

Kündigungsgründe (Gliederung Video!)

1. Wann bedarf es eines Kündigungsgrundes?

- a) Außerordentliche Kündigung gem. § 626 I BGB: Immer!

Sowohl bei einer Arbeitnehmer- als auch bei einer Arbeitgeberkündigung!

- b) Ordentliche Kündigung

aa) Arbeitnehmer: Kein Kündigungsgrund notwendig, nur § 622 BGB zu beachten!

bb) Arbeitgeber: Kündigungsgrund notwendig, wenn KSchG anwendbar (§§ 1 I, 23 I 2-4 KSchG)

2. Terminologie

- a) § 626 I BGB: **wichtiger** Grund:

Liegt ein solcher nicht vor, dann ist die Kündigung rechtsunwirksam und das Arbeitsverhältnis besteht fort.

Examensrelevant: § 626 II BGB

Dogmatisch: gesetzlich konkretisierter Verwirkungstatbestand (so BAG 26.9.2013 – 2 AZR 741/12 – Rz. 23).

Problem Fristbeginn: BAG 11.6.2020 – 2 AZR 442/19 – Rz. 36 ff.

- b) § 1 KSchG: Grund

Liegt ein solcher nicht vor, dann ist die Kündigung **sozial ungerechtfertigt** nach § 1 II 1 KSchG und daher rechtsunwirksam gem. § 1 I KSchG. BAG 30.07.2020 – 2 AZR 43/20 – Rz. 42:

„Das Landesarbeitsgericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, die Kündigung vom... sei nicht aus Gründen im Verhalten der Kl. iSv. § 1 II 1 KSchG sozial gerechtfertigt und damit gem. § 1 I KSchG rechtsunwirksam.“ Achtung Grundlagenfehler:

„Die außerordentliche Kündigung ist sozial nicht gerechtfertigt.“

Der Terminus technicus für die außerordentliche Kündigung ist „wichtiger Grund“ (s. Wortlaut § 626 I BGB!)

3. Prüfungsstandort

Im Falle einer Arbeitgeberkündigung ist zu Beginn der Begründetheit erst zu prüfen, ob die dreiwöchige Klageerhebungsfrist nach § 4 S. 1 KSchG eingehalten ist. Dies gilt wegen der Verweisungsnorm in § 13 I 2 KSchG auch im Falle einer außerordentlichen Kündigung.

BAG 1.10.2020 – 2 AZR 247/20 – Rz. 29/30/38:

*„2. Der Hauptantrag betreffend die **außerordentliche** Kündigung ist...begründet.*

- a) Die außerordentliche Kündigung gilt nicht nach § 13 I 2 iVm § 7 Hs. 1 KSchG als rechtswirksam. Der Kl. hat sie fristgerecht mit einer wirksamen, den Zwecken von § 4 S. 1 KSchG genügenden Klage angegriffen.

...

„3. Der Hilfsantrag gegen die **ordentliche** Kündigung ist ebenfalls begründet.

- a) Die ordentliche Kündigung gilt nicht nach § 7 Hs. 1 KSchG als rechtswirksam. Der Kl. hat auch sie fristgerecht mit einer ausreichenden Klage iSv. § 4 S. 1 KSchG genügenden Klage angegriffen. Der unechte Hilfsantrag war auflösend bedingt.

Achtung Grundlagenfehler:

Wenn der Arbeitgeber eine außerordentliche, hilfsweise ordentliche Kündigung erklärt, dann ist **kein Raum für eine Umdeutung nach § 140 BGB**, wenn sich die außerordentliche Kündigung als rechtsunwirksam erweist.

4. Welche Kündigungsgründe gibt es?

In § 626 I BGB steht nur der „wichtige Grund“. In § 1 II 1 KSchG sind hingegen drei Kündigungsgründe aufgelistet:

Alt. 1: personenbedingt

Alt. 2: verhaltensbedingt Alt.

3: betriebsbedingt

Diese **Trias** gilt auch im Rahmen des **§ 626 I BGB**, man spricht also zB von einer außerordentlichen verhaltensbedingten Kündigung.

§ 1 II KSchG darf aber nicht zitiert werden, auch nicht entsprechend!

5. Mehrere Kündigungsgründe – Prüfung?

Denkbar ist, dass ein Sachverhalt vorliegt, der die Kündigung aus mehreren Gründen rechtfertigt. Im Examen sind dann ggf. mehrere Kündigungsgründe durchzuprüfen.

Beispiel:

Der Arbeitgeber spricht eine ordentliche Kündigung aus. Er beabsichtigt, den Betrieb stillzulegen. Außerdem habe ihn der Arbeitnehmer massiv beleidigt. Zudem habe er exorbitant hohe Fehlzeiten wegen Krankheit vorzuweisen.

Beispiel für eine Prüfung unter dem Aspekt personen- und verhaltensbedingt:

BAG 20.6.2013 – 2 AZR 533/12 –

6. Abgrenzungsproblem: personen/verhaltensbedingt

Bei einem personenbedingten Grund fehlt es an der Steuerbarkeit.

„Verhaltensbedingt“ ist dagegen mit dem Vorwurf eines Pflichtverstoßes verbunden.

Plastisch kann man sich merken:

Personenbedingt: ich will, aber **kann nicht**.

Verhaltensbedingt: Ich kann, aber **will nicht**.

Praxisbeispiele: Alkohol/Schlechtleistung/außerdienstliches Verhalten (exempl. BAG 20.6.2013 – 2 AZR 533/12 – Wachpolizist stellt privat k.o. Tropfen her)

7. Verortung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

- a) Bei § 626 I BGB nicht explizit im Gesetz.

Dogmatisch ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz indes Bestandteil des Kündigungsgrundes

- b) Ordentliche Kündigung

§ 1 II 1 KSchG: Tatbestandsmerkmal „bedingt“ sowie bei dem betriebsbedingten Grund das Wort „dringend“

8. Personenbedingter Kündigungsgrund

- a) Beispiele:

Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit oder Haft (durch Privatverhalten), Wegfall der Aufenthaltserlaubnis

- b) Im Falle der Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit prüft das BAG in ständiger Rspr. dreistufig:

1. Stufe: Negative Gesundheitsprognose
2. Stufe: erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen zu erwarten (Prognose!)

Anmerkung: Im Falle einer außerordentlichen Kündigung müssen die Beeinträchtigungen gravierend sein!

3. Umfassende einzelfallbezogene Interessenabwägung

9. Verhaltensbedingter Kündigungsgrund

- a) Beispiele:

Beleidigung von Vorgesetzten oder Arbeitskollegen

Beharrliche Arbeitsverweigerung

Verstoß gegen Anzeige oder Nachweispflicht, § 5 I 1, 2 EFZG

- b) Bei § 626 I BGB prüft das BAG in zwei- Stufen:

s. BAG 27.4.2006 – 2 AZR 386/05 – Rz. 22:

„Im Ausgangspunkt zutreffend geht das Landesarbeitsgericht von einer zweistufigen Prüfung des wichtigen Grundes aus“.

1. Stufe: Liegt ein wichtiger Grund „an sich“ vor?

d.h.: Ist ein bestimmter Sachverhalt ohne die besonderen Umstände des Einzelfalls als wichtiger Kündigungsgrund an sich geeignet?

2. Stufe: umfassende einzelfallbezogene Interessenabwägung

Ist die erste Stufe zu bejahen, dann *„bedarf es der weiteren Prüfung, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile zumutbar ist oder nicht.“*

Anmerkung: Bei einer verhaltensbedingten ordentlichen Kündigung findet dieser Aufbau auch statt, das BAG erwähnt indes die Formulierung „Zwei Stufen“ nicht.

BAG 30.07.2020 – 2 AZR 43/20 – Rz. 44:

„Eine Kündigung ist iSv. § 1 II 1 KSchG durch Gründe im Verhalten des Arbeitnehmers bedingt und damit sozial nicht sozial ungerechtfertigt, wenn dieser seine vertraglichen Haupt- oder Nebenpflichten erheblich und in der Regel schuldhaft verletzt hat, eine dauerhaft störungsfreie Vertragserfüllung in Zukunft nicht mehr zu erwarten ist und dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers über die Kündigungsfrist hinaus in Abwägung der Interessen beider Vertragsteile nicht zumutbar ist.“

10. Betriebsbedingter Kündigungsgrund

a) Beispiele:

Anschaffung neuer Maschinen, Betriebsstilllegung, Outsourcing b)

Prüfung in 2 Abschnitten:

➔ Dringendes betriebliches Erfordernis gem. § 1 II 1 Alt. 3 KSchG?

- Betriebliches Erfordernis: Art. 12 I GG beachten (Unternehmerfreiheit!)
- Dringend: anderer freier Arbeitsplatz im Unternehmen? Rechtsgedanke § 1 II 2 Buchst. b KSchG

➔ Ordnungsgemäße Sozialauswahl, § 1 III KSchG

- Betriebs- nicht unternehmensbezogen
- Arbeitnehmer, dem gekündigt werden soll, muss in rechtlicher (§ 106 S. 1 GewO!) und tatsächlicher Weise mit einem anderen Arbeitnehmer austauschbar sein, horizontale, nicht vertikale Vergleichbarkeit
- Sozialdaten: Beurteilungsspielraum des Arbeitgebers (s. Wortlaut: „nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt“), es geht nicht um die bestmögliche Sozialauswahl!

11. Praxisbeispiele am Beispiel Covid 19:

a) Personenbedingt:

Dauerhafte Folgeschäden durch Covid- 19 Infektion und dadurch bedingte
Arbeitsunfähigkeit auf unabsehbare Zeit

b) Verhaltensbedingt:

Nichteinhaltung der Maskenpflicht; Verschweigen eines Auslandsaufenthaltes – Verstoß
gegen Quarantänepflicht

c) Betriebsbedingt:

(Beabsichtigte) Stilllegung des Betriebes

Die ordentliche Arbeitgeberkündigung

1. Bestand eines Arbeitsverhältnisses iSd. § 611a BGB

2. Beendigung durch Kündigung vom ... zum

a) **Nicht** von § 4 S. 1 KSchG erfasste Unwirksamkeitsgründe (s. Wortlaut der Norm!)

aa) Schriftform (§ 623, 126 BGB),

daher:

Kein WhatsApp, E-Mail, SMS etc.

aber s. den neuen § 46h ArbGG:

Formfiktion!

Problem Schriftsatzkündigung

bb) Zugang (§ 130 BGB)

Anmerkung: str., wenn der Arbeitgeber sich der Schriftform bzw. des Zugangs berühmt, wird von einem Senatsmitglied des BAG im 2. Senat (= „Kündigungssenat“) vertreten (NZA 2019, 65 sehr lesenswerter Aufsatz!) , dass die punktuelle Kündigungsschutzklage innerhalb von drei Wochen zu erheben ist (dann im Prüfungsaufbau erst lit. b. prüfen!

cc) Vertreter ohne Vertretungsmacht (§ 180 BGB)

dd) Fehlende Bestimmtheit der Kündigungserklärung

b) § 4 S. 1 KSchG: Prozessuale Frist mit materiell-rechtlicher Wirkung (s. § 7 Halbs. 1 KSchG!: „gilt als wirksam“)

c) § 174 S. 1 BGB (Aufbau: **Nach** der Dreiwochenfrist prüfen: Aufbau!)

d) Betriebsratsanhörung, § 102 I **3** BetrVG?

(Anmerkung: § 134 BGB muss nicht zitiert werden, Unwirksamkeitsfolge im BetrVG direkt!)

e) Schwerbehindertenvertretung, § 178 II 3 SGB IX

f) § 17 I, II KSchG iVm. § 134 BGB

g) § 36 I 1 HinSchG (Verbotsgesetz, s. Wortlaut!) iVm. § 134 BGB

s. LAG Niedersachsen 11.11.2024 – 7 SLa 306/24 – zu § 36 II HnSchG: Beweislastverteilung!

Umsetzung der Whistleblower-Richtlinie der EU

h) **Besonderer Kündigungsschutz** zB:

aa) § 15 KSchG, § 134 BGB: **Betriebsräte, Wahlbewerber**

bb) § 17 I MuSchG (neue „Hausnummern“, ehemals § 9 MuSchG!), § 134 BGB: **Schwangere**

cc) § 18 BEEG, 134 BGB: **Elternzeit**

dd) § 5 I PflegeZG, § 134 BGB: **Pflegezeit**

ee) § 9 III 1 FPfLG, § 134 BGB

ff) § 168 SGB IX, 134 BGB: **Schwerbehinderte/Gleichgestellte**

gg) § 22 II BBiG: **Azubis**

h) **Allgemeiner** Kündigungsschutz nach dem **KSchG** aa) Anwendbarkeit,

§§ 1 I, 23 I KSchG bb) Kündigungsgrund

(1) personenbedingt: § 1 II 1 Var. 1 KSchG

(2) verhaltensbedingt: § 1 II 1 Var. 2 KSchG

(3) betriebsbedingt: § 1 II 1 Var. 3, III KSchG

i) §§ 242, 138 I, 134 BGB

(zB. Kündigung zur Unzeit, in kompromittierender Form, zB schwarzes Brett)

Wichtige Anmerkung:

→ Diskriminierungsverstöße gg. das AGG werden in den unbestimmten Rechtsbegriff der sozialen Rechtfertigung nach § 1 KSchG verankert, also nicht über § 242 BGB.

→ Falls das KSchG **nicht** zur Anwendung gelangt, dann über § 134 BGB iVm. § 7 I, 1, 3 AGG!

j) Kündigungsfrist, § 622 BGB

(beachte Öffnungsklausel für – **auch verschlechternde** - Tarifverträge in IV!)

BAG 5.12.2019 – 2 AZR 147/19 –
Kündigung durch eine GbR - § 174 BGB

Aufbau:

1. Zulässigkeit der Klage

- a) Problem: Passive Prozessführungsbefugnis, hier: Klage gegen alle vier Grundstücksverwaltungsgesellschaften nicht notwendig, Arg.: kein einheitliches Arbeitsverhältnis, da zwar in ihrer Durchführung verzahnt, in ihrem Bestand indes nicht untrennbar miteinander verbunden!
- b) Anderweitige Rechtshängigkeit, § 261 III Nr. 1 ZPO (-) es ist nur der Bestand eines gesondert kündbaren Arbeitsverhältnisses im Streit
- c) Entgegenstehende materielle Rechtskraft, § 322 I ZPO, (-) Arg. wie b)

2. Begründetheit der Klage

- a) Arbeitsverhältnis iSd. § 611a BGB
- b) § 7 Hs. 1 KSchG? (-) da § 4 S. 1 KSchG +
- c) Unwirksam analog § 174 S. 1 BGB aa) § 174 S. 1 BGB in **direkter** Anwendung (-) bb) § 174 S. 1 BGB **analog**, wenn eine organschaftliche **Gesamt**vertretungsmacht kraft Ermächtigung eines einzelnen Organmitglieds zu einer organschaftlichen **Allein**vertretungsmacht erweitert wird cc) **Zurückweisung** durch den Kläger + dd) **Unverzüglich**, § 121 I 1 BGB? + Merke: Zeitspanne über einer Woche ohne Vorliegen besonderer Umstände nicht mehr unverzüglich ee) Ausschluss **analog § 174 S. 2** BGB?

- (1) Inkennntnissetzen auch beim Berufen in eine Position, die üblicherweise mit Kündigungsbefugnis verbunden ist (=interner Vorgang) **und** Öffentlichmachen dieses inneren Vorgangs (=externer Vorgang)

Direkte Kundgabe durch den „Vollmachtgeber“ selbst = hier alle Gesellschafter der GbR; entbehrlich bei Publizität des Handelsregisters (-) bei GbR!

- (2) Subsumtion (Rz. 53!)

Hier: Übertragung der alleinigen Gf-befugnis nach § 710 S. 1 BGB und damit auch der alleinigen Vertretungsmacht nach § 714 BGB, aber: Kundgabe hier (-) Bloße Nichtauftreten weiterer Gesellschafter im laufenden Geschäftsbetrieb ist kein Inkennntnissetzen von der gesellschaftlichen Alleinvertretungsstellung des Herrn J. Auch nicht durch Übergabe des Arbeitsvertragsentwurfes, erfolgte ebenfalls allein durch Herrn J.

- ff) § 174 S. 2 BGB **teleologisch auslegen?**

Zurückweisung ausgeschlossen, wenn der Erklärungsempfänger vernünftigerweise an der Vertretungsmacht des Handelnden **nicht** zweifeln durfte. BAG hat dies offengelassen, da es hier jedenfalls an der erforderlichen Klarheit gefehlt habe.

- gg) **§ 242 BGB?**

Vertrauenstatbestand entstanden, da der Kündigungsempfänger den Vertreter in der bestehenden Geschäftsverbindung auch ohne Vorlage einer Vollmachtsurkunde wiederholt als solchen anerkannt hat, ohne dass bestehende Zweifel am Bestehen der Vollmacht aufgetreten sind?

Hier (-), Abschluss des Arbeitsvertrages bzw. Erteilung von Weisungen reichen nicht aus.

Arg.: Aus der Befugnis, einen Arbeitsvertrag abzuschließen und im laufenden Arbeitsverhältnis Weisungen zu erteilen, kann nicht auf die Kündigungsbefugnis geschlossen werden (Rz. 60 aE)

Anmerkung:

Sehr lesenswert auch der weitere Streitgegenstand in dieser Entscheidung: **Annahmeverzug**

AGL: § 611a II iVm. § 615 S.1 BGB

1. Anspruch **entstanden**? Problem Gesamtschuld (Auslegungsregel § 427 BGB), lex specialis zu § 420 BGB? Auch bei getrennten Verträgen möglich iSe gemeinschaftlichen vertraglichen Verpflichtung (Beschäftigung und Vergütung). Wenn jeder Schuldner subjektiv mit der Verpflichtung (auch) der anderen rechnet.

Kl. Und vier Grundstücksverwaltungsgesellschaften haben sich auf eine Gesamtarbeitszeit von 30 Wochenstunden bei flexibler Verteilung auf die verschiedenen Arbeitgeber

2. Anspruch **erloschen** gem. § 422 iVm. § 362 I BGB (-).

Problem:
Bestimmtheitsgebot bei einer Kündigung

Ergänzung zu Fall 2 zu den Kündigungsfristen

1. Frage im Kurs:

Wo ist die Frage der fehlenden Bestimmtheit der Kündigungserklärung in einer Klausur in der Begründetheit zu prüfen: **Vor oder nach** der drohenden Präklusion gem. **§ 7 Hs. 1 KSchG**?

2. Antwort: VOR!

Dazu Berger (RiBAG, ehemals im 2. Senat = „Kündigungssenat“) in NK § 4 KSchG Erz. 54 1. Aufl:

*„Verstößt eine Kündigung in einer Weise gegen das **Bestimmtheitsgebot**, dass sie als solche nicht zweifellos erkennbar wird oder hinsichtlich ihrer Wirkungen eine Widersprüchlichkeit aufweist, liegt der Fall im Grunde nicht anders als wenn das vollständige Fehlen einer Kündigungserklärung geltend gemacht wird. Auf solche Sachverhalte kann die Klagefrist des § 4 keine Anwendung finden.“*

3. Darstellung im Aufbau:

Wenn im Ausgangsfall 2 zB noch der Unwirksamkeitsgrund des § 174 S. 1 BGB und § 1 II 1 iVm. I KSchG zu prüfen wäre, würde der Aufbau wie folgt aussehen:

Begründetheit 1. Bestand eines Arbeitsverhältnisses iSd. § 611a BGB? + 2. Beendet durch die ordentliche Kündigung der beklagten Partei vom 3.Mai zum...?

a) **Hinreichend bestimmte WE?**

b) § 7 Hs. 1 KSchG? (-) wenn § 4 S. 1 KSchG gewahrt ist

c) § 174 S. 1 BGB?

d) § 1 II 1 iVm. I KSchG?

Klausurtechnik: OBERSATZ – SUBSUMTION!

Haft (**außerdienstlich** bedingt – sonst auch verhaltensbedingter Grund!) als personenbedingter Grund gem. § 1 II 1 Alt. 1 KSchG:

BAG 23.05.2013 – 2 AZR 120/12 – vgl. Rz. 23 ff.:

(Anmerkung: BAG spricht nicht explizit von 3 Stufen wie im Falle des personenbedingten Grundes beruhend auf AU wegen Krankheit, aber faktisch sind es auch 3 Stufen, s. Gliederungsziffern 1 a bis c!)

1.

a) Voraussetzung einer Kündigung wegen haftbedingter Arbeitsverhinderung ist, dass der Arbeitnehmer aller Voraussicht nach **für eine verhältnismäßig erhebliche Zeit nicht in der Lage sein wird, seine arbeitsvertraglichen Verpflichtungen zu erfüllen**

Maßgebend für die vom Arbeitgeber insoweit anzustellende Prognose sind die objektiven Verhältnisse im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung. Die tatsächliche Entwicklung nach Kündigungsausspruch kann nur in engen Grenzen Berücksichtigung finden

Grundlage für die Prognose muss nicht zwingend eine bereits erfolgte - rechtskräftige - strafgerichtliche Verurteilung sein. Die Erwartung, der Arbeitnehmer werde für längere Zeit an der Erbringung seiner Arbeitsleistung gehindert sein, kann auch im Fall der Untersuchungshaft berechtigt sein. Dann kommt es darauf an, ob die der vorläufigen Inhaftierung zugrunde liegenden Umstände bei objektiver Betrachtung mit hinreichender Sicherheit eine solche Prognose rechtfertigen. Da **ohne rechtskräftige** Verurteilung nicht auszuschließen ist, dass sich die Annahme als unzutreffend erweist, muss der Arbeitgeber vor Ausspruch der Kündigung alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts unternommen, insbesondere dem **Arbeitnehmer Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben** haben.

b) Die (prognostizierte) Nichterfüllung der Arbeitspflicht muss sich **nachteilig auf das Arbeitsverhältnis auswirken**. Da der Arbeitgeber im Fall der haftbedingten Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers typischerweise von der Lohnzahlungspflicht befreit ist (§ 616 Abs. 1, § 275 Abs. 1, § 326 Abs. 1 BGB), hängt es von der Dauer der Haft sowie Art und Ausmaß der betrieblichen Auswirkungen ab, ob die Inhaftierung geeignet ist, einen Grund zur Kündigung abzugeben. Das ist sie nicht, wenn es dem Arbeitgeber zuzumuten ist, für die Zeit des haftbedingten Arbeitsausfalls **Überbrückungsmaßnahmen** zu ergreifen und dem Arbeitnehmer den Arbeitsplatz bis zur Rückkehr aus der Haft frei zu halten. Jedenfalls dann, wenn im Kündigungszeitpunkt mit einer **mehrjährigen** haftbedingten Abwesenheit des Arbeitnehmers gerechnet werden muss, kann dem Arbeitgeber regelmäßig **nicht zugemutet** werden, lediglich vorläufige Maßnahmen zu ergreifen und auf eine dauerhafte Neubesetzung des Arbeitsplatzes zu verzichten

c) Liegt eine beachtliche Störung vor, bedarf es der abschließenden, **alle Umstände des Einzelfalls** einbeziehenden **Abwägung**, ob es dem Arbeitgeber unter Berücksichtigung der Interessen beider Vertragsteile dennoch zumutbar war, das Arbeitsverhältnis bis zum Wegfall des Hinderungsgrundes fortzusetzen. Sowohl bei der Frage, ob von einer erheblichen Störung des Austauschverhältnisses auszugehen ist, als auch bei der Interessenabwägung ist zu berücksichtigen, dass der Arbeitnehmer die haftbedingte Arbeitsverhinderung in aller Regel selbst zu vertreten.

2. Unter Anwendung dieser Grundsätze...

Subsumtion! (der konkrete Fall!)

Die außerordentliche Kündigung:

§ 626 BGB

Der wichtiger Grund an sich iSd. § 626 I BGB

BAG: 2 – Stufenprüfung bei der **verhaltensbedingten** Kündigung!

Anmerkung: Bei der ordentlichen verhaltensbedingten Kündigung verwendet das BAG diese Diktion nicht, die Prüfung erfolgt aber auch zweistufig

Beispiele für den Grund „an sich“ (1. Stufe):

Es gibt grundsätzlich (Ausnahme § 1 II 2 KSchG) keine absoluten Kündigungsgründe, daher immer notwendig eine anschließende umfassende **einzelfallbezogene** Interessenabwägung)

1. Außerdienstliches Verhalten
2. Drohung mit Erkrankung
3. Whistle –Blower
4. Beleidigung des Arbeitgebers
5. Stempeluhrmissbrauch
6. Selbstbeurlaubung
7. Wettbewerbsverbot
8. Sexuelle Belästigung (s. zB aktuell LAG Köln 9.12.2020 – 11 Sa 218/20 – WhatsApp-Chatgruppe!)
9. Diebstahl (schwere Nebenpflichtverletzung!)
10. Vortäuschen der Erledigung von Aufgaben
11. Tätlichkeit ua gegenüber Kollegen oder „schlechter Scherz“

– Kollege auf der Toilette eingesperrt! **ArbG Siegburg 11.2.2021 – 5 Ca 1397/20** -
Dixi-Klo Fall (ArbG Krefeld 30.11.2021 – 2 Ca 2010/12 -)

Die betriebsbedingte Kündigung

§ 1 Abs. 2 Satz 1 Alt. 3, Abs. 3 KSchG

Rechtsfolge der Unwirksamkeit: § 1 Abs. 1 KSchG!

1. Abschnitt (so die Diktion in einer alten BAG Entscheidung, nicht von Stufen reden!) §

1 Abs. 2 Satz 1 Alt. 3 KSchG

- **betriebliches Erfordernis (beachte Art. 12 GG!)**

- **dringend (Freier Arbeitsplatz, grds. unternehmensbezogene Betrachtungsweise!)**

Beweislast: § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG

2. Abschnitt:

§ 1 Abs. 3 KSchG („trotzdem“)

Ordnungsgemäße Sozialauswahl (grds. betriebsbezogene Betrachtungsweise)

Beweislast: § 1 Abs. 3 Satz 3 KSchG

BAG 27.9.2012 – 2 AZR 516/11 -

Arbeitnehmer trifft aus **§ 1 III KSchG iVm. § 138 I ZPO** die **Substantiierungspflicht**, die Namen sozial stärkerer Arbeitnehmer zu nennen.

Aber: § 1 III 1 Hs. 2 KSchG: materielle – subjektiv determinierte - Auskunftspflicht des Arbeitgebers
Vortragslast ist beschränkt auf die subjektiven, von ihm tatsächlich angestellten

Auswahlüberlegungen; kein Anspruch des AN auf die vollständige Auflistung der Sozialdaten aller
objektiv vergleichbaren Arbeitnehmer.

Rechtsfolge, wenn kein dringendes betriebliches Erfordernis oder fehlerhafte Sozialauswahl →

§ 1 Abs. 1 KSchG: Rechtsunwirksamkeit!

instruktiv:

Betriebsbedingte Kündigung zur Unternehmerentscheidung eines „Rumpforchesters“,

Kündigung aller Hornisten → Klageabweisung, Kündigung wirksam

BAG 27.1.2011 – 2 AZR 9/10 -

Die verhaltensbedingte Kündigung

1. **Außerordentliche** Kündigung: § 626 BGB

Terminologie: Wichtiger Grund

2. **Ordentliche** Kündigung: § 1 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 KSchG

Terminologie: Soziale Rechtfertigung

„2- Stufenprüfung“:

(so die Diktion des BAG ausdrücklich bei § 626 I BGB)

1. Stufe:

wichtiger Grund „an sich“? Objektive Betrachtungsweise!

2. Stufe:

umfassende Interessenabwägung im Einzelfall

Bei der Einzelfallbetrachtung auch insbesondere Heranziehung des

Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (zB Abmahnung als milderes Mittel?)

Die Verdachtskündigung

In der Praxis regelmäßig auch als außerordentliche VK, aber **auch als ordentliche** (dann § 1 II KSchG zitieren, aber nicht § 626 BGB, indes gilt der Maßstab wie bei einer außerordentlichen Kündigung!) rechtlich zulässig, aber keine geringeren Anforderungen!

Klausuraufbau:

Entscheidungsgründe

I. Wirksamkeit der außerordentlichen Verdachtskündigung

1. Bestand eines Arbeitsverhältnisses iSd. § 611a I BGB +

2. Beendigung durch wirksame außerordentliche Verdachtskündigung?

a) Schriftform, Zugang

b) § 13 I 2 (falls außerordentliche Verdachtsk.) , 4 S. 1 KSchG

c) § 102 I 3 BetrVG?

d) § 626 BGB

Achtung: Wenn im Examen die ordentliche Verdachtskündigung abgeprüft wird:

§ 1 II 1 Alt. 1 iVm. I KSchG als maßgeblicher Oberpunkt (soziale Rechtfertigung)

§ 626 I BGB gilt nicht und auch § 626 II BGB weder direkt noch analog!

aa) § 626 I BGB

(1) Nach der ständigen Rspr. des BAG ist die Verdachtskündigung rechtlich zulässig. – kein

Verstoß gg. Art. 6 II EMRK aber nur unter **strengen** Voraussetzungen, **dogmatisch stets**

personenbedingt:

□

(2) Verdacht einer Straftat mit Bezug zum ArbVhl. oder schwere Pflichtverletzung

□

(3) dringend (instruktiv dazu LAG Hamm 11.3.2020 – 6 Sa 1182/19 – SV spielt im

□

Wertstoffhof; Subsumtion!)

(4) objektive Tatsachen (nicht nur subjektive Mutmaßungen des AG!)

(5) Aufklärung mit allen dem AG zumutbaren Mitteln, insbes. **vorherige** Anhörung des AN (!)

als formelle Wirksamkeitsvoraussetzung (6) umfassende Interessenabwägung im

□

Einzelfall

(7) **Unter Anwendung dieser Grundsätze**

SUBSUMTION!

bb) § 626 II BGB

Wann hinreichende sichere Kenntnis?

II. z.B. Zeugnisanspruch

(Beachte: Gliederungsziffer I. nur wenn auch II. kommt bzw. kein 1. oder 2.!))

Die Arbeitnehmerkündigung

I. Antrag? (Anwaltsklausur)

Allgemeiner Feststellungsantrag iSd. § 256 I ZPO

„Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien fortbesteht“.

§ 4 KSchG gilt nicht, betrifft die AG- Kündigung (aktuelle BAG-Rspr!).

GRUNDLAGENFEHLER!

II. Aufbau in der Urteils Klausur:

1. **Zulässigkeit** der Klage:

Begründung des Feststellungsinteresses mit dem „Bündelgedanken“:

Aus dem Arbeitsverhältnis als Dauerschuldverhältnis fließt ein Bündel an Rechten und Pflichten (Urlaub, Zeugnis, Annahmeverzug etc.)

2. **Begründetheit** der Klage:

a) Bestand eines Arbeitsverhältnisses iSd. § 611a I BGB?

b) Beendet durch wirksame Arbeitnehmerkündigung?

aa) § 4 S. 1 KSchG? **NICHT ANWENDBAR!**

BAG: Diese Frist gilt nur für **Arbeitgeber**kündigungen! (s. va. Systematik!) bb)

Rechtshindernde Einwendungen: fehlende **Schriftform**

(1) §§ 125 S. 1, 623 Alt. 1, 126 I BGB: Schriftform

(2) Aber bei **mündlicher** Kündigung **§ 242 BGB?**

cc) bei ao AN- Kündigung uU. fehlender Kündigungsgrund?

(1) § 626 I, II BGB

(2) Aber bei fehlendem wichtigen Grund **§ 242 BGB?** ggf.

Wertungswiderspruch zu §§ 4 Satz 1, 13 I 2 KSchG

KSchG: Bei einer AG- kündigung weiß der AG **spätestens nach drei Wochen**, ob der AN den Kündigungsgrund akzeptiert. Warum soll der AG bei einer **AN-Kündigung**, also einer Kündigung, die gar **nicht er in die Welt gesetzt** hat, länger sich im Zustand der Rechtsunsicherheit befinden?

Der Aufhebungsvertrag

I. Antrag? (Anwaltsklausur)

Grundsätzlich allgemeiner Feststellungsantrag iSd. § 256 I ZPO, kein punktueller Antrag!

„Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien fortbesteht“.

II. Aufbau in der Urteilschlussur:

1. **Zulässigkeit** der Klage:

Begründung des Feststellungsinteresses mit dem „**Bündelgedanken**“:

Aus dem Arbeitsverhältnis als Dauerschuldverhältnis fließt ein Bündel an Rechten und Pflichten (Urlaub, Zeugnis, Annahmeverzug etc.)

2. **Begründetheit** der Klage:

a) Bestand eines Arbeitsverhältnisses iSd. § 611a BGB?

b) Beendet durch wirksamen Aufhebungsvertrag?

aa) Rechtshindernde Einwendungen,

- (1) §§ 125 S. 1, 623 Alt. 2, 126I, II BGB: Schriftform
- (2) §§ 307, 310 IV BGB? Achtung: **§ 307 III 1 BGB!**

bb) Rechtsvernichtende Einwendungen

- (1) §§ 119 ff. BGB: **Anfechtung** Problem: **Widerrechtliche** Drohung?
Merke zum Prüfungsmaßstab bei Drohung mit einer Kündigung:

BAG 28.2.1980 – 2 AZR 330/78 -:

Anfechtungsprozess ist kein fiktiver Kündigungsschutzprozess

Beweislast beim AN(!) (Kündigung beim AG, lese § 1 II 4 KSchG zur ordentlichen Kündigung)

- (2) § 355 iVm. §§ 312g I, 312b I Nr. 1 BGB: **Widerruf?**
Arbeitsplatz: **§ 312b II 1 BGB!**

cc) Schadensersatzanspruch mit der Folge der Naturalrestitution, § 249 I BGB **Gebot fairen Verhandelns als arbeitsvertragliche Nebenpflicht!**

BAG 7.2.2019 – 6 AZR 75/18 und BAG 22.2.2022 – 6 AZR 333/21 – Keine Bedenkzeit, keine Möglichkeit, Rechtsbeistand heranzuziehen reicht nicht aus!

Die Anfechtung

I. Antrag? (Anwaltsklausur)

Grundsätzlich allgemeiner Feststellungsantrag iSd. § 256 I ZPO, kein punktueller Antrag!

(Anmerkung: Anders ggf. bei weiterem Beendigungstatbestand Kündigung, dann uU Prüfung inzident im Rahmen der Kündigungsschutzklage bei m Prüfungspunkt Bestand des Arbeitsverhältnisses zum Auflösungsstermin, s. Kurs)

„Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien fortbesteht“.

II. Aufbau in der Urteils Klausur in der Begründetheit:

1. Arbeitsverhältnis iSd. § 611a BGB

2. Beendet durch wirksame vollzogene Anfechtung, §§ 119 ff. BGB?

a) **Zulässigkeit der Anfechtung** neben der außerordentlichen Kündigung? BAG: Wahlrecht!

b) Anfechtungserklärung: §“ 143 I, II Halbs. 1 BGB

c) Anfechtungsgrund:

aa) § 119 II BGB **verkehrswesentlich** zu verstehen als **arbeitsvertragswesentlich**!

bb) § 123 I Alt. 1 BGB

Arglistige Täuschung (-) wenn „**Recht zur Lüge**“ BAG

formuliert „vornehmer“:

Recht, auf eine unberechtigte Frage die Unwahrheit zu sagen

d) Anfechtungsfrist:

aa) § 121 I 1 BGB: Konkretisierung des objektiven Elements („Zögern“) durch **§ 626 II BGB analog**

Arg.: Rechtssicherheit!

bb) § 124 I BGB

e) Ausschluss der Anfechtung, § 242 BGB?

f) Rechtsfolge **entgegen § 142 I BGB**

Grundsätzlich ex- nunc Wirkung

(ab Zugang der Anfechtungserklärung, bis dahin besteht ein anfechtbares Arbeitsverhältnis =

fehlerhaftes Arbeitsverhältnis = **causa** iSd. § 812 I 1 Alt. 1 BGB!)

Arg.: Rückabwicklungsprobleme

aber: doch Rückwirkung (§ 142 I BGB)

→ ex-tunc, wenn Arbeitsvhl. noch **nicht in Vollzug** gesetzt worden ist

→ partiell ex tunc, wenn es wieder **außer Funktion gesetzt** worden ist (zB Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit!)

Beachte aber (Ergänzung zu Frage im Kurs!)

BAG 3.11.2004 – 5 AZR 592/03 –

Nichtigkeit in **vollem** Umfang **bei besonders schwerem Mangel**.

Rückabwicklung über Bereicherungsrecht
hier: Fehlende Approbation eines Arztes

Der **erweiterte** punktuelle Streitgegenstandsbegriff

Inzidenzprüfung der Anfechtung im Rahmen der
Kündigungsschutzklage

(Abwandlung Fall 1 zum 6. Kapitel A Präklusionsproblematik)
BAG 20.3.2014 – 2 AZR 1071/12 – va. **Rz. 14 – 16** lesen!

Entscheidungsgründe

I.

1. Rechtsweg
2. örtliche Zuständigkeit
3. § 253 II Ziffer 2 ZPO (iVm. § 495 I Hs. 1 ZPO, § 46 II 1 ArbGG)
4. Feststellungsinteresse:
 - a) Auslegung der Feststellungsanträge bzw. des Klageantrags
 - b) Hier: Ein einziger punktueller Antrag!
Feststellungsinteresse folgt aus § 7 Hs. 1 KSchG wegen § 4 S. 1 KSchG (-)

II.

1. Kündigungsschutzantrag (lese § 4 S. 1 KSchG!)
 - a) **Bestand** eines Arbeitsverhältnisses
iSd. § 611a BGB **zum Künd.- termin?**
(hier: 31.3., nicht Zugang 17.1.
maßgeblich!)

Wirksame vollzogene Anfechtung,
Zugang am 19.3.?

aa) **Zulässigkeit** der Anfechtung?
Wahlrecht neben ao. Kündigung

bb) Anfechtung**serklärung**: 19.3. +

cc) Anfechtungs**grund**: § 123 I Alt.
1 BGB +

dd) Anfechtungs**frist**: § 124 I BGB +

ee) Kein Ausschluss nach § 242 BGB

b) § 7 Hs. 1 KSchG? (**Aufbau!**)

c) zB § 174 S. 1 BGB

d) zB § 102 I 3 BetrVG

e) zB § 134 BGB iVm. § 17 I 1 MuSchG

f) zB § 1 II 1 iVm. I KSchG

2. Weiterbeschäftigungsantrag,
§ 611a, 613 S. 1, 242 BGB iVm. der objektiven
verfassungsrechtlichen Wertentscheidung aus Art. 1 I
und 2 I GG

III.

1. Kosten 91 ff. ZPO (erlassen?)
2. Ggf. Entscheidung über den Ausschluss der vorläufigen Vollstreckbarkeit (vgl. § 62 I 2 ArbGG)
3. Rechtsmittelstreitwert (§ 61 I ArbGG): (erlassen?)
4. Berufungszulassungsentscheidung gem. § 64 IIIa ArbGG (erlassen?)

1 Unterschrift des Vorsitzenden/der Vorsitzenden (§ 60 IV 1 ArbGG)

Achtung: Die ehrenamtlichen Richter (der Begriff „Schöffen“ ist strafrechtlich besetzt) wirken bei der Entscheidung mit vollem Stimmrecht, unterschreiben aber das Urteil nicht mit, anders in der Berufungsinstanz, s. § 69 I 1 ArbGG (sämtliche Mitglieder der Kammer, lesen!)

BAG 7.7.2011 – 2 AZR 396/10: AF/Kündigung/AGG

Sachverhalt:

Der Bewerber wurde nach der Schwerbehinderteneigenschaft gefragt. Er verneinte dies, obgleich er schwerbehindert ist.

Der AG erklärte

→ am **08.10.** die **Anfechtung** wegen § 123 I BGB **und**

→ am **22.10.** nach Zustimmung des IA die außerordentliche, hilfsweise **Kündigung**.

Außerdem verlangte er Entschädigung nach § 15 II AGG.

Der Kläger war über 1,5 Jahre im Arbeitsverhältnis tätig.

Der Arbeitgeber argumentiert: Er habe die Frage gestellt, da er besonders Schwerbehinderte einstellen wollte!

A Bestandsstreitigkeit

Arbeitsverhältnis bestand iSd. § 611a BGB/ Beendet durch→

I. Anfechtung?

1. Täuschung über die **Frage der Schwerbehinderteneigenschaft?**

Streitfrage, ob Frage nach der Schwerbehinderung zulässig?

Kann offenbleiben, da hier jedenfalls **nicht kausal!**

2. Täuschung über die **Ehrlichkeit?**

Die Annahme der Arbeitgeberseite, die AN sei ehrlich, beruhte nicht auf deren falscher Antwort!

Hätte die Klägerin die Frage richtig beantwortet, dann wäre die Arbeitgeberin ebenfalls von deren Ehrlichkeit ausgegangen.

II. Außerordentliche Kündigung?

1. §§ 4 Satz 1, 13 I 2 KSchG +

2. §§ 168, 174 SGB IX iVm. § 134 BGB (-)

3. § 626 I BGB?

a) Grundsätze

b) Subsumtion:

hier kein wichtiger Grund, da die Täuschung nicht so nachwirkte, dass es der Arbeitgeberseite nicht zumutbar gewesen wäre, die Klägerin jedenfalls **bis zum Ablauf der Kündigungsfrist** zu beschäftigen.

III. Ordentliche Kündigung

1. § 4 S. 1 KSchG +

2. Anwendbarkeit: §§ 1 I, 23 KSchG +

3. Kündigungsgrund iSd. § 1 I KSchG?

Fortsetzung war der Arbeitgeberseite zumutbar!

B Entschädigungsanspruch: § 15 II AGG iVm. § 164 II 2 SGB IX (ehemals § 81 II 2 SGB IX)?

Falsche Antwort war Grund für die Maßnahmen der Arbeitgeberseite, nicht deren

Schwerbehinderung, Indizien nach § 22 AGG (-)

Die Befristung nach dem TzBfG

I.

1. Rechtsweg: § 2 I Nr. 3 lit. b ArbGG
2. örtliche Zuständigkeit des ArbG, §§ 12 ff. ZPO
3. Feststellungsinteresse, 7 Hs. 1 KSchG iVm. § 17 S. 2 TzBfG

II.

1. Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien iSd. § 611a BGB?

2. Beendet durch wirksame Befristung vom...?

a) Mehrere Befristungen:

Grds. ist **nur die letzte** zu überprüfen!

b) 7 Hs. 1 KSchG iVm. § 17 S. 2 TzBfG: 3 Wochenfrist nach § 17 S. 1 TzBfG (hier Prüfung, ob sie gewahrt ist! **NICHT** in der Zulässigkeit!)

c) **Schriftform** der Befristungsabrede: § 14 IV TzBfG, § 126 I, II BGB

Sonderfall (Ausnahme): § 41 III SGBVI bzgl. Regelaltersgrenze (Nicht vorgezogene Rente!)

d) Sach**grundlose** Befristung nach § 14 II – III TzBfG -

Unterschied Verlängerung – Neubefristung! - § 14 II 1 TzBfG: Die „Zuvor- Beschäftigung“

- Kettenbefristung

s. nun bzgl. Rentnern: § 41 II 2 SGB VI ab 1.1.2026!

e) Sach**grund** – Befristung nach § 14 I TzBfG

- zB *Vertretung* (§ 14 I 2 Nr. 3 TzBfG)

Problem: Kettenbefristung als institutioneller Rechtsmissbrauch nach § 242

BGB? „Ampelrechtsprechung“ des 7. Senates des BAG vom 26.10.2016 – 7 AZR 135/15

(Anmerkung: In § 41 II Nr. 2 SGB VI ist die „gelbe“ Farbe als Grenze eingebaut

(4- facher Wert)

Rechtsfolge bei Unwirksamkeit: § 16 S. 1 Halbs. 1 TzBfG

Beachte:

Bei Befristung von einzelnen Arbeitsbedingungen gilt das TzBfG nicht unmittelbar! Aber bei Prüfung des § 307 I 1 BGB (**Abwägung** bei unangemessener Benachteiligung!) sind die Wertungen des § 14 I TzBfG beachten.

Sachgrund- Vertretung gem. § 14 I 2 Nr. 3 TzBfG

Der AN ist an der Erbringung der eigentlich geschuldeten Arbeitsleistung verhindert.

1. **Unmittelbare** Vertretung

Der Vertreter übernimmt die Aufgaben des Vertretenen

2. **Mittelbare** Vertretung

a) **mit** Umorganisation

Die Aufgaben des vorübergehend abwesenden AN werden **anderen AN** übertragen, **deren Aufgaben vom Vertreter** übernommen werden (Ringtausch).

b) **ohne** Umorganisation

(nicht möglich bei **Abordnung!**)

Nur möglich, wenn **2 Voraussetzungen kumulativ** vorliegen:

→ Der AG wäre **rechtlich und tatsächlich in der Lage**, dem vorübergehend abwesenden AN im Falle der Weiterarbeit den Aufgabenbereich des Vertreters zu übertragen (§ 106 I 1 GewO!)

—> der AG **ordnet** die Aufgaben des Vertreters einem oder mehreren abwesenden Beschäftigten **gedanklich zu**, zB durch Angabe im Arbeitsvertrag

Beispiel:

A ist Lehrerin für die Fächer Latein und Sport. Sie ist längerfristig krank.

Es wird B eingestellt für das Fach Mathematik. In dem befristeten Vertrag steht: „als Vertretung für A“.

Keine mittelbare Vertretung, da Voraussetzung **1** nicht gegeben ist! Der AG könnte A nicht kraft Direktionsrechts die Aufgaben als Mathematiklehrerin übertragen, sie hat dafür keine Ausbildung.

Achtung:

Im Falle der Abordnung des Arbeitnehmers kommt das Konstrukt der gedanklichen Zuordnung nicht in Betracht.

Die Überlegung im Konjunktiv: „**Hätte** der AG dem abwesenden AN (dh. dem abgeordneten AN) die Arbeit per Direktionsrecht zuweisen können?

passt nicht. Denn:

Er **hat bereits** ihm gegenüber das Direktionsrecht ausgeübt!

Examensrelevante Entscheidung:

BAG 12.06.2024 – 7 AZR 188/23

„Der kranke (arbeitsunfähige) Vertreter als Vertreter?“

Die zulässige Klage ist unbegründet. (Obersatz!)

I.

1. Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen:

§ 2 I Nr. 3 Buchst. b ArbGG

2. örtliche Zuständigkeit 12 ff. ZPO

3. Feststellungsinteresse:

§ 17 S. 1 TzBfG → drohende Präklusion gem. § 17
S. 2 TzBfG iVm. § 7 Hs. 1 KSchG

II.

1. Keine Präklusion gem. § 17 S. 2 TzBfG iVm. § 7 Hs. 1 KSchG?

hier: demnächst zustellte Klage iSd. §§ 167, 253 I ZPO

2. § 14 IV TzBfG?

3. § 14 I 2 Nr. 3 TzBfG: Sachgrund der Vertretung?

a) Obersätze:

→ Grund für die Befristung in Vertretungsfällen:
zeitlich begrenztes Bedürfnis der anfallenden
Arbeitsaufgaben

→ Kausalzusammenhang zwischen zeitweiligem
Ausfall des Vertretenen und Einstellung als
Vertretungskraft

→ Beurteilungszeitpunkt:
Umstände bei (!) Vertragsschluss

b) Gemessen an diesen Grundsätzen („sound“):

hier: Sachgrund +

Problem: Steht der Wirksamkeit der Umstand
entgegen, dass der Vertreter während der
gesamten (!) Dauer des befristeten
Arbeitsvertrages arbeitsunfähig erkrankt war und
daher tatsächlich keine (Vertretungs-) Tätigkeiten
verrichten konnte?

Kausalität zwischen Ausfall der Stammkraft und
Einstellung der Vertretungskraft (-), wenn bereits
bei(!) Vertragsschluss feststeht, dass der Vertreter
während des gesamten (!) Vertretungszeitraums
die geschuldete Arbeitsleistung nicht erbringen
kann UND dies dem Arbeitgeber **bekannt** (§ 166 I
BGB entsprechend bei Niederlassungsleiter und
dessen Vertreter) ist.

Dann passt der Wortlaut nicht:
“zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers
beschäftigt“

Beweiswert der AU:
Der AG kann sich auf die Angabe in der AU
verlassen!

c) Kein institutioneller Rechtsmissbrauch nach § 242
BGB

„Ampelrechtsprechung“ des 7. Senats des BAG

Tenor:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Klagepartei hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
3. Der Rechtsmittelstreitwert wird festgesetzt auf ...€.
4. Soweit die Berufung nicht kraft Gesetzes statthaft ist wird sie nicht zugelassen.

Typische Fehler in der Praxis bei der Befristung

1. „Erst schriftlich, dann arbeiten!“ Problem: § 14 IV TzBfG, § 126 I, II BGB!

2. Verlängern = „nur verlängern“!

Problem: § 14 II 1 Halbs. 1 = Verlängerung Abgrenzen von
§ 14 II 2 TzBfG = Neubefristung!

Verlängerung – Neubefristung = ALIUD!

3. Ex- Arbeitnehmer sachgrundlos befristen!

Problem § 14 II 2 TzBfG: „zuvor“ iSv. niemals?

Rspr. BAG in Anlehnung an das BVerfG:

(sehr lange zurückliegend? ganz anders inhaltlich geartet? von sehr kurzer Dauer?)

4. Befristung „nicht auf ewig“!

Problem: Kettenbefristung, sog. institutioneller Rechtsmissbrauch!

Die auflösende Bedingung (§ 21 TzBfG)

A Gesetzliche Regelung: § 21 TzBfG B Abgrenzung zur Zweckbefristung (§ 15 II TzBfG)

Grad der Ungewissheit →

Zweckbefristung:

Ungewiss das Wann des Eintritts des Ereignisses, nicht des „Ob“ →

Auflösende Bedingung:

Unsicher auch, ob das Ereignis eintritt.

C Aktuelle Rspr.:

I. BAG 21.11.2018 – 7 AZR 394/17 –

Fluguntauglichkeit als auflösende Bedingung und dazu hilfsweise ordentliche Kündigung mit BEM- Problematik (§ 167 II SGB IX)

II. BAG 20.6.2018 – 7 AZR 689/16 – 1. Problem: „Statthafte“

Klageart?

Wahrung der Dreiwochenfrist des § 17 S. 1 TzBfG durch Erhebung einer

Kündigungsschutzklage für die Bedingungskontrollklage in **entsprechender Anwendung des § 6 KSchG** jedenfalls dann, wenn

→ die auflösende Bedingung bis zum Kündigungstermin wirksam werden soll,

→ der Arbeitnehmer noch vor Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz ihre Unwirksamkeit ausdrücklich geltend macht und

→ einen Bedingungskontrollantrag stellt nach §§ 21, 17 S. 1 TzBfG.

Achtung: Wenn streitig ist, **ob** eine auflösende Bedingung **Vertragsbestandteil** geworden ist, dann **statthafte Klageart allgemeine Feststellungsklage** nach

§ 256 I ZPO (BAG 20.06.2018 – 7 AZR 689/16 – Rn. 24 ff.!))

d.h. ggf. Kombination mit punktueller Bedingungskontrollklage!

2. Problem „Schriftform“ in § 15 II TzBfG (BAG aaO Rn. 60 ff.):

Textform ausreichend, keine Willenserklärung, sondern rechtsgeschäftsähnliche Handlung!

D Aufbau

I.

Das Arbeitsgericht München ist zur Sachentscheidung befugt und die Klage ist im Übrigen zulässig.

1. Rechtsweg: § 2 I Nr. 3 Buchst. b ArbGG

2. örtliche Zuständigkeit:

§ 12 Hs. 1, 13 **oder(!)** 17 ZPO/ § 48 Ia ArbGG/ § 29 ZPO

3. § 253 II Nr. 2 ZPO ggf. **Auslegung**, falls Bedingung nicht ausdrücklich bezeichnet

4. Feststellungsinteresse:

Gefahr der Präklusion gem. **§ 7 Hs. 1 KschG iVm. 17 S. 2, 21 TzBfG** für den Fall der nicht rechtzeitigen Klageerhebung nach § 17 S. 1 TzBfG

II.

Die Klage ist (un)begründet.

1. Arbeitsverhältnis iSd. § 611a BGB

2. Beendigung durch Eintritt der auflösende Bedingung vom...

a) **Klageerhebungsfrist**: § 17 S. 1 iVm. § 21 TzBfG

b) **Wirksamkeit** der auflösenden Bedingung aa) Schriftform: §§ 21, 14 IV TzBfG

bb) Rechtfertigung nach § 21, 14 I 1 TzBfG

cc) **Eintritt** der auflösenden Bedingung

Beendigungstatbestand: Gestaltungsurteil

Antrag AN:

- ordentliche Kündigung § 9 I 1 KSchG
- außerordentliche Kündigung: § 13 I 3 KSchG

Antrag AG:

- ordentliche Kündigung: § 9 I 2 KSchG

s. auch § 14 II 2 KSchG (ohne Begründung „freikaufen“ möglich!)

Achtung:

Sperre durch sonstige Unwirksamkeitsgründe, die zumindest auch den Arbeitnehmer schützen zB § 178 II 3 SGB IX vgl. BAG 13.12.2018 – 2 AZR 378/18 –Rn. 35

- außerordentliche Kündigung: (-)

(aber: hilfsweise möglich, wenn AG ao, hilfsweise ordentliche Kündigung ausspricht und das Arbeitsgericht beide Kündigungen für unwirksam erachtet)

Sonderfall: Antrag von beiden!

BAG 11.07.2013 – 2 AZR 241/12 -
Antrag Arbeitnehmer

Begriff der Unzumutbarkeit:

- kein wichtiger Grund iSd. § 626 I BGB notwendig, wonach Fortsetzung bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist unzumutbar sein müsste
- Ausreichend, dass dem AN Fortsetzung des Arbvh. auf unbestimmte Dauer unzumutbar ist
- allein Sozialwidrigkeit der Kündigung reicht nicht, hinzukommen müssen zusätzliche – vom AN darzulegende – Umstände.

- „Achtung Schikane droht!“

AG führt Kündigungsschutzverfahren über offensichtlich(!) sozialwidrige Kündigung mit solcher Schärfe, dass AN bei Rückkehr mit schikanösem Verhalten rechnen muss. - „**Weg mit Dir um jeden Preis!**“

AG hat Trennungswillen um jeden Preis, dh.er möchte sich ungeachtet der Rechtsauffassung des Gerichts um jeden Preis trennen und beabsichtigt offensichtlich, mitderselben oder einer beliebigen anderen Begründung so lange Kündigungen auszusprechen, bis er sein Ziel erreicht.

Klausuraufbau

(sinnvollerweise bei Antrag nach § 9 I 1 KSchG als **unechter** Hilfsantrag, dh. für den Fall des **Obsiegens** mit dem Kündigungsschutzantrag)

Entscheidungsgründe

Obersatz: Die zulässige Klage ist...

I.

Das Arbeitsgericht ... ist zur Sachentscheidung befugt und die Klage ist im Übrigen zulässig.

1. Rechtsweg § 2 I Nr. 3 lit. b) ArbGG

2. Örtl. Zuständigkeit: § 12 ff. ZPO, 29 I ZPO, § 269 BGB, § 48 Ia ArbGG

[3. Nachträgliche Klageerweiterung: **§ 9 I 3 KSchG** als lex specialis zu § 263 ZPO

4. § 253 II Nr. 2 ZPO

Bezifferung nicht notwendig und auch **nicht ratsam** (Kosten bei Unterliegen!), aber **Größenordnung** angeben! Arbeitsgericht kann auch nach oben abweichen, § 308 I ZPO steht nicht entgegen!

5. **Anhängiger zulässiger Kündigungsschutzantrag?**

(besondere Zulässigkeitsvoraussetzung für § 9 KSchG!

Ohne Kündigungsschutzantrag – dh. isoliert – ist § 9 KSchG- Antrag unzulässig!)

II.

1. Kündigungsschutzantrag

2. Auflösungsantrag nach § 9 I 1 KSchG

Falls AN obsiegt → Eintritt der zulässigen innerprozessualen Bedingung **KSchG ist primär kein Abfindungs- sondern ein Bestandsschutzgesetz!**

III.

1. Kosten

2. Streitwert: s. § 42 II 1 Halbs. 2 GKG

3. Berufungszulassung

1 Unterschrift (§ 60 IV 1 ArbGG)

Der Arbeitgeber kann sich zur Begründung eines Auflösungsantrags nach § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG auf Gründe berufen, auf die er zuvor - erfolglos - die Kündigung gestützt hat. Allerdings muss er im Einzelnen vortragen, weshalb die unzureichenden Kündigungsgründe einer den Betriebszwecken dienlichen weiteren Zusammenarbeit entgegenstehen sollen.

Das hat das BAG entschieden.

Der Kläger war bei der Beklagten, die Industriebatterien herstellt, zuletzt in der Batterieformation eingesetzt. Dort werden Batteriezellen mit konzentrierter heißer Schwefelsäure befüllt und mit Gleichstrom von bis zu 350 A aufgeladen. Dabei bestehen erhebliche Brand- und Explosionsgefahren. Die Ladevorgänge werden lückenlos am PC überwacht und die aufzuladenden Module ständig auf Leckagen kontrolliert.

Nach dem - streitigen - Vortrag der Beklagten sind die Mitarbeiter, die jeweils zu zweit in der Nachtschicht tätig sind, angewiesen, Pausen ausschließlich versetzt zu nehmen. In der gesamten Produktion gilt ein absolutes Rauchverbot. Die Beklagte hat dem Kläger vorgeworfen, sich während der Nachtschicht schlafen gelegt und im Betrieb geraucht zu haben.

Das Landesarbeitsgericht hat der Kündigungsschutzklage rechtskräftig stattgegeben. In der Revisionsinstanz steht nur noch der von der Beklagten gestellte Auflösungsantrag im Streit. Die Revision hatte im Sinne einer Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung des Rechtsstreits Erfolg.

Lösung:

Nach der ständigen Senatsrechtsprechung stellt sich eine verhaltensbedingte Kündigung, die auf eine Pflichtverletzung gestützt wird, die das Gericht nicht als besonders schwerwiegend erachtet, und die nicht am Maßstab von § 12 Abs. 3 AGG zu messen ist, **bereits dann als unverhältnismäßig** dar, wenn nach den bei ihrem Zugang erkennbaren Umständen **nicht ausgeschlossen** werden kann, eine Abmahnung werde eine **Verhaltensänderung herbeiführen**.

Demgegenüber kommt es für die Beurteilung, ob ein Auflösungsgrund vorliegt, auf die Lage am Schluss der mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz an, und kann es genügen, wenn dann eine durch objektive Tatsachen begründete Gefahr feststellbar ist, der Arbeitnehmer könne ein pflichtwidriges Verhalten (mit erheblichem Schadenspotenzial) trotz Abmahnung wiederholen. Damit **unterscheiden sich** sowohl der **Beurteilungszeitpunkt** als auch der **Beurteilungsmaßstab**.

Der Geeignetheit als Auflösungsgrund steht es nicht von vornherein entgegen, dass das Verhalten des Arbeitnehmers die Kündigung selbst nicht rechtfertigen konnte. Der Arbeitgeber kann sich zur Begründung seines Auflösungsantrags auch auf Gründe berufen, auf die er zuvor - erfolglos - die ausgesprochene Kündigung gestützt hat. In diesen Fällen muss er indes im Einzelnen vortragen, weshalb die unzureichenden Kündigungsgründe einer den Betriebszwecken dienlichen weiteren Zusammenarbeit entgegenstehen sollen (...). Der Vortrag des Arbeitgebers muss so beschaffen sein, dass sich das Gericht, wollte es die Auflösung des Arbeitsverhältnisses auf dieses Vorbringen stützen, nicht in Widerspruch zu seiner Beurteilung des Kündigungsgrundes als unzureichend setzen müsste (...).

Prozessrecht

Verhältnis von punktueller Kündigungsschutzklage nach § 4 S. 1 KSchG und allgemeiner Feststellungsantrag iSd. § 256 I ZPO

BAG 26.9.2013 - 2 AZR 682/12 – insbes. Rz. 33/34

A Verhältnis von § 4 S. 1 KSchG – Allgemeiner Feststellungsantrag

Sachverhalt

→ Kündigung **27.9.2010**, fristlos, hilfsweise ordentlich zum **31.3.2011**

→ Kündigung **06.10.2010** fristlos, hilfsweise ordentlich zum 31.3.2011

Klageschrift vom 15.10.2010 kündigt folgenden Antrag an:

„Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis weder durch die außerordentliche noch durch die hilfsweise ordentlich erklärte Kündigung der Beklagten vom 27.09.2010 seine Beendigung findet, sondern unverändert fortbesteht.“

Begründung in der Klageschrift:

Der letzte Halbsatz des Feststellungsbegehrens enthalte eine allgemeine Feststellungsklage. Sie könne nicht ausschließen, dass sich die Beklagte für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf weitere Beendigungstatbestände als die Kündigung vom 27.09.2010 berufe.“

Mündliche Verhandlung vor dem Arbeitsgericht am 2.2.2011:

Die Beklagte reicht das Kündigungsschreiben vom 6.10.2010 zur Gerichtsakte.

Die Klägerin stellt sodann punktuellen Antrag nach § 4 S. 1 KSchG gegen die darin erklärte außerordentliche, hilfsweise ordentliche Kündigung.

BAG:

Erhebt der AN binnen dreier Wochen nach Zugang einer Kündigung eine allgemeine Feststellungsklage iSv. § 256 Abs. 1 ZPO, mit der er den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses geltend

macht und die Wirksamkeit jeglichen Auflösungsstatbestands in Frage stellt, hat er die Frist des § 4 Satz 1 **jedenfalls dann gewahrt, wenn er**

→ die fragliche **Kündigung** noch bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung **erster** Instanz (beachte aber nunmehr aktuell: BAG 16.12.2021 – 6 AZR 154/21 – Rz. 25: auch noch in der Berufungsinstanz möglich, sofern der allgemeine Feststellungsantrag dort anfällt!) – nunmehr **konkret bezeichnet – in den Prozess einführt**

und

→ auf sie bezogen einen **punktuellen Kündigungsschutzantrag stellt.**

BAG stellt klar, dass eine Modifikation des allgemeinen Feststellungsantrags in einen punktuellen Antrag bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz (zweite Instanz) erfolgen kann, der allgemeine Feststellungsantrag aber in die Berufungsinstanz gelangt sein muss.

BAG lässt ausdrücklich offen, ob die Frist gewahrt ist, wenn eine Anpassung in entsprechender Anwendung des **§ 264 Nr. 2 ZPO** und damit eine Einschränkung des allgemeinen Feststellungsantrags nicht erfolgt ist.

Arg.:

Entsprechende Anwendung des § 6 KSchG

Sinn und Zweck der Norm:

→ AN soll davor bewahrt werden, seinen Kündigungsschutz **aus formalen Gründen** zu verlieren.

→ § 6 KSchG ist zu eng formuliert (nur auf bestimmte Unwirksamkeitsgründe)

→ § 6 KSchG gilt nach ständiger Rspr. z.B. auch, wenn AN mit Leistungsklage Lohnansprüche oder Weiterbeschäftigung für die Zeit nach Zugang der Kündigung bzw. Ablauf der Kündigungsfrist innerhalb von drei Wochen geltend macht.

Bei allgemeiner Feststellungsklage gebiete sich eine entsprechende Anwendung auch.

→ Das durch § 4 Satz 1, § 7 KSchG geschützte Interesse des **AG** an einer schnellen Klärung der Rechtslage und sein Vertrauen in den Bestand der ausgesprochenen Kündigung wird in diesen Fällen durch die „Verlängerung“ der Anrufungsfrist nicht stärker berührt als im unmittelbaren Anwendungsbereich des § 6 Satz 1 KSchG.

→ Dies gelte gleichermaßen für Kündigungen, die dem AN schon vor Klageerhebung zugegangen sind!

Kein sachlicher Grund, um an die Klageanträge bezüglich solcher Kündigungen, die erst während des Rechtsstreits erklärt werden, andere Anforderungen zu stellen.

EXAMENSRELEVANT!!!!!!!!!!!!!!!!!!!!!!:

Spannungsfeld Anfechtung – Kündigung BAG

18.2.2021 – 6 AZR 92/19 – insbes. Rz. 8/9

Lesen und gedanklich durchdringen!

→ Kündigung 27.9.2010, fristlos, hilfsweise ordentlich zum 31.3.2011 Diese Kündigung hat sich als rechtsunwirksam herausgestellt,

das LAG-Urteil ist rechtskräftig

→ Kündigung 06.10.2010 fristlos, hilfsweise ordentlich zum 31.3.2011 Diese Kündigung ging in die Revision zum BAG (dritte Instanz, s. § 8 ArbGG).

Klausuraufbau:

Begründetheit → Problem:

Darf die Wirksamkeit der Kündigung vom 6.10. überhaupt noch überprüft werden oder steht nicht durch die rechtskräftige Entscheidung des LAG hinsichtlich der Kündigung vom 27.9.13 fest, dass das Arbeitsverhältnis bis zum 31.3.2011 (= Ende der Kündigungsfrist hinsichtlich der hilfsweise ausgesprochenen ordentlichen Kündigung) fortbestanden hat und damit auch noch am 6.10.2010?

BAG:

Der Umfang der Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung im Kündigungsschutzprozess bestimmt sich nach dem Streitgegenstand.

Regelmäßig steht mit einer der Klage stattgebenden Entscheidung fest, dass jedenfalls bei Zugang der Kündigung ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien bestanden hat, das nicht schon zuvor durch andere Ereignisse aufgelöst worden ist.

Ob die Entscheidung zugleich die Feststellung enthält, dass das Arbeitsverhältnis auch noch zum vorgesehenen Auflösungstermin bestanden hat und nicht durch ein zeitlich früher wirkendes Ereignis aufgelöst worden ist (so das BAG am 5.10.1995 – 2 AZR 909/94), bedurfte keiner Entscheidung

Kollision der Rechtskraft scheidet aber dann aus, wenn der Gegenstand der Kündigungsschutzklage auf die Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch die konkret angegriffene Kündigung beschränkt worden ist und damit die Frage, ob auch noch im Zeitpunkt des Wirksamkeitswerdens der Kündigung ein Arbeitsverhältnis bestanden hat, gerade nicht Streitgegenstand der betreffenden Klage war.

Hier: Beschränkung des Gegenstands der Klage +

Im Termin der letzten mündlichen Verhandlung hat die Klagepartei ihre Kündigungsschutzanträge gegen die Kündigungen der Beklagten vom 27.9. und 6.10. nebeneinander zur Entscheidung gestellt. Dies spricht dafür, dass die Klägerin die Kündigungen unabhängig voneinander auf ihre Wirksamkeit überprüft wissen wollte.

Betriebsübergang gem. § 613a BGB

1. Begriff Betriebsübergang

Sound: Übergang der **wirtschaftlichen Einheit** in ihrer ursprünglichen Identität Weichenstellung: betriebsmittelarm oder betriebsmittelgeprägt?

2. Betriebsteilübergang

BAG 17.10.2013 – 8 AZR 763/12 - Arbeitnehmerzuordnung

.

Maßgeblich bei Wahrnehmung von Querschnittsaufgaben (z.B.

Tätigkeit in Kleinpaketfertigung **und** in der Verwaltung):

Wo war der AN **überwiegend** tätig?

3. Abgrenzung Betriebsstillegung – BÜ - Schließen sich aus!

- **aber:** Kündigung wegen **beabsichtigter** Betriebsstillegung ist möglich.

Voraussetzung: **Greifbare Formen – nicht nur erwogen!**

Möglicherweise steht dem AN aber ein **Wiedereinstellungsanspruch zu gg. den Erwerber!** (s. hierzu aktuell ArbG Düsseldorf 3.12.2020 – 10 Ca 3223/20 -

4. Aufhebungsvertrag Veräußerer – neuer Vertrag mit Erwerber evt.

Umgebungsgeschäft: § 134 BGB!

§ 613a BGB gewährt auch Vertragsinhaltschutz!

5. Prozessrecht: Wen verklage ich nach § 4 S. 1 KSchG?

BAG: Gegen den **AG**, der die **Kündigung als Willenserklärung ausgesprochen** hat!

→ Kündigung – Klage rechtshängig - BÜ

§ 265 II 1 BGB analog!

§ 325 ZPO!

→ Kündigung – BÜ – Klage rechtshängig

BAG: Ehemaliger AG bleibt passivlegitimiert, aber Klage ist unbegründet, wenn ein Arbeitsverhältnis **zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Kündigung** nicht mehr besteht!

→ BÜ – Kündigung – Klage

Klage ist **unbegründet** mangels Arbeitsverhältnisses bei Ausspruch der Kündigung!

Problem: Wann hat BÜ stattgefunden?

Maßgeblich ist der **Wechsel in der Person des Verantwortlichen!**

Wenn für AN unklar ist, dann muss er Veräußerer und Erwerber **unbedingt** verklagen, da eine **bedingte subjektive Klagehäufung unzulässig** ist!

Fortsetzungsverlangen gg. dem Erwerber:

Leistungsklage auf Abschluss eines Arbeitsvertrages (§ 253 II Nr. 2 ZPO beachten!)

Problem: Kündigungsfrist - § 307 I 2 BGB

BAG 23.3.2017 – 6 AZR 705/15 -

Sachverhalt:

Formulararbeitsvertrag:

§ 1 verweist pauschal auf einen Tarifvertrag.

TV sieht in Probezeit besondere Kündigungsfristen vor.

§ 3 Arbeitsvertrag

Die **ersten sechs Monate** des Arbvh. gelten als **Probezeit**.

§ 8 Beendigung des Arbeitsverhältnisses

→ Dieser enthielt keine Bezugnahme auf § 1 oder § 3

→ Kündigungsfrist von sechs Wochen zum Monatsende

BAG entschied wg. Wortlaut und Systematik:

Allein Bestimmung einer sechswöchigen Probezeit ist maßgeblich **auch während** der Probezeit.

Merke:

Abgekürzte Kündigungsfrist in der Probezeit **nur bei eindeutiger Vertragsgestaltung!**

Thema: Wettbewerb

im **bestehenden** Arbeitsverhältnis

nach dessen **Beendigung**

§ 60 HGB

§ 110 GewO →

§§ 74 ff. HGB

Diese Norm **konkretisiert** einen **allgemeinen Rechtsgedanken**:

- Schutz des AG vor Wettbewerbshandlungen -
ohne Einwilligung darf im Marktbereich der AN
einem Dritten keine Leistungen/Dienste anbieten

Problem: Verstoß gg. § 626 I BGB?

Abgrenzung:

→ **unzulässige** Konkurrenztätigkeit
(werbende Tätigkeit!)

→ **zulässige** Vorbereitungshandlung

LAG Köln 7.2.2017 – 12 Sa 745/16 -

Änderung XING-Profil

Angabe als „Freiberufler“ tätig zu sein

Problem: Reichweite des Verbots

BAG 24.3.2010 – 10 AZR 60/09 -

Es spricht vieles dafür, dass das Wettbewerbsverbots auf unmittelbare Konkurrenztätigkeiten
beschränkt werden muss und bloße Hilfstätigkeiten ohne Wettbewerbsbezug nicht erfasst werden

(im konkreten Fall Arbeit als Zeitungszusteller als Nebentätigkeit)

Exkurs Nebentätigkeit:

Wann besteht ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers, die Erlaubnis zu versagen?

BAG 28.2.2002 – 6 AZR 357/01 – Krankpfleger

- Leichenbestatter

BAG 24.6.1999 – 6 AZR 605/97

Nachrichtensprecher NDR – Lesen von Kommentaren aus dem Off für VOX (Spiegel- TV)

Drei examensrelevante BAG- Fälle:

1. BAG 22.02.2017 – 10 AZR 448/15

Wettbewerbsverbot – fehlende Karenzentschädigung – salvatorische Klausel

- Nichtigkeit wegen fehlender Entschädigung
(nicht nur unverbindlich!)

- Salvatorische Klausel im Arbeitsvertrag als Nebenabrede führt auch nicht einseitig zugunsten des Arbeitnehmers zur Wirksamkeit des Wettbewerbsverbots!

2. BAG 15.01.2014 – 10 AZR 243/13

Entschädigung nach Ermessen

Anspruchsgrundlage:

§ 15 II des ArbV vom ... iVm. § 315 III 2 BGB

I. § 15 ArbV wirksames, für Kläger unverbindliches Wettbewerbsverbot + AN hat sich für dessen Einhaltung entschieden (Ausübung Wahlrecht)

1. Nichtig wegen fehlender Entschädigung iSd. § 74 II HGB? **Auslegung:** hier: Höhe ins Ermessen bedeutet nicht Zusage keiner Entschädigung!

2. § 125 Satz 1 BGB?

hier: Schriftform gewahrt (§ 74 I HGB, § 126 II BGB)

3. Unverbindlich, da nicht erkennbar, dass Höhe der Entschädigung nach § 74 II HGB erreicht wird (50%!)

Ungewissheit der Höhe steht dem Fall gleich, dass eine zu niedrige Höhe ausdrücklich vereinbart wird.

4. Ausübung des Wahlrechts durch Arbeitnehmer?

Anspruch entsteht mit der Wettbewerbsenthaltung (Unterlassen!)

II. Keine wirksame Lossagung

1. § 75 I HGB direkt? (-)

2. § 75 I HGB entsprechend? (-) hier Arbeitgeberkündigung aus „betriebswirtschaftlichen Gründen“

Zudem keine Erklärung zum Wettbewerbsverbot abgegeben (Entbindung von Unterlassungspflicht!)

III. Anspruchshöhe

1. Bei Annahme eines unverbindlichen Angebots:

Anspruch auf vertraglich vereinbarte Entschädigung, nicht auf Mindestentschädigung nach § 74 II HGB!

2. Hier: vertraglich vereinbart: Höhe in das **Ermessen** des Arbeitgebers

3. Bestimmung hier durch Arbeitgeber iHv. 20 % der zuletzt bezogenen Entgelte entspricht nicht billigem Ermessen

Ist eine Ermessensentscheidung zu treffen, darf die Grenze nicht unter 50 % liegen! 4.

§ 315 III 2 BGB

IV. Zurückbehaltungsrecht gem. §

273 I BGB iVm. § 74c II HGB?

3. BAG 31. 01. 2018 - 10 AZR 392/17

Unbeabsichtigter Rücktritt wegen ausbleibender Karenzentschädigung

Anspruchsgrundlage:

Ziffer IX des Arbeitsvertrages iVm. § 110 S. 2 GewO, § 74 I HGB

1. Wirksame Vereinbarung

a) Rechtshindernde Einwendung:

§ 125 S. 1, § 74 I HGB? (-) Schriftform + b)

Verbindlich?

Ursprünglich fehlende Verbindlichkeit wegen Verstoßes gg. § 74c I 1 HGB?

Kann offen bleiben, da der Kl. sich entschieden hat, das Wettbewerbsverbot einzuhalten →

Verbindlich geworden!

2. Wirksamer Rücktritt

Erklärung am 8.3.2016 gem. § 323 I iVm, II, § 349 BGB

a) Anwendbarkeit der §§ 323 ff. BGB?

aa) Nachvertragliches Wettbewerbsverbot = **gegenseitiger Vertrag** iSd. §§ 320 ff. BGB

Geschuldete Unterlassung durch AN – geschuldete Zahlung der Karenzentschädigung durch AG

bb) **§§ 75, 75a HGB** keine *leges speciales*

Es geht in o.g. Normen nicht um die hier im Raum stehende Fallkonstellation einer Verletzung eines verbindlichen Wettbewerbsverbotes nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses

cc) **§ 314 BGB** steht dem nicht entgegen **Problem:** Verhältnis Rücktritt – Kündigung

Kein ausnahmsloser Anwendungsvorrang der Kündigung gegenüber dem Rücktritt bei in Vollzug gesetzten Dauerschuldverhältnissen

§§ 74 ff. HGB enthalten ein in sich geschlossenes Regelungssystem für nachvertragliche

Wettbewerbsverbote; grundsätzlicher Vorrang zu § 314 BGB

Ob gleichrangige Anwendbarkeit daneben: BAG hat es offen gelassen.

dd) Keine Rolle spielt es dabei, ob die **Vereinbarung unmittelbar Bestandteil des ArbV** ist **oder** es sich um eine **gesonderte Vereinbarung** handelt → Arg.: Am Pflichtengefüge ändert sich nichts.

Es liegt nahe, die Vereinbarung über das nachvertragliche Wettbewerbsverbot als **eigenständigen gegenseitigen Vertrag** iSd. gesetzlichen Vorschriften über den Rücktritt anzusehen, auch wenn diese unmittelbar im Arbeitsvertrag in einer Vertragsurkunde enthalten ist

Kein anderes Ergebnis, wenn man es in diesem Fall lediglich als Teil des arbeitsvertraglichen Pflichtengefüges verstünde, denn: Teilrücktritt möglich, wenn Leistung und Gegenleistung teilbar sind.

ee) Wirkung ex nunc

Rücktritt kommt erst in Betracht, wenn das Wettbewerbsverbot **in Vollzug** gesetzt wurde und die **Unterlassung von Wettbewerb** durch den AN **nicht rückabgewickelt** werden kann: Rücktritt wirkt **ausnahmsweise** nur **ex nunc**!

b) **Voraussetzungen für Rücktritt nach § 323 I iVm. II Nr. 1 BGB** lagen vor. Kläger hat mit seiner EMail vom 8.3.2016 den Rücktritt erklärt, § 349 BGB.

aa) Februar 2016:

AN hat sich des Wettbewerbs enthalten und seine Pflicht erfüllt aus dem nachvertraglichen Wettbewerbsverbot; AG hat nicht gezahlt
Fälligkeit § 74b I HGB

bb) Fristsetzung entbehrlich:
§ 323 II Nr. 1 BGB

cc) Rücktrittserklärung

- (1) **Auslegung** des E-Mail Schreibens vom 8.3.2016
- (2) Formfrei möglich, keine Angabe des Rücktrittsgrundes notwendig

c) **§ 242 BGB?**

Allein der Umstand, dass es den Kläger reut, sein Rücktrittsrecht ausgeübt zu haben, macht es nicht treuwidrig, wenn sich die Arbeitgeberseite auf den vom Kläger geschaffenen Rechtszustand beruft.

Nicht jedes rechts- oder pflichtwidrige Verhalten führt stets oder auch nur regelmäßig zur Unzulässigkeit der Ausübung der hierdurch erlangten Rechtsstellung.

3. Rücktrittswirkung ab 9.3.2016

Zahlungsanspruch nur bis zum 8.3.2016, taggenaue Berechnung

Thema: Das Arbeitszeugnis

Endzeugnis
(§ 109 GewO)

Zwischenzeugnis (s. BAG 20.5.2020 – 7 AZR 100/19 – Rz. 39 – 42)

(§§ 611a, 241 II BGB)

Voraussetzung:

triftiger Grund

z.B.:

- bevorstehende Beendigung des Arbvh.
- Vorgesetztenwechsel
- Tätigkeitswechsel

Achtung bei Azubis: **§ 16 BBiG**

„Ausbildende haben... auszustellen.“

Einfaches Zeugnis

Art und Dauer

Qualifiziertes Zeugnis

Leistung und Verhalten

Wahlrecht des AN, sog. verhaltener Anspruch.

Sinn und Zweck:

→ **Entscheidungsgrundlage** für potentiellen Arbeitgeber

→ **Bewerbungsunterlage** für den AN

Daher muss ein Zeugnis –
einerseits inhaltlich **wahr**
(Gefahr: § 826 BGB) – andererseits
wohlwollend sein.

----- **Einzelfragen:**

(1) Anspruch auf „Zeugnisberichtigung“? (§ 362 BGB!)

BAG 12.08.2008 – 9 AZR 632/07 – Rn. 18:

„Der Arbeitgeber erfüllt den Zeugnisanspruch durch Erteilung eines Zeugnisses, das nach Form und Inhalt den gesetzlichen Anforderungen entspricht. Genügt das Zeugnis diesen Anforderungen nicht, kann der Arbeitnehmer dessen Berichtigung oder Ergänzung beanspruchen.

*Mit einer Klage auf **Berichtigung oder Ergänzung** eines erteilten Arbeitszeugnisses macht der Arbeitnehmer deshalb **weiterhin** die **Erfüllung** seines Zeugnisanspruchs geltend und **keinen dem Gesetz fremden Berichtigungs- oder Ergänzungsanspruch...***

(2) Bindung an Erfüllungsversuch? (§ 242 BGB!)

Exkurs: **Vorläufiges** Zeugnis

(3) Darlegungs- und ggf. Beweislast bzgl. der Note

(4) Erwähnung von einmaligen Vorgängen im Zeugnis?

(5) Anspruch auf eine Schlussformel? s. BAG- Urteil vom 11.12.2012 – 9 AZR 227/11 -

(6) Anspruch auf zusammenfassende Endbeurteilung? Ja!

BAG 14.10.2003 – 9 AZR 12/03 –Rn. 24:

„Bei einer Fülle von Bewerbungen werden eingereichte Zeugnisse vielfach nur „diagonal“ überflogen und das Augenmerk ist auf die Schlussnote gerichtet...Im Interesse des Arbeitnehmers muss sich aus der Schlussnote auch dem eiligen Leser erschließen, ob er sich mit der Bewerbung näher befasst.“

Note 3: „zur vollen Zufriedenheit“ und „einwandfrei“

Bei der Note 2 kommt das Wort „stets“ dazu, bei der Note 1 wird aus voll „vollste“ und aus „einwandfrei“ „vorbildlich“.

(7) Holschuld oder Schickschuld?

BAG 8.3.1995 – 5 AZR 848/93 –

grundsätzlich: Holschuld

Ausnahme: §§ 242, 226 BGB

(7) Anspruch auf Zeugnis mit Fließtext?

BAG 27.04.2021 – 9 AZR 262/20 –

Urteil darf nicht wie ein Schulzeugnis in tabellarischer Form ausgestellt werden – Fließtext notwendig!

Arg. ua: höhere Aussagekraft, Gewichtung, anders als in der Schule fehlt es an schriftlichen Prüfungen

Bereits im Examen dran:

BAG 6.06.2023 – 9 AZR 272/22 –

„Die nervige Assistenz der Geschäftsführung“

„Dank bleibt Dank“! - Maßregelungsverbot § 612a BGB!

BAG 11.12.2012 – 9 AZR 227/11 -

Anspruch auf eine (bestimmte) Schlussformel?

Sachverhalt:

Das Zeugnis enthielt die Schlussformel: „Wir wünschen ihm alles Gute für die Zukunft.“ Der AN begehrte die Formulierung:

„Wir bedanken uns für die langjährige Zusammenarbeit und wünschen ihm für seine private und berufliche Zukunft alles Gute.“

I. § 109 I GewO?

- Wortlaut des Satzes 2 und Satz 3 (-)
- Erhöhung der Bewerbungschancen: Geht aber über den gesetzlich geschuldeten Inhalt hinaus. - auf die Gesamtnote abgestimmte Schlusssätze würde i.Erg. bedeuten, dass der AG die Leistungs- und Verhaltensbeurteilung mit anderen Worten formelhaft wiederholt. § 109 I GewO verlangt nicht eine Verpflichtung zur „doppelten“ Leistungs- und Verhaltensbeurteilung.

II. § 109 II 1 GewO?: Grundsatz der Zeugnisklarheit

1. Wir wünschen ihm für die Zukunft alles Gute.“ + 2. Unzulässiges Geheimzeichen iSd. § 109 II 2 GewO?

a) Anspruch auf **Vornahme einer Handlung** (dh. Aufnahme dieses zusätzlichen Satzes?)

Gegen Anspruch auf **Aufnahme** einer Dankesformel spricht, dass **nur ein Unterlassen** verlangt werden kann!

b) Aspekt der **Selbstbindung?**

Verurteilung zu persönlichen Empfindungen ist nicht möglich!

c) Aspekt der **Üblichkeit?**

Rspr. zur unzulässigen Auslassung betrifft nur den gesetzlich geschuldeten Inhalt!

d) Aspekt des Grundsatzes des verständigen **Wohlwollens?**

Dieser verpflichtet den AG nur, bei **Erfüllung der Pflichten** wohlwollend zu sein. Der Grundsatz beschreibt das „**Wie**“ der Leistungserbringung und **setzt das Bestehen eines Anspruchs voraus**.

Bei (leicht) überdurchschnittlicher Beurteilung Anspruch auf Dank- und Wunschformel, nicht indes auf das Bedauern!

Rechtsweg

lese dazu BAG 21.01.2019 – 9 AZB 23/18 - !

Der Fremdgeschäftsführer einer GmbH nimmt Arbeitgeberfunktionen wahr und ist deshalb keine arbeitnehmerähnliche- sondern eine arbeitgeberähnliche Person!

Zur Anwendbarkeit auf den Schwellenwert nach § 23 KSchG, wenn sie Arbeitnehmer iSd. § 23 I 3 KSchG sind: BAG 27.4.2021 – 2 AZR 540/20 – Rz. 17

Fallgruppen „sic non“, „aut-aut“, „et et“:

Welche Anforderungen sind an das klägerische Vorbringen zu stellen zur Begründung der Rechtswegzuständigkeit der Gerichte für Arbeitssachen in Abgrenzung zu den ordentlichen Gerichten?

Sic non: Die Klage kann nur begründet sein, wenn das Rechtsverhältnis als Arbeitsverhältnis einzuordnen ist.

Bei streitiger Tatsachengrundlage eröffnet die bloße Rechtsansicht der Klagepartei, es handle sich um ein Arbeitsverhältnis, den Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen.

Allgemeiner Weiterbeschäftigungsanspruch Anspruchsgrundlage:

§§ 611a I, 613 S. 1, 242 BGB unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen der Art. 1 I und 2 I GG

hier im BAG Fall:

„Einkleidung“ in einen Anspruch aus § 3 I 1 EFZG Problem:

Haben die Parteien im Zusammenhang mit der Prozessbeschäftigung ein neues Arbeitsverhältnis geschlossen?

a) Vereinbarung der Parteien? (s. Rz. 19)

BAG: Arbeitgeber ist mit der tatsächlichen Beschäftigung des Arbeitnehmers nur seiner Rechtspflicht aus der erstinstanzlichen Verurteilung zur vorläufigen Weiterbeschäftigung nachgekommen: Rechtsbindungswille – Auslegung!

b) Weiterbeschäftigungsverhältnis als Arbeitsverhältnis (Rz. 25/26) Auch **kein**

„**faktisches bzw. fehlerhaftes Arbeitsverhältnis**“ (Rz. 28 !) Voraussetzung:

Willenseinigung als tatsächlicher Akt, dh es müssen zwei korrespondierende, auf den Abschluss eines Arbeitsvertrages gerichtete, unwirksame oder anfechtbare Willenserklärungen vorliegen.

„Der in diesem Zusammenhang oftmals verwendete Begriff des „faktischen Arbeitsverhältnisses“ ist missverständlich, weil es in jedem Fall eines , wenn auch gestörten Vertragsschlusses bedarf, dh der Vertrag kommt nicht lediglich durch die Arbeitsleistung zustande.“

c) § 102 V BetrVG analog? (-)

Kündigung eines Azubis und Zeugnis (§ 16 BBiG, nicht § 109 GewO!)

1. Wichtige Regelungen für das Examen:

- § 5 I ArbGG (Rechtsweg!),
- § 10 II BBiG → § 13 I 2, 4 S. 1 KSchG,
- § 111 II 5 ArbGG
- § 20 BBiG,
- § 22 BBiG
- § 16 BBiG

2. BAG Rspr.: 9.6.2016 – 6 AZR 396/15

Wirksamkeit einer Probezeitverlängerung?

- § 25 BBiG?
- § 307 I, II Nr. 1, Nr. 2 BGB?
- § 242 BGB?

Weichenstellung im Falle einer Kündigung:

- Während der Probezeit:
§ 20 BBiG, sog. entfristete ordentliche Kündigung
- Nach der Probezeit: Nur außerordentlich, s. § 22 II Nr. 1, **IV BBiG**
(nicht § 626 II BGB!)

Kündigung eines Azubis

Anwendung der Dreiwochenfrist nach § 4 S. 1 KSchG auf eine Kündigung eines Berufsausbildungsverhältnisses?

Es gilt zu differenzieren:

I. Wenn **kein Schlichtungsausschuss** besteht – BAG 23.7.2015 – 6 AZR 490/15 – Rz. 45 unter Verweis auf BAG 5.7.1990 – 2 AZR 53/90 - , **dann** findet nach der Rechtsprechung des **BAG** jedenfalls auf die **außerordentliche** Kündigung die Dreiwochenfrist Anwendung über die Verweisungsnorm des **§ 10 II BBiG**:

§ 13 I 2 KSchG iVm. § 4 S. 1 KSchG!

Feststellungsinteresse bereits aufgrund der drohenden Heilung nach § 7 Hs. 1 KSchG: Lese BAG 23.7.2015 – 6 AZR 490/14 – Rz. **16**! Ob die Frist gewahrt ist: Begründetheitsstation!

Problem: Was gilt bei einer **ordentlichen** Kündigung, zB. Unwirksamkeit nach § 134 BGB iVm. § 7 I AGG?

Anmerkung:

Nach der o.g. BAG Entscheidung vom 23.7.2015 führt das BAG in Rz. 48 aus:

„Berufsausbildungsverhältnisse sind Arbeitsverhältnisse im Sinne des Kündigungsschutzgesetzes, soweit sich nicht aus den Berufsbildungsgesetz etwas anderes ergibt.“

§ 1 KSchG gilt nicht (Wartezeit), im BBiG ist in § 20 BBiG eine Probezeit vorgesehen. Nach Ablauf dieser (nicht Wartezeit – Terminologie!), ist der Arbeitgeber nur zu einer außerordentlichen Kündigung berechtigt, s. § 22 II Nr. 1 BBiG.

ME gibt es keinen Grund, in diesem Fall auch auf die ordentliche nicht die Frist des § 4 S. 1 KSchG über § 10 II BBiG anzuwenden, wenn der

Azubi diesen sonstigen Unwirksamkeitsgrund nach dem AGG iVm. § 134 BGB vorbringt und damit den Prozess gewinnen will.

II. **Wenn ein Schlichtungsausschuss** besteht: Allgemeine Feststellungsklage iSd. § 256 I ZPO,
s. BAG 12.2.2015 – 6 AZR 845/13 – Rz. 26: Bündelgedanke!

Anmerkung:

Auf die Anrufung der Schlichtungsstelle finden die Vorschriften der § 4 S. 1 KSchG keine analoge Anwendung, Grenze: Prozessuale Verwirkung
BAG 23.7.2015 – 6 AZR 490/14 -

Merke also: Weichenstellung

Schlichtungsausschuss

oder

kein Schlichtungsausschuss!

Sachverhalt anschauen!

A /Sachurteil/-Zulässigkeitsvoraussetzungen

I. Rechtsweg? § 5 I 1 ArbGG: Azubis sind AN iSd. Gesetzes!

II. Feststellungsinteresse im Falle einer ordentlichen Kündigung?
§ 4 S. 1 (iVm. § 13 I 2) KSchG iVm. **§ 10 II BBiG**

aber beachte die besondere Norm des § 111 II 5 ArbGG, **wenn** ein Ausschuss besteht!

B Begründetheit

I. Bestand eines **Ausbildungsverhältnisses**, § 10 I BBiG
(Achtung: Nicht Arbeitsverhältnis!)

II. Wahrung der Klageerhebungsfrist? s. oben

Wegen Schriftform: Beachte **§ 22 III BBiG** (Grund muss in (!) dem Schreiben detailliert angegeben werden, Sondervorschrift zu § 626 II 3 BGB („auf Verlangen“) Sonst § 125 S. 1 BGB!

Examensrelevant: Kündigung in der Probezeit erfolgt?

Problem: Diese wurde verlängert. Ist diese wirksam gemessen an den §§ 25 BBiG und 307 BGB?

(Bitte diese BAG- Entscheidung vom 9.6.2016 – 6 AZR 396/15 - nutzen für Aufbautraining AGB-Recht! Einzelne Voraussetzungen neu gliedern, nicht in einem „Brei“ unterschreiben)

Die Änderungskündigung

1. Allgemeines:

- ➔ Änderungskündigung ist eine Kündigung mit einem neuen Angebot (§ 145 BGB!), gerichtet also auf die **Änderung** der Arbeits**vertrags**bedingungen
- ➔ Abgrenzung zum Direktionsrecht, § 106 S. 1 GewO = **Konkretisierung** („näher bestimmen“) der bestehenden Arbeitsbedingungen

Beispiel: Anpassung des Gehaltes wegen Covid-19 Krise!
(Fußballprofis)

2. Gesetzliche Regelung in § 2 KSchG

Außerordentliche Änderungskündigung auch möglich, § 13 I KSchG enthält keinen Verweis auf § 2 KSchG, Redaktionsversehen

3. Unterscheide verschiedene Konstellationen:

Ja	Ja, aber	Nein
§ 256 I ZPO	§ 4 S. 2 KSchG (ggf. § 7 Hs.1 und Hs. 2 KSchG)	§ 4 S. 1 KSchG § 7 Hs. 1 KSchG
Allg FStKl.	Änderungsschutzkl.	Ändkündschutzkl.
Problem:		
ggf. §§ 147, 148 BGB/	Subsumtion/	Prüfungsmaßstab

Unwirksamkeitsgrund bei Kündigung: § 102 I 3 BetrVG

(lies das Gesetz „ohne“ Anhörung erweiternd im Sinne oder „fehlerhafte Anhörung“)

BAG 12.09.2013 - 6 AZR 121/12 -

Betriebsratsanhörung in der Wartezeit (§ 1 I KSchG)

Anmerkung: Beachte Terminologie Wartezeit/Probezeit!

→ Wortlaut **§ 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG**:

„Der Betriebsrat ist vor **jeder** Kündigung zu hören.“

→ Bei einer Kündigung in der Wartezeit ist die Substantiierungspflicht nicht an den objektiven Merkmalen der Kündigungsgründe des noch nicht anwendbaren § 1 KSchG, sondern allein an den Umständen zu messen, aus denen der Arbeitgeber subjektiv seinen Kündigungsentschluss herleitet. Dies folgt aus dem **Grundsatz der subjektiven Determination**.

→ Anforderungen hinsichtlich der Information hängen davon ab, **worauf der AG die Kündigung stützt**:

Konstellation 1:

substantiierbare **Tatsachen**

Konstellation 2:

personenbezogenes **Werturteil**

Zur Konstellation 2:

Die Mitteilung allein des Werturteils reicht aus (zB: „K hat die in ihn gesteckten **Erwartungen nicht erfüllt**.“ oder „K hat sich während der Probezeit **nicht bewährt**“).

Liegen dem subjektiven Werturteil nach Zeit, Ort und Umständen konkretisierbare Tatsachenelemente zugrunde, muss der AG den BR über diesen Tatsachenkern **nicht** informieren. Es **reicht aus**, wenn er **allein das Werturteil als Ergebnis** seines Entscheidungsprozesses vorträgt!

Arg.:

(1) Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers gem. Art. 12 I GG und wirtschaftliche Betätigungsfreiheit gem. Art. 2 I GG.

(2) Vergleichbar mit freier unternehmerischer Entscheidung bei einer betriebsbedingten Kündigung (Missbrauchskontrolle!)

(3) „**Bauchgefühl**“ (O-Ton BAG!) manifestiert sich in einem Werturteil

Besonderer Kündigungsschutz § 17 MuSchG

**Skript: Fall 1 Frage 3 im Kapitel besonderer Kündigungsschutz BAG
27.2.2020 – 2 AZR 498/19 – examensrelevant!**

A Sachverhalt:

Schwangerschaft vor der vereinbarten Tätigkeitsaufnahme des Arbeitsverhältnisses. Arbeitgeber erfährt davon und kündigt ordentlich.
Problem: Kündigung unwirksam?

B Lösungsskizze:

I.

1. Rechtsweg: § 2 I Nr. 3 Buchst. b ArbGG
2. örtliche Zuständigkeit, § 12 Hs. 1 iVm. 13/17 ZPO; § 29 I ZPO, § 48 Ia ArbGG
3. Feststellungsinteresse? Drohende Präklusion gem. § 7 Hs. 1 KSchG wg. § 4 S. 1 Alt. 2 KSchG (§ 134 BGB iVm. § 17 MuSchG = sonstiger Unwirksamkeitsgrund!)

II.

1. Bestand eines Arbeitsverhältnisses iSd. § 611a BGB +
2. § 7 Hs. 1 KSchG? (-), wenn § 4 S. 1 KSchG gewahrt ist.
3. § **134 BGB** iVm. § 17 I 1 Nr. 1 MuSchG?

Lösung über Gesetzesauslegung!

a) Der Gesetzes**wortlaut** ist nicht eindeutig: § 17 I 1 MuSchG schweigt, daher auf persönlichen

Anwendungsbereich nach § 1 MuSchG abstellen

b) Die Gesetzess**systematik** spricht eher dafür, dass es nur auf das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses ankommt

Arg.: § 1 II 2 MuSchG: Synonyme Verwendung der Begriffe

„Beschäftigung“ und „Beschäftigungsverhältnis“; auch Pflichten entstehen bereits, insbesondere § 241 II BGB!

c) Der **Normzweck** des § 17 I 1 MuSchG spricht dafür:
Schutz der (werdenden) Mütter vor dem Verlust des Arbeitsplatzes,
keine Belastung durch wirtschaftliche Existenzängste. **Gesundheits-und
Existenzsicherungsschutz** nur gewährleistet, wenn die Kündigung auch
dann unzulässig ist, wenn die Tätigkeit erst zu einem späteren
Zeitpunkt aufgenommen werden soll. Dies gilt jedenfalls, wenn die
beabsichtigte Tätigkeitsaufnahme innerhalb der Schutzzeiten liegt.
Auch die **psychischen Belastungen** sind keine anderen bei Kündigung
vor der Tätigkeitsaufnahme.

C Tenor:

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die
ordentliche Kündigung der beklagten Partei vom...zum nicht aufgelöst
worden ist.
2. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
3. Der Rechtsmittelstreitwert wird festgesetzt auf € ...
4. Soweit die Berufung nicht kraft Gesetzes statthaft ist, wird sie nicht
zugelassen.

Grundzüge Beschäftigung und Weiterbeschäftigung

I. Unterschied

1. Beschäftigung: Dient der Sicherung des **ideellen** Beschäftigungsinteresses in einem **unstrittig bestehenden** Arbeitsverhältnis.
2. Weiterbeschäftigung: Der Bestand des Arbeitsverhältnisses steht **im Streit**
„Prozessbeschäftigung“
3. Abzugrenzen sind Beschäftigung und Weiterbeschäftigung von der **Wiedereinstellung**: Diese ist gerichtet auf den Neuabschluss eines Arbeitsvertrages, ggf. § 894 ZPO, s. dazu BAG 24.6.2015 – 7 AZR 541/13 –. Bei der Beschäftigung und der Weiterbeschäftigung will man vom Inhalt her tatsächlich tätig werden. „ä“ als „Eselsbrücke“!

II. Der Beschäftigungsanspruch

1. Anspruchsgrundlage:

§ 611a, 613 S. 1, 242 BGB iVm. der objektiven Wertenachdichtung aus Art. 1 I und Art. 2 I GG

Grundlegend: BAG 27.2.1985 – GS 1/84 –

2. Aktuelle Rspr.:

BAG 27.05.2020 – 5 AZR 247/19 – Prozessbeschäftigung, Anspruch aus § 3 I 1 EFZG (als Tatbestandsmerkmal muss ein Arbeitsverhältnis vorliegen)

s. auch BAG 24.06.2015 – 5 AZR 462/14 –

Im Falle der Nichtbeschäftigung steht dem Arbeitnehmer **kein Schadensersatzanspruch** zu. Die **finanzielle Absicherung** erfolgt über den Primäranspruch aus § 611a II iVm. § 615 S. 1 BGB!

III. Der Weiterbeschäftigungsanspruch

Anspruchsgrundlagen: Es gibt **zwei** denkbare AGL:

1. Sog. allgemeiner Weiterbeschäftigungsanspruch (**individualrechtlich**, wie oben der Beschäftigungsanspruch, nur andere Beurteilung in der Abwägungsfrage!)
2. **Kollektivrechtlicher** Weiterbeschäftigungsanspruch gem. § 102 V BetrVG

(„Gag“: Fortbestehensfiktion des Arbeitsverhältnisses (damit zB weiterhin Ansprüche aus § 3 I 1 EFZG, Urlaubsentgelt etc.) ex lege bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Wirksamkeit der streitgegenständlichen Kündigung!)

Der allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch

(Anmerkung: § 102 V BetrVG = kollektivrechtlicher WBA)

AGL:

§§ 611a, 613 S. 1, 242 BGB iVm. der objektiven Wertentscheidung aus
Art. 1 I und 2 I GG

1. Rechtsgrundlage eines Beschäftigungsanspruchs ist daher der Arbeitsvertrag (§ 611a BGB), der den Arbeitnehmer gemäß § 613 BGB zur persönlichen Dienstleistung für den Arbeitgeber verpflichtet. Der Anspruch beruht unmittelbar auf der sich für den Arbeitgeber aus § 242 BGB unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen der Art. 1 und 2 GG über den Persönlichkeitsschutz ergebenden arbeitsvertraglichen Förderungspflicht der Beschäftigungsinteressen des Arbeitnehmers.

2. Das Arbeitsverhältnis ist ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis, das nicht nur wie beim Dienstvertrag der selbständig Tätigen oder bei sonstigen Schuldverhältnissen lediglich einzelne bestimmte Leistungen betreffe, sondern für seinen Geltungsbereich die ganze Person des Arbeitnehmers erfasse, deshalb wesentlich sein Leben gestalte und seine Persönlichkeit bestimme. Die Achtung und Anerkennung des Arbeitnehmers als Mensch beruhe auch nicht nur auf dem wirtschaftlichen Wert seiner Leistung, sondern weitgehend darauf, wie er die ihm obliegenden Aufgaben erfülle. Gerade das gibt ihm im Bereich des Arbeitslebens maßgeblich seine Würde als Mensch. Deshalb muss der Arbeitgeber nicht bloß aufgrund seiner Treupflicht, sondern vor allem auch aufgrund der jedermann aus Art. 1 und Art. 2 des Grundgesetzes obliegenden Verpflichtung alles unterlassen, was die Würde des Arbeitnehmers und die freie Entfaltung der Persönlichkeit beeinträchtigen kann.

3. Ob der Anspruch besteht ist Frage einer Abwägung!

Wägt man die dargestellten Interessen beider Seiten gegeneinander ab, so ergibt sich, dass jedenfalls in der Regel zunächst einmal das berechnete und schutzwürdige Interesse des Arbeitgebers, wegen des für ihn damit verbundenen hohen Risikos, den Arbeitnehmer während des Kündigungsprozesses nicht zu

beschäftigen, stärker und dringender erscheint. Die den Arbeitgeber bei von ihm letztlich gewonnenem Kündigungsprozess aus der dann rechtsgrundlos vollzogenen Beschäftigung des Arbeitnehmers treffenden Nachteile sind im allgemeinen schwerwiegender als die Nachteile des Arbeitnehmers, die dieser durch ein zeitweiliges Unterbleiben der Beschäftigung erleidet. Zwar kann auch eine unterbliebene Beschäftigung später nicht mehr nachgeholt werden, wenn sich die Kündigung letztlich als unwirksam erweist. Eine nur vorübergehende Unterbrechung seiner Tätigkeit bedeutet für den Arbeitnehmer aber noch keine gravierende Beeinträchtigung der Entfaltungsmöglichkeiten seiner Persönlichkeit und seines Ansehens in seiner sozialen Umwelt. Die Interessenlage ändert sich jedoch, wenn im Kündigungsprozess ein die Instanz abschließendes Urteil ergeht, das die Unwirksamkeit der Kündigung und damit den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses feststellt. Durch ein solches noch nicht rechtskräftiges Urteil wird zwar keine endgültige Klarheit über

den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses geschaffen. Aber die Parteien hatten Gelegenheit, dem Gericht in einem ordentlichen Prozessverfahren die zur rechtlichen Beurteilung der Kündigung aus ihrer Sicht erforderlichen Tatsachen vorzutragen, dafür Beweis anzutreten und ihre Rechtsauffassungen darzustellen. Wenn ein Gericht daraufhin eine die Instanz abschließende Entscheidung trifft und die Unwirksamkeit der Kündigung feststellt, so ist damit zumindest eine erste Klärung der Rechtslage im Sinne des klagenden Arbeitnehmers eingetreten.