

## Individualarbeitsrecht Arbeitspapier 12

### I. Besondere Kündigungshindernisse

#### 1. Kündigungsschutz von Funktionsträgern (§ 15 KSchG, § 103 BetrVG)

Zweck:

- Schutz der konkret handelnden Personen
- Schutz der Arbeitsfähigkeit der Gremien

Ordentliche Kündigung grundsätzlich ausgeschlossen  
(während Amtszeit und ein Jahr danach)

Ausnahme: Stilllegung von Betrieb oder Betriebsabteilung

BAG NZA 1993, 224 (Kündigungsschutz von Betriebsratsmitgliedern)

Die Kündigung eines Betriebsratsmitglieds wegen Betriebsstilllegung nach § 15 IV KSchG ist über den Wortlaut dieser Bestimmung hinaus (teleologische Reduktion) nur gerechtfertigt, wenn keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit in einem anderen Betrieb des Unternehmens besteht.

Außerordentliche Kündigung

- Arbeitsvertragsverletzung (nicht Amtspflichtverletzung)
- Bezugspunkt fiktive Kündigungsfrist, um Schlechterstellung zu verhindern
- Zustimmung des Betriebsrats erforderlich (Spannungsverhältnis zu § 626 BGB)
- uU Antrag an das Arbeitsgericht noch innerhalb von zwei Wochen
- analoge Anwendung von § 91 V SGB IX

#### 2. Mutterschutz, Elternzeit, Pflegezeit, Familienpflegezeit (§ 9 MuSchG, § 18 BEEG, § 5 PflegeZG, § 9 III FPfZG))

#### 3. Schwerbehinderte Menschen (§§ 85 ff. SGB IX)

#### 4. Schutz bei Massenentlassungen (§§ 17 ff. KSchG)

uU aus arbeitsmarktpolitischen Gründen Anzeige des Arbeitgebers bei der Agentur für Arbeit erforderlich

BAGE 117, 281 = NZA 2006, 971 = JA 2007, 63 m. Anm. *Krause* (Massenentlassung)

Entlassung i.S. des § 17 I KSchG meint bei einer der Richtlinie 98/59/EG vom 20. 7. 1998 entsprechenden richtlinienkonformen Auslegung der kündigungsschutzrechtlichen Bestimmung den Ausspruch der Kündigung.

## II. Beteiligung des Betriebsrats (§ 102 BetrVG)

Grundsatz:

§ 102 BetrVG statuiert ein Anhörungsrecht des BR bei Kündigungen, damit der BR auf den Kündigungsentschluss des Arbeitgebers Einfluss nehmen kann und auf diese Weise Kündigungen möglichst verhindert bzw. nur solche Kündigung ausgesprochen werden, die unvermeidlich sind.

### 1. Voraussetzungen der Beteiligung

- a) (Jede) Ordentliche oder außerordentliche (Änderungs-) Kündigung  
(keine anderen Beendigungstatbestände; zB Aufhebungsvertrag, Nichtverlängerung einer Befristung)  
Existenz eines Betriebsrats
- b) Personeller Anwendungsbereich: Arbeitnehmer

> BAG vom 03.12.1998, AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 99 = NZA 1999, 477  
(Betriebsratsanhörung zu Kündigung auch innerhalb der ersten sechs Monate des Arbeitsverhältnisses):

Nach § 102 I 2 BetrVG sind dem Betriebsrat die Gründe für die Kündigung auch dann mitzuteilen, wenn das Arbeitsverhältnis nicht dem allgemeinen Kündigungsschutz unterliegt. Hat allerdings der Arbeitgeber keine auf Tatsachen gestützte und demgemäß durch die Mitteilung dieser Tatsachen konkretisierbaren Kündigungsgründe, so genügt es, wenn er dem Betriebsrat seine subjektiven Wertungen mitteilt, die ihn zur Kündigung veranlassen.

### 2. Anhörungsverfahren

- a) Mitteilung der Gründe durch den Arbeitgeber (§ 102 I 2 BetrVG)
  - Person
  - Art (ordentlich oder außerordentlich)
    - >>> grds. keine Umdeutung von außerordentlicher in ordentliche Kündigung, wenn BR nur zur außerordentlichen Kündigung angehört worden ist. Ausnahmen nur, wenn BR ausdrücklich und vorbehaltlos zugestimmt hat (BAG, NZA 1985, 286); umgekehrt darf AG keine außerordentliche Kündigung aussprechen, wenn er den BR nur zu einer ordentlichen Kündigung angehört hat
  - Termin und Frist
  - Kündigungsgrund (nach subjektiver Determinierung)

**> BAG vom 08.09.1988, E 59, 295 = AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 49 = NZA 1989, 852 (Grundsatz der subjektiven Determinierung):**

1. Auch bei einer Kündigung in den ersten sechs Monaten des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses richtet sich der Inhalt der Mitteilungspflicht des Arbeitgebers nach § 102 I BetrVG nicht nach den objektiven Merkmalen der Kündigungsgründe des noch nicht anwendbaren § 1 KSchG, sondern nach den Umständen, aus denen der Arbeitgeber (subjektiv) seinen Kündigungsentschluss herleitet.
2. Die pauschale Umschreibung des Kündigungsgrundes durch ein Werturteil (z. B. nicht hinreichende Arbeitsleistungen) erfüllt ausnahmsweise dann die Anforderungen der Mitteilungspflicht nach § 102 I BetrVG, wenn der Arbeitgeber seine Motivation nicht mit konkreten Tatsachen belegen kann.
3. Wenn für den Kündigungsentschluss des Arbeitgebers mehrere Gründe maßgebend gewesen sind, dann berührt eine objektiv unvollständige Unterrichtung des Betriebsrats hinsichtlich einzelner Kündigungsgründe nicht die Wirksamkeit des Anhörungsverfahrens insgesamt.

### 3. Rechtsfolgen

a) Verantwortungsbereich des Arbeitgebers (§ 102 I 3 BetrVG)

Kündigung unheilbar nichtig (§ 102 I 3 BetrVG), nachträgliche Zustimmung des BR unbeachtlich (keine entsprechende Geltung der §§ 182 ff. BGB)

**> BAG vom 04.08.1975, E 27, 209 = AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 4 = DB 1975, 2184 (Mängel des Anhörungsverfahrens):**

Die Kündigung ist nach § 102 Abs 1 Satz 3 BetrVG nicht nur dann unwirksam, wenn der Arbeitgeber kündigt, ohne überhaupt zuvor den Betriebsrat eingeschaltet zu haben, sondern auch dann, wenn dem Arbeitgeber bei Durchführung der Anhörung Fehler unterlaufen.

Die Kündigungserklärung darf den Machtbereich des Arbeitgebers nicht vor Ablauf der maßgeblichen Frist bzw. vor einer endgültigen Stellungnahme des Betriebsrats verlassen haben, selbst wenn der Zugang erst nach Ablauf der Frist erfolgt.

BAG, NZA 2003, 961:

1. Die Äußerungsfristen für den Betriebsrat nach dem Betriebsverfassungsgesetz sind nach §§ 187, 188 BGB zu berechnen.
2. Da das Betriebsverfassungsgesetz keine Sonderregelung für die Fristberechnung trifft, endet die Wochenfrist des § 102 II 1 BetrVG gem. § 188 II BGB mit Ablauf des Tages der nächsten Woche, der durch seine Benennung dem Tag entspricht, an dem dem Betriebsrat die Arbeitgebermitteilung zugegangen ist.
3. Zu einer ordnungsgemäßen Anhörung des Betriebsrats reicht es nicht aus, dass das Anhörungsverfahren lediglich vor Zugang der Kündigung abgeschlossen ist.
4. Hat der Betriebsrat zu der Kündigungsabsicht innerhalb der Frist des § 102 II 1 BetrVG keine Stellung genommen, so führt es nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung, wenn der

Arbeitgeber bereits am letzten Tag der Äußerungsfrist bei Dienstschluss das Kündigungsschreiben einem Kurierdienst übergeben und gleichzeitig dafür gesorgt hat, dass eine Zustellung erst so spät erfolgt, dass er sie noch verhindern kann, wenn der Betriebsrat wider Erwarten doch zu der Kündigungsabsicht Stellung nimmt.

b) Verantwortungsbereich des Betriebsrats

> **BAG vom 16.01.2003, AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 129 = NZA 2003, 927 (Fehler des Betriebsrats bei Beschlussfassung):**

1. Auf das Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG wirken sich Mängel, die in den Zuständigkeits- und Verantwortungsbereich des Betriebsrats fallen, grundsätzlich selbst dann nicht aus, wenn der Arbeitgeber im Zeitpunkt der Kündigung weiß oder nach den Umständen vermuten kann, dass die Behandlung der Angelegenheit durch den Betriebsrat nicht fehlerfrei erfolgt ist.

2. Etwas anderes kann ausnahmsweise dann gelten, wenn in Wahrheit keine Stellungnahme des Betriebsratsgremiums, sondern nur eine persönliche Äußerung des Betriebsratsvorsitzenden vorliegt oder der Arbeitgeber den Fehler des Betriebsrats durch unsachgemäßes Verhalten selbst veranlasst hat.

3. Der Arbeitgeber muss nicht allein auf Grund des Umstands, dass bereits kurz (hier: zwölf Minuten) nach Übermittlung des Anhörungsschreibens per Telefax an den Betriebsrat eine Antwort gleichfalls per Telefax erfolgt, davon ausgehen, es liege nur eine persönliche Äußerung des Betriebsratsvorsitzenden vor.

#### 4. Reaktionsmöglichkeiten des Betriebsrats

a) Ausdrückliche Zustimmung

b) Schweigen: Zustimmung gilt als erteilt (§ 102 II 2 BetrVG)

Vorschrift gilt trotz systematischer Stellung sowohl für die ordentliche als auch für die außerordentliche Kündigung;

Zustimmung hat für sich genommen keine rechtliche Relevanz, weil die Kündigung grds. nicht zustimmungspflichtig ist. Allerdings verschlechtert sich die Position des AN in tatsächlicher Hinsicht, wenn BR keine Einwände äußert oder sogar zustimmt.

c) Äußerung von Bedenken durch den Betriebsrat

aa) Bedenken jedweder Art möglich, keine Beschränkung auf bestimmte Gründe (anders als in § 99 BetrVG)

bb) Ordentliche Kündigung: schriftlich innerhalb einer Woche (§ 102 II 1 BetrVG)

cc) Außerordentliche Kündigung: schriftlich innerhalb von drei Tagen (§ 102 II 3 BetrVG)

d) Recht zum Widerspruch (§ 102 III BetrVG)

### III. Kündigungsschutzprozess (§§ 4, 7, 13 KSchG)

Gesetzliches Modell:

- Kündigung materiellrechtlich uU unwirksam
- Arbeitnehmer muss aber rechtzeitig Kündigungsschutzklage erheben, um die Unwirksamkeit geltend zu machen (prozessuale Angreiferrolle), sonst wird Kündigung wirksam
- kurze Klagefrist gilt seit 1.1.2004 grds. für alle Unwirksamkeitsgründe
- Klagefrist drei Wochen ab Zugang der schriftlichen Kündigung
- Geltung für ordentliche Kündigungen und außerordentliche Kündigungen
- Geltung auch für Arbeitnehmer in Kleinbetrieben

### IV. Befristung von Arbeitsverträgen

1. Rechtstatsächliche Ausgangslage  
Starke Zunahme der befristeten Arbeitsverhältnisse in den letzten Jahren  
Von 1,3 Mio. (1996) auf über 2,5 Mio. (2010)
2. Entwicklung
  - a) § 620 Abs. 1 BGB (historischer Ausgangspunkt)
  - b) Frühere Rspr.: Gefahr der Umgehung des Kündigungsschutzes  
**BAGE (GS) 10, 65 (Umgehung des Kündigungsschutzes)**
  - c) BeschFG 1985 (Korrektur von Richterrecht durch Gesetzesrecht)
  - d) Schaffung des TzBfG (seit 1.1.2001)
  - e) Europarechtlicher Hintergrund: RL 1999/70/EG
3. Regelungen im TzBfG
  - a) Schriftformerfordernis (§ 14 Abs. 4 TzBfG)
  - b) Sachgrundbefristung (§ 14 Abs. 1 TzBfG)

#### **BAG NZA 2006, 781 (Vertretungsfall, mittelbare Vertretung)**

1. Der Sachgrund der Vertretung nach § 14 I 2 Nr. 3 TzBfG liegt vor, wenn der Vertreter die Aufgaben des Vertretenen übernimmt (unmittelbare Vertretung).
2. Ein Vertretungsfall i.S. des § 14 I 2 Nr. 3 TzBfG liegt auch bei einer mittelbaren Vertretung vor. Bei einer mittelbaren Vertretung werden die Aufgaben des vorübergehend abwesenden Arbeitnehmers ganz oder teilweise anderen Arbeitnehmern übertragen, deren Aufgaben vom Vertreter erledigt werden.
3. Der Sachgrund der Vertretung liegt auch vor, wenn der befristet beschäftigte Arbeitnehmer Aufgaben wahrnimmt, die der Arbeitgeber einem vorübergehend abwesenden Arbeitnehmer bei dessen unveränderter Weiterarbeit oder nach seiner Rückkehr tatsächlich und rechtlich übertragen könnte.
4. Die Anforderungen an die Darlegung des Kausalzusammenhangs bei einer auf den Sachgrund der Vertretung gestützten Befristungsabrede richten sich nach der Form der Vertretung betrifft.

c) Allgemeine sachgrundlose Befristung (§ 14 Abs. 2 TzBfG)

aa) Zulässige Höchstdauer – grds. 2 Jahre

bb) Verlängerungen (drei Verlängerungen)

cc) Ausschlussregelung

BAG NZA 2001, 905 = JA 2012, 468 (sachgrundlose Befristung – Anschlussverbot – Rspr.-Änderung!)

1. Nach § 14 II 1 TzBfG ist die Befristung eines Arbeitsvertrags ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zur Dauer von zwei Jahren zulässig. Das gilt nach § 14 II 2 TzBfG nicht, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat.

2. Eine „Zuvor-Beschäftigung“ i. S. von § 14 II 2 TzBfG ist nicht gegeben, wenn das frühere Arbeitsverhältnis mehr als drei Jahre zurückliegt. Das ergibt die Auslegung der Vorschrift.

3. Der Wortlaut und die systematische Interpretation des § 14 II 2 TzBfG zwingen bei der Frage der zeitlichen Dauer zwischen einem vorangegangenen und einem neuen – sachgrundlos befristeten – Arbeitsverhältnis zu keinem bestimmten Auslegungsergebnis. Die Gesetzesgeschichte deutet eher auf ein zeitlich unbeschränktes Verständnis des Verbots der Vorbeschäftigung. Gründe der Praktikabilität und Rechtssicherheit und vor allem der Normzweck sprechen für ein zeitlich begrenztes Verständnis des Vorbeschäftigungsverbots.

4. Der Gesetzeszweck des § 14 II 2 TzBfG erschließt sich erst im Zusammenhang mit § 14 II 1 TzBfG. Die in § 14 II 1 TzBfG eröffnete Möglichkeit zur sachgrundlosen Befristung von Arbeitsverträgen soll zum einen dem Arbeitgeber ermöglichen, auf eine unsichere und schwankende Auftragslage und wechselnde Marktbedingungen durch Neueinstellungen flexibel zu reagieren; zum anderen soll die befristete Beschäftigung für den Arbeitnehmer eine Alternative zur Arbeitslosigkeit und eine Brücke zur Dauerbeschäftigung sein. Durch § 14 II 2 TzBfG soll verhindert werden, dass die durch § 14 II 1 TzBfG eröffnete Möglichkeit der sachgrundlosen Befristung zu „Kettenverträgen“ missbraucht wird. Gesetzeszweck des § 14 II 2 TzBfG ist also nicht die Verhinderung befristeter Arbeitsverträge und auch nicht die Verhinderung sachgrundlos befristeter Arbeitsverträge, sondern die Verhinderung von „Befristungsketten“.

5. Eine verfassungsorientierte Auslegung gebietet ein Verständnis des Verbots der Vorbeschäftigung nach § 14 II 2 TzBfG in dem Sinn, dass es zeitlich eingeschränkt ist. Ein zeitlich völlig unbeschränktes Verbot der Vorbeschäftigung würde die Privatautonomie der Arbeitsvertragsparteien und die Berufsfreiheit des Arbeitnehmers in übermäßiger Weise beschränken. Das damit strukturell verbundene Einstellungshindernis wäre auch unter Berücksichtigung des mit § 14 II 2 TzBfG verfolgten Schutzzwecks nicht gerechtfertigt.

6. Die zeitliche Beschränkung des Verbots der Vorbeschäftigung erfordert eine im Wege der Rechtsfortbildung vorzunehmende Konkretisierung. Der an die Dauer der regelmäßigen Verjährungsfrist des § 195 BGB angelehnte Zeitraum von drei Jahren zwischen dem Ende des vorangegangenen und dem Beginn des sachgrundlos befristeten Arbeitsverhältnisses erscheint geeignet, erforderlich und angemessen, um einerseits dem mit § 14 II 2 TzBfG verfolgten Zweck der Missbrauchsverhinderung von „Befristungsketten“ und andererseits dem Gedanken einer nicht schutzzwecküberschießenden und damit unverhältnismäßigen Einschränkung der Berufsfreiheit des Arbeitnehmers Rechnung zu tragen.

#### BAG NZA 2006, 605 (sachgrundlose Befristung – Verlängerung)

1. § 14 II 1 TzBfG ist die maximal dreimalige Verlängerung eines befristeten Arbeitsvertrags bis zur Gesamtdauer von zwei Jahren zulässig. Voraussetzung für eine Verlängerung i.S. von § 14 II 1 TzBfG ist, dass die Verlängerungsvereinbarung noch vor Ablauf der Laufzeit des zu verlängernden Vertrags getroffen wird und dass nur die Vertragslaufzeit, nicht aber die übrigen Arbeitsbedingungen geändert werden. Andernfalls handelt es sich um den Neuabschluss eines befristeten Arbeitsvertrags, der ohne Sachgrund nach § 14 II 2 TzBfG unzulässig ist.

2. Während der Vertragslaufzeit eines nach § 14 II 1 TzBfG sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags ist die einvernehmliche Änderung der Arbeitsbedingungen befristungsrechtlich zulässig, sofern die Vertragsdauer beibehalten wird.

3. Vereinbaren die Parteien während der Laufzeit eines nach § 14 II 1 TzBfG sachgrundlos befristeten Arbeitsvertrags unter Beibehaltung der Vertragslaufzeit eine Änderung der Arbeitsbedingungen, steht dies einer zu einem späteren Zeitpunkt erfolgenden Vertragsverlängerung nach § 14 II 1 TzBfG nicht entgegen. Eine Vertragsverlängerung nach § 14 II 1 TzBfG setzt nicht voraus, dass die Bedingungen des Ausgangsvertrags während der Gesamtdauer der Vertragslaufzeit unverändert beibehalten werden. Die Änderung der Arbeitsbedingungen darf nur nicht im Zusammenhang mit der Vertragsverlängerung erfolgen.

d) Privilegierung für Existenzgründer (§ 14 Abs. 2a TzBfG)

e) Erleichterte Befristung bei älteren Arbeitnehmern (§ 14 Abs. 3 TzBfG)  
EuGH NZA 2005, 1345 (Europarechtswidrigkeit von § 14 Abs. 3 S. 4 TzBfG a. F.) - Mangold  
BAG NZA 2006, 1162 (Unanwendbarkeit von § 14 Abs. 3 S. 4 TzBfG a. F.)

f) Ergänzende Regelungen

aa) Ende des Arbeitsvertrages (§ 15 Abs. 1 u. 2 TzBfG)

BAGE 100, 304 = NZA 2002, 896 (kein Wiedereinstellungsanspruch)

bb) Statthaftigkeit ordentlicher Kündigung (§ 15 Abs. 3 TzBfG)

cc) Sonderkündigungsrecht (§ 15 Abs. 4 TzBfG)

dd) Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses (§ 15 Abs. 5 TzBfG)

- g) Rechtsfolgen unwirksamer Befristungen (§ 16 TzBfG)
- h) Klagefrist (§ 17 TzBfG)
- i) Sonderfall: Altersgrenzen (u. a. § 41 S. 2 SGB VI)

Differenzierung zwischen allgemeinen Altersgrenzen (regelmäßig zulässig, wenn der Arbeitnehmer eine angemessene Alterssicherung enthält) und besonderen Altersgrenze (nur unter eingeschränkten Voraussetzungen zulässig)

BAGE 109, 6 = NZA 2004, 1336 (Altersgrenze)  
EuGH NZA 2007, 1219 (Altersgrenze keine Diskriminierung)  
EuGH NZA 2010, 1167 (Altersgrenze keine Diskriminierung)  
BAG NZA 2009, 378 und 1355 (Altersgrenze)

EuGH NZA 2011, 1039 - Prigge

Art. 4 I der Richtlinie 2000/78/EG ist dahin auszulegen, dass er einer tarifvertraglichen Klausel entgegensteht, die wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende die Altersgrenze, ab der Piloten als körperlich nicht mehr fähig zur Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit gelten, auf 60 Jahre festlegt, während die nationale und die internationale Regelung dieses Alter auf 65 Jahre festlegen.