

Arbeitsrecht

Skript 2

(Nachdruck nicht gestattet)

Begutachtung eines Kündigungsrechtsstreits

Vorüberlegungen

Zum Bereich der Kündigungsrechtsstreitigkeiten gehört, ob eine ordentliche oder eine außerordentliche Kündigung zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses führt oder ob es durch eine Befristung des Arbeitsvertrags beendet wird.

Der Arbeitsvertrag ist entweder auf bestimmte oder auf unbestimmte Zeit geschlossen.

Auslegungsregel: Der Arbeitsvertrag ist auf unbestimmte Zeit geschlossen, soweit nichts anderes vereinbart ist.

Bei einem **befristeten Arbeitsvertrag** (= auf bestimmte Zeit geschlossenen Arbeitsvertrag, § 3 Abs. 1 TzBfG) endet das Arbeitsverhältnis mit dem Ablauf der Zeit, für die es eingegangen ist (§ 620 Abs. 3 BGB i.V. mit § 15 Abs. 1 und 2 TzBfG). Eine (ordentliche) Kündigung kommt nur in Betracht, wenn ihre Zulässigkeit vereinbart ist (§ 15 Abs. 3 TzBfG).

Ist der Arbeitsvertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen, so ist der ordentliche Rechtsbehelf zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses die (**ordentliche Kündigung**).

Sowohl beim befristeten Arbeitsvertrag wie auch bei dem auf unbestimmte Zeit geschlossenen Arbeitsvertrag ist unter den gesetzlichen Voraussetzun-

gen (§ 626 BGB – lex specialis zu § 314 BGB) eine **außerordentliche Kündigung** zulässig. Da sie das Prinzip der Vertragstreue begrenzt, kann ihre Zulässigkeit durch den Arbeitsvertrag nicht ausgeschlossen werden.

Nach § 623 BGB bedarf die Beendigung von Arbeitsverhältnissen durch Kündigung oder Auflösungsvertrag zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform; die elektronische Form ist ausgeschlossen. Ohne letzte Klarstellung bestimmt § 14 Abs. 4 TzBfG, dass auch die Befristung eines Arbeitsvertrages zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform bedarf (vgl. zur Schriftform § 126 BGB). Für die Kündigung und den Auflösungsvertrag gilt bei einem Verstoß § 125 Satz 1 BGB, nach dem ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, nichtig ist. Soweit es dagegen um die Befristungsabrede geht, regelt § 16 TzBfG die Rechtsfolgen bei einem Verstoß gegen die Schriftform: nach Satz 1 gilt der Vertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen; nach Satz 2 ist der Vertrag – sofern allein der Formmangel vorliegt – auch schon vor dem vereinbarten Ende ordentlich kündbar.

Ist bei einem befristeten Arbeitsvertrag die Befristungsabrede rechtsunwirksam, so wird das Arbeitsverhältnis trotzdem durch Zeitablauf beendet, wenn der Arbeitnehmer nicht innerhalb von drei Wochen nach dem vereinbarten Ende des befristeten Arbeitsvertrags Klage auf Feststellung erhebt, dass das Arbeitsverhältnis auf Grund der Befristung nicht beendet ist (§ 17 TzBfG). In diesem Fall spielt keine Rolle, ob für sein Arbeitsverhältnis der allgemeine Kündigungsschutz besteht.

Erster Teil: Zulässigkeit der Klage

I. Rechtswegzuweisung und Verfahrensart

Die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts ergibt sich aus § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. b ArbGG. Die richtige Verfahrensart ist nach §§ 2 Abs. 5, 46 Abs. 1 ArbGG das Urteilsverfahren.

II. Kündigungsschutzklage und allgemeine Feststellungsklage

Streitgegenstand i.S. des § 4 Satz 1 KSchG ist die **Nichtauflösung des Arbeitsverhältnisses durch die konkret angegriffene (ordentliche bzw. außerordentliche) Kündigung (punktuelle Streitgegenstand)**. Der Streitgegenstand bezieht sich auf die Rechtswirksamkeit der konkret angegriffenen Kündigung.

Das **Feststellungsinteresse** nach § 256 Abs. 1 ZPO besteht schon wegen §§ 4 Satz 1, 7 Halbsatz 1, 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG; bessere Begründung: § 4 KSchG ist *lex specialis* zu § 256 Abs. 1 ZPO.

Streitgegenstand der allgemeinen Feststellungsklage ist der **Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz** oder einem sonstigen im Klageantrag näher bezeichneten Zeitpunkt, also der *Bestand eines Rechtsverhältnisses (weiter Streitgegenstand)*. Das Feststellungsinteresse richtet sich nach § 256 Abs. 1 ZPO.

Beide Streitgegenstände sind von einander zu unterscheiden. Für den allgemeinen Feststellungsantrag genügt es nicht, dass neben dem Antrag nach § 4 KSchG begehrt wird, den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses festzustellen (vgl. BAG, NZA 1994, 860 ff.). Notwendig ist vielmehr, dass eine Unsicherheit über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses aus anderen Gründen als der Geltendmachung der Rechtsunwirksamkeit der Kündigung besteht. Das BAG lässt aber zu, dass mit der allgemeinen Feststellungsklage zusätzlichen Kündigungen des Arbeitgebers entgegengetreten werden kann, soweit er sie in dem streitbefangenen Zeitraum ausgesprochen hat (BAG AP Nr. 19, 28 und 33 zu § 4 KSchG 1969). Rechtsdogmatisch ist die Klage nach § 4 Satz 1 bzw. § 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG ein *aliud* zur allgemeinen Feststellungsklage; denn sie ist materiell eine Gestaltungsabwehrklage. Steht der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses nur wegen einer bereits mit der Klage

angegriffenen Arbeitgeberkündigung in Zweifel, dann besteht für eine daneben erhobene allgemeine Feststellungsklage kein Rechtsschutzbedürfnis.

III. Geltendmachung der Rechtsunwirksamkeit einer Kündigung durch Erhebung der Feststellungsklage innerhalb der Dreiwochenfrist gemäß § 4 Satz 1 bzw. § 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG

Die Dreiwochenfrist galt nur für die Geltendmachung der Sozialwidrigkeit im Rahmen des Kündigungsschutzes bei der ordentlichen Kündigung und für das Fehlen eines wichtigen Grundes bei der außerordentlichen Kündigung. Die h. M. sah in ihr deshalb eine materiell-rechtliche Frist; aber auch bei Annahme einer prozessualen Frist bezog sie sich nicht auf den gesamten Streitgegenstand (Rechtswirksamkeit der Kündigung), sondern nur auf einen Klagegrund (Sozialwidrigkeit bzw. wichtiger Grund) und war deshalb auch bei dieser Beurteilung keine Zulässigkeitsvoraussetzung. Da nunmehr die Rechtsunwirksamkeit einer Kündigung stets innerhalb der Dreiwochenfrist geltend gemacht werden muss (§ 4 S. 1 KSchG i. F. seit 1.1.2004), liegt bei Annahme einer prozessualen Frist eine Zulässigkeitsvoraussetzung vor.

Für die Einhaltung der Dreiwochenfrist spielt keine Rolle mehr, ob für das Arbeitsverhältnis die Vorschriften des allgemeinen Kündigungsschutzes gelten (vgl. Gesetzestext in § 23 Abs. 1 Satz 2 und 3 KSchG: „mit Ausnahme der §§ 4 bis 7 und des § 13 Abs. 1 Satz 1 und 2“).

Zweiter Teil: Begründetheit der Klage

A. Kündigungsart - ordentliche oder außerordentliche Kündigung?

Die Kündigung ist eine ordentliche oder außerordentliche. Eine außerordentliche Kündigung kann fristlos erfolgen; sie setzt aber voraus, dass ein wichtiger Grund sie rechtfertigt (vgl. § 626 BGB). Es genügt nicht, dass die außerordentliche Kündigung i. S. des § 1 KSchG sozial gerechtfertigt ist, sondern die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses muss dem Kündigenden (bei Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung) bis zum Ablauf der Kündigungsfrist

(§ 622 BGB) oder (bei einem befristeten Arbeitsvertrag) bis zu der vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden können (§ 626 Abs. 1 BGB).

B. Ordentliche Kündigung

I. Rechtswirksamkeit nach bürgerlichem Recht

1. Schriftform: § 623 BGB

2. Kündigungsfrist: § 622 BGB.

Wenn die Kündigungsfrist nicht gewahrt ist, Rechtsunwirksamkeit der Kündigung; aber in der Regel gemäß § 140 BGB Umdeutung in eine Kündigung zum nächstzulässigen Termin.

3. Weitere zivilrechtliche Unwirksamkeitsgründe:

Kündigung zum Betriebsübergang (§ 613a Abs. 4 BGB). Außerhalb der Geltung des Kündigungsschutzgesetzes kann nach dem BAG ein Verstoß gegen Treu und Glauben vorliegen, der zu einer eingeschränkten Pflicht der Sozialauswahl führt (BAG AP Nr. 12 zu § 242 BGB Kündigung) – außerordentlich problematisch!

II. Anhörung des Betriebsrats (bzw. Mitwirkung des Personalrats)

1. Beteiligungsnotwendigkeit

Anhörung des Betriebsrats vor der Kündigung gemäß § 102 Abs. 1 und 2 BetrVG, soweit nicht die Zustimmung des Betriebsrats erforderlich ist (vgl. § 102 Abs. 6 BetrVG). Für den Bereich des öffentlichen Dienstes: **Mitwirkung des Personalrats** vor der Kündigungserklärung gemäß § 79 Abs. 1 BPersVG bzw. der entsprechenden Bestimmung des Landespersonalvertretungsgesetzes (z. B. Art. 77 Abs. 1 BayPVG).

Die Beteiligungspflicht bezieht sich auf die Kündigung eines bestimmten Arbeitnehmers. Der Arbeitgeber hat deshalb dessen Person so konkret zu benennen, dass der Betriebsrat bzw. Personalrat weiß, um wen es sich handelt. Er muss die Art der Kündigung angeben, also darauf hinweisen, ob er eine ordentliche oder eine außerordentliche Kündigung aussprechen will, und er muss dem Betriebsrat die Gründe mitteilen, die für seinen Kündigungsentschluss maßgebend sind. Nicht verlangt wird, dass er alle Gründe mitteilt, auf die er die Kündigung stützen kann, sondern er braucht nur die Gründe anzugeben, die für seinen *Kündigungsentschluss* maßgebend sind (subjektive Determination der Kündigungsgründe).

Bei Nichtbeteiligung oder nicht ordnungsgemäßer Beteiligung ist die Kündigung rechtsunwirksam (§ 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG - bei Beteiligung des Personalrats nach Bundesrecht § 79 Abs. 4 BPersVG, bei Beteiligung des Personalrats nach Landesrecht § 108 Abs. 2 BPersVG [Bundesrecht!]). Der Arbeitgeber verletzt zwar nicht die Beteiligungspflicht, wenn er die Unterrichtung des Betriebs- bzw. Personalrats auf bestimmte Gründe beschränkt (subjektive Determination der Kündigungsgründe); Begrenzung der Unterrichtung führt aber zu einem **Verwertungsverbot im Kündigungsrechtsstreit**: Dem Betriebsrat nicht mitgeteilte Gründe kann der Arbeitgeber nicht im Kündigungsrechtsstreit nachschieben.

2. Widerspruchsrecht des Betriebsrats (bzw. Personalrats)

Der Betriebsrat hat nach § 102 Abs. 3 BetrVG, der Personalrat nach § 79 Abs. 1 Satz 3 BPersVG bzw. der entsprechenden Bestimmung der Landespersonalvertretungsgesetze (z. B. Art. 77 Abs. 1 Satz 2 BayPVG) ein Widerspruchs- bzw. Einwendungsrecht. Der Widerspruch bzw. die Einwendungen haben aber nicht zur Folge, dass die ordentliche Kündigung unterbleiben muss; es treten vielmehr nur die folgenden Rechtswirkungen ein:

- a) Zuleitung der Stellungnahme des Betriebsrats bzw. Personalrats mit der Kündigungserklärung (§ 102 Abs. 4 BetrVG bzw. § 79 Abs. 1 Satz 4 BPersVG/Art. 77 Abs. 1 Satz 3 BayPVG - von Bedeutung für die Darlegungs- und Beweislast im Kündigungsrechtsstreit).
- b) Kündigungsschutzrechtliche Wirkungen gemäß § 1 Abs. 2 Satz 2 und 3 KSchG (ohne praktisch relevante Bedeutung).
- c) Weiterbeschäftigungspflicht des Arbeitgebers nach § 102 Abs. 5 BetrVG bzw. § 79 Abs. 2 BPersVG oder der entsprechenden Bestimmung der Landespersonalvertretungsgesetze (z. B. Art. 77 Abs. 2 BayPVG) - rechtsdogmatisch Gestaltungsrecht des Arbeitnehmers!

III. Besonderer Kündigungsschutz

1. Kündigungsschutz im Rahmen der Betriebsverfassung und Personalvertretung; vgl. § 15 Abs. 4 und 5 KSchG.

Die Unzulässigkeit der ordentlichen Kündigung kann jederzeit geltend gemacht werden (§ 13 Abs. 3 KSchG). Eine Zustimmung des Betriebsrats bzw. Personalrats ist dagegen nicht erforderlich, sondern es genügt, dass der Betriebsrat nach § 102 BetrVG bzw. der Personalrat nach § 79 BPersVG oder der entsprechenden Bestimmung der Landespersonalvertretungsgesetze, z.B. Art. 77 BayPVG, beteiligt wurde.

2. Kündigungsverbot nach § 9 MuSchG

Ausspruch der Kündigung in der Schutzfrist verboten; das Kündigungsverbot kann jederzeit geltend gemacht werden (§ 13 Abs. 3 KSchG). Die zuständige Behörde kann in besonderen Fällen die Kündigung ausnahmsweise für zulässig erklären (§ 9 Abs. 3 MuSchG - praktisch ohne Bedeutung) - Wirksamkeitsvoraussetzung!

3. Kündigungsverbot nach § 18 BErzGG

Wer für ein neugeborenes Kind zur Betreuung Erziehungsurlaub in Anspruch nimmt, darf während dieser Zeit nicht gekündigt werden (§ 18 Abs. 1 Satz 1 BErzGG). Ein Ausspruch der Kündigung in der Schutzfrist ist verboten; das Kündigungsverbot kann jederzeit geltend gemacht werden (§ 13 Abs. 3 KSchG). Wie beim Mutterschutz kann jedoch die zuständige Behörde in besonderen Fällen ausnahmsweise die Kündigung für zulässig erklären (§ 18 Abs. 1 Satz 2 BErzGG) - Wirksamkeitsvoraussetzung!

4. Schwerbehindertenschutz: §§ 85 ff. SGB IX - Zustimmung des Integrationsamtes muss vorher erteilt sein - Wirksamkeitsvoraussetzung!

5. Wehr- bzw. Zivildienst

Während des Wehrdienstes (bzw. des Zivildienstes gem. § 78 ZDG) darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nicht kündigen; es bleibt hier aber das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund unberührt (§ 2 ArbPISchG).

IV. Allgemeiner Kündigungsschutz

1. Geltung des allgemeinen Kündigungsschutzes nach dem KSchG

a) Geltungsbereich: Schwellenwert für den Betrieb gem. § 23 Abs. 1 Satz 2 bis 4 KSchG (s. BVerfGE 97, 169 ff. – Notwendigkeit einer verfassungskonformen Interpretation, so dass im Ergebnis an Stelle des Betriebs das Unternehmen tritt).

Seit dem 1.1.2004 ist der Schwellenwert verschieden; er liegt für Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis nach dem 31.12.2003 begonnen hat; bei zehn Arbeitnehmern (vgl. § 23 Abs. 1 S. 3 i. F. v. 1.1.2004).

Beispiel: Waren am 31.12.2003 im „Betrieb“ sechs Arbeitnehmer beschäftigt, so besteht für diese Arbeitnehmer der Kündigungsschutz weiter. Werden bis zu zehn Arbeitnehmer neu eingestellt, so gilt für diese nicht der allgemeine Kündigungsschutz. Scheidet nach dem 31.12.2003 von den bisher beschäftigten sechs Arbeitnehmer ein Arbeitnehmer aus, so besteht nunmehr für den „Betrieb“ auch kein Kündigungsschutz nach § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG.

b) Erfüllung der Wartezeit gem. § 1 Abs. 1 KSchG.

2. Ist die Kündigung sozial ungerechtfertigt?

In Betracht kommen Gründe in der Person, Gründe im Verhalten des Arbeitnehmers und dringende betriebliche Erfordernisse (§ 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG). Neben ihnen gibt es die sog. absoluten Gründe der Sozialwidrigkeit (§ 1 Abs. 2 Satz 2 und 3 KSchG).

Für die Prüfung gem. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG ist wie folgt zu unterscheiden: Stammt die Kündigungsursache aus der Sphäre des Arbeitnehmers, so muss ein Grund in seiner Person oder seinem Verhalten sie rechtfertigen. Stammt die Kündigungsursache aus der Sphäre des Arbeitgebers, so ist die Kündigung nur sozial gerechtfertigt, wenn dringende betriebliche Erfordernisse einer Weiterbeschäftigung entgegenstehen und der Arbeitgeber der sozialen Auswahl gem. § 1 Abs. 3 KSchG genügt hat.

a) Personen- oder verhaltensbedingte Kündigung

Personenbedingt ist eine Kündigung bei Verlust der Eignung oder Fähigkeit die geschuldete Arbeitsleistung ganz oder teilweise zu erbringen (z. B. wegen einer Krankheit). Einen Unterfall bildet strenggenommen die verhaltensbedingte Kündigung. Sie ist sozial gerechtfertigt bei einer Vertragspflichtver-

letzung, wobei ein Fehlverhalten in der Vergangenheit nur dann die Kündigung rechtfertigt, wenn es in Zukunft das Arbeitsverhältnis belastet (*Prognoseprinzip*: Beurteilungszeitpunkt Zugang der Kündigung).

Deshalb für den Regelfall **Notwendigkeit einer Abmahnung vor Ausspruch der Kündigung**. Die Abmahnung hat eine Rüge- und Warnfunktion; sie bedeutet, „dass der Arbeitgeber in einer für den Arbeitnehmer hinreichend deutlich erkennbaren Art und Weise seine Beanstandungen vorbringt und damit deutlich - wenn auch nicht *expressis verbis* - den Hinweis verbindet, im Wiederholungsfall sei der Inhalt oder der Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdet“ (BAGE 76, 35, 38 = AP Nr. 115 zu § 626 BGB).

b) Betriebsbedingte Kündigung

Nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG reicht nicht jeder betriebsbedingte Kündigungsgrund für die soziale Rechtfertigung der Kündigung, sondern nur ein *dringendes betriebliches Erfordernis*. Damit wird der Grundsatz der Erforderlichkeit zum Leitgedanken der Rechtfertigung einer Kündigung.

Der Arbeitgeber muss mit der Kündigung den Zweck verfolgen, den Personalbestand dem Personalbedarf anzupassen. Die Kündigung muss insoweit *letztes Mittel* sein (*ultima-ratio-Prinzip*).

Daraus ergibt sich für die Prüfung die folgende Unterscheidung:

(1) Erfolgt die **Anpassung des Personalbestands an den Personalbedarf** aus *außerbetrieblichen Gründen* (Auftragsmangel, Umsatzrückgang) so wird geprüft, ob die Einsatzmöglichkeit der gekündigten Arbeitnehmer entfallen ist. Kein Grund deshalb hier Gewinnverfall oder Unrentabilität.

Beruhet die Kündigung auf einer Organisationsentscheidung des Arbeitgebers (*innerbetrieblicher Grund*), möglicherweise infolge des Gewinnverfalls oder

der Unrentabilität des Betriebs, so unterliegt die unternehmerische Entscheidung selbst nicht der Gerichtskontrolle (Ausnahme, die hier erwogen wird: Willkürkontrolle). Ein dringendes betriebliches Erfordernis, das die Kündigung rechtfertigt, liegt aber nur vor, wenn die durch die unternehmerische Entscheidung bewirkte Änderung der Betriebs- oder Arbeitsorganisation eine Kündigung unvermeidbar macht.

(2) Fällt der **Arbeitsplatz** spätestens **mit Ablauf der Kündigungsfrist** weg? Es gilt insoweit das Prognose-Prinzip, wobei für die Beurteilung auf den Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung abzustellen ist. Wird während der Kündigungsfrist die Prognose widerlegt, so ändert dies allein nicht die soziale Rechtfertigung der Kündigung; es hat aber der betroffene Arbeitnehmer einen Anspruch auf Wiedereinstellung (str. hinsichtlich der Begrenzung durch Ablauf der Kündigungsfrist).

(3) Da die Kündigung unvermeidbar sein muss, besteht kein dringendes betriebliches Erfordernis, wenn durch andere Maßnahmen eine **Weiterbeschäftigungsmöglichkeit** in demselben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens (nicht des Konzerns - keine Konzerndimensionalität des Kündigungsschutzes) eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit besteht, sei es nach Änderung der Arbeitsbedingungen (Vorrang der Änderungskündigung), sei es unter Einsatz sonstiger milderer Mittel (Kurzarbeit, Abbau von Überstunden und Leiharbeit).

(4) Das betriebliche Erfordernis muss "dringend" sein; es genügt daher kein nur vorübergehend verminderter Personalbedarf (da Möglichkeit des Einsatzes milderer Mittel) - vgl. dazu BAG vom 19.6.1999.

(5) Eine betriebsbedingte Kündigung i. S. des § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG ist nur sozial gerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber die **Sozialauswahl** richtig vorgenommen hat. – Beschränkung der Auswahl auf die Sozialdaten: Dauer

der Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Unterhaltspflichten, Schwerbehinderung des Arbeitnehmers nach § 1 Abs. 3 KSchG (i. F. seit 1.1.2004) und Begrenzung der Bewertungskontrolle bei sozialen Auswahlrichtlinien gemäß § 1 Abs. 4 KSchG.

c) Absolute Gründe der Sozialwidrigkeit: § 1 Abs. 2 Satz 2 und 3 KSchG. Notwendig ist hier aber, dass der Betriebsrat gegen die Kündigung frist- und formgerecht Widerspruch eingelegt hat bzw. im öffentlichen Dienst der Personalrat fristgerecht Einwendungen erhoben hat (vgl. dazu aber auch BAGE 25, 278 = AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969).

d) Die Nichtangabe von Gründen in der Kündigungserklärung berührt nicht die Wirksamkeit der Kündigung. Bei Beteiligungsnotwendigkeit kann der Arbeitgeber die soziale Rechtfertigung der Kündigung aber nur auf Gründe stützen, die er dem Betriebsrat bzw. Personalrat im Anhörungs- bzw. Mitwirkungsverfahren mitgeteilt hat (s. B II 1).

e) Beweislast: § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG; für die Sozialauswahl bei einer betriebsbedingten Kündigung § 1 Abs. 3 Satz 3 KSchG.

Kann der Arbeitgeber nachweisen, dass der Arbeitnehmer aus personen- oder betriebsbedingten Gründen nicht auf seinem bisherigen Arbeitsplatz beschäftigt werden kann, so hat der Arbeitnehmer darzulegen, wie er sich eine anderweitige Beschäftigung vorstellt. Er hat insoweit aber keine *Gegenteilsbeweislust*, sondern er trägt nur eine *Gegenbeweislust*, weil der Arbeitgeber darzulegen und zu beweisen hat, dass die vom Arbeitnehmer vorgeschlagene anderweitige Beschäftigung nicht möglich oder nicht zumutbar ist.

V. Massenentlassungen

Anzeigepflicht des Arbeitgebers: § 17 KSchG

Rechtswirkungen bei erfolgter Anzeige: § 18 KSchG; bei unterlassener Anzeige - Unwirksamkeit der Kündigung, wenn sich der Arbeitnehmer auf den Gesetzesverstoß beruft.

C. Außerordentliche Kündigung

I. Schriftform: § 623 BGB

II. Gesetzliche Verbote (im Rahmen des besonderen Kündigungsschutzes)

- 1. Kündigungsverbot nach § 9 MuSchG;** s. B III 2.
- 2. Kündigungsverbot nach § 18 BErzGG;** s. B III 3.
- 3. Schwerbehinderte:** Die Kündigung bedarf der *vorherigen Zustimmung des Integrationsamtes* (§§ 85, 91 SGB IX).

III. Beteiligung des Betriebsrats (bzw. des Personalrats)

Anhörung des Betriebsrats vor der Kündigung gemäß § 102 Abs. 1 und 2 BetrVG, soweit nicht die Zustimmung des Betriebsrats erforderlich ist (vgl. § 102 Abs. 6 und § 103 BetrVG; s. dazu C V). Für den Bereich des öffentlichen Dienstes: Mitwirkung des Personalrats vor der Kündigungserklärung gemäß § 79 Abs. 3 BPersVG bzw. der entsprechenden Bestimmung der Landespersonalvertretungsgesetze (z. B. Art. 77 Abs. 3 BayPVG), soweit nicht die Zustimmung des Personalrats erforderlich ist (vgl. §§ 47 Abs. 1, 108 Abs. 1 BPersVG).

Die Beteiligung ist Wirksamkeitsvoraussetzung (§ 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG, §§ 79 Abs. 4, 108 Abs. 2 BPersVG).

Wie bei der Beteiligung an der ordentlichen Kündigung verletzt der Arbeitgeber auch hier nicht die Beteiligungspflicht, wenn er die Unterrichtung auf be-

stimmte Gründe beschränkt; denn er braucht nur die Gründe anzugeben, die für seinen Kündigungsentschluss maßgebend sind. Er ist jedoch auch hier im Kündigungsrechtsstreit an die von ihm getroffene Auswahl gebunden, kann also keine Kündigungsgründe nachschieben, über die er den Betriebs- bzw. Personalrat nicht informiert hat.

IV. Vorliegen eines wichtigen Grundes

1. Kündigungserklärungsfrist: Kündigung innerhalb zwei Wochen nach Kenntnis des wichtigen Grundes (§ 626 Abs. 2 Satz 1 und 2 BGB). Fristbeginn: Kenntnis des Kündigungsberechtigten. Ist kündigungsberechtigt ein Kollegialorgan, so ist die Kenntnis des Kollegialorgans Voraussetzung, die Kenntnis lediglich eines Mitgliedes des Kollegialorgans genügt demgegenüber nicht (BGH, ZIP 1998, 1269). Die Kenntnis eines Dritten wird zugerechnet, wenn dessen Stellung im Betrieb nach den Umständen des Einzelfalls erwarten läßt, er werde den Kündigungsberechtigten von dem Kündigungssachverhalt unterrichten (Wissensvertretung). Die Kündigungserklärung muss vor Fristablauf zugegangen sein (§ 130 BGB).

2. Wichtiger Grund - Legaldefinition in § 626 Abs. 1 BGB.

a) Ist ein bestimmter Sachverhalt an sich geeignet, einen wichtigen Grund abzugeben?

b) Interessenabwägung und Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls; denn es gibt keine absoluten Kündigungsgründe. Soll wegen einer Störung im Leistungsbereich außerordentlich gekündigt werden, so ist in der Regel eine vorherige Abmahnung erforderlich.

3. Umdeutung der außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche Kündigung

Eine Umdeutung ist gemäß § 140 BGB möglich, wenn anzunehmen ist, dass bei Kenntnis der Nichtigkeit eine ordentliche Kündigung erklärt worden wäre (zu bejahen bei Fehlbeurteilung des Kündigungsgrundes; regelmäßig zu

verneinen bei Nichtvorliegen der für den wichtigen Grund geltend gemachten Tatsachen).

Wegen § 102 BetrVG bzw. § 79 BPersVG und der entsprechenden Bestimmung der Landespersonalvertretungsgesetze (z. B. Art. 77 BayPVG) kommt eine Umdeutung aber nur in Betracht, wenn der Betriebs- oder Personalrat auch hinsichtlich der ordentlichen Kündigung beteiligt wurde.

V. Massentlassungen

Massentlassungen berühren nicht das Recht zur außerordentlichen Kündigung (§ 17 Abs. 4 KSchG).

VI. Besonderer Kündigungsschutz im Rahmen der Betriebsverfassung und Personalvertretung; vgl. § 15 Abs. 1 - 3 KSchG:

1. Während der **Mitgliedschaft im Betriebs- oder Personalrat** oder im Wahlvorstand bzw. bei Wahlbewerbern während der Kandidatur ist die **Zustimmung des Betriebsrats bzw. Personalrats** erforderlich (§ 103 BetrVG bzw. §§ 47 Abs. 1, 108 Abs. 1 BPersVG). Gleiches gilt für die Mitglieder der Jugend- und Auszubildendenvertretung. Die Zustimmung kann nicht nachträglich erteilt werden.

2. **Nachwirkungszeitraum**; hier keine Zustimmung des Betriebs- oder Personalrats erforderlich, sondern nur wie bei allen Arbeitnehmern Anhörung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG, für den Bereich des öffentlichen Dienstes § 79 BPersVG bzw. die entsprechende Bestimmung der Landespersonalvertretungsgesetze (z. B. Art. 77 BayPVG).

D. Probleme bei einer Änderungskündigung

I. Begriff der Änderungskündigung

Die Änderungskündigung kann in zweierlei Gestalt vorkommen: Die Kündigung wird unter der (aufschiebenden) Bedingung erklärt, dass der Vertragsgegner die vorgeschlagene Änderung des Vertragsinhalts ablehnt, oder sie erfolgt unbedingt, verbunden mit dem Angebot, das Arbeitsverhältnis zu geänderten Arbeitsbedingungen fortzusetzen. Der Arbeitgeber bezweckt durch sie also eine *Änderung des Vertragsinhalts*; sie führt aber zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses, wenn der Arbeitnehmer das Vertragsangebot nicht annimmt. Deshalb sind dieselben rechtlichen Gesichtspunkte zu berücksichtigen wie bei einer Kündigung, deren Zweck die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist.

II. Möglichkeit einer Änderungsschutzklage

Soweit für das Arbeitsverhältnis der allgemeine Kündigungsschutz nach dem KSchG besteht, kann der Arbeitnehmer wählen, ob er die Kündigungsschutzklage (§ 4 Satz 1 KSchG) erhebt oder nur gegen die Änderung der Arbeitsbedingungen vorgeht. Im letzteren Fall muss er das Vertragsangebot des Arbeitgebers unter dem Vorbehalt annehmen, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen nicht sozial ungerechtfertigt ist; eine zeitliche Begrenzung besteht gemäß § 2 Satz 2 KSchG insoweit, als der Arbeitnehmer den Vorbehalt innerhalb der Kündigungsfrist, spätestens jedoch innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung erklären muss.

Bei rechtzeitiger Erklärung der Annahme des Vertragsangebots unter Vorbehalt beschränkt sich der Rechtsstreit auf die *Änderung der Arbeitsbedingungen*. Der Arbeitnehmer muss jedoch auch in diesem Fall innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung Klage auf Feststellung erheben, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen sozial ungerechtfertigt oder aus anderen Gründen rechtsunwirksam ist (§ 4 Satz 2 KSchG). Versäumt er

es, die Änderungsschutzklage rechtzeitig zu erheben, so erlischt der von ihm erklärte Vorbehalt (§ 7 Halbsatz 2 KSchG).

Der Arbeitnehmer wird die Kündigungsschutzklage erheben, wenn er zu geänderten Arbeitsbedingungen nicht tätig bleiben will. Richten seine Bedenken sich dagegen ausschließlich gegen das Vertragsangebot, so muss er die Klärung über die Änderungsschutzklage herbeiführen; denn wenn er auch in diesem Fall die Kündigungsschutzklage erhebt und das Arbeitsgericht zu dem Ergebnis kommt, dass die Kündigung sozial gerechtfertigt ist, so steht damit zugleich fest, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung aufgelöst ist.

III. Betriebsverfassungs- und personalvertretungsrechtliche Besonderheiten

1. Beteiligungsnotwendigkeit

a) Wenn das Vertragsangebot eine *Versetzung* oder *Herabgruppierung* enthält, hat der Betriebsrat neben dem Anhörungs- und Widerspruchsrecht nach § 102 BetrVG ein *Mitbestimmungsrecht* nach § 99 BetrVG. Verweigert der Betriebsrat frist- und formgerecht seine Zustimmung, so kann die Maßnahme nur unter den Voraussetzungen des § 100 BetrVG vorläufig durchgeführt werden.

b) Ist der Arbeitnehmer im *öffentlichen Dienst* tätig, so hat der Personalrat neben dem *Mitwirkungsrecht*, das bei Kündigungen besteht, ebenfalls ein *Mitbestimmungsrecht*, weil der Personalrat bei der Übertragung einer höher oder niedriger zu bewertenden Tätigkeit, Höher- oder Rückgruppierungen sowie Versetzungen und Abordnungen für eine Dauer von mehr als drei Monaten mitzubestimmen hat (§ 75 Abs. 1 Nr. 2, 3 und 4 BPersVG sowie die entsprechenden Bestimmungen in den Landespersonalvertretungsgesetzen, z.B. Art. 75 Abs. 1 Nr. 3 - 7 BayPVG). Der Leiter der Dienststelle ist jedoch berechtigt, bis zur endgültigen Entscheidung eine vorläufige Regelung zu

treffen, wenn die Maßnahme keinen Aufschub duldet (§ 69 Abs. 5 BPersVG bzw. die entsprechende Bestimmung in den Landespersonalvertretungsgesetzen, z. B. Art. 70 Abs. 7 BayPVG).

2. Keine betriebsverfassungs- oder personalvertretungsrechtliche Weiterbeschäftigungspflicht des Arbeitgebers

a) Der Arbeitgeber ist bei einer Änderungskündigung auch für den Fall, dass der Betriebsrat nach § 102 Abs. 3 BetrVG widersprochen hat, nur zu einer Weiterbeschäftigung zu den von ihm vorgeschlagenen *neuen* Arbeitsbedingungen verpflichtet, wenn der Arbeitnehmer die neuen Arbeitsbedingungen nach § 2 KSchG unter Vorbehalt angenommen hat; die Bestimmung über die Weiterbeschäftigung bei unveränderten Arbeitsbedingungen gemäß § 102 Abs. 5 BetrVG gilt also für eine Änderungskündigung nur dann, wenn der Arbeitnehmer das Änderungsangebot nicht nach § 2 KSchG angenommen hat, so dass Gegenstand des Rechtsstreits die *Beendigung* des Arbeitsverhältnisses ist.

b) Ist der Arbeitnehmer im *öffentlichen Dienst* tätig, so gilt das gleiche; denn auch hier geht die Anordnung der Weiterbeschäftigungspflicht bei aus bestimmten Gründen erhobenen Einwendungen des Personalrats davon aus, dass Gegenstand des Rechtsstreits die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist (vgl. § 79 Abs. 2 BPersVG bzw. die entsprechende Bestimmung der Landespersonalvertretungsgesetze, z. B. Art. 77 Abs. 2 BayPVG).