

Der Kündigungsschutz - eine Übersicht

unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

Von Jan von Bröckel

Bitte beachten Sie die Hinweise auf der Startseite (<http://www.janvonbroeckel.de>) und im Impressum (<http://www.janvonbroeckel.de/impressum/impressum.html>). Sie können unter <http://www.janvonbroeckel.de/arbeitsleben/kuensch.pdf> überprüfen, ob eine neuere Fassung dieses Dokuments zur Verfügung steht.

Gliederung

Thema	Seite
Minimalvoraussetzungen für eine Kündigung	2
Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz	6
Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes	6
Rechtsschutz gegen die Kündigung – Die Kündigungsschutzklage	11
Verzicht auf Kündigungsschutzklage gegen Abfindung	13
Annahmeverzug bei Erfolg der Kündigungsschutzklage	14
Besonderer Kündigungsschutz von bestimmten Beschäftigten	17
Kündigungsschutz in der Insolvenz	19
Die Änderungskündigung	20
Weiterbeschäftigung nach Kündigung	22
Die außerordentliche (fristlose) Kündigung	23
Aufhebungsverträge	25
Abwicklungsverträge	26
Kündigungsschutz bei Massenentlassungen	27
Beschäftigungspolitische Effekte des Kündigungsschutzes	28



Den Text des Kündigungsschutzgesetzes finden Sie unter <http://www.gesetze-im-internet.de/kschg/index.html>, den Text des Bürgerlichen Gesetzbuches unter <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html>.

Wenn es um die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit geht, taucht in der politischen Diskussion immer wieder der Kündigungsschutz auf, dessen Lockerung zu mehr Beschäftigung führen soll. Auch bei den Bundestagswahlen 2005 und 2009 spielte er ein wichtiges Thema, während die Wahlprogramme zur Bundestagswahl am 22. September 2013 kaum Aussagen zum Kündigungsschutz treffen. Nach der im November 2005 von CDU, CSU und SPD abgeschlossenen Koalitionsvereinbarung beabsichtigte die Große Koalition den Kündigungsschutz im Prinzip beizubehalten, jedoch sollte es möglich sein, die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes in den ersten zwei Jahren der Beschäftigung auszuschließen. Das sollte auch gelten, wenn es um eine erneute Anstellung geht und seit der letzten Beschäftigung sechs Monate vergangen sind. Im Gegenzug wäre es mit Ausnahme von Existenzgründern nicht mehr möglich gewesen, ein Arbeitsverhältnis ohne Sachgrund bis zu zwei Jahre lang zu befristen. Diese Pläne wurden in der 16. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages (2005-2009) nicht umgesetzt. Die aus der Bundestagswahl am 27. September 2009 hervorgegangene Bundesregierung aus CDU, CSU und FDP beabsichtigte laut Koalitionsvereinbarung keine Veränderungen im Bereich des Kündigungsschutzes, obwohl die FDP im Wahlkampf für eine Lockerung eintrat (Schutz erst in Betrieben mit mehr als 20 Beschäftigten und mindestens zweijährigem Bestand des Arbeitsverhältnisses, Verzicht auf Kündigungsschutz gegen Abfindung).

Die letzten wichtigen Änderungen sind zum Jahresanfang 2004 in Kraft getreten. Am wichtigsten ist die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes in Betrieben von mehr als zehn Arbeitnehmern und die Einführung eines Abfindungsanspruchs bei Verzicht auf die Erhebung der Kündigungsschutzklage. Im wesentlichen kehrt man mit der Heraufsetzung der Mindestzahl zu einer Regelung zurück, die bereits in der Zeit vom 1. Oktober 1996 bis zum 31. Dezember 1998 galt, ohne dass die Arbeitslosigkeit deutlich gesenkt werden konnte.

Ziel des Kündigungsschutzes ist der Schutz des sozial Schwächeren vor Willkür. Bringt eine Reduzierung dieses Schutzes von Arbeitnehmern tatsächlich eine Belebung der Wirtschaft, schafft dies mehr Arbeitsplätze? Hieran sind Zweifel erlaubt. Im Dezember 2004, ein knappes Jahr seit Wirksamwerden der neuen Regelung, war die Arbeitslosenquote nur unwesentlich niedriger. So sank sie (bezogen auf alle zivilen Erwerbsperson) von 11 % im Januar 2004 auf 10,8 % im Dezember 2004 (vgl. Monatsberichte „Der Arbeits- und Ausbildungsmarkt in Deutschland“ der Bundesagentur für Arbeit). Im Januar 2005 stieg die Quote dank Hartz IV auf 12,1 %. Führt auf der anderen Seite jede Ausdünnung zu einem System von „hire and fire“?

Minimalvoraussetzungen für eine Kündigung

Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses kommt vor allem in Betracht, wenn es auf **unbestimmte Zeit** eingegangen ist. Ein **befristetes Arbeitsverhältnis** endet in der Regel mit Ablauf der Zeit, für die es eingegangen ist; es unterliegt nur dann der ordentlichen Kündigung, wenn dies einzelvertraglich oder im anwendbaren Tarifvertrag vereinbart ist (§ 15 Absatz 3 Teilzeit- und Befristungsgesetz [TzBfG]).

Für Arbeitsverträge von Existenzgründern als Arbeitgeber in den ersten vier Jahren der Geschäftstätigkeit und Arbeitsverträge mit älteren Arbeitnehmern ab 52 Jahren, die unmittelbar vor Beginn der Beschäftigung mindestens vier Monate beschäftigungslos waren oder Transferkurzarbeitergeld bezogen haben oder an einer öffentlich geförderten Beschäftigungsmaßnahme teilgenommen haben, ist der Kündigungsschutz erheblich eingeschränkt, weil befristete Arbeitsverträge in diesen Fällen keines Sachgrundes für eine Befristung bedürfen, die befristete Einstellung der oben genannten älteren Arbeitnehmer ist bis zu fünf Jahren möglich (§ 14 Absatz 3 Teilzeit- und Befristungsgesetz i.d.F. des Gesetzes zur Verbesserung der Beschäftigungschancen älterer Menschen vom 19.04.2007; Änderung aufgrund des Urteils des Europäischen Gerichtshofes C-144/04 = NJW 2005,3695, das in der Ermöglichung der sachgrundlosen Befristung allein aufgrund des Alters einen Verstoß gegen die Richtlinie 2000/78/EG erblickte).

Es gibt gewisse Punkte, die bei einer Kündigung auf jeden Fall zu beachten sind, unabhängig davon, ob der betreffende Arbeitnehmer unter das Kündigungsschutzgesetz fällt oder nicht.

Eine **Kündigung** ist auf jeden Fall **schriftlich** auszusprechen, eine nur mündlich, telefonisch, per E-Mail oder Fax oder durch schlüssiges Verhalten ausgesprochene Kündigung ist unwirksam (§ 623 BGB). Die Kündigung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, sie muss daher dem Empfänger zugegangen sein. Schriftform setzt voraus, dass die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift (oder notariell beglaubigten Handzeichens) unterzeichnet worden ist (§ 126 BGB). Die Kündigung muss von allen vertretungsberechtigten Mitgliedern einer Gesellschaft oder Körperschaft unterschrieben worden sein, eine Stellvertretung ist aber zulässig und muss als solche gekennzeichnet werden (Bundesarbeitsgericht [BAG] Urteil vom 21. April 2005 zu Az. 2 AZR 162/04), der Bevollmächtigte muss die Vollmacht vorlegen, es sei denn der Gekündigte wurde vorher vom Arbeitgeber über die Vertretungsmacht des Bevollmächtigten informiert (§ 174 BGB, BAG Urteil vom 12.01.2006 Az. 2 AZR 179/05).

Außerdem ist bei der ordentlichen Kündigung eine **Kündigungsfrist** einzuhalten, das heißt die Kündigung kann erst einen gewissen Zeitraum nach ihrem Ausspruch wirksam werden. Die Fristen sind in § 622 BGB geregelt. Längere Fristen können in Tarifverträgen vereinbart werden bzw. es kann in Einzelarbeitsverträgen auf die Regeln eines anwendbaren Tarifvertrages Bezug genommen werden (§ 622 Absatz 4 BGB). Die Frist für eine Kündigung beträgt mindestens vier Wochen zum Fünfzehnten oder zum Ende eines Monats und erhöht sich mit zunehmender Beschäftigungsdauer (siehe unten stehende Tabelle, in Tarifverträgen kann

Abweichendes vereinbart werden). In einem Arbeitsvertrag können die gesetzlichen Kündigungstermine des § 622 Absatz 2 BGB (Monatsende) nicht abbedungen werden, auch nicht bei einer Kündigung mit längerer Kündigungsfrist als notwendig (BAG Urteil vom 21.08.2010, Az. 8 AZR 201/07 = NJW 2009,391; anders bei einem Tarifvertrag, § 622 Absatz 4 BGB).

mindestens 2 Jahre Beschäftigungsdauer	1 Monat zum Ende eines Kalendermonats
mindestens 5 Jahre Beschäftigungsdauer	2 Monate zum Ende eines Kalendermonats
mindestens 8 Jahre Beschäftigungsdauer	3 Monate zum Ende eines Kalendermonats
mindestens 10 Jahre Beschäftigungsdauer	4 Monate zum Ende eines Kalendermonats
mindestens 12 Jahre Beschäftigungsdauer	5 Monate zum Ende eines Kalendermonats
mindestens 15 Jahre Beschäftigungsdauer	6 Monate zum Ende eines Kalendermonats
mindestens 20 Jahre Beschäftigungsdauer	7 Monate zum Ende eines Kalendermonats

Zeiten vor der Vollendung des 25. Lebensjahres waren nach § 622 Absatz 2 Satz 2 BGB nicht zu berücksichtigen, der Europäische Gerichtshof sieht hierin aber einen Verstoß gegen die Antidiskriminierungsrichtlinie der Europäischen Union (Richtlinie 2000/78, unzulässige Benachteiligung wegen des Alters) und hält die deutschen Gerichte für verpflichtet, diese Vorschrift erforderlichenfalls nicht anzuwenden (Urteil vom 19. Januar 2010 Az. C-555/07 = NJW 2010,427). Ebenso unanwendbar sind entsprechende Klauseln in Tarifverträgen (BAG Urteil vom 29.09.2011 Az. 2 AZR 177/10).

Bei der Berechnung der Beschäftigungszeit nach § 622 Absatz 2 BGB sind Zeiten eines vorangegangenen Ausbildungsverhältnisses zu berücksichtigen (Urteil des BAG vom 09.09.2010 Az. 2 AZR 714/08 = NJW 2011,1626).



Bild oben: Sitzungssaal des Europäischen Gerichtshofs in Luxemburg, dessen Rechtsprechung auch Auswirkungen auf das deutsche Arbeitsrecht hat

Eine kürzere Frist als die Vier-Wochen-Frist kann im Einzelfall einzelvertraglich vereinbart werden

a) in Betrieben mit nicht mehr als 20 Arbeitnehmern ausschließlich der Auszubildenden per Einzelarbeitsvertrag (Arbeitnehmer mit einer Arbeitszeit von weniger als 20 Stunden zählen dabei mit 0,5 und weniger als 30 Stunden mit 0,75),

b) wenn der Arbeitnehmer zur vorübergehenden Aushilfe eingestellt ist und das Arbeitsverhältnis nicht länger als drei Monate dauert (§ 622 Absatz 5 BGB).

Für den Arbeitnehmer darf keine längere Frist als für den Arbeitgeber vereinbart werden (§ 622 Absatz 6 BGB). Ein Verstoß hiergegen führt zur Unwirksamkeit der kürzeren Kündigungsfrist des Arbeitgebers und zur Anwendung der längeren Kündigungsfrist für die Arbeitgeberkündigung und nicht zur Anwendung der gesetzlichen Kündigungsfrist (Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 2. Juni 2005 zu Az. 2 AZR 296/04, § 89 Absatz 2 Satz 2 HGB analog).



Für den gekündigten Arbeitnehmer muss aus dem Kündigungsschreiben ersichtlich sein, zu welchem Termin das Beschäftigungsverhältnis enden soll. In der Regel wird dazu der Kündigungstermin oder die Kündigungsfrist genannt. Es ist aber auch ausreichend, auf die maßgeblichen gesetzlichen Fristen hinzuweisen, wenn der Betroffene hierdurch unschwer ermitteln kann, zu welchem Termin das Arbeitsverhältnis enden soll (BAG Urteil vom 20.06.2013 Az. 6 AZR 805/11, *Quelle: Pressemitteilung des BAG Nr. 41/13*).

Während einer vertraglich vereinbarten **Probezeit**, die längstens sechs Monate dauern darf, kann das Arbeitsverhältnis innerhalb einer zweiwöchigen Frist gekündigt werden (§ 622 Absatz 3 BGB). Der Empfänger einer Kündigung kann sich nach Treu und Glauben nicht auf den verspäteten Zugang der Kündigung berufen, wenn er die Zugangsverzögerung selbst zu vertreten hat. Er muss sich dann so behandeln lassen, als habe der Kündigende die entsprechenden Fristen gewahrt (Bundesarbeitsgericht [BAG] Urteil vom 22. September 2005 zu Az. 2 AZR 366/04).

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) hat nach der Intention des Gesetzgebers keine Auswirkungen auf Kündigungen (§ 2 Absatz 4 AGG). Nach dem Bundesarbeitsgericht finden die Diskriminierungsverbote des AGG aber beim Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz Anwendung (Urteil vom 06.11.2008 Az. 2 AZR 701/07).

Wenn in dem Betrieb ein **Betriebsrat** besteht, muss dieser vor Ausspruch der Kündigung gehört werden, eine ohne Anhörung des Betriebsrates ausgesprochene Kündigung ist unwirksam (§ 102 Betriebsverfassungsgesetz [BetrVG]). In Betrieben ab fünf volljährigen Beschäftigten (mit mindestens sechsmonatiger Betriebszugehörigkeit ausschließlich der Auszubildenden) dürfen die Arbeitskräfte einen Betriebsrat bilden. (Bei Beschäftigten im öffentlichen Dienst gelten die Regeln des Personalvertretungsrechts, für den Bund § 79 Bundespersonalvertretungsgesetz, für die Länder entsprechende Landesgesetze). Der Arbeitgeber muss die aus seiner Sicht tragenden Gründe dem Betriebsrat mitteilen, eine aus Sicht des Arbeitgebers bewusst unrichtige oder unvollständige und damit irreführende Darstellung stellt keine ordnungsgemäße Anhörung dar (BAG Urteil vom 24.11.2005 Az. 2 AZR 514/04). Im Kündigungsschutzprozess ist es dem Arbeitgeber verwehrt, Gründe für die Kündigung nachzuschieben, die bei der Anhörung nicht mitgeteilt wurden (BAG Urteil vom 2. Juni 2005 zu Az. 2 AZR 480/04 = NJW 2006,315). Mängel im Anhörungsverfahren, die im Verantwortungsbereich des Betriebsrats entstehen, sind unbeachtlich (BAG Urteil vom 06.10.2005 Az. 2 AZR 316/04). Das Anhörungsrecht kann der Betriebsrat auf den Betriebsausschuss übertragen (§§ 27 Absatz 2 Satz 2, 28 Absatz 2 BetrVG; *ein Betriebsausschuss ist eine Untergliederung des Betriebsrates, wenn dieser aus mindestens neun Mitgliedern besteht oder mehr als 100 Arbeitnehmer dem Betrieb angehören*). Auch wenn das Arbeitsverhältnis noch nicht sechs Monate besteht, ist der Arbeitgeber zur Unterrichtung des Betriebsrats verpflichtet. Allerdings ist dabei zu berücksichtigen, dass die sechsmonatige Wartezeit der beiderseitigen Überprüfung dient und es ausreicht, wenn der Arbeitgeber bei einer nicht auf Tatsachen gestützten Kündigung seine subjektiven Wertungen mitteilt (BAG Urteil vom 28.06.2007 Az. 6 AZR 750/06).

(Weitergehende Beteiligung des Betriebsrates: nach § 102 Absatz 6 BetrVG können Arbeitgeber und Betriebsrat in einer Betriebsvereinbarung vereinbaren, dass Kündigungen der Zustimmung des Betriebsrates bedürfen und dass bei Meinungsverschiedenheiten über die Verweigerung der Zustimmung die Einigungsstelle entscheidet; gegen deren Entscheidung können die Parteien das Arbeitsgericht anrufen. Mit der Ersetzung der Zustimmung kann die Kündigung ausgesprochen werden).

Hat ein Arbeitgeber die Formvoraussetzungen beachtet, fällt der Arbeitnehmer aber nicht unter das Kündigungsschutzgesetz, ist es schwierig, der Wirksamkeit der Kündigung entgegenzutreten. Hier sollte man die zivilrechtlichen Generalklauseln beachten, wonach die Ausübung eines Rechts nicht gegen die guten Sitten (§ 138 BGB), gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) und insbesondere gegen das Schikaneverbot (§ 226 BGB) verstoßen darf. Im Rahmen dieser Generalklauseln ist auch der objektive Gehalt der Grundrechte zu beachten (Bundesverfassungsgericht Beschluss vom 27.01.1998 Az. 1 BvL 15/87 = BVerfGE 97,169 = NJW 1998,1475). Die Berufung auf diese allgemeinen Vorschriften darf aber nicht dazu führen, die Maßstäbe der Sozialwidrigkeit nach dem Kündigungsschutzgesetz gerade auf solche Beschäftigungsverhältnisse auszudehnen, die nicht unter das Kündigungsschutzgesetz fallen. Jedoch ist auch

bei der Kündigung eines Arbeitnehmers im Kleinbetrieb ein Mindestmaß sozialer Rücksichtnahme zu beachten, sonst wäre die Entlassung treuwidrig. Beispiel für Verstöße gegen Treu und Glauben: widersprüchliches Verhalten, Ausspruch der Kündigung zur Unzeit oder in verletzender Form, Kündigung allein wegen gleichgeschlechtlicher Orientierung des Arbeitnehmers (BAG Urteil vom 23.06.1994 Az. 2 AZR 617/93 = BAGE 77,128 = NJW 1995,275) oder Weiterbeschäftigung eines erheblich weniger schutzbedürftigen vergleichbaren Arbeitnehmers anstelle des Gekündigten (BAG Urteil vom 21.02.2001 Az. 2 AZR 15/00 = BAGE 97,92). Eine Benachteiligung durch eine Kündigung wegen des Geschlechts oder der rechtmäßigen Ausübung von Arbeitnehmerrechten ist nicht erlaubt (§§ 611 a, 612 a BGB). Eine für Kündigungen interessante Regelung findet sich in Artikel 30 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Nach dieser Vorschrift hat jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten Anspruch auf Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung. Wie weit diese Norm auf Arbeitsverhältnisse in Deutschland Einfluss hat, ist umstritten. Jedenfalls sieht das Bundesarbeitsgericht diesen Schutz durch die Möglichkeit, die Kündigung nach dem nationalen Recht auf ihre Vereinbarkeit mit den guten Sitten (§ 138 BGB) oder auf einen Verstoß gegen das Prinzip von Treu und Glauben (§ 242 BGB) überprüfen zu können, als gewährleistet an (Beschluss vom 08.12.2011, Az. 6 AZN 1371/11 = NJW 2012,1613).

Freistellung

Bis zum Ablauf des Arbeitsvertrages ist der Arbeitnehmer grundsätzlich weiter zu beschäftigen, eine **Freistellung** ist nur ausnahmsweise möglich (eine entgegenstehende Klausel in einem Arbeitsvertrag bzw. in allgemeinen Vertragsbedingungen des Arbeitgebers kann unwirksam sein, § 307 BGB, Urteil des Arbeitsgerichts Frankfurt am Main vom 19.11.2003 zu Az. 2 Ga 251/03). Dies bedeutet, dass der Arbeitnehmer seinen Vergütungsanspruch behält, wenn dem Arbeitgeber die Arbeitskraft tatsächlich angeboten wird (§ 615 BGB). Voraussetzung hierfür ist, dass dem Arbeitnehmer die Erbringung der vertraglich geschuldeten Leistung möglich ist, hieran fehlt es im Fall einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit (der Arbeitnehmer hat aber einen Anspruch auf Lohnfortzahlung nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz, die Beweislast für die Arbeitsunfähigkeit während der Freistellung hat der Arbeitgeber als Gläubiger der Arbeitsleistung, Urteil des BAG vom 23.01.2008 Az. 5 AZR 393/07 = NJW 2008,1550). Anderweitig erzielter Verdienst während des Annahmeverzugs des Arbeitgebers mindert aber den Vergütungsanspruch, die Darlegungs- und Beweislast für diese anspruchsmindernde Voraussetzungen trifft den Arbeitgeber. Jedoch kann der Arbeitgeber vor Geltendmachung eines derartigen Anspruchs entsprechende Auskünfte vom Arbeitnehmer verlangen (entsprechend § 74 c HGB). § 615 BGB ist aber nicht anwendbar bei einer vertraglich vereinbarten Freistellung, wozu die entsprechende Annahmeerklärung des Arbeitnehmers nicht ausdrücklich erklärt werden muss (§ 151 BGB). Ein Annahmeverzug kommt nicht in Betracht, wenn der Arbeitgeber seinen Vertragspartner zur Abgeltung von Urlaubsansprüchen freigestellt hat (BAG Urteil vom 19. März 2002 zu Az. 9 AZR 16/01). Zur Frage einer Beschäftigungspflicht nach Ablauf der Kündigungsfrist s.u...

Freistellung und Urlaub: Wenn der Arbeitgeber den Gekündigten bis zum Ablauf des Arbeitsverhältnisses von der Arbeit freigestellt hat unter Anrechnung noch nicht gewährten Urlaubs, sind damit Urlaubsansprüche abgegolten, der Arbeitgeber muss hierzu nicht besonders betonen, dass die Urlaubserteilung unwiderrufflich ist (BAG Urteil vom 14.03.2006 Az. 9 AZR 11/05). Stellt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer bei Ausspruch der Kündigung unter Anrechnung der Urlaubsansprüche von der Arbeitsleistung frei, ist in der Regel davon auszugehen, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die zeitliche Festlegung der Urlaubszeit überlässt, im Übrigen die Annahme der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers ablehnt und so gemäß § 293 BGB in Annahmeverzug gerät (BAG Urteil vom 06.09.2006 Az. 5 AZR 703/05 = NJW 2007,2796). Läuft die Kündigungsfrist über den Jahreswechsel, etwa eine im November erklärte Kündigung zum 31. März des Folgejahres, und stellt der Arbeitgeber den Gekündigten von der Arbeitsleistung unter Anrechnung von dessen Urlaubsansprüchen frei, muss die Erklärung des Arbeitgebers über die Urlaubsgewährung hinreichend bestimmt sein, ob der Urlaubsanspruch für das zu Ende gehende Jahr, den Teilurlaubsanspruch bis zum Kündigungstermin im Folgejahr oder der Urlaubsanspruch für das ganze Folgejahr erfüllt werden soll (letzteres wird relevant, wenn die Kündigung vom Arbeitsgericht für unwirksam erklärt wird, BAG Urteil vom 17.05.2011 Az. 9 AZR 189/10 = NJW 2012,3386).

Sozialversicherungspflicht während der Freistellung: Im Fall einer Freistellung besteht die Sozialversicherungspflicht fort bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses unabhängig davon, ob es sich a) um eine einvernehmliche und unwiderrufliche oder b) um eine einseitige und widerrufliche Freistellung handelt (Urteil des Bundessozialgerichts vom 24.09.2008 Az. B 12 KR 27/07 R). Eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung liegt auch in Fällen einer Freistellung von mehr als einem Monat vor, wenn während der Freistellung Arbeitsentgelt aus einem Wertguthaben (Zeitwertkonten/Arbeitszeitkonten) fällig ist (§ 7 Absatz 1 a SGB IV).

Meldung bei Arbeitsagentur nach Kündigung: Bei versicherungspflichtig in der Arbeitslosenversicherung Beschäftigten (auch in der Gleitzone) ist der **Arbeitgeber verpflichtet, den Arbeitnehmer** vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses **auf seine Pflicht zur Arbeitssuchendmeldung bei der Agentur für Arbeit hinzuweisen** und ihn gegebenenfalls hierfür freizustellen (§ 2 Absatz 2 Nummer 3, 37 b, 144 Absatz 6 Sozialgesetzbuch Drei [SGB III]); eine Verletzung dieser Pflicht begründet keinen Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers (Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 29. September 2005 zu Az. 8 AZR 571/04). Ab dem 1. Januar 2006 muss die Arbeitssuchendmeldung spätestens drei Monate vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses persönlich erfolgen, und, wenn zwischen der Kenntnis des Beendigungszeitpunktes und der Beendigung des Arbeitsverhältnisses weniger als drei Monate liegen, muss die Arbeitssuchendmeldung innerhalb von drei Tagen nach Kenntnis des Beendigungszeitpunktes erfolgen (§ 38 Absatz 1 SGB III), ansonsten kann nach dem neuen Recht eine Sperrzeit von einer Woche verhängt werden (§ 144 Absatz 6 SGB III n.F.; nach dem alten Recht minderte sich das Arbeitslosengeld für jeden Tag der verspäteten Meldung um einen bestimmten Betrag, dessen Höhe vom Bemessungsentgelt abhing, vgl. § 140 SGB III). Eine Sanktion setzt aber eine verschuldete Unkenntnis von der Obliegenheit zur frühzeitigen Meldung voraus; hieran kann es fehlen, wenn der Arbeitgeber nicht auf die Obliegenheit zur rechtzeitigen Meldung hinweist (Urteil des Bundessozialgerichts vom 25. Mai 2005 zu Az. B 11 a/11 AL 81/04 R = NJW 2005,3803). Eine telefonische Arbeitslosmeldung ist nach einer Gesetzesänderung zum 1. Mai 2007 ausreichend, wenn die persönliche Meldung nach terminlicher Vereinbarung nachgeholt wird (§ 38 Absatz 1 Satz 3 SGB III).

Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz

Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG)

Seit der Neuregelung genießen den gesetzlichen Kündigungsschutz Arbeitnehmer in Betrieben mit **mehr als zehn Arbeitnehmern**, wobei es eine Besitzstandsregelung für diejenigen gibt, in deren Betrieb **bereits am 31.12.2003 mehr als fünf Arbeitnehmer** tätig waren. Bei einem Arbeitgeberwechsel nach dem 31.12.2003 stellt sich die Frage, ob in dem neuen Betrieb mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt sind (§ 23 Absatz 1 Satz 2 und 3 KSchG). Dabei werden nach dem 31.12.2003 eingestellte Arbeitskräfte erst nach Überschreiten der Grenze von 10 Arbeitskräften mit gerechnet. Andererseits wirkt es sich aus, wenn nach dem 31.12.2003 ein Arbeitnehmer aus einem Betrieb ausscheidet, der bislang mehr als fünf Arbeitskräfte hatte und daher unter die Besitzstandsregelung fiel. Bei einem späteren Absinken der Zahl der am 31.12.2003 beschäftigten Arbeitnehmer auf fünf oder weniger genießt keiner der im Betrieb verbliebenen „Alt-Arbeitnehmer“ weiterhin Kündigungsschutz, soweit in dem Betrieb einschließlich der seit dem 01.01.2004 eingestellten Personen insgesamt nicht mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt werden. Dies gilt auch dann, wenn für ausgeschiedene "Alt-Arbeitnehmer" andere Arbeitnehmer eingestellt worden sind (Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 21.09.2006 Az. 2 AZR 840/05). In der Kleinbetriebsklausel sieht das Bundesarbeitsgericht keinen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz (Urteil vom 28.10.2010 Az. 2 AZR 392/08).



Teilzeitbeschäftigte sind wie folgt zu berücksichtigen: bei einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von

weniger als 20 Stunden mit 0,5 und bei einer Arbeitszeit von nicht mehr als 30 Stunden mit 0,75. Auszubildende spielen bei der Berechnung der Beschäftigtenzahl keine Rolle.

Bei der Frage nach der Anzahl der im Betrieb Beschäftigten kommt es auf den Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung an, der Gekündigte selbst ist mitzuzählen (BAG Urteil vom 22.01.2004 Az. 2 AZR 237/03 = NJW 2004,1818 = BAGE 109,215). Im Kündigungsschutzprozess muss der Arbeitnehmer darlegen und beweisen, dass der Betrieb die erforderliche Anzahl von Beschäftigten für die Anwendbarkeit der Regeln über die Sozialwidrigkeit einer Kündigung nach dem Kündigungsschutzgesetz aufweist, der Arbeitgeber muss sich daraufhin vollständig zur Anzahl der Beschäftigten erklären, dann noch bestehende Unklarheiten gehen zu Lasten des Klägers (BAG Urteil vom 26.06.2008 Az. 2 AZR 264/07). Bei einem **Betriebsübergang** tritt der Erwerber in die Rechte und Pflichten des bestehenden Arbeitsverhältnisses ein, der im ursprünglichen Arbeitsverhältnis erwachsene Kündigungsschutz geht nicht mit dem Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den Betriebserwerber über, wenn dort nicht der Schwellenwert des § 23 KSchG erreicht ist (BAG Urteil vom 15.02.2007 Az. 8 AZR 397/06, *Ausnahme: Spaltung oder Teilübertragung i.S. von § 323 Absatz 1 Umwandlungsgesetz*).

Bei der Anzahl der im Betrieb Beschäftigten sind auch im Betrieb im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung eingesetzte Arbeitskräfte (Leiharbeitnehmer) als Betriebsangehörige zu berücksichtigen, wenn der Einsatz auf einem „in der Regel“ vorhandenen Personalbedarf beruht, auch wenn im Verhältnis zum Betriebsinhaber kein Arbeitsverhältnis besteht. Die Gründe für die Herausnahme von Kleinbetrieben aus der Anwendbarkeit der Vorschriften über die soziale Rechtfertigung von Kündigungen rechtfertigt keine Unterscheidung danach, ob die regelmäßige Personalstärke des Betriebs auf dem Einsatz eigener oder „entliehener“ Arbeitskräfte beruht. Die Kleinbetriebsklausel trägt der häufig engen persönlichen Zusammenarbeit, der zumeist geringen Finanzausstattung und der stärkeren Belastung kleinerer Betriebe mit dem Verwaltungsaufwand bei einer Kündigung Rechnung (Urteil des BAG vom 24.01.2013 Az. 2 AZR 140/12).

Außerdem muss der Arbeitnehmer in dem Betrieb **länger als sechs Monate** beschäftigt gewesen sein (§ 1 Absatz 1 KSchG). Ist diese Zeit noch nicht erreicht, kann eine Kündigung gegen § 242 BGB verstoßen und nichtig sein, wenn sie aus Gründen, die von § 1 KSchG nicht erfasst sind, Treu und Glauben verletzt (BAG Urteil vom 22.05.2003 zu Az. 2 AZR 426/02, § 242 BGB solle nicht dazu dienen, dass über Umwegen dennoch das KSchG zur Anwendung kommt, abzustellen ist auf den jeweiligen Einzelfall, typische Fälle sind Treuwidrigkeit sind Rechtsmissbrauch und Diskriminierungen). Für den Sechs-Monats-Zeitraum bleiben Unterbrechungen der Beschäftigung beim gleichen Arbeitgeber außer Betracht, wenn zwischen vorangegangenem und gekündigtem Arbeitsverhältnis ein enger sachlicher Zusammenhang besteht (BAG Urteil vom 22.05.2003 Az. 2 AZR 426/02, die Tatsache, dass ein Arbeitnehmer eines vorangegangenen befristeten Beschäftigungsverhältnisses nach dessen Ablauf keine Entfristungsklage erhebt, steht einem engen sachlichen Zusammenhang nicht entgegen; des Weiteren setzt ein enger sachlicher Zusammenhang nicht den nahtlosen Übergang von einem Arbeitsverhältnis zum nächsten bis zum Erreichen der Sechs-Monats-Grenze voraus, Urteil des BAG vom 07.07.2011 Az. 2 AZR 12/10 = NJW 2012,475).

Zu ihrer Wirksamkeit bedarf die Kündigung eines **Kündigungsgrundes**, sonst ist sie sozial ungerechtfertigt (§ 1 Absatz 1 und 2 KSchG). Für die Beurteilung der sozialen Rechtfertigung einer Kündigung kommt es grundsätzlich auf den Zeitpunkt des Kündigungszugangs an (BAG Urteile vom 12. April Az. 2 AZR 256/01 und 27. November 2003 Az. 2 AZR 48/03 und 2. Juni 2005 Az. 2 AZR 480/04).

Sozial gerechtfertigt kann die Kündigung sein,

- aus Gründen in der Person des Beschäftigten (personenbedingte Kündigung)
- aus Gründen im Verhalten des Beschäftigten (verhaltensbedingte Kündigung)
- aus dringenden betrieblichen Erfordernissen (betriebsbedingte Kündigung).

Mit der Neuregelung definiert das Gesetz abschließend bestimmte Kriterien, bei deren ungenügender Beachtung eine betriebsbedingte Kündigung trotzdem sozial ungerechtfertigt sein kann (§ 1 Absatz 3 KSchG). Diese Kriterien sind:

- a) Dauer der Betriebszugehörigkeit,
- b) Lebensalter,
- c) Unterhaltspflichten,
- d) Schwerbehinderung des Arbeitnehmers.

Der Arbeitgeber muss danach prüfen, welcher Arbeitnehmer aufgrund dieser Sozialdaten am wenigsten auf seinen Arbeitsplatz angewiesen ist. Daneben privilegiert das neue Recht für den Betrieb besonders wichtige Arbeitnehmer, die nicht in die Sozialauswahl einzubeziehen sind, weil deren Weiterbeschäftigung insbesondere wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen oder zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur im berechtigten betrieblichen Interesse liegt (§ 1 Absatz 3 Satz 2 KSchG). Eine Sozialauswahl ist demnach nur zwischen für den Betrieb gleich entbehrlichen Arbeitskräften durchzuführen. Dabei kommt keinem der im Gesetz genannten Kriterien eine Priorität gegenüber den anderen zu (BAG, Urteil vom 02.06.2005 zu Az. 2 AZR 480/04 = NJW 2006,315 [318]). Zur Durchführung der Sozialauswahl darf ein Arbeitgeber die sozialen Gesichtspunkte mit einem Punktesystem bewerten, so dass bei der Auswahl der zu kündigenden Arbeiter diejenigen am wenigsten Schutz beanspruchen können, die die niedrigste Anzahl von Punkten aufweisen. Unterläuft dem Arbeitgeber bei der Auswahl nach Punkten ein Fehler, ist dieser Fehler unbeachtlich, wenn der Arbeitgeber nachweist, dass der gekündigte Arbeitnehmer auch bei richtiger Erstellung der Rangliste anhand des Punktesystems zur Kündigung angestanden hätte (BAG Urteil vom 09.11.2006 Az. 2 AZR 812/05 = NJW 2007,2429 und fünf weitere Entscheidungen vom gleichen Tag). In einem derartigen Punktesystem ist die Zuteilung von Punkten nach dem Lebensalter und die Bildung von Altersgruppen auch nach Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes möglich (BAG Urteil vom 06.11.2008 Az. 2 AZR 701/07). Zur Sicherung einer ausgewogenen Altersstruktur kann die Sozialauswahl auch innerhalb einer Altersgruppe vorgenommen werden (z.B. 21-30 Jahre alte Beschäftigte, 31-40 Jahre alte usw.). Das Lebensalter ist dann nur im Rahmen der jeweiligen Gruppe von Bedeutung. Hierin liegt keine verbotene Altersdiskriminierung (BAG Urteil vom 15.12.2011 Az. 2 AZR 42/10).

Unter Umständen ist es in einer Individualvereinbarung möglich, frühere Beschäftigungszeiten beim Arbeitgeber oder bei einem anderen Unternehmen auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit anzurechnen (dies darf nicht rechtsmissbräuchlich sein und allein eine Umgehung der Sozialauswahl bezwecken, BAG Az. 2 AZR 480/04). Die Erhaltung einer ausgewogenen Altersstruktur ist auf Seiten des Arbeitgebers aner kennenswert, es ist nicht allein auf soziale Härtekriterien abzustellen, sondern es können Altersgruppen gebildet werden und innerhalb einer Gruppe kann eine Auswahl vorgenommen werden (BAG Urteil vom 06.07.2006 Az. 2 AZR 442/05).

Dringende betriebliche Erfordernisse können beruhen auf wirtschaftlichen Unternehmensentscheidungen, etwa eine bestimmte Produktion stillzulegen oder zu rationalisieren oder auf äußeren Einflüssen (Rohstoffmangel, Absatzschwierigkeiten). Eine Organisationsentscheidung des Unternehmens zur gänzlichen oder teilweisen Umstrukturierung des Unternehmens, die zum Abbau von Arbeitsplätzen führt, ist gerichtlich nur daraufhin zu überprüfen, ob sie offenbar unvernünftig oder willkürlich ist und ob sie ursächlich für den vom Arbeitgeber geltend gemachten Änderungsbedarf ist (BAG Urteile vom 27.09.2001 zu Az. 2 AZR 246/00 und vom 10. November 1994 zu Az. 2 AZR 242/94, vom 05.10.1995 zu Az. 2 AZR 269/95 = BAGE 81, 86, 97, vom 18.10.2000 zu Az. 2 AZR 465/99 = BAGE 96, 95, vom 07.12.2000 zu Az. 2 AZR 391/99, vom 22.04.2004 Az. 2 AZR 385/03, vom 23.06.2005 zu Az. 2 AZR 642/04 und vom 23.04.2008 zu Az. 2 AZR 1110/06 = NJW 2008,3309; die Vermutung spricht für eine sachliche Begründetheit der Umstrukturierung, die Beweislast für das Gegenteil trifft den Arbeitnehmer). Die nicht justitiable Entscheidung des Unternehmers kann nicht nur in einer (Um-)Gestaltung der Arbeitsabläufe, sondern auch darin liegen, festzulegen, mit welcher Stärke der Belegschaft des Betriebs zukünftig das Unternehmensziel erreicht werden soll bzw. welche Kapazität an einzusetzenden Arbeitskräften und ihrer Arbeitszeit vorgehalten werden muss. Führen aber die betrieblichen Umstände nicht zu einer Reduzierung des Arbeitsvolumens im Betrieb, so liegt kein dringendes betriebliches Erfordernis zur Beendigung eines Arbeitsverhältnisses vor (BAG Urteile vom 19. Mai 1983 Az. 2 AZR 594/82 = BAGE 73, 151 und 24. April 1997 Az. 2 AZR 352/96 = BAGE 85, 358 und 18. Dezember 1997 Az. 2 AZR 709/96 = BAGE 87, 327 sowie vom 2. Juni 2005 Az. 2 AZR 480/04).



Das Arbeitsgericht überprüft nicht die unternehmerische Entscheidung auf ihre Zweckmäßigkeit oder sachliche Rechtfertigung. Das Bedürfnis für die Beschäftigung des Arbeitnehmers muss entfallen sein. Offenbar unsachlich können z.B. Unternehmerentscheidungen sein, die unmittelbar oder mittelbar gegen Gesetze oder Verträge verstoßen, ihrer Umgehung dienen, oder die sich nur unter Verstoß gegen Gesetzes- bzw. Tarifrecht, gegen betriebsverfassungsrechtliche Vorgaben bzw. gegen Gesellschaftsverträge oder Satzungen realisieren lassen.

Bei der betriebsbedingten Kündigung darf der Arbeitgeber eine Prognose anstellen, wenn im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung davon ausgegangen werden kann, dass im Zeitpunkt des Kündigungstermins mit einiger Sicherheit der Eintritt eines die Entlassung erforderlich machenden betrieblichen Grundes gegeben sein wird (BAG Urteil vom 2. Juni 2005 Az. 2 AZR 480/04). Im Fall der Arbeitnehmerüberlassung rechtfertigen kurzfristige Auftragslücken keine betriebsbedingte Kündigung, da diese zum typischen Unternehmensrisiko eines Verleiherarbeiters gehören (BAG Urteil vom 18.05.2006 Az. 2 AZR 412/05). Die Sozialauswahl hat betriebsbezogen und nicht unternehmensbezogen zu erfolgen, ein betriebsübergreifendes Versetzungsrecht des Arbeitgebers ist unbeachtlich (BAG Urteile vom 02.06.2005 zu Az. 2 AZR 158/04 = NJW 2005,3446 und 15.12.2005 Az. 6 AZR 199/05 = NJW 2006,1757). Dies gilt auch dann, wenn ein Betriebsteil stillgelegt und der andere Betriebsteil auf einen Erwerber übertragen werden soll (BAG Urteil vom 28. Oktober 2004 Az. 8 AZR 391/03). Ebenso ist eine grundsätzlich bestehende konzernbezogene Weiterbeschäftigungsmöglichkeit unerheblich, Urteil des BAG vom 23.04.2008 Az. 2 AZR 1110/06 = NJW 2008,3309. Eine vom Arbeitgeber mit einer Stilllegungsabsicht begründete Kündigung ist nur dann sozial gerechtfertigt, wenn die geplante Maßnahme sich objektiv als Betriebsstilllegung und nicht als Betriebsveräußerung darstellt (BAG Urteil vom 27.10.2005 Az. 8 AZR 568/04 und vom 16.05.2002 Az. 8 AZR 319/01). Im Fall einer Betriebsstilllegung ist die Kündigung vor der tatsächlichen Stilllegung möglich, wenn die betrieblichen Umstände einer Betriebsstilllegung schon „greifbare Formen“ angenommen haben und eine vernünftige, betriebswirtschaftliche Betrachtung die Prognose rechtfertigt, dass bis zum Ablauf der einzuhaltenden Kündigungsfrist die Stilllegung durchgeführt sein wird (BAG Urteil vom 29.09.2005 Az. 8 AZR 647/04, daran fehlt es, wenn der Arbeitgeber im Zeitpunkt der Kündigung noch Verhandlungen über eine Veräußerung des Betriebes führt). Die für den Wegfall der Beschäftigung des Arbeitnehmers maßgeblichen Entwicklungen müssen bereits zum Kündigungszeitpunkt feststehen, eine bloße „Vorratskündigung“ ist nicht möglich (BAG Urteil vom 13.02.2008 Az. 2 AZR 543/06 = NJW 2008,3161). Wenn allen Beschäftigten eines Betriebs gekündigt wird, ist eine Sozialauswahl entbehrlich (BAG Urteil vom 10.10.1996 Az. 2 AZR 651/95).

Unter Betrieb versteht man die organisatorische Einheit, mit der ein Arbeitgeber sächliche und immaterielle Mittel unter Einsatz menschlicher Arbeitskraft zur Erreichung eines arbeitstechnischen Zwecks einsetzt. Der Kreis der in die Sozialauswahl einzubeziehenden vergleichbaren Arbeitnehmer richtet sich in erster Linie nach arbeitsplatzbezogenen Merkmalen, d.h. zunächst nach der ausgeübten Tätigkeit (Identität der Arbeitsplätze, aber auch, wenn der Arbeitnehmer auf Grund seiner Tätigkeit und Ausbildung eine andersartige, aber gleichwertige Tätigkeit ausführen kann. Die Notwendigkeit einer kurzen Einarbeitungszeit steht einer Vergleichbarkeit nicht entgegen; BAG Urteil vom 2. Juni 2006 Az. 2 AZR 480/04). Unberücksichtigt bleiben Mitarbeiter, denen nicht ordentlich gekündigt werden darf (BAG Urteil vom 17. November 2005 Az. 6 AZR 118/05).

Ein anzuerkennender Grund für eine betriebsbedingte Kündigung liegt prinzipiell auch vor, wenn ein Unternehmer bestimmte Aufgaben fortan nur noch von selbstständigen Unternehmern und nicht mehr mit eigenen Arbeitskräften durchführen will, soweit es sich nicht um Scheinselbstständige handelt (BAG Urteil vom 13.03.2008 Az. 2 AZR 1037/06 = NJW 2008,2872). Von einer unzulässigen, weil sozialwidrigen Austauschkündigung spricht man dagegen, wenn eigene Arbeitskräfte entlassen werden und diese durch andere Arbeitnehmer ersetzt werden, denen der Arbeitgeber weisungsbefugt ist. Dies gilt insbesondere für ausgeliehene Arbeitskräfte (Arbeitnehmerüberlassung)(Urteil des BAG vom 26.09.1996 Az. 2 AZR 200/06 = NJW 1997,885). Gleiches gilt im Fall der Übernahme eines Betriebsteils durch eine in das Unternehmen des Arbeitgebers finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch eingegliederte Gesellschaft (Organgesellschaft), die mit neu eingestellten Arbeitnehmern die bisherigen Arbeiten verrichtet (BAG Urteil vom 26.09.2002 Az. 2 AZR 636/01 = NJW 2003,2116).

Wegen eines Betriebsübergangs kann nicht gekündigt werden, eine Kündigung aus anderem Grund bleibt davon unberührt (§ 613 a Absatz 4 BGB).

Wiedereinstellungsanspruch: In Ausnahmefällen kann dem wirksam betriebsbedingt Gekündigten ein Anspruch auf Wiedereinstellung zustehen. Das ist dann der Fall, wenn sich die Vorstellung des Arbeitgebers über die fehlende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit des Arbeitnehmers nachträglich als unzutreffend herausstellt. Diese unvorhergesehene Weiterbeschäftigungsmöglichkeit muss sich zwischen dem Ausspruch der Kündigung und dem Ablauf der Kündigungsfrist ergeben, bei einer später entstehenden Weiterbeschäftigungsmöglichkeit besteht nur ausnahmsweise ein Wiedereinstellungsanspruch (dieser ist in den genannten Fällen durch Klage auf Abschluss eines Arbeitsvertrages zu verwirklichen; BAG Urteil vom 21.08.2008 Az. 8 AZR 201/07).

Bei den in der **Person** des Gekündigten **bedingten** Kündigungen kommen als Gründe z.B. mangelnde Eignung oder fehlerhafte Leistung in Betracht, bei **verhaltensbedingten Kündigungen** muss eine Vertragsverletzung vorliegen, die das Arbeitsverhältnis konkret beeinträchtigt und die Auflösung des Arbeitsverhältnisses in Abwägung der Interessen beider Parteien als billigenwert und vernünftig erscheinen lässt, etwa Vertragsverletzungen wie häufiges Zuspätkommen, Arbeitsverweigerung oder Störungen des Betriebsfriedens oder Verstoß gegen die Pflicht zur Rücksichtnahme. Diese Gründe brauchen nicht so ins Gewicht zu fallen, dass sie eine fristlose Kündigung rechtfertigen, sie müssen aber ein berechtigtes Bedürfnis nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses bedingen; außerdem darf keine andere zumutbare Beschäftigungsmöglichkeit bestehen. Entscheidend ist, ob das Fehlverhalten des Arbeitnehmers im Einzelfall geeignet ist, einen ruhig und verständig urteilenden Arbeitgeber zur Kündigung zu bestimmen. Zweck der verhaltensbedingten Kündigung ist nicht eine Sanktion, sondern die Vermeidung weiterer Pflichtverletzungen aufgrund einer Prognoseentscheidung (BAG Urteil vom 12.01.2006 Az. 2 AZR 179/05).

Bei einer verhaltensbedingten Kündigung kommt daher vor ihrem Ausspruch oftmals zunächst eine Abmahnung in Betracht, erst bei darauf folgendem Fehlverhalten darf dann gekündigt werden. Eine Abmahnung soll auf ordnungsgemäße Vertragserfüllung in der Zukunft hinzielen. Wenn jedoch nur wiederholt Abmahnungen ausgesprochen werden ohne eine nachfolgende Kündigung, kann dies zu einer „Entwertung“ der ausgesprochenen Abmahnungen führen; bei einer dritten Abmahnung muss das aber nicht notwendigerweise der Fall sein (BAG Urteil vom 16. September 2004 zu Az. 2 AZR 406/03). Die Notwendigkeit einer Abmahnung zur Beachtung der arbeitsvertraglichen Pflichten ist Ausdruck des Verhältnismäßigkeitsprinzips (das u.a. in § 314 Absatz 2 BGB seinen Ausdruck gefunden hat). Entbehrlich ist die Abmahnung, wenn eine Verhaltensänderung trotz Abmahnung nicht erwartet werden kann oder es sich um eine schwere Pflichtverletzung handelt, deren Rechtswidrigkeit dem Arbeitnehmer ohne weiteres erkennbar ist und die Hinnahme des Verhaltens durch den Arbeitgeber offensichtlich ausgeschlossen ist (§§ 314 Absatz 2 Satz 2, 323 Absatz 2 BGB, BAG Urteil vom 12.01.2006 Az. 2 AZR 179/05). Bei Tätlichkeiten unter Arbeitskollegen ist grundsätzlich keine Abmahnung erforderlich, eine Umsetzung auf einen anderen Arbeitsplatz ist dem Arbeitgeber grundsätzlich nicht zumutbar (BAG Urteil vom 06.10.2005 Az. 2 AZR 280/04). Ebenfalls keine Abmahnung kann für eine verhaltensbedingte Kündigung wegen erheblicher privater Nutzung des Dienst-PCs erforderlich sein (BAG Urteil vom 31.05.2007 Az. 2 AZR 200/06 = NJW 2007,2653, das kann der Fall sein bei einem unbefugten Download von Dateien, insbesondere mit Gefahr einer Vireninfection oder einer Rufschädigung des Arbeitgebers, zusätzlichen Kosten durch Internetnutzung oder Nichterbringung der Arbeitsleistung; zur fristlosen Kündigung siehe unten). Bei leistungsschwachen Arbeitnehmern kann eine längere überdurchschnittliche Fehlerhäufigkeit ein Indiz für eine Vertragsverletzung sein, nicht aber, wenn der Beschäftigte die Fehler trotz angemessener Ausschöpfung der persönlichen Leistungsfähigkeit verursacht (BAG Urteil vom 17.01.2008 Az. 2 AZR 536/06 = NJW 2008,3019).

Krankheitsbedingte Kündigung: Nicht ganz einfach ist die Kündigung aufgrund einer lang andauernden Erkrankung (personenbedingte Kündigung). Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (Urteile vom 12. April 2002 Az. 2 AZR 148/01 = BAGE 101, 39 und vom 29. April 1999 Az. 2 AZR 431/98 = BAGE 91, 271 sowie vom 21. Februar 1992 Az. 2 AZR 399/91) ist eine dreistufige Prüfung vorzunehmen:

1. Stufe: Negative Prognose hinsichtlich der voraussichtlichen Dauer der Arbeitsunfähigkeit,
2. Stufe: Darauf beruhende erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen feststellbar,

3. Stufe: Interessenabwägung ergibt, dass die betrieblichen Beeinträchtigungen zu einer billigerweise nicht mehr hinzunehmenden Belastung des Arbeitgebers führen.

Bei krankheitsbedingter dauernder Leistungsunfähigkeit ist in aller Regel ohne weiteres von einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen auszugehen. Wenn eine Umsetzung im Betrieb auf einen gleichwertigen oder geringer bewerteten Arbeitsplatz möglich ist, liegt keine erhebliche Beeinträchtigung vor (BAG Urteil vom 19.04.2007 Az. 2 AZR 239/06 = NJW 2007,3148). Für das Vorliegen der Voraussetzungen der krankheitsbedingten Kündigung trifft den Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast, wofür zunächst ausreichend ist, die bisherige Dauer der Erkrankung sowie bekannte Krankheitsursachen zu nennen. Trägt nun der Arbeitnehmer unter Hinweis auf ärztliche Aussagen vor, dass mit einer früheren Genesung zu rechnen ist, muss nunmehr der Arbeitgeber die Berechtigung der negativen Prognose vortragen, in der Regel durch ein medizinisches Sachverständigengutachten. Die Ungewissheit der Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit steht einer krankheitsbedingten dauernden Leistungsunfähigkeit dann gleich, wenn in den nächsten 24 Monaten mit einer anderen Prognose nicht gerechnet werden kann (BAG Urteil vom 12.04.2002 Az. 2 AZR 148/01 = NJW 2002,3271 = BAGE 101,39).

Des Weiteren kann bei einem Widerspruch des Betriebsrates eine Kündigung sozialwidrig sein, wenn sie gegen eine Richtlinie nach § 95 Betriebsverfassungsgesetz verstößt (BetrVG) oder eine Möglichkeit der Weiterbeschäftigung im Betrieb auf einem anderen Arbeitsplatz zu geänderten Arbeitsbedingungen besteht und der Arbeitnehmer hiermit einverstanden ist (§ 1 Absatz 2 Satz 2 KSchG); Arbeitgeber können in Richtlinien mit Zustimmung des Betriebsrats Kriterien für die Personalauswahl u.a. bei Kündigungen treffen. (Für Beschäftigte im öffentlichen Dienst gilt sinngemäß das Gleiche, § 1 Absatz 2 Satz 2 Nummer 2 KSchG; mitbestimmungspflichtig ist etwa die Einführung eines Punkteschemas bei der Sozialauswahl, Beschluss des Bundesarbeitsgerichts vom 26.07.2005 Az. 1 ABR 29/04; ein Verstoß gegen das Mitbestimmungsrecht der Personalvertretung bei derartigen Richtlinien führt aber nicht automatisch zur Rechtswidrigkeit der Kündigung, Urteil des BAG vom 06.07.2006 Az. 2 AZR 442/05 und vom 09.11.2006 Az. 2 AZR 812/05 = NJW 2007,2429; der Betriebsrat hat aber einen Unterlassungsanspruch gegen die mitbestimmungswidrige Einführung eines Punkteschemas). Die Pflicht zu einer Überprüfung einer alternativen Beschäftigungsmöglichkeit betrifft sowohl die ordentliche als auch die außerordentliche Kündigung, die **Änderungskündigung** (siehe unten) **geht der Beendigungskündigung vor** (BAG Urteil vom 27.09.1984 zu Az. 2 AZR 62/83 und Urteil vom 29.11.1990 zu Az. 2 AZR 282/90 sowie Urteil vom 21. April 2005 zu Az. 2 AZR 132/04).

Bei Entlassungen im größeren Stil, die zu einem **Interessenausgleich** zwischen Betriebsrat und Unternehmen geführt haben, kann die Sozialauswahl nur auf grobe Fehler überprüft werden, wenn die zu kündigenden Arbeitnehmer in einem Interessenausgleich namentlich bezeichnet sind (§ 1 Absatz 5 KSchG, § 125 Insolvenzordnung). In diesen Fällen gilt zunächst eine gesetzliche Vermutung, dass die Kündigungen durch betriebliche Gründe bedingt sind, der Arbeitgeber ist insofern nicht beweispflichtig. Dies gilt auch bei betriebsbedingten Änderungskündigungen (BAG Urteil vom 19. Juni 2007 Az. 2 AZR 304/06). In Tarifverträgen kann ein gegenüber dem KSchG erweiterter Kündigungsschutz vereinbart werden.; denkbar ist auch der Ausschluss der ordentlichen Kündigung, so dass gegenüber den durch den Tarifvertrag Begünstigten nur die außerordentliche Kündigung übrig bleibt (z.B. §§ 53 Absatz 3, 55 BAT bzw. § 34 Absatz 2 Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst [TVÖD]).

Rechtsschutz gegen die Kündigung – Die Kündigungsschutzklage

Wenn sich ein gekündigter Arbeitnehmer wehren will, hat er Kündigungsschutzklage zum örtlich zuständigen Arbeitsgericht zu erheben. Dies muss **innerhalb von drei Wochen** nach Zugang der Kündigung geschehen (§§ 4, 7 KSchG). Auch für Arbeitsverhältnisse, die nicht unter den allgemeinen Kündigungsschutz fallen, etwa weil das Arbeitsverhältnis noch nicht sechs Monate besteht, gilt die Drei-Wochen-Frist (BAG Urteil vom 09.02.2006 Az. 6 AZR 283/05 und vom 28.06.2007 Az. 6 AZR 873/06 = NJW 2007,2716). Diese Ausschlussfrist gilt für alle Gründe, die eine Rechtswidrigkeit der Kündigung bedingen können, nicht nur bei behaupteter Sozialwidrigkeit mit Ausnahme der mangelnden Schriftform. Ziel der Kündigungsschutzklage

ist die Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist. Die Frist gilt auch bei der Abwehr einer außerordentlichen (fristlosen) Kündigung (§ 13 KSchG). Wenn ein Arbeitgeber aber bei einer Kündigung die Kündigungsfrist übersehen hat, ist es dem Arbeitnehmer nicht verwehrt, eine Leistungsklage auf Zahlung des bis zum korrekten Kündigungstermins geschuldeten Lohns zu erheben, die Frist nach § 4 KSchG gilt hier nicht (BAG Urteil vom 15. Dezember 2005 zu Az. 2 AZR 148/05 = NJW 2006,2284) oder auch nach Ablauf der Drei-Wochen-Frist Kündigungsschutzklage zu erheben (BAG Urteil vom 06.07.2006 Az. 2 AZR 215/05 = NJW 2006,3513, es sei denn, der Arbeitgeber will am Arbeitsverhältnis festhalten, wenn die Kündigung zum ausgesprochenen Termin unwirksam sein sollte).

Nachschieben von Kündigungsgründen: Erfährt der Kündigende erst nach Ausspruch der Kündigung von weiteren Gründen, die eine Kündigung rechtfertigen, können diese im Verfahren der ersten Instanz uneingeschränkt nachgeschoben werden, wenn diese Gründe bereits vor Ausspruch der Kündigung entstanden sind. Das gilt auch für Gründe, die eine fristlose Kündigung rechtfertigen (s.u.), die Zwei-Wochen-Frist nach § 626 Absatz 2 Satz 1 BGB gilt hier nicht, der Betriebsrat ist aber vor dem Nachschieben von weiteren Gründen zu hören (BAG Urteil vom 04.06.1997 = NJW 1998,101).

Klagefrist versäumt: In Ausnahmefällen kann die Frist verlängert werden, wenn der Gekündigte nachweist, dass er trotz Anwendung aller ihm nach Lage der Umstände zuzumutenden Sorgfalt verhindert war, die Klagefrist einzuhalten (§ 5 KSchG). Der Antrag auf Fristverlängerung muss bis zu zwei Wochen nach Behebung des Hinderungsgrundes gestellt werden und die Angabe der die Zulassung begründenden Tatsachen enthalten. Zur Glaubhaftmachung ist eine eidesstattliche Versicherung zulässig. Sechs Monate nach Ende der ursprünglichen Klagefrist kann eine Verlängerung nicht mehr beantragt werden.

Ein Anwaltszwang besteht beim Arbeitsgericht nicht, die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts ist aber empfehlenswert, da der Kündigungsschutzprozess ein kontradiktorischer Zivilprozess ist, der durch die Dispositionsmaxime und den Beibringungsgrundsatz beherrscht wird. Dies bedeutet, dass die Parteien selbst das Verfahren in Gang setzen und den Umfang bestimmen und alle anspruchsbegründenden und anspruchvernichtenden Tatsachen selbst vortragen und beweisen müssen. Gewerkschaftsmitglieder können sich vom Rechtsschutzsekretär ihrer Gewerkschaft vertreten lassen. Bei der Erhebung der Klage kann man die Hilfe der Rechtsantragsstelle des Arbeitsgerichts in Anspruch nehmen. Gerichtsgebühren werden erst nach Abschluss des Verfahrens erhoben (§ 11 Gerichtskostengesetz), sie sind niedriger als im normalen Zivilprozess. Der Streitwert beträgt maximal drei Monatsgehälter, Abfindungen werden nicht hinzugerechnet (§ 42 Absatz 2 Gerichtskostengesetz). Minderbemittelte können Prozesskostenhilfe beantragen und versuchen, dass ihnen ein Rechtsanwalt beigeordnet wird. Wenn es nur um die Prüfung der Erfolgsaussichten einer Kündigungsschutzklage geht, können Minderbemittelte Beratungshilfe in Anspruch nehmen (im Land Bremen bei der Arbeitnehmerkammer).

Aufgepasst: Auch wenn man in erster Instanz obsiegt, muss im arbeitsgerichtlichen Verfahren der Verlierer nicht die Anwaltskosten der obsiegenden Partei erstatten (§ 12 a Arbeitsgerichtsgesetz), das heißt bei einer erfolgreichen Kündigungsschutzklage muss der klagende Arbeitnehmer in der ersten Instanz seinen Rechtsanwalt selbst bezahlen. Hierauf muss der Rechtsanwalt vor Übernahme des Mandats hinweisen. Deshalb empfiehlt sich für jeden Arbeitnehmer die Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft oder der Abschluss einer Rechtsschutzversicherung. Nach der wohl herrschenden Auffassung betrifft der Ausschluss der Kostenerstattung auch die außergerichtliche Tätigkeit des Rechtsanwalts (Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 15.05.2006 Az. 13 Sa 108/07 für die Zeit ab Inkrafttreten des neuen Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes).

Übrigens: Die meisten Kündigungsschutzprozesse enden mit einem Vergleich. Stellt das Gericht fest, dass die Kündigung rechtswidrig und dem Arbeitnehmer eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zuzumuten ist, löst das Gericht auf Antrag des Arbeitnehmers das Arbeitsverhältnis auf und verpflichtet den Arbeitgeber zu einer Abfindung. Ebenso kann das Gericht das Arbeitsverhältnis auf Antrag des Arbeitnehmers auflösen, wenn eine den Betriebszwecken dienende weitere Zusammenarbeit nicht zu erwarten ist (§ 9 KSchG). Die Abfindung darf bis zu zwölf Monatsverdienste betragen, bei älteren Arbeitnehmern und längerer Beschäftigungsdauer auch mehr (50 Jahre alt und 15 Jahre

Beschäftigungsdauer: 15 Monatsverdienste; 55 Jahre alt und 20 Jahre Beschäftigungsdauer: 18 Monatsverdienste; § 10 KSchG). Bei Massenentlassungen gelten Sonderregelungen (siehe unten). Nach dem Gesetz ist eine derartige Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch Richterspruch die Ausnahme, an die Auflösungsgründe sind strenge Anforderungen zu stellen. Eine Auflösung kommt vor allem dann in Betracht, wenn während des Kündigungsschutzprozesses zusätzliche Spannungen zwischen den Parteien auftreten, die eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses sinnlos erscheinen lassen (BAG Urteil vom 07.03.2002 Az. 2 AZR 158/01: Kündigungsschutzgesetz ist vorrangig ein Bestandschutz- und kein Abfindungsgesetz).

Hat der Arbeitnehmer frist- und formgerecht Kündigungsschutzklage erhoben und findet anschließend ein Betriebsübergang statt, kann der Prozess gegen den bisherigen beklagten Arbeitgeber fortgesetzt werden (BAG Urteil vom 16.05.2002 Az. 8 AZR 320/01).

Aus der Sicht der Arbeitslosenversicherung gibt es keine Obliegenheit des gekündigten Versicherten, gegen den Ausspruch einer rechtswidrigen Arbeitgeberkündigung gerichtlich vorzugehen (Bundessozialgericht Urteil vom 18.12.2003 Az. B 11 AL 35/03 R).

Verzicht auf Kündigungsschutzklage: Arbeitgeber und Arbeitnehmer können vereinbaren, dass der Arbeitnehmer auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage verzichtet. Soweit dies aber in einem Formular geschieht, unterliegt dies als allgemeine Geschäftsbedingung der Inhaltskontrolle nach dem BGB (§§ 307, 310 Absatz 4 BGB) und stellt eine unangemessene Benachteiligung des Gekündigten dar, wenn eine kompensatorische Gegenleistung des Arbeitgebers fehlt (BAG Urteil vom 06.09.2007 Az. 2 AZR 722/06 = BAGE 124,59).



Bild oben: Das Bundesarbeitsgericht ist das letztinstanzlich zuständige Gericht für arbeitsrechtliche Streitigkeiten. Seit 1999 hat es seinen Sitz in Erfurt.

Verzicht auf Kündigungsschutzklage gegen Abfindung (§ 1 a KSchG)

Als neuer beschäftigungspolitischer Effekt gedacht ist die mit dem Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt geschaffene Möglichkeit, im Fall der sozialbedingten Kündigung auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage zu verzichten und eine Abfindung in Anspruch zu nehmen, wenn der Arbeitgeber bei Ausspruch der Kündigung darauf hingewiesen hat (§ 1 a KSchG). Eine regelrechte Vereinbarung ist hierfür nicht notwendig, es genügt der Hinweis in der Kündigungserklärung auf die gesetzliche Möglichkeit und das Verstreichenlassen der Klagefrist. Außerdem muss es sich um eine betriebsbedingte Kündigung handeln. Die Höhe der Abfindung beträgt 0,5 Monatsverdienste für jedes Jahr der Beschäftigung; ein Zeitraum von mehr als sechs Monaten gilt als ein volles Jahr. Der Abfindungsanspruch in der gesetzlichen Höhe entsteht auch dann, wenn der Arbeitgeber informatorisch einen niedrigeren Betrag nennt (BAG Urteil vom 19.06.2007 Az. 1 AZR 340/06 = NJW 2008,169).

Der Anspruch auf eine Abfindung nach § 1 a KSchG entsteht mit Ablauf der Kündigungsfrist und ist vorher nicht vererblich (BAG Urteil vom 10.05.2007 Az. 2 AZR 45/06 = NJW 2007,3086). Eine erhobene Kündigungsschutzklage oder ein Antrag auf nachträgliche Zulassung der Klage stehen einer Abfindung nach § 1 a KSchG entgegen, und zwar auch dann, wenn Klage oder Antrag später zurückgenommen werden (BAG Urteil vom 13.12.2007 Az. 2 AZR 971/06 = NJW 2008,2061).

Klageverichtsvereinbarungen, die im unmittelbaren zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit dem Ausspruch einer Kündigung getroffen werden, bedürfen als Auflösungsverträge (§ 623 BGB) der Schriftform (BAG Urteil vom 19.04.2007 Az. 2 AZR 208/06). Diese ist bei einem Vertrag gewahrt, wenn die Unterschriften der Parteien auf derselben Urkunde erfolgen bzw., wenn über den Vertrag mehrere gleichlautende Urkunden erstellt werden, jede Partei die für die andere Partei bestimmte Urkunde unterzeichnet (§ 126 Absatz 2 BGB).

Übrigens: Ab dem 1. Januar **2006 entfällt die Steuerfreiheit** von Abfindungen wegen einer vom Arbeitgeber veranlassten oder gerichtlich ausgesprochenen Auflösung (Artikel 1 Nummer 1 a des Gesetzes zum Einstieg in ein steuerliches Sofortprogramm). **Bis zum 31.12.2005** waren **Abfindungen** bis zu einer Höhe von 7.200 EUR **steuerfrei** (§ 3 Nummer 9 Einkommensteuergesetz). Dies betrifft vor dem 1. Januar 2006 entstandene Ansprüche auf Abfindungen oder für Abfindungen wegen einer vor dem 1. Januar 2006 getroffenen Gerichtsentscheidung oder einer am 31. Dezember 2005 anhängigen Klage, soweit die Abfindung dem Arbeitnehmer bis zum 31. Dezember 2007 zufließt. Bei Arbeitnehmern, die das 50. Lebensjahr vollendet haben und deren Arbeitsverhältnis mindestens 15 Jahre gedauert hat, beträgt der Freibetrag 9.000 EUR und wenn der Arbeitnehmer das 55. Lebensjahr vollendet hat und das Arbeitsverhältnis mindestens 20 Jahre bestand, sind es 11.000 EUR. Der den Freibetrag übersteigende Teil wird aufgrund der so genannten Ein-Fünftel-Regelung privilegiert durch eine gemilderte Progression besteuert (§ 24, 34 Einkommensteuergesetz). Zu allen zu versteuernden Einnahmen wird ein Fünftel des steuerbaren Teils der Abfindung hinzugerechnet. Die verschiedenen Einkunftsarten werden addiert und dann hieraus der auf den steuerbaren Teil der Abfindung anzuwendende Steuersatz ermittelt (Differenz der Einkommensteuer auf das Einkommen ohne Abfindung und der Abfindung wird mit fünf multipliziert und ergibt die Einkommensteuer auf die außerordentlichen Einkünfte, gesamte Einkommensteuer ergibt sich durch Addition der Einkommensteuer auf Einkünfte ohne Abfindung und der durch Multiplikation mit fünf errechneten Einkommensteuer). Wenn aber die Abfindung in mehreren Jahren gezahlt wird, ist sie voll zu besteuern. Voraussetzung für die Steuerfreiheit ist, dass die Auflösung des Arbeitsverhältnisses vom Arbeitgeber veranlasst ist, dieser also die entscheidenden Ursachen für die Auflösung gesetzt hat. Das ist nach einem Urteil des Bundesfinanzhofs derjenige, der die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gewollt hat, was im Regelfall bei Zahlung einer Abfindung der Arbeitgeber ist, ein eventuelles Verschulden des Beschäftigten am Verlust des Arbeitsplatzes ist unschädlich (Urteil vom 10. November 2004 zu Az. XI R 64/03 = NJW 2005,527).

Daneben unterliegt die **Abfindung nicht der Sozialversicherungspflicht**, wenn sie – wie in der Regel – als Entschädigung für zukünftigen Verdienstausschlag und nicht für geleistete Dienste gezahlt wird. Wenn der Arbeitnehmer eine Entlassungsentschädigung erhält und das Arbeitsverhältnis nicht bis zum Ende der ordentlichen Kündigungsfrist aufrechterhalten wird, ruht in dieser Zeit der Anspruch auf Arbeitslosengeld (§ 143 a SGB III). Eine Abfindung als Arbeitsentgelt erhöht nicht den Anspruch auf Arbeitslosengeld (§ 131 Absatz 2 Nummer 1 SGB III). Empfängt der Entlassene die Abfindung während eines laufenden Bezugs von Arbeitslosengeld II, ist die Abfindung als Einkommen leistungsmindernd anzurechnen (Urteil des Bundessozialgerichts vom 03.03.2009 Az. B 4 AS 47/08 R).

Annahmeverzug bei erfolgreicher Kündigungsschutzklage

Hat die Kündigungsschutzklage Erfolg und stellt das Arbeitsgericht das weitere Bestehen des Arbeitsverhältnisses fest, hat der Arbeitnehmer Anspruch auf die vertraglich geschuldete Vergütung. Voraussetzung für den Annahmeverzug ist grundsätzlich ein entsprechendes Angebot des Leistungspflichtigen an den Leistungsberechtigten. Lehnt der Arbeitgeber die vom Gekündigten angebotene Arbeit ab, gerät der Arbeitgeber in Annahmeverzug nach § 615 und den §§ 293 ff. BGB mit der Folge, trotz der Nichtannahme der Arbeit den vertraglich geschuldeten Lohn entrichten zu müssen und ohne vom Arbeitnehmer Nachleistung verlangen zu können. Im Fall einer rechtskräftig festgestellten Unwirksamkeit der arbeitgeberseitigen Kündigung gerät der Arbeitgeber in der Regel in Annahmeverzug, wenn er den Arbeitnehmer nicht aufgefordert hat, die Arbeit wieder aufzunehmen, ihm also keinen funktionstüchtigen Arbeitsplatz zur Verfügung stellt (BAG Urteile vom 24.11.1994 Az. 2 AZR 179/94 und vom 24.09.2003 Az.

5 AZR 500/02) In der Kündigung liegt dann zugleich die Erklärung, die Arbeitsleistung nicht annehmen zu wollen, ein entsprechendes Angebot des Arbeitnehmers ist dann entbehrlich bzw. es dürfte in der Erhebung der Kündigungsschutzklage liegen. Der arbeitsunfähig erkrankte Arbeitnehmer braucht seine Arbeitsbereitschaft nach Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit nicht gesondert anzuzeigen, wenn Kündigungsschutzklage oder sonst Protest gegen die Kündigung erhoben worden ist.

Auf den geschuldeten Lohn muss sich aber der Arbeitnehmer anrechnen lassen, was er durch anderweitige Arbeit verdient hat (§ 11 Satz 1 Nummer 1 KSchG) und/oder durch zumutbare Arbeit hätte verdienen können, wenn er diese nicht böswillig unterlassen hätte (§ 11 Satz 1 Nummer 2 KSchG) und/oder was ihm von Sozialleistungsträgern (Agentur für Arbeit, Jobcenter, Sozialamt) infolge der Arbeitslosigkeit gezahlt worden ist (§ 11 Satz 1 Nummer 3 KSchG). Diese Zahlungen hat der Arbeitgeber dem Sozialleistungsträger zu erstatten (§ 11 Satz 2 KSchG); in Höhe der nicht erfüllten Lohnansprüche geht der Anspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber auf den Sozialleistungsträger über, begrenzt durch die Höhe der erbrachten Sozialleistungen (§ 115 SGB X).

Dies bedeutet, dass der Arbeitnehmer die Interessen des Arbeitgebers beachten muss und eine nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) und unter Beachtung des Grundrechts der freien Berufswahl (Artikel 12 Grundgesetz) zumutbare Beschäftigung ausüben muss, auch im gleichen Betrieb des Arbeitgebers befristet bis zur Entscheidung im Kündigungsrechtsstreit, und zwar auch zu geänderten Arbeitsbedingungen (BAG Urteile vom 22.02.2000 Az. 9 AZR 194/99 und vom 16.06.2004 Az. 5 AZR 508/03 = NJW 2005,1068 sowie BAGE 50,164 = NJW 1986,2846). Prinzipiell ist die Fortsetzung derselben Arbeit zu einer verminderten Vergütung sowohl beim bisherigen als auch bei einem anderen Arbeitgeber zumutbar. Die Frage der Zumutbarkeit ist unter Berücksichtigung aller Umstände nach Treu und Glauben zu bestimmen. Es gelten aber nicht die Zumutbarkeitskriterien der Bundesagentur für Arbeit (§ 121 SGB III, BAG Urteil vom 11.10.2006 Az. 5 AZR 754/05 = NJW 2007,2060). Zumutbar kann im Einzelfall auch eine objektiv vertragswidrige Arbeit beim gleichen Arbeitgeber sein (BAG Urteil vom 07.02.2007 Az. 5 AZR 422/06 = NJW 2007,2062). Bei einer verhaltensbedingten, insbesondere außerordentlichen Kündigung ist die Weiterbeschäftigung im gleichen Betrieb oftmals nicht zumutbar, da dieser Kündigungsgrund das Ansehen des Beschäftigten beeinträchtigt. Unter „Böswilligkeit“ ist das vorsätzliche Außerachtlassen einer dem Arbeitnehmer bekannten Gelegenheit zur Erwerbsarbeit zu verstehen, fahrlässiges Verhalten genügt nicht (BAG Urteile vom 24.09.2003 Az. 5 AZR 500/02 = BAGE 108,27 = NJW 2004,316 und vom 16.05.2000 Az. 9 AZR 203/99 = NJW 2001,243).

Allerdings ist ein (unwirksam) gekündigter Arbeitnehmer nicht verpflichtet, sich bei der Bundesagentur für Arbeit arbeitssuchend zu melden und deren Vermittlung in Anspruch zu nehmen (BAG Urteil vom 16.05.2000 Az. 9 AZR 203/99 = BAGE 94,343 = NJW 2001,243).

Problematisch ist es, wenn ein Gekündigter sowohl böswillig zumutbare Arbeit unterlässt und gleichzeitig Arbeitslosengeld bezieht. Wenn das Einkommen aus der böswillig unterlassenen Arbeit niedriger ist als die vertraglich wegen der gekündigten Beschäftigung geschuldete Vergütung, besteht ein Lohnanspruch nur hinsichtlich des Differenzbetrages. Wenn für den gleichen Zeitraum auch Arbeitslosengeld bezogen worden ist, ist dieses in Höhe des prozentualen Anteils des Differenzbetrages im Verhältnis zur arbeitsvertraglich geschuldeten Vergütung auf den Lohnanspruch des Arbeitnehmers anzurechnen (zusätzlich zum Lohn aus der böswillig unterlassenen Tätigkeit).

Beispiel (nachgebildet dem BAG-Urteil vom 11.01.2006 Az. 5 AZR 125/05 = NJW 2006,1452): Ein zum 30.11 gekündigter Angestellter verdient monatlich 2.113,20 € brutto. Es besteht für ihn die Möglichkeit, nach der Kündigung aus einer zumutbaren Beschäftigung 1.650 € brutto zu verdienen. Dies unterlässt er und bezieht stattdessen Arbeitslosengeld I in Höhe von 28 € monatlich. Wie hoch ist der Vergütungsanspruch des Gekündigten für den Zeitraum vom 1. Dezember bis zum 29. Februar? Für den dreimonatigen Zeitraum wären nach Arbeitsvertrag insgesamt 6.339,60 € Vergütung zu zahlen, wovon 4.950 € wegen unterlassener Alternativbeschäftigung abzuziehen sind (1.650 € x 3 = 4.950 €). Dies ergibt einen Differenzbetrag von 1.389,60 €. Dieser ist ins Verhältnis zu setzen zur Gesamtvergütung von 6.339,60 €, was einen Anteil von 21,92 % ergibt. Das gezahlte Arbeitslosengeld in Höhe von insgesamt 2.548 € (91 Tage x 28 €) ist in diesem

Verhältnis (21,919363 %, abgerundet auf 21,9 %) anzusetzen, was 558,01 € ergibt. Vom Arbeitgeber kann der Arbeitnehmer noch 831,59 € verlangen (1.389,60 € - 558,01 €).

Neues Arbeitsverhältnis eingegangen und erfolgreiche Kündigungsschutzklage: Ist der Gekündigte ein neues Arbeitsverhältnis eingegangen und stellt das Arbeitsgericht das Weiterbestehen des ersten Arbeitsverhältnisses fest, kann der unwirksam Gekündigte binnen einer Woche nach Rechtskraft des Urteils gegenüber dem alten Arbeitgeber schriftlich die Fortsetzung des alten Arbeitsverhältnisses verweigern (diese Möglichkeit besteht nicht bei Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit, BAG Urteil vom 25.10.2007 Az. 6 AZR 662/06 = NJW 2008,1466). Entgangener Verdienst ist in einem solchen Fall nur für die Zeit von der Entlassung bis zum Antritt des neuen Arbeitsverhältnisses zu gewähren (§ 12 KSchG).

Verfallbarkeit von Lohnansprüchen: Gerät der Arbeitgeber in Annahmeverzug, besteht für den Arbeitnehmer die Gefahr, dass er seinen Lohnanspruch verliert, weil tarif- oder individualvertragliche Abreden eine Ausschlussfrist für die Durchsetzung dieses Lohnanspruchs vorsehen. Grundsätzlich verjähren Lohnansprüche eines Arbeitnehmers nach drei Jahren, wobei die Verjährungsfrist beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Arbeitnehmer von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne große Fahrlässigkeit hätte erkennen können (§§ 195, 199 BGB). Durch die Erhebung einer Kündigungsschutzklage wird die Verjährung nicht gehemmt, wohl aber durch eine auf den rückständigen Lohn bezogene Klage bzw. durch die Erweiterung des Antrags in der Kündigungsschutzklage. Damit würden sich aber der Streitwert und somit die Gerichts- und Anwaltskosten erhöhen (§ 42 Absatz 3 Gerichtskostengesetz [GKG]).

In der Praxis des Arbeitslebens unterscheidet man zwischen ein- und zweistufigen Ausschlussfristen. Eine einstufige Ausschlussfrist setzt zeitliche Grenzen für die erfolgreiche Durchsetzbarkeit des Lohnanspruchs, während eine zweistufige Frist zunächst die schriftliche oder formlose Geltendmachung des Lohnanspruchs beim Arbeitgeber verlangt und eine Frist setzt für die (gerichtliche) Durchsetzbarkeit des Lohnanspruchs nach (schriftlicher) Ablehnung durch den Arbeitgeber. Der Unterschied zwischen einer Ausschlussfrist und Verjährung liegt darin, dass die Ausschlussfrist zum Erlöschen des Anspruchs führt, wenn er nicht fristgerecht geltend gemacht wird (BAG Urteil vom 10.01.2007 Az. 5 AZR 665/06 = NJW 2007,1378). Sie ist im Prozess von Amts wegen zu beachten. Bei eingetretener Verjährung kann der Schuldner die Leistung verweigern (§ 214 Absatz 1 BGB). Das Gericht prüft den Eintritt der Verjährung aber nicht von Amts wegen, sondern nur bei erhobener Einrede durch den Schuldner. Nach § 202 BGB können Vertragspartner grundsätzlich die gesetzliche Verjährungsfrist abkürzen.

Eine Ausschlussklausel in einer Betriebsvereinbarung, die vom Arbeitnehmern bis zum Ablauf von drei Monaten nach Fälligkeit und somit bereits während eines laufenden Kündigungsschutzprozesses die gerichtliche Geltendmachung von Annahmeverzugsansprüchen verlangt, die vom Ausgang des Kündigungsschutzprozesses abhängen, belastet die Arbeitnehmer unverhältnismäßig und ist unwirksam (BAG Urteil vom 12.12.2006 Az. 1 AZR 96/06). Sieht hingegen ein Tarifvertrag, der u.U. auch erst durch eine Bezugnahme im Arbeitsvertrag zur Anwendung kommt, eine dreimonatige Frist für die gerichtliche Erhebung des Lohnanspruchs nach dessen schriftlicher Ablehnung durch den Arbeitgeber vor, ist dies nicht zu beanstanden. Soweit eine Verfallklausel in allgemeinen Geschäftsbedingungen des Arbeitgebers enthalten ist, unterliegen diese einer Inhaltskontrolle (§§ 305 ff., § 310 Absatz 4 Satz 2 BGB). Eine im Arbeitsvertrag geregelte Ausschlussfrist von weniger als drei Monaten ab Fälligkeit ist unwirksam, da die Regelung unangemessen entgegen den Geboten von Treu und Glauben benachteiligt (§ 307 Absatz 1 Satz 1 BGB), sie ist mit wesentlichen Grundgedanken des gesetzlichen Verjährungsrechts nicht vereinbar (§ 307 Absatz 2 Nr. 1 BGB) und schränkt wesentliche Rechte, die sich aus der Natur des Arbeitsvertrags ergeben, so ein, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist (§ 307 Absatz 2 Nummer 2 BGB). Die Wirksamkeit des Arbeitsvertrages im übrigen berührt sie nicht (BAG Urteile vom 28.09.2005 Az. 5 AZR 52/05, keine Reduzierung der Frist auf angemessene Dauer; ebenso für die Zeit vor der Schuldrechtsreform von 2002 BAG Urteil vom 28.11.2007 Az. 5 AZR 992/06). Auch bei einer nur einmaligen Verwendung einer Ausschlussklausel ist die Drei-Monats-Grenze zu beachten; eine Überprüfung nach dem Grundsatz von Treu und Glauben scheidet aber aus bei zwischen den Arbeitsparteien individuell ausgehandelten Regelungen (BAG Urteil vom 25.05.2005 Az. 5 AZR 572/04).

Verlangt eine Verfallklausel nur die „Geltendmachung“ (nicht aber die „gerichtliche Geltendmachung“ oder verjährungshemmende Maßnahmen), reicht die Erhebung der bloßen Kündigungsschutzklage zur Erhaltung des Lohnanspruchs aus (BAG Urteil vom 26.04.2006 Az. 5 AZR 403/05). Bei einer zweistufigen Ausschlussfrist werden die vom Erfolg einer Kündigungsschutzklage abhängigen Lohnansprüche bereits mit Erhebung der Kündigungsschutzklage geltend gemacht, die gleichzeitige gerichtliche Geltendmachung des Lohnanspruchs ist nicht erforderlich (Urteil des BAG vom 19.09.2012 Az. 5 AZR 627/11 unter Aufgabe der früheren Rechtsprechung nach einem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 01.12.2010 Az. 1 BvR 1682/07).

Besonderer Kündigungsschutz von bestimmten Beschäftigten

Bestimmte Arbeitnehmer genießen aufgrund einer besonderen sozialen Schutzwürdigkeit einen speziellen Kündigungsschutz, der den allgemeinen Regeln vorgeht. Dazu gehören:

- **Betriebsratsmitglieder** (bzw. Personalratsmitglieder): Die ordentliche Kündigung ist ausgeschlossen, die außerordentliche nur mit Zustimmung des Betriebsrates bzw. durch gerichtlich ersetzte Zustimmung (§ 15 KSchG). Dieser Schutz gilt auch bis zu ein Jahr nach Beendigung des Amtes weiter. Für vorübergehend in den Betriebsrat eingerückte Ersatzmitglieder nach Beendigung des Vertretungsfalles gibt es nur noch diesen nachwirkenden Kündigungsschutz (BAG Urteil vom 18.05.2006 Az. 6 AZR 627/05 = NJW 2006,3020). Der besondere Kündigungsschutz von Betriebsratsmitgliedern gilt auch in der Insolvenz (BAG Urteil vom 17.11.2005 Az. 6 AZR 118/05). Stilllegung einer Betriebsabteilung: Bei der Stilllegung einer Betriebsabteilung ist ein Betriebsratsmitglied in eine andere Abteilung zu übernehmen (§ 15 Absatz 5 KSchG), erst wenn dies aus betrieblichen Gründen nicht möglich ist, kann das Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt der Stilllegung des Betriebsteils gekündigt werden. Der andere Arbeitsplatz für das Betriebsratsmitglied muss nicht frei sein, notfalls ist ein „normaler“, keinen besonderen Kündigungsschutz genießender Arbeitnehmer zu entlassen. Wenn kein gleichwertiger Arbeitsplatz vorhanden ist, geht eine Änderungskündigung (geringwertigerer Arbeitsplatz) einer Beendigungskündigung vor. Letztere kommt nur in Betracht, wenn der Mandatsträger auf einem anderen innerbetrieblichen Arbeitsplatz nicht in wirtschaftlich vertretbarer Weise eingesetzt werden kann (BAG Urteil vom 02.03.2006 Az. 2 AZR 83/05).
- Mitglieder einer **Jugend- und Auszubildendenvertretung**: hier gilt das gleiche.
- Mitglied einer **Schwerbehindertenvertretung** (Vertrauensperson): hier gilt ebenfalls das gleiche (§ 96 Absatz 3 SGB IX).
- **Schwangere**: Ist dem Arbeitgeber die Schwangerschaft bekannt oder erfährt er davon innerhalb von zwei Wochen nach Zugang der Kündigung, besteht ein Kündigungsverbot (§ 9 Mutterschutzgesetz). In Ausnahmefällen kann die Landesbehörde die Kündigung, welche nicht im Zusammenhang mit der Schwangerschaft steht, für zulässig erklären.
- **Behinderte Menschen**: Kündigung bedarf der vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes (§ 85 SGB IX), wenn das Arbeitsverhältnis länger als sechs Monate besteht (§ 90 Absatz 1 Nummer 1 SGB IX). Diese wird grundsätzlich erteilt bei einer dreimonatigen Kündigungsfrist (§ 89 SGB IX, nicht bei einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit an einem anderen Arbeitsplatz oder in einem anderen Betrieb des Arbeitgebers; bei außerordentlichen Kündigungen muss die Zustimmung innerhalb von zwei Wochen ab Kenntnis der für die Kündigung maßgebenden Tatsachen beantragt werden). Die Entscheidung des Integrationsamtes ist beiden Seiten zuzustellen und kann von diesen vor dem Verwaltungsgericht angefochten werden. Widerspruch und Klage gegen die erteilte Zustimmung haben keine aufschiebende Wirkung (§ 88 SGB IX). Solange der Verwaltungsrechtsstreit läuft, kann das arbeitsgerichtliche Verfahren nach § 46 Absatz 2 Arbeitsgerichtsgesetz und § 148 Zivilprozessordnung ausgesetzt werden.

Die bloße Eigenschaft als Schwerbehinderter reicht für diesen Sonderkündigungsschutz nicht aus, vielmehr muss die Behinderung festgestellt oder ihre Feststellung beantragt worden sein (§ 90 Absatz 2 a SGB IX). Ist die Schwerbehinderung offenkundig, kann dies im Einzelfall schon zur Anwendung der strengeren Kündigungsvorschriften führen. Dies betrifft aber nicht Personen, die nur schwer behinderten Menschen gleichgestellt sind nach §§ 2 Absatz 3, 68 SGB IX (BAG Urteil vom 24.11.2005 Az. 2 AZR

514/04). Ist die Schwerbehinderung weder offenkundig noch dem Arbeitgeber bekannt, kann der schwer behinderte Arbeitnehmer sich nicht erfolgreich auf die fehlende Zustimmung des Integrationsamtes berufen, wenn er dem Arbeitgeber die festgestellte Schwerbehinderung nicht in angemessener Zeit nach Erhalt der Kündigung mitteilt, hierfür galt nach der bisherigen Rechtsprechung eine Frist von einem Monat, jetzt soll hierfür eine Frist von drei Wochen gelten, weil der Gekündigte im Fall der Klageerhebung nur drei Wochen Zeit hat, die mangelnde Zustimmung zu rügen (§ 4 KSchG; BAG Urteil vom 12.01.2006 Az. 2 AZR 539/05). Zumindest nach Ablauf des sechsten Monats der Beschäftigung, also mit Erwerb des Sonderkündigungsschutzes für behinderte Menschen, ist die Frage des Arbeitgebers nach Bestehen einer Schwerbehinderung zulässig. Im Fall einer dann wahrheitswidrigen Beantwortung kann sich der behinderte Arbeitnehmer im Kündigungsschutzprozess nicht erfolgreich auf die Behinderung und die ausgebliebene Zustimmung des Integrationsamtes berufen (Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 16.02.2012 Az. 6 AZR 553/10). Einem Schwerbehinderten gleichzustellende Arbeitnehmer genießen den Sonderkündigungsschutz nur, wenn sie den Gleichstellungsantrag nicht mindestens drei Wochen vor der Kündigung gestellt haben (Urteil des BAG vom 01.03.2007 Az. 2 AZR 217/06, § 90 Absatz 2 a SGB IX).

Dagegen ist keine Voraussetzung für die Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers ein vorheriges Präventionsverfahren nach § 84 SGB IX oder die Anhörung der Schwerbehindertenvertretung nach § 95 Absatz 2 SGB IX (BAG Urteil vom 28.06.2007 Az. 6 AZR 750/06 und vom 07.12.2006 Az. 2 AZR 182/06 = NJW 2007,1995, die Vorschrift ist eine Konkretisierung des dem gesamten Kündigungsschutzrechts innewohnenden Verhältnismäßigkeitsprinzips).

Die Drei-Wochen-Frist für die Erhebung der Kündigungsschutzklage beginnt bei behinderten Menschen erst mit der Bekanntgabe der Entscheidung der Behörde an den Arbeitnehmer (§ 4 Satz 4 KSchG), dieser kann die Unwirksamkeit der Kündigung schon vor der Zustellung der behördlichen Entscheidung bis zur Grenze der Verwirkung gerichtlich geltend machen (BAG Urteil vom 13.02.2008 Az. 2 AZR 864/06).

- **Elternzeit** (Erziehungsurlaub): Während der Elternzeit und schon ab dem Zeitpunkt, von dem ab Elternzeit verlangt worden ist, frühestens jedoch nur acht Wochen vor Beginn der Elternzeit, ist der Betreffende nicht kündbar (§ 18 Bundeserziehungsgeldgesetz, § 18 Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz). Dies gilt auch bei einem in Elternzeit befindlichen und Teilzeitarbeit leistenden Arbeitnehmer. Das Kündigungsverbot betrifft aber nur den Arbeitgeber, dem gegenüber Elternzeit in Anspruch genommen wird, nicht andere Arbeitgeber, zu dem während der Elternzeit mit Zustimmung des Erstarbeitgebers ein Arbeitsverhältnis eingegangen wird. Ein „anderer Arbeitgeber“ kann auch der bisherige sein, wenn bei ihm während der Elternzeit ein Teilzeitarbeitsverhältnis eingegangen wird (BAG Urteil vom 02.02.2006 Az. 2 AZR 596/04). In Ausnahmefällen kann die Landesbehörde eine Kündigung erlauben. Eine arbeitgeberseitige Kündigung zum Ende der Elternzeit kann nur mit einer Frist von drei Monaten ausgesprochen werden (§ 19 Bundeserziehungsgeldgesetz, § 19 Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz).
- **Pflegezeit**: Mit dem Pflegezeitgesetz haben Arbeitnehmer ab dem 1. Juli 2008 einen Anspruch auf Freistellung von der Arbeit wegen der Pflege eines Angehörigen. Sowohl ab Ankündigung (höchstens jedoch zwölf Wochen) bis zur Beendigung einer kurzzeitigen Arbeitsverhinderung (bis zu zehn Arbeitstage) als auch während einer maximal sechs Monate dauernden Pflegezeit besteht ein Kündigungsverbot (§ 5 Pflegezeitgesetz), nur in Ausnahmefällen kann eine Kündigung von der für den Arbeitsschutz zuständigen Behörde für zulässig erklärt werden. Voraussetzung für die Inanspruchnahme dieser Freistellung ist, dass der Betrieb mehr als 15 Beschäftigte hat.
- **Familienpflegezeit**: Während der Inanspruchnahme der Familienpflegezeit und in der Nachpflegephase darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nicht kündigen. Ausnahmen sind wie bei der Pflegezeit möglich (§ 5 Pflegezeitgesetz i.V.m. § 2 Absatz 3 Familienpflegezeitgesetz).
- **Auszubildende**: Nach Ablauf der Probezeit darf einem Auszubildenden nicht ordentlich gekündigt werden (§ 15 Berufsbildungsgesetz). Die fristlose außerordentliche Kündigung ist möglich sowie die Kündigung durch den Auszubildenden mit einer Frist von vier Wochen, wenn er die Ausbildung aufgibt.
- **Seeleute**: Hier gelten Sonderregelungen (§ 63 f. Seemannsgesetz).
- **Wehrpflichtige**: Es besteht Kündigungsschutz von der Zustellung des Einberufungsbescheides bis zur Beendigung des Wehr- oder Zivildienstes (§ 2 Arbeitsplatzschutzgesetz, § 3 Wehrpflichtgesetz).

- **Heimarbeiter:** Besonderer Kündigungsschutz nach § 29 Heimarbeitsgesetz (HAG).
- **Bundestagsabgeordnete:** Besonderer Kündigungsschutz nach Artikel 48 Absatz 2 Satz 2 Grundgesetz, ähnliche Regelungen für Landtagsabgeordnete in den Landesverfassungen; zum Teil auch auf kommunaler Ebene.

Kündigungsschutz in der Insolvenz

Häufig hilft der beste Kündigungsschutz dem Arbeitnehmer nicht, wenn sich das Unternehmen in Insolvenz befindet. Der Arbeitsvertrag wird durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht aufgehoben. Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens tritt der Insolvenzverwalter in die Rolle des Arbeitgebers. Der **Verwalter kann nach § 113 Insolvenzordnung** (InsO) ohne Rücksicht auf eine vereinbarte Vertragsdauer oder einen vereinbarten Ausschluss der ordentlichen Kündigung **kündigen**.



Die Frist für die Kündigung beträgt drei Monate zum Monatsende, wenn nicht eine kürzere Frist maßgeblich ist. Eine längere tarifvertragliche Frist wird durch die Sonderregelung der Insolvenzordnung verdrängt (Bundesarbeitsgericht [BAG] Urteil vom 16.06.1999 zu Az. 4 AZR 191/98 = NJW 2000,972 = BAGE 92,41 und Urteil vom 19.01.2000 zu Az. 4 AZR 70/99 = NJW 2000,2692). Der Insolvenzverwalter kann auch mit der kürzeren Frist kündigen, wenn bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens der Arbeitgeber oder der vorläufige Insolvenzverwalter mit einer längeren Frist gekündigt hat (BAG Urteil vom 22.05.2003 zu Az. 2 AZR 255/02 = NJW 2003,3364 [Nachkündigung]). Die kürzere Frist gilt aber nur für den Insolvenzverwalter, nicht für den vorläufigen Insolvenzverwalter mit Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis nach § 21 f. InsO (BAG Urteil vom 20.01.2005 zu Az. 2 AZR 134/04). Die Vorschriften des KSchG über den Kündigungsgrund gelten auch in der Insolvenz, wenn der Betrieb die erforderliche Mindestzahl an Beschäftigten aufweist (BAG Urteil vom 29.09.2005 Az. 8 AZR 647/04), doch dürfte es dem Insolvenzverwalter leicht fallen, wegen der angeschlagenen wirtschaftlichen Situation des Unternehmens eine betriebsbedingte Kündigung auszusprechen. Eine Kündigungsschutzklage ist gegen den Insolvenzverwalter zu erheben, wenn dieser im Zeitpunkt der Klageerhebung bestellt ist, er führt den Prozess in gesetzlicher Prozessstandschaft (BAG Urteil vom 21.09.2006 Az. 2 AZR 573/05 = NJW 2007,458).

Wegen der vorzeitigen Beendigung kann der Arbeitnehmer Schadensersatz als Insolvenzgläubiger verlangen (§ 113 Satz 3 InsO), was aber oftmals nur in einem geringen Maß zu realisieren sein dürfte. Ist das Arbeitsverhältnis unkündbar, ist der Schadensersatzanspruch im Fall der Kündigung durch den Insolvenzverwalter auf den Verdienstaufschlag für den Lauf der längsten ohne die vereinbarte Unkündbarkeit einschlägigen Kündigungsfrist beschränkt (BAG Urteil vom 16.05.2007 Az. 8 AZR 772/06).

Wird das Insolvenzverfahren erst nach Erhebung der Kündigungsschutzklage eröffnet, wird der Rechtsstreit nach § 240 Satz 1 ZPO i.V.m. § 46 Absatz 2 Arbeitsgerichtsgesetz unterbrochen und bleibt es, solange es nach den für das Insolvenzverfahren geltenden Vorschriften aufgenommen oder das Insolvenzverfahren beendet wird. Ab Eröffnung ist der Arbeitgeber nicht mehr prozessführungsbefugt (§ 80 Absatz 1 InsO). Eine Unterbrechung tritt ein, weil die Kündigungsschutzklage Grundlage für vermögensrechtliche Ansprüche betrifft, die sich mittelbar gegen die Insolvenzmasse richten. Insolvenzgläubiger können ihre Forderungen nur durch Anmeldung zur Insolvenztabelle verfolgen (§§ 174 ff. InsO). Der frühere Rechtsstreit kann wieder aufgenommen werden, wenn die Forderung vom Insolvenzverwalter oder einem Insolvenzgläubiger (§ 179 Absatz 1, § 180 Absatz 2 InsO) bzw. vom Schuldner (§ 184 InsO) bestritten worden ist. Eine Aufnahme des Verfahrens durch den Kläger oder den Insolvenzverwalter nach § 86 Absatz 1 Nummer 3 InsO kommt in Betracht, wenn es im Rechtsstreit um die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens geht (BAG Urteil vom 18.10.2006 Az. 2 AZR 563/05). Hat das Unternehmen schon vor der Insolvenzeröffnung einen Sozialplan mit dem Betriebsrat abgeschlossen,

bleibt dieser wirksam, kann aber, wenn der Plan nicht früher als drei Monate vor der Eröffnung zustande gekommen ist, von beiden Seiten widerrufen werden (§ 124 InsO). Wenn sich nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens der Insolvenzverwalter und der Betriebsrat auf einen Interessenausgleich bei einer geplanten Betriebsänderung im Sinn von § 111 BetrVG verständigen und dabei die zu kündigenden Arbeitnehmer namentlich bezeichnen, gilt nur noch ein eingeschränkter Kündigungsschutz: Es wird vermutet, dass die Kündigung der namentlich Bezeichneten durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist und die namentliche Auswahl kann nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden, einzig zulässige Kriterien sind Betriebszugehörigkeit, Lebensalter und Unterhaltungspflichten (§ 125 InsO). Die Sozialauswahl hat sich nach einer Entscheidung des BAG vom 28. Oktober 2004 im Fall eines Interessenausgleichs mit Namensliste auf den gesamten Betrieb zu beziehen (Az. 8 AZR 391/03, offen, ob für frühere Zeiträume etwas anderes gilt).

Übrigens: Das Insolvenzverfahren umfasst auch Lohn- und Gehaltsansprüche von Arbeitnehmern gegen den Arbeitgeber im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§§ 35, 38 InsO). Die Ansprüche auf Arbeitslohn nach diesem Zeitpunkt und auf eine Abfindung aufgrund eines Sozialplans sind Masseschulden, sind also vor den anderen Insolvenzforderungen zu bedienen. Für die drei der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorausgehenden Monate haben Arbeitnehmer einen Anspruch auf Insolvenzgeld, wenn sie für diesen Zeitraum noch Anspruch auf Vergütung haben. Gleichgestellt ist die Abweisung des Insolvenzantrags mangels Masse (§ 183 ff. SGB III). Die Bundesagentur für Arbeit erwirbt dann die Lohnansprüche gegen den Arbeitgeber (gesetzlicher Forderungsübergang).

Die Änderungskündigung

Wenn in dem jeweiligen Betrieb die Mindestbeschäftigtenzahl erreicht ist, gelten die Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes über die soziale Rechtfertigung von Kündigungen auch bei Änderungskündigungen, in denen der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigt und die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Arbeitsbedingungen anbietet (§ 2 KSchG). Der Arbeitnehmer kann

- dieses Angebot einmal vorbehaltlos annehmen, so dass sich eine Änderungskündigung erübrigt, da beide Parteien einen neuen Vertrag abgeschlossen haben, oder
- andererseits das Angebot innerhalb der Kündigungsfrist, spätestens innerhalb von drei Wochen ab Zugang annehmen mit dem Vorbehalt, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen nicht sozial ungerechtfertigt ist oder
- erklären, dass er das Änderungsangebot in keinem Fall annehmen werde. In diesem Fall muss der Arbeitgeber zur Beendigungskündigung greifen, es wäre dann ein widersprüchliches Verhalten des Arbeitnehmers, wenn er sich dann auf den grundsätzlichen Vorrang der Änderungskündigung beruft. Eine Beendigungskündigung ist nur dann zulässig, wenn der Arbeitnehmer unmissverständlich zum Ausdruck gebracht hat, er werde die geänderten Arbeitsbedingungen im Fall des Ausspruchs einer Änderungskündigung nicht, auch nicht unter dem Vorbehalt ihrer sozialen Rechtfertigung, annehmen.



Bei b) muss der Arbeitnehmer die Änderung der Arbeitsbedingungen gerichtlich überprüfen lassen; die Klage ist zu richten auf die Feststellung, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen sozial ungerechtfertigt oder aus anderen Gründen rechtswidrig ist (§ 4 Satz 2 KSchG), im Fall von c) muss man ganz normal Kündigungsschutzklage gegen die Beendigungskündigung erheben.

Die Drei-Wochen-Frist für die Annahme der Vertragsänderung unter Vorbehalt ist eine Mindestfrist, eine Verkürzung durch den Arbeitgeber ist nicht möglich und führt zur Anwendung der gesetzlich vorgesehenen dreiwöchigen Frist; diese Frist ist auch die Mindestfrist für die vorbehaltlose Annahme (BAG Urteil vom 18.05.2006 Az. 2 AZR 230/05). Wenn die vom Arbeitgeber gesetzte, drei Wochen betragende Frist zur Annahme der Änderung abgelaufen ist, kann der Gekündigte den Vorbehalt nicht mehr erklären und Kündigungsschutzklage erheben (BAG Urteil vom 01.02.2007 Az. 2 AZR 44/06).

Vor Ausspruch jeder Beendigungskündigung muss der Arbeitgeber prüfen, ob eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumindest unter geänderten Arbeitsbedingungen möglich ist (§ 1 Absatz 2 Satz 1

KSchG). Bei entsprechenden Verhandlungen muss der Arbeitgeber klarstellen, dass bei Ablehnung des Änderungsangebots eine Kündigung beabsichtigt ist; zwingend sind aber Verhandlungen vor Ausspruch der Kündigung nicht. Im Fall einer Annahme unter Vorbehalt muss der Arbeitgeber eine Änderungskündigung aussprechen. Auch die vor Ausspruch der Kündigung erklärte Ablehnung des Änderungsangebots durch den Arbeitnehmer entbindet den Arbeitgeber nicht, vorrangig eine Änderungskündigung (und nicht eine Beendigungskündigung) auszusprechen (BAG Urteil vom 21. April 2005 zu Az. 2 AZR 244/04); der Gekündigte könnte nämlich bereit sein, zu den geänderten Bedingungen zu arbeiten, wenn sich das Anliegen des Arbeitgebers im Klageverfahren als gerechtfertigt erweist (BAG Urteil vom 07.12.2000 Az. 2 AZR 391/99). Das Angebot veränderter Arbeitsbedingungen und die Änderungskündigung können zusammenfallen. Ein mangelndes Angebot trotz bestehender Weiterbeschäftigungsmöglichkeit führt in der Regel zur Sozialwidrigkeit der Kündigung. Ein Vorschlag, zu geänderten Bedingungen das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, ist nur in Extremfällen entbehrlich, wenn etwa eine völlig unterwertige Beschäftigung angeboten wird (BAG Urteil vom 21.04.2005 Az. 2 AZR 132/04 = NJW 2006,398). Insbesondere darf auf ein Alternativangebot auch dann nicht verzichtet werden, wenn der betroffene Arbeitnehmer durch die andere Tätigkeit weniger verdienen würde, als er an Sozialleistungen erhielte, wenn sonst eine Beendigungskündigung droht (BAG Urteil vom 21.09.2006 Az. 2 AZR 607/05).

Zur sozialen Rechtfertigung einer betriebsbedingten Änderungskündigung ist es zunächst notwendig, dass dringende betriebliche Erfordernisse die Änderung des Arbeitsvertrages bedingen (siehe Ausführungen zur sozialen Rechtfertigung von Kündigungen im allgemeinen). Eine betriebsbedingte Änderungskündigung ist sozial gerechtfertigt, wenn sich der Arbeitgeber auf solche Änderungen beschränkt, die der Beschäftigte billigerweise hinnehmen muss (Verhältnismäßigkeitsprüfung, BAG Urteil vom 23.6.2005 zu Az. 2 AZR 642/04 und vom 23.11.2000 zu Az. 2 AZR 617/99 = NJW 2001,2490 und vom 26. Juni 2008 Az. 2 AZR 147/07), d.h.: die angebotenen Änderungen dürfen sich nicht weiter vom Inhalt des bisherigen Arbeitsverhältnisses entfernen, als zur Erreichung des angestrebten Zieles erforderlich ist. Die Unrentabilität des Betriebs kann einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zu unveränderten Bedingungen entgegenstehen und ein dringendes betriebliches Erfordernis zur Änderung der Arbeitsbedingungen sein, wenn durch die Senkung der Personalkosten die Stilllegung des Betriebs oder die Reduzierung der Belegschaft verhindert werden kann und die Kosten durch andere Maßnahmen nicht zu senken sind (BAG a.a.O. und Urteil vom 26.01.1995 zu Az. 2 AZR 371/94 = BAGE 79, 159 und vom 20.08.1998 Az. 2 AZR 84/98 sowie vom 12.11.1998 zu Az. 2 AZR 91/98 = BAGE 90, 182 und vom 1. Juli 1999 zu 2 AZR 826/98). Die Absenkung des ursprünglichen Vertragsniveaus (Gehaltskürzung) ist nur möglich, wenn bei einer Aufrechterhaltung der bisherigen Personalkostenstruktur weitere, betrieblich nicht mehr auffangbare Verluste entstehen, die absehbar zu einer Reduzierung der Belegschaft oder sogar zu einer Schließung des Betriebs führen. Regelmäßig setzt deshalb eine solche Situation einen umfassenden Sanierungsplan voraus, der alle gegenüber der beabsichtigten Änderungskündigung milderer Mittel ausschöpft (BAG Urteile vom 20.08.1998 Az. 2 AZR 84/98 und vom 01.07.1999 Az. 2 AZR 826/98 sowie vom 16.05.2002 Az. 2 AZR 292/01 = NJW 2003,1139. Diese strengen Maßstäbe gelten aber nicht für Änderungskündigungen, mit denen vertragliche Nebenabreden wie etwa Zuschüsse zu Fahrtkosten oder Mieten, kostenlose Beförderung zum Arbeitsplatz gesenkt oder gestrichen werden sollen, Urteil des BAG vom 27.03.2003 Az. 2 AZR 74/02 = NJW 2003,3579 = BAGE 105,371). Die Sozialauswahl bei einer Änderungskündigung hat zu berücksichtigen, ob die Arbeitnehmer nach ihren bisherigen Tätigkeiten vergleichbar sind und für die angebotene neue Tätigkeit wenigstens annähernd gleich geeignet sind (BAG Urteil vom 18.01.2007 Az. 2 AZR 796/05). Die Kündigung wegen der Weigerung des Arbeitnehmers, von einem Vollzeit- in ein Teilzeitarbeitsverhältnis oder umgekehrt zu wechseln, ist unwirksam (§ 11 Teilzeit- und Befristungsgesetz). Eine Änderungskündigung mit dem Angebot, die Arbeitsbedingungen noch erhebliche Zeit vor Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zu ändern, ist sozial ungerechtfertigt und unwirksam, da der Arbeitnehmer nicht verpflichtet ist, auf einen Teil der ihm zustehenden Kündigungsfrist zu verzichten (BAG Urteil vom 21.09.2006 Az. 2 AZR 120/06).

Bei betriebsbedingten Änderungskündigungen, die eine Betriebsänderung i.S. von § 111 Betriebsverfassungsgesetz darstellen, können die zu kündigenden Arbeitnehmer in einem Interessenausgleich genannt werden. Dies führt im Kündigungsrechtsstreit zu einer Umkehr der Beweislast, da das Gesetz vermutet, dass die Kündigung durch dringende betriebliche Gründe gerechtfertigt ist, die soziale Auswahl

der Arbeitnehmer kann nur auf grobe Fehler überprüft werden (§ 1 Absatz 5 KSchG, BAG Urteil vom 19. Juni 2007 Az. 2 AZR 304/06).

Außerordentliche betriebsbedingte Änderungskündigung: Ist ein Arbeitnehmer etwa wegen einer tarifvertraglichen Regelung unkündbar, kommt eine Zuweisung einer anderen Tätigkeit durch eine außerordentliche betriebsbedingte Änderungskündigung nur bei gegenüber der ordentlichen Änderungskündigung verschärften Maßstäben in Betracht. Es dürfen nur solche Änderungen berücksichtigt werden, die der Arbeitnehmer auch angesichts des bestehenden Ausschlusses der ordentlichen Kündigung billigerweise hinnehmen muss (BAG Urteil vom 02.03.2006 Az. 2 AZR 64/05). So kann eine außerordentliche Änderungskündigung mit Auslaufzeit eines an sich nicht ordentlich kündbaren Arbeitnehmers dann möglich sein, wenn die Änderung der Arbeitsbedingungen das Ziel hat, der konkreten Gefahr einer Betriebschließung wegen Insolvenz zu begegnen (BAG Urteil vom 01.03.2007 Az. 2 AZR 580/05).

Weiterbeschäftigung nach Kündigung

Nach Ablauf der Kündigungsfrist und Erhebung der Kündigungsschutzklage, die mitunter lange dauern kann, hat der Arbeitnehmer nicht automatisch einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzprozesses. Vielmehr gewährt das Gesetz einen solchen Anspruch einmal, wenn der Betriebsrat einer ordentlichen Kündigung frist- und formgerecht widersprochen hat, der Arbeitnehmer Kündigungsschutzklage erhoben hat und der Arbeitnehmer die Weiterbeschäftigung verlangt (§ 102 Absatz 5 BetrVG [betriebsverfassungsrechtlicher Weiterbeschäftigungsanspruch]; im öffentlichen Dienst gelten die Regeln des Personalvertretungsrechts, z.B. § 79 Bundespersonalvertretungsgesetz). Das Arbeitsgericht kann durch einstweilige Verfügung den Arbeitgeber von der Pflicht zur Weiterbeschäftigung entbinden, wenn die Klage keine hinreichende Erfolgsaussicht hat oder die Weiterbeschäftigung den Arbeitgeber unzumutbar wirtschaftlich belastet oder der Widerspruch des Betriebsrats offensichtlich unbegründet ist (§ 102 Absatz 5 Satz 2 BetrVG). Bis zur gerichtlichen Entscheidung angefallene Vergütungsansprüche bleiben davon unberührt (BAG Urteil vom 07.03.1996 zu Az. 2 AZR 432/95 = NJW 1997,759).



Außerhalb der Mitwirkungsmöglichkeit des Betriebsrates erkennt die Rechtsprechung einen Anspruch des Gekündigten auf Weiterbeschäftigung an (allgemeiner Weiterbeschäftigungsanspruch). Dies ist einmal unproblematisch, wenn die Kündigung offensichtlich unwirksam ist und schützenswerte Interessen des Arbeitgebers nicht entgegenstehen (BAG Beschluss des Großen Senats vom 27.02.1985 zu Az. GS 1/84 = BAGE 48,122 = NJW 1985,2968). Ist die Kündigungsschutzklage nicht offensichtlich unbegründet und liegt ein erstinstanzliches Urteil über die Wirksamkeit der Kündigung noch nicht vor, geht der aus dem Arbeitsvertrag im Zusammenwirken mit dem Persönlichkeitsschutz aus Artikel 2 in Verbindung mit Artikel 1 des Grundgesetzes abgeleitete Anspruch auf Beschäftigung dem Interesse des Unternehmens an der Wirksamkeit der Kündigung grundsätzlich nicht vor. Die Situation kehrt sich aber zugunsten des Arbeitnehmers um, wenn ein noch nicht rechtskräftiges Urteil der ersten oder zweiten Instanz vorliegt und dieses dem Begehren des Klägers statt gibt. Die Beschäftigungspflicht entfällt dann erst beim Hinzukommen weiterer Umstände. Einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung kann der Arbeitnehmer durch eine einstweilige Verfügung (Leistungsantrag) durchsetzen, eine Verbindung mit der Kündigungsschutzklage ist möglich (Teilurteil). Erwirkt der Arbeitnehmer gerichtlich die Weiterbeschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsstreites, muss der Arbeitnehmer der Aufforderung zur Arbeitsleistung grundsätzlich nachkommen (BAG Urteil vom 24.09.2003 Az. 5 AZR 500/02).

Übrigens: Wird der Arbeitnehmer nach Ablauf der Kündigungsfrist weiter beschäftigt, erweist sich aber in einem rechtskräftigen Urteil die Kündigung als rechtmäßig, werden die tatsächlich erbrachten Leistungen des Arbeitnehmers nach den Grundsätzen des faktischen Arbeitsverhältnisses abgewickelt. Der Arbeitnehmer behält dann den regulären Lohn, die Vorschriften des bürgerlichen Rechts (§ 812 BGB) über die Rückabwicklung rechtsgrundlos erbrachter Leistungen gelten grundsätzlich nicht.

Der Betriebsrat kann einer Kündigung innerhalb einer Woche ab Unterrichtung durch den Arbeitgeber widersprechen (bei außerordentlichen Kündigungen innerhalb von drei Tagen, § 102 Absatz 3 BetrVG). Widersprechen kann der Betriebsrat aber nach § 102 Absatz 3 BetrVG nur, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des zu Kündigenden soziale Gesichtspunkte nicht ausreichend berücksichtigt hat oder

- die Kündigung gegen eine Richtlinie nach § 95 BetrVG verstößt oder
- der Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens beschäftigt werden kann oder
- eine Weiterbeschäftigung nach zumutbaren Umschulungsmaßnahmen möglich ist oder
- eine Weiterbeschäftigung zu anderen Bedingungen möglich und der Arbeitnehmer hiermit einverstanden ist.

Der Betriebsrat muss aufzeigen, welcher Arbeitnehmer sozial weniger schutzwürdig als der Gekündigte ist (BAG Urteil vom 09.07.2003 zu Az. 5 AZR 305/02 = NJW 2004,314), wobei sozial weniger Schutzwürdige entweder konkret benannt oder anhand abstrakter Merkmale bestimmbar sein müssen. Im Fall der Kündigung von mehreren Arbeitnehmern darf der Betriebsrat den weniger Schutzwürdigen nicht mehrfach als Alternative für mehrere Gekündigte benennen. Bei einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit setzt ein wirksamer Widerspruch voraus, dass der Betriebsrat den Ersatzarbeitsplatz konkret bezeichnet (BAG Beschluss vom 11.05.2000 zu Az. 2 AZR 54/99 = NJW 2000,3587, ebenso BAG NJW 1986,1831). Den Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 BetrVG muss der Arbeitnehmer spätestens am ersten Tag nach Ablauf der Kündigungsfrist geltend machen und seine Arbeitskraft anbieten (BAG Beschluss vom 11.05.2000 zu Az. 2 AZR 54/99 = NJW 2000,3587). Nimmt der Arbeitgeber bei einem wirksamen Weiterbeschäftigungsanspruch die Dienste des Arbeitnehmers nicht an, tritt Annahmeverzug ein (§ 615 BGB).

Vertraglich vereinbarte Weiterbeschäftigung: Vereinbaren die Parteien eines Kündigungsschutzprozesses vertraglich die Weiterbeschäftigung des Gekündigten bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Kündigungsschutzklage, bedarf diese Befristung zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform (§ 14 Absatz 4 Teilzeit- und Befristungsgesetz [TzBfG]), sonst gilt der Vertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen (§ 16 TzBfG; BAG Urteil vom 22.10.2003 Az. 7 AZR 113/03). Eine derartige vertragliche Verständigung liegt aber nicht vor, wenn der Arbeitgeber vom Arbeitsgericht zur Weiterbeschäftigung verurteilt worden ist bzw. der Betriebsrat der Kündigung wirksam widersprochen hat (Prozessbeschäftigung).

Die außerordentliche (fristlose) Kündigung

Die außerordentliche fristlose Kündigung kommt bei schweren Vertragsverletzungen in Betracht. Es müssen Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder der vereinbarten Befristung nicht zuzumuten ist (§ 626 BGB). Es sind zwei Voraussetzungen notwendig: 1) ein wichtiger Grund für die Kündigung und 2) die Unzumutbarkeit des Einhaltens der regulären Kündigungsfrist. Diese Kündigung muss innerhalb von zwei Wochen ab Kenntnis von den die Kündigung rechtfertigenden Tatsachen geschehen (§ 626 Absatz 2 Satz 1 BGB). Auch für diese Kündigung ist Schriftform vorgeschrieben und die Anhörung des Betriebsrats, der Bedenken gegen die Kündigung innerhalb von drei Tagen vortragen kann. Eine Widerspruchsmöglichkeit hat der Betriebsrat aber bei außerordentlichen Kündigungen nicht. Ebenso gilt hier die Drei-Wochen-Frist für die Erhebung der Kündigungsschutzklage (§ 4 KSchG).

Übrigens: Die außerordentliche Kündigung muss nicht fristlos ausgesprochen werden, man kann die reguläre Kündigungsfrist beachten.

Zulässig ist auch eine sogenannte Verdachtskündigung, wenn ein dringender und nicht auszuräumender Verdacht einer Straftat gegen den Arbeitgeber oder einer ähnlich schwerwiegenden Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten besteht. Auf jeden Fall ist der Arbeitnehmer vor Ausspruch der Kündigung vom Arbeitgeber zu hören, der Betroffene muss die Möglichkeit haben, Verdachtsgründe zu entkräften und

entlastende Tatsachen anzuführen (BAG Urteil vom 20.03.2014 Az. 2 AZR 1037/12 sowie vom 28.11.2007 Az. 5 AZR 952/06 und vom 6.11.2003 Az. 2 AZR 631/02 und vom 13.09.1995 Az. 2 AZR 587/94 = NJW 1996,540 = BAGE 81,27). Wenn sich im Strafverfahren die Unschuld des Gekündigten herausstellt, hat dieser einen Anspruch auf Wiedereinstellung. Die bloße Einstellung des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens nach § 170 Absatz 2 der Strafprozessordnung (StPO) durch Verfügung der Staatsanwaltschaft begründet aber noch keinen Wiedereinstellungsanspruch (BAG Urteil vom 20.08.1997 Az. 2 AZR 620/96 = NJW 1998,1171). In der letzten Zeit haben wiederholt Kündigungen für Unverständnis gesorgt, die wegen der Entwendung geringwertiger Sachen ausgesprochen wurden. Nach der wohl noch herrschenden Rechtsprechung rechtfertigt jedoch auch der Diebstahl von Sachen von geringem Wert eine außerordentliche Kündigung, da der Betreffende durch die Entwendung schwerwiegend gegen die arbeitsvertragliche Rücksichtnahmepflicht verstößt und das in ihn gesetzte Vertrauen in erheblicher Weise missbraucht (BAG Urteil vom 13.12.2007 Az. 2 AZR 537/06 = NJW 2008,2732 für den Fall eines Lippenstiftes). Dies hat das Bundesarbeitsgericht im Fall des Verdachts eines Diebstahls von Pfandbons bestätigt, stellt aber auf die Besonderheiten des Einzelfalles ab. Entscheidend ist bei der Frage, ob ein „wichtiger Grund“ vorliegt, „der unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile“ die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses oder die fristgemäße Kündigung als unzumutbar erscheinen lässt, eine Abwägung, wobei etwa die Schwere des Vertrauensbruchs, das Interesse an der korrekten Handhabung von Geschäftsanweisungen, das vom Arbeitnehmer in der Betriebszugehörigkeit erworbene Vertrauenskapital und die wirtschaftlichen Folgen der Vertragsverletzung zu berücksichtigen sind. In der sogenannten Emmely-Entscheidung sprachen die einunddreißigjährige Betriebszugehörigkeit und der geringe wirtschaftliche Schaden gegen eine fristlose Kündigung. Als milderes Mittel vor der hier unverhältnismäßigen außerordentlichen fristlosen Kündigung wäre eine Abmahnung in Frage gekommen (die Leergutbons im Wert von insgesamt 1,30 Euro waren von Kunden liegen gelassen worden; Urteil des BAG vom 10.06.2010 Az. 2 AZR 541/09 = NJW 2011,167) .

Im Fall der Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung kann man diese häufig in eine ordentliche Kündigung umdeuten, wenn für den Gekündigten der unbedingte Wille des Kündigenden, das Arbeitsverhältnis zu beenden, erkennbar ist (§ 140 BGB).

Beispiele für einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung: Nutzung des Internets während der Arbeitszeit zu privaten Zwecken in erheblichem zeitlichen Umfang und damit einhergehende Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten (BAG Urteile vom 07.07.2005 Az. 2 AZR 581/04 = NJW 2006,540 und 27.04.2006 Az. 2 AZR 386/05 = NJW 2006,2939, die private Internetnutzung am Arbeitsplatz stellt aber keinen absoluten Kündigungsgrund dar, BAG Urteil vom 19.04.2012 Az. 2 AZR 186/11 = NJW 2013,104), Missbrauch der Stempeluhr (BAG Urteil vom 24.11.2005 Az. 2 AZR 39/05 = NJW 2006,1545) oder grobe Beleidigungen des Arbeitgebers und/oder seiner Vertreter oder Repräsentanten einerseits oder von Arbeitskollegen andererseits, die nach Form und Inhalt eine erhebliche Ehrverletzung für den bzw. die Betroffenen bedeuten, stellen einen erheblichen (§ 241 Abs. 1 BGB) Verstoß des Arbeitnehmers gegen seine vertragliche Pflicht zur Rücksichtnahme (BAG Urteil vom 24.11.2005 Az. 2 AZR 584/04) dar. Weitere Beispiele: anderweitige Arbeit während einer Krankschreibung (BAG Urteil vom 03.04.2008 Az. 2 AZR 965/06 = NJW 2008,3084), Spesenbetrug selbst in Höhe eines geringen Betrages (BAG Urteil vom 06.09.2007 Az. 2 AZR 264/06 = NJW 2008,1097) oder sexuelle Belästigung im Sinn von § 3 Absatz 4 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (Urteil des BAG vom 09.06.2011 Az. 2 AZR 323/10 = NJW 2012,407). Dagegen stellt Alkoholabhängigkeit keinen absoluten Kündigungsgrund i.S. von § 626 Absatz 1 BGB dar. Ein auf der Sucht beruhender Verstoß gegen arbeitsvertragliche Pflichten ist unverschuldet. Alkoholabhängigkeit ist eine Krankheit, es gelten grundsätzlich die gleichen Anforderungen wie an eine krankheitsbedingte Kündigung (BAG Urteil vom 20.12.2012 Az. 2 AZR 32/11).

Bei Schwerbehinderten verlängert sich die zweiwöchige Frist für den Arbeitgeber nicht durch die Einholung der Zustimmung des Integrationsamtes. Jedoch kann die Kündigung auch noch Ablauf dieser Frist erfolgen, wenn sie unverzüglich, das heißt ohne schuldhaftes Zögern, nach Erteilung der Zustimmung ausgesprochen wird (§ 91 Absatz 5 SGB IX, BAG Urteil vom 02.03.2006 Az. 2 AZR 46/05). Im Fall einer außerordentlichen Kündigung trifft das Integrationsamt die Entscheidung innerhalb von zwei Wochen, nach Ablauf dieser Frist gilt die Zustimmung als erteilt (§ 91 Absatz 3 SGB IX). Wenn die Behörde eine entsprechende Entscheidung getroffen hat, kann der Arbeitgeber bereits die Kündigung aussprechen (d.h.

eine telefonische Unterrichtung durch das Amt ist ausreichend, BAG Urteil vom 19.06.2007 Az. 2 AZR 226/06 = NJW 2008,3454).

Außerordentliche betriebsbedingte Beendigungskündigung: Ist der Arbeitnehmer etwa aufgrund tarifvertraglicher Regelung ordentlich unkündbar, kommt eine außerordentliche betriebsbedingte Beendigungskündigung nur unter strengen Voraussetzungen in Betracht. Eine Kündigung aus wichtigen Grund nach § 626 BGB kann ein Tarifvertrag nicht ausschließen. Grundsätzlich trägt der Arbeitgeber das Betriebsrisiko, d.h. die Gefahr, Lohn zahlen zu müssen, obwohl eine Beschäftigung der Arbeitnehmer aus betrieblichen Gründen nicht erfolgt. Eine Unzumutbarkeit der Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses liegt aber dann vor, wenn eine ordentliche Kündigungsmöglichkeit ausgeschlossen ist und der Arbeitgeber deshalb dem Arbeitnehmer über einen längeren Zeitraum hin sein Gehalt weiterzahlen müsste, obwohl er z. B. wegen Betriebsstilllegung für dessen Arbeitskraft keine Verwendung mehr hat. Vor einer Beendigung ist aber mit verschärften Mitteln zu prüfen, ob ein Einsatz des unkündbaren Mitarbeiters auf einem anderen Arbeitsplatz des Unternehmens möglich ist. In Fällen einer außerordentlichen betriebsbedingten Beendigungskündigung ist aber die Frist für die ordentliche Kündigung einzuhalten, außerdem gilt die 2-Wochen-Frist für den Ausspruch der Kündigung nicht und es sind die Vorschriften über die Sozialauswahl und die Beteiligung von Betriebs- oder Personalrat entsprechend anzuwenden (BAG Urteil vom 02.02.1998 Az. 2 AZR 227/97 = BAGE 88,10 sowie vom 18.10.2000 Az. 2 AZR 627/99). Ein diese Kündigung rechtfertigender Grund liegt vor, wenn der Arbeitsplatz des Arbeitnehmers weggefallen ist und der Arbeitgeber den Arbeitnehmer auch unter Einsatz aller zumutbaren Mittel, ggf. durch Umorganisation seines Betriebes, nicht weiterbeschäftigen kann (BAG a.a.O.). Dies ist der Fall, wenn das Arbeitsverhältnis auf Dauer sinnentleert ist, weil die Arbeitsleistung nicht mehr erbracht worden wäre (BAG Urteil vom 24.06.2004 Az. 2 AZR 215/03). Im Fall einer Erkrankung des Arbeitnehmers ist es dem Arbeitgeber regelmäßig zumutbar, einen krankheitsbedingten Leistungsabfall des Arbeitnehmers durch andere Maßnahmen (Umsetzung, menschengerechtere Gestaltung des Arbeitsplatzes, andere Aufgabenverteilung etc.) auszugleichen (BAG Urteil vom 12.07.1995 Az. 2 AZR 762/94).

Im Fall einer wirksamen fristlosen Kündigung ist der Gekündigte dem anderen Teil bei Verschulden zum Schadensersatz verpflichtet. Der Schadensersatzanspruch des fristlos wegen einer Vertragsverletzung durch den Arbeitgeber kündigenden Arbeitnehmers ist begrenzt durch die Höhe des bis zum Ablauf der Kündigungsfrist einer fiktiven ordentlichen Kündigung erzielten Einkommens, hinzu kommt eine den Verlust des Bestandsschutzes ausgleichende Entschädigung gemäß den §§ 9, 10 KSchG (BAG Urteil vom 22.04.2004 Az. 8 AZR 269/03 = BAGE 98,275; diese Begrenzung soll nicht übertragbar sein auf den Schadensersatzanspruch des Gekündigten gegen seinen Rechtsvertreter wegen eines schuldhaft verlorenen Kündigungsschutzprozesses, Urteil des BGH vom 24.05.2007 Az. III ZR 176/06 = NJW 2007,2043). Der Schadensersatzanspruch des fristlos kündigenden Arbeitnehmers setzt voraus, dass der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nicht hätte selbst kündigen können (BAG Urteil vom 26.07.2007 Az. 8 AZR 796/06). Die schuldhaft unterlassene Aufnahme einer Erwerbstätigkeit dürfte aber den Schadensersatzanspruch reduzieren (§ 254 BGB Schadensminderungspflicht). Bei einer Vertragsverletzung durch den Arbeitnehmer kommt etwa ein Schadensersatzanspruch wegen der Einstellung einer Ersatzkraft in Betracht unter Abzug der ersparten Vergütung für den Gekündigten.

Aufhebungsverträge

Das Arbeitsverhältnis kann nicht nur einseitig durch Kündigung beendet werden, sondern auch als Ausfluss der grundgesetzlich gewährleisteten Vertragsfreiheit durch einen Aufhebungsvertrag (§ 311 BGB). Erforderlich sind hierfür übereinstimmende Willenserklärungen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Häufig verwendet man dafür Formulierungen wie „Das Vertragsverhältnis wurde im beiderseitigen Einvernehmen zum ... beendet.“ Ein solcher Aufhebungsvertrag bedarf zu seiner Wirksamkeit der Schriftform (§ 623 BGB; wird durch einen gerichtlichen Vergleich nach § 278 Absatz 6 Satz 1 2. Alt. ZPO gewahrt analog §§ 127 a, 126 Absatz 4 BGB, BAG Urteil vom 23.11.2006 Az. 6 AZR 394/06 = NJW 2007,1831). Schutzvorschriften des KSchG oder des BetrVG sind hierbei nicht zu beachten, da allein schon der entgegenstehende und erklärte Wille einer Vertragspartei dem Zustandekommen eines Vertrages entgegensteht (eine Anhörung des



Betriebsrates ist nicht erforderlich, Beschluss des Bundesarbeitsgerichts vom 28.06.2005 Az. 1 ABR 25/04). Die Beendigung durch Aufhebungsvertrag kann aber zu einer Sperrzeit beim Bezug von Arbeitslosengeld führen (§ 144 Absatz 1 Nummer 1 SGB III), wenn nicht ein wichtiger Grund vorliegt. Gleiches gilt, wenn sich die Vertragsparteien darauf verständigen, dass der Arbeitnehmer eine Kündigung hinnimmt. Dies trifft aber nicht zu, wenn sich die Parteien in einem arbeitsgerichtlichen Vergleich einigen, dass das Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt der rechtswidrigen Kündigung beendet sein soll oder sich die Kontrahenten bei einer rechtmäßigen Kündigung auf eine Beendigung im Zeitpunkt des Abschlusses eines Vergleichs oder später einigen. Bei einer einvernehmlich vereinbarten Freistellung ist die Sozialversicherungspflicht nach dem letzten Arbeitstag problematisch (siehe oben).

Ein wichtiger Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Aufhebungsvertrag liegt nur dann vor, wenn als Alternative zum Aufhebungsvertrag nur die Kündigung durch den Arbeitgeber zum selben Zeitpunkt in Frage kommt und dem Arbeitnehmer die Hinnahme der Kündigung nicht zumutbar gewesen wäre (Urteil des Bundessozialgerichts vom 08.07.2009 Az. B 11 AL 17/08 R = NJW 2010,2459). Zum ab dem 1. Januar 2004 geltenden Recht favorisiert das Bundessozialgericht eine Lösung, die in solchen Fällen nicht auf die Rechtmäßigkeit der Kündigung abstellt, wenn die vereinbarte Abfindung nicht die in § 1 a Absatz 2 KSchG genannte Höhe übersteigt (einen halben Monatsverdienst für jedes Jahr des Bestehens des Arbeitsverhältnisses [s.o.], Urteil vom 12. Juli 2006 Az. B 11a AL 47/05 R = NJW 2006,3514 = BSGE 97,1).

Erhält der Arbeitnehmer im Fall eines Aufhebungsvertrages eine Abfindung und wird das Arbeitsverhältnis vor Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist beendet, ruht der Anspruch auf Arbeitslosengeld I bis zum Zeitpunkt, zu dem eine ordentliche Kündigung ausgesprochen hätte werden können (§ 143 a SGB III; im Gegensatz zu einer Sperrzeit vermindert das Ruhen nicht die Dauer des Anspruchs auf Arbeitslosengeld).

Bei am Arbeitsplatz abgeschlossenen Aufhebungsverträgen besteht kein Widerrufsrecht des Arbeitnehmers nach § 312 Absatz 1 Nummer 1 BGB (Urteil des BAG vom 27.11.2003 Az. 2 AZR 135/03 = NJW 2004,2401). Wird in der Insolvenz ein Aufhebungsvertrag vom Insolvenzverwalter mit dem Arbeitnehmer abgeschlossen, begründet dies keinen Schadensersatzanspruch nach § 113 Satz 3 InsO wegen der vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses (BAG Urteil vom 25.04.2007 Az. 6 AZR 622/06).

Bei Aufhebungsverträgen findet sich häufig wie bei einer Vereinbarung über den Verzicht auf eine Kündigungsschutzklage bei ausgesprochener Kündigung eine Ausgleichsklausel, in der aufgeführt wird, dass weitere Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis nicht bestehen. Eine derartige Klausel benachteiligt den Arbeitnehmer unangemessen und ist daher unwirksam (§ 307 Absatz 1 Satz 1 BGB), wenn nur einseitig Ansprüche des Arbeitnehmers erfasst werden und keine entsprechende Gegenleistung vereinbart ist (BAG Urteil vom 21.06.2011 Az. 9 AZR 203/10 = NJW 2012,103).

Abwicklungsverträge

Mit einem Abwicklungsvertrag regeln die Vertragsparteien, wie das Arbeitsverhältnis nach erfolgter Kündigung abgewickelt werden soll, etwa die Zahlung einer Abfindung als Gegenleistung zu einem Verzicht des Arbeitnehmers auf Erhebung der Kündigungsschutzklage. Hierin liegt kein unwirksames Scheingeschäft, der Betriebsrat ist vor Ausspruch der Kündigung zu hören (BAG Beschluss vom 28.06.2005 Az. 1 ABR 25/04). Ein Abwicklungsvertrag bedarf grundsätzlich nicht der Schriftform, die zu Grunde liegende Kündigung muss aber dem Schriftformerfordernis genügen (BAG Urteil vom 23.11.2006 Az. 6 AZR 394/06 = NJW 2007,1831).

Aufgepasst: Ein solcher Abwicklungsvertrag führt zu einer Sperrzeit beim Bezug von Arbeitslosengeld, wenn der Arbeitnehmer nach erfolgter Kündigung in der Frist für die Erhebung einer Kündigungsschutzklage mit dem Arbeitgeber vereinbart, die Kündigung hinzunehmen; ein wichtiger Grund für die Lösung des Arbeitsverhältnisses im Sinn des SGB III kann nur dann vorliegen, wenn die Arbeitgeberkündigung objektiv rechtmäßig war (Urteil des Bundessozialgerichts vom 18.12.2003 zu Az. B 11 AL 35/03 R = NJW 2004,3142). Den Interessen beider Seiten wird heute § 1 a KSchG gerecht, wonach der Arbeitnehmer eine

Abfindung erhält, wenn er keine Kündigungsschutzklage erhebt und der Arbeitgeber ihn auf diese Möglichkeit in der Kündigung hingewiesen hat (s.o.); das eben erwähnte Urteil des Bundessozialgerichts ist hierauf meines Erachtens nicht anwendbar.

Kündigungsschutz bei Massenentlassungen

Bei der fristgemäßen Entlassung von Mitarbeitern in größerem Umfang sind zusätzliche Punkte zu beachten. Dies betrifft die Entlassung von (§ 17 KSchG)

- a) mehr als 5 Arbeitskräften in Betrieben von mehr als 20 und weniger als 60 Arbeitnehmern,
- b) mehr als 25 Arbeitnehmern bzw. ab 10 % der Beschäftigten in Betrieben mit mindestens 60 und weniger als 500 Arbeitnehmern,
- c) mindestens 30 Arbeitnehmern in Betrieben ab 500 Beschäftigten innerhalb von 30 Kalendertagen.



In diesen Fällen muss der Arbeitgeber zunächst den Betriebsrat konsultieren (§ 17 Absatz 2 KSchG). Dementsprechend sind die Massenkündigungen der Bundesagentur für Arbeit mitzuteilen und können erst danach ausgesprochen werden (Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 27. Januar 2005 zu Az. C-188/03 = NJW 2005,1099; für vor diesem Zeitpunkt ausgesprochene Kündigungen gilt ein Vertrauensschutz in die alte Rechtsprechung, wonach es ausreichte, dass die Anzeige vor der tatsächlichen Beendigung der Bundesagentur mitgeteilt wurde, Urteil des BAG vom 23.03.2006 Az. 2 AZR 343/05 = NJW 2006,3161). Dieser Vertrauensschutz ist nicht bereits mit Bekanntwerden der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs entfallen, sondern erst, nachdem die Bundesagentur für Arbeit ihre frühere Rechtsauffassung geändert hat und dies dem Arbeitgeber bekannt sein musste (BAG Urteil vom 13.07.2006 Az. 6 AZR 198/06). Die Massenkündigungen werden erst nach Ablauf eines Monats nach Eingang der Anzeige bei der Bundesagentur wirksam, es sei denn, die Behörde hat ihre Zustimmung zu einem früheren Wirksamwerden erteilt (§ 18 KSchG). Bis zum Wirksamwerden der Kündigungen kann die Bundesagentur Kurzarbeit zulassen (§ 19 KSchG). Die Monatsfrist bedeutet, dass eine Kündigung erst nach Ablauf der Frist wirksam ist, die Kündigung kann aber sofort nach Eingang der Anzeige vom Arbeitgeber ausgesprochen werden. Ebenso wenig verlängert die Monatsfrist die anwendbare Kündigungsfrist (BAG Urteil vom 06.11.2008 Az. 2 AZR 935/07). Wenn dem Arbeitgeber bei der Erstellung der Anzeige an die Bundesagentur für Arbeit ein Fehler unterläuft, etwa der Anzeige entgegen der Vorschrift des § 17 Absatz 3 Satz 2 KSchG die Stellungnahme des Betriebsrates nicht beigefügt ist, wird dieser Fehler nicht durch bestandskräftige Bescheide der Bundesagentur für Arbeit geheilt (etwa die Verkürzung der Frist für das Wirksamwerden der Kündigung, Urteil des BAG vom 28.06.2012 Az. 6 AZR 780/10).

Wenn die Massenentlassung mit einer Betriebsänderung einhergeht, z.B. einer Einschränkung oder Stilllegung des Betriebes oder von wesentlichen Teilen, trifft den Arbeitgeber in Betrieben mit in der Regel mehr als zwanzig Beschäftigten zusätzlich die Pflicht zur Unterrichtung des Betriebsrates nach § 111 BetrVG (bei der Frage, ob der Schwellenwert von 20 Beschäftigten erreicht ist, sind Leiharbeiter, die im Unternehmen länger als drei Monate eingesetzt sind, zu berücksichtigen, Urteil des BAG vom 18.10.2011 Az. 1 AZR 335/10). Beide Seiten können einen **Interessenausgleich** bzw. einen **Sozialplan** vereinbaren, in dem Regelungen über den Ausgleich oder die Milderung der wirtschaftlichen Nachteile enthalten sind (§ 112 BetrVG). In Betrieben ab einer bestimmten Größenordnung kann bei Massenentlassungen ein Sozialplan notfalls von der Einigungsstelle aufgestellt werden (§ 112 Absatz 4 BetrVG i.V.m. § 112 a BetrVG). Das sind Betriebe mit

- a) weniger als 60 Arbeitnehmern, wenn 20 %, mindestens aber 6 Arbeitnehmer, entlassen werden sollen,
- b) mindestens 60 und weniger als 250 Arbeitnehmern, wenn 20 %, oder mindestens 37 Arbeitnehmer, entlassen werden sollen,
- c) mindestens 250 und weniger als 500 Arbeitnehmern, wenn 15 % oder mindestens 60 Arbeitnehmer,
- d) mindestens 500 Arbeitnehmern, wenn 10 %, aber mindestens 60 Arbeitnehmer entlassen werden sollen (§ 112 a BetrVG),

und zwar jeweils aus betriebsbedingten Gründen. Gleichgestellt sind Aufhebungsverträge. Die Pflicht zum Abschluss eines Sozialplans gilt nicht bei neugegründeten Unternehmen in den ersten vier Jahren.

Leistungen in Sozialplänen im Sinn von § 112 Abs. 1 Satz 2 BetrVG, die dem Ausgleich oder der Abmilderung der mit einer Betriebsänderung für die Arbeitnehmer verbundenen wirtschaftlichen Nachteile dienen, dürfen nicht vom Verzicht auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage abhängig gemacht werden (BAG Urteil vom 20. Dezember 1983 zu Az. 1 AZR 442/82 = BAGE 44, 364 und vom 20. Juni 1985 zu Az. 2 AZR 427/84; § 75 Absatz 1 Satz 1 BetrVG; daran hat sich durch die neue Abfindungsmöglichkeit des § 1 a KSchG nichts geändert: Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 31. Mai 2005 zu Az. 1 AZR 254/04), wohl aber darf eine solche Regelung (Abfindung gegen Verzicht auf Kündigungsschutzklage) in einer einvernehmlichen Betriebsvereinbarung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat getroffen werden (Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 31. Mai 2005 zu Az. 1 AZR 254/04).

Nachteilsausgleich (§ 113 BetrVG): Wenn ein Interessenausgleich vorliegt und ein Arbeitgeber hiervon ohne zwingenden Grund abweicht, können betroffene Arbeitnehmer Klage zum Arbeitsgericht erheben mit dem Ziel, den Arbeitgeber zur Zahlung einer Abfindung verurteilen zu lassen. Die Abfindung darf in diesem Fall bis zu zwölf Monatsverdienste betragen, bei älteren Arbeitnehmern und längerer Beschäftigungsdauer auch mehr (50 Jahre alt und 15 Jahre Beschäftigungsdauer: 15 Monatsverdienste; 55 Jahre alt und 20 Jahre Beschäftigungsdauer: 18 Monatsverdienste). Bei der Klage muss der klagende Arbeitnehmer die Höhe der Abfindung nicht konkret angeben, sondern kann sie in das Ermessen des Gerichts stellen. Bei dieser Ermessensentscheidung sind Lebensalter und Betriebszugehörigkeit, die Arbeitsmarktchancen und das Ausmaß des betriebsverfassungswidrigen Verhaltens des Arbeitgebers zu berücksichtigen. Da der Abfindung Sanktionscharakter zukommt, spielen die finanzielle Leistungsfähigkeit des Arbeitgebers oder dessen Leistungsbereitschaft keine Rolle (Urteil des BAG vom 18.10.2011 Az. 1 AZR 335/10).

Die Pflicht zum Nachteilsausgleich besteht auch, wenn ein Arbeitgeber eine Betriebsänderung durchführt, ohne auch nur einen Interessenausgleich mit dem Betriebsrat versucht zu haben, und Arbeitnehmer infolge der Maßnahme entlassen werden oder andere wirtschaftliche Nachteile erleiden (§ 113 Absatz 3 BetrVG).

Beschäftigungspolitische Effekte des Kündigungsschutzes

Ziel der zum Jahresanfang 2004 eingeführten Lockerung des Kündigungsschutzes ist es, kleineren Betrieben die Entscheidung, zusätzliches Personal einzustellen, leichter zu machen und durch die Einführung der Abfindungsmöglichkeit nach § 1 a KSchG Kündigungen zu erleichtern und damit Unternehmen die bessere Anpassung an veränderte Bedingungen auf den Märkten zu ermöglichen.

Im Gesetzgebungsverfahren hat der **Deutsche Gewerkschaftsbund** (DGB) bemängelt, dem neuen Gesetz mangle es an Beschäftigungssicherung und Arbeitszeitumverteilung. Im Gesetz hätte die Notwendigkeit des Nachweises von beschäftigungssichernden Maßnahmen verankert werden müssen (vgl. Bundestags-Drucksache 15/1587, Seite 21). Der Arbeitgeberseite gehen die Neuregelungen nicht weit genug. So hält der **Bundesverband der Deutschen Arbeitgeber** den Arbeitsmarkt für überreguliert mit falschen sozialrechtlichen Anreizen. Die **Bundesanstalt für Arbeit** und das Institut für Arbeitsmarkt – und Berufsforschung hielten eine generelle Ausnahme von Existenzgründern vom Kündigungsschutz für sinnvoller. Das **Deutsche Institut für Wirtschaftsforschung** (IW) sprach von einer positiven Regelung, der aber nur geringe beschäftigungspolitische Effekte zukämen, da nur Kleinstunternehmen betroffen seien (a.a.O., S. 22).

Der **Bundesrat** schlug vor, dass Arbeitnehmer bereits bei der Einstellung vereinbaren können, im Fall einer Kündigung eine Abfindung zu erhalten und im Gegenzug auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage verzichten. Außerdem sollten Beschäftigte bei Existenzgründern in den ersten vier Jahren keinen Kündigungsschutz genießen (Bundestags-Drucksache 15/1509, S. 10).

Nach einer **Umfrage des IW** vom Herbst 2003 würden mehr als die Hälfte der deutschen Unternehmen durch den Kündigungsschutz abgehalten, mehr Personal einzustellen. 77 Prozent der Unternehmen seien überzeugt, dass Kündigungsschutz die Unternehmen von Neueinstellungen abhalte (vgl. Peter Janßen,

Arbeitsrecht und unternehmerische Einstellungsbereitschaft, Mai 2004). Als andere Faktoren wurden übrigens Lohnnebenkosten (93 %), Wirtschaftslage (88 %), Steuerbelastung (83 %), Tariflöhne (67 %) und Arbeitszeiten (63 %) genannt. Betriebsspitzen würden eher durch Überstunden als durch Neueinstellungen abgedeckt. Die Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes durch die Gerichte habe zu einem für Nichtjuristen nur schwer zu durchschauenden Dickicht geführt, inzwischen würde bei jeder fünften Kündigung die Arbeitsgerichte bemüht, was im internationalen Vergleich zu viel sei (nur in Frankreich läge der Anteil noch höher).

Kündigungsschutz kann für die Volkswirtschaft sowohl positive als auch negative Folgen haben: a) die Chancen für Arbeitslose sänken, weil der Schutz als Barriere wirke und b) ein gewisses Maß an institutionalisierter Arbeitsplatzsicherheit erhöhe die Bereitschaft, in betriebspezifisches Humankapital zu investieren und bewirke damit Produktionszuwächse (a.a.O., S. 5).

Die **OECD** hat 1999 einen Index zur Arbeitsmarktregulierung für 27 Länder entwickelt, in dem die These entwickelt wird, dass je stärker der arbeitsrechtliche Bestandsschutz sei, desto niedriger die Fluktuation am Arbeitsmarkt sei und die Länge der Arbeitslosigkeit ansteige. Im Jahr 2002 waren in Deutschland fast 50 % der Arbeitslosen länger als ein Jahr arbeitslos, während dies in Großbritannien nur 23 % und in den USA weniger als 10 % waren. In diesen Ländern ist auch die Erwerbstätigenquote höher (USA: 74 %, Großbritannien: 72 %, Deutschland 65 %).

Nach mehrmonatigem Wirken des liberalisierten Kündigungsschutzes kommt das der Bundesagentur für Arbeit zugeordnete **Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung** (<http://www.iab.de>) sowie das Bonner **Institut für Zukunft der Arbeit** (IZA, <http://www.iza.org>) zu der Bilanz, dass die Veränderung des Schwellenwertes (mehr als 5 bzw. 10 Arbeitnehmer) weder die Zahl der Einstellungen noch die Zahl der Kündigungen messbar verändere (IAB Kurzbericht Nr. 15 vom 18.10.2004 und Thomas K. Bauer, Stefan Bender und Holger Bonin, „Dismissal Protection and Worker Flows in Small Establishments“, April 2004). Der Kündigungsschutz habe aber wahrscheinlich Relevanz für die Struktur der Beschäftigung und die Flexibilität der Betriebe. Ein signifikanter Einfluss auf das Beschäftigungsniveau bzw. die Arbeitslosigkeit sei auszuschließen. Es sei aber möglich, dass schwächere Gruppen durch den Kündigungsschutz benachteiligt würden, da die Betriebe mehr Wert auf hochproduktive, stabile Beschäftigungen legen. Es gebe heute schon ausreichend ungeschützte Beschäftigungsverhältnisse wie Minijobs, befristete Arbeitsverträge und Leiharbeit. Auch Arbeitgeber seien an stabilen Beschäftigungsverhältnissen interessiert, da sonst die eben erwähnten Möglichkeiten noch stärker genutzt würden.

Abkürzungsverzeichnis	
a.a.O.	am angegebenen Ort
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
Az.	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, zitiert nach Band und Seite
BAT	Bundesangestelltentarifvertrag
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BSGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BVerfGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, zitiert nach Band und Seite
HGB	Handelsgesetzbuch
InsO	Insolvenzordnung
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
SGB	Sozialgesetzbuch
TVÖD	Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
ZPO	Zivilprozessordnung

Jan von Bröckel – Kündigungsschutz (Letztes Update: 14.07.2015)

Benutzen Sie zur Navigation bitte auch die Lesezeichen!

Das Bild vom Bundesarbeitsgericht basiert auf dem Bild „Bundesarbeitsgericht“ (<http://commons.wikimedia.org/wiki/File:Bundesarbeitsgericht.jpg>; Autor: TomKidd) , das Bild vom Europäischen Gerichtshof auf dem Bild „Sitzungssaal EuGH.jpg“ (http://commons.wikimedia.org/wiki/File:Sitzungssaal_EuGH.jpg; Autor: Stefan 64) des Dateiarchivs Wikimedia (<http://commons.wikimedia.org/wiki/Hauptseite>) und beide Bilder stehen unter der Creative Commons Attribution-ShareAlike 3.0 Unported-Lizenz. (<http://www.creativecommons.org/licenses/by-sa/3.0/deed.de>).