

Arbeitsrecht

Holbeck / Schwindl

15., neu bearbeitete Auflage 2023
ISBN 978-3-8006-7050-5
Vahlen

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

2. Wichtiger Grund, § 626 I BGB

- a) Rechtfertigt der vorgetragene Sachverhalt grundsätzlich eine außerordentliche Kündigung?
- b) Einzelfallbetrachtung/Interessenabwägung (Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist)

VI. Umdeutung in ordentliche Kündigung, § 140 BGB

VII. Auflösungs- und Abfindungsantrag, § 13 I 3, II KSchG

Eine außerordentliche Kündigung ist nach dem Wortlaut des § 626 I BGB nur wirksam, wenn dem AG die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist nicht mehr zugemutet werden kann. Bei der außerordentlichen Kündigung geht es also nicht um die Frage »Kündigung ja oder nein« sondern um die Frage »Beendigung sofort oder später«. Abgesehen vom wichtigen Grund nach § 626 BGB ist die Prüfung einer außerordentlichen Kündigung weitgehend identisch mit der einer ordentlichen Kündigung. Aber auch die Beurteilung des wichtigen Grundes ist rechtssystematisch der Prüfung der sozialen Rechtfertigung einer Kündigung sehr ähnlich. Nach § 13 I 2 KSchG kann die Rechtswirksamkeit der außerordentlichen Kündigung aber nur geprüft werden, wenn die Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG gewahrt wurde. 199

1. Kündigungserklärungsfrist

Fall 1: Die 22-jährige A ist seit zwei Jahren bei der X-GmbH als Sekretärin beschäftigt. X betreibt ein großes Kaufhaus. Am 29.6. konnte A nicht widerstehen und beim Heimgehen eine Dose Krabben im Wert von 2,60 EUR aus der Lebensmittelabteilung mitgehen. Sie wurde dabei vom Hausdetektiv gestellt, der den Vorfall am 5.7. dem Geschäftsführer der X meldet. Am 16.7. erhielt A eine fristlose Kündigung. 200

Fall 2: E wird am 4.6. wegen Überziehung seines Urlaubs fristlos gekündigt. In der Güteverhandlung am 2.7. gibt der Vorsitzende zu erkennen, dass er die Kündigung für unwirksam hält. Daraufhin erklärt der AG, er habe am 5.6. auch davon erfahren, dass E während seines Urlaubs einer unerlaubten Nebentätigkeit nachgegangen sei. Er stütze seine Kündigung auch auf diesen Sachverhalt. Ist dieser weitere Kündigungsgrund vom Arbeitsgericht noch sachlich zu überprüfen?

Die außerordentliche Kündigung ist unwirksam, wenn sie nicht innerhalb von *zwei Wochen seit Kenntnis des Kündigungssachverhalts* erfolgt ist, § 626 II BGB; genau gesagt muss die Kündigung innerhalb dieses Zeitraums *zugehen*.²⁰⁵ Es kommt dabei auf die positive Kenntnis des Kündigungsberechtigten, nicht auf das Kennenmüssen an; selbst grobe Fahrlässigkeit schadet nicht.²⁰⁶ Im Normalfall ist der Beginn der Zwei-Wochen-Frist unschwer festzustellen. Nur in einigen Fallgruppen ist dieser problematisch.²⁰⁷ Bei einem *Dauerverhalten* (zB unerlaubtes Fehlen) beginnt die Frist nicht vor der Beendigung dieses Verhaltens zu laufen.²⁰⁸ Bei der Kündigung wegen der Begehung einer *Straftat* kann der AG ein etwaiges Strafverfahren abwarten und dann innerhalb von zwei Wochen ab Kenntniserlangung von der Tatsache der Verurteilung oder der Rechtskraft des Urteils kündigen.²⁰⁹ Grundsätzlich beginnt die Frist erst dann, wenn der AG eine möglichst vollständige Kenntnis der Kündigungstatsachen hat. Dazu gehören sowohl die für die Kündigung als auch die gegen die Kündigung sprechenden Umstände sowie die Beschaffung möglicher Beweismittel für die Pflichtverletzung.²¹⁰ Der zeitliche Rahmen des § 626 II BGB soll den Kündigungsberechtig-

²⁰⁵ Zur Problematik des Zugangs → Rn. 26 ff.

²⁰⁶ BAG NZA 2007, 744.

²⁰⁷ S. detaillierte Kommentierung bei Grüneberg/Weidenkaff BGB § 626 Rn. 21 ff.

²⁰⁸ BAG DB 1998, 1290. S. dazu auch Grüneberg/Weidenkaff BGB § 626 Rn. 27.

²⁰⁹ BAG DB 2000, 725; NZA 2006, 101.

²¹⁰ BAG NZA 2006, 101.

ten weder zu hektischer Eile bei der Kündigung antreiben noch ihn veranlassen, ohne eine genügende Prüfung des Sachverhalts oder vorhandener Beweismittel voreilig zu kündigen. Solange der Kündigungsberechtigte die zur Aufklärung nach pflichtgemäßem Ermessen notwendig erscheinenden Maßnahmen durchführt, läuft die Ausschlussfrist nicht an.²¹¹ Zu den Aufklärungsmaßnahmen gehört auch eine tatsächlich durchgeführte Anhörung des AN, für die eine Regelfrist von einer Woche gilt.

- 202 Im **Fall 1** war die Zwei-Wochen-Frist ab Kenntnis des *Kündigungsberechtigten* von den Kündigungstatsachen noch nicht abgelaufen. Ob der Detektiv evtl. den Vorfall pflichtwidrig verspätet gemeldet hat, bleibt unerheblich, da es nur auf die positive Kenntnis des Kündigungsberechtigten ankommt. Bei einer GbR beginnt die Frist des § 626 II BGB bereits dann zu laufen, wenn auch nur einer der Gesellschafter den Kündigungssachverhalt kennt.
- 203 Die Anhörung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG verlängert die Frist nicht. Ein eventuelles *Zustimmungserfordernis*, zB zur Kündigung eines Schwerbehinderten, kann zum Fristablauf führen. Jedoch regelt § 174 V SGB IX, dass die Kündigung auch nach Ablauf der Frist des § 626 II BGB erfolgen kann, wenn sie *unverzüglich* nach Erteilung der Zustimmung des Integrationsamtes erfolgt. Für die Zustimmungserfordernisse nach § 17 II MuSchG und § 103 II BetrVG wird § 174 V SGB IX analog angewendet.
- 204 Wird ein wichtiger Grund *nachgeschoben*, so ist dieser nicht mehr als Kündigungsgrund verwertbar, wenn er dem AG länger als zwei Wochen vor Zugang der Kündigung bekannt war. Wurde er wie im **Fall 2** dem AG erst *nach* Zugang der Kündigung bekannt, dann spielt es keine Rolle, zu welchem Zeitpunkt der AG ihn in den Prozess eingeführt hat. Die Kündigungserklärungsfrist des § 626 II BGB ist auf diesen Fall nicht anwendbar.²¹²

2. Wichtiger Grund

205 **Fall 3** war seit April 2009 bei der Verkauferei im Kasseler Zoo beschäftigt. Am 12.1.2023 wurden in ihrer Filiale zwei Legebons im Wert von 4 und 2 Cent aufgefunden. Der Filialleiter übergab E die Bons zur Aufbewahrung im Kassendbüro, falls sich ein Kunde noch melden sollte. E reichte die beiden Bons bei einem privaten Einkauf zehn Tage später bei der kassierenden Kollegin ein. A kündigte das Arbeitsverhältnis deswegen fristlos. E verteidigte sich im Prozess damit, dass sie sich in ihrer über 20-jährigen Betriebszugehörigkeit noch nie etwas habe zuschulden kommen lassen. Daher sei der Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung nicht gerechtfertigt.

- 206 Der wichtige Grund ist im verhaltens-, personen- oder betriebsbedingten Bereich zu finden, wobei personen- oder betriebsbedingte außerordentliche Kündigungen naturgemäß selten vorkommen. Daher soll auch hier die Betrachtung der außerordentlichen Kündigung aus Gründen im Verhalten des AN im Vordergrund stehen. Der wichtige Grund muss im Zeitpunkt des *Zugangs* der Kündigung vorliegen. Dabei ist zunächst festzustellen, ob der AN seine vertraglichen *Haupt- oder Nebenpflichten erheblich verletzt* hat. Die Prüfung des Kündigungsgrundes bei der außerordentlichen Kündigung unterscheidet sich hierbei nicht von dem der ordentlichen Kündigung.
- 207 Sodann ist auch die außerordentliche Kündigung vom *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* geprägt; sie muss das mildest mögliche Mittel sein. Die Kündigung ist nur dann möglich, wenn es keinen angemessenen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, weil dem AG sämtliche milderen Reaktionsmöglichkeiten unzumutbar sind. Als mildere Reaktionen sind insbesondere Abmahnung und ordentliche Kündigung anzusehen.
- 208 Bei der *Interessenabwägung* werden die Besonderheiten des Einzelfalls und die Sozialdaten des AN gewürdigt. Zu den Umständen, die bei der Einzelfallbetrachtung berücksichtigt

211 BAG NZA 2015, 621; 2018, 1405.

212 BAG DB 1997, 2080. Zum Nachschieben von Gründen bei einer Anhörungspflicht des Betriebsrats → Rn. 56.

213 Fall nach BAG NZA 2010, 1227 – Emmely-Entscheidung.

werden, gehören unter anderem Schwere des Verschuldens, Größe des Schadens, Störung des Betriebsablaufs, Schäden für andere AN, Beeinträchtigung des Ansehens des AG in der Öffentlichkeit, bisheriges Verhalten des AN, Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf. Ein entscheidender Gesichtspunkt ist hierbei die Tatsache, dass eine außerordentliche Kündigung nicht schon dann wirksam ist, wenn eine Trennung vom AN notwendig erscheint, sondern nur, wenn eine *sofortige* Trennung geboten ist, es dem AG also nicht zugemutet werden kann, den Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist abzuwarten.

Im Fall ergibt die Prüfung des Kündigungsvorwurfs folgendes Bild: Der Diebstahl stellt eine *Pflichtverletzung* (vorsätzliche Schädigung des AG-Eigentums) dar, die zu einer schweren Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses führt. Die Tatsache, dass nur ein relativ geringfügiger Schaden entstanden ist, ist nicht beim Kündigungsgrund an sich, sondern erst bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen.²¹⁴ Die Kündigung ist aber nicht verhältnismäßig. Es ist zu berücksichtigen, dass beim AG nur ein geringer Schaden entstanden. Vor allem ist jedoch zu berücksichtigen, dass sich E in über 20-jähriger Betriebszugehörigkeit ein Vertrauenskapital erarbeitet hat, sodass eine außerordentliche Kündigung nicht als das mildest mögliche Mittel angesehen werden kann. Eine *Abmahnung* wäre eine ausreichende Reaktion des AG gewesen.

Außerordentliche Kündigungen werden häufig auf den Tatbestand der *privaten Nutzung des Internets* gestützt. Dies kann aus verschiedenen Gründen eine Arbeitspflichtverletzung darstellen,²¹⁵ insbesondere

- durch eine Nutzung entgegen einem ausdrücklichen Verbot des AG
- durch das Nichterbringen der arbeitsvertraglich geschuldeten Arbeitsleistung während des Surfens im Internet zu privaten Zwecken während der Arbeitszeit
- durch das Herunterladen erheblicher Datenmengen aus dem Internet auf betriebliche Datensysteme (unbegleiteter Download) insbesondere wenn damit die Gefahr möglicher Vireneinführungen verbunden ist
- durch die mit der privaten Nutzung entstehenden zusätzlichen Kosten
- wegen einer Rufschädigung des AG, weil strafbare oder pornografische Darstellungen heruntergeladen werden.

In der Regel verletzt der AN bei der Nutzung des Internets (auch ohne ausdrückliches Verbot durch den AG) seine arbeitsvertragliche Hauptpflicht. Ob eine Kündigung im Ergebnis wirksam ist, muss jedoch immer aufgrund einer Gesamtabwägung der Umstände des Einzelfalls festgestellt werden. Dabei ist entscheidend, in welchem genauen zeitlichen Umfang der AN durch das Surfen im Internet seine Arbeitsleistung nicht erbracht hat, welche Kosten dem AG dadurch entstanden sind und ob eventuell durch das Aufrufen von pornographischen oder strafbaren Seiten dem AG ein Imageverlust entstanden ist.

Die *Beweislast* für das Vorliegen des wichtigen Grundes ebenso wie für die Einhaltung der Frist des § 626 II BGB trägt der AG. Wenn der Zeitpunkt der Kenntnis der Kündigungstatsachen streitig ist, muss der AG beweisen, dass er nicht länger als zwei Wochen vor der Kündigung Kenntnis davon erlangt hat.²¹⁶

Bei Ausspruch der Kündigung muss diese *nicht begründet* werden. § 626 II 3 BGB fordert nur eine nachträgliche Mitteilung der Kündigungsgründe.

Im Arbeitsvertrag kann nicht vereinbart werden, dass bestimmte Vorfälle die außerordentliche Kündigung bedingen. Nachdem es im Gesetz keine absoluten Kündigungsgründe gibt, können diese auch nicht per Vertrag begründet werden. Ebenso ist es unmöglich, im Arbeitsvertrag den Ausschluss der außerordentlichen Kündigung zu vereinbaren.²¹⁷ Das Recht, eine solche Kündigung auszusprechen, ist unabdingbar.²¹⁸

214 BAG NZA 2011, 571; 2011, 1029; 2015, 74; 2017, 112.

215 BAG NZA 2013, 27; 2006, 98; 2006, 977; 2007, 922.

216 BAG NZA 2007, 744.

217 Bzgl. der ordentlichen Kündigung ist dies ohne Weiteres möglich.

218 BAG DB 1998, 1035.

- 214 **Hinweis:** Bei Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung ist unter den Voraussetzungen des §§ 13 I 3, 9, 10 KSchG auch eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch das Arbeitsgericht²¹⁹ auf Antrag des AN möglich.

3. Umdeutung in ordentliche Kündigung

- 215 **Fall:** Der 52-jährige A war seit 2005 bei X (70 AN) beschäftigt. Als Betriebsingenieur mit einem Gehalt von zuletzt 4.800 EUR oblag ihm die fachliche Betreuung des Maschinenparks der Beklagten. Im Frühjahr 2022 erhielt die Revisionsabteilung des X einen Hinweis, dass A Schmiergelder von Drittfirmen für die Vergabe von Aufträgen des X angenommen habe. Daraufhin stellte X Nachforschungen an, die am 25.4.2022 das Ergebnis erbrachten, dass A tatsächlich in den vergangenen acht Jahren entsprechende Geldzahlungen in Höhe von insgesamt 100.000 EUR erhalten hatte. Am 16.5.2022 übergab X dem A ein außerordentliches Kündigungsschreiben vom selben Tag. A erhob am 23.5.2022 Kündigungsschutzklage.
- 216 Ist eine außerordentliche Kündigung unwirksam, so ist die Möglichkeit einer *Umdeutung* in eine ordentliche Kündigung zu prüfen. Diese wird vom Gericht auch ohne entsprechenden Vortrag des Kündigenden vorgenommen.²²⁰ Sodann ist die Kündigung unter allen Aspekten einer ordentlichen Kündigung zu prüfen.²²¹
- 217 Im **Fall** erweist sich die außerordentliche Kündigung als unwirksam, weil X die Kündigungs-erklärungsfrist von zwei Wochen gem. § 6 II BGB nicht eingehalten hat. Er erhielt Kenntnis von den Kündigungstatsachen am 25.4.2022, die Kündigung ging dem A aber erst am 16.5.2022 zu. Daher ist gem. § 100 BGB eine Umdeutung der Kündigung in eine ordentliche vorzunehmen. Diese ist bei Anwertharkeit des KSchG, §§ 9, 10, 23 KSchG, als verhaltens-bedingt nach KSchG sozialverboten. Es liegt ein Verstoß gegen die *Treuepflicht* des AN vor. Eine Abmahnung war bei der Schwere des Fehlverhaltens entbehrlich. Auch die Interessenabwägung muss im Hinblick auf den Umfang der Schmiergeldannahme zulasten des AN ausgehen. Es ergibt sich folgender *Tenor*:
1. Es wird festgestellt, dass die Kündigung vom 16.5.2022 das Arbeitsverhältnis erst zum 30.11.2022 auflöst.
 2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.²²²
 3. Von den Kosten des Rechtsstreits hat der Kläger $\frac{3}{4}$ und der Beklagte $\frac{1}{4}$ zu tragen.
 4. Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 14.400 EUR festgesetzt.²²³

4. Hilfsweise Kündigung

- 218 Erklärt der AG neben einer außerordentlichen Kündigung auch eine *hilfsweise ordentliche Kündigung* oder spricht er neben einer erklärten Kündigung eine *weitere hilfsweise Kündigung* aus, so stehen diese Kündigungen infolge der Benennung als »hilfsweise« regelmäßig unter einer – zulässigen – auflösenden Rechtsbedingung (§ 158 II BGB). Der AG hat sie nur für den Fall erklärt, dass das Arbeitsverhältnis nicht aufgrund einer vorrangigen Kündigung bereits beendet worden ist. Da dennoch zwei Kündigungserklärungen vorliegen, ist der AN zur Vermeidung der Heilungswirkung nach § 7 KSchG bezüglich der gegebenenfalls zum

219 → Rn. 155 ff.

220 Häufig werden weitere Voraussetzungen einer Umdeutung, etwa die Erkennbarkeit eines absoluten Beendigungswillens im Kündigungszeitpunkt, genannt (zB Grüneberg/Weidenkaff BGB § 626 Rn. 34). Diese bedürfen in der Klausur jedoch keiner Erwähnung, da hiervon im Normalfall ausgegangen werden kann.

221 Zu den Problemen der Betriebsratsanhörung bei der Umdeutung → Rn. 54.

222 Will der AN eine Teilabweisung verhindern, so muss er den Streitgegenstand einschränken, indem er erklärt, die Kündigung als ordentliche hinnehmen zu wollen. In diesem Fall wird die Kündigung nur als außerordentliche geprüft.

223 Drei Monatsgehälter gem. § 42 II 1 GKG.

Tragen kommenden hilfsweisen Kündigung gehalten, auch hiergegen eine Kündigungsschutzklage iSv § 4 S. 1 KSchG zu erheben. Dieser weitere Klageantrag ist dabei dahin auszulegen, dass er Gegenstand der Klage nur sein soll, wenn nicht schon die »vorgehende« Kündigung wirksam ist und das Arbeitsverhältnis beendet hat, dh wenn die zusätzliche hilfsweise/auflösend bedingte Kündigung überhaupt zum Tragen kommt. Der weitere Kündigungsschutzantrag ist daher – auch ohne ausdrückliche Bezeichnung – als unechter Hilfsantrag zu verstehen. Er ist zwar mit Klageerhebung rechtshängig geworden und wahrt damit die Frist des § 4 S. 1 KSchG. Ihre Rechtshängigkeit ist aber auflösend bedingt durch das Ergebnis des jeweiligen »Vorantrags«, und damit von der Sachentscheidung des Gerichts über den vorhergehenden Antrag abhängig gemacht. Über ihn soll nur entschieden werden, wenn das Gericht zu dem Ergebnis gelangt, dass die vorrangige Kündigung nicht wirksam ist.²²⁴

Die Antragstellung unter einer entsprechenden innerprozessualen Bedingung ist zulässig. 218a
Gestaltungsrechte wie Kündigungen und auch Prozesshandlungen wie Klageerhebungen sind zwar grundsätzlich bedingungsfeindlich. Es muss stets Klarheit herrschen, ob sie tatsächlich bestehen. Zulässig ist es aber, sie unter einer auflösenden (Rechts-)Bedingung zu stellen und »nachträglich entfallen zu lassen«. Bei einer solchen Antragstellung in Abhängigkeit voneinander handelt es sich um eine nach § 260 ZPO zulässige Eventualklagehäufung, die dem Umstand Rechnung trägt, dass einerseits § 4 S. 1 KSchG eine Klageerhebung erfordert, die Klage aber unter Umständen ins Leere geht.

5. Außerordentliche Kündigung durch den Arbeitnehmer

Auch der AN kann das Arbeitsverhältnis fristlos kündigen. Er darf geltend machen die gleichen 218b
Grundsätze wie für die Kündigung durch den AG. Eine außerordentliche Kündigung ist nur möglich, wenn dem AN bei Vorliegen eines wichtigen Grundes die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zumutbar ist. Über Prüfungsmaßstab wie bei der Kündigung durch den AG²²⁵ ist es sich nicht ganz einig. Es liegt zB darin, dass der AG mit Nebenabreden Vereinbarungen nicht ohne weiteres zum Tragen kommen kann. Der AN trägt die Beweislast für die Umstände, aus denen er die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses herleitet. Die Geltendmachung der Unwirksamkeit der außerordentlichen Eigenkündigung durch den AN selbst ist aber idR wegen des Verbots widersprüchlichen Verhaltens nach § 242 BGB unwirksam.²²⁶

6. Außerordentliche Kündigung mit Auslaufrist

Eine außerordentliche Kündigung wirkt sofort und beendet das Arbeitsverhältnis mit Zugang der Kündigungserklärung. Der Kündigende kann sie mit einer Auslaufrist²²⁷ verbinden. Sie wird relevant, wenn ein AN aufgrund einer arbeits- oder tarifvertraglichen Vereinbarung nicht ordentlich gekündigt werden kann, das Arbeitsverhältnis aber im besonderen Fall (etwa bei einer Betriebsstilllegung) dennoch (außerordentlich) gekündigt werden muss. Hier würde dem AN wegen der sofortigen Beendigungswirkung der außerordentlichen Kündigung ein Nachteil gegenüber einem AN entstehen, dessen Arbeitsvertrag ordentlich kündbar ist. Dieser Wertungswiderspruch wird dadurch kompensiert, dass die Kündigung mit einer Auslaufrist zu verbinden ist, die der gesetzlichen, tarifvertraglichen oder arbeitsvertraglichen Kündigungsfrist einer ordentlichen Kündigung entsprechen muss.²²⁸ Besteht die Möglichkeit, den AN anderweitig einzusetzen, so ist eine *außerordentliche Änderungskündigung* auszusprechen.²²⁹

Ein wichtiger *personenbedingter* Grund zur außerordentlichen Kündigung eines ordentlich 220
unkündbaren Arbeitsverhältnisses kann – vorbehaltlich einer umfassenden Interessenabwä-

224 BAG NZA 2019, 246.

225 BAG NZA 2018, 1191.

226 BAG NZA 2009, 840.

227 Daher ist der Begriff »Fristlose Kündigung« nicht ganz korrekt.

228 BAG NZA 2013, 730; 2014, 139; 2015, 866; 2015, 1315.

229 Vgl. BAG NZA-RR 2011, 155.

gung im Einzelfall – vorliegen, wenn damit zu rechnen ist, der AG werde für mehr als ein Drittel der jährlichen Arbeitstage Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall leisten müssen.²³⁰

- 221 Eine Besonderheit ergibt sich noch im Hinblick auf die Frist des § 626 II BGB. Beim dauerhaften Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit ist von einem *Dauertatbestand*²³¹ auszugehen, sodass im Ergebnis auch noch zu jedem beliebigen Zeitpunkt nach einer Betriebsstilllegung gekündigt werden kann.²³²

XV. Prozessuale Probleme

1. Allgemeiner Feststellungsantrag

- 222 **Fall:**²³³ Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis des Klägers am 18.10.2021 betriebsbedingt zum 31.3.2022.
Hiergegen erhob der Kläger am 27.10.2021 Klage mit dem Antrag *festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 18.10.2021 nicht aufgelöst wurde, sondern über den 31.3.2022 hinaus unverändert fortbesteht*. In der Klageschrift führte er aus, dass sein Antrag neben der Frage der Wirksamkeit der Kündigung auch die Feststellung des Bestandes des Arbeitsverhältnisses beinhalte.
Am 19.5.2022 fand der Prozessbevollmächtigte unter den vom Kläger vorgelegten Unterlagen ein Schreiben des gegnerischen Anwalts vom 6.4.2022, das dem Kläger am selben Tag überreicht worden war, dem dieser aber keine weitere Bedeutung beigemessen hatte. In diesem Schreiben war aber auf Seite 3 eine – von ihm nicht bemerkte – außerordentliche Kündigung ausgesprochen worden. Mit Schreiben vom 5.6.2022 erweiterte der Kläger seine Klage um die beantragte Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers auch nicht durch die Kündigung vom 6.4.2022 aufgelöst worden sei.
Die Beklagte behauptete, das Arbeitsverhältnis sei durch die Kündigung vom 18.10.2021 aufgelöst worden. Die Klage wurde nicht gutgeheißen, da die Kündigung von der Beklagten als erste Kündigung auf jeden Fall die außerordentliche Kündigung vom 6.4.2022 hätte anerkennen müssen, da sie der Kläger nicht in der Frist des § 4 KSchG angegriffen habe. Der Kläger entgegnet, dies sei unerheblich, da er mit seinem ursprünglichen Klageantrag alles Nötige für die Wahrung seiner Rechte getan habe. In der mündlichen Verhandlung erklärt er, nunmehr folgende Anträge zu stellen:
»1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers durch die Kündigung vom 18.10.2021 zum 31.3.2022 nicht aufgelöst wurde.
2. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers durch die Kündigung vom 6.4.2022 ebenfalls nicht aufgelöst wurde.«
Wie hat das Arbeitsgericht aufgrund der mündlichen Verhandlung am 16.8.2022 zu entscheiden?
Abwandlung: Der Kläger erhob gegen die Kündigung vom 18.10.2021 Klage mit dem Antrag *festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 18.10.2021 nicht zum 31.3.2022 aufgelöst wurde*.
Am 3.1.2022 sprach die Beklagte eine außerordentliche Kündigung aus.
In der mündlichen Verhandlung stellt der Kläger folgende Anträge:
»1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers durch die Kündigung vom 18.10.2021 zum 31.3.2022 nicht aufgelöst wurde.
2. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers durch die Kündigung vom 3.1.2022 ebenfalls nicht aufgelöst wurde.«

230 BAG NZA 2018, 1056.

231 → Rn. 200 ff.

232 BAG DB 1998, 1035; NZA-RR 2011, 155. Bei einer etwaigen Betriebsratsanhörung gilt die Wochenfrist des § 102 II 1 BetrVG, BAG DB 2001, 338.

233 Fall nach BAG DB 1997, 1418.

Zum Verständnis der Problematik dieses Falles ist ein kleiner Blick in die Rechtsprechungsgeschichte hilfreich. Seit den wegweisenden Entscheidungen des BAG²³⁴ zum punktuellen Streitgegenstandsbegriff war es nötig, bzgl. jeder ausgesprochenen Kündigung einen eigenen Klageantrag zu stellen. Denn mit dem Antrag, »festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom ... nicht aufgelöst wurde«, ist als Streitgegenstand der Klage nur die Frage definiert, ob das Arbeitsverhältnis gerade *durch die speziell angegriffene Kündigung zu dem dort genannten Termin* aufgelöst wurde. Nicht dagegen ist in dem punktuellen Streitgegenstandsbegriff die Prüfung des Bestandes des Arbeitsverhältnisses als solches enthalten. Diesen Umstand machten sich manche AG bzw. deren Anwälte zunutze, die nach einer zunächst ausgesprochenen und auch rechtzeitig angegriffenen Kündigung in einem ihrer späteren Schriftsätze nach einigen Seiten der Begründung, warum die ausgesprochene Kündigung wirksam sei, noch beispielsweise den Satz anfügten: »Im Übrigen wird hiermit eine neue Kündigung ausgesprochen«. Der nicht von einem Anwalt vertretene Kläger lief in einem solchen Fall Gefahr, die erneute Kündigung entweder gar nicht zu bemerken oder, selbst wenn er sie bemerkte, nicht die Notwendigkeit einer fristgerechten Klageerweiterung zu bedenken. Nach Ablauf der dreiwöchigen Klagefrist des § 4 KSchG konnte sich der Kläger dann nicht mehr auf die Unwirksamkeit der weiteren Kündigung berufen.

Um diesen Missbrauchsfällen einen Riegel vorzuschieben, zeigte das BAG in seiner Entscheidung vom 21.1.1988²³⁵ dem AN eine Möglichkeit auf, solchen Fällen zu entgegnen: Er musste nur neben dem üblichen punktuellen Kündigungsschutzantrag nach § 4 KSchG einen weiteren Antrag stellen, nämlich »festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis über den ... hinaus fortbesteht«. Der Streitgegenstand dieses weiteren allgemeinen Feststellungsantrages iSv § 256 ZPO ist der *Bestand des Arbeitsverhältnisses* ab dem vom Kläger genannten Datum bis zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsachenvoranz. Damit wurden also alle Kündigungen (und auch sonstige Auflosungstatbestände wie Anfechtungen oder Aufhebungsverträge), die bis zur letzten mündlichen Verhandlung ihre Wirkung entfalten in das gerichtliche Verfahren einbezogen. Der AN war war zu erklären, er mache, in dem Wortlaut des § 4 S. 1 KSchG entsprechende Kündigungen nicht geltend. Dies ist entscheidend wichtige an dieser Lösung ist aber, wie das BAG ausfüllte, dass damit für alle späteren Kündigungen die Klagefrist des § 4 KSchG eingehalten wird, egal wann der Kläger diese in den Kündigungsschutzprozess eingeführt hat. Danach war es jedem Kläger angeraten, neben dem Antrag nach § 4 KSchG grundsätzlich immer einen zusätzlichen Feststellungsantrag nach § 256 ZPO auf Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses zu stellen, um sicher zu sein, alle späteren Kündigungen fristwährend angreifen zu können.

Seit dem Urteil des BAG vom 27.1.1994²³⁶ ist diese Lösung jedoch wieder relativiert worden. Der 2. Senat des BAG und im Anschluss daran auch der 8. Senat²³⁷ stellten in Frage, ob die Formulierung des Fortbestehens des Arbeitsverhältnisses stets einen eigenen Klageantrag darstelle. Ausgangspunkt der Überlegungen war die Tatsache, dass für den allgemeinen Fortbestehensantrag als Feststellungsantrag ein besonderes Feststellungsinteresse iSv § 256 I ZPO erforderlich ist. Dieses ist aber nur gegeben, wenn der Kläger durch *Tatsachenvortrag* weitere Beendigungstatbestände in den Prozess einführt oder zumindest deren konkrete Möglichkeit darstellt. Anders gesagt ist ein Feststellungsinteresse nur dann zu bejahen, wenn nach der Kündigung entweder eine weitere Kündigung, Anfechtung etc. erfolgt ist oder wenn der Kläger substantiiert Tatsachen vorträgt, aus denen sich ergibt, dass er konkret mit weiteren Kündigungen rechnet (zB Erklärungen des AG, er werde den AN auf jeden Fall vom Betrieb fernhalten, frühere Kündigungen, weitere Abmahnungen).

Nachdem nun häufig ein derartiges Feststellungsinteresse nicht zu begründen ist, sodass der allgemeine Feststellungsantrag als unzulässig abgewiesen würde, machte das BAG folgendes »Friedensangebot«: Die Formulierung »Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis fortbesteht« sei im Normalfall gar nicht als eigener Antrag iSv § 308 I ZPO zu werten, sondern

234 BAGE 7, 36 (40 ff.) = BeckRS 9998, 152854 und BAGE 7, 51 (55 ff.) = NJW 1959, 1387.

235 DB 1988, 1758.

236 NZA 1994, 812.

237 DB 1994, 2039.

habe als *unselbstständiges Anhängsel* keinerlei prozessuale Bedeutung. Demzufolge sei auch nicht darüber zu entscheiden. Von einem eigenständigen Antrag sei nur auszugehen, wenn der Kläger zum Ausdruck bringe, dass er bewusst einen zusätzlichen, über den Kündigungsschutzantrag nach § 4 KSchG hinausgehenden Antrag stellen wollen, zB wenn er Ausführungen zu mehreren erfolgten Kündigungen mache oder ansonsten die konkrete Gefahr weiterer Kündigungen darlege. Im Zweifelsfall solle der Richter gem. § 139 ZPO den Kläger in der mündlichen Verhandlung fragen, wie er seinen gestellten Antrag verstanden haben wolle. Diese Lösung war historisch betrachtet sicherlich ein Beitrag zum Rechtsfrieden, in methodischer Hinsicht bleibt sie aber unbefriedigend. Die Bedenken gegen die Rechtsprechung des BAG sollen hier im Rahmen dieses Buches jedoch nicht vertieft, vielmehr soll versucht werden, einen systematischen Leitfaden herauszuarbeiten.

- 227 Zunächst wird die Antragstellung »... darüber hinaus fortbesteht« bei der Klärung des *Streitgegenstands* relevant. Wie schon oben dargestellt, kann die Formulierung rein deklaratorisch sein oder einen eigenen prozessualen Antrag mit dem Streitgegenstand der Feststellung des Bestandes des Arbeitsverhältnisses bis zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung bedeuten. Es ist ein eigener Antrag anzunehmen, wenn der Kläger seine Formulierung ausdrücklich als eigenen Antrag ausweist oder sich im Wege einer Auslegung ergibt, er habe einen solchen Antrag stellen wollen, etwa weil er konkret befürchtet, weitere Kündigungen zu erhalten. Diese Erklärung muss der Kläger innerhalb der dreiwöchigen Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG abgeben. Ist bis zu diesem Zeitpunkt nicht deutlich erkennbar, dass der AN einen zusätzlichen allgemeinen Feststellungsantrag stellen wollte, so kann er dies nicht mehr nachholen.²³⁸
- 228 Mit Urteil des BAG vom 7.12.2015²³⁹ hat diese Rechtsprechung eine weitere Ergänzung gefunden. Für den Fall, dass der AN einen punktuellen Antrag mit einem allgemeinen Feststellungsantrag verbunden hat, gilt, falls tatsächlich eine weitere Kündigung während des Prozesses ausgesprochen wurde, die zweite Kündigung ebenfalls mit einem punktuellen Antrag verbunden. Dem AN stehen dann im Fall eines bereits erhobenen allgemeinen Feststellungsantrags zwei Wege offen. Er kann entweder unter Aufrechterhaltung des allgemeinen Feststellungsantrags einen zusätzlichen punktuellen Klageantrag nach § 4 KSchG stellen oder – wie im Fall – unter entsprechender Einschränkung des allgemeinen Feststellungsantrags iSv § 264 Nr. 2 ZPO einen dem Wortlaut des § 4 KSchG angepassten Antrag erheben, dh dem allgemeinen Feststellungsantrag die Formulierung des § 4 S. 1 KSchG geben und die weitere Kündigung konkret bezeichnen.²⁴⁰ Dies kann auch ohne Weiteres nach Ablauf der Drei-Wochen-Frist des § 4 KSchG erfolgen. Dadurch dass zunächst ein allgemeiner Feststellungsantrag gestellt wurde, ist auf jeden Fall die Frist gewahrt. Das BAG begründet die fristwahrende Wirkung mit einer entsprechenden Anwendung des § 6 KSchG. Der AG ist mit der Stellung des allgemeinen Feststellungsantrags hinreichend gewarnt, dass der AN sich gegen jegliche weitere Kündigung zur Wehr setzen will, sodass ein Beharren auf der Einhaltung der Frist für den weiteren punktuellen Antrag reine Förmelerei wäre. Das Arbeitsgericht hat in diesem Fall nach § 139 ZPO auf eine entsprechende zusätzliche Antragstellung hinzuweisen.
- 229 *Streitgegenstand* im Fall ist also die Frage der Wirksamkeit der beiden Kündigungen (punktueller Klageanträge). Die *Klagefrist* ist auch für die 2. Kündigung gewahrt. Die Formulierung »... darüber hinaus fortbesteht« ist nicht als unselbstständiges Anhängsel zu werten, da der Kläger ihn ausdrücklich als eigenständigen Antrag ausgewiesen hat. Nachfolgende Kündigungen sind zwar auch in diesem Fall gem. § 4 KSchG immer punktuell anzugreifen, jedoch kann dies auch außerhalb der dreiwöchigen Klagefrist geschehen. Der allgemeine Feststellungsantrag hebt zwar nicht die *Klageerhebungspflicht* des § 4 KSchG, jedoch die dreiwöchige *Klagefrist* auf. Eine fristgerechte Klage gegen die Kündigung vom 6.4.2022 liegt daher vor.

238 BAG NZA 2015, 635 Rn. 20.

239 NZA 1996, 334.

240 BAG NZA 2014, 443 Rn. 32, 33.