



Universität zu Köln  
Die Rechtswissenschaftliche Fakultät  
Das Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht  
Das Institut für Deutsches und Europäisches Arbeits- und Sozialrecht

Die Tagung wird mitgestaltet und gefördert von

**Küttner**  
Arbeitsrecht. **Seit 1973.**

**Donnerstag**  
**8. Juni 2017**  
Universität zu Köln

Infos:  
[www.koelner-forum-arbeitsrecht.de](http://www.koelner-forum-arbeitsrecht.de)

**9 .K**  
**FA**

**Kölner Forum**  
**zum Arbeitsrecht**

**Arbeitsrecht neu gedacht.**

Experten aus Wissenschaft, Wirtschaft,  
Verbänden, Justiz und Anwaltschaft diskutieren  
über aktuelle Entwicklungen im Arbeitsrecht.



# Referat

**Werner Ziemann**

*Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht Hamm*

## **Aktuelle Fragen des Kündigungsschutzes**



## 9. Kölner Forum zum Arbeitsrecht

---

– Aktuelle Fragen des Kündigungsschutzes –

Werner Ziemann

Vors. Richter am Landesarbeitsgericht, Hamm

- ▶ **Geltendmachung der Nichteinhaltung der Kündigungsfrist**
  - ▶ BAG 15.12.2016 – 6 AZR 430/15
  - ▶ SV: K. als internationaler Vertriebsleiter seit 01.04.2013. Arbeitsvertrag: „Dieser Vertrag beginnt am 01.04.2013 und wird zunächst auf die Dauer von 5 Jahren geschlossen/endet mit dem Ablauf des 31.03.2018, ohne dass es einer Kündigung bedarf. Wird er nicht mit einer Frist von 12 Monaten vor Ablauf von einer der Vertragsparteien gekündigt, so verlängert sich seine Geltungsdauer um weitere 36 Monate.“

**Kündigung v. 20.08.2013** (Zug. 20.08.2013): „hiermit kündigen wir Ihnen das ... Arbeitsverhältnis unter Berücksichtigung der Kündigungsfrist von 4 Wochen zum Monatsende ordentlich zum 30. September 2013.“

Mit Schreiben vom 29.10.2013 machten Prozessbevollmächtigte des Klägers den **Fortbestand des Vertragsverhältnisses jedenfalls bis zum 31.03.2018** geltend.

Fortbestandsklage – Eingang 12.12.2013 beim Arbeitsgericht.
  - ▶ Klage als Fortbestandsklage zulässig (§ 256 Abs. 1 ZPO)
    - ▷ Geltendmachung eines begrenzten Fortbestands

- ▶ Wirksamkeit der Kündigung nach § 7 HS 1 KSchG?
  - ▷ Versäumte Klagefrist betr. Verstoß gegen § 15 Abs. 3 TzBfG?
    - Befristetes Arbeitsverhältnis?
      - Unbefristetes Arbeitsverhältnis mit einer Mindestdauer von fünf Jahren
  - ▷ Versäumte Klagefrist betr. Geltendmachung fehlerhafter Kündigungsfrist?
    - Klagefrist nach § 4 Satz 1 KSchG, wenn Kündigung nicht als solche mit rechtlich gebotener Frist ausgelegt werden kann
      - Mit zu kurzer Frist erklärte Kündigung gilt nach § 7 Halbs. 1 KSchG als rechtswirksam, wenn sie nach § 140 BGB in ein anderes Rechtsgeschäft umgedeutet werden müsste, also in eine Kündigung mit zutreffender Frist
      - Kündigung beendet Arbeitsverhältnis zum „falschen Termin“, wenn die zu kurze Kündigungsfrist nicht als anderer Rechtsunwirksamkeitsgrund binnen drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung im Klageweg nach § 4 Satz 1 oder § 6 Satz 1 KSchG geltend gemacht worden ist
  - Streitfall – kein Auslegung zum zulässigen Termin möglich
    - Ausdrückliche Nennung Datum „30.09.2013“
    - Nennung Kündigungsfrist „4 Wochen zum Monatsende“
    - „Ordentliche Kündigung“ – genügt nicht für Annahme, dass es B um Einhaltung der maßgeblichen Kündigungsfrist ging
    - Nicht hilfsweise zum nächstzulässigen Termin
    - Kein Anhaltspunkt dafür, dass B trotz der angegebenen Kündigungsfrist und des genannten Kündigungstermins in jedem Fall die zutreffende Kündigungsfrist wahren wollte
    - Erklärungsverhalten der B **nach** Zugang der Kündigung ohne Bedeutung

- ▶ BAG 15.12.2005 – 2 AZR 148/05
  - ▶ **Amtlicher Leitsatz:** „Der Arbeitnehmer kann die Nichteinhaltung der Kündigungsfrist auch nach der am 1. Januar 2004 in Kraft getretenen Neufassung von § 4 KSchG außerhalb der fristgebundenen Klage nach § 4 Satz 1 KSchG geltend machen.“
  - ▶ Argumente
    - ▷ Wortlaut § 4 Satz 1 KSchG: geht nicht um Geltendmachung der Unwirksamkeit der Kündigung (Antrag: „nicht aufgelöst ist“), nur um Zeitpunkt des Wirksamwerdens
    - ▷ § 4 Satz 1 KSchG erfasst Unwirksamkeit als Begründungselement für § 140 BGB nicht
    - ▷ Kündigungsfrist ist nur Berechnungsfaktor, Angabe Kündigungstermin ist Wissenserklärung
    - ▷ Auslegungsregel:
      - ▶ Ordentliche Kündigung ist in aller Regel als zum zutreffenden Termin ausgesprochen auszulegen, auch wenn sie ihrem Wortlaut nach zu einem früheren Termin gelten soll.
      - ▶ Ausnahme: Wenn sich aus der Kündigung und der Umstände des Einzelfalles ein Wille des Arbeitgebers ergibt, die Kündigung nur zum erklärten Zeitpunkt gegen sich gelten zu lassen, wäre Kündigungstermin integraler Bestandteil der Willenserklärung und müsste innerhalb der Klagfrist des § 4 Satz 1 KSchG angegriffen werden. Dann scheidet aber Umdeutung aus, da ein derart klar artikulierter Wille des Arbeitgebers nicht den Schluss auf einen mutmaßlichen Willen, wie ihn § 140 BGB erfordert, zulässt.
  - ▶ Ebenso BAG 06.07.2006 – 2 AZR 215/05; angeschlossen BAG 09.02.2006 – 6 AZR 283/05; offen gelassen BAG 21.08.2008 – 8 AZR 201/07

## ➤ BAG 01.09.2010 – 5 AZR 700/09

### ▶ Orientierungssätze:

- ▷ „Die Nichteinhaltung der Kündigungsfrist muss innerhalb der Klagefrist des § 4 S 1 KSchG geltend gemacht werden, wenn sich nicht durch Auslegung ermitteln lässt, dass eine fristwahrende Kündigung ausgesprochen werden sollte (Abgrenzung zu BAG, Urteil vom 15. Dezember 2005 - 2 AZR 148/05 -).“
- ▷ Ist eine ordentliche Kündigung ohne weiteren Zusatz zu einem bestimmten Datum erklärt worden, steht das Bestimmtheitsgebot der Auslegung der Kündigungserklärung als eine Kündigung zu einem anderen Termin entgegen („Es ist nicht die Aufgabe des Arbeitnehmers, darüber zu rätseln, zu welchem anderen als in der Kündigungserklärung angegebenen Termin der Arbeitgeber die Kündigung gewollt haben könnte.“)

## ➤ BAG 15.05.2013 – 5 AZR 130/12

### ▶ Orientierungssätze:

- ▷ Ob bei einer ordentlichen Kündigung die Nichteinhaltung der objektiv richtigen Kündigungsfrist mit der fristgebundenen Klage nach § 4 Satz 1 KSchG geltend gemacht werden muss, hängt davon ab, ob die Nichteinhaltung der Kündigungsfrist zur Unwirksamkeit der Kündigungserklärung führt. Das ist der Fall, wenn sich die mit zu kurzer Frist ausgesprochene Kündigung nicht als eine solche mit der rechtlich gebotenen Frist auslegen lässt.
- ▷ Eine vom Arbeitgeber mit fehlerhafter Kündigungsfrist zu einem bestimmten Datum erklärte Kündigung mit dem Zusatz "fristgemäß zum" kann als solche zum richtigen Kündigungszeitpunkt ausgelegt werden, wenn es dem Arbeitgeber, für den Arbeitnehmer erkennbar, wesentlich um die Einhaltung der maßgeblichen Kündigungsfrist ging und sich das in das Kündigungsschreiben aufgenommene Datum lediglich als das Ergebnis einer fehlerhaften Berechnung der zutreffenden Kündigungsfrist erweist.
- ▷ Die Auslegung einer Kündigungserklärung als Kündigung zum richtigen Termin setzt aufgrund des Bestimmtheitsgebots voraus, dass sich aus der Kündigungserklärung ergibt, zu welchem Zeitpunkt das Arbeitsverhältnis beendet werden soll, ohne dass der Arbeitnehmer darüber rätseln muss, zu welchem anderen als in der Kündigungserklärung genannten Termin der Arbeitgeber die Kündigung gewollt haben könnte.

- ▶ SV: Verspätete Klage gegen Kdg v 27.06.2009 „fristgemäß zum **30.09.2009**“. Inhaber versichert, Kündigungsfrist geprüft zu haben. Zutreffende Kündigungsfrist § 622 Abs. 2 S. 1 BGB – 6 Monate zum Monatsende – **31.12.2009**
- ▶ § 7 HS 1 KSchG? Pflicht zur Geltendmachung Nichteinhaltung Kündigungsfrist nach § 4 S. 1 KSchG?
  - ▷ **Klagefrist**, wenn Nichteinhaltung der Kündigungsfrist zur **Unwirksamkeit der Kündigung** führt
    - Wenn nicht Auslegung richtigen Kündigungstermin ergibt
    - Keine Divergenz 2. u. 5. Senat
    - Aber 2. Senat: Auslegbarkeit zum richtigen Zeitpunkt sei „Regelfall“
    - 5. Senat: „Bei einer ordentlichen Kündigung sei für den Kündigungsadressaten erkennbar, dass der Kündigende die einzuhaltende Kündigungsfrist grundsätzlich wahren wolle, weil er aufgrund gesetzlicher, tariflicher oder einzelvertraglicher Regelungen an sie gebunden sei. Einer solchen Auslegungsregel fehlt die hinreichende Tatsachenbasis. Ob Arbeitgeber tatsächlich stets – und für die Arbeitnehmer als Erklärungsempfänger erkennbar – die objektive einzuhaltende Kündigungsfrist wahren wollen, ist bislang empirisch unerforscht geblieben. Zudem ist eine Kündigung zum 30.09. ein anderes Rechtsgeschäft als eine solche zum 31. Dezember. Das Risiko, einen ausdrücklich genannten Kündigungstermin rechtlich zutreffend bestimmt zu haben, darf nicht auf den Empfänger der Kündigungserklärung abgewälzt werden.“

- ▷ Streitfall: Gemeint war Kündigung zum 31.12.2009
  - **Gegen** Auslegung der Kündigung zum zutreffenden Zeitpunkt: „30.09.2009“: „Damit hat die Beklagte den Wirkungszeitpunkt ihrer Willenserklärung bestimmt und grundsätzlich das Risiko der rechtlichen Zulässigkeit des Termins übernommen.“
  - **Aber:** „fristgemäß zum“: Ging es Beklagten um „Datum“ oder um „Einhaltung der richtigen Kündigungsfrist“? Umstände
    - Erklärung bei Übergabe der Kündigung
    - „Datum“ nur Ergebnis einer fehlerhaften Berechnung
  - Bestimmtheitsgebot? Zu welchem Datum soll Arbeitsverhältnis enden?
    - „Dem genügt die Kündigung der Beklagten. Sie enthält nicht nur ein bestimmtes Datum, sondern den Zusatz "fristgemäß zum". Nachdem zwischen den Parteien außer Streit steht, dass für ihr Arbeitsverhältnis keine anderen als die gesetzlichen Kündigungsfristen gelten, kann der Kläger anhand von § 622 Abs. 2 Satz 1 BGB in einem einfachen Rechenschritt die maßgebliche Kündigungsfrist selbst berechnen, ohne dass er von § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB in die Irre geführt werden könnte.“

- ▶ Abgekürzte Kündigungsfrist in der Probezeit nur bei eindeutiger Vertragsgestaltung
  - ▶ BAG 23.03.2017 – 6 AZR 705/15
  - ▶ SV: Arbeitsvertrag von 4/2014 mit 17 Paragrafen und 68 Unterpunkten, Verweis auf ZeitarbeitsTV – Kündigungsfrist in ersten drei Monaten 1 Woche, dann 2 Wochen, im Arbeitsvertrag 6 Monate Probezeit
    - § 8 Beendigung des Arbeitsverhältnisses ...1.Für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses gilt eine Kündigungsfrist von 6 Wochen zum Monatsende...“
    - Kdg vom **05.09.2014** zum 20.09.2014 (hilfsweise zum nächstzulässigen Termin);
    - Klage vom **08.10.2014**: festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 5. September 2014 erst zum 31. Oktober 2014 beendet wurde.
  - ▶ Klagefrist nach § 4 Satz 1 KSchG nicht eingehalten
    - ▷ Kündigung lässt sich als Erklärung mit der rechtlich gebotenen Kündigungsfrist auslegen
    - ▷ Kritik: Fortbestandsantrag geboten (kein Antrag nach § 4 Satz 1 KSchG)

- ▶ **Kündigungsfrist während Probezeit 2 Wochen?**
  - ▷ Nach TV 2 Wochen
  - ▷ Nach Arbeitsvertrag 6 Wochen zum Monatsende
  - ▷ AGB-Auslegung
    - ▶ objektiv-generalisierenden Maßstab
    - ▶ abzustellen ist auf den typischerweise bei Arbeitsverträgen der geregelten Art zu erwartenden **nicht rechtskundigen** Arbeitnehmer
    - ▶ wie ist Klausel nach der „nichtjuristischen Laiensphäre“ zu verstehen
  - ▷ Streitfall
    - ▶ Gilt Kündigungsfristenregelung des Vertrags
    - ▶ Keine Einschränkung auf Zeit nach Probezeit
    - ▶ Regelmäßig Vorrang vertraglicher Regelung vor in Bezug genommener tariflicher Regelung
      - Vorrang der „unterschriftsnahen Bestimmung“ vor der vertragsfernen tariflichen Regelung
    - ▶ Allerdings – bei vereinbarter Probezeit gilt § 622 Abs. 3 BGB – aber abweichende Regelung (wie hier) möglich

### ► Außerordentliche Kündigung, Videoüberwachung

► BAG 22.09.2016 – 2 AZR 848/15

► SV: Kin, Bz 1998, stellv. Filialleiterin, überwiegend als Kassiererin. AGin – Lebensmitteleinzelhandel. Inventurverluste in Warengruppen „Tabak/Zigaretten“ und „Nonfood“ (10fach gegenüber vorheriger Inventur). Recherchen – Verdacht gegenüber Personal (Mitarbeiterinnen D u. M). Weitere Kontroll- und Revisionsmaßnahmen, Taschenkontrollen ohne Ergebnis. Verdeckte Videoüberwachung im Kassenbereich mit Zustimmung BR.

18.12.2013: Videosequenz zeigt Kin – Musterpfandflasche über Scanner, Geld aus Kasse in Tasche, Bon über 3,25 EUR für 13 Pfandflaschen. Fl. hilfsweise o. Kdg. Kin behauptet, beim Betreten der Filiale Leergut in Pfandbox geworfen.

► Wichtiger Grund nach § 626 BGB?

▷ Manipulation Kassenvorgang mit Bereicherungsabsicht an sich geeignet (§ 241 Abs. 2 BGB – Pflicht zur Rücksichtnahme)

▷ Unabhängig von Höhe

▷ Maßgebend Vertrauensverlust

► Interessenabwägung?

▷ Unbeanstandete Beschäftigung, relativ geringer Schaden, aber bewusst heimlich, gezielte Manipulation auf Kosten der AGin, Vertrauensbruch bei stellv. Filialleiterin und Kassiererin

▷ Prozessbeschäftigung nach Urteil Arbeitsgericht unschädlich (Umstände im Kündigungszeitpunkt)

- ▶ Sachvortrags- oder Beweisverwertungsverbot wg. Eingriff in Recht auf informationelle Selbstbestimmung bzw. Recht am eigenen Bild als Ausprägung des allgem. Persönlichkeitsrechts (APR)?
  - ▷ Streitfall Verwertung unstreitigen Vortrags (Scannen Pfandflasche) und Anhörung Zeugen (Inhalt der gelöschten früheren Videoaufnahmen)
  - ▷ ZPO u. ArbGG kennen kein Verbot der Verwertung rechtswidrig erlangter Erkenntnisse oder Beweise
    - Grundsatz der freien Beweiswürdigung, Anspruch auf rechtliches Gehör
    - Erforderlich besondere gesetzliche Grundlage für Verwertungsverbot
  - ▷ BDSG begrenzt nicht Parteivortrag und Verwertung in gerichtlichen Verfahren
  - ▷ Verwertungsverbot nur, wenn aufgrund verfassungsrechtlich geschützter Position einer Prozesspartei zwingend geboten
    - Bei Eingriff in APR überwiegt Verwertungsinteresse, wenn Art der Informationsbeschaffung und Beweiserhebung gerechtfertigt
    - Verwertungsverbot kann auch unstreitigen Sachvortrag erfassen
      - Wegen Wahrheitspflicht (§ 138 Abs. 1 u. 2 ZPO) kann Partei nicht gezwungen sein, grundrechtswidrig über sie erlangte Informationen bestreiten zu müssen, um ihre Rechte zu wahren
      - Grundrechtsbindung der Gerichte – von Amts wegen (Ausnahme: „wirksamer“ Verzicht auf Geltendmachung der Rechtsverletzung)

## ▶ Streitfall

- ▷ Verwertung des unstrittigen Sachvortrags unzulässig, wenn Grundrechtsverletzung perpetuiert oder vertieft würde
  - Eingriff durch Videoüberwachung in APR der Klägerin
  - Eingriff aber wg. überwiegender Interessen der Beklagten gerechtfertigt
- ▷ Verdeckte Videoüberwachung rechtmäßig, wenn
  - Konkreter Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer anderen schweren Verfehlung zu Lasten des AG
    - bezogen auf **konkrete** Handlung / Verfehlung
    - gegen **räumlich und funktional abgrenzbaren Kreis von Arbeitnehmern** (ultima ratio auch für weitere Eingrenzung des Kreises)
  - Weniger einschneidende Mittel der Aufklärung ergebnislos ausgeschöpft
  - Verdeckte Videoüberwachung einzig verbliebenes Mittel
  - Nicht unverhältnismäßig
  - § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG als Erlaubnistatbestand „zur Aufdeckung von Straftaten“
- ▷ Im Streitfall ultima ratio
  - Überwachung auch, wenn nicht ausschließlich verdächtige Personen erfasst

- ▷ Mitbestimmungsrecht
  - Kein Verwertungsverbot, selbst wenn BR nicht beteiligt worden wäre
    - Zumindest bei Zustimmung BR zur Kündigung
  - § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG und § 77 BetrVG (Schutzzweck: APR) gebieten kein Verwertungsverbot, wenn Verwertung der Information / des Beweismittels nach allgemeinen Grundsätzen zulässig
- ▶ Weiterführend Reinhard ArbRB 2015, 86 ff.

- ▶ Außerordentliche Kündigung, Videoüberwachung
  - ▶ BAG 20.10.2016 – 2 AZR 395/15
  - ▶ SV: Kfz-Mechaniker, seit 1979 tätig bei Kfz-Vertragshändler. Inventurdifferenzen im Ersatzteillager, Aushang v 27.02.2014 unter Hinweis auf Fehlbestand Verbot der Entnahme für Mechaniker. Weitere Fehlbestände. Ab 22.03.2014 Videoüberwachung ohne Beteiligung BR. Am 06.08.2014 Auswertung der Videoaufzeichnung vom 15.07.2014: K nimmt Paket Bremsklötze an sich. Restlicher Inhalt streitig. Anhörung Kläger 14.08.2014. Fristlose Kündigung v 19.08.2014 u. Kündigung vom 25.08.2014 zum 31.03.2015.
  - ▶ LAG Köln – Sachvortragsverwertungsverbot

## ▶ Streitfall

- ▷ Konkreter Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer anderen schweren Verfehlung zu Lasten des AG
  - Inventurdifferenzen
  - § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG ermöglicht Videoüberwachung auch, wenn nur Teil der Differenzen ihre Ursache in Straftaten der AN
  - Genügt durch konkrete Tatsachen belegter „einfacher Verdacht“ (§ 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG)
    - Kein „dringender“ Tatverdacht (hoher Grad der Wahrscheinlichkeit)
- ▷ Verhältnismäßigkeit
  - Wg. Zutrittsverbot Videoüberwachung der beiden Lagermitarbeiter (Einverständnis!) und der sich vertragswidrig verhaltenden MA
    - Gegen vertragswidrig verhaltenden MA bestand über bloße Mutmaßung hinausgehender Verdacht
  - Keine milderen Mittel zur Eingrenzung des verdächtigen Personenkreises
    - Gespräche mit beiden Lageristen
    - Gespräche mit Werkstattmitarbeitern musste B nicht als erfolgversprechend ansehen
    - Effektive Überwachung durch Vorgesetzte und Kollegen nicht denkbar
    - Keine mildere Alternative in offener Videoüberwachung (strafbares Verhalten auf Heimlichkeit angelegt)

- Kein Vorrang von Taschenkontrollen oder gar Visitation von Kleidung
  - Keine vergleichbare Eingrenzung des verdächtigen Personenkreises
  - Videoüberwachung kein stärkerer Eingriff in APR
  - Kontrollen berührten Privatsphäre – auch von AN, die Zutrittsverbot beachteten
  - Videoüberwachung traf Kläger nicht in Intim- bzw. Privatsphäre
  - Dauer der Überwachung – nur während (unerlaubten) Aufenthalt im Lager
- Überwachung räumlich auf Lager eingeschränkt (Raum, auf den sich Verdacht bezog)
- Wenn Dauer der Überwachung von Zustimmung der Lageristen nicht mehr gedeckt (unverhältnismäßig), kein Sachverwertungsverbot im Verhältnis zum Kläger
  - Schutzzweck BDSG gebietet kein Verwertungsverbot aus generalpräventiven Gründen
  - Entsprechendes gilt bei Verletzung der Dokumentationspflicht (Rechtmäßigkeitskontrolle) nach § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG
    - Rechtmäßigkeitskontrolle im Prozess – Prüfung konkreten Verdacht
- ▷ Verwertungsverbot wegen fehlender Zustimmung BR?
  - Schutzzweck § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG gebietet kein Verwertungsverbot, wenn Verwertung Sachvortrag oder Beweismittel nach allgemeinen Grundsätzen zulässig
  - § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG – kollektivrechtlicher Schutz APR

## ► Kündigung wg. Strafanzeige

- ▶ A18 BAG 15.12.2016 – 2 AZR 42/16
- ▶ SV: B ist Trägerin des Fachbereichs Sozialversicherung der Fachhochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung; Kin ist Fachanwältin für Arbeits- und Sozialrecht, als Lehrende im Arbeitsverhältnis s 2/2003. Im 3/2012 Bewertung der Lehrveranstaltung der Kin nach Evaluationsordnung. Strafantrag v 04.06.2012 gegen „Unbekannt“ über RA. StA – Einstellung, erfolglose Beschwerde bei Generalstaatsanwaltschaft. Kein Verstoß gegen Datenschutzbestimmungen festgestellt. Kdg v 23.05.2014 zum 31.12.2014.
- ▶ Kdg durch Gründe im Verhalten der Kin bedingt (§ 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG)?
  - ▷ Erhebliche Verletzung vertraglicher Haupt- oder Nebenpflichten
    - ▶ Auch erhebliche Verletzung Rücksichtnahmepflicht (§ 241 Abs. 2 BGB) kann reichen
    - ▶ Regelmäßig schuldhafte Verletzung erforderlich
  - ▷ Dauerhaft störungsfreie Vertragserfüllung in Zukunft nicht mehr zu erwarten
  - ▷ AG ist Weiterbeschäftigung des AN über die Kündigungsfrist hinaus in Abwägung der Interessen beider Vertragsteile nicht zumutbar
  - ▷ Kein milderes Mittel (etwa Abmahnung) geeignet, beim AN künftige Vertragstreue zu bewirken
    - ▶ Abmahnung bedarf es nach Maßgabe des auch in § 314 Abs. 2 iVm. § 323 Abs. 2 BGB zum Ausdruck kommenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur dann nicht, wenn bereits ex ante **erkennbar** ist, dass eine **Verhaltensänderung auch nach Ausspruch einer Abmahnung nicht zu erwarten** oder die **Pflichtverletzung so schwerwiegend** ist, dass selbst deren **erstmalige Hinnahme durch den Arbeitgeber nach objektiven Maßstäben unzumutbar und offensichtlich (auch für den AN erkennbar) ausgeschlossen** ist

- ▶ Erhebliche Verletzung der arbeitsvertraglichen Nebenpflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen der Beklagten gem. § 241 Abs. 2 BGB
  - ▷ Einschaltung der StA durch AN wegen eines vermeintlich strafbaren Verhaltens des AG oder seiner Repräsentanten stellt als Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte - soweit nicht wissentlich unwahre oder leichtfertig falsche Angaben gemacht werden - im Regelfall keine eine Kündigung rechtfertigende Pflichtverletzung dar
    - ▶ Anders zu beurteilen, wenn trotz richtiger Darstellung des angezeigten objektiven Sachverhalts für Vorliegen der nach Straftatbestand erforderlichen Absicht keine Anhaltspunkte bestehen und die Strafanzeige sich deshalb als leichtfertig und unangemessen erweist
  - ▷ In Strafanzeigen enthaltene Werturteile sind vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG erfasst
  - ▷ Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG steht gem. Art. 5 Abs. 2 GG unter Schrankenvorbehalt der allgemeinen Gesetze
  - ▷ Erforderlich: fallbezogene Abwägung zwischen Grundrecht der Meinungsfreiheit und dem vom grundrechtsbeschränkenden Gesetz - hier § 241 Abs. 2 BGB - geschützten Rechtsgut
  - ▷ Anzeige des AN darf sich mit Blick auf die schutzwürdigen Interessen des Arbeitgebers nicht als eine unverhältnismäßige Reaktion auf sein Verhalten oder das seiner Repräsentanten darstellen
    - ▶ Indizien für unverhältnismäßige Reaktion: Berechtigung der Anzeige, Motivation des Anzeigenden, fehlender innerbetrieblicher Hinweis auf die angezeigten Missstände
    - ▶ Soweit zumutbar, ist AN wegen der sich aus der Pflicht zur Rücksichtnahme ergebenden **Pflicht zur Loyalität und Diskretion** gehalten, Hinweise auf strafbares Verhalten in erster Linie gegenüber Vorgesetzten oder anderen zuständigen Stellen oder Einrichtungen vorzubringen
    - ▶ Zu berücksichtigen, ob AN andere wirksame Mittel zur Verfügung standen, um etwas gegen angeprangerten Missstand zu tun, andererseits aber auch ein öffentliches Interesse an einer Offenlegung der Information

- ▶ Kündigungsgrund kann auch vorliegen, wenn AN Strafantrag stellt, weil er sich selbst als durch eine Straftat verletzt fühlt
  - ▷ Antragsrecht nach § 77 Abs. 1 StGB und Anzeigerecht nach § 158 stopp lassen Pflicht zur Rücksichtnahme gegenüber den Interessen des Arbeitgebers gem. § 241 Abs. 2 BGB nicht entfallen
  - ▷ Selbstbetroffenheit von - vermeintlichen - Straftat ist bei Prüfung zu berücksichtigen, ob Strafantrag eine unangemessene Reaktion darstellt
    - Gesetzgeber erkennt mit Antragsrecht des Opfers dessen Interesse an einer Strafverfolgung als schutzwürdig an
    - Strafantrag des vermeintlich Betroffenen ist unverhältnismäßig, wenn - trotz richtiger Darstellung des angezeigten objektiven Sachverhalts - Vorwurf der Verwirklichung eines Straftatbestand völlig haltlos (objektiv kein Anlass, die staatliche Strafverfolgung zu initiieren)
    - Stellung des Strafantrags ist nicht mit Klageführung wegen zivil- oder arbeitsrechtlicher Ansprüche zu vergleichen (weit höhere Beeinträchtigung des Ansehens des Arbeitgebers und seines Unternehmens oder seiner Repräsentanten)
    - Verletzung der Pflicht zur Rücksichtnahme gem. § 241 Abs. 2 BGB durch einen derart „überschießenden“ Strafantrag ist nur dann schuldhaft, wenn AN die Haltlosigkeit des Vorwurfs erkennbar war

## ► Streitfall

- ▷ Strafantrag wegen einer Straftat nach § 44 Abs. 1 BDSG
  - Voraussetzung zusätzlich zu einem vorsätzlichen Verstoß gegen gesetzliche Datenschutzbestimmungen, dass Handlung gegen Entgelt oder in der Absicht begangen wurde, sich oder einen anderen zu bereichern oder einen anderen zu schädigen
    - Keine Anhaltspunkte
    - Allenfalls Ordnungswidrigkeit
- ▷ Innerbetriebliche Klärung der Rechtswidrigkeit der Evaluation zumutbar
  - Bei dem der Fachbereichsleitung vorgesetzten Mitarbeiter, bei dem Referat für Datenschutz oder bei dem Justiziariats oder bei dem Datenschutzbeauftragten
- ▷ Strafantrag gegen „Unbekannt“ entlastet nicht
  - Kin hat klar erkennbaren Zusammenhang des Strafantrags mit Repräsentanten der Beklagten hergestellt
- ▷ Schuldhafte Pflichtverletzung
  - Zumindest fahrlässig (§ 276 Abs. 2 BGB) – Kin ist Volljuristin
  - Keinen entlastenden anwaltlicher Rat vorgetragen

- ▷ Pflichtverletzung wiegt so schwer, dass selbst deren erstmalige Hinnahme durch AG erkennbar ausgeschlossen
  - ▶ Strafrechtliche Ermittlungen mit Nachdruck verlangt (Beschwerde beim Generalstaatsanwalt)
- ▷ Fortsetzung Arbeitsverhältnis über Kündigungstermin hinaus unzumutbar (Interessenabwägung; 58 Jahre alt)

## ► Druckkündigung

- ▶ BAG 19.07.2016 – 2 AZR 637/15
- ▶ SV: Kin – Lehrkraft u kommissarische Schulleiterin; B – Trägerin eines Berufskollegs für Sozialpädagogik. Arbeitsverhältnis kündbar nur wie Beamtenverhältnis. B kündigte im Juni 2013. Kündigungsschutzklage – stattgebendes Urteil ArbG. GFin u 10 MA wandten sich an Prozessbevollmächtigten der B – Kin sei untragbar, Wiedereingliederung nicht zu akzeptieren. Ab 01.02.2014 wieder beschäftigt. 11 Abmahnungen. Zuletzt Lehrkraft ohne Leitungsfunktion. Im September 2014 Streik der Schüler. Rüge des BR, dass Kin ehrenrührigen Aussagen gegen die Schule und das Kollegium nicht widersprochen habe. Kin habe nicht mäßigend auf Schüler eingewirkt. Mit Schreiben vom 14.09.2014 lehnten 7 Lehrkräfte, die Sekretärin und der Hausmeister weitere Zusammenarbeit mit Kin ab und drohten mit Eigenkündigung. Gesprächsrunde, weitere Drohung mit Eigenkündigungen. Kdg v 10.11.2014 fristlos und hilfsweise mit sozialer Auslauffrist.
- ▶ Urteil ArbG – Kündigung unwirksam, weil (1) nicht ausreichend schützend vor Kin gestellt u. (2) wg. früherer negativer Aussagen der GFin über die Kin „gesteigerte Anforderungen“ zu stellen.
- ▶ Berufungsbegründung – Stellungnahme zu Zweifeln an Ernsthaftigkeit des Drucks (vom ArbG nicht der Entscheidung zugrunde gelegt); Stellungnahme zur Begründung zu (1), keine Stellungnahme zur Begründung zu (2)
  - ▷ Vgl. ausführlich zu Anforderung an Berufungsbegründung: BGH 21.07.2016 – IX ZB 88/15 – Rn. 5 u. BGH 14.07.2016 – IX ZB 104/15 – Rn. 7

- ▶ Unechte Druckkündigung?
  - ▷ Wenn Gründe im Verhalten oder der Person Kündigung rechtfertigen (wichtiger Grund, soziale Rechtfertigung); Kündigungsverlangen würde nur in Interessenabwägung zu berücksichtigen sein
  - ▷ Im Streitfall – kein schlüssiger Vortrag
- ▶ Echte Druckkündigung?
  - ▷ Voraussetzungen
    - Dogmatisch: Betriebsbedingte oder personenbedingte Kündigung
    - Strenge Anforderungen
    - Ernstliches Verlangen eines Dritten, der unter Androhung von Nachteilen vom AG Entlassung eines bestimmten AN fordert
    - AG muss sich schützend vor den AN stellen
      - Alles Zumutbare versuchen, um Belegschaft oder Dritten von Drohung abzubringen
    - AG müssen schwere wirtschaftliche Nachteile drohen
      - Kündigung muss praktisch einzig in Betracht kommendes Mittel sein, um die Schäden abzuwenden
    - Keine Berufung auf Drucksituation, die er selbst in vorwerfbarer Weise herbeigeführt hat

## ▷ Streitfall

- Vorrang eines Mediationsverfahrens?
  - Mediationsangebot kommt erst in Betracht, wenn AG sämtliche Möglichkeiten zur Abwendung des Drucks ausgeschöpft hat
  - Nur, wenn Belegschaft / Dritter sich mutmaßlich auf Angebot eingelassen hätten
  - Für Mediation spricht Ausnahmecharakter der Druckkündigung
  - „nicht generell auszuschließen, dass zu diesen Initiativen im Einzelfall auch das Angebot einer Mediation rechnen kann.“
  - Kein Vorrang Mediation, wenn Ursachen für Kündigungsverlangen in persönlichen Verhältnissen und Eigenschaften der Konfliktparteien liegen, die nicht steuerbar
  - Kein Vorrang, wenn Konfliktparteien „Offenheit“ für Mediation fehlt
- Schützend vor den AN stellen
  - Aktives Verhalten notwendig
    - Nur Gespräche mit der drohenden Belegschaft führen reicht nicht
    - Ggf. Weisungsrecht ausüben

## ► Druckkündigung

- ▶ BAG 15.12.2016 – 2 AZR 431/15
- ▶ SV: K Satz 2007 Hafenfacharbeiter bei einem Containerterminal.

Kdg 9/2011 wg. Verdachts einer außerdienstlich begangenen Straftat des Missbrauchs eines Kindes (strafrechtliche Verurteilung); 1. Instanz Klagestattgabe; erneute Kdg 4/2012, wg. Ablehnung weiterer Zusammenarbeit durch Mitarbeiter – rechtskräfte Klagestattgaben für beide Kündigungen.

Versuche Arbeitsantritt Juni und Juli 2013 an zwei Tagen – Verweigerung der Zusammenarbeit von Mitarbeitern der Beklagten und von auf dem Gelände tätigen Drittfirmen; Kdg v 23.07.2013 fl. u. hw ordentlich.

- ▶ Wichtiger Grund (§ 626 Abs. 1 BGB) bzw. soziale Rechtfertigung (§ 1 Abs. 1 KSchG)?
  - ▷ Voraussetzungen für echte Druckkündigung (strenge Anforderungen)
    - Ernstliches Entlassungsverlangen eines Dritten
    - Unter Androhung von Nachteilen
    - AG muss sich schützend vor den AN stellen und alles Zumutbare zum Abbringen von der Drohung versuchen
      - Aktives Handeln des AG mit Ziel der Abwehr des Drucks
    - Trotz Bemühungen drohen schwere wirtschaftliche Nachteile
    - Kündigung muss ultima ratio sein

## ► Streitfall

- ▶ Keine Drohung mit Eigenkündigungen durch Mitarbeiter
- ▶ Keine Drohung der Kunden mit Auftragskündigungen
- ▶ Drohung eines großen Teils der Belegschaft – Arbeitsniederlegung bei Arbeitsaufnahme durch K
  - ▷ Drohende AN verletzen Hauptleistungspflichten
    - Hinweis auf Abmahnung, Kündigung und Vergütungsausfall zumutbar
- ▶ Besondere Anforderungen wg. verlorenem Kündigungsschutzverfahren
  - ▷ Vermeidung des Eindrucks, Druck komme gerade recht
  - ▷ Hinweis auf fehlenden Kündigungsgrund (deutlich machen, dass Kündigung ohne Vorliegen objektiv geeigneter Kündigungsgründe ausgeschlossen ist)
  - ▷ Besonderer Hinweis an Führungskräfte
- ▶ Keine Erleichterungen bei besonders verwerflich empfundener Straftat ohne dienstlichen Bezug
  - ▷ AG und Mitarbeiter haben gerichtliche Entscheidung zu respektieren
- ▶ Hier keine Sanktionen angedroht
- ▶ Offen, ab wann AG anzudrohende Sanktionen umsetzen muss

- ▶ Kein Vortrag zu wirtschaftlichen Auswirkungen
  - ▷ Auch betr. AN der Drittfirmen
  - ▷ Zumutbare Reaktionsmöglichkeiten – bei den für den Arbeitseinsatz verantwortlichen Repräsentanten der Drittfirmen eine Einwirkung auf ihre AN anzumahnen

## ► Personenbedingte Änderungskündigung, unbestimmtes Vertragsangebot

► BAG 26.01.2017 – 2 AZR 68/16

► SV: K Bz s 1997 als Elektrotechniker, ua. Softwareerstellung. November 2001 bei Verkehrsunfall schwere Kopfverletzungen. 12/2005 Arbeitstest. B meint, K könne keine komplexen Programmier Tätigkeiten mehr durchführen. Äkdg v 30. März 2006 mit Änderungsangebot:

„Das Aufgabengebiet umschließt alle Arbeiten im Lager, vorrangig Fahrer- und Kuriertätigkeiten, hierzu gehören ua. das Be- und Entladen von Baustellen- oder sonstigem Material in und von Transportfahrzeugen, Staplerfahren sowie allgemeine Lagertätigkeiten usw...Der Arbeitnehmer erklärt sich im Rahmen seiner Tätigkeit mit Einsätzen auf Baustellen einverstanden...Der Arbeitnehmer erhält für seine Tätigkeit einen Stundenlohn von brutto EUR 8,50.“ Annahme unter Vorbehalt.  
Änderungsschutzklage.

► Kritik an Entscheidung LAG

▷ Annahme LAG – K ist dauerhaft außer Stande, vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen

- BAG: Nur Teilbereich des vereinbarten Leistungsspektrums ggf. nicht abgedeckt, nicht mit dem einer dauerhaften Arbeitsunfähigkeit vergleichbar
- Keine Prüfung, ob hinreichend bestimmtes Vertragsangebot
- Keine Prüfung, ob Absenkung Vergütung auf 8,50 EUR sozial gerechtfertigt

- ▶ Soziale Rechtfertigung der Änderung der vertraglichen Arbeitsbedingungen?
  - ▷ Voraussetzung: Änderungsangebot muss eindeutig bestimmt, zumindest bestimmbar sein
    - Dem Angebot muss - ggf. nach Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB - zweifelsfrei zu entnehmen sein, welche Arbeitsbedingungen künftig gelten sollen
    - Inhalt des Änderungsangebots muss zudem nach § 623 BGB im Kündigungsschreiben zumindest hinreichenden Anklang gefunden haben
  - ▷ Streitfall
    - Vorbehaltene „Einsätze auf Baustellen“
    - Nicht zu erkennen sind die „versprochenen Dienste“ iSv. § 611 Abs. 1 BGB, die Art der geschuldeten Arbeitsleistung(en)
      - Auch „Arbeiten im Lager“ bzw. „Lagertätigkeiten“?
      - Sprachgebrauch bei der Beklagten – „Baustellen“ – alle auswärtigen Einsätze bei Kunden
      - Aus dem festgelegten Stundenlohn kann nicht mittelbar auf die Art der auf „Baustellen“ zuzuweisenden Tätigkeiten geschlossen werden

- ▶ **Änderungskündigung, Änderung des Anforderungsprofils**
  - ▶ A4 BAG 02.03.2017 – 2 AZR 546/16
  - ▶ SV: K (Facharzt für Innere Medizin und Kardiologie; Zusatzqualifikation „Diabetologe DDG“), seit 7/2005 Chefarzt der Inneren Abteilung der Klinik 1, seit 8/2010 auch der internistischen Abteilung der Klinik 2. Schießung Klinik 1. Kündigung – Erfolg mit Kündigungsschutzklage.  
Nun Umbenennung der internistischen Abteilung von Klinik 2 in gastroenterologische Abteilung. Ziel – Basisvertrag nach § 21 SGB IX mit DRV. Entscheidung – Besetzung Chefarztstelle und Oberarztstelle mit Ärzten der Facharztbezeichnung „Gastroenterologie“, um Anforderungen DRV an Strukturqualität von Reha-Einrichtungen zu erfüllen. Ab 4/2012 Einstellung Frau Dr. K (4 Jahre jünger, nicht vh) als Chefarztin der gastroenterologischen Abteilung.  
Änderungskündigungen vom 09.08.2013 und 12.09.2013, Angebot Assistenzarzt. Annahme unter Vorbehalt der soz. Rechtfertigung.
  - ▶ Soziale Rechtfertigung Änderungskündigung
    - ▷ Beschäftigungsbedürfnis entfallen zu bisherigen Vertragsbedingungen
    - ▷ Beschränkung auf Änderungen, die AN billigerweise hinnehmen muss
      - ▶ Verhältnismäßigkeitsgrundsatz
      - ▶ Änderungen müssen geeignet und erforderlich sein, um Inhalt des Arbeitsvertrags an verbliebene Beschäftigungsmöglichkeit anzupassen

## ► Streitfall

- ▷ Absicht der Ersetzung eines AN durch neu eingestellten AN führte zur unzulässigen Austauschündigung
- ▷ Änderung des Anforderungsprofils als betriebliches Erfordernis?
  - Gestaltung Anforderungsprofil unterliegt grundsätzlich der freien unternehmerischen Disposition
    - Kontrolle nur auf Willkür und offenbare Unrichtigkeit
  - Ausnahme: Gestaltung Anforderungsprofil und Kündigungsentschluss sind praktisch deckungsgleich
    - Generelle Vermutung des sachlichen Grundes greift nicht
    - AG muss Anlass für Änderung des Anforderungsprofils darlegen
    - Entscheidung zur neuen Stellenprofilierung muss im Zusammenhang mit organisatorische Maßnahme stehen (ggf. Neuausrichtung der Geschäftstätigkeit) stehen
    - Wünschenswerte Voraussetzungen reichen nicht – erforderlich ist nachvollziehbares, arbeitsplatzbezogenes Kriterium für Stellenprofilierung

## ▷ Im Streitfall aufzuklären

- Änderung des Anforderungsprofils der fraglichen Chefarztstelle ausschließlich im Hinblick auf die erstrebte Anpassung an die Strukturanforderungen der DRV?
  - Welche Anforderungen?
  - Lagen Vorgaben im Zeitpunkt Änderungskündigungen vor?
- Oder Änderung Anforderungen für „gastroenterologische Abteilung“
  - Muss Chefarzt zwingend über vorgegebene Facharztqualifikation mit einem der angegebenen Schwerpunkte verfügen oder braucht Chefarzt nur Facharzt für „Innere Medizin“ zu sein, sofern etwa der Oberarzt den indikationsspezifischen Schwerpunkt abdeckt
- Ordnungsgemäße Anhörung BR, **wenn Rüge nicht in zweiter Instanz fallen gelassen sein sollte**
  - Durch Antrag gedeckt festzustellen, „die Änderung der Arbeitsbedingungen ist sozial ungerechtfertigt oder aus anderen Gründen rechtsunwirksam“

## ► Hinweis- und Rügepflicht nach § 6 KSchG

### ▶ BAG-Rechtsprechung zu § 6 KSchG

#### ▷ BAG 08.11.2007 – 2 AZR 314/06

- ▶ Geltendmachung ordentliche Unkündbarkeit in 3. Instanz scheitert
- ▶ § 6 S. 1 KSchG als Folge der Ausdehnung der Klagefrist auf alle Unwirksamkeitsgründe
- ▶ § 6 S. 1 KSchG ermögliche die „Erweiterung der Klage auf „Feststellung der Sozialwidrigkeit der Kündigung“

#### ▷ BAG 04.05.2011 – 7 AZR 252/10

- ▶ Alle Unwirksamkeitsgründe für Befristungsabreden und Bedingungsabreden in erster Instanz
- ▶ Bei Verletzung Hinweispflicht nach § 6 S. 2 KSchG – Nachholung Hinweis durch LAG

#### ▷ BAG 24.08.2011 – 7 AZR 228/10

- ▶ Alle Unwirksamkeitsgründe für Befristungsabreden und Bedingungsabreden in erster Instanz
- ▶ Auch betr. Rüge, die Befristung sei ohne Zustimmung des Personalrats vereinbart worden

#### ▷ **BAG 18.01.2012 – 6 AZR 407/10**

##### ▶ Klärung zu § 6 S. 1 KSchG

- Präklusionsvorschrift neben § 61a Abs. 5 ArbGG
- Rüge einer Unwirksamkeit der Kündigung unter weiteren rechtlichen Gesichtspunkten führt nicht zu einem Wechsel im Streitgegenstand, sondern nur zu einer Erweiterung des Sachvortrags

- Klärung zu § 6 S. 2 KSchG
  - Ausnahmecharakter der Präklusionsvorschrift wg. Einschränkung des Anspruchs auf rechtliches Gehör
  - Nach Wortlaut nur **Hinweispflicht** („hierauf“), **keine Belehrungspflicht** (wie bei § 61a Abs. 5 ArbGG)
- „Soll“ - „jedenfalls“ bei weder anwaltlich noch gewerkschaftlich vertretenen Arbeitnehmer – muss Arbeitsgericht hinweisen
- Aber daneben Hinweis- und Fragepflichten nach § 139 Abs. 2 ZPO
  - „Wenn nicht deutlich wird, ob eine Partei sich mit ihrem Vorbringen auf einen bestimmten Unwirksamkeitsgrund berufen will“
  - „muss das Gericht unter anderem ... auf einen Gesichtspunkt hinweisen und Gelegenheit zur Stellungnahme geben, wenn eine Partei diesen Gesichtspunkt erkennbar übersehen hat“
- Aber daneben hat Gericht Unwirksamkeitsgründe, deren Vorliegen sich aus dem Vortrag „einer der Parteien“ ergibt, von Amts wegen zu berücksichtigen (iura novit curia).
  - Streitgegenstand ist die Unwirksamkeit der Kündigung „unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten“ - insoweit muss sich Arbeitnehmer nicht ausdrücklich auf Unwirksamkeitsgrund berufen. Ggf. Hinweispflicht nach § 139 ZPO.

- ▷ BAG 20.09.2012 – 6 AZR 483/11
  - Offen gelassen
    - ob **neben § 6 KSchG** noch die Präklusionsvorschriften § 61 a Abs. 5 ArbGG sowie des § 46 Abs. 2 ArbGG iVm. § 282, § 296 Abs. 2 ZPO zur Anwendung kommen oder abschließende Spezialvorschrift.
- ▷ BAG 25.10.2012 – 2 AZR 845/11
  - § 6 S. 1 KSchG ist Präklusionsvorschrift
  - Ohne Hinweis nach § 6 S. 2 KSchG Rüge in zweiter Instanz möglich

- ▷ BAG 24.05.2012 – 2 AZR 206/11
  - Rüge Ordnungsgemäßheit der Betriebsratsanhörung – anderer Unwirksamkeitsgrund iSv. § 4 S.1, § 6 KSchG
    - AN entscheidet frei über die Einführung des Unwirksamkeitsgrundes (kann Prozessstoff erweitern oder begrenzen)
    - „Unterliegt es ... der Disposition des Arbeitnehmers, den Umfang der gerichtlichen Überprüfung einer Kündigung zu bestimmen, ist regelmäßig davon auszugehen, dass sich der Prozessstoff entsprechend reduziert, falls der Arbeitnehmer im Verlauf des Rechtsstreits **zweifelsfrei zu erkennen** gibt, sich auf **bestimmte, rechtlich eigenständige Unwirksamkeitsgründe** nicht mehr berufen zu wollen. Eine solche **die Gerichte bindende Beschränkung** des Sachvortrags ist grundsätzlich **noch in zweiter Instanz** möglich.“
    - Antrag auf Tatbestandsberichtigung, wenn LAG fehlerhaft davon ausgeht, Rüge werde nicht mehr erhoben.

- Vgl. aber 6. Senat (BAG 18.01.2012 – 6 AZR 407/10; ebenso BAG 13.12.2012 – 6 AZR 5/12): „Darüber hinaus hat das Gericht **Unwirksamkeitsgründe**, deren Vorliegen sich aus dem Vortrag einer der Parteien ergibt, **von Amts wegen** zu berücksichtigen. Nach allgemeinen zivilprozessualen Regeln ist ein Klageantrag - unter Beachtung des Streitgegenstands - unter allen aufgrund des Sachvortrags der Parteien in Betracht kommenden rechtlichen Gründen zu prüfen (*iura novit curia*). Auch unter Geltung der Dispositionsmaxime, wie sie im arbeitsgerichtlichen Verfahren gilt, ist es nicht in das Belieben des Klägers gestellt, auf welche materiell-rechtlichen Vorschriften er sein Begehren stützen will. Er bestimmt mit seinem Antrag vielmehr lediglich den Streitgegenstand, die rechtliche Subsumtion ist Aufgabe des Gerichts... Seit dem 1. Januar 2004 ist, wie ausgeführt, Streitgegenstand der nach § 4 KSchG erhobenen Klage die (Un-)Wirksamkeit der Kündigung als solche unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten mit Ausnahme der Wahrung der Schriftform. Wenn sich demnach aus dem Sachvortrag der Parteien - auch des Arbeitgebers als Beklagtem - ergibt, dass die Kündigung unter einem bisher von keiner Partei ausdrücklich angeführten rechtlichen, vom Streitgegenstand der Kündigungsschutzklage erfassten Gesichtspunkt unwirksam ist, muss sich der Arbeitnehmer nicht ausdrücklich darauf berufen, um im Rechtsstreit unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt zu obsiegen.... Lediglich unter dem Gesichtspunkt der Wahrung des rechtlichen Gehörs des Gegners kann vor einer entsprechenden Entscheidung ein Hinweis des Gerichts nach § 139 ZPO auf seine Rechtsauffassung geboten sein.“

- ▶ Folgen für die anwaltliche Praxis

- ▷ Konkrete Geltendmachung aller denkbaren Unwirksamkeitsgründe

- ▶ Darlegung der Voraussetzungen für Unwirksamkeitsgrund (BR, Massenentlassung, Schwerbehinderung)
    - ▶ Ausdrückliche und konkrete rechtliche Rüge des Unwirksamkeitsgrundes (Ordnungsgemäßheit Betriebsratsanhörung, fehlende Zustimmung Integrationsamt, Kündigungserklärungsfrist, Konsultationsverfahren, Anhörungsverfahren)
    - ▶ Aufrechterhaltung des Bestreitens vor / in der letzten mündlichen Verhandlung
    - ▶ Flucht in die Erweiterung des rechtlichen Gesichtspunkts (Geltendmachung weiterer Unwirksamkeitsgründe)

## ► Der neue Kündigungsschutz schwerbehinderter Arbeitnehmer nach § 95 Abs. 2 SGB IX

- ▶ Seit 30.12.2016 gilt § 95 Abs. 2 SGB IX (Bundesteilhabegesetz, übriger Teil ab 01.01.2018, dann arbeitsrechtlicher Teil ab §§ 151 ff. SGB IX; Kündigungsschutz ab § 168 SGB IX; Beteiligungsverfahren § 179 SGB IX):

„1 Der Arbeitgeber hat die Schwerbehindertenvertretung in allen Angelegenheiten, die einen einzelnen oder die schwerbehinderten Menschen als Gruppe berühren, unverzüglich und umfassend zu unterrichten und **vor einer Entscheidung** anzuhören; er hat ihr die getroffene Entscheidung unverzüglich mitzuteilen. ... 3 Die Kündigung eines schwerbehinderten Menschen, die der Arbeitgeber ohne eine Beteiligung nach Satz 1 ausspricht, ist unwirksam.“

- ▶ Beteiligungspflicht vor jeder Kündigung oder vor der Entscheidung zur Kündigung – auch dann, wenn die Kündigung nach § 90 SGB IX nicht der Zustimmung des Integrationsamts (§§ 85 ff. SGB IX) bedarf ( u.a. noch keine 6 Monate)
- ▶ Keine Beteiligung erforderlich, wenn
  - ▷ Arbeitgeber im Zeitpunkt des Kündigungszugangs die Schwerbehinderung nicht kennt
  - ▷ Schwerbehinderung nicht offensichtlich ist
  - ▷ AN die Schwerbehinderung nicht innerhalb der Frist des § 4 Satz 1 KSchG + Übermittlungsfrist nachträglich mitteilt (Verwirkungstatbestand, § 242 BGB)

- ▶ Keine Beteiligung erforderlich, wenn
  - ▷ im Zeitpunkt des Kündigungszugangs noch kein Anerkennungs- bzw. Gleichstellungsbescheid nach §§ 2 Abs. 3, 69 SGB IX vorliegt,
    - es sei denn, Schwerbehinderteneigenschaft ist offensichtlich
    - oder AN hat wenigstens drei Wochen vor dem Zugang der Kündigung Antrag auf Anerkennung gestellt, dem später mit Rückwirkung entsprochen wird
    - Arg.: § 90 Abs. 2a SGB IX – BAG-Rechtsprechung beruht auf § 242 BGB (widersprüchl. Verhalten)
- ▶ Inhalt des Beteiligungsverfahrens
  - ▷ Ggf. bleibt Unterrichtungspflicht inhaltlich etwas hinter Betriebsratsanhörung (§ 102 Abs. 1 BetrVG) zurück (Vertretung prüft nicht Wirksamkeit der Kündigung, ebenso Integrationsamt)
  - ▷ Empfehlung: Gleichlauf mit § 102 Abs. 1 BetrVG
- ▶ Fristen
  - ▷ Ggf. analoge Anwendung § 102 Abs. 2 BetrVG?
  - ▷ Vgl. aber § 95 Abs. 2 Satz 2 SGB IX: „Die Durchführung oder Vollziehung einer ohne Beteiligung nach Satz 1 getroffenen Entscheidung ist auszusetzen, die Beteiligung ist innerhalb von sieben Tagen nachzuholen; sodann ist endgültig zu entscheiden.“
    - Insoweit keine Aussage zur Stellungnahmefrist der Schwerbehindertenvertretung

- ▶ Ablauf des Kündigungsverfahrens
  - ▷ Beteiligungsverfahren nach § 95 Abs. 2 SGB IX ist vor Einreichung Zustimmungsantrag nach §§ 85 ff. SGB IX durchzuführen (früher: Integrationsamt hatte Zustimmungsantrag zurückzuweisen; nun: vor Zustimmungsantrag muss Beteiligungsverfahren durchgeführt worden sein, weil Antrag abgeschlossene Willensbildung voraussetzt)
  - ▷ Verfahren nach § 95 Abs. 2 SGB IX und nach § 102 Abs. 1 BetrVG gehen in beliebiger Reihenfolge oder auch parallel (Pflicht zur jeweiligen Ergebnismitteilung vor abschließenden Stellungnahmen?)
- ▶ Folge der Verletzung des Beteiligungsverfahrens
  - ▷ Unwirksamkeit der Kündigung – § 134 BGB iVm. § 95 Abs. 2 Satz 3 SGB IX; auch bei fehlender Unterrichtung durch AG, dass Kündigungsentscheidung getroffen wurde (Vergleich. Esser/Isenhardt in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB IX, § 95 SGB IX Rn. 21.1)
  - ▷ Ordnungswidrigkeit § 156 Abs. 1 Nr. 9 SGB IX
- ▶ Überblick bei Klein, NJW 2017, 852 und Bayreuther, NZA 2017, 87-91

- ▶ Betriebsbedingte Kündigung, Stationierungstreitkräfte, Auflösung der Dienststelle, Wiedereinstellungsanspruch
  - ▶ A3 BAG 26.01.2017 – 2 AZR 61/16
  - ▶ SV: Kin s 1993 Zivilangestellte bei britischen Streitkräften. Schließung Dienststelle. Kdg v 30.09.2014 zum 31.10.2015. In 12/2014 wurde in anderer Dienststelle ein Arbeitsplatz frei. Besetzung mit anderem AN (Bz s 1994). Kündigungsschutzklage, hilfsweise Wiedereinstellungsklage.
  - ▶ Dringendes betriebliches Erfordernis?
    - ▷ Schließung Dienststelle
    - ▷ Freiwerden Arbeitsplatz – nach Kündigungszugang
  - ▶ Sozialauswahl?
    - ▷ Wg. Schließung gesamter Dienststelle nicht erforderlich

- ▶ Durch Art. 56 Abs. 9 ZA-NTS modifizierten Mitwirkungsverfahrens nach § 79 BPersVG – Anforderungen an ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats iSd. § 102 BetrVG gelten entsprechend
  - ▷ Keine Info Betriebsvertretung über fehlende Möglichkeit der Beschäftigung auf freiem Arbeitsplatz außerhalb der Dienststelle
    - ▶ In Mitteilung der Kündigungsabsicht lag der erkennbar konkludente Hinweis auf das voraussichtliche Fehlen einer entsprechenden Alternative
    - ▶ Ausnahme: Weitergehender Informationen bedarf es in Fällen, in denen Betriebsvertretung den AG vor Einleitung des Anhörungsverfahrens auf bestimmte unbesetzte Stellen aufmerksam gemacht hat
  - ▷ Keine Angaben zur Beschäftigungszeit der Kin
    - ▶ Betriebsvertretung hatte Kenntnis von persönlichen Daten
    - ▶ AG kam es erkennbar nicht auf „exakte Beschäftigungszeit“ an

- ▶ Wiedereinstellungsanspruch?
  - ▷ Inanspruchnahme der Prozesstandschafterin auf Einwirkung auf AGin, Arbeitsverhältnis zu begründen (offen, ob Klage gegen Prozesstandschafterin auf Abgabe einer Willenserklärung möglich)
  - ▷ Rückwirkender Wiedereinstellungsanspruch – Prognosekorrektur – wenn
    - ▶ zwischen dem Kündigungszugang und dem Ablauf der Kündigungsfrist unvorhergesehen eine Beschäftigungsmöglichkeit auf einem freien Arbeitsplatz iSd. § 1 Abs. 2 KSchG entsteht,
    - ▶ und Arbeitgeber den Arbeitnehmer auf die fragliche Position ohne Änderung des Arbeitsvertrags einseitig umsetzen könnte
    - ▶ Wiedereinstellungsanspruch können berechnigte Interessen des Arbeitgebers entgegenstehen
      - Diese können - vorbehaltlich einer treuwidrigen Vereitelung des Wiedereinstellungsanspruchs - auch in einer anderweitigen Besetzung des Arbeitsplatzes liegen
  - ▷ Streitfall
    - ▶ Keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit iSv. § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG
    - ▶ Weiterbeschäftigungsobliegenheit ist nach § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Buchst. b KSchG räumlich auf denselben Dienstort einschließlich seines Einzugsgebiets beschränkt
    - ▶ Streitfall – Arbeitsplatz in anderer Dienststelle liegt vom bisherigen Dienstort mehr als 60 km entfernt (deutlich außerhalb des nach § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Buchst. b KSchG maßgeblichen Einzugsgebiets)

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!





Universität zu Köln  
Die Rechtswissenschaftliche Fakultät  
Das Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht  
Das Institut für Deutsches und Europäisches Arbeits- und Sozialrecht

Die Tagung wird mitgestaltet und gefördert von

**Küttner**  
Arbeitsrecht. **Seit 1973.**

**Donnerstag**  
**8. Juni 2017**  
Universität zu Köln

Infos:  
[www.koelner-forum-arbeitsrecht.de](http://www.koelner-forum-arbeitsrecht.de)

**9 .K**  
**FA**

**Kölner Forum**  
**zum Arbeitsrecht**

**Arbeitsrecht neu gedacht.**

Experten aus Wissenschaft, Wirtschaft,  
Verbänden, Justiz und Anwaltschaft diskutieren  
über aktuelle Entwicklungen im Arbeitsrecht.