

## Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Das Rechtsprechungs-ABC zum Kündigungsschutz

### Information

#### 1. Allgemeines

Der Arbeitgeber eines KSchG-Betriebs muss bei einer Kündigung eine Vielzahl von Vorgaben beachten. Die KSchG -Vorschriften setzen die soziale Rechtfertigung seiner Kündigung voraus. Das Aus muss für den gekündigten Arbeitnehmer betriebs-, personen- oder verhaltensbedingt kommen. Damit aber noch nicht genug: Für bestimmte Arbeitnehmer und Arbeitnehmergruppen gibt es - und das **außerhalb des KSchG -Anwendungsbereichs** - auch einen besonderen Kündigungsschutz . Er ist selbstverständlich vorrangig zu beachten.

#### *Praxistipp:*

Die Zahl der zum KSchG veröffentlichten Urteile ist bereits seit Jahrzehnten unüberschaubar. Das in Gliederungspunkt 2. folgende Rechtsprechungs-ABC hilft bei einer schnellen Orientierung. Soweit im Arbeitsrechtslexikon der Personalpraxis<sup>24</sup> Einzelthemen (z.B. Kündigungsschutz - leitende Angestellte oder Kündigungsschutz - Wirksamkeitsfiktion ) angesprochen sind, ist es immer sinnvoll, dort nach weiteren Entscheidungen zu suchen).

Für die erfolgreiche Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes ist es unerlässlich, die **einschlägige LAG- und BAG-Rechtsprechung** zu kennen. Das KSchG selbst lässt den Rechtsanwender bei der praktischen Umsetzung seiner Vorschriften im Stich. Es sagt ihm weder, wie dringend ein betriebliches Erfordernis für eine betriebsbedingte Kündigung sein muss, noch weist es ihn beispielsweise darauf hin, dass Arbeitnehmer in vielen Fällen einer verhaltensbedingten Kündigung zunächst **abgemahnt** werden müssen. Die **Feinheiten des Kündigungsrechts** werden erst von den Arbeitsgerichten festgelegt.

#### 2. Das Rechtsprechungs-ABC zum Kündigungsschutz

An dieser Stelle werden einige der interessantesten **Entscheidungen** zum Thema Kündigungsschutz **in alphabetischer Reihenfolge** nach Stichwörtern geordnet hinterlegt:

##### 2.1. Abfindung - 1

Schreibt ein Tarifvertrag für eine Kündigung wegen Rationalisierungsmaßnahmen die Zahlung einer Abfindung vor, ist dieser Abfindungsanspruch selbst dann eine bloße **Insolvenzforderung** i.S.d. § 38 InsO , wenn die Kündigung erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch den Insolvenzverwalter erklärt wird ( BAG, 27.04.2006 - 6 AZR 364/05 ).

##### 2.2. Abfindung - 2

Wenn ein Arbeitgeber sich von Mitarbeitern trennen will und Arbeitnehmern, die in **Teilzeit** beschäftigt sind, dabei eine **freiwillige Abfindung** anbietet, die nach dem Grundsatz **pro rata temporis** gezahlt werden soll ( § 4 Abs. 1 Satz 2 TzBfG ), ist das keine unzulässige Diskriminierung wegen Teilzeit ( BAG, 13.02.2007 - 9 AZR 729/05 ).

##### 2.3. Abfindung - 3

"Die Art. 2 und 6 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78 des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf sind dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung entgegenstehen, nach der Arbeitnehmer, die eine **Altersrente** beziehen können, die von ihrem Arbeitgeber aus einem Rentensystem gezahlt wird, dem sie vor Vollendung ihres 50. Lebensjahres beigetreten sind, allein aus diesem Grund eine **Entlassungsabfindung nicht beziehen** können, die dazu bestimmt ist, die berufliche Wiedereingliederung von Arbeitnehmern mit einer Betriebszugehörigkeit von mehr als zwölf Jahren zu fördern" ( EuGH, 12.10.2010 - C-499/08 - Leitsatz - zum Dänischen Recht, wonach Arbeitnehmern nach einer bestimmten Betriebszugehörigkeit eine Entlassungsentschädigung zusteht, die aber entfallen soll, wenn der Mitarbeiter von seinem Arbeitgeber eine Altersrente erhält).

#### 2.4. Anhörungspflicht?

Für eine Verdachtskündigung verlangt das BAG bereits die Anhörung des Arbeitnehmers vor der Kündigung. Eine interessante Auffassung zur Anhörung vertritt das ArbG Gelsenkirchen für normale Kündigungen in Betrieben, in denen kein Betriebsrat gewählt ist und das KSchG nicht greift: *"Eine mangelnde **Pflicht zur Anhörung des Arbeitnehmers vor Ausspruch einer Arbeitgeberkündigung in betriebsratslosen Betrieben** schränkt den verfassungsrechtlich gebotenen Mindestschutz gegen arbeitgeberseitige Kündigungen unangemessen für Arbeitnehmer in denjenigen Fällen ein, in denen ein Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz ... nicht besteht."* Dieses Ergebnis folge unter anderem aus dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ( ArbG Gelsenkirchen, 17.03.2010 - 2 Ca 319/10 - aber **nur eine Mindermeinung**).

#### 2.5. Arbeitnehmereigenschaft

Als Arbeitnehmer i.S.d. ArbGG gelten nach § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG nicht in Betrieben einer juristischen Person oder einer Personengesamtheit Personen, die kraft Gesetzes, Satzung oder Gesellschaftsvertrag allein oder als Mitglied des Vertretungsorgans zur **Vertretung der juristischen Person** oder Personengesamtheit berufen sind. Der "Werkleiter eines Eigenbetriebs" - hier: Amtsleiter des Eigenbetriebs "Kultur und Sport" in einer Stadt des Landes Brandenburg - ist **keine vertretungsberechtigte Person** i.S.d. § 5 Abs. 1 Satz 3 ArbGG . Insoweit ist für dessen Kündigungsschutzklage der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen offen ( BAG, 17.12.2008 - 5 AZB 69/08 ).

#### 2.6. Auflösungsantrag - 1

Auflösungsanträge, die auf unterschiedlichen Kündigungen beruhen, haben unterschiedliche Streitgegenstände. Insoweit ist es ermessensfehlerhaft, wenn ein Arbeitsgericht über einen Kündigungsschutzantrag hinsichtlich einer Kündigung und über einen darauf bezogenen Auflösungsantrag eher entscheidet, als über einen zeitlich vorgehenden Auflösungsantrag ( BAG, 27.04.2006 - 2 AZR 360/05 ).

#### 2.7. Auflösungsantrag - 2

Legt die Beklagte gegen Urteil des Arbeitsgerichts **Berufung** ein, kann der erstinstanzlich obsiegende Kläger sich der Berufung mit dem Ziel **anschließen**, einen Auflösungsantrag nach § 9 Abs. 1 Satz 3 KSchG zu stellen. Diese Möglichkeit kann allerdings nachträglich wieder entfallen: *"Nimmt der im Kündigungsschutzprozess in erster Instanz unterlegene Arbeitgeber die von ihm eingelegte Berufung in der Berufungsverhandlung zurück, so wird damit der vom Arbeitnehmer erstmals durch Anschlussberufung verfolgte Auflösungsantrag **unzulässig**"* ( BAG, 03.04.2008 - 2 AZR 720/06 - Leitsatz).

#### 2.8. Auflösungsantrag - 3

Der Gesetzgeber hat die §§ 4 bis 7 und 13 Abs. 3 KSchG zum 01.01.2004 geändert. § 13 Abs. 3 KSchG sagt: *"Im Übrigen finden die Vorschriften dieses Abschnitts mit Ausnahme der §§ 4 bis 7 auf eine **Kündigung**, die bereits aus anderen als den in § 1 Abs. 2 und 3 bezeichneten Gründen unwirksam ist, keine Anwendung"*. Trotzdem kann ein Arbeitgeber im Fall einer sozialwidrigen ordentlichen Kündigung die Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG nur verlangen, wenn die Rechtsunwirksamkeit der Kündigung **allein auf der Sozialwidrigkeit**, nicht jedoch auf anderen Gründen i.S.d. § 13 Abs. 3 KSchG beruht ( BAG, 28.08.2008 -2 AZR 63/07 ).

## 2.9. Auflösungsantrag - 4

Der Arbeitgeber darf nach § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG die Auflösung des Arbeitsverhältnisses nur dann verlangen, wenn seine **Kündigung sozialwidrig** ist. Diese gesetzliche Vergünstigung kommt ihm nur zu Gute, wenn die Kündigung "nur" sozialwidrig und nicht aus anderen Gründen unwirksam ist. Das gilt aber auch nur dann, wenn die anderweitige **Unwirksamkeit** Folge eines Verstoßes gegen eine Schutznorm ist - was auch für den Fall einer vertraglich vereinbarten Kündigungsbeschränkung bejaht werden kann. Verstößt die Kündigung gegen eine **tarifvertragliche Kündigungsbeschränkung**, kann allein wegen dieses Verstoßes kein Auflösungsvertrag gestellt werden ( BAG, 26.03.2009 - 2 AZR 879/07 ).

## 2.10. Auflösungsantrag - 5

Liegen **mehrere Kündigungsschutzklagen** eines Arbeitnehmers vor, kann es zu Problemen bei der zeitlichen Behandlung dieser Klagen kommen. Dabei ist es allerdings regelmäßig ausgeschlossen, dass über einen Kündigungsschutzantrag, der eine spätere Kündigung betrifft, eher zu entscheiden ist als über einen **zeitlich vorgehenden Auflösungsantrag**. Besteht nämlich im Zeitpunkt der Kündigung - gleich aus welchem Grund - gar kein Arbeitsverhältnis mehr, ist die Klage - ohne dass es auf die Prüfung der Wirksamkeit der Kündigung noch ankäme - als unbegründet abzuweisen ( BAG, 28.05.2009 - 2 AZR 282/08 ).

## 2.11. Auflösungsantrag - 6

Das Arbeitsgericht kann ein Arbeitsverhältnis nach Maßgabe des § 9 Abs. 2 KSchG auf Antrag **des Arbeitgebers** auflösen, wenn eine weitere Zusammenarbeit unzumutbar ist. Dabei ist nach § 9 Abs. 2 KSchG als **Termin für die Auflösung** der Zeitpunkt festzusetzen, an dem das Arbeitsverhältnis bei sozial gerechtfertigter Kündigung geendet hätte. Liegt **kein Auflösungsgrund** i.S.d. § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG vor, muss das Arbeitsgericht den Antrag des Arbeitgebers zurückweisen ( BAG, 23.02.2010 - 2 AZR 554/08 - mit dem Hinweise, dass der Auflösung grundsätzlich nicht entgegensteht, dass das Arbeitsverhältnis nach dem festzustellenden Zeitpunkt, aber vor Erlass des Auflösungsurteil geendet hat).

## 2.12. Auflösungsantrag - 7

§ 13 Abs. 1 Satz 3 KSchG sieht die Auflösung des Arbeitsverhältnisses **bei einer außerordentlichen Kündigung** ausdrücklich nur auf Antrag des Arbeitnehmers vor. Die gesetzliche Regelung ist eindeutig. Der **Arbeitgeber** hat hier **kein Antragsrecht**. *"Der Ausschluss des Antragsrechts gilt auch im Zusammenhang mit einer für unwirksam erkannten außerordentlichen Kündigung, die unter Einhaltung einer der ordentlichen Kündigung entsprechenden Auslauffrist ausgesprochen worden ist"*. Auch wenn die Rechtsfolge - Kündigung mit Auslauffrist - weitgehend der ordentlichen Kündigung angenähert ist: Die außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist unterliegt den Regeln des § 626 BGB ( BAG, 30.09.2010 - 2 AZR 160/09 - zu § 4 MTV Metallindustrie Nordwürttemberg/Nordbaden in der Fassung vom 14.06.2005).

## 2.12. Betriebsänderung

Sind bei einer Kündigung aufgrund einer Betriebsänderung nach § 111 BetrVG die Arbeitnehmer, denen gekündigt werden soll, namentlich in einem Interessenausgleich zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat bezeichnet, wird vermutet, dass die Kündigung durch **dringende betriebliche Erfordernisse** i.S.d. § 1 Abs. 2 KSchG bedingt ist ( § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG ). Das Tatbestandsmerkmal der "Betriebsänderung nach § 111 BetrVG " stellt - wie die §§ 111 BetrVG , 112 BetrVG - auf den geplanten, nicht auf den letztlich im Interessenausgleich geregelten Umfang der Betriebsänderung ab. Das Gleiche gilt auch für die Beantwortung der Frage, ob eine **Betriebseinschränkung durch Personalabbau** die in § 17 KSchG genannten Mindestzahlen oder Prozentangaben zu entlassender Arbeitnehmer überschreitet ( LAG Hessen, 14.12.2006 - 9 Sa 1076/06 ).

## 2.13. Betriebsratsanhörung

§ 102 Abs. 6 BetrVG lässt Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat zu, nach denen Kündigungen der **Zustimmung des Betriebsrats** bedürfen und dass bei Meinungsverschiedenheiten über die Berechtigung der Nichterteilung der Zustimmung die Einigungsstelle entscheidet. § 102 Abs. 6 BetrVG weist den Weg über **Betriebsvereinbarungen**. *"Für eine einzelvertragliche Erweiterung des dem*

*Betriebsrat nach dem Betriebsverfassungsgesetz vor Ausspruch von Kündigungen zustehenden Beteiligungsrechts fehlt es an der erforderlichen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage" ( BAG, 23.04.2009 - 6 AZR 263/08 ).*

#### 2.14. Betriebsratsmitglied - 1

Die verhaltensbedingte **außerordentliche Kündigung mit notwendiger Auslauffrist** ist gegenüber dem durch § 15 KSchG geschützten Personenkreis - u.a. Betriebsratsmitglieder und Mitglieder der Jugend- und Auszubildendenvertretung - **unzulässig**. Würde man das anders sehen, würden die kündigungsrechtlichen Grenzen zwischen kündbaren und den nach § 15 KSchG geschützten Arbeitnehmern verwischt. Eine außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslauffrist würde in Fällen, in denen die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der fiktiven Kündigungsfrist, aber nicht bis zum **Auslaufen des Sonderkündigungsschutzes**, zumutbar ist, zur Zulässigkeit einer Kündigung führen, die im Ergebnis der - eigentlich ausgeschlossenen - ordentlichen Kündigung gleichkommt ( BAG, 17.01.2008 - 2 AZR 821/06 - mit dem Hinweis, dass sich bei Zulassung einer verhaltensbedingten Kündigung mit Auslauffrist für Betriebsratsmitglieder gerade die Gefahr realisieren würde, die der Gesetzgeber mit § 15 KSchG ausschließen wollte).

#### 2.15. Betriebsratsmitglied - 2

Wird ein Betriebsratsmitglied in einer **Betriebsabteilung** beschäftigt, die stillgelegt wird, so ist er nach § 15 Abs. 1 Satz 1 KSchG in eine andere Betriebsabteilung zu übernehmen. Die Übernahme soll in einen möglichst gleichwertigen Arbeitsplatz erfolgen. Gibt es keinen gleichwertigen Arbeitsplatz, muss der Arbeitgeber vor einer Kündigung nach dem Ultima-Ratio-Prinzip eine **Weiterbeschäftigung auf einem geringwertigeren Arbeitsplatz** anbieten. Auch § 15 Abs. 5 Satz 1 KSchG führt nicht dazu, dass der Mandatsträger zur Vermeidung einer Kündigung Anspruch auf Weiterbeschäftigung auf einem höherwertigen Arbeitsplatz hat ( BAG, 23.02.2010 - 2 AZR 656/08 ).

#### 2.16. Betriebsübergang

Der Betriebserwerber tritt nach § 613a Abs. 1 BGB in die **Rechte und Pflichten** aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen ein. Zu diesen Rechten gehört aber **nicht der Kündigungsschutz**. Er geht nicht mit auf den Erwerber über, wenn im Erwerberbetrieb die Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 KSchG nicht vorliegen, weil der notwendige **Schwellenwert** nicht erreicht wird ( BAG, 15.02.2007 - 8 AZR 397/06 ).

#### 2.17. Beweisprobleme

**Kündigungsgespräche** finden leider viel zu oft nur unter vier Augen statt. Sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer haben dann im anschließenden Kündigungsschutzprozess Probleme, bestimmte Tatsachen bewiesen zu bekommen. In diesem Fall kann die für den Inhalt des Gesprächs **beweisbelastete Partei** dadurch Beweis antreten, dass sie ihre **eigene Vernehmung** - entweder nach § 141 ZPO als Parteienanhörung oder § 448 ZPO als Parteivernehmung - beantragt ( BAG, 22.05.2007 - 3 AZN 1155/06 ).

#### 2.18. Darlegungs- und Beweislast

Macht ein Arbeitnehmer im Kündigungsschutzprozess geltend, dass seine ordentliche Kündigung sozial ungerechtfertigt sei, trägt er die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die nach § 23 Abs. 1 KSchG erforderliche Beschäftigtenzahl erreicht ist. Dazu reicht es zunächst aus, wenn er die ihm bekannten **Anhaltspunkte** dafür vorträgt, dass sein Arbeitgeber keinen Kleinbetrieb führt. Daraufhin muss sich der Arbeitgeber vollständig zur Anzahl der Beschäftigten erklären. Bleibt dann nach einer Beweiserhebung immer noch unklar, ob die für den Kündigungsschutz erforderliche Arbeitnehmerzahl erreicht ist, geht diese **Unklarheit** zu Lasten des Arbeitnehmers ( BAG, 26.06.2008 - 2 AZR 264/07 ).

#### 2.19. Doppelkündigung - 1

Will der Arbeitgeber mit **zwei Kündigungsschreiben** lediglich auf verschiedenen Wegen sicherstellen, dass sein Mitarbeiter die Kündigung auch bekommt, reicht es in der Regel aus, wenn der Arbeitnehmer gegen

diese doppelt verlaubliche Kündigungserklärung nach §§ 4 , 7 KSchG nur einmal Klage erhebt. Das ist selbst dann so, wenn der Arbeitgeber die beiden Kündigungsschreiben **an zwei aufeinanderfolgenden Tagen** abschickt und die Schreiben deswegen unterschiedliche Tagesangaben enthalten ( BAG, 06.09.2007 - 2 AZR 264/06 - mit dem Hinweis, dass der Kündigende im Kündigungsschutzprozess Kündigungsgründe, die im Zeitpunkt der Kündigungserklärung zwar vorlagen, ihm aber noch nicht bekannt waren, uneingeschränkt nachschieben kann).

## 2.20. Doppelkündigung - 2

Die KSchG -Regelungen über die dreiwöchige Klagefrist haben den Zweck, den Arbeitsvertragsparteien frühzeitig über die **Wirksamkeit oder Unwirksamkeit einer Kündigung** Klarheit und Rechtssicherheit zu verschaffen. § 6 KSchG - verlängerte Anrufungsfrist - will den Arbeitnehmer allerdings vor einem unnötigen Verlust seines Kündigungsschutzes aus formalen Gründen schützen. Wehrt sich ein Arbeitnehmer gegen eine erste Kündigung mit einer Kündigungsschutzklage und stellt er einen - vorläufigen -

**Weiterbeschäftigungsantrag**, wird eine auf dieselben Gründe gestützte zweite spätere, aber zum selben oder sogar einem früheren Beendigungstermin erklärte Kündigung nicht nach § 7 KSchG wirksam , weil der Kläger sie nicht innerhalb der Drei-Wochen-Frist, sondern erst später ausdrücklich angegriffen hat ( BAG, 23.04.2008 - 2 AZR 699/06 ).

## 2.21. Elternzeit - 1

Das besondere Kündigungsverbot in § 18 Abs. 2 Nr. 2 BErzGG (heute: § 18 Abs. 2 Nr. 2 BEEG ) gilt nicht für Arbeitsverhältnisse **mit einem anderen Arbeitgeber** i.S.d. § 15 Abs. 4 Satz 2 BErzGG (heute: § 15 Abs. 4 BEEG ) ( BAG, 02.02.2006 - 2 AZR 596/04 ).

## 2.22. Elternzeit - 2

Arbeitnehmer, die Elternzeit in Anspruch nehmen können, müssen nicht bloß die **persönlichen Voraussetzungen** des § 15 Abs. 1 BErzGG (heute: § 15 Abs. 1 BEEG ) erfüllen, sondern die Elternzeit auch schriftlich und ordnungsgemäß bei ihrem Arbeitgeber beantragt haben (§ 16 Abs. 1 BErzGG - heute: § 16 Abs. 1 BEEG ). Das **schriftliche Verlangen** nach § 16 BErzGG (heute: § 16 Abs. 1 BEEG ) ist eine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Inanspruchnahme von Elternzeit. Daher gilt: Hat ein Arbeitnehmer seine Elternzeit nicht schriftlich von seinem Arbeitgeber verlangt, hat er **keine Elternzeit** und kann sich nicht auf den besonderen Kündigungsschutz nach § 18 BErzGG (heute: § 18 BEEG ) berufen ( BAG, 26.06.2008 - 2 AZR 23/07 ).

## 2.23. Freistellung

Der Urlaubsanspruch eines Arbeitnehmers wird auch dadurch erfüllt, dass der Arbeitgeber den Mitarbeiter **nach Ausspruch der Kündigung** bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses unter Anrechnung auf seinen Urlaubsanspruch von der Arbeit freistellt . Dabei muss sich die Freistellung auf einen bestimmten **Zeitraum in der Zukunft** beziehen. War der Arbeitnehmer bereits aus anderen Gründen von der Arbeitspflicht befreit, kommt eine nachträgliche Festlegung dieser Zeiten als Urlaub nicht in Betracht. Macht der Arbeitnehmer nach § 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG keine anderen Urlaubswünsche geltend, ist die **Festlegung des Urlaubs in der Kündigungsfrist** nicht zu beanstanden ( BAG, 14.08.2007 - 9 AZR 934/06 ).

## 2.24. Fristversäumnis

Die **nachträgliche Zulassung** einer wegen Versäumnis der Drei-Wochen-Frist nach § 4 KSchG verspäteten Kündigungsschutzklage kommt nach § 5 Abs. 1 Satz 1 KSchG nur in Betracht, wenn der Arbeitnehmer die Frist **"trotz Anwendung aller ihm nach Lage der Umstände zuzumutenden Sorgfalt"** verpasst. Nach § 85 Abs. 2 ZPO steht das **Verschulden des Bevollmächtigten** dem Verschulden der Partei gleich. Das gilt nicht nur für bevollmächtigte Rechtsanwälte, das gilt auch für bevollmächtigte **Vertreter einer Gewerkschaft**, die dann ihrerseits den Klageauftrag an die DGB-Rechtsschutz-GmbH weitergeben ( BAG, 28.05.2009 - 2 AZR 548/08 ).

## 2.25. GmbH-Geschäftsführer - 1

Das Kündigungsschutzgesetz gilt für Arbeitnehmer . Besteht kein Arbeitsverhältnis, kann das Arbeitsgericht nach § 4 Satz 2 KSchG nicht feststellen, "dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist." Schließen Arbeitgeber und Mitarbeiter einen Geschäftsführer-**Dienstvertrag**, heißt das im Zweifel: das bisherige Arbeitsverhältnis wurde konkludent aufgehoben. In der Regel entspricht es ohne besondere Anhaltspunkte nicht dem **Parteiwillen**, neben dem Dienstverhältnis noch ein ruhendes Arbeitsverhältnis bestehen zu lassen ( BAG, 14.06.2006 - 5 AZR 592/05 ).

## 2.26. GmbH-Geschäftsführer - 2

Die **Kündigungsschutzbestimmungen** des ersten KSchG -Abschnitts gelten in Betrieben einer juristischen Person nicht für Mitglieder des Organs, das zur gesetzlichen Vertretung der juristischen Person berufen ist ( § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG ). Wird eine GmbH in eine GmbH & Co. KG umgewandelt und wird der vormalige GmbH-Geschäftsführer nun zum **Geschäftsführer der Komplementär-GmbH** bestellt, mutiert sein organschaftliches Anstellungsverhältnis nicht in ein Arbeitsverhältnis, das in den KSchG -Anwendungsbereich fällt. Über die Kündigung gegenüber dem Geschäftsführer der Komplementär-GmbH einer KG haben nicht deren Gesellschafter, sondern hat die **Gesellschafterversammlung** der Komplementär-GmbH entsprechend § 46 Nr. 5 GmbHG zu entscheiden ( BGH, 08.01.2007 - II ZR 267/05 ).

## 2.27. GmbH-Geschäftsführer - 3

Beim **Rechtsverhältnis** eines GmbH-Geschäftsführers ist zwischen dem schuldrechtlichen Vertragsverhältnis und der Bestellung zum Organ der Gesellschaft zu unterscheiden. Behauptet ein gekündigter Geschäftsführer, es hätten zwei schuldrechtliche Rechtsverhältnisse bestanden - nämlich a) das Geschäftsführerdienstverhältnis und b) ein ruhendes Arbeitsverhältnis -, dann hat er im Einzelnen die Tatsachen darzulegen, aus denen sich ergeben soll, dass eine klar unterscheid- und trennbare **Doppelstellung** vorlag. Die ordentliche Kündigung eines GmbH-Geschäftsführers bedarf nicht der sozialen Rechtfertigung - die Bestimmungen des Ersten Abschnitts des KSchG sind nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 KSchG in Betrieben einer juristischen Person für die **Mitglieder des Organs**, das zur gesetzlichen Vertretung der juristischen Person berufen ist, nicht anzuwenden ( BAG, 25.10.2007 - 6 AZR 1045/06 ).

## 2.28. GmbH-Geschäftsführer - 4

GmbH-Geschäftsführer haben von Gesetzes wegen keinen KSchG -Kündigungsschutz. Aber: Die Gesellschafter können mit ihrem Geschäftsführer in dessen Anstellungsvertrag vereinbaren, dass die materiellen Regelungen des KSchG auch auf eine Kündigung des Geschäftsführers anzuwenden sind. Besteht so eine **Vereinbarung**, muss durch Auslegung des Vertrags ermittelt werden, ob die Gesellschaft dann auch berechtigt sein soll, sich gegen **Zahlung einer Abfindung** nach § 9 f. KSchG vom Vertrag mit ihrem Geschäftsführer zu lösen. Die "*Vertragsauflösung durch richterliche Entscheidung nach §§ 14 Abs. 2 Satz 2 , 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG ist einer modifizierenden Parteivereinbarung zugänglich*" ( BGH, 10.05.2010 - II ZR 70/09 ).

## 2.29. Insolvenz

Es gibt Tarifverträge, die sehen für den Fall, dass ein Arbeitsverhältnis wegen einer Rationalisierungsmaßnahme gekündigt wird, einen **Anspruch auf Abfindung** vor. Wird die Kündigung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch den Insolvenzverwalter ausgesprochen, ist der Anspruch auf Abfindung eine **bloße Insolvenzforderung** i.S.d. § 38 InsO ( BAG, 27.04.2006 - 6 AZR 364/05 ).

## 2.30. Insolvenzverfahren - 1

Die **Eröffnung** des Insolvenzverfahrens unterbricht einen Kündigungsrechtsstreit . Das hat damit zu tun, dass eine Kündigungsschutzklage immer die **Insolvenzmasse** betrifft, weil sie den Weg für vermögensrechtliche Ansprüche ebnet. Erstreckt sich die **Bestandsstreitigkeit** - hier: Einhaltung der maßgeblichen Kündigungsfrist - bloß auf einen Zeitraum vor der Insolvenzeröffnung, kann der Rechtsstreit nur nach Durchführung des insolvenzrechtlichen Feststellungsverfahrens wieder aufgenommen werden ( BAG, 18.10.2006 - 2 AZR 563/05 ).

## 2.31. Insolvenzverfahren - 2

Ein Kündigungsschutzprozess wird durch einen Antrag des Arbeitgebers nach Chapter 11 des **US-Bankruptcy Codes** und das dadurch automatisch ausgelöste Reorganisationsverfahren unterbrochen. Diese **Unterbrechung** wird beendet, wenn der Kläger den Rechtsstreit wieder aufnimmt. Eine gerichtliche **Aufhebung des Verfahrensstillstands** in den Vereinigten Staaten ist für die Fortsetzung des Kündigungsschutzprozesses nicht erforderlich ( BAG, 27.02.2007 - 3 AZR 618/06 ).

### 2.32. Insolvenzverwalter

Wenn im **Zeitpunkt der Klageerhebung** ein Insolvenzverwalter bestellt ist, muss die Kündigungsschutzklage gegen ihn in seiner Eigenschaft als Partei kraft Amtes gerichtet werden. Eine gegen den Schuldner gerichtete Klage wahrt die dreiwöchige Klagefrist des § 4 KSchG nicht. Während eine ungenaue oder erkennbar falsche Parteibezeichnung von Amts wegen richtig gestellt werden kann, hat das Gericht keine Möglichkeit von der Bestellung eines Insolvenzverwalters Kenntnis zu nehmen, wenn der Insolvenzschuldner **eindeutig als Beklagter bezeichnet** wird und sich die Klageschrift nur dahin auslegen lässt, dass sich die Klage allein gegen den Schuldner richten soll ( BAG, 21.09.2006 - 2 AZR 573/05 ).

### 2.33. Interessenausgleich

§ 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG spricht davon, dass Arbeitnehmer, denen gekündigt werden soll, in einem Interessenausgleich : *"namentlich bezeichnet"* sein sollen. Das **Schriftformerfordernis** nach § 112 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ist auch dann erfüllt, wenn die Namensliste nicht im Interessenausgleich selbst, sondern in einer **als Anlage beigefügten Namensliste** enthalten ist. Es reicht schon aus, wenn Interessenausgleich und Namensliste **eine Urkunde** bilden ( BAG, 06.07.2006 - 2 AZR 520/05 ).

### 2.34. Internetverbot nach Kündigung

Heutzutage gehört der Zugang vom **Arbeitsplatz-PC** zum Inter- oder Intranet bei vielen Jobs einfach dazu - vor allem bei Mitarbeitern in leitender Funktion. Gestattet der Arbeitgeber seinem Mitarbeiter die Benutzung des betrieblichen Online-Anschlusses, kann er diese Gestattung nach Ausspruch einer Kündigung nicht ohne Weiteres widerrufen. Der verweigerte **Zugriff auf den betriebseigenen Rechner** ist dann eine schwerwiegende Behinderung und **Diskriminierung des Arbeitnehmers**, die auch unter Berücksichtigung der Arbeitgeberinteressen i.S.d. § 315 Abs. 3 BGB - Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen - nicht gerechtfertigt ist ( ArbG Berlin, 26.01.2007 - 71 Ca 24785/05 ).

### 2.35. In-vitro-Fertilisation

*"Die Richtlinie 92/85/EWG des Rates vom 19.10.1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz (zehnte Einzelrichtlinie i. S. des Art. 16 I der Richtlinie 89/391/EWG ) und insbesondere das in Art. 10 Nr. 1 dieser Richtlinie enthaltene Verbot der Kündigung schwangerer Arbeitnehmerinnen sind dahin auszulegen, dass sie nicht eine Arbeitnehmerin erfassen, die sich einer Befruchtung in vitro unterzieht, wenn zum **Zeitpunkt** des Ausspruchs der Kündigung die Befruchtung ihrer Eizellen mit den Samenzellen ihres Partners bereits stattgefunden hat, so dass in vitro befruchtete Eizellen existieren, diese aber noch nicht in ihre Gebärmutter eingesetzt worden sind.*

*Jedoch stehen Art. 2 I und Art. 5 I Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9.2.1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen der Kündigung einer Arbeitnehmerin entgegen, die sich unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens in einem vorgerückten **Behandlungsstadium** einer in-vitro-Fertilisation befindet, nämlich zwischen Follikelpunktion und der sofortigen Einsetzung der in vitro befruchteten Eizellen in ihre Gebärmutter, sofern nachgewiesen ist, dass die Tatsache, dass sich die Betreffende einer solchen Behandlung unterzogen hat, der hauptsächliche **Grund für die Kündigung** ist"* ( EuGH, 26.02.2008 - C-506/06 - Leitsätze).

### 2.36. Klagefrist - 1

§ 4 KSchG ist in der heutigen Fassung erst seit dem 01.01.2004 anzuwenden (Hinweis eingefügt: 03/2006). Seitdem gilt die Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG für eine nicht rechtzeitig angefochtene Kündigung auch

für Fälle, in denen das Kündigungsschutzgesetz sonst nicht anwendbar ist. Einer dieser Fälle ist der Zugang der Kündigung innerhalb der 6-monatigen Probezeit. Geht eine **Kündigung vor dem 01.01.2004** zu, wird aber danach erst eine Kündigungsschutzklage erhoben, ist § 4 KSchG n.F. anzuwenden ( BAG, 09.02.2006 - 6 AZR 283/05 - mit dem Hinweis, dass allein eine zu kurze Kündigungsfrist auch außerhalb der dreiwöchigen Klagefrist des § 4 KSchG n.F. noch angegriffen werden kann).

### 2.37. Klagefrist - 2

Die **Nichteinhaltung der Kündigungsfrist** kann seit BAG, 09.02.2006 - 6 AZR 283/05 - auch noch **nach Ablauf der Klagefrist** des § 4 Satz 1 KSchG geltend gemacht werden. Es gilt aber eine **Ausnahme** für Fälle, in denen der Kündigungstermin integraler Bestandteil der Kündigungserklärung ist: Hier ergibt sich dann durch Auslegung der Kündigung, dass der Arbeitgeber die Kündigung ausschließlich zu dem in der Erklärung genannten Termin gelten lassen und für den Fall, dass er nicht der richtige ist, am Arbeitsverhältnis festhalten will ( BAG, 06.07.2006 - 2 AZR 215/05 ).

### 2.38. Klagefrist - 3

Wenn im Zeitpunkt der Klageerhebung bereits ein **Insolvenzverwalter** bestimmt ist, ist eine Kündigungsschutzklage gegen ihn als **Partei kraft Amtes** zu richten. Eine Klage gegen den Schuldner wahrt die Klagefrist des § 4 KSchG nicht. Eine ungenaue oder erkennbar **falsche Parteibezeichnung** ist unschädlich und kann jederzeit von Amts wegen richtiggestellt werden, wobei die Parteien bei nicht eindeutiger Bezeichnung in der Klageschrift durch Auslegung zu ermitteln sind ( BAG, 21.09.2006 - 2 AZR 573/05 ).

### 2.39. Klagefrist - 4

Der gesetzliche Kündigungsschutz greift nach § 1 Abs. 1 KSchG erst, wenn das **Arbeitsverhältnis länger als sechs Monate** besteht. Das könnte bedeuten, dass auch die Bestimmung zur dreiwöchigen Klagefrist bei einer außerordentlichen Kündigung in §§ 13 Abs. 1 Satz 2, 4 Satz 1 KSchG erst **Anwendung** findet, wenn ein Arbeitnehmer Kündigungsschutz hat. Nach der Neuregelung des KSchG zum 01.01.2004 gilt die Drei-Wochen-Frist aber für alle Klagen gegen eine rechtsunwirksame Kündigung, das heißt auch für Klagen gegen eine außerordentliche Kündigung, wenn der gekündigte Arbeitnehmer noch keinen KSchG -Schutz hat ( BAG, 28.06.2007 - 6 AZR 873/06 ).

### 2.40. Klagefrist - 5

Hat ein Arbeitnehmer **innerhalb von drei Wochen** nach Zugang der schriftlichen Kündigung im Klageweg - § 4 KSchG - geltend gemacht, dass keine rechtswirksame Kündigung vorliegt, kann er sich in diesem Verfahren bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz zur Begründung der Unwirksamkeit der Kündigung auch auf Kündigungsschutzklage - verlängerte Anrufungsfrist berufen ( § 6 Satz 1 KSchG ). Ein Unwirksamkeitsgrund der hier vorausgesetzten Art kann auch der **tarifliche Ausschluss ordentlicher Kündbarkeit** sein. Aber: Wird dieser Unwirksamkeitsgrund erstmals in der **Revisionsinstanz** geltend gemacht, reicht das nicht mehr aus, die Fristen der §§ 4 ff. KSchG zu wahren ( BAG, 08.11.2007 - 2 AZR 314/06 ).

### 2.41. Klagefrist - 6

§ 4 Satz 1 KSchG knüpft die dreiwöchige Klagefrist an eine "Kündigung" des Arbeitgebers und lässt sie nach *"Zugang der schriftlichen Kündigung"* beginnen. "Kündigung" meint aber, dass eine **Kündigungserklärung** vorliegen muss, die dem Arbeitgeber auch zugerechnet werden kann. Bei einer ohne Vollmacht oder von einem Nichtberechtigten erklärten Kündigung liegt jedoch keine vom Arbeitgeber autorisierte Kündigung vor. Eine ohne Billigung des Arbeitgebers ausgesprochene Kündigung ist dem Arbeitgeber erst durch eine **nachträglich erteilte Genehmigung** zurechenbar. Somit beginnt die dreiwöchige Klagefrist in Fällen dieser Art frühestens mit dem Zugang der Genehmigung zu laufen ( BAG, 26.03.2009 - 2 AZR 403/07 ).

### 2.42. Klagefrist - 7



Die ordentliche Kündigung eines befristeten Arbeitsvertrags ist nach § 15 Abs. 3 TzBfG nur dann möglich, *"wenn dies einzelvertraglich oder im anwendbaren Tarifvertrag vereinbart ist"*. Will ein befristet eingestellter Arbeitnehmer sich gegen seine ordentliche Kündigung wehren, muss er die dreiwöchige Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG auch dann einhalten, wenn die ordentliche Kündigung gegen das **Kündigungsverbot aus § 15 Abs. 3 TzBfG** verstößt. Das folgt aus Sinn und Zweck des Gesetzes - wollte der Gesetzgeber doch eine **rasche Klärung** der Frage, ob die Kündigung ein Arbeitsverhältnis beendet oder nicht ( BAG, 22.07.2010 - 6 AZR 480/09 - mit dem Hinweis, dass die bloße Nichteinhaltung der Kündigungsfrist auch außerhalb der Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG noch geltend gemacht werden kann).

#### 2.43. Klagefrist - 8

Lässt sich eine mit **zu kurzer Frist ausgesprochene Kündigung** nicht *"als eine solche mit der rechtlich gebotenen Frist auslegen"*, muss der Arbeitnehmer bei einer ordentlichen Kündigung die **Nichteinhaltung der objektiv richtigen Kündigungsfrist** innerhalb der fristgebundenen Klage des § 4 Satz 1 KSchG geltend machen. Müsste die Kündigung in eine **Kündigung mit zutreffender Frist** umgedeutet werden, gilt die mit zu kurzer Frist erklärte Kündigung nach § 7 KSchG als rechtswirksam. Sie beendet das Arbeitsverhältnis zum "falschen" Kündigungstermin, wenn die Kündigungsschutzklage nicht innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung erhoben wird ( BAG, 01.09.2010 - 5 AZR 700/09 ).

#### 2.44. Klageverzicht

Lässt sich der Arbeitgeber von einem gekündigten Arbeitnehmer auf einem **Formular** die Erklärung *"Kündigung akzeptiert und mit Unterschrift bestätigt. Auf Klage gegen die Kündigung wird verzichtet"* unterschreiben, ist so ein Klageverzicht ohne Gegenleistung unwirksam. Es handelt sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung, die den Vertragspartner nach § 307 Abs. 1 Satz BGB entgegen den Geboten von Treu und Glauben **unangemessen benachteiligt**. Hier wird von der gesetzlichen Regelung in § 4 Satz 1 KSchG abgewichen ( BAG, 06.09.2007 - 2 AZR 722/06 ).

#### 2.45. Kleinbetrieb - 1

Das Kündigungsschutzgesetz sieht in § 23 Abs. 1 Satz 3 vor, dass seine Bestimmungen in Betrieben, in denen in der Regel zehn oder weniger Arbeitnehmer beschäftigt sind, nicht für Arbeitnehmer gelten, deren **Arbeitsverhältnis nach dem 31.12.2003** begonnen hat. Diese Arbeitnehmer werden auch bei der Feststellung der maßgeblichen Mitarbeiterzahl nicht berücksichtigt. Wird einem Mitarbeiter, der bei seiner Einstellung im Jahr 2003 Kündigungsschutz hatte, nach dem 31.12.2003 gekündigt, behält er den damaligen Kündigungsschutz nur dann, wenn noch Mitarbeiter da sind, die bei seiner Einstellung schon beschäftigt waren. **Ersatzleute** zählen nicht ( BAG, 21.09.2006 - 2 AZR 840/05 ).

#### 2.46. Kleinbetrieb - 2

Die Unwirksamkeit einer Kündigung kann sich in einem Kleinbetrieb zwar nicht aus dem KSchG ergeben, wohl aber aus einem Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, § 242 BGB. Spricht der Arbeitgeber eines Kleinbetriebs gegenüber seiner dort langjährig mitarbeitenden Ehefrau mit Rücksicht auf das **Getrenntleben** und die anstehende Scheidung eine Kündigung aus, ist das auch nach § 242 BGB nicht zu beanstanden. Art. 5 Abs. 1 GG - der verfassungsrechtlich garantierte Schutz von Ehe und Familie - steht dem nicht entgegen ( LAG Berlin-Brandenburg, 09.05.2008 - 6 Sa 598/08 ).

#### 2.47. Kleinbetrieb - 3

Ersatzeinstellungen für ausgeschiedene Mitarbeiter reichen nicht aus, um zu einer Anwendung des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG zu gelangen. Das folgt sowohl aus dem Wortlaut des § 23 Abs. 1 Satz 3 2. Halbs. KSchG n. F. als auch aus der Entstehungsgeschichte und Sinn und Zweck der gesetzlichen Neuregelung, gegen die verfassungsrechtlich keine Bedenken bestehen. Insbesondere steht auch Art. 3 Abs. 1 GG nicht entgegen, die bei einer Stichtagsregelung - hier: 01.01.2004 - im Einzelfall entstehenden Härten sind hinzunehmen ( BAG, 27.11.2008 - 2 AZR 790/07 - mit Hinweis auf BAG, 21.09.2006 - 2 AZR 840/05 ).

#### 2.48. Kleinbetrieb - 4

§ 23 Abs. 1 KSchG verlangt mehr als fünf bzw. zehn Arbeitnehmer für den **Anwendungsbereich** des Kündigungsschutzgesetzes. Bei einem **Gemeinschaftsbetrieb** werden die Mitarbeiter der einzelnen Arbeitgeber zusammengerechnet. Aber: Eine Zusammenrechnung von im Ausland beschäftigten Arbeitnehmern, deren Arbeitsverhältnisse mangels anderweitiger Anhaltspunkte ausländischem Recht unterliegen, mit den **in der Bundesrepublik** beschäftigten Arbeitnehmern, die deutschem Arbeitsrecht unterfallen, ist nicht möglich. Die Arbeitsverhältnisse beider Personengruppen fallen in unterschiedliche Rechtsordnungen und dürfen *"nicht zum Zwecke der Eröffnung des Anwendungsbereichs einzelner Gesetze des jeweils anderen Rechts zusammengerechnet werden"* ( BAG, 26.03.2009 - 2 AZR 883/07 ).

#### 2.49. Konzern

Der Arbeitgeber ist vor Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung grundsätzlich nicht verpflichtet, den Arbeitnehmer in einem anderen Betrieb eines anderen Unternehmens unterzubringen. Eine **konzernbezogene Betrachtung** ist nur in Ausnahmefällen angesagt. Das kann beispielsweise der Fall sein, wenn sich ein anderes Konzernunternehmen ausdrücklich zur **Übernahme des Mitarbeiters** bereit erklärt oder sich die Verpflichtung zur Übernahme aus dem Arbeitsvertrag oder sonstigen vertraglichen Absprachen ergibt ( BAG, 23.03.2006 - 2 AZR 162/05 - mit Hinweisen zur Beweislast des Arbeitnehmers für die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit).

#### 2.50. Kündigungsschutzklage

Der Feststellungsantrag einer Kündigungsschutzklage muss den gesetzlichen Vorgaben entsprechen. Er ist auf die Feststellung zu richten, *"dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist"* ( § 4 Satz 1 KSchG ). Das Arbeitsgericht muss nach § 139 Abs. 1 ZPO auf die **Stellung eines entsprechenden Antrags** hinwirken. Dabei bedarf es keiner ausdrücklichen Wiedergabe in der Klageschrift. Es reicht aus, wenn das **Rechtsschutzziel** durch Auslegung der Klageschrift klar und eindeutig erkennbar wird ( BAG, 13.12.2007 - 2 AZR 818/06 ).

#### 2.51. Massenentlassung - 1

Im Wege der richtlinienkonformen Auslegung des § 17 Abs. 1 Satz KSchG (s. dazu EuGH, 27.01.2005 - C 188/03) muss die Anzeige bei der Agentur für Arbeit rechtzeitig vor Ausspruch der Kündigung erfolgen. Für Altfälle gibt es, was die Wirksamkeit der Kündigung anbelangt, bis zum Bekanntwerden der EuGH-Entscheidung vom 27.01.2005 Vertrauensschutz. Dem Arbeitgeber können keine rückwirkenden Handlungspflichten auferlegt werden ( BAG, 23.03.2006 - 2 AZR 343/05 - mit dem Hinweis, dass in diesem Fall nicht entschieden werden musste, ob eine nicht rechtzeitige Anzeige die Kündigung unwirksam macht oder bloß ein Entlassungshindernis ist).

#### 2.52. Massenentlassung - 2

Ein **Personalabbau** kann eine Betriebsänderung i.S.d. § 111 Satz 3 Nr. 1 BetrVG darstellen. Entscheidend sind die Zahlen des § 17 Abs. 1 KSchG. In größeren Betrieben müssen allerdings **mindestens 5 % der Belegschaft** betroffen sein ( BAG, 28.03.2006 - 1 ABR 5/05 - mit dem Hinweis, dass es bei einem stufenweisen Personalabbau darauf ankommt, ob er auf einer einheitlichen unternehmerischen Planung fußt).

#### 2.53. Massenentlassung - 3

An das Urteil vom 23.03.2006 anknüpfend hat das BAG entschieden, dass das **Vertrauen des Arbeitgebers** nicht mehr schutzwürdig sei, wenn die für die Anwendung und Ausführung der §§ 17 ff. KSchG zuständige Arbeitsverwaltung ihre frühere Rechtsauffassung geändert hat und dem Arbeitgeber - hier: Insolvenzverwalter - dies **bekannt sein** musste ( BAG, 13.07.2006 - 6 AZR 198/06 - mit dem Hinweis, dass der Rechtsstreit in die 2. Instanz zurückzuverweisen ist, damit das LAG zu dieser Frage noch die fehlenden tatsächlichen Feststellungen treffen kann).

#### 2.54. Massenentlassung - 4

"Die Richtlinie 75/129/EWG des Rates vom 17.02.1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten über Massenentlassungen ist dahin auszulegen, dass sie auf Massenentlassungen

anwendbar ist, die durch die endgültige Einstellung der Tätigkeit eines Unternehmens oder Betriebes bedingt sind, die vom Arbeitgeber aus eigenem Antrieb beschlossen wurde und die ohne eine entsprechende vorherige gerichtliche Entscheidung erfolgt ist, ohne dass die in ihrem Art. 1 II lit. d vorgesehene Ausnahme ihre Anwendung ausschließen könnte" ( EuGH, 07.09.2006 - C 187/05 - Leitsatz).

### 2.55. Massentlassung - 5

Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2002/14/EG vom 11.03.2002 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die **Unterrichtung und Anhörung** der Arbeitnehmer in der EG ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, die eine bestimmte **Gruppe von Arbeitnehmern** - und sei es auch nur zeitweilig - bei der **Berechnung der Beschäftigtenzahl** im Sinn dieser Vorschrift unberücksichtigt lässt. Das Gleiche gilt für Art. 1 lit. a der Richtlinie 98/59/EG vom 20.07.1998 ( EuGH, 18.01.2007 - C-385/05 ).

### 2.56. Massentlassung - 6

Nach der Entscheidung des EuGH vom 27.01.2005 - C 188/03 - muss davon ausgegangen werden, dass unter einer **Entlassung** i.S.d. § 17 Abs. 1 KSchG die **Erklärung der Kündigung** des Arbeitsverhältnisses zu verstehen ist. Für Kündigungen, die vor der EuGH-Entscheidung erfolgten, kann der Arbeitgeber noch auf die alte Rechtslage vertrauen, die Entlassung als tatsächliches Beschäftigungsende verstand. Dabei kann das BAG über die **Gewährung von Vertrauensschutz** selbst entscheiden, ohne die Frage dem EuGH vorzulegen ( BAG, 22.03.2007 - 6 AZR 499/05 - und zugleich Bestätigung von LAG Berlin, 01.07.2005 - 8 Sa 781/05 ).

### 2.57. Massentlassung - 7

Im Anschluss an die Entscheidung des EuGH vom 27.01.2005 - C 188/03 ist davon auszugehen, dass unter "**Entlassung**" i.S.d. § 17 Abs. 1 Satz 1 KSchG nicht die tatsächliche Freisetzung, sondern der **Ausspruch der Kündigung** des Arbeitsverhältnisses zu verstehen ist. Insoweit wird an der früheren Rechtsauffassung nicht mehr festgehalten - wohl aber am **Grundsatz des Vertrauensschutzes** für Altfälle ( BAG, 23.03.2006 - 2 AZR 343/05 ). Bei einer Kündigung, die weit vor der EuGH-Entscheidung - hier am 15.12.2003 - ausgesprochen wurde, kann der Arbeitgeber auf die Rechtslage vertrauen, wie sie sich damals nach der **Rechtsprechung des BAG** und der gängigen Verwaltungspraxis der Arbeitsagenturen darstellte ( BAG, 12.07.2007 - 2 AZR 448/05 ).

### 2.58. Massentlassung - 8

Nach § 17 Abs. 3 Sätze 1 und 2 KSchG ist die beigefügte **Stellungnahme des Betriebsrats** Wirksamkeitsvoraussetzung für die vom Arbeitgeber zu erstattende Massentlassungsanzeige. Fehlt sie, führt das trotzdem nicht gleich zur Unwirksamkeit dieser Anzeige. Der Arbeitgeber kann die Stellungnahme des Betriebsrats mit dem Erfolg **nachreichen**, dass die Massentlassungsanzeige erst in dem Zeitpunkt wirksam wird, in dem die Stellungnahme des Betriebsrats bei der Agentur für Arbeit eingeht. Das setzt allerdings unter Berücksichtigung der Vorgaben in § 17 Abs. 3 Satz 3 KSchG voraus, dass der Arbeitgeber seinen Betriebsrat **mindestens zwei Wochen** vor der Erstattung seiner Anzeige ordnungsgemäß unterrichtet hat ( BAG, 21.05.2008 - 8 AZR 84/07 - mit dem Hinweis, dass die Monatsfrist des § 18 Abs. 1 KSchG für die Wirksamkeit von Entlassungen erst mit der Vollständigkeit der Massentlassungsanzeige beginnt).

### 2.59. Massentlassung - 9

Massentlassungen, die nach § 17 KSchG anzuzeigen sind, werden vor Ablauf eines Monats nach **Eingang der Anzeige bei der Agentur für Arbeit** nur mit deren Zustimmung wirksam - wobei die Arbeitsagentur ihre **Zustimmung auch rückwirkend** bis zum Tag der Antragstellung erteilen kann ( § 18 Abs. 1 KSchG ). Die gesetzliche Entlassungssperre des § 18 Abs. 1 KSchG hindert aber weder den Ausspruch einer Kündigung nach Anzeige der Massentlassung bei der Agentur für Arbeit **während des Laufs der Sperrfrist** nach § 18 Abs. 1 KSchG oder § 18 Abs. 2 KSchG noch verlängert die Sperrfrist die gesetzlichen Kündigungsfristen. Die Sperrfrist des § 18 KSchG dient in erster Linie arbeitsmarktpolitischen Zwecken und soll der Arbeitsverwaltung die Möglichkeit verschaffen, der zu erwartenden Arbeitslosigkeit rechtzeitig gegenzusteuern ( BAG, 06.11.2008 - 2 AZR 935/07 ).

## 2.60. Massenentlassung - 10

"Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20.07.1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten über Massenentlassungen ist dahin auszulegen, dass innerhalb eines Konzerns der Erlass strategischer Entscheidungen oder Änderungen der Geschäftstätigkeit, die den Arbeitgeber zwingen, Massenentlassungen ins Auge zu fassen oder zu planen, bei diesem Arbeitgeber die Pflicht zur Konsultation der Arbeitnehmervertreter entstehen lässt. Das Entstehen der Verpflichtung des Arbeitgebers, Konsultationen über die beabsichtigten Massenentlassungen aufzunehmen, setzt nicht voraus, dass dieser bereits in der Lage ist, den Arbeitnehmervertretern Auskünfte gem. Art. 2 Abs. 3 Unterabs. 1 lit. b der Richtlinie 98/59/EG zu gewähren" ( EuGH, 10.09.2009 - C 44/08 ).

## 2.61. Massenentlassung - 11

Nach § 18 Abs. 4 bedarf es unter den Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 KSchG einer erneuten **Anzeige**, wenn die Entlassungen nicht innerhalb von 90 Tagen nach dem Zeitpunkt, zu dem sie nach § 18 Abs. 1 und Abs. 2 KSchG zulässig sind, durchgeführt werden. Einer "erneuten Anzeige" i.S.d. § 18 Abs. 4 KSchG bedarf es aber nicht, wenn **Kündigungen nach der ersten Anzeige** vor Ablauf der Freifrist ausgesprochen werden und die Arbeitsverhältnisse nur wegen der einzuhaltenden langen Kündigungsfristen erst **nach Ablauf der Freifrist** enden. Nach Ablauf der Freifrist beabsichtigt der Arbeitgeber hier keine Kündigungen mehr - die hat er ja schon vorher erklärt ( BAG, 23.02.2010 - 2 AZR 268/08 ).

## 2.62. Massenentlassung - 12

Nach § 18 Abs. 4 KSchG bedarf es unter den Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 KSchG einer erneuten Anzeige, soweit "die Entlassungen nicht innerhalb von 90 Tagen nach dem Zeitpunkt, zu dem sie nach den Abs. 1 und 2 zulässig sind, durchgeführt werden". Für Massenentlassungsanzeigen bei Nachkündigungen in der Insolvenz gilt: "Die durch eine ordnungsgemäße Massenentlassungsanzeige gem. § 17 KSchG eröffnete Kündigungsmöglichkeit wird mit der Erklärung dieser Kündigung verbraucht. Für jede weitere Kündigung ist unter den Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 KSchG eine neue Massenentlassungsanzeige erforderlich. Aus § 18 Abs. 4 KSchG folgt nichts anderes" ( BAG, 22.04.2010 - 6 AZR 948/08 - Leitsatz).

## 2.63. Nachträgliche Zulassung - 1

Nach § 85 Abs. 2 ZPO steht das **Verschulden des Bevollmächtigten** dem Verschulden der Partei gleich. Sofern der Arbeitnehmer die DGB Rechtsschutz GmbH mit der Prozessvertretung beauftragt, ist die **rechtsschutzgewährende Einzelgewerkschaft** nicht Prozessbevollmächtigter i. S. v. § 85 Abs. 2 ZPO . Sofern die verspätete Klageerhebung auf ein Verschulden des Rechtssekretärs der Einzelgewerkschaft zurückzuführen ist, kommt in diesen Fällen eine Verschuldenszurechnung nach § 85 Abs. 2 ZPO nicht in Betracht ( LAG Schleswig-Holstein, 29.11.2007 - 5 Ta 263/07 ).

## 2.64. Nachträgliche Zulassung - 2

Wenn es keine besondere **Überleitungsvorschrift** gibt, ist bei einem Antrag auf nachträgliche Zulassung nach den **Grundsätzen des intertemporalen Prozessrechts** das Prozessrecht in der jeweils geltenden Fassung anzuwenden. Wird gegen einen Beschluss nach § 5 KSchG die sofortige Beschwerde noch im Geltungsbereich des alten Prozessrechts eingelegt, müssen die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Beschwerde **nach altem Recht** beurteilt werden ( LAG Baden-Württemberg, 07.05.2008 - 10 Sa 26/08 ).

## 2.65. Nachträgliche Zulassung - 3

War ein Arbeitnehmer trotz Anwendung aller ihm nach Lage der Umstände zuzumutenden **Sorgfalt** daran gehindert, seine Klage rechtzeitig zu erheben, ist die Klage nach § 5 Abs. 1 KSchG auf seinen, innerhalb von zwei Wochen nach Behebung des Hindernisses zu stellenden Antrag hin nachträglich zuzulassen . Wurde die Klage vom Arbeitnehmer **verschuldet zu spät** erhoben, so gilt die Kündigung als von Anfang an wirksam . Ein **Verschulden des Prozessbevollmächtigten** - Versäumnis rechtzeitiger Klageerhebung - an der verspäteten Klageerhebung steht dabei einer verschuldeten Fristversäumnis des Arbeitnehmers in Anwendung des § 85 Abs. 2 ZPO gleich ( BAG, 11.12.2008 - 2 AZR 472/08 ).

## 2.66. Nachträgliche Zulassung - 4

Eine Kündigungsschutzklage ist nachträglich zuzulassen, wenn ein Arbeitnehmer nach erfolgter Kündigung *"trotz Anwendung aller ihm nach Lage der Umstände **zuzumutenden Sorgfalt** verhindert"* war, *"die Klage innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung zu erheben"* ( § 5 Abs. 1 Satz 1 KSchG ). *"Das Gericht darf über den Hilfsantrag auf nachträgliche Klagezulassung nur entscheiden, wenn es zu der Ansicht gelangt ist, der Kläger habe gegen eine ihm zugegangene und dem Arbeitgeber zurechenbare schriftliche Kündigung verspätet Klage erhoben"* ( BAG, 28.05.2009 - 2 AZR 732/08 - mit dem Hinweis, dass der Inhaber eines Hausbriefkastens grundsätzlich dafür sorgen muss, dass er von den für ihn bestimmten Sendungen auch Kenntnis nehmen kann).

## 2.67. Nachträgliche Zulassung - 5

Der Antrag auf nachträgliche Zulassung einer verspäteten Kündigungsschutzklage ist nach § 5 Abs. 3 Satz 1 KSchG *"nur innerhalb von zwei Wochen nach Behebung des Hindernisses zulässig"*. *"Nach Ablauf von sechs Monaten, vom Ende der versäumten Frist an gerechnet, kann der Antrag"* - so § 5 Abs. 3 Satz 2 KSchG - *"nicht mehr gestellt werden"*. Diese Frist mag recht kurz erscheinen - sie ist verfassungsmäßig aber nicht zu beanstanden. Sie verstößt nicht gegen die Grundrechte betroffener Arbeitnehmer, sondern dient der **Rechtssicherheit** ( BAG, 28.01.2010 - 2 AZR 985/08 ).

## 2.68. Partnergesellschaft

Verwendet der Kläger in seiner Kündigungsschutzklage eine **falsche Parteibezeichnung**, ist das unschädlich und kann jederzeit von Amts wegen korrigiert werden. Ergibt sich aus einem der Klageschrift beigefügten Kündigungsschreiben, wer als beklagte Partei gemeint ist, ist eine **Berichtigung** in der Regel ohne Weiteres möglich - und das gilt auch bei einer Partnerschaft nach dem PartGG. Kann die falsche Parteibezeichnung geheilt werden, muss man bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen eine **rechtzeitige Klageerhebung** annehmen ( BAG, 01.03.2007 - 2 AZR 525/05 ).

## 2.69. Präventionsverfahren

Der Arbeitgeber muss **bei Schwerbehinderten** ein Präventionsverfahren ( § 84 Abs. 1 SGB IX ) und bei allen Arbeitnehmern ein betriebliches Eingliederungsmanagement ( § 84 Abs. 2 SGB IX ) durchführen. Beide Verfahren sind allerdings **keine Wirksamkeitsvoraussetzung** für die Kündigung eines Schwerbehinderten in der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG ( BAG, 28.06.2007 - 6 AZR 750/06 - mit dem Hinweis, dass keine Transparenzkontrolle von Tarifbestimmungen nach § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB in Verbindung mit § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB stattfindet, wenn ein tarifgebundener Arbeitgeber vertraglich auf die einschlägigen Tarifbestimmungen Bezug genommen hat, der Arbeitnehmer aber kein Mitglied der tarifschließenden Gewerkschaft ist).

## 2.70. Prozesskostenhilfe

Eine Prozesskostenhilfe beantragende Partei hat nach § 115 Abs. 3 ZPO auch ihr **Vermögen** einzusetzen. Zum Vermögen der Partei gehört auch der Anspruch auf einen **Prozesskostenvorschuss gegen den Ehegatten** in persönlichen Angelegenheiten. Zu diesen persönlichen Angelegenheiten gehören sowohl Bestandsschutzstreitigkeiten als auch ein **Zustimmungsersetzungsverfahren** nach dem BetrVG - schließlich muss der Arbeitnehmer auch dort um seinen Arbeitsplatz kämpfen ( BAG, 29.10.2007 - 3 AZB 25/07 ).

## 2.71. Rechtskraft

Stellt das erstinstanzliche Gericht mit Urteil rechtskräftig fest, dass das Arbeitsverhältnis zu einem bestimmten Zeitpunkt nicht aufgelöst ist, steht damit gleichzeitig fest, dass zum **Zeitpunkt** des Wirksamwerdens einer am gleichen Tag ausgesprochenen fristlosen Kündigung zwischen den Parteien noch ein Arbeitsverhältnis bestanden hat. Hat der Arbeitnehmer diese Kündigung mit einem Antrag nach § 4 Satz 1 KSchG angegriffen, war **im Rahmen des Kündigungsschutzprozesses** auch darüber zu entscheiden, ob zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung überhaupt ein Arbeitsverhältnis bestanden hat. Voraussetzung für die in einem Kündigungsschutzverfahren verlangte Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis durch eine bestimmte

Kündigung nicht aufgelöst ist, ist der **Bestand des Arbeitsverhältnisses** im Zeitpunkt der mit dieser Kündigung beabsichtigten Beendigung des Arbeitsverhältnisses ( BAG, 26.06.2008 - 6 AZN 648/07 ).

## 2.72. Richtiger Klagegegner

Die **Kündigungsschutzklage** nach § 4 KSchG muss gegen den richtigen Klagegegner gerichtet sein. Die Prozessparteien sind in der Klageschrift zu bezeichnen - bei nicht eindeutiger Bezeichnung ist die richtige Partei durch **Auslegung** zu ermitteln. Selbst bei einer äußerlich eindeutigen, aber offenkundig unrichtigen Bezeichnung ist grundsätzlich diejenige Person als Partei angesprochen, die durch die **Parteibezeichnung** - hier Krankenhaus statt Stiftung - betroffen werden soll ( BAG, 28.08.2008 - 2 AZR 279/07 - mit dem Hinweis, dass eine Berichtigung des Rubrums möglich ist und eine ungenaue oder erkennbar falsche Parteibezeichnung jederzeit von Amts wegen richtig gestellt werden kann).

## 2.73. Sammelklage

Ein Rechtsanwalt braucht **mehrere Kündigungsschutzklagen** zur Kostenersparnis in der Regel nicht im Wege subjektiver Klagehäufung als Sammelklage zu verfolgen. Handelt es sich allerdings um **identische Sachverhalte**, bei denen keine individuellen Besonderheiten zu erwarten sind, sieht das anders aus. Der Einwand der Staatskasse, der Anwalt habe seine Verpflichtung zu Kosten sparender Prozessführung verletzt, ist im Vergütungsfestsetzungsverfahren zu erledigen ( LAG Berlin, 27.04.2006 - 17 Ta 6012/06 ).

## 2.74. Schwangerschaft - 1

Braucht der Arbeitgeber für die Kündigung die **Zustimmung einer Behörde**, beginnt die dreiwöchige Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG erst mit der Bekanntgabe der Entscheidung der Behörde, § 4 Satz 4 KSchG . Auch wenn der Arbeitgeber an sich für die Kündigung einer schwangeren Arbeitnehmerin die Zustimmung der Arbeitsschutzbehörde bedarf: Bekommt die gekündigte Arbeitnehmerin selbst erst nach Erklärung der Kündigung von ihrer **Schwangerschaft Kenntnis**, ist das kein Fall von § 4 Satz 4 KSchG ( LAG Schleswig-Holstein, 13.05.2008 - 3 Ta 56/08 - mit dem Hinweis, dass die Arbeitnehmerin nach Kenntnis von der Schwangerschaft eine **Überlegungszeit von drei Werktagen** habe und bei Fristversäumnis eine nachträgliche Zulassung ihrer Kündigungsschutzklage beantragen könne).

## 2.75. Schwangerschaft - 2

Die Kündigung einer Schwangeren ist nach § 9 Abs. 1 Satz 1 MuSchG unzulässig, wenn die Schwangerschaft dem Arbeitgeber zur Zeit der Kündigung bekannt war oder innerhalb von zwei Wochen nach Zugang der Kündigung mitgeteilt wird. Im Rahmen einer Kündigungsschutzklage muss die schwangere Arbeitnehmerin den gesetzlichen **Unwirksamkeitsgrund** innerhalb der dreiwöchigen Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG vor dem Arbeitsgericht geltend machen. Insoweit kann die Schwangere nicht mit Erfolg einwenden, die fehlende Zustimmung der zuständigen Stelle führe zu **Nichtigkeit der Kündigung** ( BAG, 19.02.2009 - 2 AZR 286/07 - mit dem Hinweis, dass auch Unwirksam- und Nichtigkeitsgründe innerhalb der Klagefrist geltend zu machen sind und Voraussetzung für den Fall des § 4 Satz 4 KSchG - Fristbeginn nach Zustimmung der Behörde - die Kenntnis des Arbeitgebers von den Sonderkündigungsschutz begründenden Tatsachen zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung ist).

## 2.76. Schwangerschaft - 3

*"Die Art. 10 und 12 der Richtlinie 92/85/EWG des Rates vom 19.10.1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz (...) sind dahin auszulegen, dass sie Rechtsvorschriften eines Mitgliedsstaats, die im Hinblick auf das in diesem Art. 10 aufgestellten Verbot der Kündigung von Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen einen **spezifischen Rechtsbehelf** vorsehen, der gemäß ihm eigenen Verfahrensmodalitäten ausgeübt wird, nicht entgegenstehen, sofern diese **Verfahrensmodalitäten** nicht weniger günstig sind als die für entsprechende innerstaatliche Klagen (...) und sie nicht so beschaffen sind, dass sie die Ausübung der von der Gemeinschaftsordnung anerkannten Rechte praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren. Eine **Ausschlussfrist von fünfzehn Tagen**, wie sie in Art. L. 337-1 Abs. 1 Unterabs. 4 des luxemburgischen Arbeitsgesetzbuches vorgesehen ist, ist offenbar nicht geeignet, diese Bedingung zu erfüllen; die*

*entsprechende Prüfung ist jedoch vom vorlegenden Gericht hinzunehmen"* ( EuGH, 06.05.2010 - C-63/09 - Leitsatz 1).

### 2.77. Schwerbehinderte Menschen - 1

Der **Sonderkündigungsschutz** i.S.v. § 85 SGB IX besteht nach § 90 Abs. 2a 1. Alt. SGB IX nur dann, wenn im **Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung** des Arbeitgebers die Schwerbehinderteneigenschaft entweder offensichtlich oder positiv festgestellt ist. Nach § 90 Abs. 2a 2. Alt. SGB IX besteht Sonderkündigungsschutz in Fällen, in denen das Versorgungsamt über einen Antrag des Arbeitnehmers im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung trotz Ablaufs der nach § 69 Abs. 1 Satz 2 SGB IX i.V.m. § 14 Abs. 2 Satz 2 und 4 SGB IX sowie § 14 Abs. 5 Satz 2 und 5 SGB IX maßgeblichen Frist noch nicht entschieden hat, ohne dass hierfür allein ein **Mitwirkungsverschulden des Arbeitnehmers** ursächlich ist, später aber feststellt, dass bei diesem Grad der Behinderung von wenigstens 50 bereits im Kündigungszeitpunkt Bestand hat ( OVG Koblenz, 07.03.2006 - 7 A 11298/05 ).

### 2.78. Schwerbehinderte Menschen - 2

§ 90 Abs. 2a SGB IX schließt den besonderen Kündigungsschutz Schwerbehinderter aus, wenn die **Eigenschaft** als schwerbehinderter Mensch im Zeitpunkt der Kündigung nicht **nachgewiesen** ist oder das Versorgungsamt nach Ablauf der Frist des § 69 Abs. 1 Satz 2 SGB IX darüber wegen fehlender Mitwirkung keine Feststellung treffen konnte. Der **Antrag** auf Anerkennung als Schwerbehinderter muss **spätestens drei Wochen** vor Kündigungszugang gestellt worden sein. Dasselbe gilt für den Antrag auf Gleichstellung ( BAG, 01.03.2007 - 2 AZR 217/06 ).

### 2.79. Schwerbehinderte Menschen - 3

Der Arbeitgeber ist nach § 84 SGB IX verpflichtet, bei Schwerbehinderten und anderen Arbeitnehmern ein betriebliches Eingliederungsmanagement , das so genannte Präventionsverfahren, durchzuführen. Die Durchführung dieses Verfahrens ist **keine Rechtmäßigkeitsvoraussetzung** für die nach §§ 85 ff. SGB IX erforderliche Zustimmung des Integrationsamts zur Kündigung. Die Aufgabe des Arbeitgebers nach § 84 SGB IX ist in keiner Form mit der **Aufgabe des Integrationsamts**, der Kündigung von schwerbehinderten Arbeitnehmern zuzustimmen, verknüpft ( BVerwG, 29.08.2007 - 5 B 77/07 ).

### 2.80. Schwerbehinderte Menschen - 4

*"Die **Zustimmung des Integrationsamts** ist nicht nach § 90 Abs. 2a SGB IX entbehrlich, wenn im Zeitpunkt der Kündigung eine - nicht rechtskräftige und später aufgehobene - **Entscheidung des Versorgungsamts** vorliegt, mit der ein unter **50 GdB** liegender Grad der Behinderung festgestellt wird"* ( BAG, 06.09.2007 - 2 AZR 324/06 - Leitsatz).

### 2.81. Schwerbehinderte Menschen - 5

Hat das Integrationsamt die Zustimmung nach § 85 SGB IX erteilt, kann der Arbeitgeber die Kündigung nur **innerhalb eines Monats** nach Zustellung erklären ( § 88 Abs. 3 SGB IX ). Hat eine erste Kündigung möglicherweise formelle Fehler, darf der Arbeitgeber auch eine zweite Kündigung aussprechen. Die Zustimmung wird durch die erste Kündigung nicht verbraucht. Vorausgesetzt, die zweite Kündigung erfolgt **aus dem gleichen Grund** wie die erste. Die Zustimmung des Integrationsamtes beseitigt die Kündigungssperre für die Dauer eines ganzen Monats, so dass der Arbeitgeber aus demselben Grund dann auch mehrfach kündigen kann ( BAG, 08.11.2007 - 2 AZR 425/06 ).

### 2.82. Schwerbehinderte Menschen - 6

Der besondere Kündigungsschutz für Schwerbehinderte greift nach § 90 Abs. 2a SGB IX nicht, wenn zum **Zeitpunkt der Kündigung** die Eigenschaft schwerbehinderter Mensch nicht nachgewiesen ist oder das Versorgungsamt nach Ablauf der Frist des § 69 Abs. 1 Satz 2 SGB IX eine Feststellung wegen fehlender Mitwirkung nicht treffen konnte. § 69 Abs. 1 Satz 2 SGB IX verweist auf die **dreiwöchige Frist** des § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IX . Das rechtfertigt die Annahme, dass der schwerbehinderte Arbeitnehmer, wenn er sich auf den besonderen Kündigungsschutz berufen will, seinen **Antrag auf Feststellung** einer

Schwerbehinderteneigenschaft mindestens drei Wochen vor Zugang der Kündigung gestellt haben muss. § 90 Abs. 2a SGB IX stellt eine Vorfrist dar, die ein aussichtsloses Feststellungsverfahren verhindern und damit der Rechtssicherheit dienen will ( BAG, 29.11.2007 - 2 AZR 613/06 ).

### 2.83. Schwerbehinderte Menschen - 7

Wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis eines Schwerbehinderten ohne Zustimmung des Integrationsamts kündigt, kann der Arbeitnehmer die Unwirksamkeit dieser Kündigung bis zur Grenze der **Verwirkung** gerichtlich geltend machen. Nach § 4 Satz 4 KSchG gilt: *"Soweit die Kündigung der Zustimmung einer Behörde bedarf, läuft die Frist zur Anrufung des Arbeitsgerichts erst von der Bekanntgabe der Entscheidung der Behörde an den Arbeitnehmer ab."* Hat das Integrationsamt vor der Kündigung nicht zugestimmt, wird die Frist des § 4 Satz 1 KSchG nicht in Lauf gesetzt. Wenn das Integrationsamt keine Entscheidung treffen kann, kann es dem Arbeitnehmer bis zur Klageerhebung auch keine Entscheidung bekannt geben ( BAG, 13.02.2008 - 2 AZR 864/06 ).

### 2.84. Schwerbehinderte Menschen - 8

"Der schwerbehinderte Arbeitnehmer hat das Recht, sich gegenüber seinem Arbeitgeber auf den gesetzlichen Sonderkündigungsschutz zu berufen, in der Regel nicht nach § 242 BGB verwirkt, wenn er die Unwirksamkeit der Kündigung innerhalb der Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG gerichtlich geltend gemacht hat" (Leitsatz). Verwirkt sind Rechte, die illoyal verspätet geltend gemacht wurden. Beim Sonderkündigungsschutz hat der schwerbehinderte Arbeitnehmer nach Zugang der Kündigung nach gefestigter BAG-Rechtsprechung drei Wochen Zeit, sich auf seinen besonderen Schutz nach den §§ 85 ff. SGB IX zu berufen. Mit dieser 3-Wochen-Frist ist der Verwirkungstatbestand konkretisiert ( BAG, 23.02.2010 - 2 AZR 659/08 - mit dem Hinweis, dass das Überschreiten der Frist regelmäßig, aber nicht zwingend zur Verwirkung führt).

### 2.85. Sonderkündigungsrecht

Besteht das Arbeitsverhältnis nach der Entscheidung des Arbeitsgerichts fort, ist jedoch der Arbeitnehmer inzwischen ein **neues Arbeitsverhältnis** eingegangen, so kann er binnen einer Woche nach Rechtskraft des Urteils durch Erklärung gegenüber dem alten Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bei diesem verweigern ( § 12 Satz 1 KSchG ). § 12 Satz 1 KSchG gilt allerdings nur für Fälle, in denen der Gekündigte ein neues Arbeitsverhältnis hat. Hat er sich selbstständig gemacht, greift § 12 Satz 1 KSchG nicht. Dann muss man die Sonderkündigung als **ordentliche Kündigung** betrachten, die dann aber auch erst mit Ablauf der Kündigungsfrist wirksam wird ( BAG, 25.10.2007 - 6 AZR 662/06 - mit dem Hinweis, dass für die Zeit bis zum Ablauf der Kündigungsfrist auch das Wettbewerbsverbot aus § 60 HGB einzuhalten ist).

### 2.86. Sozialplanabfindung - 1

*"Kollektive Regelungen außerhalb von Sozialplänen, in denen den Arbeitnehmern für den Verlust des Arbeitsplatzes eine Abfindung versprochen wird, die aber entfallen soll, wenn der Begünstigte Kündigungsschutzklage erhebt, sind nach Sinn und Zweck einschränkend auszulegen. Die Erhebung einer Kündigungsschutzklage führt nur dann zum Erlöschen des Abfindungsanspruchs, wenn für den Arbeitnehmer zu diesem Zeitpunkt klar erkennbar ist, dass er die Wahl zwischen Abfindung und Klageerhebung hat"* ( BAG, 03.05.2006 - 4 AZR 189/05 - Leitsatz).

### 2.87. Sozialplanabfindung - 2

Tarifvertragsparteien dürfen einen Tarifvertrag mit dem Ziel schließen, die wirtschaftlichen und sozialen Folgen für die von einer Betriebsteilschließung betroffenen Arbeitnehmer auszugleichen oder zu mildern. Die gesetzlichen Bestimmungen über den Sozialplan sind hier kein Hindernis. In so einem Tarifvertrag ist dann sogar eine Regelung zulässig, die die Zahlung einer Abfindung an betriebsbedingt gekündigte Mitarbeiter davon abhängig macht, dass sie keine Kündigungsschutzklage erheben, wenn das Kündigungsschreiben einen entsprechenden Hinweis des Arbeitgebers enthält ( BAG, 06.12.2006 - 4 AZR 798/05 ).

### 2.88. Sozialplanabfindung - 3



Ein Sozialplan, der die Höhe der zu zahlenden Abfindungen von der Dauer der Betriebszugehörigkeit abhängig macht, ist nach seinem Sinn und Zweck in der Regel dahin auszulegen, dass nur die ununterbrochene letzte Betriebszugehörigkeit eines wiederholt beschäftigten Arbeitnehmers maßgeblich sein soll. Die Berücksichtigung von Vordienstzeiten ist jedoch in Fällen möglich, wenn die Vertragspartner ausdrücklich oder konkludent vereinbart haben, dass die in dem früheren Arbeitsverhältnis zurückgelegten Dienstjahre in dem neuen Arbeitsverhältnis - zum Beispiel bei den Kündigungsfristen, bei der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG oder BetrAVG -Versorgungsanwartschaften - zu Gunsten des Mitarbeiters angerechnet werden sollen. Damit ist dann auch der Besitzstand aus dem letzten Arbeitsverhältnis, dessen Verlust die Abfindung ja ausgleichen oder abmildern soll, entsprechend größer ( BAG, 13.03.2007 - 1 AZR 262/06 ).

#### 2.89. Sozialplanabfindung - 4

Ein von den Betriebspartnern vereinbarter Sozialplan kann vorsehen, dass eine Kürzung der zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat vereinbarten Abfindung bei Ablehnung eines zumutbaren Weiterbeschäftigungsangebots erfolgt. Selbstverständlich müssen die Betriebspartner bei einem Sozialplan auch die Wertungen des Grundgesetzes in Art. 6 Abs. 1 und 2 GG beachten. Nur: Auch der Schutz von Ehe, Familie und Kindern verlangt nicht, Arbeitnehmer wegen ihrer **familiären Bindungen** zu bevorzugen ( BAG, 06.11.2007 - 1 AZR 960/06 - zu einem Fall, in dem die Ehefrau des Gekündigten ihr Arbeitsverhältnis nicht aufgeben und umziehen und der Arbeitnehmer seiner Tochter keinen Schulwechsel zumuten wollte).

#### 2.90. Sozialplanabfindung - 5

Die Betriebspartner sind an das **Benachteiligungsverbot** des § 75 Abs. 1 BetrVG gebunden. Soweit sie wegen einer **Betriebsänderung** einen Sozialplan - § 112 Abs. 1 Satz 2 BetrVG - vereinbaren, können sie darin für ausscheidende Mitarbeiter Abfindungen vorsehen. Dabei dürfen sie auch **Höchstgrenzen für eine Sozialplanabfindung** vereinbaren. So eine Kappungsgrenze behandelt alle davon betroffenen Arbeitnehmer gleich - womit die jeweilige Gruppenbildung nicht gegen das betriebsverfassungsrechtliche Benachteiligungsverbot beziehungsweise Gleichbehandlungsgebot verstößt ( BAG, 21.07.2009 - 1 AZR 566/08 ).

#### 2.91. Sozialplanabfindung - 6

"Sozialpläne können bestimmen, dass sich die Abfindungshöhe nach der zuletzt bezogenen Monatsvergütung richtet. Sozialpläne können regeln, dass in Fällen, in denen sich die individuelle Arbeitszeit in der näheren Vergangenheit wesentlich geändert hat, nicht das letzte Entgelt, sondern eine die gesamte Betriebszugehörigkeit einbeziehende Durchschnittsberechnung maßgeblich ist" ( BAG, 22.09.2009 - 1 AZR 316/08 - Leitsätze).

#### 2.92. Sozialplanabfindung - 7

Enthält ein Sozialplan die Bestimmung *"Arbeitnehmer, denen ein neuer Arbeitsplatz vermittelt werden kann, erhalten nur dann eine Abfindung, wenn das neue Arbeitsverhältnis während der Probezeit durch den neuen Arbeitgeber gekündigt wird"*, ist das auch unter Berücksichtigung der in § 75 BetrVG hinterlegten Grundsätze für die Behandlung der Betriebsangehörigen nicht zu beanstanden. Weiter vorausgesetzt, der Arbeitnehmer, dem ein nach dem Sozialplan **unzumutbarer Arbeitsplatz** angeboten wird, hat die Möglichkeit, dieses Angebot auszuschlagen - und erhält dann doch eine Abfindung ( BAG, 08.12.2009 - 1 AZR 801/08 - mit dem Hinweis, dass "vermittelt" i.S.d. Sozialplans bedeutet, dass die Vermittlung durch den Arbeitgeber erfolgen muss).

#### 2.93. Sozialplanabfindung - 8

Der Gesetzgeber hat den Betriebspartnern mit § 10 Satz 3 Nr. 6 2. Alt. AGG eine **Gestaltungs- und Beurteilungsmöglichkeit** geschaffen, mit der sie das Lebensalter als Bemessungskriterium für Sozialplanabfindungen heranziehen dürfen. Sie können nach dieser Bestimmung *"eine nach Alter oder Betriebszugehörigkeit gestaffelte Abfindungsregelung vorsehen, in der sie die wesentlich vom Alter abhängigen Chancen auf dem Arbeitsmarkt durch eine verhältnismäßig starke Betonung des Lebensalters erkennbar berücksichtigen, oder auch Beschäftigte von den Leistungen des Sozialplans ausschließen, weil*

*diese gegebenenfalls nach Bezug von Arbeitslosengeld I, rentenberechtigt sind"* ( BAG, 23.03.2010 - 1 AZR 832/08 - mit dem Hinweis, dass § 10 Satz 3 Nr. 6 2. Alt. AGG auch anzuwenden ist, wenn ältere Arbeitnehmer zwar nicht unmittelbar nach dem ALG I-Bezug rentenberechtigt sind, sie aber eine so hohe Abfindung bekommen, dass damit ihre wirtschaftlichen Nachteile bis zum frühestmöglichen Bezug einer Altersrente ausgeglichen sind).

## 2.94. Sozialplanabfindung - 9

Sozialpläne haben eine **zukunftsgerichtete Ausgleichs- und Überbrückungsfunktion**. Die zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat vereinbarten Sozialplanleistungen sind **kein Arbeitsentgelt für die Vergangenheit**. Sie sollen künftige Nachteile ausgleichen. So ist es den Betriebspartnern unbenommen, die Zahlung einer Abfindung im Fall einer **Eigenkündigung des Arbeitnehmers** davon abhängig zu machen, dass ein bestimmter Kündigungstermin eingehalten wird. Wer dann vorher ausscheidet, verliert seinen Abfindungsanspruch ( BAG, 20.04.2010 - 1 AZR 988/08 - mit dem Hinweis, dass hier auch keine Schadensersatzpflicht des Arbeitgebers nach § 280 BGB wegen Verletzung einer Aufklärungspflicht über die Rechtsfolgen der Nichteinhaltung des Kündigungstermins bejaht werden kann).

## 2.95. Sozialplananspruch (Leitende Angestellte)

Arbeitgeber und **Sprecherausschuss** können nach § 28 Abs. 1 SprAuG Richtlinien über den Inhalt, den Abschluss oder die Beendigung von Arbeitsverhältnissen leitender Angestellter vereinbaren. Nach § 28 Abs. 2 SprAuG können sie zudem vereinbaren, dass der Inhalt dieser **Richtlinien** für die Arbeitsverhältnisse unmittelbar und zwingend ist. Der darauf gerichtete **gemeinsame Wille** muss sich allerdings deutlich und zweifelsfrei aus der geschlossenen Vereinbarung ergeben. Insoweit können Arbeitgeber und Sprecherausschuss auch einen Sozialplan vereinbaren ( BAG, 10.02.2009 - 1 AZR 767/07 ).

## 2.96. Sozialplanleistung

**Betriebspartner** können wie die Parteien eines Arbeitsvertrags gegen das AGG verstoßen und Mitarbeiter wegen eines der in § 1 AGG hinterlegten Merkmale diskriminieren. Vereinbaren sie in einem Sozialplan für Arbeitnehmer, die gleich nach ihrem Ausscheiden in den vorgezogenen **Ruhestand** gehen können, geringere Sozialplanleistungen, ist das keine unzulässige **Altersdiskriminierung** i.S.d. AGG . Ebenso wenig liegt eine sachwidrige Ungleichbehandlung verschiedener Arbeitnehmergruppen i.S.d. § 75 Abs. 1 BetrVG vor ( LAG Köln, 04.06.2007 - 14 Sa 201/07 ).

## 2.97. Streitwert

Wird die Wirksamkeit mehrerer Kündigungen mit verschiedenen Beendigungszeitpunkten angegriffen, die keinen unmittelbaren Bezug zueinander haben, aber dennoch in einem zeitlichen Zusammenhang ausgesprochen wurden, so ist die zeitlich erste Kündigung abhängig von der Bestandsdauer des Arbeitsverhältnisses mit bis zu drei Bruttomonatsverdiensten zu bewerten. Jede weitere Kündigung ist grundsätzlich zunächst nur mit dem Betrag zu bewerten, der dem durchschnittlichen Arbeitsverdienst entspricht, den der Arbeitnehmer bei Hinausschieben des Beendigungszeitpunkts auf Grund der weiteren Kündigungen mehr verdienen würde - wobei dieser Verlängerungszeitraum auf maximal einen Monatsverdienst begrenzt ist ( LAG Rheinland-Pfalz, 21.11.2008 - 1 Ta 200/08 ).

## 2.98. Tariflicher Abfindungsanspruch

Der TV Soziale Sicherung gibt Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst einen Abfindungsanspruch, wenn ihr Arbeitsverhältnis *"aus Gründen des Personalabbaus entweder gekündigt oder durch Auflösungsvertrag beendet wird"*. Die Abfindung ist unter anderem ausgeschlossen, wenn die Kündigung aus einem vom Arbeitnehmer zu vertretenden Grund (z.B. Ablehnung eines anderen angebotenen Arbeitsplatzes ...) erfolgt ist. Das setzt voraus, dass das **Arbeitsplatzangebot** der Kündigung zeitlich vorausgegangen sein muss - anders kann eine Kündigung nicht aufgrund der Ablehnung des Angebots aus einem vom Arbeitnehmer zu vertretenden Grund erfolgt sein ( BAG, 22.10.2009 - 6 AZR 595/08 - mit dem Hinweis, dass zudem zwischen Ablehnung des Arbeitsangebots und der Kündigung ein Kausalzusammenhang bestehen muss).

## 2.99. Tariflicher Kündigungsschutz - 1

Soweit Arbeitnehmer nach einer gewissen Betriebszugehörigkeit ordentlich nicht mehr gekündigt werden können, kommt eine **außerordentliche Kündigung** mit Auslauffrist in Betracht. In der Regel enthalten die tariflichen Bestimmungen eine abschließende Regelung über die Ausnahmen von der ordentlichen Kündbarkeit (hier: § 37 MTV für die Deutsche Flugsicherung GmbH - DSF). Nur weil es für frühere Beamte im Tarifvertrag eine besondere Regelung über die unbefristete **Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall** gibt (§ 23 MTV für die Deutsche Flugsicherung GmbH), heißt das nicht, dass ihre tarifliche "Unkündbarkeit" auch vor außerordentlichen Kündigungen schützen soll ( BAG, 12.01.2006 - 2 AZR 242/05 ).

### 2.100. Tariflicher Kündigungsschutz - 2

Auch tarifliche Regelungen über einen besonderen Kündigungsschutz haben den immanenten Vorbehalt in sich, dass sie durch einen nachfolgenden Tarifvertrag nachträglich geändert werden können. So können die Tarifvertragsparteien den Schutz vor einer ordentlichen betriebsbedingten Kündigung an geänderte Verhältnisse anpassen. Insoweit gibt es dann kein Vertrauen darauf, dass der einmal vereinbarte tarifliche Kündigungsschutz weiter fortbesteht ( BAG, 02.02.2006 - 2 AZR 58/05 ).

### 2.101. Tariflicher Kündigungsschutz - 3

§ 8 des Tarifvertrags zur **Beschäftigungsbrücke** in der nordrhein-westfälischen Metall- und Elektroindustrie, der die Kündigung übernommener Auszubildender für einen zwölfmonatigen Zeitraum ausschließt, ist ein tarifvertraglicher Kündigungsausschluss. **Entgegenstehende Abreden** zwischen Arbeitgeber und Übernommenem sind tarifwidrig. Dem begünstigten Auszubildenden soll die Gelegenheit gegeben werden, seine Chancen auf dem Arbeitsmarkt durch Vermittlung von Berufspraxis zu vergrößern ( BAG, 06.07.2006 - 2 AZR 587/05 ).

### 2.102. Territorialitätsprinzip

Das KSchG gilt nur für Betriebe, die im **Gebiet der Bundesrepublik Deutschland** die Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG erfüllen ( BAG, 17.01.2008 - 2 AZR 902/06 - mit Hinweis auf den Vorbehalt durch Sonderregelungen des Gemeinschaftsrechts).

### 2.103. Treuwidrigkeit

Eine sozialwidrige Kündigung kann auch in Fällen zu bejahen sein, in denen zwar im für die Beurteilung der Wirksamkeit maßgebenden **Kündigungszeitpunkt** keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit mehr für den Arbeitnehmer bestand, dem Arbeitgeber - so der hier anzuwendende Rechtsgedanke aus § 162 BGB über die gegen Treu und Glauben verstoßende **Herbeiführung oder Verhinderung einer Bedingung** - aber die Berufung auf die fehlende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit verwehrt ist, weil er diesen Zustand selbst treuwidrig herbeigeführt hat. Das kann zum Beispiel dadurch passieren, dass der Arbeitgeber treuwidrig die **Vereitelung einer Beschäftigungsmöglichkeit** auf einem anderen Arbeitsplatz herbeiführt ( BAG, 01.02.2007 - 2 AZR 710/05 - mit dem Hinweis, dass in aller Regel niemand aus einer von ihm selbst herbeigeführten objektiven rechtswidrigen Lage Vorteile ziehen darf).

### 2.104. Turboprämie

Die Vereinbarung einer **Abfindung** für den Fall, dass sich ein Arbeitnehmer nicht gegen seine Kündigung wehrt, ist in Sozialplänen unzulässig ( BAG, 31.05.2005 - 1 AZR 254/04 ). Bei anderen kollektiven Regelwerken - hier: kirchliche Rationalisierungsschutzordnung - ist das nicht so. Der Abfindungsanspruch ist aber nur dann wirksam ausgeschlossen, wenn für den Arbeitnehmer deutlich erkennbar wird, dass er ein **Wahlrecht** hat ( BAG, 03.05.2006 - 4 AZR 189/05 ).

### 2.105. Verlust des Bestandsschutzes

Bei **Anwendung des abgesenkten Schwellenwerts** nach § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG sind nur noch die Arbeitnehmer zu berücksichtigen, die bereits vor dem 01.01.2004 - dem In-Kraft-Treten der gesetzlichen Neuregelung - beim kündigenden Arbeitgeber beschäftigt waren. **Ersatzeinstellungen** nach dem 31.12.2003 sind nicht mit einzubeziehen. Die **Darlegungs- und Beweislast** für die Erreichung der erforderlichen Schwellenwerte trägt der Arbeitnehmer ( BAG, 17.01.2008 - 2 AZR 512/06 ).

## 2.106. Versetzung in den Ruhestand - 1

"Für die Anwendung des § 4 Satz 1 KSchG ist kein Raum, wenn keine Kündigungserklärung vorliegt, sondern die Parteien um die Änderung des Inhalts des Arbeitsverhältnisses oder seine Beendigung **in anderer Weise als durch Kündigung** streiten. Es fehlt an der für eine Analogie erforderlichen, positiv festzustellenden **Gesetzeslücke**, weil der Gesetzgeber eine einheitliche Klagfrist nur in den Fällen anordnen wollte, in denen der Arbeitnehmer die Rechtsunwirksamkeit einer Arbeitgeberkündigung geltend machen will. Behält sich der Arbeitgeber in Anlehnung an das Beamtenrecht die einstweilige Versetzung des Arbeitnehmers in den einstweiligen Ruhestand vor, ohne dafür eine Kündigung erklären zu müssen, ist eine derartige Bestimmung wegen der **Umgehung zwingender kündigungsschutzrechtlicher Bestimmungen** nichtig" ( BAG, 05.02.2009 - 6 AZR 151/08 - Leitsätze).

## 2.107. Verwirkung

Ruht ein Kündigungsschutzprozess und haben die Parteien trotzdem jederzeit die Möglichkeit, ein **faktisch ruhendes Verfahren** durch einen Terminantrag wieder aufzunehmen, hat der beklagte Arbeitgeber unter normalen Umständen selbst **bei einem langjährigen Verfahrensstillstand** kein geschütztes Vertrauen für die Annahme, der klagende Mitarbeiter würde ihn nicht weiter auf Feststellung der Unwirksamkeit der angegriffenen Kündigung in Anspruch nehmen. Eine Prozessverwirkung lässt sich **nur in ganz eng gezogenen Grenzen** bejahen. Zur reinen Untätigkeit des klagenden Arbeitnehmers müssen besondere Umstände hinzutreten, die ohne Zweifel darauf hinweisen, dass er trotz Möglichkeit einer Aufnahme des Verfahrens von der Durchführung des Verfahrens auf Dauer absehen wird ( BAG, 25.11.2010 - 2 AZR 323/09 ).

## 2.108. Wahlbewerber

Die Kündigung eines Wahlbewerbers ist nach Maßgabe des § 15 Abs. 3 Satz 1 KSchG unzulässig. § 15 Abs. 3 Satz 1 KSchG gilt auch für eine **betriebsbedingte Änderungskündigung**. Liegen die Voraussetzungen des § 15 Abs. 4 und 5 KSchG - Stilllegung eines Betriebs oder einer Betriebsabteilung - vor, darf zwar eine betriebsbedingte Änderungskündigung ausgesprochen werden, um der Pflicht zur Übernahme in eine andere Betriebsabteilung nachzukommen. Der Arbeitgeber muss dabei aber eine **gleichwertige Beschäftigungsmöglichkeit** anbieten ( BAG, 12.03.2009 - 2 AZR 47/08 ).

## 2.109. Wahlvorstand

Mitglieder des Wahlvorstands haben nach § 15 Abs. 3 KSchG einen besonderen Kündigungsschutz . Er beginnt nach § 15 Abs. 3 Satz 1 KSchG mit dem **Zeitpunkt seiner Bestellung**. Wird der Wahlvorstand **nicht rechtzeitig** von den Mitarbeitern des Betriebs gewählt, kann er nach § 16 Abs. 2 BetrVG über das Arbeitsgericht bestellt werden. In diesem Fall beginnt der besondere Kündigungsschutz nicht erst mit der formellen Rechtskraft des Einsetzungsbeschlusses, sondern bereits mit seiner Verkündung ( BAG, 26.11.2009 - 2 AZR 185/08 ).

## 2.110. Wartezeit - 1

Greift das KSchG nicht oder noch nicht, ist ein Arbeitnehmer durch die zivilrechtlichen Generalklauseln **vor einer sitten- oder treuwidrigen Kündigung** des Arbeitgebers geschützt. Im Rahmen der zivilrechtlichen Generalklauseln ist der objektive Wert der Grundrechte zu beachten. Das gilt nicht bloß bei Kleinbetrieben außerhalb des Anwendungsbereichs des KSchG , das gilt auch in der Zeit, in der die 6-monatige Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG noch nicht abgelaufen ist ( BVerfG, 21.06.2006 - 1 BvR 1659/04 - mit dem Hinweis, dass durch Art. 33 Abs. 2 GG das Recht des öffentlichen Arbeitgebers, Eignung, Befähigung und fachliche Leistung neu eingestellter Arbeitnehmer zu prüfen, nicht eingeschränkt wird).

## 2.111. Wartezeit - 2

Die **Kündigung eines schwerbehinderten Mitarbeiters** bedarf der vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes, wenn sein Beschäftigungsverhältnis im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung ohne Unterbrechung sechs Monate und länger bestanden hat ( §§ 85 , 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX ). Wird allerdings das Arbeitsverhältnis allein auf Veranlassung des Arbeitgebers für einen verhältnismäßig kurzen

Zeitraum unterbrochen, so kann sich der Arbeitgeber je nach den Umständen auf die von ihm selbst gesetzte **Ursache der Unterbrechung** des Arbeitsverhältnisses nicht berufen. Zeiten eines früheren Arbeitsverhältnisses mit demselben Arbeitgeber sind dann anzurechnen, wenn das neue Arbeitsverhältnis in einem engen sachlichen **Zusammenhang** mit dem früheren Arbeitsverhältnis steht ( BAG, 19.06.2007 - 2 AZR 94/06 - hier: durch die Schulferien unterbrochenes Anstellungsverhältnis einer Sonderpädagogin).

### 2.112. Wartezeit - 3

Auf die Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG ist ein **früheres Arbeitsverhältnis** mit demselben Arbeitgeber anzurechnen, wenn das neue damit in einem engen sachlichen Zusammenhang steht. Dabei kommt es insbesondere auf die **Dauer der Unterbrechung** und die **Art der Weiterbeschäftigung** an. Feste zeitliche Grenzen gibt es nicht. Ein sechswöchiger Unterbrechungszeitraum ist allerdings durchaus geeignet, den Zusammenhang zu verneinen, zumal wenn der Arbeitnehmer auf unterschiedlichen Arbeitsplätzen eingesetzt ist ( BAG, 28.08.2008 - 2 AZR 101/07 - hier: befristet eingestellter Lehrer, der nach den Sommerferien in einem anderen Schultyp beschäftigt wurde).

### 2.113. Weiterbeschäftigung

Das Kündigungsschutzgesetz ist **betriebs- und nicht konzernbezogen**. Eine unternehmensübergreifende Weiterbeschäftigungspflicht lässt sich allerdings **in Ausnahmefällen** bejahen, wenn sich ein anderes Konzernunternehmen ausdrücklich zur Übernahme des gekündigten Mitarbeiters bereit erklärt hat oder sich die Weiterbeschäftigungspflicht unmittelbar aus dem Arbeitsvertrag, einer sonstigen Vereinbarung oder einer in der Vergangenheit geübten Praxis ergibt. Eine weitere Voraussetzung der unternehmensübergreifenden Weiterbeschäftigungspflicht ist ein **bestimmender Einfluss des Beschäftigungsbetriebs** beziehungsweise des Vertragsarbeitgebers auf die "Versetzung" ( BAG, 23.04.2008 - 2 AZR 1110/06 ).

### 2.114. "Zwangsbeurlaubung"

Nach einer **Kündigung** ist es für den Arbeitgeber oft sinnvoll, den gekündigten Arbeitnehmer von der Arbeitsleistung **freizustellen** . Das kann er auch einseitig unter **Anrechnung auf noch bestehende Urlaubsansprüche** tun. Die Freistellung muss sich dabei allerdings auf einen bestimmten zukünftigen Zeitraum beziehen ( BAG, 14.08.2007 - 9 AZR 934/06 ).