

Einführung und Überblick

I. Vorbemerkung

- 1 Arbeitgeber, Arbeitnehmer, Personalleiter, Personalsachbearbeiter und Betriebsräte, aber auch Angehörige der Steuer- und wirtschaftsberatenden Berufe benötigen bei Fragen zur Beendigung eines Arbeitsverhältnisses schnelle und zuverlässige Unterrichtung, zumal als juristische Laien. Insbesondere in den Personalbüros stehen insoweit oft zügig zu treffende Entscheidungen an, die keinen langen Aufschub dulden. Dabei kommt es darauf an, die Problemsituationen und Zweifelsfragen zu erkennen und zutreffend zu entscheiden.
- 2 Diesen Zielen dient der vorliegende Ratgeber. Mit ihm wird versucht, unter Vernachlässigung wissenschaftlicher Kontroversen für die Praktiker des Arbeitsrechts einen Weg durch den „Dschungel“ arbeitsrechtlicher Kündigungsvorschriften und Kündigungsgrundsätze zu zeigen, aufbauend auf gesicherten Entscheidungen insbesondere des Bundesarbeitsgerichts.
Berücksichtigt sind die bis August 2016 veröffentlichte Rechtsprechung zum Arbeitsrecht und die neue Gesetzeslage, die sich aus Gesetzesänderungen seit der 5. Auflage ergibt.
Insbesondere werden die Regelungen des am 18. August 2006 in Kraft getretenen Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) mit seinen Diskriminierungsmerkmalen, Rechtfertigungsgründen und Folgen der Ungleichbehandlung (→ Rz. 133 ff.) ausführlich vorgestellt.
Ferner werden die Bestimmungen des Mindestlohngesetzes (→ Rz. 804 ff.) erläutert, durch welches mit Wirkung ab dem 1. Januar 2015 ein gesetzlicher Mindestlohn eingeführt wurde.
- 3 Kernstück des Leitfadens ist das **ABC der Kündigung**. Die aufgenommenen Stichwörter sind in ihrer Bedeutung für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses erläutert und durch Querverweise auf andere Stichwörter und Textstellen im Leitfaden ergänzt. Regelmäßig finden sich in der Bearbeitung Praxis-hinweise, Checklisten, Muster und Angaben zu einschlägiger Rechtsprechung.
- 4 Für ein praxisorientiertes Nachschlagewerk ist im Sinne der Benutzerfreundlichkeit Wert gelegt worden auf eine auch für den Nichtjuristen verständliche Darstellung, viele erläuternde Beispiele, Formulierungsvorschläge, Praxishinweise sowie ein ausführliches Stichwortregister. Der Anhang enthält in Auszügen die wichtigsten Gesetzesvorschriften aus dem Bereich des Kündigungsrechts.

II. Überblick

1. Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne Kündigung

- 5 Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber umfasst nach Anzahl und Bedeutung die wichtigsten Probleme der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Gleichwohl darf die Darstellung der sonstigen Tatbestände der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne Kündigung nicht vernachlässigt werden, zumal durch sie eine oft schwierige (gerichtliche) Kündigungsauseinandersetzung vermieden werden kann.

Als wichtigste sonstige Beendigungstatbestände kommen in Frage:

- **Aufhebungsvertrag** (→ Rz. 240 ff.),
- **befristeter Arbeitsvertrag** (→ Rz. 404 ff.),
- **Berufsunfähigkeit und Erwerbsunfähigkeit** (→ Rz. 435),
- **Erreichen der Altersgrenze** (→ Rz. 954 ff.).

2. Die Kündigungserklärung

- 6 Voraussetzung für die einseitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist eine eindeutige und zweifelsfreie Kündigungserklärung durch den Kündigenden.

Als wichtige Voraussetzungen sind u.a. zu beachten:

- **Inhalt und Form** der Kündigung (→ Rz. 758),
- **Zugang** der Kündigung (→ Rz. 1385),
- **Zeitpunkt** der Kündigung (→ Rz. 761 f.),
- **Vollmacht** (→ Rz. 1272).

3. Arten der Kündigung

- 7 Zu unterscheiden ist zunächst zwischen der **Kündigung durch den Arbeitnehmer** (→ Rz. 586 ff.) und der **Kündigung durch den Arbeitgeber**. Bei der Kündigung durch den Arbeitgeber sind darüber hinaus insbesondere zu unterscheiden die **ordentliche (fristgerechte) Kündigung** (→ Rz. 628 f.) von der **außer-**

ordentlichen (fristlosen) Kündigung (→ Rz. 630 ff.) sowie von diesen vorstehend genannten lösenden Kündigungen der Sonderfall der **Änderungskündigung** (→ Rz. 111 ff.). Schließlich sind die Möglichkeiten der **Umdeutung von unwirksamen Kündigungserklärungen** des Arbeitgebers einzubeziehen (→ Rz. 1200 ff.).

4. Kündigungsfristen

- 8 Für die ordnungsgemäße fristwahrende Beendigung eines Arbeitsverhältnisses durch Arbeitgeber oder Arbeitnehmer muss der Kündigende die für seinen Arbeitsvertrag geltenden Kündigungsfristen kennen und deren Berechnung zutreffend vornehmen.

Das Konkurrenzverhältnis von

- **gesetzlichen** Kündigungsfristen (→ Rz. 761 ff.),
- **tariflichen** Kündigungsfristen (→ Rz. 766 ff.) und
- **vertraglichen** Kündigungsfristen (→ Rz. 773 ff.)

ist zu beachten.

5. Allgemeiner Kündigungsschutz

- 9 Der allgemeine Kündigungsschutz umfasst den Schutz des Arbeitnehmers vor Kündigungen des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber, so weit sein Arbeitsverhältnis den Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes unterliegt. Hierzu sind zu beachten:

- die **Voraussetzungen** des Kündigungsschutzes (→ Rz. 775 ff.),
- die Grundzüge sozial rechtfertigender Kündigungsgründe für personenbedingte (→ Rz. 909), verhaltensbedingte (→ Rz. 1261) und betriebsbedingte Kündigungen (→ Rz. 447),
- die Besonderheiten des allgemeinen Kündigungsschutzes bei **Änderungskündigungen** (→ Rz. 111 ff.).

6. Besonderer Kündigungsschutz

- 10 Bestimmte Personengruppen genießen über den allgemeinen Kündigungsschutz hinaus besonderen Kündigungsschutz, teilweise in Form absoluter **Kündigungsverbote**, teilweise durch Kündigungsverbote mit Genehmigungsvorbehalt, teilweise durch besondere **Formerfordernisse** für den Anspruch einer wirksamen Kündigung. Folgende Besonderheiten sind zu berücksichtigen:

- die Beendigung und Kündigung des **Berufsausbildungsverhältnisses** (→ Rz. 331 ff.),
- der besondere Kündigungsschutz für **Schwerbehinderte** (→ Rz. 995 ff.),
- der besondere Kündigungsschutz bei **Wehrdienst** (→ Rz. 1408 ff.),
- der besondere Kündigungsschutz nach dem **Mutterschutzgesetz** (→ Rz. 819) und in Elternzeit (→ Rz. 609 ff.),
- der besondere Kündigungsschutz für **Betriebsratsmitglieder und ähnliche Personen** (→ Rz. 485 ff.),
- die Kündigung bei **Betriebsübergang** nach § 613a BGB (→ Rz. 500 ff.).

7. Beteiligung des Betriebsrats bei Kündigungen

- 11 In Betrieben, in denen ein Betriebsrat gewählt ist, ist vor jeder Kündigung das Anhörungsverfahren gem. § 102 BetrVG durchzuführen, in welchem der Betriebsrat unter Mitteilung der Kündigungsgründe zur beabsichtigten Kündigung eines Arbeitsverhältnisses angehört werden muss.

Hier sind insbesondere zu beachten:

- die **anhörungspflichtigen Kündigungen** (→ Rz. 468 ff.),
- Beginn und Abschluss des **Anhörungsverfahrens** (→ Rz. 472 ff.),
- die **Unterrichtungspflichten** des Arbeitgebers (→ Rz. 477 ff.),
- die Bedeutung der **Stellungnahme** insbesondere des Widerspruchs des Betriebsrats im Anhörungsverfahren (→ Rz. 468 ff.).

Die weiter gehenden **Mitbestimmungsrechte** des Betriebsrats bei **außerordentlichen Kündigungen** von Funktionsträgern wie Betriebsräten und ähnlichen Personen (→ Rz. 496 ff.) sind ebenfalls dargestellt.

8. Der Kündigungsschutzprozess

- 12 In Zusammenhang mit dem Ablauf des Kündigungsschutzprozesses und der gerichtlichen Auseinandersetzung über die Wirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung sind von Bedeutung:

- die ordnungsgemäße fristwahrende **Klageerhebung** (→ Rz. 781 ff.),
- die Möglichkeiten der **nachträglichen Zulassung** einer Kündigungsschutzklage (→ Rz. 783 ff.).

- die **Verhandlung vor dem Arbeitsgericht und die Beendigung**: gütliche Einigung, arbeitsgerichtliche Vergleich (→ Rz. 1260 ff.) oder Auflösungsurteil (→ Rz. 307).

9. Rechtsfolgen für den Arbeitsvertrag nach Beendigung des Kündigungsschutzrechtsstreits

- 13 Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses führt oftmals auch bei Klageerhebung faktisch zumindest vorübergehend zur **Unterbrechung des Arbeitsvertrages**. Ebenso sind Fälle denkbar, in denen es wegen der Klageerhebung vorübergehend zur **Weiterbeschäftigung** des Arbeitnehmers kommt.

Erst mit rechtskräftigem Abschluss des Kündigungsschutzrechtsstreits steht aber fest, wie nunmehr das Arbeitsverhältnis zwischen Kündigung und Beendigung des Kündigungsschutzprozesses ordnungsgemäß abzurechnen und abzuwickeln ist.

Die jeweiligen Rechtsfolgen für den Arbeitsvertrag nach der Beendigung des Kündigungsschutzrechtsstreits werden durch die unterschiedlichen Beendigungsmöglichkeiten wie dem **abweisenden Urteil** oder dem **obsiegenden Urteil** (→ Rz. 1303) bestimmt.

10. Die Weiterbeschäftigung

- 14 Der Anspruch des Arbeitnehmers auf Weiterbeschäftigung nach einer Kündigung während eines laufenden Kündigungsschutzprozesses ist nach wie vor problematisch für die betriebliche Praxis. Hieran haben auch zwischenzeitlich ergangene grundlegende Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts nichts geändert.

Die Rechtsprechung des BAG und die **besonderen Probleme der Weiterbeschäftigung** nach einer Kündigung sind ebenso zu beachten wie auch der **Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 Abs. 5 BetrVG** (→ Rz. 1293 ff.).

11. Das Zeugnis

- 15 Häufig besteht nach der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses noch der Anspruch auf ein **Zeugnis** (→ Rz. 1361 ff.). Aber auch im laufenden Arbeitsverhältnis kann ein Anspruch auf ein **Zwischenzeugnis** (→ Rz. 1365) begründet sein.

ABC der Kündigung

Abfindung/Agentur für Arbeit

→ Aufhebungsvertrag/Agentur für Arbeit

1. Vorbemerkung

- 16 Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Zahlung einer Abfindung scheint für den Arbeitnehmer vorteilhaft in steuerlicher und sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht. Allerdings darf nicht übersehen werden, dass im Bereich der Arbeitslosenversicherung eine wegen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu zahlende Abfindung, Entschädigung oder ähnliche Leistung (Entlassungsschädigung) u.U. **auf das Arbeitslosengeld angerechnet werden kann.**

2. Die Anrechnung der Abfindung nach § 158 SGB III

- 17 **Voraussetzung** für die Anwendung des § 158 SGB III (§ 143a SGB III a.F.) ist **neben** der Vereinbarung einer **Abfindung** oder einer ähnlichen Leistung, dass das Arbeitsverhältnis **ohne Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist** beendet worden ist. Dies bedeutet umgekehrt, dass die Arbeitsverwaltung keine Möglichkeit des Zugriffs auf eine vereinbarte Abfindung besitzt, wenn z.B. im Aufhebungsvertrag die ordentliche Kündigungsfrist eingehalten worden ist. Insoweit prüft das Arbeitsamt allerdings den Eintritt einer **Sperrzeit** (→ Rz. 232 ff.).

a) Ruhen bis zum Ablauf der Kündigungsfrist

- 18 Ist das Arbeitsverhältnis z.B. durch Aufhebungsvertrag ohne Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist beendet worden, so bestimmt die genannte Vorschrift, dass der Anspruch des Arbeitnehmers auf Arbeitslosengeld vom Ende des Arbeitsverhältnisses an bis zu dem Tag ruht, an dem es bei Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist, gerechnet vom Tag der Aufhebungsvereinbarung an, geendet hätte. Insoweit kommt es also auf die in dem betreffenden Arbeitsverhältnis **für den Arbeitgeber geltende Kündigungsfrist** an, wie sie sich aus gesetzlichen Kündigungsvorschriften oder aus Tarifvertrag oder aus dem Einzelarbeitsvertrag ergibt. Hierzu gehört auch, dass der Beendigungstermin beachtet wird (z.B. Monatsende oder Quartalsende).

Der Ruhezeitraum verlängert sich im Falle einer gewährten oder vom Arbeitnehmer zu beanspruchenden **Urlaubsabgeltung** um die Zeit des abgegoltenen bzw. abzugelbten Urlaubs, § 158 Abs. 1 Satz 5 SGB III.

Die Ruhezeit wegen des vorzeitig aufgelösten Arbeitsverhältnisses **beginnt** „von dem Ende des Arbeitsverhältnisses an“, d.h. mit dem auf die vorzeitige Auflösung folgenden Tag. Dies gilt auch dann, wenn im Anschluss an die vorzeitige Beendigung ein zulässig **befristetes Anschlussarbeitsverhältnis** mit dem gleichen Arbeitgeber begründet worden ist, mit sich aus diesem Ar-

beitsverhältnis nach dessen Beendigung ergebender erneuter Meldung als arbeitslos (BSG v. 15.2.2000, B 11 AL 45/99 R, NZA-RR 2001, 328).

Der Zeitraum des Ruhens des Arbeitslosengeldes ist nach § 158 Abs. 2 Satz 1 SGB III auf **längstens ein Jahr begrenzt.**

Das Ruhen des Anspruchs auf Arbeitslosengeld wird im Übrigen nicht dadurch berührt, dass der Arbeitnehmer im Ruhenszeitraum wegen langer Arbeitsunfähigkeit kein Entgelt vom Arbeitgeber beanspruchen könnte (BSG v. 20.1.2000, B 7 AL 48/99 R, b+p 2001, 377).

Andererseits: Ruht der Anspruch auf Arbeitslosengeld wegen vorzeitiger Beendigung des Arbeitsverhältnisses und Anspruchs auf Abfindung und erhält der Arbeitnehmer die Abfindung tatsächlich nicht, hat er nach § 158 Abs. 4 Satz 1 SGB III Anspruch auf Arbeitslosengeld auch für die Zeit, in der der Anspruch an sich ruht (**Gleichwohlgewährung**); dafür geht der Anspruch auf Abfindung auf die Agentur für Arbeit über. An den Arbeitnehmer nachträglich vom Arbeitgeber befreiend geleistete Abfindungszahlungen muss der Arbeitnehmer an die Agentur für Arbeit erstatten, § 158 Abs. 4 Satz 2 SGB III.

Der Anspruch auf Abfindung führt schließlich auch dann zu einem Ruhen des Anspruchs auf Arbeitslosengeld, wenn das Arbeitsverhältnis (arbeitsrechtlich) formal aufrechterhalten wird, aber nach sozialversicherungsrechtlichen Kriterien das Beschäftigungsverhältnis wegfällt, § 158 Abs. 3 SGB III. Zu den Unterschieden im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht (→ Rz. 32 und → Rz. 63).

b) Ausgeschlossene Kündigung (Unkündbarkeit) und Befristung

Ist die ordentliche **Kündigung** des Arbeitsverhältnisses **zeitlich unbegrenzt ausgeschlossen** – dies muss nach der vertraglichen oder tarifvertraglichen Regelung im Einzelfall ggf. durch Auslegung ermittelt werden –, so gilt **fiktiv** eine **Kündigungsfrist von 18 Monaten**, § 158 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 SGB III. Ein solcher Ausschluss der ordentlichen Kündigung ist nicht selten tarifvertraglich für ältere Arbeitnehmer mit längerer Betriebszugehörigkeit vorgesehen. Die Jahresfrist für die Längstdauer des Ruhens wird dadurch nicht berührt; der Lauf der Kündigungsfrist beginnt ja auch schon mit Ausspruch der Kündigung.

Ist die ordentliche **Kündigung** des Arbeitsverhältnisses nur **zeitlich begrenzt ausgeschlossen**, beispielsweise im Hinblick auf eine Schwangerschaft nach § 9 MuSchG oder im Hinblick auf ein Betriebsratsamt nach § 15 KSchG, so gilt **fiktiv** dennoch die ordentliche **reguläre Kündigungsfrist**, die zur Vermeidung des Ruhens eingehalten werden muss, vgl. § 158 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 SGB III.

sicherung besteht allerdings nicht für den ersten Monat einer Sperrzeit nach § 159 SGB III, vgl. § 5 Abs. 1 Nr. 2 SGB V. In einem derartigen Fall wird der Arbeitnehmer gut beraten sein, wenn er sich seinen Versicherungsschutz in der gesetzlichen Krankenversicherung durch eine **freiwillige Weiterversicherung** aufrechterhält. Freilich trägt der Arbeitnehmer bei einer freiwilligen Weiterversicherung alleine die Versicherungsbeiträge.

Ist eine derartige Konstellation – Ruhen des Anspruchs auf Arbeitslosengeld – abzusehen, so empfiehlt sich eine Berücksichtigung im Aufhebungsvertrag, sei es im Sinne einer hinausgeschobenen Beendigung, sei es im Sinne der Berücksichtigung der Kosten einer freiwilligen Weiterversicherung.

Insoweit kann auch die Tatsache zu berücksichtigen sein, dass nach § 19 SGB V für den ersten Monat eines ruhenden Krankenversicherungsschutzes nach vorausgegangenem Beschäftigungsverhältnis ein sog. **nachgehender Leistungsanspruch** gegenüber der Krankenversicherung besteht. Dieser setzt allerdings voraus, dass es sich um eine gesetzliche Pflichtversicherung in der Krankenversicherung handelte.

Aufhebungsvertrag/Steuerrecht

→ **Abfindung/Steuerrecht**

Auflösungsurteil

→ **Abfindung/Arbeitsrecht**

In Anbetracht der umfangreichen Ausführungen zu diesem Stichwort wird die folgende **Übersicht** als Orientierungshilfe vorangestellt.

	Rz.
1. Begriffliches	307
2. Sozialwidrigkeit der Kündigung	308-309
3. Aus anderen Gründen unwirksame Kündigung	310-312
a) Auflösungsantrag des Arbeitnehmers	311
b) Auflösungsantrag des Arbeitgebers....	312
4. Speziell: Sozialwidrigkeit und Rücknahme der Kündigung	313
5. Zeitpunkt der Antragstellung	314
6. Auflösungsantrag des Arbeitnehmers	315-318
a) Unzumutbarkeitsfragen	315-316
b) Beweisfragen	317
c) Neue Arbeitsstelle kein Auflösungsgrund	318
7. Auflösungsantrag des Arbeitgebers	319-320
8. Auflösungsantrag bei leitenden Angestellten	321
9. Auflösungsantrag beider Parteien	322-323
10. Die Auflösungsentscheidung des Gerichts/Auflösungszeitpunkt	324
11. Sonstige Auflösungsfragen	325
12. Die Abfindungsentscheidung des Gerichts	326

1. Begriffliches

Bei Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes (→ Rz. 775 ff.) kann jede Kündigung vom Arbeitnehmer auf ihre soziale Rechtfertigung hin überprüft werden.

Erweist sich im Kündigungsschutzrechtsstreit eine Kündigung als **nicht sozial gerechtfertigt**, so kann unter bestimmten Voraussetzungen die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses durch gerichtliches Urteil beantragt werden.

Die **Voraussetzungen** für ein gerichtliches Auflösungs Urteil sind Folgende:

- Unwirksamkeit der Kündigung wegen Sozialwidrigkeit mit entsprechendem gerichtlichen Urteil
- Auflösungsantrag von Arbeitnehmer oder/und Arbeitgeber
- Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bzw. einer weiteren Zusammenarbeit mit gerichtlicher Entscheidung der Auflösung des Arbeitsverhältnisses.

Wichtig also insoweit vorab: Ohne Auflösungsantrag von Arbeitnehmer oder Arbeitgeber oder beider Vertragsparteien kann das Arbeitsgericht das Arbeitsverhältnis nicht gegen Zahlung einer Abfindung auflösen!

2. Sozialwidrigkeit der Kündigung

Voraussetzung für eine gerichtliche Auflösungsentscheidung gegen Zahlung einer Abfindung ist zunächst, dass die vom Arbeitgeber ausgesprochene Kündigung sozial ungerechtfertigt ist i.S.v. § 1 Abs. 2 KSchG. Ein Antrag auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung kann demnach immer nur in Verbindung mit einer erfolgreichen Feststellungsklage nach § 4 KSchG zur Zahlung einer Abfindung führen.

Dies bedeutet zunächst, dass bei einer Kündigung **außerhalb** des Anwendungsbereiches des **Kündigungsschutzgesetzes** ein Auflösungs- und Abfindungsantrag unzulässig ist.

Beispiel:

Ein Arbeitnehmer wird nach dreimonatiger Dauer des Arbeitsverhältnisses fristgerecht gekündigt, nach seiner Meinung ohne triftige Kündigungsgründe.

Ein Arbeitnehmer in einem Betrieb mit regelmäßig drei beschäftigten Arbeitnehmern wird nach fünfjähriger Dauer des Arbeitsverhältnisses wegen Schlechtleistung fristgerecht gekündigt, nach seiner Meinung zu Unrecht.

In diesen beiden Fällen steht das Arbeitsverhältnis nicht unter dem Schutz des Kündigungsschutzgesetzes, so dass die Kündigung nicht im Rechtssinne sozialwidrig sein kann. Eine gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung kommt daher nicht in Betracht.

Ebenso kommt eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung nicht

in Betracht, wenn sich eine ausgesprochene Kündigung als **sozial gerechtfertigt** und damit nicht sozialwidrig erweist, wenn also der Arbeitgeber zu Recht aus triftigen Gründen im Verhalten oder in der Person des Arbeitnehmers oder aus dringenden betrieblichen Erfordernissen nach § 1 Abs. 2 KSchG gekündigt hat. In einem solchen Fall wird das Arbeitsgericht die Kündigungsschutzklage des Arbeitnehmers zurückweisen, womit sich automatisch ein Auflösungsantrag von Arbeitnehmer oder Arbeitgeber erledigt. Also: Bei unbegründeter Kündigungsschutzklage kann es nicht zu einer gerichtlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung kommen.

Beispiel:

Ein Arbeitnehmer wird nach wiederholter Abmahnung wegen arbeitsverweigernden Verhaltens bei einem erneuten Fehlverhalten nach vorheriger ordnungsgemäßer Anhörung des Betriebsrates fristgerecht gekündigt. Er erhebt insoweit Kündigungsschutzklage und beantragt die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung.

Weist der Arbeitgeber nun in dem Kündigungsrechtsstreit die Kündigungsgründe nach und muss deshalb die Kündigungsschutzklage abgewiesen werden, so erledigt sich hiermit auch der Auflösungsantrag des Arbeitnehmers.

3. Aus anderen Gründen unwirksame Kündigung

310 Ist eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses schon aus anderen Gründen als der Sozialwidrigkeit wirksam oder nichtig, beispielsweise nach § 9 MuSchG, §§ 85 ff. SGB IX oder § 102 BetrVG, so ist zu **unterscheiden**:

a) Auflösungsantrag des Arbeitnehmers

311 Stellt der Arbeitnehmer bei der Unwirksamkeit einer Kündigung aus sonstigen Gründen einen Auflösungsantrag, so hängt die Entscheidung hierüber davon ab, ob die Kündigung auch sozialwidrig ist.

Ist die Kündigung **auch sozialwidrig**, so kann es zur gerichtlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung kommen. Ist dagegen die Kündigung „nur unwirksam“, nicht aber sozialwidrig, so kann der Arbeitnehmer mit seinem Auflösungsantrag nicht durchdringen.

Beispiel:

Ein Arbeitnehmer wird wegen wiederholter Arbeitsverweigerung nach Abmahnung ohne Anhörung des Betriebsrates fristgerecht gekündigt. Der Arbeitnehmer erhebt hiergegen Kündigungsschutzklage und beantragt die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Abfindung.

Hier ist die Kündigung ohne weiteres wegen Verstoßes gegen § 102 BetrVG unwirksam.

Der Erfolg des Auflösungsantrages hängt dagegen zunächst davon ab, ob die Kündigung auch mate-

riell aus verhaltensbedingten Gründen nicht sozial gerechtfertigt ist.

Also: Der Arbeitnehmer kann mit seinem Auflösungsantrag bei aus sonstigen Gründen unwirksamer Kündigung Erfolg haben, wenn die Kündigung auch sozialwidrig ist (BAG v. 28.8.2008, 2 AZR 63/07, NZA 2009, 275).

b) Auflösungsantrag des Arbeitgebers

Der Arbeitgeber demgegenüber kann mit seinem Auflösungsantrag nur durchdringen, wenn die Kündigung „nur“ sozialwidrig und nicht auch aus anderen Gründen nichtig ist (BAG v. 28.8.2008, 2 AZR 63/07, NZA 2009, 275). Denn wenn sich der Arbeitnehmer auf besondere Kündigungsschutzvorschriften zu seinen Gunsten beruft, die eine ausgesprochene Kündigung nichtig machen, so muss es dem Arbeitgeber verwehrt sein, hieraus dennoch die Auflösung des Arbeitsverhältnisses abzuleiten. Von diesem Grundsatz lässt das Bundesarbeitsgericht allerdings eine **Ausnahme** zu, wenn sich die Nichtigkeit einer Kündigung aus einer Vorschrift ergibt, die nicht den besonderen Schutz des Arbeitnehmers bezweckt (BAG v. 24.11.2011, 2 AZR 429/10, NZA 2012, 610).

Unschädlich ist es auch, wenn der Arbeitgeber zusätzlich weitere Kündigungssachverhalte geltend macht, die aus anderen Gründen die Unwirksamkeit der Kündigung begründen (BAG v. 21.9.2000, 2 AZN 576/00, NZA 2001, 102).

4. Speziell Sozialwidrigkeit und Rücknahme der Kündigung

Eine Fallgestaltung aus der Praxis, die nicht selten auftritt, ist die: Der Arbeitgeber kommt nach Kündigung und nach erhobener Kündigungsschutzklage des Arbeitnehmers zu dem Entschluss, die Kündigung nicht weiterverfolgen zu wollen. Er erklärt deshalb die **Rücknahme der Kündigung** oder auch ein Anerkenntnis des Kündigungsschutzantrages des Arbeitnehmers im Prozess. Hierzu mag ihn beispielsweise die Erwägung geführt haben, seine Position im Prozess sei wenig aussichtsreich, oder auch die Überlegung, die Kündigung sei beispielsweise wegen Verstoß gegen § 102 BetrVG nichtig, sie solle fehlerfrei wiederholt werden, oder auch einfach die Überlegung, eine absehbare Verurteilung zu einer Abfindungszahlung komme zu teuer. In solchen Fällen stellt sich die Frage nach dem Schicksal eines schon gestellten oder nachträglich angebrachten Auflösungsantrages des Arbeitnehmers. 313

Hierzu sagt die **Rechtsprechung**, dass die Rücknahme oder das Anerkenntnis eines Kündigungsschutzantrages durch den Arbeitgeber bei einer – auch sozialwidrigen – Kündigung

- einen **vorher** gestellten Auflösungsantrag des Arbeitnehmers,
- aber auch einen alsbald **nachträglich** gestellten Auflösungsantrag des Arbeitnehmers

(BAG v. 19.8.1982, 2 AZR 230/80, NJW 1983, 1628),

nicht beeinflussen oder gegenstandslos machen kann. Mit dem Ausspruch der Kündigung hat der Arbeitgeber sich also nicht nur in das allgemeine Risiko der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit der Kündigung begeben, sondern auch bereits in das Risiko, dass das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung gerichtlich aufgelöst werden könnte.

5. Zeitpunkt der Antragstellung

- 314 Das Arbeitsgericht kann, wie bereits gesagt, das Arbeitsverhältnis nicht von sich aus auflösen, auch wenn es erkennen sollte, dass unstreitig und klar und eindeutig Auflösungsgründe vorliegen.

Der erforderliche Auflösungsantrag kann im gesamten Verlauf des Kündigungsschutzverfahrens gestellt werden, sei es gleich mit Erhebung der Kündigungsschutzklage, sei es im weiteren Verlauf des Verfahrens der ersten Instanz bis zur letzten mündlichen Verhandlung des Arbeitsgerichts. Darüber hinaus kann der Antrag aber auch noch in der **Berufungsinstanz**, und zwar auch dort bis zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung, gestellt werden, wie ausdrücklich in § 9 Abs. 1 Satz 3 KSchG vorgesehen. Ein spät gestellter Auflösungsantrag, möglicherweise gestellt in Verzögerungstaktik, kann daher nicht als verspätet zurückgewiesen werden, sondern muss materiell behandelt und beschieden werden.

6. Auflösungsantrag des Arbeitnehmers

a) Unzumutbarkeitsfragen

- 315 Der Arbeitnehmer kann nach § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG die Auflösung seines Arbeitsverhältnisses beantragen, wenn ihm die Fortsetzung seines Arbeitsverhältnisses nicht zuzumuten ist.

Nach der früheren, strengen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Unzumutbarkeitsbegriff waren diese Voraussetzungen nur gegeben, wenn ein Anlass vorlag, der den Arbeitnehmer zur außerordentlichen Kündigung seines Arbeitsverhältnisses berechtigt hätte.

Nach der **Rechtsprechung** des Bundesarbeitsgerichts stimmt der Begriff der Unzumutbarkeit in § 9 KSchG nicht mit dem Begriff der Unzumutbarkeit in § 626 Abs. 1 BGB überein. Es genügt aber auch nicht alleine die Sozialwidrigkeit der Kündigung. Vielmehr bedarf es zusätzlicher Umstände, die darauf schließen lassen, dass die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auf unbestimmte Dauer unzumutbar ist (BAG v. 11.7.2013, 2 AZR 241/12, NZA 2013, 1259).

- 316 Die **Unzumutbarkeit** kann sich dabei einerseits aus Vorgängen und Äußerungen vor Ausspruch der Kündigung selbst oder auch im Kündigungszusammenhang ergeben, andererseits aber gerade auch aus Umständen und Äußerungen während und im Kündigungsschutzprozess.

Beispiel:

Beleidigende, abqualifizierende und beschimpfende Äußerungen des Arbeitgebers vor Ausspruch der Kündigung, etwa um den Arbeitnehmer zu einem „freiwilligen“ Ausscheiden zu bewegen, können Unzumutbarkeitsgründe sein.

Das Gleiche gilt, wenn der Arbeitgeber etwa derartige Erklärungen und Äußerungen im Kündigungsschreiben oder in Schriftsätzen oder in der mündlichen Verhandlung des Kündigungsschutzprozesses abgibt.

Es bleibt jedoch zu beachten, dass auch die – eingeschränkten – **Anforderungen** an die Unzumutbarkeitsgründe **hoch** angesetzt sind entsprechend dem eigentlichen Ziel des gesetzlichen Kündigungsschutzes, nämlich der Erhaltung des Arbeitsplatzes bei unwirksamer Kündigung. Insbesondere reicht die Verteidigung der Kündigungsgründe durch den Arbeitgeber vor dem Prozess und im Kündigungsschutzprozess zur Begründung der Unzumutbarkeit regelmäßig nicht aus, wenn der Arbeitgeber sein Vorbringen, das sich möglicherweise als unrichtig oder nicht beweisbar herausstellt, in sachlicher Form ausführt. Vorsätzliche Falschausführungen, aus denen erkennbar wird, dass der Arbeitgeber unter allen Umständen die Beendigung des Arbeitsverhältnisses herbeiführen will, sind demgegenüber als Unzumutbarkeitsgründe anzusehen.

b) Beweisfragen

Die **Darlegungs- und Beweislast** für seine Auflösungsgründe trifft im Übrigen den Arbeitnehmer. 317

c) Neue Arbeitsstelle kein Auflösungsgrund

Um einem anderen, nicht selten anzutreffenden Irrtum entgegenzutreten: Die Tatsache, dass der Arbeitnehmer während des laufenden Kündigungsschutzprozesses eine anderweitige und ihm genehme neue Arbeitsstelle gefunden hat, rechtfertigt für sich allein den Auflösungsantrag nicht. Der Arbeitnehmer hat jedoch nach § 12 KSchG die Möglichkeit, nach gewonnenem Kündigungsschutzprozess innerhalb einer Frist von einer Woche nach Rechtskraft des Urteils durch schriftliche Erklärung gegenüber dem alten Arbeitgeber die weitere Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses abzulehnen. Mit Zugang dieser Erklärung endet das alte Arbeitsverhältnis mit allen Konsequenzen und ohne Abfindungsanspruch (→ Rz. 33).

7. Auflösungsantrag des Arbeitgebers

Auch der Arbeitgeber kann nach § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG den Antrag auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung stellen unter der Voraussetzung, dass Gründe vorliegen, die eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht erwarten lassen. Dabei kann und darf das Gericht nur die vom Arbeitgeber vorgetragene Auflösungsgründe berücksichtigen, auf die er sich berufen hat, nicht etwa auf sonstige Gründe, mögen sie

auch dem Gericht bekannt oder offenkundig sein (BAG v. 30.9.1976, 2 AZR 402/75, NJW 1977, 695).

Insoweit kann sich der Arbeitgeber auch auf Gründe berufen, zu denen der Personalrat/Betriebsrat nicht angehört worden ist (BAG v. 10.10.2002, 2 AZR 598/01, DB 2003, 999).

Wichtig: Der Auflösungsantrag durch den Arbeitgeber kann nur gestellt werden, wenn er eine **fristgerechte Kündigung** des Arbeitsverhältnisses ausgesprochen hat. Bei einer außerordentlichen (fristlosen) Kündigung aus wichtigem Grund durch den Arbeitgeber hat nur der Arbeitnehmer die Berechtigung zu einem Auflösungsantrag. Ein Auflösungsantrag des Arbeitgebers ist hier nach § 13 Abs. 1 KSchG ausdrücklich ausgeschlossen.

- 320 Wie lassen sich nun die **Auflösungsgründe** für den Arbeitgeber umschreiben? Insoweit ist zunächst festzuhalten, dass nach dem Ziel des Kündigungsschutzgesetzes, dem Arbeitnehmer i.S. eines Bestandsschutzes den Arbeitsplatz bei sozialwidrigen Kündigungen zu erhalten, an den Auflösungsantrag des Arbeitgebers **strenge Anforderungen** zu stellen sind (BAG v. 23.2.2010, 2 AZR 554/08, NZA 2010, 1123). Maßgeblicher **Beurteilungszeitpunkt** ist dabei der Zeitpunkt der Entscheidung über den Auflösungsantrag mit einer gebotenen Vorausschau hinsichtlich der zukünftigen Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, wobei an sich geeignete Gründe durch die zeitliche Entwicklung an Gewicht verloren haben können (BAG v. 7.3.2002, 2 AZR 158/01, DB 2003, 50).

Insoweit reichen allgemeine Redewendungen, etwa dahingehend, die Vertrauensgrundlage sei entfallen, es seien unüberbrückbare Zerwürfnisse eingetreten, ebenso wenig aus wie eine Begründung mit wirtschaftlichen oder betrieblichen Schwierigkeiten.

Demgegenüber können mit Tatsachen begründete Zweifel an der charakterlichen Festigkeit des Arbeitnehmers oder ein bedenkliches Verhalten gegenüber Arbeitskollegen und Vorgesetzten den Auflösungsantrag des Arbeitgebers stützen, insbesondere auch ein Fehlverhalten des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber im Prozess oder auch außerhalb des Prozesses, um den Ausgang des Kündigungsschutzprozesses günstig zu beeinflussen. Das Verhalten eines Prozessbevollmächtigten des Arbeitnehmers, beispielsweise seines Rechtsanwaltes oder Gewerkschaftsvertreters, kommt dagegen als Auflösungsgrund nur dann in Betracht, wenn der Arbeitnehmer sich dieses zu eigen macht und sich auch nachträglich nicht distanziert (BAG v. 23.2.2010, 2 AZR 554/08, NZA 2010, 1123).

Die **Darlegungs- und Beweislast** für die von ihm vorgebrachten Auflösungsgründe trifft im Übrigen den Arbeitgeber.

8. Auflösungsantrag bei leitenden Angestellten

- 321 Handelt es sich bei dem gekündigten Arbeitnehmer um einen leitenden Angestellten i.S.d. § 14 Abs. 2 KSchG – Geschäftsführer, Betriebsleiter

oder ähnliche Personen, soweit sie zur selbständigen Einstellung oder Entlassung von Arbeitnehmern befugt sind –, so kann der Arbeitgeber die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung **ohne irgendeine Begründung** beantragen. Das Gericht muss also bei dieser Gruppe von Angestellten dem Auflösungsantrag des Arbeitgebers, die Sozialwidrigkeit der Kündigung vorausgesetzt, in jedem Fall entsprechen und eine Abfindung festsetzen.

9. Auflösungsantrag beider Parteien

Im Kündigungsschutzprozess können selbstverständlich beide Parteien von ihrem Recht auf einen Auflösungsantrag Gebrauch machen, sei es durch gleichzeitige Abgabe entsprechender Erklärungen, sei es in zeitlichem Abstand. Insoweit ist bisher höchstrichterlich nicht entschieden, ob das Gericht auf jeden Fall das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung auflösen muss, weil dies jedenfalls beide Parteien im Ergebnis wünschen, oder ob der eine oder der andere Antrag oder gar beide zurückgewiesen werden können, weil die Voraussetzungen nicht erfüllt seien. 322

In der Praxis wird das Gericht bei wechselseitigem Auflösungsantrag jedenfalls das Arbeitsverhältnis auflösen gegen Zahlung einer Abfindung, wobei es sich bei der Höhe der Abfindung auswirken wird, welcher der Auflösungsanträge als begründet oder unbegründet erscheint, wobei zunächst der Auflösungsantrag des Arbeitnehmers zu prüfen ist, weil es sich bei dem Arbeitgeberantrag regelmäßig um einen bloßen Hilfsantrag handeln wird.

In gleicher Richtung ist es zu werten, wenn Arbeitnehmer oder Arbeitgeber den Auflösungsantrag stellen und die Gegenseite sich dem Antrag anschließt oder einen Gegenantrag stellt und damit nicht widerspricht. Auch insoweit bindet sich die gerichtliche Praxis an die übereinstimmende Auffassung beider Parteien, das Arbeitsverhältnis nicht mehr fortsetzen zu wollen. 323

Haben in einem Kündigungsschutzprozess beide Parteien einen Auflösungsantrag gestellt und löst das Arbeitsgericht daraufhin das Arbeitsverhältnis auf, so ist der Arbeitnehmer, der die Höhe der festgesetzten Abfindung nicht angreift, durch dieses Urteil nicht beschwert und seine Berufung deshalb unzulässig, auch wenn das Arbeitsgericht das Arbeitsverhältnis auf den Antrag des Arbeitgebers hin auflöst.

Der Arbeitnehmer kann in einem derartigen Fall nicht allein mit dem Ziel Berufung einlegen, seinen erstinstanzlich gestellten Auflösungsantrag zurückzunehmen und eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu erreichen (BAG v. 23.6.1993, 2 AZR 56/93, DB 1993, 2539).

10. Die Auflösungsentscheidung des Gerichts/ Auflösungszeitpunkt

Sind die dargestellten Voraussetzungen für eine Auflösungsentscheidung des Gerichts gegeben, so löst das Gericht durch Urteil das Arbeitsverhältnis auf nach § 9 Abs. 2 KSchG. 324

Bei einer ausgesprochenen **fristgerechten** Kündigung wird dabei als Auflösungszeitpunkt das Ende der ordentlichen Kündigungsfrist festgesetzt.

Wird bei einer **fristlosen** Kündigung des Arbeitgebers dem Auflösungsantrag des Arbeitnehmers entsprochen, ist als Auflösungszeitpunkt der Zugang der fristlosen Kündigung anzusetzen (§ 13 Abs. 1 Satz 4 KSchG). Hat der Arbeitgeber demgegenüber eine außerordentliche und vorsorglich eine ordentliche Kündigung ausgesprochen und kann eine außerordentliche Kündigung in eine ordentliche Kündigung umgedeutet werden, so hat es der den Auflösungsantrag stellende Arbeitnehmer in der Hand, durch entsprechende Erklärung die Auflösung des Arbeitsverhältnisses nur im Hinblick auf die ordentliche Kündigung zu beantragen. In einem solchen Fall ist das Arbeitsverhältnis wiederum zum ordentlichen Kündigungstermin aufzulösen (bei Sozialwidrigkeit der ordentlichen Kündigung) (BAG v. 25.11.1982, 2 AZR 21/81, DB 1984, 883).

11. Sonstige Auflösungsfragen

325 Mit dem rechtskräftigen Auflösungsurteil wird das Arbeitsverhältnis zu dem festgesetzten Auflösungszeitpunkt beendet. Der Arbeitnehmer hat nur bis zu diesem Auflösungszeitpunkt einen Anspruch auf **Arbeitsentgelt**, soweit die Voraussetzungen des Annahmeverzuges des Arbeitgebers gegeben sind. Für die Zeit nach dem Auflösungszeitpunkt bestehen keine Entgeltansprüche für den Arbeitnehmer. Deshalb ist auch ein **Schadenersatzanspruch** des Arbeitnehmers wegen Verlust des Arbeitsentgeltes für die Zeit nach der gerichtlichen Auflösung ausgeschlossen; hierfür erhält der Arbeitnehmer unter anderem ja die Abfindung.

Andere Schadensersatzansprüche des Arbeitnehmers werden jedoch durch die Auflösung und Abfindung nicht berührt.

12. Die Abfindungsentcheidung des Gerichts

326 Wegen der bei einem Auflösungsurteil fehlenden sozialen Rechtfertigung der Kündigung des Arbeitsverhältnisses muss das Gericht nach § 9 Abs. 1 KSchG den Arbeitgeber zur Zahlung einer Abfindung verurteilen, deren Höhe sich nach § 10 KSchG richtet. Insoweit wird auf die Darstellung zum Stichwort „Abfindung/Arbeitsrecht“ (→ Rz. 32 ff.) verwiesen.

Aufwiegelung

→ Betriebsfrieden

1. Begriffliches

327 Unter Aufwiegelung oder Agitation als Unterfälle der Störung des Betriebsfriedens oder der Treupflichtverletzung ist ein Verhalten des Arbeitnehmers zu verstehen, mit dem er seine **Arbeitskollegen zu Pflichtverletzungen oder zum Vertragsbruch** oder allgemein zu oppositionel-

lem Verhalten auffordert oder aufhetzt, beispielsweise zur Bummelarbeit oder gar zu rechtswidrigen Arbeitsniederlegungen.

Ein derartiges Verhalten stellt einen Vertragsverstoß verhaltensbedingter Art dar.

Die unzulässige Aufwiegelung ist abzugrenzen gegen die **zulässige Absprache** unter Arbeitskollegen, wie man gemeinsam gegen vermeintlich rechtswidrige oder vertragswidrige Maßnahmen des Arbeitgebers vorzugehen beabsichtigt.

2. Konsequenzen für das Arbeitsverhältnis

Die rechtswidrige Aufwiegelung berechtigt den Arbeitgeber zur Abmahnung, zur fristgerechten und bei schwerwiegendem Fehlverhalten auch zur fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Auch im Vertrauensbereich besteht grundsätzlich ein Abmahnungserfordernis (BAG v. 9.6.2011, 2 AZR 381/10, NZA 2011, 1027).

3. Checkliste

- 1. Feststellung des Aufwiegelungsverhaltens 329
- 2. Prüfung der Rechtswidrigkeit
- 3. Sicherung der Beweismöglichkeiten
- 4. Entscheidung über die zu treffende Sanktion

4. Praxishinweis

Die Abgrenzung der unzulässigen Aufwiegelung gegenüber dem zulässigen Vorgehen gegenüber Arbeitgebermaßnahmen kann im Einzelfall schwierig sein. In **Zweifelsfällen** wird man es daher bei einer **Abmahnung** belassen müssen.

Ausbildungsverhältnis/Kündigung

In Anbetracht der umfangreichen Ausführungen zu diesem Stichwort wird die folgende **Übersicht** als **Orientierungshilfe** vorangestellt.

	Rz.
1. Die Befristung des Berufsausbildungsvertrages.....	331-334
a) Vertragsgrundsätze	331-332
b) Beendigung mit Ablauf der Ausbildungszeit	333
c) Beendigung mit Bestehen der Prüfung	334-334
2. Das Schriftformgebot für die Kündigung...	335-338
a) Strenge und zwingende Formvorschriften	335
b) Zwang zur schriftlichen Begründung	336-337
c) Gesetzliche Vertretung bei Minderjährigen.....	338
3. Die Kündigung während der Probezeit.....	339-340
4. Die Berufsaufgabekündigung.....	341-342
5. Die außerordentliche Kündigung nach Ablauf der Probezeit.....	343-347
a) Der Begriff „wichtiger Grund“	343-344
b) Berechtigte Kündigungsgründe für den Arbeitgeber.....	345
c) Berechtigte Kündigungsgründe für den Auszubildenden.....	346