

Struktur des Arbeitsrechts

<u>Individualarbeitsrecht</u>	<u>Kollektives Arbeitsrecht</u>
Anspruch des AG gegen den AN oder Anspruch des AN gegen den AG Anspruch der Arbeitnehmer untereinander	Rechtsbeziehungen der arbeitsrechtlichen Koalitionen (Gewerkschaften, Arbeitgeber- verbände, Arbeitgeber) und Belegschafts- vertretungen (Betriebsräte, Sprecheraus- schüsse, Personalräte)
1. Anbahnung des AV vgl. Blatt 37: Begründung eines AV 2. Inhalt des AV 3. Übergang des AV vgl. Blatt 60: § 613 a BGB 4. Beendigung des AV vgl. Blatt 10/11: Prüfung einer Kündigungsschutzklage)	1. Tarifrecht 2. Recht der arbeitsrechtlichen Koalitionen 3. Arbeitskampfrecht (einschließlich Schlichtungsrecht) 4. Betriebsverfassungsrecht 5. Personalvertretungsrecht 6. Unternehmensmitbestimmungsrecht

Die wichtigsten arbeitsrechtlichen Gesetze im Überblick	
AEntG	Arbeitnehmer-Entsendegesetz Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen im Baugewerbe
ArbNErfG	Arbeitnehmererfindungsgesetz
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz Prozessrecht der Gerichte für Arbeitssachen
ArbPISchG	Arbeitsplatzschutzgesetz Gesetz über den Schutz des Arbeitsplatzes bei Einberufung zum Wehrdienst
ArbZG	Arbeitszeitgesetz Bestimmungen über höchstzulässige Arbeitszeiten und Mindestpausen
ArbSchG	Arbeitsschutzgesetz
ASiG	Arbeitssicherheitsgesetz
AlterszsG	Altersteilzeitgesetz
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz Bestimmungen zum Schutz von Leiharbeitnehmern
BBiG	Berufsbildungsgesetz
BErzGG	Bundeserziehungsgeldgesetz Gesetz über die Gewährung von Erziehungsgeld und Erziehungsurlaub
BEEG	Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz Gesetz über die Gewährung von Elterngeld und Elternzeit
BertrAVG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung Mindestregeln für Betriebsrenten
BeschSchG	Gesetz zum Schutz der Beschäftigten vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz
BetrAVG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung
BetrVG 1972	Betriebsverfassungsgesetz Regelung der Rechte des Betriebsrats,

	insbesondere die Mitbestimmung in <ul style="list-style-type: none"> - sozialen (§§ 87 ff BetrVG), - personellen (§§ 92 ff BetrVG) und - wirtschaftlichen (§§ 106 ff BetrVG) Angelegenheiten.
BetrVG 1952	Betriebsverfassungsgesetz §§ 76 ff BetrVG 1952 (Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat) gelten fort.
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch §§ 611 - 630
BPersVG	Bundespersönalvertretungsgesetz Wie das BetrVG regelt es die Rechte und Pflichten des Personalrats, der im öffentlichen Recht an die Stelle des Betriebsrats tritt.
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
EFZG	Entgeltfortzahlungsgesetz Entgeltfortzahlung bei Krankheit und an Feiertagen
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
HeimArbG	Heimarbeitsgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
InsO	Insolvenzordnung
JArbSchG	Jugendarbeitsschutzgesetz
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LSchIG	Ladenschlussgesetz
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz Regelungen über den Aufsichtsrat
MontanMitbestG	Montanmitbestimmungsgesetz Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie
MuSchG	Mutterschutzgesetz
NachwG	Nachweisgesetz
SeemG	Seemannsgesetz

SGB III	Sozialgesetzbuch (3. Buch) Arbeitsförderung
SGB IV	Sozialgesetzbuch (4. Buch) Allgemeine Vorschriften der Sozialversicherung
SGB V	Sozialgesetzbuch (5. Buch) Gesetzliche Krankenversicherung
SGB VI	Sozialgesetzbuch (6. Buch) Gesetzliche Rentenversicherung
SGB VII	Sozialgesetzbuch (7. Buch) Gesetzliche Unfallversicherung
SGB IX	Sozialgesetzbuch (9. Buch) Schwerbehindertenrecht
SGB XI	Sozialgesetzbuch (11. Buch) Soziale Pflegeversicherung
SprAuG	Sprecherausschussgesetz Sprecherausschüsse der leitenden Angestellten
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
TVG	Tarifvertragsgesetz
UmwG	Umwandlungsgesetz Umwandlung eines Unternehmens in eine andere Rechtsform, der Spaltung oder Teilübertragung
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
ZPO	Zivilprozessordnung findet über § 46 II ArbGG Anwendung

Rangfolge arbeitsrechtlicher Rechtsquellen

Das Verhältnis der Rechtsquellen nach dem Rangprinzip wird durch das **Günstigkeitsprinzip** modifiziert. Nach dem Günstigkeitsprinzip geht die rangniedere Rechtsquelle der höherrangigen Rechtsquelle vor, wenn sie für den Arbeitnehmer günstigere Regelungen enthält. Bei einem individualvertraglichen Verzicht auf Ansprüche aus einem Sozialplan findet das Günstigkeitsprinzip Anwendung (BAG NZA 2004, 667).

Liegt demgegenüber eine Konkurrenz auf derselben Rangstufe vor wie z.B. ein Widerspruch zwischen einem Arbeitsvertrag und einer betriebliche Übung oder ein Widerspruch zwischen Firmen- und Verbandstarifvertrag, so gelten das **Spezialitäts-** und das **Ordnungsprinzip**. Danach geht die speziellere der allgemeineren Regelung vor (Spezialitätsprinzip) und tritt die ältere Regelung hinter einer neueren Regelung zurück (Ordnungsprinzip). Das Günstigkeitsprinzip gilt dann nicht.

I. Zwingendes Gesetzesrecht

1. **Supranationales Recht**
 - Recht der europäischen Union
z.B. Art. 5 I Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9.2.1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschädigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg
 - allgemeine völkerrechtliche Verträge
2. **Verfassungsrecht:** insbes. Drittwirkung der Grundrechte
3. **Einfaches Gesetz**
4. **Rechtsverordnung**

II. Zwingende Kollektivvereinbarungen

1. **Tarifvertrag** (vgl. TVG)
schriftlicher Vertrag zwischen einem AG oder AGverband und einer Gewerkschaft zur Regelung von Rechten und Pflichten der Vertragsschließenden (**schuldrechtlicher Teil**) und zur Regelung von Inhalt, Abschluss und Beendigung von Arbeitsverhältnissen sowie von betrieblichen und betriebsverfassungsrechtlichen Fragen (**normativer Teil**).
vgl. Blatt 51: Prüfung eines tariflichen Anspruchs
2. **Betriebsvereinbarung** (insb. § 87 BetrVG)
schriftlicher Vertrag zwischen AG und BR über Angelegenheiten, die zum Aufgabenbereich des BR gehören
vgl. Blatt 52: Die Betriebsvereinbarung
3. Das **Verhältnis von Tarifvertrag zur Betriebsvereinbarung** ist in § 77 III BetrVG (Vorrang der Tarifautonomie) geregelt.

III. Arbeitsvertragliche Regelungen

Beachte § 310 IV S. 2 BGB

1. **Arbeitsvertrag**
2. **Gleichbehandlungsgrundsatz:**
Der Gl. verpflichtet den AG, alle AN gleich zu behandeln, d.h. Differenzierungen nicht willkürlich, sondern nur aus sachlichen Gründen vorzunehmen.
3. **Gesamtzusage:**
Der Arbeitgeber gibt einseitig bekannt, dass er jedem AN unter bestimmten Vor. bestimmte Leistungen gewährt.
4. **Betriebliche Übung:**
wiederholte vorbehaltlose Zahlung oder Gewährung eines sonstigen Vorteils ohne eine gesonderte Vereinbarung.
5. **Direktionsrecht**
Das Recht des AG, im Rahmen des AV die Arbeitspflicht des AN zu konkretisieren und diesem bestimmte Arbeiten zuzuweisen

IV. Dispositive Kollektivvereinbarungen

1. **Tarifvertrag**
2. **Betriebsvereinbarung**

V. Abdingbares Gesetzesrecht

Rechtsmittel im Arbeitsprozess

I. Begriff des Rechtsmittels:

Besondere Art von Rechtsbehelfen, die sich auszeichnen durch

<p style="text-align: center;">Suspensiveffekt</p> <p>= Hemmung des Eintritts der formellen Rechtskraft, §§ 64 VI, 72 V ArbGG i.V.m. § 705 S. 2 ZPO</p>	u n d	<p style="text-align: center;">Devolutiveffekt</p> <p>= bringt die Sache in die nächst höhere Instanz</p>
--	-------------	--

II. Arten:

1. Berufung, §§ 64 ff ArbGG
2. Revision, §§ 72 ff ArbGG
3. (sofortige) Beschwerde, § 78 ArbGG:
wird trotz Einschränkung des Suspensiv-effekt in § 570 I ZPO zu den Rechtsmitteln gezählt

III. Zulässigkeit der Rechtsmittel:

Keine Sprungrevision möglich § 72 V ArbGG

	Berufung	Revision
Statthaftigkeit	§ 64 ArbGG: gegen Urteile des Arbeitsgerichts , sofern sie gemäß § 64 II ArbGG a) Zugelassen wurden oder b) in vermögensrechtlichen Streitigkeiten 600 Euro übersteigen oder c) in Rechtsstreitigkeiten über das Bestehen, das Nichtbestehen oder die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses. d) Gegen 2. Versäumnisurteil	§ 72 ArbGG: gegen Endurteile des LAG , sofern sie zugelassen wurde.
2. RM-Berechtigter	Bei Vorliegen einer Beschwerde für den Rechtsmittel-Führer, d.h., gegeben bei Belastung durch die angefochtene Entscheidung	
3. Prozessvertretung	§ 11 II ArbGG Gewerkschafts- bzw. Verbandsvertreter Rechtsanwalt	§ 11 II ArbGG Rechtsanwalt
4. Form	§ 64 VI ArbGG i.V.m. § 518 ZPO Einreichung einer Berufungsschrift beim LAG (iudex ad quem)	§ 72 V ArbGG i.V.m. § 553 ZPO Einreichung einer Revisionschrift beim BAG (iudex ad quem)
5. Frist	§ 66 ArbGG: 1 Monat	§ 74 ArbGG: 1 Monat
6. Begründung	Begründung nötig gemäß § 64 VI ArbGG i.V.m. § 520 ZPO	Begründung nötig gemäß § 72 V ArbGG i.V.m. § 551 ZPO
7. Frist	§ 66 ArbGG 2 Monate ab Zustellung des Urteils	§ 74 I 2 ArbGG 2 Monate ab Zustellung des Urteils

Prüfung einer Kündigungsschutzklage

A. Zulässigkeit der Klage

- | |
|---|
| I. Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten: § 2 I Nr. 3 b) i.V.m. § 8 ArbGG
vgl. Blatt 6 |
| II. Instanzielle Zuständigkeit: § 8 ArbGG |
| III. Örtliche Zuständigkeit:
§ 46 II ArbGG i.V.m. §§ 12 ff. ZPO, 7 BGB; insb. § 29 ZPO |
| IV. Verfahrensart: Urteilsverfahren nach § 2 V ArbGG |
| V. Klageart: Feststellungsklage nach § 46 II ArbGG i.V.m. § 256 ZPO |
| VI. Feststellungsinteresse: § 256 ZPO i.V.m. §§ 4 ,7 ,13 I KSchG |
| VII. Ordnungsgemäße Klageerhebung: § 46 II ArbGG i.V.m. § 253 ZPO (Anwaltszwang nach Maßgabe des § 11 ArbGG) |
| VIII. Partei- und Prozessfähigkeit: § 46 II ArbGG i.V.m. §§ 50, 51 ZPO, 10 ArbGG |

B. Begründetheit der Klage

Die Klage ist begründet, wenn das Arbeitsverhältnis weiter fortbesteht. Das ursprünglich bestehende Arbeitsverhältnis könnte durch die Kündigung vom..... beendet worden sein.

I. Ordnungsgemäße Kündigungserklärung

u.U. Umdeutung einer außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche Kündigung nach § 140 BGB

1. **Schriftformerfordernis** für alle Kündigungen nach § 623 BGB (auch für den Auflösungsvertrag)
2. **schriftliche Begründung:** bei der ordentlichen Kündigung bei Erhebung der Kündigungsschutzklage analog § 626 II 3 BGB; bei der außerordentlichen Kündigung § 626 II 3 BGB (löst nur Schadensersatz aus, ist keine Wirksamkeitsvoraussetzung)
3. **Kündigungsfrist** bei einer ordentlichen Kündigung: **§ 622 BGB**

a) Kündigungsfristen für Arbeiter und Angestellte

Es gibt keine unterschiedlichen Kündigungsfristen für Arbeiter und Angestellten mehr. Die gesetzlichen Kündigungsfristen der §§ 621 - 625 BGB gelten nur, wenn einzelvertraglich keine abweichende Kündigungsfrist vereinbart wurde. Dabei ist jedoch zu beachten, dass kürzere als die in § 622 I BGB genannten Kündigungsfristen nur unter den besonderen Voraussetzungen des § 622 V BGB vereinbart werden können. Ferner gelten für den Arbeitgeber gemäß § 622 II BGB u.U. längere Kündigungsfristen als für den Arbeitnehmer gemäß § 622 I BGB. Gemäß § 622 III BGB kann während einer im Arbeitsvertrag vereinbarten Probezeit von längstens sechs Monaten das Arbeitsverhältnis beiderseits mit einer Frist von zwei Wochen gekündigt werden. Gemäß § 622 IV BGB können durch Tarifvertrag abweichende

Kündigungsregelungen getroffen werden. Gemäß § 622 VI BGB dürfen für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer keine längeren (wohl aber kürzere) Kündigungsfristen als für den Arbeitgeber vereinbart werden.

b) Sonderkündigungsfrist im Insolvenzverfahren

Eine Sonderkündigungsfrist findet sich in § 113 I 2 InsO. Danach beträgt die Kündigungsfrist 3 Monate zum Monatsende, wenn nicht eine kürzere Frist maßgeblich ist.]

c) außerordentliche Kündigung

Bei einer außerordentlichen Kündigung muss die Ausschlussfrist des **§ 626 II 1 BGB** (2-Wochenfrist) beachtet worden sein. Fristlauf wird nicht gehemmt durch Anhörungsfrist des Betriebsrats.

II. Anhörung des Betriebsrates: § 102 BetrVG

Frist:

außerordentliche Kündigung: unverzüglich spätestens jedoch innerhalb von 3 Tagen; § 102 II 3 BetrVG

ordentliche Kündigung: spätestens innerhalb einer Woche § 102 II 1 BetrVG

Bei einer fehlerhaften Beschlussfassung des Betriebsrates führen Mängel, die im Verantwortungsbereich des Betriebsrates entstehen, grundsätzlich nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung wegen fehlerhafter Anhörung, auch wenn der Arbeitgeber im Zeitpunkt der Kündigung weiß oder erkennen kann, dass der Betriebsrat die Angelegenheit nicht fehlerfrei behandelt hat (zu einer innerhalb sehr kurzer Zeit herbeigeführten Zustimmung BAG, NJW 2003, 3076). Stimmt jedoch ein anwesendes Betriebsratsmitglied spontan dem Kündigungsantrag des Arbeitgebers zu, konnte auch der Arbeitgeber erkennen, dass eine wirksame Zustimmung nicht vorgelegen hat, so dass das Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG fehlerhaft war und zur Unwirksamkeit der Kündigung führt.

III. kein Ausschluss der Kündigung: § 9 I S. 1 MuSchG; §§ 85, 90 SGB IX, § 15 KSchG; § 18 BEEG, § 2 ArbPISchG, § 78 ZDG, § 613 a IV 1 BGB

IV. Allgemeiner Kündigungsschutz nach dem KSchG

1. **Anwendbarkeit des KSchG** vgl. Bl.12
2. **Beachtung der materiell-rechtlichen Ausschlussfrist nach § 4 KSchG (evtl. in Verbindung mit § 13 KSchG)** vgl. Bl. 16
 - Berechnung der 3-Wochen-Frist nach §§ 130, 187 I, 188 II BGB (nach h.M. keine Anwendbarkeit des § 85 II ZPO bei Anwaltsverschulden)
 - Bei Fristüberschreitung § 5 KSchG beachten.
3. **Sozialwidrigkeit der Kündigung nach § 1 KSchG/oder wichtiger Grund im Sinne des § 626 BGB**

Zu unterscheiden sind die personen-, die verhaltens- und die betriebsbedingte Kündigung. vgl. Bl. 19-24

Die Anwendbarkeit des KSchG

I. persönliche Anwendbarkeit, § 1 I KSchG

Arbeitnehmer muss mehr als 6 Monate in dem Betrieb tätig sein.

Maßgeblich für den Beginn der sechsmonatigen Wartezeit des § 1 I KSchG ist der Beginn des Arbeitsverhältnisses, nicht die Aufnahme der Beschäftigung. Der Beginn der Wartezeit wird daher weder durch eine Erkrankung des Arbeitnehmers noch den Annahmeverzug des Arbeitgebers hinausgeschoben.

Tatsächliche Unterbrechungen (z.B. Urlaub, Streik) des Arbeitsverhältnisses während der Wartezeit sind unerheblich, nicht dagegen rechtliche Unterbrechungen, die den Eintritt des Kündigungsschutzes also verhindern.

Etwas anderes kann aber bei engem zeitlichem und sachlichem Zusammenhang mehrerer Arbeitsverhältnisse gelten. § 1 I KSchG ordnet an, dass der Schutz des KSchG vor sozial ungerechtfertigten Kündigungen erst einsetzt, wenn das Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen rechtlich ohne Unterbrechung länger als 6 Monate bestanden hat. Nach dem bloßen Wortlaut des Gesetzes wäre für die Wahrung der Frist jede rechtliche Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses schädlich. Nach Sinn und Zweck des Gesetzes sind indessen auf die Wartezeit nach § 1 I KSchG Zeiten eines früheren Arbeitsverhältnisses mit demselben Arbeitgeber anzurechnen, wenn zwischen beiden Arbeitsverhältnissen ein enger sachlicher Zusammenhang besteht.

Für die Frage, ob die Kündigung noch innerhalb der Wartezeit erfolgt ist, ist der Zugang der Kündigung maßgeblich, nicht der Termin, zu dem die Kündigung wirken soll (BAG AP Nr. 8 zu § 611 Treuepflicht). Freilich kann bei kurz vor Fristablauf ausgesprochener Kündigung der Gedanke des Rechtsmissbrauchs eingreifen. Ausnahmsweise kann in entsprechender Anwendung des § 162 BGB der Arbeitnehmer so zu behandeln sein, als wäre die Wartezeit bereits erfüllt, wenn der Arbeitgeber die Kündigung nur ausspricht, um entgegen dem Grundsatz von Treu und Glauben den Eintritt des allgemeinen Kündigungsschutzes zu vereiteln. Zu berücksichtigen bleibt dabei, dass nach dem Wortlaut sowie nach Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung des § 1 I KSchG der Arbeitgeber während der gesamten Wartezeit frei kündigen kann.

Die Wartezeit ist betriebs- und unternehmens-, nicht aber konzernbezogen. Eine bereits sechsmonatige Beschäftigung in einem anderen Konzernunternehmen genügt also nicht.

II. betriebliche Anwendbarkeit, § 23 KSchG

Die Kündigungsschutzregelungen gelten nicht für Betriebe und Verwaltungen, in denen in der Regel fünf oder weniger Arbeitnehmer ausschließlich der zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten beschäftigt werden.

Sofern das betreffende Arbeitsverhältnis jedoch vor dem 31.12.2003 begonnen hat, kommt es darauf an, ob zehn oder weniger Arbeitnehmer ausschließlich der zu ihrer Berufsbildung werden. Diese Regelung wurde vor dem Hintergrund getroffen, dass die Anzahl der erforderlichen Arbeitnehmer zahlreichen Änderungen unterworfen war.

Bei der Feststellung der Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer nach sind teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer

- mit einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von nicht mehr als 20 Stunden mit 0,5
- und nicht mehr als 30 Stunden mit 0,75 zu berücksichtigen.

III. Sonderregelungen, § 14 KSchG

Die Bestimmungen des 1. Abschnitts des KSchG gelten gemäß § 14 I KSchG nicht für Organe von juristischen Personen (Vorstand der AG, eG, Geschäftsführer der GmbH) und den vertretungsberechtigten Gesellschaftern von Personengesellschaften. Dagegen ist das KSchG gemäß § 14 II KSchG auf leitende Angestellte, die zur selbständigen Einstellung oder Entlassung von Arbeitnehmern berechtigt sind, anzuwenden (mit Ausnahme von § 3 KSchG).

Abgrenzung des Arbeitnehmers vom freien Mitarbeiter

Jeder Arbeitsvertrag ist ein Dienstvertrag. Deshalb ist in Problemfällen zunächst zu prüfen, ob ein solcher vorliegt.

I. Unter einem Dienstvertrag versteht man jede entgeltliche Leistung von Diensten für einen anderen auf privatrechtlicher vertraglicher Grundlage:

Dienstvertrag nach § 611 BGB:	Abgrenzung zu:
Entgeltliche Leistung	Unentgeltliche Tätigkeit (Auftrag § 662 BGB)
Diensten	Werkvertrag nach § 631 BGB
Für einen anderen	Gesellschaft
Privatrechtlich	Öffentlich-rechtlichen Tätigkeit (Beamter, Richter)
Auf vertraglicher Grundlage	Auf gesetzlicher Grundlage z.B. Strafgefangenen, § 1619 BGB

II. Liegt ein Dienstvertrag vor, so ist in einem zweiten Schritt abzugrenzen, ob ein Arbeitsvertrag oder ein freier Mitarbeitervertrag gegeben ist. Dabei ist ausschließlich der arbeitsrechtliche Arbeitnehmerbegriff maßgeblich. Bis heute ist dieser im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. Er ergibt sich aber aus einem Umkehrschluss aus § 84 I 2 HGB:

Arbeitsrechtlicher Arbeitnehmerbegriff § 84 I 2 HGB im Umkehrschluss	
1. Freier Mitarbeiter	2. Arbeitnehmer
1. Fehlende oder geringe Weisungsgebundenheit	1. Ausgeprägte Weisungsgebundenheit
2. Keine Eingliederung in den Betrieb	2. Eingliederung in den Betrieb
3. Arbeit für mehrere Dienstherrn	3. Ganze Arbeitskraft
Unmaßgeblich sind damit:	
<ul style="list-style-type: none"> - Behandlung vergleichbarer Mitarbeiter - Art der Entlohnung - Bezeichnung als freier Mitarbeiter „falsa demonstratio non nocet“ - Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen und Lohnsteuer - Führung von Personalunterlagen - Vergütungszahlung im Krankheitsfall und bezahlter Erholungsurlaub - Aushändigung von Arbeitspapieren wie z.B. Versicherungsheft oder Lohnsteuerkarte 	
<p>Seit dem zweiten Gesetz für moderne Dienstleistung am Arbeitsmarkt (Hartz II) vom 23.12.02 BGBl. I, 4621 gelten nunmehr grundsätzlich alle Personen, die einen Existenzgründungszuschuss beantragen, für die Dauer des Bezugs des Zuschusses als selbstständig Tätige. Die BfA kann auf Antrag weiterhin prüfen, und darüber entscheiden, ob im Einzelfall ein Arbeitnehmerverhältnis oder eine selbstständige Tätigkeit vorliegt</p>	

Weitere Abgrenzungsfragen

I. Unterscheidung Arbeiter und Angestellte

Die Unterscheidung zwischen Arbeitern und Angestellten stellt auf die Natur der ausgeübten Tätigkeit ab. Während der **Angestellte überwiegend kaufmännische, büromäßige oder sonst vorwiegend geistige Tätigkeit** ausübt, arbeitet der **Arbeiter weitestgehend körperlich**.

Die Abgrenzung ihre Bedeutung verloren. Weder für die Rentenversicherung noch für Kündigungsfristen o.ä. ist die Unterscheidung noch länger von Bedeutung. Einzig in einigen Tarifverträgen ist die Differenzierung noch enthalten, wird allerdings auch dort zunehmend abgebaut.

II. leitende Angestellte

Der Begriff des leitenden Angestellten wird in den verschiedenen arbeitsrechtlichen Gesetzen mit zum Teil nicht völlig deckungsgleichem Inhalt verwandt. Typischerweise müssen drei Merkmale erfüllt sein, damit einem Arbeitnehmer die Eigenschaft als leitender Angestellter zukommt (vgl. § 5 III BetrVG).

1. Er muss regelmäßig sonstige Aufgaben wahrnehmen, die für den **Bestand** und die **Entwicklung** des Unternehmens oder eines Betriebs **von Bedeutung** sind. Dies ist insbesondere der Fall, wenn er
 - zur **selbständigen Einstellung und Entlassung** von im Betrieb oder in der Betriebsabteilung beschäftigten Arbeitnehmern berechtigt ist oder
 - **Generalvollmacht** oder **Prokura** hat und die Prokura auch im Verhältnis zum Arbeitgeber nicht unbedeutend ist.
2. Die Aufgabenerfüllung muss **besondere Erfahrungen und Kenntnisse** voraussetzen.
3. Er muss dabei entweder die **Entscheidungen im Wesentlichen frei** von Weisungen treffen oder sie maßgeblich beeinflussen. ; dies kann auch bei Vorgaben insbesondere aufgrund von Rechtsvorschriften, Plänen oder Richtlinien sowie bei Zusammenarbeit mit anderen leitenden Angestellten gegeben sein

Darüber hinaus ist nach § 5 IV BetrVG leitender Angestellter, wer

- aus Anlass der letzten Wahl des Betriebsrats, des Sprecherausschusses oder von Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer oder durch rechtskräftige gerichtliche Entscheidung den **leitenden Angestellten zugeordnet** worden ist oder
- einer **Leitungsebene angehört**, auf der in dem Unternehmen überwiegend leitende Angestellte vertreten sind, oder
- ein **regelmäßiges Jahresarbeitsentgelt** erhält, das für leitende Angestellte in dem Unternehmen **üblich** ist, oder,
- falls auch bei der Anwendung der Nummer 3 noch Zweifel bleiben, ein regelmäßiges Jahresarbeitsentgelt erhält, welches für das Jahr 2008 **89.460,00 € Jahresentgelt** überschreitet.

Soweit jemand nach § 5 III, IV SGB IV leitender Angestellter ist, gilt für ihn nach § 18 I Nr. 1 ArbZG das **Arbeitszeitgesetz** nicht und der **Kündigungsschutz** ist gem. § 14 II KSchG schwächer ausgestaltet. Im **Mitbestimmungsgesetz** finden sich in § 15 MitbestG Sonderregelungen. Leitende Angestellte sind nur auf Arbeitgeberseite als ehrenamtliche Richter bei den Arbeits- und Sozialgerichten tätig (§§ 22 II Nr. 2, 37 II, 43 III ArbGG).

III. Arbeitnehmerähnliche Personen

Darüber hinaus fallen unter § 5 ArbGG auch insbesondere die Personen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit als **arbeitnehmerähnliche Personen** anzusehen sind.

Arbeitnehmerähnliche Personen sind **Selbständige**. Sie unterscheiden sich von Arbeitnehmern durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit. Arbeitnehmerähnliche Personen sind - in der Regel wegen ihrer fehlenden oder gegenüber Arbeitnehmern geringeren Weisungsgebundenheit, oft auch wegen fehlender oder geringerer Eingliederung in eine betriebliche Organisation - in wesentlich geringerem Maße persönlich abhängig als Arbeitnehmer. **An die Stelle der persönlichen Abhängigkeit tritt das Merkmal der wirtschaftlichen Abhängigkeit bzw. wirtschaftlichen Unselbständigkeit.** Außerdem muss der wirtschaftlich Abhängige seiner gesamten sozialen Stellung nach einem Arbeitnehmer vergleichbar schutzbedürftig sein (BAG NJW 1997, 2404, 1724; BAG NJW 1996, 3293).

Arbeitnehmerähnliche Personen sind rentenversicherungspflichtig. Hierfür hat der Gesetzgeber in § 2 S. 1 Nr. 9 SGB VI eine Definition getroffen:

- Personen, die im Zusammenhang mit ihrer selbständigen Tätigkeit regelmäßig keinen versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigen, und
- auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig sind.

Nach § 2 S. 2 BUrlG, § 2 II Nr. 3 ArbSchG, § 6 I Nr. 3 AGG, § 12a TVG gelten arbeitnehmerähnliche Personen als Arbeitnehmer. Im Übrigen ist das Arbeitsrecht auf sie nicht anwendbar.

Die Ausschlussfrist nach § 4 KSchG

I. Probleme beim Fristbeginn

1. Zugang bei Einschreiben

Ein Einschreiben ist erst mit der Aushändigung des Originalschreibens durch die Post zugegangen, denn vorher ist die Willenserklärung nicht in den Machtbereich des Empfängers gelangt. Der im Briefkasten des Empfängers befindliche Benachrichtigungszettel versetzt ihn nur in die Lage, das Schreiben in seinen Machtbereich zu bringen.

Holt der Arbeitnehmer das Einschreiben innerhalb der ihm von der Post mitgeteilten Aufbewahrungsfrist ab, so handelt er regelmäßig nicht treuwidrig, wenn er die dreiwöchige Klagefrist nach § 4 KSchG von dem Tag der Abholung an berechnet (BAG, ZIP 1996, 1795).

2. Zugang bei urlaubsbedingter Abwesenheit

Erhält der AN in seinem Urlaub eine Kündigung bejaht das BAG (NJW 1989, 606, 2213) den Zugang der Kündigung mit Einwurf in den Briefkasten bzw. der üblichen Kenntnisnahme am nächsten Morgen, selbst dann, wenn der AN sich im Ausland aufhält und der AG dies weiß. Für § 130 BGB müsse wie auch im übrigen BGB auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme nach den gewöhnlichen Verhältnissen abgestellt werden, nicht auf subjektive Besonderheiten. Anderenfalls könne der AG u.U. auch in Schwierigkeiten geraten, die Fristen der §§ 626 I bzw. 622 BGB zu wahren. Unbilligkeiten könnten über § 5 KSchG ausgeglichen werden.

II. Zurechnung von Anwaltsverschulden bei versäumter Klagefrist

Umstritten ist hingegen, ob dem Arbeitnehmer bei versäumter Klagefrist das **Anwaltsverschulden** zuzurechnen ist (§§ 5 KSchG, 85 II ZPO, 278 BGB).

1. § 85 II ZPO

- a) Nach h.M. (LAG Köln, BB 1994, 1990) ist **§ 85 II ZPO über § 46 II 1 ArbGG direkt anwendbar**, da § 4 KSchG dem gekündigten Arbeitnehmer eine Frist zur Klage und damit zur Vornahme einer Prozesshandlung setze.
- b) Die a.A. (LAG Hamm, MDR 1972, 361; LAG Hamm, MDR 1994, 811; LAG Hamm, MDR 1996, 1158) stellt **nur auf das Verschulden des Arbeitnehmers** ab. Hierfür führt sie folgende Gründe an:
 - aa) Da § 4 KSchG eine **materiell-rechtliche Ausschlussfrist** anordne, deren Versäumnis die Kündigungsschutzklage unbegründet mache (§§ 7, 13 I 2 KSchG), scheidet eine prozessuale Verschuldenszurechnung über § 85 II ZPO aus.
 - bb) Ferner **kenne die ZPO ihrerseits keine Klagefrist**. Innerhalb der ZPO gebe es keinen der Regelung des § 4 KSchG vergleichbaren Anwendungsfall des § 85 II ZPO.
 - cc) Zudem könne der mit der Klageerhebung beauftragte Vertreter des Arbeitnehmers, bevor nicht die Klage bei Gericht anhängig geworden sei, **nicht als Prozessbevollmächtigter** im Sinne des § 85 II ZPO angesehen werden. Prozessbevollmächtigter im Sinne der §§ 78 ff. ZPO ist nur, wer als Vertreter des Klägers wirksam ein Prozessrechtsverhältnis begründet hat. Ein solches wiederum entsteht erst mit Klageerhebung. Das außer- und vorprozessuale Verhalten des künftigen Prozessvertreters ist dem Vertretenen nicht über § 85 II ZPO zuzurechnen.

2. § 278 BGB

Auch eine Zurechnung des Vertreterverschuldens über § 278 BGB aus einem nachvertraglichen Schuldverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer innerhalb dessen jede Seite für die Pflichtverletzung ihrer Erfüllungsgehilfen einzustehen hat, scheidet aus. Das Erfordernis der Fristwahrung nach § 4 KSchG ist nämlich keine aus dem beendeten oder andauernden Arbeitsverhältnis resultierende Pflicht oder Obliegenheit des Arbeitnehmers (LAG Hamm, MDR 1996, 1158; a.A. Rieble, Anm. zu LAG Hamm, LAGE Nr. 65 zu § 5 KSchG).

Verhaltens-/personenbedingte Kündigung

I. Verhaltsbedingte Kündigung

Von einer verhaltensbedingten Kündigung spricht man, wenn die Kündigung auf Umstände zurückzuführen ist, die auf einer **freien Entscheidung** des Arbeitnehmers beruhen.

Die verhaltensbedingte Kündigung ist an **zwei Voraussetzungen** geknüpft:

- Verstoß gegen eine arbeitsvertragliche Haupt- oder Nebenpflicht
- Individuelle Einzelfallregelung: Berücksichtigung der Abmahnung § 314 II BGB (entsprechend auf die ordentliche Kündigung anwendbar)

Neben den unterschiedlichen Voraussetzungen ergibt sich eine Besonderheit beim Verhältnismäßigkeitsprinzip. Für die **verhaltensbedingte Kündigung ist grundsätzlich eine Abmahnung** erforderlich

Eine Abmahnung ist nicht nur im Leistungsbereich, sondern auch im Vertrauensbereich erforderlich, wenn der AN mit vertretbaren Gründen annehmen konnte, sein Verhalten sei nicht vertragswidrig oder werde vom Arbeitgeber zumindest als ein nicht erhebliches, den Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdendes Fehlverhalten angesehen.

II. Personenbedingte Kündigung

Demgegenüber macht ein personenbedingter Kündigungsgrund dem Arbeitnehmer die Arbeitsleistung unmöglich aus einem Umstand, der sich aus der Person des Arbeitnehmers selbst ergibt, der für ihn also grundsätzlich nicht zur freien Disposition steht.

Die personenbedingte Kündigung ist an **drei Voraussetzungen** geknüpft:

- Negative Prognose des personenbedingten Kündigungsgrundes (z.B. negative Gesundheitsprognose: AN war schon 24 Monate krank und wird zukünftig mindestens 8 Monate krank sein; hierzu BAG, NJW 2000, 893)
- Unzumutbare Beeinträchtigung betrieblicher Interessen des Arbeitgebers in Gestalt von Betriebsablaufstörungen oder erheblichen wirtschaftlichen Belastungen
- einzelfallbezogene Interessenabwägung

Neben den unterschiedlichen Voraussetzungen ergibt sich eine Besonderheit beim Verhältnismäßigkeitsprinzip. Bei einer **personenbedingten Kündigung ist eine Beschäftigungsmöglichkeit an einem anderen Arbeitsplatz** zu prüfen.

III. Problemfälle

1. Alkoholkonsum

Die Abgrenzung personenbedingte/verhaltensbedingte Kündigung wird auch beim **Alkoholkonsum** relevant. Die Rechtsprechung grenzt dabei danach ab, ob der Arbeitnehmer alkoholabhängig ist oder nicht (BAG, BB 1987, 1815).

- a) Sofern **keine Abhängigkeit** besteht, kann verhaltensbedingt gekündigt werden, da der Alkoholenuss steuerbar und somit selbst bestimmt war. Kündigungsgrund ist der Verstoß gegen die arbeitsvertragliche Nebenpflicht, die eigene Arbeitsfähigkeit nicht durch privaten Alkoholkonsum zu beeinträchtigen.
- b) Demgegenüber soll bei **alkoholabhängigen Arbeitnehmern** nur eine personenbedingte Kündigung in Frage kommen, da die Rechtsprechung Alkoholismus als Krankheit im arbeitsrechtlichen Sinne anerkennt (BAG, DB 1980, 1446).

kritisch zu dieser Einteilung Gottwald, NZA 1997, 635 aufgrund folgender Überlegung:

Bei personenbedingter Kündigung wird der Arbeitgeber, der eine erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen nicht darlegen kann, i.d.R. unterliegen, während er einem nicht alkoholabhängigen Arbeitnehmer leichter kündigen kann, da er nach erfolgter Abmahnung verhaltensbedingt kündbar ist, ohne dass eine unzumutbare Beeinträchtigung der Arbeitgeberinteressen zwingend dargetan sein muss. Damit wird der alkoholabhängige Arbeitnehmer privilegiert. Deshalb verlangt Gottwald, dass die fehlende Therapiebereitschaft eines therapiefähigen alkoholkranken Arbeitnehmers einen verhaltensbedingten Kündigungsgrund darstellt.

2. Ordentliche verhaltens- oder personenbedingte Kündigung wegen Minderleistung (BAG NJW 2004, 2545)

Auf Pflichtverletzungen beruhende Minderleistungen des Arbeitnehmers können geeignet sein, eine ordentliche Kündigung aus **verhaltensbedingten Gründen** zu rechtfertigen. Der Arbeitnehmer muss unter angemessener Ausschöpfung seiner persönlichen Leistungsfähigkeit arbeiten.

Kennt der Arbeitgeber lediglich die objektiv messbaren Arbeitsergebnisse, so genügt er im Kündigungsschutzprozess seiner Darlegungslast, wenn er Tatsachen vorträgt, aus denen ersichtlich ist, dass die Leistungen des Arbeitnehmers deutlich hinter denen vergleichbarer Arbeitnehmer zurückbleiben, also die Durchschnittsleistung erheblich unterschreiten. Alsdann ist es Sache des Arbeitnehmers, hierauf zu entgegnen, zum Beispiel darzulegen, warum er mit seiner deutlich unterdurchschnittlichen Leistung dennoch seine persönliche Leistungsfähigkeit ausschöpft. Trägt der Arbeitnehmer derartige Umstände nicht vor, gilt das schlüssige Vorbringen des Arbeitgebers als zugestanden (§ 138 III ZPO). Es ist dann davon auszugehen, dass der Arbeitnehmer seine Leistungsfähigkeit nicht ausschöpft.

Eine **personenbedingte Kündigung** wegen Minderleistungen setzt nicht voraus, dass der Arbeitnehmer gegen die subjektiv zu bestimmende Leistungspflicht verstößt. Es kommt darauf an, ob die Arbeitsleistung die berechtigte Erwartung des Arbeitgebers von der Gleichwertigkeit der beiderseitigen Leistungen in einem Maße unterschreitet, das ihm ein Festhalten an dem unveränderten Arbeitsvertrag unzumutbar wird.

3. Kopftuchfälle

Mit dem Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 7, 198, 204) und der h.L. wirken die Grundrechte auf die Rechtsbeziehung der Privatsubjekte mittelbar über die auslegungsfähigen und ausfüllungsbedürftigen Begriffe und Generalklauseln des Privatrechts ein. Diesen Schlüssel stellen die zivilrechtlichen Generalklauseln der §§ 134, 138, 242, 315 BGB dar. Lediglich Art. 9 III 2 GG wirkt unmittelbar.

Zur Abwägung der Grundrechte auch bei einer Kündigung wegen Tragens eines islamischen Kopftuchs BAG NJW 2003, 1685, Bartz, JA 2003, 622; Bittner, Jura 2004, 39. Hier wurde allerdings nur von einem verhaltensbedingten Kündigungsgrund ausgegangen. Ein personenbedingter Kündigungsgrund könnte nur dann vorliegen, wenn die Arbeitsleistung der Arbeitnehmerin durch das Tragen des Kopftuchs unmöglich gemacht oder in relevanter Weise behindert würde (z.B. Trägt die Arbeitnehmerin eine Burka, also eine Ganzkörperverhüllung, so verliert sie ihre Eignung und Fähigkeit zur Erbringung ihrer vertraglich geschuldeten Leistung, da ein Verkaufsgespräch nicht im normalen Maße möglich wäre).

Der Arbeitnehmerin war es aber mit Kopftuch möglich, ihre Arbeitsleistung zu erbringen. Mittelbare wirtschaftliche Nachteile infolge negativer Kundenreaktionen bleiben für die Frage eines personenbedingten, nicht aber eines verhaltensbedingten Kündigungsgrundes außer Betracht.

Im Rahmen der Güterabwägung zur Herstellung praktischer Konkordanz hat das Unternehmergrundrecht aus Art. 12 I GG nach Ansicht des BAG gegenüber dem Grundrecht der Glaubensfreiheit der Arbeitnehmerin aus Art. 4 GG nur Gewicht, wenn die grundrechtlich geschützte Betätigungsfreiheit des Unternehmens durch wirtschaftliche Einbußen infolge negativer Kundenreaktionen nachhaltig beeinträchtigt ist. Die Betroffenheit durch die Beschränkung des unternehmerischen Handlungsspielraumes selbst, etwa bei der Durchsetzung einer zulässigen Kleiderordnung, fällt nach Ansicht des BAG nicht ins Gewicht.

Die Richtlinie 2000/78/EG (Antidiskriminierungsrichtlinie) erfordert es nicht, an dieser Rechtsprechung etwas zu ändern. Sie verschärft den Maßstab nicht zu Lasten des Arbeitgebers. Insbesondere ist die Schwelle nachhaltiger Betroffenheit nicht erst bei einer Bestandsgefährdung des Unternehmens erreicht.]

Damit handelt es sich nicht um eine verhaltensbedingte-, sondern um eine personenbedingte Kündigung. Entscheidend ist damit nicht eine Abmahnung (zur Abmahnung nach der Schuldrechtsreform für die außerordentliche Kündigung § 314 II BGB - analog auf die ordentliche Kündigung -)

Weiterbeschäftigungsanspruch

I. Anspruch auf Weiterbeschäftigung

1. Anspruch aus § 102 V BetrVG

Hiernach besteht ein Weiterbeschäftigungsanspruch bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits, wenn der Betriebsrat einer ordentlichen Kündigung frist- (Wochenfrist) und ordnungsgemäß aus einen der in Absatz 3 aufgeführten Widerspruchsgründen widersprochen und der Arbeitnehmer nach dem Kündigungsschutzgesetz Klage auf Feststellung erhoben hat.

2. allgemeiner Weiterbeschäftigungsanspruch

Die Rechtsprechung (BAG NJW 1985, 2968) und die h.L. bejahen grundsätzlich einen Weiterbeschäftigungsanspruch. Dieser folge entweder aus der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte über § 242 BGB (Art. 1, 2 GG) oder aus § 611 BGB.

Das BAG hat hierzu folgende Grundsätze aufgestellt:

Ein Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers besteht wenn,

- a) der Arbeitnehmer Kündigungsschutzklage erhebt
- b) der Arbeitnehmer die Weiterbeschäftigung verlangt
- c) die Kündigung offensichtlich unwirksam ist oder

z.B. Nichtanhörung des Betriebsrates nach § 102 BetrVG, Fehlen der Zustimmung nach §§ 85, 91 SGB IX, § 9 I, III, MuSchG; Formnichtigkeit nach §§ 125, 623 BGB

- d) ein nicht rechtskräftiges Instanzurteil existiert, in dem die Unwirksamkeit der Kündigung festgestellt wurde, es sei denn, dass sich aus zusätzlichen Umständen im Einzelfall ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers ergebe, den Arbeitnehmer nicht zu beschäftigen.

II. Inhalt der Weiterbeschäftigung

Bei Bestehen des Weiterbeschäftigungsanspruches ist der Arbeitnehmer bei unveränderten Arbeitsbedingungen weiter zu beschäftigen. Bei enger Interpretation müsste A also an ihrem alten Arbeitsplatz in der Kriegswaffenabteilung weiterbeschäftigt werden. Ein solches Verständnis der Weiterbeschäftigung wird aber dem Arbeitnehmerinteresse nicht gerecht. Nach dem Sinn des Weiterbeschäftigungsanspruches kann dieser nur so zu verstehen sein, dass der Arbeitnehmer so zu stellen ist, als ob nicht gekündigt worden wäre.

Wäre A nicht gekündigt worden, hätte sie einen Anspruch auf Beschäftigung in der Abteilung, die große Maschinen für die Industrie produziert.

Das Begehren der A ist folglich begründet.

III. Rückabwicklung eines Weiterbeschäftigungsanspruches

Wird der Arbeitnehmer weiterbeschäftigt und stellt sich später die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum früheren Zeitpunkt als wirksam heraus ist problematisch, wie ein Weiterbeschäftigungsverhältnis rückabzuwickeln ist.

Dabei ist wie folgt zu differenzieren:

1. Weiterbeschäftigung nach § 102 V 1 BetrVG

Wird der Arbeitnehmer auf sein Verlangen hin vom Arbeitgeber nach einem wirksamen Widerspruch des Betriebsrats nach § 102 V 1 BetrVG über den Ablauf der Kündigungsfrist hinaus weiterbeschäftigt, dann besteht das **bisherige Arbeitsverhältnis kraft Gesetzes** mit allen Rechten und Pflichten **auflösend bedingt durch die rechtskräftige Abweisung der Kündigungsschutzklage** fort. Für die Annahme eines faktischen Arbeitsverhältnisses ist daher kein Raum.

2. Weiterbeschäftigung nach Aufforderung des Arbeitgebers

Fordert der Arbeitgeber den Arbeitnehmer trotz Festhaltens an der Wirksamkeit der Kündigung auf, die Arbeitsleistung bis zur Entscheidung des Bestandsschutzstreits zu erbringen und erklärt sich der Arbeitnehmer damit einverstanden, so ist im Zweifel anzunehmen, dass das **bisherige Arbeitsverhältnis auflösend bedingt durch die rechtskräftige Abweisung der Bestandsschutzklage** einvernehmlich fortgesetzt werden soll. Dieses in Vollzug gesetzte **faktische Arbeitsverhältnis** ist für die Vergangenheit grundsätzlich wie ein fehlerfreies Arbeitsverhältnis zu behandeln.

3. Weiterbeschäftigung im Hinblick auf die drohende Vollstreckung

Wird der Arbeitnehmer im Hinblick auf die drohende Vollstreckung weiterbeschäftigt, wofür bereits das Vorliegen eines Weiterbeschäftigungstitels genügt, so liegt der Weiterbeschäftigung nach h.M. weder eine gesetzliche noch eine vertragliche Rechtsgrundlage zugrunde. Die Grundsätze des faktischen Arbeitsverhältnisses sind auf diese aufgezwungene Weiterbeschäftigung nicht anwendbar, so dass die Rückabwicklung der tatsächlichen Weiterbeschäftigung nach **§§ 812 ff. BGB** erfolgen muss (BAG JZ 1993, 319).

Damit ist der Arbeitnehmer verpflichtet, den im Weiterbeschäftigungszeitraum empfangenen Lohn nach § 812 I 1 BGB zurückzuzahlen.

Der Arbeitgeber, der die empfangene Leistung ja nicht herausgeben kann, muss seinerseits gemäß § 818 II BGB deren Wert ersetzen. Fehlzeiten und Krankheit bekommt der Arbeitnehmer daher nicht ersetzt. Auch Urlaubsabgeltung für nicht genommenen Urlaub steht dem Arbeitnehmer nicht zu, da der Arbeitgeber insoweit nichts erlangt hat. Aus dem gleichen Grund scheidet ein Annahmeverzugslohn nach § 615 BGB aus.

Welchen Wert die Arbeitsleistung hatte, kann im Einzelfall streitig sein. Beim Tariflohn nimmt die Rechtsprechung eine unwiderlegbare Vermutung an, dass die Arbeit diesen Betrag auch wert ist. Im übertariflichen Bereich handelt es sich um eine widerlegbare Vermutung, wofür der Arbeitgeber die volle Darlegungs- und Beweislast trägt. Der Arbeitnehmer wird daher i.d.R. seinen üblichen Lohn erhalten. Ist der nach § 818 II BGB ermittelte Wert der Arbeitsleistung geringer als der gezahlte Lohn, kann dem Arbeitnehmer wegen des verbleibenden Differenzbetrages der Einwand des Wegfalls der Bereicherung nach § 818 III BGB zustehen.

Die außerordentliche Kündigung nach § 626 BGB

Eine außerordentliche Kündigung ist nur zulässig, wenn ein wichtiger Grund besteht, der das Abwarten der ordentlichen Kündigungsfrist dem Arbeitgeber unzumutbar macht. Im Ergebnis muss also ein Störungsgrad in der Vertragsbeziehung erreicht sein, der eine sofortige Beendigung der Vertragsbeziehung rechtfertigt.

Unzumutbar muss die Fortsetzung sein,

- weil eine **erhebliche Vertragsstörung** vorliegt,
- aus der sich eine **Negativprognose** ergibt,
- und die so gewichtig ist, dass eine ordentliche befristete Kündigung bzw. der Einsatz vorrangiger milderer Mittel nicht mehr ausreicht (**ultima ratio**)
- und unter **Abwägung aller Interessen** auch das scharfe Mittel der fristlosen Kündigung gerechtfertigt ist.

Außerdienstliches Verhalten kann grundsätzlich nur dann zur außerordentlichen Kündigung berechtigen, wenn es auf das Arbeitsverhältnis einwirkt. Da sich im öffentlichen Dienst nach § 8 I S. 2 BAT das gesamte Verhalten zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes bekennen muss, rechtfertigen Verfehlungen von Arbeitnehmern im öffentlichen Dienst ausnahmsweise fristlose Kündigungen.

Ist eine ordentliche Kündigung ausgeschlossen, kann eine außerordentliche Kündigung z.B. wegen krankheitsbedingter Fehlzeiten in Betracht kommen. Dabei ist allerdings eine der ordentlichen Kündigungsfrist entsprechende Auslaufrist einzuhalten (BAG, NJW 2001, 1229)

In jüngster Rechtsprechung sind zur außerordentlichen Kündigung folgende Entscheidungen ergangen:

Tätlichkeiten gegenüber Arbeitskollegen	BAG NJW 1994, 548
Nachgehen einer Nebenbeschäftigung während eines ärztlich attestierten Arbeitsunfähigkeit	BAG NZA 1994, 63
Eigenmächtiger Antritt eines nicht genehmigten Urlaubs	BAG NZA 1994, 548
Längere Strafhaft	BAG 9.3.1995 AP Nr. 123 zu § 626 BGB
Beharrliche Arbeitsverweigerung	BAG 31.1.1985 AP Nr. 6 zu § 8 a MuSchG 1968; BAG 21.11.1996 AP Nr. 130 zu § 626 BGB
Alkoholgenuss bei Berufskraftfahrer	BAG 30.5.1978 AP Nr. 70 z. § 626 BGB
Annahme von Schmiergeldern	BAG 15.11.1995 AP Nr. 73 zu § 102 BetrVG 1972
Verletzung von Verschwiegenheitspflichten	LAG Hamm ZIP 1981, 1259

Begründung eines Arbeitsverhältnisses

I. Vertrag

1. Abschlussgebote/Verbote (Beispiele)

- Art. 9 III GG: Der AG darf wegen der Gewerkschaftszugehörigkeit den Abschluss eines Arbeitsvertrages nicht verweigern
- ausnw. Art. 33 II GG, wenn jede andere Entscheidung ermessensfehlerhaft wäre
- § 611 a BGB
- §§ 1, 5, 7 JArbSchG (Abschlussverbote)

2. Vertragsschluss nach allgemeinen BGB Bestimmungen

- a) Geschäftsfähigkeit §§ 104 ff, 112, 113 BGB
- b) Inhaltliche Bestimmtheit §§ 145 ff, 612 I BGB
- c) Stellvertretung §§ 164 - 181 BGB, 48 ff. HGB, 5 III Nr. 1 BetrVG
- d) Faktischer Arbeitsvertrag

3. Form

- a) grundsätzlich formfrei, auch das NachwG ändert hieran nichts
AG, der keinen schriftlichen Arbeitsvertrag schließt und es nach § 2 I NachwG unterlässt, eine Niederschrift zu erstellen - der Nachweis der wesentlichen Vertragsbedingungen in elektronischer Form ist nach § 2 I 3 NachwG ausgeschlossen - vereitelt aber den Beweis. Dadurch wird die Beweisführungslast zugunsten des Arbeitnehmers erleichtert (EuGH NZA 2001, 381 ff; BAG DB 2001, 381 ff: keine Beweislastumkehr, aber Beweiserleichterung). Der Beweis für eine streitige Lohnvereinbarung kann schon dann als geführt angesehen werden, wenn sie aufgrund Indizien plausibel erscheint (LAG Köln, NZA 1999, 545)
- b) Ausnahme gesetzliche Formvorschriften, die aber nur deklaratorische Bedeutung haben, z.B. § 4 BBiG, § 11 AÜG
- c) ggf. konstitutive Formerfordernisse in Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen
- d) konstitutive Formerfordernisse nach § 14 IV TzBfG bei befristeten Arbeitsverträgen (auch auf auflösend bedingte Arbeitsverträge nach § 21 TzBfG anwendbar.)

II. Gesetzliche Sonderformen der Begründung

1. Jugendvertretung § 78 a BetrVG
2. Betriebsübergang § 613 a BGB vgl. Bl. 60
3. Universalsukzession § 1922 BGB
4. Arbeitnehmerüberlassung §§ 9 Nr. 1, 10 AÜG

1. Fall: Waffen für den Krieg

A ist seit Januar 2003 im Betrieb der X-OHG in Köln beschäftigt. Beide Parteien schlossen seinerzeit einen schriftlichen Vertrag, wonach die A als „freie Mitarbeiterin“ eingestellt wurde. Ihre übrigen Arbeitskollegen (insgesamt 50) besitzen aufgrund ihrer Vollzeitstätigkeit einen Arbeitsvertrag, während die A als Mutter von 2 Kindern durchschnittlich 30 Stunden in der Woche tätig wird. Alle Dienstverpflichteten entnehmen ihre Arbeitszeit dem Dienstplan, der am schwarzen Brett bekannt gegeben wird. Der Lohn wird, wie bei allen Beschäftigten, nach Stunden berechnet. Für A werden weder Personalunterlagen geführt, noch Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträge bezahlt.

Die X-OHG verfügt über zwei unterschiedliche Abteilungen. Die eine Abteilung, der auch A angehört, fertigt in einer großen Lagerhalle Einzelteile für ein Berliner Technikunternehmen an. Aus diesen Einzelteilen, so erfährt A im Februar 2006, werden Waffen hergestellt, die auf Umwegen in Kriegsgebiete transportiert werden. Demgegenüber produziert die andere Abteilung große Maschinen für die Industrie und hat noch Arbeitsplätze zur Verfügung.

A weigert sich daraufhin gegenüber der X-OHG ihre Arbeit fortzusetzen. Aus Gewissensgründen könne sie es nicht verantworten auch nur mittelbar zum Krieg beizutragen. Daraufhin wird A abgemahnt. Mit Widerwillen arbeitet sie jedoch weiter. Der Gewissenskonflikt der A wird immer unerträglicher. Sie schläft nachts nur noch schlecht. Deshalb bittet sie am 10.03.2006 um Versetzung in die andere Abteilung und weigert sich aufgrund ihrer Gewissensanspannung am selben Tag, die Einzelteile für die Waffen anzufertigen.

Auf Anfragen der X-OHG stimmt der Betriebsrat einer außerordentlichen, hilfsweise einer ordentlichen Kündigung der A zu.

Mit Schreiben vom 19.04.2006 kündigt die X-OHG der A fristlos wegen Arbeitsverweigerung. Das Schreiben wird bei A am Dienstag, dem 20.4.2006 in den Briefkasten geworfen.

Am 22.04.2006 muss A bis zum 21.5.2006 in die Schweiz, da ihre Mutter dort unerwartet bei einer Bergtour tödlich verunglückt ist, so dass ihr Aufenthalt in der Schweiz zur Abwicklung der Formalitäten und der Beerdigung zwingend erforderlich ist.

A erhebt am 22.05.2006 Kündigungsschutzklage.

Hat die Klage Aussicht auf Erfolg, wenn A alle erforderlichen Anträge stellt?

Variante:

Vor dem Arbeitsgericht wird die Unwirksamkeit der Kündigung der X-OHG mit der Begründung festgestellt, dass die A an einem anderen Arbeitsplatz hätte weiter beschäftigt werden können.

Die X-OHG legt gemäß § 64 ArbGG gegen dieses erstinstanzliche Urteil Berufung ein.

A verlangt nunmehr trotz des nicht rechtskräftigen Instanzurteils in der anderen Abteilung, die große Maschinen für die Industrie fertigt, weiter beschäftigt zu werden.

Besteht dieser Weiterbeschäftigungsanspruch?

Lösung:	1. Fall: Waffen für den Krieg	
Probleme:	Der Begriff des Arbeitnehmers; § 5 KSchG verspätete Zulassung von Klagen; Umdeutung einer außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche Kündigung nach § 140 BGB; Abgrenzung der personenbedingten von der verhaltensbedingten Kündigung; mittelbare Drittwirkung von Grundrechten im Arbeitsrecht; Einschränkung des Direktionsrechts des Arbeitgebers; Allgemeiner Weiterbeschäftigungsanspruch bis zur rechtskräftigen Entscheidung im Kündigungsschutzprozess	
Blätter:		
Struktur des Arbeitsrechts		1
Die wichtigsten arbeitsrechtlichen Gesetze im Überblick		2-4
Rangfolge arbeitsrechtlicher Rechtsquellen		5
Rechtsmittel im Arbeitsprozess		7
Prüfung einer Kündigungsschutzklage		10/11
Anwendbarkeit des KSchG		12
Abgrenzung des Arbeitnehmers vom freien Mitarbeiter		13
Weitere Abgrenzungsfrage		14/15
Die Ausschlussfrist des § 4 KSchG		16
Verhalts-/Personenbedingte Kündigung		22-24
Weiterbeschäftigungsanspruch		29/30
Außerordentliche Kündigung		32
Begründung eines Arbeitsverhältnisses		37
Dienstvertrag, §§ 611 ff BGB/BGB SchuldR BT I		
Das Wirksamwerden der empfangsbedürftigen Willenserklärung BGB AT		

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

vgl. Blatt 5: Prüfung einer Kündigungsschutzklage

A. Zulässigkeit der Klage

I. Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten

vgl. Blatt 6: Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten

Der Rechtsweg zum Arbeitsgericht ist gemäß § 2 I Nr. 3 b) i.V.m. § 8 ArbGG eröffnet, wenn A Arbeitnehmerin ist und es sich um eine Streitigkeit über das Bestehen bzw. Nichtbestehen eines Arbeitsverhältnisses handelt.

Beachte: Nach § 48 ArbGG i.V.m. § 17 II GVG entscheidet das Gericht des zulässigen Rechtswegs den Rechtsstreit unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten. Eine Zuständigkeit für die Entscheidung über die Wirkung einer Aufrechnung mit einer rechtswegfremden Gegenforderung wird damit aber nicht begründet (BAG, NJW 2002, 317).

1. Arbeitnehmerstellung der A

vgl. Blatt 13: Abgrenzung des Arbeitnehmers vom freien Mitarbeiter / Blatt 14/15: weitere Abgrenzungsfragen

A müsste Arbeitnehmerin sein. Arbeitnehmer i.S.d. § 5 I ArbGG sind „Arbeiter und Angestellte“. Hierzu zählen nach § 5 I 2 ArbGG auch arbeitnehmerähnliche Personen (vgl. hierzu BAG, NJW 2001, 1373).]

a) Nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung des für Rechtswegfragen im Zusammenhang mit dem Arbeitnehmerstatus allein zuständigen 5. Senat des BAG reicht die bloße Rechtsansicht des Klägers, er sei Arbeitnehmer, zur Bejahung der arbeitsgerichtlichen Zuständigkeit aus,

wenn die vor dem Arbeitsgericht erhobene Klage nur dann Erfolg haben kann, wenn der Kläger Arbeitnehmer ist (sog. sic-non Fall), d.h. wenn die den Rechtsweg und den materiellen Anspruch begründenden Tatsachen identisch sind (BAG NJW 1996, 2948; BAG NJW 1997, 542, 1722; kritisch Lüke, JuS 1997, 215).

Kann die Klage hingegen auch nach allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Vorschriften Erfolg haben, so kann die bloße Rechtsansicht des Klägers, er sei Arbeitnehmer, die arbeitsgerichtliche Zuständigkeit nicht begründen, da der Rechtsweg sonst weitgehend zu seiner Disposition stünde (BAG DB 1997, 833; BAG NJW 2001, 1373; BAG NJW 2001, 1374). Ob in diesem Fall bereits der schlüssige Sachenvortrag des Klägers ausreicht, oder ob das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses unstreitig oder bewiesen sein muss (so Lüke, JuS 1997, 215, 327), hat das BAG bisher offen gelassen (BAG DB 1997, 833, 834).

Ein derartiger sog. sic-non Fall liegt hier vor, da die auf die Sozialwidrigkeit der Kündigung i.S.v. § 1 KSchG gestützte Klage nur Erfolg hat, wenn A Arbeitnehmerin ist.

- b) Demgegenüber fordert eine andere Ansicht (Lüke, JuS 1997, 215) den vollen Nachweis der zuständigkeit begründenden Arbeitnehmereigenschaft.
- c) Welcher Ansicht den Vorzug verdient kann dahin stehen, wenn A Arbeitnehmerin ist.
 - aa) Voraussetzung für die Arbeitnehmereigenschaft ist zunächst das Vorliegen der Merkmale des Dienstvertrages im Sinne des § 611 BGB.

vgl. Blatt: Dienstvertrag, §§ 611 ff BGB/SchuldR BT I

Im vorliegenden Fall besteht kein Zweifel, dass A aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages entgeltliche Dienste für die X-OHG leistet.

- bb) Innerhalb des Dienstvertrages nach § 611 BGB sind die **selbständig Tätigen von den Arbeitnehmern** zu unterscheiden.

Der Arbeitnehmerbegriff ist im Arbeitsrecht bis heute nicht definiert.

Für den Arbeitnehmerbegriff wird § 84 I 2 HGB als Negativvoraussetzung herangezogen. Nach **§ 84 I 2 HGB** ist selbständig, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Unselbständig und deshalb persönlich abhängig ist der Mitarbeiter, dem dies nicht möglich ist (BAG NJW 1984, 1985, 1986). § 84 HGB gilt zwar unmittelbar nur für die Abgrenzung des selbständigen Handelsvertreters von dem abhängig beschäftigten kaufmännischen Angestellten. Die Bestimmung enthält jedoch über ihren unmittelbaren Anwendungsbereich hinaus eine allgemeine gesetzliche Wertung, die bei der Abgrenzung des Dienstvertrages zum Arbeitsvertrag zu beachten ist (BAG NZA 1996, 1145, 1148; BAG NJW 1984, 1985, 1986).

Damit sind entscheidende Kriterien

- die Weisungsgebundenheit,

- die Eingliederung in den Betrieb und
- die Tatsache, dass der Arbeitnehmer seine ganze Arbeitskraft dem Arbeitgeber zur Verfügung stellt.

A wird vorgeschrieben, was sie zu tun hat. Auch ist aus dem Dienstplan ersichtlich, zu welchem Zeitpunkt A ihre Arbeit zu erledigen hat. Sie unterliegt deshalb den Weisungen der X-OHG, so dass dieses Kriterium für die Arbeitnehmereigenschaft der A spricht. A ist in gleicher Weise in den Produktionsvorgang der Einzelteile für die Waffen und damit in den Betrieb der X-OHG eingliedert wie ihre Arbeitskollegen.

Für die Arbeitnehmereigenschaft ist ferner heranzuziehen, dass A zwar im Gegensatz zu den übrigen Arbeitskollegen nur 30 Stunden arbeitete, sie aber dennoch ihre **ganze Arbeitskraft** der X-OHG schuldet und damit nur für einen Auftraggeber tätig wird.

Die Bezeichnung der A durch die Parteien als „freie Mitarbeiterin“, die Art der Entlohnung (Stundenlohn) und die Tatsache, dass weder Lohnsteuern noch Sozialversicherungsbeiträge abgeführt werden und die Führung von Personalakten, sind insofern irrelevant (BAG NZA 1996, 1145, 1148; BAG NJW 1984, 1985, 1986).

Nach alledem ist A Arbeitnehmerin nach § 5 I ArbGG, so dass der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten nach § 2 I Nr. 3 b) i.V.m. § 8 ArbGG für die Streitigkeit über das Bestehen bzw. Nichtbestehen des Arbeitsverhältnisses eröffnet ist.

Zur Vertiefung:

Weight-Watchers-Entscheidung: BAG NZA 1996, 1145

Eismann-Entscheidung: BAG NZA 1998, 368 und
BAG NZA 1998, 364

Zusteller-Entscheidung: BAG NZA 1998 368

Das Inkonsistenzurteil: BAG NJW 1997, 2618

Das Franchisenehmerurteil: BAG NJW 1997, 2973

Das Chefarzturteil BAG AP Nr. 24 zu § 611 BGB Ärzte
Gehaltsansprüche

Kurierdienstfahrer, der allein entscheidet, ob, wann und in welchem Umfang er tätig werden will, und für ausgeführte Frachtaufträge das volle vom Auftraggebern zu leistende Entgelt erhält, ist kein Arbeitnehmer des Unternehmens, das die Frachtaufträge annimmt und an die Kurierdienstfahrer weitergibt (BAG 27.6.2001 – 5 AZR 561/99) www.report-online.de

II. Instanzielle Zuständigkeit

Nach § 8 ArbGG ist das Arbeitsgericht in erster Instanz zuständig.

vgl. Blatt 8: Instanzenzug im Arbeitsprozess

III. Örtliche Zuständigkeit

Nach § 46 II ArbGG i.V.m. § 12 ZPO ist das Gericht zuständig, bei dem die Beklagte ihren allgemeinen Gerichtsstand hat. Die Beklagte ist hier eine OHG. Der allgemeine Gerichtsstand der OHG wird durch ihren Sitz nach § 17 ZPO bestimmt.

Die X-OHG hat ihren Sitz in Köln.

Darüber hinaus ist Köln als Erfüllungsort (Arbeitsplatz) nach § 269 BGB gemäß § 29 ZPO besonderer Gerichtsstand.

IV. Verfahrensart

Das Urteilsverfahren ist gemäß § 2 V ArbGG die richtige Verfahrensart.

Beachte: Vom Urteilsverfahren ist das Beschlussverfahren nach § 2a II ArbGG zu unterscheiden.

V. Klageart

Klageart ist die Feststellungsklage nach § 46 II ArbGG i.V.m. § 256 ZPO.

VI. Feststellungsinteresse

Das Feststellungsinteresse nach § 46 II ArbGG, § 256 ZPO folgt aus §§ 4, 7, 13 I KSchG.

Der Grundsatz der Subsidiarität der Feststellungsklage gegenüber der Leistungsklage steht dem nicht entgegen: Die Wirkung eines Feststellungsurteils ist weitergehend als die eines Zahlungsurteils. So müsste der Arbeitnehmer ansonsten jeden Monat von neuem bei Fälligkeit der Vergütung Zahlungsklage erheben.

Bei Anwendbarkeit des KSchG handelt es sich um eine doppelrelevante Tatsache, da sie sowohl im Rahmen der Zulässigkeit für das Feststellungsinteresse als auch im Rahmen der Begründetheit eine Rolle spielt.

Bei doppelrelevanten Tatsachen reicht für die Zulässigkeit der Klage die Behauptung aus. Erst im Rahmen der Begründetheit ist das tatsächliche Vorliegen durch Beweiserhebung zu prüfen.

Beachte: Die Frage der Einhaltung der Klagefrist ist keine solche des Feststellungsinteresses oder Zulässigkeit. Es handelt sich nach h.M. um eine Ausschlussfrist des materiellen Rechts und ist deshalb im Rahmen der Begründetheit zu prüfen.

VII. Ordnungsgemäße Klageerhebung

Die ordnungsgemäße Klageerhebung richtet sich nach § 46 II ArbGG i.V.m. § 253 ZPO. Anwaltszwang besteht nach § 11 I 1 ArbGG vor dem Arbeitsgericht nicht.

VIII. Partei- und Prozessfähigkeit

Die A ist nach § 46 II ArbGG i.V.m. §§ 50, 51 ZPO partei- und prozessfähig.

Die OHG ist nach § 124 HGB parteifähig und durch die Vertretung eines Gesellschafters nach § 125 HGB prozessfähig.

Die Kündigungsschutzklage ist damit zulässig.

B. Begründetheit

Die Klage ist begründet, wenn das Arbeitsverhältnis fortbesteht. Das ursprünglich bestehende Arbeitsverhältnis könnte durch die Kündigung beendet worden sein. Da ein Arbeitsverhältnis seiner Grundform nach ein Dienstvertrag ist, geltend für die Beendigung auch grundsätzlich die Kündigungsvorschriften des BGB.

I. Außerordentliche Kündigung

vgl. Blatt 32: Außerordentliche Kündigung

In Betracht kommt zunächst eine außerordentliche Kündigung.

Eine außerordentliche Kündigung setzt neben einer ordnungsgemäßen Kündigungserklärung und der Wahrung der Frist des § 626 II BGB voraus, dass ein wichtiger Grund vorliegt. Dies ist der Fall, wenn dem Arbeitnehmer oder dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zu dem Zeitpunkt, zu dem ordentlich gekündigt werden kann, nicht zugemutet werden kann.

1. Ordnungsgemäße Kündigungserklärung

a) Form

Die Kündigungserklärung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, für die die Regeln des BGB gelten. Allerdings muss die Kündigung nach 623 BGB schriftlich ausgesprochen werden. Hier wurde die Kündigung schriftlich durch die Arbeitgeberin ausgesprochen.

b) Begründung

Normalerweise muss ein Kündigungsgrund nicht angegeben zu werden.

Bei einer außerordentlichen Kündigung folgt jedoch aus § 626 II 3 BGB ein Anspruch auf schriftliche Mitteilung des Kündigungsgrundes.

Auch bei einer ordentlichen Kündigung ist allerdings im Falle der Möglichkeit einer Kündigungsschutzklage analog § 626 II 3 BGB ein entsprechender Anspruch gegeben.

Das Fehlen des Kündigungsgrundes löst aber allenfalls eine Schadensersatzpflicht aus, führt aber nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung.

Vorliegend hat die Arbeitgeberin mit der Begründung der Arbeitsverweigerung außerordentlich gekündigt.

c) Frist

Eine außerordentliche Kündigung muss innerhalb der materiellen Ausschlussfrist von 2 Wochen nach § 626 II erfolgen.

Am 20.03.2006 weigerte sich die A, die Einzelteile für die Waffen anzufertigen. Erst am 21.5.2006, also nach Ablauf der 2-Wochen-Frist ging der A die außerordentliche Kündigung zu.

Aufgrund der Verfristung war damit die außerordentliche Kündigung auf alle Fälle unwirksam.

Achtung!

Die dreitägige Anhörungsfrist des Betriebsrates für außerordentliche Kündigungen nach § 102 II 3 BetrVG hemmt die Frist nach § 626 II nicht.. Dasselbe gilt für die Wochenfrist der § 79 III BPersVG (BAG, NJW 2001, 1156; es reicht nicht aus, dass der Arbeitgeber kurz vor Ablauf der Zwei-Wochen-Frist beim Personalrat die Zustimmung zur Kündigung beantragt und nach Ablauf der Frist bei verweigerter Zustimmung das weitere Mitbestimmungsverfahren einleitet.). Der Gesetzgeber hat das Gebot der unverzüglichen Ausübung des Anhörungsrechts und die knapp bemessene Höchstfrist des § 102 II 3 BetrVG gerade deshalb gesetzt, um dem AG die Einhaltung der Zwei-Wochen-Frist nicht unzumutbar zu erschweren.

Bei der Kündigung eines betriebsverfassungsrechtlichen Funktionsträgers, die gemäß § 103 I BetrVG der Zustimmung des Betriebsrats bedarf, muss der Arbeitgeber im Falle der Verweigerung der Zustimmung innerhalb der Zwei-Wochen-Frist das gerichtliche Zustimmungsersetzungsverfahren (§ 103 II BetrVG) eingeleitet haben (BAG 18.8.1977 AP Nr. 10 zu § 103 BetrVG

1972). Auch bei sonstigen Arbeitnehmer, die besonderen Kündigungsschutz genießen (§ 9 III MuSchG, § 18 I 2, 3 BEEG, §§ 85 ff. SGB IX) gilt, dass der Antrag auf behördliche Zulässigkeitserklärung bzw. Zustimmung zur Kündigung innerhalb der Zwei-Wochen-Frist des § 626 II BGB gestellt sein muss.

II. Ordentliche Kündigung

1. Umdeutung

Die außerordentliche Kündigung könnte im Wege einer Umdeutung nach § 140 BGB als ordentliche Kündigung auszulegen sein.

Das KSchG schließt eine Umdeutung nicht aus (BAG NZA 1988, 129). Eine Umdeutung einer außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche Kündigung ist im Arbeitsrecht grundsätzlich möglich. Die Umdeutung, auf die sich der Kündigende nicht berufen muss (hierzu BAG NJW 2002, 2972, da die Umdeutung materiell-rechtlich weder eine Einwendung noch eine Einrede ist), erfordert, dass für den Fall der Unwirksamkeit eine ordentliche Kündigung gewollt war und ausgesprochen worden wäre. Vom hypothetischen Willen des Arbeitgebers, dass die Kündigung - wenn schon nicht als außerordentliche, dann doch zumindest als ordentliche - aufrechterhalten bleiben soll, ist auszugehen. Dieser Wille wird auch in der hilfsweisen Anhörung des Betriebsrates deutlich. Die Schriftform des § 623 BGB steht einer Umdeutung der außerordentlichen in eine ordentliche Kündigung nach h.M. nicht entgegen.

Selbst wenn eine hilfsweise Anhörung vorliegend unterbleiben wäre, wäre die Kündigung nicht unwirksam, da der Betriebsrat der außerordentlichen Kündigung zugestimmt hat. Nach allgemeinen Erfahrungssätzen muss davon ausgegangen werden, dass er dann auch einer ordentlichen Kündigung aufgrund desselben Sachverhalts zugestimmt hätte.

Eine Umdeutung einer ordentlichen Kündigung in eine außerordentliche Kündigung ist hingegen nicht möglich, weil die außerordentliche Kündigung engere Voraussetzungen hat. Deshalb kann eine ordentliche Kündigung auch nicht in eine Anfechtungserklärung umgedeutet werden. Ob dagegen eine außerordentliche Kündigung in eine Anfechtungserklärung umgedeutet werden kann, ist umstritten und wegen der Schriftform des § 623 BGB zweifelhaft.

2. Ordnungsgemäße Kündigungserklärung

Auch die ordentliche Kündigung wurde ordnungsgemäß erklärt. Für die Kündigungsfrist ist § 622 BGB zu beachten.

3. Anhörung des Betriebsrates

Der Betriebsrat wurde hilfsweise zur ordentlichen Kündigung nach § 102 BetrVG gehört.

4. Ausschluss der ordentlichen Kündigung

Ein Ausschlussgrund der ordentlichen Kündigung wie beispielsweise § 9 I S. 1 MuSchG, §§ 85, 90 SGB IX für Schwerbehinderte, § 18 BEEG, § 18 BEEG oder § 15 KSchG liegt nicht vor.

5. Allgemeiner Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz

a) Anwendbarkeit des KSchG

vgl. Blatt 12: Anwendbarkeit des KSchG

A ist nach § 1 KSchG mehr als 6 Monate (Januar 2003 - 21.05.2006) in dem Betrieb tätig und die X-OHG beschäftigt mit 50 Arbeitern nach § 23 KSchG mehr als 5 Arbeitnehmer.

Insofern findet das Kündigungsschutzgesetz Anwendung.

b) Beachtung der materiell-rechtlichen Ausschlussfrist

vgl. Blatt 16: Die Ausschlussfrist des § 4 KSchG

Zunächst müsste die materiell-rechtliche Ausschlussfrist des § 4 KSchG beachtet worden sein.

Achtung! Die Ausschlussfrist ist in der Begründetheit zu prüfen.

Die Ausschlussfrist von 3 Wochen beginnt mit dem Zugang der schriftlichen Kündigung gemäß § 130 BGB.

vgl. Blatt: Das Wirksamwerden der empfangsbedürftigen Willenserklärung/BGB AT

Hiernach ist eine schriftliche empfangsbedürftige Erklärung zugegangen, sobald sie in verkehrsblicher Weise in die tatsächliche Verfügungsgewalt des Empfängers bzw. eines empfangsbereiten Dritten gelangt ist und für den Empfänger unter gewöhnlichen Verhältnissen die Möglichkeit besteht, von dem Inhalt des Schreibens Kenntnis zu nehmen.

Unerheblich ist es, wann der Empfänger die Erklärung tatsächlich zur Kenntnis genommen hat oder ob er daran durch Krankheit, zeitweilige Abwesenheit oder andere besondere Umstände zunächst gehindert war. Dies gilt auch für eine urlaubsbedingte Abwesenheit. Anderenfalls könnte der Arbeitgeber auch in Schwierigkeiten geraten, die Fristen der §§ 626 II bzw. 622 BGB zu wahren. Unbilligkeiten können über § 5 KSchG ausgeglichen werden.

Ein normaler Brief ist regelmäßig mit Einwurf zu den üblichen Zustellzeiten in den Hausbriefkasten des Empfängers zugegangen, da der Empfänger dann im Anschluss an die üblichen Zustellzeiten vom Inhalt der Willenserklärung Kenntnis nehmen kann. Nach dem Sachverhalt erfolgte der Einwurf des Briefes am 20.04.2006.

Die Frist begann gemäß §§ 187 I, 188 II BGB am Freitag, dem 21.04.2006 und endete nach 3 Wochen am Donnerstag den 11.05.2006.

Die Klage ging allerdings erst am 21.5.2006 und damit nach Ablauf der 3-Wochen-Frist gemäß § 4 S. 1 KSchG bei Gericht ein.

Die Rechtshängigkeit der Klage ist gem. §§ 46 II ArbGG, 270 ZPO grundsätzlich nach §§ 261 I, 253 I ZPO, 46 II ArbGG maßgeblich. Soll durch die Zustellung eine Frist gewahrt werden, tritt diese Wirkung nach § 267 ZPO bereits mit Eingang des Antrags oder der Erklärung ein, wenn die Zustellung demnächst erfolgt.

Trotz Verspätung kann die Klage nach § 5 I, III KSchG dennoch zugelassen werden, wenn der Arbeitnehmer nach erfolgter Kündigung trotz Anwendung aller ihm nach Lage der Umstände zuzumutenden Sorgfalt verhindert war, die Klage innerhalb der drei Wochen zu erheben.

Dies setzt aber einen Antrag des A voraus, der laut Sachverhalt gestellt wurde.

Zu dem Zeitpunkt als A am 22.04.2006 in die Schweiz musste, war die Frist noch nicht abgelaufen. Vom 22.04.2006 bis zum 20.05.2006 war der Aufenthalt in der Schweiz zwingend erforderlich, so dass sie trotz Anwendung aller ihr nach Lage und Umständen zumutbaren Sorgfalt verhindert war, die Frist einzuhalten. Am 20.05.2006 war für A das Hin-

dernis behoben. Da A am 21.05.2006 Kündigungsschutzklage erhob, wurde die 2-Wochenfrist des § 5 III KSchG, die für die Zulassung verspäteter Klagen erforderlich ist, gewahrt.

Die Frist der §§ 4, 5 KSchG wurden damit beachtet.

c) Sozialwidrigkeit der Kündigung

Die Kündigung ist gemäß § 1 I KSchG rechtsunwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist.

Eine Kündigung ist sozial ungerechtfertigt, 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 in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist.

aa) Abgrenzung personen-/verhaltensbedingte Kündigung

vgl. Blatt 22-24: Verhalts-/Personenbedingte Kündigung

In Betracht kommen vorliegend sowohl personen- als auch verhaltensbedingte Kündigungsgründe.

(1) Von einer **verhaltensbedingten Kündigung** spricht man, wenn die Kündigung auf Umstände zurückzuführen ist, die auf einer **freien Entscheidung des Arbeitnehmers** beruhen.

Die verhaltensbedingte Kündigung ist an **zwei Voraussetzungen** geknüpft:

- Verstoß gegen eine arbeitsvertragliche Haupt- oder Nebenpflicht
- Individuelle Einzelfallregelung: Berücksichtigung der Abmahnung § 314 II BGB (entsprechend auf die ordentliche Kündigung anwendbar)

(2) Demgegenüber macht ein **personenbedingter Kündigungsgrund** dem Arbeitnehmer die Arbeitsleistung unmöglich aus einem **Umstand**, der sich aus der Person des Arbeitnehmers selbst ergibt, der für ihn also grundsätzlich **nicht zur freien Disposition** steht.

Die personenbedingte Kündigung ist an **drei Voraussetzungen** geknüpft:

- Negative Prognose des personenbedingten Kündigungsgrundes (z.B. negative Gesundheitsprognose: AN war schon 24 Monate krank und wird zukünftig mindestens 8 Monate krank sein; hierzu BAG, NJW 2000, 893)
- Unzumutbare Beeinträchtigung betrieblicher Interessen des Arbeitgebers in Gestalt von Betriebsablaufstörungen oder erheblichen wirtschaftlichen Belastungen
- Einzelfallbezogene Interessenabwägung

Neben den unterschiedlichen Voraussetzungen ergibt sich bei beiden Kündigungen eine Besonderheit beim Verhältnismäßigkeitsprinzip:

Für die **verhaltensbedingte Kündigung** ist **grundsätzlich eine Abmahnung** erforderlich, während bei einer **personenbedingten Kündigung** eine **Beschäftigungsmöglichkeit an einem anderen Arbeitsplatz** zu prüfen ist.

Eine Abmahnung ist nicht nur im Leistungsbereich, sondern auch im Vertrauensbereich erforderlich, wenn der AN mit vertretbaren Gründen annehmen konnte, sein Verhalten sei nicht vertragswidrig oder werde vom Arbeitgeber zumindest als ein nicht erhebliches, den Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdendes Fehlverhalten angesehen.

- (3) Zur Beantwortung der Frage, ob eine personen- oder eine verhaltensbedingte Kündigung vorliegt, kommt es darauf an, ob der Arbeitgeber im Rahmen seines Direktionsrechtes nach § 315 I, III BGB darauf bestehen durfte, dass A gerade an diesem Arbeitsplatz tätig wurde. Sollte dies zu bejahen sein, so liegt eine verhaltensbedingte Kündigung vor.

Möglicher Weise ist A jedoch nach § 275 III BGB zur Leistungsverweigerung berechtigt. Es kommt also darauf an, ob eine unberechtigte Leistungsverweigerung gegenüber der Ausübung des Direktionsrechtes des AG vorliegt. Dann liegt eine personenbedingte Kündigung vor.

Das Direktionsrecht nach §§ 315 BGB, 106 GewO wird im Rahmen der **mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte** durch Art. 4 GG eingeschränkt. Die Wertung von Art. 4 GG fließt in einen unbestimmten Rechtsbegriff ein, nämlich in den Merkmalen zur Bestimmung der Leistung bei Zweifeln „nach billigem Ermessen“. Die Begrenzung des Direktionsrechtes durch die berechtigte Berufung auf eine Gewissensfreiheit führt auch nicht unter der Einschränkung der unternehmerischen Freiheit hinsichtlich der Bestimmung der Produktion zu einer einseitigen Belastung des Arbeitgebers mit dem Beschäftigungsrisiko. Denn immer dann, wenn Arbeitnehmer, deren Einsatzmöglichkeiten durch eine von ihnen getroffene Gewissensentscheidung eingeschränkt ist, nicht im Rahmen der vereinbarten oder geänderten Arbeitsbedingungen anderweitig beschäftigt werden können, ist ein in der Person liegender Grund gegeben, der jedenfalls nach den Grundsätzen der personenbedingten Kündigung gemäß § 1 II KSchG eine ordentliche Kündigung rechtfertigen kann.

Hier hat die A der X-OHG ihren Gewissenskonflikt offenbart und unter Berufung hierauf die Arbeit an den Einzelteilen für die Waffenproduktion abgelehnt.

Insofern ist mit dem BAG (NJW 1990, 203 ff.) und der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung vom subjektiven Gewissensbegriff auszugehen, wonach der Arbeitnehmer seine Entscheidung nur im Einzelnen darlegen und erläutern muss. Eine Überprüfung dieser Gewissensentscheidung auf Vernünftigkeit, Verhältnismäßigkeit oder ähnlichem scheidet als mit Art. 4 GG unvereinbar aus. **Es muss also nur erkennbar sein, dass es sich um eine nach**

außen tretende rational mitteilbare und nachvollziehbare Tiefe, Ernsthaftigkeit und absolute Verbindlichkeit einer Selbstbestimmung handelt. Ist dies der Fall, muss der Eingriff in die Gewissensfreiheit des Arbeitnehmers abgewogen werden mit der Beeinträchtigung der unternehmerischen Dispositionsfreiheit des Arbeitgebers. Bei geringen Eingriffen in die Gewissensfreiheit ist es nicht möglich, eine absolute Unmöglichkeit der Arbeitsleistung für den Arbeitnehmer mit den Folgen des Ausscheidens einer personenbedingten Kündigung anzunehmen. Dies muss vor allem für kurzfristige Übergangsarbeiten gelten.

Fraglich ist, ob diese Voraussetzungen des Vorrangs der Gewissensentscheidung hier vorliegen. Für den Vorrang spricht, dass die A nur noch schlecht schlief. Zudem ist aus dem Sachverhalt ersichtlich, dass es sich nicht nur um eine geringe Beeinträchtigung handelte, da sie ihre Tätigkeit, die Fertigung der Maschinenteile, die für die Waffen im Krieg benötigt wurden, auf Dauer ausübte.

Der geltend gemachte Gewissenskonflikt darf weiter für die A auch nicht vorhersehbar gewesen sein. Wäre dies der Fall müsste sie die Einschränkung ihrer Gewissensfreiheit u.U hinnehmen.

A konnte, als sie ihre Tätigkeit aufnahm, nicht ahnen, dass sie in einem Unternehmen arbeiten würde, das mittelbar mit der Kriegswaffenproduktion zusammenhängt.

Da es sich bei A also um eine unausweichliche Gewissensentscheidung handelte, liegt kein Fall der unberechtigten Arbeitsverweigerung vor.

bb) Voraussetzungen der personenbedingten Kündigung

Die personenbedingte Kündigung setzt eine negative Prognose voraus. Es muss zu einer unzumutbaren Beeinträchtigung betrieblicher Interessen des Arbeitgebers in Gestalt von Betriebsablaufstörungen oder erheblichen wirtschaftlichen Belastungen kommen.

Es ist davon auszugehen, dass sich der Gewissenskonflikt auch in Zukunft nicht ändert und die - wenn auch berechnete - Arbeitsverweigerung zu unzumutbaren Beeinträchtigungen betrieblicher Interessen des Arbeitgebers führt.

cc) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit: anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit

Bei der einzelfallbezogenen Interessenabwägung ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Hierzu gehört die Berücksichtigung anderweitiger Beschäftigungsmöglichkeiten.

Es kommt eine anderweitige Beschäftigung im selben Betrieb in Betracht. Eine solche Möglichkeit genießt Vorrang vor jeder Kündigung (§ 1 II Nr. 1.b) KSchG).

Vorausgesetzt wird jedoch nach dieser Bestimmung, dass der Betriebsrat der Kündigung schriftlich widersprochen hat. Hier käme ein Widerspruchsgrund nach § 102 III Nr. 3 BetrVG in Frage. Der Betriebsrat hat aber der Kündigung gerade zugestimmt.

- (1) Nach einer Ansicht (Meisel, DB 1972, 1675, 1679) ist die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit kündigungsschutzrechtlich nur zu prüfen, wenn der Betriebsrat widersprochen hat.
- (2) Demgegenüber lehnt die h.L. und Rechtsprechung (BAGE 25, 278) es als sachfremde und damit willkürliche Differenzierung ab, wenn der **Umfang des Kündigungsschutzes** davon abhängen sollte, ob der Betrieb einen Betriebsrat hat und dieser **ordnungsgemäß widersprochen** hat.

(3) Stellungnahme

Für die zuletzt genannte Ansicht spricht, dass eine Kündigung nur „ultima ratio“ sein darf. Es ist deshalb unmaßgeblich, ob die X-OHG einen Betriebsrat hatte und ob dieser widersprochen hat. Zudem soll der Betriebsrat dem Schutz des Arbeitnehmers dienen. Wenn jetzt der Betriebsrat den Widerspruch versäumt, darf dies nicht dazu führen, dass dem Arbeitnehmer nun der Schutz des KSchG gar nicht zugute kommt.

Die X-OHG hätte somit nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der A einen anderen Arbeitsplatz zuweisen müssen.

Die Kündigung ist also sozialwidrig und deshalb unwirksam.

III. Ergebnis

Die zulässige Kündigungsschutzklage ist begründet.

Variante:

vgl. Blatt 7: Rechtsmittel im Arbeitsprozess

Das Begehren der A ist begründet, wenn sie einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung in der neuen Abteilung bis zur rechtskräftigen Entscheidung im Kündigungsschutzprozess hat.

I. Anspruch auf Weiterbeschäftigung

Vgl. Blatt 29/30: Weiterbeschäftigungsanspruch

1. Ein Anspruch der A könnte sich aus **§ 102 V BetrVG** ergeben. Hiernach besteht ein Weiterbeschäftigungsanspruch bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits, wenn der Betriebsrat einer ordentlichen Kündigung frist- (Wochenfrist) und ordnungsgemäß aus einen der in Absatz 3 aufgeführten Widerspruchsgründen widersprochen und der Arbeitnehmer nach dem Kündigungsschutzgesetz Klage auf Feststellung erhoben hat.

Der Betriebsrat der X-OHG hat der ordentlichen Kündigung allerdings nicht widersprochen, sondern ihr sogar zugestimmt.

Ein Anspruch aus § 102 V BetrVG scheidet mithin aus.

2. In Betracht kommt allerdings ein **allgemeiner Weiterbeschäftigungsanspruch**.

Die Rechtsprechung (BAG NJW 1985, 2968) und die h.L. bejahen grundsätzlich einen Weiterbeschäftigungsanspruch. Dieser folge entweder aus der mit-

telbaren Drittwirkung der Grundrechte über § 242 BGB (Art. 1, 2 GG) oder aus § 611 BGB.

Das BAG hat hierzu folgende Grundsätze aufgestellt:

Ein Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers besteht wenn,

- a) der Arbeitnehmer Kündigungsschutzklage erhebt
- b) der Arbeitnehmer die Weiterbeschäftigung verlangt
- c) die Kündigung offensichtlich unwirksam ist oder

z.B. Nichtanhörung des Betriebsrates nach § 102 BetrVG, Fehlen der Zustimmung nach §§ 85, 91 SGB IX, § 9 I, III, MuSchG; Formnichtigkeit nach §§ 125, 623 BGB

- d) ein nicht rechtskräftiges Instanzurteil existiert, in dem die Unwirksamkeit der Kündigung festgestellt wurde, es sei denn, dass sich aus zusätzlichen Umständen im Einzelfall ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers ergebe, den Arbeitnehmer nicht zu beschäftigen.

A, die Kündigungsschutzklage erhoben hat und ihre Weiterbeschäftigung verlangt, erwirkte ein erstinstanzliches Urteil, das die Unwirksamkeit der Kündigung feststellte. Überwiegende Interessen des Arbeitgebers sind nicht erkennbar. A hat damit grundsätzlich einen allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch.

II. Inhalt der Weiterbeschäftigung

Bei Bestehen des Weiterbeschäftigungsanspruches ist der Arbeitnehmer bei unveränderten Arbeitsbedingungen weiter zu beschäftigen. Bei enger Interpretation müsste A also an ihrem alten Arbeitsplatz in der Kriegswaffenabteilung weiterbeschäftigt werden. Ein solches Verständnis der Weiterbeschäftigung wird aber dem Arbeitnehmerinteresse nicht gerecht. Nach dem Sinn des Weiterbeschäftigungsanspruches kann dieser nur so zu verstehen sein, dass der Arbeitnehmer so zu stellen ist, als ob nicht gekündigt worden wäre.

Wäre A nicht gekündigt worden, hätte sie einen Anspruch auf Beschäftigung in der Abteilung, die große Maschinen für die Industrie produziert.

Das Begehren der A ist folglich begründet.

Wiederholungsfragen zu Fall 1

1. Welche beiden Strukturen unterscheidet man im Arbeitsrecht?
2. Was sind die wichtigsten arbeitsrechtlichen Gesetze?
3. Was versteht man unter einem Dienstvertrag im Sinne des § 611 BGB?
4. Wie grenzt man einen Arbeitnehmer vom freien Mitarbeiter ab?
5. Was sind Arbeiter und was sind Angestellte und wofür ist diese Unterscheidung heute noch relevant?
6. Was sind leitende Angestellte und inwiefern ist ihre rechtliche Position geschwächt?
7. Was sind arbeitnehmerähnliche Personen?
8. Wie prüft man eine Kündigungsschutzklage?
9. Welche wichtigen Rechtswegzuständigkeiten gibt es im Arbeitsprozess?
10. Aus welchen Bestimmungen folgt das Feststellungsinteresse bei der Kündigungsschutzklage?
11. Wie wird ein Arbeitsverhältnis begründet?
12. Was wissen Sie über die Rangfolge arbeitsrechtlicher Rechtsquellen?
13. Welche anderen Beendigungsgründe außer der ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung kennen Sie?
14. Was versteht man unter einem faktischen Arbeitsverhältnis?
15. Ist ein Arbeitsverhältnis wegen Verschweigung der Schwangerschaft anfechtbar?
16. Ist die Frage nach der Schwangerschaft bei Einstellung einer Bewerberin zulässig?
17. Begründet die Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft ein Anfechtungsrecht nach § 123 BGB?
18. Wirkt eine Anfechtung im Arbeitsrecht grundsätzlich ex nunc oder ex tunc?
19. Gibt es von der Wirkung der Anfechtung ex nunc eine Ausnahme?
20. Was wissen Sie über ein Probearbeitsverhältnis?
21. Unter welchen Voraussetzungen ist eine außerordentliche Kündigung zulässig?
22. Was wissen Sie von einer Verdachtskündigung?

23. Innerhalb welchen Zeitraumes kann eine Kündigungsschutzklage erhoben werden und nach welchen Bestimmungen richtet sich die Fristberechnung?
24. Wann ist eine Kündigung durch Einschreiben zugegangen?
25. a) Kann eine Kündigungsschutzklage auch nach Ablauf der 3-Wochen-Frist eingelegt werden?
b) Wenn ja, unter welchen Voraussetzungen?
26. Findet im Rahmen des § 5 KSchG das Anwaltsverschulden Beachtung?
27. Was wissen Sie zur Umdeutung bei Kündigungen?
28. Ist eine Kündigung vor Dienstantritt zulässig und wenn ja, wann beginnt die Kündigungsfrist?
29. Welche Kündigungsgründe kennt das Kündigungsschutzgesetz?
30. Welche drei Schritte prüft man bei einer betriebsbedingten Kündigung?
31. Wie sieht die soziale Auswahl bei einer betriebsbedingten Kündigung aus?
32. Wann findet das Kündigungsschutzgesetz Anwendung?
33. Können Kündigungsgründe nachgeschoben werden?
34. Muss der Betriebsrat auch bei einer Anfechtung angehört werden?
35. Wann liegt ein verhaltensbedingter Kündigungsgrund vor?
36. Wann liegt ein personenbedingter Kündigungsgrund vor?
37. Kennen Sie Fälle, in denen die personen- von der verhaltensbedingten Kündigung abzugrenzen ist?
38. Wie wird das Direktionsrecht des Arbeitgebers eingeschränkt?
39. Was muss einer verhaltensbedingten Kündigung in der Regel vorausgehen?
40. Wann findet § 1 II Nr. 1 b) KSchG Anwendung?
41. Gibt es neben § 102 V BetrVG einen allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch?