

## **B. Individualarbeitsrecht**

### **I. Arbeitsvertragsrecht**

#### **1. Begründung eines Arbeitsverhältnisses**

##### a) Stellenausschreibung und Bewerbung

Bevor es zum Abschluss eines Arbeitsvertrages kommt, wird sich der Arbeitnehmer in der Regel bei dem betreffenden Unternehmen bewerben. Meist erfolgt diese Bewerbung auf die Ausschreibung einer offenen Stelle durch den Arbeitgeber. Diese Ausschreibung muss diskriminierungsfrei – vor allem geschlechtsneutral - formuliert werden (§§ 11, 7 AGG). Bei Nichtbeachtung besteht für den Bewerber zwar kein Anspruch auf Einstellung (§ 15 Abs. 6 AGG). Es können aber Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüche entstehen.

Durch die Bewerbung entsteht zwischen dem Bewerber und dem potentiellen Arbeitsgeber ein vorvertragliches Schuldverhältnis (§§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB), das verschiedene Schutz- und Aufklärungspflichten beinhaltet.

##### b) Das Vorstellungsgespräch

In einem Vorstellungsgespräch möchte der Arbeitgeber umfassende Informationen für seine Personalentscheidung gewinnen, der Arbeitnehmer hat ein schutzwürdiges Interesse daran, seine persönlichen Verhältnisse nicht völlig offen legen zu müssen. Dieses Spannungsverhältnis gilt es aufzulösen. Zulässige Fragen muss der Bewerber wahrheitsgemäß und vollständig beantworten; unzulässige Fragen darf er wahrheitswidrig beantworten.

Zulässig sind **Fragen zur Person des Bewerbers** (Name, Anschrift, Staatsangehörigkeit usw.), Fragen zum beruflichen **Werdegang** und zur bisher bezogenen Vergütung, wenn diese Frage für die angestrebte Stelle Aussagekraft hat.

Nur beschränkt zulässig sind Fragen nach dem **Gesundheitszustand**, nämlich dann, wenn mögliche Erkrankungen für die zu leistende Arbeit von Bedeutung sind (z. B. im Gesundheitssektor). Ob die Frage nach Aids zulässig ist, ist noch nicht höchstrichterlich entschieden und ist in der Literatur umstritten. Die Frage nach der **Schwerbehinderteneigenschaft** ist zulässig, weil der Arbeitgeber bei schwerbehinderten Arbeitnehmern besondere gesetzliche Schutzpflichten hat. Er hat deshalb ein berechtigtes Interesse zu erfahren, ob der Bewerber schwerbehindert ist, um den gesetzlichen Anforderungen zu genügen.

Grundsätzlich unzulässig ist die Frage nach einer **Schwangerschaft**, nach **Religions-** oder **Parteizugehörigkeit** (Ausnahme bei Einstellung in kirchlichen Einrichtungen) und Fragen nach der **Privatsphäre** des Arbeitnehmers.

Zulässig sein können Fragen nach **Vorstrafen**, wenn dies für die konkrete Tätigkeit von Bedeutung ist (Vorstrafe wegen Untreue bei Bankkassierer, verkehrsrechtliche Vorstrafen bei einem Berufskraftfahrer).

Ergänzende **Eignungstests und Prüfungen** wie z. B. psychologische Untersuchungen, Teilnahme an Assessment-Centern, graphologische Gutachten, ärztliche Untersuchungen und Arbeitsproben sind nur zulässig mit Zustimmung des Bewerbers.

Entscheidet sich der Arbeitgeber gegen einen Bewerber, hat der Bewerber einen Anspruch auf Ersatz seiner aufgrund der Bewerbung entstandenen Kosten, wenn er vom Arbeitgeber zur persönlichen Vorstellung aufgefordert wurde.

c) Vertragsabschluss

Ein Arbeitsverhältnis wird durch Abschluss eines Arbeitsvertrages begründet. Der Arbeitsvertrag ist ein privatrechtlicher Vertrag. Auf ihn finden deshalb die Vorschriften des BGB über den Abschluss von Verträgen Anwendung, soweit spezialgesetzlich nichts anderes geregelt ist. Daraus folgt:

- Es gelten die Vorschriften über Willenserklärungen (z. B. Zugang, Irrtum, Geschäftsfähigkeit).
- Der Abschluss eines Arbeitsvertrages ist grundsätzlich formfrei. Er kann schriftlich, mündlich oder konkludent, also z. B. durch Arbeitsaufnahme, geschlossen werden.
- Im Arbeitsrecht gilt Vertragsfreiheit, was (unnötigerweise) in § 105 GewO deklaratorisch festgehalten ist. Diese Vertragsfreiheit ist jedoch durch einzelne Gesetze sehr beschränkt. Unbeschränkt ist nur die Abschlussfreiheit, also die Freiheit, einen Vertrag (nicht) zu schließen. Die Inhaltsfreiheit ist beschränkt durch zahlreiche Arbeitnehmerschutzvorschriften, von denen zu Lasten der Arbeitnehmer nicht abgewichen werden kann.
- War der Abschluss des Arbeitsvertrages unwirksam (z. B. wegen Willensmängeln) und wird der unwirksame Arbeitsvertrag trotzdem vollzogen, liegt ein sogenann-

tes **faktisches Arbeitsverhältnis** vor. Dieses faktische Arbeitsverhältnis wird für die Dauer der Vollziehung wie ein wirksames Arbeitsverhältnis behandelt. Es kann jedoch von beiden Seiten mit sofortiger Wirkung beendet werden.

- Da die allgemeinen Vorschriften über Willenserklärungen Anwendung finden, kann das Arbeitsverhältnis auch durch Anfechtung beendet werden, allerdings entgegen der Regelung in § 142 Abs. 1 BGB nicht rückwirkend, sondern nur – wie bei einer Kündigung – ab Zeitpunkt des Zugangs der Erklärung.

Der Abschluss eines Arbeitsvertrages ist zwar formfrei, der Arbeitgeber ist jedoch verpflichtet, dem Arbeitnehmer die Essentialia des Arbeitsvertrages in schriftlicher Form mitzuteilen, § 2 NachweisG. Ein Verstoß gegen diese Vorgabe führt nicht zur Unwirksamkeit des Vertrages, sondern gegebenenfalls zur Schadensersatzpflicht des Arbeitgebers. Der Arbeitgeber hat den Arbeitnehmer schriftlich über zahlreiche Punkte aufzuklären. Lesen Sie hierzu § 2 NachweisG.

Ähnliche Vorgaben macht das Berufsbildungsgesetz (BbiG) für die Ausbildungsverträge der Lehrlinge (§ 4 BBiG).

Auch Tarifverträge können Regelungen enthalten, wonach ein Arbeitsvertrag nach Abschluss unverzüglich schriftlich niederzulegen ist. Auch in diesen Fällen kommt der Vertrag nicht erst mit Abgabe der schriftlichen Form zustande, diese dient lediglich Beweis Zwecken.

## Übungsfälle

### 1. Fall: Enttäuschte Hoffnung

Rechtsassessor A liest in der Neuen Juristischen Wochenschrift (NJW) eine Stellenanzeige der Münchner Kanzlei Protz und Partner (P). Er schickt am 05. Januar seine Bewerbungsunterlagen an P. P lädt darauf hin A mit Schreiben vom 10. Januar zu einem Bewerbungsgespräch auf 02. Februar ein und weist darauf hin, dass A die ihm durch die Anreise entstehenden Kosten nicht erstattet bekommt. A reist voller Hoffnung nach München. Als er am 02. Februar bei P vorspricht, erklärt man ihm, man habe sich schon am 20. Januar für einen anderen Bewerber entschieden, die Stelle sei besetzt. A möchte darauf hin die ihm entstandenen Reisekosten erstattet bekommen. P verweist auf sein Schreiben. Wer hat Recht?

### 2. Fall: Der renitente Auszubildende

Der Auszubildende A bewirbt sich um einen Ausbildungsplatz im Unternehmen U. Er erhält die mündliche Zusage, ab dem 01. Juni seine Ausbildung dort beginnen zu können. A tritt am 01. Juni den Ausbildungsplatz an. Im ersten Monat benimmt sich A einwandfrei. Ab Juli zeigt er sich jedoch von der faulen und rechthaberischen Seite. Im September hat der Geschäftsführer von U, G, die Nase voll. Er will A nicht weiter ausbilden. Der Justiziar des Unternehmens, J, weist G allerdings darauf hin, dass die gesetzlich zwingende Probezeit gm. § 20 BBiG inzwischen verstrichen sei und dass eine Kündigung des Ausbildungsverhältnisses durch den Arbeitgeber nur aus wichtigem Grund zu-

lässig sei (§ 22, Abs. 2 Nr. 1 BBiG). Ein zur Kündigung berechtigter Grund liegt trotz des schlechten Verhaltens von A aber nicht vor. In dieser Situation kommt G die rettende Idee: Gemäß § 11 BBiG muss der Ausbildungsvertrag schriftlich sein. Das hat man bei der Einstellung des A versäumt. G will sich deshalb jetzt auf §125 BGB berufen – der Ausbildungsvertrag sei wegen Formmangels nichtig. Zu Recht?

**Sie merken sich:**

**Zwischen Arbeitgeber und Bewerber entsteht ein vorvertragliches Schuldverhältnis i. S. d. §§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB.**

**Der Abschluss von Arbeitsverträgen ist formfrei.**

**Die Anfechtung beseitigt den Arbeitsvertrag - entgegen § 142 BGB – nur für die Zukunft (Rspr. des BAG).**

## **2. Allgemeine Geschäftsbedingungen in Arbeitsverträgen**

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind Vertragsklauseln, die für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind und die eine Seite der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt, § 305 Abs. 1 S. 1 BGB. Für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind diese Klauseln dann, wenn sie in mindestens drei Verträgen Verwendung finden sollen (BGH NJW 02, 138). Gestellt sind die Klauseln dann, wenn derjenige, der die Vertragsklausel in die Verhandlung einbringt, die Klausel nicht wirklich zur Disposition stellt, also nicht bereit ist, darüber zu verhandeln. Nicht entscheidend, sondern nur Indiz ist dagegen, in welcher Form allgemeine Geschäftsbedingungen gefasst sind. Es wird sich meist, aber nicht immer um vorgedruckte Klauseln handeln. Aber auch handgeschriebene Klauseln können AGB sein.

AGB unterliegen einer strengen gesetzlichen Inhaltskontrolle (vergl. §§ 305 ff BGB). Es handelt sich dabei um eine Einschränkung der Vertragsfreiheit, die gerechtfertigt erscheint, weil die Verwender allgemeiner Geschäftsbedingungen ihrem Vertragspartner zwar rechtlich gleichgeordnet, wirtschaftlich oder infolge ihres Kenntnisvorsprungs aber deutlich überlegen sind und damit den Inhalt des Vertrages diktieren können. Es wird Ihnen z. B. nicht gelingen, bei Eröffnung eines Kontos oder bei Abschluss eines Versicherungsvertrages mit der Bank oder der Versicherungsgesellschaft eine wirklich gleichberechtigte Vertragsverhandlung über einzelne Vertragsklauseln zu führen.

Wenn Verbraucher an einem Rechtsgeschäft beteiligt sind, wird die AGB-Kontrolle noch weiter gefasst:

1. Er wird vermutet, dass eine allgemeine Geschäftsbedingung vom Vertragspartner des Verbrauchers gestellt worden ist (§ 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB).
2. Vertragsklauseln gelten auch bei nur einmaliger Verwendung als allgemeine Geschäftsbedingungen (§ 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB).

Daraus folgt, dass Bestimmungen in Arbeitsverträgen in aller Regel allgemeine Geschäftsbedingen sind. Will sich der Arbeitgeber darauf berufen, dass eine Vertragsklausel keine allgemeine Geschäftsbedingung sei und deshalb nicht der strengen gesetzlichen Kontrolle unterliege, trägt er die Beweislast dafür.

Die AGB-Kontrolle von arbeitsvertraglichen Klauseln unterliegt allerdings einer wesentlichen Einschränkung: Gemäß § 310 Abs. 4 S. 2 BGB sind bei der Anwendung der §§ 305 ff BGB die arbeitsrechtlichen Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen. Diese Einschränkung ist äußerst unbestimmt und ihre Reichweite in der juristischen Literatur umstritten. Bis 2002 waren die Vorschriften zur Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen im Arbeitsrecht überhaupt nicht anzuwenden. Erst mit der Schuldrechtsreform 2002 hat man auch das (Individual-)Arbeitsrecht der AGB-Kontrolle unterworfen. (Für Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen gelten die § 305 ff BGB nach wie vor überhaupt nicht, § 310 Abs. 4 S. 1 BGB).

Ist eine Vertragsklausel nicht wirksam in den Vertrag einbezogen worden, z. B. weil es sich um eine überraschende Regelung handelt (§ 305c Abs. 1 BGB) oder ist die Klausel unwirksam gemäß §§ 307 ff BGB, wird dadurch der Vertrag nicht etwa insgesamt unwirksam, wie dies § 139 BGB bestimmt. Der Vertrag bleibt vielmehr im Übrigen in der Regel wirksam, § 306 Abs. 1 BGB. An die Stelle der unwirksamen Klausel tritt die gesetzliche Regelung,

§ 306 Abs. 2 BGB. Lediglich dann, wenn der Vertrag ohne die unwirksame Klausel zu einer unzumutbaren Härte für eine Vertragspartei führen würde, ist der Vertrag insgesamt unwirksam, § 306 Abs. 3 BGB.

### *Prüfschema AGB im Arbeitsrecht:*

- I. Allgemeine Geschäftsbedingung?  
In der Regel ja, § 310 Abs. 4 S. 2 BGB?
- II. Wirksam in den Vertrag einbezogen?  
Nicht der Fall bei überraschenden Klauseln, § 305 c Abs. 1 BGB.
- III. Übernahme einer tariflichen Regelung?  
Wenn die Klausel inhaltlich einer tarifvertraglichen Regelung oder einer Betriebsvereinbarung entspricht, findet keine Inhaltskontrolle statt (§ 310 Abs. 4 S. 3 BGB). Voraussetzung: Verweisung auf den Tarifvertrag/die Betriebsvereinbarung als Ganzes (strittig).
- IV. Verstoß gegen ein Klauselverbot der §§ 308, 309 BGB oder gegen die Generalklausel, § 307 BGB.
- V. Arbeitsrechtliche Besonderheit, auf die angemessen Rücksicht zu nehmen ist? (Trotzdem Wirksamkeit).
- VI. Rechtsfolge: Unwirksamkeit der Klausel, Wirksamkeit des Vertrages im Übrigen, § 307 Abs. 1, § 308 S. 1, § 309 S. 1, § 306 BGB.

## Übungsfälle

### **1. Fall: Doppelt genäht hält besser**

Arbeitnehmer A war bis zum 31.08.2009 bei Unternehmer U beschäftigt. Das Arbeitsverhältnis endete durch Arbeitnehmerkündigung. Zum Zeitpunkt seines Ausscheidens am 31.08.2009 hatte A 2/3 seines Jahresurlaubes für 2009 schon genommen. An Weihnachten 2009 erfährt A von einem Freund, dass derjenige, der in der zweiten Jahreshälfte seinen Arbeitsplatz verliere, Anspruch auf den ganzen Jahresurlaub habe, und zwar unabhängig vom tatsächlichen Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

nisses. Danach stünde A noch 1/3 seines Jahresurlaubes zu, den U gemäß § 7 Abs. 4 BurlG abzugelten hätte. Gleich im neuen Jahr schreibt A an U, dass er den Urlaub ausbezahlt bekommen wolle. U erwidert, dass etwaige Ansprüche des A längst verfallen seien. U verweist in diesem Zusammenhang auf eine Klausel im Arbeitsvertrag, die folgenden Wortlaut hat:

*„Sämtliche Ansprüche im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis sind spätestens drei Monate nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses schriftlich geltend zu machen sonst sind sie verfallen. Werden die Ansprüche fristgerecht geltend gemacht und lehnt sie der Arbeitgeber ab oder erklärt sich binnen einer weiteren Frist von drei Monaten nicht, hat der Arbeitnehmer sie gerichtlich geltend zu machen, anderenfalls sind sie verfallen.“*

A hält diese Klausel für grob unbillig. Er ist der Meinung, als allgemeine Geschäftsbedingung könne diese Klausel unmöglich Bestand haben. Hat er Recht?

Lesen Sie hierzu BAGE 126, 364 – 374 = BAG NZA 2008 S. 1233 - 1237

## **2. Fall: Drum prüfe, wer sich ewig bindet...**

A bewirbt sich bei U um einen Arbeitsplatz. Er erhält eine Zusage und unterschreibt den von U übersandten Arbeitsvertrag am 07.06.2009. Das Arbeitsverhältnis soll am 01.07.2009 beginnen. Im Arbeitsvertrag ist folgende Klausel enthalten:

*„Das Arbeitsverhältnis beginnt am 01.07.2009. Eine Kündigung vor diesem Zeitpunkt ist ausgeschlossen.“*

Außerdem enthält der Vertrag folgende Regelung:

*„Löst sich der Arbeitnehmer vertragswidrig vom Vertrag, verwirkt er eine Vertragsstrafe von einem Monatsgehalt.“*

Kurz nach dem A dem U den unterzeichneten Vertrag zurückgeschickt hat, erhält er ein noch besseres Angebot des Konkurrenten K. A möchte deshalb vom Vertrag mit U nichts mehr wissen. Er konsultiert seine Rechtsanwältin und fragt, ob er den Vertrag mit U sofort kündigen könne und ob er verpflichtet sei, eine Vertragsstrafe zu bezahlen. Was wird R dem A raten?

Lesen Sie hierzu BAG NZA-RR 2009, S. 519 –526 = DB 2009, S. 2269 –2272

**Sie merken sich:**

**Das Prüfschema „AGB im Arbeitsrecht“**

### 3. Änderung des Vertrages

#### a) Einvernehmliche Änderung

Arbeitgeber und Arbeitnehmer können den Vertrag einvernehmlich ergänzen oder ändern. Die Änderung des Arbeitsvertrages unterliegt nicht dem Formzwang des § 623 BGB. Danach sind zwar auch Aufhebungsverträge formbedürftig. Der Formzwang gilt allerdings nur für eine Aufhebung des Vertrages als Ganzes, nicht für die einvernehmliche Aufhebung einzelner Klauseln.

**Beispiel:** Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbaren mündlich, dass die im Arbeitsvertrag enthaltene Klausel, wonach der Arbeitnehmer im Außendienst eingesetzt wird, nicht mehr gelten soll und der Arbeitnehmer zukünftig im Innendienst arbeitet.

#### b) Betriebliche Übung

Der Arbeitsvertrag kann auch durch betriebliche Übung geändert werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes erwächst dem Arbeitnehmer bei betrieblicher Übung ein Anspruch nicht aus einem Vertrauenstatbestand, sondern aus dem Arbeitsvertrag, der konkludent geändert wird. Voraussetzung für die Begründung eines Anspruchs aufgrund betrieblicher Übung ist, dass der Arbeitgeber über einen gewissen Zeitraum hinweg regelmäßig ein bestimmtes Verhalten wiederholt, z. B. die Auszahlung eines „Weihnachtsgeldes“. In der wiederholten Vornahme dieser Handlung sieht das BAG das Angebot auf Abschluss einer entsprechenden Vertragsergänzung. Dies gilt selbst dann, wenn der Arbeitgeber eine solche vertragliche Ergänzung gar nicht will, weil er sich für die Zukunft nicht binden will. In diesem Falle befindet er sich in einem Erklärungsirrtum. Der Arbeit-

nehmer nimmt das Angebot gemäß § 151 BGB stillschweigend an. Unbeantwortet lässt das BAG die Frage, weshalb der Arbeitgeber in dieser Situation seine irrtümlich abgegebene „Erklärung“ nicht anfechten kann, wenn er seinen Erklärungsirrtum bemerkt.

(Lesen Sie hierzu BAG NZA 2008, S. 941 - 944)

Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes ist eine Fortschreibung des Vertrages durch betriebliche Übung allerdings nicht möglich, wenn der Individualarbeitsvertrag eine sogenannte doppelte Schriftformklausel enthält, der Vertrag also nur schriftlich geändert werden kann und dieses Schriftformerfordernis auch für die Schriftformklausel selbst gilt.

Ein Arbeitsvertrag kann zu Lasten der Arbeitnehmer durch betriebliche Übung nicht geändert werden (sogenannte negative betriebliche Übung). Die vom BAG früher vertretene Auffassung, dass dies möglich sei, hat das BAG nach der Schuldrechtsreform 2002 mit Verweis auf die Regelung in §§ 310 Abs. 4 S. 2, 308 Nr. 5 BGB aufgegeben.

(Lesen Sie hierzu BAG NZA 2009, S. 601 - 604)

## Übungsfall

### Früh übt sich...

A ist Mitarbeiter eines Kölner Metallwarengroßhandels (M) mit 50 Arbeitnehmern. In seinem Arbeitsvertrag sind folgende Regelungen enthalten:

### **3. Urlaub**

*Der Arbeitnehmer erhält 30 Tage Urlaub pro Jahr. Der Urlaub ist im Kalenderjahr zu nehmen, sonst verfällt er spätestens am 31.03. des Folgejahres.*

...

### **10. Sonstiges**

*Mündliche Nebenabreden sind nicht getroffen. Jede Änderung oder Ergänzung dieses Vertrages bedarf der Schriftform. Das gilt auch für die Änderung oder Aufhebung dieses Schriftformerfordernisses.*

Seit Jahren nehmen sich die Arbeitnehmer von M am Rosenmontag frei, ohne daß dieser Tag auf die 30 Urlaubstage angerechnet wird. Als im Jahr 2010 die Geschäfte schlecht gehen, verlangt der Geschäftsführer von M, daß die Arbeitnehmer einen ihrer Urlaubstage opfern. A ist der Auffassung, daß das nicht rechtens ist.

Wie ist die Rechtslage?

Lesen sie hierzu BAG 24.06.2003, 9 AZR 302/02, BB 2003, 2466 = NJW 2003, 3725

#### c) Änderungskündigung – Abgrenzung zum Direktionsrecht

Will der Arbeitgeber die rechtlichen Rahmenbedingungen des Arbeitsverhältnisses gegen den Willen des Arbeitnehmers neu gestalten, muss er eine Änderungskündigung aussprechen. Sie ist immer dann erforderlich, wenn die vom Arbeitgeber gewünschte Änderung nicht mehr vom Direktionsrecht gedeckt ist.

Den Umfang des Direktionsrechtes zu bestimmen ist im Einzelfall oftmals schwierig, vor allem dann, wenn die Arbeitsverträge keine eindeutige Tätigkeitsbeschreibung für die Arbeitnehmer enthalten.

**Beispiel:** Frau A ist als Sekretärin im Büro des Fabrikanten F eingestellt. Nach ihrem Arbeitsvertrag gehört zu ihren Aufgaben die Führung des Geschäftsführungsbüros. Der Geschäftsführer G weist A unmittelbar vor einer Besprechung an, für die zu erwartenden Kunden Kaffee zu kochen. Diese Weisung ist vom Direktionsrecht gedeckt. Auch wenn Frau A der Auffassung ist, dass diese Aufgabe eigentlich nur etwas für Azubis sei, wird sie der Weisung Folge leisten müssen. Zur Führung eines Sekretariates eines Geschäftsführers gehört auch die Betreuung der Kunden, Mandanten und der Gäste.

Neben Frau A arbeitet im Büro auch Frau B. Sie ist als Schreibkraft eingestellt. Ihre einzige Aufgabe ist nach dem Arbeitsvertrag das Schreiben von Texten nach Diktat. Ihr gegenüber könnte G nicht im Rahmen des Direktionsrechtes anweisen, Kaffee zu kochen, denn diese Tätigkeit überschreitet den durch den Arbeitsvertrag gesteckten Rahmen.

Viele Arbeitsverträge enthalten deshalb eine Direktionsklausel, wonach es dem Arbeitgeber gestattet ist, dem Arbeitnehmer bei Beibehaltung der Bezahlung eine gleichwertige andere, seinen Kenntnissen und Fähigkeiten entsprechende Arbeit zuzuweisen.

Die Änderungskündigung ist eine echte Kündigung. Das heißt, dass für sie alle Regeln wie bei einer vollständigen Kündigung (vgl. Kapitel 4 lit. c) gelten, nämlich

- das Formerfordernis des § 623 BGB
- gegebenenfalls die Anhörung des Betriebsrates gemäß § 102 BetrVG
- wenn das Kündigungsschutzgesetz Anwendung findet, muss ein Kündigungsgrund vorliegen
- es gelten alle weiteren Kündigungsschutzvorschriften.

Die Änderungskündigung ist nicht lediglich die Kündigung einer isolierten Vertragsklausel, sondern die Kündigung des gesamten Vertragsverhältnisses bei gleichzeitiger Unterbrei-

tung eines Angebotes, den Vertrag zu geänderten Bedingungen erneut abzuschließen. (Hinsichtlich der Betriebsdauer wird ein so fortgesetztes Arbeitsverhältnis aber nicht als neues Arbeitsverhältnis behandelt.)

Der Arbeitnehmer, der eine Änderungskündigung erhält und sich dagegen wehren möchte, befindet sich in einem Dilemma: Nimmt er das Angebot des Arbeitgebers an, akzeptiert er damit konkludent die Kündigung des ursprünglichen Vertrages. Wehrt er sich gegen die Kündigung und beharrt auf seinen ursprünglichen Vertrag und stellt sich nach Durchführung eines arbeitsgerichtlichen Verfahrens heraus, dass die Änderungskündigung berechtigt war, hat der Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz vollständig verloren, denn er hat nicht nur die Kündigung angegriffen, sondern auch den Abschluss des neuen Vertrages abgelehnt, § 147 Abs. 1 S. 1 BGB. Der Arbeitnehmer ist deshalb gut beraten, das Angebot zum Abschluss des neuen Arbeitsvertrages unter der Bedingung anzunehmen, dass die Kündigung unwirksam ist. Er hat dann Gelegenheit, die Änderungskündigung gerichtlich überprüfen zu lassen, ohne befürchten zu müssen, seinen Arbeitsplatz vollständig aufs Spiel zu setzen.

**Sie merken sich:**

**Das Rechtsinstitut der Betrieblichen Übung.**

**Eine Änderungskündigung ist die Kündigung des gesamten Vertrages verbunden mit dem Angebot zum Abschluss eines neuen Vertrages.**

#### **4. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses**

##### a) Der befristete Arbeitsvertrag

Das Arbeitsverhältnis endet durch Zeitablauf ohne dass es einer Erklärung oder Handlung der Vertragsparteien bedarf, wenn es nur auf bestimmte Zeit, also befristet eingegangen wurde. Der Befristung steht dabei der Abschluss eines Arbeitsvertrages unter einer auflösenden Bedingung gleich.

Der Grundsatz der Vertragsfreiheit erfährt im Arbeitsrecht eine wesentliche Einschränkung, wenn es darum geht, Arbeitsverträge befristet abzuschließen. Der Abschluss befristeter Arbeitsverträge ist grundsätzlich nicht zulässig, es sei denn, das Teilzeit- und Befristungsgesetz sieht dies ausdrücklich vor.

Die Befristung eines Arbeitsvertrages bedarf der Schriftform. Nicht der gesamte Vertrag muss schriftlich gefasst sein, sondern lediglich die Befristungsklausel, § 14 Abs. 4 TzBfG. Ist die Befristung unwirksam, gilt der befristete Arbeitsvertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen, § 16 TzBfG.

Die Befristung eines Arbeitsvertrages ist grundsätzlich nur zulässig, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist. Das Gesetz nennt in § 14 Abs. 1 TzBfG die sachlichen Gründe, allerdings nicht abschließend. Ein sachlicher Grund liegt danach zum Beispiel vor, wenn der Arbeitnehmer zur Probe angestellt werden soll, wenn er zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers beschäftigt wird oder wenn der betriebliche Bedarf an der Arbeitsleistung nur vorübergehend besteht.

Ohne einen solchen sachlichen Grund kann ein Arbeitsverhältnis bis zur Dauer von zwei Jahren befristet werden, § 14 Abs. 2 TzBfG. Diese Ausnahmeregelung erfährt jedoch strenge Einschränkungen. Bis zu einer Gesamtdauer von zwei Jahren kann ein befristetes Arbeitsverhältnis höchstens dreimal verlängert werden.

**Beispiel:** Der Arbeitnehmer war zunächst für ein halbes Jahr ohne Sachgrund beschäftigt. Das Arbeitsverhältnis kann dreimal jeweils um ein halbes Jahr verlängert werden, dann ist die Höchstdauer von zwei Jahren ausgeschöpft.

Eine Befristung ohne Sachgrund ist nicht zulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat, § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG. Das Gesetz kennt keine Einschränkung. Selbst dann, wenn der Arbeitnehmer Jahrzehnte zuvor bei demselben Arbeitgeber einmal beschäftigt war, kann er dort nicht mehr befristet beschäftigt werden.

Von diesen strengen Regeln gibt es zwei Ausnahmen:

- Ein Unternehmen kann in den ersten vier Jahren nach seiner Gründung Arbeitnehmer bis zu vier Jahre befristet ohne Sachgrund beschäftigen § 14 Abs. 2a TzBfG.
- Gemäß § 14 Abs. 3 TzBfG können Arbeitnehmer, die das 52. Lebensjahr vollendet haben, ohne Sachgrund bis zu fünf Jahren befristet beschäftigt werden, wenn sie unmittelbar vor Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses mindestens vier Monate beschäftigungslos waren, Transferkurzarbeitergeld bezogen oder an einer öffentlich geförderten Beschäftigungsmaßnahme teilgenommen haben.

Ist eine Befristung unwirksam, so gilt der befristete Arbeitsvertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen. Er kann vom Arbeitgeber frühestens zum vereinbarten Ende ordentlich gekündigt werden und nur ausnahmsweise früher, wenn der befristete Vertrag trotz der Befristung ordentlich hätte gekündigt werden können, § 16 TzBfG. Ist die Befristung nur wegen des Mangels der Schriftform unwirksam, kann der Arbeitsvertrag auch vor dem vereinbarten Ende ordentlich gekündigt werden.

## Übungsfälle

### 1. Fall: Der längste Tag

Die G-GmbH will den Arbeitnehmer A befristet beschäftigen. Der Geschäftsführer der G-GmbH, Herr F, schließt mit A am 30.04.2008 einen schriftlichen Vertrag, der folgende Formulierung enthält:

*„Dieser Arbeitsvertrag beginnt am 01.05.2008 und endet zum 01.05.2010, ohne dass es hierzu einer Kündigung bedarf.“*

Als A Ende April 2010 noch keine neue Stelle gefunden hat, klagt er gegen G auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis unbefristet fortbesteht. Zu Recht?

### 2. Fall: Wer zu spät kommt ....

Herr H bewirbt sich auf eine in der Zeitung ausgeschriebene, auf ein Jahr befristete Arbeitsstelle bei der A-AG. Bereits im ersten Bewerbungsgespräch am 30.04. wird man sich einig – H soll gleich am 01.05. anfangen.

Der 01.05. ist allerdings ein Sonntag (und Feiertag), am Montag, den 02.05. ist die zuständige Leiterin des Personalbüros krank und am 03. und 04.05. ist der Vorstand, der den Vertrag unterzeichnen soll, auf einer Dienstreise. Deshalb kommt es erst am

Donnerstag, den 05.05. zur Vertragsunterzeichnung. Bis dahin hatte H bereits seine Kollegen kennengelernt und wurde in seinen Arbeitsplatz eingewiesen.

Wie ist die Rechtslage?

Lesen Sie hierzu: *Bauer*, Befristete Arbeitsverträge unter neuen Vorzeichen, BB 2001 S. 2526

### **3. Fall: Befristung ist nicht gleich Befristung**

Frau F wird bei der O-OHG zunächst als Vertretung für eine in der Elternzeit befindliche Mitarbeiterin befristet auf sechs Monate eingestellt. O möchte Frau F nach Ablauf dieser Zeit gerne weiterbeschäftigen. Da die wirtschaftliche Zukunft ungewiss ist, möchte O den Arbeitsvertrag zunächst nur um 1,5 Jahre auf insgesamt 2 Jahre verlängern. O fragt Sie als Rechtsanwältin/Rechtsanwalt um Rat. Was empfehlen Sie?

#### b) Einvernehmliche Aufhebung

Arbeitgeber und Arbeitnehmer können das Arbeitsverhältnis auch einvernehmlich beenden, indem sie einen Vertrag über die Beendigung schließen (Aufhebungsvertrag). Der Aufhebungsvertrag bedarf ebenfalls der Schriftform, § 623 BGB. Die Aufhebung einzelner Vertragsklauseln bedarf nicht der Schriftform. Vom Aufhebungsvertrag zu unterscheiden ist der Abwicklungsvertrag, in dem Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine Regelung darüber treffen, wie ein bereits beendetes Vertragsverhältnis abgewickelt werden soll. Hat zum Beispiel der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer gekündigt und will sich der Arbeitnehmer gegen die Kündigung nicht wehren, kann er mit dem Arbeitgeber die Modalitäten über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Rückgabe des Fir-

menwagens, Urlaubsabgeltung, Zahlung einer Abfindung etc.) einen Abwicklungsvertrag schließen.

Abwicklungsverträge waren in der Praxis beliebt, weil das Arbeitsverhältnis nicht durch den Vertrag, sondern durch eine zuvor ausgesprochene Kündigung beendet wurde. Das war für die Arbeitnehmer wichtig, wenn es darum ging, Arbeitslosengeld zu beziehen. Der Anspruch auf Arbeitslosengeld ist nämlich beschränkt, wenn sich der Arbeitnehmer selbst vom Arbeitsverhältnis löst. Die Arbeitsämter sahen dies immer dann als gegeben an, wenn die Arbeitnehmer mit dem Arbeitgeber einen *Aufhebungsvertrag* geschlossen hatten.

Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes liegt ein Sich-Lösen vom Arbeitsverhältnis selbst dann vor, wenn der Arbeitnehmer nach Erhalt einer arbeitgeberseitigen Kündigung lediglich einen Abwicklungsvertrag schließt. Es steht deshalb zu erwarten, dass die Arbeitnehmer damit noch häufiger als bisher den Gang zum Arbeitsgericht wählen, um sich dann vor Gericht mit dem Arbeitgeber zu vergleichen. Der arbeitsgerichtliche Auflösungsvergleich wird von den Arbeitsämtern weiterhin akzeptiert werden müssen.

## c) Kündigung

### (1) Form und Frist

Die Kündigung ist eine empfangsbedürftige einseitige Willenserklärung. Auf sie sind die Vorschriften über Willenserklärungen (§§ 116 ff BGB) anzuwenden. Gemäß § 623 BGB bedarf die Kündigung der **Schriftform**. Die e-

elektronische Form (z. B. E-Mail, Telefax) ist ausgeschlossen.

Für die ordentliche Kündigung des Arbeit**gebers** gilt, dass sich die von ihm einzuhaltenden Kündigungsfristen verlängern, je länger das Arbeitsverhältnis andauert, § 622 BGB. Der Arbeitnehmer kann das Arbeitsverhältnis – soweit vertraglich nichts anderes vereinbart ist – immer mit einer Frist von vier Wochen zum 15. oder zum Ende eines Kalendermonats kündigen.

Die Regelung in § 622 Abs. 2 S. 2 BGB, wonach bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer Zeiten, die vor der Vollendung des 25. Lebensjahres des Arbeitnehmers liegen, nicht berücksichtigt werden, ist wegen Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot nichtig. Das hat der EuGH am 19.01.2010 entschieden.

Während einer vertraglich vereinbarten **Probezeit**, längstens aber für die Dauer von sechs Monaten, kann das Arbeitsverhältnis mit einer Frist von zwei Wochen gekündigt werden, wenn einzelvertraglich nichts anderes vereinbart ist.

§ 622 Abs. 4 BGB enthält eine Regelung des tarifdispositiven Rechts. In Tarifverträgen können kürzere als die in § 622 Abs. 2 BGB genannten Kündigungsfristen vereinbart werden.

Ausnahmsweise können auch einzelvertraglich kürzere Kündigungsfristen vereinbart werden,

- wenn ein Arbeitnehmer zur vorübergehenden Aushilfe eingestellt ist und nicht länger als drei Monate beschäftigt wird oder
- wenn der Arbeitgeber ist der Regel nicht mehr als 20 Arbeitnehmer ausschließlich der Auszubildenden beschäftigt und die Kündigungsfrist nicht kürzer ist als vier Wochen.

Bei der Feststellung der Zahlung der beschäftigten Arbeitnehmer sind teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer nur anteilig zu berücksichtigen; lesen Sie hierzu § 622 Abs. 5 S. 2 BGB.

Für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer darf keine längere Frist vereinbart werden als für die Kündigung durch den Arbeitgeber, § 622 Abs. 6 BGB.

Besondere Kündigungsfristen gelten für Schwerbehinderte (mindestens vier Wochen gemäß § 86 SGB IX), Arbeitnehmer zum Ende der Erziehungszeit für die Arbeitnehmer-(!)Kündigung (drei Monate, § 19 BEEG) und für Schiffsbesatzungen (§§ 63, 87 SeemannsG).

Die außerordentliche Kündigung unterliegt naturgemäß keiner Frist. Allerdings kann eine außerordentliche (fristlose) Kündigung nur innerhalb von zwei Wochen ab dem Zeitpunkt erfolgen, zu dem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt, § 626 Abs. 2 S. 1 und 2 BGB.

**Beispiel:** Der Arbeitgeber erfährt am 01.03.2004, dass sein angestellter Buchhalter in den Jahren 1996 bis 2000 Unterschlagungen von über DM 50.000,00 begangen hat. Der Arbeitgeber kann

bis zum 15.03.2004 kündigen, obwohl das schädigende Ereignis lange zurückliegt. Bei der Berechnung der 14-Tage-Frist gemäß § 626 BGB ist der Tag der Kenntniserlangung nicht mitzurechnen, § 187 Abs. 1 BGB. Fällt das Ende der Frist allerdings auf ein Wochenende, gilt § 193 BGB.

## (2) Das Kündigungsschutzgesetz (KSchG)

Das KSchG schränkt die Möglichkeiten des Arbeitgebers, das Arbeitsverhältnis zu kündigen, ein.

Der persönliche **Anwendungsbereich** des KSchG ist nur eröffnet, wenn der Arbeitnehmer länger als sechs Monate bei dem Arbeitgeber beschäftigt ist, § 1 Abs. 1 KSchG. Der Kündigungsschutz nach dem KSchG gilt nur für Arbeitnehmer in Unternehmen, die mehr als zehn Mitarbeiter ausschließlich der Auszubildenden beschäftigen, wobei Teilzeitbeschäftigte nur anteilig zu berücksichtigen sind. Lesen Sie bitte hierzu § 23 KSchG. Die Regelung ist zum 01.01.2004 ergänzt worden und ist kompliziert. Für Arbeitnehmer, die vor dem 01.01.2004 bereits beschäftigt waren, ist die maßgebliche Unternehmensgröße bereits bei mehr als fünf Arbeitnehmern erreicht. Lediglich für neu angestellte Arbeitnehmer gilt die Zehn-Mann-Regelung. Dies führt zu einer dauerhaften Aufspaltung der Belegschaft in Altmitarbeiter und Neumitarbeiter. Das KSchG gilt außerdem nur eingeschränkt für Schifffahrtsunternehmen und Luftverkehrsbetriebe.

Wenn das KSchG Anwendung findet, gilt Folgendes:

Die **Arbeitnehmerkündigung** bedarf keines Grundes nach dem KSchG. Der Arbeitnehmer muss bei seiner Kündigung lediglich Form und Frist beachten (vgl. oben). Der **Arbeitgeber** bedarf zu seiner Kündigung außerdem eines

**Kündigungsgrundes.** Die möglichen Kündigungsgründe sind im KSchG abschließend aufgezählt. Es sind dies

- die personenbedingte Kündigung,
- die verhaltensbedingte Kündigung,
- die betriebsbedingte Kündigung.

(a) Voraussetzung für eine **personenbedingte Kündigung** ist, dass ein in der Person des Arbeitnehmers liegender Grund zur Kündigung vorliegt.

**Beispiel:** Die Arbeitnehmerin eines Friseursalons erkrankt unheilbar an einer Allergie gegen die Chemikalien, mit denen sie im Rahmen ihrer Arbeit zwangsläufig in Berührung kommt. Sie ist deshalb dauerhaft arbeitsunfähig.

## Übungsfall

### Die Verdachtskündigung

Heribert Schlaumeier (S) ist Verkaufsvertreter der Firma Findig (F) aus Hierhausen. Er ist im Außendienst tätig und besucht potentielle Kunden, um die Produkte der F anzupreisen. Die Fahrten zu den Interessenten rechnet er gegenüber der F als Spesen ab. Eines Tages fällt dem Buchhalter Gründlich (G) auf, dass S für einen Besuch bei dem Geschäftsführer der Kunde KG (K) im 200 km entfernten Dortdorf Spesen abrechnet, obwohl am gleichen Tag der Geschäftsführer der F, Erhard Ehrlich (E), Spesen für ein Mittagessen mit dem Geschäftsführer der K in Hierhausen abrechnet. G meldet dies dem E. E ist erzürnt. Er kündigt dem S, der tags zuvor in Urlaub gefahren ist, fristlos. Dagegen klagt S. Im Prozeß wendet er ein, er habe die Kündigung erst nach seinem 3-wöchigen Urlaub erhalten. Außerdem könne er alles erklären, es handele sich um eine Verkettung dummer Zufälle, mit der Abrechnung habe es seine Richtigkeit. Man könne doch nicht ein-

fach wegen eines Verdachts kündigen. Wie wird das Gericht entscheiden?

- (b) Bei der **verhaltensbedingten Kündigung** liegt der Grund zur Kündigung im (fehlerhaften) Verhalten des Arbeitnehmers.

**Beispiel:** Der Arbeitnehmer stiehlt Büromaterial.

Anhaltende Schlechtleistung kann eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen.

Voraussetzung für eine verhaltensbedingte Kündigung ist in der Regel, dass der Arbeitnehmer wegen des fehlerhaften Verhaltens abgemahnt wird. Die **Abmahnung** ist aus zweierlei Gründen bedeutsam: Sie soll dem Arbeitnehmer seinen Vertragsverstoß verdeutlichen und ihn gleichzeitig warnen, dass er im Wiederholungsfall mit arbeitsrechtlichen Konsequenzen bis hin zur Kündigung rechnen muss. Die Abmahnung muss inhaltlich bestimmt sein. Pauschale Behauptungen genügen nicht. Für die Erteilung einer Abmahnung gilt die Frist des § 626 BGB nicht. Eine ausgesprochene Abmahnung wird auch nicht durch Zeitablauf unwirksam. Es gibt keine Verfallfrist. Die Abmahnungswirkung kann jedoch entfallen, wenn die Abmahnung längere Zeit zurückliegt. Das ist einzelfallabhängig. Die Abmahnung ist grundsätzlich formfrei und bedarf keiner Zustimmung des Betriebsrates.

## Übungsfall

### Die Abmahnung

Die 17-jährige Vanessa Fleißig-Faul (F) macht bei der Heftig GmbH (H) eine Ausbildung zur Bürokauffrau. Als Noten der F aus der Zwischenprüfung an der Berufsschule bei H bekannt werden, ist der Geschäftsführer Grob (G) entsetzt – eine so schlechte Auszubildende hatte er noch nie. Um F auf die Sprünge zu helfen, überreicht er ihr eine schriftliche Abmahnung wegen Verletzung ihrer Pflichten aus dem Ausbildungsvertrag. Danach ist F verpflichtet, gewissenhaft zu lernen. F kommt zu Rechtsanwältin Ratvoll (R) und bittet um Hilfe. Was wird R tun? Wie wird sie vorgehen?

- (c) Bei der betriebsbedingten Kündigung liegt der Grund für die Kündigung im Betrieb. Dabei kann man außerbetriebliche und innerbetriebliche Gründe unterscheiden. Außerbetriebliche Gründe können zum Beispiel Auftragsrückgang oder Rohstoffmangel sein. Innerbetriebliche Gründe sind zum Beispiel organisatorische Maßnahmen (z. B. Rationalisierung). Durch den betriebsbedingten Grund muss ein Arbeitsplatz entfallen. Welcher Arbeitnehmer unter all denen, die auf einem solchen Arbeitsplatz beschäftigt sind, von der Kündigung betroffen ist, ist durch eine betriebsbezogene Sozialauswahl zu ermitteln. Bei der Sozialauswahl sind gemäß § 1 Abs. 3 KSchG folgende Kriterien zu berücksichtigen:

- Dauer der Betriebszugehörigkeit
- Lebensalter

- Unterhaltspflichten
- Schwerbehinderung.

Der Arbeitgeber kann ausnahmsweise einzelne Arbeitnehmer nicht in die Sozialauswahl mit einbeziehen, wenn deren Weiterbeschäftigung insbesondere wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen oder zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebes im berechtigten betrieblichen Interesse liegt, § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG.

- (d) Jede Kündigung muss dem **ultima-ratio-Prinzip** genügen. Für die betriebsbedingte Kündigung ist dies in § 1 Abs. 2 KSchG geregelt. Bei der verhaltensbedingten Kündigung ist zu prüfen, ob ein milderes Mittel nicht ebenso geeignet wäre, das Verhalten des Arbeitnehmers zu verbessern und ob bei einem verbesserten Verhalten eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zumutbar wäre (Negativprognose). Bei einer personenbedingten Kündigung ist zu prüfen, ob der in der Person des Arbeitnehmers liegende Grund nicht mittelfristig behoben werden kann (im Beispielsfall oben z. B. Gesundung durch Kur) oder ob durch eine Versetzung an einen anderen Arbeitsplatz Abhilfe geschaffen werden kann (im Beispielsfall oben z. B. Versetzung an die Kasse).

(3) Weitere Schutzvorschriften

Neben dem Kündigungsschutz durch das KSchG gibt es zahlreiche weitere Normen, die den Arbeitnehmer vor Kündigung schützen. So ist z. B. eine Kündigung unwirk-

sam, die ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochen wurde, wenn ein solcher im Unternehmen existiert, § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG. Unzulässig ist die Kündigung von Schwangeren, § 9 MuSchG und die Kündigung von Personen, die sich in der Elternzeit befinden, § 18 BEEG. Für die Kündigung von Schwerbehinderten bedarf es zuvor einer Zustimmung des Integrationsamtes, § 85 SGB IX. Betriebsräte und Wahlvorstände sind während ihrer Amtszeit und zum Teil noch danach vor Kündigungen geschützt.

Lesen Sie hierzu § 15 KSchG.

Wehr- und Zivildienstleistende dürfen während des Wehrdienstes ebenfalls nicht gekündigt werden, § 2 Abs. 1 ArbPISchG. Will der Arbeitgeber eine größere Anzahl von Arbeitnehmern entlassen (Massenentlassung), muss er dies ggf. zuvor der Agentur für Arbeit anzeigen, § 17 KSchG.

#### (4) Anrufung des Arbeitsgerichtes

Ist eine Kündigung unwirksam, weil der Arbeitgeber z. B. den Betriebsrat nicht angehört hat oder keinen Kündigungsgrund hatte, obwohl das KSchG anzuwenden gewesen wäre, muss der Arbeitnehmer binnen drei Wochen nach Erhalt der schriftlichen Kündigung das Arbeitsgericht anrufen, § 4 S. 1 KSchG.

**Bitte beachten Sie:** Die §§ 4 bis 7 und 13 Abs. 1 S. 1 und 2 KSchG gelten **unabhängig von der Betriebsgröße und der Beschäftigungsdauer** für alle Arbeitsverhältnisse.

Versäumt der Arbeitnehmer die Dreiwochenfrist gemäß § 4 S. 1 KSchG, gilt die Kündigung als von Anfang an

wirksam, § 7 KSchG. (Das Arbeitsgericht kann verspätete Klagen zulassen, § 5 KSchG). Die Versäumung der drei Wochenfrist ist also keine formale Hürde, die eine Kündigungsschutzklage unzulässig machen würde, sondern führt zur Wirksamkeit der Kündigung und damit zur Unbegründetheit der Klage.

Lediglich die fehlende Schriftform der Kündigungserklärung gemäß § 623 BGB kann ohne Einhaltung der Dreiwochenfrist geltend gemacht werden. Dies folgt aus der Formulierung in § 4 KSchG, wonach die Klage innerhalb von drei Wochen nach Zugang der **schriftlichen** Kündigung erhoben werden muss.

### *Prüfschema:*

### *Kündigungsschutzklage bei ordentlicher Kündigung*

Die Klage hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

#### **A. Zulässigkeit der Klage**

- I. Parteifähigkeit (§ 46 Abs. 1 ArbGG, § 50 Abs. 1 ZPO, § 10 ArbGG)
- II. Prozessfähigkeit (§§ 46 Abs. 1 ArbGG, 51 ff ZPO)
- III. Ausreichend bestimmter Klageantrag (§ 46 Abs. 2 ArbGG, §§ 253 Abs. 2 Nr. 2 u. 495 Abs. 1 ZPO; hier i.d.R. Feststellungsantrag gemäß § 4 KSchG).
- IV. Zuständiges Gericht (Örtlich, sachlich, instanzial: §§ 2, 48 ArbGG, § 17 ff GVG, § 46 ArbGG i.V.m. 12 ff ZPO)

#### **B. Begründetheit**

Die Klage ist begründet, wenn die Kündigung unwirksam ist.

##### I. Allgemeine Unwirksamkeitsgründe

1. Kündigung ist als **empfangsbedürftige Willenserklärung** ein einseitiges Rechtsgeschäft: Prüfung auf Willensmängel / Bedingungsfeindlichkeit / Geschäftsfähigkeit des Erklärenden / ggf. wirksame Vertretung / Zugang
2. **Form** der Kündigung: § 623 BGB
3. **Kündigungsfrist**, § 622 BGB

## II. Allgemeiner Kündigungsschutz (KSchG)

### 1. **Anwendbarkeit** des KSchG:

- a) objektiver Anwendungsbereich: § 23 KSchG: Betriebsgröße
- b) subjektiver Anwendungsbereich: § 1 KSchG: Betriebszugehörigkeit

### 2. **Soziale Rechtfertigung**, § 1 Abs. 1 KSchG

- a) Die Kündigung ist sozial ungerechtfertigt, wenn kein *Kündigungsgrund* vorliegt, § 1 Abs. 2 KSchG. Kündigungsgründe sind:
  - (1) Personenbedingte Kündigung
    - (a) negative Prognose
    - (b) erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen
    - (c) Abwägung
  - (2) Verhaltensbedingte Kündigung
    - (a) Ausreichender Grund – ggf. nach Abmahnungen
    - (b) Abwägung
  - (3) Betriebsbedingte Kündigung (dringendes betriebliches Erfordernis)
    - (a) außerbetrieblicher oder innerbetrieblicher Grund
    - (b) Unternehmerentscheidung zur Veränderung (bei innerbetrieblichen Gründen i.d.R. mit diesen identisch)
    - (c) Dadurch Wegfall eines / mehrerer Arbeitsplätze?
    - (d) Sozialauswahl: Alter, Betriebszugehörigkeit, Unterhaltsverpflichtungen, Behinderungen bei vergleichbaren Arbeitnehmern (§ 1 Abs. 3 KSchG)
- b) Trotz eines Kündigungsgrundes ist die Kündigung sozial ungerechtfertigt,
  - (1) wenn eine Änderungskündigung als milderes Mittel möglich ist, z.B. eine Versetzungsmöglichkeit besteht (§ 1 Abs. 2 Nr. 1b) KSchG)
  - (2) bei Verstoß gegen eine Auswahlrichtlinie nach § 95 BetrVG (§ 1 Abs. 2 Nr. 1a) KSchG)
  - (3) Ggf. eingeschränkte Überprüfbarkeit, § 1 Abs. 4 und 5 KSchG

## III. Besonderer Kündigungsschutz

Gehört der Arbeitnehmer zu einem besonders geschützten Personenkreis?

- 1. § 9 Abs. 1 MuSchG für **Schwangere und Mütter** (Achtung: Zusätzlich Begründungserfordernis bei Kündigungserklärung)
- 2. § 18 Abs. 1 BEEG für **Eltern** in Elternzeit
- 3. § 22 BBiG für **Auszubildende** (Achtung: Zusätzlich Begründungserfordernis bei Kündigungserklärung)
- 4. § 85 SGB IX für **Schwerbehinderte**
- 5. § 15 Abs. 1 KSchG für **Betriebsräte und Wahlvorstände** usw.
- 6. § 2 Abs. 1 ArbPISchG für **Wehr- und Zivildienstleistende**

IV. Weitere Regelungen, deretwegen eine Kündigung unwirksam sein kann

1. Wenn Betriebsrat existiert: **Betriebsratsanhörung**, § 102 BetrVG
2. Wenn **Massenentlassung**: Vorherige Anzeige an Agentur für Arbeit, § 17 KSchG
3. Ggf. **Kündungsverzicht** /-ausschluss in Tarifvertrag oder im Arbeitsvertrag
4. Verstößt die Kündigung gegen Vorschriften des **AGG**? Vorsicht: § 2 Abs. 4 AGG

V. Rechtzeitige Anrufung des Arbeitsgerichtes

Kündigung gilt als wirksam, wenn das Arbeitsgericht nicht rechtzeitig angerufen wurde, §§ 4 ff KSchG. Achtung: materiellrechtliche Frage der Begründetheit, keine Frage der Zulässigkeit der Klage!

## Übungsfälle

### 1. Fall: Der ungeduldige Arbeitgeber

Unternehmer U hat 30 Arbeitnehmer. Es existiert ein Betriebsrat. U will den Arbeitnehmer A kündigen. Er hat einen Kündigungsgrund. Am 19.01.2005 informiert er den Betriebsrat schriftlich über die beabsichtigte Kündigung. Nachdem sich der Betriebsrat am 24.01.2005 noch immer nicht geäußert hat, sendet er an diesem Tag die Kündigung an A ab. A erhält die Kündigung per Post am 27.01.2005.

A wehrt sich gegen die Kündigung. Er behauptet, sie sei unwirksam.

### 2. Fall: Höhere Mathematik

Der dreißigjährige A ist seit 10 Jahren als Buchhalter bei Bauunternehmer B angestellt. B hat insgesamt 20 Arbeitnehmer. Bei B entfällt ein Arbeitsplatz in der Buchhaltung. B muss sich in der Sozialauswahl zwischen A und dessen Kollegen C entscheiden. C ist – wie A – ledig, aber 32 Jahre alt und seit sieben Jahren bei B beschäftigt.

B entscheidet sich dafür, A zu kündigen. Er ist der Auffassung, A habe unter Berücksichtigung der gesetzlichen Regelungen die kürzere Betriebszugehörigkeit (vgl. § 622 Abs. 2 S. 2 BGB).

Ist die Sozialauswahl des B korrekt?

### **3. Fall: Festina Lente**

Werkzeugmacher W ist seit drei Jahren bei seinem Arbeitgeber G eingestellt. Es gelten die gesetzlichen Kündigungsfristen. W hat im Unternehmen des G Werkzeug gestohlen. G erfährt davon am 20.12.. Da er allerdings gerade im Begriff ist, in Urlaub zu fahren, nimmt er sich der Angelegenheit erst Anfang des neuen Jahres an. Am 10.01. überreicht er W die fristlose Kündigung wegen des Diebstahls. W wehrt sich. Er hält die Kündigung für unwirksam.

Hat er Recht?

### **4. Fall: Die „Probezeitverlängerung“**

U beschäftigt 15 Arbeitnehmer. Am 01.07. stellt er außerdem den Arbeitnehmer A ein. Im Arbeitsvertrag ist vereinbart, dass die ersten sechs Monate der Beschäftigung als Probezeit gelten sollen. U ist von der Arbeitsleistung des A nicht völlig überzeugt. Er möchte deshalb die Probezeit verlängern. Sein Rechtsanwalt rät ihm davon jedoch ab. Daraufhin vereinbaren U und A am 20.12. einen Aufhebungsvertrag, wonach das Arbeitsverhältnis mit Ablauf des 31.03. des Folgejahres enden soll. U stellt dem A mündlich in Aussicht, wenn er sich in der Zeit gut führe, werde man den Aufhebungsvertrag „vergessen“ oder A erneut einstellen.

Als absehbar wird, dass U den A über den 31.03. hinaus nicht beschäftigen wird, klagt A auf Feststellung, dass sein Arbeitsverhältnis durch den Aufhebungsvertrag nicht beendet wird. A ist der Auffassung, der Aufhebungsvertrag sei „irgendwie nichtig“.

Hat A Recht?

### **5. Fall:**

U beschäftigt seit dem 01.01.2000 sieben Mitarbeiter. Vier der Arbeitnehmer sind in der Produktion beschäftigt, eine Sekretärin übernimmt die Verwaltung des Unternehmens, zwei Teilzeitputzkräfte (jeweils 20

Stunden pro Woche) reinigen das Unternehmen. Außerdem gibt es im Unternehmen des U noch drei Auszubildende.

U entschließt sich, eine modernere Produktionsmaschine anzuschaffen, die den gesamten Produktionsablauf effizienter gestaltet. Er kann dafür zwei Mitarbeiter aus der Produktion entlassen. U entschließt sich deshalb, insgesamt drei Personen zu kündigen, zwei Mitarbeitern aus der Produktion und einer der beiden Putzfrauen, da durch die neue Maschine aus weniger Schmutz entsteht.

Am 31.12. übergibt er der Mitarbeiterin aus der Produktion A und seiner Putzfrau C jeweils schriftlich die Kündigung zum 31.01. Der Mitarbeiter der Produktion B, die sich zur Zeit im Urlaub befindet, übersendet U am selben Tag die Kündigung per Telefax nach Hause.

Am 21.01. klagt C vor dem Arbeitsgericht auf Feststellung, daß die Kündigung unwirksam sei. Am 26.01. erheben A und B Klage. A wendet ein – was korrekt ist -, daß sie seit Mitte November schwanger sei.

Wie sind die Erfolgsaussichten der Kündigungsschutzklagen?

### **Sie merken sich:**

**Befristete Arbeitsverhältnisse sind nur zulässig im Rahmen des TzBfG.**

**Die Befristung bedarf der Schriftform.**

**Sachgrundbefristung und sachgrundlose Befristung können nicht beliebig kombiniert werden.**

**Ist die Befristung unwirksam, ist der Vertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen.**

**Das Kündigungsschutzgesetz kennt drei Kündigungsgründe: Personenbedingte, verhaltensbedingte und betriebsbedingte Kündigung.**

**Bei der betriebsbedingten Kündigung bedarf es in der Regel einer Sozialauswahl. Dabei sind Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Unterhaltspflichten und Behinderungen zu berücksichtigen.**

**Eine verhaltensbedingte Kündigung setzt nicht zwingend, aber meist eine Abmahnung voraus.**

**Die Versäumung der Dreiwochenfrist gemäß § 4 KSchG führt zur Wirksamkeit der Kündigung, § 7 KschG.**

d) Das Arbeitszeugnis

Der Arbeitnehmer hat bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses Anspruch auf Erteilung eines Zeugnisses, § 630 BGB. Das Zeugnis ist auf Verlangen auf die Leistung und die Führung im Dienst zu erstrecken. § 630 S. 4 BGB verweist auf § 109 der GewO, in der die Pflicht zur Zeugniserteilung noch einmal (unnötigerweise) geregelt ist. Die Regelung ist in der GewO systemwidrig, weil die Gewerbeordnung als polizeirechtliche Vorschrift öffentliches Recht ist. Der Anspruch auf Zeugniserteilung ist jedoch ein aus dem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis erwachsender Anspruch. Hinzu kommt, dass die Gewerbeordnung sich nur an Gewerbetreibende richtet (jedenfalls richten sollte). Für Arbeitnehmer bei Unternehmen, die nicht gewerblich tätig sind, z. B. Anwaltsbüros, würde die Gewerbeordnung eigentlich nicht gelten

Man unterscheidet einfache und qualifizierte Zeugnisse. Während das einfache Arbeitszeugnis lediglich bezeugt, dass der Arbeitnehmer für den Arbeitgeber tätig war, enthält das qualifizierte Arbeitszeugnis eine Leistungsbeschreibung und eine Leistungsbeurteilung.

Das Zeugnis muss so gestaltet sein, dass es das berufliche Fortkommen des Arbeitnehmers nicht behindert. Das fängt bei Formalien an: Das Ausstellungsdatum des (End-)Zeugnisses muss der Tag des letzten Arbeitsverhältnisses sein. Ist das Zeugnis erst danach ausgestellt, deutet dies darauf hin, dass es erst nach einer gerichtlichen Auseinandersetzung ausgestellt wurde. Das Zeugnis darf nicht geknickt sein, denn das deutet darauf hin, dass es dem Arbeitnehmer nicht persönlich übergeben, sondern übersandt wurde. Auch das ist Indiz für ein Streitiges Ende des Arbeitsverhältnisses. Das Arbeitsverhältnis muss ohne Rechtschreibfehler auf dem Briefpapier des Arbeitgebers verfasst und von der zuständigen Person unterzeichnet sein.

Der Inhalt des Zeugnisses muss wahr sein, der Arbeitgeber darf nicht lügen. Da der Arbeitgeber das berufliche Fortkommen des Arbeitnehmers aber nicht behindern darf, hat es sich in der Praxis eingebürgert, weniger auf das zu achten, was im Zeugnis tatsächlich geschrieben steht als auf das, was zwischen den Zeilen, also durch Auslassungen oder besondere Formulierungen deutlich wird. Scheinbar positive Formulierungen können so ins Gegenteil verkehrt werden.

Ist das Zeugnis falsch, hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Berichtigung des Zeugnisses. Diesen Anspruch kann er gerichtlich geltend machen. Da der bloße Antrag, das Zeugnis zu berichtigen, zu unbestimmt wäre, muss der Arbeitnehmer dem Gericht eine konkrete Formulierung vorschlagen, also beantragen, den Arbeitgeber zu verurteilen, ein Zeugnis mit bestimmter Formulierung auszustellen.

Sehen Sie ein Beispiel eines „verunglückten“ Zeugnisses.

**Firma Muster, Mustermannstraße 3, 12345 Musterstadt**

Datum

Arbeitszeugnis

Herr Hannes Huber, geb. am 17.05.1978, war vom 01.04.2006 bis zum 31.12.2009 in unserem Hause als Kundenbetreuer im Innendienst tätig. Zu seinen Aufgaben gehörte insbesondere die Entgegennahme und Bearbeitung von Reklamationen, die Weiterleitung von Bestellungen und die Betreuung von Werbeaktionen.

Wir lernten Herrn Huber als zuverlässigen und engagierten Mitarbeiter kennen.<sup>1</sup> Er wirkte an der Erledigung der ihm übertragenen Aufgaben stets zu unserer vollen Zufriedenheit mit.<sup>2</sup>

Besonders hervorzuheben ist sein Engagement bei der Gestaltung der Betriebsfeier.<sup>3</sup> Auf seinen Wunsch bestätigen wir gerne seine überragenden fachlichen Qualitäten und seine herausragenden Kenntnisse insbesondere im Bereich des Online-Marketing.<sup>4</sup>

Herr Huber war aufgrund seines großen Fachwissens bei den Kollegen besonders beliebt und auch von seinen Vorgesetzten aufgrund seiner offenen und ehrlichen Weise besonders geschätzt.<sup>5</sup>

Herr Huber hat unseren Erwartungen stets zu unserer vollen Zufriedenheit entsprochen.<sup>6</sup>

Wir wünschen Herrn Huber für die berufliche Zukunft viel Glück und Erfolg.<sup>7</sup>

---

<sup>1</sup> So hat man ihn kennengelernt. Tatsächlich hat sich im Laufe der Zusammenarbeit aber herausgestellt, dass er weder fleißig noch zuverlässig war.

<sup>2</sup> Er war unerträglich faul: Weder war er bereit oder in der Lage, die ihm übertragenen Aufgaben alleine zu bewältigen, noch tat er mehr als das unbedingt Nötige. Er sah die Arbeit nicht, man musste ihn stets darauf stoßen, was zu tun sei. An diesem schlechten Bild ändert auch die Benotung „gut“ = stets zu unserer vollen Zufriedenheit nichts.

<sup>3</sup> Wenn Nebensächlichkeiten besonders hervorgehoben werden, schmälert dies die Qualität der eigentlichen Leistung.

<sup>4</sup> „Auf seinen Wunsch“: Wir bestätigen, weil er es verlangt, nicht etwa, weil es tatsächlich so wäre.

<sup>5</sup> Herr Huber war aufgrund seiner Besserwisserei bei seinen Kollegen offensichtlich nicht besonders beliebt und noch weniger bei seinen Vorgesetzten, denen gegenüber er sich oft im Ton vergriffen hat. Dass das Verhältnis zu den Vorgesetzten nicht unbetrübt war, erkennt man auch an der Reihenfolge der Nennung. Üblich ist: „... war bei Vorgesetzten, Mitarbeitern und Kunden gleichermaßen geschätzt und beliebt“. Da über sein Verhältnis zu den Kunden nichts gesagt wird, ist vielsagend. Als Kundenberater hätte man hierzu im Zeugnis eine Aussage erwartet.

<sup>6</sup> Diese Formulierung entspricht der Gesamtnote „gut“. Angesichts der zahlreichen Hinweise im Zeugnis kann eine solche Note die schlechte Bewertung aber nicht retten.

---

<sup>7</sup> Auf die guten Wünsche für die Zukunft hat der Arbeitnehmer ebenso wenig Anspruch wie auf einen Ausdruck des Bedauerns (z. B.: „Wir bedauern sehr, einen unserer besten Mitarbeiter zu verlieren“). Daß den „Verlust“ von Herrn Huber niemand bedauert, ist ein weiteres Indiz dafür, dass er nichts taugt.