

SCHRIFTENREIHE

ZUM ARBEITS- UND SOZIALRECHT

Arbeitsrechtliche Instrumentarien in der handwerklichen Unternehmensführung

LFH

UNTERNEHMERVERBAND
HANDWERK NRW E.V.

LANDESVEREINIGUNG DER FACHVERBÄNDE
DES HANDWERKS

Die Schriftenreihe wurde erstellt im Rahmen der Personalmanagement-Initiative Handwerk NRW des Management-Center Handwerk.

**Ministerium für Wirtschaft,
Mittelstand und Energie
des Landes Nordrhein-Westfalen**



Gefördert mit Mitteln des Landes NRW
und der Europäischen Union
(Europäischer Regionalfonds).

**Arbeitsrechtliche
Instrumentarien in der
handwerklichen
Unternehmensführung**

Arbeitsrechtliche Instrumentarien in der handwerklichen
Unternehmensführung

Impressum

Herausgeber:

Unternehmerverband Handwerk NRW e.V.
Landesvereinigung der Fachverbände des Handwerks (LFH)
Georg-Schulhoff-Platz 1
40221 Düsseldorf
Tel.: 0211 / 30 82 36
Fax: 0211 / 39 75 88
E-Mail: kontakt@lfh-nrw.de
Internet: www.lfh-nrw.de

Projektträger:

Landes-Gewerbeförderungsstelle des nordrhein-westfälischen
Handwerks e.V. (LGH)
Auf'm Tetelberg 7
40221 Düsseldorf
Tel.: 0211 / 3 01 08-0
Fax: 0211 / 3 01 08-500
E-Mail: lgh@lgh.de
Internet: www.lgh.de

Die Schriftenreihe wurde erstellt im Rahmen der Personalmanagement-Initiative Handwerk NRW der Landes-Gewerbeförderungsstelle des nordrhein-westfälischen Handwerks e.V. (LGH). Ohne schriftliche Genehmigung der LGH ist es nicht gestattet, dieses Werk oder Teile davon zu verwerten oder zu verarbeiten

Das Projekt ist finanziert mit Mitteln der Europäischen Union (EFRE) und des Landes NRW.

1. Grundlagen des Arbeitsrechts	7
1.1 Einteilung und Stellung des Arbeitsrechts in der Rechtsordnung	7
1.2 Rechtsquellen des Arbeitsrechts und deren Rangfolge	8
1.2.1 Rechtsquellen des Arbeitsrechts	8
1.2.2 Rangfolge der Rechtsquellen	8
1.2.3 Erläuterung der arbeitsrechtlichen Rechtsquellen und Gestaltungsakte	10
2. Abschluss eines Arbeitsvertrages	17
2.1 Begründung des Arbeitsverhältnisses	17
2.1.1 Form des Arbeitsverhältnisses	17
2.1.2 Grenzen der Abschlussfreiheit	21
2.2 Das fehlerhafte Arbeitsverhältnis	23
2.2.1 Geschäftsfähigkeit des Vertragspartners	24
2.2.2 Weitere Nichtigkeitsgründe	25
2.2.3 Anfechtbarkeit	25
2.2.4 Rechtsfolge der Fehlerhaftigkeit	25
3. Vertragsanbahnung	27
3.1 Ausschreibung von Arbeitsplätzen	27
3.1.1 Anforderungsprofil der Stelle	27
3.1.2 Benachteiligungsverbote	28
3.2 Vorverhandlungen	30
3.2.1 Pflichten des Arbeitgebers	30
3.2.2 Mitteilungspflichten des Bewerbers	33
3.2.3 Fragerecht des Arbeitgebers	34
3.3 Beteiligungsrechte des Betriebsrats	35

4. Arten von Arbeitsverhältnissen	37
4.1 Dauerarbeitsverhältnis	37
4.2 Befristete Arbeitsverhältnisse nach dem Teilzeit- und Befristungsgesetz	37
4.3 Aushilfs- und Probearbeitsverhältnis	38
4.3.1 Aushilfsarbeitsverhältnis	39
4.3.2 Probearbeitsverhältnis	39
4.3.3 Teilzeitarbeitsverhältnis	40
5. Haupt- und Nebenpflichten des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers aus dem Arbeitsverhältnis	41
5.1 Hauptleistungspflichten des Arbeitnehmers	41
5.1.1 Persönliche Arbeitserbringung	41
5.1.2 Erbringung weisungsabhängiger Dienste	41
5.2 Nebenleistungspflichten des Arbeitnehmers	45
5.2.1 Allgemeine Unterlassungspflichten	45
5.2.2 Weitere Unterlassungspflichten	45
5.3 Hauptleistungspflichten des Arbeitgebers	48
5.3.1 Lohnzahlungspflicht	48
5.3.2 Entgeltfortzahlungspflicht	48
5.4 Nebenleistungspflichten des Arbeitgebers	49
5.4.1 Fürsorgepflicht	49
5.4.2 Diskriminierungsschutz nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz	53
6. Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitgebers bei Pflichtverstößen des Arbeitnehmers	57
6.1 Ermahnung	57

6.2 Betriebsbuße	57
6.3 Abmahnung	58
6.3.1 Grundsätzliches zur Abmahnung	58
6.3.2 Formelle Anforderungen	59
6.3.3 Anhörung des Arbeitnehmers und des Betriebsrats	63
6.3.4 Materielle Anforderungen	63
6.3.5 Abmahnung und Kündigung	66
6.3.6 Wirkungsdauer	72
6.3.7 Mehrere Pflichtverstöße	72
6.3.8 Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitnehmers	73
6.4 Versetzung	75
7. Beendigung von Arbeitsverhältnissen	76
7.1 Überblick	76
7.2 Die Kündigungsarten	77
7.3 Die ordentliche Kündigung	78
7.3.1 Begriff und Abgrenzung	78
7.3.2 Wirksamkeitsvoraussetzungen der Kündigungserklärung	79
7.3.3 Kündigungserklärungsfrist	85
7.3.4 Fristberechnung	88
7.3.5 Beteiligung des Betriebsrates bei der Kündigung	89
7.4 Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz	91
7.4.1 Überblick	91
7.4.2 Anwendungsbereich des allgemeinen Kündigungsschutzes	92
7.4.3 Soziale Rechtfertigung der Kündigung	99

ARBEITSRECHTLICHE INSTRUMENTARIEN

7.5	Außerordentliche Kündigung	119
7.5.1	Wirksamkeitsvoraussetzung	119
7.5.2	Umdeutung der außerordentlichen Kündigung	122
7.6	Änderungskündigung	123
7.7	Besonderer Kündigungsschutz	125
7.7.1	Mutterschutz	126
7.7.2	Personen in Elternzeit	127
7.7.3	Schwerbehinderte Menschen	127
7.7.4	Auszubildende	128
7.7.5	Wehr- und Zivildienstleistende	128
7.7.6	Betriebsratsmitglieder und sonstige Amtsträger	129
7.8	Reaktionsmöglichkeiten eines gekündigten Arbeitnehmers	130
7.8.1	Erhebung der Kündigungsschutzklage	130
7.8.2	Abfindungszahlungen	131
7.9	Weiterbeschäftigungsanspruch	132
7.9.1	Gesetzlicher Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 Abs. 5 BetrVG	132
7.9.2	Allgemeiner Weiterbeschäftigungsanspruch	133
7.10	Aufhebungsvertrag	134
7.10.1	Zulässigkeit des Aufhebungsvertrages	134
7.10.2	Form des Aufhebungsvertrages	135
7.10.3	Beteiligung Dritter	135
7.10.4	Fürsorgepflichten	136
7.11	Maßnahmen des Arbeitgebers bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses	136
7.11.1	Verweis auf Arbeitssuchendmeldung	137
7.11.2	Erteilung eines Arbeitszeugnisses	138
7.11.3	Herausgabe der Arbeitspapiere	140

1. Grundlagen des Arbeitsrechts

1.1 Einteilung und Stellung des Arbeitsrechts in der Rechtsordnung

Historisch betrachtet hat sich das Arbeitsrecht entwickelt zum Schutz der abhängig beschäftigten Arbeitnehmer. Es wird daher auch bezeichnet als das »**Recht der unselbstständigen Arbeitnehmer**«.

Im Arbeitsrecht wird zwischen dem **Individualarbeitsrecht** und dem **kollektiven Arbeitsrecht** unterschieden.

Das **Individualarbeitsrecht** umfasst in erster Linie die Rechtsbeziehungen zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer. Es beschäftigt sich mit der Begründung, dem Inhalt, den Störungen sowie der Beendigung und dem Übergang von Arbeitsverhältnissen.

Das **kollektive Arbeitsrecht** regelt die Rechtsfragen, bei denen der Arbeitnehmer nicht als Einzelperson, sondern jeweils eine Gruppe von Arbeitnehmern betroffen ist. Es regelt insbesondere die Rechte der Gewerkschaften und ihrer Gegenspieler sowie Fragen, die beim Abschluss von Tarifverträgen oder bei der Durchführung von Arbeitskampfmaßnahmen (z. B. Streik) auftreten. Zu dem Regelungsbereich gehört ferner das Betriebsverfassungs- und Mitbestimmungsrecht.

1.2 Rechtsquellen des Arbeitsrechts und deren Rangfolge

1.2.1 Rechtsquellen des Arbeitsrechts

Das Arbeitsverhältnis wird bestimmt von einer Vielzahl von Rechtsquellen. Werden die einzelnen arbeitsrechtlichen Rechtsquellen ihrer Bedeutung und ihrer Stärke nach geordnet, ergibt sich folgende Rangstellung:

1. internationales und supranationales Recht
2. Bestimmungen des Grundgesetzes
3. zwingende Bundes- und Landesgesetze
4. Verordnungen
5. Tarifvertrag
6. Betriebsvereinbarung
7. Arbeitsvertrag
8. Gesamtzusage, betriebliche Übung
9. Weisungsrecht des Arbeitgebers

Bei der Frage der Anwendung der genannten arbeitsrechtlichen Rechtsquellen auf das konkrete Arbeitsverhältnis kann es sich ergeben, dass die Rechtsquellen auf verschiedenen oder derselben Rangstufe miteinander konkurrieren. Derartige Konkurrenzen bedürfen einer Auflösung.

1.2.2 Rangfolge der Rechtsquellen

Konkurrieren verschiedene arbeitsrechtliche Rechtsquellen bei ihrer Anwendung auf das konkrete Arbeitsverhältnis miteinander, gilt Folgendes: Die einzelnen Rechtsquellen unterschiedlicher Rangstufen unterliegen dem

Rangprinzip, das bedeutet, die ranghöhere Rechtsquelle geht der rangniedrigeren vor. Etwas anderes gilt nur, wenn die rangniedrigere Regelung für den Arbeitnehmer günstiger ist. In diesem Fall findet die günstigere Regelung Anwendung (sog. **Günstigkeitsprinzip**). Konkurrieren dagegen Normen auf der gleichen Rangstufe miteinander, gilt das **Spezialitäts- und Ordnungsprinzip**. Danach geht die speziellere Regelung der allgemeinen vor; die neuere Rechtsquelle hat Vorrang vor der älteren. Das Günstigkeitsprinzip ist für diese Fallkonstellation nicht anwendbar.

Fall:

Dem Arbeitnehmer Herrn Müller stehen nach dem Arbeitsvertrag 27 Urlaubstage zu. Nach dem Firmentarifvertrag hat er einen Anspruch auf 26 Urlaubstage. Der Verbandstarifvertrag sieht wiederum 28 und die Betriebsvereinbarung 30 Urlaubstage vor. Welche Anzahl an Urlaubstagen steht Herrn Müller zu?

Lösung:

Die Rangfolge der Rechtsquellen lautet:

- ▶ Gesetz (mindestens 24 Werktage)
- ▶ Tarifvertrag (26 bzw. 28 Arbeitstage)
- ▶ Betriebsvereinbarung (30 Arbeitstage)
- ▶ Arbeitsvertrag (27 Urlaubstage)

Bei Lösung der Konkurrenzprobleme unter Berücksichtigung des Rang- und Günstigkeitsprinzips allein stünden Herrn Müller 30 Arbeitstage Urlaub zu. Die Betriebsvereinbarung ist aber unwirksam, weil sie unzulässiger Weise den gleichen Regelungssachverhalt (nämlich die Urlaubsdauer) betrifft, der bereits im Tarifvertrag geregelt ist. Man spricht hier von ei-

nem Verstoß gegen die Regelungssperre zugunsten des Tarifvertrages nach § 77 Abs. 3 BetrVG.

Zwischen dem Firmentarifvertrag und dem Verbandstarifvertrag besteht Konkurrenz auf derselben Rangstufe. Der Firmentarifvertrag geht daher dem Verbandstarifvertrag wegen des Spezialitätsgrundsatzes vor. Das Günstigkeitsprinzip greift hier nicht. Danach stünden Herrn Müller 26 Urlaubstage nach dem Firmentarifvertrag zu. Gegenüber dieser tariflichen Regelung – und auch der gesetzlichen Regelung – ist aber die einzelvertragliche Vereinbarung günstiger. Wegen des Günstigkeitsprinzips ist Herrn Müller daher ein Anspruch auf 27 Urlaubstage zuzugestehen.

1.2.3 Erläuterung der arbeitsrechtlichen Rechtsquellen und Gestaltungsakte

1.2.3.1 Internationales und supranationales Recht

Internationales Recht

Bei arbeitsrechtlichen Sachverhalten mit Auslandsbezug lässt sich das anzuwendende nationale Recht anhand von **Kollisionsregelungen** ermitteln. Die Vertragsbeziehung unterliegt grundsätzlich dem gewählten Recht (vgl. Art. 27 EGBGB). Bei Arbeitsverträgen darf jedoch die Rechtswahl nicht dazu führen, dass der Arbeitnehmer dem Schutz zwingender Regelungen entzogen wird, die er ohne Rechtswahl für sich hätte in Anspruch nehmen können (vgl. Art. 30 Abs. 1 EGBGB). Ohne Rechtswahl gilt das Recht des Staates, in dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeitspflicht erfüllt oder in dem sich die Niederlassung des Betriebs oder Unternehmens befindet, die den Arbeitnehmer eingestellt hat. Voraussetzung ist dabei, dass der Arbeitnehmer seine Arbeit gewöhnlich nicht in ein und demselben Staat verrichtet.

Supranationales Recht (Europäisches Gemeinschaftsrecht)

Im Rahmen des supranationalen Rechts wird zwischen dem primären und dem sekundären Gemeinschaftsrecht unterschieden.

Das **primäre Gemeinschaftsrecht** umfasst das in den drei Gründungsverträgen (EGKS-, Euratom-, EWG- (bzw. EG-) Vertrag) normierte Recht, einschließlich deren Änderungen. Der EG-Vertrag (EGV) enthält zwar nur wenige arbeitsrechtliche Normen. Arbeitsrechtlich bedeutsam sind hier insbesondere die Regelung über die Freizügigkeit aller Arbeitnehmer in der Europäischen Union (vgl. Art. 39 ff. EGV) und die Festlegung der Lohngleichheit von Frauen und Männern (vgl. Art. 141 EGV).

Zum **sekundären Gemeinschaftsrecht** zählen Rechtsakte der Europäischen Union wie Verordnungen und Richtlinien. Verordnungen berechtigen und verpflichten die Arbeitsvertragsparteien unmittelbar. Richtlinien dagegen stellen grundsätzlich kein unmittelbar geltendes Recht dar. Sie wenden sich in erster Linie an die Mitgliedsstaaten. Diese müssen die Richtlinien innerhalb einer vorgegebenen Zeit in nationales Recht »transformieren«, d. h. umsetzen. Erst nach der Transformation gelten die Normen für die Bürger des einzelnen Mitgliedsstaates unmittelbar. Bedeutung hat dies zuletzt bei der Umsetzung von vier europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien in das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) erlangt.

1.2.3.2 Grundgesetz

An oberster Stelle der nationalen Rechtsnormen steht das Grundgesetz (GG). Die im Grundgesetz normierten Grundrechte stellen unmittelbar geltendes Recht dar und binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung gleichermaßen. Von besonderer Bedeutung für das Arbeitsrecht und das Arbeitskämpfrecht ist Art. 9 Abs. 3 GG, der für jeder-

mann und alle Berufe garantiert, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden. Für das Arbeitsrecht weiterhin bedeutsam sind insbesondere Art. 1 und 2 GG (Schutz der Menschenwürde, der körperlichen Unversehrtheit und das Recht der freien Entfaltung der Persönlichkeit), Art. 3 GG (Gleichheitsgrundsatz), Art. 4 GG (Glaubens- und Gewissensfreiheit), Art. 5 GG (Meinungsfreiheit), Art. 12 GG (Berufswahl- und Berufsausübungsfreiheit) und Art. 14 GG (Eigentumsfreiheit).

1.2.3.3 Zwingende Bundes- und Landesgesetze

Zwingende Bundesgesetze mit arbeitsrechtlichem Bezug gibt es vielfältige. Sie beinhalten regelmäßig Schutzvorschriften zugunsten der Arbeitnehmer, wie etwa das Kündigungsschutzgesetz, das Arbeitszeitgesetz, das Mutterschutzgesetz oder das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz. Grundsätzlich steht die Gesetzgebungsbefugnis im Bereich des Arbeitsrechts dem Bund zu. Eine Länderkompetenz besteht nur insoweit, als der Bund von seiner Gesetzgebungskompetenz keinen Gebrauch macht. Länderunterschiedliche Normen mit arbeitsrechtlichen Auswirkungen finden sich im Wesentlichen im Bereich des Bildungsurlaubsrechts und des Feiertagsrechts.

Die Arbeitsgesetze legen die **Mindestvoraussetzungen** an ein Arbeitsverhältnis fest. Ein Abweichen von arbeitsgesetzlichen Normen **zugunsten des Arbeitnehmers** ist grundsätzlich möglich. **Zulasten des Arbeitnehmers** kann vom Gesetz nur abgewichen werden, wenn es sich um eine **nachgiebige**, d. h. nicht zwingende Regelung handelt. Die Abgrenzung zwischen zwingendem und nicht zwingendem Recht hat durch Auslegung zu erfolgen. Liegt eine nicht zwingende Regelung vor, können für den Arbeitnehmer hinsichtlich des zu regelnden Sachverhaltes **un-**

günstigere Bestimmungen in Tarifverträgen, Betriebsvereinbarungen und Arbeitsverträgen festgelegt werden.

1.2.3.4 Verordnungen

Verordnungen sind im Arbeitsrecht kaum zu finden. Erwähnenswert ist allein die Wahlordnung zur Durchführung des Betriebsverfassungsgesetzes (WO).

1.2.3.5 Tarifverträge

Eine weitere Rechtsquelle sind die Tarifverträge. Sie stehen in der Rangfolge unter dem zwingenden Bundes- und Landesrecht und werden zwischen Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden (sog. Branchentarifverträge) oder einzelnen Firmen (sog. Haustarifverträge) abgeschlossen. Die Normen des Tarifvertrages gelten grundsätzlich nur für Tarifgebundene. Das sind auf der einen Seite die Mitglieder der Gewerkschaft, die den Tarifvertrag abschließt, und auf der anderen Seite die Mitgliedsbetriebe des jeweiligen Arbeitgeberverbandes. Ist der Arbeitgeber nicht Mitglied in einem Arbeitgeberverband und ist der Arbeitnehmer auch kein Gewerkschaftsmitglied, unterliegt das Arbeitsverhältnis keinen tarifvertraglichen Regelungen. Etwas anderes gilt nur, wenn der Bundesminister für Arbeit und Soziales einen Tarifvertrag allgemeinverbindlich erklärt hat oder die Anwendbarkeit eines Tarifvertrages im Einzelarbeitsvertrag individuell vereinbart worden ist.

1.2.3.6 Betriebsvereinbarung

Die Betriebsvereinbarung ist ein schriftlicher Vertrag zwischen dem Arbeitgeber und dem Betriebsrat. Der Vertrag hat die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Vertragsparteien sowie Angelegenheiten des Betriebs zum Gegenstand. Die Betriebsvereinbarung gilt unmittelbar und zwingend

für alle aktiven Arbeitnehmer des Betriebs, d. h., sie bezieht sich auf jedes Arbeitsverhältnis in ihrem Geltungsbereich und kann einzelvertraglich nicht für unanwendbar erklärt werden. Auf die Rechte aus einer Betriebsvereinbarung kann nur mit Zustimmung des Betriebsrats verzichtet werden.

1.2.3.7 Arbeitsvertrag

Das Arbeitsverhältnis ist ein **besonderer Fall des Dienstvertrages** gemäß §§ 611 ff. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Er umfasst die vertraglichen Bedingungen des Arbeitsverhältnisses sowie die Rechte und Pflichten des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers.

1.2.3.8 Gesamtvereinbarung und betriebliche Übung

Gesamtvereinbarung

Bei einer **Gesamtvereinbarung** handelt es sich um eine förmliche Bekanntmachung des Arbeitgebers an alle Arbeitnehmer bzw. bestimmte Arbeitnehmer-Gruppen, zusätzliche Leistungen (z. B. Sonderzuwendungen zu Weihnachten, Prämien) zu gewähren. Dieses **Angebot zur Ergänzung des Arbeitsvertrages** kann beispielsweise durch Aushang am Schwarzen Brett, Rundschreiben oder als Erklärung auf einer Betriebsversammlung erfolgen. Der Arbeitnehmer erlangt durch die Gesamtzusage vertragliche Ansprüche gegen den Arbeitgeber. Will der Arbeitgeber dies verhindern, muss er die Zusage unter dem **Vorbehalt der Freiwilligkeit** anbieten.

Formulierungsbeispiel:

»Die Leistung erfolgt unter dem Vorbehalt der Freiwilligkeit. Sie begründet auch im Wiederholungsfall keinen Rechtsanspruch für die Zukunft.«

Betriebliche Übung

Zu den vertraglichen Ansprüchen gehören auch solche aufgrund einer **betrieblichen Übung**. Unter einer betrieblichen Übung versteht man die **regelmäßige Wiederholung** einer bestimmten Verhaltensweise des Arbeitgebers. Hauptbeispiel ist die freiwillige Gewährung zusätzlicher sozialer Leistungen (z. B. Weihnachts-, Urlaubsgeld). Aus der **dreimaligen vorbehaltlosen** Zahlung einer an sich **freiwilligen** Zuwendung kann entnommen werden, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer zukünftig einen entsprechenden **Rechtsanspruch** im Einzelarbeitsvertrag zustehen möchte. Will der Arbeitgeber den Rechtsanspruch verhindern, muss er nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts die Leistung unter einen **Freiwilligkeitsvorbehalt** stellen. Nur auf diese Weise kann der Arbeitgeber jederzeit neu bestimmen, ob und unter welchen Voraussetzungen er eine Leistung gewähren will.

Fall:

Malermeister Müller zahlt seinen Mitarbeitern seit drei Jahren Weihnachtsgeld aus. Die Höhe des Weihnachtsgeldes ist jedoch jedes Jahr unterschiedlich gewesen. Hat Herr Müller damit eine betriebliche Übung entstehen lassen?

Lösung:

Die Arbeitnehmer haben keinen Anspruch auf das Weihnachtsgeld aus betrieblicher Übung. Denn das Bundesarbeitsgericht hat dazu Folgendes entschieden: Ein Anspruch auf Weihnachtsgeld aus betrieblicher Übung entsteht dann nicht, wenn die Leistung dreimal in unterschiedlicher Höhe nach Ermessen des Arbeitgebers gewährt wurde. Dabei muss aus dem Verhalten des Arbeitgebers ganz klar ersichtlich sein, dass er jedes Jahr erneut über die Leistungsgewährung entscheidet.

ARBEITSRECHTLICHE INSTRUMENTARIEN

Hat sich erst einmal eine betriebliche Übung im Betrieb etabliert, ist es äußerst schwierig, diese wieder zu beseitigen. Folgende Alternativen bieten sich an:

- ▶ »Massenänderungskündigungen«, denn die betriebliche Übung ist Bestandteil der einzelnen individuellen Arbeitsverträge geworden (eher theoretische Möglichkeit, da wenig praktikabel),
- ▶ Beendigung der individuellen Ansprüche aus der betrieblichen Übung durch einvernehmliche Aufhebung oder »einzelvertragliches Abkaufen« (mittels Zugeständnissen, Einmalzahlungen etc.),
- ▶ die betriebliche Übung wird nur für bereits beschäftigte Arbeitnehmer fortgeführt, alle Neuzugänge werden von diesen Ansprüchen ausgeschlossen,
- ▶ einseitige schriftliche Loslösung des Arbeitgebers von den Ansprüchen aus betrieblicher Übung, wenn der Arbeitnehmer die Erklärung gegenzeichnet und im Anschluss an seine Tätigkeit über eine längere Zeit hinweg widerspruchslos fortsetzt oder
- ▶ Beendigung der betrieblichen Übung durch eine Betriebsvereinbarung, allerdings nur möglich, wenn der Arbeitnehmer im Anschluss seine Tätigkeit über eine längere Zeit hinweg widerspruchslos fortsetzt.

1.2.3.9 Weisungsrecht

Durch seine Weisungen konkretisiert der Arbeitgeber die vertraglichen Leistungspflichten des Arbeitnehmers, da der Arbeitsvertrag regelmäßig die zu leistende Arbeit nur allgemein bestimmt. Das Weisungsrecht erlaubt es dem Arbeitgeber, die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers nach Zeit, Ort, Art und Weise zu konkretisieren und diesem bestimmte Arbeiten zu-

zuweisen. Die vom Arbeitgeber erteilten Weisungen müssen sich dabei im Rahmen des Arbeitsvertrages und der Billigkeit halten. Sie dürfen nicht gegen höherrangiges Recht verstoßen. Das Weisungsrecht, konkretisiert durch die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, ist seit dem 1.1.2003 in § 106 der neuen Gewerbeordnung (GewO) gesetzlich für alle Arbeitsverhältnisse normiert worden.

2. Abschluss eines Arbeitsvertrages

2.1 Begründung des Arbeitsverhältnisses

Der Arbeitsvertrag bildet das rechtliche Fundament eines Arbeitsverhältnisses. Für den Abschluss des Arbeitsvertrages ist – wie bei jedem anderen Vertrag auch – eine **Einigung der Parteien mit Rechtsbindungswillen** erforderlich. Dazu bedarf es zweier übereinstimmender Willenserklärungen, mithin eines Angebots und einer Annahme: Der Arbeitnehmer bietet seine Arbeitsleistung an, der Arbeitgeber nimmt das Angebot an. Einigkeit muss dabei lediglich über den notwendigen Inhalt des Arbeitsverhältnisses bestehen, nämlich dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung und der Arbeitgeber eine entsprechende Entlohnung schuldet.

2.1.1 Form des Arbeitsverhältnisses

Der Abschluss eines Arbeitsvertrages ist grundsätzlich nicht von dem Einhalten einer besonderen Form abhängig. Dies legt § 105 GewO fest. In der Konsequenz kann der Arbeitsvertrag mündlich oder schriftlich, ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten abgeschlossen werden. Dies kann etwa dadurch geschehen, dass der Arbeitnehmer die Arbeit aufnimmt und der Arbeitgeber dem nicht widerspricht. Es gibt allerdings auch

relevante Ausnahmen von dem Grundsatz der Formfreiheit. So enthalten etwa Tarifverträge und Arbeitsverträge gelegentlich Bestimmungen, nach denen Nebenabreden zum Arbeitsvertrag nur gelten, sofern sie schriftlich niedergelegt sind. Ausnahmen sind auch in Gesetzen zu finden. So sieht etwa § 14 Abs. 4 S. 4 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) für die Befristung eines Arbeitsvertrages ausdrücklich die Schriftform vor. Wird das Schriftformerfordernis nicht eingehalten, führt dies »nur« zur Unwirksamkeit der Befristungsabrede, nicht jedoch zur Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages im Übrigen.

Verpflichtung zur nachträglichen Niederschrift

Gleichwohl der Arbeitsvertragsabschluss grundsätzlich keiner Schriftform bedarf, weist der soeben erwähnte § 105 GewO in Satz 2 ausdrücklich darauf hin, dass in diesem Zusammenhang die Regelungen des Nachweisgesetzes (NachwG) zu beachten sind. Nach § 2 NachwG muss der Arbeitgeber prinzipiell spätestens einen Monat nach dem vereinbarten Beginn des Arbeitsverhältnisses die wesentlichen Arbeitsbedingungen schriftlich niederlegen. Diese Niederschrift ist vom Arbeitgeber zu unterzeichnen und dem Arbeitnehmer auszuhändigen. Unverzichtbare Mindestangaben nach dem NachwG sind:

- ▶ der Name und die Anschrift der Arbeitsvertragsparteien,
- ▶ der Beginn des Arbeitsverhältnisses,
- ▶ bei befristeten Arbeitsverhältnissen die vorhersehbare Dauer des Arbeitsverhältnisses,
- ▶ der Arbeitsort oder, falls der Arbeitnehmer nicht nur an einem bestimmten Ort eingesetzt werden soll, ein Hinweis, dass der Arbeitnehmer an verschiedenen Orten tätig werden soll,

- ▶ die Bezeichnung oder allgemeine Beschreibung der vom Arbeitnehmer zu erbringenden Tätigkeiten,
- ▶ die Zusammensetzung und die Höhe des Arbeitslohns einschließlich der Zuschläge, der Zulagen, Prämien und Sonderzahlungen sowie anderer Bestandteile des Arbeitsentgelts und deren Fälligkeit,
- ▶ die vereinbarte Arbeitszeit,
- ▶ die Dauer des jährlichen Erholungsurlaubs,
- ▶ die Fristen für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses,
- ▶ ein in allgemeiner Form gehaltener Hinweis auf die Tarifverträge, Betriebs- oder Dienstvereinbarungen, die auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden sind.

Welche rechtlichen Folgen es hat, wenn der Arbeitgeber seiner Verpflichtung aus dem Nachweisgesetz nicht nachkommt, ist dort nicht geregelt. Fest steht jedenfalls, dass ein Arbeitsvertrag auch dann rechtswirksam ist, wenn er nicht schriftlich niedergelegt, sondern lediglich »per Handschlag« vereinbart wurde. Allerdings ist nicht auszuschließen, dass der Arbeitgeber mit Schadensersatzansprüchen rechnen muss, wenn er seiner Rechtspflicht aus dem Nachweisgesetz nicht nachkommt. Denkbar sind diese insbesondere für den Fall, dass es der Arbeitgeber unterlässt, den Arbeitnehmer auf einen auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Tarifvertrag zu verweisen und der Arbeitnehmer es in der Folge versäumt, seine Ansprüche gegen den Arbeitgeber innerhalb der tariflichen Ausschlussfristen rechtzeitig geltend zu machen.

Im Ergebnis dient das schriftliche Fixieren der wesentlichen Arbeitsbedingungen nach dem Nachweisgesetz maßgeblich der Rechtsklarheit und

-sicherheit sowie der Information des Arbeitnehmers. Da das Formulieren von rechtssicheren Arbeitsbedingungen kein leichtes Unterfangen und mit vielen Fallstricken behaftet ist, bedient sich die betriebliche Praxis vermehrt standardisierter Verträge, die von Berufsverbänden oder Vereinigungen (z. B. Handwerkskammer, Fachverbände, Kreishandwerkerschaften) angeboten werden. Diese Verträge können auf die betrieblichen Bedürfnisse abgestimmt werden und bieten regelmäßig eine dauerhafte Grundlage für das Arbeitsverhältnis und helfen, Streitigkeiten über einzelne Vertragsbestandteile möglichst von vornherein zu vermeiden.

Hinzuweisen bleibt darauf, dass der Gesetzgeber zum 1.1.2002 auch für Arbeitsverhältnisse die sog. **Inhaltskontrolle** von Standard- oder Formulararbeitsverträgen nach dem **Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen**, allerdings unter Berücksichtigung der »Besonderheiten des Arbeitsrechts«, eingeführt hat. Seit 1.1.2003 gelten diese Regelungen für alle arbeitsrechtlich Standard- und Formulararbeitsverträge, also auch für solche, die vor dem 1.1.2002 abgeschlossen wurden. Hierdurch haben sich in der arbeitsrechtlichen Praxis bei der Gestaltung von Arbeitsverträgen erhebliche Unabwägbarkeiten ergeben. Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist nach § 305 BGB immer dann zu berücksichtigen, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einen **mehrfach verwendeten Formularvertrag** anbietet und die darin enthaltenen Regelungen in das Vertragsverhältnis einbezogen werden. Ist das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen anwendbar, wird die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers zum Schutz des Arbeitnehmers eingeschränkt. So sind etwa Klauseln, mit denen der Arbeitnehmer nicht rechnen musste oder die ihn entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen, unwirksam. Zweifel bei der Auslegung verwendeter Klauseln gehen zulasten des Verwenders, also des Arbeitge-

bers – ein Grund mehr, sich bei der Erstellung von Arbeitsverträgen durch die jeweiligen Berufsorganisationen fachmännisch beraten zu lassen.

2.1.2 Grenzen der Abschlussfreiheit

In der Entscheidung, **ob und mit wem** der Arbeitgeber ein Arbeitsverhältnis eingeht, ist dieser grundsätzlich frei. Die Entscheidungsfreiheit kann jedoch durch Gesetz, Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung eingeschränkt werden.

2.1.2.1 Abschluss- und Beschäftigungsverbote

Gesetzliche Verbote, die einem Arbeitsvertrag im Wege stehen und zumindest die Wirksamkeit einzelner Bestimmungen des geschlossenen Arbeitsvertrages verhindern, finden sich maßgeblich in besonderen Arbeitnehmerschutzvorschriften.

Zu unterscheiden ist dabei zwischen **Abschlussverboten** einerseits und **Beschäftigungsverboten** andererseits. Abschlussverbote sollen bereits das Zustandekommen eines Arbeitsvertrages verhindern. Wird ein Arbeitsverhältnis trotz Abschlussverbot geschlossen, ist es nichtig. Das trifft etwa auf ein Arbeitsverhältnis zu, das mit Kindern abgeschlossen wird, denn gemäß § 5 Jugendarbeitsschutzgesetz (JArbSchG) ist die Beschäftigung von Kindern – dies sind Personen, die noch nicht 15 Jahre alt sind oder noch der Vollzeitschulpflicht unterliegen (vgl. § 2 JArbSchG) – verboten. Nichtig ist auch ein Arbeitsvertrag mit Jugendlichen, der Tätigkeiten bei außerordentlicher Hitze, Kälte oder Nässe vorsieht (vgl. § 22 JArbSchG).

Anders verhält es sich bei Verstößen gegen Beschäftigungsverbote. Hier ist der Arbeitsvertrag nicht nichtig; es wird lediglich die Beschäftigung des

Arbeitnehmers in einem bestimmten Bereich zeitweilig oder auf Dauer untersagt. Dies trifft beispielsweise auf Beschäftigungsverbote für Schwangere und Wöchnerinnen nach §§ 3 ff. Mutterschutzgesetz (MuSchG) zu.

2.1.2.2 Gesetzliche Anordnung von Arbeitsverhältnissen

Daneben gibt es gesetzliche Regelungen, die gerade die Einstellung eines Arbeitnehmers vorsehen und damit zugleich die Dispositionsfreiheit des Arbeitgebers nicht unwesentlich einschränken. Eine solche Regelung stellt § 613 a Abs. 1 S. 1 BGB dar. Diese Norm ordnet bei einem Betriebsübergang, d. h. bei der rechtsgeschäftlichen Übertragung eines Betriebs oder Betriebsteils an einen anderen Inhaber, an, dass das Arbeitsverhältnis kraft Gesetz auf den neuen Inhaber übergeleitet wird. Der Betriebserwerber tritt dabei an die Stelle des früheren Betriebsinhabers und wird per Gesetz neuer Vertragspartner des Arbeitnehmers. Ähnlich verhält es sich, wenn ein Leiharbeiter trotz fehlender Erlaubnis des Verleihers zur Arbeitnehmerüberlassung beim Entleiher tätig wird. Hier gilt gemäß § 10 Abs. 1 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Leiharbeiter und dem entleihenden Arbeitgeber (nicht aber mit dem Verleiher!) als zustande gekommen.

2.1.2.3 Einstellungsgebote

Daneben gibt es Fälle, in denen das Arbeitsverhältnis nicht bereits kraft Gesetz zustande kommt, sondern in denen dem Arbeitgeber ein Gebot zur Einstellung eines Arbeitnehmers auferlegt wird. Zu differenzieren ist zwischen dem Einstellungsanspruch und der Einstellungspflicht. Im Gegensatz zur Einstellungspflicht gewährt der Einstellungsanspruch dem konkreten Bewerber einen Anspruch auf Abschluss eines Arbeitsvertrages.

Ein Einstellungsanspruch steht gemäß § 78 a Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) Mitgliedern der Jugend- und Auszubildendenvertretung zu.

Diese können innerhalb der letzten drei Monate vor Beendigung ihres Berufsausbildungsverhältnisses vom Arbeitgeber verlangen, weiterbeschäftigt zu werden. Die Jugendvertreter haben dadurch die Möglichkeit, durch eine lediglich einseitige Erklärung ein Arbeitsverhältnis auf unbestimmte Zeit zu begründen.

Ein Einstellungsanspruch bzw. ein »Wieder«-Einstellungsanspruch kommt nach der Rechtsprechung zudem auch Arbeitnehmern zugute, wenn ihnen betriebsbedingt gekündigt worden ist, der betriebliche Grund aber noch vor Ablauf der Kündigungsfrist wegfällt. Gleiches gilt, wenn einem Arbeitnehmer wegen Diebstahlsverdacht gekündigt worden ist, sich aber später dessen Unschuld herausstellt.

Eine Einstellungspflicht ist dagegen in § 71 Neuntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IX) enthalten. Nach dieser Regelung haben Arbeitgeber mit monatlich mindestens 20 Arbeitsplätzen auf wenigstens 5% der Arbeitsplätze schwerbehinderte Menschen zu beschäftigen. Arbeitgeber mit weniger als 40 Arbeitsplätzen haben einen schwerbehinderten Menschen, mit weniger als 50 Arbeitsplätzen jahresdurchschnittlich je Monat zwei schwerbehinderte Menschen zu beschäftigen. Erfüllt der Arbeitgeber diese Verpflichtung nicht, führt dies nicht zu einem Einstellungsanspruch schwerbehinderter Menschen. Der Arbeitgeber hat lediglich eine sog. Ausgleichsabgabe zu zahlen. Diese beträgt je Monat und unbesetzten Arbeitsplatz je nach Erfüllungsgrad der Pflichtquote zurzeit 105 Euro, 180 Euro oder 260 Euro.

2.2 Das fehlerhafte Arbeitsverhältnis

Ein Arbeitsvertrag kann aus den verschiedensten Gründen rechtlich fehlerhaft sein. Anfechtbarkeit und Nichtigkeit sind mögliche Konsequenzen.

2.2.1 Geschäftsfähigkeit des Vertragspartners

Das Recht, Erklärungen mit Rechtsbindungswillen abzugeben und sich durch Verträge zu verpflichten, hat eine Partei erst mit dem Zeitpunkt der **vollen Geschäftsfähigkeit**. Diese tritt ein mit der Vollendung des 18. Lebensjahres. Lediglich **beschränkt Geschäftsfähige**, d. h. Minderjährige im Alter zwischen dem vollendeten siebten und 18. Lebensjahr, bedürfen für den Abschluss eines Arbeits- bzw. Ausbildungsvertrages der Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter (§§ 106 ff. BGB). Anderenfalls ist der Vertrag nichtig. Stimmen die gesetzlichen Vertreter der Eingehung eines Arbeitsverhältnisses zu, erlangen Minderjährige nach Maßgabe des § 113 BGB eine auf das Arbeitsverhältnis bezogene Teilgeschäftsfähigkeit. Diese erlaubt es ihnen, beispielsweise ein Konto einzurichten und selbstständig Geld abzuheben oder einer Gewerkschaft beizutreten. Berufsausbildungsverträge fallen dagegen nicht unter § 113 BGB, da bei ihnen nicht die Arbeitsleistung, sondern der Ausbildungszweck im Vordergrund steht. Ein minderjähriger Arbeitgeber kann nach § 112 BGB teilgeschäftsfähig werden.

Personen, die das siebte Lebensjahr nicht vollendet haben oder die erkennbar oder nicht erkennbar unter geistigen Defiziten leiden, sind geschäftsunfähig (§ 104 BGB) und können keine Erklärungen mit Rechtsbindungswillen abgeben. Arbeitsverträge mit diesem Personenkreis sind nichtig.

Die Nichtigkeit eines Arbeitsvertrages mit Minderjährigen oder Geschäftsunfähigen befreit den Arbeitgeber nicht von der Lohnzahlungspflicht, sofern der Minderjährige bzw. der Geschäftsunfähige die Arbeitsleistung tatsächlich erbracht hat.

2.2.2 Weitere Nichtigkeitsgründe

Fehlerhaft zustande gekommen und damit ebenfalls nichtig ist ein Arbeitsvertrag, wenn er gegen die guten Sitten nach § 138 Abs. 1 BGB verstößt, etwa weil der Arbeitnehmer sich im Arbeitsvertrag zu einer strafbaren Handlung verpflichtet hat. Gleiches gilt bei Lohnwucher gemäß § 138 Abs. 2 BGB oder bei einem Verstoß des Arbeitsvertragsinhalts gegen ein gesetzliches Verbot nach § 134 BGB.

2.2.3 Anfechtbarkeit

Wie andere privatrechtliche Verträge kann ein Arbeitsvertrag, der unter Irrtum, Täuschung oder Drohung eingegangen wurde, durch rechtzeitige Erklärung gegenüber dem Vertragspartner angefochten werden. So hat der Arbeitgeber etwa die Möglichkeit, einen Arbeitsvertrag wegen arglistiger Täuschung anzufechten, wenn der Arbeitnehmer vor dessen Abschluss (z. B. im Vorstellungsgespräch) eine zulässige Frage des Arbeitgebers bewusst falsch beantwortet oder eine offenbarungspflichtige Tatsache verschwiegen hat.

2.2.4 Rechtsfolge der Fehlerhaftigkeit

Ist das Arbeitsverhältnis nichtig, kann sich jede Vertragspartei mit sofortiger Wirkung für die Zukunft von dem nichtigen Arbeitsverhältnis lossagen. Kündigungsfristen sind dabei nicht zu beachten.

Das gilt grundsätzlich auch für die Vergangenheit, sofern der Arbeitnehmer die **Arbeit noch nicht aufgenommen** hat. In diesem Fall bestehen bei der Abwicklung des Arbeitsverhältnisses **keine Besonderheiten** im Vergleich zu regulären bürgerlich-rechtlichen Regeln. Das Arbeitsverhält-

nis gilt von Anfang an als unwirksam. Für den Fall der Anfechtung folgt dies aus § 142 BGB. Da der Arbeitnehmer noch keine Arbeitsleistung erbracht hat, ist eine besondere Rückabwicklung des Arbeitsverhältnisses nicht erforderlich. Der Arbeitnehmer hat lediglich die ihm gegebenenfalls im Vorfeld vom Arbeitgeber gewährten Vorteile (z. B. Vorschuss, Überlassung eines Dienstwagens) nach den Grundsätzen des Bereicherungsrechts (§§ 812 ff. BGB) zurückzugewähren.

Anders verhält es sich, wenn der Arbeitnehmer die **Arbeit bereits aufgenommen** hat. In diesem Fall gestaltet sich die Rückabwicklung des Arbeitsverhältnisses über den Weg des Bereicherungsrechts schwierig. Die bereits geleistete Arbeit kann nicht in natura zurückgewährt werden. Auch der Wert der Tätigkeit lässt sich nur schwer bestimmen. In diesen Fällen hilft das Rechtsinstitut vom sog. **faktischen Arbeitsverhältnis**. Dieses greift immer dann, wenn

- ▶ die natürliche Willensbildung der Vertragsparteien bei Vertragsschluss fehlerhaft war,
- ▶ das Arbeitsverhältnis schon in Vollzug gesetzt wurde, d. h. der Arbeitnehmer tatsächlich bereits eine Arbeitsleistung erbracht hat, und
- ▶ der eingetretene Mangel des Arbeitsverhältnisses nicht so schwer wiegt, dass die Vertragsbeziehung nicht einmal für die Vergangenheit aufrechterhalten werden kann.

Liegen diese Voraussetzungen vor, ist der angefochtene oder nichtige Arbeitsvertrag für die Vergangenheit als voll wirksam zu behandeln. Der Arbeitnehmer hat also Anspruch auf Arbeitsvergütung, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Urlaub, Einhaltung der Vorschriften des Arbeitsschutzes, des Mutterschutzes etc. Für die Zukunft ist dagegen eine jederzeitige Lö-

sung des nichtigen Arbeitsverhältnisses möglich. Auch die Anfechtung des bereits in Vollzug gesetzten Arbeitsvertrages entfaltet nur für die Zukunft Wirkung und kommt daher einer außerordentlichen Kündigung gleich.

3. Vertragsanbahnung

3.1 Ausschreibung von Arbeitsplätzen

Die Ausschreibung eines Arbeitsplatzes erfolgt regelmäßig **betriebsextern**, also etwa mittels einer Zeitungsanzeige oder über die Einschaltung der Arbeitsagentur. Sie kann aber auch **betriebsintern** durch Aushang bekannt gemacht werden. Besteht im Betrieb ein Betriebsrat, kann der Arbeitgeber sogar zur betriebsinternen Ausschreibung der vakanten Stelle verpflichtet werden, vgl. § 93 BetrVG. Die extern und intern gestellten Anforderungen an den zukünftigen Stelleninhaber dürfen dabei nicht voneinander abweichen. Dass die Stelle durch einen internen Bewerber besetzt wird, kann der Betriebsrat allerdings nicht verlangen.

3.1.1 Anforderungsprofil der Stelle

Zentraler Ausgangspunkt einer Stellenausschreibung ist eine detaillierte **Stellenbeschreibung**. In dieser wird regelmäßig festgelegt, welche Qualifikationen für eine erfolgreiche Aufgabenerfüllung erforderlich sind. Dabei ist es hilfreich, zwischen Muss-Anforderungen und Kann-Anforderungen zu unterscheiden. Letztere sind zwar wünschenswert, stellen aber keine Ausschlusskriterien dar, sofern der Bewerber diesen nicht gerecht wird.

ARBEITSRECHTLICHE INSTRUMENTARIEN

Zu berücksichtigen sind bei der Formulierung einer Stellenbeschreibung:

- ▶ fachliche Kompetenzen (z. B. Ausbildungs- und Studienabschlüsse, Weiterbildungen, Berufserfahrung, Fertigkeiten),
- ▶ methodische Kompetenzen (z. B. Projektmanagement, Zeitmanagement),
- ▶ soziale Kompetenzen (z. B. Teamfähigkeit, Konfliktfähigkeit),
- ▶ persönliche Kompetenzen (z. B. Arbeitsmotivation, Ergebnisorientierung, Kundenorientierung, Zuverlässigkeit, Kreativität),
- ▶ Sonstiges (z. B. gehaltliche Einstufung, Nennung des Vorgesetzten des Stelleninhabers, Berichtspflichten).

Je konkreter das Anforderungsprofil für den vakanten Arbeitsplatz beschrieben ist, desto gezielter kann ein potenzieller Kandidat angesprochen werden. Ein exaktes Anforderungsprofil hilft im Bewerbungsgespräch zudem, den passgenauen Bewerber leichter zu finden.

3.1.2 Benachteiligungsverbote

Bisher war der Arbeitgeber lediglich gehalten, Stellenausschreibungen gemäß § 611 b BGB geschlechtsneutral zu formulieren. Seit dem 18.8.2006 ist der Arbeitgeber darüber hinaus im Zuge des **Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes** (AGG) gehalten, weitere Benachteiligungsverbote zu beachten. So hat er nunmehr Sorge dafür zu tragen, dass alle Maßnahmen im Bereich des Arbeitslebens frei von Benachteiligungen wegen

- ▶ der Rasse,
- ▶ der ethnischen Herkunft,
- ▶ des Geschlechts,
- ▶ der Religion oder der Weltanschauung,
- ▶ einer Behinderung,
- ▶ des Alters oder
- ▶ der sexuellen Identität

sind. Diese Verpflichtung erfasst alle Stadien, die ein Arbeitsverhältnis von der Stellenausschreibung, der Einstellung über die Beförderung bis hin zur Beendigung durchläuft. Der Katalog der Benachteiligungsmerkmale ist abschließend.

Gemäß § 11 AGG hat der Arbeitgeber Arbeitsplätze **benachteiligungsneutral** auszuschreiben. Als Faustregel gilt, dass Stellenausschreibungen so zu formulieren sind, dass sie sich ausschließlich auf die Tätigkeit selbst beziehen und nur Anforderungen aufzählen, die für die ausgeschriebene Stelle wirklich erforderlich sind. Vermieden werden sollten doppeldeutige Formulierungen wie »erfahrener alter Hase«, »junge dynamische Führungspersönlichkeit«, »akzentfreies Deutsch«, »Reinemachefrau« oder »Mindestalter«. Merkmale, die nicht zwangsnötig sind, sollten zumindest in der Stellenausschreibung nicht erscheinen. Im Übrigen sollte der Arbeitgeber von sich aus nicht ausdrücklich die Zusendung von Bewerbungsunterlagen mit Lichtbild und Altersangabe fordern. Es genügt vielmehr die Bitte um Zusendung vollständiger Bewerbungsunterlagen. Die Pflicht zur neutralen Stellenausschreibung sollte insbesondere vor

dem Hintergrund der **Beweiserleichterung** des § 22 AGG ernst genommen werden. Denn soweit bereits in der Stellenanzeige **Indizien** für eine Benachteiligung enthalten sind, kann ein abgelehnter Bewerber gegebenenfalls Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz geltend machen. Voraussetzung dürfte dabei allerdings sein, dass er für die Stelle zumindest grundsätzlich geeignet ist und die Bewerbung ernsthaft erfolgte.

3.2 Vorverhandlungen

Sowie es zwischen dem Arbeitgeber und dem Bewerber um einen Arbeitsplatz zu schriftlichem oder mündlichem Kontakt kommt, entsteht zwischen den Beteiligten ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis. Dieses begründet sowohl Rechte und Pflichten des Arbeitgebers als auch des Bewerbers.

3.2.1 Pflichten des Arbeitgebers

3.2.1.1 Mitteilungspflichten gegenüber dem Bewerber

Dem Arbeitgeber obliegen im Vorfeld zur Eingehung eines Arbeitsvertragsverhältnisses besondere Mitteilungspflichten:

- **Anforderungen an den Arbeitsplatz:** Werden an den potenziellen Mitarbeiter überdurchschnittliche Anforderungen gestellt, ist der Arbeitgeber nach Treu und Glauben verpflichtet, diesen darüber zu informieren. Das Gleiche gilt, wenn bei Ausübung der Tätigkeit besondere gesundheitliche Belastungen zu erwarten sind.
- **Keine falschen Erwartungen wecken:** Daneben muss der Arbeitgeber vermeiden, bei dem Bewerber die Hoffnung zu erwecken, dass es auf jeden Fall zu einem Vertragsabschluss kommen werde. Tut er

das trotzdem und kündigt der Bewerber in der festen Erwartung auf die neue Stelle sein altes sicheres Arbeitsverhältnis, ohne dass es zur Eingehung eines neuen Arbeitsverhältnisses kommt, kann der Arbeitgeber schadensersatzpflichtig werden.

- **Details der wirtschaftlichen Situation:** Nicht verpflichtet ist der Arbeitgeber dagegen, dem Bewerber die wirtschaftliche Situation seines Betriebs offen zu legen. Eine solche Verpflichtung besteht allenfalls, wenn etwa eine Insolvenz unmittelbar bevorsteht oder organisatorische Maßnahmen geplant sind, die mit hoher Wahrscheinlichkeit zum alsbaldigen Wegfall des neu zu besetzenden Arbeitsplatzes führen werden.

3.2.1.2 Benachteiligungsverbot

Wie im Fall der Stellenausschreibung muss der Arbeitgeber auch während des Einstellungsverfahrens sicherstellen, dass keine ungerechtfertigten Benachteiligungen aufgrund der abschließend im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz genannten Benachteiligungsmerkmale stattfinden.

3.2.1.3 Dokumentation der Auswahlentscheidung

Vor dem Hintergrund möglicher Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche benachteiligter Bewerber sollte die **Bewerberauslese sorgfältig dokumentiert** werden. Auch sollte der Arbeitgeber in der Lage sein darzulegen, aus welchen Gründen er einen Bewerber abgelehnt hat. Selbst wenn seine Einstellungsentscheidung auf subjektiven Gründen, z. B. persönliche Sympathie, basiert, sollte er diese immer (zumindest auch) auf rein objektive Kriterien stützen können. Solche objektiven Bewertungskriterien können etwa sein Schulnoten, Sprachkenntnisse oder fachspezifische Abschlüsse, aber auch sog. »Soft skills« wie Teamfähigkeit, Kommunikationsfähigkeit und Eigeninitiative. Gegebenenfalls sind die Bewerbungsunterlagen zu kopieren oder zumindest so lange aufzu-

bewahren, bis mit Ansprüchen auf Schadensersatz und Entschädigung nicht mehr zu rechnen ist.

3.2.1.4 Absage eines abgelehnten Bewerbers

Auch das Ablehnungsschreiben sollte im Hinblick auf die Benachteiligungsmerkmale des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes **neutral** gehalten werden und damit möglichst wenig Anknüpfungspunkte für eine Diskriminierung geben. Es gilt daher, das Ablehnungsschreiben so inhaltsleer wie möglich und **ohne weitere Begründung** zu formulieren.

3.2.1.5 Bewerbungsunterlagen

Der Arbeitgeber muss die eingereichten Bewerbungsunterlagen **sorgfältig behandeln** und **sicher aufbewahren**. Vermerke auf den Unterlagen sind zu vermeiden, insbesondere auch um eventuellen Diskriminierungsvorwürfen von Anfang an keinen Raum zu bieten. Die Beschaffungskosten der Bewerbungsunterlagen (Kopien, Lichtbild) einschließlich der Übersendungskosten trägt der Arbeitnehmer. Das gilt auch für ein vom Arbeitgeber verlangtes Führungszeugnis.

Gehen bei dem Arbeitgeber unverlangte Initiativbewerbungen ein, ist er nicht verpflichtet, darauf zu reagieren. Zurücksenden muss er diese Unterlagen nur, wenn der Bewerber einen frankierten Rückumschlag beigelegt hat. Anders verhält es sich, wenn der Arbeitgeber beispielsweise im Rahmen einer Stellenausschreibung zu Bewerbungen aufgerufen hat. Hier hat er den Bewerbern die Unterlagen nach Beendigung des (erfolglosen) Bewerbungsverfahrens auf eigene Kosten zurückzusenden. Die Bewerbungsunterlagen des eingestellten Kandidaten werden dagegen Bestandteil der Personalakte.

Kommt es zu einem Vorstellungsgespräch und entstehen dem Bewerber dadurch Aufwendungen (z. B. Anreisekosten), sind ihm diese vom Arbeitgeber zu erstatten. Dabei ist es egal, ob das Bewerbungsgespräch erfolgreich war oder nicht. Es genügt, dass der Arbeitgeber den Bewerber zu einer persönlichen Vorstellung **aufgefordert** hat. Nur wenn der Arbeitgeber den Bewerber vorher **ausdrücklich** darauf hinweist, dass er keinerlei Aufwendungen im Zusammenhang mit der Bewerbung übernehmen wird, kann er den Anspruch auf Kostenübernahme abwehren.

3.2.2 Mitteilungspflichten des Bewerbers

Eine allgemeine Aufklärungspflicht des Bewerbers über Umstände, die für den Arbeitgeber eventuell einstellungsrelevant sind, besteht nicht. Der Bewerber muss von sich aus keine Informationen preisgeben, die seine Einstellungschancen mindern. Ungefragt muss der Kandidat nur solche Umstände offenbaren, die ihn hindern, die Tätigkeit auszuüben oder welche die Tätigkeitsausübung wesentlich beeinträchtigen.

So besteht – auch ohne ausdrückliche arbeitgeberseitige Nachfrage – etwa eine Aufklärungspflicht des Arbeitnehmers, wenn er z. B.

- ▶ alsbald eine Freiheitsstrafe antreten muss,
- ▶ sich einer bevorstehenden Operation unterziehen muss oder er eine Kur beantragt hat.

3.2.3 Fragerecht des Arbeitgebers

Regelmäßig wird der Arbeitgeber das Bewerbungsgespräch dazu nutzen, möglichst viele Informationen über den Bewerber zu erhalten. Der Bewerber wiederum möchte sich möglichst vorteilhaft präsentieren – aber auch seine Privatsphäre schützen. Hier stellt sich regelmäßig die Frage nach der Reichweite des Fragerechts des Arbeitgebers.

Den widerstreitenden Interessen des Arbeitgebers einerseits und des Arbeitnehmers andererseits versucht die arbeitsrechtliche Rechtsprechung dadurch gerecht zu werden, dass sie dem Arbeitgeber ein Fragerecht insoweit gewährt, als er ein **berechtigtes, billigenswertes und schutzwürdiges Interesse** an der Beantwortung einer Frage hat. In diesen Fällen ist nämlich das arbeitgeberseitige Informationsinteresse stärker als das Interesse des Arbeitnehmers, seine Persönlichkeitsrechte zu wahren. »Berechtig« im vorgenannten Sinne ist ein Informationsinteresse dann, wenn die gewünschte Information unmittelbar mit der in Aussicht gestellten Tätigkeit zusammenhängt. Nur diesbezügliche Fragen sind **zulässig** und nur diese muss der Arbeitnehmer **wahrheitsgemäß beantworten**. Stellt der Arbeitgeber eine **unzulässige** Frage, muss der Bewerber sie nicht beantworten. Sie eröffnen ihm sogar ein **Recht zur Lüge**.

Kein Recht zur Lüge hat der Bewerber bei zulässigen Fragen. Beantwortet der Bewerber diese bewusst falsch oder unvollständig, kann das weitreichende Folgen nach sich ziehen. So kann eine Lüge den Arbeitgeber etwa berechtigen, den mit dem Bewerber abgeschlossenen Arbeitsvertrag wegen arglistiger Täuschung innerhalb eines Jahres nach Kenntniserlangen von der Täuschung anzufechten. Das Arbeitsverhältnis ist dann mit sofortiger Wirkung beendet, ohne dass besondere Arbeitnehmerschutzvorschriften berücksichtigt werden müssen.

Zulässig und damit **wahrheitsgemäß** vom Bewerber zu beantwortende Fragen sind solche bezüglich

- ▶ des bisherigen beruflichen Werdegangs und der beruflichen Fähigkeiten,
- ▶ der Ausbildung, Weiterbildung, Zeugnisnoten,
- ▶ der Gründe der Bewerbung, Wechselmotivation.

Keine Wahrheitspflicht trifft den Arbeitnehmer bei **unzulässigen Fragen**, wie etwa solchen nach

- ▶ einer Schwangerschaft,
- ▶ Wehr- und Ersatzdienstzeiten sowie bevorstehenden Einberufungszeiten,
- ▶ den persönlichen Verhältnissen, Heiratsabsichten oder Kinderwunsch.

Zwar lässt das **Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz** das Fragerecht des Arbeitgebers im Vorstellungsgespräch unberührt, denn eine Benachteiligung kommt erst bei einer konkreten Einzelentscheidung in Betracht. Gleichwohl ist es nicht sinnvoll, Fragen nach Diskriminierungsmerkmalen in Bewerbungsgesprächen zu stellen, da dies bereits als **Indiz** für eine Benachteiligung herangezogen werden kann mit der Folge der Beweiserleichterung zugunsten des Benachteiligten nach § 22 AGG.

3.3 Beteiligungsrechte des Betriebsrats

Hat sich der Arbeitgeber eines Unternehmens mit regelmäßig mehr als 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern nach Abschluss des Bewerbungs-

ARBEITSRECHTLICHE INSTRUMENTARIEN

verfahrens für einen Bewerber entschieden, muss er – sofern vorhanden – den Betriebsrat am Einstellungsverfahren beteiligen, vgl. § 99 Abs. 1 BetrVG. Der Arbeitgeber hat

- ▶ den Betriebsrat über die beabsichtigte Einstellung zu unterrichten,
- ▶ ihm die erforderlichen Bewerbungsunterlagen zur Verfügung zu stellen,
- ▶ ihm Auskunft zu erteilen über die Person der Bewerber (auch der nicht zur Einstellung in Betracht gekommenen Bewerber) und
- ▶ ihm Auskunft über die Auswirkungen der Einstellung zu erteilen und seine Zustimmung einzuholen.

Der Betriebsrat kann die Zustimmung zur Einstellung eines Bewerbers verweigern. Dies darf er allerdings nicht nach freiem Ermessen, sondern lediglich unter den in § 99 Abs. 2 BetrVG näher ausgeführten Gründen, etwa wenn die beabsichtigte Einstellung gegen ein Gesetz oder eine tarifvertragliche Bestimmung verstößt oder die Besorgnis besteht, dass infolge der personellen Maßnahme im Betrieb beschäftigte Arbeitnehmer gekündigt werden oder sonstige Nachteile erleiden. Macht der Betriebsrat von seinem Zustimmungsverweigerungsrecht Gebrauch, hat dies zwar keine Auswirkungen auf den Bestand des Arbeitsvertrages mit dem neuen Arbeitnehmer. Der Arbeitgeber darf den Arbeitnehmer jedoch nicht beschäftigen. Tut er es trotzdem, droht ihm ein Zwangsgeldverfahren, vgl. § 101 BetrVG. In besonderen sachlich begründeten Ausnahmefällen kann der Arbeitgeber die Einstellung aber auch als sog. vorläufige personelle Maßnahme durchführen. Von der vorläufigen Einstellung hat der Arbeitgeber den Betriebsrat unverzüglich zu unterrichten. Bestreitet der Betriebsrat den sachlichen Grund, hat der Arbeitgeber innerhalb von drei Tagen das Arbeitsgericht anzurufen und die Ersetzung der Zustimmung durch das Arbeitsgericht zu beantragen.

4. Arten von Arbeitsverhältnissen

Das Arbeitsrecht kennt die verschiedensten Arten von Arbeitsverhältnissen. In der betrieblichen Praxis finden sich insbesondere die folgenden:

4.1 Dauerarbeitsverhältnis

Soweit die Arbeitsvertragsparteien bei dem Abschluss des Arbeitsverhältnisses nichts Besonderes vereinbaren, entsteht ein Dauerarbeitsverhältnis. Dieses Vertragsverhältnis ist dadurch gekennzeichnet, dass es auf unbestimmte, längere Zeit angelegt ist. Nach dem Willen des Gesetzgebers ist der Dauerarbeitsvertrag der Normalfall eines Arbeitsverhältnisses. Für ihn gelten die regulären gesetzlichen, tarifvertraglichen oder einzelvertraglichen Kündigungsfristen.

4.2 Befristete Arbeitsverhältnisse nach dem Teilzeit- und Befristungsgesetz

Damit der Arbeitgeber sich nicht langfristig an einen Arbeitnehmer binden muss, bietet ihm das Gesetz ein Flexibilisierungsinstrument an: das befristete Arbeitsverhältnis. Mithilfe befristeter Arbeitsverhältnisse kann der Arbeitgeber flexibel auf den aktuellen Arbeitskräftebedarf reagieren und Arbeitnehmer für kurzzeitige Arbeitseinsätze verpflichten, beispielsweise zur Überbrückung von Ausfallzeiten der Stammmitarbeiter wegen Krankheit oder Elternzeit.

Nach der gesetzlichen Definition ist ein Arbeitnehmer befristet beschäftigt, wenn sein Arbeitsverhältnis auf bestimmte Zeit abgeschlossen wurde. Für befristete Arbeitsverhältnisse gelten die arbeitsrechtlichen Bestimmungen ohne Einschränkung. Besonderheiten ergeben sich aber

bei der Beendigung. Das Arbeitsverhältnis endet allein aufgrund der Befristung. Eine Kündigung muss nicht ausgesprochen werden. Der Arbeitgeber braucht die Beendigung weder zu begründen noch sozial zu rechtfertigen, da Kündigungsschutzrechte nicht greifen. Damit die Kündigungsschutzbestimmungen nicht vollständig ausgehebelt werden, unterwirft der Gesetzgeber die Befristung von Arbeitsverhältnissen den strengen Regelungen des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (TzBfG).

Das Teilzeit- und Befristungsgesetz sieht vor, dass ein Arbeitsverhältnis entweder für eine bestimmte Zeitdauer oder für die Erfüllung eines bestimmten Zweckes befristet eingegangen werden kann. Denkbar sind dabei verschiedene Vertragsausgestaltungen: die **Sachgrundbefristung**, die **erleichterte Befristung ohne Sachgrund** und die **Befristung unter auflösender Bedingung**.

Die Befristung des Arbeitsvertrages, genauer gesagt die **Befristungsabrede**, bedarf nach § 14 Abs. 4 TzBfG zu ihrer Wirksamkeit der **Schriftform**. Fehlt die Schriftform, ist »nur« die Befristung rechtsunwirksam; der Vertrag im Übrigen bleibt wirksam. Der befristet abgeschlossene Arbeitsvertrag wird künftig so behandelt, als sei er unbefristet geschlossen worden.

4.3 Aushilfs- und Probearbeitsverhältnis

Die Hauptfälle der Befristung mit Sachgrund sind das Aushilfs- und das Probearbeitsverhältnis. Auch hier ist jeweils im konkreten Einzelfall zu prüfen, ob ein sachlicher Grund tatsächlich vorliegt.

4.3.1 Aushilfsarbeitsverhältnis

Das Aushilfsarbeitsverhältnis ist als befristetes oder unbefristetes, als Vollzeit- oder Teilzeitarbeitsverhältnis denkbar. Sofern ein befristetes Arbeitsverhältnis mit vereinbarter Kündigungsmöglichkeit nicht länger als drei Monate dauert, kann einzelvertraglich eine – von den regulären Kündigungsfristen nach § 622 BGB abweichende – abgekürzte Kündigungsfrist vereinbart werden. Wird das Aushilfsarbeitsverhältnis über drei Monate hinaus fortgeführt, gelten die regulären gesetzlichen bzw. tariflichen Kündigungsfristen.

Ein Aushilfsarbeitsverhältnis erfordert, dass sich dessen Dauer nach dem beabsichtigten Aushilfszweck richtet, wie etwa im Fall der saisonbedingten Mehrarbeit bei Ernteeinsätzen oder einem vorübergehenden Mangel an Arbeitskräften. Anderenfalls ist die Befristung unzulässig. Ist eine Zeitbefristung vereinbart worden, der Aushilfszweck aber vorzeitig weggefallen, kann das befristete Aushilfsarbeitsverhältnis nicht aufrechterhalten werden. Erstreckt sich der voraussichtliche Aushilfsbedarf über einen längeren Zeitraum als die vertragsmäßige Befristungsdauer, kann eine Verlängerung der Zeitbefristung zwischen den Vertragsparteien vereinbart werden.

4.3.2 Probearbeitsverhältnis

Das Probearbeitsverhältnis eröffnet dem Arbeitgeber die Möglichkeit, den Arbeitnehmer in Bezug auf seine Leistung und Eignung für den Arbeitsplatz zu beurteilen. Es bietet aber auch umgekehrt dem Arbeitnehmer die Chance zu prüfen, ob er das Arbeitsverhältnis auf Dauer eingehen möchte. Vom Aushilfsarbeitsverhältnis unterscheidet sich das Probearbeits-

verhältnis maßgeblich dadurch, dass die Erprobung des Arbeitnehmers im Erfolgsfall zu einer Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses führen soll.

Ist der Arbeitgeber in der Lage, die Eignung des Arbeitnehmers bereits aktuell ausreichend beurteilen zu können, etwa weil dieser schon längere Zeit aushilfsweise bei ihm tätig war, fehlt ein sachlicher Grund für ein befristetes Probearbeitsverhältnis. Soll dagegen ein Auszubildender nach der Beendigung der Ausbildung beim ausbildenden Arbeitgeber in ein Arbeitsverhältnis übernommen werden, kann ein Probearbeitsverhältnis ohne Weiteres vereinbart werden.

Das Probearbeitsverhältnis ist entweder als (un-)befristetes Arbeitsverhältnis mit vorgeschalteter Probezeit oder als befristetes Probearbeitsverhältnis denkbar.

4.3.3 Teilzeitarbeitsverhältnis

Eine weitere Form des Arbeitsverhältnisses ist das Teilzeitarbeitsverhältnis. Nach der Definition des Gesetzgebers ist ein Arbeitnehmer teilzeitbeschäftigt, wenn seine regelmäßige Wochenarbeitszeit kürzer ist als die vergleichbarer vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer im Betrieb, vgl. § 2 Abs. 1 TzBfG.

Zu den teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmern gehören auch die geringfügig Beschäftigten. Das Sozialgesetzbuch unterscheidet zwischen drei Erscheinungsformen und zwar zwischen geringfügig entlohnten Minijobs, Minijobs in Privathaushalten und kurzfristigen Beschäftigungen. Daneben wurde zum 1.4.2003 die sog. **Gleitzone** eingeführt, die bei einem regelmäßigen monatlichen Arbeitsentgelt von 400,01 Euro beginnt und bei 800 Euro endet.

5. Haupt- und Nebenpflichten des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers aus dem Arbeitsverhältnis

5.1 Hauptleistungspflichten des Arbeitnehmers

5.1.1 Persönliche Arbeitserbringung

Der Arbeitnehmer ist zur Erbringung der arbeitsvertraglich geschuldeten Arbeitsleistung verpflichtet. Die Arbeitsleistung ist eine sog. **höchstpersönliche Pflicht**, d. h. sie kann nur durch den Arbeitnehmer selbst erfüllt werden. Der Arbeitnehmer darf daher keinen Vertreter schicken und auch bei Krankheit keine Ersatzperson stellen.

5.1.2 Erbringung weisungsabhängiger Dienste

5.1.2.1 Weisungsabhängige Dienste in Bezug auf die Tätigkeit

Der Arbeitnehmer schuldet nach § 611 BGB i.V.m. dem Arbeitsvertrag **weisungsabhängige Dienste**. Die Vertragsparteien können im Arbeitsvertrag genau festlegen, welche Arbeitsleistung der Arbeitnehmer schuldet und in welcher Form diese erfolgen soll. Oftmals wird in den Arbeitsverträgen aber auch nur umschrieben, welche Arbeitsleistung der Arbeitnehmer zu erbringen hat (Einstellung als »Tischler«, als »Maurer« etc.). Hier obliegt es dem Arbeitgeber, den Tätigkeitsbereich des Arbeitnehmers näher auszugestalten. Zur Konkretisierung der jeweiligen Pflichten des Arbeitnehmers hat der Arbeitgeber daher ein sog. **Weisungs- oder Direktionsrecht**. Dieses in § 106 Gewerbeordnung festgeschriebene Recht ermöglicht es dem Arbeitgeber, die im Arbeitsvertrag nur rahmenmäßig umschriebene Leistungspflicht des Arbeitnehmers einseitig durch Weisungen zu konkretisieren. Dabei darf er jedoch nicht die Art und den Umfang der Arbeitspflicht verändern. Die wichtigste Grenze des Wei-

sungsrechts ergibt sich aus dem Arbeitsvertrag selbst. Der Arbeitsvertrag bildet den Rahmen, den das Weisungsrecht näher ausgestalten, aber nicht überschreiten darf.

Zu beachten ist Folgendes: Je detailreicher die Arbeitspflichten des Arbeitnehmers im Arbeitsvertrag festgeschrieben sind, desto weniger Möglichkeiten hat der Arbeitgeber, die Arbeitspflichten später durch Weisungen zu konkretisieren. Behält er sich jedoch durch vage Formulierung wie »Arbeiter« oder »kaufmännischer Angestellter« vor, dem Arbeitnehmer auch andersartige Aufgaben zuweisen zu können, ermöglicht er sich damit zwar den flexiblen Einsatz seiner Mitarbeiter. Andererseits kann er dadurch eine spätere Kündigung des Mitarbeiters aber unnötig erschweren. Die Weite der Formulierung wird sprichwörtlich zum Bumerang, wenn es bei einer betriebsbedingten Kündigung um die Frage geht, mit welchem Arbeitnehmer der zu Kündigende vergleichbar ist. Je vager die Tätigkeitsbeschreibung ist, desto größer ist der Kreis derjenigen, die in die Sozialauswahl einbezogen werden müssen.

Oftmals empfiehlt es sich, lediglich die geschuldete Tätigkeit konkret zu beschreiben.

Fall:

Frau Schnittig fängt bei der Friseurmeisterin Frau Haarig laut ihrem Arbeitsvertrag als »Friseurin« an. Am ihrem ersten Arbeitstag wird sie von Frau Haarig mit den Worten begrüßt: »Fegen Sie schon mal die Haare von diesem Arbeitsplatz weg!« Frau Schnittig befolgt die Anweisung widerstrebend, obwohl sie meint, dass hiervon nichts in ihrem Arbeitsvertrag steht. Im Übrigen waren diese Aufräummaßnahmen bei ihrem früheren Arbeitgeber stets Aufgabe der Auszubildenden. Ist Frau Schnittig zum Fegen verpflichtet?

Lösung:

Die Tätigkeit von Frau Schnittig ist im Arbeitsvertrag nur fachlich (als Friseurin) umschrieben. Daher kann ihre Arbeitgeberin Frau Haarg ihr die Aufgaben zuweisen, die in dem entsprechenden Bereich von Angehörigen dieses Berufsbildes üblicherweise geleistet werden. Frau Schnittig hat daher alle Arbeiten einer Friseurin auszuführen. Diese werden durch das Weisungsrecht von Frau Schnittig konkretisiert. Frau Schnittig hat daher der Anweisung zu fegen zu folgen. Dass diese Tätigkeit bei ihrem früheren Arbeitgeber nur von Auszubildenden ausgeführt wurde, ist unerheblich.

In gewissen betrieblichen Ausnahmesituationen besteht ein **berechtigtes Interesse** des Arbeitgebers, dass der Arbeitnehmer **zumindest vorübergehend** eine andere Tätigkeit ausübt. Dies kann immer dann der Fall sein, wenn ein Kollege wegen Krankheit oder Urlaub kurzfristig ausfällt oder ein Notfall vorliegt. Ein **Notfall** liegt vor, wenn ein **unverhältnismäßig großer Schaden** droht, sofern die Arbeit nicht erledigt wird und dem Arbeitgeber **andere Vorkehrungen** zur Schadensverhinderung **nicht zumutbar** sind. Auch im Notfall muss der Arbeitnehmer die andersartige Tätigkeit nur ausführen, wenn sie ihm **zumutbar** ist. Er muss insbesondere für die Arbeit auch **fachlich und persönlich geeignet** sein.

Fall:

Fleischermeister Herr Metz stellt bei einem Rundgang durch den Betrieb gegen 18:30 Uhr fest, dass die Kühlanlage eines Kühlraumes ausgefallen ist. Die Produktion des gesamten Tages droht zu verderben, wenn die Ware nicht umgehend in einen anderen Kühlraum gebracht wird. Außer der Büroangestellten Frau Spät ist keiner der Mitarbeiter mehr im Betrieb. Darf Frau Spät zur Umlagerung der Ware herangezogen werden?

Lösung:

Hier liegt ein Notfall vor. Denn wird die Ware nicht unverzüglich aus dem defekten Kühlraum umgelagert, droht Herrn Metz ein unverhältnismäßig großer Schaden. Außer Frau Spät ist zudem kein anderer Mitarbeiter erreichbar. Gründe, die Frau Spät daran hindern, bei der Umlagerung der Ware mitzuhelfen, sind nicht ersichtlich. Herr Metz kann daher seine Mitarbeiterin anweisen, die Ware in einen anderen Raum zu bringen.

5.1.2.2 Weisungsabhängige Dienste in Bezug auf den Arbeitsort

Oftmals schweigt sich der Arbeitsvertrag auch über den Arbeitsort des Arbeitnehmers aus. In diesen Fällen gilt der **Ort des Betriebes des Arbeitgebers** als Arbeitsort stillschweigend vereinbart. Kraft seines Weisungsrechts kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht ohne Weiteres zu einem Auslandseinsatz schicken. Ein Einsatz im Ausland muss vielmehr ausdrücklich vertraglich vereinbart werden. Anders ist dies bei der Stilllegung von Betriebsteilen oder der Verlagerung des gesamten Betriebes an einen anderen Ort. Hier kann der Arbeitgeber den Arbeitsort **ohne vorherige Absprache** mit dem Arbeitnehmer ändern. Voraussetzung ist dabei jedoch, dass die Entfernung zum neuen Arbeitsplatz nicht so weit ist, dass dem Arbeitnehmer ein Pendeln nicht mehr **zumutbar** ist. Ist die Zuweisung eines anderen Arbeitsortes nicht im Rahmen des Weisungsrechts möglich, hilft nur eine **Versetzung**. Die Versetzung kann der Arbeitgeber nur dann einseitig anordnen, wenn der Arbeitsvertrag, eine Betriebsvereinbarung oder ein Tarifvertrag einen **entsprechenden Versetzungsvorbehalt** enthält. Ist das nicht der Fall, ist die **Zustimmung des Arbeitnehmers** zur beabsichtigten Veränderung des Aufgabenbereichs erforderlich. Erteilt der Arbeitnehmer die Zustimmung nicht, hilft nur noch eine **Änderungskündigung**.

5.2 Nebenleistungspflichten des Arbeitnehmers

Die vertraglichen Nebenpflichten ergeben sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben. Sie verpflichten die Vertragsparteien zur gegenseitigen Rücksichtnahme. Zu nennen sind dabei für den Arbeitnehmer insbesondere die folgenden Nebenpflichten.

5.2.1 Allgemeine Unterlassungspflichten

Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, alles zu unterlassen, was den mit dem Arbeitsverhältnis zusammenhängenden **berechtigten Interessen** des Arbeitgebers zuwiderläuft. So darf der Arbeitnehmer seine Arbeitskollegen nicht veranlassen, die Arbeitsleistung gar nicht oder nur schlecht zu erfüllen. Der Arbeitnehmer darf den Betriebsfrieden nicht stören, keine kreditschädigende Äußerungen über den Arbeitgeber verbreiten oder Betriebsgeheimnisse des Arbeitgebers preisgeben. Welche Unterlassungspflichten den Arbeitnehmer im Einzelnen treffen, hängt stets von der Art der Tätigkeit und der Art des Betriebes ab.

5.2.2 Weitere Unterlassungspflichten

► **Verschwiegenheitspflicht:** Der Arbeitnehmer darf keine **Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse** des Arbeitgebers verraten. Anderenfalls kann er sich gegenüber dem Arbeitgeber **schadensersatzpflichtig** machen. Unter Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse sind Tatsachen zu verstehen, die im engen Zusammenhang mit dem Betrieb stehen, nur einem eng begrenzten Personenkreis zugänglich und nicht offenkundig sind. Offenkundig sind Tatsachen, die sich jeder ohne besonderen Aufwand zur Kenntnis beschaffen kann, gleichgültig, ob der Arbeitgeber diese als Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse bezeichnet

hat. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse darf der Arbeitnehmer nicht zum Zwecke des Wettbewerbs, aus Eigennutz oder in der Absicht, dem Betriebsinhaber einen Schaden zuzuführen, einem Dritten mitteilen. Zu den Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen gehören z. B. technisches Know-how, Kundenlisten, Warenbezugsquellen.

- **Verbot der Schmiergeldannahme:** Unabhängig davon, ob die Schmiergeldannahme strafbar ist oder nicht, arbeitsrechtlich ist sie jedenfalls verboten. So darf der Arbeitnehmer von einem Geschäftspartner des Arbeitgebers, beispielsweise einem Lieferanten **keine Vorteile fordern oder annehmen**, die in der Absicht erfolgen, diesen gegenüber Mitbewerbern zu bevorzugen. Zudem verletzt der Arbeitnehmer seine Pflicht zur Rücksichtnahme gegenüber dem Arbeitgeber, wenn er sich für seine Pflichtwidrigkeit »schmieren« lässt.

Nicht unter dieses Verbot fallen die im Geschäftsverkehr üblicherweise überreichten Geschenke. Arbeitnehmer können daher ohne Weiteres kleine Geschenke des Kunden des Arbeitgebers annehmen, wie CDs, Kalender oder Trinkgelder.

- **Wettbewerbsverbot:** Der Arbeitnehmer hat im laufenden Arbeitsverhältnis alle Tätigkeiten zu unterlassen, durch die er in **Wettbewerb mit seinem Arbeitgeber** treten kann. Ohne die Einwilligung des Arbeitgebers darf er im selben Handelszweig oder Gewerk keine Geschäfte tätigen. Dies gilt unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer auf eigene oder fremde Rechnung Geschäfte tätigt. Das Wettbewerbsverbot endet mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Will der Arbeitgeber sich über diesen Zeitraum hinaus vor einer Konkurrenzfähigkeit seines (früheren) Mitarbeiters schützen, kann er ein sog. **nachvertragliches Wettbewerbsverbot** vereinbaren, das allerdings engen gesetzlichen Vorgaben unterliegt.

- ▶ **Anzeigen gegen den Arbeitgeber:** Es hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, ob der Arbeitnehmer berechtigt ist, seinen Arbeitgeber bei Behörden anzuzeigen. Grundsätzlich ist der Arbeitnehmer wegen seiner Interessenwahrungspflicht gegenüber dem Arbeitgeber gehalten, sich zunächst um **innerbetriebliche Abhilfe** zu bemühen. In Betracht kommt – sofern vorhanden – beispielsweise die Einschaltung eines Sicherheitsbeauftragten oder des Betriebsrates. Auch eine Unterrichtung des Vorgesetzten oder des Arbeitgebers ist in Erwägung zu ziehen. Erst wenn eine innerbetriebliche Abhilfe **nicht möglich** ist oder es dem Arbeitnehmer **nicht zumutbar** ist, sich an eine innerbetriebliche Stelle zu wenden, oder eine Abhilfe von vornherein nicht zu erwarten ist, darf er sich unmittelbar an die zuständige Behörde wenden.
- ▶ **Unterlassung von Nebentätigkeiten:** Die Nebenbeschäftigung des Arbeitnehmers ist **grundsätzlich zulässig**. Gesetzliche Schranken ergeben sich aus dem Arbeitszeitgesetz und dem Bundesurlaubsgesetz: So darf durch die Nebentätigkeit die gesetzliche Höchstarbeitszeit nicht überschritten werden. Zugleich darf die Nebentätigkeit nicht während des Urlaubs erfolgen, da dies dem Urlaubszweck zuwiderläuft. Eine vertragliche Beschränkung der Nebentätigkeit ist nur soweit zulässig, wie durch die Nebenbeschäftigung die **vertragsgemäße Hauptbeschäftigung** zeitlich oder aus anderen Gründen **beeinträchtigt** wird. Eine generelle vertragliche Beschränkung der Nebentätigkeit ist unzulässig. Die Nebenbeschäftigung kann jedoch von der Genehmigung des Arbeitgebers abhängig gemacht und dem Arbeitnehmer eine Anzeigepflicht auferlegt werden. Sofern die berechtigten Interessen des Arbeitgebers nicht entgegenstehen, hat er die Genehmigung zu erteilen.

5.3 Hauptleistungspflichten des Arbeitgebers

5.3.1 Lohnzahlungspflicht

Die Lohnzahlungspflicht ist die Hauptpflicht des Arbeitgebers. Anspruchsgrundlage für den Lohnanspruch ist **§ 611 BGB i.V.m. dem Arbeitsvertrag**. Die Höhe des Lohnes ergibt sich oftmals aus dem für das jeweilige Gewerk anwendbaren Tarifvertrag oder aber auf der Grundlage einer individuellen Vereinbarung, also dem Arbeitsvertrag. Der Lohn kann als Zeitlohn (Stundenvergütung, Festgehalt) oder Leistungslohn (Akkordlohn, Prämienlohn) geschuldet sein. Daneben werden den Arbeitnehmern oftmals auch Zusatzleistungen wie Gratifikationen, Gewinnbeteiligungen oder Betriebsrenten gewährt.

5.3.2 Entgeltfortzahlungspflicht

5.3.2.1 Entgeltfortzahlung bei Krankheit

Alle Arbeitnehmer haben im **Krankheitsfall** gegen ihren Arbeitgeber einen Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgeltes in voller Höhe nach § 3 Entgeltfortzahlungsgesetz. Die Anspruchsdauer ist auf **sechs Wochen** begrenzt. Der Entgeltfortzahlungsanspruch entsteht erstmals nach einer **vierwöchigen ununterbrochenen Dauer** des Arbeitsverhältnisses. An der Krankheit darf den Arbeitnehmer allerdings **kein Verschulden** treffen. Ein zurechenbares Verschulden liegt vor, wenn die Arbeitsunfähigkeit auf einen gröblichen Verstoß gegen das von einem verständigen Menschen im eigenen Interesse zu erwartende Verhalten zurückzuführen ist. Dabei muss es unbillig sein, die Folgen dieses gröblichen Verstoßes auf den Arbeitgeber abzuwälzen. Dauert die Erkrankung länger als sechs Wochen an, erhält der Arbeitnehmer Krankengeld von der Krankenkasse.

5.3.2.2 Entgeltfortzahlung an Feiertagen

Soweit zwischen den Vertragsparteien keine Sondervereinbarung getroffen worden ist, muss bzw. darf an Sonn- und Feiertagen nicht gearbeitet werden. Fällt die Arbeitszeit infolge eines gesetzlichen Feiertages aus, hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer das Arbeitsentgelt zu zahlen, das er ohne den Arbeitsausfall erhalten hätte. Dies schreibt das Entgeltfortzahlungsgesetz in § 2 Abs. 1 fest.

5.4 Nebenleistungspflichten des Arbeitgebers

5.4.1 Fürsorgepflicht

Die Fürsorgepflicht ist eine Nebenpflicht des Arbeitgebers aus dem Arbeitsvertrag. Sie verpflichtet den Arbeitgeber, seine **Interessen** und die Interessen des Betriebes mit den Interessen des Arbeitnehmers **abzuwägen**. Die Fürsorgepflicht muss nicht extra vereinbart werden. Sie ist **Bestandteil eines jeden Vertrages** und kann als solcher auch nicht abgedungen werden. Der Inhalt der Fürsorgepflicht richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls, d. h. sie sind jeweils für das in Frage stehende Arbeitsverhältnis zu betrachten. In einigen Fällen ist die Fürsorgepflicht durch die Arbeitsgerichte konkretisiert worden, in anderen Fällen lassen sich die konkreten Fürsorgepflichten des Arbeitgebers auch aus dem Gesetz ableiten.

- ▶ **Ärztliche Untersuchungen:** Besteht eine Gefahr für die Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer, hat der Arbeitgeber ärztliche Untersuchungen der Arbeitnehmer zu veranlassen, § 11 ArbSchG.
- ▶ **Arbeitsschutz:** § 618 BGB, das Arbeitsschutzgesetz, die Gefahrenstoffverordnung und die Unfallverhütungsvorschriften der Berufsges-

nossenschaften legen dem Arbeitgeber besondere Arbeitsschutzmaßnahmen auf. Er ist nach diesen Vorschriften verpflichtet, Arbeitsverfahren, Arbeitsstoffe, Geräte, Gebäude etc., nach den in diesen Vorschriften festgelegten Art so zu gestalten, dass Gefahren für die Arbeitnehmer vermieden werden. So ist der Arbeitgeber zu Unterweisungen über den Gesundheitsschutz und die Sicherheit im Betrieb verpflichtet. Auch muss er in geeigneten Fällen Schutzausrüstungen vorhalten (§§ 12 ff. ArbSchG).

- ▶ **Arbeitszeitregelungen:** Der Arbeitgeber hat dafür Sorge zu tragen, dass die Bestimmungen des Arbeitszeitgesetzes eingehalten werden. Daneben hat er zu prüfen, ob er den Arbeitnehmern, die besonders belastende Arbeiten ausüben, beispielsweise zusätzliche Pausen gewähren muss.
- ▶ **Aufklärungspflichten:** Aufklärungspflichten treffen den Arbeitgeber insbesondere bei dem Abschluss eines Aufhebungsvertrages. Hier muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmer darauf hinweisen, dass der Arbeitnehmer bei Abschluss eines Aufhebungsvertrages gegebenenfalls mit Konsequenzen hinsichtlich seines Arbeitslosengeldanspruches rechnen muss (Hinweis auf Sperrzeiten). Welche genauen Einbußen durch den Aufhebungsvertrag auf den Arbeitnehmer im Einzelnen zukommen, muss der Arbeitgeber nicht prüfen. Daneben besteht eine Aufklärungspflicht des Arbeitgebers hinsichtlich des Vorliegens betrieblicher Sozialleistungen. Eine Hinweispflicht des Arbeitgebers auf das Auslaufen einer tariflichen Ausschlussfrist besteht dagegen nicht.
- ▶ **Beschäftigungspflichten:** Ohne besonderen Grund darf der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht von seiner Arbeitspflicht suspendieren. Dies selbst dann nicht, wenn er ihm das reguläre Gehalt weiterzahlt. Grund dafür ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitneh-

mers: Der Arbeitnehmer sei daran interessiert, sich am Arbeitsplatz zu entfalten, sich gegebenenfalls weiterzubilden und seine Leitungsfähigkeit zu erhalten. Von einem Beschäftigungsanspruch spricht man nur, solange das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien unstreitig ist. Der Anspruch besteht auch nach dem Ausspruch einer ordentlichen Kündigung und zwar bis zum Ablauf der Kündigungsfrist. Er entfällt ausnahmsweise dann, wenn dem Arbeitgeber die Beschäftigung unzumutbar oder unmöglich ist (z. B. bei Wegfall des Arbeitsplatzes, Verdacht strafbarer Handlungen).

- ▶ **Obhutspflicht:** Der Arbeitgeber hat gegenüber dem Arbeitnehmer eine Obhutspflicht des Inhalts, dass er Sorge tragen muss für bestimmte Sachen, die der Arbeitnehmer in den Betrieb mitbringt. Für diese Gegenstände muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer ein abschließbares Behältnis zur Verfügung stellen. Die Obhutspflicht bezieht sich ausschließlich auf bestimmte, persönlich unentbehrliche Sachen, wie Straßenkleidung, Uhr oder kleinere Geldbeträge, nicht aber auf wertvolle Gegenstände wie teuren Schmuck.
- ▶ **Parkplätze und Verkehrssicherungspflicht:** Stellt der Arbeitgeber den Mitarbeitern Firmenparkplätze zur Verfügung, trifft ihn die sog. Verkehrssicherungspflicht. Das heißt, der Arbeitgeber muss für eine ausreichende Beleuchtung auf dem Parkplatz sorgen, im Winter trifft ihn eine Streupflicht und, sofern dies nötig ist, muss der Arbeitgeber Verkehrsregeln erlassen (»Auf dem Firmenparkplatz gilt die StVO«).
- ▶ **Persönlichkeitsrecht:** Der Arbeitgeber hat das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers zu achten. Das bedeutet, er darf keine unbefugten Video- oder Telefonüberwachungen durchführen, er muss aktiv bei Mobbing eingreifen und darf Informationen aus der Personalakte des Mitarbeiters ohne dessen Zustimmung nicht an Dritte weiterleiten.

- ▶ **Umsetzung:** Kann der Arbeitnehmer aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr an seinem bisherigen Arbeitsplatz beschäftigt werden, hat er gegen den Arbeitgeber einen Anspruch auf die Zuweisung eines leistungsgemäßen Arbeitsplatzes. Voraussetzung ist allerdings, dass ein solcher **Arbeitsplatz frei** ist. Der Arbeitgeber muss einen solchen nicht erst schaffen. Einen Anspruch, auf einem ganz bestimmten Arbeitsplatz beschäftigt zu werden, hat der Arbeitnehmer dagegen nicht.
- ▶ **Urlaubsgewährung:** Der Arbeitgeber ist verpflichtet, dem Arbeitnehmer **bezahlten Erholungsurlaub** zu gewähren. Voraussetzung des gesetzlichen Urlaubsanspruchs ist allein das **sechsmonatige Bestehen des Arbeitsverhältnisses**. Es kommt dabei nicht darauf an, ob der Arbeitnehmer tatsächlich gearbeitet hat. Die Dauer des Urlaubs beträgt für alle Arbeitnehmer **mindestens 24 Werktage**. Tarifverträge oder Arbeitsverträge können längere Urlaubszeiten festlegen. Die Festlegung des Urlaubszeitpunktes erfolgt nicht einseitig durch den Arbeitnehmer. Dieser hat kein Recht zur Selbstbeurlaubung. Vielmehr legt der Arbeitgeber den Urlaubsanspruch fest. Hierzu ist er nicht nur nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes berechtigt, sondern auch verpflichtet. Allerdings sind bei der Festlegung des Urlaubs die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers zu berücksichtigen.

Rechtsfolgen bei Nichtbeachtung der Fürsorgepflichten durch den Arbeitgeber

Kommt der Arbeitgeber seiner Fürsorgepflicht nicht nach, kann der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung verweigern. Dies setzt jedoch voraus, dass ihm eine Weiterarbeit zu den gegebenen Umständen unzumutbar ist. Eine schuldhaftige Verletzung der Fürsorgepflicht kann den Arbeitgeber sogar schadensersatzpflichtig machen.

5.4.2 Diskriminierungsschutz nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz

Im Zuge des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes ist der Arbeitgeber seit dem 18.8.2006 verpflichtet, in Beschäftigung und Beruf dafür Sorge zu tragen, dass Benachteiligungen aus Gründen der **Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion, der Weltanschauung, des Geschlechts, der sexuellen Identität, der Behinderung oder des Alters** unterbleiben.

Der Personenkreis, den der Arbeitgeber vor Benachteiligungen zu schützen hat, ist entsprechend der Zielsetzung des Gesetzes weit gefasst. Er betrifft nach § 6 AGG **Arbeitnehmer (auch bereits aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschiedene), leitende Angestellte, Auszubildende und Praktikanten, Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis, Heimarbeitnehmer, arbeitnehmerähnliche Personen sowie – mit Einschränkungen – Selbstständige und Organmitglieder.**

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz verbietet gemäß § 7 Abs. 1 AGG **jede Benachteiligung** von Beschäftigten wegen eines der genannten Benachteiligungsmerkmale – sei es nach § 2 AGG etwa in Bezug auf die Bedingungen für den Zugang zur unselbstständigen oder selbstständigen Tätigkeit und den beruflichen Aufstieg, hinsichtlich Beschäftigungs- oder Arbeitsbedingungen einschließlich Arbeitsentgelt und Entlassung oder bezüglich des Zugangs zu allen Formen und Ebenen der Berufsberatung, Berufsbildung einschließlich der Berufsausbildung, der beruflichen Weiterbildung und der Umschulung sowie der praktischen Berufserfahrung.

Unterschieden wird im Gesetz zwischen verschiedenen **Varianten von Benachteiligungen**, nämlich der

- ▶ **unmittelbaren Benachteiligung:** Eine unmittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn eine Person wegen eines Benachteiligungsmerkmals eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere (Vergleichs-) Person in einer vergleichbaren Situation (nicht aber notwendig identischen!) erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Eine Benachteiligung kann auch in einem Unterlassen liegen. Der Nachteil besteht in einer Zurücksetzung.
- ▶ **mittelbaren Benachteiligung:** Eine mittelbare Benachteiligung ist gegeben, wenn dem Anschein nach **neutrale Vorschriften**, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines Benachteiligungsmerkmals gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können.
- ▶ **Belästigung:** Eine Belästigung ist als Benachteiligung zu qualifizieren, wenn unerwünschte Verhaltensweisen, die mit einem Benachteiligungsmerkmal im Zusammenhang stehen, bezwecken und bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird. **Geringfügige Eingriffe** scheiden allerdings als Belästigung aus (z. B. vereinzelt gebliebene Auseinandersetzungen zwischen Kollegen oder zwischen Vorgesetztem und Mitarbeitern).
- ▶ **sexuellen Belästigung:** Eine sexuelle Belästigung stellt eine Benachteiligung im Sinne des AGG dar, wenn ein unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird, insbesondere wenn ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder

Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird. Ausreichend ist hier bereits eine **einmalige Handlung**, um den Tatbestand der sexuellen Belästigung zu erfüllen.

- **Anweisung zur Benachteiligung:** Schließlich gilt auch die Anweisung zur Benachteiligung einer Person aus einem Benachteiligungsmerkmal als Benachteiligung. Eine solche Anweisung liegt insbesondere vor, wenn jemand eine Person zu einem Verhalten bestimmt, das einen Beschäftigten oder eine Beschäftigte wegen eines Benachteiligungsmerkmals benachteiligt oder benachteiligen kann. Die Weisung muss vorsätzlich erfolgen. Es ist hingegen nicht erforderlich, dass der Anweisende sich der Verbotswidrigkeit der Handlung bewusst ist, denn das gesetzliche Benachteiligungsverbot erfasst alle Benachteiligungen, ohne dass ein Verschulden erforderlich ist.

Eine **unterschiedliche Behandlung** der Beschäftigten ist zulässig, soweit das betroffene Benachteiligungsmerkmal wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit **eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung** darstellt (vgl. § 8 AGG). So kann etwa eine unterschiedliche Behandlung in Bezug auf das Benachteiligungsmerkmal »Behinderung« gerechtfertigt sein, wenn die körperliche Belastbarkeit des Beschäftigten wesentlich für die Ausübung der Tätigkeit ist, wie das beispielsweise bei einem Dachdecker oder einem Straßenbauer regelmäßig der Fall sein wird. Daneben kann eine differenzierte Behandlung wegen des Merkmals »Alter« sachlich gerechtfertigt sein, wenn etwa der Bewerber bereits 63 Jahre alt und seine Einarbeitung einen unverhältnismäßig hohen Aufwand erfordert, der sich aufgrund alsbaldiger Rente nicht mehr rentiert.

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz bürdet dem Arbeitgeber spezifische **Organisationspflichten** auf. Diese bestehen in der diskriminierungsfreien Ausschreibung von Arbeitsplätzen und einem Bündel von

Schutz-, Hinweis- und Bekanntmachungspflichten. So verpflichtet § 11 AGG den Arbeitgeber zur strikt **neutralen Stellenausschreibung**, nach § 13 AGG muss er eine **Beschwerdestelle einrichten**, an die sich die Beschäftigten im Falle einer Benachteiligung wenden können und gemäß § 12 AGG werden ihm Schutz- und Informationspflichten auferlegt. Die Schutzpflichten des § 12 AGG umfassen auch **präventive Maßnahmen**. So ist der Arbeitgeber aufgerufen, in geeigneter Art und Weise, insbesondere im Rahmen der beruflichen Aus- und Fortbildung, auf die Unzulässigkeit solcher Benachteiligungen **hinzuweisen** und darauf hinzuwirken, dass sie unterbleiben. Sofern bereits ein Beschäftigter Opfer einer Benachteiligung durch Kollegen geworden ist, hat der Arbeitgeber die im jeweiligen Einzelfall **erforderlichen und geeigneten Mittel** zur Verhinderung der Benachteiligung (von der Abmahnung, Versetzung bis zur Kündigung) zu ergreifen. Auch ist der Arbeitgeber verpflichtet, den Beschäftigten bei der Ausübung seiner Tätigkeit vor Benachteiligungen durch **Dritte (Kunden)** zu schützen.

Vereinbarungen und Maßnahmen des Arbeitgebers, die gegen ein Benachteiligungsverbot verstoßen, sind **unzulässig**. Verstößt der Arbeitgeber schuldhaft gegen das Benachteiligungsverbot, hat er dem Benachteiligten den entstandenen **Schaden** zu ersetzen. Dabei muss er sich das Verschulden seiner Beschäftigten wie eigenes Verschulden anrechnen lassen. Daneben kann der Arbeitgeber verschuldensunabhängig zur Zahlung einer **Entschädigung** verpflichtet werden, vgl. § 15 AGG. Die **Schadenshöhen** sind nach dem Gesetz **nicht begrenzt**. Lediglich in dem Fall, in dem ein Bewerber auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre, beispielsweise weil er nicht über die erforderlichen Qualifikationen für eine Einstellung verfügte, ist die Entschädigung auf drei Monatsgehälter beschränkt.

6. Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitgebers bei Pflichtverstößen des Arbeitnehmers

Kann der Arbeitgeber eine bestimmte Verhaltensweise des Arbeitnehmers nicht mehr akzeptieren, muss er regelmäßig – bevor er etwa zur verhaltensbedingten Kündigung greift – überlegen, ob nicht zunächst mildere Mittel in Frage kommen, die den Missstand abmildern oder aufheben können. Dafür stehen dem Arbeitgeber verschiedene Instrumente zur Verfügung.

6.1 Ermahnung

Der Arbeitgeber kann den Arbeitnehmer bei unerwünschten Verhaltensweisen ermahnen. Die Ermahnung ist die Ausübung des vertraglichen Rückrechts des Arbeitgebers und soll den Arbeitnehmer an die Einhaltung seiner vertraglichen Verpflichtungen erinnern. Der Ermahnung kommt **kein Sanktionscharakter** zu. Sie beanstandet lediglich das zu missbilligende Verhalten, warnt den Arbeitnehmer aber nicht vor einer drohenden Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Falle einer Wiederholung der Verhaltensweise.

6.2 Betriebsbuße

Bei unliebsamen Verhalten des Arbeitnehmers hat der Arbeitgeber zudem die Möglichkeit, eine Betriebsbuße zu verhängen. Unter einer Betriebsbuße wird die Erklärung des Arbeitgebers mit dem Ziel verstanden, Verstöße gegen die betriebliche Ordnung zu sanktionieren. Voraussetzung für eine Anordnung ist eine zwischen dem Arbeitgeber und dem Betriebsrat vereinbarte **rechtswirksame Betriebsbußenordnung**. Be-

triebsbußen sind gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig und enthalten eine über den Warnzweck der Abmahnung hinausgehende Sanktion (z. B. Geldbußen, Verweisungen).

6.3 Abmahnung

Als weitere Maßnahme, Arbeitsvertragsverstöße des Arbeitnehmers zu ahnden, steht dem Arbeitgeber das Instrument der Abmahnung zur Verfügung.

6.3.1 Grundsätzliches zur Abmahnung

6.3.1.1 Inhalt der Abmahnung

Die Abmahnung ist eine Erklärung des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer, dass er mit einem bestimmten Verhalten von ihm nicht mehr einverstanden ist und er eine Wiederholung nicht dulden wird. Der Erklärungsinhalt muss dabei das missbilligte Verhalten für den Empfänger in **eindeutiger** Weise zum Ausdruck bringen. Nur wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer gegenüber die Leistungsmängel konkret bezeichnet, kann die Abmahnung ihre kündigungsrechtliche Warnfunktion erfüllen und der Arbeitnehmer erkennen, dass der Arbeitgeber ein bestimmtes Verhalten als nicht mehr vertragsgemäß betrachtet.

6.3.1.2 Verhältnismäßigkeit

Spricht der Arbeitgeber eine Abmahnung aus, bedarf das ihr zugrunde liegende Fehlverhalten einer gewissen **Intensität**. Denn mit der Abmahnung gefährdet der Arbeitgeber den Bestand des Arbeitsverhältnisses und greift damit in die Rechtsposition des Arbeitnehmers ein. Lediglich geringfügige Pflichtverletzungen eines Arbeitnehmers können für eine Abmahnung nicht ausreichend sein. Nach einer Entscheidung des Bundes-

arbeitsgerichts steht nämlich die Abmahnung unter dem **Vorbehalt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes**. Die Abmahnung ist Ausfluss des Ultima-Ratio-Prinzips, also das geringere Übel für den Arbeitnehmer im Verhältnis zur Kündigung.

6.3.2 Formelle Anforderungen

6.3.2.1 Formfreiheit

Ein gesetzliches Schriftformerfordernis für die Abmahnungserklärung besteht nicht. Die Abmahnung kann **auch mündlich** erklärt werden. Das für Kündigungen in § 623 BGB vorgesehene Formerfordernis entfaltet für die Abmahnung keine Wirkung, da mit dieser im Gegensatz zur Kündigung das Arbeitsverhältnis nicht beendet wird, sondern eine derartige Beendigung erst vorbereitet werden soll.

Wird die Abmahnung lediglich mündlich erklärt, kann dies in einem Rechtsstreit zu nicht unerheblichen **Darlegungs- und Beweisproblemen für den Arbeitgeber** führen, den für das Vorliegen einer wirksamen Abmahnung die Darlegungs- und Beweislast trifft. Man denke nur an den Fall, dass ein Bauarbeiter auf verschiedenen Baustellen eingesetzt wird und von verschiedenen vor Ort jeweils zuständigen Polieren wegen Verletzungen seiner arbeitsvertraglichen Verpflichtungen mündlich abgemahnt wird. In solchen Fällen gestaltet es sich oft schwierig für den Arbeitgeber darzulegen, an welchem Tag, zu welchem Zeitpunkt, an welchem Ort und von wem der Arbeitnehmer konkret abgemahnt worden ist. Zu bedenken ist weiter, dass das Erinnerungsvermögen des Arbeitgebers und der Zeugen mit zunehmendem Zeitabstand merklich nachlässt. Dies gilt es insbesondere zu beachten für Zeugen, die zum Zeitpunkt des Kündigungsschutzprozesses nicht mehr im Betrieb des Arbeitgebers beschäftigt sind. Dem Arbeitgeber ist daher **dringend anzuraten**, die Abmahnung

aus Beweisgründen **ausschließlich in schriftlicher Form** auszusprechen. Die Erklärung muss dabei jedoch nicht ausdrücklich als »Abmahnung« bezeichnet werden.

6.3.2.2 Abmahnungsberechtigung

Die Abmahnung ist nur wirksam, wenn sie von einer abmahnungsberechtigten Person ausgesprochen bzw. unterzeichnet wird. Abmahnungsberechtigt sind nicht nur kündigungsrechtliche Mitarbeiter, sondern **alle Vorgesetzten**, die nach ihrer Aufgabenstellung befugt sind, verbindliche Anweisungen bezüglich des Ortes, der Zeit sowie der Art und Weise der arbeitsvertraglich geschuldeten Arbeitsleistung zu erteilen. Das sind neben dem zu Personalentscheidungen berechtigten Dienstvorgesetzten regelmäßig auch Fachvorgesetzte und Meister. Um der Gefahr einer Auseinandersetzung bezüglich der Berechtigung zum Ausspruch der Abmahnung von vornherein vorzubeugen, sollte die Abmahnungsberechtigung im Betrieb ausschließlich einer zu Personalentscheidungen berechtigten Person zugewiesen werden.

6.3.2.3 Zugang der Abmahnung

Als rechtsgeschäftsähnliche Handlung wird die Abmahnung erst wirksam, wenn der Arbeitnehmer sie erhält, d. h. sie ihm entsprechend § 130 Abs. 1 S. 1 BGB zugegangen ist. Zur Wirksamkeit der Abmahnung ist über ihren **Zugang** hinaus grundsätzlich auch die tatsächliche Kenntnis des Empfängers von ihrem Inhalt erforderlich.

Oftmals wird gerade der Zugang bzw. der Erhalt der Abmahnung bestritten, die relevant war für die dann nach ihr begangene Pflichtverletzung, die schlussendlich zum Ausspruch der Kündigung führte.

Der Arbeitgeber ist für die Kenntnisnahme bzw. den Zugang der Abmahnung darlegungs- und im Bestreitensfall beweispflichtig. Probleme ergeben sich insbesondere, wenn der Arbeitgeber die Abmahnung per einfachen Brief auf dem Postweg an den Arbeitnehmer sendet und dieser den Erhalt bestreitet. Hier stehen dem Arbeitgeber keine Zeugen zur Verfügung, die beweisen können, dass der Brief in den Machtbereich des Arbeitnehmers gelangt ist. Die Parteivernehmung des Gegners als denkbar schwächstes und unsicherste Beweismittel, das der Zivilprozess dem Beweispflichtigen zur Verfügung stellt, wird diesem wenig nutzen. Im Rechtsstreit wird der Arbeitgeber den vollen Nachweis des tatsächlichen Zugangs bzw. der Kenntnisnahme selten führen können, wird doch der Arbeitnehmer im Regelfall kaum bestätigen, den in Rede stehenden Brief mit der Abmahnung wirklich erhalten zu haben.

Um diese Problematik zu umgehen, sollte der Arbeitgeber oder ein von ihm beauftragter Mitarbeiter schon aus Beweisgründen dem Arbeitnehmer das **Abmahnungsschreiben persönlich übergeben**. Dabei sollten jene sich bei der **Übergabe** des Abmahnungsschreibens den Erhalt desselben durch den Arbeitnehmer, verbunden mit der Erklärung, dass dieser den Inhalt des Schreibens zur Kenntnis genommen hat, **bestätigen lassen**. Ist dies nicht möglich, da der Arbeitnehmer nicht im Betrieb anwesend ist, ist es hilfreich, ihm das Schreiben durch einen Boten persönlich zu überbringen oder in den Hausbriefkasten des Arbeitnehmers einwerfen zu lassen. Um in einem späteren Rechtsstreit bezeugen zu können, dass sich in dem von ihm in den Hausbriefkasten eingeworfenen bzw. persönlich übergebenen Brief tatsächlich die Abmahnung befunden hat, muss der **Bote** das Abmahnungsschreiben gelesen haben, bevor es inküvertiert wird. Denkbar ist es auch, dem Arbeitnehmer das Schreiben per

Einschreiben mit Rückschein oder per **Gerichtsvollzieher** zukommen zu lassen.

Bei einem minderjährigen Arbeitnehmer oder Auszubildenden wird die Abmahnung erst wirksam mit Zugang bei den gesetzlichen Vertretern, also z. B. den Erziehungsberechtigten.

6.3.2.4 Ausschlussfrist

Hin und wieder taucht in der Praxis die Frage auf, wann und innerhalb welchen Zeitraums der Arbeitgeber die Abmahnung auszusprechen hat. Eine **Regelausschlussfrist**, innerhalb derer eine Abmahnung nach Kenntniserlangung von dem Fehlverhalten ausgesprochen werden muss, gibt es nicht. Tarifvertraglich oder einzelvertraglich vereinbarte Ausschlussfristen sind insoweit nicht anwendbar. Es steht im Belieben des Arbeitgebers, ob und wann er eine Abmahnung ausspricht. Gleichwohl sollte der Arbeitgeber das aufgetretene Fehlverhalten nicht erst nach Ablauf einer längeren Zeitspanne abmahnen. Anderenfalls läuft der Arbeitgeber Gefahr, dass die Abmahnung in ihrer Wirkung abgeschwächt wird.

6.3.2.5 Verwirkung

Unabhängig von dem vorher dargelegten, kann das Recht zum Ausspruch der Abmahnung auch verwirkt werden. Der Einwand der Verwirkung der Abmahnungsbefugnis kann dem Arbeitgeber bei einer erst nach längerer Zeit ausgesprochenen Abmahnung dann entgegen gehalten werden, wenn neben dem Zeitablauf Umstände eingetreten sind, die für den Arbeitnehmer einen Vertrauensschutz dahin gehend erzeugen, dass die Angelegenheit erledigt und die frühere Verfehlung nicht mehr geahndet wird. Ein fester Zeitraum besteht indes nicht.

6.3.3 Anhörung des Arbeitnehmers und des Betriebsrats

Eine Anhörung des Arbeitnehmers vor Ausspruch der Abmahnung ist grundsätzlich nicht Voraussetzung für deren Wirksamkeit; anders lautende Regelungen können jedoch tarifvertraglich normiert sein.

Die Abmahnung ist grundsätzlich **nicht mitbestimmungspflichtig**. Beteiligungsrechte des Betriebsrats sind vor Ausspruch der Abmahnung nicht zu wahren. Insbesondere muss der Arbeitgeber den Betriebsrat nicht gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG anhören, da diese Norm ihrem Wortlaut entsprechend nur für Kündigungen gilt und eben gerade nicht für die Abmahnung als deren Vorstufe.

6.3.4 Materielle Anforderungen

Wegen der zumeist kündigungsvorbereitenden Funktion der Abmahnung stellt die Rechtsprechung **strenge Anforderungen** an die Wirksamkeit einer Abmahnung. Notwendige Bestandteile der Abmahnung sind die Beanstandungs-, die Hinweis- sowie die Warn- und Androhungsfunktion. Fehlt nur eines dieser Elemente, ist die gesamte Abmahnung unwirksam.

6.3.4.1 Beanstandungsfunktion

In dem Abmahnungsschreiben hat der Abmahnende dem Abmahnungsempfänger zunächst am konkreten Sachverhalt darzustellen, dass ein bestimmtes Verhalten oder eine bestimmte Leistung als Fehlverhalten oder unzureichende Leistung angesehen wird, und der Abmahnende zukünftig nicht mehr gewillt ist, dies hinzunehmen. Die Abmahnung kann ihre Wirkung nur entfalten, wenn sie **inhaltlich hinreichend bestimmt** ist. Das **beanstandete Verhalten** muss daher **ganz präzise** bezeichnet werden

unter **Angabe von Art, Zeit und Ort des gerügten Verhaltens**. Lediglich pauschale Umschreibungen des gerügten Fehlverhaltens, wie z. B.

- ▶ »Sie haben unzulässiger Weise Ihre Arbeitsleistung verweigert«,
- ▶ »Sie haben Ihren Chef beleidigt.«,
- ▶ »Sie sind zu spät zur Arbeit erschienen.«,
- ▶ »Sie haben Ihre Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zu spät eingereicht.«,

genügen den Anforderungen nach einer hinreichenden Bestimmung der Abmahnung nicht. Denn der Arbeitnehmer kann bei dem Vortragen lediglich schlagwortartiger Hinweise nur schwer erkennen, inwieweit seine Leistung tatsächlich mangelhaft oder sein sonstiges Verhalten nicht tolerabel war. Die Beschreibung muss vielmehr so exakt und detailliert sein, dass kein Zweifel aufkommen kann, welcher Vorgang beanstandet werden soll.

Formulierungsbeispiel:

»In der Zeit vom 9.10.2006 bis einschließlich 20.10.2006 sind Sie krankheitsbedingt nicht zur Arbeit erschienen. Sie haben uns am 9.10.2006 wider Ihrer arbeitsvertraglichen Verpflichtung nicht unverzüglich vor Arbeitsbeginn über Ihre Arbeitsunfähigkeit informiert, sondern erst telefonisch gegen 12:30 Uhr. Zudem haben Sie sowohl entgegen § 5 Entgeltfortzahlungsgesetz als auch entgegen Ihrer arbeitsvertraglichen Verpflichtung verstoßen, indem Sie uns die am 9.10.2006 ausgestellte ärztliche Bescheinigung über Ihre Arbeitsunfähigkeit nicht bereits am 12.10.2006, sondern erst am 18.10.2006 zugeleitet haben.«

6.3.4.2 Hinweisfunktion

Die Hinweisfunktion der Abmahnung soll dem Arbeitnehmer vor Augen führen, dass ein bestimmtes Verhalten **nicht als vertragsgemäß** betrachtet wird. Die Diskrepanz zwischen arbeitsvertraglich geschuldetem Verhalten und der konkret beanstandeten Pflichtverletzung muss deutlich herausgestellt werden.

Formulierungsbeispiel:

»Dies stellt eine Verletzung Ihrer arbeitsvertraglichen Verpflichtungen dar. Wir fordern Sie hiermit nachdrücklich auf, künftig Ihren Pflichten aus dem Arbeitsvertrag ordnungsgemäß nachzukommen, insbesondere Ihre Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich mitzuteilen.«

6.3.4.3 Warn- und Androhungsfunktion

Die wichtigste Funktion der Abmahnung ist die **Warn- und Androhungsfunktion**. Die Abmahnung soll den Arbeitnehmer warnen. Ihm soll unzweifelhaft verdeutlicht werden, dass sich das gerügte Verhalten im Wiederholungsfall auf den Bestand des Arbeitsverhältnisses auswirken, also zu einer Kündigung führen kann. Insoweit ist auch hier der Bestimmtheitsgrundsatz zu wahren, d. h. die Abmahnung muss – hinsichtlich der Androhungsfunktion – so formuliert sein, dass dem Arbeitnehmer die **Gefährdung des Bestands seines Arbeitsverhältnisses** verdeutlicht wird bzw. der Abmahnung muss entnommen werden könne, welche konkreten Veränderungen der Arbeitgeber veranlassen wird. Der alleinige Hinweis,

- ▶ »im Wiederholungsfall behalten wir uns geeignete Schritte vor.«
- ▶ »im Wiederholungsfall drohen Ihnen arbeitsrechtliche Konsequenzen.«

kann nicht als geeignet betrachtet werden, den Arbeitnehmer ausreichend zu warnen. Im Übrigen können arbeitsrechtliche Konsequenzen vielfältig sein – man denke nur an eine Versetzung, eine Höhergruppierung etc. Dies alles sind »arbeitsrechtliche Konsequenzen«. Zu empfehlen ist daher folgende Formulierung.

Formulierungsbeispiel:

»Wir weisen Sie darauf hin, dass Sie im Wiederholungsfall mit der Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechnen müssen.«

Diese Formulierung verdeutlicht dem Abmahnungsempfänger in hinreichendem Maße, welche arbeitsvertragliche Folgen er bei einem erneuten gleichartigen Verstoß gegen seine vertraglichen Verpflichtungen zu erwarten hat.

6.3.5 Abmahnung und Kündigung

6.3.5.1 Abmahnung als Kündigungsvoraussetzung

Das Vorliegen einer wirksamen Abmahnung ist nunmehr grundsätzlich bei jeder Kündigung Prüfungsgegenstand, wenn dieser ein **steuerbares Verhalten** des Arbeitnehmers zugrunde liegt bzw. sie wegen eines in seiner Person liegenden Umstandes ausgesprochen wird. Voraussetzung ist dabei, dass der Arbeitnehmer diesen Grund durch sein Verhalten beseitigen oder beeinflussen kann. Denn in diesen Fällen besteht immer die Möglichkeit der Wiederherstellung des dem Arbeitsverhältnis zugrunde liegenden Vertrauensverhältnisses.

Personen-, verhaltens- und betriebsbedingte Kündigung

Im Kündigungsschutzgesetz wird gemäß § 1 KSchG unterschieden zwischen einer personenbedingten, einer verhaltensbedingten und einer be-

triebsbedingten Kündigung. Jede unter das Kündigungsschutzgesetz fallende Kündigung bedarf – um einer rechtlichen Überprüfung Stand halten zu können – zu ihrer Wirksamkeit der sozialen Rechtfertigung. Sozial gerechtfertigt ist eine

- ▶ personenbedingte Kündigung, wenn der Arbeitnehmer die Fähigkeit oder Eignung verloren hat, die von ihm vertraglich geschuldete Leistung zu erbringen,
- ▶ verhaltensbedingte Kündigung, sofern der Arbeitnehmer rechtswidrig und schuldhaft gegen arbeitsvertragliche Haupt- oder Nebenpflichten verstoßen hat und dem Arbeitgeber nach umfassender Interessensabwägung eine Weiterbeschäftigung nicht zumutbar ist,
- ▶ betriebsbedingte Kündigung unter der Voraussetzung, dass sie durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen, bedingt ist.

Das mit der Abmahnung verfolgte Ziel, den Arbeitnehmer wieder zu vertragsgemäßem Verhalten zu bewegen, kann nur dort realisiert werden, wo das **abgemahnte Verhalten für diesen steuerbar** ist. Der Arbeitnehmer muss auf das beanstandete Verhalten Einfluss nehmen können. Das Erfordernis einer vorherigen Abmahnung entfaltet daher regelmäßig nur Wirkung bei einer **verhaltensbedingten Kündigung**. Bei einer **betriebsbedingten Kündigung** liegt der Kündigungsgrund in der Sphäre des Arbeitgebers selbst, nicht aber im persönlichen Bereich des Arbeitnehmers. Eine vorausgehende Abmahnung würde bei einer betriebsbedingten Kündigung keinen Sinn machen, da der Arbeitnehmer auf die Entscheidungsfindung des Arbeitgebers keinen Einfluss nehmen kann. Ebenso stellt sich die Frage des Erfordernisses einer Abmahnung grundsätzlich nicht bei **personenbedingten Kündigung**. Kündigungsgrund ist zwar bei der personenbedingten Kündigung auch ein in der Person des

Arbeitnehmers liegendes Verhalten. Der Arbeitnehmer wird aber regelmäßig keinen Einfluss auf die in seiner Person liegenden Umstände (z. B. krankhafte Alkoholabhängigkeit) haben.

Abmahnungsgegenstand

Ausgehend davon, dass eine Abmahnung vor Ausspruch einer verhaltensbedingten – ordentlichen wie außerordentlichen – Kündigung erforderlich ist, ist weiterhin nach dem Abmahnungsgegenstand zu unterscheiden. Der Abmahnungsgegenstand kann sich aus verschiedenen Bereichen der arbeitsvertraglichen Beziehungen ergeben.

Störungen im Leistungsbereich

Abmahnungsfähig ist eine Störung im Leistungsbereich, d. h. eine Verletzung der gegenseitigen Hauptpflichten. In Betracht kommen in diesem Zusammenhang steuerbare Verhaltensweisen sowie solche, die in der Person des Arbeitnehmers begründet sind. Als Störungen im Leistungsbereich kommen beispielsweise in Betracht

- ▶ wiederholtes »Zu-Spät-Kommen«,
- ▶ eigenmächtiges unerlaubtes Verlassen des Arbeitsplatzes oder
- ▶ unterdurchschnittliche Arbeitsleistung.

Störungen im Betriebsbereich

Fällt das Fehlverhalten in den **Bereich der betrieblichen Ordnung**, bedarf es auch hier vor Ausspruch einer Kündigung einer Abmahnung des Arbeitnehmers. Denkbar im Bereich der betrieblichen Ordnung sind Störungen, die den Arbeitsablauf, die betriebliche Organisationsstruktur sowie die Zusammenarbeit der Arbeitnehmer untereinander oder ihr Ver-

hältnis zu weisungsberechtigten Personen berühren. Beispielhaft lassen sich folgende Störungen aufführen:

- ▶ Beleidigung von Vorgesetzten,
- ▶ parteipolitische Betätigungen im Betrieb oder
- ▶ Nichtbeachtung von Arbeitsschutzvorschriften.

Störungen im Vertrauensbereich

Bei Pflichtverletzungen im Vertrauensbereich, die **den Glauben an die Gutmütigkeit, Loyalität und Redlichkeit des Arbeitnehmers unheilbar zerstören** (z. B. Fälschung oder Änderung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, Manipulation der Stempelkarte) ist eine Abmahnung nur ausnahmsweise erforderlich: Nur wenn der Arbeitnehmer aus vertretbaren Gründen annehmen konnte, dass sein Verhalten nicht vertragswidrig sei oder dass es vom Arbeitgeber zumindest als unerhebliches, den Bestand des Arbeitsverhältnisses nicht gefährdendes Verhalten angesehen werde, kann eine Störung im Vertrauensbereich Gegenstand einer Abmahnung sein. Die Wiederherstellung des Vertrauens muss dabei erwartet werden können. Im Übrigen bedarf es einer vorherigen Abmahnung lediglich dann nicht, wenn der Vertrauensbereich in schwerwiegender Weise verletzt wird und nicht absehbar ist, wann das dem Arbeitsverhältnis innewohnende Vertrauensverhältnis wiederhergestellt wird. Zu nennen sind in diesem Zusammenhang folgende Beispiele:

- ▶ Straftaten zulasten des Arbeitgebers,
- ▶ Verdacht einer Straftat oder
- ▶ Vornahme von Wettbewerbstätigkeiten während des laufenden Arbeitsverhältnisses.

Außerdienstliches Verhalten

Einer Abmahnung zugänglich ist grundsätzlich nur dienstliches Verhalten. Lediglich in Ausnahmefällen kann auch außerdienstliches Verhalten Gegenstand einer Abmahnung sein. Dies ist der Fall, wenn sich das außerdienstliche Verhalten unmittelbar auf das dem Arbeitsverhältnis zugrunde liegende Vertrauensverhältnis niederschlägt.

6.3.5.2 Entbehrlichkeit der Abmahnung

Eine Abmahnung als Kündigungsvoraussetzung ist entbehrlich, wenn der Arbeitnehmer nicht willens ist, sich vertragsgerecht zu verhalten. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn sich der Arbeitnehmer der Pflichtwidrigkeit seines Verhaltens **bewusst** ist, er aber dennoch die **Pflichtverletzungen hartnäckig fortsetzt** oder seine **endgültige Leistungsverweigerung** zum Ausdruck bringt. Auch dort, wo ein sehr schwerer und irreparabler Verstoß vorliegt oder wo dem Arbeitnehmer jede Einsichtigkeit fehlt, ist eine Abmahnung nicht erforderlich. Gleiches gilt, wenn der Arbeitnehmer erklärt, dass er sein Fehlverhalten zukünftig sowieso nicht unterlassen werde.

6.3.5.3 Erfordernis einer erneuten Pflichtverletzung

Mit dem Ausspruch der Abmahnung ist das beanstandete Verhalten »geahndet«. Der Arbeitgeber verzichte damit stillschweigend auf sein Kündigungsrecht wegen der der Abmahnung zugrunde liegenden Tatsachen. Auf das konkret gerügte Verhalten kann eine nachfolgende Kündigung allein nicht mehr gestützt werden. Insoweit ist mit dem Ausspruch der Abmahnung die Verfehlung gerügt und das **Kündigungsrecht verbraucht**. Eine nachfolgende Kündigung muss vielmehr **weitere Pflichtverstöße** aufweisen können.

6.3.5.4 Gleichartigkeit der Pflichtverletzung

Nicht jede erfolgte Abmahnung rechtfertigt eine nachfolgende Kündigung des Arbeitgebers. Reicht eine erneute Verfehlung beispielsweise wegen ihrer Schwere allein nicht aus, die Kündigung zu begründen, muss der Pflichtverstoß mit demjenigen, der der Abmahnung zugrunde lag, zumindest gleichartig sein. Gleichartigkeit bedeutet jedoch nicht, dass ein identisches Fehlverhalten gefordert werden muss. Ausreichend ist in diesem Zusammenhang ein **einheitlicher Pflichtwidrigkeitstypus**, d. h. abzustellen ist auf gleichartige Pflichten (z. B. bei der Einhaltung der Arbeitszeit: »zu spät kommen«, »zu früh gehen«, »eigenmächtige Pausenverlängerung«) oder vergleichbare Pflichten (z. B. bei Erkrankungen: Verletzung der Anzeigepflicht bei Krankheit, nicht rechtzeitig eingereichte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung).

6.3.5.5 Nachfrist zur Verhaltensänderung

Eine **bestimmte Bewährungsfrist**, innerhalb derer dem Arbeitnehmer nach erfolgter Abmahnung die Möglichkeit einzuräumen ist, um sein Verhalten zu ändern, besteht grundsätzlich nicht. In der Regel kann bereits bei der nächsten gleichartigen Verfehlung die Kündigung ausgesprochen werden – und zwar unabhängig davon, wann der Arbeitnehmer die neuerliche Pflichtverletzung begeht. Etwas anderes gilt nur, wenn der Arbeitnehmer außerstande ist, das missbilligte Verhalten unmittelbar aufzugeben. Auch einem wegen schlechter Arbeitsleistung abgemahnten Arbeitnehmer ist ein angemessener Zeitraum zur Steigerung seiner Leistungen einzuräumen.

6.3.5.6 Anzahl der erforderlichen Abmahnungen

Eine bestimmte Anzahl von Abmahnungen vor dem Ausspruch einer Kündigung ist nicht erforderlich. Grundsätzlich ist darauf zu verweisen, dass die Zahl der der Kündigung vorausgegangenen Abmahnungen sich nach

dem **Einzelfall** richten wird. So können bei leichten Verstößen, wie beispielsweise bei einer verspäteten Anzeige der Arbeitsunfähigkeit, nicht nur eine, sondern zwei oder drei Abmahnungen vor dem Ausspruch einer Kündigung erforderlich sein. Gleiches gilt, wenn zwischen den einzelnen Abmahnungen ein längerer Zeitraum liegt.

Hinzuweisen bleibt darauf, dass der Arbeitgeber gleiche oder gleichartige Pflichtverletzungen nicht immer wieder erneut abmahnen sollte, ohne die Abmahnung inhaltlich hinsichtlich der Konsequenzen für das Arbeitsverhältnis zu »verschärfen«. Anderenfalls läuft er Gefahr, dass die Abmahnungen den Charakter ihrer Ernsthaftigkeit und damit ihren Wert verlieren.

6.3.6 Wirkungsdauer

Die Rechtswirkungen einer Abmahnung sind zeitlich begrenzt. Hat der Arbeitnehmer längere Zeit unbeanstandet seine Pflicht erfüllt, kann die Abmahnung gegenstandslos werden. Die Wirkungsdauer der Abmahnung lässt sich nicht anhand einer bestimmten Regelfrist, sondern nur aufgrund aller **Umstände des Einzelfalls** beurteilen. Je nach Schwere des abgemahnten Verhaltens kann die Abmahnung eine Rechtswirkung über zwei oder mehr Jahre entfalten. Als Faustregel kann gelten, dass eine berechnete Abmahnung nach diesem Zeitraum ihre Wirkung verliert und aus der Personalakte zu entfernen ist.

6.3.7 Mehrere Pflichtverstöße

Werden mehrere Pflichtverletzungen in nur einer Abmahnung gerügt (sog. Sammelabmahnung), ist die Abmahnung bereits dann unwirksam und aus der Personalakte zu entfernen, wenn nur einer der aufgeführten Vorwür-

fe zu Unrecht erhoben wurde. Selbst hinsichtlich der zu Recht erfolgten Vorwürfe entfaltet die Abmahnung keine Wirkung. Soweit bezüglich des noch verbleibenden »Restes« noch ein zeitlicher Zusammenhang zu dem Fehlverhalten besteht, kann der Arbeitgeber diesbezüglich eine neue Abmahnung aussprechen. Sollen mehrere Pflichtverstöße abgemahnt werden, empfiehlt es sich daher, jeden einzelnen Verstoß in einem **separaten Abmahnungsschreiben** zu rügen.

6.3.8 Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitnehmers

Dem Arbeitnehmer stehen mehrere Möglichkeiten zur Verfügung, gegen eine unberechtigte Abmahnung vorzugehen.

- ▶ **Anspruch auf Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte:** Der Arbeitnehmer kann den Anspruch auf Entfernung der Abmahnung gerichtlich verfolgen. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass der Arbeitgeber hinsichtlich der Behauptung des tatsächlichen Vorliegens eines Pflichtverstoßes darlegungs- und beweispflichtig ist.
- ▶ **Beschwerderecht des Arbeitnehmers:** Jeder Arbeitnehmer hat – auch im betriebsratslosen Betrieb – nach § 84 Abs. 1 BetrVG das Recht, sich bei der im Betrieb »zuständigen Stelle« über Benachteiligungen oder Beeinträchtigungen zu beschweren, die ihm seiner Meinung nach durch den Arbeitgeber oder Arbeitnehmer des Betriebs zuteil werden. Die genaue Bestimmung der »zuständigen Stelle« ist regelmäßig die Angelegenheit des Arbeitgebers. In der Regel wird die Beschwerde zunächst beim unmittelbar Vorgesetzten einzulegen sein. Jedenfalls hat diejenige Stelle, die mit der Beschwerde befasst ist, die Berechtigung der Beschwerde zu überprüfen. Erweist sich die Beschwerde als unberechtigt, ist ihr abzuwehren. Über die bezüglich der Beschwerde gefällten Entscheidung ist der Arbeitnehmer auch dann zu

unterrichten, wenn sich diese als ungerechtfertigt erweist (vgl. § 84 Abs. 2 BetrVG).

Nach erfolglosem Beschwerdeverfahren gemäß § 84 BetrVG oder aber unmittelbar, d. h. ohne die Einleitung eines Beschwerdeverfahrens, kann der Arbeitnehmer sich mit der Beschwerde an den Betriebsrat wenden. Dieser hat in der Folge die Beschwerde entgegenzunehmen und beim Arbeitgeber auf Abhilfe hinzuwirken, wenn er die Beschwerde für berechtigt hält (§ 85 Abs. 1 BetrVG). Der Arbeitgeber ist verpflichtet, die Beschwerde eingehend zu überprüfen und dem Arbeitnehmer das Ergebnis mitzuteilen.

- ▶ **Recht auf Gegendarstellung:** Eine weitere Reaktionsmöglichkeit des Arbeitnehmers besteht darin, eine Stellungnahme zu der in der Personalakte abgelegten Abmahnung abzugeben. Die Erklärung ist auf Verlangen des Arbeitnehmers der Personalakte beizufügen. In diesem Zusammenhang kann der Arbeitnehmer entweder den Sachverhalt aus seiner Sicht schildern oder Einzelumstände darlegen, die sein Verhalten rechtfertigen. Die Rechtfertigungsgründe hat der Arbeitnehmer im Streitfall zu beweisen.
- ▶ **Bestreiten im nachfolgenden Kündigungsprozess:** Macht der Arbeitnehmer von seinem Recht zur Gegendarstellung keinen Gebrauch und nimmt er die Abmahnung ohne Weiteres hin, verzichtet er damit nicht zugleich auf seine Rechte in einem eventuell nachfolgenden Kündigungsschutzprozess. Den nach Ansicht des Arbeitgebers der Abmahnung zugrunde liegenden Sachverhalt kann der Arbeitnehmer selbst noch zu diesem Zeitpunkt bestreiten bzw. ihm substantiiert entgegenreten. Nach Ansicht der Rechtsprechung besteht nämlich keine Obliegenheit des Arbeitnehmers, die Nichtberechtigung einer Abmahnung im Wege eines Entfernungsverlangens gerichtlich geltend zu machen.

Aus den vorgenannten Gründen ist dem Arbeitgeber anzuraten, das beanstandete Verhalten sowie eventuelle Beweismittel in einer Weise zu dokumentieren bzw. zu sichern, dass der Nachweis des der Abmahnung zugrunde gelegenen Sachverhalts auch zu einem späteren Zeitpunkt – nämlich im Kündigungsschutzprozess – noch zu führen ist.

6.4 Versetzung

Der Arbeitgeber kann zudem versuchen, die unliebsame Verhaltensweise des Arbeitnehmers dadurch zu mildern oder aufzuheben, indem er ihn auf einen anderen Arbeitsplatz versetzt. Praktisch kann dies beispielsweise dadurch geschehen, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer in einer anderen Filiale des Betriebes arbeiten lässt. Als **Versetzung** wird die **einseitige Änderung des Arbeitsplatzes nach Ort, Zeit, Umfang oder Inhalt der Arbeit** bezeichnet. Sie erfolgt durch **einseitige rechtsgeschäftliche Erklärung** des Arbeitgebers, mit welcher der Arbeitnehmer der bisherigen Tätigkeit entzogen und die Arbeitsbedingungen tatsächlich geändert werden. Ebenso hat eine tatsächliche Einweisung in die neue Tätigkeit zu erfolgen. Bevor es zu einer Versetzung kommt, muss der Arbeitgeber sorgfältig alle wesentlichen Umstände des Einzelfalls abwägen und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigen. Ob die Versetzung vorgenommen werden darf, bestimmt sich letztlich nach der Reichweite seines Weisungsrechts, das grundsätzlich durch eine einzelvertragliche **Versetzungsklausel** ergänzt werden kann.

Hat der Arbeitgeber keine Möglichkeit, die gewünschten Änderungen im Wege seines Weisungsrechts durchzuführen, kann er bei der Versetzung des Arbeitnehmers nur auf dessen Einverständnis hoffen. Vor einer verhaltensbedingten Versetzung ist der Arbeitnehmer regelmäßig abzumahnern.

7. Beendigung von Arbeitsverhältnissen

Auftragsschwache Zeiten stellen auch Handwerksbetriebe immer wieder vor neue Herausforderungen, insbesondere vor die Frage, ob Umstrukturierungsmaßnahmen mit der Folge eines Personalabbaus unausweichlich sind, um zumindest einen gewissen Belegschaftsstamm halten zu können. Daneben können vertragswidrige Verhaltensweisen der Arbeitnehmer oder krankheitsbedingte Fehlzeiten große Belastungen für die Betriebe darstellen. Gleichwohl eine Kündigung schnell ausgesprochen ist, muss sie hohen rechtlichen Ansprüchen gerecht werden. Gesetzgeber und Rechtsprechung haben im Laufe der Jahre ein enges Netz von Bestimmungen und Regeln geknüpft, in dem sich für den Arbeitgeber zahlreiche Fallstricke verbergen können. In den folgenden Kapiteln sollen die wichtigsten Regelungen überblickartig näher erläutert werden.

7.1 Überblick

Das Arbeitsrecht kennt eine Reihe von Beendigungstatbeständen. Das Arbeitsverhältnis kann **enden** durch:

- ▶ Abwicklungsvertrag,
- ▶ Anfechtung,
- ▶ Aufhebungsvertrag,
- ▶ auflösende Bedingung,
- ▶ Befristungsablauf,
- ▶ Erreichen des Rentenalters,
- ▶ gerichtliche Auflösung nach §§ 9, 10 KSchG,

- ▶ Kündigung oder
- ▶ Tod des Arbeitnehmers.

Keine Beendigungsgründe sind dagegen:

- ▶ Betriebsübergang nach § 613 a BGB,
- ▶ Elternzeit nach dem Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz,
- ▶ Insolvenz des Arbeitgebers, Insolvenzverwalter kann aber kündigen,
- ▶ Streik und suspendierende Aussperrung, denn hier ist der Arbeitnehmer durch sein Streikrecht nach dem Grundgesetz (Art. 9 GG) geschützt,
- ▶ Tod des Arbeitgebers, denn die Erben treten in das Arbeitsverhältnis gemäß § 1922 BGB ein oder
- ▶ Wehr- und Zivildienst, denn während des Dienstes ruht das Arbeitsverhältnis.

Die Kündigung und der Aufhebungsvertrag bilden in der Praxis die häufigsten Beendigungsgründe.

7.2 Die Kündigungsarten

Als Kündigungsarten sind die ordentliche Kündigung, die außerordentliche Kündigung und die Änderungskündigung zu nennen. Im Einzelnen:

- ▶ **ordentliche Kündigung:** Die ordentliche Kündigung führt zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses unter Einhaltung der maßgeblichen **Kündigungsfristen**. Sie **beendet** das Arbeitsverhältnis **nicht sofort**. Sofern die gesetzlichen und tarifvertraglichen Mindestkündigungsfristen

eingehalten werden, kann die Länge der Kündigungsfrist im Einzelarbeitsvertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer frei vereinbart werden. Beim Ausspruch der ordentlichen Kündigung müssen die Kündigungsfristen eingehalten und unter Umständen bestimmte Kündigungsschutzvorschriften beachtet werden.

- ▶ **außerordentliche Kündigung:** Im Unterschied zur ordentlichen Kündigung muss bei der außerordentlichen Kündigung **keine Kündigungsfrist** eingehalten werden. Sie kann von jeder Vertragspartei ausgesprochen werden, wenn ein **wichtiger Grund** vorliegt. Die einzelnen Voraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung regelt § 626 BGB.
- ▶ **Änderungskündigung:** Die Änderungskündigung beinhaltet die **Kündigung** des Arbeitsverhältnisses und ist mit dem **Angebot** verbunden, das **Vertragsverhältnis unter geänderten Bedingungen fortzuführen**, vgl. § 2 Kündigungsschutzgesetz (KSchG). Der Arbeitgeber kann immer dann zur Änderungskündigung greifen, wenn er sich mit dem Arbeitnehmer nicht über eine von ihm gewünschte Vertragsgestaltung einigen kann.

7.3 Die ordentliche Kündigung

7.3.1 Begriff und Abgrenzung

Die Kündigung ist eine einseitige Erklärung des Arbeitgebers oder des Arbeitnehmers. Mit ihr wird das Arbeitsverhältnis beendet. Die **ordentliche Kündigung** als Normalfall der Kündigung kommt bei Arbeitsverhältnissen in Betracht, die auf **unbestimmte Zeit** eingegangen werden. Sie ist auch bei **befristeten Arbeitsverhältnissen** möglich, sofern die Parteien das **Recht zur ordentlichen Kündigung vereinbart** haben. Voraussetzung

für die Wirksamkeit der Kündigung ist eine schriftliche Kündigungserklärung; daneben sind regelmäßig bestimmte Fristen einzuhalten und weitere Einschränkungen des Kündigungsrechts zu beachten.

Von der Kündigung zu unterscheiden ist zum einen die **Anfechtung**, bei deren Ausübung der Arbeitsvertrag als **von Anfang an als nichtig** zu betrachten ist. Zum anderen ist die Kündigung von dem Aufhebungsvertrag abzugrenzen. Beim **Aufhebungsvertrag** erklären die Vertragsparteien **übereinstimmend** die Vertragsbeendigung.

7.3.2 Wirksamkeitsvoraussetzungen der Kündigungserklärung

7.3.2.1 Form der Kündigungserklärung

Seit dem 1.5.2000 muss **jede Kündigung schriftlich** erfolgen. Die Schriftform ist **Wirksamkeitsvoraussetzung**. Sie gilt für die Kündigung durch den Arbeitgeber und durch den Arbeitnehmer. Dem Schriftformerfordernis wird nur genüge getan, wenn der Kündigende bzw. sein Vertreter das Kündigungsschreiben **eigenhändig durch Namensunterschrift** unterzeichnet. Ein Namensstempel oder eine digitale Unterschrift genügen diesem Schriftformerfordernis nicht. Ebenso kann die Kündigung nicht per E-Mail oder per Telefax erfolgen, da die beim Empfänger erscheinende Unterschrift nicht »eigenhändig« ist.

Wird die Schriftform nicht eingehalten, ist die Kündigung unwirksam. Eine mündlich erklärte Kündigung führt daher nicht zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Durch einen Tarifvertrag, eine Betriebsvereinbarung oder eine einzelvertragliche Regelung können zusätzliche Formerfordernisse normiert werden. Diese dürfen aber keine geringeren Anforderungen als die gesetzliche Regelung festlegen.

7.3.2.2 Hinreichende Bestimmtheit

Eine Kündigungserklärung muss **hinreichend bestimmt** sein. Das heißt, aus ihr muss für den Empfänger eindeutig und unmissverständlich hervorgehen, dass das Arbeitsverhältnis zu einem bestimmten Zeitpunkt beendet werden soll. Der Gebrauch des Wortes Kündigung ist nicht notwendig.

Fall:

Bäckermeister Herr Mehl übergibt seiner Mitarbeiterin Frau Emsig ein Schreiben mit folgendem Inhalt: »Hiermit kündige ich das mit Ihnen am 1.10.2005 geschlossene Arbeitsverhältnis zum 31.1.2007.« Ist die Kündigung eindeutig?

Lösung:

Herr Mehl hat die Kündigungserklärung eindeutig formuliert. An seinem Beendigungswillen bestehen keine Zweifel.

Zu beachten ist, dass Unklarheiten der Kündigungserklärung immer zu Lasten des Kündigenden gehen. Im Übrigen darf die Kündigung nicht von einer Bedingung abhängig gemacht werden. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Eintritt der Bedingung vom Erklärungsempfänger abhängt, wie bei einer Änderungskündigung.

7.3.2.3 Begründung der Kündigung

Grundsätzlich muss die Kündigung **nicht begründet** werden. Von diesem Grundsatz gibt es aber Ausnahmen: So müssen gemäß § 22 Abs. 3 Berufsbildungsgesetz (BBiG) die Gründe für die Kündigung eines Berufsausbildungsverhältnisses nach der Probezeit im Kündigungsschreiben angegeben werden. Auch die Kündigung einer schwangeren Mitarbeiterin verlangt die Angabe von Kündigungsgründen, vgl. § 9 Abs. 3 S. 2

MuSchG. Zudem kann der Arbeitnehmer bei einer außerordentlichen Kündigung die Mitteilung des Kündigungsgrundes gemäß § 626 Abs. 2 S. 3 BGB oder bei einer betriebsbedingten Kündigung die Mitteilung der Gründe, die zur Sozialauswahl führten, gemäß § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG verlangen. Kommt der Arbeitgeber dem Verlangen des Arbeitnehmers nicht nach, kann er sich **schadensersatzpflichtig** machen. Nicht zuletzt können zur Angabe des Kündigungsgrundes besondere **Vereinbarungen in Tarifverträgen, Betriebsvereinbarungen** oder in **Einzelarbeitsverträgen** festgelegt werden, die dann vom Arbeitgeber beachtet werden müssen.

7.3.2.4 Kündigungsberechtigung

Es kann nicht jeder beliebige Mitarbeiter des Arbeitgebers eine Kündigung aussprechen. Dies kann nur der **Arbeitgeber** selbst, sein **Rechtsnachfolger** (z. B. Insolvenzverwalter) oder ein wirksam vom Arbeitgeber **bevollmächtigter Dritter**. Wird die Kündigung durch einen **Vertreter des Arbeitgebers** erklärt, ist sie unwirksam, wenn der Vertreter keine **Vollmachtsurkunde** vorlegt und der Arbeitnehmer aus diesem Grund die **Kündigung** gemäß § 174 BGB **unverzüglich zurückweist**. »Unverzüglich« heißt nicht sofort, wohl aber ohne schuldhaftes Zögern. Einige wenige Tage zur Überlegung und der Einholung von Rechtsrat müssen zugestanden werden.

Eine Vollmachtsurkunde in Form einer Fotokopie oder einer beglaubigten Abschrift ist nicht ausreichend.

Zu beachten ist, dass eine **Zurückweisung** der Kündigung **nicht möglich** ist, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer von der Bevollmächtigung des Dritten **in Kenntnis gesetzt** hat. Von einem »in Kenntnis set-

zen« ist auch dann auszugehen, wenn der Arbeitgeber bestimmte Personen in eine Stellung berufen hat, mit der das Kündigungsrecht üblicherweise verbunden ist. Dies trifft beispielsweise auf einen Personalchef oder einen Prokuristen mit der im Handelsregister eingetragenen Einzelprokura zu.

7.3.2.5 Zugang der Kündigungserklärung

Die Kündigung muss, um wirksam werden zu können, dem Empfänger **zu-gehen**. Für den Zugang ist der Erklärende beweispflichtig.

Unter **Anwesenden** geht die Kündigungserklärung mit der **Übergabe** des Schreibens an den Empfänger zu. Unter **Abwesenden** wird die Kündigung wirksam, wenn sie in verkehrsüblicher Weise in die tatsächliche Verfügungsgewalt des Empfängers gelangt ist und für den Empfänger unter gewöhnlichen Verhältnissen die **Möglichkeit der Kenntnisnahme** besteht. Das bedeutet, dass ein in den Hausbriefkasten eingeworfenes Kündigungsschreiben dem Empfänger dann zugeht, wenn damit zu rechnen ist, dass dieser den Briefkasten leert. Wird ein Brief erst am Abend in den Hausbriefkasten des Arbeitnehmers geworfen, so geht dieser erst am nächsten Tag zu, da nicht damit zu rechnen ist, dass der Arbeitnehmer seinen Briefkasten mehrmals am Tag leert. Dies gilt auch für Sendungen, die in ein Postschließfach gelegt werden. Die Erklärung geht aber dann zu, wenn das Kündigungsschreiben unter der Wohnungstür des Empfängers durchgeschoben wird.

Die gebräuchlichsten Zugangsarten

Übergibt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Kündigung nicht persönlich, ist hinsichtlich der gebräuchlichsten Zustellungsarten Folgendes zu beachten:

- ▶ **Empfangsbote:** Eine schriftliche Kündigungserklärung geht dem Empfänger auch dann zu, wenn sie in den **Machtbereich einer anderen Person gelangt, die berechtigt ist, für ihn Briefe anzunehmen**. Dies gilt für Familienangehörige, Lebensgefährten, Hausangestellte oder im selben Haus wohnende Vermieter. Der Zugang der Kündigungserklärung erfolgt mit der **Übergabe** an diese »Empfangsboten«. Wann der Kündigungsempfänger die Kündigung tatsächlich persönlich erhalten hat, ist dabei unerheblich. Problematisch ist hier, dass es für den Überbringer des Schreibens oftmals nicht einsichtig ist, wer zum Kreis der berechtigten Empfangsboten zählt. Auch ist der Inhalt des Briefes (nämlich die Kündigung) nicht bewiesen. Der betroffene Arbeitnehmer kann immer noch behaupten, der Brief habe keine Kündigung enthalten.

- ▶ **Übergabe-Einschreibebrief:** Ein Übergabe-Einschreibebrief geht dem Arbeitnehmer erst in dem Zeitpunkt zu, wenn er ihm selbst oder einer empfangsberechtigten Person **tatsächlich ausgehändigt** wird. Denn mit dem Einwurf des Benachrichtigungszettels in den Hauspostbriefkasten ist der Zugang nicht bewirkt. Auch bei dieser Zustellungsart ist zu bemängeln, dass der Inhalt des Briefes mit der tatsächlichen Aushändigung nicht bewiesen ist.

- ▶ **Einwurf-Einschreiben:** Ein **Einwurf-Einschreiben** geht **mit dem Einwurf** in den Hauspostbriefkasten zu. Die Aufgabe des Einwurf-Einschreibens zur Post wird durch einen Aufgabebeleg bestätigt. Der Postzusteller wirft das Einschreiben wie einen einfachen Brief unabhängig von der An- oder Abwesenheit des Empfängers in dessen Briefkasten. Dieser Vorgang wird mit Datums- und Uhrzeitangabe vom Zusteller auf einem Auslieferungsbeleg dokumentiert. Mit dem Einwurf in den Briefkasten ist auch hier wiederum der Beweis des Inhalts des Schreibens nicht geführt.

Bei der Bestimmung des Zugangszeitpunktes spielt auch der Gesichtspunkt »**Treu und Glauben**« eine Rolle. Verweigert der Empfänger eines Kündigungsschreibens grundlos dessen Annahme, so gilt das Schreiben trotzdem als zugegangen.

Strategien zur Vermeidung der Zugangsproblematik

Da der **Arbeitgeber darlegungs- und beweispflichtig** für den Zugang des an den Arbeitnehmer gerichteten Kündigungsschreibens ist, sollte er hier zur eigenen Risikominimierung mit größter Sorgfalt arbeiten. In der Praxis ergeben sich **Zugangsprobleme** nämlich insbesondere dann, wenn der Empfänger behauptet, das Kündigungsschreiben gar nicht erhalten zu haben. Denn eine **Vermutung** dafür, dass ein **einfacher Brief** dem Empfänger per Post auch **tatsächlich zugegangen** ist, **gibt es nicht**. Zudem stehen dem Arbeitgeber regelmäßig **keine Zeugen** für den Zugang des tatsächlichen Kündigungsschreibens bei dem Arbeitnehmer zur Verfügung. Der Postbote wird sich regelmäßig nicht an die Zustellung eines bestimmten Briefes erinnern, ganz zu schweigen davon, dass er dessen Inhalt gar nicht kennen kann. Und der zu kündigende Arbeitnehmer wird im Rechtsstreit wohl kaum bestätigen, den betreffenden Brief tatsächlich erhalten zu haben. Selbst die Zustellung der Kündigung per Übergabe-Einschreibebrief oder per Einwurf-Einschreiben kann problematisch sein. Denn in beiden Fällen ist mit dem Zugang des Briefes der **Beweis seines Inhalts** noch nicht geführt. Denn der Empfänger kann in beiden Fällen geltend machen, das Schreiben sei beispielsweise ohne Inhalt gewesen.

Um diesen Problemen von vornherein aus dem Weg zu gehen, sollte der Arbeitgeber oder ein von ihm bevollmächtigter Mitarbeiter schon aus **Beweisgründen** dem Arbeitnehmer das Kündigungsschreiben **persönlich übergeben**. Dabei sollten sie sich die **Übergabe** des Kündigungs-

schreibens an den betroffenen Arbeitnehmer, verbunden mit dessen Erklärung, dass er den **Inhalt** des Schreibens **zur Kenntnis genommen** hat, **schriftlich bestätigen** lassen.

Ist der Arbeitnehmer nicht im Betrieb anwesend, eine **persönliche Übergabe** also **nicht möglich**, ist Folgendes zu raten: Das Schreiben sollte durch einen **Boten persönlich** dem Arbeitnehmer überbracht werden oder sollte in Gegenwart eines Zeugen in den **Hausbriefkasten** des Arbeitnehmers eingeworfen werden. Hierbei sollte ein **Übergabe- oder ein Einwurfprotokoll** des Vorgangs und des Kuvertinhalts gefertigt werden. Um in einem späteren Rechtsstreit bezeugen zu können, dass sich in dem von ihm in den Hausbriefkasten eingeworfenen bzw. persönlich übergebenen Brief tatsächlich die Kündigung befunden hat, sollte der Bote bzw. der Zeuge zuvor das **Kündigungsschreiben gelesen** haben, bevor es einkuvertiert wird. Rechtssicher ist auch die Zustellung des Kündigungsschreibens per **Gerichtsvollzieher**.

7.3.3 Kündigungserklärungsfrist

Unter der Kündigungsfrist ist der **Zeitraum zwischen** dem Zugang der Kündigung und ihrem **Wirksamwerden** zu verstehen. Kündigungsfristen sollen dem Arbeitnehmer wie auch dem Arbeitgeber Zeit verschaffen, sich einen neuen Arbeitsplatz bzw. einen neuen Mitarbeiter zu suchen.

7.3.3.1 Gesetzliche Kündigungsfristen

Die **gesetzlichen Kündigungsfristen** finden sich in § 622 BGB. Sie gelten gleichermaßen für Arbeiter und Angestellte. Als Grundkündigungsfrist sieht § 622 Abs. 1 BGB eine Frist von vier Wochen zum 15. oder zum Ende eines Kalendermonats vor. Die Kündigungsfrist für arbeitgeberseitige

ARBEITSRECHTLICHE INSTRUMENTARIEN

Kündigungen verlängert sich je nach Dauer des Vertragsverhältnisses ab dem zweiten Beschäftigungsjahr wie folgt:

- ▶ nach 2-jähriger Betriebszugehörigkeit = 1 Monat zum Monatsende
- ▶ nach 5-jähriger Betriebszugehörigkeit = 2 Monate zum Monatsende
- ▶ nach 8-jähriger Betriebszugehörigkeit = 3 Monate zum Monatsende
- ▶ nach 10-jähriger Betriebszugehörigkeit = 4 Monate zum Monatsende
- ▶ nach 12-jähriger Betriebszugehörigkeit = 5 Monate zum Monatsende
- ▶ nach 15-jähriger Betriebszugehörigkeit = 6 Monate zum Monatsende
- ▶ nach 20-jähriger Betriebszugehörigkeit = 7 Monate zum Monatsende

Beschäftigungszeiten, die **vor der Vollendung des 25. Lebensjahres** des Arbeitnehmers liegen, sind bei der Berechnung der Beschäftigungszeit nach der gesetzlichen Regelung des § 622 II 2 BGB **nicht zu berücksichtigen**. Es muss jedoch darauf hingewiesen werden, dass diese Regelung derzeit von den Arbeitsgerichten und dem EuGH überprüft wird. Möglicherweise ist sie altersdiskriminierend und verstößt damit gegen Europarecht sowie das AGG. Die Gerichtsentscheidungen sollten an dieser Stelle also verfolgt werden.

Zudem gelten die verlängerten Kündigungsfristen ausschließlich für den **Arbeitgeber**. Der Arbeitnehmer muss sich lediglich an die Grundkündigungsfristen oder an vereinbarte Kündigungsfristen halten.

Während einer – höchstens für die Dauer von sechs Monaten – vereinbarten Probezeit sieht § 622 Abs. 3 BGB eine zweiwöchige Kündigungsfrist vor. Ein Kündigungstermin muss dabei nicht eingehalten werden.

Dauert die Probezeit in besonderen Ausnahmefällen länger als sechs Monate, gilt die Grundkündigungsfrist von vier Wochen zum 15. oder zum Ende eines Kalendermonats.

Abweichungen von der gesetzlichen Kündigungsfrist sind nur durch einen Tarifvertrag oder aufgrund einer einzelvertraglichen Vereinbarung möglich.

7.3.3.2 Tarifvertragliche Kündigungsfristen

Die **Tarifvertragsparteien** können in einem Tarifvertrag längere oder kürzere Kündigungsfristen als gesetzlich vorgesehen vereinbaren. Für den tarifgebundenen Arbeitgeber sind diese Fristen verbindlich. Die tarifvertraglich geänderten Fristen können auch für nicht tarifgebundene Arbeitnehmer und Arbeitgeber gelten, wenn deren Anwendung ausdrücklich vereinbart wird.

7.3.3.3 Einzelvertragliche Kündigungsfristen

Auch einzelvertraglich kann von den gesetzlichen Kündigungsfristen abgewichen werden. Hierbei sind jedoch die engen gesetzlichen Vorgaben zu beachten. Sofern abweichend von der gesetzlichen Regelung **längere Kündigungsfristen** vereinbart werden sollen, dürfen dem Arbeitnehmer **keine längeren Kündigungsfristen** auferlegt werden als dem Arbeitgeber. Umgekehrt ist dies aber möglich. In der Praxis einigt man sich regelmäßig auf gleich lange Kündigungsfristen.

Eine **Verkürzung der gesetzlichen Fristen** ist **nur beschränkt** in den Grenzen der Vorschrift des § 622 Abs. 5 BGB **möglich**, nämlich wenn:

- ▶ der Arbeitnehmer nur vorübergehend **zur Aushilfe** eingestellt ist; hier gilt die Verkürzung der Kündigungsfrist jedoch nur für die ersten **drei Monate** der Aushilftätigkeit, oder

- ▶ der Betrieb **in der Regel nicht mehr als 20 Arbeitnehmer** beschäftigt; hier kann eine Kündigungsfrist ohne festen Kündigungstermin vereinbart werden (also nicht nur zum 15. oder zum Ende eines Kalendermonats). Es bleibt allerdings bei der Kündigungsfrist von vier Wochen. Bei der Berechnung der Arbeitnehmerzahlen sind die zur Berufsbildung Beschäftigten (z. B. Auszubildende, Umschüler, Praktikanten) nicht mitzuzählen. **Teilzeitbeschäftigte** mit einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit bis einschließlich 20 Stunden werden mit dem Faktor 0,5 und solche mit einer Wochenarbeitszeit bis einschließlich 30 mit dem Faktor 0,75 berücksichtigt.

7.3.3.4 Sonderfristen

Hinsichtlich der Kündigungsfristen sind darüber hinaus für bestimmte Personengruppen Sonderregelungen zu beachten und zwar:

- ▶ Für **Schwerbehinderte** beträgt die Mindestkündigungsfrist vier Wochen.
- ▶ Der **Elternzeit** in Anspruch nehmende Arbeitnehmer kann das Arbeitsverhältnis zum Ende der Elternzeit nur unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten kündigen, § 19 BEEG.
- ▶ In der **Insolvenz des Arbeitgebers** beträgt die Kündigungsfrist drei Monate zum Monatsende, § 113 der Insolvenzordnung.

7.3.4 Fristberechnung

Die ordentliche Kündigung kann zumeist nur zu bestimmten Terminen unter Einhaltung bestimmter Fristen erfolgen. Die Bestimmtheit der Kündigungserklärung erfordert, dass der Arbeitgeber klarstellt, zu welchem Zeitpunkt er das Arbeitsverhältnis beendet sehen will.

Für die Fristberechnung gilt Folgendes:

- ▶ **Fristberechnung:** Eine Kündigungsfrist kann in Tagen, Wochen oder Monaten beziffert sein. Für die Fristberechnung gelten die §§ 186 ff. BGB mit Ausnahme des § 193 BGB. Ist der jeweils letzte Tag vor Beginn der Kündigungsfrist ein **Samstag, Sonntag oder Feiertag**, kann die Kündigung nicht etwa noch am folgenden Werktag erklärt werden. Sie muss dem Arbeitnehmer vielmehr an diesem Tag zugehen, andernfalls ist sie verspätet. Auf der anderen Seite kann der Betroffene die Kündigung nicht deshalb zurückweisen, weil sie am letzten Tag vor Beginn der Kündigungsfrist an einem Samstag Sonntag oder Feiertag zugeht. Geht die Kündigung verspätet zu, wirkt sie **im Zweifel** zum nächstmöglichen Termin.
- ▶ **Fristbeginn:** Der Tag, an dem die Kündigung dem Adressaten zugeht, zählt bei der Berechnung der Frist nicht mit. Ist also eine monatliche Kündigung zum Monatsschluss vereinbart, so ist spätestens am letzten Tag des Vormonats zu kündigen.
- ▶ **Fristende:** Das Fristende ist rechtlich der letzte Arbeitstag, z. B. täglich, 15. des Monats, Monatsende, Quartal, Jahresende.

7.3.5 Beteiligung des Betriebsrates bei der Kündigung

Gibt es im Betrieb einen Betriebsrat, muss der Arbeitgeber diesen vor dem Ausspruch der Kündigung **anhören** (vgl. § 102 BetrVG). Dabei hat er den Betriebsrat zu informieren über

- ▶ die Person des zu kündigen Mitarbeiters,
- ▶ die Kündigungsart und
- ▶ die Gründe der Kündigung.

ARBEITSRECHTLICHE INSTRUMENTARIEN

Der Arbeitgeber darf sich nicht auf eine lediglich pauschale, schlagwort- oder stichwortartige Bezeichnung der Kündigungsgründe beschränken. Vielmehr muss er unter **vollständiger Darstellung** des Kündigungssachverhaltes alle Gesichtspunkte nennen, die ihn zu der Kündigung veranlassen haben. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um eine ordentliche oder außerordentliche Kündigung, eine Änderungskündigung oder eine Kündigung während der Probezeit handelt. **Unterlässt** der Arbeitgeber die **Anhörung** oder findet diese **nicht ordnungsgemäß** statt, ist die **Kündigung unwirksam**.

Der Betriebsrat braucht nur gehört werden. Es ist nicht erforderlich, dass der Betriebsrat der Kündigung zustimmt. Er kann allenfalls **Bedenken** gegen die Kündigung geltend machen. Dazu hat der Betriebsrat bei einer fristgerechten Kündigung **eine Woche** und bei einer fristlosen Kündigung **drei Tage** Zeit. Hält der Betriebsrat dagegen eine fristgerecht ausgesprochene Kündigung für **sozialwidrig**, muss er dieser allerdings innerhalb **einer Woche schriftlich widersprochen** haben. Der Widerspruch des Betriebsrates kann nicht willkürlich erfolgen, sondern nur im Rahmen des in § 102 Abs. 3 BetrVG normierten Fälle, d. h. wenn

- ▶ der Arbeitgeber bei der Auswahl des zu kündigenden Arbeitnehmers **soziale Gesichtspunkte** nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat,
- ▶ die Kündigung gegen eine **Richtlinie nach § 95 BetrVG verstößt**,
- ▶ der zu kündigende Arbeitnehmer an einem **anderen Arbeitsplatz** im selben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann,
- ▶ die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nach **zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen** möglich ist oder

- ▶ eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers unter **geänderten Vertragsbedingungen** möglich ist und der Arbeitnehmer sein Einverständnis damit erklärt hat.

Der ordnungs- und fristgemäße Widerspruch des Betriebsrates hat für den Arbeitnehmer folgenden Vorteil: Er kann vom Arbeitgeber verlangen, dass dieser ihn bis zum rechtskräftigen Abschluss eines eventuellen Arbeitsrechtsstreits zu unveränderten Bedingungen weiterbeschäftigt.

7.4 Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz

7.4.1 Überblick

Im Falle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch arbeitgeberseitige Kündigung gewährt das Kündigungsschutzgesetz dem Arbeitnehmer in erster Linie den Schutz vor dem Verlust des Arbeitsplatzes. Das wird dadurch erreicht, dass sich eine ordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber, die nach den bisherigen Ausführungen formal wirksam wäre, an kündigungsschutzrechtlichen Voraussetzungen messen lassen muss, wenn sich der Arbeitnehmer (klageweise) darauf beruft.

Während der **»besondere Kündigungsschutz«** dem Schutz bestimmter Personengruppen, etwa Betriebsratsmitgliedern, schwangeren Mitarbeiterinnen und Schwerbehinderten dient, gewährt der **»allgemeine Kündigungsschutz«** im Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes sämtlichen Arbeitnehmern den **Schutz vor sozial ungerechtfertigten Kündigungen**. **Gegenständlich** erstreckt sich das Kündigungsschutzgesetz nur auf die ordentliche Kündigung eines Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber. Die außerordentliche Kündigung untersteht nur verfahrensrechtlich dem Kündigungsschutzgesetz, § 13 Abs. 1 KSchG.

Auch die Beendigung des Arbeitsverhältnisses aus anderen Gründen (z. B. Auslaufen eines befristeten Arbeitsvertrages) wird vom Kündigungsschutzgesetz nicht erfasst.

7.4.2 Anwendungsbereich des allgemeinen Kündigungsschutzes

Der allgemeine Kündigungsschutz erfordert nach § 23 Abs. 1 KSchG, dass

- ▶ das Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt der Kündigung ohne Unterbrechungen länger als **sechs Monate** im Betrieb oder Unternehmen bestanden hat (persönlicher Anwendungsbereich) und
- ▶ im Betrieb regelmäßig **mehr als zehn Arbeitnehmer**, ausschließlich der Auszubildenden, beschäftigt werden (betrieblicher Anwendungsbereich), wobei dieser Schwellenwert nur für ab dem 1.1.2004 neu eingestellte Arbeitnehmer gilt. Für Arbeitnehmer, die bereits länger im Betrieb beschäftigt sind, gilt der Schwellenwert von **mehr als fünf Arbeitnehmern**.

7.4.2.1 Persönlicher Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes

Bestehen eines Arbeitsverhältnisses

Das Kündigungsschutzgesetz schützt mithin nur **Arbeitnehmer**, nicht aber selbstständig Tätige. Die Art des Arbeitsverhältnisses ist unerheblich, sodass etwa auch Aushilfs- und Teilzeitarbeitsverhältnisse hiervon erfasst werden. Arbeitnehmer ist regelmäßig derjenige, der seine vertraglich geschuldete Leistung im Rahmen einer von Dritten bestimmten Arbeitsorganisation erbringt. Die Eingliederung in eine bestimmte Arbeitsorganisation ist insbesondere dadurch gekennzeichnet, dass der Beschäftigte einem **Weisungsrecht** seines Vertragspartners (Arbeitgeber)

unterliegt, das Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen kann. Ob jemand als Arbeitnehmer tätig wird, entscheidet sich in erster Linie an den Umständen, unter denen er die Dienstleistung zu erbringen hat, nicht aber an der Bezeichnung, die die Parteien ihrem Rechtsverhältnis gegeben haben oder eine von ihnen gewünschte Rechtsfolge. Maßgeblich sind die jeweiligen Umstände des Einzelfalls.

Personell gilt der Kündigungsschutz nicht für Organmitglieder einer juristischen Gesellschaft und vertretungsberechtigte Gesellschafter einer Personengesellschaft, § 14 Abs. 1 KSchG.

Erfüllen der Wartezeit

Kündigungsschutz besteht für ein Arbeitsverhältnis gemäß § 1 Abs. 1 KSchG erst dann, wenn dieses zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs ohne Unterbrechung länger als **sechs Monate** in demselben Betrieb oder Unternehmen bestanden hat (sog. **gesetzliche Probezeit**). Während dieser Wartezeit kann der Arbeitgeber eine Kündigung aussprechen, ohne dass diese einer sozialen Rechtfertigung im Sinne von § 1 Abs. 1 KSchG bedarf. Er ist allerdings an andere Kündigungsbeschränkungen gebunden, wie etwa die Einhaltung der Kündigungsfrist.

7.4.2.2 Betrieblicher Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes

Gemäß § 23 Abs. 1 KSchG ist das Kündigungsschutzgesetz in betrieblicher Hinsicht nur auf Betriebe anwendbar, die über eine bestimmte im Gesetz näher genannte Anzahl von Arbeitnehmern verfügen. Im Rahmen der zum 1.1.2004 wirksam gewordenen Agenda 2010 ist die Anwendung des Kündigungsschutzes in Kleinbetrieben gelockert worden. Bis zum 31.12.2003 galt das Kündigungsschutzgesetz nur in Betrieben mit regelmäßig mehr als fünf Mitarbeitern, d. h. ab einer rechnerischen Größe

ARBEITSRECHTLICHE INSTRUMENTARIEN

von 5,25 Mitarbeitern, wobei Teilzeitkräfte anteilig gelten. Diese Größe ist bzw. war bereits erreicht, wenn der Betriebsinhaber neben fünf Vollzeitkräften eine Teilzeitkraft mit bis zu 20 Wochenstunden beschäftigt.

Zur Entlastung von Kleinbetrieben gilt das Kündigungsschutzgesetz gemäß § 23 Abs. 1 KSchG seit dem **1.1.2004** in betrieblicher Hinsicht mit **zwei Schwellenwerten**, die **maßgeblich an den Zeitpunkt des Bestandes des Arbeitsverhältnisses** anknüpfen:

- Seit dem **1.1.2004** kann der Arbeitgeber bis zu **zehn Arbeitnehmer** beschäftigen, bevor das Kündigungsschutzgesetz greift. Dieser Schwellenwert gilt allerdings nur für **neu eingestellte Arbeitnehmer**, konkret für Arbeitnehmer, deren vereinbarter Arbeitsbeginn erst nach dem 31.12.2003 lag. Diese Neueingestellten bleiben bei der Addition der mit den bereits am 31.12.2003 im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern (sog. Alt-Arbeitnehmer) so lange unberücksichtigt, wie die Summe aller Arbeitnehmer im Betrieb nicht die Grenze von insgesamt **mehr als zehn Arbeitnehmern**¹ überschreitet. Wird der Schwellenwert von insgesamt mehr als zehn Arbeitnehmern überschritten, haben auch die Neueingestellten Kündigungsschutz. Zu denken ist hier etwa an einen Betrieb, der seit dem 1.1.2004 neben neun Alt-Arbeitnehmern auch zwei Neueingestellte beschäftigt (9 Alt-Arbeitnehmer mit Kündigungsschutz + 2 Neueingestellte ohne Kündigungsschutz = 11 Arbeitnehmer mit Kündigungsschutz).

1 Sofern im Folgenden von dem Schwellenwert »mehr als zeh Arbeitnehmer« die Rede ist, ist damit die rechnerische Größe ab 10,25 Mitarbeitern gemeint. Diese Größe ist bereits erreicht, wenn der Arbeitgeber z.B. neun Vollzeitarbeitnehmer und zwei Teilzeitbeschäftigte, die mit einer wöchentlichen Arbeitszeit bis 20 bzw. 30 Stunden tätig sind, angestellt hat (9 Arbeitnehmer + 0,5 Arbeitnehmer + 0,75 Arbeitnehmer = 10,25 Arbeitnehmer).

- Für **Alt-Arbeitnehmer** gelten **zwei unterschiedliche Schwellenwerte**: Zum einen gilt der bisherige Schwellenwert von **mehr als fünf Arbeitnehmern**² für solche Arbeitnehmer fort, die bereits zum Stichtag 31.12.2003 im Betrieb tätig waren. Daneben ist der neue Schwellenwert von **mehr als zehn Arbeitnehmern** zu beachten. Dieser Schwellenwert ist dann Berechnungsgrundlage für die Betriebsgröße und damit der Messwert für die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes, wenn die Anzahl der Alt-Arbeitnehmer zusammen mit denen der Neueingestellten die Gesamtzahl von zehn Arbeitnehmern übersteigt. Denkbar wäre eine solche Fallkonstellation etwa in einem Betrieb, der seit dem 1.1.2004 geführt wird mit zwei Alt-Arbeitnehmern und neun Neueingestellten (2 Alt-Arbeitnehmer ohne Kündigungsschutz + 9 Neueingestellte ohne Kündigungsschutz = 11 Arbeitnehmer mit Kündigungsschutz).

Bei der Feststellung des betrieblichen Anwendungsbereichs ist daher zwischen nach dem 31.12.2003 Neueingestellten und Alt-Arbeitnehmern zu unterscheiden, die bereits am 31.12.2003 im Betrieb tätig waren.

Fall 1:

Betriebsinhaber Herr A beschäftigt in seinem Betrieb zehn Arbeitnehmer. Darunter befinden sich fünf Alt-Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis bereits am 31.12.2003 bestanden hat, und fünf neu eingestellte Beschäftigte, die erst nach dem 31.12.2003 im Betrieb tätig sind.

² Sofern im Folgenden von dem Schwellenwert »mehr als fünf Arbeitnehmer« die Rede ist, ist damit die rechnerische Größe ab 5,25 Mitarbeitern gemeint. Diese Größe ist bereits erreicht, wenn der Arbeitgeber z.B. vier Vollzeitmitarbeiter und zwei Teilzeitbeschäftigte, die mit einer wöchentlichen Arbeitszeit bis 20 bzw. 30 Stunden tätig sind, angestellt hat (4 Arbeitnehmer + 0,5 Arbeitnehmer + 0,75 Arbeitnehmer = 5,25 Arbeitnehmer).

Lösung:

Hier genießt kein Arbeitnehmer Kündigungsschutz. Die Alt-Arbeitnehmer unterfallen nicht dem Kündigungsschutzgesetz, da sie die Schwelle von fünf Arbeitnehmern nicht überschreiten. Die fünf neu eingestellten Arbeitnehmer werden insoweit nicht auf den Schwellenwert angerechnet. Auch die Neueingestellten haben im Übrigen keinen Kündigungsschutz, da die für sie geltende Schwelle von mehr als zehn Mitarbeitern im Betrieb insgesamt noch nicht erreicht wird.

Fall 2:

Betriebsinhaber Herr B beschäftigt in seinem Betrieb ebenfalls zehn Arbeitnehmer. Seine Belegschaft setzt sich aus sechs Alt-Arbeitnehmern und 4 Neueingestellten zusammen.

Lösung:

Die Alt-Arbeitnehmer haben im Kündigungsfall Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz, da für sie der Schwellenwert von mehr als fünf Arbeitnehmern gilt und dieser vorliegend mit sechs Alt-Arbeitnehmern überschritten wird. Die vier neuen Mitarbeiter werden insoweit auf den Schwellenwert nicht angerechnet.

Die neu eingestellten Beschäftigten haben dagegen keinen Kündigungsschutz, da für sie die Schwelle von mehr als zehn Arbeitnehmern im Betrieb bei der Addition aller im Betrieb tätigen Arbeitnehmer gesamt betrachtet noch nicht überschritten ist.

Fall 3:

Betriebsinhaber Herr C beschäftigt in seinem Betrieb elf Arbeitnehmer, davon sechs Alt-Arbeitnehmer und fünf Neueingestellte.

Lösung:

Alle Arbeitnehmer haben Kündigungsschutz. Es wird sowohl der frühere Schwellenwert von mehr als fünf Arbeitnehmern für die Alt-Angestellten (hier: sechs Alt-Arbeitnehmer) als auch der neue Schwellenwert von mehr als zehn Arbeitnehmern insgesamt (6 Alt-Arbeitnehmer + 5 Neueingestellte = 11 Arbeitnehmer) für die Neueingestellten überschritten.

Spricht Herr D im Beispielfall vier eine Kündigung aus, hat dies für die beiden Arbeitnehmergruppen unterschiedliche Konsequenzen.

► Kündigung eines Neueingestellten:

Entlässt Herr D einen Neueingestellten, verlieren alle Neueingestellten ihren Kündigungsschutz, da die für sie geltende Schwelle von mehr als zehn Arbeitnehmern unterschritten wird:

$[6 \text{ Alt-Arbeitnehmer} - (5 \text{ Neueingestellte} - 1 \text{ Neueingestellter}) = 10 \text{ Arbeitnehmer}]$.

Die Gruppe der Alt-Arbeitnehmer behält weiterhin ihren Kündigungsschutz, denn diese weist weiterhin mehr als fünf Arbeitnehmer (hier: sechs Alt-Arbeitnehmer) auf.

► Kündigung eines Alt-Arbeitnehmers:

Entlässt Herr D einen Alt-Arbeitnehmer entfällt der Kündigungsschutz für alle neu eingestellten sechs Arbeitnehmer, da der Schwellenwert von mehr als zehn Arbeitnehmern im Betrieb nicht mehr erreicht wird:

$[(6 \text{ Alt-Arbeitnehmer} - 1 \text{ Alt-Arbeitnehmer}) + 5 \text{ Neueingestellte} = 10 \text{ Arbeitnehmer}]$.

Hinsichtlich der Alt-Arbeitnehmer gilt Folgendes: Alle Alt-Arbeitnehmer in Herrn D's Betrieb hatten wegen des Überschreitens des alten Schwellenwertes von mehr als fünf Arbeitnehmern bis zum 31.12.2003 Kündigungsschutz. Daran hat auch die Neuregelung nichts geändert.

Kündigt Herr D nun einem Alt-Arbeitnehmer, verbleiben in seinem Betrieb nur noch fünf Alt-Arbeitnehmer. Der alte Schwellenwert ist nicht erreicht. Entfällt der frei gewordene Arbeitsplatz dauerhaft, fällt damit auch der Kündigungsschutz – sowohl nach alter wie nach neuer Regelung – für die restlichen fünf Alt-Arbeitnehmer weg.

Daran ändert auch ein eventueller Einwand der verbleibenden Alt-Arbeitnehmer, dass die Beschäftigtenzahl im Betrieb eigentlich neun Arbeitnehmer beträgt (5 Alt-Arbeitnehmer + 4 Neueingestellte = 9 Arbeitnehmer) und damit der alte Schwellenwert von mehr als fünf Arbeitnehmern überschritten ist, nichts. Denn die ab dem 1.1.2004 eingestellten Mitarbeiter werden bei der Berechnung des Schwellenwertes bis zu einer Beschäftigtenanzahl von mehr als zehn Arbeitnehmern nicht berücksichtigt. Es bleibt also bei fünf Alt-Arbeitnehmern. Damit ist der alte Schwellenwert für die Alt-Arbeitnehmer nicht erreicht, sodass sie ihren Kündigungsschutz verlieren.

Zusammenfassend lässt sich damit Folgendes festhalten: Scheidet ein Alt-Arbeitnehmer aus dem Betrieb aus, und sinkt dadurch die Anzahl der Alt-Arbeitnehmer auf fünf oder weniger, ohne dass insgesamt (Alt- und Neuarbeitnehmer zusammen) mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt sind, verlieren alle Alt-Arbeitnehmer nach der neuen – wie nach der ehemaligen Regelung – ihren Kündigungsschutz. Diese Regelung ist sachgerecht, denn anderenfalls würde den Arbeitnehmern ein Mehr an Rechtssicherheit gewährt werden als nach dem alten Recht.

Berechnung der Arbeitnehmerzahl

Bei der Ermittlung der jeweils maßgeblichen Schwellenwerte sind ausschließlich **Arbeitnehmer** zu berücksichtigen. Auszubildende bleiben bei der Berechnung außen vor. **Teilzeitbeschäftigte** werden entsprechend

ihrer Wochenarbeitsstunden **anteilig** gezählt. Sie zählen je nach Stundenvolumen mit folgenden Faktoren:

- ▶ bis zu 20 Wochenarbeitsstunden = Faktor 0,5
- ▶ bis 30 Wochenarbeitsstunden = Faktor 0,75
- ▶ über 30 Wochenstunden hinaus = Faktor 1,0, d. h. volle Berücksichtigung

Bei der Berechnung des Schwellenwertes ist auf die Anzahl der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs abzustellen. Die Belegschaftsstärke zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach Ablauf der Kündigungsfrist ist nicht entscheidend. Es kommt jedoch nicht darauf an, wie viele Arbeitnehmer konkret bei Kündigungszugang tätig waren. Zu berücksichtigen ist vielmehr, wie viele Arbeitnehmer **regelmäßig**, d. h. im Normalfall im Betrieb beschäftigt sind. Abzustellen ist dabei auf die charakteristische Belegschaftsstärke des Betriebs, wobei auch künftige Entwicklungen zu berücksichtigen sind.

7.4.3 Soziale Rechtfertigung der Kündigung

Soll einem Arbeitnehmer, der persönlich und sachlich in den Schutzbereich des Kündigungsschutzgesetzes fällt, gekündigt werden, muss der Arbeitgeber beachten, dass die Kündigung **sozial gerechtfertigt** sein muss. Anderenfalls ist sie rechtsunwirksam. Nach § 1 Abs. 2 KSchG ist eine Kündigung nicht sozial gerechtfertigt, wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers im Betrieb entgegenstehen, bedingt ist. Dem-

ARBEITSRECHTLICHE INSTRUMENTARIEN

entsprechend hat der Arbeitgeber im Einzelfall zu prüfen, ob er die Kündigung, die er aussprechen möchte, durch

- ▶ personenbedingte,
- ▶ verhaltensbedingte oder
- ▶ betriebsbedingte Gründe

rechtfertigen kann. Die Gründe müssen dabei so gewichtig sein, dass die Kündigung unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsprinzips nach umfassender Interessensabwägung billigenwert und angemessen erscheint.

7.4.3.1 Personenbedingte Kündigung

Wirksamkeitsvoraussetzungen

Von den Gründen, die eine Kündigung sozial rechtfertigen können, nennt das Kündigungsschutzgesetz in § 1 Abs. 2 S. 2 KSchG an erster Stelle Gründe, die in der Person des Arbeitnehmers liegen. Die personenbedingte Kündigung kann der Arbeitgeber nur unter den folgenden engen Vorgaben des Gesetzes erklären.

- ▶ **Erste Voraussetzung: Fehlende persönliche Eignung oder Fähigkeit:** Die personenbedingte Kündigung setzt voraus, dass der Arbeitnehmer wegen seiner **persönlichen Fähigkeiten und Eigenschaften** nicht in der Lage ist, **in Zukunft** seine arbeitsvertraglichen Verpflichtungen zu erfüllen. Der Kündigungsgrund liegt damit in der Sphäre des Arbeitnehmers. Ein Verschulden ist nicht erforderlich. Die Eignung des Arbeitnehmers als solche bezieht sich nicht nur auf die Arbeitsleistung, deren Umfang und Qualität, sondern auch auf das im Arbeitsverhältnis nötige Sozialverhalten (z. B. zu Vorgesetzten, Arbeitskollegen, Kunden etc.).

- ▶ **Zweite Voraussetzung:** Zudem ist eine **negative Prognose** erforderlich, d. h. die personenbedingte Kündigung ist nur dann sozial gerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber **zukünftig** mit unzumutbaren Belastungen des Arbeitsverhältnisses rechnen muss. Insoweit stellt die personenbedingte Kündigung keine Sanktion für vorausgegangene Störungen des Arbeitsverhältnisses dar. Der Arbeitgeber muss sich vielmehr fragen, ob die Mängel mit sicherer Wahrscheinlichkeit auch in der Zukunft bestehen werden
- ▶ **Dritte Voraussetzung:** Beeinträchtigung betrieblicher Interessen: Das Fehlen oder die Minderung von Fähigkeiten oder Eignung muss so gewichtig sein, dass dadurch betriebliche oder wirtschaftliche Interessen des Arbeitgebers unzumutbar beeinträchtigt werden. Es muss damit die sichere Wahrscheinlichkeit bestehen, dass das Arbeitsverhältnis als Austauschverhältnis zukünftig erheblich gestört wird.
- ▶ **Vierte Voraussetzung: Fehlende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit:** Darüber hinaus darf es keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit des Arbeitnehmers auf einem anderen freien Arbeitsplatz geben, bei dem die Mängel nicht mehr oder nur noch in unbedeutendem Maße zum Tragen kommen. Dabei sind lediglich die zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung unbesetzten oder mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zum Ablauf der Kündigungsfrist frei werdenden Arbeitsplätze als »frei« zu bezeichnen.
- ▶ **Fünfte Voraussetzung: Interessensabwägung:** Die Kündigung darf schließlich nur ausgesprochen werden, wenn die Unzulänglichkeiten des Arbeitnehmers so schwerwiegend sind, dass dadurch **betriebliche oder wirtschaftliche Interessen** des Arbeitgebers derart beeinträchtigt sind, dass ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr billigenwert und angemessen und damit zumutbar er-

scheint. Bei der Interessensabwägung ist ein strenger Maßstab anzulegen. **Zugunsten des Arbeitnehmers** müssen z.B. berücksichtigt werden:

- Dauer der Betriebszugehörigkeit,
- Verlauf des bisherigen Arbeitsverhältnisses,
- Ursache der mangelnden Eignung des Arbeitnehmers,
- erhöhte soziale Schutzbedürftigkeit, etwa wegen Unterhaltspflichten, wirtschaftlicher Verhältnisse, Gesundheitszustand.

Dagegen sind **zugunsten des Arbeitgebers** etwa einzubeziehen

- alle vom Arbeitnehmer verursachten betrieblichen und wirtschaftlichen Beeinträchtigungen,
- Betriebsablaufstörungen,
- keine Möglichkeit von Überbrückungsmaßnahmen.

Hauptfall der personenbedingten Kündigung – Der Krankheitsfall

Der Hauptanwendungsfall der personenbedingten Kündigung ist die krankheitsbedingte Kündigung. Hier hat die Rechtsprechung vier Grundtypen entwickelt, die der Arbeitgeber im Hinblick auf die Rechtswirksamkeit der Kündigung unverzichtbar unterscheiden muss und zwar die Kündigung wegen

- **lang andauernder Krankheit:** Eine Kündigung wegen lang andauernder Krankheit kommt in Betracht, wenn die Arbeitsunfähigkeitszeit schon mehrere Monate in der **Vergangenheit** bestanden hat und eine **Wiederherstellung** der Arbeitsunfähigkeit weder kurz- noch mittelfristig oder überhaupt **nicht absehbar** ist. Kündigungsgrund ist hier nicht

die bisherige Krankheit, sondern die betriebliche Beeinträchtigung durch künftige lange Arbeitsunfähigkeit.

- ▶ **häufiger Kurzerkrankungen:** Eine häufige Kurzerkrankung liegt dann vor, wenn durch mehrfache Arbeitsunfähigkeitszeiten der Lohnfortzahlungszeitraum von **sechs Wochen** nach § 3 des Entgeltfortzahlungsgesetzes über einen längeren Beobachtungszeitraum hinweg **erheblich überschritten** wird. Ob die Ausfallzeit erheblich ist, ist eine Frage des jeweiligen **Einzelfalles**. Je länger das Arbeitsverhältnis im Wesentlichen arbeitsunfähigkeitsfrei bestanden hat, desto höhere Arbeitsunfähigkeitszeiten hat der Arbeitgeber auch über einen längeren Zeitraum hinzunehmen. Als grober Maßstab kann gelten: Arbeitsunfähigkeitszeiten von mehr als 20 % der betrieblichen Arbeitszeit pro Jahr über einen Zeitraum von zwei oder mehr Jahren sind regelmäßig beachtlich und können eine krankheitsbedingte Kündigung rechtfertigen.

- ▶ **krankheitsbedingter Leistungs- und Eignungsminderungen:** Führt die Krankheit zu einer erheblichen Leistungs- oder Eignungsminderung, kommt eine krankheitsbedingte Kündigung bereits dann in Frage, wenn dadurch keine Ausfallzeiten anfallen. Es ist jedoch genau zu prüfen, ob sich die Beeinträchtigung betrieblicher Interessen ohne Kündigung durch andere zumutbare Maßnahmen verringern lassen, etwa durch eine anderweitige Beschäftigung des Arbeitnehmers.

- ▶ **krankheitsbedingter dauernder Leistungsunfähigkeit:** Kann der Arbeitnehmer seine arbeitsvertraglichen Pflichten gar nicht mehr erfüllen, ergibt sich daraus bereits die auf das einzelne Arbeitsverhältnis bezogene betriebliche Beeinträchtigung. Dies allein kann zur krankheitsbezogenen Kündigung berechtigen. Zu prüfen bleibt jedoch, ob der Arbeitnehmer nicht auf einem anderen Arbeitsplatz weiterbeschäftigt werden kann.

Die Überprüfung der Rechtswirksamkeit der vier Fallgruppen der krankheitsbedingten Kündigung wird durch die Arbeitsgerichte **dreistufig** vorgenommen. Zwar ergeben sich aufgrund der Eigenart der verschiedenen Fallgruppen zum Teil Unterschiede. Diese lassen aber im Ergebnis den dreistufigen Prüfungsaufbau in seiner Struktur unberührt. Bei der Frage der Wirksamkeit einer krankheitsbedingten Kündigung muss der Arbeitgeber also folgende Punkte berücksichtigen:

► **Erste Stufe: Negative Prognose zum Kündigungszeitpunkt:** Im Zeitpunkt des Kündigungszugangs müssen objektiv Tatsachen vorliegen, die die Prognose weiterer Erkrankungen des Arbeitnehmers im bisherigen Umfang rechtfertigen. Hier kommt es allein auf die Prognose künftiger Arbeitsunfähigkeit an. Entscheidend ist die Wiederholungsgefahr. So haben beispielsweise häufige Kurzerkrankungen in der Vergangenheit regelmäßig Indizwirkung, d. h. sie sprechen dafür, dass ähnliche Krankheitszeiten auch künftig vorliegen werden. Bei der Frage, welcher Beobachtungszeitraum hier zu berücksichtigen ist, bleibt die Rechtsprechung vage. In der Regel wird angenommen, dass nur einem Referenzzeitraum von mindestens 2 – 3 Jahren eine Indizwirkung zukommen kann. Fehlzeiten unterhalb einer Krankheitsquote von lediglich 12 % bis 14 % der Jahresarbeitszeit sind kündigungsrechtlich unerheblich.

Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt ist der Zugang der Kündigung beim Arbeitnehmer. Umstände, die nach diesem Zeitpunkt eintreten, etwa eine neue Entwicklung des Krankheitsverlaufs oder neue Heilmethoden, bleiben unberücksichtigt.

► **Zweite Stufe: Unzumutbare künftige betriebliche Beeinträchtigung:** Die entstandenen und die prognostizierten Fehlzeiten müssen zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen füh-

ren, z. B. hohe Entgeltfortzahlungskosten (bis zu sechs Wochen muss der Arbeitgeber aber hinnehmen), schwerwiegende Störungen des Betriebsablaufs (z. B. Produktionsausfall- oder -minderung) oder erhebliche organisatorische Probleme, um den Ausfall des kranken Arbeitnehmers aufzufangen.

- **Dritte Stufe: Interessensabwägung:** Hier muss sich feststellen lassen, dass es unter **Einbeziehung aller Umstände** des Einzelfalls dem Arbeitgeber billigerweise nicht mehr zumutbar ist, die betrieblichen Beeinträchtigungen hinzunehmen. Für die Interessensabwägung sind beispielsweise unzumutbare Entgeltfortzahlungskosten oder Umsetzungsmaßnahmen, betriebliche Ursache der Erkrankung oder das Verschulden des Arbeitnehmers zu berücksichtigen.

Kann der Arbeitgeber die krankheitsbedingten Betriebsstörungen durch Überbrückungsmaßnahmen (wie z. B. Einstellung von Aushilfskräften, Anordnung von Überstunden oder Mehrarbeit, personelle Umstellungen, organisatorische Änderungen) mildern oder auffangen, kommt eine krankheitsbedingte Kündigung nicht in Betracht. Dies gilt ebenso, wenn der Arbeitsausfall oder die Arbeitsverzögerung mit vorhandenen Mitteln ohne zusätzliche Kosten vermieden werden kann.

Zu beachten ist, dass nicht die Krankheit als solche, sondern nur die damit verbundenen störenden Auswirkungen auf den Betrieb des Arbeitgebers eine krankheitsbedingte Kündigung rechtfertigen können.

Im **Kündigungsschutzprozess** hat der **Arbeitgeber** gemäß § 1 Abs. 2 S. 4 KSchG die Tatsachen darzulegen und zu beweisen, die **die Kündigung bedingen** und die **negative Prognose** stützen, während der Arbeitnehmer allein die Beweislast dafür trägt, dass die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes vorliegen. So lässt

es die Rechtsprechung etwa bei einer langandauernden Erkrankung genügen, dass der Arbeitgeber nur Tatsachen darlegen muss, aus denen sich ergeben soll, dass der Arbeitnehmer noch auf nicht absehbare Zeit arbeitsunfähig krank ist und unzumutbare betriebliche Störungen eintreten. Da der Arbeitgeber über den voraussichtlichen weiteren **Krankheitsverlauf** keine eindeutige Prognose abgeben kann, dürften insoweit **keine allzu strengen Anforderungen** an die Darlegungslast des Arbeitgebers gestellt werden. Der Arbeitnehmer kann der Darlegung des Arbeitgebers dadurch entgegen treten, dass er Tatsachen vorträgt, aus denen sich ergibt, dass zum Zeitpunkt der Kündigung mit der **alsbaldigen Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit** zu rechnen war.

Fristlose Kündigung wegen Krankheit

Die außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus krankheitsbedingten Gründen kommt grundsätzlich nicht in Betracht. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn die ordentliche Kündigung für einen Arbeitnehmer – sei es tarif- oder einzelvertraglich – ausgeschlossen worden ist.

7.4.3.2 Verhaltensbedingte Kündigung

Eine Kündigung kann auch bei Gründen, die im Verhalten des Arbeitnehmers liegen, sozial gerechtfertigt sein, § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG. Als solche Gründe kommen insbesondere alle erheblichen schuldhaften Verletzungen von Vertragspflichten in Betracht, die für den Arbeitgeber nicht so gravierend sind, dass sie die sofortige Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Wege einer außerordentlichen Kündigung rechtfertigen können.

Wirksamkeitsvoraussetzungen

Folgende Anforderungen sind an die soziale Rechtfertigung einer arbeitgeberseitigen Kündigung aus verhaltensbedingten Gründen zu stellen:

- **Erste Voraussetzung: Schuldhafte Verletzung vertraglicher Pflichten:** Bei einer verhaltensbedingten Kündigung liegt in der Regel eine nicht unerhebliche Verletzung von vertraglichen Haupt- oder Nebenpflichten vor. Zu den verhaltensbedingten Gründen gehören dabei alle Umstände, die einen ruhigen und verständig urteilenden Arbeitgeber auch bei Abwägung der Interessen des Arbeitnehmers am Bestand seines Arbeitsverhältnisses zur Kündigung veranlassen würden. Eine Berücksichtigung außerdienstlichen Verhaltens kommt nur soweit in Frage, als es direkt oder indirekt auf das Arbeitsverhältnis zurückwirkt. Die Pflichtverletzung muss weiterhin schuldhaft, d. h. vorsätzlich oder fahrlässig, durch den Arbeitnehmer verursacht worden sein. Auch ein Irrtum des Arbeitnehmers über die Zulässigkeit seines Verhaltens schließt eine Kündigung nicht ohne Weiteres aus.

Als verhaltensbedingte Kündigungsgründe sind beispielsweise denkbar

- im Leistungsbereich: Schlecht- und Minderleistung, Arbeitsverweigerung, Arbeitsversäumnis,
 - im Rahmen der Einstellungsverhandlungen: Verletzung von Offenbarungspflichten, Vortäuschen von fachlichen Fähigkeiten,
 - Verstöße gegen die betriebliche Ordnung (z. B. Alkohol- oder Rauchverbot),
 - im Vertrauensbereich: Straftaten gegen den Arbeitgeber, Schmiergeldannahme,
 - im Bereich der vertraglichen Nebenpflichten: Verstoß gegen Wettbewerbsverbot.
- **Zweite Voraussetzung: Negative Zukunftsprognose:** Durch die Kündigung sollen **weitere Vertragsverletzungen** verhindert werden. Zum Kündigungszeitpunkt muss also die objektiv begründete Gefahr

bestehen, dass es in Zukunft zu weiteren Vertragsverletzungen kommen wird oder dass durch die zurückliegende Pflichtwidrigkeit das notwendige berechnete Vertrauen des Arbeitgebers in den Arbeitnehmer nachhaltig gestört ist.

- ▶ **Dritte Voraussetzung: Fehlende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit:** Weiterhin ist erforderlich, dass die zu befürchtenden zukünftigen Beeinträchtigungen des Arbeitsverhältnisses nicht durch eine Weiterbeschäftigung auf einem anderen freien Arbeitsplatz vermieden werden können. Eine anderweitige Weiterbeschäftigung kommt in erster Linie bei arbeitsplatzbezogenen Leistungsmängeln in Betracht. Bei Störungen im Vertrauensbereich oder bei Verstößen gegen die betriebliche Ordnung (z. B. Verstoß gegen das Alkoholverbot) kommt diesem Prüfungspunkt dagegen eher untergeordnete Bedeutung zu.
- ▶ **Vierte Voraussetzung: Verhältnismäßigkeit:** Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist vor Ausspruch der Kündigung stets zu prüfen, ob nicht ein **milderes Mittel** geeignet und zumutbar ist, dem Missstand abzuweichen. Grundsätzlich haben der verhaltensbedingten Kündigung als milderes Mittel je nach Schwere der Pflichtverletzung zumindest eine oder mehrere **Abmahnungen** des Arbeitnehmers vorzugehen. Die Abmahnung ist somit eine zwingende Vorstufe zur Kündigung.
- ▶ **Fünfte Voraussetzung: Interessensabwägung:** Schließlich hat eine Interessensabwägung stattzufinden. Dabei müssen die Belange des Arbeitgebers an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses den Auswirkungen des Arbeitsplatzverlustes auf der Arbeitnehmerseite gegenübergestellt werden.

Auf Seiten des **Arbeitgebers** sind z. B. zu berücksichtigen:

- Arbeits- und Betriebsdisziplin,
- Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit des Betriebs,
- Eintritt eines Vermögensschadens,
- Wiederholungsgefahr,
- Schädigung des Ansehens des Arbeitgebers,
- Schutz der übrigen Belegschaft oder sonstiger Vertragspartner,
- Mitverschulden des Arbeitgebers.

Gegen diese Interessen sind auf Seiten des **Arbeitnehmers** etwa folgende Belange zu berücksichtigen:

- Art, Schwere und Dauer des Verstoßes,
- Intensität und Beharrlichkeit der Pflichtverletzung,
- Maß des Eigenverschuldens,
- Dauer der ungestörten Betriebszugehörigkeit.

Im **Kündigungsschutzprozess** trägt der Arbeitgeber die **Darlegungs- und Beweislast** für das vertragswidrige Verhalten des Arbeitnehmers. Die Vertragsverletzung ist vom Arbeitgeber anhand von Tatsachen konkret darzulegen. Sofern Abmahnungen existieren, hat der Arbeitgeber dieses darzulegen und im Fall des Bestreitens durch den Arbeitnehmer zu beweisen, dass die Abmahnungen wirksam waren. Auch trägt der Arbeitgeber die Beweislast für die Rechtswidrigkeit der durch den Arbeitnehmer begangenen Vertragsverletzung.

7.4.3.3 Betriebsbedingte Kündigung

Ein weiterer Grund, der eine Kündigung sozial rechtfertigen kann, stellt nach § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG die betriebsbedingte Kündigung dar. Die Grundlage der betriebsbedingten Kündigung sind allein **betriebsbezogene Umstände und Vorgänge**, die von der Person des betroffenen

Arbeitnehmers unabhängig sind. Dadurch unterscheidet sich diese Kündigungsart maßgeblich von den Fällen der personen- oder verhaltensbedingten Kündigung. Die Rechtswirksamkeit einer Kündigung des Arbeitgebers aus betriebsbedingten Gründen setzt voraus, dass dringende betriebliche Erfordernisse vorliegen, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers im Betrieb entgegenstehen und der Arbeitgeber bei der Auswahl des Arbeitnehmers soziale Gesichtspunkte hinreichend berücksichtigt hat.

Wirksamkeitsvoraussetzung

Im Einzelnen müssen für die Rechtswirksamkeit einer betriebsbedingten Kündigung die folgenden Voraussetzungen erfüllt sein:

- ▶ **Erste Voraussetzung: Dringende betriebliche Erfordernisse:** Es muss ein dringendes betriebliches Erfordernis zum Ausspruch einer Kündigung vorliegen. Das ist immer dann der Fall, wenn es zum **Wegfall des Arbeitsplatzes** kommt. Dieser kann seinen Grund in inner- oder außerbetrieblichen Umständen haben. Die ausgesprochene Kündigung muss im Interesse des Betriebes dringend erforderlich sein. Daran fehlt es, wenn weniger einschneidende Maßnahmen (z. B. Abbau von Überstunden, Arbeitsstreckung, Einführung von Kurzarbeit) für den Betrieb tragbar sind.
- ▶ **Zweite Voraussetzung: Unternehmerische Entscheidung:** Der betriebsbedingten Kündigung muss eine unternehmerische Entscheidung zugrunde liegen, mit welcher der Arbeitgeber auf bestimmte (betriebs-) wirtschaftliche Situationen reagiert. So kann etwa die Nachfrage nach einem Produkt sinken, es zu einem Auftragsrückgang kommen oder aber Kredite ausbleiben (außerbetriebliche Gründe), in deren Folge der Arbeitgeber sich zu organisatorischen Veränderungen entscheidet, wie

etwa Rationalisierungsmaßnahmen, Schließung von Abteilungen, Betriebsstilllegung oder eigene Mitarbeit als Betriebsinhaber (innerbetriebliche Ursachen). Erforderlich ist, dass diese unternehmerische Entscheidung in ihrer **Umsetzung den Abbau von Arbeitsplätzen bedingt** und sie **tatsächlich umgesetzt** worden ist. Erst die tatsächliche Umsetzung der unternehmerischen Entscheidung im Betrieb kann zum Wegfall von Arbeitsplätzen führen. Ein lediglich vorhandener Entschluss des Unternehmers, Arbeitsplätze abzubauen zu wollen, reicht insoweit nicht aus. Von den Arbeitsgerichten kann die freie Unternehmerentscheidung nur eingeschränkt daraufhin überprüft werden, ob

- sie ernsthaft getroffen und bereits umgesetzt worden ist,
- sie einer Missbrauchskontrolle standhält,
- ihrer Durchführung keine gesetzlichen oder vertraglichen Pflichten oder Verbote entgegenstehen,
- der Wegfall von Arbeitsplätzen durch sie verursacht wurde und
- die sie bedingten außerbetrieblichen Gründe tatsächlich existieren.

Ob die unternehmerische Entscheidung notwendig und zweckmäßig, wirtschaftlich vernünftig und rentabel ist, entzieht sich der richterlichen Kontrolle.

- **Dritte Voraussetzung: Keine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit:** Es darf weiterhin keine Möglichkeit einer anderweitigen Beschäftigung im Betrieb oder Unternehmen für den betroffenen Arbeitnehmer bestehen. Die Möglichkeit einer **Umsetzung** des Arbeitnehmers auf einen anderen freien Arbeitsplatz schließt eine Kündigung aus, selbst wenn zur Umsetzung eine zumutbare Umschulung oder Änderung der Arbeitsbedingungen erforderlich ist. Dabei ist selbst eine **Beschäftigungsmöglichkeit zu schlechteren Bedingungen** zu be-

rücksichtigen, wenn der Arbeitnehmer sich hierzu bei oder unmittelbar nach Ausspruch der Kündigung bereit erklärt. Ist der Arbeitnehmer nicht bereit, das Arbeitsverhältnis unter schlechteren Bedingungen fortzuführen, muss der Arbeitgeber ihm zunächst diese Beschäftigung ausdrücklich mit dem Hinweis anbieten, dass er bei Ablehnung des Änderungsangebotes die Kündigung beabsichtigt.

- **Vierte Voraussetzung: Sozialauswahl:** Bei der betriebsbedingten Kündigung reicht allein das Vorliegen betrieblicher Gründe für die soziale Rechtfertigung der Kündigung nicht aus. Hinzukommen muss, dass der Arbeitgeber bei der Auswahl des gekündigten Arbeitnehmers **soziale Gesichtspunkte** ausreichend berücksichtigt hat (vgl. § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG), die auf die **vier Grunddaten** Dauer der Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Unterhaltspflichten, Schwerbehinderung beschränkt sind.

Die Sozialauswahl selbst wird **dreistufig** vorgenommen.

1. Stufe der Sozialauswahl:

Es ist zunächst der Kreis der bei der Sozialauswahl zu berücksichtigenden Arbeitnehmer festzustellen. Bei der Beurteilung des auswahlrelevanten Personenkreises sind alle Arbeitnehmer einzubeziehen, die **innerhalb des Betriebes** miteinander vergleichbar sind. Die Vergleichbarkeit ist zunächst als **horizontale Vergleichbarkeit** zu verstehen. Das bedeutet, dass die Arbeitnehmer der gleichen Stufe der betrieblichen Hierarchie miteinander vergleichbar sind. Denn hier kann einer die Tätigkeit des anderen ausüben. Es besteht eine »Austauschbarkeit« der Arbeitnehmer.

Eine **vertikale Vergleichbarkeit**, also eine Einbeziehung auch von Arbeitnehmern, die geringerwertige Arbeiten ausführen, **hat regelmäßig nicht zu erfolgen**. Dies gilt selbst dann, wenn der betroffene Arbeit-

nehmer von sich erklärt hat, auch zu schlechteren Arbeitsbedingungen weiterarbeiten zu wollen.

In die soziale Auswahl sind Arbeitnehmer **nicht** einzubeziehen, bei denen von Gesetz wegen die ordentliche arbeitgeberseitige Kündigung ausgeschlossen ist. Dies trifft Arbeitnehmer mit **besonderem Kündigungsschutz**, etwa Schwangere oder Betriebsratsmitglieder.

2. Stufe der Sozialauswahl:

Im Rahmen der sozialen Auswahl ist unter mehreren vergleichbaren Kündigungskandidaten derjenige zu entlassen, der nach seinen Sozialdaten des geringsten sozialen Schutzes bedarf. Seit dem 1.1.2004 sind dabei folgende Sozialdaten Maßstab:

- die Dauer der Betriebszugehörigkeit,
- das Lebensalter,
- die Unterhaltspflichten und
- eine Schwerbehinderung des Arbeitnehmers.

Die Rechtsprechung hat den ersten drei Sozialkriterien bereits in der Vergangenheit eine große Bedeutung zugemessen. Neu ist dagegen die Heranziehung des Kriteriums der Schwerbehinderung. Hierbei ist nicht auf jede, sondern nur auf eine schwere Behinderung, d. h. einem Grad der Behinderung von wenigstens 50 und aufwärts, abzustellen (vgl. § 2 SGB IX).

Erfasst sind zudem schwerbehinderten Menschen gleichgestellte Arbeitnehmer.

Auch nach der Neuregelung gibt es keine gesetzlich oder richterrechtlich zwingenden Vorgaben zur Wertigkeit der vier Kriterien untereinander. Zu beachten ist allerdings, dass keines der genannten vier Kriterien bei der Sozialauswahl allein entscheidend sein darf. Vielmehr müssen alle Aspekte eine angemessene Berücksichtigung finden.

Sofern in einem Tarifvertrag oder einer Betriebsvereinbarung festgelegt ist, wie die Kriterien untereinander zu bewerten sind (Stichwort: Auswahlrichtlinien, wie etwa Punktetabellen), kann die Sozialauswahl durch das Gericht nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden.

3. Stufe der Sozialauswahl:

Mit der Novellierung des Kündigungsschutzes ist weiterhin konkretisiert worden, dass der Arbeitgeber Leistungsträger des Betriebes vollständig aus der Sozialauswahl herausnehmen kann. Als Leistungsträger im Sinne dieser Regelung werden Arbeitnehmer mit sonst im Betrieb nicht oder nicht in ausreichendem Maße vorhandenem Spezialwissen, Fähigkeiten, Praxiserfahrungen oder überdurchschnittlichen Leistungen betrachtet. Eine Nichtberücksichtigung dieser Arbeitnehmer war bislang nur möglich, sofern dessen weitere Beschäftigung für die Existenz des Betriebes praktisch unabdingbar war. In Zukunft sollen dagegen bereits »berechtigte betriebliche Interessen« ausreichen. Solche Interessen liegen insbesondere vor, wenn die Sozialauswahl der Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur dient oder der betreffende Mitarbeiter über besondere Kenntnisse, Fähigkeiten oder Leistungen verfügt.

Möchte der Arbeitgeber von dieser Regelung Gebrauch machen, muss er die Kenntnisse, Leistungen und Fähigkeiten des betreffenden Arbeitnehmers hervorheben und insbesondere für das Gericht deutlich machen,

- warum die maßgeblichen Fähigkeiten und Leistungen im Betrieb erforderlich sind,
- inwieweit sich die Leistungen des Arbeitnehmers von den Leistungen anderer Arbeitnehmer, die in die Sozialauswahl einzubeziehen sind, unterscheiden und

- dass keine Alternative zur Weiterbeschäftigung dieses Leistungsträgers besteht (als Alternative käme etwa eine in zumutbarer Zeit durchführbare Schulung oder Weiterbildungsmaßnahme von sozial schützenswerten Arbeitnehmern in Betracht).

Im Ergebnis ist diese Neuregelung zwar grundsätzlich zu begrüßen, bei weitem aber nicht ausreichend, um für den Arbeitgeber mehr Rechtssicherheit und Flexibilität zu gewährleisten. Denn es ist nicht auszuschließen, dass die Neuregelung ins Leere läuft. In einem Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 12.4.2002 ist nämlich gleichwohl das Interesse des schwächeren Arbeitnehmers gegen das betriebliche Interesse an der Herausnahme des Leistungsträgers abzuwägen. Dieses Abwägungserfordernis steht der beabsichtigten Erleichterung der Sozialauswahl und der stärkeren Herausstellung der berechtigten betrieblichen Interessen entgegen.

Fall:

Maurermeister Herr Nagel beschäftigt in seinem Betrieb acht Alt-Arbeitnehmer. Wegen Rationalisierungsmaßnahmen beabsichtigt Herr Nagel, zwei seiner vier Maurergesellen zu kündigen. Herr Anton ist 55 Jahre alt, kinderlos, ledig und seit 20 Jahren im Betrieb tätig. Herr Bär ist 42 Jahre alt, allein erziehend, hat drei unterhaltspflichtige Kinder und ist seit 15 Jahren im Betrieb. Herr Cedrik ist 26 Jahre alt, ledig, kinderlos und seit drei Jahren im Betrieb beschäftigt. Herr Drews ist 26 Jahre alt, kinderlos, unverheiratet und seit zwei Jahren bei Herrn Nagel beschäftigt. Neben einer Maurerausbildung verfügt Herr Drews zusätzlich über eine Ausbildung als Maschinenschlosser. Herr Drews wird oftmals dazu eingesetzt, die Maschinen im Betrieb zu warten, was zu immensen Kostenersparnissen geführt hat.

Als Herr Nagel Herrn Anton und Herrn Cedrik betriebsbedingt kündigt, erhebt Herr Cedrik Kündigungsschutzklage. Er ist der Ansicht, dass seine Kündigung zu Unrecht erfolgte, da er aufgrund seiner Sozialdaten schütz würdiger als Herr Drews wäre.

Lösung:

Ob die Kündigung von Herrn Cedrik zu Recht erfolgte, beurteilt sich nach den Voraussetzungen des Kündigungsschutzgesetzes, da im Betrieb von Herrn Nagel mehr als fünf Alt-Arbeitnehmer beschäftigt sind und Herr Cedrik dort mehr als sechs Monate beschäftigt ist. Die Kündigung von Herrn Cedrik ist folglich unwirksam, wenn sie nicht durch ein dringendes betriebliches Erfordernis gerechtfertigt ist und Herr Nagel bei der Auswahl des gekündigten Mitarbeiters soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat:

- ▶ dringende betriebliche Erfordernisse, die zum Wegfall des Arbeitsplatzes führen: Rationalisierungsmaßnahmen im Betrieb
- ▶ Keine anderweitige Weiterbeschäftigungsmöglichkeit: im Betrieb sind keine freien Arbeitsplätze vorhanden
- ▶ Sozialauswahl
 1. Stufe: Vergleichbare Mitarbeiter: alle Maurer, die auf der gleichen Hierarchiestufe stehen, also Herr Anton, Herr Bär, Herr Cedrik und Herr Drews
 2. Stufe: eigentliche Sozialauswahl: am sozial schützenswertesten aufgrund der Sozialdaten ist Herr Bär, ihm folgt Herr Anton, dann Herr Cedrik und schließlich als am wenigsten sozial schützenswert Herr Drews.

3. Stufe: Herausnahme von Personen, an deren Weiterbeschäftigung ein betriebliches Interesse besteht: Herr Nagel kann hier geltend machen, dass er Herrn Drews aus der Sozialauswahl gegenüber den anderen Maurern herausgenommen hat. Dazu kann Herr Nagel wegen der besonderen Kenntnisse von Herrn Drews berechtigt gewesen sein, was er im Einzelfall konkret nachzuweisen und darzulegen hat.

Folge: Die Sozialauswahl erfolgte ordnungsgemäß. Die betriebsbedingte Kündigung von Herrn Cedrik war rechtmäßig. Die Kündigungsschutzklage wird aller Voraussicht nach abgewiesen.

Im **Kündigungsschutzprozess** hat der Arbeitgeber gemäß § 1 Abs. 2 S. 4 KSchG die Tatsachen zu beweisen, die die Kündigung bedingt haben. Aus der Darlegungs- und Beweispflicht des Arbeitgebers ergibt sich, dass der Arbeitgeber die gesamten betrieblichen Umstände, insbesondere Ort, Zeitpunkt und Umfang der innerbetrieblichen technischen oder organisatorischen **Unternehmerentscheidung** (und gegebenenfalls die **außerbetrieblichen Umstände**), die ihn hierzu veranlasst haben, darlegen und beweisen muss. Dabei hat er substantiiert die **organisatorische Durchführbarkeit** der Unternehmerentscheidung und den **Ursachenzusammenhang** zwischen der betrieblichen Maßnahme und dem **Wegfall des Arbeitsplatzes** darzulegen. Hinsichtlich der **Weiterbeschäftigungsmöglichkeit** gilt eine **abgestufte Darlegungs- und Beweislast**. Hier reicht es aus, wenn der Arbeitgeber zunächst pauschal behauptet, dass eine anderweitige Beschäftigung für den Arbeitnehmer im Betrieb oder Unternehmen nicht möglich ist. Der Arbeitnehmer muss daraufhin konkretisieren, wie er sich eine Weiterbeschäftigung vorstellt. Erst dann muss der Arbeitgeber substantiiert diese Darlegung widerlegen und notfalls Beweis dafür antreten. Was die Rechtmäßigkeit der **Sozialauswahl** anbetrifft, so muss der **Arbeitnehmer** die Tatsachen beweisen, die die

Kündigung als sozial gerechtfertigt erscheinen lassen. Auf entsprechendes **Verlangen** des Arbeitnehmers hat der Arbeitgeber anschließend die **Gründe anzugeben**, die ihn zu der getroffenen sozialen Auswahl veranlasst haben.

Abfindungsanspruch bei betriebsbedingter Kündigung gemäß § 1 a KSchG

Im Fall einer betriebsbedingten Kündigung kann der Arbeitnehmer, sofern er vom Arbeitgeber die **Option** eingeräumt bekommt, nunmehr wählen, ob er gegen die Kündigung klagt oder eine gesetzliche Abfindung beanspruchen möchte. Voraussetzung dieses **Wahlrechts** ist allerdings, dass

- ▶ die Kündigung betriebsbedingt erfolgt,
- ▶ der Arbeitgeber in dem Kündigungsschreiben ausdrücklich darauf hinweist, dass die Kündigung auf dringende betriebliche Erfordernisse gestützt ist,
- ▶ die Kündigung den Hinweis des Arbeitgebers enthält, dass der Arbeitnehmer von ihm eine Abfindung nur beanspruchen kann, wenn er die Klagefrist zur Erhebung einer Kündigungsschutzklage ungenutzt verstreichen lässt **und**
- ▶ der Arbeitnehmer keine Kündigungsschutzklage (bis zum Ablauf der dreiwöchigen Klagefrist) erhebt.

Durch den Abfindungsanspruch sollen unvermeidliche Personalanpassungen durch den Arbeitgeber kalkulierbarer werden. Lässt der Arbeitnehmer die Klagefrist verstreichen, kann er von dem Arbeitgeber eine Abfindung in Höhe eines **halben Bruttomonatsverdienstes pro Beschäftigungsjahr** verlangen. Ein Beschäftigungszeitraum von mindestens einem halben Jahr ist auf ein volles Jahr aufzurunden. Maßgeblich für

die Berechnung der Abfindungssumme ist der durchschnittliche Monatsverdienst, der dem Arbeitnehmer nach seiner regelmäßigen Arbeitszeit inkl. Sachbezüge (z. B. Pkw-Überlassung) in dem Monat zusteht, in dem das Arbeitsverhältnis endet.

Festzuhalten bleibt, dass der Arbeitnehmer bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses **keinen generellen Abfindungsanspruch** hat. Dieser entsteht vielmehr erst, wenn der Arbeitgeber die Abfindung über § 1 a KSchG ausdrücklich anbietet.

7.5 Außerordentliche Kündigung

Alle Arbeitsverhältnisse können von jeder Vertragspartei aus wichtigem Grund außerordentlich gekündigt werden, vgl. § 626 BGB. Die Vorschrift des **§ 626 BGB** ist – **weder** durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Einzelvertrag – **abdingbar noch vertraglich beschränkbar**. Im Gegensatz zur ordentlichen Kündigung führt die außerordentliche Kündigung zur **sofortigen und damit fristlosen Beendigung** des Arbeitsverhältnisses. Eine Kündigungsfrist muss hier nicht eingehalten werden. Gleichwohl kann auch die außerordentliche Kündigung mit einer »sozialen Auslaufzeit« verbunden werden (befristete außerordentliche Kündigung). Im Gegensatz zur ordentlichen Kündigung ist die außerordentliche Kündigung auch bei Arbeitsverhältnissen möglich, die auf bestimmte Zeit eingegangen wurden.

7.5.1 Wirksamkeitsvoraussetzung

Eine wirksame außerordentliche Kündigung setzt voraus, dass eine **Kündigungserklärung** abgegeben wurde, ein **wichtiger Kündigungsgrund** vorliegt, der die Weiterbeschäftigung unzumutbar macht, die Kün-

digung verhältnismäßig ist und die Kündigung innerhalb der **2-wöchigen Erklärungsfrist** erfolgt

► **Erste Voraussetzung: Außerordentliche Kündigungserklärung:**

Auch die außerordentliche Kündigung muss von einer Vertragspartei der anderen **schriftlich** erklärt werden. Im Einzelnen gilt das oben zur ordentlichen Kündigung Gesagte. Die Angabe eines Kündigungsgrundes ist (abgesehen vom Sonderfall des § 22 BBiG) ebenso wie bei der ordentlichen Kündigung keine Wirksamkeitsvoraussetzung. Der Empfänger der Kündigung kann jedoch nach § 626 Abs. 2 S. 3 BGB die unverzügliche schriftliche Begründung verlangen. Die Verletzung der Begründungspflicht berührt die Wirksamkeit der Kündigung nicht, kann aber eventuell zu Schadensersatzansprüchen führen.

► **Zweite Voraussetzung: Vorliegen eines wichtigen Grundes:** Es

müssen Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann. In Betracht kommen etwa schwerwiegende Verletzungen vertraglicher Pflichten durch eine Vertragspartei, z. B. beharrliche Arbeitsverweigerung, strafbare Handlungen wie Diebstahl oder Unterschlagung. Ob ein wichtiger Grund vorliegt, ist in zwei Stufen zu prüfen:

1. Stufe:

Die Tatsachen selbst müssen **objektiv geeignet** sein, einen wichtigen Grund für die Kündigung darzustellen.

2. Stufe:

Es ist zu prüfen, ob unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles und der Abwägung der Interessen beider Vertragsparteien die **Fortsetzung** des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder zur vertraglich vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses **unzumutbar** ist.

Stets kommt es hier auf die **Umstände des Einzelfalles** an. Bei der Interessensabwägung ist darauf abzustellen, ob die Interessen des Arbeitgebers an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Interessen des Arbeitnehmers an seiner Fortsetzung überwiegen. Zu beachten ist vor allem, dass es sich bei der Kündigung aus wichtigem Grund um das **äußerste Mittel** handelt. Bei der **Interessensabwägung** sind z. B. Gesichtspunkte wie die Betriebszugehörigkeit, die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist, die Art und Schwere der Verfehlung, die Wiederholungsgefahr, die Betriebsgröße und die Folgen der Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu berücksichtigen.

Hat ein **vertragswidriges Verhalten** des Arbeitnehmers Anlass zur Kündigung gegeben, kann unter Umständen eine vorherige **Abmahnung erforderlich sein**. Etwas anderes kann gelten, wenn die Verfehlung dem Vertrauensbereich zugeordnet werden kann.

- **Dritte Voraussetzung: Ultima-Ratio-Prinzip:** Mehr noch als die ordentliche Kündigung ist die außerordentliche Kündigung als die schärfste denkbare Sanktion gegen den Arbeitnehmer zu verstehen. Aus dem **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** folgt daher, dass eine außerordentliche Kündigung **nur dann zulässig** ist, wenn **mildere Mittel** (z. B. Weiterbeschäftigung zu veränderten, wenn auch schlechteren Bedingungen, Versetzung, Abmahnung, ordentliche Kündigung) **nicht zur Verfügung stehen** oder dem Arbeitgeber **nicht zumutbar** sind.

Die außerordentliche Kündigung muss stets das **unausweichlich letzte Mittel** sein, um schädigende Folgen abzuwenden.

- **Vierte Voraussetzung: Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB:** § 626 Abs. 2 BGB bestimmt, dass die außerordentliche Kündigung nur **innerhalb von zwei Wochen** erfolgen darf, d. h. der Zugang der Kündigung beim Arbeitnehmer muss innerhalb dieser Frist liegen. Die Frist **beginnt** mit dem Zeitpunkt, in welchem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung **maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt**. Entscheidend ist hier nicht etwa nur die Kenntnis des Arbeitgebers selbst, sondern auch die Kenntnis der Person, die im konkreten Fall zu kündigen befugt ist. Erforderlich ist die **positive und sichere Kenntnis** der Tatsachen, die den wichtigen Grund ausmachen. Geht die Kündigung dem Kündigungsempfänger nicht innerhalb der 2-Wochen-Frist zu, kann sie auf diese Tatsachen nicht mehr gestützt werden. Es wird dann **unwiderlegbar vermutet**, dass ein möglicherweise vorliegender wichtiger **Grund nicht geeignet** ist, die **Kündigung** des Arbeitsverhältnisses wegen Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung **zu begründen**.

7.5.2 Umdeutung der außerordentlichen Kündigung

Ist eine außerordentliche Kündigung zu Unrecht ausgesprochen worden, kann sie in eine ordentliche Kündigung zum nächstmöglichen Termin umgedeutet werden. Das setzt allerdings voraus, dass die **ordentliche Kündigung** dem **mutmaßlichen Willen** des Arbeitgebers entsprach und dieser **Wille für den Arbeitnehmer auch zu erkennen** war. Der Arbeitgeber muss also deutlich gemacht haben, das Arbeitsverhältnis auf

jeden Fall beenden zu wollen. Am einfachsten kann dies dadurch geschehen, dass der Arbeitgeber mit der außerordentlichen Kündigung zugleich **hilfsweise** eine **ordentliche Kündigung** ausspricht.

7.6 Änderungskündigung

Eine Änderungskündigung nach § 2 KSchG liegt dann vor, wenn der Arbeitgeber das **bestehende Arbeitsverhältnis kündigt** und im Zusammenhang mit der Kündigung die **Fortsetzung** des Arbeitsverhältnisses **unter geänderten Bedingungen** anbietet. Vor dem Ausspruch einer Änderungskündigung, mit welcher der Arbeitgeber beispielsweise das Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitnehmer als solches aufrecht erhalten möchte, allerdings mit einer erhöhten wöchentlichen Arbeitszeit, hat er stets zu prüfen, ob er das mit der Änderungskündigung angestrebte Ziel der Veränderung der Arbeitsbedingungen nicht mit weniger einschneidenden Maßnahmen erreichen kann. Aus dem im Kündigungsschutzgesetz geltenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Mittel folgt, dass der Arbeitgeber das **mildeste Mittel** wählen muss, um sein Ziel zu erreichen. Kann der Arbeitgeber die geplante Änderung einvernehmlich mit dem Arbeitnehmer oder im Wege des Direktionsrechts erreichen, hat er sich dieser Gestaltungsmittel zu bedienen, weil hiervon der Bestand des Arbeitsverhältnisses nicht berührt wird.

Auch die Änderungskündigung muss die formalen Kriterien einer Kündigung erfüllen und zudem sozial gerechtfertigt sein. Bei der Überprüfung der sozialen Rechtmäßigkeit des Änderungsangebots muss der Arbeitgeber sich an einem **zweistufigen Prüfungsschema orientieren**:

1. Stufe:

Es müssen **Gründe in der Person, im Verhalten des Arbeitnehmers** oder **dringende betriebliche** Erfordernisse vorliegen, die das Änderungsangebot bedingen.

2. Stufe:

Die dem Arbeitnehmer vorgeschlagenen **Änderungen** der Arbeitsbedingungen müssen im Hinblick auf den Kündigungsgrund dem **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** entsprechen.

Wird dem Arbeitnehmer eine Änderungskündigung ausgesprochen, muss er diese nicht ohne Weiteres akzeptieren. Er kann vielmehr auf **vier verschiedene Weisen** reagieren:

► **Der Arbeitnehmer kann das Änderungsangebot annehmen:**

Nimmt der Arbeitnehmer das Änderungsangebot an bzw. nimmt er die Arbeit nach Ablauf der Kündigungsfrist ohne Weiteres auf, wird das Arbeitsverhältnis zu den geänderten Bedingungen fortgeführt. Die Kündigung ist dann gegenstandslos. Ist die Erklärung des Arbeitnehmers, das Änderungsangebot anzunehmen, dem Arbeitgeber erst einmal zugegangen, ist der Arbeitnehmer daran gebunden. Er kann sie nicht wieder einseitig widerrufen.

► **Der Arbeitnehmer lehnt das Änderungsangebot ab und erhebt keine Kündigungsschutzklage:** Die Änderungskündigung wird zur Beendigungskündigung.

► **Der Arbeitnehmer lehnt das Änderungsangebot ab und erhebt Kündigungsschutzklage:** Die Änderungskündigung wirkt wie eine Beendigungskündigung. Je nach Ausgang des Arbeitsgerichtsprozesses

wird das Arbeitsverhältnis zu den alten Arbeitsbedingungen fortgeführt oder es endet.

- **Der Arbeitnehmer nimmt das Änderungsangebot unter Vorbehalt an und erhebt Kündigungsschutzklage nach dem Kündigungsschutzgesetz:** Das Arbeitsgericht prüft in diesem Fall die soziale Rechtfertigung der Änderungskündigung (vgl. § 1 Abs. 2 und 3 KSchG). Je nach Ausgang des Prozesses wird das Arbeitsverhältnis zu den alten **oder** den neuen Bedingungen fortgesetzt. Der Arbeitnehmer arbeitet während des Verfahrens am neuen Arbeitsplatz.

Da es sich bei der Änderungskündigung um eine Kündigung handelt, muss vor Ausspruch – sofern vorhanden – der Betriebsrat gemäß § 102 BetrVG angehört werden.

Für die **Annahme** des Änderungsangebotes ist keine gesetzliche Form vorgesehen. Da die Auswirkungen der Annahme der geänderten Arbeitsbedingungen aber nicht unerheblich sind und der Arbeitgeber im Zweifel die **Annahme** durch den Arbeitnehmer **beweisen** muss, ist es jedenfalls ratsam, sich die Entscheidung des Arbeitnehmers **schriftlich bestätigen zu lassen**.

7.7 Besonderer Kündigungsschutz

Während der allgemeine Kündigungsschutz für alle Arbeitsverhältnisse gilt, werden vom besonderen Kündigungsschutz nur **besondere Personengruppen** erfasst. Personen mit besonderem Kündigungsschutz kann nur unter sehr engen Voraussetzungen gekündigt werden.

7.7.1 Mutterschutz

Gemäß § 9 MuSchG ist die Kündigung gegenüber einer Arbeitnehmerin **während der Schwangerschaft** bis zum **Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung** unzulässig. Das Verbot erfasst alle Arten von Kündigungen, also die ordentliche und die außerordentliche Kündigung genauso wie die Änderungskündigung. Es gilt selbst dann, wenn die Arbeitnehmerin während der Probezeit schwanger wird. Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn das Arbeitsverhältnis zulässigerweise befristet war. Dann endet das Arbeitsverhältnis mit Zeitablauf.

Voraussetzung des besonderen Kündigungsschutzes ist jedoch, dass

- ▶ die Arbeitnehmerin schwanger ist,
- ▶ der Arbeitgeber hiervon bei Ausspruch der Kündigung Kenntnis gehabt hat **oder**
- ▶ die Arbeitnehmerin ihn innerhalb von zwei Wochen nach Kündigungszugang informiert hat **oder**
- ▶ die Arbeitnehmerin ohne ihr Verschulden daran gehindert war, die Frist einzuhalten und die Mitteilung unverzüglich abzugeben.

Gemäß § 9 Abs. 3 MuSchG kann der Arbeitgeber auf Antrag bei der **zuständigen Aufsichtsbehörde** (in NRW ist dies der Regierungspräsident) die **Zustimmung** zur Kündigung einer schwangeren Arbeitnehmerin einholen. Die Anforderungen an die Zustimmungserteilung sind regelmäßig recht hoch. Es genügt nicht, dass der Arbeitgeber einen wichtigen Grund im Sinne von § 626 BGB vorträgt, es müssen vielmehr weitere Umstände die Kündigung rechtfertigen.

Bevor die Zustimmung der Aufsichtsbehörde zur Kündigung der Schwangeren nicht vorliegt, kann der Arbeitgeber nicht wirksam kündigen.

Vom Sonderkündigungsschutz erfasst ist nicht die Beendigung des Arbeitsverhältnisses aus **anderen Gründen**. So kann das Arbeitsverhältnis mit der Schwangeren etwa dadurch beendet werden, dass die Befristung des Arbeitsvertrages ausläuft, ein Aufhebungsvertrag geschlossen wird oder sie selbst kündigt.

7.7.2 Personen in Elternzeit

Während der Elternzeit bietet § 18 des Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetzes einem dem § 9 MuSchG vergleichbaren Kündigungsschutz. Eine Kündigung von Arbeitnehmern, die Elternzeit in Anspruch nehmen, ist in dem **gesamten Zeitraum ihrer Elternzeit** unzulässig. Der Kündigungsschutz läuft ab dem Zeitpunkt, ab dem Elternzeit verlangt worden ist, höchstens jedoch **acht Wochen** vor dem Beginn der beantragten Elternzeit. Lediglich in begründeten Ausnahmefällen kann die **Aufsichtsbehörde** nach vorheriger Zustimmung eine Kündigung für zulässig erklären.

Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses aus anderen Gründen ist, ähnlich wie beim besonderen Kündigungsschutz nach dem Mutterschutzgesetz, weiterhin möglich.

7.7.3 Schwerbehinderte Menschen

Die Kündigung eines Schwerbehinderten bedarf, soweit dieser **länger als sechs Monate** im Betrieb beschäftigt ist, gemäß §§ 85 ff. SGB IX der vorherigen **Zustimmung des Integrationsamtes**. Das gilt sowohl bei

der ordentlichen wie der außerordentlichen Arbeitgeberkündigung. Fehlt die Zustimmung zur Kündigung, ist diese unwirksam. Zustimmungsfreie Beendigungsmöglichkeiten sind die Ausnahme, wie etwa im Fall des Ablaufs eines befristeten Arbeitsverhältnisses, der Anfechtung des Arbeitsvertrages wegen arglistiger Täuschung oder Irrtum oder bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch einen Aufhebungsvertrag. Zu beachten ist hier jedoch § 92 SGB IX, wonach die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit einem schwerbehinderten Menschen auch dann der Zustimmung des Integrationsamtes bedarf, wenn sie z. B. im Falle des Eintritts einer teilweisen Erwerbsminderung ohne Kündigung erfolgt.

7.7.4 Auszubildende

Die ordentliche Kündigung von Auszubildenden durch den Arbeitgeber ist nach Ablauf der Probezeit ausgeschlossen. Das Berufsausbildungsverhältnis kann nach diesem Zeitpunkt seitens des Arbeitgebers nur aus **wichtigem Grund** gekündigt werden, vgl. § 22 Abs. 2 BBiG. Der Auszubildende hat dagegen die Möglichkeit, mit einer Frist von vier Wochen ordentlich zu kündigen, wenn er die Berufsausbildung aufgeben oder sich in einem anderen Beruf ausbilden lassen möchte.

7.7.5 Wehr- und Zivildienstleistende

Eine ordentliche Kündigung gegenüber einem Wehrdienstleistenden ist von der Zustellung des **Einberufungsbescheides** an bis zur Beendigung des Grundwehrdienstes sowie während einer Wehrübung unzulässig, § 2 Abs. 1 Arbeitsplatzschutzgesetz. Während der Dauer des Wehrdienstes besteht das Arbeitsverhältnis fort, es ruhen lediglich die Hauptleistungspflichten wie die Lohnzahlungspflicht und die Verpflichtung zur Erbringung

der Arbeitsleistung. Für Zivildienstleistende gilt dies entsprechend. Beabsichtigt der Arbeitgeber eine außerordentliche Kündigung, darf diese nicht im Zusammenhang mit der Einberufung stehen. Etwas anderes bestimmt das Arbeitsplatzschutzgesetz für Kleinbetriebe (fünf oder weniger Arbeitnehmer). Hier kann die Einberufung einen wichtigen Kündigungsgrund darstellen.

7.7.6 Betriebsratsmitglieder und sonstige Amtsträger

Die ordentliche Kündigung eines Mitglieds des Betriebsrates, der Jugend- und Auszubildendenvertretung ist gemäß § 15 Abs. 1 und 3 KSchG während der **Amtszeit** unzulässig, es sei denn, der Betrieb wird stillgelegt. Dieser Kündigungsschutz endet erst ein Jahr nach Beendigung der Amtszeit. Er gilt auch für Ersatzmitglieder, unabhängig davon, ob sie endgültig in den Betriebsrat nachrücken oder nur zeitweilig als Stellvertreter für ein vorübergehend verhindertes Betriebsratsmitglied eingesprungen sind. Möglich bleibt allerdings die Kündigung aus **wichtigem Grund**. Diese bedarf allerdings nach § 103 BetrVG der **Zustimmung des Betriebsrates**, die im Fall der Verweigerung auf Veranlassung des Arbeitgebers durch eine arbeitsgerichtliche Entscheidung ersetzt werden kann.

Auch diejenigen Arbeitnehmer, die zwecks Wahl eines Betriebsrates die Arbeitnehmer des Betriebes zur Betriebsversammlung einladen oder die Bestellung des Wahlvorstandes beantragen, sind vor einer ordentlichen Kündigung geschützt, § 15 Abs. 3 a KSchG. Der Schutz reicht vom **Zeitpunkt der Einladung** oder des **Antrags bis zur Bekanntgabe der Wahlergebnisse zur Wahl des Betriebsrates**. Der Kündigungsschutz ist jedoch auf die ersten drei in der Einladung genannten Arbeitnehmer beschränkt.

Der Wahlvorstand und die nicht in die Arbeitnehmergremien gewählten Wahlbewerber genießen zwar keinen besonderen Kündigungsschutz, wohl aber einen sog. **nachwirkenden Kündigungsschutz** nach § 15 Abs. 3 S. 2 BetrVG. Das bedeutet, dass diesem Personenkreis innerhalb von sechs Monaten nach der Bekanntgabe des Wahlergebnisses nicht ordentlich gekündigt werden kann. Ihre außerordentliche Kündigung bedarf allerdings nicht der Zustimmung durch den Betriebsrat.

7.8 Reaktionsmöglichkeiten eines gekündigten Arbeitnehmers

7.8.1 Erhebung der Kündigungsschutzklage

Bestreitet der Arbeitnehmer die Wirksamkeit einer Kündigung oder deren soziale Rechtmäßigkeit, kann er innerhalb einer **dreiwöchigen Frist** Kündigungsschutzklage vor dem Arbeitsgericht erheben. Versäumt der Arbeitnehmer die 3-Wochen-Frist, ohne dafür einen triftigen Grund zu haben, wird die Kündigung als wirksam betrachtet, unabhängig davon, ob sie ursprünglich rechtmäßig war oder nicht.

Unabhängig davon bleibt die Möglichkeit der sog. **nachträglichen Klagezulassung** bestehen. So kann der Arbeitnehmer beantragen, eine Klage nachträglich beim Gericht zuzulassen, wenn er trotz Anwendung aller ihm nach Lage der Umstände zumutbaren Sorgfalt verhindert war, diese innerhalb der 3-Wochen-Frist zu erheben.

Hinzuweisen ist schließlich darauf, dass die 3-Wochen-Frist in jedem Fall erst mit Zugang der **schriftlichen** Kündigung beginnt. Mündliche Kündigungen sind von vornherein unwirksam und lösen daher auch keine Klagefrist aus. Das Schriftformerfordernis der Kündigung behält damit seine

hohe Wertigkeit, die ihm seit der gesetzlichen Festschreibung in § 623 BGB zuteil wird und in der betrieblichen Praxis zu einem Mehr an Rechtssicherheit beigetragen hat.

7.8.2 Abfindungszahlungen

Der gekündigte Arbeitnehmer hat **keinen Anspruch** auf eine Abfindung bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Etwas anderes kann sich lediglich im Fall der betriebsbedingten Kündigung ergeben, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer gemäß § 1 a KSchG ein Wahlrecht zwischen der Erhebung einer Kündigungsschutzklage oder der Auszahlung einer Abfindung einräumt. Die Einräumung des Wahlrechts ist allerdings nur im Rahmen der engen gesetzlichen Vorgaben des § 1 a KSchG möglich.

Abfindungszahlungen, die der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber freiwillig oder im Rahmen von Kündigungsschutzprozessen erhält, unterliegen der **Steuerpflicht**. Auf der Grundlage des Gesetzes zum Einstieg in ein steuerliches Sofortprogramm ist der **Steuerfreibetrag** bei Abfindungen (§ 3 Nr. 9 Einkommenssteuergesetz (EStG)) mit Wirkung zum 1.1.2006 **gestrichen** worden.

Von der Neuregelung unangetastet bleibt die Geltung der §§ 24, 34 EStG, wobei anzumerken ist, dass sich die dort geregelten Privilegien lediglich bei niedrigen Einnahmen im Jahr des Zuflusses der Abfindung auswirken.

Im Übrigen lässt der vollständige Wegfall des Steuerfreibetrags auch die **sozialversicherungsrechtliche Behandlung** der Abfindung unberührt. Reine Abfindungszahlungen, die wegen der Aufgabe des sozialen Besitzstandes mit Beendigung des sozialversicherungspflichtigen Beschäfti-

ungsverhältnisses gewährt werden, sind insoweit nicht als sozialversicherungspflichtiges Arbeitsentgelt im Sinne von § 14 SGB IV anzusehen. Sie unterliegen damit weiterhin nur der Einkommenssteuerpflicht.

7.9 Weiterbeschäftigungsanspruch

Die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers während eines laufenden Kündigungsschutzverfahrens kann für den Arbeitgeber interessant sein, wenn er dadurch sein Risiko des Annahmeverzugs minimieren und damit verhindern kann, dem Arbeitnehmer die weitere Vergütung zahlen zu müssen, ohne dafür eine Arbeitsleistung zu erhalten. Zugleich kann die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers für den Arbeitgeber auch zu erheblichen Nachteilen, etwa wegen weiterer Vertragsverletzungen, führen.

Gegen den Willen des Arbeitgebers kann der Arbeitnehmer bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens nur dann eine Weiterbeschäftigung beanspruchen, wenn dies gesetzlich oder vertraglich festgelegt ist.

7.9.1 Gesetzlicher Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 Abs. 5 BetrVG

Sofern der Arbeitnehmer dies verlangt, muss der Arbeitgeber ihn nach § 102 Abs. 5 BetrVG unter bestimmten Voraussetzungen nach Ablauf der Kündigungsfrist bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsrechtsstreits zu unveränderten Arbeitsbedingungen weiterbeschäftigen. Der Weiterbeschäftigungsanspruch besteht, wenn folgende fünf Bedingungen gegeben sind:

► der Arbeitgeber hat eine **ordentliche Kündigung** ausgesprochen,

- ▶ der **Betriebsrat** hat der Kündigung ordnungsgemäß, d. h. form- und fristgerecht sowie mit einer Begründung, **widersprochen**,
- ▶ das **Kündigungsschutzgesetz** ist auf das Arbeitsverhältnis anwendbar,
- ▶ der Arbeitnehmer hat **rechtzeitig Kündigungsschutzklage erheben** und
- ▶ der Arbeitnehmer hat von seinem Arbeitgeber die **Weiterbeschäftigung verlangt**.

Von der Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers kann der Arbeitgeber sich nur durch eine einstweilige Verfügung (d. h. eine Art »Eil-Antrag«) durch das Arbeitsgericht lösen. Dieser Antrag kann aber regelmäßig nur dann Erfolg haben, wenn der Arbeitgeber glaubhaft machen kann, dass:

- ▶ die Klage des Arbeitnehmers **keine hinreichende Aussicht auf Erfolg** bietet oder mutwillig erscheint oder
- ▶ die **Weiterbeschäftigung** des gekündigten Arbeitnehmers zu unzumutbaren wirtschaftlichen Belastungen des Arbeitgebers führen würde oder
- ▶ der Widerspruch des Betriebsrates **offensichtlich unbegründet** ist.

7.9.2 Allgemeiner Weiterbeschäftigungsanspruch

Der gekündigte Arbeitnehmer hat auch dann einen Anspruch auf eine Weiterbeschäftigung zu unveränderten Arbeitsbedingungen, wenn der Arbeitgeber eine **offensichtlich unwirksame Kündigung** ausgesprochen

hat. Der Weiterbeschäftigungsanspruch besteht aber nur, wenn die folgenden **vier Voraussetzungen** erfüllt sind:

- ▶ der Arbeitgeber hat eine **Kündigung** ausgesprochen,
- ▶ der Arbeitnehmer hat gegen die Kündigung **Klage** erhoben,
- ▶ der Arbeitnehmer hat von dem Arbeitgeber die **Weiterbeschäftigung verlangt** und
- ▶ die Kündigung ist **offensichtlich unwirksam**.

Von einer »offensichtlich unwirksamen Kündigung« ist begrifflich dann zu sprechen, wenn sich diese Schlussfolgerung jedem Kündigenden geradezu **auf den ersten Blick aufdrängen** muss. Das ist beispielsweise der Fall, wenn der Arbeitgeber einer Schwangeren ohne Zustimmung der Aufsichtsbehörde gekündigt hat oder einem Mitarbeiter während der Elternzeit kündigt. In diesen Fällen überwiegt regelmäßig das Interesse des Arbeitnehmers an einer Weiterbeschäftigung gegenüber dem des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung des Arbeitnehmers. Bei ernsthaften Zweifeln an der Wirksamkeit der Kündigung sollte das Interesse des Arbeitgebers nicht dahin gehen, den Schwerpunkt der Auseinandersetzung auf die Frage der Weiterbeschäftigung zu legen. Vielmehr sollte es darum gehen, das Kündigungshindernis zu beseitigen und die Kündigung erneut – nun aber ordnungsgemäß – auszusprechen.

7.10 Aufhebungsvertrag

7.10.1 Zulässigkeit des Aufhebungsvertrages

Die Arbeitsvertragsparteien können das Arbeitsverhältnis jederzeit einvernehmlich durch einen Vertrag aufheben und beenden. Der Aufhe-

bungsvertrag beendet das Arbeitsverhältnis zum vereinbarten Zeitpunkt, ohne dass es einer Kündigung bedarf. Er stellt keine unzulässige Umgehung des Kündigungsschutzgesetzes dar. Denn dem Arbeitnehmer steht es ebenso frei, eine arbeitgeberseitige Kündigung entgegenzunehmen.

Im Übrigen ist der Aufhebungsvertrag auch zulässig mit Personen, die dem besonderen Kündigungsschutz unterliegen, wie beispielsweise schwangere Mitarbeiterinnen oder Schwerbehinderte.

Es ist aber zu beachten, dass der Aufhebungsvertrag dazu führen kann, dass der Anspruch auf Arbeitslosengeld zumindest vorübergehend verloren gehen kann.

7.10.2 Form des Aufhebungsvertrages

Ein Aufhebungsvertrag bedarf gemäß § 623 BGB der **Schriftform**. Das Schriftformerfordernis verlangt, dass im Original eine eigenhändige Namensunterschrift auf der Urkunde erfolgt. Die Unterzeichnung der beiden Parteien muss auf derselben Vertragsurkunde vorgenommen werden. Faksimile oder Telefax genügen dem gesetzlichen Schriftformerfordernis nicht. Wird die Schriftform nicht eingehalten, ist der Aufhebungsvertrag nichtig und das Arbeitsverhältnis besteht fort.

7.10.3 Beteiligung Dritter

Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages bedarf nicht der vorherigen Anhörung des – eventuell bestehenden – Betriebsrates nach § 102 Abs. 1 BetrVG.

7.10.4 Fürsorgepflichten

Dem Arbeitgeber obliegen beim Abschluss des Aufhebungsvertrages **keine besonderen Fürsorgepflichten**. Unsicher ist im Einzelfall, in welchem Maß der Arbeitgeber den Arbeitnehmer über die Konsequenzen des Aufhebungsvertrages – insbesondere das Arbeitslosenversicherungsrecht, das Steuerrecht und etwaige Versorgungsregelungen – aufzuklären hat.

Da der Abschluss des Aufhebungsvertrages auf Seiten des Arbeitnehmers zu **Problemen beim Bezug von Arbeitslosengeld** führen (Sperrzeit oder Ruhen des Anspruchs auf Arbeitslosengeld) kann, stellt sich die Frage, ob der Arbeitgeber darauf hinweisen muss. Nach Ansicht der Richter des Bundesarbeitsgerichtes hat der Arbeitgeber dann seine Hinweispflicht erfüllt, wenn er den Arbeitnehmer darauf hinweist, dass er gegebenenfalls mit der Verhängung von Sperrzeiten zu rechnen habe und ihn auffordert, sich hierüber selbst beim Arbeitsamt zu informieren. Aus Beweisgründen sollte sich der Arbeitgeber in einem besonderen Schreiben oder im Aufhebungsvertrag bestätigen lassen, dass eine entsprechende Belehrung erfolgt ist. Unabhängig davon obliegt es regelmäßig dem Arbeitnehmer selbst, sich über die rechtlichen Konsequenzen des Aufhebungsvertrages Informationen zu verschaffen (z. B. hinsichtlich des möglichen Verlustes von Versorgungsanwartschaften).

7.11 Maßnahmen des Arbeitgebers bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Anlässlich der Beendigung des Arbeitsverhältnisses treffen den Arbeitgeber einige Obliegenheiten. Hierbei ist insbesondere auf Folgendes hinzuweisen:

7.11.1 Verweis auf Arbeitssuchendmeldung

Der Arbeitgeber soll den gekündigten Arbeitnehmer gemäß § 2 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 SGB III frühzeitig vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses

- ▶ über die **Notwendigkeit eigener Aktivitäten** bei der Suche nach einer Neubeschäftigung hinweisen,
- ▶ ihn über seine Verpflichtung zur **unverzüglichen Meldung beim Arbeitsamt** gemäß § 37 b SGB III informieren und ihn hierzu freistellen sowie
- ▶ ihm die Teilnahme an erforderlichen **Qualifizierungsmaßnahmen** ermöglichen.

Diese Hinweisobliegenheit bezieht sich auf **jede Art der Vertragsbeendigung**, sei es beispielsweise die Kündigung oder der Aufhebungsvertrag. Es empfiehlt sich **routinemäßig** den Arbeitnehmer auf die Meldepflicht hinzuweisen. Aus beweisrechtlichen Gründen sollte ein solcher Hinweis im Arbeitsvertrag bzw. als Zusatz zum Arbeitsvertrag – spätestens aber im Kündigungsschreiben selbst – erfolgen.

Der Hintergrund der neuen Hinweisobliegenheit des Arbeitgebers ist die seit dem 1.7.2003 bestehende Verpflichtung der Arbeitnehmer, sich **unverzüglich** nach Kenntnis von dem Beendigungszeitpunkt des Arbeitsverhältnisses **persönlich** beim Arbeitsamt **arbeitssuchend** zu melden. Mit dem 5. Gesetz zur Änderung des SGB III und anderer Gesetze zum 1.1.2006 schreibt § 37 b SGB III vor, dass Personen, deren Arbeits- oder Ausbildungsverhältnis endet, verpflichtet sind, sich **spätestens drei Monate vor dessen Beendigung** persönlich bei der Agentur für Arbeit arbeitssuchend zu melden. Liegen zwischen der **Kenntnis** des Beendi-

gungszeitpunktes und der Beendigung des Arbeits- oder Ausbildungsverhältnisses **weniger als drei Monate, hat die Meldung innerhalb von drei Tagen nach Kenntnis des Beendigungszeitpunktes zu erfolgen.** Die Pflicht zur Meldung besteht dabei unabhängig davon, ob der Fortbestand des Arbeits- oder Ausbildungsverhältnisses gerichtlich geltend gemacht oder vom Arbeitgeber in Aussicht gestellt wird. Damit entfällt die bis 31.12.2005 gemachte Unterscheidung zwischen befristeten und unbefristeten Arbeitsverhältnissen. **Unerheblich** ist auch, **welche Kündigungsfrist** für den einzelnen Arbeitnehmer zur Anwendung kommt. Soweit die dreitägige Meldefrist greift, wird man auf **Kalendertage** abstellen müssen. Verletzt der Arbeitgeber die Meldepflicht nach § 37 b SGB III, löst dies eine Sperrzeit beim Arbeitslosengeld von einer Woche aus.

Arbeitgeber, die einen Arbeitnehmer im Rahmen der Kündigung, beziehungsweise eines Aufhebungsvertrages auf die Fassung der Meldepflicht aufmerksam machen möchten, empfiehlt sich folgender Passus:

Formulierungsbeispiel:

»Zur Vermeidung von möglichen Nachteilen beim Arbeitslosengeld ist Herr A verpflichtet, sich spätestens drei Monate vor dem Ende des Vertragsverhältnisses persönlich bei der Agentur für Arbeit arbeitssuchend zu melden. Hat Herr A erst innerhalb von drei Monaten vor Ende des Vertragsverhältnisses von dessen Beendigung erfahren, hat diese Meldung innerhalb von drei Tagen nach Kenntnis des Beendigungszeitpunktes zu erfolgen.«

7.11.2 Erteilung eines Arbeitszeugnisses

Der Arbeitgeber muss gemäß § 630 BGB bzw. § 109 GewO dem Arbeitnehmer grundsätzlich nur dann ein Arbeitszeugnis ausstellen, wenn die-

ser es ausdrücklich **verlangt**. Nur bei der Beendigung eines Berufsausbildungsverhältnisses ist der Arbeitgeber auch ohne ausdrückliches Verlangen zur Zeugniserstellung verpflichtet, vgl. § 16 BBiG. Dem Inhalt nach ist zwischen einem einfachen und einem qualifizierten Arbeitszeugnis zu unterscheiden. Das **einfache Zeugnis** äußert sich nur zur Art und Dauer der Beschäftigung. Das **qualifizierte Zeugnis**, das der Arbeitgeber auf besonderes Verlangen des Arbeitnehmers zu erstellen hat, gibt zudem Auskunft über Führung und Leistung des Arbeitnehmers.

Das Zeugnis ist maschinenschriftlich und frei von Rechtschreibfehlern auf dem Firmenbriefpapier des Arbeitgebers zu fertigen. Es muss zudem **den Ort und das Ausstellungsdatum** erkennen lassen und vom Arbeitgeber oder einem berechtigten Vertreter (z. B. Personalleiter) **eigenhändig unterschrieben** sein. Zudem hat die Urkunde **Angaben über die Person** des Arbeitnehmers (Vorname, Nachname), die **Dauer des Beschäftigungsverhältnisses** sowie eine vollständige und genaue **Beschreibung der Tätigkeiten**, die der Arbeitnehmer ausgeübt hat, zu enthalten. Der Grund und die Umstände der Beendigung des Arbeitsverhältnisses sowie Informationen darüber, wer die Kündigung ausgesprochen hat, sind nur auf Wunsch des Arbeitnehmers im Zeugnis zu erwähnen. Bei einem qualifizierten Zeugnis ist zudem darauf zu achten, dass Ausführungen zu **Leistung** (z. B. Arbeitserfolg, Arbeitsmotivation, Arbeitsqualität) und **Führung** (z. B. Verhalten gegenüber Vorgesetzten, Kollegen und Kunden) gemacht werden. Eine Beschränkung allein auf die Leistung oder die Führung wäre unzulässig. Unzulässig sind zudem **»geheime Zeichen«**, wie etwa Unterstreichungen, Ausrufezeichen oder zweideutige Formulierungen, da sie den Arbeitnehmer in seiner Bewertung herabsetzen. Denn das Zeugnis soll dem beruflichen Fortkommen des Arbeitnehmers dienen. Es soll **wahr, aber auch wohlwollend** ausgestellt werden. Daher muss es alle wesentlichen Tatsachen und Bewertungen enthalten,

die für die Gesamtbeurteilung des Arbeitnehmers von Bedeutung und für einen Dritten von Interesse sind. Nicht aufzunehmen sind einmalige Vorfälle und Umstände, die für den Arbeitnehmer, seine Führung und Leistung nicht charakteristisch sind.

Der Arbeitnehmer muss das Arbeitszeugnis beim Arbeitgeber **abholen**. Eine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Übersendung des Dokuments besteht nicht. Etwas anderes gilt nur, wenn dem Arbeitnehmer das Arbeitszeugnis nicht an seinem letzten Arbeitstag im Betrieb ausgehändigt worden oder es ihm aufgrund großer räumlicher Entfernung oder Krankheit nicht möglich ist, das Dokument selber abzuholen.

Entspricht das Zeugnis nicht diesen Anforderungen oder beinhaltet es unwahre Tatsachen, kann der Arbeitnehmer verlangen, dass der Arbeitgeber das Zeugnis **berichtigt**. Weigert sich der Arbeitgeber, kann der Arbeitnehmer den Anspruch gerichtlich geltend machen.

7.11.3 Herausgabe der Arbeitspapiere

Sowie das Arbeitsverhältnis beendet ist, hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Arbeitspapiere herauszugeben. Dazu gehören insbesondere folgende Unterlagen:

- ▶ Arbeitszeugnis,
- ▶ Arbeitsbescheinigung nach § 312 SGB III zur Vorlage bei der Agentur für Arbeit,
- ▶ Lohnsteuerkarte,
- ▶ Bescheinigung über den im laufenden Kalenderjahr bereits gewährten Urlaub,

- ▶ Bescheinigung über die Meldungen an den Sozialversicherungsträger,
- ▶ Sozialversicherungsausweis (sofern dieser sich ausnahmsweise noch im Besitz des Arbeitgebers befinden sollte) sowie sonstige dem Arbeitgeber übergebene Papiere, z. B. Arbeitserlaubnis, Gesundheitspass.

Die Arbeitspapiere sind am letzten Arbeitstag für den Arbeitnehmer beizubehalten – auch wenn der Arbeitnehmer einen Kündigungsschutzprozess anstrengt. Der Arbeitnehmer muss die Papiere im Betrieb abholen. Eine Pflicht des Betriebsinhabers, die Papiere zu übersenden, besteht also nicht. Abweichendes gilt nur, wenn eine andere Vereinbarung getroffen wurde oder es dem Arbeitnehmer nicht zugemutet werden kann, die Papiere abzuholen, etwa dann, wenn sein Wohnort weit entfernt liegt. Die Herausgabe der Arbeitspapiere darf nicht verweigert oder vereitelt werden, denn eine verspätete Herausgabe kann einen Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers rechtfertigen.

Anmerkung: Dieses Skript soll nur erste Hinweise geben und erhebt daher keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Es ersetzt keine Rechtsberatung. Obwohl es mit größtmöglicher Sorgfalt erstellt wurde, kann eine Haftung für die inhaltliche Richtigkeit nicht übernommen werden.

Bei weiteren Fragen wenden Sie sich bitte an:
Unternehmerverband Handwerk NRW e.V. (LFH)
Georg-Schulhoff-Platz 1, 40221 Düsseldorf

