leistungsfähigkeit**. Er muss dabei keinen leidensgerechten Arbeitsplatz erst schaffen. Wie der Arbeitgeber seinen Betrieb und die anfallende Arbeit organisiert und welche Arbeitsplätze er dazu einrichtet, kann er unternehmerisch selbst entscheiden . Er hat die **Planungshoheit** - bei der sein Betriebsrat im Rahmen des § 90 Abs. 1 Nr. 4 BetrVG mitzuwirken hat.

Die Planung der Arbeitsplätze ist nicht **Aufgabe der Arbeitsgerichte**. Sie "haben die planerischen Erwägungen des Arbeitgebers zu respektieren und nicht (...) durch eigene Organisationsvorstellungen zu ersetzen. Auch kündigungsrechtlich ist der Arbeitgeber als milderes Mittel gegenüber der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ggf. zur **Umgestaltung des Arbeitsplatzes** oder zur Weiterbeschäftigung zu geänderten Arbeitsbedingungen auf einem anderen, durch Umsetzung 'freizumachenden' Arbeitsplatz" gehalten (s. dazu BAG, 13.05.2015 - 2 AZR 565/14 u. BAG, 19.12.2013 - 6 AZR 190/12). Der Arbeitgeber ist dagegen nach § 241 Abs. 2 BGB "**nicht .. zur Schaffung** eines eigens auf den eingeschränkt leistungsfähigen Arbeitnehmer zugeschnittenen Arbeitsplatzes" verpflichtet (BAG, 28.06.2017 - 5 AZR 263/16) .

9.6 "Corona"-Kündigung

Der vereinfachte Fall: Arbeitgeber A - ein Musicalbetrieb - hatte sich entschieden, zum Schutz der Mitarbeiter und Zuhörer das so genannte **"2G-Modell"** einzuführen. Darstellerin D hatte mit ihm einen Arbeitsvertrag für die Proben und die Beschäftigung in einem Musical geschlossen. Nachdem A vor Vertragsbeginn erfuhr, dass D **ungeimpft** war, kündigte er ihr Arbeitsverhältnis ordentlich fristgerecht . D wehrte sich gegen die Kündigung, scheiterte jedoch mit ihrer Kündigungsschutzklage. Begründung u. a.: Der Arbeitgeber darf als Ausdruck seiner unternehmerischen Freiheit das 2G-Modell als **allgemeines Anforderungsprofil** für alle Arbeitsplätze im Betrieb durchsetzen. Da ist es keine gegen § 612a BGB verstoßende Maßregel , wenn die Durchsetzung des 2G-Modells mit der höchstpersönlichen Entscheidung D's, sich nicht impfen zu lassen, kollidiere (ArbG Berlin, 03.02.2022 - 17 Ca 11178/21 - mit der weiteren Feststellung, dass hier auch D's Angebot, täglich einen negativen Coronatest vorzulegen, kein anderes Ergebnis rechtfertige).

9.7 Diskriminierung (Geschlecht)

"Art. 14 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der **Chancengleichheit und Gleichbehandlung** von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen ist dahin auszulegen, dass eine nationale Regelung wie Art. 3 Abs. 7 des in das Gesetz Nr. 100 vom 29. Juni 2010 umgewandelten Gesetzesdekrets Nr. 64 vom 30. April 2010 in seiner auf den Sachverhalt der Ausgangsverfahren anwendbaren Fassung, nach der als **Tänzer** beschäftigte Arbeitnehmer, die das in dieser Regelung für Frauen und für Männer auf 45 Jahre festgesetzte

Renteneintrittsalter erreicht haben, während einer Übergangszeit von zwei Jahren eine Option wahrnehmen können, die ihnen die weitere Ausübung ihrer Berufstätigkeit ermöglicht, bis sie die in der zuvor geltenden Regelung vorgesehene Altersgrenze für die Weiterbeschäftigung von 47 Jahren für Frauen und 52 Jahren für Männer erreichen, eine nach dieser Richtlinie verbotene unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts schafft" (EuGH, 07.02.2018 - C-142/17 und C-143/17 - Leitsatz Italien).

9.8 Diskriminierung (Mutterschutz)

"1. Im Fall einer Schwangerschaft aufgrund einer Befruchtung außerhalb des Körpers (**In-vitro-Fertilisation**) greift das Kündigungsverbot des § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG ab dem Zeitpunkt der **Einsetzung einer befruchteten Eizelle** in die Gebärmutter (Embryotransfer). 2. Eine außerhalb des Geltungsbereichs des KSchG ausgesprochene Kündigung ist gemäß § 134 BGB i.V.m. § 7 Abs. 1 , §§ 1 , 3 AGG nichtig, wenn sie **wegen der beabsichtigten Durchführung** einer In-vitro-Fertilisation und der damit einhergehenden Möglichkeit einer Schwangerschaft erklärt wird" (BAG, 26.03.2015 - 2 AZR 237/14 Leitsätze).

9.9 Feststellungsklage des Arbeitgebers

Das KSchG sieht keinen "umgekehrten Kündigungsschutz" vor, mit dem sich ein Arbeitgeber gegen die Kündigung eines Mitarbeiters wehren kann. Ihm ist es daher nicht möglich, eine Kündigungsschutzklage i.S.d. § 4 KSchG zu erheben. Er braucht auch nicht die 3-wöchige Klagefrist des § 7 KSchG zu beachten, wenn er die **Eigenkündigung eines Mitarbeiters** angreifen möchte. Das kann er mit einer Feststellungsklage nach § 256 ZPO tun. Die setzt allerdings ein besonderes **Feststellungsinteresse** voraus. § 256 ZPO knüpft dabei an ein **gegenwärtiges Rechtsverhältnis** an (und nicht an ein bereits durch Kündigung beendetes, Anm. d. Verf.). "Wird die Klage auf Feststellung eines vergangenen Rechtsverhältnisses gerichtet, ist sie lediglich zulässig, wenn sich aus der Feststellung noch Rechtsfolgen für die Gegenwart oder die Zukunft ergeben" – was in dem hier vorgestellten Fall vom Gericht verneint wurde (BAG, 01.0.2020 – 2 AZR 214/20).

9.10 Freikündigung

Es gibt Fälle einer krankheitsbedingten Kündigung , in denen der Arbeitgeber - insbesondere nach Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements - verpflichtet ist, den **kranken Arbeitnehmer** auf einem **leidensgerechten Arbeitsplatz** weiterzubeschäftigen . Gibt es keinen freien geeigneten Arbeitsplatz, ist der Arbeitgeber gehalten, durch Ausübung seines Direktionsrechts einen entsprechenden Arbeitsplatz freizumachen. Eine "**Freikündigung**" des Arbeitsplatzes kommt in der Regel nicht in **Betracht** - schon gar nicht, wenn der Mitarbeiter auf diesem Arbeitsplatz den allgemeinen KSchG-Kündigungsschutz hat. Ob ohne KSchG-Schutz "anderes gilt, wenn der Stelleninhaber nicht seinerseits behindert ist und die Kündigung für ihn keine unzumutbare Härte darstellt", lässt das BAG bislang offen - weist aber gleichzeitig dem Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast für diesen Umstand zu (BAG, 20.11.2014 - 2 AZR 664/13).

9.11 Gelegenheitsarbeitsvertrag

"Art. 21 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union sowie Art. 2 Abs. 1 , Art. 2 Abs. 2 Buchst. a und Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der **Gleichbehandlung** in Beschäftigung und Beruf sind dahin auszulegen, dass sie einer Bestimmung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen, wonach ein Arbeitgeber mit einem Arbeitnehmer, der noch nicht das **25. Lebensjahr** vollendet hat, unabhängig von der Art der zu erbringenden Leistungen einen Gelegenheitsarbeitsvertrag schließen und diesen Arbeitnehmer entlassen kann, sobald er das 25. Lebensjahr vollendet, nicht entgegenstehen, sofern mit dieser Bestimmung ein **legitimes Ziel** der Beschäftigungs- und der Arbeitsmarktpolitik verfolgt wird und die zur Erreichung diese Ziels vorgesehenen Mittel angemessen und erforderlich sind" (EuGH, 19.07.2017 - C-143/16 - Leitsatz Italien).

9.12 Hilfe bei Einstellung einer Schwangeren

Der vereinfachte Fall: Arbeitgeber A, ein Bekleidungsunternehmen in Belgien, suchte neue Leute. Die im 3. Monat schwangere S bewarb sich bei ihm. M, eine Mitarbeiterin A's, führte mit ihr das **Bewerbungsgespräch**. A wollte S dann wegen ihrer Schwangerschaft doch nicht einstellen. Das teilte M der S in der Folgezeit mit, die daraufhin gegen A eine **Beschwerde nach dem belgischen Gendergesetz**

einreichte. M bekam die Kündigung wegen angeblicher - bestrittener - Mängel in der Ausführung ihr übertragener Aufgaben. M klagte gegen die Kündigung und berief sich u.a. auf den im belgischen Gendergesetz vorgesehenen **Schutz vor Vergeltungsmaßnahmen**. Dieses Gesetz schränkt den Schutz jedoch auf Zeugen und Zeugenaussagen in dem darin vorgesehenen Beschwerdeverfahren ein.

Die Vorabentscheidung des EuGH: "Art. 24 der Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der **Chancengleichheit und Gleichbehandlung** von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen entgegensteht, wonach in einer Situation, in der sich eine Person als **Opfer einer Diskriminierung** aufgrund des Geschlechts sieht, ein Arbeitnehmer, der sie in diesem Zusammenhang unterstützt hat, vor **Viktimisierung durch den Arbeitgeber** nur dann geschützt ist, wenn er als Zeuge im Rahmen der Untersuchung dieser Beschwerde aufgetreten ist und seine Zeugenaussage den in dieser Regelung vorgesehenen Formerfordernissen entspricht" (EuGH, 20.06.2019 - C-404/18 - Leitsatz - Belgien).

9.13 Kleinbetriebsklausel

§ 23 Abs. 1 KSchG legt den betrieblichen Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes fest und schließt so genannte Kleinbetriebe - bis zum 31.12.2003 nicht mehr als fünf Arbeitnehmer, ab dem 01.01.2004 nicht mehr als zehn Arbeitnehmer - vom allgemeinen Kündigungsschutz aus. "Betriebe" i.S.d. § 23 Abs. 1 KSchG sind allerdings nur Betriebe, die in der Bundesrepublik Deutschland liegen. Das heißt: Auch wenn eine **ausländische Arbeitsstätte** mit der deutschen einen Gemeinschaftsbetrieb bildet, zählen im Ausland beschäftigte Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis nicht dem deutschen Recht unterliegt, bei der Berechnung des Schwellenwerts nicht mit (BAG, 26.03.2009 - 2 AZR 883/07).

9.14 Kündigungserklärung

Kündigungen sind einseitige rechtsgeschäftliche **Willenserklärung** - und gehören zu den so genannten "rechtsvernichtenden (negativen) Gestaltungsrechten". Gestaltungsrechte gewähren "die Macht zur Gestaltung konkreter Rechtsbeziehungen durch einseitiges Rechtsgeschäft." Wird so ein **rechtsvernichtendes Gestaltungsrecht** ausgeübt, bricht der Erklärende damit "regelmäßig einseitig und unmittelbar in eine fremde rechtliche Sphäre" ein. "Die Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses führt die gewollten **Rechtswirkungen** zu dem gesetzlich vorgesehenen oder individuell bestimmten Zeitpunkt herbei. Ihre Gestaltungswirkung tritt aber bereits unmittelbar mit Zugang der einseitigen Willenserklärung, durch die sie ausgeübt wird, ein, wobei es auf die Rechtslage beim Zugang der einseitigen Willenserklärung ankommt" (BAG, 17.10.2017 - 9 AZR 80/17 - mit Hinweis auf BAG, 21.03.2013 - 6 AZR 618/11).

9.15 Lebensalter

Das Alter des zu kündigenden Arbeitnehmers ist nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG eines der Kriterien, das bei fehlender oder nicht ausreichender **Berücksichtigung** eine Kündigung wegen dringender betrieblicher Erfordernisse scheitern lassen kann. Das macht **Probleme** bei Arbeitnehmern fortgeschrittenen Alters - die wegen dieses Auswahlmerkmals vielleicht schutzwürdiger als jüngere Mitarbeiter sind. Grundsätzlich ja, aber: "Ein **regelaltersrentenberechtigter Arbeitnehmer** ist in einer Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG hinsichtlich des Kriteriums 'Lebensalter' deutlich weniger schutzbedürftig als ein Arbeitnehmer, der noch keine Altersrente beanspruchen kann" (BAG, 27.04.2017 - 2 AZR 67/16 - Leitsatz).

9.16 Leiharbeitnehmer

§ 23 Abs. 1 Satz 2 u. 3 KSchG knüpfen den **sachlichen Geltungsbereich** des Kündigungsschutzgesetzes an die **Betriebsgröße** und die "in der Regel" Beschäftigten an. Das können Arbeitnehmer sein, die mit dem Arbeitgeber, dessen Betrieb es zu beurteilen gilt, selbst einen Arbeitsvertrag geschlossen haben - die so genannte Stammbesellschaft. Nun ist es oft so, dass ein Arbeitgeber **anstelle eigener Mitarbeiter** Leiharbeitnehmer einsetzt. Sie sind bei einer an Sinn und Zweck des § 23 Abs. 1 KSchG orientierten Auslegung mitzuzählen, wenn ihr Einsatz auf einen "in der Regel" vorhandenen Personalbedarf zurückzuführen ist (BAG, 24.01.2013 - 2 AZR 140/12).

9.17 Prozessverwirkung

Auch das Recht, eine Kündigungsschutzklage zu erheben, kann verwirkt werden. Infolge der Verwirkung ist eine **trotzdem erhobene Klage unzulässig**. Aber: Die Annahme einer Prozessverwirkung ist **nur unter besonderen Voraussetzungen** gerechtfertigt. Dazu muss der Kläger seinen Rechtbehelf erst nach Ablauf eines längeren Zeitraums anbringen und beim Beklagten inzwischen ein Vertrauenstatbestand entstanden sein, dass er nicht mehr mit einer Klage zu rechnen braucht. Dabei "muss das **Erfordernis des Vertrauensschutzes** das Interesse des Berechtigten an der sachlichen Prüfung des von ihm behaupteten Anspruchs derart überwiegen, dass dem Gegner die Einlassung auf die nicht innerhalb angemessener Frist erhobene Klage nicht mehr zumutbar ist." Die Annahme einer Prozessverwirkung darf den Rechtsweg nicht in unzumutbarer - aus Sachgründen nicht zu rechtfertigender Weise - erschweren - was bei "den an das Zeit- und Umstandsmoment zu stellenden Anforderungen zu berücksichtigen" ist (BAG, 20.03.2018 - 9 AZR 508/17 - mit Hinweis auf BAG, 21.09.2017 - 2 AZR 57/17 u. BAG, 20.04.2011 - 4 AZR 368/09)

9.18 Schadensersatz trotz Rechtskraft?

"Die Rechtskraft eines Urteils, mit dem eine **Kündigungsschutzklage abgewiesen** wird, schließt grundsätzlich Ansprüche gegen den Arbeitgeber auf Ersatz etwaiger infolge der Beendigung des Arbeitsverhältnisses eingetretener **Vermögensschäden** aus. Allerdings gibt es Fälle, in denen sich die Rechtskraft gegenüber einem Schadensersatzanspruch nach § 826 BGB nicht durchsetzen kann. Ein solcher Fall ist anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer dadurch einen Vermögensschaden erlitten hat, dass der Arbeitgeber gegen ihn **vorsätzlich und sittenwidrig**, insbesondere arglistig durch Irreführung des Gerichts ein rechtskräftiges unrichtiges Urteil erwirkt hat" (BAG, 19.12.2019 – 8 AZR 511/18 – Leitsatz).

9.19 Urlaub - nach rechtswidriger Entlassung

"1. Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte **Aspekte der Arbeitszeitgestaltung** ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Rechtsprechung entgegensteht, wonach ein Arbeitnehmer, der rechtswidrig entlassen wurde und sodann nach nationalem Recht infolge der **Nichtigerklärung** seiner Entlassung durch eine Gerichtsentscheidung seine **Beschäftigung wieder aufgenommen** hat, deshalb keinen Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub für den Zeitraum zwischen dem Tag der Entlassung und dem Tag der Wiederaufnahme seiner Beschäftigung hat, weil er während dieses Zeitraums keine tatsächliche Arbeitsleistung für den Arbeitgeber erbracht hat."

"2. Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88 ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Rechtsprechung entgegensteht, wonach der betreffende Arbeitnehmer bei **Beendigung** eines Arbeitsverhältnisses, nachdem er rechtswidrig entlassen worden war und sodann nach nationalem Recht infolge der Nichtigerklärung seiner Entlassung durch eine Gerichtsentscheidung seine Beschäftigung wieder aufgenommen hatte, **keinen Anspruch auf eine finanzielle Vergütung** für während des Zeitraums vom Tag der rechtswidrigen Entlassung bis zum Tag der Wiederaufnahme seiner Beschäftigung nicht genommenen bezahlten Jahresurlaub hat" (EuGH, 25.06.2020 – C-762/18 u. C-37/19 – Leitsätze – Bulgarien/Spanien).

9.20 Urlaubsabgeltungsanspruch

Der Anspruch auf Urlaubsabgeltung entsteht gemäß § 7 Abs. 4 BUrlG **mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses**. Grundsätzlich wird er auch in diesem Zeitpunkt **fällig** (s. dazu BAG, 06.05.2014 - 9 AZR 758/12 u. BAG, 06.08.2013 - 9 AZR 956/11). Macht ein Arbeitnehmer seinen Abgeltungsanspruch bei Bestehen einer Ausschlussfrist nicht rechtzeitig nach Fälligkeit geltend, riskiert er den Verlust seines Abgeltungsanspruchs. Die **Erhebung einer Kündigungsschutzklage** reicht zur Fristwahrung nicht aus. "Mit der Erhebung einer Bestandsschutzklage bringt der Arbeitnehmer deutlich zum Ausdruck, dass er das für den Anspruch auf Urlaubsabgeltung maßgebliche Tatbestandsmerkmal der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses gerade als nicht gegeben ansieht" (BAG, 17.10.2017 - 9 AZR 80/17) .

9.21 Urlaubsabgeltungsanspruch - 2

"1. Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung in Verbindung mit Art. 31 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Vorschrift entgegensteht, wonach eine **Urlaubersatzleistung** für das laufende letzte Arbeitsjahr nicht gebührt, wenn der Arbeitnehmer bzw. die Arbeitnehmerin das Arbeitsverhältnis ohne wichtigen Grund **vorzeitig einseitig beendet**. 2. Der

nationale Richter braucht nicht zu prüfen, ob der **Verbrauch der Urlaubstage**, auf die der Arbeitnehmer Anspruch hatte, für diesen unmöglich war" (EuGH, 25.11.2021 – C-233/20 – Leitsätze – Österreich).

9.22 Verwirkung eines Arbeitsverhältnisses

Ist ein Arbeitsverhältnis erst einmal begründet worden, ist es fraglich, ob das Recht, sich auf seinen Bestand zu berufen, jemals verirken kann. "Verwirkung ist [nämlich] die **Folge einer illoyalen Verspätung der Rechtsausübung**" (so: BAG, 25.11.2010 - 2 AZR 323/09 und BGH, 26.02.2003 - XII ZR 66/01). Der Fortbestand des Dauerschuldverhältnisses Arbeitsverhältnis ist aber nicht davon abhängig, dass es ausgeübt wird. Lediglich aus einem **Dauerschuldverhältnis** entstandene subjektive Rechte können verirken. Ein Dauerschuldverhältnis selbst bleibt dagegen so lange bestehen, wie es im gegenseitigen Einvernehmen oder einseitig durch eine Kündigung beendet wird. "Dies spricht dafür, sie insofern mit dinglichen Rechten wie z.B. dem Eigentum für vergleichbar zu halten, die ebenfalls nicht verirken können, sondern **nur die aus ihnen folgenden Ansprüche**" (s. dazu BGH, 16.05.2014 - V ZR 181/13). Zudem könnten bei der Verwirkung eines Arbeitsverhältnisses Rechtspositionen erlöschen, die bereits nach einschlägigen gesetzlichen Vorgaben nicht verirken können (BAG, 21.04.2016 - 2 AZR 609/15 - mit Hinweis auf § 77 Abs. 4 Satz 3 BetrVG und § 4 Abs. 4 Satz 2 TVG sowie BAG, 18.02.2003 - 3 AZR 160/02 und dem Ergebnis, dass das Arbeitsverhältnis hier nicht verirkt ist).

9.23 Vorherige Anhörung

Das ArbG Gelsenkirchen hatte in einem 2010er Urteil verlangt, dass der Arbeitgeber seinen Mitarbeiter **vor jeder Kündigung** anhören müsse (ArbG Gelsenkirchen, 17.03.2010 - 2 Ca 319/10). Das BAG hat dieser Rechtsauffassung eine klare Absage erteilt. Für die Rechtsauffassung des ArbG Gelsenkirchen gibt es **im Gesetz keine Grundlage** - auch nicht § 242 BGB (Treu und Glauben), sagt das BAG. Eine vorherige Anhörung des Arbeitnehmers wird nur bei einer Verdachtskündigung verlangt. Selbst § 82 BetrVG ist keine Basis. Das dort "vorgesehene Recht, zu ihn betreffenden Maßnahmen des Arbeitgebers Stellung zu nehmen, bedeutet ... nicht, dass der Arbeitnehmer schon vor deren Durchführung Stellung nehmen können muss" (BAG, 10.04.2014 - 2 AZR 647/13).

9.24 Wahrung der Klagefrist

"Ein Änderungsschutzantrag nach § 4 Satz 2 KSchG wahrt die Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG für eine **nachfolgende Beendigungskündigung**, die **vor dem oder zeitgleich** mit dem 'Änderungstermin' der ersten Kündigung wirksam werden soll, jedenfalls dann, wenn der Kläger die Unwirksamkeit der Folgekündigung **noch vor Schluss der mündlichen Verhandlung** erster Instanz mit einem Antrag nach § 4 Satz 1 KSchG geltend macht" (BAG, 24.05.2018 - 2 AZR 67/18 - Leitsatz).

9.25 Weiterbeschäftigungsmöglichkeit

"Im Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes muss der Arbeitgeber einem Arbeitnehmer, dessen **bisheriger Arbeitsplatz weggefallen** ist, eine **anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit** i.S.d. § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Buchst. b, Satz 3 KSchG - ggf. im Wege der Änderungskündigung - auch dann anbieten , wenn sein unternehmerisches Konzept dahin geht, den **zeitlich ungewissen Beschäftigungsbedarf** mit einem Arbeitnehmer abzudecken, der wirksam befristet (weiter)beschäftigt werden kann. Die Möglichkeit, mit einem Stellenbewerber wirksam eine Befristung zu vereinbaren, stellt kein beachtliches, tätigkeitsbezogenes Anforderungsprofil dar" (BAG, 26.03.2015 - 2 AZR 417/14 - 2. Leitsatz).

9.26 Widerspruchslose Fortsetzung

Wenn ein Dienstverhältnis **nach Ablauf der Dienstzeit** – z.B. nach einer Kündigung – vom Verpflichteten mit Wissen des Berechtigten fortgesetzt wird, "so gilt es als auf unbestimmte Zeit verlängert, sofern nicht der andere Teil unverzüglich widerspricht" (§ 625 BGB ; für befristete Arbeitsverhältnisse gilt § 15 Abs. 5 TzBfG als Spezialnorm). Die **stillschweigende Verlängerung** des Arbeitsverhältnisses zu den bisherigen Arbeitsbedingungen tritt unabhängig vom Parteiwillen von Gesetzes wegen ein (s. dazu BAG, 21.11.2013 – 6 AZR 664/12). Die von § 625 BGB fingierte Fortsetzungsbereitschaft des Dienstberechtigten verlangt allerdings, dass ihm bekannt ist, dass der Dienstverpflichtete weiter für ihn Dienste leistet. Dazu muss der Dienstberechtigte entweder selbst oder über seine(n) Vertreter **Kenntnis von der Dienstleistung** haben.

"Ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit kommt zB dann nicht zustande, wenn lediglich Kollegen des Arbeitnehmers über dessen weiteres Verbleiben am Arbeitsplatz unterrichtet sind, die den Endzeitpunkt des Arbeitsverhältnisses nicht kennen und nicht zur Entscheidung über das weitere Verbleiben des Arbeitnehmers befugt sind" (BAG, 10.09.2020 – 6 AZR 94/19 (A)).

9.27 Wiedereinstellungsanspruch

Hat der Arbeitgeber eine nach § 1 Abs. 2 KSchG **wirksame betriebsbedingte Kündigung** ausgesprochen, stellt der Wiedereinstellungsanspruch einen gemäß § 242 BGB erforderlichen "**spezifischen Ausgleich** allein dafür dar, dass eine betriebsbedingte Kündigung nicht erst möglich ist, wenn der Arbeitsplatz tatsächlich nicht mehr zur Verfügung steht, sondern schon dann wirksam erklärt werden kann, wenn im Zeitpunkt ihres Zugangs die auf Tatsachen gestützte Vorausschau gerechtfertigt ist, dass jedenfalls zum Ablauf der Kündigungsfrist der die Entlassung erforderlich machende betriebliche Grund vorliegen wird" - wobei die spätere - tatsächliche - Entwicklung bei der Betrachtung außen vor bleibt (s. dazu BAG, 15.12.2011 - 2 AZR 42/10 u. BAG, 27.02.1997 - 2 AZR 160/96). Nach dem kündigungsrechtlichen Prognoseprinzip bleibt eine betriebsbedingte Kündigung daher auch in dem Fall wirksam, wenn sich die maßgeblichen Gegebenheiten in der Folgezeit wider Erwarten ändern. Der gekündigte Arbeitnehmer wird dadurch allerdings in seinem grundrechtlich - Art. 12 Abs. 1 GG - geschützten **Bestandsinteresse** beeinträchtigt - und deswegen kann über § 242 BGB - Treu und Glauben - eine Kompensation durch einen Wiedereinstellungseinspruch erforderlich sein (BAG, 19.10.2017 - 8 AZR 845/15 - mit Hinweis auf BAG, 20.10.2015 - 9 AZR 743/14 u. BAG, 25.10.2007 - 8 AZR 989/06).

9.28 Wiedereinstellungsanspruch im Kleinbetrieb?

In KSchG-Betrieben gibt das BAG gekündigten Arbeitnehmern unter bestimmten Umständen einen - gegebenenfalls sogar rückwirkenden - Wiedereinstellungsanspruch . Das ist u.a. der Fall, wenn sich zwischen dem Zugang einer betriebsbedingten Kündigung und dem Ablauf der Kündigungsfrist wider Erwarten herausstellt, dass der **Arbeitsplatz doch erhalten** bleibt (s. dazu BAG, 16.05.2007 - 7 AZR 621/06 und BAG, 28.06.2000 - 7 AZR 904/98), oder sich unvorhergesehen **auf einem freien Arbeitsplatz** i.S.d. § 1 Abs. 2 KSchG eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit auftut (s. dazu BAG, 26.01.2017 - 2 AZR 61/16 ; BAG, 15.12.2011 - 8 AZR 197/11 u. BAG, 25.09.2008 - 8 AZR 607/07). Obwohl der Weiterbeschäftigungsanspruch aus § 242 BGB - Treu und Glauben - hergeleitet wird, gilt für Nicht-KSchG-Betriebe: "Die in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Wiedereinstellungsanspruch nach wirksamer betriebsbedingter Kündigung entwickelten Grundsätze sind in Kleinbetrieben i.S.v. § 23 Abs. 1 Satz 2 bis Satz 4 KSchG **nicht anwendbar**" (BAG, 19.10.2017 - 8 AZR 845/15) .

9.29 Zwangsverrentung

Leistungsberechtigte (**Hartz IV-Empfänger**) sind gem. § 12a Satz 1 SGB II gesetzlich verpflichtet, "Sozialleistungen anderer Träger in Anspruch zu nehmen und die dafür erforderlichen **Anträge zu stellen**, sofern dies zur Vermeidung, Beseitigung, Verkürzung oder Verminderung der Hilfebedürftigkeit erforderlich ist." § 12a Satz 2 Nr. 1 SGB II schränkt die Regelung in Satz 1 insoweit ein, dass niemand verpflichtet ist, "bis zur Vollendung des 63. Lebensjahres eine Rente wegen Alters vorzeitig in Anspruch zu nehmen". Bleiben Leistungsberechtigte trotz Aufforderung untätig, darf der SGB II-Leistungsträger (was der Arbeitgeber bei älteren Mitarbeitern nicht kann und auch nicht erzwingen darf, Anm. d. Verf.) nach § 5 Abs. 3 Satz 1 SGB II den Rentenantrag stellen. Aber: "Liegt zwischen abschlagsbehafteter und abschlagsfreier Altersrente ein Abstand von vier Monaten, ist der Verweis auf die Altersrente mit Abschlägen **unbillig**, weil die Möglichkeit der Altersrente ohne Abschläge 'in nächster Zukunft' besteht" (BSG, 09.08.2018 - B 14 AS 1/18 R - Leitsatz).