

**Annahmeverzug des Arbeitgebers  
während des Kündigungsschutzprozesses  
- Möglichkeiten zur Risikominimierung**

Dissertation zur Erlangung des akademischen Grades des Doktors der  
Rechtswissenschaften an der Universität Konstanz

Fachbereich Rechtswissenschaften

vorgelegt von Cornelia Koch

Tag der mündlichen Prüfung: 18. Juli 2007

Referenten: Prof. Dr. Winfried Boecken  
Prof. Dr. Kerstin Tillmanns

Meinen Eltern

Margot und - im Gedenken an meinen Vater - Franz Koch

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2007 von der Universität Konstanz als Dissertation angenommen.

Herrn Prof. Dr. Winfried Boecken danke ich herzlich für seine vielfältige Unterstützung dieser Arbeit. Mein Dank gilt auch Frau Prof. Dr. Kerstin Tillmanns für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Bei meinen Eltern Dr. Margot Koch und Dr. Franz Koch, mit deren kontinuierlicher Hilfe und Unterstützung die Abfassung dieser Arbeit überhaupt erst möglich war, bedanke ich mich herzlich. Ich bedauere zutiefst, dass mein Vater die Veröffentlichung dieser Arbeit nicht mehr erleben durfte.

Bei Frau Katharina Urban, Frau Dr. Margret Hohner, Frau Dr. Ute Rajathurai, Frau Stephanie Bruns und Frau Stella Quirnbach, die mich fortwährend sowohl in fachlicher als auch vielfach in persönlicher Hinsicht bei dieser Arbeit unterstützt haben, bedanke ich mich ganz besonders.

## INHALTSÜBERSICHT

<b>Teil 1. Einleitung</b>	<b>1</b>
A. Gegenstand der Untersuchung	2
B. Ziel der Untersuchung	3
C. Aufbau und Gang der Untersuchung	4
D. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes	5
<b>Teil 2. Grundlagen des allgemeinen Annahmeverzugs nach § 293 ff. BGB unter Berücksichtigung der arbeitsrechtlichen Besonderheiten</b>	<b>6</b>
A. Voraussetzungen des Annahmeverzugs nach § 293 ff. BGB	6
B. Voraussetzungen des Annahmeverzugs des Arbeitgebers nach § 615 S. 1 i. V. m. § 293 ff. BGB	12
C. Besonderheiten im Hinblick auf das gekündigte Arbeitsverhältnis	19
<b>Teil 3. Von der Kündigungsfreiheit bis zu ihrer unmittelbaren und zwingenden Beschränkung- das Bestandsschutzprinzip als Leitprinzip des neueren Kündigungsschutzes</b>	<b>31</b>
A. Notwendigkeit der Gewährung von Kündigungsschutz	31
B. Geschichtliche Entwicklung des Kündigungsschutzes	33
C. Die Verfassungsrechtliche Legitimation des Bestandsschutzes des KSchG	53
<b>Teil 4. Entwicklung vom Bestandsschutz- zum Abfindungsgesetz: Ursachen, Folgen und Lösungsansätze</b>	<b>73</b>
A. Empirische Analyse über Kündigungs-, Klage und Abfindungspraxis	73
B. Risiken des Kündigungsschutzprozesses	77
C. Risikoverringerungsmechanismen	82
D. Bewertung der Risikoverringerungsmechanismen	91
E. Ergebnis	93
F. Einbeziehung des Ungewissheitsrisikos für die Frage der Beendigung des Annahmeverzugs	95
G. Böswilliges Unterlassen im Sinne des § 615 S. 2 BGB bzw. § 11 S. 1 Nr. 2 KSchG	116
H. Unzumutbarkeit der Annahme der Leistungen des Arbeitnehmers	138
I. Vorherige Abbedingung des § 615 Satz 1 BGB	146
J. Gesamtergebnis	159
<b>Teil 5. Zurück zum Bestandsschutz</b>	<b>160</b>
A. Notwendigkeit und Ziel einer gesetzlichen Neuregelung	160
B. Umsetzungsmöglichkeiten	160
C. Zusammenfassung der Ergebnisse	166

## INHALTSVERZEICHNIS

<b>Teil 1. Einleitung</b>	<b>1</b>
A. Gegenstand der Untersuchung	2
B. Ziel der Untersuchung	3
C. Aufbau und Gang der Untersuchung	4
D. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes	5
<b>Teil 2. Grundlagen des Annahmeverzugs des Gläubigers nach § 293 ff. BGB unter Berücksichtigung der arbeitsrechtlichen Besonderheiten</b>	<b>6</b>
A. Voraussetzungen des Annahmeverzugs nach § 293 ff. BGB	6
I. Leistungsangebot des Schuldners	7
II. Leistungsvermögen des Schuldners	8
III. Nichtannahme der Leistung durch den Gläubiger oder Nichtangebot der Gegenleistung	8
IV. Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs	9
1. Haftungserleichterungen	9
2. Gefahrübergang	10
3. Ersatz von Mehraufwendungen	11
V. Beendigung des Annahmeverzugs	11
B. Voraussetzungen des Annahmeverzugs des Arbeitgebers nach § 615 S. 1 i. V. m. § 293 ff. BGB	12
I. Grundsätzliche Anwendbarkeit der allgemeinen Verzugsvorschriften auf das Arbeitsverhältnis	12
II. Anwendbarkeit und allgemeine Voraussetzungen des § 615 BGB	13
1. Anwendbarkeit	13
2. Regelungsgehalt, Rechtsnatur und Funktionen	13
III. Abgrenzung zur Unmöglichkeit	14
IV. Voraussetzungen im Einzelnen	15
1. Erfüllbares Arbeitsverhältnis	15
2. Leistungsangebot	16
a) tatsächliches Angebot	16
b) wörtliches Angebot	17

c) Entbehrliches Angebot	18
3. Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft	18
4. Nichtannahme der Leistung	19
C. Besonderheiten im Hinblick auf das gekündigte Arbeitsverhältnis	19
I. Beginn des Annahmeverzugs nach Kündigung durch den Arbeitgeber	20
1. Entwicklung der Rechtsprechung	20
a) Ausgangspunkt: grundsätzlich wörtliches Angebot	20
b) Kritik der Literatur an dieser Rechtsprechung	21
c) Entbehrlichkeit jeden Angebots	22
2. Ansichten der Literatur zur Trendwende in der Rechtsprechung	23
3. Stellungnahme	25
II. Beendigung des Annahmeverzugs während des Kündigungsschutzprozesses	26
1. Rechtsprechung zur Beendigung	26
a) Ausgangsentscheidung des Reichsgerichts	26
b) Rechtsprechung zum Weiterbeschäftigungsanspruch	27
aa) Folgeentscheidungen des BAG	28
bb) Ansichten der Instanzgerichte	29
c) Meinungsstand der Literatur	29
aa) Zur Beendigung des Annahmeverzugs	29
bb) Zum Weiterbeschäftigungsanspruch	30
<b>Teil 3. Von der Kündigungsfreiheit bis zu ihrer unmittelbaren und zwingenden Beschränkung- das Bestandsschutzprinzip als Leitprinzip des neueren Kündigungsschutzes</b>	<b>31</b>
A. Notwendigkeit der Gewährung von Kündigungsschutz	31
B. Geschichtliche Entwicklung des Kündigungsschutzes	33
I. Einführung eines begrenzten allgemeinen Kündigungsschutzes	34
1. Das Betriebsrätegesetz (BRG) vom 04.02. 1920	34
2. Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20.01.1934 (AOG)	36
3. Die Billigkeitsrechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts	37
4. Kündigungsschutz durch §§ 138, 242 BGB	37
II. Die unmittelbare und zwingende Beschränkung der Kündigungsfreiheit	38
1. Das sog. „Frankfurter Gesetz“ vom 20.07.1949	38
2. Hattenheimer Entwurf	39

3. Das KSchG von 1951	40
a) Gesetzesbegründung	41
b) Meinungen in der Literatur	43
c) Ansicht des BAG	46
d) Beurteilung durch das BVerfG	49
III. Stellungnahme	50
C. Die Verfassungsrechtliche Legitimation des Bestandsschutzes des KSchG	53
I. Einordnung des kündigungsschutzrechtlichen Bestandsschutzes in die Erscheinungsformen des gesetzlichen Bestandsschutzes	53
II. Verfassungsrechtliche Verankerung und Reichweite des kündigungsschutzrechtlichen Bestandsschutzes	54
1. Die Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers	54
a) Grundsatz der „Pacta sunt servanda“	54
b) Grundrechtliche Verortung	56
c) Schrankenvorbehalte	57
2. Verpflichtungen zur Einschränkung der Kündigungsfreiheit	58
a) Sozialstaatsprinzip	59
b) Die Arbeitsplatzfreiheit des Arbeitnehmers	61
3. Die Arbeitsplatzfreiheit Arbeitssuchender	63
4. Auswirkungen	65
a) Beschränkung des Rechts zur außerordentlichen Kündigung	65
aa) Kündigung aus wichtigem Grund (§ 626 Abs. 1 BGB)	65
bb) Übermaßverbot	66
cc) Untermaßverbot	67
b) Beschränkungen des Rechts zur ordentlichen Kündigungen	67
aa) Mindestvorgaben hinsichtlich der Kündigungsgründe	67
bb) Mindestvorgaben hinsichtlich der Kündigungsfristen	69
III. Stellungnahme/Ergebnis	70
IV. Einführung des § 1a KSchG	71
<b>Teil 4. Entwicklung vom Bestandsschutz- zum Abfindungsgesetz: Ursachen, Folgen und Lösungsansätze</b>	<b>73</b>
A. Empirische Analyse über Kündigungs-, Klage und Abfindungspraxis	73

I. Kündigungshäufigkeit/Verteilung der Kündigungsgründe	74
II. Klagequoten	74
III. Vergleichs/Abfindungspraxis	75
IV. Weiterbeschäftigung	75
V. Ergebnis	76
B. Risiken des Kündigungsschutzprozesses	77
I. Ursachen	77
1. Generalklauselartige Fassung der gesetzlich formulierten Kündigungstatbestände	77
2. Konzept des nachträglichen Kündigungsschutzes	78
3. Der Verzugslohnanspruch nach § 615 S. 1 BGB	80
II. Auswirkungen auf die Sphäre des Arbeitnehmers	80
1. Allgemeines Prozessrisiko	80
2. Rechtswirkungen einer (unwirksamen) Kündigung	80
III. Auswirkungen auf die Sphäre des Arbeitgebers	81
1. Prozessrisiko	81
2. Annahmeverzugslohnanspruch des Arbeitnehmers nach § 615 Satz 1 BGB	81
C. Risikoverringerungsmechanismen	82
I. Normkonkretisierung	82
1. Kündigungsgrund „in der Person des Arbeitnehmers liegend“	83
2. Kündigungsgrund „in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegend“	83
3. Kündigungsgrund „durch dringende betriebliche Erfordernisse“	84
4. Außerordentliche Kündigungen	86
II. Auslegung	87
III. Richterliche Rechtsfortbildung	88
IV. Gestattung einer prozessualen Ausnahmesituation	90
D. Bewertung der Risikoverringerungsmechanismen	91
E. Ergebnis	93
F. Einbeziehung des Ungewissheitsrisikos für die Frage der Beendigung des Annahmeverzugs	95
I. Auslegungsbedürftigkeit der Verzugsvorschriften	95



II. Auslegungsmethoden	96
1. Grammatikalische Auslegung	96
2. Historische Auslegung	97
3. Systematische und teleologische Auslegung	99
a) Innere Systematik der Verzugsvorschriften	99
aa) Ansatz der Rechtsprechung	99
bb) Kritische Ansichten der Literatur	101
cc) Stellungnahme	104
b) Systematischer Zusammenhang mit § 615 BGB	107
c) Systematischer Zusammenhang mit dem KSchG	108
d) Verfassungskonforme Auslegung	114
III. Ergebnis der Auslegung	115
G. Böswilliges Unterlassen im Sinne des § 615 S. 2 BGB bzw. § 11 S. 1 Nr. 2 KSchG	116
I. Bedeutung und Verhältnis der § 615 S. 2 BGB und § 11 S. 1 Nr. 2 KSchG	117
II. Überblick über den Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur	118
III. Eigene Stellungnahme	119
1. Auslegungsbedürftigkeit des „böswilligen Unterlassens“	119
2. Auslegungskriterien	120
a) Grammatikalische Auslegung	120
b) Historische Auslegung	121
c) Systematische und teleologische Auslegung	121
aa) Bedeutung des Synallagmas des Arbeitsvertrages und des Grundsatzes von Treu und Glauben für das gekündigte Arbeitsverhältnis	122
bb) Meldung bei der Agentur für Arbeit als arbeitssuchend	124
(1) Rechtsprechung des BAG	124
(2) Kritik an dieser Rechtsprechung und eigener Lösungsansatz	124
(3) Einfluss der sozialversicherungsrechtlichen Vorgaben	128
d) Grundrechtskonforme Auslegung	134
e) Das Weiterbeschäftigungsangebot des Arbeitgebers	135
aa) Bisherige Rechtsprechung des BAG	135
bb) Trendwende in der Rechtsprechung zur „Zumutbarkeit“	135
cc) Bewertung	136

IV. Ergebnis	137
H. Unzumutbarkeit der Annahme der Leistungen des Arbeitnehmers	138
I. Ausgangspunkt: Grundsätzliche Anerkennung eines Ablehnungsrechts des Arbeitgebers durch die Rechtsprechung	138
II. Funktion, Inhalt und Maßstab des Prinzips der „(Un)-Zumutbarkeit“	139
1. Feststellung einer Legitimationsgrundlage	140
2. Interessenabwägung	143
III. Ergebnis	146
I. Vorherige Abbedingung des § 615 Satz 1 BGB	146
I. Dispositivität des § 615 BGB und § 11 KSchG: Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur	146
II. Stellungnahme	148
1. Grundsatz der Vertragsfreiheit und deren Einschränkung durch § 134 BGB	148
2. Allgemeine Kündigungsschutzvorschriften als entgegenstehende zwingende Vorschriften im Sinne des § 134 BGB	149
3. Sperrwirkung durch zwingende Vorschriften anderer Gesetze	153
a) Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG)	153
b) Berufsbildungsgesetz (BBiG)	154
4. Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht	155
5. Ergebnis	157
6. Durchsetzungsrisiken	158
J. Gesamtergebnis	159
<b>Teil 5. Zurück zum Bestandsschutz</b>	<b>160</b>
A. Notwendigkeit und Ziel einer gesetzlichen Neuregelung	160
B. Umsetzungsmöglichkeiten	160
I. Ergänzung/Konkretisierung des KSchG	160
II. Ergänzung des § 615 BGB: Ausschluss des Annahmeverzugs des Arbeitgebers für die Zeit nach Zugang der Kündigung bzw. nach Ablauf der Kündigungsfrist	161
1. Vorteil: Wiederherstellung des Risikogleichgewichts zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess	161
2. Möglicher Nachteil: finanzielle Mehrbelastung der Arbeitslosenversicherung	163

## C. Zusammenfassung der Ergebnisse

166

## LITERATURVERZEICHNIS

- Adomeit*, Klaus, Der Weiterbeschäftigungsanspruch - abgelehnt, NJW 1986, S. 901 - 902
- Annuß*, Georg, Der Arbeitsvertrag als Grundlage des Arbeitsverhältnisses, ZfA 2004, S. 283 – 310.
- Ascheid*, Reiner/*Preis*, Ulrich/*Schmidt*, Ingrid, Großkommentar zum Kündigungsrecht, München 2004, (zit. Ascheid/Preis/Schmidt-Bearbeiter, KSchG)
- Backmeister*, Thomas/*Trittin*, Wolfgang/*Mayer*, Udo, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 2. Auflage, München 2002, (zit.: Backmeister/Trittin/Mayer-Bearbeiter, KSchG)
- Bader*, Peter/*Bram*, Rainer/*Dörner*, Hans-Jürgen/*Wenzel*, Leonhard, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu den §§ 620 bis 628 BGB, München 2004, Stand April 2004, (zit.: BBDW-Bearbeiter, KSchG)
- Badura*, Peter, Staatsrecht, Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die BRD, München 1996, (zit. Badura, Staatsrecht)
- Bächle*, Hans-Ulrich, Der Weiterbeschäftigungsanspruch während des Kündigungsprozesses, NJW 1979, S. 1693 – 1697
- Barton*, Michael, Die Anerkennung eines Weiterbeschäftigungsanspruchs durch Arbeitsgerichte unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten, NZA 1985, S. 77 – 81.
- Bauer*, Jobst - Hubertus, Ein Vorschlag für ein modernes und soziales Kündigungsrecht, NZA 2002, S. 529 - 533
- Bauer*, Jobst-Hubertus/*Hausmann*, Katrin, Die Verantwortung des Arbeitgebers für den Arbeitsmarkt, NZA 1997, S. 1100 - 1102
- Bayreuther*, Frank, Böswilliges Unterlassen eines anderweitigen Erwerbs im gekündigten Arbeitsverhältnis, NZA 2003, S. 1365 – 1370
- Becker*, Friedrich/*Etzel*, Gerhard/*Bader*, Peter/*Fischmeier*, Ernst/*Friederich*, Hans-Wolf/*Lipke*, Gert-Albert/*Pfeiffer*, Thomas/*Rost*, Friedhelm/*Spilger*, Michael/*Vogt*, Norbert/*Wiegand*, Horst/*Wolff*, Ingeborg, Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzrecht und zu sonstigen kündigungsrechtlichen Vorschriften, 7. Auflage, München /Unterschleißheim 2004, (zit. KR-Bearbeiter)
- Benda*, Ernst, Zur Berufsfreiheit der Arbeitnehmer, in: Festschrift für Josef Stingl, Mensch und Arbeitswelt, hrsg. von Alfred Kohl, Günther Spiegl, Richard Wanka, Gerhard Wilke, März 1984, S. 35 - 48, (zit.: Benda, in: FS Stingl)
- Beitzke*, Günther, Anm. zu BAG, Urt. v. 10.07.1969, SAE 1970, S. 1 - 5

*Bielenski, Harald/Hartmann, Josef/Pfarr, Heide/Seifert, Hartmut*, Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen: Wahrnehmung und Wirklichkeit, AuR 2003, S. 81 - 87

*Bengelsdorf, Peter*, Beschluss des Großen Senats des BAG zum Weiterbeschäftigungsanspruch - Unzulässiger richterlicher Rechtssetzungsakt I, DB 1986, S. 168 - 175.

*ders.*, Gemeinsame Anm. zu BAG, Urt. v. 04.09.1986 u. 10.03.1987,

SAE 1987, 254 - 270.

*ders.*, Beschluss des Großen Senats des BAG zum Weiterbeschäftigungsanspruch - Unzulässiger richterlicher Rechtssetzungsakt (I), DB 1986, S. 168 - 175

*Bengsch, Karen*, Der verfassungsrechtlich geforderte Mindestkündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, Berlin 2005, (zit.: Bengsch, Mindestkündigungsschutz im Arbeitsverhältnis)

*Berkowsky, Wilfried*, „Wasch mir den Pelz, aber mach mich nicht nass“. Eine Anmerkung zum „Weiterbeschäftigungsbeschluss“ des Großen Senats vom 27. 02. 1985, BB 1986, S. 795 - 799.

*ders.*, Die „Rücknahme“ der Kündigung im Kündigungsschutzprozess und ihre Auswirkungen auf den Annahmeverzug des Arbeitgebers, BB 1984, S. 216 - 218.

*ders.*, Zum Weiterbeschäftigungsangebot des Arbeitgebers während des Kündigungsschutzprozesses und dessen Auswirkungen auf seinen Annahmeverzug, BB 1982, S. 374 - 377.

*ders.*, Stellungnahme zu Schäfer, Horst, Nochmals: Zum Weiterbeschäftigungsangebot des Arbeitgebers während des Kündigungsschutzprozesses, DB 1982, S. 904 - 905

*Boecken, Winfried*, Arbeitsrecht und Sozialrecht, Insbesondere zu den rechtlichen Grundlagen der Einführung von Kurzarbeit, RdA 2000, S. 7 - 16.

*Boecken, Winfried/Topf, Henning*, Kündigungsschutz: zurück zum Bestandsschutz durch Ausschluss des Annahmeverzugs, RdA 2004, S. 19 - 26

*Bötticher, Eduard*, Zum Regierungsentwurf des Kündigungsschutzgesetzes, RdA 1951, S. 81 - 87

*ders.* Bestandsschutz und Vertragsinhaltsschutz im Lichte der Änderungskündigung in: Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag, hrsg. von Hans Carl Nipperdey, München 1962, S.123 - 140 (zit. Boetticher, in: FS Molitor)

*Bopf, Lars Michael*, Der Annahmeverzug im Arbeitsverhältnis, Bielefeld 2004, (zit.: Bopf, Annahmeverzug)

*Blomeyer, Wolfgang*, Anmerkungen zu BAG, Urt. v. 27.01.1975, AP § 615 BGB Nr. 31.

*Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich*, Allgemeines Schuldrecht, 30. Auflage, München 2004, (zit. Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht)

*Buchner, Herbert*, Notwendigkeit und Möglichkeiten einer Deregulierung des Kündigungsschutzrechts, NZA 2002, S. 533 - 536

*Burger, Ernst*, die Kündigungsschutzklage als Angebot der Arbeitsleistung, BB 1981, S. 2076 - 2079

*Coen*, Martin, das Recht auf Arbeit und der Bestandsschutz des gekündigten Arbeitsverhältnisses, Köln 1979

*Denk*, Johannes, das vorläufige Weiterbeschäftigungsangebot des Arbeitgebers im Kündigungsrechtsstreit, NJW 1983, S. 265 - 260

Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, hrsg. von Dietrich, Thomas/Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schaub, Günter, 6. Auflage, München 2006 (zit. ErfKomm-Bearbeiter)

*Dollmann*, Bernd, Chancen und Risiken im Umgang mit dem allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch in Bestandsschutzstreitigkeiten, BB 2003, S. 2681 - 2688

*Dornbusch*, Gregor/*Wolff*, Alexander, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu den wesentlichen Nebengesetzen, München 2004, (zit.: Dornbusch/Wolff-Bearbeiter, KSchG)

*Dorndorf*, Eberhard, Vertragsdurchsetzung als Funktion des Kündigungsschutzes, ZFA 1989, S. 345 - 377

*Dütz*, Wilhelm, Arbeitsrecht, 9. Auflage, München 2004, (zit.: *Dütz*, Arbeitsrecht)

*Eisemann*, Hans, Kündigung und Annahmeverzug, in: Das Arbeitsrecht der Gegenwart, hrsg. von Dieterich, Thomas, Müller, Gerhard, Band 19, 1982, S. 33 - 48, (zit.: Eisemann, ArbR der Gegenwart)

*Ennecerus*, Ludwig/*Lehmann*, Heinrich, Recht der Schuldverhältnisse, Tübingen 1958, (zit.: Ennecerus/Lehmann, Schuldrecht)

Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Band I, §§ 1 – 811, UKlaG, hrsg. von Peter Wetermann, 11. Auflage, Köln 2004, (zit.: Erman-Bearbeiter, BGB)

*Färber*, Peter/*Kappes*, Karl-Heinz, Die Entscheidung des Großen Senats zum Weiterbeschäftigungsanspruch während des Kündigungsprozesses, NZA 86, S. 215 - 222

*Falke*, Josef, Kündigungspraxis und Kündigungsschutz in der Bundesrepublik Deutschland, eine empirische Untersuchung, Bonn, 1981, Band I und II, (zit: Falke, Kündigungspraxis und Kündigungsschutz in der BRD, 1981, Bd. I und Bd. II.)

*Fiebig*, Stefan/*Gallner*, Inken/*Griebeling* Jürgen/*Mestwerdt*, Wilhelm/*Nägele*, Stefan/*Pfeiffer*, Gerhard, Kündigungsschutzgesetz, Handkommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2004, (zit.: HaKo-Bearbeiter, KSchG)

*Fiedler*, Tanja, Kündigungsschutz außerhalb des KSchG und seine Vorgängerregelungen durch Grundrechte und allgemeines Zivilrecht (Untersuchungszeitraum 1850-2006), Köln 2006 (zit.: *Fiedler*, Kündigungsschutz außerhalb des KSchG)

*Fikentscher*, Wolfgang, Schuldrecht, 8. Auflage, Berlin, New York 1992 (zit.: *Fikentscher*, Schuldrecht)

*Floretta, Hans*, Grundgedanken des Kündigungsschutzes in: Festschrift In Memoriam Sir Otto Kahn-Freud; hrsg. von Franz Gamillscheg, Jean de Givry, Bob Hepple, Jean-Maurice Verdier, München 1980, S. 437 - 444 (zit. Floretta, in: FS Otto Kahn-Freud)

*Fuchs, Maximilian*, Zivilrecht und Sozialrecht, Recht und Dogmatik materieller Existenzsicherung in der modernen Gesellschaft, München 1992

*Gagel, Alexander*, Kommentar zum Sozialgesetzbuch III, Band 1, München 2006, (zit: Gagel, SGB III § Rn).

*Galperin, Hans*, Grundgedanken und Struktur des Kündigungsschutzgesetzes - Eine dogmatische Studie, RdA 1951, S. 361 - 366

*Gamillscheg, Franz*, zivilrechtliche Denkformen und die Entwicklung des Individualarbeitsrecht, AcP 176 (1976), S.197 - 220

*ders.*, Der Abschluss des Arbeitsvertrages im neuen Arbeitsvertragsgesetz, in Festschrift Im Dienst an Recht und Staat für Werner Weber zum 70. Geburtstag, hrsg. von Hans Schneider, Berlin 1974, S. 793 - 818, (zit. Gamillscheg, in: FS Weber)

*Gamillscheg, Katharina*, Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses; Bestandsschutz und Mobilitätsinteresse des Arbeitnehmers in Abwägung zum Organisationsinteresse des Arbeitgebers, Berlin 2001 (zit.: Gamillscheg, die Beendigung des Arbeitsverhältnisses)

*Gessner, Volkmar*, Empirische Untersuchung zum Kündigungsschutzrecht, RdA 1981, S. 301 - 308

*Giesen, Richard*, Reformvorschläge zum Individualarbeitsrecht, ZfA 2003, S. 467 - 492

*Gitter, Wolfgang/Schmitt, Jochen*, Sozialrecht, 5. Auflage, München 2001

*Göller, Irmgard*, Die Entwicklung des Kündigungsschutzrechts in Deutschland, Tuttlingen 1974, (zit.: Göller, die Entwicklung des Kündigungsschutzrechts)

*Graser, Alexander*, Sozialrechtlicher Kündigungsschutz, ZRP 2002, S. 391 - 393

*ders.*, „Experience rating“ in der Arbeitslosenversicherung – Der US-amerikanische Sonderweg beim Schutz bestehender Arbeitsverhältnisse, - Zugleich ein Beitrag zur Diskussion über den arbeitsrechtlichen Bestandsschutz in Deutschland -, ZIAS 1999, S. 48 - 84

*Grunewald, Benno*, Das Kündigungsschutzrecht zwischen Theorie und Praxis – Argumente für ein anderes Kündigungsschutzgesetz, ZRP 1996, S. 472 - 474

*Hanau, Peter*, Die Weiterbeschäftigungsentscheidung des BAG – unerlaubte Rechtsfortbildung im Rückfall?, ZIP 1986, S. 3 (ZIP-Kolumne)

*Hanau, Peter/Peters-Lange, Susanne*, Schnittstellen von Arbeits- und Sozialrecht, NZA 1998, S. 785 - 791

*Heinze, Meinhard*, Das Verhältnis des öffentlich-rechtlichen Sozialrechts zum privatrechtlichen Arbeitsrecht, SGB 2000, S.241 - 247

*Henkel, Heinrich*, Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip in: Festschrift für Edmund Mezger, hrsg. von Karl Engisch, Reinhart Maurach, München, Berlin 1954, S. 249 – 309 (zit. Henkel, in: FS Mezger 1954)

*Hergenröder, Curt Wolfgang*, Kündigung und Kündigungsschutz im Lichte der Verfassung, ZfA 2002, S. 355 - 382

*Herschel, Wilhelm*, Zum Entwurf eines Kündigungsschutzgesetzes (Westzonen), BB 1951, S. 61 - 62

ders., Recht auf Arbeit und Kündigungsschutz, BB 1977, S. 708 - 710

ders., Zumutbarkeit anderer Arbeit und Sozialprestige, AuR 1968, S. 193 - 206

ders., Anm. zu BAG, Urt. v. 10.07.1069, AuR 1969, 383 - 384

ders., Anm. zu BAG, Urt. v. 27.02.1985, AuR 86, S. 159 - 160

*Von Hoyningen-Huene, Gerrick*, Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht als Vorreiter und Vorbild ?, BB 1986, S. 2133 - 2141

*Von Hoyningen-Huene, Gerrick/Linck, Rüdiger*, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz 13. Auflage, München 2002, (zit. Von Hoyningen-Huene/Linck, KSchG)

*Hönn, Günther*, Zur Problematik fehlerhafter Vertragsverhältnisse, ZfA 1987, S. 61 – 94.

*Hueck, Alfred/Nipperdey, Hans Carl*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 1, 7. Auflage, 1963, (zit.: Hueck/Nipperdey, Arbeitsrecht, Bd. I)

*Hueck Alfred/Nipperdey, Hans Carl/Dietz, Rolf*, Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit und Gesetz zur Ordnung der Arbeit in öffentlichen Verwaltungen und Betrieben, mit der Verordnung über die Lohngestaltung und die Kriegswirtschaftsverordnung, Kommentar, 4. Auflage, München 1943

*Hueck, Alfred*, Das neue Kündigungsschutzgesetz des Wirtschaftsrats, RdA 1949, S. 331 - 336

ders., Der Hattenheimer Entwurf des Kündigungsschutzgesetzes, BB 1950, S. 65 - 70

ders., Das Bundeskündigungsschutzgesetz, RdA 1951, S. 281 - 286

*Jauernig*, Kommentar zum BGB, 11. Auflage, München 2004, hrsg. von Othmar Jauernig, (zit.: Jauernig-Bearbeiter, BGB)

*Kaiser, Dagmar*, Anm. zu BAG, Urt. v. 21.01.1992, AP § 615 BGB Nr. 53

*Kania, Thomas/Kramer, Michael*, Unkündbarkeitsvereinbarungen in Arbeitsverträgen Betriebsvereinbarungen und Tarifverträgen, RdA 1995, S. 287 - 298.

Kasseler Handbuch zum Arbeitsrecht, Band I und II, 2. Auflage, Neuwied, Kriftel 2000, (zit.: Kasseler HdB. ArbR-Bearbeiter)



*Kittner*, Michael, Kündigungsschutz in Deutschland und den USA, BB 2000, Beil. 4 zu Heft 13, S. 1 - 29.

*Kittner*, Michael/*Däubler*, Wolfgang/*Zwanziger*, Bertram, Kündigungsschutzrecht, Kommentar für die Praxis zu Kündigungen und anderen Formen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, 6. Auflage, Frankfurt am Main 2004, (zit: Kittner/Däubler/Zwanziger-Bearbeiter, KSchR)

*Klitzing*, Henning, ordnungsökonomische Analyse des arbeitsrechtlichen Bestandschutzes - Eine Untersuchung richterlicher Regelsetzung, Berlin 2004

*Konzen*, Horst, Anm zu BAG, Urt. v. 09.08.1984 u. 21.03.1985, AP § 615 BGB Nr. 34, 35

*Koppenfels*, Katharina, Anm. zum Urteil des BAG vom 16.05.2000, „Annahmeverzug - böswilliges Unterlassen“, SAE 2001, S. 140 - 145.

*Kreuzer*, Karl/*Stehle*, Hans-Joachim, Grundprobleme des Gläubigerverzugs, JA 1984, S. 69 - 77

*Künzel*, Reinhard, Der allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch, BB 1989, S. 1261 - 1267.

*Larenz*, Karl/*Canaris*, Claus-Wilhelm, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York, Barcelona, Budapest, Hong Kong, London, Mailand, Paris, Tokyo, 1995, (zit.: Larenz/Canaris, Methodenlehre)

*Larenz*, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1987, (zit.: Larenz, Schuldrecht AT)

*Link*, Peter/*Heffner*, Anette, Unterlassene Arbeitslosmeldung- Geminderter Verzugschaden -, AuA 2003, S. 24 - 25

*Lieb*, Manfred, Zur Befristung von Beschäftigungsverhältnissen im Bereich der Rundfunkfreiheit, in: Festschrift für Marie Luise Hilger und Hermann Stumpf, hrsg. von Thomas Dietrich, Franz Gamillscheg, Herbert Wiedemann, München 1983, S. 409 – 427, (zit.: Lieb, in: FS Hilger/Stumpf)

*Lindner*, Franz, Grundrechtsfestigkeit des arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzes, RdA 2005, S. 166 - 170

*Lotmar*, Philipp, der Arbeitsvertrag, Band I, II, Leipzig 1902, 1908 (zit. *Lotmar*, Arbeitsvertrag, Bd.)

*Looschelders*, Dirk/*Roth*, Wolfgang Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung, Berlin 1996, (zit. Looschelders/Roth, juristische Methodik)

*Löwisch*, Manfred, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 7. Auflage 1997  
*ders.*, Die Beendigung des Annahmeverzugs durch ein Weiterbeschäftigungsangebot während des Kündigungsrechtsstreits, DB 1986, S. 2433 - 2435

*Löwisch, Manfred/Spinner, Günter*, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 9. Auflage, Heidelberg 2004

*Maier, Udo* Abfindung bei betriebsbedingter Kündigung nach der Novellierung des KSchG, AiB 2004, S. 19 - 22

*Maunz, Theodor/Dürig, Günter/Badura, Peter/Di Fabio, Udo/Herdegen, Matthias/Herzog, Roman/Klein, Hans/Korioth, Stefan/Lerche, Peter/Papier, Hans-Jürgen/Randelzhofer, Albrecht/Schmidt-Assmann, E./Scholz, Rupert*, Grundgesetz, Band II, Art. 6 - 16, 43. Ergänzungsflg., Stand Februar 2004, München 2004 (zit.: Maunz-Dürig-Bearbeiter, GG)

*Maydell, Bernd von*, Zum Verhältnis von Arbeitsrecht und Sozialrecht, Festschrift für Otto Kiesel, hrsg. von Meinhard Heinze, Alfred Söllner, München 1994, S. 761 - 772; (zit. v. Maydell, in: FS Kiesel)

*Mayer Maly, Theo*, Weiterbeschäftigung nach Kündigung, DB 1979, S. 1601 - 1607

*Mayer, Udo*, Abfindung bei betriebsbedingter Kündigung nach der Novellierung des KSchG, AiB 2004, S. 19 - 22.

*Medicus, Dieter*, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 16. Auflage, München 2005 (zit. Medicus, Schuldrecht I)

*Meinel, Gernod*, Agenda 2010- Regierungsentwurf zu Reformen am Arbeitsmarkt, DB 2003. S. 1438 - 1439

*Molitor, Erich*, die Bedeutung des neuen Kündigungsschutzgesetzes, DB 1951, S. 621 - 624

Motive des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Amtliche Ausgabe, 2. Auflage, Berlin: Guttentag 1896, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, (zit.: Mot. II)

Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1, Individualarbeitsrecht I, 2. Auflage, München 2000, (zit.: Münch/ArbR-Bearbeiter)

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von Franz Jürgen Säcker -Band 1: Allgemeiner Teil, §§ 1 - 240, 5. Auflage, München 2006

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von Helmuth Heinrichs, -Band 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil (§§ 241 - 432), 2. Auflage, München 1985, (zit: MünchKomm-Bearbeiter, BGB, 2. Auflage)

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von Wolfgang Krüger -Band 2 a: Schuldrecht Allgemeiner Teil §§ 241-432, 4. Aufl., München 2003

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von Martin Henssler -Band 4: Schuldrecht Besonderer Teil §§ 611-704, EFZG, TzBfG, KSchG, 4. Aufl., München 2005

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von Peter Ulmer -Band 5: Schuldrecht Besonderer Teil III §§ 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz, 4. Aufl., München 2004 (zit.: MünchKomm-Bearbeiter, BGB)

*Natzel*, Benno, Die Vergütung des Auszubildenden, DB 1970, S. 2267 - 2280

*Nikisch*, Arthur, Arbeitsrecht, Band I, 3. Auflage, Tübingen 1961, (zit.: Nikisch, Arbeitsrecht)  
ders., Annahmeverzug des Arbeitgebers und fristlose Entlassung, RdA 1967,  
S. 241 - 244

*Oetker*, Hartmut, Arbeitsrechtlicher Bestandsschutz und Grundrechtsordnung, RdA 1997, S. 9 - 21

*Ohlendorf*, Gerhard, Die Weiterbeschäftigung während eines Kündigungsschutzprozesses auf Wunsch des Arbeitgebers, S. 109 - 114

*Opolony*, Bernhard, Anm. zu BAG, Urt. v. 16.05.2000, AP § 615 BGB Nr. 7 Böswilligkeit

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 66. Auflage, München 2007, (zit.: Palandt-Bearbeiter, BGB)

*Papier*, Hans-Jürgen, Der verfassungsrechtliche Rahmen für Privatautonomie im Arbeitsrecht, RdA 1989, S. 137 - 144  
ders., Arbeitsmarkt und Verfassung, RdA 2000, S. 1 - 7  
ders. Art. 12 GG - Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit, DVBl. 1984,  
S. 801 - 814

*Peter*, Manfred, Kündigung, Annahmeverzug und Weiterbeschäftigung, DB 1982,  
S. 488 - 496.

*Pfarr*, Heide/*Bothfeld* Silke/*Kaiser*, Lutz/*Kimmich*, Martin/*Peuker*, Andreas, *Ullmann*, Karen, REGAM-Studie:  
Die Einschätzung der Geltung des Kündigungsschutzgesetzes in den Kleinbetrieben, BB 2003, S. 2061 - 2063  
Die Kündigungs-Klage und Abfindungspraxis in den Betrieben, BB 2004, S. 106 - 110

*Picker*, Eduard, Die Entwicklung des arbeitsrechtlichen Schrifttums, ZfA, 1981,  
S. 303 - 492.  
ders., Betriebsrisikolehre und Arbeitskampf, JZ 1979, S. 285 - 294.  
ders., Annahmeverzug und Vergütungsgefahr im Dienstvertragsrecht, JZ 1985,  
S. 693 - 706.

*Pieroth*, Bodo/*Schlink*, Bernhard, Grundrechte Staatsrecht II, 21. Auflage, Heidelberg 2005, (zit.: Pieroth/Schlink, Grundrechte)

*Preis*, Ulrich, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, München 1987, (zit.: Preis, Prinzipien)  
ders., Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes NZA 1997,  
S. 1256 - 1270.  
ders.: Reform des Bestandsschutzrechts im Arbeitsverhältnis: Entwurf eines Kündigungsschutzgesetzes (KSchG 2003), NZA 2003, 252 - 259  
ders. Arbeitsrecht, 2. Auflage, Köln 2003, (zit.: Preis, Arbeitsrecht)

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band I, Berlin 1897, (zit.: Prot. I)

*Reiserer*, Kerstin, Die Reform des Kündigungsrechts- Impulse für den Arbeitsmarkt?, BB 2004, Heft 15, die erste Seite

RGRK-BGB, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar  
Band I, §§ 1-240 BGB, 12. Auflage, Berlin, New York 1982,  
- Band II, Teil 1, §§ 241 – 413, 12. Auflage, Berlin, New York 1976.  
- Band II, Teil 3/1 §§ 611 – 620, 12. Auflage, Berlin, New York 1997, (zit.: RGRK-Bearbeiter, BGB, Bd.)

*Reuter*, Dieter, Grundlagen des Kündigungsschutzes - Bestandsaufnahme und Kritik, in: Festschrift, 25 Jahre BAG, hrsg. von Franz Gamillscheg, Götz Hueck, Herbert Wiedemann, München 1979, S. 405 – 427 (zit.: Reuter, in: FS 25 Jahre BAG)

ders., Das Recht auf Arbeit - ein Prinzip des Arbeitsrechts ? RdA 1978, S. 344 – 351

ders., Die freie Wahl des Arbeitsplatzes – ein nicht realisierbares Grundrecht ?, RdA 1973, S. 345 - 353

ders., Reichweite und Grenzen der Legitimität des Bestandsschutzes von Arbeitsverhältnissen, ORDO 1982, S. 164 – 199.

ders., Die Rolle des Arbeitsrechts im marktwirtschaftlichen System - Eine Skizze, ORDO 1985, S. 51 – 88.

•  
*Rieble*, Volker Arbeitsmarkt und Wettbewerb – der Schutz von Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit im Arbeitsrecht, Berlin, Heidelberg, New York 1996, (zit.: *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb)

*Rolfs*, Christian, Sperrzeit wegen verspäteter Meldung als arbeitsuchend (§ 144 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 SGB III), DB 2006, S. 1009- 1011

*Rosenberg*, Leo, Der Verzug des Gläubigers, Voraussetzungen und Wirkungen nach dem BGB unter Berücksichtigung des gemeinen Rechts, Jhering's Jahrbücher 43, S. 141 – 298

*Rüthers*, Bernd, Vom Sinn und Unsinn des geltenden Kündigungsschutzrecht, NJW 2002, S. 1601 – 1609.

ders., Rechtstheorie, 2. Auflage, München 2005, (zit.: *Rüthers*, Rechtstheorie)

*Sandmann*, Bernd, Böswilliges Unterlassen anderweitigen Verdienstes während des Annahmeverzugs des Arbeitsgebers, RdA 2005, S. 247 – 251

*Schäfer*, Horst, Zur verzugsrechtlichen Bedeutung des Weiterbeschäftigungsangebots während des Kündigungsschutzprozesses, JUS 1988, S. 265 – 268

ders., Nochmals: Zum Weiterbeschäftigungsangebot des Arbeitgebers während des Kündigungsschutzprozesses, DB 1982, S. 902 – 904

*Schaub*, Günter, Arbeitsrechts-Handbuch, 11. Auflage, München 2005, (zit.: *Schaub*-Bearbeiter, ArbR Hdb.)

*Schmalz*, Dieter, Methodenlehre für das juristische Studium, 4. Auflage, Baden-Baden 1998, (zit. Schmalz, Methodenlehre)

*Schmalz*, Dieter, Grundrechte, 4. Auflage, Baden-Baden 2001, (zit.: *Schmalz*, Grundrechte)

*Schmidt*, Ingrid, Arbeitsrecht und Sozialrecht, RdA 1999, S. 124 – 130.

*Schmidt*, Rolf, Grundrechte, 4. Auflage, Grasberg bei Bremen 2003, (zit. Schmidt, Grundrechte)

*Schnorr von Carolsfeld*, Ludwig, Arbeitsrecht, 2. Auflage, Göttingen 1954

*Scholz*, Rupert, Die Berufsfreiheit als Grundlage und Grenze arbeitsrechtlicher Regelungssysteme, ZFA 1981, S. 265 - 302

*Schröder*, Henning, Schuldner- und Gläubigerverzug im Arbeitsverhältnis, Münster 1971, (zit.: Schröder, Schuldner- und Gläubigerverzug im Arbeitsverhältnis)

*Schüren*, Peter, Kommentar zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 2. Auflage, München 2003, (zit. Schüren, AÜG)

*Schulin*, Betram/Igl Gerhard, Sozialrecht, 6. Auflage, Düsseldorf 1999

*Schumann*, Manfred, Das Recht auf Beschäftigung im Kündigungsschutzprozess, NZA 1986, S.688 – 690

*Schwerdtner*, Peter, Die Garantie des Rechts auf Arbeit - ein Weg zur Knechtschaft ?; ZfA 1977 S. 47 – 86

*ders.*, Vom Beschäftigungsanspruch zum Weiterbeschäftigungsanspruch, ZIP 1985, S. 1361 – 1370

*ders.*, Reform des Bestandsschutzes von Arbeitsverhältnissen, Versuch einer Zwischenbilanz, Beil. Nr. 12/79 zu DB 1979, Heft 35, S. 1 – 20

*Seiter*, Hugo, Sozialversicherung und Arbeitsrecht, in: Sozialrechtsprechung Verantwortung für den sozialen Rechtsstaat, Festschrift zum 25 jährigen Bestehen des Bundessozialgerichts, hrsg. von Hans F. Zacher, Band 2, Köln, Berlin, Bonn, München 1979, S. 515 – 535, (zit. Seiter, in: FS 25 Jahre Bundessozialgericht, Bd. 2)

*Soergel*, Theodor, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen

- Band 2, Schuldrecht I, §§ 241 - 432, 10. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1967, (zit.: Soergel-Bearbeiter, BGB, 10. Auflage)

- Band 2, Schuldrecht I, §§ 241 – 432, 12. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln 1990, (zit. zit.: Soergel-Bearbeiter, BGB)

- Band 3, Schuldrecht II, §§ 516 - 704, 11. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln Mainz, 1980, (zit.: Soergel-Bearbeiter, BGB, 11. Auflage)

- Band 4/1, Schuldrecht III/1, §§ 516 - 651, 12. Auflage, Köln 1997, (zit.: Soergel-Bearbeiter, BGB)

*Söllner*, Alfred, Die Verwirklichung der Grundrechte als gemeinsame Aufgabe von Bundesarbeitsgericht und Bundesverfassungsgericht, in Arbeitsrecht in der Bewährung,

Festschrift für Otto Kissel, hrsg. von Meinhard Heinze, Alfred Söllner, München 1994, S. (zit. Söllner, in: FS Kissel)

*Spirolke*, Matthias, Der - böswillig unterlassene - anderweitige Erwerb i. S. der § 615 BGB, § 11 KSchG, NZA 2001, S. 707 – 712

*Staab*, Lothar, Rechtsfragen zum Annahmeverzug des Arbeitgebers, Alzenau/Kälberau 1992

*Stahlhacke*, Eugen, Aktuelle Probleme des Annahmeverzuges im Arbeitsverhältnis, AuR 1992 S. 8 – 16

*Stahlhacke*, Eugen/*Preis*, Ulrich/*Vossen*, Reinhard, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 8. Auflage, München 2002, (zit.: *Stahlhacke/Preis/Vossen*, Kündigungsschutz)

*Staudinger*, Kommentar zum BGB,

- §§ 611 - 615; Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 2005, 14. Auflage. (zit.: *Staudinger-Bearbeiter*, BGB, § Rn.)

- §§ 611 – 615; Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1999, 13. Auflage (zit.: *Staudinger-Bearbeiter*, BGB, 13. Auflage, § Rn.)

- §§ 255 – 314, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 2001, 12. Auflage (zit.: *Staudinger-Bearbeiter*, BGB, § Rn.)

*Von Stebut* Dietrich, Die Schutzbedürftigkeit eines Vertragspartners – Sozialer Schutz im Arbeitsvertrags- und Wohnraummietrecht, Band 1 und Band 2

*Stehl*, Heinrich, Annahmeverzug nach fristloser Entlassung, AuR 1967, S. 44 – 50

*Stelljes*, Volker, Zu Grundlage und Reichweite des allgemeinen Kündigungsschutzes, Probleme der Kleinbetriebsbeschlüsse des Bundesverfassungsgerichts, Berlin 2002, (zit.: *Stelljes*, Grundlage Reichweite des Kündigungsschutz)

*Stern*, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung, 2. Auflage, München 1984, (zit.: *Stern*, Bd. I)

Studienkommentar zum BGB, hrsg. von Volker Beuthien und Walther Hadding, Erstes bis Drittes Buch (§§ 1-1296), 2. Auflage, Stand: 1 Juni 1979, Frankfurt am Main, (zit. *StudK-Bearbeiter*, BGB)

*Thüsing*, Gregor, Arbeitsrecht als Arbeitsplatzschutzrecht, NJW 2003, S. 1989 - 1991

*Tschöpe*, Ulrich, Weiterbeschäftigung während des Kündigungsrechtsstreits: Neue Trends beim Annahmeverzug des Arbeitgebers, DB 2004, 434 - 437

*Ullmann* Karen, *Bothfeld*, Silke, Kündigungsschutz in der betrieblichen Praxis: Nicht Schreckgespenst sondern Sündenbock, WSI Mitteilungen, BB 2004, S. 262 - 270



*Ulmer, Peter*, Zum Einfluss der Treuepflicht auf die einseitige Vertragsbeendigung in: Kündigungsschranken im Handels- und Gesellschaftsrecht, Festschrift für Philipp Möhring zum 75. Geburtstag, hrsg. von Wolfgang Hefermehl, München, 1975, S. 295 - 317

*V. Hoyningen, Gerrick/Linck*, Rüdiger, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 13. Auflage, München 2002, (zit.: v. Hoyningen-Huene/Linck, KSchG)

*Wank, Rolf*, Das Recht auf Arbeit im Verfassungsrecht und im Arbeitsrecht, Athenäum, 1980, (zit.: Wank, Recht auf Arbeit)

*ders.*, Rechtsfortbildung im Kündigungsschutzrecht, RdA 1987, 129 - 160

*ders.*, Bestandsschutz in Deutschland aus arbeitsrechtlicher Sicht, Sonderbeilage zu NZA Heft 21, 2003, S. 3 - 11

*Waas, Bernd*, Rechtsfragen des Annahmeverzugs bei Kündigung durch den Arbeitgeber, NZA 1994, S. 151 - 158

*Weber, Hansjörg*, Anm. zu BAG, Urt. 21.05.1981, SAE 1982, S. 94 - 98

*Wiedemann, Herbert*, Leistungsprinzip und Tarifvertragsrecht; in: 25 Jahre Bundesarbeitsgericht, Festschrift, hrsg. von Franz Gamillscheg, Götz Hueck, Herbert Wiedemann, München 1979, S. 635 - 660 (zit.: Wiedemann, in: FS 25 Jahre BAG).

*ders.*, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, Karlsruhe 1966, (zit.: Wiedemann, das Arbeitsverhältnis)

*ders.*, Subjektives Recht und sozialer Besitzstand nach dem KSchG, RdA 1961, S. 1 - 8.

*Willemsen, Heinz*, Kündigungsschutz – vom Ritual zur Rationalität, Gedanken zu einer grundlegenden Reform, NJW 2000, S. 2779 - 2787

*Winderlich, Ute*, Der Annahmeverzug des Gläubigers, (zit.: *Winderlich*, Annahmeverzug)

*Winterfeld, Rosemarie*, Anm. zu BAG, Urt. v. 21.03.1985, SAE 1986, S.17 - 20

*Wohlgemuth, Hans Herman*, BBiG Berufsbildungsgesetz, Kommentar für die Praxis, 2. Auflage, Köln 1995, (zit. Wohlgemuth, BBiG)

*Zippelius, Reinhold*, juristische Methodenlehre, 9. Auflage, München 2005, (zit.: Zippelius, Methodenlehre)

*Zöllner Wolfgang/Loritz, Karl-Georg* Arbeitsrecht, 5. Auflage, München 1998, (zit.: Zöllner/Loritz)

*Zöllner, Wolfgang*, „Sind im Interesse einer gerechten Verteilung der Arbeitsplätze Begründung und Beendigung der Arbeitsverhältnisse neu zu regeln?“ Verhandlungen des zweiundfünfzigsten Deutschen Juristentages Gutachten D, Wiesbaden, 1978, hrsg. von der ständigen Deputation des Deutschen Juristentages Band I.

## ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a. A.	Anderer Ansicht
Abs.	Absatz
a. F.	Alte(r) Fassung
AiB	Arbeit im Betrieb (Zeitschrift)
Alt.	Alternative
Amtsbl.	Amtsblatt
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AOG	Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Entscheidungssammlung)
AR-Blattei	Arbeitsrechts-Blattei
ARST	Arbeitsrecht in Stichworten
ArbPlSchG	Arbeitsplatzschutzgesetz
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht
Aufl.	Auflage
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
Az.	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
Bd.	Band
Beil.	Beilage
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BGBL.	Bundesgesetzblatt
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BR-Drucks.	Drucksachen des Deutschen Bundesrates
BBIG	Berufsbildungsgesetz
BRG	Betriebsrätegesetz
BeschFG	Beschäftigungsförderungsgesetz
BT-Drucks.	Drucksachen des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BverfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	Beziehungsweise
ca.	Circa
ders.	Derselbe
dies.	Dieselbe
d. h.	Das heißt
Einl.	Einleitung
ErfKomm	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
f., ff.	(fort)folgende



FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FS	Festschrift
Fn.	Fußnote
GG	Grundgesetz
GS	Großer Senat
grds.	Grundsätzlich
Hdb.	Handbuch
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	Herausgegeben
Hs.	Halbsatz
i.S.v.	Im Sinne von
i.V.m.	In Verbindung mit
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
JUS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
KasselerHdb.	Kasseler Handbuch zum Arbeitsrecht
Komm.	Kommentar
KR	Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsrecht
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KSchR	Kündigungsschutzrecht
LAG	Landesarbeitsgericht
LAGE	Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte (Entscheidungs- sammlung)
Mot II	Motive des Bürgerlichen Gesetzbuchs II
MünchArbR	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht
MünchHdb.	Münchener Handbuch
MünchKomm	Münchener Kommentar
MuSchG	Mutterschutzgesetz
m.w.N.	Mit weiteren Nachweisen
m.W.v.	Mit Wirkung vom
n. F.	Neue(r) Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport Zivilrecht
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	NZA-Rechtsprechungsreport
OLG	Oberlandesgericht
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RG	Reichsgericht
RGRK	Reichsgerichtsrätekommentar
Rn.	Randnummer
S.	Seite/Satz
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SGB	Sozialgesetzbuch
Schwbg	Schwerbehindertengesetz
SGb	Zeitschrift für das aktuelle Sozialrecht
sog.	Sogenannte(r)
Sonderbeil.	Sonderbeilage
u. a.	Unter anderem; und andere
u. U.	Unter Umständen
vgl.	Vergleiche
WSI	Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Institut der Hans –

z. B.	Böckler – Stiftung
ZFA	Zum Beispiel
ZIAS	Zeitschrift für Arbeitswissenschaft
zit.	Zeitschrift für ausländisches und internationales Sozialrecht
ZRP	Zitiert
ZPO	Zeitschrift für Rechtspolitik
	Zivilprozessordnung

## Teil 1. Einleitung

Eine erhebliche Anzahl arbeitsgerichtlicher Prozesse endet seit langer Zeit vorzeitig im Abschluss von Abfindungsvergleichen. Dabei steht bei vielen Prozessen nicht das Interesse an einer Fortsetzung bzw. Erhaltung des Arbeitsverhältnisses im Vordergrund, sondern der gesamte Prozess dient aus Sicht der Arbeitnehmer ausschließlich dem Ziel, eine möglichst hohe Geldsumme als wirtschaftlichen Ausgleich für den Verlust des Arbeitsplatzes zu erhalten. Diese Entwicklung läuft der ursprünglichen Intention des geltenden Kündigungsschutzgesetzes (KSchG), welches nach dem Verständnis des Gesetzgebers zum Schutz und Erhalt des Arbeitsplatzes<sup>1</sup> konzipiert worden ist, entgegen.

Dennoch werden in der Literatur zahlreiche Vorschläge diskutiert, die das KSchG um eine Abfindungslösung ergänzen wollen<sup>2</sup>, um so „das Recht an die Realität“<sup>3</sup> anzupassen. Teilweise haben sich die Rufe nach einer Abfindungslösung nun in dem Ende letzten Jahres verabschiedeten Gesetz zu „Reformen am Arbeitsmarkt“ niedergeschlagen. Mit diesem Gesetz wurde ein neuer § 1a in das KSchG aufgenommen, nach dem nun –beschränkt auf den Fall der betriebsbedingten Kündigung- dem Arbeitnehmer unter gewissen Voraussetzungen ein „Anspruch“<sup>4</sup> auf Abfindungszahlung in einer gesetzlich bestimmten Mindesthöhe zustehen soll und damit eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne „ineffiziente und kostenträchtige“<sup>5</sup> Kündigungsschutzprozesse eintreten soll.

Vor dem Hintergrund der Konzeption des KSchG als „Bestandsschutzgesetz“ bestehen gegen solche Vorschläge, die letztlich wirtschaftliche Interessen und nicht den Erhalt des Arbeitsplatzes in den Vordergrund stellen, jedoch Bedenken. Dass sich das KSchG zu einem „Abfindungsgesetz“, bei dem die Parteien oftmals zum Taktieren und Verschleiern ihrer wahren Ab-

---

<sup>1</sup> Siehe hierzu ausführlich unter Teil 3.

<sup>2</sup> Vgl. *Preis*, NZA 2003, 252, 255; *Giesen*, ZFA 2003, 476, 490 ff.; *Rüthers*, NJW 2002, 1601, 1609; *Buchner*, NZA 2002, 533, 535 ff.; *Bauer*, NZA 2002, 529, 530.

<sup>3</sup> So *Willemsen*, NJW 2000, 2779, 2780.

<sup>4</sup> *Preis*, DB 2004, 70; *Meinel*, DB 2003, 1438, 1439; *Thüsing*, NJW 2003, 1989, 1990.

<sup>5</sup> BT-Drucks. 15/1204, S. 9 ff.

sichten und Motive gezwungen werden, entwickeln konnte, ist auf mehrere Ursachen zurückzuführen. Diese hängen sicherlich zu einem Teil mit der im Kündigungsrecht vorherrschenden Rechtsunsicherheit sowie den gegebenen Beweislastschwierigkeiten zusammen. Als Hauptursache muss allerdings das dem Arbeitgeber nach § 615 S. 1 BGB obliegende Risiko, bei Unterliegen im Kündigungsschutzprozess Annahmeverzugslohn zahlen zu müssen, angesehen werden. Dieses Risiko wird durch die vom BAG entwickelte Rechtsprechung zum allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch<sup>6</sup> sowie zur Beendigung des Annahmeverzugs während des Kündigungsschutzprozesses<sup>7</sup> in erheblichem Maße weiter verstärkt. Denn, wie aufzuzeigen sein wird, hat der Arbeitgeber, der an der Kündigung festhalten will, nach derzeitiger Rechtsprechungslage kaum Möglichkeiten, seinen Annahmeverzug während des Kündigungsschutzes etwa durch vorläufige Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zu beenden, während die Rechtsprechung des BAG die dem Arbeitnehmer aus der Situation des Kündigungsprozesses herrührenden Risiken erheblich gemindert hat<sup>8</sup>. Damit erhöht sich der ohnehin schon bestehende Druck auf die Arbeitgeber, die bereits im Hinblick auf Prozessdauer und Prozessausgang einem kaum kalkulierbaren Kostenrisiko ausgeliefert sind. Dies wiederum fördert in hohem Maße die arbeitgeberseitige Bereitschaft, die arbeitsgerichtliche Auseinandersetzung über die (Un)Wirksamkeit der Kündigung nicht einer gerichtlichen Klärung zu unterziehen, sondern frühzeitig durch einen Abfindungsvergleich zu beenden.

### **A. Gegenstand der Untersuchung**

Gegenstand dieser Untersuchung ist es, die oben beschriebene gegenwärtig stattfindende Entwicklung des KSchG zu einem Abfindungsgesetz kritisch zu beleuchten. Durch eine Analyse der gesetzlichen Vorschriften des Annahmeverzugs des Gläubigers des BGB sowie der derzeitigen arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung zum Annahmeverzug des Arbeitgebers während des Kündigungsschutzprozesses sollen Ursachen und Folgen dieser Entwicklung aufgezeigt werden. Gemeinsam mit dieser Analyse der Gesetzes-

---

<sup>6</sup> Siehe hierzu unter Teil 2 C und Teil 4 F.

<sup>7</sup> Siehe hierzu unter Teil 2 C und Teil 4 F.

<sup>8</sup> Siehe hierzu Teil 4 C.

lage und der einschlägigen Rechtsprechung werden durch methodengerechte Auslegung der Annahmeverzugsvorschriften des BGB Wege gesucht, dieser Entwicklung des KSchG zu einem Abfindungsgesetz effektiv entgegenzuwirken. Hauptsächlich werden dabei die historische Entwicklung und die gesetzgeberische Absicht des KSchG miteinbezogen und aufgezeigt, inwiefern Grundgedanken und Reichweite des Kündigungsschutzes in das Institut des Annahmeverzugs des Arbeitgebers im gekündigten Arbeitsverhältnis hineinreichen und mit diesem verzahnt sind.

## **B. Ziel der Untersuchung**

Ziel der Betrachtung der geltenden Gesetzeslage und der Rechtsprechung ist die Wiederherstellung einer den Interessen beider Parteien gerecht werdende Risikoverteilung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess. Dieses Ziel soll durch die Herausarbeitung von verschiedenen Ansätzen, bei denen die sich aus der juristischen Methodenlehre<sup>9</sup> ergebenden Auslegungsvorgaben sowie die jeweils zu den einzelnen Fragestellungen vorhandenen Lösungsmöglichkeiten in der Literatur mitberücksichtigt werden, erreicht werden. Unter Wahrung der möglicherweise tangierten grundrechtlich geschützten Rechtspositionen der Arbeitnehmer soll eine Eindämmung bzw. Abschaffung des derzeit unkalkulierbaren Annahmeverzugsrisikos des Arbeitgebers erreicht werden. Im Wesentlichen werden unter diesen Zielaspekten die nachfolgenden kurz skizzierten Ansätze diskutiert. Erstens wird der Frage nachgegangen, inwiefern die Miteinbeziehung des Ungewissheitsrisikos des Kündigungsschutzprozesses für die Voraussetzungen, unter denen die Beendigung des Annahmeverzugs anzunehmen ist, notwendig ist<sup>10</sup>. Zweitens soll untersucht werden, ob und inwieweit bei der Auslegung des Merkmals der Böswilligkeit im Sinne des § 615 S. 2 BGB Sinn und Zweck des KSchG sowie die sozialversicherungsrechtlichen Vorgaben berücksichtigt werden müssen<sup>11</sup>. Drittens soll problematisiert werden, ob die Situation des Kündigungsschutzprozesses ein Ablehnungsrecht des Arbeitgebers wegen Unzumutbarkeit der Annahme der

---

<sup>9</sup> Ausführlich hierzu Teil 4.

<sup>10</sup> Vgl. hierzu Teil 4 F.

<sup>11</sup> Vgl. hierzu Teil 4 G.

Leistung des Arbeitnehmers rechtfertigen könnte<sup>12</sup>, und viertens, soll der Möglichkeit nachgegangen werden, inwiefern eine (vor)vertragliche Abbedingung des Verzugslohnanspruchs nach § 615 S. 1 BGB in Betracht käme<sup>13</sup>. Leitgedanke der Untersuchung insgesamt ist die „Rückkehr“ des mittlerweile als Abfindungsgesetz zweckentfremdeten Kündigungsschutzgesetzes hin zur Ausgestaltung als seiner Zielsetzung entsprechendes Bestandschutzgesetz.

### **C. Aufbau und Gang der Untersuchung**

Die Arbeit soll nach dem einleitenden Teil und der Erklärung des Gegenstandes und des Ziels der Untersuchung in vier weitere Teile aufgeteilt werden. Teil 2 und 3 sollen den Boden für den vorwiegend aus Teil 4 bestehenden Hauptteil sowie des Teils 5 bereiten. Hinsichtlich des Untersuchungsgegenstandes besteht für den Aufbau der Arbeit die Schwierigkeit, zunächst in verständlicher Weise überhaupt auf das Problem des „unbegrenzten Annahmeverzugs“ des Arbeitgebers hinzuweisen. Dieses entsteht in dieser Form erst durch das Zusammenwirken verschiedener rechtlicher Institute wie den Annahmeverzugsregeln und die Ausgestaltung des Kündigungsschutzes sowie durch die Auslegung und Konkretisierung dieser Institute durch die Rechtsprechung des BAG. Um diese Problematik zu verdeutlichen, aber auch um im Rahmen der in den Teilen 4 und 5 zu erarbeitenden Lösungsmöglichkeiten auf Argumentationspolster zurückgreifen zu können, soll daher in den Teilen 2 und 3 zunächst die Grundlage dieser Rechtsinstitute aufgezeigt werden. Am Anfang von Teil 4 sollen die derzeitige Praxis des Kündigungsschutzprozesses und die für Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestehenden Risiken näher beleuchtet werden. Auch dieses Kapitel dient - neben der Vermittlung der rechtstatsächlichen Grundlage - dazu, maßgebliche Kriterien für die weitere Untersuchung zu entwickeln. Auf der Basis der so gewonnenen Erkenntnisse wird schließlich anhand der aufgeführten vier Ansätze untersucht, auf welche Art und Weise ein Risiko- und Interessenausgleich *de lege lata* und schließlich auch *de lege ferenda* erzielt werden kann.

---

<sup>12</sup> Vgl. hierzu Teil 4 H.

<sup>13</sup> Vgl. hierzu Teil 4 I.

#### **D. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes**

Vor dem Hintergrund dieses Untersuchungsgegenstandes, bei dem die methodengerechte Auslegung der §§ 293 ff., 611, 615 BGB sowie die Absicht des Gesetzgebers und die historische Entwicklung des KSchG eine zentrale Rolle spielen, beschäftigt sich diese Arbeit ausschließlich mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Kündigung sowie dem Fall der Begründung des Annahmeverzugs des Arbeitgebers durch Kündigung. Auf andere Möglichkeiten zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses sowie auf die übrigen Fälle des Annahmeverzuges des Arbeitgebers wird dementsprechend nicht oder nur insoweit eingegangen, als dies zum Verständnis der Argumentationsgrundlage oder unter systematischen Erwägungen erforderlich ist. Da bei der Untersuchung der Schwerpunkt auf der Entwicklung und dem Einfluss des allgemeinen KSchG gelegt wird, bleiben die Vorschriften besonderer Kündigungsschutzbestimmungen weitestgehend außen vor. Die in dieser Untersuchung entwickelten vier Ansätze zur Lösung des Problems des „unbegrenzten Annahmeverzugs“ nach bestehender Gesetzeslage sollen im Verhältnis der Alternativität stehen und unabhängig vom letztinstanzlichen Ausgang des Kündigungsschutzprozesses greifen. Zur Veranschaulichung der oftmals abstrakten Auslegungsergebnisse werden die verschiedenen Lösungsansätze jeweils anhand von oder mittels bestimmter Fallgruppen entwickelt und aufgezeigt. Die hier verwendeten Fallgruppen stellen lediglich eine Auswahl der verschiedenen denkbaren Konstellationen in der rechtstatsächlichen Praxis dar und erheben daher keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

## **Teil 2. Grundlagen des Annahmeverzugs des Gläubigers nach § 293 ff. BGB unter Berücksichtigung der arbeitsrechtlichen Besonderheiten**

In Teil 2 werden zunächst die Voraussetzungen des Annahmeverzugs des Gläubigers nach §§ 293 ff. des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) kurz zusammengefasst dargestellt. Anschließend wird der Bezug zum Arbeitsverhältnis hergestellt und auf die Voraussetzungen des Annahmeverzugs des Arbeitgebers nach § 615 i. V. m. §§ 293 ff BGB eingegangen. Hier werden zunächst Rechtsnatur, Regelungsgehalt, Funktionen und Reichweite des § 615 BGB vorgestellt. Unter Berücksichtigung des Untersuchungsgegenstandes steht dabei der Anwendungsfall der unwirksamen Kündigung im Mittelpunkt. Demzufolge wird an dieser Stelle die Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts hinsichtlich Beginn und Ende des Annahmeverzugs des Arbeitgebers im Kündigungsschutzprozess sowie dem sog. allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch aufgezeigt. An jeweils geeigneter Stelle werden auch die in der Literatur vertretenen Ansichten mitberücksichtigt.

### **A. Voraussetzungen des Annahmeverzugs nach § 293 ff. BGB**

Die Voraussetzungen, unter denen ein Gläubiger in Verzug der Annahme kommen kann, sind in §§ 293 ff. BGB geregelt. Gläubigerverzug liegt vor, wenn die Erfüllung des Schuldverhältnisses dadurch verzögert wird, dass der Gläubiger die seinerseits erforderliche Mitwirkung, insbesondere die Annahme der Leistung, unterlässt<sup>14</sup>. Die §§ 293 ff. BGB gehen davon aus, dass der Gläubiger zur Annahme der Leistung nur berechtigt, aber nicht verpflichtet ist. Demzufolge fordert das Gesetz auch kein Verschulden des Gläubigers. Gläubigerverzug ist daher nicht die Verletzung einer Rechtspflicht, sondern lediglich der Verstoß gegen eine Obliegenheit. Die Verlet-

---

<sup>14</sup> Palandt-Heinrichs, BGB, § 293, Rn. 1.



zung einer Obliegenheit löst daher keine Schadensersatzverpflichtung aus, sondern führt lediglich zum Verlust eigener Rechte<sup>15</sup>.

### I. Leistungsangebot des Schuldners

Das Gesetz verlangt in der Regel, dass der Schuldner nicht nur zur Leistung bereit ist, sondern auch mit seiner Leistungshandlung begonnen und sie so weit gefördert hat, dass es nunmehr nur noch am Gläubiger liegt, den Leistungserfolg herbeizuführen. Er muss den Leistungsgegenstand dem Gläubiger in einer solchen Weise nahe bringen, dass dieser „nichts weiter zu tun hat, als zuzugreifen“<sup>16</sup>, mithin die Leistung „tatsächlich“ anbieten (§ 294 BGB). Das Leistungsangebot dient dementsprechend neben der Manifestierung der Leistungsbereitschaft des Schuldners vor allem auch dem Zweck, den Zeitpunkt, in dem der Gläubigerverzug eindeutig beginnt, festzulegen<sup>17</sup>.

Welche Anforderungen im Einzelfall an ein solches „tatsächliches“ Leistungsangebot des Schuldners zu stellen sind, ist davon abhängig, welche Art der Schuld vereinbart ist oder sich durch Auslegung der vertraglichen Abrede ergibt. Bei einer Bring<sup>18</sup>- oder Schickschuld<sup>19</sup> kommt der Gläubiger regelmäßig erst dann in Verzug, wenn die zu leistende Sache so weit an ihn herangebracht ist, dass es nur noch von ihm abhängt, Besitz zu ergreifen. Anders ist dies im Falle einer vereinbarten Holschuld, also wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung erforderlich ist, insbesondere wenn der Gläubiger die geschuldete Sache abzuholen hat (§ 295 S. 1 2. Alt BGB). Hier genügt es, wenn der Schuldner die Leistung wörtlich anbietet. Dies gilt gemäß § 295 S. 1 1. Alt BGB auch, wenn der Gläubiger erklärt, dass er die Leistung nicht annehmen wird. Für die Begründung des Verzugs kommt es allein auf den Zugang des grundsätzlich formfreien Angebots an<sup>20</sup>. Die Re-

<sup>15</sup> *Larenz*, Schuldrecht AT, § 25 I. Zu den Rechtsfolgen siehe gleich unter Teil 2 A IV.

<sup>16</sup> *Larenz*, Schuldrecht AT, § 25 I a.

<sup>17</sup> Vgl. beispielsweise *Blomeyer*, Anm. zu BAG, Urt. v. 26.8.1971, AP § 615 BGB Nr. 26; Mot. II, S. 70.

<sup>18</sup> In diesem Fall hat der Schuldner die geschuldete Leistung tatsächlich zum Gläubiger zu bringen. Leistungs- und Erfolgsort liegen in diesem Fall am Wohnsitz des Gläubigers. Zu den Begriffen siehe ausführlich *Palandt-Heinrichs*, BGB, § 269, Rn. 1.

<sup>19</sup> Hier muss die vom Schuldner abgesandte Ware beim Gläubiger eintreffen. Leistungsort ist am Wohnsitz des Schuldners, Erfolgsort am Wohnsitz des Gläubigers, vgl. *Palandt-Heinrichs*, BGB, § 269, Rn. 1.

<sup>20</sup> Das wörtliche Angebot ist seiner Rechtsnatur nach eine geschäftsähnliche Handlung, auf die die Vorschriften über Willenserklärungen anwendbar sind, vgl. *MünchKomm-Ernst*, BGB, § 295 Rn. 2, *ErfKomm-Preis*, § 615 BGB, Rn. 24.

gelung des § 295 BGB wird durch § 296 BGB ergänzt. Danach gerät der Gläubiger in Annahmeverzug, ohne dass es eines Angebots bedarf, wenn er eine Mitwirkungshandlung unterlässt, für die eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist<sup>21</sup>. Im Übrigen müssen aber alle anderen - im Folgenden zu erörternden - Voraussetzungen des Annahmeverzugs vorliegen.

## II. Leistungsvermögen des Schuldners

Der Gläubigerverzug beruht auf dem Gedanken, dass die Erfüllung gerade daran scheitert, dass der Gläubiger die Annahme oder die Vornahme einer sonst erforderlichen Mitwirkung unterlässt. Dementsprechend muss der Schuldner seinerseits zur Zeit des Angebots oder im Falle des § 296 BGB, der für die Handlung des Gläubigers bestimmten Zeit, zur Leistung bereit und imstande sein (§ 297 BGB). Ist der Schuldner zur Erbringung der Leistung außerstande, so ist für die Frage, ob dann die Verzugsregelungen eventuell von Unmöglichkeitensrecht abgelöst werden könnten, auf das Kriterium der Nachholbarkeit der Leistung abzustellen<sup>22</sup>. Ist die Leistung dauernd unmöglich und damit nicht nachholbar, gelten ausschließlich die Vorschriften des Unmöglichkeitensrechts<sup>23</sup>. Für den Fall, dass das Unvermögen nur vorübergehend und das Unmöglichkeitensrecht somit nicht anwendbar ist, wurde mit § 297 BGB eine Ausnahmeregelung getroffen. Ist der Schuldner gerade nur in dem fraglichen Zeitpunkt nicht in der Lage, die Leistung zu erbringen, kommt der Gläubiger trotz unterlassener Mitwirkung nicht in Annahmeverzug.

## III. Nichtannahme der Leistung durch den Gläubiger oder Nichtangebot der Gegenleistung

Der Gläubiger kommt in Verzug der Annahme, sobald er die ihm tatsächlich oder im Falle des § 295 BGB wörtlich angebotene Leistung nicht annimmt (§ 293 BGB). Unter „Nichtannahme“ ist jedes Verhalten des Gläubigers zu

<sup>21</sup> Zur besonderen Bedeutung des „überflüssigen Angebots“ für das Arbeitsverhältnis siehe unten C I 1 c.

<sup>22</sup> Larenz, Schuldrecht AT, § 25 I c.

<sup>23</sup> So die inzwischen h. M., vgl. Medicus, Schuldrecht I, Rn. 434; Larenz, Schuldrecht AT, § 25 I c. Früher wurde vielfach unter dem Gesichtspunkt der sog. „Sphärentheorie“ entschieden. Danach sollte Gläubigerverzug und nicht Unmöglichkeit vorliegen, wenn das Leistungshindernis aus der Sphäre des Gläubigers stammt, vgl. BGH, Urt. v. 11.04.1957, BGHZ 24, S. 91, 96.

verstehen, das den Eintritt der Erfüllung verhindert<sup>24</sup>. Typischerweise fällt hierunter die Unterlassung einer für die Leistung des Schuldners erforderlichen Mitwirkungshandlung, wie beispielsweise die Entgegennahme der Sache, eines Rechts oder einer Arbeitsleistung<sup>25</sup>. Es genügt aber auch, wenn der Gläubiger die Annahme der Leistung von unberechtigten Voraussetzungen oder von weiteren vertragswidrigen Leistungen abhängig macht<sup>26</sup>. Eine ausdrückliche Annahmeverweigerung durch den Gläubiger ist nicht erforderlich. Auch auf ein Verschulden des Gläubigers kommt es nicht an<sup>27</sup>.

#### IV. Rechtsfolgen des Gläubigerverzugs

##### 1. Haftungserleichterungen

Wie bereits angesprochen, stellt der Gläubigerverzug keine Pflichtverletzung dar, die zu einem allgemeinen Schadensersatzanspruch oder zu einem Recht zur Vertragsauflösung führt. Ein Schadensersatzanspruch steht dem Schuldner nur dann zu, wenn zugleich die Voraussetzungen des Schuldnerverzugs oder der positiven Vertragsverletzung (§ 280 Abs. 1 BGB) vorliegen<sup>28</sup>. Die Folgen des Gläubigerverzugs werden neben einigen Sonderregelungen (z. B. § 615 BGB<sup>29</sup>) in §§ 300 – 304 BGB geregelt. Im Grundsatz gilt, dass, so lange die Leistung trotz des Verzuges des Gläubigers möglich bleibt, die beiderseitigen Leistungspflichten unberührt bleiben<sup>30</sup>. Es tritt jedoch eine Anzahl von Erleichterungen für den Schuldner ein. Gemäß § 300 Abs. 1 BGB hat der Schuldner, der zur Leistung weiterhin verpflichtet bleibt und daher für eine sorgsame Aufbewahrung des Leistungsgegenstandes sorgen muss, bei der Erfüllung dieser Pflichten nur noch Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten. Für leichte Fahrlässigkeit hat der Schuldner nicht einzustehen. Soweit ihm in einem solchen Falle seine eigene Leistung ganz oder teilweise unmöglich wird, wird er gemäß § 275 BGB von seiner Leistungspflicht frei. Wenn der Schuldner die Herausgabe oder den Ersatz von Nutzungen schuldet, haftet er während des Verzugs nur noch

<sup>24</sup> *Winderlich*, der Annahmeverzug des Gläubigers, S. 139 ff.

<sup>25</sup> *MünchKomm-Ernst, BGB*, § 293, Rn. 16.

<sup>26</sup> *MünchKomm-Ernst, BGB*, § 293, Rn. 16.

<sup>27</sup> *Staudinger-Richardi, BGB*, § 615, Rn. 85.

<sup>28</sup> *MünchKomm-Ernst, BGB*, § 300, Rn. 1.

<sup>29</sup> Siehe hierzu gleich unter Teil 2 B.

<sup>30</sup> *Larenz, Schuldrecht AT*, § 25 II a.

wegen der wirklich gezogenen Nutzungen, § 302 BGB. Dem entspricht bei der Geldschuld, dass nach § 301 BGB mit dem Gläubigerverzug die Verzinsungspflicht endet. Bei Grundstücken, eingetragenen Schiffen und Schiffsbauwerken darf der Schuldner auch den Besitz aufgeben, nachdem er es dem Gläubiger angedroht hat, soweit das möglich war (§ 303 BGB).

## 2. Gefahrübergang

Gemäß § 300 Abs. 2 BGB geht bei der Gattungsschuld mit dem Gläubigerverzug „die Gefahr auf den Gläubiger über“. Diese Vorschrift kann nur die Leistungsgefahr meinen. Neben der ebenfalls die Leistungsgefahr regelnden Vorschrift des § 243 Abs. 2 BGB hat nach vorherrschender Ansicht § 300 Abs. 2 BGB nur für § 295 S. 1 BGB und für Geldschulden Bedeutung<sup>31</sup>. Denn dadurch, dass der Gläubiger die Annahme verweigert, wird eine Bring- oder Schickschuld noch nicht zur Holschuld. Folglich kann der Schuldner hier durch sein wörtliches Angebot Gläubigerverzug herbeiführen, ohne nach § 243 Abs. 2 BGB alles zur Leistung seinerseits Erforderliche getan zu haben. Bezüglich Geldschulden gilt § 243 Abs. 2 BGB zumindest wegen § 270 Abs. 1 BGB nicht. Hier gilt § 300 Abs. 2 BGB entsprechend<sup>32</sup>.

Nach § 326 Abs. 2 S. 1 BGB behält der Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung, wenn ihm seine Leistung durch einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand zu einer Zeit unmöglich geworden ist, in der sich der Gläubiger im Annahmeverzug befindet. Der Annahmeverzug bewirkt also beim gegenseitigen Vertrag, dass die Preis- oder Vergütungsgefahr, die nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB normalerweise der Schuldner zu tragen hat, auf den Gläubiger übergeht. Hierbei ist zu beachten, dass der Schuldner die Unmöglichkeit jetzt schon dann nicht zu vertreten hat, wenn ihm selbst leichte Fahrlässigkeit zu Last fällt<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> *Larenz*, Schuldrecht AT, § 25 II b; *Medicus*, Schuldrecht AT, Rn. 440.

<sup>32</sup> *Medicus*, Schuldrecht AT, Rn. 440.

<sup>33</sup> Vgl. oben unter Teil 2 A IV. 1; *Larenz*, Schuldrecht AT, § 25 II c.

### 3. Ersatz von Mehraufwendungen

Nach § 304 BGB kann der Schuldner den Ersatz der Mehraufwendungen verlangen, die er für das erfolglose Angebot und die Aufbewahrung und Erhaltung des Schuldgegenstandes machen musste. Allerdings können hier nach Schäden wie der entgangene Gewinn vom Schuldner nicht geltend gemacht werden<sup>34</sup>. Ein Ersatz des entgangenen Gewinns kommt nur über den allgemeinen Schadensersatzanspruch nach §§ 280, 286 BGB in Betracht, soweit sich der Gläubiger zugleich im Schuldnerverzug befindet<sup>35</sup>.

### V. Beendigung des Annahmeverzugs

Unter welchen Voraussetzungen der Annahmeverzug des Arbeitgebers endet, ist im Gesetz nicht geregelt. Nach allgemeinem Verständnis endet der Annahmeverzug aber für die Zukunft, wenn eine seiner Voraussetzungen entfällt. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn sich der Gläubiger zur Annahme der angebotenen Leistung bereit erklärt<sup>36</sup> oder eine sonstige Mitwirkungshandlung nachholt<sup>37</sup>. Die Erklärung der Annahmebereitschaft und die Vornahme der Mitwirkungshandlung müssen zur Kenntnis des Schuldners gelangen. Erst mit Ablauf des Zeitraums, den der Schuldner unter normalen Umständen benötigt, um die Leistung nunmehr zu erbringen, und nicht etwa schon mit Zugang der Bereitschaftserklärung oder Vornahmehandlung endet der Annahmeverzug<sup>38</sup>. Der Annahmeverzug wird auch dann beendet, wenn der Schuldner sein Angebot nicht mehr aufrechterhält oder ausdrücklich zurücknimmt oder wenn die geschuldete Leistung unmöglich wird<sup>39</sup>.

<sup>34</sup> MünchKomm-*Ernst*, BGB, § 304, Rn. 2.

<sup>35</sup> *Medicus*, Schuldrecht AT, Rn. 441.

<sup>36</sup> Was genau hierunter zu verstehen ist, ist für den Bereich des laufenden Kündigungsschutzprozesses äußerst umstritten, vgl. hierzu Teil 2 C II und Teil 4 E.

<sup>37</sup> Palandt-*Heinrichs*, BGB, § 293, Rn. 12; MünchKomm-*Ernst*, BGB, § 293, Rn. 20; Staudinger-*Löwisch*, BGB, § 293, Rn. 23.

<sup>38</sup> Staudinger-*Löwisch*, BGB, § 293, Rn. 24, 27.

<sup>39</sup> MünchKomm-*Ernst*, BGB, § 293, Rn. 21, 22.

## **B. Voraussetzungen des Annahmeverzugs des Arbeitgebers nach § 615 S. 1 i. V. m. § 293 ff. BGB**

### **I. Grundsätzliche Anwendbarkeit der allgemeinen Verzugsvorschriften auf das Arbeitsverhältnis**

Die Vorschriften der §§ 611 ff. BGB regeln ausdrücklich nur das Recht der Dienstverträge. Heute besteht Einigkeit darüber, dass es sich bei dem Arbeitsverhältnis um ein (Dauer)-Schuldverhältnis handelt<sup>40</sup>. Da es sich von einem klassischen Dienstvertrag nur dadurch unterscheidet, dass es zwischen einem unselbständigen fremdbestimmt leistenden Arbeitnehmer und einem Arbeitgeber abgeschlossen wird, handelt es sich um einen Unterfall des Dienstvertrages<sup>41</sup>. Demzufolge wird nach herrschender Ansicht auch die grundsätzliche Anwendbarkeit der allgemeinen Verzugsregeln der §§ 293 ff. BGB auf das Arbeitsverhältnis nicht mehr in Frage gestellt<sup>42</sup>. Der Qualifikation des Arbeitsverhältnisses als Dienstvertrag geht die Einstufung als gegenseitiger Austauschvertrag voraus, bei dem der Arbeitnehmer arbeitet, um Lohn zu erhalten und der Arbeitgeber Lohn zahlt, um die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers nutzen zu können<sup>43</sup>. Demzufolge finden auch die Vorschriften über gegenseitige Verträge (§§ 320 ff. BGB) auf das Arbeitsverhältnis grundsätzlich Anwendung<sup>44</sup>.

Es wird sich allerdings zeigen, dass die Vorschriften über den Annahmeverzug nach §§ 293 ff. BGB den Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses nicht genügend Rechnung tragen. Dieses ist dadurch geprägt, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer fortlaufend und nicht nur einmalig aufeinander angewiesen sind, um die Erzielung eines kontinuierlichen Arbeitsprozesses zu gewährleisten. Daher findet im Arbeitsverhältnis eine ständige „Verzahnung von Angebot und Annahme“<sup>45</sup> statt, weswegen die Festlegung der Voraus-

<sup>40</sup> Staudinger-Richardi, BGB, Vor. § 611ff., Rn. 5ff.; 19ff.; Schaub-Schaub, ArbR Hdb. § 29, Rn. 7; Fikentscher, Schuldrecht, S. 533 ff.; Schroeder, Schuldner- und Gläubigerverzug im Arbeitsverhältnis, S. 9ff.

<sup>41</sup> Palandt-Weidenkaff, BGB, Einf v. § 611, Rn. 5; ausführlich und m. w. N. Staab, Rechtsfragen zum Annahmeverzug des Gläubigers, S. 1 ff.; auch Schroeder, Schuldner- und Gläubigerverzug im Arbeitsverhältnis, S. 10.

<sup>42</sup> Staab, Rechtsfragen zum Annahmeverzug des Gläubigers, S. 7.

<sup>43</sup> Schaub-Schaub, ArbR Hdb., § 29, Rn. 1, 3.

<sup>44</sup> Zöllner/Loritz, S. 153; Schaub-Schaub, ArbR Hdb., § 29, Rn. 3

<sup>45</sup> So Konzen, Anm. zu BAG AP § 615 BGB Nr. 34, 35.

setzungen, unter denen der Annahmeverzug des Arbeitgebers beginnen oder wieder enden soll, vor allem im gekündigten Arbeitsverhältnis, nicht ohne Weiteres durch schematische Anwendung der Verzugsvorschriften möglich ist.

## II. Anwendbarkeit und allgemeine Voraussetzungen des § 615 BGB

### 1. Anwendbarkeit

Seinem Wortlaut nach bezieht sich § 615 BGB ebenfalls nur auf Dienstverhältnisse. Mit der Einordnung des Arbeitsverhältnisses in das System der Dienstverträge ist die Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf das Arbeitsverhältnis allerdings unstrittig.

### 2. Regelungsgehalt, Rechtsnatur und Funktionen

Die Regelung sieht in Bezug auf Leistungsstörungen eine Sonderregelung gegenüber den allgemeinen Vorschriften vor. Ersetzt man die Begriffe des Dienstberechtigten und des Dienstverpflichteten durch diejenigen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer, so bestimmt § 615 BGB, dass der Arbeitnehmer während des Annahmeverzugs des Arbeitgebers seinen Entgeltanspruch behält. Da dieser Anspruch unabhängig von der Verschuldensfrage besteht, regelt § 615 BGB die Gegenleistungsgefahr abweichend von § 326 Abs. 1 BGB<sup>46</sup> und stellt eine Ausnahme vom dem Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“ dar<sup>47</sup>. Diese Ausnahmeregelung fußt auf dem Gedanken, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft nicht kurzfristig anderweitig verwerten kann, die Verwertung seiner Arbeitskraft aber existentielle Bedeutung hat<sup>48</sup>. Der Anspruch des § 615 BGB ist seiner Rechtsnatur nach ein Erfüllungsanspruch und kein Schadensersatzanspruch<sup>49</sup>. Nach überwiegender Meinung verschafft § 615 BGB dem Arbeitnehmer keinen selbständigen Anspruch, sondern bewirkt, dass der ursprünglich vertraglich geschuldete Vergütungs-

<sup>46</sup> §§ 323, 324 BGB a. F., d.h. vor Einführung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes vom 26.11.2001, BGBI. I, S. 3138 ff.

<sup>47</sup> Preis, Arbeitsrecht, S. 505.

<sup>48</sup> Preis, Arbeitsrecht, S. 505; Palandt-Weidenkaff, BGB, § 615, Rn. 1. Vgl. zur Bedeutung des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitnehmer ausführlich unter Teil 3.

<sup>49</sup> MünchArbR-Boewer § 78, Rn. 2; MünchKomm-Henssler, BGB, § 615, Rn. 1; KR-Spilger, § 11 KSchG, Rn. 29; BGH, NJW 1967, 248, 250; a. A. Lotmar Arbeitsvertrag Bd. I, S. 148; Bd. II, S. 309.



anspruch gemäß § 611 BGB erhalten bleibt<sup>50</sup>. Da diese Vergütung trotz Nichtleistens der Arbeit verlangt werden kann, wird diese Funktion auch als „Ausgleichsfunktion“ beschrieben<sup>51</sup>. Darüber hinaus kommt § 615 BGB über die Anrechnungsvorschrift des § 615 S. 2 BGB noch die sog. Minderungsfunktion zu<sup>52</sup>. Da der Arbeitnehmer zur Nachleistung der auf die Dauer des Annahmeverzugs des Arbeitgebers entfallenden Arbeitsleistung nicht verpflichtet ist, wird § 615 BGB auch sog. Befreiungsfunktion zugesprochen<sup>53</sup>. Letztlich wird mit § 615 BGB lediglich eine Rechtsfolgenregelung getroffen<sup>54</sup>. Die Voraussetzungen, unter denen Annahmeverzug des Arbeitgebers begründet werden kann, richten sich nach den allgemeinen Vorschriften (§§ 293 ff. BGB). Danach kommt der Arbeitgeber in Annahmeverzug, wenn er die ihm ordnungsgemäß angebotene Arbeitsleistung nicht annimmt.

### III. Abgrenzung zur Unmöglichkeit

Auch im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses ist die Abgrenzung zum Recht der Unmöglichkeit problematisch. Dieses Problem stellt sich umso mehr, da das Kriterium der Nachholbarkeit mit dem weit verbreiteten Verständnis des Fixschuldcharakters der Arbeitsleistung kollidiert<sup>55</sup>. Konsequenterweise müsste im Falle der Nichtleistung der Arbeit immer Unmöglichkeitsrecht Anwendung finden und ein Fall des Annahmeverzugs und damit auch des § 615 BGB wäre demnach kaum denkbar. Zur Lösung dieses Konflikts werden verschiedene Ansätze verfolgt. Die Rechtsprechung ist der Auffas-

<sup>50</sup> MünchKomm-Henssler, BGB, § 615, Rn. 1; Schaub-Schaub, ArbR Hdb., § 95, Rn. 1; Staab, Rechtsfragen zum Annahmeverzug des Gläubigers, S. 15 m. w. N; insofern a. A. Staudinger-Richardi, BGB, § 615, Rn. 8. Zum Umfang und der Berechnung des Entgeltanspruches nach § 615 BGB, siehe ausführlich Winderlich, der Annahmeverzug des Gläubigers, S. 153 ff.

<sup>51</sup> Siehe ausführlich hierzu, Staab, Rechtsfragen zum Annahmeverzug des Gläubigers, S. 28ff.

<sup>52</sup> Siehe zur Bedeutung und den Voraussetzungen ausführlich unten Teil 4 G.

<sup>53</sup> Diese Funktion beruht auf dem Grundgedanken, dass menschliche Arbeitskraft zeitgebunden ist und daher nicht gehortet werden kann. Deshalb wird bei Nachleistung eigentlich ein anderer Teil der Arbeitskraft verwendet, als ursprünglich vorgesehen, vgl. Staab, Rechtsfragen zum Annahmeverzug des Gläubigers, S. 57 ff, der sich i. Ü. ausführlich mit der Befreiungsfunktion auseinandersetzt.

<sup>54</sup> Preis, Arbeitsrecht, § 43 I, S. 505.

<sup>55</sup> Münch/ArbR-Boewer, § 78, Rn. 1; RGRK-Matthes, BGB, § 615, Rn. 3; Staudinger-Richardi, BGB, § 615, Rn. 30; kritisch Winderlich, der Annahmeverzug des Arbeitgebers, S. 70ff.



sung, dass sich Unmöglichkeit und Annahmeverzug ausschließen<sup>56</sup>. Sie versucht, eine exakte Grenzziehung zwischen Annahmeverzug und Unmöglichkeit durch die sog. Abstrahierungsformel zu erreichen. Danach ist allein darauf abzustellen, ob dem Arbeitnehmer die Arbeitsleistung unmöglich war, obwohl der Arbeitgeber zur Annahme bereit war<sup>57</sup>. Bei bloßer Annahmewilligkeit soll hingegen Verzug vorliegen<sup>58</sup>. In der Literatur wird teils - unter Ausschluss der Fixschuldthese - darauf abgestellt, ob die Arbeitsleistung für den Arbeitnehmer tatsächlich nachholbar ist. Lediglich bei einer zweifelsfreien absoluten Fixschuld sei Unmöglichkeit der Arbeitsleistung anzunehmen<sup>59</sup>. Teilweise wird auch angenommen, § 615 S. 1 BGB erfasse auch den Fall der Annahmewilligkeit, sodass sich eine Abgrenzung zwischen Unmöglichkeit und Verzug erübrige<sup>60</sup>. Diese Ansicht wird v. a. durch die Neuregelung des § 615 S. 3 BGB bestätigt, die klarstellt, dass § 615 S. 1 BGB auch dann Anwendung findet, wenn dem Arbeitgeber die Annahme der Arbeitsleistung unmöglich ist<sup>61</sup>. Die früher bestehende Regelungslücke bei Betriebsstörungen, die weder der Arbeitnehmer noch der Arbeitgeber zu vertreten hatten und die die Rechtsprechung durch die Entwicklung der Betriebsrisikolehre<sup>62</sup> zu schließen versucht hat, ist nunmehr durch den zusätzlichen S. 3 ausgefüllt worden<sup>63</sup>.

#### IV. Voraussetzungen im Einzelnen

##### 1. Erfüllbares Arbeitsverhältnis

Annahmeverzug kann nur in einem rechtswirksam zustande gekommenen Arbeitsverhältnis, aus dem sich ergibt, dass der Arbeitnehmer verpflichtet ist, die Arbeitsleistung zu erbringen und der Arbeitgeber umgekehrt das

<sup>56</sup> BAG v. 18.08.1961, AP § 615 BGB Nr. 20.

<sup>57</sup> BAG, Urt. v. 18.08.1961, AP § 615 BGB Nr. 20; BAG, Urt. v. 17.12.1968, AP § 324 BGB Nr. 2.

<sup>58</sup> BAG, Urt. v. 24.11.1960, AP § 615 BGB Nr. 18.

<sup>59</sup> Preis, Arbeitsrecht, § 43 II; Bopf, Annahmeverzug, S. 51, 52, ist der Auffassung, dass wegen der Vielzahl der existierenden Arbeitszeitmodelle die Frage, ob die versäumte Arbeitszeit nachholbar ist, immer eine Entscheidung des Einzelfalls ist.

<sup>60</sup> Picker, JZ 1979, S. 285, 293; ders. JZ 1985, 693, 699.

<sup>61</sup> Preis, Arbeitsrecht, § 43 II, ders. ErfKomm-Preis, § 615 BGB, Rn. 7.

<sup>62</sup> anfänglich sog. „Sphärentheorie“; RAG v. 20.06.1928 ARS 2 S. 116ff.; fortgeführt als „Betriebsrisikolehre“ BAG v. 08.02.1957, AP § 615 BGB Nr. 2 Betriebsrisiko. Siehe ausführlich zur Entwicklung der Betriebsrisikolehre, ErfKomm-Preis, § 615 BGB, Rn. 126ff.

<sup>63</sup> Kritisch hierzu Bopf, Annahmeverzug, S. 80ff.



Für das ungekündigte Arbeitsverhältnis gilt nach der Rechtsprechung des BAG, dass der Arbeitnehmer seine Dienste tatsächlich anbieten muss<sup>73</sup>. Dies bedeutet, dass der Arbeitnehmer persönlich d. h. in eigener Person<sup>74</sup>, am Arbeitsplatz zu erscheinen und unverzüglich d.h. zu Dienstbeginn, versuchen muss, mit der Arbeit zu beginnen<sup>75</sup>.

#### b) wörtliches Angebot

Ausnahmsweise genügt ein wörtliches Angebot nach § 295 BGB, wenn der Arbeitgeber dem Mitarbeiter von vornherein erklärt oder durch sein Verhalten zum Ausdruck bringt, dass er die Leistung nicht annehmen wird. Eine solche Erklärung wird auch als Ablehnungsankündigung bezeichnet. Sie kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen. Eine Ablehnungsankündigung liegt beispielsweise dann vor, wenn der Arbeitgeber den Vertragsschluss generell leugnet<sup>76</sup>, wenn er behauptet, der Vertrag sei unwirksam<sup>77</sup>, der Vertragsbeginn sei aufgeschoben<sup>78</sup>, oder wenn er vorübergehend Bauarbeiten wegen ungünstiger Witterung einstellt<sup>79</sup> oder Kurzarbeit anordnet<sup>80</sup>. Auch die unwirksame Kündigung wurde nach der früheren Rechtsprechung als Anwendungsfall des § 295 BGB angesehen<sup>81</sup>. Das wörtliche Angebot genügt ferner, wenn zur Bewirkung der Arbeitsleistung eine Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers erforderlich ist. Welche konkreten Mitwirkungshandlungen vom Arbeitgeber im Einzelfall geschuldet werden, ergibt sich aus dem Arbeitsvertrag<sup>82</sup>. Bei Leistung abhängiger Arbeit ist in der Regel erforderlich, dass der Arbeitgeber die Arbeitsräume, die Rohstoffe, die Energie sowie Werkzeuge und sonstigen Arbeitsgeräte bereitstellt und die notwendigen Arbeitsanweisungen erteilt, da der in eine fremdbestimmte Arbeitsorganisation eingegliederte Arbeitnehmer Ort und Zeit der Arbeitsleistung nicht frei bestimmen kann<sup>83</sup>. Zu den zwingenden Mitwirkungsver-

<sup>73</sup> BAG, Urt. v. 29.10.1992, EzA § 615 BGB Nr. 77.

<sup>74</sup> Vgl. § 613 BGB.

<sup>75</sup> BAG, Urt. v. 10.04.1963, SAE 1963, 197; ErfKomm-Preis, § 615 BGB, Rn. 18.

<sup>76</sup> Kreuzer/Stehle, JA 1984, 69, 72.

<sup>77</sup> RGRK-Alff, BGB, § 295, Rn. 5.

<sup>78</sup> BAG, Urt. v. 02.11.1973, AP § 615 BGB Böswilligkeit Nr. 3.

<sup>79</sup> BAG, Urt. v. 14.03.1962, AP § 615 BGB Nr. 21.

<sup>80</sup> BAG, Urt. v. 15.12.1961, AP § 615 BGB Nr. 1 Kurzarbeit.

<sup>81</sup> Siehe hierzu gleich unten C I 1 a. zum Überblick ErfKomm-Preis, § 615 BGB, Rn. 27.

<sup>82</sup> Staudinger-Richardi, BGB, § 615, Rn. 62.

<sup>83</sup> Staudinger-Richardi, BGB, § 615, Rn. 64.

pflichtungen des Arbeitgebers gehört auch die Erfüllung öffentlich-rechtlicher Arbeitnehmerschutzbestimmungen, da der Arbeitnehmer nur verpflichtet ist, zu arbeiten, unter den vom Gesetz vorgeschriebenen Bedingungen<sup>84</sup>.

### c) Entbehrliches Angebot

Es bedarf weder eines tatsächlichen noch eines wörtlichen Angebots, wenn für die Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist oder sich errechnen lässt (§ 296 BGB). Hierzu gehört nach der neueren Rechtsprechung des BAG insbesondere die Überlassung eines funktionsfähigen Arbeitsplatzes, was vor allem im gekündigten Arbeitsverhältnis eine große Rolle spielt<sup>85</sup>. Es bedarf auch keines irgendwie gearteten Angebots, wenn der Arbeitgeber den Betrieb vor Beginn der Arbeitszeit schließt, in einer Betriebsabteilung Kurzarbeit einführt<sup>86</sup> oder wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer frei gestellt hat, oder wenn der Arbeitnehmer bislang seinen Arbeitspflichten genügt hat und ein besonderes Angebot nach Treu und Glauben nicht mehr erwartet werden kann<sup>87</sup>.

### 3. Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft

Auch im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses gilt, dass der Annahmeverzug des Arbeitgebers nach § 297 BGB ausgeschlossen ist, wenn der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung im Zeitpunkt des Angebots bzw. im Fall des § 296 BGB zu der für die Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers bestimmten Zeit nicht bewirken kann, weil er leistungsunfähig oder -unwillig ist. Leistungsunfähigkeit kann sich aus tatsächlichen<sup>88</sup> oder rechtlichen<sup>89</sup> Hindernissen ergeben. Unter diesen Voraussetzungen kommt der Arbeitgeber nicht in

<sup>84</sup> MünchKomm-Henssler, BGB, § 615, Rn. 21.

<sup>85</sup> Siehe hierzu gleich ausführlich unter Teil 2 C I.

<sup>86</sup> BAG, Urt. v. 10.07.1969; AP § 615 BGB Nr. 2 Kurzarbeit.

<sup>87</sup> BAG, Urt. 06.02.1964, AP § 615 BGB Nr. 24; MünchKomm-Henssler, BGB, § 615, Rn. 26.

<sup>88</sup> Wozu beispielsweise das völlige Ausbrennen des Betriebs, eine Stromsperrung, Ausfall der Maschinen, Umzug des Arbeitnehmers sowie eine Erkrankung des Arbeitnehmers zählen, vgl. ausführlich hierzu *Winderlich*, der Annahmeverzug des Arbeitgebers, S. 132ff. m. N. z. Rspr.

<sup>89</sup> Hierzu zählen u. a. gesetzliche Arbeits- und Beschäftigungsverbote, die fehlende Arbeitserlaubnis sowie fehlende spezifische Berufsqualifikationen, vgl. ausführlich hierzu *Winderlich*, der Annahmeverzug des Arbeitgebers, S. 134, 135 m. N. z. Rspr.

Verzug. Jedes Angebot des Arbeitnehmers muss darüber hinaus von einem ernsthaften Leistungswillen begleitet werden. Bei einem Dauerschuldverhältnis wie dem Arbeitsverhältnis muss dieser sich darauf beziehen, die Leistung in dem zeitlich geschuldeten Umfang zu erbringen<sup>90</sup>. Der grundsätzliche Leistungswille wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Arbeitnehmer keine Kündigungsschutzklage erhebt<sup>91</sup> oder einen Antrag auf Auflösung und Zahlung einer Abfindung nach § 9 KSchG stellt<sup>92</sup>. Hält er das Arbeitsverhältnis aber für beendet und nimmt an, dass er keine Arbeitsleistung mehr schuldet, so ist ein Leistungswille nicht mehr gegeben<sup>93</sup>.

#### 4. Nichtannahme der Leistung

Hat der leistungswillige und –fähige Arbeitnehmer die Arbeitsleistung ordnungsgemäß angeboten, so darf der Arbeitgeber die Arbeitsleistung nicht angenommen haben. Bei einer Dienstleistungsschuld wie im Arbeitsverhältnis nimmt der Gläubiger die ihm angebotene Leistung nicht an, wenn er die seinerseits erforderliche Mitwirkung unterlässt und ihm beispielsweise keine Arbeit zuweist<sup>94</sup>. Die Nichtannahme muss nicht ausdrücklich erklärt werden. Es wird überhaupt kein positiver Akt der Ablehnung verlangt, es genügt das tatsächliche Unterbleiben der Annahme<sup>95</sup>.

### **C. Besonderheiten im Hinblick auf das gekündigte Arbeitsverhältnis**

Im Hinblick auf das gekündigte Arbeitsverhältnis und einer gegebenenfalls dagegen erhobenen Kündigungsschutzklage ergeben sich vor allem in Bezug auf Beginn und Beendigung des Annahmeverzugs einige Besonderheiten, die im Folgenden überblicksartig dargestellt werden sollen. Eine detaillierte Auseinandersetzung mit den Argumenten der Rechtsprechung und Literatur soll unter Teil 4 F erfolgen.

<sup>90</sup> BAG, Urt. v. 18.12.1974, AP § 615 BGB Nr. 30.

<sup>91</sup> ErfKomm-Preis, § 615 BGB, Rn. 47.

<sup>92</sup> BAG, Urt. v. 18.01.1963, AP § 615 BGB Nr. 22, *Stahlhacke*, AuR 1992, 8, 13.

<sup>93</sup> LAG Köln v. 28.02.1984, EzA BGB § 615 Nr. 51.

<sup>94</sup> Staudinger-Richardi, BGB, § 615, Rn. 84.

<sup>95</sup> Vgl. Mot. II, S. 69; Staudinger-Richardi, BGB, § 615, Rn. 84.

## I. **Beginn des Annahmeverzugs nach Kündigung durch den Arbeitgeber**

### 1. Entwicklung der Rechtsprechung

#### a) Ausgangspunkt: grundsätzlich wörtliches Angebot

Bezüglich der Voraussetzungen, unter denen der Beginn des Annahmeverzugs des Arbeitgebers feststeht oder feststehen soll, nachdem dieser die Kündigung ausgesprochen hat, sind drei Problemkreise zu unterscheiden, die jeweils Gegenstand höchstrichterlicher Entscheidungen waren. Erstens stellt sich die Frage, ob der Arbeitnehmer zur Begründung des Annahmeverzugs des Arbeitgebers nach Ausspruch der Kündigung überhaupt ein Angebot erbringen muss. Wenn ja, ist zu klären, welcher Art dieses Angebots es bedarf und daran anknüpfend ist zweitens zu prüfen, welche Handlungen des Arbeitnehmers ein solches Angebot tatsächlich ausfüllen können, und drittens, welche Auswirkungen eine Erkrankung des Arbeitnehmers nach der Kündigung auf den Beginn des Annahmeverzugs haben kann.

Die Rechtsprechung der sechziger Jahre forderte nach einer Kündigung für den Beginn des Annahmeverzugs des Arbeitgebers konsequent das Vorliegen eines ausdrücklichen oder schlüssigen wörtlichen Angebots seitens des Arbeitnehmers<sup>96</sup>. Dies wurde hauptsächlich damit begründet, dass im Falle der (außerordentlichen oder ordentlichen) Kündigung durch den Arbeitgeber § 295 BGB einschlägig sei, denn der Arbeitgeber gebe damit die Erklärung ab, die Leistung des Arbeitnehmers nicht mehr annehmen zu wollen. Das zur Herbeiführung des Annahmeverzugs erforderliche wörtliche Angebot sei in dem ausdrücklichen oder konkludenten Protest gegen die Kündigung zu sehen<sup>97</sup> oder allgemein in der Erhebung der Kündigungsschutzklage<sup>98</sup>. Darin liege die konkludente Erklärung der Leistungsbereitschaft (Leistungswilligkeit und Leistungsmöglichkeit) des Arbeitnehmers<sup>99</sup>. Für den

<sup>96</sup> BAG, Urt. v. 26.04.1956, BAGE 3, S. 66, 74; BAG, Urt. 21.05.1981, AP § 615 BGB Nr. 32; BAG, Urt. v. 24.11.1960, SAE 1961, 219, 220; BAG, Urt. v. 18.01.1963, SAE 1963, 183; LAG Düsseldorf, Urt. v. 06.08.1968, DB 1968, 2136; LAG Düsseldorf, Urt. v. 07.10.1976, EzA § 12 SchwbG Nr. 1; LAG Berlin, Urt. v. 10.10.1975, DB 1976, 587.

<sup>97</sup> BAG, Urt. v. 24.11.1960, AP § 615 BGB Nr.18.

<sup>98</sup> BAG; Urt. v. 18.01.1963, v. 10.04.1963, v. 26.8.1971, AP § 615 BGB, Nr. 22, 23; 26.

<sup>99</sup> So BAG, Urt. v. 27.01.1975, AP § 615 BGB, Nr. 31.

Fall, dass der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Erhebung der Kündigungsschutzklage arbeitsunfähig war, soll allerdings wegen seiner fehlenden Leistungsfähigkeit für den Beginn des Annahmeverzugs erforderlich sein, dass der Arbeitnehmer nach Beendigung seiner Krankheit seine Leistungsbereitschaft (erneut) anzeige<sup>100</sup>.

#### b) Kritik der Literatur an dieser Rechtsprechung

Diese Rechtsprechung ist vielfach kritisiert worden<sup>101</sup>. Hauptangriffspunkt war der Ansatz der Rechtsprechung, in der Erhebung der Kündigungsschutzklage das erforderliche wörtliche Angebot zu sehen. Diese Gleichstellung wurde als „juristischen Kunstgriff“<sup>102</sup> und „lebensfremde Fiktion“<sup>103</sup> bezeichnet. Der Arbeitnehmer, der die Kündigung mittels einer Klage angreife, mache sich in der Regel gar keine Gedanken über seine Arbeitsbereitschaft, geschweige denn wolle er mit der Klageerhebung diese Bereitschaft zum Ausdruck bringen. Vielmehr wolle er mit der Klage den Makel der fristlosen Kündigung beseitigen, nicht aber den Arbeitsplatz retten<sup>104</sup>. Zudem erzeuge die Tatsache, dass das Angebot der Arbeitsleistung dem Arbeitgeber zugehen müsse, insbesondere im Falle der fristlosen Entlassung Schwierigkeiten hinsichtlich der Bezahlung der Zwischenzeit, vom Zugang der Kündigungserklärung bis zur Zustellung der Kündigungsschutzklage<sup>105</sup>. Insofern könne dem Angebot keine Rückwirkung zugemessen werden<sup>106</sup>. In dieser besonderen Situation solle ein wörtliches Angebot entbehrlich, da „reine Formsache“<sup>107</sup> sein. Zu dieser „Zustellungsproblematik“ komme noch hinzu, dass der Arbeitgeber das Angebot des Arbeitnehmers geradezu

<sup>100</sup> So BAG, Urt. v. 27.01.1975, AP § 615 BGB Nr. 31.

<sup>101</sup> Vgl. etwa, *Burger*, BB 1981, 2076 - 2079, „aufgeweichtes und in seinen Konturen ziemlich verschwommenes Regel – Ausnahme – Verhältnis“; *Blomeyer*, Anm. zu BAG, Urt. v. 26.8.1971, AP § 615 BGB Nr. 26 „Fehler in Methode und System“.

<sup>102</sup> *Blomeyer*, Anm. zu BAG, Urt. v. 27.01.1975, AP § 615 BGB Nr. 31.

<sup>103</sup> *Konzen*, gem. Anm. zu BAG, Urt. v. 09.08.1984 u. 21.03.1985, AP § 615 BGB Nr. 34, 35.

<sup>104</sup> *Blomeyer*, Anm. zu BAG, Urt. v. 27.01.1975, AP § 615 BGB Nr. 31, der im Übrigen zur Vermeidung eines wörtlichen Angebots eine teleologische Reduktion des § 295 BGB vorschlug, ausführlich hierzu *Winderlich*, Annahmeverzug, S. 108.

<sup>105</sup> *Stahlhacke*, AuR 1992, 8, 9; vgl. dazu LAG Frankfurt, Urt. v. 21.01.1980, EzA § 615 BGB Nr. 38.

<sup>106</sup> *Soergel-Kraft*, BGB, § 615, Rn. 19.

<sup>107</sup> So beispielsweise noch *MünchKomm-Walchshöfer*, BGB, 2. Auflage, § 295, Rn. 6; *MünchKomm-Thode*, BGB, § 295, Rn. 6.

als „Hohn“<sup>108</sup> empfinden müsse, habe er doch durch die fristlose Kündigung gerade deutlich gemacht, dass er die weitere Arbeitsleistung ablehne. Gemäß § 242 BGB brauche der Schuldner die Leistung nicht mehr wörtlich anzubieten<sup>109</sup>. Das Erfordernis eines Angebots ist auch in solchen Fällen kritisiert worden, in denen ein Angebot „sinnlos“<sup>110</sup>, als „reiner Leerlauf und schwerlich mit der personalen Würde des Arbeitnehmers vereinbar“<sup>111</sup> erschiene. Dies sei dann der Fall, wenn die Form und die Begleitumstände der Kündigung ein Angebot für den Arbeitnehmer unzumutbar machen oder die Kündigung mit einem Hausverbot verbunden sei<sup>112</sup>. Vereinzelt wurde nach einer unwirksamen Kündigung die Anwendung des § 296 BGB favorisiert und damit auf jedes Angebot verzichtet<sup>113</sup>.

### c) Entbehrlichkeit jeden Angebots

Die Rechtsprechung griff genau diesen zuletzt aufgeführten Ansatz auf, vollzog 1984 einen Wandel in seiner Rechtsprechung und wendet nunmehr § 296 BGB an. Dem Arbeitgeber komme dauernd eine kalendermäßige Mitwirkungshandlung zu, welche in der Zurverfügungstellung eines funktionsfähigen Arbeitsplatzes und der Zuweisung von Arbeit zu sehen sei<sup>114</sup>. Kündige er, dann komme er, mit Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist bzw. Zugang der außerordentlichen Kündigung, dieser Verpflichtung nicht mehr nach und gerate dadurch gemäß § 296 BGB in Annahmeverzug<sup>115</sup>. Damit könne auf das Erfordernis des wörtlichen Angebots zunächst für den Fall der außerordentlichen Kündigung<sup>116</sup> und schließlich auch für den der ordentlichen verzichtet werden<sup>117</sup>. Eine Fiktion des wörtlichen Angebots

<sup>108</sup> So *Stehl*, AuR 1967, 44, 45; *Nikisch* RdA 1967, 241; *Beitzke*, Anm. zu BAG, Urt. v. 10.07.1969, SAE 1970, 1, 4; *Blomeyer*, Anm. zu BAG, Urt. v. 26.08.1971 u. 27.01.1975, AP § 615 BGB Nr. 26, 31; *Eisemann*, ArbR der Gegenwart, S.33ff.

<sup>109</sup> MünchKomm-*Thode* § 295, BGB, Rn. 6.

<sup>110</sup> So *Larenz*, Schuldrecht AT, § 25 I b.

<sup>111</sup> *Herschel*, Anm. zu BAG AuR 1969, 383, 384.

<sup>112</sup> Vgl. BAG, Urt. v. 11.11.1976, AP § 103 BetrVG Nr. 8, LAG München, SAE 1978, 96 – 107, 101. Umfassend zu den Lösungsansätzen die in diesem Zusammenhang vorgeschlagen wurden siehe *Winderlich*, Annahmeverzug, S. 103-113.

<sup>113</sup> So *Eisemann*, ArbR der Gegenwart, S. 33, 46.

<sup>114</sup> BAG, Urt. v. 09.08.1984, AP § 615 BGB Nr. 34.

<sup>115</sup> Grundlegend bereits BAG, Urt. v. 10.07.1969, BAGE 22, 111, 116; den Gedanken erstmals wieder aufgreifend aber letztlich die Frage nach der „Entbehrlichkeit des Angebots“ offenlassend, BAG, Urt. v. 13.03.1981, BAGE 35, S. 268, 277, 278.

<sup>116</sup> Erstmals ausdrücklich BAG, Urt. v. 09.08.1984, AP § 615 BGB Nr. 34.

<sup>117</sup> BAG, Urt. v. 21.03.1985, AP § 615 BGG Nr. 35.



durch Erhebung der Kündigungsschutzklage erübrige sich. Das BAG wies aber darauf hin, dass anders als bei der fristlosen Kündigung der Arbeitgeber bei der ordentlichen Kündigung nicht sofort, sondern erst für die Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist auf die Dienste des Mitarbeiters verzichte. Bis dahin halte er den Arbeitsplatz für den betreffenden Arbeitnehmer bereit und beabsichtige, ihm Arbeit zuzuweisen<sup>118</sup>. Es sei daher Sache des Arbeitnehmers, bis zum Ablauf der Kündigungsfrist wie bisher seine Arbeit anzubieten. Auch hält das BAG zunächst weiter an den Vorgaben für den befristet kranken Arbeitnehmer fest. Wolle dieser seinen Anspruch aus Verzug verfolgen, müsse er dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft zwar nicht mehr anbieten. Allerdings sei er verpflichtet, den Arbeitgeber aufzufordern, ihm Arbeit zuzuweisen<sup>119</sup>. Diese Rechtsprechung wurde allerdings wieder insoweit korrigiert, als dass die Verzugsfolgen unabhängig von einer solchen Anzeige auch dann eintreten sollen, wenn der Arbeitnehmer durch Erhebung einer Kündigungsschutzklage oder sonstigen Widerspruch gegen die Kündigung seine weitere Leistungsbereitschaft deutlich gemacht hat<sup>120</sup>. Dies soll auch für die Fälle der mehrfach befristeten<sup>121</sup> und unbefristeten<sup>122</sup> Arbeitsunfähigkeit gelten.

## 2. Ansichten der Literatur zur Trendwende in der Rechtsprechung

Der Weg über die Anwendung des § 296 BGB stieß größtenteils auf Zustimmung<sup>123</sup> teilweise aber auch auf Kritik<sup>124</sup>. Dabei bezog sich diese Kritik weniger auf das Ergebnis, sondern auf die vom BAG verwandte Methodik. Bedenken wurden insbesondere gegen eine zu weite Interpretation der er-

<sup>118</sup> BAG, Urt. v. 21.03.1985, AP § 615 BGB Nr. 35.

<sup>119</sup> BAG, Urt. v. 09.08.1984, AP § 615 BGB Nr. 34; BAG, Urt. v. 21.03.1985, AP § 615 BGB Nr. 35, BAG, Urt. v. 14.11.1985, AP § 615 BGB Nr. 39; BAG, Urt. v. 20.03.1986, EzA § 615 BGB Nr. 48.

<sup>120</sup> BAG, Urt. v. 19.04.1990, AP § 615 BGB Nr. 45; BAG, Urt. v. 24.10.1991, AP § 615 BGB Nr. 50; BAG, Urt. v. 21.01.1992, AP § 615 BGB Nr. 53; BAG, Urt. v. 24.11.1994, AP § 615 BGB Nr. 60.

<sup>121</sup> BAG, Urt. v. 24.10.1991, AP § 615 BGB Nr. 50.

<sup>122</sup> BAG, Urt. v. 24.11.1994; AP § 615 BGB Nr. 60.

<sup>123</sup> Staudinger-Richardi, § 615 BGB Rn. 67/68; Erman-Belling, BGB, § 615, Rn. 21; MünchKomm-Henssler, BGB, § 615, Rn. 26, Münch/ArbR-Boewer, § 78, Rn. 23.

<sup>124</sup> Winterfeld, Anm. zu BAG, Urt. v. 21.03.1985, SAE 1986, 17ff.; auch Kraft, Anm. zu BAG, Urt. v. 09.08.1984, EzA § 615 BGB Nr. 43 und BAG, Urt. v. 18.12.1986, EzA § 615 BGB Nr. 53; Schäfer, JUS 1988, 265ff.; Waas, NZA 1994, 151ff.; siehe ausführlich zu den einzelnen Literaturansichten und Lösungsvorschlägen auch Winderlich, Annahmeverzug, S. 117ff; Bopf, Annahmeverzug, S: 169ff, 202ff.

forderlichen Mitwirkungshandlung im Sinne des § 296 BGB eingewandt. Kalendermäßig bestimmt seien nur solche Mitwirkungshandlungen, die am Anfang eines Arbeitstages oder einer Schicht stünden und dem Arbeitnehmer die Möglichkeit geben, den Betrieb zu betreten und seinen Arbeitsplatz einzunehmen. Habe der Arbeitgeber hierfür gesorgt und sei für weitere Mitwirkungshandlungen wie die Zuweisung von Arbeit die Anwesenheit des Mitarbeiters erforderlich, könne Annahmeverzug nur eintreten, wenn der Arbeitnehmer seinerseits die Leistung anbiete<sup>125</sup>. In diese Richtung geht auch die Ansicht, die in der Zuweisung von Arbeit eine normale Gläubigermitwirkung bei der Annahme der angebotenen Arbeit sieht, nicht aber eine darüber hinausgehende Mitwirkungshandlung im Sinne des § 295 BGB<sup>126</sup>. Diese Gläubigermitwirkung sei auch nicht nach dem Kalender bestimmt, denn erst wenn der Arbeitnehmer seine Leistung tatsächlich anbiete, obliege es dem Arbeitgeber, ihm Beschäftigung zuzuweisen<sup>127</sup>. Die Vertreter dieser Ansicht sehen die Lösung in der Anwendung des § 295 S.1 1. Alt. BGB, der gerade nach einer Erklärung des Gläubigers, dass er die Annahme der Leistung ablehne, dennoch ein Angebot des Schuldners verlange<sup>128</sup>. Eine andere Ansicht kommt zum Schluss, dass § 296 BGB im Falle des gekündigten Arbeitsverhältnisses anwendbar ist. Zur Begründung stützt sie sich darauf, dass in dieser Situation die typischen Funktionen eines Angebots (Anzeige der Leistungsbereitschaft des Schuldners und Klarstellung des Verzugsbeginns<sup>129</sup>) - entsprechend dem Sinn des § 296 BGB - entfallen würden<sup>130</sup>. Diese Voraussetzungen seien vorliegend erfüllt. Ab Wirksamwerden der Kündigung sei klar, dass der Arbeitgeber seine in der Arbeitszuweisung liegende Mitwirkungshandlung nicht mehr erfüllen werde. Der Zeitpunkt der Mitwirkungshandlung sei zwar nicht im Sinne des § 296 BGB kalendermäßig bestimmt, werde aber durch die Kündigungserklärung des Arbeitgebers fixiert. Maßgeblich für die Anwendbarkeit des § 296 BGB sei

<sup>125</sup> Siehe *Winterfeld*, Anm. zu BAG, Urt. v. 21.03.1985, SAE 1986, 17.

<sup>126</sup> Vgl. *Kraft*, Anm. zu BAG, Urt. v. 09.08.1984, EzA § 615 BGB Nr. 43 und BAG, Urt. v. 18.12.1986, EzA § 615 BGB Nr. 53, so auch *Stahlhacke*, AuR 1992, 8f.

<sup>127</sup> *Kraft*, Anm. zu BAG, Urt. v. 09.08.1984, EzA § 615 BGB Nr. 43 und BAG, Urt. v. 18.12.1986, EzA § 615 BGB Nr. 53.

<sup>128</sup> *Stahlhacke*, AuR 1992, S. 8, 10.

<sup>129</sup> siehe hierzu bereits oben Teil 2 A I.

<sup>130</sup> *Konzen*, gem. Anm. zu BAG, Urt. v. 09.08.1984 u. 21.03.1985, AP § 615 BGB, Nr. 34, 35.

die Mitwirkung durch die Arbeitszuweisung, die kontinuierlich und fortlaufend erfolge<sup>131</sup>. Auch die Anhaltfunktion für die Leistungsbereitschaft des Schuldners sei nach einer Kündigung entbehrlich. Die Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers sei so dominant, dass ihm zuzumuten sei, keinen Hinweis auf die Leistungsbereitschaft des Schuldners zu erhalten<sup>132</sup>. Daran ändere sich auch für den Fall, dass der Arbeitnehmer krank und damit nicht leistungsfähig sei, nichts, denn die Klarstellungsfunktion des Angebots sei auch hier entbehrlich. Zudem sei es dem § 296 BGB gerade immanent, dass der Gläubiger über die Leistungsfähigkeit des Schuldners im Unklaren gelassen werde<sup>133</sup>.

### 3. Stellungnahme

Die vielen kritischen Stimmen in der Literatur zeigen, dass sich der Ansatz der neueren Rechtsprechung, auf den Beginn des Annahmeverzugs des Arbeitgebers § 296 BGB anzuwenden, sicherlich, vor allem was die Festlegung der Anforderungen an die Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers betrifft, hinterfragen lässt. Letztlich sprechen aber sowohl pragmatische als auch dogmatische Gründe für die von der Rechtsprechung praktizierte Lösung über § 296 BGB. Erstere lassen sich aus dem allgemeinen Verständnis des Ablaufs eines Arbeitsverhältnisses herleiten. Danach kann der Arbeitnehmer seiner Dienstleistungsverpflichtung aus dem Arbeitsverhältnis nur nachkommen, wenn der Arbeitgeber ihm einen Arbeitsplatz zur Verfügung stellt und ihm fortlaufend Arbeit zuweist<sup>134</sup>. Eine Kündigung unterbricht diesen Prozess zu einem bestimmten Termin, ähnlich der für § 296 BGB typischen Situation, in der zu einem bestimmten vom Kalender gesetzten Termin eine einmalig lokalisierte Mitwirkungshandlung nicht vorgenommen wird. Rechtstechnisch gesehen ergibt sich in der besonderen Situation des gekündigten Arbeitsverhältnisses, entsprechend der eben dargestellten

<sup>131</sup> *Konzen*, gem. Anm. zu BAG, Urt. v. 09.08.1984 u. 21.03.1985, AP § 615 BGB, Nr. 34, 35.

<sup>132</sup> Siehe *Konzen*, gem. Anm. zu BAG, Urt. v. 09.08.1984 u. 21.03.1985, AP § 615 BGB, Nr. 34, 35.

<sup>133</sup> Siehe *Konzen*, gem. Anm. zu BAG, Urt. v. 09.08.1984 u. 21.03.1985, AP § 615 BGB, Nr. 34, 35.

<sup>134</sup> Vgl. *Staudinger-Richardi*, BGB, § 615, Rn. 65ff. m. w. N.

Auffassung<sup>135</sup>, für die zweifelsfreie Feststellung des Annahmeverzugs, nicht die Notwendigkeit eines Angebots durch den Schuldner.

## II. Beendigung des Annahmeverzugs während des Kündigungs-schutzprozesses

### 1. Rechtsprechung zur Beendigung

Nicht nur die Frage nach dem Beginn des Verzugs des Arbeitgebers war Gegenstand kontroverser Diskussionen in Literatur und Rechtsprechung, sondern auch die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Annahmeverzug des Arbeitgebers wieder endet bzw. als beendet gelten soll. Die Beantwortung dieser Frage bereitet - früher wie heute - vor allem deswegen Schwierigkeiten, weil das Gesetz dahingehend keine ausdrückliche Regelung enthält und somit nur der Weg über die Auslegung der Verzugsvorschriften<sup>136</sup> bleibt.

#### a) Ausgangsentscheidung des Reichsgerichts

Die Ausgangsentscheidung zur Frage der Beendigung des Annahmeverzugs traf das Reichsgericht im Jahre 1914<sup>137</sup>. In dieser Entscheidung wurden einige Richtlinien aufgestellt, an denen sich - trotz zahlreicher Kritik - auch die heutige Rechtsprechung des BAG noch orientiert. Der Entscheidung lässt sich vor allem ein wichtiger Grundsatz entnehmen: Zur Beendigung des Annahmeverzugs muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zur (Weiter-)Arbeit auffordern und die vorher ausgesprochene Kündigung unmissverständlich zurücknehmen<sup>138</sup>. Zur Begründung stützte sich das Reichsgericht vor allem auf die aus der „Natur des Verzugs zu ziehenden Folgerungen“ und führte aus, dass einerseits nur die zum Zwecke der Erfüllung der bestehenden Verbindlichkeit vom Arbeitnehmer angebotene Leistung den Arbeitgeber in Annahmeverzug setzen könne, andererseits befinde sich umgekehrt der Arbeitgeber aber solange in Annahmeverzug, wie er die Arbeitsleistung nicht als Erfüllung dieser Verbindlichkeiten entgegennehme<sup>139</sup>. Der

<sup>135</sup> Siehe *Konzen*, gem. Anm. zu BAG, Urt. v. 09.08.1984 u. 21.03.1985, AP § 615 BGB, Nr. 34, 35.

<sup>136</sup> Siehe hierzu ausführlich unter Teil 4 F.

<sup>137</sup> RG, Urt. v. 21.02.1914, Gruchot's Beiträge, Bd. 58, Beil. S. 929, 930.

<sup>138</sup> RG, Urt. v. 21.02.1914, Gruchot's Beiträge, Bd. 58, Beil. S. 929, 930.

<sup>139</sup> RG, Urt. v. 21.02.1914, Gruchot's Beiträge, Bd. 58, Beil. S. 929, 930.

Arbeitgeber könne daher die Säumnis nur dadurch beenden, dass er die Folgen der unwirksamen Kündigung soweit als möglich wieder beseitige, indem er unmissverständlich zu verstehen gebe, dass die „Entlassung zu Unrecht erfolgt sei“<sup>140</sup>.

Anfang der achtziger Jahre hatte dann das BAG erneut die Frage zu beantworten, wann der Verzug des Arbeitgebers enden solle<sup>141</sup>. In diesem Fall hatte der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer das Angebot gemacht, vorläufig in dem Betrieb weiterzuarbeiten. Das BAG nahm auf die Ausführungen des Reichsgerichts zur Beendigung des Annahmeverzugs ausdrücklich Bezug und bestätigte diese. Der Annahmeverzug des Arbeitgebers ende nicht bereits dann, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer ohne vertragliche Übergangsregelung lediglich im Rahmen eines jederzeit zu beendigenden faktischen Arbeitsverhältnisses weiterbeschäftige, um die Rechtsfolgen des § 615 BGB zu vermeiden<sup>142</sup>. Darin sei keine Annahme der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers aufgrund des noch bestehenden Arbeitsverhältnisses zu sehen<sup>143</sup>.

#### b) Rechtsprechung zum Weiterbeschäftigungsanspruch

Die Frage nach der möglichen Beendigung des Annahmeverzugs wurde in der Folgezeit durch die Diskussion um die Anerkennung eines allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruchs überlagert. Daraus resultierten neue Problemkreise. Es war zum Einen zu klären, wann der Arbeitnehmer Weiterbeschäftigung verlangen kann, d.h. unter welchen Voraussetzungen ein Weiterbeschäftigungsanspruch besteht und zum Anderen, ob der Annahmeverzug des Arbeitgebers durch Ausspruch eines Weiterbeschäftigungsangebots beendet werden kann bzw. welche Konsequenzen aus der Ablehnung eines solchen Angebots für den Anspruch aus § 615 BGB zu ziehen sind.

Ursprünglich lehnte das BAG für die Zeit nach Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist bzw. nach Zugang der außerordentlichen (fristlosen) Kündigung einen über den gesetzlich vorgesehenen Weiterbeschäftigungsanspruch gemäß § 102 V BetrVG hinausgehenden „allgemeinen Weiterbe-

<sup>140</sup> RG, Urt. v. 21.02.1914, Gruchot's Beiträge, Bd. 58, Beil. 929, 930.

<sup>141</sup> BAG, Urt. v. 21.05.1981, AP § 615 BGB Nr. 32.

<sup>142</sup> BAG, Urt. v. 21.05.1981, AP § 615 BGB Nr. 32.

<sup>143</sup> BAG, Urt. v. 21.05.1981, AP § 615 BGB Nr. 32.

schäftigungsanspruch“ ab. Nur ausnahmsweise, z.B. bei einer offensichtlich rechtsunwirksamen oder einer offenbar rechtsmissbräuchlichen oder willkürlichen Kündigung kann der AG zur Weiterbeschäftigung bis zum Abschluss des Kündigungsprozesses verpflichtet werden<sup>144</sup>.

Der Große Senat des BAG erkannte schließlich im Jahre 1985 die Existenz eines allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruches grundsätzlich an<sup>145</sup>. Für die Beurteilung, ob im konkreten Fall ein Weiterbeschäftigungsanspruch besteht, soll eine Interessenabwägung zwischen den Belangen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer anhand der Umstände des konkreten Einzelfalls maßgeblich sein<sup>146</sup>.

Allerdings geht der Große Senat dabei von einem pauschalierten Ergebnis der Interessenabwägung für das jeweilige Verfahrensstadium aus. Vorbehaltlich besonderer Umstände des Einzelfalls soll vor Erlass des erstinstanzlichen Urteils, welches die Unwirksamkeit der Kündigung feststellt, die Ungewissheit über den Ausgang des Kündigungsprozesses ein das Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers grundsätzlich überwiegendes schützenswertes Interesse des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung des gekündigten Arbeitnehmers für die Dauer des Kündigungsprozesses begründen. Nach diesem Zeitpunkt könnten nur noch besondere Umstände des Einzelfalls ein solches überwiegendes Gegeninteresse des Arbeitgebers begründen<sup>147</sup>.

#### aa) Folgeentscheidungen des BAG

Nachdem nun zumindest die Frage nach den Voraussetzungen geklärt war, unter denen ein allgemeiner Weiterbeschäftigungsanspruch bestehen soll, betrafen die Folgeentscheidungen vor allem das Problem der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers mit bedingter oder befristeter vertraglicher Übergangsregelung<sup>148</sup>. Zu entscheiden war wiederum, ob der Arbeitgeber durch ein Weiterbeschäftigungsangebot den Annahmeverzug beenden könne. Während in der Entscheidung von 1981 noch offen gelassen wurde, ob eine Beendigung dann in Frage käme, wenn der Arbeitgeber den Abschluss eines

<sup>144</sup> BAG, Urt. v. 26.05.1977, NJW 1978, 239f.

<sup>145</sup> BAG, Urt. v. 27.02.1985, NZA 1985, 702, 705; ausführlich zur Argumentation des BAG siehe unten Teil 4 F.

<sup>146</sup> BAG, Urt. v. 27.02.1985; NZA 1985, 702, 705f.

<sup>147</sup> BAG, Urt. v. 27.02.1985, NZA 1985, 702, 707.

<sup>148</sup> BAG, Urt. v. 14.11.1985, DB 1986, 1878, 1880.

befristeten oder bedingten Vertrages anbiete, so legte nunmehr das BAG 1985 verbindlich fest, dass selbst das Angebot eines befristeten oder (auflösend) bedingten Vertrages den Annahmeverzug nicht beenden könne<sup>149</sup>. Allerdings könne die Ablehnung eines solchen Angebots des Arbeitgebers ein böswilliges Unterlassen anderweitigen Erwerbs im Sinne des § 615 S. 2 BGB darstellen. Für diese Beurteilung komme es auf die Umstände des Einzelfalls (Art und Begründung der Kündigung, Verhalten des Arbeitgebers im Kündigungsprozess) an<sup>150</sup>. Diese Rechtsprechung hat das BAG zuletzt im Jahre 2002 und 2003 nochmals bestätigt<sup>151</sup>.

#### bb) Ansichten der Instanzgerichte

Die Instanzgerichte sind der Rechtsprechung des BAG nur teilweise gefolgt. Einige Gerichte wollen vom Arbeitgeber nicht verlangen, dass er sich ausdrücklich von der Kündigung distanzieren müsse, um den Annahmeverzug zu beenden. Zur Begründung führen sie an, dass der Arbeitgeber nach der Intention des Gesetzgebers nur das beseitigen müsse, was den Verzug begründet habe. Dies sei die nach § 296 Satz 1 BGB geschuldete Mitwirkungshandlung, die in der Aufforderung des Arbeitnehmers, die Arbeit wieder aufzunehmen, zu sehen sei. Das Angebot müsse aber vorbehaltlos, d.h. ohne zeitliche Begrenzung ausgesprochen werden<sup>152</sup>.

#### c) Meinungsstand der Literatur

##### aa) Zur Beendigung des Annahmeverzugs

Die Ansicht des Reichsgerichts, der Annahmeverzug des Arbeitgebers ende nur dann, wenn dieser mit dem Angebot der Weiterbeschäftigung auch klarstelle, dass er zu Unrecht gekündigt habe, ist im Schrifttum unterschiedlich aufgenommen worden. Teils trifft die Auffassung des Reichsgericht, der sich das BAG nebst einigen Präzisierungen angeschlossen hat, auf Zustimmung

<sup>149</sup> BAG, Urt. v. 14.11.1985, DB 1986, 1878, 1879; siehe zur Argumentation des BAG unter Teil 4 F.

<sup>150</sup> BAG, Urt. v. 14.11.1985, DB 1986, 1878, 1879. Zu dieser Problematik siehe auch Teil 4 G.

<sup>151</sup> BAG, Urt. v. 07.11.2002, AP § 615 BGB Nr. 98 u. Urt. v. 24.09.2003, DB 2004, 437ff.

<sup>152</sup> LAG Hamm, Urt. v. 18.10.1985 LAGE § 615 BGB Nr. 6. Kritisch auch LAG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 16.03.1993; LAGE § 611 BGB Nr. 33 Beschäftigungspflicht; LAG Köln, 26.09. 1986, LAGE § 611 BGB Nr. 17 Beschäftigungspflicht; LAG Niedersachsen, Urt. v. 07.02. 1986, LAGE § 611 BGB Nr. 14 Beschäftigungspflicht.



mung<sup>153</sup>. Es wird sogar vertreten, dass selbst wenn der Arbeitnehmer das ihm vorgeschlagene Weiterbeschäftigungsangebot bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsprozesses ausschlägt, eine Anrechnung anderweitigen Erwerbs im Sinne des § 615 S. 2 BGB nicht stattfindet, falls der Arbeitgeber gleichzeitig die Kündigung aufrechterhalte<sup>154</sup>. Damit gebe er zu verstehen, dass er das Arbeitsverhältnis für beendet ansehe. Da in diesem Stadium des Verfahrens das Schicksal des Arbeitsverhältnisses gerade ja noch offen und damit unklar sei, ob der Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung überhaupt verpflichtet sei, wäre die Weiterbeschäftigung unzumutbar und damit auch kein „böswilliges Unterlassen“<sup>155</sup>.

Dem BAG, welches sich die Vorgaben des Reichsgerichts zu eigen macht und sich damit auch der Forderung anschließt, der Arbeitgeber müsse einräumen, dass die Kündigung zu „Unrecht erfolgt sei“, wird von kritischen Stimmen vorgeworfen, an dieser Stelle den Bogen zu überspannen<sup>156</sup>. Von diesen Stimmen wird daher – mit teilweise unterschiedlicher Begründung – vertreten, dass dem Weiterbeschäftigungsangebot verzugsbeendende Wirkung zukommen müsse<sup>157</sup>.

#### bb) Zum Weiterbeschäftigungsanspruch

Die arbeitsrechtliche Literatur begrüßte überwiegend die Entscheidung des Großen Senats, mit der ein allgemeiner Weiterbeschäftigungsanspruch anerkannt wurde<sup>158</sup>. Diese Zustimmung bezog sich allerdings fast ausschließlich auf das Ergebnis<sup>159</sup> -in der Regel keine Weiterbeschäftigung bis zu ei-

<sup>153</sup> Zustimmend *Berkowsky*, BB 1982, 374; ders. in DB 1982, 904, sowie BB 1984, 216, 217f. *Denk*, NJW 1983, 255, 257ff.; *Peter*, DB 1982, 488, 490; noch *Soergel-Kraft*, 11. Auflage § 615 BGB Rn. 16; *Weber*, Anm. zu BAG, Urt. v. 21.05.1981, SAE 1982, 94; 97ff.; *Kittner/Däubler/Zwanziger-Zwanziger*, KSchR, § 615 BGB, Rn. 10, *Schaub-Linck ArbR Hdb.* § 95, Rn. 14.

<sup>154</sup> *Berkowsky*, DB 1981, 1569, 1570; ders. in DB 1982, 374, 375.

<sup>155</sup> *Berkowsky*, DB 1981, 1569, 1570; ders. in DB 1982, 374, 375.

<sup>156</sup> *Löwisch*, DB 1986, 2433, 2434; ders. *Staudinger-Löwisch*; BGB, § 293, Rn. 26; *Schäfer*, DB 1982, 902; *Waas*, NZA 1994, 151, 157, inzwischen auch *Soergel-Kraft*, 12. Auflage, BGB, § 615, Rn. 46; *KR-Becker*, KSchG, § 11, Rn. 8; *Löwisch*, KSchG, § 4, Rn. 111; *Reuter*, JUS 1986, 1006, 1007; *Waas*, NZA 1994, 151, 158; *Wank*, RdA 1987, 129, 156ff.; *Kaiser*, Anm. zu BAG, Urt. v. 21.01.1992, AP § 615 BGB Nr. 53; w. N. bei *Stahlhacke*, AuR 1981, 8, 14, Fn. 52.

<sup>157</sup> Vgl. zu den Nachw. Fn. 155. Die einzelnen Argumente der verschiedenen Ansichten werden unter Teil 4 F dargestellt.

<sup>158</sup> Anstelle vieler: *KR-Etzel*, § 102 BetrVG, Rn. 271.

<sup>159</sup> *Wank*, RdA 1987, 129, 160 spricht trotz harscher Kritik von einer „sachgerechten Lösung des Problems“.



nem Urteil erster Instanz, in der Regel Weiterbeschäftigung ab einem zureichenden Urteil in erster Instanz- nicht jedoch auf die methodische Begründung<sup>160</sup>. Angegriffen wurde vor allem die Herleitung des Weiterbeschäftigungsanspruches aus dem allgemeinen Beschäftigungsanspruch und die damit einhergehende Vernachlässigung des Ungewissheitsrisikos des Kündigungsschutzprozesses<sup>161</sup>.

### **Teil 3. Von der Kündigungsfreiheit bis zu ihrer unmittelbaren und zwingenden Beschränkung- das Bestandsschutzprinzip als Leitprinzip des neueren Kündigungsschutzes**

Im Wesentlichen wird in diesem Teil der Untersuchung der Frage nach den Grundgedanken (ratio) des Kündigungsschutzes sowie dessen Reichweite nachgegangen. Der Schwerpunkt bei der Beantwortung dieser Frage liegt auf der historischen Entwicklung des KSchG sowie der Überprüfung der verfassungsrechtlichen Legitimation des Bestandsschutzes. Bei der Darstellung der historischen Entwicklung des KSchG soll herausgearbeitet werden, welches Interesse des Arbeitnehmers zu den unterschiedlichen Zeiten jeweils im Mittelpunkt des durch das KSchG vermittelten Schutzes stand. Dabei werden auch die im Zusammenhang mit dem neueren KSchG vertretenen Ansichten zur ratio des Kündigungsschutzes in Rechtsprechung und Literatur aufgezeigt und bewertet. Im Rahmen der Überprüfung der verfassungsrechtlichen Reichweite des Bestandsschutzes wird vor allem auf die jeweils tangierten Grundrechte von Arbeitnehmer und Arbeitgeber eingegangen.

#### **A. Notwendigkeit der Gewährung von Kündigungsschutz**

Ausgangspunkt der Untersuchung, welche ratio dem KSchG zugrunde liegt und welche Schlussfolgerungen sich hieraus im Hinblick auf den Untersu-

<sup>160</sup> Kritisch insbesondere *Adomeit*, NJW 86, 901, 902; *Berkowsky*, BB 86, 795 ff.; v. *Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG, § 4, Rn. 99 m. w. N.; *Münch/ArbR-Wank*, § 121, Rn. 85; ders. RdA 87, 129, 150ff.; eine Zusammenfassung der Kritikpunkte bietet *Bengelsdorf*, gem. Anm. zu BAG, Urt. v. 04.09.1986 u. 10.03.1987, SAE 1987, 254 ff.

<sup>161</sup> So beispielsweise *Wank* RdA 1987, 129, 157. Vgl. im Übrigen hierzu ausführlich Teil 4 F.

chungsgegenstand ziehen lassen<sup>162</sup>, ist die Frage, warum Kündigungsschutz überhaupt notwendig ist. Diese Frage erscheint vor dem Hintergrund, dass es Rechtssysteme gibt, die ohne bzw. mit nur eingeschränktem Kündigungsschutz auskommen<sup>163</sup> sowie angesichts der ständig in Deutschland wieder aufkommenden sozialpolitischen Diskussion um die angeblich „beschäftigungshemmende Wirkung“<sup>164</sup> des allgemeinen Kündigungsschutzes und der drohenden „Schlechterstellung“ Arbeitssuchender gegenüber beschäftigten Arbeitnehmern<sup>165</sup> um so bedeutsamer. Nicht umsonst wird das Kündigungsrecht auch als „Nervenzentrum des Arbeitsvertragsrechts“<sup>166</sup> bezeichnet.

Die Gründe, die für die Gewährung von Kündigungsschutz sprechen, fußen größtenteils in der Natur des Arbeitsverhältnisses und der Bedeutung des Arbeitsverhältnisses für den einzelnen Arbeitnehmer. Hieraus lässt sich eine besondere Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers ableiten, die es erforderlich macht, die Möglichkeiten des Arbeitgebers zur einseitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu beschränken. Zwar werden unterschiedliche Aspekte aus dem Verhältnis des Arbeitnehmers zum Arbeitgeber angeführt, die letztlich Zweck des allgemeinen Kündigungsschutzes sein und auch dessen Reichweite bestimmen sollen<sup>167</sup>. Einigkeit besteht aber darin, dass sich die Gründe, aus denen der Arbeitnehmer letztlich vor dem Verlust seines Arbeitsplatzes zu schützen ist, aus der besonderen Bedeutung des Arbeitsverhältnisses für beide Parteien ergeben. Das Arbeitsverhältnis sei nämlich

<sup>162</sup> Die Frage nach der generellen Konzeption des Kündigungsschutzgesetzes beeinflusst den Maßstab, der bei der Auslegung der Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes anzuwenden ist, vgl. auch *Preis*, Prinzipien, S. 124. Hiervon ist wiederum das Ergebnis der unter Kapitel 5 diskutierten Lösungsansätze zur Eindämmung des „unbegrenzten Annahmeverzugsrisikos des Arbeitgebers“ abhängig.

<sup>163</sup> Vgl. etwa das auf der „at will“ – Doctrin beruhende System der USA, nach dem es dem Arbeitgeber grundsätzlich erlaubt ist, einen unbefristeten Vertrag zu jeder Zeit, aus gutem Grund oder gar keinem Grund zu kündigen, vgl. ausführlich zu den trotz dieses Ansatzes bestehenden Beschränkungen, *Kittner*, BB 2000, Beil. 4, 1, 3ff.

<sup>164</sup> *Bauer*, NZA 2002, 529, 530, *Bauer/Haussman*, NZA 1997, 1100, 1102; *Rüthers*, NJW 2002, 1601, 1604; *Kittner*, in BB 2000, Beil. 4, 1, 3 spricht sogar davon, dass vor allem in den USA das deutsche bzw. europäische Kündigungsschutzrecht als „Fessel der unternehmerischen Freiheit“ und als „Synonym für gebremste wirtschaftliche Dynamik“ angesehen wird.

<sup>165</sup> So ursprünglich *Reuter*, RdA 1978, 344, 348ff.; aufgreifend *Papier*, RdA 2000, 1, 4.

<sup>166</sup> *MünchKomm-Schwerdtner*, BGB, 3. Auflage, § 622 BGB Anh. Rn. 1; urspr. *Coen*, Das Recht auf Arbeit und der Bestandsschutz des gekündigten Arbeitsverhältnisses, Vorwort, S. VII.

<sup>167</sup> Zu den einzelnen Kündigungsschutztheorien siehe unten Teil 3 B II.

nicht ein bloßes „Austauschverhältnis“<sup>168</sup>. Arbeitnehmer und Arbeitgeber stünden sich nicht, wie in anderen Schuldverhältnissen auf gleicher Ebene, „bloß“ als Gläubiger und Schuldner gegenüber, vielmehr herrsche ein Über- und Unterordnungsverhältnis<sup>169</sup>, aus welchem sich ein Machtgefälle ergebe. Die durch dieses Rangverhältnis gekennzeichnete personale Struktur des Arbeitsverhältnisses verleihe diesem gegenüber anderen Schuldverhältnissen eine „Sonderstellung“<sup>170</sup>. Diese Sonderstellung komme dadurch zum Ausdruck, dass die das „normale“ Schuldverhältnis kennzeichnenden synallagmatischen Verpflichtungen, die Arbeitskraft gegen Entgelt zur Verfügung zu stellen<sup>171</sup>, durch besondere Fürsorge- und Treuepflichten ergänzt werden<sup>172</sup>. Diese werden als Korrelat zu der persönlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers angesehen und finden ihre Wurzel letztlich in einer wohlverstandenen Anwendung des in § 242 BGB festgehaltenen Grundsatzes von Treu und Glauben auf das Arbeitsverhältnis<sup>173</sup>. Dieser Grundsatz bildet das „Einfallstor“ für die im „grundrechtsträchtigen“<sup>174</sup> Arbeitsrecht betroffenen konkreten Grundrechte von Arbeitgeber und Arbeitnehmer<sup>175</sup>.

## B. Geschichtliche Entwicklung des Kündigungsschutzes

Die Entwicklung des Kündigungsschutzes in Deutschland beginnt mit dem alten Gedanken der Freiheit von Kündigungen, der das Arbeitsrecht bis zum Ende des Ersten Weltkriegs beherrschte. Der Arbeitgeber war mit Ausnahme einiger weniger Bestimmungen über Kündigungsfristen für Angestell-

<sup>168</sup> Vgl. grundlegend bereits *Hueck/Nipperdey*, Arbeitsrecht, Bd. 1, S. 129; *Gamillscheg*, in: FS Weber, S. 793, 794 ff, *Nikisch*, Arbeitsrecht, Bd. 1, S. 169; *Wiedemann*, Das Arbeitsverhältnis, S. 33ff. Deren Auffassung ging aber teilweise soweit, dass die enge persönliche Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber dazu führe, dass zwischen beiden ein über bloße schuldrechtliche Verpflichtungen hinausgehendes Rechtsverhältnis eigener Art, das sog. „personenrechtliche Gemeinschaftsverhältnis“ begründet wird. Diese Auffassung ist mittlerweile überholt. *Annuß* betont jüngst in ZFA 2004, 238, 306 ff. was mittlerweile auch herrschende Ansicht ist: Allein die Regelungen der § 611 ff. BGB (Dienstvertrag) bzw. die privatautonom getroffene Vereinbarung sind ausschlaggebend, um die gegenseitigen Verpflichtungen der Arbeitsvertragsparteien näher zu konkretisieren, ansonsten drohe die „Gefahr der Flucht aus dem Schuldrecht“.

<sup>169</sup> *Wiedemann*, das Arbeitsverhältnis, S. 10.

<sup>170</sup> Vgl. *Wiedemann*, das Arbeitsverhältnis, S. 10, m. w. N.

<sup>171</sup> *MünchKomm-Müller-Glöge*, BGB, § 611, Rn. 156.

<sup>172</sup> Vgl. *Jauernig-Schlechtriem*, BGB, § 611, Rn. 23ff. u. 38ff.; *MünchKomm-Müller-Glöge*, BGB, § 611, Rn. 981ff.

<sup>173</sup> *MünchKomm-Müller-Glöge*, BGB, § 611, Rn. 986, 987.

<sup>174</sup> *Söllner*, in: FS Kissel, S. 1121, 1125.

<sup>175</sup> *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 181. Zum Grundsatz der mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten im Arbeitsverhältnis siehe *KR-Friedrich*, § 13 KSchG, Rn. 180; *Maunz-Dürig-Scholz*, GG, Art. 12, Rn. 73.

te<sup>176</sup> berechtigt, sich jederzeit begründungslos einseitig vom Arbeitsverhältnis zu lösen. Die ungehinderte Anwendung dieses Grundsatzes führte zu erheblichen sozialen Missständen, da die Arbeitnehmer aufgrund des bestehenden Überhangs an Arbeitskräften kaum Aussicht auf eine neue Arbeitsstelle hatten und sich vor dem Hintergrund der Gefahr des jederzeitigen Verlusts des für sie existentiellen Arbeitsplatzes den einseitig vom Arbeitgeber gestellten Arbeitsbedingungen unterwarfen<sup>177</sup>. Eine Vertragsparität zwischen den Arbeitsvertragsparteien war damit nicht ansatzweise gewährleistet.

### **I. Einführung eines begrenzten allgemeinen Kündigungsschutzes**

In diesen Rechtszustand ist nach dem ersten Weltkrieg grundlegend eingegriffen worden. Aufgrund der durch das Ungleichgewicht zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ausgelösten sozialen Konflikte verstärkten sich die Bestrebungen zur Schaffung von Arbeitnehmerschutzgesetzen, die die Vertragsfreiheit bei der Beendigung von Arbeitsverhältnissen begrenzten<sup>178</sup>. Dazu gehörten insbesondere die Vorschriften über den Kündigungsschutz, die erstmals durch das Betriebsrätegesetz vom 04.02.1920 (BRG 1920) eingeführt wurden. Damit wurde ein allgemeiner Kündigungsschutz gegen sozialwidrige Kündigungen eingeführt und in der Folgezeit ausgebaut.

#### **1. Das Betriebsrätegesetz (BRG) vom 04.02. 1920<sup>179</sup>**

Das BRG gewährte einen noch unvollkommenen Kündigungsschutz. Vorherrschend war nicht der individuelle Rechtsschutz des Arbeitnehmers, sondern der kollektivrechtliche Gedanke des Mitbestimmungsrechts<sup>180</sup>. Dies zeigte sich zunächst darin, dass sich der betriebliche Geltungsbereich des

<sup>176</sup> Für gewerbliche und kaufmännische Angestellte bestand eine Mindestkündigungsfrist von einem Monat zum Schluss des Kalendermonats (§§ 67 HGB, 133 aa GewO), und für sie sowie für die gewerblichen Arbeiter galt der Grundsatz, dass die Kündigungsfrist für beide Teile gleich lang sein musste § 122 Satz 2 und 3 GewO. Im Übrigen waren die gesetzlichen Vorschriften über die ordentliche Kündigung dispositiv, vgl. *V. Hoyningen-Huene/Linck*, Einl. KSChG, Rn. 1.

<sup>177</sup> *HaKo-Fiebig*, Einl. KSChG, Rn. 103; *Backmeister/Trittin/Mayer-Mayer*, KSChG, § 1, Rn. 1.

<sup>178</sup> *KR-Etzel*, § 1 KSChG, Rn. 3.

<sup>179</sup> RGBI. I. S. 147 ff.

<sup>180</sup> *V. Hoyningen-Huene/Linck*, Einl. KSChG, Rn. 19. Der betriebliche Geltungsbereich beschränkte sich auf Betriebe mit Betriebsräten, so dass Kleinbetriebe mit weniger als zwanzig Arbeitnehmern vom neu eingeführten Kündigungsschutz grundsätzlich ausgeschlossen waren.

allgemeinen Kündigungsschutzes auf Betriebe mit Betriebsräten beschränkte, so dass Kleinbetriebe mit weniger als zwanzig Arbeitnehmern vom Anwendungsbereich grundsätzlich ausgenommen waren<sup>181</sup>. Zudem war der Arbeitnehmer beim Angriff auf seine Kündigung auf das Mitwirken des Betriebsrates angewiesen. Er konnte zwar gegen eine Kündigung gemäß § 84 BRG beim Betriebsrat Einspruch einlegen und einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung erlangen. Aber nur wenn sich dieser des Kündigungseinspruchs des Arbeitnehmers annahm und diesen bei Vorliegen einer der in § 84 BRG aufgeführten Gründe billigte<sup>182</sup>, konnte der Einspruch unter Umständen erfolgreich sein. Ohne Billigung seines Einspruchs durch den Betriebsrat war dem Arbeitnehmer die Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung der Kündigung verwehrt. Damit stellte der Betriebsrat eine Sperrinstanz für unberechtigte Einsprüche und andererseits Vermittlungsinstanz dar. Der Arbeitgeber konnte also vorbehaltlich eines Widerspruchs durch den Betriebsrat nach wie vor aus freiem Belieben kündigen. Selbst wenn das Arbeitsgericht zu der Ansicht kam, dass der Widerspruch des Betriebsrats berechtigt und die Kündigung folglich unwirksam war, normierte § 87 BRG ein Wahlrecht für den Arbeitgeber. Dieser konnte sich entscheiden, ob er den Arbeitnehmer weiter beschäftigte oder aber auf dessen Kündigung beharrte<sup>183</sup>. In diesem Fall musste der Arbeitgeber eine Abfindung zahlen<sup>184</sup>, konnte sich aber ansonsten ohne Weiteres von der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses lösen<sup>185</sup>. Umgekehrt bedeutete dies, dass der Arbeitnehmer zwar eine Abfindung erreichen konnte, nicht jedoch die Fortsetzung des

<sup>181</sup> HaKo-*Fiebig*, Einl. KSchG, Rn. 104.

<sup>182</sup> Dieser lautete wörtlich: „Wenn der begründete Verdacht vorliegt, dass die Kündigung wegen der Zugehörigkeit zu einem bestimmten Geschlechte, wegen politischer, militärischer, konfessioneller oder gewerkschaftlicher Betätigung oder wegen Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit zu einem politischen, konfessionellen oder beruflichen Verein oder einem militärischen Verband erfolgt ist; 2. wenn die Kündigung ohne Angabe von Gründen erfolgt ist; 3. wenn die Kündigung deshalb erfolgt ist, weil der Arbeitnehmer sich weigerte, dauernd andere Arbeit, als die bei der Einstellung vereinbarte, zu verrichten; 4. wenn die Kündigung sich als unbillige, nicht durch das Verhalten des Arbeitnehmers oder durch die Verhältnisse des Betriebs bedingte Härte darstellt.

<sup>183</sup> *Kittner*, BB 2000, Beil. 4, 1, 19.

<sup>184</sup> Diese „Entschädigungspflicht“ legte das Gericht in einem der Klage stattgebenden Urteil für den Fall, dass der Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung ablehnt, automatisch fest, vgl. § 87 Abs. 2 BRG.

<sup>185</sup> Im Regierungsentwurf zum BRG war noch vorgesehen, dass bei einem berechtigten Einspruch die Kündigung als unwirksam angesehen wurde und der Arbeitnehmer wieder neu eingestellt werden musste, vgl. Begründung zum Regierungsentwurf des BRG, Reichsanzeiger 09.08.1919, S. 19.

Arbeitsverhältnisses<sup>186</sup>. Die finanzielle Einbuße, die der Arbeitgeber dann erlitt, wenn er den Arbeitgeber nicht weiterbeschäftigte, jedoch nicht die Sachentscheidung über die Wirksamkeit der Kündigung war damit das Abschreckungsinstrument, welches zu einem nicht quantifizierbaren präventiven Kündigungsschutz und nur zu einem indirekten Bestandsschutz führte<sup>187</sup>. Das BRG beruhte damit auf dem Gedanken der Abfindung<sup>188</sup>.

## 2. Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20.01.1934 (AOG)<sup>189</sup>

Für die Zeit nach 1933 hat der nationalsozialistische Gesetzgeber den individuellen Kündigungsschutz in den §§ 56 ff. des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20.01.1934 (AOG) weitestgehend aus dem BRG übernommen<sup>190</sup>. Allerdings fielen die kollektiven Beteiligungsrechte im Wesentlichen fort<sup>191</sup>. Der Vertrauensrat, der an die Stelle des Betriebsrats getreten war und welchem der Arbeitgeber als Betriebsführer vorstand, hatte nur noch beratend an einem innerbetrieblichen Güteverfahren mitzuwirken<sup>192</sup>. Wurde die Kündigung vom Betriebsführer aufrechterhalten, so konnte der Arbeitnehmer nun - ohne Vorabprüfung durch ein kollektives Gremium - beim Arbeitsgericht mit dem Antrag auf Widerruf der Kündigung klagen, wenn diese unbillig hart und nicht durch die Verhältnisse des Betriebs bedingt war<sup>193</sup>. Damit trat eine Individualisierung des Kündigungsschutzverfahrens ein. Hatte die Klage Erfolg, so stand dem Arbeitgeber aber wie früher die Wahl zwischen dem Widerruf und der Zahlung einer Entschädigung zu<sup>194</sup>. Im Übrigen wurde der durch das AOG gewährte Schutz auf Betriebe

<sup>186</sup> Backmeister/Trittin/Mayer-Mayer, KSchG, § 1, Rn. 2.

<sup>187</sup> Kittner, BB 2000, Beil. 4, 1, 19.

<sup>188</sup> HaKo-Fiebig, Einl. KSchG, Rn. 104.

<sup>189</sup> RGBl. I. S. 45 ff.

<sup>190</sup> V. Hoyningen-Huene/Linck, Einl. KSchG, Rn. 23.

<sup>191</sup> Die Abschaffung des Betriebsrats hing mit der Umsetzung des Führerprinzips im Betrieb zusammen, welches nur eine schwache Vertretung der Arbeitnehmer duldete, vgl. Kittner, BB 2000, Beil. 4, 1, 19.

<sup>192</sup> HaKo-Fiebig, Einl. KSchG, Rn. 105.

<sup>193</sup> Vgl. § 56 Abs. 1 AOG. Die Generalklausel der unbillig harten und nicht betriebsbedingten Kündigung trat an die Stelle der in Fn. 181 aufgeführten vier Einspruchsgründe des § 84 BRG. Unbillig hart war eine Kündigung, wenn sie nach Abwägung der Interessen des Arbeitnehmers an der Erhaltung des Arbeitsplatzes und des Arbeitgebers an der Entlassung nicht gerechtfertigt erschien. Dabei waren vermögensrechtliche und ideelle Gesichtspunkte zu berücksichtigen, vgl. Göller, Entwicklung des Kündigungsschutzes, S. 75.

<sup>194</sup> § 57 Abs. 1, 3 AOG.



mit mindestens zehn Arbeitnehmern ausgedehnt. Sowohl das Einspruchsverfahren als auch die Widerrufsklage erstrebten eine Änderung des bis zum Urteil bestehenden Rechtszustandes. Das durch die Kündigung aufgelöste Arbeitsverhältnis sollte durch Gestaltungsurteil wiederhergestellt werden<sup>195</sup>.

### 3. Die Billigkeitsrechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts

Die Rechtsprechung ging frühzeitig daran, neben den gesetzlichen Regelungen des BRG das relativ freie Kündigungsrecht des Arbeitgebers rechtlich durch eine Billigkeitsrechtsprechung in Härtefällen zu beschneiden. So hielt das Reichsarbeitsgericht vereinzelt Kündigungen unter Berücksichtigung ihres Beweggrundes und ihres Zwecks wegen Verstoßes gegen gesetzliche Verbote oder gegen die guten Sitten (§§ 134, 138 BGB) für nichtig<sup>196</sup>.

### 4. Kündigungsschutz durch §§ 138, 242 BGB

Diese Rechtsprechung wurde zur Grundlage des Kündigungsschutzes in der Zeit nach dem Ende des 2. Weltkrieges. Nachdem das AOG durch das Kontrollratsgesetz Nr. 40 vom 30.11.1946<sup>197</sup> mit Wirkung zum 01.01.1947 aufgehoben worden war, existierte im besetzten Deutschland kein einheitliches Kündigungsschutzrecht. Die Länder verfolgten verschiedene Wege, um die soziale Errungenschaft des Kündigungsschutzes zu sichern. Vor allem in der britischen Besatzungszone wurde zur Ausfüllung der durch die Abschaffung des AOG entstandenen Regelungslücke in Anlehnung an die vom Reichsarbeitsgericht aufgestellten Grundsätze auf die Generalklauseln des Privatrechts zurückgegriffen. Unbillig harte und nicht durch die Verhältnisse des Betriebs bedingte Kündigungen wurden als treuwidrig (§ 242 BGB) in schwerwiegenden Fällen als sittenwidrig (§ 138 BGB) angesehen<sup>198</sup>. In der amerikanischen und französischen Besatzungszone traten auf der Grundlage einer neuen gesetzlichen Basis regional verschiedene KSchG in Kraft, deren

<sup>195</sup> Göller, die Entwicklung des Kündigungsschutzrechts, S. 103.

<sup>196</sup> So beispielsweise RAG, Urt. v. 24.04. 1929, RAGE 4, 23 – 27. In diesem Fall ging es darum, dass eine Kündigung wegen gewerkschaftlicher Betätigung als nichtig bezeichnet wurde, vgl. Kittner, BB 2000, Beil. 4, S. 1 – 29, S. 19.

<sup>197</sup> Amtsbl. KR 1947, S. 229 ff., zitiert in RdA 1951, S. 61.

<sup>198</sup> ArbG Ahrensburg, Urt. v. 1.8.1947, ARST I, S. 106, 107; LAG Hamm, Urt. v. 4.11.1947, NJW 1947/1948, S. 318, 319; ArbG Oldenburg, Urt. v. 29.11.1948, ARST II, S. 340; ArbG Duisburg, Urt. v. 23.3.1950, RdA 1950, S. 197, 198; ArbG Braunschweig, Urt. v. 7.7.1948, ARST II, S. 161, 162; ArbG Hannover, Urt. v. 20.10.1949, ARST III, S. 262.

Vorbild größtenteils das BRG von 1920 war<sup>199</sup>. In der sowjetischen Besatzungszone wurde vielfach jede Kündigung ohne sachlichen Grund für nichtig erklärt<sup>200</sup>. Als Folge dieser unterschiedlichen Kündigungsschutzregelungen traten Rechtszersplitterung und Rechtunsicherheit ein<sup>201</sup>. Einheitlich blieb trotz dieser Probleme aber das Bedürfnis, die unbeschränkte Freiheit von Kündigungen zu Gunsten eines allgemeinen Kündigungsschutzes nicht mehr aufleben zu lassen. Offensichtlich hatte sich ein grundlegender Wandel in der rechtlichen Beurteilung der arbeitsrechtlichen Kündigung vollzogen<sup>202</sup>. Die Gerichte erklärten nun in Abkehr zur früheren Praxis, bei der grundsätzlich jede Kündigung wirksam war, wenn diese nicht vom Betriebsrat ausnahmsweise gebilligt wurde, die „unsoziale Kündigung“ für unwirksam<sup>203</sup>. Dieser Rechtszustand ging weit über den bis dahin erreichten Rechtszustand hinaus, zumal der Arbeitgeber bisher selbst bei begründeten Einsprüchen gegen eine Kündigung noch ein Wahlrecht zwischen Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers und einer Abfindungszahlung hatte.

## **II. Die unmittelbare und zwingende Beschränkung der Kündigungsfreiheit**

### **1. Das sog. „Frankfurter Gesetz“ vom 20.07.1949**

Den Grundstock für eine Vereinheitlichung des Kündigungsschutzes für das Gebiet der Bundesrepublik legte das sog. Frankfurter Gesetz<sup>204</sup>. Dieses Gesetz wurde vom Wirtschaftsrat des Vereinigten Wirtschaftsgebiets der amerikanisch-britischen Zone beschlossen; mangels Genehmigung durch die Militärregierungen trat es aber nie in Kraft<sup>205</sup>. Bereits hierin war vorgese-

<sup>199</sup> V. *Hoyningen-Huene/Linck* Einl. KSchG, Rn. 26; *Fiedler*, Kündigungsschutz außerhalb des KSchG, S. 48ff., welche die einzelnen landesrechtlichen Kündigungsschutzbestimmungen der amerikanischen und französischen Besatzungszone ausführlich darstellt und bewertet.

<sup>200</sup> LAG Dresden, Urt. v. 19.5.1948, ARST II, S. 161; ArbG Chemnitz, Urt. v. 20.5.1948, ARST II, S. 42; LAG Schwerin, Urt. v. 18.11.1946, ARST I, S. 21/22.

<sup>201</sup> Einen Überblick über den damaligen Stand des Kündigungsschutzes findet sich unter A der amtlichen Begründung des Regierungsentwurfs zum Bundeskündigungsschutzgesetz; RdA 1951, 61ff.

<sup>202</sup> *Nikisch*, Arbeitsrecht, Band I, S. 751.

<sup>203</sup> LAG Kiel v. 10.9.1947, ARST I, S. 159; LAG Groß-Berlin v. 10.2.1948, ARST II, S. 237; ArbG Heide v. 10.6.1948, ARST I, S. 259; ArbG Heide v. 17.6.1948, ARST I, S. 259; ArbG Emden v. 2.3.1951, ARST VI, S. 142.

<sup>204</sup> *Hueck*, RdA 1949, 331ff.

<sup>205</sup> *HaKo-Fiebig*, Einl. KSchG, Rn. 109.



hen, dass eine sozial ungerechtfertigte Kündigung rechtsunwirksam ist. Die Kündigung wurde damit erstmals an das Erfordernis einer sozialen Rechtfertigung gebunden. Sie war nach dem Wortlaut des Gesetzes nur „rechts-wirksam“, wenn sie entweder durch einen in der Person bzw. im Verhalten des Arbeitnehmers liegenden Grund oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung im Betrieb entgegenstanden<sup>206</sup>, bedingt war. Der Entwurf sah zudem bereits das Erfordernis einer Sozialauswahl vor<sup>207</sup>. Verstieß die Kündigung gegen dieses Erfordernis, so konnte eine an sich gerechtfertigte betriebsbedingte Kündigung noch zu Fall gebracht werden. Auch die Regelungen des BRG und des AOG wurden ersetzt. Der Entwurf des Wirtschaftsrates lehnte erstmals den Ansatz ab, dass der Arbeitgeber sich grundsätzlich durch Zahlung einer Abfindung von einem Arbeitnehmer, der aus unberechtigten Gründen gekündigt worden war, trennen konnte. Das abfindungsabhängige Wahlrecht des Arbeitgebers wurde folglich abgeschafft. Nur im Falle der Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses<sup>208</sup> konnte das Gericht ausnahmsweise das Arbeitsverhältnis auflösen und den Arbeitgeber zur Zahlung einer Entschädigung verurteilen. Damit erlangte der Arbeitnehmer, der in den Anwendungsbereich des KSchG fiel<sup>209</sup> durch einjährige Betriebszugehörigkeit<sup>210</sup> ein Anrecht auf seinen Arbeitsplatz, das ihm nur bei Vorliegen besonderer Voraussetzungen genommen werden kann<sup>211</sup>.

## 2. Hattenheimer Entwurf

In der Folgezeit kam es erneut zu Verhandlungen zwischen den Gewerkschaften und den Arbeitgeberverbänden. Sie führten zu einer Einigung im

<sup>206</sup> HaKo-Fiebig, Einl. KSchG, Rn. 109. Trotz der Regelung, dass die Kündigung grundsätzlich nur wirksam war, wenn sie sozial gerechtfertigt war, ordnete der Entwurf eine besondere Klage an. Dadurch konnte man den Eindruck gewinnen, dass durch Nichterhebung der Klage, der Mangel der zunächst unwirksamen Kündigung rückwirkend geheilt werde, vgl. Hueck, RdA 1950, 65, 66.

<sup>207</sup> Im Unterschied zur heutigen Fassung des KSchG, nannte weder § 1 Abs. 3 dieses Entwurfs noch das KSchG von 1951 bereits die maßgeblichen Gesichtspunkte, anhand derer die Sozialauswahl vorgenommen werden sollte.

<sup>208</sup> Hier wurde in § 4 des Frankfurter Gesetzes erstmals die im KSchG von 1951 in § 7 und später in § 9 KSchG (wann) übernommene Regelung zur „Auflösung des Arbeitsverhältnisses bei Unzumutbarkeit“ geschaffen.

<sup>209</sup> Dieser war bei einer Anzahl von mehr als zehn Mitarbeitern im Betrieb eröffnet, vgl. HaKo-Fiebig, Einl. KSchG, Rn. 109.

<sup>210</sup> Vgl. die Auszüge des Gesetzes in RdA 1949, 296.

<sup>211</sup> Hueck, RdA 1949, 331, 334.

sog. Hattenheimer Entwurf vom 13.01.1950<sup>212</sup>. Dieser baute inhaltlich auf dem Frankfurter Gesetz auf. Im Gegensatz zum Frankfurter Entwurf kehrte dieser Entwurf aber zumindest in der äußeren Formulierung zur grundsätzlichen Kündbarkeit des Arbeitsverhältnisses zurück. Gemäß § 1 Abs. 1 des Entwurfes war die Kündigung „rechtsunwirksam“, sofern sie sozial ungerechtfertigt war.

### 3. Das KSchG von 1951<sup>213</sup>

Auf der Grundlage des Hattenheimer Entwurfs entstand nun der erste Entwurf eines einheitlich für das Gebiet der Bundesrepublik geltenden KSchG. Diesen legte die Bundesregierung am 23.01.1951<sup>214</sup> vor. Inhaltlich blieb es im Wesentlichen bei den Regelungen des Hattenheimer Entwurfs, auch an der Formulierung, dass eine sozialwidrige Kündigung rechtsunwirksam sei, wurde festgehalten. Die soziale Rechtfertigung war weiterhin an die drei Kündigungsgründe (verhaltens- personen- und betriebsbedingt) gekoppelt. Die Möglichkeit der Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung bei Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses wurde in § 7 KSchG 1951 aufgenommen. Der Regierungsentwurf sah ebenfalls eine Wartezeit von drei Monaten und einen Schwellenwert von drei Arbeitnehmern vor. Als Ergebnis der sich anschließenden heftigen Debatte zwischen Arbeitgebern, Gewerkschaften und der Interessenvertreter der Kleinbetriebe im Hinblick auf den persönlichen und betrieblichen Geltungsbereich des allgemeinen Kündigungsschutzes wurde schließlich in der dritten Lesung am 10.07.1951 als Kompromisslösung eine Wartezeit von sechs Monaten, die Anwendung des Gesetzes auf Betriebe mit mehr als fünf Arbeitnehmern und die Einführung einer Altersgrenze von zwanzig Jahren eingeführt<sup>215</sup>. In diesem Spannungsfeld zwischen Arbeitnehmerschutz und Kündigungsfreiheit bewegen sich auch die sich anschließenden Änderungen des KSchG, das Erste Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz vom 14.08.1969<sup>216</sup>,

<sup>212</sup> Abgedruckt in RdA 1950, 63ff. mit Anm. Hueck, S. 65ff.

<sup>213</sup> BGBl. I, S. 499

<sup>214</sup> Abgedruckt in RdA 1951, 58 ff. mit Anm. Hueck, RdA 1951, 281ff. und Bötticher, RdA 1951, 81ff.

<sup>215</sup> BBDW-Bader, Einf. KSchG, Rn. 42.

<sup>216</sup> BGBl. I, S. 1106ff.

das Beschäftigungsförderungsgesetz vom 26.04.1985 (BeschFG 1985)<sup>217</sup>, das Beschäftigungsförderungsgesetz vom 25.09.1996 (BeschFG 1996)<sup>218</sup>, das Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte vom 19. 12.1998<sup>219</sup> und schließlich das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt vom 24. 12. 2003<sup>220</sup>.

Auch wenn das KSchG zwischenzeitig nun mehrfach geändert worden ist, sind die für diese Untersuchung maßgeblichen Grundstrukturen bis heute die gleichen geblieben<sup>221</sup>.

Im Hinblick darauf, dass gerade das Verständnis des neueren KSchG eine zentrale Rolle für den Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit bildet, sollen im Folgenden anhand der Gesetzesbegründung und den zum Kündigungsschutz vertretenen Theorien in Literatur und Rechtsprechung, Grundgedanken, Inhalt und Reichweite sowie die verfassungsrechtlichen Grenzen des KSchG aufgezeigt werden.

#### a) Gesetzesbegründung

Über die Entstehungsgeschichte eines Gesetzes hinaus liefern auch die in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck kommenden Normvorstellungen und Regelungsabsichten des Gesetzgebers wertvolle Hinweise darauf, wie ein Gesetz ausgelegt und angewendet werden soll<sup>222</sup>. Welche Intention dem Gesetzgeber bei Schaffung des bis heute in der Grundkonzeption unveränderten KSchG von 1951 vorschwebte, ergibt sich in erster Linie aus der Gesetzesbegründung<sup>223</sup>. Interessant für die Analyse des hinter dem Gesetz stehenden Sinn und Zwecks sind insbesondere diejenigen Ausführungen, die sich –unter Miteinbeziehung der historischen Entwicklung- mit der Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb und der Schutzrichtung bzw. dem geschützten „Gut“ des Gesetzes befassen.

<sup>217</sup> BGBl. I., S. 710ff.

<sup>218</sup> BGBl. I., S. 1476ff.

<sup>219</sup> BGBl. I., S. 3843ff.

<sup>220</sup> BGBl. I., S. 3002ff.

<sup>221</sup> Dementsprechend wird an dieser Stelle darauf verzichtet, auf die Änderungen der einzelnen Gesetzes detailliert einzugehen, vgl. ausführlich hierzu HaKO-*Fiebig*, Einl. KSchG, Rn. 114ff.

<sup>222</sup> *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 149.

<sup>223</sup> Abgedruckt in RdA 1951, 63ff.

Aus der Begründung geht hervor, dass der Entwurf ganz bewusst sowohl in den Voraussetzungen des Schutzes, als auch in seiner rechtlichen Ausgestaltung von den Regelungen des BRG, des AOG und den meisten nach 1945 erlassenen Ländergesetzen abweicht<sup>224</sup>. Entgegen den Bestimmungen dieser Gesetze komme dem Arbeitnehmer Kündigungsschutz nicht nur im Falle einer „unbilligen Härte“ zu Teil, sondern immer dann, wenn einer der in § 1 Abs. 2 KSchG 1951 aufgezählten Gründe (in der Person oder im Verhalten des Arbeitnehmers liegend oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers im Betrieb entgegenstehen) nicht vorliege und die Kündigung damit sozial ungerechtfertigt sei. Umstände, die außerhalb des Arbeitsverhältnisses lägen, wie die wirtschaftlichen Verhältnisse des Arbeitnehmers oder die Möglichkeit alsbaldiger anderweitiger Beschäftigung, blieben bei der Beurteilung der Wirksamkeit der Kündigung nun außer Betracht<sup>225</sup>. Geschütztes Rechtsgut war damit nicht mehr ein allgemeines wirtschaftliches Interesse des Arbeitnehmers, welches auch durch eine Abfindung befriedigt werden konnte, sondern der „Arbeitsplatz und die Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers, die die Grundlagen seiner wirtschaftlichen und sozialen Existenz bilden“<sup>226</sup>. Die durch § 1 Abs. 1 KSchG 1951 vorgenommene Charakterisierung der sozialwidrigen Kündigung als einer „rechtsunwirksamen“ sei Ausdruck einer stärkeren Missbilligung derartiger Kündigungen<sup>227</sup>. Der Entwurf verbessere den Schutz des Arbeitnehmers, ohne dass damit wirklich notwendige Kündigungen verhindert werden würden. Das Gesetz richte sich nur gegen solche Kündigungen, die einer hinreichenden Begründung entbehren und deshalb als willkürliche Durchschneidung des Bandes der Betriebszugehörig-

---

<sup>224</sup> RdA 1951, 58, 63.

<sup>225</sup> Diese Umstände spielten nach der bisherigen Rechtslage neben dem Kriterium des „Verlusts des Arbeitsplatzes“ bei der Frage, ob eine „unbillige Härte“ vorlag, eine nicht unwesentliche Rolle, vgl. *Göller*, Entwicklung des Kündigungsschutzes, S. 75; RdA 1951, 58, 63.

<sup>226</sup> RdA 1951, 58, 63.

<sup>227</sup> RdA 1951, 58, 63. Der Unterschied zum früheren Rechtszustand wurde allerdings zum einen dadurch abgeschwächt, dass die Rechtsunwirksamkeit einer sozial ungerechtfertigten Kündigung nur innerhalb einer Frist von drei Wochen durch Feststellungsklage geltend gemacht werden kann. Bei nicht rechtzeitiger Klageerhebung galt die Kündigung als von Anfang an rechtswirksam. Zum anderen konnte das Arbeitsgericht unter den Voraussetzungen des § 7 KSchG das Arbeitsverhältnis auflösen und den Arbeitgeber zur Zahlung einer Abfindung verurteilen. An diesen Einschränkungen hält auch das KSchG in der heutigen Fassung v. 01.01.2004 noch fest.

keit erscheinen würden<sup>228</sup>. Ergänzt werden diese Ausführungen noch durch die Begründung zur Abfindungsregelung des § 7 KSchG 1951 (heute § 9 KSchG). Hier wird unter Anderem darauf hingewiesen, dass es im Unterschied zum BRG und AOG nicht mehr in das freie Ermessen des Arbeitgebers gestellt sein sollte, ob er statt des Widerrufs einer sozialwidrigen Kündigung dem Arbeitnehmer eine Entschädigung zahlt<sup>229</sup>. Vielmehr sollte der Arbeitgeber für einen Auflösungsantrag mit der Folge einer Abfindungszahlung Gründe anführen müssen, die eine weitere zweckdienliche Zusammenarbeit nicht erwarten lassen<sup>230</sup>. Die Regelung des § 7 KSchG 1951 sollte eine „gewisse Kontrolle“ des Ablehnungsgrundes ermöglichen, um damit im Unterschied zum vorherigen Recht einer willkürlichen Ablehnung der Weiterbeschäftigung auch bei nicht gerechtfertigter Kündigung nach Möglichkeit zu begegnen. Damit würde das Ziel erreicht, dem Arbeitnehmer den Arbeitsplatz und die Betriebszugehörigkeit in den Grenzen des sozial und wirtschaftlich Vertretbaren zu sichern<sup>231</sup>.

#### b) Meinungen in der Literatur

Bereits in der früheren Literatur ist vielfach darüber diskutiert worden, auf welchen Grundlagen das KSchG beruht und welchen Einfluss die geschichtliche Entwicklung bei der Beantwortung dieser Frage haben könnte<sup>232</sup>. Es besteht heute wie damals Einigkeit darüber, dass der Kündigungsschutz, wie ihn das neuere Arbeitsrecht ausgebildet hat, auf dem Gedanken beruht, dass der Verlust der Arbeitsstelle regelmäßig mit schwerwiegenden Folgen für den Arbeitnehmer verbunden ist. Für den Fall, dass dieser nicht unmittelbar ein neues Arbeitsverhältnis eingehen kann, tritt - bei Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen - ersatzweise die Versorgung durch die Arbeitslosenversicherung, was mit erheblichen Einkommensminderungen und folglich einer Senkung des Lebensstandards verbunden ist. Darüber hinaus verändern sich das gewohnte Arbeitsumfeld und oft auch die private Umwelt, die soziale Akzeptanz in der Gesellschaft leidet. Wegen dieser schwerwiegenden Auswirkungen, wurde das Arbeitsverhältnis beinahe übereinstim-

<sup>228</sup> RdA 1951, 58, 63.

<sup>229</sup> RdA 1951, 58, 64.

<sup>230</sup> RdA 1951, 58, 64.

<sup>231</sup> RdA 1951, 58, 64.

<sup>232</sup> Beispielsweise *Molitor*, DB 1951, 621ff.; *Böttcher*, RdA 1951, 81ff.

mend als „wirtschaftliche und soziale Existenzgrundlage“ des Arbeitnehmers begriffen<sup>233</sup>, deren Aufrechterhaltung als status quo<sup>234</sup> durch die Regelungen des KSchG weitestgehend gewährleistet werden sollen. Im Gegensatz zum AOG und BRG, welche dem Arbeitgeber gestatteten, selbst die sozialwidrige oder sogar willkürliche Kündigung aufrechtzuerhalten, wenn er nur bereit war, die im Urteil festgesetzte Abfindungssumme zu zahlen, habe der Arbeitgeber regelmäßig überhaupt kein Recht zu einer, wenn auch im Gesetz geregelten Kündigung, wenn diese nicht ausnahmsweise sozial gerechtfertigt sei<sup>235</sup>. Damit schlage das Gesetz den Weg zu einer ganz neuen sozialen Ordnung ein, denn der Arbeitnehmer erlange im Vergleich zum früheren Rechtszustand, bei dem er keinerlei Möglichkeit hatte, seine Weiterbeschäftigung zu erreichen, ein festes Recht auf seinen Arbeitsplatz im Betriebe<sup>236</sup>, der ihm nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen wieder genommen werden kann. Um diesen durchschlagenden Unterschied deutlich werden zu lassen, wurde teilweise sogar gefordert, das KSchG nicht als KSchG, sondern als „Gesetz über den Bestandsschutz“ zu bezeichnen<sup>237</sup>.

Trotz dieses grundsätzlichen Konsenses über die Grundgedanken des neueren Kündigungsschutzes, bestand unter einigen Autoren der arbeitsrechtlichen Literatur Uneinigkeit darüber, wie weit dieser vom KSchG vermittelte Bestandsschutz gehen sollte. Während vereinzelt vertreten wurde, dass der Kündigungsschutz als reiner Willkürschutz verstanden werden soll<sup>238</sup>, plädierten andere dafür, dass der durch das KSchG vermittelte Arbeitsplatzschutz weiter reiche solle und der Bestandsschutz dem Arbeitnehmer ohne Rücksicht darauf gewährt werden solle, ob die Kündigung Rechtsmängel

<sup>233</sup> So *Nikisch*, Arbeitsrecht, Bd. I, S. 748, 749; *Wiedemann*, RdA 1961, S. 1, 2ff.; *Böttcher*, RdA 1951, 81, 85; *Galperin*, RdA 1966, 362, 362, auch *Rüthers*, NJW 2002, 1601ff. Der Bestandsschutz wurde aber nicht einstimmig als Schutz vor dem Verlust der wirtschaftlichen und sozialen Existenz begriffen. Teilweise wurde Kündigungsschutz auch als Schutz der Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers angesehen, so insbesondere *Herschel* BB 1977, 708, 709. Als Instrument der Vertragsdurchsetzung sieht *Dorndorf* das KSchG an; vgl. ZFA 1989, 345, 348. Teilweise wurde Kündigungsschutz als Schutz vor Arbeitnehmerwettbewerb begriffen, so *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb Rn. 1012ff.; BVerfG, Urt. v. 27.01.1998, BVerfGE 97, S. 169, 177.

<sup>234</sup> So *Böttcher*, RdA 1951, 81, 85.

<sup>235</sup> Vgl. *Böttcher*, RdA 1951, 81, 82; *Molitor*, RdA 1951, 621, 622.

<sup>236</sup> *Molitor*, RdA 1951, 621, 622.

<sup>237</sup> *Böttcher*, RdA 1951, 81, 82.

<sup>238</sup> *Schwerdtner*, Peter, DB Beil. 12/1979, 1ff.; *Reuter*, ORDO 33 (1982), 164, 165ff. ders. ORDO 36 (1985), 51, 63ff.

aufweise oder auf einer vorwerfbaren Gesinnung beruhe<sup>239</sup>. Zwar gehe die Auffassung, dass der Arbeitnehmer durch die Dauer seiner Zugehörigkeit zum Betriebe ein Recht auf die Arbeitsstelle habe und dieses Recht mit einem Lehen vergleicht, und das Gesetz die Kündigung nur „ausnahmsweise“ zulasse, zu weit<sup>240</sup>. Fraglich sei auch, ob der Gesetzgeber durch das KSchG das Prinzip des Bestandschutzes unmittelbar in das individuelle Kündigungsschutzrecht eingeführt habe wolle<sup>241</sup>. Jedenfalls aber habe durch die Neuformulierung des KSchG eine Umprägung des Arbeitsverhältnisses im sozialstaatlichen Sinne stattgefunden<sup>242</sup>.

In thematischem Zusammenhang hierzu steht auch die Diskussion um die Bedeutung der Änderung bzw. Neufassung der gesetzlichen Formulierung des § 1 Abs. 1 S. 1 KSchG 1951, die bis heute im Wesentlichen unverändert fortbesteht<sup>243</sup>. Im Vergleich zu den Regelungen des BRG und des AOG, nach denen die vom Arbeitgeber ausgesprochene Kündigung zunächst wirksam war, sollte die Kündigung nunmehr rechtsunwirksam sein, sollte ein sie rechtfertigender Grund fehlen. Teils wurde hierin die Überwindung formalistischen Rechtsdenkens schlechthin gesehen, welches nur verfahrensmäßige Korrekturen der Rechtsvorgänge von außerhalb (Einspruchsverfahren und Kündigungswiderrufsklage) kenne und die Besinnung auf die Überlieferung der germanischen Rechtslehre, nach der jedes subjektive Recht wie hier die arbeitgeberseitige Kündigungsbefugnis seine sozialen Schranken in sich selbst trage<sup>244</sup>. Teils ging die Interpretation der gesetzlichen Neuformulierung weniger weit. Es wurde aber zugestanden, dass in der Änderung der gesetzlichen Formulierung eine „Änderung in der grundsätzlichen Einstellung“ zu sehen sei, welche sich durch eine Erweiterung des Kündigungs-

<sup>239</sup> So bereits *Galperin*, RdA 1951, S. 361, 362.; *Ascheid/Preis/Schmidt-Preis*, Grundlagen B KSchG, Rn. 51; *Preis*, Prinzipien S. 124ff; ausführlich v. *Stebut*, S. 30ff.; 77ff;

<sup>240</sup> So aber *Molitor*, DB 1951, 621, 622.

<sup>241</sup> So *KR-Becker*, § 1 KSchG, Rn. 135; *Hueck/Nipperdey*, Arbeitsrecht, Bd. 1, S. 628. *Preis*, Prinzipien S. 57, stellt dies vor allem deswegen in Frage, weil das Gesetz selbst keineswegs die Konzeption eines dauerhaften und effektiven Bestandsschutzes durchhält (z. B. rückwirkende Heilung der sozial ungerechtfertigten Kündigung bei Versäumung der Klagefrist, §§ 4, 7 KSchG, oder die Auflösungsmöglichkeiten trotz ungerechtfertigter Kündigung nach § 9 KSchG).

<sup>242</sup> *Galperin*, RdA 1951, 361, 362.

<sup>243</sup> Vgl. beispielsweise *Bötticher*, RdA 1951, 81, 83; *Herschel*, BB 1951, 61; *Hueck*, RdA 1949, 331, 334.

<sup>244</sup> So *Herschel*, BB 1951, 61.



schutzes im einzelnen Fall auswirken werde<sup>245</sup>. Andere betonten, dass sich insbesondere aus dem Zusammenhang mit der Regelung des § 7 KSchG deutlich ergebe, dass der Neufassung des KSchG das Verständnis einer „ipso iure - Unwirksamkeit der sozialwidrigen Kündigung zugrunde liege“<sup>246</sup>. Letzterer Ansatz ist auch die Grundlage der herrschenden Ansicht in Literatur<sup>247</sup> und Rechtsprechung<sup>248</sup>, nach der die Kündigungsschutzklage als Feststellungsklage einzustufen ist. Über den Wortlaut des § 1 Abs. 1 und § 4 S. 1 KSchG „Klage auf Feststellung“ und dem besagten Regelungszusammenhang dieser Normen mit § 7 KSchG hinaus, wird noch auf die Intention des Gesetzgebers bei der Schaffung des KSchG 1951 verwiesen. Daraus ergibt sich, dass der Gesetzgeber auch im Hinblick auf die Rechtsnatur des Rechtsbehelfs gegen Kündigungen bewusst von der nach dem BRG und AOG geltenden Rechtslage abgewichen ist und die nun gesetzlich normierte „Unwirksamkeit“ sozialwidriger Kündigungen diesen Unterschied zum Ausdruck bringen sollte<sup>249</sup>. Der Arbeitnehmer begehrt mit der Kündigungsschutzklage nicht die Veränderung eines bis zum Urteil bestehenden Rechtszustandes, sondern die Aufrechterhaltung des durch die unwirksame Kündigung nicht aufgelösten Arbeitsverhältnisses durch die Feststellungsklage.

### c) Ansicht des BAG

Auch das BAG äußerte sich zur Frage der Auslegung des KSchG und zu dessen Reichweite in ganz unterschiedlichen Zusammenhängen. Wie sich zeigen wird, tendiert das BAG dazu, das KSchG in Richtung eines weit reichenden „Bestandsschutzgesetzes“ auszulegen. Wie weit dieses Verständnis tatsächlich geht, zeigt sich letztlich auch in der trotz heftiger Kritik<sup>250</sup> erfolgten Anerkennung eines allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruchs während des Kündigungsschutzprozesses. Auch bei der Frage der Reichwei-

<sup>245</sup> So Hueck, RdA 1949, 331, 334.

<sup>246</sup> So Bötticher, RdA 1951, 81, 83.

<sup>247</sup> Stahlhake/Preis/Vossen, Kündigungsschutz, Rn. 868; KR-Friedrich, § 4 KSchG; Rn. 17; v. Hoyningen-Huene/Linck § 4 Rn. 4 m. w. N.

<sup>248</sup> BAG AP § 3 KSchG Nr. 17; BAG AP § 4 KSchG Nr. 14; BAG AP § 611 Nr. 14 Beschäftigungspflicht; BAG AP § 626 BGB Nr. 96.

<sup>249</sup> RdA 1951, 58, 63.

<sup>250</sup> Vgl. hierzu oben unter Teil 2 C II 1. c.



te der Überprüfung unternehmerischer Entscheidungen im Anwendungsbereich des § 1 KSchG spielt der Bestandsschutzgedanke eine wichtige Rolle. In den fünfziger Jahren hatte das BAG über die Zulässigkeit befristeter Arbeitsverträge zu entscheiden. Argumentativ stützte es sich stark auf den nach seiner Ansicht in § 1 Abs. 1 KSchG zum Ausdruck kommenden Bestandsschutzgedanken und entnahm diesem unter Einbeziehung des Sozialstaatsgedankens einen allgemeinen Rechtsgedanken, der sich auch (uneingeschränkt) auf das Recht der befristeten Arbeitsverträge auswirken sollte<sup>251</sup>. Sofern die bei einer Aneinanderreihung von befristeten Arbeitsverträgen vorgesehene Fristbestimmung im gegebenen Fall mit dem im KSchG zum Ausdruck gebrachten Grundsatz des Bestandschutzes nicht vereinbar sei, verstoße sie gegen ein gesetzliches Verbot und sei daher nach § 134 BGB nichtig<sup>252</sup>. Diese Rechtsprechung erschien dem BVerfG allerdings zu überdehnt. Als Folge schränkte dieses die weit reichende Gewährleistung des Bestandsschutzes durch das BAG für den Bereich der Rundfunkmitarbeiter ein<sup>253</sup>. Daraufhin modifizierte das BAG seine Rechtsprechung und führte in der Folgeentscheidung entsprechend den Vorgaben des BVerfG aus, dass die soziale Schutzbedürftigkeit eines Arbeitnehmers Befristungen entgegenstehen könne. Im Einzelfall sei eine Abwägung zwischen den berechtigten Interessen des Arbeitnehmers an einem Bestandsschutz und den Einbußen, welche die Anerkennung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses für die Rundfunkfreiheit bedeute, erforderlich<sup>254</sup>. Im Zusammenhang mit dem Auflösungsantrag nach § 9 KSchG entschied das BAG zunächst, dass für den Zumutbarkeitsbegriff in § 9 KSchG der gleich strenge Maßstab wie in § 626 Abs. 1 BGB zu gelten habe. Ausschlaggebend hierfür sei, dass das KSchG ein „Bestandsschutzgesetz und kein Abfindungsgesetz“ sei<sup>255</sup>. Obwohl das BAG diese Rechtsprechung inzwischen aufgegeben hat<sup>256</sup>, verwendet es diese rhetorische Formel weiterhin. So dient die Bestandsschutzformel dem BAG beispielsweise zur Rechtfertigung der besonders hohen

<sup>251</sup> BAG, Urt. v. 21.10.1954, BAGE 1, S. 128, 132.

<sup>252</sup> Vgl. BAG, Urt. v. 21.10.1954, BAGE 1, S. 128, 133.

<sup>253</sup> BVerfGE 59 S. 231, 267ff.

<sup>254</sup> BAG, Urt. v. 13.01.1983, BAGE 41, S. 247, 271.

<sup>255</sup> BAG, Urt. v. 05.11.1964, BAGE 46, S. 285, 291.

<sup>256</sup> Angekündigt in BAG, Urt. v. 29. 01.1981; AP Nr. 6 zu § 9 KSchG 1969, und durchgeführt in BAG, Urt. v. 26.11. 1981, AP Nr. 8 zu § 9 KSchG 1969.

Anforderungen an die soziale Rechtfertigung bei einer krankheitsbedingten Kündigung<sup>257</sup>.

Die einschlägige Rechtsprechung des BAG zeigt, dass es den Bestandsschutzgedanken oft plakativ verwendet und dieser damit droht, zu einer „Leerformel“<sup>258</sup> zu degenerieren. Dies hat sich insbesondere in der o. g. früheren Entscheidung zum Auflösungsantrag nach § 9 KSchG gezeigt. Deswegen kann aus den einschlägigen Entscheidungen auch nur wenig Argumentationsmaterial für die Auseinandersetzung mit der Frage nach der ratio und Reichweite des KSchG entnommen werden. Ganz unergiebig zu diesem Zwecke ist die Rechtsprechung des BAG jedoch nicht. In der Entscheidung vom Januar 1981 füllte es den Begriff des Bestandsschutzes insofern mit Inhalt, als es ausführte, dass es keinen „absoluten Bestandsschutz“ im Sinne eines institutionellen Bestandsschutzes des Arbeitsverhältnisses geben könne, sondern nur einen solchen, der im Interesse des Arbeitnehmers stehe und dort seine Grenzen finde, wo er nur gegen den Willen des Arbeitnehmers durchsetzbar sei<sup>259</sup>.

Diesen Gedanken weiter präzisierend, lehnte es das BAG in einer Folgeentscheidung zur Zulässigkeit befristeter Arbeitsverträge ab<sup>260</sup>, aus der Existenz verschiedenster kündigungsschutzrechtlicher Vorgaben (KSchG, ArbPISchG, MuSchG, SchwbG, BetrVG) einen übergreifenden allgemeinen Bestandsschutzgedanken dahingehend herzuleiten, als dass auch bei befristeten Arbeitsverhältnissen in jedem Fall die „Zumutbarkeit der Weiterbeschäftigung“ entsprechend den Vorgaben des § 1 Abs. 2 KSchG zu prüfen sei. Das BAG sprach sich –zumindest mittelbar– in der Entscheidung vom 03.12.1964<sup>261</sup> ebenfalls zu Gunsten eines „vertragsbezogenen Vertrauensschutzes“ aus. In dieser Entscheidung äußerte es sich im Zusammenhang mit der Prüfung, ob die Erfüllung der in § 1 Abs. 1 KSchG bestimmten Wartezeit von der tatsächlichen Beschäftigung abhängig zu machen sei, nämlich

<sup>257</sup> Vgl. BAG, Urt. v. 12.03. 1968, BAGE 20, S. 346, 347; BAG, Urt. v. 19.08. 1976, AP Nr. 2 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit.

<sup>258</sup> So *Preis*, Prinzipien, S. 120.

<sup>259</sup> Vgl. BAG, Urt. v. 29. 01.1981; AP Nr. 6 zu § 9 KSchG 1969.

<sup>260</sup> BAG, Urt. v. 29.08.1979, AR - Blattei, Arbeitsvertrag - Arbeitsverhältnis E Nr. 32.

<sup>261</sup> BAG, Urt. v. 03.12.1964, BAGE 16, S. 345ff.

dahingehend, dass es keinen Bestandsschutz „an sich“ gebe, sondern dieser nur durch „gemeinsame Zusammenarbeit“ erwachse<sup>262</sup>.

#### d) Beurteilung durch das BVerfG

Maßgeblich hatte sich das BVerfG in der oben bereits erwähnten WDR - Entscheidung<sup>263</sup> und später in den bekannten „Kleinbetriebsbeschlüssen“<sup>264</sup> bei der Beurteilung der jeweiligen Vorlagefragen mit der ratio und Reichweite des KSchG zu befassen. Das BVerfG stimmte in der WDR - Entscheidung der Auffassung des BAG insoweit zu, als es einräumte, dass der arbeitsrechtliche Bestandsschutz zwar der Verwirklichung des Sozialstaatsprinzips als Verfassungsprinzip diene; er sichere diejenigen Mitarbeiter, die diesen Bestandsschutz genießen, in ihrer beruflichen Position und damit in ihrer verfassungsrechtlich gewährleisteten Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG. Gleichzeitig machte es –worauf in der Literatur schon vor dieser Entscheidung hingewiesen wurde<sup>265</sup>- aber auf das Problem „der Zweischneidigkeit des Bestandsschutzes“<sup>266</sup> aufmerksam. Dieses lässt sich so beschreiben, dass der Bestandsschutz zwar diejenigen Arbeitnehmer schützt, die einen Arbeitsplatz inne haben. Andererseits ruft der Bestandsschutz gegenüber den Arbeitssuchenden eine Sperrwirkung hervor, durch die sie erst gar nicht zum Arbeitsmarkt zugelassen werden<sup>267</sup>. Nach Ansicht des Gerichts ist mit dem KSchG im Ergebnis aber ein angemessener Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen von Arbeitsplatzinhabern und Arbeitssuchenden geschaffen worden<sup>268</sup>.

<sup>262</sup> BAG, Urt. v. 03.12.1964, BAGE 16, S. 345, 348.

<sup>263</sup> BVerfG v. 13.01.1982, BVerfGE 59 S. 231, 267ff.

<sup>264</sup> BVerfG v. 27.01.1998, BVerfGE 97, S. 169ff. u. S. 186ff.

<sup>265</sup> Vgl. *Reuter*, RdA 1973, 345, 353; ders. in: FS 25 Jahre BAG, S. 405, 418; *Schnorr von Carolsfeld*, S. 22.

<sup>266</sup> BVerfG v.13.01.1982, BVerfGE 59, S. 231, 266.

<sup>267</sup> Wörtlich führte das BVerfG aus, dass „zu berücksichtigen sei, dass der arbeitsrechtliche Bestandsschutz nur fest angestellten Mitarbeitern zugute komme, da den Anstalten in dem Maße, in dem sie Mitarbeiter in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis zu beschäftigen haben, die Möglichkeit eines Wechsels weitgehend genommen ist, entfaltet er eine Sperrwirkung und verschlechtert damit die Chancen derjenigen, welche sich die Mitarbeit im Rundfunk zur Aufgabe machen wollen, insbesondere der Nachwuchskräfte, die im anderen Falle, wenn auch ohne feste Anstellung, Arbeit und Verdienst finden würden“, vgl. BVerfG v.13.01.1982, BVerfGE 59, S. 231, 266ff.

<sup>268</sup> BVerfG v. 24.04.1991, BVerfGE 84, S. 133, 146; wiederholt in BVerfG v. 21.02.1995, BVerfGE 92, S. 140, 150. Vgl. ausführlich zur „Außenseiterproblematik“ unten Teil 3 C II 3.

Im Zuge der Begründung der Verfassungsmäßigkeit der Kleinbetriebsklausel des § 23 Abs. 1 S. 2 und 3 KSchG in der damaligen Fassung<sup>269</sup> führte das BVerfG aus, dass diese letztlich ein vom Gesetzgeber getroffener Ausgleich zwischen den Belangen der Arbeitsvertragsparteien sei, der aus Sicht des Art 12 Abs. 1 GG nicht zu beanstanden sei<sup>270</sup>. Interessant im Zusammenhang mit der Frage, auf welche Grundgedanken der Kündigungsschutz (auch im Kleinbetrieb<sup>271</sup>) zurückzuführen sei, sind die Ausführungen des Gerichts zu den auf Seiten des Arbeitnehmers zu berücksichtigenden grundrechtlich geschützten Belangen. Der Arbeitsplatz sei, so das Gericht, für den Arbeitnehmer die wirtschaftliche Existenzgrundlage für ihn und seine Familie. Er bestimme nicht nur Lebenszuschnitt und Wohnumfeld, sondern ebenso soziale Stellung und Selbstwertgefühl<sup>272</sup>. Mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses werde dieses ökonomische und soziale Beziehungsgeflecht in Frage gestellt<sup>273</sup>. Damit wird deutlich, dass auch das BVerfG das KSchG trotz der aufgezeigten „Außenseiterproblematik“ primär als Schutzgesetz gegenüber dem unfreiwilligen Verlust der wirtschaftlichen und sozialen Existenzgrundlage des Arbeitnehmers begreift.

### III. Stellungnahme

Die Entwicklung des KSchG ist Zeugnis einer grundlegenden Veränderung der rechtlichen Beurteilung arbeitsrechtlicher Kündigungen. An die Stelle des Schutzes kollektivrechtlicher Interessen einerseits und der damit einhergehenden schwachen Stellung des Arbeitnehmers, sich gegen den unfreiwilligen Verlust seines Arbeitsplatzes zu wehren, trat mehr und mehr der Individualschutz des Arbeitnehmers, der sich durch ein zunehmendes Maß an Bestandsgarantie auszeichnete in den Vordergrund.

<sup>269</sup> BVerfG v. 27.01.1998, BVerfGE 97, S. 169ff. u. S. 186ff.

<sup>270</sup> BVerfG v. 27.01.1998, BVerfGE 97, S. 169ff., 176ff.

<sup>271</sup> Dieser werde durch die zivilrechtlichen Generalklauseln gewährleistet. Diese würden dafür Sorge tragen, dass eine sitten- oder treuwidrige Ausübung des Kündigungsrechts durch den Arbeitgeber ausgeschlossen werde. Im Rahmen dieser Generalklauseln sei nämlich auch der objektive Gehalt der Grundrechte zu beachten. Diese seien im Wege praktischer Konkordanz der widerstreitenden, grundrechtlich verankerten Interessen von Arbeitnehmer und Arbeitgeber auszugleichen, vgl. ausführlich BVerfG v. 27.01.1998, BVerfGE 97, S. 169, 178.

<sup>272</sup> BVerfG v. 27.01.1998, BVerfGE 97, S. 169, 177.

<sup>273</sup> BVerfG v. 27.01.1998, BVerfGE 97, S. 169, 177.

Der Arbeitnehmer konnte nun ohne vorherige Zustimmung des Betriebsrates seine Kündigung angreifen. Deren Rechtswirksamkeit war neuerdings an das Erfordernis einer sozialen Rechtfertigung gebunden, welche nur dann Aussicht auf Erfolg hatte, wenn einer der in § 1 KSchG abschließend aufgezählten Kündigungsgründe vorlag. Damit war der Arbeitnehmer hinsichtlich der materiellen Kündigungsbedingungen nicht mehr auf das Vorliegen einer „besonderen Härte“ oder auf die frühere Billigkeitsrechtsprechung durch die Gerichte angewiesen.

Der bedeutsamste Schritt für die Entwicklung des Kündigungsschutzes in Richtung eines Bestandsschutzgesetzes erscheint aber die Tatsache, dass der Gesetzgeber mit dem Entwurf des Frankfurter Gesetzes das abfindungsabhängige Wahlrecht des Arbeitgebers bewusst abgeschafft und dies auch bis zur heutigen Fassung des KSchG beibehalten hat<sup>274</sup>. Damit einher ging auch die Ausgestaltung der Kündigungsschutzklage als nunmehr Feststellungsklage. Bei festgestellter Unwirksamkeit der Kündigung muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmer - vorbehaltlich der Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses des § 9 KSchG (früher § 7 KSchG 1951)<sup>275</sup> - weiterbeschäftigen. Der das BRG und das AOG beherrschende Abfindungsgedanke, der nur einen indirekten Bestandsschutz durch bloße „Abschreckung“<sup>276</sup>, die durch die Verpflichtung zur Zahlung einer Entschädigung vermittelt wurde, verblasste zunehmend zu Gunsten einer direkten Bestandsschutzgewährleistung. Vermögensrechtliche Interessen der Arbeitnehmer spielten für die Beurteilung der Wirksamkeit der Kündigung fortan keine Rolle mehr<sup>277</sup>.

Führt man sich diese Entwicklung vor Augen, so erscheint die These einiger Ansichten in der Literatur, nach der Kündigungsschutz den Arbeitnehmer nur vor „willkürlichem“ oder „missbräuchlichem“ Entzug des Arbeitsplatzes

<sup>274</sup> Dies ergibt sich für das KSchG 1951 mitunter deutlich aus der oben zitierten Gesetzesbegründung zu § 7 KSchG.

<sup>275</sup> Im Unterschied zur heutigen Fassung des § 9 KSchG bei dem der Arbeitgeber die Tatsachen beweisen muss, die eine den Betriebszwecken dienliche Zusammenarbeit der Parteien nicht mehr erwarten lässt, genügte es im Rahmen des § 7 KSchG 1951, dass der Arbeitgeber lediglich solche Gründe behauptete, vgl. BAGE 28, 196, 200.

<sup>276</sup> So *Böttcher*, RdA 1951, 81, 82.

<sup>277</sup> Nur bei der Sozialauswahl bei der betriebsbedingten Kündigung finden ausnahmsweise „Unterhaltsgesichtspunkte“ Berücksichtigung, vgl. § 1 Abs. 3 S. 1 I. Hs. KSchG in der Fassung v. 01.01.2004.

zes schützen will, zu „unspezifisch“<sup>278</sup> und lässt sich - ohne weitere Präzisierung - nicht aufrechterhalten<sup>279</sup>. Der Gedanke des reinen Willkürverbots trägt der Komplexität der Situation zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht in hinreichendem Maße Rechnung. Der Schutz, den das KSchG 1969 vermittelt, beinhaltet mehr als nur die Gewährleistung eines Ausgleichs des wirtschaftlichen Übergewichts des überlegenen Arbeitgebers. Dies lässt sich nicht nur anhand des aufgezeigten Wertewandels in Bezug auf arbeitsrechtliche Kündigungen belegen, sondern auch anhand der konkreten Formulierung der §§ 1 ff. KSchG. Beispielsweise handelt es sich bei der Aufzählung der drei Kündigungsgründe um eine abschließende Anzahl. Dadurch wird der Ausnahmecharakter der Kündigung deutlich, aber grundsätzlich kein Willkürschutz bezweckt. Dies gilt ebenso für die gesetzlich vorgeschriebene Begründungspflicht, denn selbst die Nennung eines die Vertragsbeendigung rechtfertigenden Tatbestandes schließt an sich willkürliche Kündigungen nicht aus. Darüber hinaus wird die Wirksamkeit einer Kündigung maßgeblich durch eine Interessenabwägung und - im Falle der betriebsbedingten Kündigung - durch das Kriterium der Sozialauswahl beeinflusst. Im Mittelpunkt dieser Abwägung steht aber die Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers (Dauer der Betriebszugehörigkeit, Lebensalter etc.) und eben nicht nur das Machtgefälle zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer<sup>280</sup>.

Die Bedeutung dieser Schutzbedürftigkeit wird daran deutlich, dass, selbst wenn die tatsächlichen Voraussetzungen eines Kündigungsgrundes an sich vorliegen, dem Arbeitgeber aufgegeben werden kann, aus sozialen Gesichtspunkten von der Ausübung seines Rechts abzusehen. Die expansive Tendenz des Kündigungsschutzes im Sinne eines Bestandsschutzgesetzes wird noch dadurch unterstrichen, dass für die Frage der „Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz“<sup>281</sup> der betriebliche Rahmen verlassen wird und auf den des „Unternehmens“ oder gar „Konzerns“ ausgedehnt wird.

<sup>278</sup> Vgl. *Dorndorf*, ZFA 1989, 345, 350.

<sup>279</sup> Dennoch mag das Willkürverbot, vorbehaltlich der verfassungsrechtlichen Vorgaben, welche in Teil 3 C aufgezeigt werden, als Maßstab für die Festlegung der „Untergrenze“ des vom KSchG vermittelten Bestandsschutzes dienen, vgl. hierzu jüngst *Lindner*, RdA 2005, 166, 167ff.

<sup>280</sup> *V. Stebut*, S. 35ff.

<sup>281</sup> Vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 1 b KSchG.

Trotz dieser Erkenntnisse darf nicht übersehen werden, dass das Verständnis des Kündigungsschutzes im Sinne eines Bestandsschutzgesetzes in Bezug auf hiervon betroffene Arbeitgeberrechte und die Rechte von Arbeitssuchenden nicht unproblematisch ist. Dies hat sich aus den zu diesem Thema in der Literatur geführten Diskussionen, aus der Analyse der Rechtsprechung des BAG und aus der These des BVerfG zur „Zweischneidigkeit des Bestandsschutzes“ ergeben. Schwierigkeiten verursacht auch die eigentliche Argumentation mit dem arbeitsrechtlichen „Bestandsschutzprinzip“ bei der Lösung problematischer Rechtsstreitigkeiten, wenn dessen Inhalt und Reichweite nicht klar bestimmt sind. Um dieses Prinzip auch für die Einzelfallentscheidung handhabbar zu machen, ist eine verfassungsrechtliche Überprüfung des Bestandsschutzprinzips erforderlich. Diese Überprüfung ist um so erforderlicher als dass, wie aufzuzeigen sein wird, die verfassungsrechtliche Legitimation des Bestandsschutzprinzips und damit auch die Reichweite des KSchG, erhebliche Auswirkungen auf die unter Teil vier dieser Untersuchung entwickelten Lösungsansätze zur Eindämmung des „unbegrenzten Annahemverzugsrisikos“ des Arbeitgebers haben<sup>282</sup>.

### **C. Die Verfassungsrechtliche Legitimation des Bestandsschutzes des KSchG**

#### **I. Einordnung des kündigungsschutzrechtlichen Bestandsschutzes in die Erscheinungsformen des gesetzlichen Bestandsschutzes**

Das Gesetz kennt hauptsächlich zwei Formen des Bestandsschutzes, welche nach allgemeinem Verständnis in erster Linie „die Sicherung des Andauerns eines Rechtsverhältnisses“ zum Inhalt haben<sup>283</sup>. Die beiden Erscheinungsformen unterscheiden sich durch das mit dem Bestandsschutz verfolgte Ziel. Einerseits soll die Institution an sich, wie beispielsweise die Ehe oder die Personengesellschaft geschützt werden<sup>284</sup>. Zum anderen dient gesetzlicher Bestandsschutz aber auch dem Zweck, den Bestand eines Vertrages zu sichern, weil die Auflösung des Vertrages typischerweise den anderen Vertragspartner in seiner sozialen Stellung beeinträchtigen würde, die der Ge-

<sup>282</sup> Vgl. Teil 4 F III 3. c, d; G III 2.d; I II 4. .

<sup>283</sup> Böttcher, in: FS Molitor 1962, S.123, 123; Preis, Prinzipien, S. 121.

<sup>284</sup> V. Stebut, S. 22.



setzgeber als besonders schutzwürdig erachtet. Zu letzteren Vertragsverhältnissen zählt, wegen der besonders nachteiligen Auswirkungen einer Kündigung, auch das Arbeitsverhältnis eines Arbeitnehmers<sup>285</sup>. Um aber die Reichweite des durch das KSchG vermittelten Bestandsschutzes bestimmen und praktisch durchsetzbar machen zu können, muss eine nähere Bestimmung dessen, auf welcher (verfassungsrechtlichen) Grundlage, in welchem Umfang, zu welchem Zweck und in welchem Interesse das Rechtsverhältnis Bestand haben soll<sup>286</sup>, erfolgen. Diese Spezifizierung soll durch die nachfolgenden Ausführungen erreicht werden.

## II. Verfassungsrechtliche Verankerung und Reichweite des kündigungsschutzrechtlichen Bestandsschutzes

Um die verfassungsrechtliche Reichweite des vom KSchG gewährten Bestandsschutzes bestimmen zu können, muss zunächst der für eine verfassungsrechtliche Überprüfung richtige Maßstab bestimmt werden. Obwohl die Kündigungsfreiheit heutzutage als „historisches Phänomen“ gilt, welches durch ein „je nach Grad der Schutzbedürftigkeit gestaffeltes System an Kündigungsbeschränkungen“ abgelöst wurde<sup>287</sup>, ist sie Ausgangspunkt für die Bestimmung des verfassungsrechtlichen Prüfungsrahmens.

### 1. Die Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers

#### a) Grundsatz der „Pacta sunt servanda“

Sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer üben durch den Abschluss des Arbeitsvertrages ihre grundrechtlich als Bestandteil der allgemeinen Handlungsfreiheit von Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Vertragsfreiheit<sup>288</sup> aus. Damit treffen die Vertragsparteien eine eigenverantwortliche Regelung über den Inhalt des Arbeitsverhältnisses und bestimmen selbst, wie ihre gegenläufigen Interessen angemessen auszugleichen sind<sup>289</sup>. Dadurch erlangt der Arbeitgeber eine am Grundsatz der „Pacta sunt servanda“ orientierte geschütz-

<sup>285</sup> Bötticher, in: FS Molitor 1962, S.123, 123; Preis, Prinzipien, S. 121.

<sup>286</sup> So sinngemäß Preis, Prinzipien, S. 121.

<sup>287</sup> So Preis, Prinzipien, S. 70.

<sup>288</sup> BVerfG, Urt. v. 19.05.1992, BB 1992, 1792, 1792; Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, § 4 I.

<sup>289</sup> Vgl. zum genauen Inhalt der Vertragsfreiheit, Palandt-Heinrichs, Einf. Vor § 145 BGB Rn. 7; Erman-Hefermehl, BGB, Vor § 145, Rn. 16, und deren einzelnen Ausprägungen, Medicus, Schuldrecht AT, Rn. 64 ff.



te Rechtsposition, die der Staat grundsätzlich zu respektieren hat. Als notwendige (Annex-) Ergänzung dieser Rechtsposition ist das Recht des Arbeitgebers, sich einseitig vom Vertrag lösen zu können, anzusehen<sup>290</sup>. Zwar weicht diese Auffassung von dem zivilistischen Leitmodell ab, welches sich an dem regelmäßig sofort abgewickelten Kaufvertrag orientiert. Soll bei der Durchführung eines solchen Kaufvertrages die Vertragsrechtsordnung ihre Funktion erfüllen und den Vertragsparteien einen verlässlichen und stabilen Ordnungsrahmen bieten, so erscheint der Rechtssatz „pacta sunt servanda“ zwingend geboten<sup>291</sup>. In dieses System passt die Gewährung eines Rechts zur einseitigen Loslösung von den vertraglichen Bindungen, welches nicht auf einem Konsens der Vertragsparteien beruht, nicht. Diese Sichtweise kann jedoch nicht uneingeschränkt für Dauerschuldverhältnisse gelten, wozu unstreitig auch das Arbeitsverhältnis zählt<sup>292</sup>. Anders als bei Kauf- oder Werkverträgen zeichnen sich solche Dauerschuldverhältnisse nämlich nicht durch die Herbeiführung eines einmaligen Leistungserfolges aus, sondern dadurch, dass die vertraglich geschuldeten Leistungen so lange zu erbringen sind, bis die von den Vertragsparteien festgelegte Vertragsdauer abgelaufen ist. Insbesondere bei vertraglich unbefristeten Dauerschuldverhältnissen, worunter zumindest nach der sozialpolitischen Wunschvorstellung auch das unbefristete Arbeitsverhältnis fällt, würde sich der Sinngehalt der Vertragsfreiheit in sein Gegenteil verkehren<sup>293</sup>. Denn eine Vertragsfreiheit, die den Teilnehmern am Privatrechtsverkehr zwar die Freiheit des Abschlusses, nicht aber auch diejenige der einseitigen Beendigung beließe, würde über kurz oder lang zu einer Verfestigung der vertraglichen Dauerbeziehungen<sup>294</sup> und so zu einer Ewigkeitsbindung<sup>295</sup> führen. Dies widerspräche aber den Wertungsgrundlagen der Vertragsfreiheit, da die Freiheit zur zeitlich unbefristeten Bindung letztlich zu einer Freiheitsbeschränkung führen würde<sup>296</sup>.

<sup>290</sup> So schon *Ulmer*, in: FS Möhring, S. 295, 304, auch *Oetker*, RdA, 9, 10, KR-*Etzel*, § 1 KSchG, Rn. 17; *Preis*, Prinzipien, S. 61f.; Hergenröder ZfA 2002, 355, 356.

<sup>291</sup> Die Bedeutung dieses Grundsatzes für die Abwicklung insbesondere von Kaufverträgen wurde durch die Schuldrechtsreform von 2000 noch verstärkt. Er war nachweislich Leitmotiv, an welchem sich die neuen Gesetzesregelungen orientierten, vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 79ff.

<sup>292</sup> Vgl. MünchKomm-*Müller-Glöge*, § 611 BGB, Rn. 126.

<sup>293</sup> *Oetker*, RdA 1997, 9, 11.

<sup>294</sup> *Ulmer*, in: FS Möhring, S. 295, 304.

<sup>295</sup> *Oetker*, RdA 1997, 9, 11.

<sup>296</sup> *Oetker*, RdA 1997, 9, 11.

## b) Grundrechtliche Verortung

Gerade im Arbeitsrecht bereitet die Verortung eines bestimmten Verhaltens im Hinblick auf die einschlägigen Grundrechte Schwierigkeiten. Oft lässt sich ein Verhalten nicht eindeutig dem Schutzbereich nur eines Grundrechts zuordnen, zum Teil berührt ein Verhalten aber auch Grundrechte, die für Arbeitgeber und Arbeitnehmer gleichermaßen Schutzwirkung entfalten. Von diesen Zuordnungsschwierigkeiten bildet auch das Recht zur einseitigen Kündigung durch den Arbeitgeber keine Ausnahme. In der Literatur wird teilweise die vom Arbeitgeber erklärte Kündigung in Abweichung zur Einordnung als (Annex-) Ergänzung zur Vertragsfreiheit grundrechtlich der Berufsausübungsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG zugeschrieben<sup>297</sup>. Vom Schutzbereich der Berufsausübungsfreiheit wird auch die Organisationshoheit des Arbeitgebers als Bestandteil der freien Unternehmerentscheidung umfasst<sup>298</sup>. Unter diese Organisationshoheit fällt insbesondere auch die Entscheidung des Arbeitgebers, in seinem Unternehmen nur Mitarbeiter zu beschäftigen, die seinen Vorstellungen entsprechen, und ihre Zahl auf das von ihm bestimmte Maß zu beschränken<sup>299</sup>. Unter Hinweis auf die grundrechtssystematische Spezialität des Art. 12 Abs. 1 GG gegenüber der allgemeinen Vertragsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG verankern die Rechtsprechung<sup>300</sup> und einige Autoren<sup>301</sup> die arbeitgeberseitige Kündigung im Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG. Die arbeitgeberseitige Vertragsfreiheit aus der sich das Recht zur Kündigung ableiten lasse, sei unmittelbarer Ausfluss der Berufsfreiheit selbst. Der Inhalt dieser Vertragsfreiheit werde durch den jeweils betroffenen Beruf selbst, durch seine Eigengesetzlichkeiten und seine spezifischen Ordnungsmaßgaben qualifiziert<sup>302</sup>. Die Beobachtung der berufsspezifischen Besonderheiten sei bereits für die Festlegung der jeweiligen Vertragspflichten erforderlich. Eine inhaltlich rein formale Vertragsfreiheit wie

<sup>297</sup> Scholz, ZFA 1981, 265, 275ff.; Papier, RdA 1989, 137, 139; auch Bengsch, Mindestkündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, S. 47.

<sup>298</sup> Zur „betrieblichen Organisationsgewalt“ als Bestandteil der Berufsausübungsfreiheit siehe grundlegend BVerfG vom 27.01.1998, BVerfGE 97, S. 169, 176. Zum Schutz der „Unternehmerfreiheit“ siehe ErfKom-Dietrich, Art. 12 GG, Rn. 12 und 43; ErfKom-Schaub, § 1 TVG, Rn. 142.

<sup>299</sup> BVerfG vom 27.01.1998, BVerfGE 97, S. 169, 176.

<sup>300</sup> BVerfG v. 27.01.1998, BVerfGE 97, S. 169ff.; ebenso BAG, Urt. v. 12.11.1998, BAGE 90 S. 182ff.; 21. 02.2001, AP Nr. 12 zu § 242 BGB Kündigung.

<sup>301</sup> Scholz, ZFA 1981, 265, 275ff.; Papier, RdA 1989, 137, 139; Bengsch, Mindestkündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, S. 47.

<sup>302</sup> Scholz, ZFA 1981, 265, 275.

sie Art. 2 Abs. 1 GG gewähre, könne diese Aufgabe nicht erfüllen. Damit habe die Einordnung nicht nur eine grundrechtssystematische, sondern auch eine verfassungsmateriale Bedeutung<sup>303</sup>. Gegen diese Verortung des Kündigungsrechts wird berechtigterweise vorgebracht, dass die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG personal auf „Deutsche“ beschränkt sei. Eine generelle Problemlösung sei daher nicht möglich. Die Freiheit zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses unterliege dann nicht nur unterschiedlichen Grundrechten, sondern auch unterschiedlichen Grundrechtschranken, je nachdem, ob der Arbeitgeber die deutsche Staatsangehörigkeit besitze oder nicht<sup>304</sup>.

### c) Schrankenvorbehalte

In Bezug auf die Frage der Reichweite des durch das KSchG gewährleisteten Bestandsschutzes hat dieser dogmatische Streit nur insofern Bedeutung, als für die Beurteilung kündigungsschutzrechtlicher Regelungen unterschiedliche Schrankenvorbehalte wie die „verfassungsmäßige Ordnung“ (Art. 2 Abs. 1 GG) einerseits und eine Einschränkung „durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes“ (Art. 12 Abs. 1 GG) andererseits zu beachten sind. Letztlich kann aber eine Entscheidung über die endgültige Zuweisung des Rechts zur Kündigung offen bleiben, wenn die Regelungen des KSchG sowohl dem Schrankenvorbehalt des Art. 2 Abs. 1 GG als auch dem des Art. 12 Abs. 1 GG gerecht werden würden<sup>305</sup>. Der Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 GG hat durch die „Drei – Stufen – Rechtsprechung“ des Bundesverfassungsgerichts<sup>306</sup> eine weit reichende Konkretisierung erfahren. Im Grundsatz gilt, dass je intensiver die Berufsfreiheit eingeschränkt wird, desto schwerer müssen die Gründe dafür wiegen und desto strenger ist die Kontrolle der Einhaltung des für die Beurteilung freiheitsbeschränkender Gesetze maßgeblichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes<sup>307</sup>. Gegenüber der „ver-

<sup>303</sup> Vgl. *Scholz*, ZFA 1981, 265, 276.

<sup>304</sup> So *Oetker RdA* 1997, 9, 11.

<sup>305</sup> In diese Richtung auch *Preis*, Prinzipien, S. 62, der davon spricht, dass die Kündigungsbestimmungen auch den Maßstäben des spezielleren Kündigungsrechts des Art. 12 GG genügen müssen.

<sup>306</sup> Grundlegend im „Apothekenurteil“, BVerfG v. 11.06.1958, BVerfGE 7, S. 377, 404ff.

<sup>307</sup> Dieser ist grds. dann gewahrt, wenn das gewählte Mittel zur Erreichung des verfolgten Zwecks geeignet und erforderlich ist und wenn bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt wird; vgl. BVerfG vom 17.10.1984, BVerfGE 68, S. 155, 171; BVerfG vom 12.02.1986, BVerfGE 72, S. 26, 31; BVerfG vom 15.12.1987, BVerfGE 77, S. 308, 332; BVerfG vom 23. 01.1990, BVerfGE 81, S. 156, 188ff.

fassungsmäßigen Ordnung“ des Art. 2 Abs. 1 GG normiert der Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 GG einen strengeren verfassungsrechtlichen Prüfungsrahmen. Grundsätzlich gilt, dass gesetzliche Regelungen, die den Anforderungen des Schrankenvorbehalts des Art. 12 Abs. 1 GG genügen, in der Regel auch mit Art. 2 Abs. 1 GG vereinbar sein müssen<sup>308</sup>. Wegen des engen funktionalen Zusammenhangs zur Berufsfreiheit können solche kündigungsschutzrechtlichen Regelungen auch die durch Art. 14 GG geschützte Eigentumsgarantie berühren<sup>309</sup>. Allerdings gewinnt diese nur dann eigenständige Bedeutung, wenn mit der Kündigungsbeschränkung zugleich wirtschaftliche Belastungen verbunden sind, die den Betrieb gefährden, was aber nur selten der Fall sein dürfte<sup>310</sup>. Aus diesem Grund wird Art. 14 GG von der verfassungsrechtlichen Überprüfung ausgeklammert.

Um beurteilen zu können, welche verfassungsrechtlichen Grenzen der Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers gesetzt sind und welche sich andererseits auch für kündigungsschutzrechtliche Regelungen ergeben können, soll in einem ersten Schritt untersucht werden, inwieweit sich aus Verfassungsprinzipien und Grundrechten Verpflichtungen zur Beschränkung der Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers herleiten lassen. In einem zweiten Schritt soll dann überprüft werden, inwieweit Arbeitnehmer- und Arbeitgeberrechte die konkrete Ausgestaltung kündigungsschutzrechtlicher Regelungen mitbeeinflussen.

## 2. Verpflichtungen zur Einschränkung der Kündigungsfreiheit

Im Bereich der Privatautonomie kann sich für den Staat eine Verpflichtung ergeben, eine am Vertrag beteiligte Partei durch entsprechende gesetzliche Regelungen und Maßnahmen zu schützen. Diese Schutzpflicht des Staates kann sich insbesondere aus Verfassungsprinzipien, Staatszielbestimmungen und Grundrechten ergeben. Verfassungsprinzipien und Staatszielbestimmungen richten sich in erster Linie an den Gesetzgeber. Sie legen die Grundsätze und Richtlinien staatlichen Tätigwerdens überhaupt fest<sup>311</sup>, sind

<sup>308</sup> Insofern genügt jedes mit der Verfassung in Einklang zu bringende Gesetz, vgl. *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 383ff.

<sup>309</sup> vgl. Maunz – Dürig - *Scholz*, Art. 12 GG, Rn. 122.

<sup>310</sup> Vgl. hierzu auch *Preis*, Prinzipien, S. 63; *Hergenröder*, ZFA 2002, 355, 361.

<sup>311</sup> *Stern*, Bd. I, § 4 II 3 h.

in der Zukunft offen<sup>312</sup> und konkretisieren sich meist erst in den gesetzlichen Regelungen selbst. Unmittelbar können keine Ansprüche aus diesen Prinzipien hergeleitet werden<sup>313</sup>. Im Zusammenspiel mit den Grundrechten, welchen neben ihrer primären Funktion als Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat eine objektive Wertentscheidung der Verfassung entnommen wird<sup>314</sup>, können sich aber ausnahmsweise solche Schutzpflichten des Staates im Einzelfall oder für einen bestimmten Sachverhalt ergeben.

#### a) Sozialstaatsprinzip

Das Sozialstaatsprinzip ist eines dieser Staatszielbestimmungen. Allgemein wird darunter die Pflicht des Staates verstanden, für einen Ausgleich der sozialen Gegensätze und damit für eine gerechte Sozialordnung zu sorgen<sup>315</sup>. Seine verfassungsmäßige Verankerung findet dieses Prinzip in Art. 20 Abs. 1 i. V. m. Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG, welche die Verfassungsordnung der Bundesrepublik auf das Staatsziel des „sozialen Rechtsstaates“ festlegen<sup>316</sup>. Nach Ansicht des BVerfG formuliert Art. 20 Abs. 1 GG aber nur das „Was“, nämlich das Ziel einer gerechten Sozialordnung. Es lässt aber für das „Wie“, d. h. für die Erreichung des Ziels, alle Wege offen<sup>317</sup>. Später führte das BVerfG hierzu noch weiter aus, dass das Gebot des sozialen Rechtsstaates in besonderem Maße auf einen Ausgleich dieser Ungleichheiten zwischen den Menschen ausgerichtet sei und zuvörderst der Erhaltung und Sicherheit der menschlichen Würde als dem obersten Grundsatz der Verfassung diene<sup>318</sup>. Im Gegensatz zu den anderen Staatsstrukturprinzipien fehlt dem sozialstaatlichen Prinzip aber eine über diese richtlinienartige Vorgabe hinausgehende spezielle Ausformung und nähere Konkretisierung. Diese Tatsache führt zu einer erhöhten Interpretationsschwierigkeit und Justitiabilitätsschwäche<sup>319</sup>. Dennoch lässt sich sagen, dass gerade das Arbeitsverhältnis wegen des typischerweise bestehenden wirtschaftlichen Ungleichgewichts zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, der verhältnismä-

<sup>312</sup> Degenhart, Staatsrecht I, Rn. 355.

<sup>313</sup> Degenhart, Staatsrecht I, Rn. 359.

<sup>314</sup> Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 76 ff.

<sup>315</sup> BVerfG, Urt. v. 18.07.1967, BVerfGE 22, S. 180 – 220, 204.

<sup>316</sup> Degenhart, Staatsrecht I, Rn. 354.

<sup>317</sup> BVerfG, Urt. v. 18.07.1967, BVerfGE 22, S. 180, 204.

<sup>318</sup> BVerfG, Urt. v. 03.07.1973, BVerfGE 35, S. 348, 355, 356.

<sup>319</sup> So zutreffend *Stern*, Bd. I, § 21 II 4 b.

ßig wenigen Arbeitsplätze und der durch die Entwicklung der Technik bedingten Gesundheitsgefahren Raum für den gesetzgeberischen sozialstaatlichen Auftrag lässt. Zutreffenderweise ist das Arbeitsrecht daher als eines der Hauptanwendungsbereiche des Sozialstaatsprinzips anerkannt<sup>320</sup>. Dementsprechend wurde früher dem Sozialstaatsgebot eine Verpflichtung des Staates entnommen, alle Anstrengungen zu unternehmen, um Arbeitslosigkeit zu vermeiden<sup>321</sup>. Indessen können aus dem Sozialstaatsprinzip mangels hinreichend fassbaren Gehalts auch für das Arbeitsrecht keine konkreten Ansprüche hergeleitet werden<sup>322</sup>. Der Gesetzgeber ist lediglich gehalten, durch geeignete Maßnahmen Abhängigkeitsverhältnisse möglichst abzumildern, Kriterien für eine gerechte Verteilung der Arbeitsplätze zu schaffen<sup>323</sup> und den Machtmissbrauch des sozial stärkeren Arbeitgebers - etwa durch willkürlich und offensichtlich grundlose Kündigungen - zu verhindern<sup>324</sup>. Vor allem letztere Vorgabe ist offensichtlich Grundlage des KSchG. Allein aus dem Sozialstaatsprinzip lässt sich aber dessen Reichweite bzw. die konkrete Ausgestaltung als Bestandsschutzgesetz nicht herleiten oder rechtfertigen<sup>325</sup>. Der verfassungsrechtliche Rahmen wird letztlich durch die einschlägigen Grundrechte, hier insbesondere die von Art. 12 Abs. 1 GG gewährte Berufsfreiheit, abgesteckt<sup>326</sup>. Im Zuge der Auslegung dieser Grundrechte gewinnt das Sozialstaatsprinzip dann insofern eigenständige Bedeutung, als

<sup>320</sup> Stern Bd. I § 21 III 4b; Benda, RdA 1979, 1ff.; ders., in: FS Stingl, S. 35, 44.

<sup>321</sup> Badura, Staatsrecht, S. 256ff. D 35; *Schwerdtner*, ZFA 1977, 47, 69; *Scholz*, ZFA 1981, 265, 283.

<sup>322</sup> Badura, Staatsrecht, S. 256 ff. D 37; *Degenhardt*, Staatsrecht I, Rn. 432; *Stern*, Band I § 21 II 4 c m. w. N.

<sup>323</sup> So Preis, *Prinzipien*, S. 118.

<sup>324</sup> *Hergenröder*, ZFA 2002, 355, 359; *KR-Etzel*, KSchG, § 1, Rn. 19.

<sup>325</sup> Auch die Ausführungen des BAG helfen insoweit nicht weiter. Wie oben bereits angedeutet rechtfertigt es zwar das dem Kündigungsschutz zu Grunde liegende Bestandsschutzprinzip sowie den Arbeitnehmerschutzgedanken maßgeblich durch den in Art. 20 Abs. 1 und Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG niedergelegten Grundsatz des sozialen Staates (BAG, Urt. v. 21.10.1954, BAGE 1, S. 128; 133ff.); vgl. auch oben Teil 3 B II Nr. 3 c, d. Weiter spricht es von dem Grundsatz der Sozialstaatlichkeit, wie er im KSchG verwirklicht sei sowie vom Verfassungsgrundsatz der Sozialstaatlichkeit in seiner durch das KSchG ausgeprägten Gestalt, vgl. BAG, Urt. v. 21.10.1954, BAGE 1, S. 128, 132. Hiermit wird aber lediglich ein bereits feststehendes Ergebnis durch das Sozialstaatsprinzip untermauert. Hinweise darauf, welche Kriterien maßgeblich für dieses Ergebnis sind, d.h. auf die genauen Vorgaben, die das Sozialstaatsprinzip gerade in Bezug auf das Arbeitsverhältnis festschreibt, erfolgen keine.

<sup>326</sup> Hierzu sehr kritisch *Linder*, RdA 2005, 166, 167ff., der in diesem Zusammenhang von einem aus den Grundrechtsbestimmungen nach h. M. nicht ableitbaren Grundrechtsvoraussetzungsschutz „inter privatos“ spricht.



Umfang und Reichweite des jeweiligen Schutzbereichs „im Lichte sozialstaatlichen Denkens“ bestimmt werden<sup>327</sup>.

#### b) Die Arbeitsplatzfreiheit des Arbeitnehmers

Die von Art. 12 Abs. 1 GG gewährte Berufsfreiheit greift nach inzwischen einhelliger Meinung auch für den unselbständigen Arbeitnehmer<sup>328</sup>. Die Berufsfreiheit garantiert neben der freien Wahl des Berufes auch die freie Wahl des Arbeitsplatzes<sup>329</sup>. Während es bei der Berufswahl um die Entscheidung des Einzelnen geht, auf welchem Feld er sich beruflich betätigen will, betrifft die Arbeitsplatzwahlfreiheit seine Entscheidung, an welcher Stelle er dem gewählten Beruf nachgehen möchte<sup>330</sup>. Dabei erschöpft sich dieser Schutz nicht in der Entscheidung für eine konkrete Beschäftigung, sondern erstreckt sich auch auf den Willen des Einzelnen, diesen beizubehalten (sog. Immobilitätsinteresse) oder aufzugeben (Mobilitätsinteresse)<sup>331</sup>. Deshalb greift die aufgrund eines direkten staatlichen Eingriffs eintretende Beendigung des Arbeitsverhältnisses in Grundrechtspositionen des Arbeitnehmers ein. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob der Staat selbst das Arbeitsverhältnis beendet oder aber Dritten hierfür eine entsprechende Rechtsmacht einräumt<sup>332</sup>. Eine solche Rechtsmacht erlangt der Arbeitgeber mit dem verfassungsrechtlich garantierten Recht zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses<sup>333</sup>. Die Wahlfreiheit beinhaltet dagegen weder einen Anspruch auf Bereitstellung eines Arbeitsplatzes eigener Wahl noch die Bestandsgarantie für den einmal gewählten Arbeitsplatz. Insbesondere besteht heute auch Einigkeit darüber, dass sich weder aus Art. 12 Abs. 1 GG, noch aus dem Zusammenwirken mit dem Sozialstaatsprinzip ein grundrechtlich geschütztes Recht auf Arbeit im Sinne eines subjektiven Erfüllungsanspru-

<sup>327</sup> *Gamillescheg*, die Grundrechte im Arbeitsrecht, S. 39.

<sup>328</sup> Grundlegend bereits das „Apothekenurteil“ des BVerfG von 1958, BVerfG v. 11.06.1958, BVerfGE 7, S. 377, 397. Weiterführend BVerfG v. 01.03.1979, BVerfGE 50, S. 290, 349.

<sup>329</sup> BVerfG v. 24.04.1991, BVerfGE 84, S. 133, 146.

<sup>330</sup> BVerfG v. 24.04.1991, BVerfGE 84, S. 133, 146.

<sup>331</sup> BVerfG v. 24.04.1991, BVerfGE 84, S. 133, 146.

<sup>332</sup> *Oetker*, RdA 1997, 9, 14.

<sup>333</sup> Art. 12 Abs. 1 GG gewährt aber auch dem Arbeitnehmer ein solches Kündigungsrecht, vgl. Maunz – Dürig - *Scholz*, Art. 12 GG Rn. 50.

ches des Einzelnen begründen lässt<sup>334</sup>. Ebenso wenig verleiht das Grundrecht unmittelbaren Schutz gegen den Verlust eines Arbeitsplatzes aufgrund privater Dispositionen<sup>335</sup>. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts können sich aber für den Staat zu Gunsten einzelner Grundrechtsträger besondere Verpflichtungen ergeben, sich schützend und fördernd vor das jeweils geschützte Rechtsgut zu stellen<sup>336</sup>. Eine solche Schutzpflicht des Staates wurde zunächst aus dem Lebensschutz des Art. 2 Abs. 2 GG hergeleitet, aber dann auch auf andere Grundrechtsgarantien und dabei im Speziellen auf den Ausgleich zwischen privaten Grundrechtsträgern ausgedehnt<sup>337</sup>. Anerkannt sind insbesondere Fälle „gestörter Vertragsparität“ sowie solche, in denen die Gefahr der „Fremdbestimmung“ durch eine Partei droht<sup>338</sup>. Wie mehrfach in diesem Kapitel erwähnt ist das Arbeitsverhältnis gekennzeichnet durch ein Kräfte- und Machtgefälle. Dementsprechend kommt dem Staat die Aufgabe zu, durch in seinem Ermessen liegende geeignete Maßnahmen den wirtschaftlich unterlegenen Arbeitnehmer hinreichend zu schützen. Solche Maßnahmen stellen auch die Bestimmungen des KSchG dar, mit denen das Recht zur Kündigung an bestimmte Voraussetzungen geknüpft wird. Der Schutz kann aber nur soweit gehen, wie die von Art. 12 Abs. 1 GG ebenfalls geschützten Arbeitgeberfreiheiten in verfassungsrechtlich zulässiger Weise eingeschränkt werden. Ziel solcher Maßnahmen muss daher - obwohl es in der Regel keine rechtliche Fixierung auf bestimmte normative Gestaltungen gibt -<sup>339</sup> ein Interessenausgleich der widerstreitenden Belange auf Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite sein<sup>340</sup>. Bezüglich der konkreten gesetzlichen Maßnahmen wird dem Gesetzgeber aber wie bei allen Maßnahmen, die das Gebiet der Arbeitsmarkt- Sozial- und Wirtschaftsordnung betreffen, ein breiter Einschätzungs- und Progno-

<sup>334</sup> Siehe zum früheren Streitstand: *Reuter*, RdA 1978, 344, 344ff.; *Schwerdtner*, ZFA 1977, 47, 47ff; *Wank*, Recht auf Arbeit; S. 117ff.; *Herschel* BB 1977, 708, 708ff.; *Staudinger-Richardi*, BGB, 13. Auflage, § 611 Rn. 53ff.

<sup>335</sup> BVerfG v. 24.04.1991, BVerfGE 84, S. 133, 146; BVerfG v. 10.03.1992, BVerfGE 85, S. 360, 373.

<sup>336</sup> BVerfG v. 25.02.1975, BVerfGE 39, S. 1, 42.

<sup>337</sup> BVerfG v. 07.02.1990, BVerfGE 81, S. 242, 255, ausführlich zur Entwicklung der Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten *Bengsch*, Mindestkündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, S. 59ff.

<sup>338</sup> Maunz – Dürig - Di Fabio; Art. 2 GG Rn. 105; BVerfG v. 07.02.1990, BVerfGE 81, S. 242, 255; *Hergenröder*, ZFA 2002, 355, 369.

<sup>339</sup> Vgl. *Papier*, RdA 2000, 1, 4.

<sup>340</sup> So auch *Bengsch*, Mindestkündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, S. 77.



sevorrang zugestanden<sup>341</sup>. Dementsprechend ist das BVerfG bezüglich der verfassungsrechtlichen Überprüfung solcher Gesetze auf eine Vertretbarkeitskontrolle auf der Basis der dem Gesetzgeber verfügbaren Fakten beschränkt<sup>342</sup>. Nach Ansicht des BVerfG hat der Gesetzgeber mit dem KSchG eine verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden Ausgleich der sich gegenüberstehenden Interessen geschaffen<sup>343</sup>.

### 3. Die Arbeitsplatzfreiheit Arbeitssuchender

In der Diskussion um die richtige Auslegung und die Bestimmung der Reichweite des KSchG taucht immer wieder die Frage auf, ob und inwieweit der gesetzliche Kündigungsschutz nicht auch die Rechte aus Art. 12 Abs. 1 GG Arbeitssuchender berührt<sup>344</sup>. Teilweise wird sogar davon gesprochen, der gesetzliche Kündigungsschutz fungiere insoweit als „Marktzutrittsschranke“<sup>345</sup>. Im Wesentlichen stützen sich die Vertreter dieser These darauf, dass der Gesetzgeber durch den arbeitsrechtlichen Bestandsschutz in die Arbeitsplatzwahlfreiheit der Arbeitssuchenden eingreife. Vor dem Hintergrund der Aussage des BVerfG<sup>346</sup>, nach der die von der Berufsfreiheit mitgeschützte Wahlfreiheit auch dann beschränkt wird, wenn der Staat den Einzelnen am Erwerb eines zur Verfügung stehenden Arbeitsplatzes hindere<sup>347</sup>, ist diesem Ansatzpunkt auch zuzustimmen. Allerdings ist damit noch nicht geklärt, in wieweit darin eine unangemessene Beeinträchtigung der Berufsfreiheit der Arbeitssuchenden aus Art. 12 Abs. 1 GG gesehen werden kann<sup>348</sup>. Für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs, kommt

<sup>341</sup> BVerfG v. 06.10.1987, BVerfGE 77, S. 84, 106 ff.

<sup>342</sup> BVerfG v. 03.06.1980, BVerfGE 54, S. 173, 202; ErfKomm-Dieterich, Art. 12 GG, Rn. 25.

<sup>343</sup> BVerfG v. 24.04.1991, BVerfGE 84, S. 133, 146; wiederholt in BVerfG v. 21.02.1995, BVerfGE 92, S. 140, 150.

<sup>344</sup> Oetker, RdA 1997, 9, 14; Papier, RdA 2000, 1, 4; Reuter RdA 1978, S. 344 ff.; Scholz, ZFA 1981, 265, 280ff.

<sup>345</sup> Papier, RdA 2000, 1, 4.

<sup>346</sup> Vgl. oben unter Teil 3 B II 3. e.

<sup>347</sup> BVerfG v. 24.04.1991, BVerfGE 84, S. 133, 146; BVerfG v. 10.03.1992, BVerfGE 85, S. 360, 373. Vgl. auch oben unter 3 C II 2 b.

<sup>348</sup> So Reuter, RdA 1973, 345, 353; ders. in: FS 25 Jahre BAG, S. 405, 418; Schnorr von Carolsfeld, Arbeitsrecht, S. 22; Lieb, in: FS Hilger/Stumpf, S. 409 - 427, 423, auch *Stelljes*, Grundlage und Reichweite des Kündigungsschutzes, S. 47ff., der die Bestandsschutztheorie im Sinne einer Sicherung der wirtschaftlichen und sozialen Existenzgrundlage zumindest was die Rechtfertigung des Kündigungsschutzes im Kleinbetrieb betrifft, als nicht taugliches Grundmodell ansieht. Bei Anwendung dieser Theorie fehle dem Kündigungsschutz nicht nur ein arbeitnehmerspezifischer Regelungszweck, der bei Begünstigung der Arbeitnehmer unter gleichzeitiger Belastung der Arbeitssuchenden

es auf die Intensität an, mit der der Gesetzgeber durch die Ausgestaltung des arbeitsrechtlichen Bestandsschutzes in die berufsfreiheitsrechtlichen Gewährleistungen der Arbeitssuchenden eingreift. Der Gesetzgeber hat aufgrund seiner objektiven Schutzpflicht bei der Regelung der freien Berufsausübung und Arbeitstätigkeit die „schutzwürdigen Interessen der Beteiligten in einen gerechten Ausgleich und ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen“<sup>349</sup>. Dieser Aufgabe ist der Gesetzgeber nach überwiegender Ansicht in Literatur<sup>350</sup> und Rechtsprechung<sup>351</sup> bezüglich der hier auftretenden Spannungslage zwischen Verteilungsgerechtigkeit und Bestandsschutz in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise nachgekommen. Der durch das KSchG vermittelte Bestandsschutz verletzt in Bezug auf die Rechte Arbeitssuchender nicht das Gebot der Verhältnismäßigkeit<sup>352</sup>. Als Begründung hierfür wird insbesondere der Vertrauensschutz der Arbeitsplatzinhaber herangezogen. Dieser beinhaltet in erster Linie, dass dem einzelnen Arbeitnehmer das Gefühl von Sicherheit vermittelt werden müsse, welches weit über den bloßen Schutz vor willkürlicher Veränderung der bisherigen Beschäftigungs- und auch Lebenssituation hinausgehe<sup>353</sup>. Ohne diesen Schutz sei die Stellung als Arbeitnehmer auf Dauer nicht erträglich<sup>354</sup>. Diesem Sicherheitsbedürfnis des angestellten Arbeitnehmers sei in gewissem Maße Vorrang gegenüber den Interessen der Arbeitssuchenden einzuräumen<sup>355</sup>. Insoweit handelt es sich, wie einige Autoren dies treffend beschreiben, als ein Stück „Friedensgarantie“<sup>356</sup>. Die Grenze zur Unverhält-

---

mindestens erforderlich sei. Hinzu komme ein Verstoß gegen das Verbot eines Konkurrenzschutzes der Arbeitnehmer zu Lasten der arbeitssuchenden Außenseiter. Damit werde in verfassungsrechtlich unzulässigerweise in das Grundrecht des Arbeitssuchenden aus Art. 12 Abs. 1 GG eingegriffen.

<sup>349</sup> *Papier*, DVBl. 1984, 801, 813.

<sup>350</sup> Vgl. etwa *Papier*, DVBl. 1984, 801, 813, zustimmend *Oetker*, RdA 1997, 9, 20f.; *Hergenröder*, ZFA 2002, S. 355, 360f.; früher schon *Benda*, in: FS Stingl, S. 35, 47; *Floretta*, in: FS Otto Kahn-Freud, S. 437, 438 ff; *Wiedemann*, 25 Jahre BAG, S. 635, 658, ErfKomm/Dieterich, Art. 12 Rn. 34.

<sup>351</sup> BVerfG v. 24.04.1991, BVerfGE 84, S. 133, 147ff.; BVerfG v. 10.03.1992, BVerfGE 85, S. 360, 372 ff; BVerfG v. 27.01.1998, BVerfGE 97, S. 169, 175ff.

<sup>352</sup> *Hergenröder*, ZFA 2002, S. 355 - 382, 360/361; ErfKomm/Dieterich, Art. 12 Rn. 34.

<sup>353</sup> *Papier*, DVBl. 1984, 801, 813.

<sup>354</sup> *Wiedemann*, 25 Jahre BAG, S. 635, 658f.; vgl. auch oben unter II 3. c.

<sup>355</sup> *Wiedemann*, 25 Jahre BAG, S. 635, 659.

<sup>356</sup> MünchArbR-*Berkowsky*, § 131 Rn. 38.

<sup>356</sup> *Zöllner*, Gutachten zum 52. DJT (1978), D 117; *Wiedemann*, 25 Jahre BAG, S. 635, 659.

nismäßigkeit sei aber einhellig bei einer Überdehnung des Bestandsschutzes überschritten<sup>357</sup>.

#### 4. Auswirkungen

Ist man nun zu dem Ergebnis gekommen, dass der Gesetzgeber ermächtigt und nach den Grundsätzen der Schutzpflichtlehre des BVerfG sogar dazu verpflichtet ist, Kündigungsbeschränkungen zu erlassen, so fragt es sich, welche konkrete Ausgestaltung solche bestandsschutzrechtlichen Regelungen haben können. Interessant erscheint insbesondere das Wechselspiel zwischen dem Untermaß, welches sich diesbezüglich aus Arbeitnehmerschutzgesichtspunkten ergeben könnte und den äußeren Schranken (Übermaß), die dem Bestandsschutz andererseits durch Arbeitgebergrundrechte gezogen werden.

##### a) Beschränkung des Rechts zur außerordentlichen Kündigung

###### aa) Kündigung aus wichtigem Grund (§ 626 Abs. 1 BGB)

Die von Art. 2 Abs. 1 bzw. Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Kündigungsfreiheit umfasst auch das Recht des Arbeitgebers zur außerordentlichen Kündigung<sup>358</sup>. Für das Arbeitsverhältnis als besonderes „Dienstverhältnis“ ist dieses Recht in der seit dem Ersten ArbRBerG vom 14.08.1969<sup>359</sup> als Generalklausel gefassten Regelung des § 626 BGB verankert. Danach kann jeder Vertragsteil aus wichtigem Grund und ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen. Das Vertragsverhältnis muss so gravierend gestört sein, dass dem Kündigenden eine weitere Fortsetzung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Das Recht, ein Vertragsverhältnis mit sofortiger Wirkung zu beenden, hat seinen Ursprung in dem allgemeinen schuldrechtlichen Grundsatz, dass von niemandem eine ihm unmögliche Leistung gefordert werden kann (sog. *impossibilium nulla est obligatio*<sup>360</sup>). Das Kriterium der Unzumutbarkeit bildet auch für das Arbeitsverhältnis als Dauerschuldverhältnis die immanente Grenze für die vertragliche Verpflichtung<sup>361</sup>. Welche Tatsachen vorliegen müssen, damit ein Vertragsteil seine

<sup>357</sup> Hergenröder, ZFA 2002, S. 355, 360f.; ErfKomm/Dieterich, Art. 12 GG Rn. 34.

<sup>358</sup> Papier, DVBl. 1984, 801, 813.

<sup>359</sup> BGBl. I. S. 1106.

<sup>360</sup> Oetker, RdA 1997, 9, 12.

<sup>361</sup> Oetker, RdA 1997, 9, 16.

ihm obliegende Leistung nicht mehr erbringen kann, ist eine Frage des Einzelfalls. Sowohl das Merkmal des „wichtigen Grundes“ als auch das Kriterium der „Unzumutbarkeit“ sind sog. unbestimmte Rechtsbegriffe, deren Inhalt erst durch Auslegung ermittelt werden muss. Bei dieser Auslegung sind insbesondere die jeweils widerstreitenden grundrechtlich geschützten Interessen der Vertragsparteien zu berücksichtigen<sup>362</sup>. Insofern fungieren unbestimmte Rechtsbegriffe als „Einfallstore“<sup>363</sup> der ansonsten nur im Verhältnis des Bürgers zum Staat anwendbaren Grundrechte und vermitteln sog. mittelbaren Grundrechtsschutz<sup>364</sup>.

#### bb) Übermaßverbot

Um im Einzelfall überhaupt einen Boden zu bereiten, auf dem die Interessenabwägung stattfinden kann, muss der Arbeitgeber grundsätzlich berechtigt sein, sich beim Vorliegen entsprechender Tatsachen einseitig vom Arbeitsverhältnis lösen zu können. Dies muss als Kern der Kündigungsfreiheit auch erhalten bleiben<sup>365</sup>. Eine kündigungsbeschränkende Regelung, die eine materiale Einbuße dieses Kerntatbestands der Kündigungsfreiheit zur Folge hätte, wäre mit dem Schrankenvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 GG nicht mehr vereinbar. Einhellig wird angenommen, dass die Grenze der Verhältnismäßigkeit<sup>366</sup> jedenfalls dann verletzt ist, wenn das außerordentliche Kündigungsrecht durch eine Regelung generell ausgeschlossen wird<sup>367</sup>. Dagegen ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn die Kündigungsmöglichkeit von der Zustimmung Dritter abhängig gemacht wird<sup>368</sup>, so wie dies bei der Kündigung von Behinderten oder Schwangeren und gemäß § 103 BetrVG bei Betriebsratsmitgliedern der Fall ist<sup>369</sup>.

<sup>362</sup> Sog. Gebot der verfassungskonformen Auslegung, siehe ausführlich *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 160ff.

<sup>363</sup> *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 181.

<sup>364</sup> *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 181; ausführlich hierzu auch *Bengsch*, Mindestkündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, S. 57ff.

<sup>365</sup> BVerfG v. 27.01.1998, NJW 1998, 1475, 1476; vgl. auch *Klitzing*, Ordnungswirtschaftliche Analyse des arbeitsrechtlichen Bestandsschutzes, S. 89ff.

<sup>366</sup> Siehe ausführlich zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Zusammenhang mit Grundrechtsschranken, *Schmidt*, Grundrechte, S. 77ff.

<sup>367</sup> So *Maunz – Dürig – Scholz*, GG, Art. 12, Rn. 50; *Papier*, DVBl. 1984, 801, 813; *Oetker*, RdA 1997, 9, 16; *Preis*, NZA 1997, 1256, 1257; *Kania/Kramer*, RdA 1995, 287, 287ff.

<sup>368</sup> *Hergenröder*, ZFA 2002, 355, 373.

<sup>369</sup> Liegt ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 BGB vor, so ist der Betriebsrat zur Zustimmung zur Kündigung verpflichtet, vgl. *Oetker*, RdA 1997, 9, 13.

### cc) Untermaßverbot

Auf der anderen Seite stellen außerordentliche Kündigungen den intensivsten Eingriff in die Arbeitsplatzwahlfreiheit des Arbeitnehmers dar, da sie zur sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses führen. Dadurch wird dem Arbeitnehmer jegliche Dispositionsfreiheit entzogen. Wenn aus Art. 12 Abs. 1 GG eine Schutzpflicht zu Gunsten abhängiger Arbeitnehmer abgeleitet werden soll, so kann diese nur beinhalten, dass ein Minimum an Dispositionsschutz staatlich etabliert wird<sup>370</sup>. Teilweise wird das Erfordernis der Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist als unterste Schwelle dessen angesehen, was dem Arbeitnehmer an Dispositionsschutz gewährt bleiben müsse. In diesen „verfassungsrechtlichen Kernbestand“ des Arbeitsplatzschutzes dürfe nicht durch entsprechende kündigungbeschränkende Regelungen eingegriffen werden<sup>371</sup>. Demnach würde die Zulassung einer zur sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses führenden Kündigung unterhalb der Schwelle der Unzumutbarkeit gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip verstoßen<sup>372</sup>. Andere Ansichten gehen nicht so weit, das Kriterium der Unzumutbarkeit zur verfassungsrechtlichen Unabdingbarkeit zu erheben. Sie stellen für die Beurteilung der einzelnen kündigungbeschränkenden Regelungen maßgeblich auf eine Abwägung der widerstreitenden Interessen ab. Solange zwischen der zeitlichen Verlängerung des Arbeitsverhältnisses und den jeweiligen sozialen Bestandsinteressen Verhältnismäßigkeit besteht, soll die Regelung verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sein<sup>373</sup>. Manche halten sogar Situationen für denkbar, in denen dem Bestandsschutzinteresse des Arbeitnehmers auch auf andere Art und Weise Rechnung getragen werden könnte oder fragen danach, ob dem Arbeitnehmer in bestimmten Fallkonstellationen überhaupt ein anerkanntes Bestandschutzinteresse zusteht<sup>374</sup>.

### b) Beschränkungen des Rechts zur ordentlichen Kündigungen

#### aa) Mindestvorgaben hinsichtlich der Kündigungsgründe

<sup>370</sup> Oetker, RdA 1997, 9, 16.

<sup>371</sup> Oetker, RdA 1997, 9, 16.

<sup>372</sup> Oetker, RdA 1997, 9, 16.

<sup>373</sup> Maunz – Dürig - Scholz, Art. 12 GG Rn. 50.

<sup>374</sup> Hergenröder, ZFA 2002, 355, 374.

Wesentlich schwieriger erscheint die Festlegung des Unter- und Übermaßes für die ordentliche Kündigung. Im Bereich der ordentlichen Kündigungsgründe konzentriert sich die Untersuchung auf die Mindestanforderungen hinsichtlich der Kündigungsgründe und -fristen. Um die Unternehmerfreiheit des Arbeitgebers, die diesem die Dispositionshoheit über seine Arbeitsplätze zusichert, nicht leer laufen zu lassen, muss diesem grundsätzlich das Recht verbleiben, durch Kündigungen den Arbeitnehmerbestand an die Lage und Entwicklung des Unternehmens anzupassen. Arbeitskräfte, die aufgrund Auftragsmangels oder Stilllegung überflüssig werden, müssen im Grunde kündbar bleiben<sup>375</sup>. Gleiches gilt nach herrschender Ansicht auch für die personen- und verhaltensbedingte Kündigung<sup>376</sup>. Eine entgegenstehende Regelung wäre demnach verfassungsrechtlich angreifbar<sup>377</sup>. Allerdings ist nach überwiegender Meinung nicht zu beanstanden, wenn die ordentliche Kündigung tarifvertraglich etwa für besonders schutzbedürftige Arbeitnehmer ausgeschlossen wird. Allerdings muss an dessen Stelle die Anerkennung eines außerordentlichen Kündigungsgrundes treten<sup>378</sup>.

Für die Arbeitnehmerinteressen ist von Bedeutung, ob die Bindung der ordentlichen Kündigung an einen Kündigungsgrund dem verfassungsrechtlich gebotenen Minimum an Arbeitsplatzschutz zuzurechnen ist. Diese Frage ist insbesondere auch vor dem Hintergrund der Kleinbetriebsbeschlüsse des Bundesverfassungsgerichts von Bedeutung. Die Bindung an spezielle Kündigungsgründe, so wie sie § 1 KSchG de lege lata vorsieht, ist aus der aus Art. 12 Abs. 1 GG zu Gunsten des Arbeitnehmers herrührenden Schutzpflicht nicht ableitbar. Nach weitgehend einhelliger Meinung<sup>379</sup> kann nur verlangt werden, dass das arbeitsrechtliche Kündigungsrecht den Arbeitsplatzschutz des Arbeitnehmers nicht unverhältnismäßig vernachlässigen darf. Deshalb müsse durch die normativen Rahmenbedingungen sichergestellt sein, dass das Bestandsinteresse des Arbeitnehmers als Faktor in die Rechtmäßigkeitsprüfung mit einfließt<sup>380</sup>. Dies ist dann der Fall, wenn sich der Arbeitnehmer unmittelbar gegen die Rechtmäßigkeit der Kündigung

<sup>375</sup> *Papier*, DVBl. 1984, 801, 813.

<sup>376</sup> *Hergenröder*, ZFA 2002, 355, 374; *Papier*, RdA 2000, 1, 4; *Reuter*, RdA 1973, 346ff.

<sup>377</sup> *Maunz – Dürig – Scholz*, Art. 12 GG, Rn. 50.

<sup>378</sup> *Oetker*, RdA 1997, 9, 13; *Hergenröder*, ZFA 2002, 355, 374.

<sup>379</sup> *Oetker*, RdA 1997, 9, 17.

<sup>380</sup> *Oetker*, RdA 1997, 9, 17.

wenden könne. Nur so könne ausgeschlossen werden, dass der Arbeitnehmer den Arbeitsplatz aus willkürlichen Gründen verliere<sup>381</sup>. Wie oben ausgeführt<sup>382</sup> geht der durch das KSchG vermittelte Bestandsschutz aber über den bloßen Schutz vor willkürlichen Kündigungen hinaus. Die konkrete Ausgestaltung der einzelnen Kündigungsgründe ist verfassungsrechtlich nur ein möglicher Weg, um der Einbeziehung des Bestandsinteresses gerecht zu werden. Die zwingende Festlegung auf die Gründe betriebsbedingt, personen- und verhaltensbedingt wird verfassungsrechtlich nicht eingefordert. Bedeutung erlangt das Erfordernis der Einbeziehung des Bestandsinteresses bei der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, die nicht unter den Anwendungsbereich des KSchG fallen. Hier wird über die Generalklauseln des allgemeinen Zivilrechts Kündigungsschutz vermittelt. Nach den Grundsätzen der Kleinbetriebsbeschlüsse des BVerfG<sup>383</sup> ist auch bei der Konkretisierung dieser Generalklauseln der verfassungsrechtlich gebotene Mindestschutz des Arbeitsplatzschutzes zu beachten<sup>384</sup>. Dies führt dazu, dass auch außerhalb des KSchG Kündigungen nicht ohne Grund ausgesprochen werden dürfen. Vielmehr ist eine Kündigung unwirksam, wenn sie nicht auf sachbezogene und aner kennenswerte Gründe gestützt werden<sup>385</sup>.

#### bb) Mindestvorgaben hinsichtlich der Kündigungsfristen

Zudem fragt es sich, ob sich aus der grundrechtlichen Schutzpflicht Vorgaben für die Bemessung der Kündigungsfrist für ordentliche Kündigungen ergeben könnten. Solche Vorgaben können sich wegen der Vielgestaltigkeit der zu bewältigenden Problemlagen ausschließlich auf die Zwecktauglichkeit der Länge beziehen<sup>386</sup>. Will man bezüglich der Länge der Kündigungsfrist einen Mindeststandard an Arbeitsplatzschutz sicherstellen, so müsste die durch die Kündigungsfrist erreichte Zeitschranke zumindest so bemessen sein, dass dem Arbeitnehmer ausreichend Zeit verbleibt, sich auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses einzustellen<sup>387</sup>. Die Schutzpflicht des Staates geht aber nicht so weit, als dass sich daraus nach branchenspezifi-

<sup>381</sup> Oetker, RdA 1997, 9, 17.

<sup>382</sup> Vgl. Kapitel 3 B II 3 c.

<sup>383</sup> BVerfG v. 27.01.1998, BVerfGE 97, S. 169ff. u. S. 186ff.

<sup>384</sup> BVerfG v. 27.01.1998, BVerfGE 97, S. 169, 178.

<sup>385</sup> Oetker, RdA 1997, 9, 18.

<sup>386</sup> Oetker, RdA 1997, 9, 17.

<sup>387</sup> Oetker, RdA 1997, 9, 17.



schen Besonderheiten oder Dauer der Betriebszugehörigkeit abgestufte Zeitvorgaben oder eine generelle Mindestkündigungsfrist ableiten ließen. Zwar hat das BVerfG entschieden, dass eine Kündigungsfrist von weniger als einem Monat als zu gering anzusehen ist, um sich erfolgreich um eine Anschlussbeschäftigung zu bemühen<sup>388</sup>. Es besteht aber weitgehend Einigkeit darüber, dass man daraus nicht den Schluss ziehen dürfe, dass eine Kündigungsfrist von mindestens einem Monat verfassungsrechtlich geboten sei<sup>389</sup>. Als Begründung wird vor allem vorgebracht, dass es sich bei der Entscheidung um eine an den Besonderheiten der Fallkonstellation ausgerichtete Einzelfallentscheidung gehandelt habe, die nicht - und schon gar nicht branchenweit -verallgemeinerungsfähig sei<sup>390</sup>. Daher führt diese Entscheidung nicht zu einer näheren über das Kriterium der „Zweckdienlichkeit“ hinausgehenden Konkretisierung der Mindestvorgaben für die Länge der Kündigungsfristen.

### III. Stellungnahme/Ergebnis

Es ist deutlich geworden, dass das Prinzip der Kündigungsfreiheit nicht nur auf einfachgesetzlicher Ebene durch entsprechende Änderung des KSchG verdrängt wurde, sondern auch auf verfassungsrechtlicher Ebene praktisch nicht mehr existiert. Wo der Arbeitnehmer früher nur rudimentär gegen Kündigungen des Arbeitgebers geschützt war, ist das System heute durch prinzipielle Kündigungsbeschränkungen gekennzeichnet, die das gesamte Recht der arbeitsrechtlichen Kündigung eher als „Recht des Kündigungsschutzes“<sup>391</sup> erscheinen lassen. Den einschlägigen Grundrechten können nur noch Restbestände einer verfassungsrechtlich unverzichtbaren Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers entnommen werden. Fest steht dennoch, dass das Recht zur außerordentlichen als auch zur ordentlichen Kündigung für den Arbeitgeber dem Grunde nach erhalten bleiben muss<sup>392</sup>. Andererseits gebietet die Verfassung aber auch keine spezifischen Bestandsschutzregeln. Aus dem sozialstaatlichen Auftrag und der Schutzverpflichtung des Staates aus

<sup>388</sup> BVerfG v. 10.03.1992, BVerfGE 85, S. 360, 378.

<sup>389</sup> Hergenröder, ZFA 2002, 355, 375; Oetker, RdA 1997, 9, 17.

<sup>390</sup> Hergenröder, ZFA 2002, 355, 375; Oetker, RdA 1997, 9, 17.

<sup>391</sup> Preis, NZA 1997, 1256, 1256f.

<sup>392</sup> Zur „Aushöhlungsproblematik“ unter der derzeitigen Rechtsprechungslage siehe unter Teil 4 F.

Art. 12 Abs. 1 GG lassen sich aber bestandschutzrechtliche Mindestanforderungen in Bezug auf die Bindung der Kündigung an einen sachlich gerechtfertigten Grund bzw. eine angemessene Frist herleiten. Diesen ist der Gesetzgeber mit dem gesetzlichen Kündigungsschutz jedenfalls in (mehr als) genügendem Maße nachgekommen<sup>393</sup>. Die konkrete Ausgestaltung des KSchG als ein an drei speziellen Kündigungsgründen orientiertes und nach der individuellen Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers abgestuftes System übersteigt zwar den verfassungsrechtlich gebotenen Rahmen, verletzt aber, wie obige Untersuchung gezeigt hat, weder das verfassungsrechtlich einzuhaltende Über- noch das Untermaßverbot.

#### IV. Einführung des § 1a KSchG

Vor dem Hintergrund dieser Ergebnisse erscheint die Ende des Jahres 2004 in das KSchG neu eingeführte Regelung des § 1a KSchG mit der Überschrift „Abfindungsanspruch bei betriebsbedingter Kündigung“<sup>394</sup> zunächst verwunderlich. Zum ersten Mal seit Außerkrafttreten des BRG bzw. AOG und der damit einhergehenden Abschaffung des Abfindungswahlrechts taucht nunmehr der Abfindungsgedanke - ungeachtet der Unzumutbarkeitsregelung des § 9 KSchG - wieder unmittelbar im Gesetz auf.

Zwar wird diese Neuregelung vielfach als „verfehlt, weil schlichtweg ungeeignet“<sup>395</sup> und „überflüssig“<sup>396</sup> kritisiert. Der Gesetzgeber sei bei der Umsetzung seiner Intention, eine zur Erhebung einer Kündigungsschutzklage einfachere, kostengünstigere und effizientere echte Abfindungsalternative

<sup>393</sup> BVerfG, Urt. v. 27.01.1998, NZA 1998, 470, 472; a. A. *Bengsch*, der verfassungsrechtliche Mindestkündigungsschutz, S. 93, die zumindest in Bezug auf die nicht vom KSchG erfassten Arbeitsverhältnisse, die aus der Schutzpflichtlehre herrührende gesetzgeberische Pflicht zur Schaffung eines Mindestschutzes für diese Arbeitsverhältnisse, als nicht allein durch die Bereitstellung des allgemeinen Kündigungsschutzes als erfüllt ansieht.

<sup>394</sup> Dieser wurde u. a. durch das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt vom 24.12.2003, BGBl. 2003 I, S. 3002, in das KSchG mit aufgenommen. Nach dem Inhalt der Regelung soll der Arbeitnehmer im Falle einer betriebsbedingten Kündigung mit Ablauf der Kündigungsfrist einen Anspruch auf Abfindung haben, wenn er bis zum Ablauf der Frist des § 4 Satz 1 KSchG keine Klage auf Feststellung erhebt, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist. Weiter setzt der Anspruch den Hinweis des Arbeitgebers in der Kündigungserklärung voraus, dass die Kündigung auf dringende betriebliche Erfordernisse gestützt ist und der Arbeitnehmer bei Verstreichenlassen der Klagefrist die Abfindung beanspruchen kann.

<sup>395</sup> *Thüsing*, NJW 2003, 1989, 1990.

<sup>396</sup> So *Meinel*, DB 2003, 1438, 1439.

zu schaffen<sup>397</sup> sehr „zurückhaltend und phantasielos“<sup>398</sup> gewesen. Nach dem Inhalt der Regelung erhalte der Arbeitnehmer lediglich die bloße Möglichkeit, ein Abfindungsangebot des Arbeitgebers anzunehmen<sup>399</sup>. Ob der Arbeitgeber ein solches Angebot überhaupt mit Ausspruch der Kündigung unterbreite, bleibe ausschließlich ihm überlassen. Andererseits bleibe für den Arbeitgeber die Ungewissheit, ob der Arbeitnehmer sein Angebot auch annehmen werde. Die Regelung verschärfe daher die im Bereich der betriebsbedingten Kündigung bereits vorhandene Rechtsunsicherheit<sup>400</sup>. Er schaffe auch keine wirklich neue Option, da der Arbeitgeber schon bisher einen Abwicklungsvertrag anbieten könne, den der Arbeitnehmer entweder annehme oder nicht. Neu sei lediglich die Etablierung eines Mindestabfindungsanspruchs<sup>401</sup>. Die Regelung überrascht umso mehr, als dass sich an den für die Einführung des Bestandsschutzes maßgebenden Gründen in der Zeit, die seit Inkrafttreten des KSchG bis heute vergangen ist, nichts geändert hat. Wie sich aus obiger Untersuchung ergeben hat, spricht vor allem die aus dem Arbeitsverhältnis herrührende spezifische Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers für die Gewährung eines in den verfassungsrechtlichen Grenzen, welche hauptsächlich durch die von Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Arbeitgeberfreiheiten sowie der Arbeitsplatzfreiheit Arbeitssuchender definiert werden, möglichst weit verstandenen Bestandsschutzes<sup>402</sup>. Die insoweit bedeutsamen Interessen und Belange des Arbeitnehmers hat das BVerfG in der bereits zitierten Kleinbetriebsklauselentscheidung im Jahre 1998<sup>403</sup> nochmals genau beschrieben. Der Arbeitsplatz ist Dreh- und Angelpunkt der wirtschaftlichen und sozialen Existenz des Arbeitnehmers. Verliert er diesen, so wird sein gesamtes ökonomisches und soziales Beziehungsgeflecht in Frage gestellt<sup>404</sup>.

Vielleicht hat sich der Gesetzgeber aus genau diesen Gründen auch davor gescheut, das KSchG tatsächlich, wie von vielen Literaturstimmen gefor-

<sup>397</sup> So sinngemäß der Wortlaut der Gesetzesbegründung, vgl. BT-Drs. 15/1204, S. 9ff.

<sup>398</sup> So *Reiserer*, BB 2004, Heft 15, die erste Seite.

<sup>399</sup> *Preis*, DB 2004, 70.

<sup>400</sup> *Meinel*, DB 2003, 1438, 1439.

<sup>401</sup> *Meinel*, DB 2003, 1438, 1439.

<sup>402</sup> Vgl. hierzu oben Teil 3 B II 3.

<sup>403</sup> Siehe oben Fn. 263.

<sup>404</sup> Siehe hierzu ausführlich unter Teil 3 B II.

dert<sup>405</sup>, um einen leicht durchsetzbaren Abfindungsanspruch zu Gunsten des Arbeitnehmers zu ergänzen. Dieser hätte es dem Arbeitgeber ermöglicht, sein Prozessrisiko im Kündigungsschutzverfahren auf die Zahlung einer Abfindung zu beschränken.

#### **Teil 4. Entwicklung vom Bestandsschutz- zum Abfindungsgesetz: Ursachen, Folgen und Lösungsansätze**

Teil 4 beschäftigt sich anfangs mit empirischen Daten zum Kündigungsgeschehen in Deutschland und widmet sich dann der prozessualen Facette des Problems des Arbeitgeberverzugs. Nach Darstellung und Auswertung der empirischen Daten soll ein Überblick über die im Zusammenhang mit dem Kündigungsschutzprozess auf Arbeitnehmer und Arbeitgeber lastenden Risiken und deren Ursachen gegeben werden. Anschließend werden die vom BAG geschaffenen prozessualen und materiellrechtlichen „Institute“ vorgestellt, mit denen diese Risiken gemindert werden sollten. Im Hinblick auf den nachfolgend zu erarbeitenden „Risikoausgleich“ zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber soll eine Gegenüberstellung der jeweils für Arbeitgeber und Arbeitnehmer erlangten Vorteile aus diesen Instituten erfolgen.

Anschließend soll untersucht werden, ob anhand der bestehenden gesetzlichen Regelungen Ansätze herausgearbeitet werden können, anhand derer unter Miteinbeziehung der dargestellten Ansätze in Rechtsprechung und Literatur und unter Wahrung der sich hieraus ergebenden schützenswerten Positionen des Arbeitnehmers und des Zweckes des allgemeinen Kündigungsschutzes ein Risikogleichgewicht zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber geschaffen werden kann.

#### **A. Empirische Analyse über Kündigungs-, Klage- und Abfindungspraxis**

Um überhaupt eine Einschätzung dessen zu bekommen, welche praktische Relevanz die Diskussionen um Anwendungsbereich, Auslegung und Reichweite des Kündigungsschutzes haben, sollen vor der eigentlichen Analyse der derzeitigen Gesetzes- und Rechtsprechungslage zunächst einige Fragen zum Kündigungsgeschehen in Deutschland aufgeworfen werden.

---

<sup>405</sup> Vgl. etwa *Willemsen*, NJW 2002, 2779, 2783; *Thüsing*, NJW 2003, 1989, 1990.

Diese betreffen vorwiegend Kündigungshäufigkeit, Verteilung der Kündigungsgründe und die gerichtliche Abwicklung von Kündigungsstreitigkeiten. Zur Beantwortung dieser Fragen soll auf die Daten der aktuellsten empirischen Studien zurückgegriffen werden. Diese Daten stammen überwiegend aus einer Untersuchung, die im Frühjahr 2003 im Rahmen des Projekts „Regulierung des Arbeitsmarktes (REGAM)“ vom Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Institut (WSI) der Hans – Böckler - Stiftung durchgeführt wurde<sup>406</sup>.

### I. Kündigungshäufigkeit/Verteilung der Kündigungsgründe

Der Anteil arbeitgeberseitiger Kündigungen an allen Beendigungstatbeständen (Aufhebungsverträgen, Vollzug einer Befristung, Kündigungen durch Arbeitnehmer) beträgt ein Drittel. Dies entspricht einer Anzahl von zwei Millionen Kündigungen im Jahr<sup>407</sup>. Von diesen Kündigungen sind zwei Drittel betriebsbedingt (1,2 - 1,3 Millionen) und ein Drittel verhaltens- und personenbedingt<sup>408</sup>.

### II. Klagequoten

Nach den Umfrageergebnissen der WSI-Studie erheben gegen eine Kündigung des Arbeitgebers durchschnittlich 15 % der Arbeitnehmer Kündigungsschutzklage<sup>409</sup>. Festgehalten werden kann, dass mit zunehmender Betriebsgröße die Klagequote erheblich ansteigt<sup>410</sup>. Wie sich ebenfalls aus den Studien ergab, hat die wirtschaftliche Lage eines Unternehmens zwar keinen signifikanten Einfluss auf die Anzahl der ausgesprochenen Kündigungen, beeinflusst aber die Wahrscheinlichkeit, Erfahrungen mit betriebsbedingten Kündigungen zu machen. Gegen solche wird erfahrungsgemäß aber weniger

<sup>406</sup> Diese Untersuchung basiert auf einer Befragung von 2000 Personalverantwortlichen, die für den Zeitraum zwischen 1998 und 2003 spezifisch zur ihrer Personalpolitik befragt wurden. Besonderen Wert gelegt wurde auf Betriebsgrößenunterschiede und Branchenzugehörigkeit.

<sup>407</sup> Bothfeld/Ullmann, WSI Mitteilungen 5/2004, 262, 264.

<sup>408</sup> Pfarr/Bothfeld/Kaiser/Kimmich/Peuker/Ullmann, BB 2004, 106, 108. Im Vergleich zur Studie des Max-Planck-Instituts von 1980 (RdA 1981, 300ff.) hat sich die Verteilung der Kündigungsgründe umgekehrt. Damals war nur ein Drittel der Kündigungen betriebsbedingt, während zwei Drittel auf personen- und verhaltensbedingte Kündigungen entfielen.

<sup>409</sup> Die letzten Studien, die sich damit befassten, stammen aus den Jahren 1978/1981 (Falke/Höhländ/Rhode/Zimmermann, Kündigungspraxis und Kündigungsschutz in der BRD, 1981, Bd. I und II) und 2001 (Infratest-Sozialforschung, AuR 2003, 81ff. Dort wurde eine Klagequote von 8 % bzw. 11,1 % ermittelt.

<sup>410</sup> Pfarr/Bothfeld/Kaiser/Kimmich/Peuker/Ullmann, BB 2004, 106, 108.

geklagt. Die Klagequote beträgt hier nur 8 - 10 %, bei allen anderen hingegen 12 %<sup>411</sup>.

### III. Vergleichs/Abfindungspraxis

Nach den Ergebnissen der Studie des WSI erhalten überhaupt nur insgesamt 10 % aller Personen, deren Arbeitsverhältnis (unabhängig des Beendigungstatbestandes) endet, eine Abfindung<sup>412</sup>. Im Falle einer Kündigung durch den Arbeitgeber erhalten insgesamt 15 % eine Abfindung<sup>413</sup>. Bei diesen 15 % der Fälle ist wiederum zwischen individuellen Vereinbarungen (60 %) und kollektiven Vereinbarungen in Sozialplänen (40%) zu unterscheiden<sup>414</sup>. Die Wahrscheinlichkeit, eine Abfindung zu erhalten, erhöhte sich erheblich bei einer Klage gegen die Kündigung. In diesem Fall erhielten dann beinahe die Hälfte (48 %) der gekündigten Arbeitnehmer eine Abfindung<sup>415</sup>. Dennoch enden - wegen der langen Prozessdauer und der für beide Seiten bestehenden Rechtsunsicherheit<sup>416</sup> - nur die wenigsten Kündigungsschutzprozesse mit dem Erlass eines Urteils. Über 85 % enden dagegen durch den vorzeitigen Abschluss eines Vergleichs, der die Beendigung des Arbeitsverhältnisses beinhaltet<sup>417</sup>. Im Falle einer einvernehmlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses liegt die Bereitschaft zur Zahlung einer Abfindung bei 34 %<sup>418</sup>.

### IV. Weiterbeschäftigung

Datenmaterial darüber, wie viele Arbeitnehmer nach einer Kündigung, gegen die sie sich durch Erhebung einer Kündigungsschutzklage gewehrt haben, tatsächlich wieder an ihren Arbeitsplatz zurückkehren, kann der aktuellen Studie des WSI zwar nicht entnommen werden. Frühere Studien ergaben allerdings, dass der tatsächliche Erhalt des Arbeitsplatzes im Kündigungsge-

<sup>411</sup> Pfarr/Bothfeld/Kaiser/Kimmich/Peuker/Ullmann, BB 2004, 106, 108.

<sup>412</sup> Mayer, AiB 2004, 19, 20.

<sup>413</sup> Bielenski/Hartmann/Pfarr/Seifert, AuR 2003, 81, 88; Pfarr/Bothfeld/Kaiser/Kimmich/Peuker/Ullmann, BB 2004, 106, 108.

<sup>414</sup> Mayer, AiB 2004, 19, 20.

<sup>415</sup> Bothfeld/Ullmann, WSI Mitteilungen 5/2004, 262, 265.

<sup>416</sup> Zu den einzelnen Risiken siehe gleich unter B.

<sup>417</sup> Mayer, AiB 2004, 19, 20.

<sup>418</sup> Mayer, AiB 2004, 19, 20, der auch darauf hinweist, dass dem gekündigten Arbeitnehmer unterhalb des Schwellenwertes des § 111 BetrVG keinerlei Druckmittel verbleibt, um den Arbeitgeber zu einer Abfindungszahlung zu bewegen.

schehen der BRD eine ausgesprochene „Rarität“<sup>419</sup> sei. So erreichten auf streitigem gerichtlichem Weg nur 1,7 % aller Kläger die Rückkehr an den Arbeitsplatz, bei Einbeziehung gütlicher Einigungen insgesamt nur 9 %<sup>420</sup>. Vereinzelt wird in der Literatur vertreten, dass seit dem Weiterbeschäftigungsurteil des BAG (Februar 1985)<sup>421</sup> davon ausgegangen werden kann, dass die Anzahl derer, die zu Unrecht gekündigt wurden und wieder an den Arbeitsplatz zurückkehren wird, tendenziell ansteigen wird<sup>422</sup>. Andere sprechen davon, dass sich seit den Ergebnissen von 1980 keine grundlegenden Änderungen ergeben haben<sup>423</sup>.

## V. Ergebnis

Die dargestellten empirischen Daten belegen, dass der Anteil an arbeitgeberseitigen Kündigungen im Vergleich zu anderen Beendigungstatbeständen relativ gering ist und auch nur verhältnismäßig wenige Kündigungen mit einer entsprechenden Klage angegriffen werden. Demzufolge stehen der Anwendungsbereich und die Reichweite des KSchG gemessen an der Anzahl, die die anderen Beendigungstatbestände einnehmen, eher selten im Raum. Im Hinblick auf den Untersuchungsgegenstand sind aber zwei Ergebnisse bedeutungsvoll. Erstens, dass im Falle einer einmal erhobenen Klage der Anteil an vorzeitig durch Vergleich beendeten den Kündigungsschutzprozess bei beinahe 90 % liegt und zweitens, dass der Arbeitnehmer die Bereitschaft des Arbeitgebers zur Zahlung einer Abfindung durch Erhebung einer Klage maßgeblich erhöhen kann. Dies belegt empirisch, dass hier eine zunehmende Zweckentfremdung des KSchG stattfindet, deren Ursache hauptsächlich in den im Folgenden aufgeführten Risiken des Kündigungsschutzprozesses und den von der Rechtsprechung des BAG entwickelten Grundsätzen zur Beendigung des Annahmeverzugs des Arbeitgebers,

<sup>419</sup> Empirische Untersuchung zum Kündigungsschutzrecht (1978-1980), RdA 1981, 300, 302.

<sup>420</sup> HaKo-Fiebig, KSchG, § 1 Teil A Rn. 4.

<sup>421</sup> Siehe hierzu unter Teil 2 C II, a bb u. Teil 4 E.

<sup>422</sup> So zumindest Preis, Prinzipien, S. 57.

<sup>423</sup> HaKo-Fiebig, KSchG, § 1 Teil A Rn. 5. Dies hänge insbesondere damit zusammen, dass in der Praxis des Kündigungsschutzprozesses Weiterbeschäftigungsansprüche meist nicht oder nicht effektiv neben dem Kündigungsschutzantrag verfolgt werden.



welche das Verzugsrisiko aus § 615 BGB unbegrenzt werden lässt, zu sehen ist.

## **B. Risiken des Kündigungsschutzprozesses**

### **I. Ursachen**

Die Erfolgsaussichten eines Kündigungsschutzprozesses sind ungeachtet des Kündigungsgrundes sowohl für Arbeitgeber als auch für Arbeitnehmer nur schwer einzuschätzen. Diese Unsicherheit beruht auf mehrere Ursachen, die im Folgenden aufgezeigt werden sollen. Anschließend sollen die Ansätze der Rechtsprechung, diese Risiken einzudämmen, herausgearbeitet werden.

#### **1. Generalklauselartige Fassung der gesetzlich formulierten Kündigungstatbestände**

Eine der Hauptursachen der bestehenden Rechtsunsicherheit und des beinahe unmöglich zu prognostizierenden Ausgangs des Kündigungsschutzprozesses ist die bewusst unbestimmte Formulierung der Kündigungstatbestände. Bei dem Begriff der „sozial ungerechtfertigten“ Kündigung im Sinne des § 1 Abs. 1 KSchG handelt es sich rechtsdogmatisch um einen sog. „unbestimmten Rechtsbegriff“<sup>424</sup>, der allerdings durch die Aufzählung der einzelnen Kündigungsgründe „in der Person“ bzw. „in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegend“ bzw. „durch dringende betriebliche Erfordernisse“ des § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG eingegrenzt und konkretisiert wird. Diese Begriffe stellen selbst wiederum solche unbestimmten Rechtsbegriffe<sup>425</sup> oder auch Generalklauseln<sup>426</sup> dar. Solcher abstrakter, inhaltlich nicht näher bestimmter Begriffe bedient sich der Gesetzgeber oft, um mit einer Regelung eine Vielzahl von Sachverhalten erfassen zu können und um das Recht in Bezug auf neue oder sich ändernde Anforderungen flexibel zu halten<sup>427</sup>. Gerade das Arbeitsrecht kann wegen der Fülle der auftretenden Konstellationen gesetz-

<sup>424</sup> BAG, Urt. v. 07.03.1980, AP KSchG, 1969, § 1 betriebsbedingte Kündigung Nr. 9; Kittner/Däubler/Zwanziger-Kittner, KSchR, § 1, Rn. 42; a. A. ErfKomm-Ascheid, § 1 KSchG, Rn. 109 „rechtstechnischer Begriff“.

<sup>425</sup> Kittner/Däubler/Zwanziger-Kittner, KSchR, § 1 Rn. 42; *Stahlhacke/Preis*, Kündigungsschutz, Rn. 614.

<sup>426</sup> KR-Etzel, § 1 KSchG, Rn. 201; HaKo-Fiebig, KSchG, § 1 Teil C, Rn. 139.

<sup>427</sup> *Rüthers*, Rechtslehre, Rn. 177.

geberisch nur durch die Verwendung solcher unbestimmten Rechtsbegriffe und Generalklauseln bewältigt werden. Die Anwendung solcher Begriffe auf einen konkreten Sachverhalt bereitet allerdings oft Schwierigkeiten, da deren Inhalt erst durch Auslegung, also durch Erforschung ihres Sinns<sup>428</sup>, ermittelt werden muss. Die Auslegung kann ihrerseits problematisch sein, da sich selbst unter Zuhilfenahme der gängigen Auslegungsmethoden<sup>429</sup> nicht immer ein eindeutiges Auslegungsergebnis erzielen lässt. Erfahrungsgemäß stoßen alle Auslegungsmethoden bei der näheren Konkretisierung von unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln insofern an ihre Grenzen, als damit nur der äußere Rahmen festgelegt werden kann, an dem sich die Einzelfallentscheidung zu orientieren hat. Hinzu kommt, dass die Anwendung des Rechtsbegriffs im Einzelfall damit verbunden ist, eine Wertung vorzunehmen, bei der unterschiedliche Gesichtspunkte berücksichtigt und gegeneinander abgewogen werden müssen<sup>430</sup>. Eine rechtssicherere Handhabung dieser Begriffe kann daher nur durch seine Konkretisierung anhand von Fallgruppen erzielt werden<sup>431</sup>.

## 2. Konzept des nachträglichen Kündigungsschutzes

Ein weiterer Ungewissheitsfaktor, der beide Parteien betrifft, wird durch die dogmatische Ausgestaltung des KSchG verursacht. Wie sich aus der historischen Entwicklung des KSchG und insbesondere der Regelung des § 4 KSchG<sup>432</sup> (Anrufung des Arbeitsgerichts) ergibt, beruht das KSchG auf dem Grundsatz der nachträglichen Überprüfung der Kündigung<sup>433</sup>. Dieser Grundsatz besagt, dass die Arbeitsvertragsparteien nur im Nachhinein durch Erhebung einer Kündigungsschutzklage – innerhalb einer bestimmten Frist - rechtsverbindlich klären können, ob die Kündigung wirksam ist und das Arbeitsverhältnis dadurch beendet wurde oder ob sie unwirksam war und

<sup>428</sup> Palandt-*Heinrichs*, BGB, Einl. Rn. 40 ff. ; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 134.

<sup>429</sup> Auf diese wird ausführlich in Teil 4 E eingegangen.

<sup>430</sup> Kittner/Däubler/Zwanziger-*Kittner*, KSchR, § 1 Rn. 42.

<sup>431</sup> BVerfG, Urt. v. 25.01.1984, BVerfGE, 66, S. 116, 138ff.

<sup>432</sup> *Preis*; *Prinzipien*, S. 57.

<sup>433</sup> Dementsprechend ist auch die Kündigungsschutzklage nach zutreffender h. M. als Feststellungsklage anzusehen. Mit dieser wird mit Wirkung ex tunc festgestellt, ob die Kündigung im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung oder Ablauf der Kündigungsfrist wirksam oder unwirksam war und das Arbeitsverhältnis damit fortbestanden hat oder beendet wurde; vgl. zur Rechtsnatur der Kündigungsschutzklage schon oben Teil 3 B II Nr. 3 c.

das Arbeitsverhältnis von der Kündigung nicht berührt wurde. Die Arbeitsvertragsparteien haben insbesondere keine Möglichkeit, sich bereits im Zeitpunkt der Kündigung über das Bestehen bzw. Weiterbestehen des Arbeitsvertrages Klarheit zu verschaffen. Es besteht kein „vorgeschalteter“ Kündigungsschutz dahingehend, dass der Arbeitgeber vor Ausspruch der Kündigung ein behördliches oder gerichtliches Genehmigungsverfahren, welches die Wirksamkeit der Kündigung antizipieren würde, durchführen müsste<sup>434</sup>. Wie bereits ausgeführt, hat der Gesetzgeber auch ganz bewusst das unter der Geltung des BRG noch existierende Einspruchsbilligungsverfahren durch den Betriebsrat, welches in Richtung einer „Vorabprüfungsinstanz“ zu begreifen war, abgeschafft<sup>435</sup>. An dem Grundsatz der nachträglichen Überprüfung der Kündigung ändert sich auch durch das oben bereits zitierte Weiterbeschäftigungsurteil<sup>436</sup> des Großen Senats des BAG nichts. Dieses vermag zwar dazu führen, dass zu Unrecht gekündigte Arbeitnehmer vermehrt an ihren alten Arbeitsplatz zurückkehren. Dennoch lässt sich insbesondere der Vorschrift des § 11 KSchG (Anrechnung auf vergangenen Zwischenverdienst) eindeutig entnehmen, dass das KSchG von einer vorläufigen Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses ausgeht, mag die Unterbrechungsdauer - durch vorläufige Weiterbeschäftigung nach erstinstanzlichem Obsiegen - künftig auch kürzer ausfallen<sup>437</sup>. In diesem Zusammenhang erwachsen weitere Schwierigkeiten daraus, auf welcher Rechtsgrundlage die Vergütung für „in der Zwischenzeit“ geleistete Dienste geschuldet wird<sup>438</sup>. Bis zur endgültigen Klärung über das Bestehen des Arbeitsverhältnisses sind die Parteien daher weiterhin auf einen möglicherweise jahrelang dauernden Prozess angewiesen.

---

<sup>434</sup> Vgl. *Boecken/Topf*, RdA 2004, 19, 22.

<sup>435</sup> Vgl. hierzu oben Teil 3 B I 1.

<sup>436</sup> Vgl. oben unter Teil 2 II a bb u. b bb.

<sup>437</sup> *Preis*, Prinzipien, S. 58.

<sup>438</sup> Dies hängt insbesondere von der Rechtsnatur ab, die man dem Weiterbeschäftigungsverhältnis zukommen lassen will. Teilweise wird in dem Weiterbeschäftigungsverhältnis die auflösend bedingte Fortsetzung des ursprünglichen Arbeitsverhältnisses gesehen, nach dem sich dann auch die entsprechende Vergütung für die in der Zwischenzeit geleistete Arbeit richtet. Bezweckt das Weiterbeschäftigungsangebot aber nur die Abwendung der Zwangsvollstreckung aus einem Weiterbeschäftigungsurteil, so sollen die allgemeinen Bestimmungen des Bereicherungsrechts die gegenseitigen Ansprüche der Arbeitsvertragsparteien regeln, vgl. *V. Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG, § 4 Rn. 104 ff.

### 3. Der Verzugslohnanspruch nach § 615 S. 1 BGB

Weiterer Unsicherheitsfaktor im Kündigungsschutzprozess, der die Arbeitgeber mit teilweise existentiellen Sorgen belegt, ist die Vorschrift des oben in Teil 2 bereits dargestellten § 615 S. 1 BGB. Dieser beinhaltet die Rechtsfolgen des Annahmeverzugs des Arbeitgebers in Abweichung zu den allgemeinen Regelungen des Schuldrechts. Danach läuft der Arbeitgeber grundsätzlich Gefahr, dem Arbeitnehmer im Falle der Unwirksamkeit der Kündigung für den Zeitraum der Prozessdauer den gesamten Bruttolohn bezahlen zu müssen, ohne aber seinerseits die Arbeitsleistung erhalten zu haben. Dieses ohnehin schon wegen der u. U. jahrelangen Prozessdauer schwerwiegende Risiko erhöht sich zusätzlich noch durch die vom BAG aufgestellten Grundsätze, dass der Arbeitgeber den Annahmeverzug ausschließlich durch Rücknahme der Kündigung beenden kann<sup>439</sup>.

## II. Auswirkungen auf die Sphäre des Arbeitnehmers

### 1. Allgemeines Prozessrisiko

Auf dem Arbeitnehmer lastet grundsätzlich das Risiko, im Kündigungsschutzprozess gegenüber dem Arbeitgeber zu unterliegen. Dieses „normale“ d. h. jedem gerichtlichen Prozess immanente Risiko wird durch die oben dargestellte häufige Verwendung unbestimmter und damit auslegungsbedürftiger Rechtsbegriffe erheblich erhöht. Die zu den einzelnen Kündigungsgründen bislang ergangene Rechtsprechung ist trotz der fortgeschrittenen Herausbildung von Fallgruppen und kündigungsschutzrechtlichen Grundprinzipien<sup>440</sup> selbst für den Rechtskundigen kaum durchschaubar.

### 2. Rechtswirkungen einer (unwirksamen) Kündigung

Das oben beschriebene Prinzip des nachträglichen Kündigungsschutzes hat mehrere negative Konsequenzen für den Arbeitnehmer. Nach Ablauf der Kündigungsfrist bzw. nach Zugang der außerordentlichen Kündigung wird der Arbeitnehmer in der Regel nicht weiterbeschäftigt, d. h. er muss seinen Arbeitsplatz zunächst einmal räumen. Er wird damit arbeitslos und be-

<sup>439</sup> Grundlegend hierzu bereits oben Teil 2 C II.

<sup>440</sup> Diese werden unter Teil 4 C I vorgestellt und unter Teil 4 D I bewertet.

kommt - sofern er die Voraussetzungen erfüllt - Arbeitslosengeld, welches in der Regel 60/67 % des ursprünglichen Gehalts ausmacht. Selbst für den Fall einer späteren gerichtlichen Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung, also trotz fortbestehenden Arbeitsverhältnisses, kann die u. U. jahrelange faktische Unterbrechung zu seinem tatsächlichen Ausscheiden aus dem Betrieb führen. Sofern der Arbeitnehmer in der Zwischenzeit keine andere Arbeitsstelle angetreten hat, ist dies dann oft auch mit dem endgültigen Verlust des Arbeitsplatzes und einem hieraus resultierenden sozialen Abstieg verbunden.

### III. Auswirkungen auf die Sphäre des Arbeitgebers

#### 1. Prozessrisiko

Auch der Arbeitgeber unterliegt dem durch die generalklauselartige Fassung der Kündigungstatbestände und der teilweise unübersichtlichen Rechtsprechung bedingten erhöhten Prozessrisiko des Kündigungsschutzprozesses. Zu seinen Lasten gehen darüber hinaus noch die von der Rechtsprechung geforderten hohen Anforderungen an die Darlegung der Kündigungsgründe sowie deren Beweis<sup>441</sup>. Wegen dieser Schwierigkeiten ist es dem Arbeitgeber praktisch unmöglich, seine Erfolgsaussichten im Kündigungsschutzprozess vorauszusehen.

#### 2. Annahmeverzugslohnanspruch des Arbeitnehmers nach § 615 Satz 1 BGB

Mit diesen Risiken kumuliert das Annahmeverzugsrisiko aus § 615 BGB. Bei gerichtlich festgestellter Unwirksamkeit der Kündigung schuldet der Arbeitgeber Verzugslohn für die gesamte Prozessdauer. Dieses Risiko wird

---

<sup>441</sup> So ist der Arbeitgeber grundsätzlich gehalten, konkrete Tatsachen, die das Vorliegen eines Kündigungsgrundes begründen können, vorzutragen und auch zu beweisen. An diesen Vorgaben scheitern eine Vielzahl von Arbeitgebern im Kündigungsschutzprozess. Erforderlich ist beispielsweise eine nach Zeit und Ort substantiierte Darlegung des vertragswidrigen Verhaltens des Arbeitnehmers, die Durchführung einer formgerechten Abmahnung (soweit erforderlich) sowie im Falle der betriebsbedingten Kündigung die genaue Darlegung der externen Faktoren wie auch der innerbetrieblichen Gründe. Schlagwortartige Behauptungen, wie etwa der Arbeitnehmer sei „wiederholt abgemahnt“ oder ständig „gerügt worden“ oder der Hinweis auf „Umsatzrückgang“ oder „Auftragsmangel“, genügen nicht; vgl. V. *Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG, § 1 Rn. 303, 303a m. N. z. Rspr.; *Dornbusch/Wolff-Volk*, KSchG, § 1, Rn. 387.

noch dadurch verstärkt, dass nach der Rechtsprechung des BAG der Annahmeverzug ohne Weiteres beginnt und keine Maßnahme - außer der Rücknahme der Kündigung - geeignet ist, den Annahmeverzug vor Erlass der letztinstanzlichen Entscheidung zu beenden. Für den Fall, dass der Arbeitnehmer für die Dauer des Kündigungsschutzprozesses weiterbeschäftigt wird, kommt lediglich eine Anrechnung wegen böswilligen Unterlassens nach § 615 S. 2 BGB in Betracht. Verzugsbeendigend wirkt ein solches Weiterbeschäftigungsangebot aber nicht. Der Verzugslohnanspruch des Arbeitnehmers kann daher im Hinblick auf die Dauer des Prozesses sehr belastend, im schlimmsten Fall sogar existenzvernichtend für kleinere und mittlere Unternehmen sein.

### **C. Risikoverringerungsmechanismen**

#### **I. Normkonkretisierung**

Um für die Arbeitsvertragsparteien zumindest ein wenig mehr Rechtssicherheit zu schaffen, hat die Rechtsprechung ihre Aufgabe zur Ausfüllung der unbestimmten Rechtsbegriffe und Generalklauseln wahrgenommen und nach und nach einige kündigungsschutzrechtliche Prinzipien sowie eine an häufig wiederkehrenden Sachverhaltskonstellationen orientierte Kasuistik entwickelt, anhand derer das Ergebnis des konkreten Kündigungssachverhalts zumindest in Ansätzen vorhersehbar gemacht werden kann.

Nach ständiger Rechtspraxis sind – zunächst ungeachtet des konkreten Kündigungsgrundes - im Wesentlichen drei Prinzipien bei der Beurteilung der Wirksamkeit einer Kündigung bzw. deren Sozialgerechtigkeit zu beachten. Jede Kündigung ist grundsätzlich eine Prognoseentscheidung<sup>442</sup> und kommt erst dann in Betracht, wenn kein milderes Mittel zur Verfügung steht (sog. ultima-ratio-Prinzip). Als dritte Voraussetzung einer ordentlichen Kündigung wurde eine allgemeine Interessenabwägung hinzugefügt, die den jeweiligen Besonderheiten des Falles gerecht werden soll<sup>443</sup>. Diese Prinzipien sind letztlich alle Ausprägungen des Arbeitsrecht auch außerhalb

<sup>442</sup> *Stahlhacke/Preis*, Kündigungsschutz, Rn. 618.

<sup>443</sup> *Gamillscheg*, die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, S. 86ff; für den Fall der betriebsbedingten Kündigung findet mittlerweile nur noch eine eingeschränkte Interessenabwägung statt, vgl. BAG, Urt. v. 16.01.1987, AP § 1 KSchG 1969 Nr. 42 Betriebsbedingte Kündigung.

des Kündigungsrechts beherrschenden Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit<sup>444</sup>.

#### 1. Kündigungsgrund „in der Person des Arbeitnehmers liegend“

Ein Katalog feststehender personenbedingter Kündigungsgründe besteht nicht. In der Rechtsprechung haben sich aber einige typische Fallkonstellationen ergeben, die personenbedingte Kündigungen sozial rechtfertigen können. Hierzu zählen insbesondere Krankheit<sup>445</sup>, Alkohol- und Drogensucht sowie die (körperliche und geistige) Eignung des Arbeitnehmers<sup>446</sup>. Die Anwendung der oben beschriebenen Prinzipien auf den personenbedingten Kündigungsgrund bewirkt, dass die Wirksamkeit einer solchen Kündigung in mehreren Stufen geprüft wird.

Zunächst ist die Erstellung einer negativen Prognose hinsichtlich der künftigen Erbringung der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer erforderlich. Danach ist zu prüfen, ob die entstandenen und prognostizierten Fehlzeiten zu einer erheblichen Beeinträchtigung betrieblicher Interessen führen. Anschließend ist in der dritten Stufe bei der Interessenabwägung zu prüfen, ob die erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen zu einer unzumutbaren Beeinträchtigung des Arbeitgebers führt<sup>447</sup>. Innerhalb der einzelnen Abwägungsstufen existieren wiederum von der Rechtspraxis entwickelte Richtgrößen, anhand derer die Beurteilung des Einzelfalls ausgerichtet werden kann. Insbesondere müssen die prognostizierten Fehlzeiten des Arbeitnehmers eine gewisse Mindestzeit<sup>448</sup> erreichen, unterhalb deren Schwelle eine soziale Rechtfertigung vor Gericht nur wenig Aussicht auf Erfolg hat.

#### 2. Kündigungsgrund „in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegend“

Auch für den verhaltensbedingten Kündigungsgrund haben sich einige häufig auftretende Fallgruppen entwickelt. Dazu zählen beispielsweise die Ab-

<sup>444</sup> Kittner/Däubler/Zwanziger-Kittner, KSchR, § 1, Rn. 50.

<sup>445</sup> Hier hat sich die Kategorisierung in „häufige Kurzkrankheiten lang andauernde Erkrankung, dauerhafte Leistungsunfähigkeit und erhebliche krankheitsbedingte Leistungsminderung“ herausgebildet, vgl. Dornbusch/Wolff-Günther, KSchG, § 1, Rn. 80.

<sup>446</sup> Ausführlich zu den einzelnen Fällen Dornbusch/Wolff-Günther, KSchG, § 1, Rn. 76 ff.

<sup>447</sup> Dornbusch/Wolff-Günther, KSchG, § 1 Rn. 62 ff.

<sup>448</sup> ErfKomm-Ascheid, § 1 KSchG, Rn. 233.



werbung, die Nichtvorlage von Arbeitspapieren, Arbeitsverweigerung, die Begehung von Vermögensdelikten, sexuelle Belästigung, Unpünktlichkeit, eigenmächtiger Urlaubsantritt, etc. Die Überprüfung der Rechtswirksamkeit einer solchen Kündigung erfolgt wiederum dreistufig. Zunächst muss der Arbeitnehmer eine arbeitsvertragliche Pflicht verletzt haben. Das pflichtwidrige Verhalten des Arbeitnehmers muss auch für die Zukunft zu befürchten sein. Als dritte Stufe erfolgt wiederum eine Interessenabwägung, bei der die Interessen des Arbeitnehmers an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes und die Interessen des Arbeitgebers an der Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegeneinander abgewogen werden<sup>449</sup>. Die Interessen, die nach der Rechtsprechung anerkanntermaßen auf Arbeitnehmer und Arbeitgeberseite mitberücksichtigt werden, sind ebenfalls typisiert worden<sup>450</sup>. Für die Wirksamkeit einer verhaltensbedingten Kündigung ist regelmäßig die Aussprache einer auf ein entsprechendes Fehlverhalten bezogene Abmahnung des Arbeitnehmers erforderlich.

### 3. Kündigungsgrund „durch dringende betriebliche Erfordernisse“

Auch der inzwischen den Löwenanteil arbeitgeberseitiger Kündigungen ausmachende Kündigungsgrund des sog. „betrieblichen Grundes“ ist durch einige richtungweisende Prinzipien und Fallgruppen näher konkretisiert worden. Eine betriebsbedingte Kündigung kommt nur dann in Betracht, wenn „dringende betriebliche Erfordernisse“ eine Kündigung notwendig machen. Wie die Wortbedeutung dieses Begriffes schon nahe legt, ist die vom Arbeitgeber in diesem Fall zu überwindende Hürde groß. Die Rechtsprechung fordert in konsequenter Umsetzung oben genannter Prinzipien, dass sich die Kündigung praktisch als unausweichliche Folge der betrieblichen Erfordernisse darstellt<sup>451</sup>. Der Arbeitgeber ist zunächst gehalten, alle ihm zumutbaren alternativen organisatorischen, wirtschaftlichen oder tech-

<sup>449</sup> Dornbusch/Wolff-Günther, KSchG, § 1 Rn. 143ff.

<sup>450</sup> Seitens des Arbeitnehmers sind als schützenswerte Interessen anerkannt: die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Alter, Unterhaltspflichten, Grad der Verschuldens, Chancen auf dem Arbeitsmarkt, besondere soziale Schutzwürdigkeit. Seitens des Arbeitgebers werden die Störung des Betriebsablaufs, Wiederholungsgefahr, Vermögensschaden, Schutz der Belegschaft und Gefahr für Arbeits- und Betriebsdisziplin berücksichtigt, vgl. Dornbusch/Wolff-Günther, KSchG, § 1 Rn. 150 ff.

<sup>451</sup> Kittner/Däubler/Zwanziger-Kittner, KSchG, § 1, Rn. 278.

nischen Maßnahmen durchzuführen, bevor er eine (außer<sup>452</sup>- oder innerbetrieblich<sup>453</sup> bedingte) Kündigung ausspricht<sup>454</sup>. Tendenziell stellen die Gerichte auch hier an Darlegung und Beweis eines solchen Umstandes hohe Anforderungen.

Am schwierigsten zu prognostizieren und handhabbar zu machen ist allerdings das Kriterium der Sozialauswahl des § 1 Abs. 3 bis 5 KSchG. Zwar ist seit dem 1. Januar 2004 der Katalog der zu berücksichtigenden Sozialdaten (Dauer der Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Unterhaltspflichten, Schwerbehinderung<sup>455</sup>) wieder gesetzlich festgelegt. Damit ist die Bestimmung des Kreises der in die Sozialauswahl einzubeziehenden Arbeitnehmer zwar erleichtert worden. Allerdings existiert für die Gewichtung der einzelnen Sozialdaten und deren Verhältnis zu einander kein durch die Rechtsprechung näher konkretisierter verbindlicher Bewertungsmaßstab<sup>456</sup>. Insofern verbleibt bei der Entscheidung im Einzelfall bezüglich der konkret ausgewählten Person ein erhebliches Restrisiko.

Darüber hinaus ergeben sich auch in Bezug auf die Darlegungs- und Beweislast für beide Parteien Schwierigkeiten. Diese resultieren daraus, dass sie jeweils keinen Einblick in die Sphäre des anderen haben. So ist der Arbeitgeber zunächst gehalten, die konkreten Sozialdaten der einzelnen Arbeitnehmer vor Ausspruch der betriebsbedingten Kündigung zu ermitteln, wofür eine (möglichst schriftliche) Befragung jedes einzelnen Arbeitnehmers erforderlich ist<sup>457</sup>. Andererseits obliegt dem Arbeitnehmer, will er sich auf eine mangelnde Sozialauswahl stützen, zunächst auch die Darlegungs- und Beweislast für die die Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl begründenden Tatsachen (welche Arbeitnehmer sind „vergleichbar“ etc.)<sup>458</sup>. Diese Schwierigkeiten hat die Rechtsprechung zwar durch das System der „abgestuften

<sup>452</sup> In Diskussion stehen hier insbesondere Arbeitsmangel, Auftragsrückgang, Wegfall von Drittmitteln, Gewinneinbrüche und Insolvenz.

<sup>453</sup> Darunter fallen Abbau und Änderung von Arbeitsplätzen, Betriebseinschränkung, Wechsel des Betriebsinhabers, Betriebsstilllegung, Rationalisierungsmaßnahmen,

<sup>454</sup> st. Rspr. des BAG, vgl. beispielsweise BAG 30.05.1985, NZA 1986, 155ff.; Kittner/Däubler/Zwanziger-Kittner, KSchG, § 1, Rn. 281 m. w. N.

<sup>455</sup> Dieses Kriterium wurde mit dem Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt neu in den Katalog aufgenommen.

<sup>456</sup> Dornbusch/Wolff-Günther, KSchG, § 1, Rn. 535.

<sup>457</sup> Dornbusch/Wolff-Günther, KSchG, § 1 Rn. 534.

<sup>458</sup> Vgl. § 1 Abs. 3 S. 3 KSchG.

Darlegungs- und Beweislast<sup>459</sup> abgeschwächt. Danach erhöhen sich die Anforderungen an die Darlegungslast einer Partei erst, wenn die andere Partei mit einem entsprechenden Grad an Substantiierung auf den ursprünglichen Vortrag der darlegungs- und beweispflichtigen Partei reagiert.

Eine gewisse Erleichterung schafft auch die ständige Rechtsprechung des BAG zur Überprüfbarkeit unternehmerischer Entscheidungen<sup>460</sup>. Danach ist eine unternehmerische Entscheidung für ein bestimmtes Personalkonzept als innerbetriebliche Organisationsentscheidung zu akzeptieren. Als eine solche Entscheidung ist es auch anzusehen, wenn der Arbeitsgeber sich entschließt, künftig mit weniger Arbeitnehmern auszukommen. Diese Entscheidung ist dem Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung immer vorausgeschaltet. Die Gerichte, so das BAG, könnten diese Entscheidung ausschließlich daraufhin überprüfen, ob sie offensichtlich unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist<sup>461</sup> sind. Auf ihre sachliche Rechtfertigung oder Zweckmäßigkeit kommt es somit nicht an.

#### 4. Außerordentliche Kündigungen

Außerordentlichen Kündigungen werden ebenfalls in mehreren schematischen Schritten überprüft. Häufigster Anwendungsfall in der Praxis ist die außerordentliche verhaltensbedingte Kündigung<sup>462</sup>. Grundsätzlich können außerordentliche verhaltensbedingte Kündigungen durch dasselbe Fehlverhalten wie verhaltensbedingte ordentliche Kündigungen ausgelöst werden<sup>463</sup>. Die sich bislang entwickelten Fallgruppen zu ordentlichen verhaltensbedingten Kündigungen sind daher auch auf außerordentliche Kündigungen übertragbar. Um das Tatbestandsmerkmal des „wichtigen Grundes“ im Sinne des § 626 BGB auszufüllen zu können, muss das Fehlverhalten des Arbeitnehmers allerdings schwerer wiegen als bei einem Sachverhalt, der eine ordentliche Kündigung rechtfertigen würde. Damit soll dem Ausnahmecharakter der außerordentlichen Kündigung Rechnung getragen wer-

<sup>459</sup> Vgl. BAG; Urt. v. 23.03.1983, AP § 1 KSchG 1969, Nr. 12 Betriebsbedingte Kündigung; BAG, Urt. v. 24.02.2000, EzA § 102 BetrVG 1972, Nr. 104.

<sup>460</sup> Vgl. etwa BAG, Urt. v. 24.04.1997, NZA 1997, 1047ff., BAG, Urt. v. 12.08.1999, NZA 2000, 30, 31.

<sup>461</sup> BAG, Urt. v. 24.04.1997, NZA 1997, 1047-1050, 1048; BAG, Urt. v. 12.08.1999, NZA 2000, 30, 31.

<sup>462</sup> HaKo-Fiebig, KSchG, § 1 Rn. 307.

<sup>463</sup> ErfKomm-Ascheid, § 1 KSchG, Rn. 325.

den<sup>464</sup>. Darüber hinaus besteht auch in zeitlicher Hinsicht ein wichtiger Unterschied zur ordentlichen Kündigung. Dem Arbeitgeber muss die Weiterbeschäftigung aufgrund der Gefahr weiterer Vertragspflichtverletzungen oder fortdauernder Beeinträchtigungen *ab sofort* unzumutbar sein, während es bei der ordentlichen Kündigung auf den Zeitpunkt *nach Ablauf der Kündigungsfrist* ankommt. Ob die sofortige Beendigung im Einzelfall gerechtfertigt ist, ist anhand einer Interessenabwägung zu beurteilen. Bei dieser sind auch die Auswirkungen der fristlosen Beendigung für das weitere Berufsleben des Arbeitnehmers zu berücksichtigen<sup>465</sup>.

## II. Auslegung

Die Analyse der Vorschriften über den Annahmeverzug des Gläubigers nach §§ 293 ff. BGB hat ergeben, dass die besondere Situation des Arbeitsverhältnisses vor allem in Bezug auf das gekündigte Arbeitsverhältnis eine Anpassung der allgemeinen Verzugsregeln erforderlich macht. Diese Anpassung erfolgt im Wege der Auslegung der Verzugsvorschriften.

Ohne an dieser Stelle bereits auf die genaue Begriffsdefinition der Auslegung und deren einzelne Methoden eingehen zu wollen<sup>466</sup>, bedeutet dies, dass sich die Voraussetzungen des Annahmeverzugs des Arbeitgebers, insbesondere dessen Beginn und Ende im gekündigten Arbeitsverhältnis, einerseits an Sinn und Zweck der allgemeinen Verzugsvorschriften und deren systematischen Zusammenhangs orientieren sollten, andererseits aber auch die spezifische Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses und die widerstreitenden Interessen Berücksichtigung finden sollten.

Das BAG wendet, wie oben bereits ausgeführt, nunmehr unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung, auf den Beginn des Verzugs des Arbeitgebers § 296 BGB an<sup>467</sup>. Danach kommt der Arbeitgeber spätestens mit Zugang der außerordentlichen Kündigung bzw. mit Ablauf der Kündigungsfrist seinen kalendarisch bestimmten Mitwirkungshandlungen nicht mehr nach und kommt damit unweigerlich in Verzug der Annahme. Eines Angebots des

<sup>464</sup> HaKo-Fiebig, KSchG, § 1 Rn. 309.

<sup>465</sup> HaKo-Fiebig, KSchG, § 1 Rn. 309.

<sup>466</sup> Siehe hierzu ausführlich unten Teil 4 F.

<sup>467</sup> Vgl. hierzu oben unter Teil 2 C IV 2 c.

Arbeitnehmers bedarf es in der Regel nicht mehr<sup>468</sup>. Darüber hinaus hat das BAG auch in Bezug auf die Beendigung des Annahmeverzugs des Arbeitgebers verbindliche Vorgaben gemacht. Danach kann der Arbeitgeber den Annahmeverzug nicht allein dadurch beenden, dass er dem Arbeitnehmer anbietet, ihn für die Dauer des Kündigungsrechtsstreits weiter zu beschäftigen. Dies gilt selbst dann, wenn dieses Angebot in Form eines bedingten oder befristeten Vertrages unterbreitet wird. Aus Sinn und Zweck der Vorschriften des allgemeinen Annahmeverzugs will das BAG das zusätzliche Erfordernis entnehmen, dass sich der Arbeitgeber gleichzeitig von seiner Kündigung distanzieren müsse, indem er diese ausdrücklich gegenüber dem Arbeitnehmer zurücknimmt. Nur dann nehme der Arbeitgeber die Leistung des Arbeitnehmers als Erfüllung des ursprünglichen Vertrages an.

### III. Richterliche Rechtsfortbildung

Neben der Auslegung von Gesetzen steht den Gerichten unter engen Voraussetzungen auch die Kompetenz zur sog. richterlichen Rechtsfortbildung zu. Die demokratische Legitimation der Rechtsordnung sowie der Gewaltenteilungsgrundsatz und das Rechtsstaatsprinzip gebieten, dass das Institut der Rechtsfortbildung nur dann angewendet werden darf, wenn die Auslegung zu keinem Ergebnis führt<sup>469</sup>. Zwingende Voraussetzung ist daher das Vorhandensein einer Gesetzeslücke, welche sich auch unter Berücksichtigung aller Lösungen und Wertungen des geltenden Rechts nicht schließen lässt<sup>470</sup>. Wie bereits in Teil 2 dargestellt wurde, versucht die Rechtsprechung, die dem Kündigungsschutzprozess immanenten Risiken durch Anerkennung eines allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruchs zu Gunsten des Arbeitnehmers entgegenzuwirken<sup>471</sup>. Ein solcher steht dem Arbeitnehmer spätestens mit Erlass des erstinstanzlichen, die Unwirksamkeit der Kündigung feststellenden Urteils zu. Damit kann der Arbeitnehmer zunächst trotz Kündigung in relativ kurzer Zeit wieder an seinen Arbeitsplatz zurückkeh-

<sup>468</sup> Vgl. oben Teil 2 C. In der Literatur wird teilweise bestritten, dass das BAG die Verzugsvorschriften „ausgelegt“ habe. Mit seiner Rechtsprechung zu § 296 BGB habe es vielmehr einen mit Art. 20 Abs. 3 GG nicht vereinbaren „gesetzesähnlichen Leitsatz“ aufgestellt. Dieser habe nur zum Ziel, dem zu Unrecht gekündigten Arbeitnehmer eine „Wohltat“ zu erweisen, vgl. *Wolf/Neumaier*, SAE 1986, 13, 14.

<sup>469</sup> Vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 187 ff.

<sup>470</sup> *Wank*, RdA 1987, 129, 151.

<sup>471</sup> Siehe hierzu bereits unter Teil 2 C II.

ren. Um diesen Anspruch auch prozessual abzusichern, ist der Arbeitnehmer berechtigt, den Weiterbeschäftigungsanspruch gleichzeitig mit Erhebung der Kündigungsschutzklage<sup>472</sup> oder durch einstweilige Verfügung<sup>473</sup> geltend zu machen. Heftig umstritten ist dabei die Frage, ob das BAG den allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch tatsächlich, wie dies der Entscheidung des Großen Senats zu entnehmen ist, im Wege der Auslegung bzw. „Anwendung bereits anerkannter Rechtsgrundsätze“<sup>474</sup> geschaffen hat oder ob die Grenzen der Auslegung überschritten wurden und tatsächlich vom Vorliegen einer richterliche Rechtsfortbildung auszugehen ist. Letzgenannter Ansicht ist jedenfalls die überwiegende Anzahl der Literaturstimmen<sup>475</sup>. Diese Literaturmeinungen zweifeln allerdings auch an den einleitend beschriebenen Voraussetzungen. Wie sich aus § 102 Abs. 5 BetrVG ergebe, habe der moderne Gesetzgeber das Problem des Weiterbeschäftigungsanspruchs erkannt und sich bewusst gegen eine über den Regelungsgehalt des § 102 Abs. 5 BetrVG (Widerspruch des Betriebsrates und Kündigungsschutzklage) hinausgehende Ausdehnung im Sinne eines allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruches entschieden<sup>476</sup>. In einem solchen Fall liege keine Gesetzeslücke vor, sondern ein „beredtes Schweigen“ des Gesetzgebers, welches nach anerkannter Methodenlehre<sup>477</sup> einer Rechtsfortbildung grundsätzlich im Wege stehe<sup>478</sup>. Im Hinblick darauf, dass sich die Rechtspraxis aber unge-

<sup>472</sup> BAG, Urt. v. 27.02.1985, AP § 611 BGB Nr.14 Beschäftigungspflicht.

<sup>473</sup> Dies ist grundsätzlich möglich, vgl. LAG Berlin, Urt. v. 22.02.1991, BB 1991, S. 1050. Allerdings wird es häufig an dem für die Statthaftigkeit des einstweiligen Verfügungsverfahrens erforderlichen Verfügungsgrund fehlen, vgl. hierzu ausführlich *Dollmann*, BB 2003, 2681, 2682.

<sup>474</sup> So das BAG wörtlich im Urt. v. 27.02.1985, AP § 611 BGB Nr.14 Beschäftigungspflicht.

<sup>475</sup> Siehe beispielsweise, *Künzel*, BB 1989, 1261, 1267; *Adomeit*, NJW 86, 901, 902, *Herschel*, AuR 86, 159, 159; v. *Hoyningen-Huene* BB 86, 2133, 2138; *Bengelsdorf*, DB 1986, 168, 170; ders. gem. Anm. zu BAG, Urt. v. 04.09.1986 u. 10.03.1987, SAE 87, 251, 254; *Wank* RdA 87, 129, 150ff., der ausführlich auf die Voraussetzungen der Rechtsfortbildung (Vorhandensein einer Lücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des geltenden Rechts, Unterscheidung zwischen Lückenfeststellung und Lückenschießung) eingeht und zu dem Schluss kommt, dass der Gr. Senat mit seinem Beschluss Rechtsfortbildung betrieben habe, aber explizit ihren Rechtsfortbildungscharakter geleugnet hätte.

Nur der Gr. Senat selbst und ganz vereinzelt *Schumann* in NZA 1986, 688, 689 und *Hanau*, ZIP 86, 3, gehen davon aus, dass keine Rechtsfortbildung vorliegt. Die Autoren sind stattdessen der Meinung, dass in dem Beschluss des Gr. Senats die „prozessuale Realisierung des allgemeinen Beschäftigungsanspruchs“ zu sehen sei.

<sup>476</sup> *V. Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG, § 4 KSchG Rn. 100; *Wank* RdA 87, 129, 150ff.

<sup>477</sup> Vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 191, 192.

<sup>478</sup> *V. Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG, § 4 KSchG Rn. 100; dazu auch *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 191, 192.

achtet der möglichen Konsequenzen dieser Auseinandersetzung auf die Anerkennung des allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruches eingestellt und dieser Streit auch keine weiteren Auswirkungen auf den Untersuchungsgegenstand hat, muss hier keine abschließende Entscheidung getroffen werden. Zumindest lässt sich aber mit der Herleitung des allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruches aus dem allgemeinen Beschäftigungsanspruch wegen des offensichtlichen Wesensunterschieds dieser beiden Institute ein für das Vorliegen einer Rechtsfortbildung sprechender gewisser „Rechtsentwicklungsprozess“ nicht abstreiten. Die abschließende Regelung des § 102 Abs. 5 BetrVG spricht zudem gegen das Vorhandensein einer Gesetzeslücke, was die Kompetenz des BAG zur Rechtsfortsetzung zumindest zweifelhaft erscheinen lässt.

#### **IV. Gestattung einer prozessualen Ausnahmesituation**

Gleichzeitig mit der Auseinandersetzung mit der Zulässigkeit und der materiellen Voraussetzungen des allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruches hatte sich die Rechtsprechung wegen der hiermit verbundenen großen praktischen Bedeutung für die von einer Kündigung betroffenen Arbeitnehmer auch mit dem Problem zu befassen, inwieweit mit der Kündigungsschutzklage eine Klage auf Zahlung des Entgelts für die Dauer des gesamten Kündigungsschutzprozesses verbunden werden kann. Während das BAG in einer seiner ersten Entscheidungen zum Weiterbeschäftigungsanspruch<sup>479</sup> noch andeutete, dass über den Anspruch auf das Arbeitsentgelt im Allgemeinen erst nach dem Kündigungsschutzverfahren zu befinden sei<sup>480</sup>, brachte der Große Senat des BAG in seinem Weiterbeschäftigungsurteil von 1985 unmissverständlich zum Ausdruck, dass der Arbeitnehmer, der während des Kündigungsschutzprozesses trotz fortbestehendem Arbeitsverhältnisses nicht beschäftigt werde, den ihm nach § 615 BGB zustehenden Vergütungsanspruch schon im Kündigungsschutzprozess durch einen entsprechenden Leistungsantrag neben dem auf die Kündigung bezogenen Feststellungsan-

<sup>479</sup> Vgl. BAG AP § 611 BGB Nr. 5 Beschäftigungspflicht.

<sup>480</sup> Dies klingt zumindest im Wortlaut der Entscheidung, nach der die finanzielle Absicherung des gekündigten Arbeitnehmers in erster Linie durch die Arbeitslosenversicherung erfolge und sich erst nach Obsiegen des Arbeitnehmers die Abwicklung hinsichtlich des Entgelts dann nach §§ 615 BGB, 11 KSchG regle; vgl. Vgl. BAG AP § 611 BGB Nr. 5 Beschäftigungspflicht.



trag geltend machen kann<sup>481</sup>. Das Gericht kann daher vor Eintritt der Rechtskraft des die Unwirksamkeit der Kündigung feststellenden Urteils ein entsprechendes vorläufig vollstreckbares Leistungsurteil erlassen. Für den Arbeitgeber nachteilig ist hierbei insbesondere, dass die mit der Entscheidung über den allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch einhergehende positive Entscheidung über den Entgeltanspruch nach § 615 BGB impliziert, dass sich der Arbeitgeber im Annahmeverzug befindet und damit keine wirksame Kündigung vorliegt, obwohl darüber gerade noch nicht rechtskräftig entschieden wurde.

#### **D. Bewertung der Risikoverringerungsmechanismen**

Die vom Gesetz nur abstrakt durch „in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegend oder durch dringende betriebliche Erfordernisse“ beschriebenen Kündigungsgründe sind durch die Bildung oben aufgeführter Fallgruppen und Rechtsprinzipien sicherlich näher konkretisiert worden. Mehr Rechtssicherheit entsteht dadurch aber nur bedingt. Denn bei der Beurteilung des einzelnen Kündigungssachverhaltes bereitet die konsequente Einhaltung des Prognoseprinzips, welches bei allen Kündigungsgründen zu beachten ist, vor allem aus Arbeitgebersicht erhebliche Schwierigkeiten. Die zukünftige Entwicklung des Arbeitsverhältnisses und die Einschätzung der Auswirkungen der Störung auf den zukünftigen Verlauf des Arbeitsverhältnisses sind schwer vorhersehbar. Hinzu kommt, dass die Rechtsprechung zwar eine Interessenabwägung vorschreibt, aber keine Vorgaben darüber macht, in welchem Verhältnis diese Interessen zueinander stehen und wie sie jeweils zu gewichten sind. Die genau einzuhaltende Umsetzung des ultima – ratio – Prinzips führt im Ergebnis dazu, dass es für den Arbeitgeber beinahe unmöglich ist, sich mit gutem Gewissen einen seiner Ansicht nach für den Betrieb „untragbaren Arbeitnehmer“ zu trennen. Das mit Wirkung zum 13.08.2006 in Kraft getretene Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz<sup>482</sup> wird diese Wirkung noch vergrößern, da der Arbeitgeber zusätzlich noch die darin enthaltenen Regelungen zur Verhinderung von Benachteiligungen

---

<sup>481</sup> BAG, Urt. v. 27.02.1985, AP § 611 BGB Nr.14 Beschäftigungspflicht

<sup>482</sup> BGBl. 2006, S. 1897ff.

beachten muss<sup>483</sup>. Noch größer wird die Rechtsunsicherheit durch die Gerichte, die an Darlegung und Beweis der kündigungsbegründenden Tatsachen sehr hohe Anforderungen stellen. Will der Arbeitgeber diesen annähernd gerecht werden, sieht er sich einem kaum durchsichtigen Dickicht an formalen Erfordernissen (möglichst schriftliche Dokumentation aller kündigungsbegründenden Sachverhalte, hinreichend substantiierte Abmahnungsschreiben, Einhaltung der vorgegebenen Mindestfristzeiten, etc.) gegenüber. In diesem Zusammenhang wird daher auch zutreffender Weise vom „Lottoriecharakter“<sup>484</sup> des Kündigungsschutzprozesses gesprochen. Mehr Sicherheit erfährt der Arbeitgeber auch nicht durch die von der Rechtsprechung nunmehr praktizierte erweiterte Anwendung des § 296 BGB auf den Fall des gekündigten Arbeitsverhältnisses.

Dem Arbeitgeber werden dadurch umfassende Mitwirkungshandlungen auferlegt, was zur Folge hat, dass er den Eintritt des Annahmeverzugs praktisch kaum noch vermeiden kann, da sich die Rechtspraxis an diesen Vorgaben orientiert<sup>485</sup>. Auch die Beendigung dieses nunmehr unmittelbar mit Zugang der Kündigung bzw. Ablauf der Kündigungsfrist beginnenden Annahmeverzugs ist unter der gegebenen Rechtsprechungslage kaum denkbar. Selbst wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer anbietet, ihn für die Dauer des Kündigungsschutzprozesses weiter zu beschäftigen, so wird ihm zusätzlich aufgegeben, sich von der ausgesprochenen Kündigung zu distanzieren. Eine andere Möglichkeit, den Annahmeverzug zu beenden und damit dem Entgeltrisiko des § 615 BGB zu entkommen, verbleibt dem Arbeitgeber derzeit nicht.

Im Gegensatz dazu verringern sich die Risiken des Kündigungsschutzprozesses für den Arbeitnehmer gleich in mehrfacher Hinsicht. Sowohl Prognose- als auch ultima – ratio - Prinzip wirken sich letztlich zu Gunsten des Arbeitnehmers aus. Beide Prinzipien stellen sicher, dass die Kündigung tatsächlich nach allen anderen in Betracht kommenden Maßnahmen die „äu-

<sup>483</sup> Zu den einzelnen Kriterien siehe § 1 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, BGBl. 2006, S. 1897.

<sup>484</sup> *Rüthers*, NJW 2002, 1601, 1602, *MünchKomm-Schwerdtner*, BGB, 3. Auflage, § 622 Anh., Rn. 4.

<sup>485</sup> Insoweit gewinnen die vom BAG als letzte arbeitsgerichtliche Instanz entwickelten Fallnormen für die betriebliche Praxis gesetzesähnliche Geltung, vgl. *Rüthers*, NJW 2002, 1601, 1602.

berste“ ist. Dass der Ausschluss sämtlicher milderer Mittel auch tatsächlich eingehalten wird, wird zusätzlich durch die hohen Anforderungen an Darlegung und den Beweis aller kündigungsbegründenden Tatsachen und der Einhaltung aller formalen Vorgaben (Abmahnung etc.) erreicht. Eine erhebliche - im Ergebnis sicherlich auch gerechtfertigte - Erleichterung kommt dem Arbeitnehmer auch durch die prinzipielle Anerkennung des allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruches zu. Spätestens ab dem Zeitpunkt des Erlasses eines obsiegenden Feststellungsurteils in erster Instanz wird durch die in der Regel damit einhergehende positive Entscheidung über den Weiterbeschäftigungsanspruch das Hauptrisiko des Arbeitnehmers beseitigt. Dieses besteht, wie oben unter Teil 3 ausführlich dargestellt, im drohenden Verlust des Arbeitsplatzes und damit auch der sozialen und wirtschaftlichen Existenzgrundlage. Der Arbeitnehmer wird letztlich davor bewahrt, nicht wieder gutzumachende Nachteile zu erleiden, die daraus erwachsen würden, dass er bis zum Ende des Kündigungsrechtsstreits von der Arbeit ausgeschlossen wäre und eine Rückkehr in den Betrieb praktisch unmöglich wäre. Der Anspruch auf Weiterbeschäftigung kann im Wege der Klagehäufung neben dem Feststellungsantrag der Kündigungsschutzklage gestellt werden, obwohl noch keine rechtskräftige Entscheidung über die Unwirksamkeit der Kündigung vorliegt<sup>486</sup>. Gleiches gilt, wie oben aufgeführt, für den Entgeltanspruch aus § 615 BGB. Durch die vorläufige Anerkennung seines Verzuglohnanspruches aus § 615 BGB wird selbst die materielle Absicherung des Arbeitnehmers - wenn auch vorläufig - sichergestellt, so dass auch hier weitläufig die mit der Versorgung durch die Arbeitslosenversicherung verbundenen Nachteile abgeschwächt werden.

## **E. Ergebnis**

Die Bewertung der Risikoverringerungsmechanismen zeigt, dass diese – ungeachtet der Kritik an ihrer dogmatischen Herkunft und Zuordnung - ihre Bezeichnung nur teilweise verdient haben. Während aus Arbeitnehmersicht vor allem durch die Auslegung der Verzugsvorschriften und die Rechtsprechung zum allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch eine erhebliche Mi-

<sup>486</sup> Auffallend ist, dass von dieser Möglichkeit nur in den wenigsten Fällen Gebrauch gemacht wird, überwiegend wird die Kündigungsschutzklage nur mit Ziel erhoben, eine Abfindung zu erhalten, vgl. *Wank*, Sonderbeil. NZA 21/2003, 1, 4.

nimierung der Prozessrisiken stattfindet, sieht sich der Arbeitgeber dem eingangs erwähnten und jetzt offensichtlich werdenden Problem des „unbegrenzten Annahmeverzugs“ gegenüber. Unbegrenzt ist das Annahmeverzugsrisikos vor allem wegen der dargestellten Rechtsprechung zur Beendigung des Annahmeverzugs. Zur Existenzbedrohung schlechthin wird dieses Risiko, wenn man sich vor Augen führt, dass es u. U. zwei, drei oder sogar fünf Jahre dauern kann, bis über den Kündigungsrechtsstreit rechtskräftig entschieden ist. Damit kommt den Vorschriften über den Annahmeverzug unweigerlich die Funktion eines Druckmittels<sup>487</sup> zu, mit dem der Arbeitgeber zum Verzicht auf die Klärung über die Wirksamkeit der Kündigung und zum vorzeitigen Abschluss eines Abfindungsvergleichs gezwungen werden kann. Arbeitnehmer, Arbeitsrichter und Rechtsanwälte bedienen sich dieses Mittels gleichermaßen, jeweils im Sinne ihrer Interessen. Wie hoch der Vergleichsdruck tatsächlich ist, wird dadurch deutlich, dass beinahe 90 % aller Kündigungsschutzklagen durch Vergleichsabschluss beendet werden. Diese Situation entschärft sich auch nicht wesentlich dadurch, dass das BAG für den Fall, dass der Arbeitnehmer ein ihm zumutbares Weiterbeschäftigungsangebot ablehnt, u. U. die Anrechnungsvorschrift des § 615 S. 2 BGB bzw. § 11 S. 1 Nr. 2 KSchG anwenden will<sup>488</sup>. Der Druck für den Arbeitgeber bleibt aufrechterhalten, denn er kann sich nie sicher sein, ob in seinem konkreten Fall nun die Voraussetzungen für ein „böswilliges Unterlassen“ gegeben sind oder ob es bei der vollen Entgeltzahlung bleibt. Dadurch wird der ohnehin schon an Risiken nicht arme Kündigungsschutzprozess noch durch ein zusätzliches Element der Unsicherheit bereichert.

Als Ergebnis obiger Untersuchung lässt sich daher festhalten, dass sich nach derzeitiger Gesetzes- und Rechtsprechungslage zu Lasten der Arbeitgeber ein starkes Ungleichgewicht in der Risikoverteilung ergibt. Wie im Folgenden noch zu zeigen sein wird, ist dieses im Hinblick auf die besondere Situation des Kündigungsschutzprozesses und der Ausgestaltung des KSchG als Bestandschutzgesetzes sowie in Bezug auf verfassungsrechtlich garantierte Arbeitgeberrechte bedenklich.

---

<sup>487</sup> *Löwisch*, DB 1986, 2433, 2434; sinngemäß auch, *Boecken/Topf*, RdA 2004, 19, 20.

<sup>488</sup> Vgl. jüngst, BAG, Urt. v. 24.09.2003, DB 2004, 437ff.

Nachfolgend sollen daher ausgehend von den Risiken, denen jede Partei im Kündigungsschutzprozess unterliegt, anhand der Regelungen über den Annahmeverzug sowie unter Berücksichtigung der gesetzlichen Konzeption des Kündigungsschutzes als Bestandsschutzgesetz Ansätze gefunden werden, die letztlich zu einer gerechteren Verteilung der Prozessrisiken führt. Ziel dieses Teils soll sein, mit Hilfe dieser Ansätze die in der Literatur zutreffender Weise als „Zweckentfremdung des KSchG“<sup>489</sup> bezeichnete Entwicklung aufzuhalten.

## **F. Einbeziehung des Ungewissheitsrisikos für die Frage der Beendigung des Annahmeverzugs**

### **I. Auslegungsbedürftigkeit der Verzugsvorschriften**

Die bereits mehrfach zitierten Entscheidungen des BAG hinsichtlich der Beendigung des Annahmeverzugs sowie des Weiterbeschäftigungsanspruchs bieten vor dem Hintergrund des Problems des „unbegrenzten Annahmeverzugs“ des Arbeitgebers in mehrfacher Hinsicht Angriffsfläche. Insbesondere der Rückgriff auf die Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahre 1914, in der für die Frage der Beendigung des Annahmeverzugs allein an eine - wie sich zeigen wird zweifelhafte - „Natur des Verzugs“ angeknüpft wurde, ist dogmatisch fragwürdig. Zu diesem Zeitpunkt existierte das KSchG noch nicht und konnte folglich bei der Auslegung der Annahmeverzugsvorschriften auch keine Berücksichtigung finden.

Aus heutiger Sicht leiden der damalige Ansatz des Reichsgerichts und die sich hierauf heute noch berufende Rechtsprechung des BAG, wie noch zu zeigen sein wird, an einem methodischen Fehler. Um diesen Fehler ausmerzen, soll im Folgenden (erneut) der Versuch unternommen werden, die Vorschriften des Annahmeverzugs unter Einbeziehung möglichst aller nach der juristischen Methodenlehre in Betracht kommenden Ansätze auszulegen. Ziel dieser Auslegung soll sein, eine interessengerechte Verteilung der aus dem Kündigungsschutzprozess herrührenden Risiken zu schaffen. Dabei soll der Schwerpunkt der Auslegung vor allem auf der Frage liegen, unter

---

<sup>489</sup> So *Boecken/Topf*, RdA 2004, 19, 20.

welchen Voraussetzungen der Verzug des Arbeitgebers im Kündigungsschutzprozess enden soll<sup>490</sup>.

## II. Auslegungsmethoden

Die Auslegung von Rechtsnormen und Rechtssätzen erfolgt anhand der anerkannten gesetzlichen Auslegungsmethoden. Kriterien der Auslegung sind grundsätzlich der Wortsinn, die Entstehungsgeschichte, die Systematik des Gesetzes sowie der Sinn und Zweck der Rechtsnorm<sup>491</sup>. Dabei stehen die einzelnen Methoden und die daraus abzuleitenden Auslegungsansätze nicht isoliert nebeneinander, sondern wirken zusammen<sup>492</sup>. Einem bestimmten Rangverhältnis unterliegen sie dabei aber nicht. So können innerhalb der verschiedenen Auslegungsmethoden einzelne Aspekte der anderen Methodenansätze als Ergänzung und Hilfe herangezogen werden<sup>493</sup>.

### 1. Grammatikalische Auslegung

Ausgangspunkt jeder Auslegung ist die Wortbedeutung. Deren Erfassung erfolgt durch Feststellung des Wortsinns nach allgemeinem Sprachgebrauch sowie nach dem besonderen Sprachgebrauch des jeweiligen Gesetzes, sog. sprachlich – grammatikalische Auslegung<sup>494</sup>. In Bezug auf die Frage, wann der Annahmeverzug des Gläubigers enden soll, steht die sprachlich-grammatikalische Auslegung vor dem Problem, dass das Gesetz keine ausdrückliche Regelung dafür getroffen hat. Im Hinblick auf die hier zu untersuchende Problematik, unter welchen Voraussetzungen von einer Beendigung des Annahmeverzugs des Arbeitgebers im Sonderfall des gekündigten Arbeitsverhältnisses ausgegangen werden kann, wird diese Methode daher nur wenig ergiebig sein.

In Betracht käme lediglich die Wortlautinterpretation des Begriffs „Annahmeverzugsbeendigung“. Dem allgemeinen oder auch spezifisch juristischen

---

<sup>490</sup> Bezüglich der Frage nach dem Beginn des Annahmeverzugs wird, entsprechend der oben unter Teil 2 C I geführten Diskussion, der Lösung über § 296 BGB gefolgt. Diese Frage soll daher nicht mehr Gegenstand der nun folgenden Auslegung der Annahmeverzugsvorschriften sein.

<sup>491</sup> *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 133 ff., *Palandt-Heinrichs*, BGB, Einl., Rn. 40ff.; *Lutter*, JZ 1992, 593, 595.

<sup>492</sup> *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 140.

<sup>493</sup> In diesem Sinne *Zippelius*, Methodenlehre, S. 61 ff.; *Schmalz*, Methodenlehre, Rn. 277.

<sup>494</sup> *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 141.

Sprachgebrauch des Wortes „Annahmeverzug“ lässt sich entnehmen, dass jemand aus einem Schuldverhältnis zur Annahme oder Entgegennahme der Leistung des Schuldners verpflichtet ist, dieser Verpflichtung aber nicht nachkommt und daran negative Folgen geknüpft werden. Eine wesentliche Rolle der Assoziation mit dem Begriff „Verzug“ spielt das zeitliche Element, d.h. dass die für den sich im Verzug Befindlichen negativen Folgen ab einem bestimmten Zeitpunkt eintreten. Daraus könnte man den Schluss ziehen, dass wiederum auch die Beendigung dieses Zustandes durch ein gewisses Zeitereignis ausgelöst werden kann, nämlich dann, wenn eine der Voraussetzungen wegfällt, die den Verzug ursprünglich ausgelöst haben.

## 2. Historische Auslegung

Die historische Auslegung orientiert sich an der Entstehungsgeschichte des Gesetzes sowie an den in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck kommenden Normvorstellungen und Regelungsabsichten des Gesetzgebers<sup>495</sup>. Als Auslegungsmaterialien dienen daher alle schriftlichen Zeugnisse der Arbeiten am Gesetz, u. a. Entwürfe, Beratungsprotokolle und Motivenberichte.

Die Motive und Absichten, die den Gesetzgeber bei der Abfassung der Gläubigerverzugsregeln nach §§ 293 ff BGB leiteten, lassen sich überwiegend aus den entsprechenden Stellen der Gesetzesbegründung<sup>496</sup> entnehmen. Daraus geht hervor, dass der historische Gesetzgeber sich eher an der Situation eines einmaligen Austauschverhältnisses eines Sachkaufes orientierte, als er den Gläubigerverzug regelte. So heißt es dort sinngemäß, man habe den Schuldner sich nicht durch Entäußerung des „Leistungsgegenstandes“ befreien lassen, ihn aber auch nicht zur „Hinterlegung“ zwingen wollen<sup>497</sup>. Hätte der Gesetzgeber auch den Annahmeverzug im Dienst- und Arbeitsverhältnisses vor Augen gehabt, so hätte er sicherlich nicht die Bezeichnung „Gegenstand“ und „Hinterlegung“ verwendet, da diese Begriffe von ihrer Wortbedeutung her eindeutig sind. Sie passen nicht zu dem gerade nicht gegenständlichen, sondern persönlichen und auch nicht einmaligen,

---

<sup>495</sup> Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 149.

<sup>496</sup> Mot. II, S. 68 ff.

<sup>497</sup> Mot. II, S. 68, 69.



sondern andauernden Austauschverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.

Auch die in §§ 300 BGB ff. geregelten Rechtsfolgen des Annahmeverzugs (Gefahrübergangs-, Nutzungs- und Besitzaufgaberegelnungen) machen nur bei Sachaustauschverträgen Sinn. Diese Tatsache muss man sich bei den Versuchen, eine interessensgerechte Lösung für die Beendigung des Annahmeverzugs des Arbeitgebers zu finden, vergegenwärtigen. Einen Hinweis darauf, unter welchen Voraussetzungen jedenfalls der Verzug des Gläubigers im Allgemeinen enden sollte, befand sich im Entwurf I in § 262<sup>498</sup>. Danach sollte dieser für die Zukunft mit dem Zeitpunkt enden, in welchem der Gläubiger das „Versäumte nachholt“<sup>499</sup>. Diese Regelung wurde von der Zweiten Kommission später wieder herausgenommen, weil sie angeblich „unnötig, weil selbstverständlich“ sei<sup>500</sup>. Für den Sachkauf als einmaliges Austauschverhältnis, auf den erkennbar auch diese Formulierung zugeschnitten war, lässt sich schnell klären, was mit der „Nachholung des Versäumten“ gemeint sein soll, weil dort die jeweils geschuldeten Leistungen von Gläubiger und Schuldner ohne Weiteres definiert werden können und der Gläubigerverzug im Regelfall mit der Abnahme der Ware durch den Gläubiger endet. Insofern mag man auch eine entsprechende gesetzliche Regelung als überflüssig erachtet haben. Was aber die „Nachholung des Versäumten“ im Arbeitsverhältnis bedeutet, ist schwieriger zu beurteilen. Hier ist es aufgrund der eher abstrakten Beschreibung der Arbeitspflichten des Arbeitnehmers im Arbeitsvertrag notwendig, zunächst festzulegen, welche konkreten Leistungen von jeder Partei jeweils geschuldet sind. Danach kann geklärt werden, unter welchen Voraussetzungen der Verzug des Arbeitgebers im gekündigten Arbeitsverhältnis beginnen soll und schließlich, welches Verhalten des Arbeitgebers unter Berücksichtigung der besonderen Situation des Kündigungsschutzprozesses als verzugsbeendigend angesehen werden kann.

Allein anhand der historischen Auslegung kann diese Frage aber nicht abschließend geklärt werden. Der Hinweis des historischen Gesetzgebers, der

---

<sup>498</sup> Mot. II, S. 77.

<sup>499</sup> Mot II; S. 77; Prot I S. 333; Staudinger-Löwisch § 293 BGB Rn. 22.

<sup>500</sup> Prot. I, S. 333.

Verzug könne durch „Nachholung des Versäumten“ beendet werden, spricht aber zumindest dafür, dass die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Verzug des Arbeitgebers enden soll, eng mit den Voraussetzungen zusammenhängt, die den Verzug ursprünglich begründet haben. Da nach den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers zur Verzugsbegründung die „nackte Tatsache der Nichtannahme genügt“<sup>501</sup> erscheint auf den ersten Blick eine reine *actus - contrarius* Handlung des Arbeitgebers zur Beendigung des Verzugs ausreichend.

### 3. Systematische und teleologische Auslegung

Weiteren Aufschluss darüber, unter welchen Voraussetzungen der Annahmeverzug des Arbeitgebers enden sollte, könnten die systematische und teleologische Auslegung der Verzugsvorschriften liefern. Die systematische Auslegung sucht nach dem Bedeutungszusammenhang der auszulegenden Norm bzw. des auszulegenden Rechtsinstituts mit der Gesamtrechtsordnung<sup>502</sup>. Als Auslegungsmaterial dient hierfür einerseits das innere Gefüge, welches sich aus der auszulegenden Norm oder des Rechtsinstituts ergibt (sog. innerer Zusammenhang) aber auch alle anderen Gesetze, die weiteren Aufschluss über den Inhalt der auszulegenden Norm geben können (sog. äußerer Zusammenhang)<sup>503</sup>. Die teleologische Auslegung orientiert sich am Gesetzeszweck und bestimmt die mit der konkreten Norm verfolgten Zwecke<sup>504</sup>. Sind diese ermittelt, können hieraus gewisse Folgerungen für die Auslegung der einzelnen Bestimmungen gezogen werden. Wie sich nachfolgend zeigen wird, kann die systematische Auslegung der Verzugsvorschriften, insbesondere die argumentative Auseinandersetzung mit den dort auftauchenden Meinungsstreitigkeiten, nicht ohne die Einbeziehung der teleologischer Elemente erfolgen. Zur besseren Übersicht werden daher beide Auslegungsmethoden gemeinsam geprüft.

#### a) Innere Systematik der Verzugsvorschriften

##### aa) Ansatz der Rechtsprechung

<sup>501</sup> Mot. II S. 69.

<sup>502</sup> Palandt-Heinrichs, BGB; Einl., Rn 42; Larenz/Canaris, Methodenlehre, S. 145.

<sup>503</sup> So sinngemäß Bydlinsky, juristische Methodenlehre, S. 442.

<sup>504</sup> Larenz/Canaris, Methodenlehre, 153 ff.; Palandt-Heinrichs, BGB, Einl., Rn. 46.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG ist die Beseitigung des Annahmeverzugs nach den aus der „Natur des Verzugs“ zu ziehenden Folgerungen zu bestimmen. Aus dem Zusammenspiel der §§ 293, 294 BGB ergebe sich, dass der Gläubiger, um den Eintritt des Annahmeverzugs zu vermeiden oder den einmal eingetretenen Annahmeverzug wieder zu beenden, die ihm angebotene Leistung als Erfüllung derjenigen Verbindlichkeit annehmen muss, die der Schuldner erfüllen will<sup>505</sup>. Zur Beendigung oder Vermeidung des Annahmeverzugs sei es daher auch erforderlich, dass der Arbeitgeber die ihm angebotene Arbeitsleistung als Erfüllung des mit dem Arbeitnehmer abgeschlossenen Arbeitsvertrages annehmen muss<sup>506</sup>. Der Arbeitgeber, der auf der Wirksamkeit einer ausgesprochenen Kündigung beharre und deshalb die Bereitschaft zur Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers auf die Zeit bis zur rechtskräftigen Feststellung der Kündigung begrenze, bringe zum Ausdruck, dass er die Leistung nicht als Erfüllung des mit dem Arbeitnehmer abgeschlossenen Arbeitsvertrages, sondern als Erfüllung „eines geänderten Vertrages“ annehmen wolle<sup>507</sup>. Der Arbeitnehmer würde so einem faktischen Vertragszwang unterworfen werden, weil er sich auf eine Vertragsänderung einlassen müsste, um nicht seinen Vergütungsanspruch zu verlieren, selbst wenn er seinen Kündigungsprozess gewinnen würde und somit feststünde, dass sein bisheriges Arbeitsverhältnis unverändert fortbestehe<sup>508</sup>.

In unmittelbarem systematischen Zusammenhang zu dieser Problematik steht die Rechtsprechung des BAG zum allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch. Der große Senat des BAG legte in seiner Entscheidung vom 27.02.1985 verbindlich die Voraussetzungen fest, unter denen ein allgemeiner Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers bestehen soll.

Hiernach soll, wie oben unter Teil 2 bereits angedeutet, ein Arbeitnehmer auch außerhalb der Regelung des § 102 Abs. 5 BetrVG spätestens mit Erlass des der Klage stattgebenden erstinstanzlichen Urteils einen Anspruch auf

<sup>505</sup> BAG, Urt. v. 14.11.1985, AP § 615 BGB Nr. 39; BAG, Urt. v. 21.05.1981, AP § 615 BGB Nr. 32.

<sup>506</sup> BAG, Urt. v. 14.11.1985, AP § 615 BGB Nr. 39; BAG, Urt. v. 21.05.1981, AP § 615 BGB Nr. 32.

<sup>507</sup> BAG, Urt. v. 14.11.1985, DB 1986, 1878, 1880.

<sup>508</sup> BAG, Urt. v. 14.11.1985, DB 1986, 1878, 1880.

Weiterbeschäftigung unter den bisherigen arbeitsvertraglichen Bedingungen haben. Für den Fall, dass der Arbeitgeber über das allgemeine Prozessrisiko hinausgehende „zusätzliche Umstände“ vorbringen kann, aufgrund derer eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers im Einzelfall unzumutbar ist, soll ein diesbezüglicher Anspruch des Arbeitnehmers nicht bestehen. Das BAG leitet den allgemeinen Anspruch auf Weiterbeschäftigung aus dem allgemeinen Beschäftigungsanspruch ab. Zur Begründung des Weiterbeschäftigungsanspruchs greift der Große Senat daher auch auf die Begründung des – im Übrigen für das ungekündigte Arbeitsverhältnis einhellig anerkannten - allgemeinen Beschäftigungsanspruchs<sup>509</sup> zurück. Dieser Anspruch ließe sich aus dem Arbeitsvertragsrecht, also aus §§ 611, 613 i. V. m. § 242 BGB herleiten und bestehe als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts<sup>510</sup>. Die tatsächliche Beschäftigung solle es ermöglichen, Fähigkeiten und Fertigkeiten zu erhalten und zu erweitern und die in der Arbeit liegende Chance zur Entfaltung der Persönlichkeit zu nutzen. Genau diese Gründe sprächen auch für eine Weiterbeschäftigung während des Kündigungsschutzprozesses<sup>511</sup>. Dementsprechend sei es auch hier geboten, das „ideelle Beschäftigungsinteresse“ des Arbeitnehmers, welches sich überwiegend aus seiner Entfaltungsfreiheit (Art. 1 i. V. m. 2 GG) ergeben soll, gegen das „(Nicht-) Beschäftigungsinteresse des Arbeitgebers“ abzuwägen<sup>512</sup>.

#### bb) Kritische Ansichten der Literatur

Wie unter Teil 2 dieser Untersuchung bereits angedeutet, wird die Frage der Verzugsbeendigung des Arbeitgebers auch in der arbeitsrechtlichen Literatur kontrovers diskutiert. Im Mittelpunkt des Streits steht die Frage nach der verzugsbeendenden Wirkung des Weiterbeschäftigungsangebots während des Kündigungsschutzprozesses. Während einige Literaturstimmen der Rechtsprechung des BAG zustimmen<sup>513</sup>, steht die wohl überwiegende Zahl

<sup>509</sup> Siehe hierzu bereits Fn. 77. Zur Kritik an der Gleichstellung des ungekündigten mit dem gekündigten Arbeitsverhältnis und der verfassungsrechtlichen Problematik vgl. bereits oben Kapitel 2 C II.

<sup>510</sup> Siehe hierzu ausführlich unter C I b der Gründe des Beschlusses vom Großen Senat vom 27.02.1985, BAGE 48, S. 123ff.

<sup>511</sup> BAG, Urt. v. 27.02.1985, BAGE 48, S. 123, 134ff., 142ff.

<sup>512</sup> BAG, Urt. v. 27.02.1985, BAGE 48, S. 123, 154ff.

<sup>513</sup> Siehe hierzu schon oben unter Teil 2 C.

der Autoren den Grundsätzen zur Verzugsbeendigung des BAG kritisch gegenüber. Das Weiterbeschäftigungsangebot des Arbeitgebers sei grundsätzlich geeignet, den Annahmeverzug des Arbeitgebers zu beenden<sup>514</sup>. Zur Begründung dieser Ansicht wird auf verschiedene Ansätze zurückgegriffen.

Teils wird für die Beendigung des Annahmeverzugs entgegen der Auffassung des BAG nicht verlangt, dass seitens des Arbeitgebers der Bezug zu einer bestimmten Verbindlichkeit aufgezeigt werde. Denn von einer derartigen Erklärung sei die Herstellung der vom Reichsgericht geforderten „Erfüllungswirkung“ gerade nicht abhängig<sup>515</sup>. Insofern schließe sich das BAG der sog. beschränkten Vertragstheorie<sup>516</sup> an, die den Abschluss eines Erfüllungsvertrages zwischen Schuldner und Gläubiger verlange<sup>517</sup>. Diese Theorie werde zwar immer noch vertreten, solle aber nur für rechtsgeschäftliche Leistungen gelten, nicht aber für die Erbringung von Dienstleistungen<sup>518</sup>. Für die Beseitigung der Rechtswirkungen des Annahmeverzugs sei daher lediglich die Anzeige des Gläubigers erforderlich, nunmehr rein tatsächlich zur Entgegennahme der Leistung bereit zu sein. Diese Voraussetzung erfülle der Arbeitgeber damit, dass er dem Arbeitnehmer ein zumutbares Weiterbeschäftigungsangebot unterbreite<sup>519</sup>. Ähnlich ist die Ansicht, die betont, dass es eben nicht die Kündigung sei, die den Annahmeverzug begründe, sondern erst die im Gefolge der Kündigung erklärte Annahmeverweigerung<sup>520</sup>. Dem entspreche es, dass nur die Aufgabe der Annahmeverweigerung, nicht aber das Abrücken von der Kündigung zur Beendigung des Verzuges belangt werden kann. Durch das Weiterbeschäftigungsangebot widerriefe der Arbeitgeber die einmal erklärte Annahmeverweigerung und beende damit mit Wirkung ex nunc die Voraussetzungen des Annahmeverzugs<sup>521</sup>. Darüber hinaus sei nicht erforderlich, dass der Arbeitgeber erkläre, dass die Kündigung zu Unrecht erfolgt sei. Denn nach den Bestimmungen der § 293 ff BGB sei lediglich die Haltung des Gläubigers zum Leistungs-

<sup>514</sup> Siehe zu den Vertretern dieser Ansicht Fn. 155.

<sup>515</sup> *Reuter*, JUS 1986, 1006, 1007; *Waas*, NZA 1994, 151, 157.

<sup>516</sup> *MünchKomm-Wenzel*, BGB, § 362 Rn. 7.

<sup>517</sup> *Reuter*, JUS 1986, 1006, 1007.

<sup>518</sup> *MünchKomm-Wenzel*, BGB, § 362 Rn. 7

<sup>519</sup> *Waas*, NZA 1994, 151, 157.

<sup>520</sup> *Schäfer*, DB 1982, 902.

<sup>521</sup> *Schäfer*, DB 1982, 902.

angebot des Schuldners, nicht aber die zum zugrunde liegenden Schuldverhältnis von verzugsrechtlicher Relevanz<sup>522</sup>.

Zum gleichen Ergebnis kommt die Ansicht, die davon ausgeht, dass der Arbeitgeber mit dem Angebot der Weiterbeschäftigung sehr wohl die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers als Erfüllung des „ursprünglichen Vertrages“ annehme und eben nicht als solche eines „geänderten“ Vertrages. Zur Begründung wird angeführt, dass dem Weiterbeschäftigungsangebot ein doppelter Erklärungswert zukomme. Für den Fall der Wirksamkeit solle die Bereitschaft zur Annahme zwar in der Tat durch die rechtskräftige Feststellung dieser Wirksamkeit begrenzt sein. Allerdings wolle der Arbeitgeber für den Fall der Unwirksamkeit der Kündigung die Weiterbeschäftigung nicht nur bis zum rechtskräftigen Urteil des Arbeitsgerichts, sondern auch darüber hinaus anbieten. Dies sei nichts anderes als das Angebot der weiteren Erfüllung des ursprünglichen Arbeitsvertrages<sup>523</sup>. Vereinzelt wird vorgebracht, dass dem Arbeitnehmer, der das Weiterbeschäftigungsangebot des Arbeitgebers ablehne, die auch von der ständigen Rechtsprechung für ein wirksames Leistungsangebot geforderte<sup>524</sup> Leistungsbereitschaft fehle<sup>525</sup>. Dies führe zur Beendigung des Annahmeverzugs des Arbeitgebers<sup>526</sup>.

Auch die Anerkennung des allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruchs in der Form eines materiellrechtlichen Weiterbeschäftigungsanspruchs während des Kündigungsschutzprozesses durch das BAG hat - wie oben in Teil 2 bereits kurz dargestellt -, in der Literatur und in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung zu erheblicher Kritik geführt. Hauptsächlich wurde die dogmatische Herleitung des allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruches angezweifelt. Der allgemeine Beschäftigungsanspruch, aus dem sich angeblich der allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch herleiten lassen soll, bestehe zwar unstreitig im ungekündigten Arbeitsverhältnis<sup>527</sup>. Während des Kündigungsschutzprozesses sei aber gerade unsicher, ob das Arbeitsverhältnis (weiter) bestehe oder nicht. Daraus ergebe sich, dass die Begriffe

<sup>522</sup> Schäfer, DB 1982, 902 – 904, 902.

<sup>523</sup> Löwisch, DB 1986, S. 2433 - 2435, 2434.

<sup>524</sup> Vgl. BAG, Urt. v. 18.12.74, AP § 615 BGB Nr. 30.

<sup>525</sup> Ohlendorf, AuR 81, S. 109 – 113, 112.

<sup>526</sup> Ohlendorf, AuR 81, S. 109 – 113, 113.

<sup>527</sup> Siehe hierzu die Nachweise zur Literatur bei AP § 611 Beschäftigungspflicht Nr. 14 unter C I 1 c.

„unstreitig bestehendes Arbeitsverhältnis“ und „möglicherweise bestehendes Arbeitsverhältnis“ keinesfalls –wie dies aus der Entscheidung des Großen Senats hervorgeht –, gleichzusetzen seien<sup>528</sup>. Diese Gleichsetzung lasse den Schluss zu, dass, obwohl dies nicht der zulässigen Vorgehensweise im einstweiligen Rechtsschutz entspreche, unterstellt werde, dass die Klage stets begründet und damit die Kündigung unwirksam sei<sup>529</sup>. Nur in diesem Fall würde ein allgemeiner Beschäftigungsanspruch aus „bestehendem Arbeitsverhältnis“ bestehen, der dann auch weiter würde bestehen können<sup>530</sup>. Der allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch sei daher nur im Wege einer richterlichen Rechtsfortbildung begründbar<sup>531</sup>. Wegen der berechtigten Zweifel am Vorliegen der Voraussetzungen der richterlichen Rechtsfortbildung wurde vielfach die Verfassungsmäßigkeit der Entscheidung angezweifelt<sup>532</sup>. Teilweise wurde dem erkennenden Senat sogar vorgeworfen, mit dieser Entscheidung gegen das Prinzip der Gewaltenteilung zu verstoßen<sup>533</sup>, indem er als Ersatzgesetzgeber<sup>534</sup> fungiere.

#### cc) Stellungnahme

Allein die Auffassung, dass das Weiterbeschäftigungsangebot des Arbeitgebers verzugsbeendigend wirken soll, bietet im Hinblick auf das Ziel dieser Untersuchung, eine interessensgerechte Verteilung des Ungewissheitsrisikos des Kündigungsschutzprozesses zu erreichen, den angemessenen Ausweg. Die Argumente, die das BAG zur Begründung der Gegenauffassung verwendet, verfehlen Sinn und Zweck der Verzugsvorschriften weitgehend und

<sup>528</sup> Diese Institute seien miteinander unvergleichbare „aliuds“, vgl. *Mayer Maly*, DB 1979, 1604, 1606; *Schwerdtner*, DB Beil. 12/1979, 1ff., sehr kritisch auch *Wank*, RdA 1987, 129, 160, der auf die bereits im Vorfeld der Entscheidung des Großen Senats in der Literatur geführte Diskussion um die „Gefahr der Begriffsvertauschung“ hinweist, wenn materiellrechtlicher Beschäftigungsanspruch im bestehenden Arbeitsverhältnis, Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 Abs. 5 BetrVG, Weiterbeschäftigungsanspruch aufgrund einstweiligen Rechtsschutzes und materiellrechtlicher Weiterbeschäftigungsanspruch der nur „durch Rechtsfortbildung“ neu entwickelt werden konnte, nicht strikt auseinandergehalten werden. Genau gegen diese Regel habe der Große Senat aber verstoßen.

<sup>529</sup> *Wank*, NZA 2003, Sonderbeil., 3, 8.

<sup>530</sup> *Wank*, RdA 1987, 129, 157.

<sup>531</sup> Siehe zu diesem Aspekt der Kritik bereits oben unter Teil 4 C III.

<sup>532</sup> *V. Hoyningen-Huene*, BB 88, 264, 266; *Adomeit*, NJW 86, 901ff.; *Barton*, NZA 85, 77ff.; *Bengelsdorf* DB 1986, 168ff.; ders. SAE 87, 254ff., m. w. N.; *Berkowsky*, BB 86, 795ff.; *Färber/Kappes*, NZA 86, 215ff.; *Schwerdtner*, ZIP 85, 1361ff.; siehe ferner LAG Niedersachsen, Urt. v. 07.02.1986, DB 86, 1126ff.

<sup>533</sup> *Wank*, RdA 1987, 130, 160, *Berkowsky*, BB 1986, 795, 796.

<sup>534</sup> *Bengelsdorf*, DB 1986, 168.



finden auch im Übrigen keine hinreichende dogmatische Stütze. Schon der Ausgangspunkt des BAG, nachdem der Wille des Arbeitgebers darauf gerichtet sein müsse, die ihm angebotene Leistung als „Erfüllung“ des mit dem Arbeitnehmer abgeschlossenen Arbeitsvertrages anzunehmen, wird von den Vorschriften des Annahmeverzugs gerade nicht gefordert. Vielmehr soll die Annahme- und Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers nur dem Arbeitnehmer die Erfüllung seiner Leistungspflicht ermöglichen<sup>535</sup>. Dies ist aber unabhängig davon der Fall, ob der Wille des Gläubigers darauf gerichtet ist, die Leistung als Erfüllung des umstrittenen Schuldverhältnisses entgegenzunehmen. Selbst die Anhänger der beschränkten Vertragstheorie<sup>536</sup>, auf welche die Ansicht des BAG zurückgeht, fordern einen solchen Annahmewillen des Gläubigers nur für den Fall, dass auch zur Herbeiführung des Leistungserfolges ein Vertrag, z. B. eine Übereignung erforderlich ist<sup>537</sup>. Bei nicht rechtsgeschäftlichen Leistungsakten wie Dienst- und damit auch Arbeitsverhältnissen soll dagegen - wie dies die Vertreter der heute herrschenden Theorie der realen Leistungsbewirkung fordern<sup>538</sup> - das tatsächliche Bewirken der Leistung genügen<sup>539</sup>. Hierfür sprechen beim Arbeitsverhältnis das Verkehrsbedürfnis und die natürliche Verkehrsanschauung. Zur Verzugsbeendigung genügt es daher, dass der Arbeitgeber die ihm angebotene Arbeitsleistung tatsächlich annimmt. Dies macht er durch das Angebot zur Weiterbeschäftigung unter den alten Bedingungen deutlich. Darüber hinaus ist keine weitere Erklärung oder Distanzierung von der gewünschten Beendigung notwendig. Damit bestätigt sich auch unter systematischen und teleologischen Gesichtspunkten, was sich bereits ansatzweise aus der historischen Auslegung ergab: Der Verzug des Arbeitgebers kann durch bloßen *actus contrarius* beendet werden.

Selbst wenn man mit dem BAG einen Erfüllungsvertrag fordern würde, so wären die Voraussetzungen im Falle des bedingten oder befristeten Weiter-

<sup>535</sup> So *Reuter*, *JUS* 1986, 1006, 1007; *Waas*, *NZA* 1994, 151, 156; in diesem Sinne auch *Rosenberg*, *IherJb.* 43 (1967), 141, 197.

<sup>536</sup> Beispielsweise *Enneccerus/Lehmann*, *Schuldrecht*, § 60 I; *Fikentscher*, *Schuldrecht*, § 38 Rn. 270.

<sup>537</sup> *Fikentscher*, *Schuldrecht*, § 38 Rn. 270.

<sup>538</sup> *MünchKomm-Heinrichs*, *BGB*, § 362, Rn. 9 m. w. N.

<sup>539</sup> *MünchKomm-Heinrichs*, *BGB*, § 362, Rn. 7; i. E. auch *Winderlich*, *der Annahmeverzug*, S. 230.

beschäftigungsangebots erfüllt. Entgegen der Ansicht des BAG nimmt der Arbeitgeber, der dem Arbeitnehmer anbietet, ihn über die Dauer des Kündigungsrechtsstreits zu den alten Bedingungen weiterzubeschäftigen, die Arbeitsleistung nicht als Erfüllung eines „geänderten“ Vertrages an. Das Angebot des Arbeitgebers soll nicht nur den Fall abdecken, dass die Kündigung wirksam ist, sondern auch denjenigen ihrer Unwirksamkeit. Insofern wird zu Recht von einem doppelten Erklärungswert des Weiterbeschäftigungsangebots gesprochen<sup>540</sup>. Zwar soll bei Wirksamkeit der Kündigung die Bereitschaft des Arbeitgebers zur Beschäftigung mit Rechtskraft des Kündigungsurteils enden. Für den Fall, dass die Kündigung unwirksam ist, bietet der Arbeitgeber die Beschäftigung aber über die Beendigung des Kündigungsrechtsstreits hinaus, und zwar zur Erfüllung des ursprünglichen Vertrages an<sup>541</sup>. Hierfür spricht auch die Konzeption der Kündigungsschutzklage als Feststellungsklage. Mit dieser verfolgt der Arbeitnehmer das Ziel, festzustellen, dass das ursprüngliche Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht beendet wurde. Dementsprechend wird die Weiterbeschäftigung allein vom Fortbestand des ursprünglichen Vertrages abhängig gemacht und damit gerade kein neuer Beendigungstatbestand geschaffen<sup>542</sup>.

Insbesondere im Hinblick auf die mittlerweile gefestigte Rechtsprechung zum allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers verlieren die vom BAG vorgebrachten Argumente, die für das Erfordernis der Rücknahme der Kündigung sprechen, noch mehr an Bedeutung. Der für den Arbeitnehmer im Falle der verzugsbeendenden Wirkung des Weiterbeschäftigungsangebots angeblich drohende „faktische Vertragszwang“ besteht nunmehr gleichermaßen auch für den Arbeitgeber. Zumindest nach Erlass des zu Gunsten des Arbeitnehmers ergangenen erstinstanzlichen Urteils ist er entgegen seinem durch die Kündigung zum Ausdruck gebrachten Willen dazu gezwungen, den Arbeitnehmer weiter zu beschäftigen. Ungeachtet dessen könnte man aber auch schon in Frage stellen, ob in dem Weiterbeschäftigungsangebot des Arbeitgebers überhaupt nur die Aufgabe der

<sup>540</sup> Vgl. *Löwisch*, DB 1986, 2433.

<sup>541</sup> *Löwisch*, DB 1986, 2433; so auch LAG Hamm, Urt. v. 18.10.1985, LAGE § 615 BGB Nr. 6.

<sup>542</sup> *MünchKomm-Henssler*, BGB, § 615 Rn. 41; *Soergel-Kraft*, BGB, § 615, Rn. 43; *Waas*, NZA 1994, 151, 158.

ablehnenden Haltung gegenüber dem Leistungsangebot des Arbeitnehmers zu sehen ist, sondern nicht auch ein Angebot zum Abschluss eines befristeten und bedingten Arbeitsverhältnisses. Nur ersteres ist verzugsrechtlich von Bedeutung, unterstellt man mit der hier vertretenen Meinung, dass die Verzugsregelungen lediglich den Leistungsaustausch, nicht aber den Vertrag selbst sichern sollen. Damit würde es genügen, wenn der Arbeitnehmer sein Leistungsangebot, das auf die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses gerichtet ist, verwirklicht<sup>543</sup>. Somit würde die Gefahr eines Missbrauchs durch den Arbeitgeber oder die eines Vertragszwanges nicht bestehen.

#### b) Systematischer Zusammenhang mit § 615 BGB

Wie eingangs dieser Untersuchung dargestellt, nimmt § 615 S. 1 BGB ausdrücklich Bezug auf die allgemeinen Verzugsvorschriften und trifft gerade auch für das Arbeitsverhältnis hinsichtlich der Rechtsfolgen des sich in Verzug befindenden Arbeitgebers eine Sonderregelung. Damit steht diese Vorschrift in unmittelbarem systematischem Zusammenhang mit den allgemeinen Verzugsvorschriften, und muss folglich bei deren Auslegung mitberücksichtigt werden. Fraglich ist, welche Rückschlüsse sich aus Regelungsabsicht, Schutzzweck und Rechtsnatur des § 615 BGB für die Frage nach den Voraussetzungen, unter denen der Annahmeverzug des Arbeitgebers enden soll, ziehen lassen.

§ 615 S. 1 BGB ordnet für den Fall, dass der Arbeitgeber sich in Verzug mit der Annahme der Arbeitsleistung befindet, die Pflicht zur Lohnzahlung an, ohne dass der Arbeitnehmer zur Nachleistung verpflichtet ist. Nach der gesetzgeberischen Intention schützt § 615 S. 1 BGB damit vor allem das Subsistenz- und Freizeitinteresse des Arbeitnehmers<sup>544</sup>. Er soll davor bewahrt werden, seine Arbeitskraft mit sinnlosem Warten zu vergeuden und erhält Lohn. Der Arbeitgeber, der dem Arbeitnehmer für die Zeit des Kündigungsschutzprozesses ein Weiterbeschäftigungsangebot unterbreitet, will aber gerade ein solches sinnloses Warten verhindern. Darauf, dass dies nur für die Dauer des Kündigungsschutzprozesses beabsichtigt ist, kann es im

<sup>543</sup> So Schäfer, JUS 1988, 265, 267.

<sup>544</sup> So Denck, NJW 1983, 255, 257.

Rahmen des § 615 BGB nicht ankommen. Die Vorschrift hat über die Abweichung von dem Grundsatzes „ohne Arbeit keinen Lohn“ und die damit einhergehende Gefahrtragungsregelung hinaus, nicht den Regelungszweck, zu Gunsten des Arbeitnehmers einen endgültigen Bestandsschutz im Vordergrund zu schaffen<sup>545</sup>. Wie nachfolgend noch aufzuzeigen sein wird, würde sich ein solches Verständnis des § 615 BGB auch nicht mit dem im KSchG verankerten Prinzip des nachträglichen Kündigungsschutzes und den grundrechtlich geschützten Arbeitgeberinteressen vertragen. In die Richtung eines endgültig wirkenden Bestandsschutzes geht aber die Rechtsprechung des BAG, indem es einerseits den allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch anerkennt, und zusätzlich vom Arbeitgeber, der zur Weiterbeschäftigung bereit ist, das Abstandnehmen von der Kündigung verlangt, damit kein Annahmeverzug entsteht bzw. dieser verhindert wird. Zu diesen Schutzzweckerwägungen tritt noch hinzu, dass § 615 BGB nach einhelliger Meinung von seiner Rechtsnatur her keine Schadensersatznorm ist und auch kein Verschulden des Arbeitgebers voraussetzt. Durch die Rechtsprechung zur Beendigung des Verzugs und dem damit einhergehenden Risiko des „unbegrenzten Annahmeverzugs“ des Arbeitgebers kommt dem Verzugslohnanspruch aber eher ein solcher - vom Gesetzgeber und der Systematik des Gesetzes nicht vorgesehener - Sanktionscharakter<sup>546</sup> zu.

c) Systematischer Zusammenhang mit dem KSchG

Neben diesen Erkenntnissen ist es aus Erwägungen zur sog. äußeren Systematik<sup>547</sup> unerlässlich, zur Auslegung der Verzugsvorschriften in Bezug auf das Arbeitsverhältnis, die Vorschriften des KSchG mit einzubeziehen. Die Notwendigkeit hierfür ergibt sich daraus, dass das KSchG im weitesten Sinne die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Kündigung regelt und hier gerade die Voraussetzungen, unter denen der Annahmeverzug des Arbeitgebers im gekündigten Arbeitsverhältnis enden soll, festgelegt werden sollen. Das KSchG stellt somit ein „im fraglichen Zusammenhang aufschlussreiches anderes Gesetz“<sup>548</sup> dar, welches zur näheren Konkretisierung

<sup>545</sup> So *Denck*, NJW 1983, 255, 257.

<sup>546</sup> So auch *Winderlich*, Annahmeverzug, S. 231.

<sup>547</sup> *Laranz/Canaris*, Methodenlehre, S. 147.

<sup>548</sup> *Bydlinsky*, Juristische Methodenlehre, S. 443.

der auszulegenden Rechtsnorm bzw. Rechtsinstitute herangezogen werden kann und muss. Die in Teil 3 dieser Untersuchung im Hinblick auf das KSchG gewonnenen Erkenntnisse sind daher bei der Suche nach einer interessengerechten Lösung der Verzugsbeendigungsproblematik im gekündigten Arbeitsverhältnis mit zu berücksichtigen. Insbesondere sollen die unter der derzeitigen Rechtsprechungslage des BAG bestehenden Missstände nochmals anhand der konkreten, sich aus der historischen Entwicklung, ratio legis und verfassungsrechtlichen Reichweite des KSchG ergebenden Erkenntnisse aufgezeigt werden.

Der thematische Zusammenhang mit dem KSchG ist indes so offensichtlich, dass es überrascht, dass selbst die neueren Entscheidungen des BAG zu den hier aufgeworfenen Fragestellungen jegliche Auseinandersetzung mit dessen systematischer Miteinbeziehung vermissen lassen.

Die historische Entwicklung des KSchG hat vor allem gezeigt, dass der Gesetzgeber bei der Einführung des KSchG 1951 bewusst gegenüber der unter dem BRG und AOG geltenden Rechtslage eine Änderung in der Beurteilung der Rechtswirkungen einer sozialwidrigen Kündigung und damit auch eine Änderung der Rechtsnatur der Kündigungsschutzklage herbeiführen wollte. Wie oben in Teil 3 dargestellt, beruhten die Vorstufen des KSchG noch auf dem System, dass die vom Arbeitgeber ausgesprochene sozialwidrige Kündigung zunächst wirksam war. Der Arbeitnehmer hatte nur die Möglichkeit, Einspruch einzulegen bzw. auf Widerruf der Kündigung zu klagen. Ein stattgebendes Urteil hatte dann gestaltende Wirkung, weil es das durch Kündigung (zunächst) aufgelöste Arbeitsverhältnis wiederherstellte. Im Gegensatz dazu ist der Wortlaut des § 1 Abs. 1 S. 1 KSchG nach inzwischen allgemeiner Ansicht so zu verstehen, dass die sozialwidrige Kündigung von Anfang an unwirksam ist, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist<sup>549</sup>. Das Arbeitsverhältnis wird von vornherein nicht durch eine sozialwidrige Kündigung aufgelöst. Demnach ist die Kündigungsschutzklage auch mittlerweile unstreitig als Feststellungsklage anzusehen<sup>550</sup>. Sie stellt nur eine Rechtslage fest, die bereits außerhalb des Prozesses bzw. ohne diesen besteht. Obwohl

---

<sup>549</sup> Siehe hierzu bereits oben Teil 3 B II 3.

<sup>550</sup> Zum früheren Streitstand siehe Fn. 246, 247.

das BAG den feststellenden Charakter der Kündigungsschutzklage nicht in Frage stellt, bewirkt insbesondere die Rechtsprechung zum allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch zunehmend, dass die Kündigungsschutzklage die Wirkung einer ex nunc wirkenden Gestaltungsklage<sup>551</sup> erhält. Der Arbeitnehmer erhält durch die Anerkennung des allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruchs die Möglichkeit, nach obsiegendem Urteil erster Instanz wieder an seinen Arbeitsplatz zurückzukehren. Dies führt faktisch dazu, dass die Folge einer Kündigung – die Beendigung des Arbeitsverhältnisses - regelmäßig erst dann eintritt, wenn die Kündigung durch ein rechtskräftiges Urteil bestätigt worden ist. Diese Wirkung sollte der Kündigungsschutzklage aber nach dem Willen des Gesetzgebers gerade nicht zukommen. Der Gesetzgeber hat sich vielmehr ausdrücklich für das Prinzip des nachträglichen Kündigungsschutzes entschieden, welches durch die Entwicklung der Rechtsprechung mehr und mehr ausgehebelt wird. Nach diesem Prinzip unterliegt jede Kündigung nur einer nachträglichen gerichtlichen Überprüfung. In der Zwischenzeit besteht über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses eine vom Gesetzgeber des KSchG bewusst in Kauf genommene objektive Ungewissheit. Die Rechtsprechung zum Weiterbeschäftigungsanspruch knüpft aber nicht an diese Konzeption des KSchG an. Der große Senat unterstellte in seiner Grundsatzentscheidung zum allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch vielmehr die Unwirksamkeit jeder Kündigung durch den Arbeitgeber und billigt dem Arbeitnehmer daher einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung aus einem ungekündigten Arbeitsverhältnis zu. Dies wird besonders an folgendem Auszug aus den Entscheidungsgründen deutlich:

„...Hat hiernach der Arbeitnehmer aufgrund seines Arbeitsverhältnisses im Prinzip einen Anspruch auf tatsächliche vertragsgemäße Beschäftigung, so muss dies grundsätzlich auch für die Dauer des Kündigungsschutzprozesses gelten, wenn die umstrittene Kündigung des Arbeitsverhältnisses unwirksam war und das Arbeitsverhältnis deshalb auch während des Kündigungsschutzprozesses fortbesteht“<sup>552</sup>.

<sup>551</sup> *Schwerdtner*, ZIP 1985, S. 1361 – 1370, 1364; *Von Hoyningen-Huene/Hueck*, KSchG, § 4 Rn. 100.

<sup>552</sup> Vgl. BAG, Urt. v. 27.02.1985, BAGE 48, S. 123, 142 ff.

Damit wird der eigentlich während des Kündigungsschutzprozesses bestehende Schwebezustand über das Bestehen des Arbeitsverhältnisses ausgeblendet und - wie vielfach kritisiert – in systemwidriger Weise das unstreitig „bestehende Arbeitsverhältnis“ mit dem „möglicherweise bestehenden“ Arbeitsverhältnis gleichgesetzt<sup>553</sup>.

Auf demselben Fehlschluss beruht auch der Ansatz der Rechtsprechung zur Beendigung des Annahmeverzugs. Denn auch hier wird mit der Forderung nach der Rücknahme der Kündigung durch den Arbeitgeber deutlich, dass das BAG davon ausgeht, dass jede Kündigung unwirksam ist und der Arbeitnehmer daher einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung ohne auflösende Bedingung habe. Folge dieser Rechtsprechung ist die Umfunktionierung der Annahmeverzugsregeln von einem Leistungsaustauschsmittel hin zu einem Druckmittel gegen den Arbeitgeber, der sich wegen der oben beschriebenen Gefahr des unbegrenzten Annahmeverzugs meist zum Abschluss eines Vergleichs und zur Zahlung einer Abfindung bewegen lässt.

Neben der offensichtlichen Zweckverfremdung der Verzugsregeln verschafft die Rechtsprechung zur Verzugsbeendigung dem Arbeitnehmer die Möglichkeit, seinen Arbeitsplatz zu kommerzialisieren. Diese Konsequenz widerspricht der ausdrücklichen Motivation des Gesetzgebers des KSchG. Wie oben unter Teil 3 ausführlich dargestellt, sollten nach dessen Vorstellung nicht mehr länger die wirtschaftlichen Interessen des Arbeitnehmers, wie dies noch unter der Geltung des BRG und AOG der Fall war, geschütztes Rechtsgut des Kündigungsschutzes sein. Im Mittelpunkt sollte fortan der Bestandsschutz, also mithin der Arbeitsplatz und die Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers stehen. Auch die bewusste Abschaffung des Abfindungswahlrechts des Arbeitgebers war ein Zeichen dafür, dass der Abfindungsgedanke aus den Grundsatzabwägungen zum Kündigungsschutz heraus gefallen war. Nur unter den besonderen Voraussetzungen des § 9 KSchG sollte ausnahmsweise ein geldwerter Ausgleich für den Verlust des Arbeitsplatzes geschaffen werden. Auch die Einführung des mit dem Gesetz über die Reformen am Arbeitsmarkt Anfang 2004 eingeführten § 1 a KSchG

---

<sup>553</sup> Vgl. oben Fn. 527.



ändert an dieser grundsätzlichen Änderung in der Konzeption des KSchG nichts<sup>554</sup>.

Die Analyse des KSchG hat weiter ergeben, dass der vom KSchG gewährleistete Bestandsschutz nicht grenzenlos gewährt werden kann. Vielmehr wird die Reichweite des KSchG durch die von den Kündigungsbeschränkungen betroffenen Grundrechte Dritter, insbesondere die der Arbeitgeber bestimmt. In diesem Sinne wird auch von der „Relativität“ des durch das KSchG gewährleisteten gesetzlichen Bestandsschutzes gesprochen<sup>555</sup>. Relativität bedeutet in diesem Fall nichts anderes als das Erfordernis der Abwägung der widerstreitenden Interessen<sup>556</sup>.

Nach den Ergebnissen obiger Untersuchung wird durch die konkrete Ausgestaltung des gesetzlichen Kündigungsschutzes weder das verfassungsrechtlich zum Schutz des Arbeitnehmers gebotene Untermaß an Bestandsschutz unterschritten, noch das zur Wahrung der betroffenen Arbeitgeberrechte festgelegte Übermaßverbot verletzt.

Insoweit ist es dem Gesetzgeber gelungen, einen interessensgerechten Ausgleich der jeweils tangierten Grundrechte von Arbeitgebern und Dritten zu schaffen<sup>557</sup>.

Über Art. 1 Abs. 3 und 20 Abs. 3 GG ist auch die Rechtsprechung im Rahmen ihrer subsidiären Konkretisierungskompetenz an die Grundrechte gebunden<sup>558</sup>. Dies bedeutet, dass die Rechtsprechung bei der Auslegung des einfachen Rechts, wozu die Verzugsvorschriften des BGB zählen, die jeweils grundrechtlich geschützten Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen zu beachten hat. Dieses Gebot bezieht sich auch auf faktische und mittelbare Beeinträchtigungen der geschützten Interessen<sup>559</sup>. Wie bereits kritisiert, geht das BAG sowohl bei der Frage der Verzugsbeendigung als auch bei der Anerkennung des allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruchs im Regelfall davon aus, dass die Kündigung des Arbeitgebers unwirksam ist. Dementsprechend soll der Arbeitgeber auch dazu verpflichtet sein, zusätzlich zu

<sup>554</sup> Ausführlich hierzu bereits unter Teil 3 C IV.

<sup>555</sup> So *Böttcher*, in: FS Molitor 1962, S.123, 124; *Preis*, Prinzipien, S. 127.

<sup>556</sup> *Böttcher*, in: FS Molitor 1962, S.123, 124.

<sup>557</sup> Vgl. hierzu oben Teil 3 C.

<sup>558</sup> Vgl. *ErfKomm-Dietrich*, Art. 12 GG, Rn. 34.

<sup>559</sup> *Schmalz*, Grundrechte, S. 59 ff.

seinem Weiterbeschäftigungsangebot seine Kündigung zurückzunehmen. Tut er dies nicht, so ist er dem unbegrenzten Annahmeverzugsrisiko des § 615 BGB ausgesetzt. Dadurch wird im Vorgriff auf die rechtskräftige Entscheidung des Kündigungsschutzprozesses praktisch die Unwirksamkeit der Kündigung fingiert, was zu einer faktischen Ausdehnung des durch die Vorschriften des KSchG gewährten Bestandsschutzes führt<sup>560</sup>. Ein solches Maß an Bestandsschutz ist im Hinblick auf die Regelung des § 102 Abs. 5 BetrVG, in der die Fälle des vorläufigen Bestandsschutzes abschließend geregelt wurden<sup>561</sup>, und der Verpflichtung zur Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes problematisch. Ebenso wie die Bestandsschutzinteressen des Arbeitnehmer, ist im Kernbestand die Entscheidung des Arbeitgebers, künftig ohne den betroffenen Arbeitnehmer auszukommen, von der von Art 12 Abs. 1 GG gewährleisteten Unternehmerfreiheit geschützt<sup>562</sup>. Dieser verfassungsrechtlich garantierte Restbestand an Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers droht durch eine vorzeitige Fiktion der Unwirksamkeit der Kündigung leer zu laufen. Dies erscheint vor allem im Stadium der Ungewissheit über den Ausgang des Prozesses besonders bedenklich. Um einem Übermaß an Bestandsschutz entgegenzuwirken, muss dem Arbeitgeber zumindest die Möglichkeit gegeben werden, die Beendigung des Verzuges mit zu beeinflussen, ohne dabei von der ursprünglichen Kündigungserklärung abweichen zu müssen. Bietet er dem Arbeitnehmer daher an, ihn für die Dauer des Kündigungsschutzprozesses unter den bisherigen Bedingungen weiter zu beschäftigen, so muss diesem Angebot auch verzugsbeendende Wirkung zukommen.

Eine solche Lösung wird auch den Interessen des Arbeitnehmers gerecht. Dieser bekommt die Möglichkeit, den negativen Folgen einer Kündigung wie der Verlust fachlicher Qualitäten und der Entfremdung vom Betriebsgeschehen für die Dauer des Kündigungsschutzes entgegenzuwirken. Für den Fall, dass sich am Ende die Unwirksamkeit der Kündigung herausstellen

---

<sup>560</sup> Dieses Ergebnis überrascht, da das BAG selbst in anderem Zusammenhang die Existenz eines solchen allgemeinen übergreifenden Bestandsschutzes abgelehnt und betont, dass Bestandsschutz nur als Produkt einer gemeinsamen Zusammenarbeit zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber entstehen könne, vgl. hierzu oben Teil 3 B II 3 d.

<sup>561</sup> Vgl. hierzu bereits oben Teil 4 C III.

<sup>562</sup> Siehe hierzu Teil 3 C II b).

sollte, ist eine Wiedereingliederung in den Betrieb leichter möglich. Dies sind auch die Argumente, die letztlich vom BAG zur Begründung des allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruchs angeführt werden.

Sollte dem Arbeitnehmer die Weiterarbeit aufgrund besonderer Umstände nicht zumutbar sein, so kann - wie zutreffend von den Befürwortern der hier vertretenen Meinung vorgebracht<sup>563</sup> – über § 326 Abs. 2<sup>564</sup> eine interessensgerechte Lösung geschaffen werden. In diesem Fall liegt wegen der beim Arbeitgeber gegebenen Umstände eine unzumutbare, nicht nachholbare Arbeitsleistung vor, die der unmöglichen Arbeitsleistung gleichzusetzen ist<sup>565</sup>. In diesem Fall tritt kein Annahmeverzug ein. Da die Unzumutbarkeit vom Arbeitgeber zu vertreten ist, behält der Arbeitnehmer über § 326 Abs. 2 1. Alt. seinen Anspruch auf Arbeitsentgelt<sup>566</sup>. Lehnt der Arbeitnehmer das Weiterbeschäftigungsangebot des Arbeitgebers unberechtigterweise ab, so tritt die Anrechnungsvorschrift des § 326 Abs. 2 S. 2 BGB in Kraft.

Neben der Einhaltung der verfassungsrechtlichen Grenzen des gesetzlichen Bestandsschutzes wird durch diesen Lösungsweg auch der zunehmenden Entwicklung des KSchG zum Abfindungsgesetz Einhalt geboten. Zumindest für den Fall, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer weiterbeschäftigen will, fällt das Verzugsrisiko aus § 615 BGB als Druckmittel weg, den Arbeitgeber zum vorzeitigen Abschluss eines Vergleichs zu bewegen.

#### d) Verfassungskonforme Auslegung

Dasselbe Ergebnis verlangt auch das Gebot der verfassungskonformen Auslegung verlangt. Diese Methode stellt letztlich sicher, dass unter mehreren Auslegungsmöglichkeiten derjenigen der Vorzug gebührt, die der Verfassung besser entspricht<sup>567</sup>. Grundlage dieser Methode ist die in den Grundrechten enthaltene objektive Werteordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung auch in die Anwendung des einfachen Rechts ausstrahlt<sup>568</sup>. Wie aufgeführt, interpretiert die Rechtsprechung des BAG die Annahmeverzugsvorschriften dahingehend, dass der Arbeitgeber mit dem

<sup>563</sup> Vgl. etwa *Löwisch*, DB 1986, 2433, 2435.

<sup>564</sup> § 324 Abs. 1 BGB a. F.

<sup>565</sup> Vgl. *Löwisch*, DB 1986, 2433, 2435.

<sup>566</sup> *Hueck/Nipperdey*, Arbeitsrecht, Bd. I, § 34 IV, 1 und 2.

<sup>567</sup> *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 160.

Weiterbeschäftigungsangebot die Anerkennung des fortbestehenden Vertrages verbinden muss, um damit seinen Annahmeverzug beenden zu können. Ein solches Verständnis führt aber im Zusammenhang mit der Rechtsfolgenregelung des § 615 BGB zu einer faktischen Erweiterung des gesetzlichen Bestandsschutzes, welche im Hinblick auf den grundrechtlich abgesicherten Restbestand an Kündigungsfreiheit problematisch ist. Aus dem Gebot der verfassungskonformen Auslegung ergibt sich, dass unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes jedem betroffenen Grundrecht die weitest mögliche Entfaltung zu Teil werden soll<sup>569</sup>. Im Hinblick auf die Frage der Verzugsbeendigung in der besonderen Situation des Kündigungsschutzprozesses kann dem nur nachgekommen werden, wenn mit dem Weiterbeschäftigungsangebot des Arbeitgebers auch dessen Annahmeverzug endet.

### III. Ergebnis der Auslegung

Die Auslegung der Annahmeverzugsvorschriften hat ergeben, dass dem Weiterbeschäftigungsangebot, welches dem Arbeitnehmer für die Dauer des Kündigungsschutzprozesses unterbreitet wird, verzugsbeendende Wirkung zukommen muss<sup>570</sup>. Dies ergibt sich bereits in Ansätzen aus der grammatischen und historischen Auslegung. Insbesondere die ursprünglich vom Gesetzgeber verwendete Formulierung zur Beendigung des Annahmeverzugs verdeutlicht den unmittelbaren Zusammenhang zwischen Verzugsbegründung und Verzugsbeendigung. Die Nachholung oder Beseitigung dessen, was den Verzug ursprünglich begründet hat, muss auch zu dessen Beendigung führen. Anhand der systematischen und teleologischen Auslegung ließen sich diese eher abstrakten Erkenntnisse noch näher konkretisieren und auf die Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses anpassen. Danach kommt es für die Verzugsbeendigung des Arbeitgebers allein darauf an, ob der Arbeitgeber sich bereit erklärt, die ihm angebotene Leistung des Arbeitnehmers tatsächlich anzunehmen. Diese Voraussetzung ist dann erfüllt, wenn er dem Arbeitnehmer ein zumutbares Weiterbeschäftigungsangebot

<sup>568</sup> *Schmalz*, Methodenlehre, S. 134.

<sup>569</sup> Zum dadurch letztlich beschriebenen Problem der praktischen Konkordanz ausführlich siehe ausführlich, *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 321 ff.

<sup>570</sup> Zu diesem Ergebnis kommt auch *Bopf*, Annahmeverzug, S. 295ff., der vor allem unter Berücksichtigung der Interessen der Arbeitsvertragsparteien das Erfordernis der Rücknahme der Kündigung als überzogen erachtet.

unterbereitet. Umgekehrt bewirkt die in der Kündigungserklärung zum Ausdruck gebrachte Annahmeverweigerung die Begründung des Annahmeverzugs. Dementsprechend muss die Beseitigung dieser Annahmeverweigerung auch zu dessen Beendigung führen.

Die Auffassung des BAG, der Arbeitgeber müsse darüber hinaus von seiner Kündigung Abstand nehmen, führt zu einer Zweckentfremdung der Annahmeverzugsvorschriften. Dieses Ergebnis wird auch von der historischen Entwicklung des KSchG und dem darin zum Ausdruck kommenden Willen des Gesetzgebers bestätigt. Die Konzeption des KSchG als Bestandsschutzgesetz steht im klaren Widerspruch zur derzeitigen Rechtsprechungslage, die dem Arbeitnehmer die Kommerzialisierung seines Arbeitsplatzes ermöglicht. In der Literatur wird daher zutreffend auch von einer „zweckentfremdenden Instrumentalisierung“ des KSchG gesprochen<sup>571</sup>. Der Ansatz der Rechtsprechung trägt auch dem Prinzip des nachträglichen Kündigungsschutzes und der daraus resultierenden Ungewissheit über den Ausgang des Prozesses nicht in genügendem Maße Rechnung, weil vorzeitig die Unwirksamkeit jeder Kündigung faktisch fingiert wird. Noch eindringlicher verlangen die verfassungsrechtlichen Grenzen des Bestandsschutzes und das Gebot der verfassungskonformen Auslegung nach einer Mitberücksichtigung der objektiven Ungewissheit des Prozessausgangs. Ein verhältnismäßiger Ausgleich von Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen ist nur gewahrt, wenn auch die grundrechtlich geschützten Arbeitgeberinteressen Eingang in die Frage der Voraussetzungen, unter denen der Verzug des Arbeitgebers enden soll, Eingang finden.

### **G. Böswilliges Unterlassen im Sinne des § 615 S. 2 BGB bzw. § 11 S. 1 Nr. 2 KSchG**

Selbst wenn man der hier vertretenen Auffassung hinsichtlich der Auslegung der Annahmeverzugsvorschriften nicht folgen möchte, so kann im Hinblick auf eine gerechte Verteilung der Risiken des Kündigungsschutzprozesses auch an der Interpretation des § 615 S. 2 BGB bzw. der Parallelvorschrift des § 11 S. 1 Nr. 2 KSchG angesetzt werden.

<sup>571</sup> Vgl. *Boecken/Topf*, RdA 2004, 19, 20.

Zwar kann dadurch die Beseitigung des Druckmittelcharakters der Verzugsvorschriften nicht endgültig beseitigt werden<sup>572</sup>. Eine konsequentere Handhabung der Anrechnungsvorschriften würde das Annahmeverzugsrisiko für den Arbeitgeber aber kalkulierbarer machen, vor allem wenn er sich darauf verlassen könnte, dass bestimmte Verhaltensweisen des Arbeitnehmers bzw. bestimmte Nichtverhaltensweisen während der Dauer des Kündigungsrechtsstreits sich mindernd auf den Verzugslohn auswirken. Dementsprechend steht die Frage, unter welchen Bedingungen sich der Arbeitnehmer hypothetische Einkünfte anrechnen lassen muss, insbesondere welches Verhalten dem Arbeitnehmer in der Situation des Kündigungsschutzprozesses als „böswilliges Unterlassen“ angelastet wird, im Mittelpunkt dieses Unterabschnitts.

### **I. Bedeutung und Verhältnis der § 615 S. 2 BGB und § 11 S. 1 Nr. 2 KSchG**

Der Dienstverpflichtete muss sich gemäß § 615 S. 2 BGB anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart (1. Alt) oder durch andere Verwendung seiner Dienste erwirbt (2. Alt) oder zu erwerben böswillig unterlässt (3. Alt.). Die Regelung hat den gesetzgeberischen Hintergrund, dass der Annahmeverzug des Arbeitgebers dem Arbeitnehmer weder finanzielle Vor- noch Nachteile bringen sollte. Er soll nicht mehr erhalten, als er bei normaler Abwicklung des Dienstverhältnisses verdient hätte<sup>573</sup>. Die Vorschrift begründet keine Pflicht des Arbeitnehmers, seine Arbeitskraft anderweitig einzusetzen. Unterlässt er dies aber, so muss er sich eine Anrechnung gefallen lassen. § 615 S. 2 BGB ist dogmatisch als Obliegenheit einzuordnen<sup>574</sup>. Sie bewirkt eine Minderung der Vergütung, die ohne Erklärung des Dienstberechtigten ipso jure eintritt. Der Arbeitgeber wird insoweit von seiner Zahlungspflicht frei. Besteht für das Arbeitsverhältnis Kündigungsschutz, so geht § 11 KSchG der allgemeinen Regelung des § 615 S. 2 BGB als *lex specialis* vor<sup>575</sup>. Die Vorschriften verwenden teils ungleiche Formulierungen. So unterscheidet sich die Anrech-

<sup>572</sup> Siehe zu den hier in Betracht kommenden Möglichkeiten Teil 5.

<sup>573</sup> MünchKomm-Henssler, BGB, § 615 Rn. 61; Staudinger-Richardi, BGB, § 615 Rn. 133.

<sup>574</sup> MünchKomm-Henssler, BGB, § 615 Rn. 62.

<sup>575</sup> Kittner/Däubler/Zwanziger-Zwanziger, KSchG, § 11 Rn. 2.

nungsbestimmung des § 11 Nr. 2 KSchG von der des § 615 S. 2 Alt. 3 BGB durch die Verwendung des Zumutbarkeitsmerkmals. Darin ist aber kein sachlicher Unterschied im Sinne einer zusätzlichen Tatbestandsvoraussetzung zu sehen, da im Anwendungsbereich des § 615 S. 2 3. Alt. BGB für die Beurteilung der „Bösgläubigkeit“ gerade Zumutbarkeitserwägungen die entscheidende Rolle spielen<sup>576</sup>. Inhaltlich sind die beiden Vorschriften daher deckungsgleich<sup>577</sup>. Dementsprechend beziehen sich nachfolgende Ausführungen zur Auslegung auch gleichermaßen auf beide Regelungen.

## II. Überblick über den Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur

Das BAG handhabt in ständiger Rechtsprechung die Anrechnungsvorschriften des § 615 S. 2 3. Alt. BGB bzw. des § 11 S. 1 Nr. 2 KSchG sehr restriktiv. Der Arbeitnehmer muss kaum damit rechnen, Kürzungen aufgrund hypothetischen Erwerbs in Kauf nehmen zu müssen. So soll ein böswilliges Unterlassen des Arbeitnehmers nur vorliegen, wenn der Arbeitnehmer in Kenntnis der objektiven Umstände, d. h. Arbeitsmöglichkeit, Zumutbarkeit der Arbeit und Nachteilsfolge für den Arbeitgeber, vorsätzlich grundlos Arbeit ablehnt oder vorsätzlich verhindert, dass ihm Arbeit angeboten wird<sup>578</sup>. Böswilligkeit setze keine Schädigungsabsicht des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber voraus, es genüge das vorsätzliche Außer-Acht-Lassen einer dem Arbeitnehmer bekannten Gelegenheit zur Erwerbsarbeit. Fahrlässiges und auch grob fahrlässiges Verhalten genüge hingegen nicht<sup>579</sup>. Demzufolge findet eine Anrechnung nach § 615 S. 2 bzw. § 11 S. 1 Nr. 2 KSchG nur in seltenen Fällen statt.

Die arbeitsrechtliche Literatur hat sich teilweise der Ansicht des BAG angeschlossen und stellt zu Gunsten des Arbeitnehmers hohe Anforderungen an das böswillige Unterlassen im Sinne des § 615 S. 2 BGB bzw. § 11 S. 1 Nr. 2 KSchG<sup>580</sup>. Im Wesentlichen wird hierfür vorgebracht, dass sich aus dem

<sup>576</sup> KR-*Spilger*, KSchG, § 11 Rn. 39.

<sup>577</sup> Allg. Ansicht, vgl. etwa KR-*Spilger*, KSchG, § 11 Rn. 39, BAG, Urt. v. 06.09.1990, NZA 1991, 221, 222; bestätigend BAG, Urt. v. 24.09.2003, DB 2004, 437, 438.

<sup>578</sup> Grundlegend BAG, Urt. v. 18.10.1958; NJW 1958, 2084f.; seit dem ständige Rechtsprechung vgl. beispielsweise BAG, Urt. v. 19.03.1998, NJW 1998, 3138ff. m. w. N.

<sup>579</sup> BAG, Urt. v. 18.10.1958; NJW 1958, 2084;

<sup>580</sup> Beispielsweise *Koppenfels*, SAE 2001, 140ff.; KSchR-*Zwanziger*, § 615 Rn. 24ff.; HaKo-*Fiebig*, § 11 KSchG Rn. 32; Peter DB 1982, 488, 494, der insbesondere die Böswilligkeit



Ausnahmecharakter der Anrechnungsvorschrift ergebe, dass das Verhalten des Arbeitnehmers besonders schwerwiegende Vorwürfe rechtfertigen müsse, um als böswillig zu gelten<sup>581</sup>. Zu messen sei jeder Einzelfall daran, ob eine Gleichstellung mit tatsächlich erzieltm Erwerb angemessen sei. Diese Voraussetzung sei jedenfalls für den Fall der unterlassenen Meldung als Arbeitssuchender nicht gegeben<sup>582</sup>.

Ein gewichtiger Teil der arbeitsrechtlichen Literatur<sup>583</sup> sowie einige Instanzgerichte<sup>584</sup> teilen die oben beschriebene Auffassung des BAG nicht. Der Arbeitnehmer sei in der Regel gehalten, sich unverzüglich bei der zuständigen Agentur für Arbeit als Arbeitssuchender zu melden, sonst könne er dem Vorwurf des „böswilligen Unterlassens“ nicht entgehen<sup>585</sup>. Übereinstimmend sind die Vertreter dieser Auffassung der Meinung, dass es genügen soll, wenn der Arbeitnehmer einen Antrag auf Zahlung des Arbeitslosengeldes stellt<sup>586</sup>. Denn nur wer den Vermittlungsbemühungen des Arbeitsamtes zur Verfügung stehe, habe gem. §§ 117 ff. SGB III Anspruch auf Arbeitslosengeld. Der Arbeitnehmer müsse also bereit sein, eine zumutbare Beschäftigung aufzunehmen und auszuüben. Eine Ausnahme gelte nur dann, wenn er versuche, sich selbständig zu machen<sup>587</sup>.

### III. Eigene Stellungnahme

#### 1. Auslegungsbedürftigkeit des „böswilligen Unterlassens“

Die Diskussionen um die Voraussetzungen, unter denen eine Anrechnung hypothetischen Erwerbs stattfinden soll, entfachen sich an der Frage, wie der Begriff des „Böswilligen Unterlassens“ im Sinne der § 615 S. 2 BGB

---

gläubigkeit vor allem in den Fällen des Weiterbeschäftigungsangebots des bisherigen Arbeitgebers ablehnt.

<sup>581</sup> *Koppenfels*, SAE 2001, 140, 144.

<sup>582</sup> *Koppenfels*, SAE 2001, 140, 144.

<sup>583</sup> *KR-Spilger*, KSchG, § 11 Rn. 40; *Staudiger-Richardi*, BGB, § 615 Rn. 153, *Münch-Komm-Henssler*, BGB, § 615 Rn. 75; *V. Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG, § 11 Rn. 16; *Löwisch/Spinner* § 11 Rn. 13, *Münch/ArbR-Boewer*, § 78 Rn. 67, *ErfKom-Ascheid* § 11 KSchG Rn. 10; *BBDW-Dörner*, § 11 KSchG Rn. 41a.

<sup>584</sup> LAG Bremen, Urt. v. 04.11.1964, DB 1965, 74; LAG-Sachsen-Anhalt, Urt. v. 12.08.1998; aufgehoben durch BAG, Urt. v. 16.05.2000, NZA 2001, S. 26ff.

<sup>585</sup> *Staudiger-Richardi*, BGB, § 615 Rn. 153; *V. Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG, § 11 Rn. 16;

<sup>586</sup> *Staudiger-Richardi*, BGB, § 615 Rn. 153; *MünchKomm-Henssler*, BGB, § 615 Rn. 75; *Kassler HdB ArbR-Künzl*, Rn 519; *MünchArbR-Boewer*, § 78 Rn. 67

<sup>587</sup> *Staudiger-Richardi*, BGB, § 615 Rn. 154.

und § 11 S. 1 Nr. 2 KSchG auszulegen ist. Eine system- und interessensgerechte Interpretation dieses unbestimmten Rechtsbegriffs<sup>588</sup> erfordert daher wiederum die Heranziehung aller denkbaren Auslegungsansätze. Anhand dieser Ansätze soll im Folgenden ein Auslegungsrahmen für den Begriff der „Böswilligkeit“ geschaffen werden. Daraus lassen sich - ebenso wie oben unter Teil 4 F für die Frage der Beendigung des Annahmeverzugs - verbindliche Anhaltspunkte für die Beurteilung der in der Rechtsprechung am häufigsten auftretende Fälle entnehmen, bei denen eine Anrechnung hypothetischen Erwerbs in Frage steht. Wie bereits angedeutet, werden hierbei insbesondere die unterbliebene Meldung bei der Agentur für Arbeit<sup>589</sup> und die Ablehnung des Weiterbeschäftigungsangebots des bisherigen Arbeitgebers diskutiert.

## 2. Auslegungskriterien

### a) Grammatikalische Auslegung

Ausgangspunkt der Auslegung ist die Wortbedeutung des Begriffs „Böswilligkeit“. Böswilligkeit setzt nach dem allgemeinen Sprachgebrauch ein bewusstes und zielorientiertes Handeln voraus, welches in irgendeiner Form dazu geeignet ist, anderen einen Nachteil zuzufügen. Das Adjektiv „willig“ unterstreicht die subjektive Einstellung des Handelnden. Dies bedeutet, dass jemand auch böswillig sein kann, ohne dass der beabsichtigte Schaden unbedingt eintreten muss. Darüber hinaus impliziert das Wort „Unterlassen“, dass zumindest die Möglichkeit zum Tätigwerden bestanden haben muss, an dessen Nichtvornahme ein Vorwurf oder eine negative Folge geknüpft werden kann. Hält man sich dies vor Augen, so folgt aus der Wortbedeutung des Begriffs des böswilligen Unterlassens zunächst, dass zwei Komponenten - eine subjektive und eine objektive -, zusammen kommen müssen, damit von einer Böswilligkeit im Sinne des § 615 S. 2 Alt. 3 BGB ausgegangen werden kann. Welchen Grad die jeweiligen Komponenten erreichen müssen bzw. was umgekehrt vom Arbeitnehmer verlangt werden kann, da-

<sup>588</sup> Siehe hierzu bereits oben Teil 3 F I, II.

<sup>589</sup> Seit dem Inkrafttreten des Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt (BGBl. 2002 Teil I Nr. 87, S. 4607 ff; BT - Drucks. 15/25) am 01.01.2004 heißen die ehemaligen „Arbeitsämter“ nun „Agenturen für Arbeit“.

mit er nicht böswillig handelt, kann allein anhand der grammatikalischen Auslegung nicht festgelegt werden. Insgesamt spricht die Wortbeutung aber eher dafür, hinsichtlich der Beschaffung eines Ersatzerwerbs vom Arbeitnehmer keine übersteigerten Anstrengungen zu verlangen.

#### b) Historische Auslegung

Aus der Gesetzesbegründung des BGB zu § 615 S. 2 BGB geht hervor, dass der Gesetzgeber den Begriff des böswilligen Unterlassens mit dem in der allgemeinen Regel des § 326 Abs. 2 S. 2 BGB<sup>590</sup> einheitlich verstanden haben wollte<sup>591</sup>. Nach seiner Vorstellung sollte eine Anrechnung hypothetischen Erwerbs dann stattfinden, wenn der Schuldner den Erwerb „böswillig, also in der Absicht, dem Gläubiger zu schaden, versäumt hat“. Dies entspräche sichtbar der Billigkeit und den Grundsätzen von Treu und Glauben, wonach böswillig versäumter Erwerb als wirtschaftlich gemachter zu behandeln sei<sup>592</sup>. Diese Aussagen markieren durch den Verweis auf die Billigkeit und Treu und Glauben zwar die Eckpfeiler für die Beurteilung des in Frage stehenden Verhaltens bzw. Unterlassens des Arbeitnehmers. Letztlich wird damit aber nur ein unbestimmter Rechtsbegriff durch zwei weitere ersetzt, die ihrerseits wieder der näheren Konkretisierung bedürfen. Für die Beurteilung des Einzelfalls, wann im Falle des Kündigungsschutzprozesses ein böswilliges Unterlassen des Arbeitnehmers vorliegen soll, müssen daher noch andere Auslegungsansätze herangezogen werden.

#### c) Systematische und teleologische Auslegung

Es ist daher unumgänglich, für die nähere Konkretisierung der Voraussetzungen, unter welchen eine Erwerbsmöglichkeit böswillig unterlassen wird, auch systematische Erwägungen mit einzubeziehen. Aufschlussreich können sowohl inner- als auch außersystematische Gesichtspunkte sein. Um diese Ansätze richtig werten zu können, ist es erforderlich, hierzu ergänzend den gesetzgeberischen Sinn und Zweck der Anrechnungsvorschriften bzw. des Verzuglohnanspruchs heranzuziehen. Daher sollen die systematische und teleologische Auslegung hier gemeinsam vorgenommen werden. Im Mittel-

---

<sup>590</sup> § 324 Abs. 1 S. 2 a. F. BGB.

<sup>591</sup> Mot. II, S. 463.

<sup>592</sup> Mot. II, S. 209.

punkt dieser Auslegungsansätze steht die kritische Auseinandersetzung mit der einschlägigen Rechtsprechung des BAG, die vor allem in Hinblick auf ihren methodischen Ansatz überdenkenswert erscheint. Anfangs dieses Unterabschnitts soll geklärt werden, auf welcher Grundlage die Frage nach den Verhaltenspflichten des gekündigten Arbeitnehmers vorgenommen werden soll, um danach hauptsächlich an den Beispielen der unterlassenen Meldung als Arbeitssuchender und später des Weiterbeschäftigungsangebots des bisherigen Arbeitgebers eine Einzelfallbetrachtung durchführen zu können.

**aa)** Bedeutung des Synallagmas des Arbeitsvertrages und des Grundsatzes von Treu und Glauben für das gekündigte Arbeitsverhältnis

Aus dem Arbeitsverhältnis ergeben sich für beide Parteien gegenseitige Rechte und Pflichten. Dazu gehören neben der Erbringung der Arbeitsleistung und der Zahlung des vereinbarten Lohns noch zahlreiche andere, auf dem „personenrechtlichen Einschlag“ des Arbeitsverhältnisses<sup>593</sup> beruhende (Neben-)Verpflichtungen und Verhaltensweisen. Früher wurden diese noch als Treue- und Fürsorgeverpflichtungen beschrieben<sup>594</sup>. Inzwischen wird aber nach einhelliger Auffassung von einer Verpflichtung zur „Rücksichtnahme“ auf die Rechte, Rechtsgüter und berechtigten Interessen des anderen Teils gesprochen<sup>595</sup>. Die Festlegung des Inhalts und des Umfangs dieser Nebenpflichten kann aber nicht allein auf der Grundlage der Regelungen des Arbeitsvertrages vorgenommen werden, da sich diese oft auf eine eher abstrakte Beschreibung der gegenseitigen Verpflichtungen beschränken. Die nähere Konkretisierung der Verhaltens- und Leistungspflichten für das konkrete Arbeitsverhältnis kann daher nur unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben und der Verkehrssitte ermittelt werden<sup>596</sup>. Vor diesem Hintergrund ist auch die Frage nach den hier zu untersuchenden Verhaltensweisen des Arbeitnehmers nach Ausspruch der Kündigung bzw. Ablaufs der Kündigungsfrist zu beantworten.

Welches Verhalten des Arbeitnehmers als „böswillig“ eingestuft werden kann, hängt davon ab, wie die Verhaltenspflichten des Arbeitnehmers im

<sup>593</sup> *Opolony*, Anm. zu BAG AP § 615 Nr. 7 Böswilligkeit.

<sup>594</sup> So noch *Münch/ArB-Boewer* § 8 Rn. 9; *Koppenfels*, SAE 2001, S. 140 – 145, 144.

<sup>595</sup> *Dütz*, Arbeitsrecht, S. 78.

<sup>596</sup> *Münch/ArB-Boewer* § 8 Rn. 9; *Dütz*, Arbeitsrecht, S. 78.

gekündigten Arbeitsverhältnis definiert werden. Für deren Festlegung müssen ebenso wie im ungekündigten Arbeitsverhältnis die aus dem Synallagma des Arbeitsvertrages ergebenden Rechte und Pflichten unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben maßgeblich sein<sup>597</sup>. Dies ergibt sich aus dem gesetzgeberischen Hintergrund und der Rechtsnatur der §§ 615 BGB und 11 KSchG. Wie hierauf zutreffend in der Literatur hingewiesen wird, konkretisieren diese nichts anderes als die dem Arbeitsverhältnis unmittelbar entspringenden Rechte und Pflichten der beiden Vertragsparteien, wenn gleich auch für einen besonderen Störfall im Rahmen der Durchführung des Vertrages<sup>598</sup>. Der Entgeltanspruch des Arbeitnehmers nach §§ 615 S. 1 BGB, 11 Nr. 1 KSchG ist, wie eingangs dieser Untersuchung festgestellt, nicht Schadensersatzanspruch, sondern direkter Ausfluss des primären Erfüllungsanspruchs des Arbeitnehmers. Dasselbe gilt für die Anrechnungsvorschriften der §§ 615 S. 2 BGB, 11 Nr. 2 KSchG. Diese normieren lediglich eine Ausnahme von dem Prinzip, dass der Arbeitnehmer im Falle des Annahmeverzugs des Arbeitgebers seinen Anspruch auf die Gegenleistung, auf der Grundlage von Treu und Glauben, nicht verliert<sup>599</sup>. Damit wird deutlich, dass die Frage nach der Anrechnung hypothetischen Verdienstes unmittelbar an das zwischen den Parteien bestehende bilaterale Austauschverhältnis anknüpft. Um den Begriff des böswilligen Unterlassens näher ausfüllen zu können und ihn nicht - wie dies die ständige Rechtsprechung praktiziert - mittels abstrakter Rechtsbegriffe wie „grundlos“ und „zumutbar“ zu definieren, ist daher zu fragen, ob der Arbeitnehmer aufgrund der sich aus dem gemeinsamen Arbeitsvertrag ergebenden Rechte und Pflichten redlicherweise gehalten wäre, während des Annahmeverzugs eine anderweitige Arbeit anzunehmen. Diese zunächst abstrakt klingende Frage kann nur anhand konkreter Fallbeispiele näher präzisiert werden. Für jeden dieser Fälle muss festgelegt werden, welches Verhalten des Arbeitnehmers als böswillig anzusehen ist. Wie bereits erwähnt wurde, werden insbesondere die unterlassene frühzeitige Meldung bei der Agentur für Arbeit, welche im Zusammenhang mit der Frage nach dem Erfordernis eigener

---

<sup>597</sup> Bayreuther, NZA 2003, 1365.

<sup>598</sup> Bayreuther, NZA 2003, 1365.

<sup>599</sup> Bayreuther, NZA 2003, 1365.

Bemühungen steht, sowie die Ablehnung des Weiterbeschäftigungsangebots beim bisherigen Arbeitgeber zu diskutieren sein.

bb) Meldung bei der Agentur für Arbeit als arbeitssuchend

(1) Rechtsprechung des BAG

Für den Fall der unterlassenen Meldung bei der Agentur für Arbeit bestätigte das BAG seine restriktive Rechtspraxis zur Anrechnung hypothetischen Erwerbs und entschied im Jahre 2000, dass der Arbeitnehmer während eines laufenden Kündigungsschutzprozesses nicht verpflichtet sei, die Vermittlung der Bundesanstalt für Arbeit in Anspruch zu nehmen<sup>600</sup>. Zur Begründung führt das BAG aus, dass nur die Ablehnung eines konkreten Angebots zur Aufnahme einer Beschäftigung zur Anrechnung nach § 11 S. 2 Nr. 2 KSchG führen könne<sup>601</sup>. Das bloße Unterlassen der Meldung bei der Agentur für Arbeit sei nicht mit diesen Fällen des Ablehnens eines Arbeitsangebots oder des Verhinderns eines Arbeitsangebots vergleichbar. Dem Arbeitnehmer könne insofern keine Obliegenheit auferlegt werden. Die Meldung bei der Agentur für Arbeit habe für bürgerlich-rechtliche Ansprüche auf Annahmeverzugslohn regelmäßig keine Bedeutung<sup>602</sup>. Der Arbeitnehmer sei nicht gehalten, sich durch Meldung bei der Agentur für Arbeit die Möglichkeit für eine „Ersatzbeschäftigung“ zu eröffnen. Im Annahmeverzug finde die Schadensminderungspflicht nach § 254 Abs. 2 BGB keine Anwendung. Daher müsse der Arbeitnehmer keine eigenen Anstrengungen unternehmen, um eine Beschäftigung bei einem anderen Arbeitgeber zu finden. Um diese These zu stützen, verwies das BAG auf die Motive des BGB, wonach der „böswillig versäumte Erwerb nur dann als wirklich gemachter zu behandeln sei“<sup>603</sup>, wenn der Arbeitnehmer Arbeitsangebote ausschlage oder verhindere.

(2) Kritik an dieser Rechtsprechung und eigener Lösungsansatz

<sup>600</sup> BAG, Urt. v. 16.05.2000, NJW 2001, 243, 244.

<sup>601</sup> BAG, Urt. v. 16.05.2000, NJW 2001, 243, 244 so auch BAG, Urt. v. 22.02.2000, NZA 2000, 817.

<sup>602</sup> BAG, Urt. v. 16.05.2000, NJW 2001, 243.

<sup>603</sup> Mot. II, S. 209, 463.

Diese Rechtsprechung gibt insbesondere im Hinblick auf die dogmatisch nicht geforderte Beschränkung auf den Fall des Ablehnens konkreter Angebote Anlass zu Kritik.

Zuzugeben ist zwar zunächst, dass vor allem unter Berücksichtigung der Ausführungen des historischen Gesetzgebers, welcher die „Absicht, dem Gläubiger zu schaden“<sup>604</sup> zur Voraussetzung der Böswilligkeit des Arbeitnehmers machte, vom Arbeitnehmer keine besonderen Anstrengungen zur Erlangung eines anderweitigen Arbeitsplatzes abgefordert werden dürfen. Hierfür spricht insbesondere der Ausnahmecharakter der Anrechnung hypothetischen Zwischenverdienstes. Der Arbeitnehmer ist beispielsweise nicht dazu verpflichtet, eigene Stellengesuche in der Zeitung aufzugeben oder sich auf einschlägige Stellen zu bewerben. Auch eine Verpflichtung, sich während der Dauer des Kündigungsrechtsstreits um einen anderweitigen Dauerarbeitsplatz zu bemühen, wird überwiegend abgelehnt<sup>605</sup>.

Allerdings geht die Interpretation des BAG, die den Arbeitnehmer dadurch, dass er sich nicht bei der Agentur für Arbeit als arbeitssuchend melden muss, praktisch von jeglicher Bemühung um eine anderweitige Arbeit freistellt, zu weit. Sie deckt sich nicht mit obigen Ausführungen zum Einfluss des Synallagmas des Arbeitsverhältnisses auf das gekündigte Arbeitsverhältnis und den gesetzgeberischen Hintergrund der Anrechnungsvorschriften. Aus beiden Ansätzen geht hervor, dass die Beurteilung dessen, was als bösgläubig gelten soll, unter Berücksichtigung der Billigkeit und des Grundsatzes von Treu und Glauben zu geschehen hat. Dementsprechend muss dem Arbeitnehmer – will er nicht als bösgläubig im Sinne der §§ 615 S. 2, 11 Nr. 2 KSchG gelten - auferlegt werden, dass er sich frühzeitig bei der zuständigen Agentur für Arbeit als arbeitssuchend meldet. Diese Verpflichtung ist mit so geringem Aufwand erfüllbar, dass sie dem Arbeitnehmer auch im Stadium des gekündigten Arbeitsverhältnisses zumutbar ist. Eine Überdehnung der dem Arbeitnehmer obliegenden Verpflichtung zur Rück-

<sup>604</sup> Wie bereits erwähnt, verlangt die ständige Rechtsprechung für das Vorliegen des Merkmals der Böswilligkeit nunmehr keine Schädigungsabsicht des Arbeitnehmers mehr. Die frühere Rechtsprechung hat dies in Anlehnung an die Ausführungen der Gesetzesbegründung noch vorgeschrieben, vgl. noch RAG 283/36, ARS 30, 113, 116.

<sup>605</sup> Vgl. Kassler HdB. ArbR-Böck, Bd. 2, Rn. 785; KR-Spilger. KSchG, § 11 Rn. 42 m. N. zur Rechtsprechung.



sichtnahme auf die berechtigten Interessen des Arbeitgebers<sup>606</sup>, die u. a. darin liegen, das Verzugsrisiko möglichst klein zu halten, droht dadurch nicht.

Darüber hinaus stellt das BAG unter Berufung auf die Motive des Gesetzes allein darauf ab, ob der Arbeitnehmer ein Angebot ablehnt, ohne sich - wie in der Literatur zu Recht kritisiert wurde<sup>607</sup> - mit dem Gedanken auseinanderzusetzen, dass durch die unterlassene Mitteilung bei der Agentur für Arbeit die Abgabe eines Angebots von vornherein vereitelt wird. Die Beschränkung auf den Fall, dass der Arbeitnehmer ein Angebot ablehnt, wird vom Wortlaut der „Annahme“ im Sinne des § 11 S. 1 Nr. 2 KSchG nicht verlangt<sup>608</sup>. Dies ergibt sich schon daraus, dass § 615 S. 2 BGB diese Formulierung nicht verwendet und sich nach allgemeiner Ansicht inhaltlich nicht von § 11 Nr. 2 S. 1 KSchG unterscheidet. Mit der gleichen Kritik muss denjenigen Stimmen begegnet werden, denen zu Folge die unterlassene Meldung als Arbeitssuchender nie den Vorwurf des böswilligen Unterlassens begründen könne, weil diese nur die Voraussetzungen dafür schaffen würden, dass ihm - sofern die Arbeitsmarktlage dies zulasse - Arbeit angeboten werden kann<sup>609</sup>. Damit schlage er noch nicht tatsächlich vorhandene, konkrete Arbeitsangebote aus. Auch hier wird der oben aufgegriffene Gedanke, dass das Merkmal der „Böswilligkeit“ auch durch die bewusste Vereitelung neuer Angebote trotz Kenntnis der grundsätzlichen Möglichkeit zur Arbeitsaufnahme erfüllt werden kann, vernachlässigt.

Zwar ist richtig, dass auf dem Arbeitsmarkt eventuell gar keine zumutbaren Stellen für den Arbeitnehmer vorhanden gewesen sein könnten. Andererseits schafft diese Meldung für eine Vielzahl der Arbeitnehmer aber erst die Voraussetzungen dafür, dass sie überhaupt eine andere Beschäftigung angeboten bekommen. Interpretiert man das Merkmal der „Böswilligkeit“ im Sinne des BAG, so werden diejenigen Arbeitnehmer, die völlig untätig bleiben und damit bereits verhindern, dass ihnen konkrete Angebote gemacht werden, und erst gar nicht vor die Frage gestellt werden, ob sie ein einschlägiges Angebot annehmen oder ausschlagen wollen, besser gestellt, als dieje-

---

<sup>606</sup> So aber *Koppenfels*, SAE 2001, 140, 144.

<sup>607</sup> *Spirolke*, NZA 2001, 707, 710ff.; *Bayreuther*, NZA 2003, 1365, 1366.

<sup>608</sup> *Bopf*, Annahmeverzug, S. 352.

<sup>609</sup> *Koppenfels*, SAE 2001, 140, 142, 144.

nigen, die sich um eine Ersatzbeschäftigung bemühen, dann aber ein bestimmtes, konkretes Angebot ablehnen<sup>610</sup>. Letztere sehen sich dann nach der Rechtsprechung des BAG dem Vorwurf der „Böswilligkeit“ ausgesetzt und müssen gegebenenfalls Kürzungen in Anspruch nehmen, während für den untätigen Arbeitnehmer diese Gefahr von vorneherein nicht besteht. Diese Privilegierung erscheint in Zeiten der Massenarbeitslosigkeit und leerer Sozialkassen und dem der allgemeinen Verkehrsauffassung entsprechenden Verständnis, dass ein Arbeitnehmer in erwerbsfähigem Alter bestrebt sein müsste, sich seinen Lebensunterhalt verdienen, nicht gerechtfertigt.

Zu diesen problematischen Auswirkungen kommt hinzu, dass dem Arbeitgeber durch die Rechtsprechung des BAG eine kaum erfüllbare Darlegungs- und Beweislast auferlegt wird. Um in den Genuss eines um den Betrag eines hypothetischen Erwerbs minimierten Verzugslohnanspruchs zu kommen, müsste der Arbeitgeber darlegen und beweisen, dass der Arbeitnehmer Arbeitsangebote ausgeschlagen hat, die praktisch zufällig an ihn herangetragen wurden<sup>611</sup>. Die Wahrscheinlichkeit, dass ein Arbeitssuchender ohne eigene Bemühungen einen neuen Arbeitsplatz angeboten bekommt, erscheint bei der derzeitigen Arbeitsmarktlage sehr gering. Der Nachweis einer anderweitigen Arbeitsmöglichkeit ist daher kaum führbar und wird noch dadurch erschwert, dass sich das „Bewerbungsverhalten“ des Arbeitnehmers bei anderen Arbeitgebern regelmäßig der Einsichtssphäre des kündigenden Arbeitgebers entzieht. Vor diesem Hintergrund wäre es interessensgerechter, dem Arbeitnehmer umgekehrt dann nicht in die Gefahr der Anrechnung böswillig unterlassenen Erwerbs kommen zu lassen, wenn er darlegen und beweisen kann, dass ihm die Agentur für Arbeit ohnehin keine zumutbare Arbeitsstelle vermittelt hätte. Um dies darlegen zu können, müsste er sich zunächst arbeitssuchend melden.

Hinzu kommt dass, das BAG zur Unterstützung seiner These, nach der nur die Ablehnung konkreter Angebote böswillig sein kann, hauptsächlich auf die Motive des BGB verweist. Damit stellt es hauptsächlich auf die historische Auslegung ab. Dieser Ansatz ist methodisch allerdings unvollständig,

---

<sup>610</sup> *Bayreuther*, NZA 2003, 1365, 1366, der insofern von einer unberechtigten „Privilegierung“ der untätigen Arbeitnehmer spricht.

<sup>611</sup> So zutreffend *Bayreuther*, NZA 2003, 1365, 1367.

da hierdurch die Wertungen des KSchG außen vor gelassen werden. Die Ausführungen der Gesetzesbegründung beziehen sich nur auf das klassische allgemeine Gläubiger- und Unternehmerrisiko. Sie stellen nur auf den Fall ab, dass der Arbeitgeber in einem an sich „intakten“ Arbeitsverhältnis die ihm angebotene Arbeit „ohne jeden Grund“ nicht annimmt, etwa weil er „mutwillig“ die Annahme verweigert oder weil sich in seinem Unternehmen Betriebsrisiken realisieren, die zu tragen eindeutig ihm zugewiesen sind (beispielsweise schlechte Auftragslage, Betriebsstörungen)<sup>612</sup>. Die Situation im Kündigungsschutzprozess ist hiermit aber nicht vergleichbar. Da der Arbeitgeber außer im Falle einer offensichtlich unwirksamen Kündigung regelmäßig an seine Berechtigung zur Kündigung glaubt, handelt der Arbeitgeber subjektiv rechtmäßig und damit eben „nicht ohne jeden Grund“. Zudem steht erst mit rechtskräftiger Entscheidung über die Wirksamkeit der Kündigung fest, wer das Risiko der Lohnfortzahlung endgültig zu tragen hat. Im Stadium des Kündigungsschutzprozesses, in dem die Wirksamkeit der Kündigung noch nicht geklärt ist, ist das Risiko auch nicht eindeutig einer bestimmten Partei zuzuweisen oder entspringt überwiegend aus der Risikosphäre einer Partei<sup>613</sup>. Dass sich der Arbeitgeber durch die Kündigung grundsätzlich im Annahmeverzug befindet, kann hieran nichts ändern, zumal dieser gerade verschuldensunabhängig ist. Die objektive Ungewissheit über die Wirksamkeit der Kündigung muss daher bei der Festlegung der Verhaltenspflichten des Arbeitnehmers im gekündigten Arbeitsverhältnis mitberücksichtigt werden. Daraus ergibt sich, dass nicht allein das Auschlagen eines zumutbaren konkreten Angebots Böswilligkeit begründen kann, sondern auch die unterbliebene frühzeitige Meldung bei der Agentur für Arbeit.

### (3) Einfluss der sozialversicherungsrechtlichen Vorgaben

<sup>612</sup> *Opolony*, Anm. zu BAG AP § 615 BGB Nr. 7 Böswilligkeit; *Bayreuther*, NZA 2003, 1365, 1367.

<sup>613</sup> So der gesetzgeberische Hintergrund der in § 615 S. 3 BGB verankerten Betriebsrisikolehre, mittels der versucht wird, das Wirtschafts- und Arbeitskämpfrisiko zwischen den Arbeitsvertragsparteien nach besonderen arbeitsrechtlichen Kriterien zu verteilen. Im allgemeinen Schuldrecht wird dieser Gedanke unter dem Stichwort der „Sphärentheorie“ diskutiert und teilweise auch adaptiert, vgl. beispielsweise für § 326 Abs. 2 BGB, *MünchKomm-Ernst*, BGB, Band 2a, § 326 Rn. 50.

Für dieses Ergebnis spricht auch die neuere sozialversicherungsrechtliche Gesetzgebung. Mit der Einführung des Gesetzes zur Reform der arbeitsmarktpolitischen Instrumente (Job-AQTIV-Gesetz)<sup>614</sup> und des Ersten Gesetzes für moderne Dienstleistungen (Harz I)<sup>615</sup> ist die Entscheidung des BAG zur „Unterbliebenen Meldung bei der Agentur für Arbeit“ erneut in das Kreuzfeuer der Kritik geraten<sup>616</sup>. Die Gesetze verschärfen die Anforderungen, die an einen arbeitsuchenden Arbeitnehmer gestellt werden. So wurde zunächst § 2 SGB III (Zusammenwirken von Arbeitgebern und Arbeitnehmern mit den Agenturen für Arbeit) um einen Absatz 3 ergänzt (heute Absatz 5), der den Arbeitnehmer zur aktiven Mitarbeit bei der Vermeidung und Beendigung von Arbeitslosigkeit anhält. Der neu eingeführte<sup>617</sup> und mittlerweile bereits zweifach geänderte<sup>618</sup> § 37 b SGB III legt Personen, deren Arbeits- oder Ausbildungsverhältnis endet schließlich die Pflicht auf, sich spätestens drei Monate vor dessen Beendigung persönlich bei der Agentur für Arbeit arbeitsuchend zu melden<sup>619</sup>. Unterlässt er dies, so führt dies hinsichtlich seines Anspruchs auf Arbeitslosengeld nach der Regelung des neuen § 144 Abs. 1 S.2 Nr. 7 SGB III zu einer Sperrzeit von einer Woche<sup>620</sup>.

Gesetzgeberischer Hintergrund dieser Regelungen ist die Umsetzung der geplanten Neuausrichtung der Arbeitsmarktpolitik. Die vorwiegend reaktive Ausrichtung des geltenden Arbeitsförderungsrechts soll durch deutlich präventivere Ansätze, insbesondere im Bereich der Vermittlung und Beratung ersetzt werden<sup>621</sup>. Dadurch sollen Beschäftigungsmöglichkeiten konsequent

<sup>614</sup> BT - Drucks. 14/6944.

<sup>615</sup> BGBl. 2002 Teil I Nr. 87, S. 4607 ff; BT - Drucks. 15/25.

<sup>616</sup> *Tschöpe*, DB 2004, 434, 435; *Bayreuther* NZA 2003, 1365, 1366; *Linck/Heffner* AuA 2003, S. 24, 25; auch bereits *Spirolke*, NZA 2001, 707, 710ff.

<sup>617</sup> Durch das Erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, BGBl. 2002, S. 4607 ff.

<sup>618</sup> Erste Änderung m.W.v. 23.12.2003 durch das Dritte Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, BGBl. 2003, S. 2848ff.; zweite Änderung m.W.v. 31.12.2005 durch das Fünfte Gesetz zur Änderung des Dritten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze, BGBl. 2005, S. 3676 ff.

<sup>619</sup> In der ersten Fassung des § 37 b SGB III (Fassung des Ersten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vgl. Fn. 513) war der Arbeitnehmer sogar verpflichtet, sich „unverzüglich“ nach Kenntnis des Beendigungszeitpunkts des Beschäftigungsverhältnisses bei der Agentur für Arbeit arbeitsuchend zu melden.

<sup>620</sup> Bis zur Einführung des Fünften Gesetzes zur Änderung des Dritten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze, vgl. Fn. 514 musste der Arbeitnehmer, der seine Verpflichtungen aus § 37 b SGB III verletzte, gemäß § 140 SGB III eine Minderung in Bezug auf das Arbeitslosengeld in Kauf nehmen. Mit Wirkung zum 31.12.2005 wurde die Sanktionsregelung des § 140 SGB III durch die Neueinführung einer Sperrzeit ersetzt.

<sup>621</sup> BT-Drucks. 14/6944, S. 1.

genutzt und Arbeitslosigkeit abgebaut und vermieden werden. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers ist unabdingbare Voraussetzung zur Verwirklichung dieser Ziele, dass der Arbeitnehmer und die Agentur für Arbeit vertrauensvoll zusammenarbeiten und der Arbeitnehmer bereit ist, aktiv an seiner raschen beruflichen (Wieder)-Eingliederung mitzuarbeiten, was neben der Entlastung der Versicherungsgemeinschaft überwiegend auch im Eigeninteresse des Betroffenen steht<sup>622</sup>.

Mit der Einführung der Meldepflicht und den Folgen ihrer Verletzung erscheint die Rechtsprechung des BAG zur unterlassenen Meldepflicht zumindest auf den ersten Blick überholt<sup>623</sup>. Hierfür spricht, dass zur aktiven Mitarbeit bei der Vermeidung oder Beendigung von Arbeitslosigkeit zumindest das frühzeitige und aktive Zugehen auf die Agentur für Arbeit zählen muss. Fraglich ist aber, ob eine Übertragung der sozialversicherungsrechtlichen Vorgaben auf die den gekündigten Arbeitnehmer treffenden Pflichten und damit auf die Frage der Auslegung des „böswilligen Unterlassens“ möglich ist. Die Beantwortung dieser Frage hängt eng damit zusammen, wie man das Verhältnis von Arbeits- und Sozial(versicherungs)recht definieren will. Ansatzweise klingt in der Entscheidung des BAG aus dem Jahre 2000 eine Auseinandersetzung mit dieser Frage an, indem das Gericht feststellt, dass eine Meldung als arbeitssuchend zwar Voraussetzung für den Bezug von Leistungen der Arbeitsverwaltung sei, sie aber für bürgerlich-rechtliche Ansprüche auf Annahmeverzugslohn regelmäßig keine Bedeutung habe<sup>624</sup>. Damit beruft sich das BAG im Wesentlichen auf die unterschiedlichen Schutzrichtungen von Arbeits- und Sozialrecht. Zwar ist zutreffend, dass das Arbeitsrecht vornehmlich auf den Schutz der im Arbeitsleben stehenden Personen durch Sicherung des Arbeitsverhältnisses als in der Regel wesentlicher Existenzgrundlage abzielt, während das Recht der Sozialversicherung „Existenzschutz“ grundsätzlich erst und nur dann gewährleistet, wenn sich einer der typischen, im Regelfall die Erbringung der Arbeitsleistung ausschließenden Wechselfälle des Lebens, wie beispielswei-

<sup>622</sup> BT-Drucks. 14/6944, S. 28; BT-Drucks. 15/25, S. 31.

<sup>623</sup> So KR-*Spilger*, KSchG, § 11 Rn. 40; dies völlig unstreitig stellend und insoweit zu undifferenziert *Linck/Heffner* AuA 2003, 24, 25.

<sup>624</sup> Vgl. BAG, Urt. v. 16.05.2000, NJW 2001, 243.

se Krankheit, Unfall oder Arbeitslosigkeit verwirklicht<sup>625</sup>. Insoweit knüpfen Sozialversicherungsrecht und Arbeitsrecht an unterschiedliche Sachverhalte an und haben unterschiedliche Schutzrichtungen<sup>626</sup>.

Dennoch existiert zwischen beiden Rechtsgebieten keine Trennlinie in dem Sinne, dass der Anwendungsbereich des einen Rechtsgebiets da endet, wo der der des anderen beginnt<sup>627</sup>. Vielmehr sind beide Rechtsgebiete vielfach miteinander verzahnt, was mit der Bedeutung des Arbeitsverhältnisses für die Begründung eines Sozialversicherungsverhältnisses beginnt und sich bis zur Frage der sozialversicherungsrechtlichen Auswirkungen der Beendigung eines Arbeitsverhältnisses hinzieht. In diesem Zusammenhang werden die Diskussionen um die Abgrenzung zwischen den Begriffen Arbeitsverhältnis und Beschäftigungsverhältnis oder den Begriffen Arbeitnehmer und Beschäftigte als „klassische Schnittstellen“<sup>628</sup> zwischen Arbeits- und Sozialversicherungsrecht bezeichnet. Die Tatsache, dass diese Fragen immer wieder Anlass zu Diskussionen geben und immer wieder Rufe nach einer einheitlichen Verständnis der Begriffe<sup>629</sup> laut werden, zeigt, dass beide Rechtsgebiete nicht als voneinander unabhängige Teilgebiete der Gesamtrechtsordnung gesehen werden können<sup>630</sup>, sondern vielmehr in einem wechselseitigen Austauschverhältnis zueinander stehen<sup>631</sup>. Die Wertungen des einen Rechtsgebietes müssen daher auch bei der Auslegung des anderen beachtet werden. Dies wird letztlich vom Gebot der Einheit der Rechtsordnung gefordert, welches trotz unterschiedlicher Schutzrichtungen beider Rechtsgebiete als kleinster gemeinsamer Nenner von Verfassungswegen bei der Auslegung zu beachten ist<sup>632</sup>. Dieses Gebot beinhaltet, dass die gesamte Rechts-

<sup>625</sup> *Seiter*, in: FS 25 Jahre Bundessozialgericht, Bd. 2, S. 515 – 535, 517 ff; *Boecken*, RdA 2000, 7.

<sup>626</sup> *Heinze*, SGB 2000, 241, 242.

<sup>627</sup> Ausführlich zum Verhältnis Arbeits- und Sozialrecht, *Fuchs*, Zivilrecht und Sozialrecht 1992.

<sup>628</sup> *Boecken*, RdA 2000, S. 7, 8; *Hanau/Peters-Lange*, NZA 1998, S. 785, 788; *Fuchs*, Zivilrecht und Sozialrecht, S. 148ff, spricht von „Schnittebenen und Schnittpunkten“.

<sup>629</sup> So plädiert eine große Anzahl der Autoren für eine inhaltliche Identität des „Beschäftigungsverhältnisses“ und des „Arbeitsverhältnisses“, vgl. *Gitter/Schmitt*, Sozialrecht, Rn. 46; *Schmidt*, RdA 1999, 124, 126; *Heinze*, SGB 2000, 241; 242.

<sup>630</sup> So *Boecken*, RdA 2000, 7.

<sup>631</sup> *Heinze*, SGB 2000, 241, 242; der von „selbständigen, inhaltlich aber aufeinander bezogenen Partnersystemen“ spricht, vgl. auch V. *Maydell* in: FS Kissel, 761, 771ff.; *Gitter/Schmitt*, Sozialrecht, Rn. 46; *Schmidt*, RdA 1999, 124, 125.

<sup>632</sup> In diese Richtung auch *Heinze*, SGB. 2000, 241, 244, der in diesem Zusammenhang vom „rechtsstaatlichen Gebot der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung“ spricht.

ordnung ein geschlossenes Ganzes darstellt, dessen einzelne Teile weitgehend aufeinander abgestimmt sind und einander in vielen Bereichen inhaltlich bedingen<sup>633</sup>. Insbesondere solche Rechtssätze, die der Gesetzgeber in einen sachlichen Zusammenhang gestellt hat, sind grundsätzlich so zu interpretieren sind, dass sie logisch miteinander vereinbar sind<sup>634</sup>.

Die neu eingeführte sozialversicherungsrechtliche Verpflichtung des Arbeitnehmers zur aktiven Mitarbeit bei der Vermeidung und Beendigung von Arbeitslosigkeit, welche die frühzeitige Meldung bei der Agentur für Arbeit mit einschließt, knüpft - zumindest in der n. F. des § 37 b SGB III<sup>635</sup> - an die Beendigung des Arbeits- oder Ausbildungsverhältnisses an. Damit wird zwischen der öffentlich rechtlichen Meldeverpflichtung nach § 37 b SGB III und der Beendigung des privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses ein unmittelbarer sachlicher Zusammenhang hergestellt. Zwar besteht in der Literatur Uneinigkeit darüber, ob für die Verpflichtung zur frühzeitigen Arbeitssuche tatsächlich auf die Beendigung des privatrechtlichen Arbeits- und Ausbildungsverhältnisses<sup>636</sup> oder auf die Beendigung des öffentlich-rechtlichen Beschäftigungsverhältnisses abzustellen ist<sup>637</sup>, so wie dies der Wortlaut des § 37 b SGB III a. F.<sup>638</sup> noch vorsah. Dieser Streit führt aber für den hier festzustellenden sachlichen Zusammenhang bzw. dem Aufzeigen der logischen Verknüpfung zwischen Arbeits- und Sozialrecht im Ergebnis zu keiner anderen Beurteilung. Denn für die Frage, wann ein solches Beschäftigungsverhältnis beginnt oder endet werden jedenfalls Kriterien herangezogen, die das privatrechtliche Arbeitsverhältnis betreffen. So wird in der Regel auf die tatsächliche Arbeitsaufnahme abgestellt<sup>639</sup>, in Einzelfällen aber auch auf das Vorliegen eines rechtsgültigen Arbeitsvertrages<sup>640</sup>. Dementsprechend kann auch dann, wenn für die Verpflichtung nach § 37 b SGB III das Ende des Beschäftigungsverhältnisses als maßgeblich angesehen wird,

<sup>633</sup> *Looschelders/Roth*, juristische Methodik, S. 149; vgl. auch *Heinze*, SGB 2000, 241, 244.

<sup>634</sup> *Looschelders/Roth*, juristische Methodik, S. 149; speziell für das Verhältnis Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht *Boecken*, RdA 2000, 7; auch bereits *Seiter*, in: FS 25 Jahre Bundessozialgericht, Bd. 2, 515, 517ff.

<sup>635</sup> Vgl. Fn. 515.

<sup>636</sup> So *Rolfs*, DB 2006, S. 1001, 1009.

<sup>637</sup> So *Gagel*, SGB III, § 37 b, Rn. 8.

<sup>638</sup> Vgl. Fn. 514.

<sup>639</sup> *Schulin*, Sozialrecht, S. 136.

<sup>640</sup> Bspw. BSGE 36, S. 161, 163.



von einem sachlichen Zusammenhang zwischen beiden Rechtsgebieten gesprochen werden.

Ein weiterer sachlicher Zusammenhang wird durch die gemeinsame Anknüpfung beider Rechtsgebiete an den Ausgang des Kündigungsschutzprozess hergestellt. So hängt die Frage nach der Anrechnung böswillig unterlassenen Erwerbs nach BGB oder KSchG ebenso wie die Frage nach der Beitrags- und Leistungspflicht nach Sozialversicherungsrecht ausschließlich von der rechtskräftigen Entscheidung im Kündigungsschutzprozess ab.

Versucht man daher, nach den Vorgaben des Gebots der Einheit der Rechtsordnung eine systemgerechte Interpretation beider Rechtsgebiete herbeizuführen, so spricht vieles dafür, im Hinblick auf das Erfordernis der Meldung bei der Agentur für Arbeit ein Gleichlauf mit den sozialversicherungsrechtlichen Vorgaben zu erreichen. Damit könnte der Arbeitnehmer dem Vorwurf der Böswilligkeit nicht entgehen, wenn er es unterlässt, sich arbeitssuchend zu melden.

Dieses Ergebnis schließt sich folgerichtig an die über die Bedeutung des Synallagmas des Arbeitsverhältnisses sowie des Grundsatzes von Treu und Glauben gewonnenen Erkenntnisse an. Danach sollen die Verpflichtungen des gekündigten Arbeitnehmers am Maßstab der gemeinsamen Vertragsbeziehungen unter Berücksichtigung der Verkehrssitte festgelegt werden. Dementsprechend ist es nicht unbillig, auch die sozialrechtlichen Handlungspflichten des Arbeitnehmers, die eben an dieses Arbeitsverhältnis anknüpfen, als Auslegungsmaßstab für das Merkmal der „Böswilligkeit“ heranzuziehen. Arbeitsrechtlich wird dem Arbeitnehmer letztlich ja nicht mehr als das zugemutet, was ihm das Gesetz anderweitig ohnehin abverlangt<sup>641</sup>.

Hinzu kommt, dass sowohl das Arbeitsrecht als auch das Sozialversicherungsrecht Rechtsgebiete sind, die sich durch ständig neue soziale Herausforderungen, wie beispielsweise das Problem der Massenarbeitslosigkeit, im Wandel befinden. Beide Rechtsgebiete werden als Systeme, die letztlich kollektiven sozialen Schutz schaffen und erhalten sollen, gleichermaßen

---

<sup>641</sup> So zutreffend *Bayreuther*, NZA 2003, 1365, 1366.

davon berührt. Insoweit dienen sie trotz unterschiedlicher Anknüpfungspunkte einem gemeinsamen Zweck. Das Problem der Arbeitslosigkeit ist angesichts der Zahl von teilweise bis zu fünf Millionen Arbeitslosen indes so gravierend geworden, dass es nur durch Ausschöpfung aller zur Verfügung stehenden Hilfsmittel bewältigt werden kann<sup>642</sup>. Dazu zählt auch, dass die zur Eindämmung der Arbeitslosigkeit neu eingeführten gesetzlichen Regelungen in dem einen Rechtsgebiet, für die Anwendung und Auslegung des anderen Rechtsgebietes nicht außen vor bleiben können. Bei dem Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt ging es neben der Neuausrichtung der Handlungsmöglichkeiten der aktiven Arbeitsmarktpolitik auch gerade darum, grundlegende strukturelle Veränderungen auf dem Arbeitsmarkt zu bewirken, um damit Arbeitslosigkeit zu vermeiden und abzubauen. Dieses Ziel lässt sich aber nur verwirklichen, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu eigenverantwortlichem und aktivem Handeln verpflichtet werden. Dass der Arbeitnehmer für den Fall des Untätigbleibens in die Gefahr der Anrechnung hypothetischen Erwerbs kommt, ist zur Sicherstellung dieses Zwecks „mildestes Mittel“.

#### d) Grundrechtskonforme Auslegung

Es stellt sich die Frage, ob dem hier vertretenen Lösungsansatz das Gebot der verfassungskonformen Auslegung entgegensteht. Eine Verpflichtung zur frühzeitigen Meldung bei der Agentur für Arbeit könnte eine Beeinträchtigung der Berufswahlfreiheit des Arbeitnehmers aus Art. 12 Abs. 1 GG bedeuten. Dies ist mit guten Gründen abzulehnen. Allein die Meldeverpflichtung berührt den Schutzbereich dieses Grundrechts nicht, da damit gerade keine Verpflichtung zur Arbeitsaufnahme verbunden ist. Auch an der Aufnahme einer anderen Beschäftigungsmöglichkeit wird der Arbeitnehmer nicht gehindert. Will man aber die von Art. 2 Abs. 1 GG geschützte allgemeine Handlungsfreiheit betroffenen sein lassen, so gebührt insbesondere angesichts der Ungewissheit über den Ausgang des Prozesses dem Interesse des Arbeitgebers, das Verzugsrisiko und die damit verbundenen Lohnansprüche möglichst gering zu halten, unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten der Vorrang.

<sup>642</sup> So schon v. *Maydell* in: FS Kissel, 761, 771ff.

e) Das Weiterbeschäftigungsangebot des Arbeitgebers

aa) Bisherige Rechtsprechung des BAG

Zur Fallgruppe des Weiterbeschäftigungsangebots des alten Arbeitgebers hat das BAG in ständiger Rechtsprechung die Möglichkeit der Anrechnung hypothetischen Verdienstes nach § 11 S. 1 Nr. 2 KSchG grundsätzlich in Betracht gezogen<sup>643</sup>. Der Arbeitnehmer handle dann böswillig, wenn er eine zumutbare Arbeit nicht annehme, wobei die Frage der Zumutbarkeit unter Berücksichtigung aller Umstände nach Treu und Glauben zu bestimmen sei<sup>644</sup>. Für die Beurteilung im konkreten Fall komme es vornehmlich auf die Art der Kündigung und ihrer Begründung, sowie auf das Verhalten des Arbeitgebers im Kündigungsschutzprozess an<sup>645</sup>. Im Wesentlichen verfolgt das BAG den Ansatz, dass dem Arbeitnehmer bei einer betriebs- oder personenbedingten Kündigung die vorläufige Weiterbeschäftigung in der Regel zumutbar ist. Werde eine Kündigung auf verhaltensbedingte Gründe gestützt, so spreche dieser Umstand eher für die Unzumutbarkeit der vorläufigen Weiterbeschäftigung. Dies gelte insbesondere, wenn eine außerordentliche Kündigung erklärt wird, da der Arbeitnehmer durch diese Art der Kündigung bereits in seinem Ansehen beeinträchtigt werde<sup>646</sup>.

bb) Trendwende in der Rechtsprechung zur „Zumutbarkeit“

Von diesen Grundsätzen ist das BAG in seinen jüngsten Entscheidungen teilweise abgewichen und stellt in Bezug auf die Zumutbarkeit zu Lasten des Arbeitnehmers neuerdings erhöhte Anforderungen<sup>647</sup>. Das BAG betont, dass vor allem dann, wenn der Arbeitnehmer einen Anspruch auf vorläufige Weiterbeschäftigung gerichtlich durchgesetzt hat, es dem Arbeitnehmer unter Berücksichtigung des Grundsatzes des „venire contra vactum proprium“ auch bei verhaltensbedingter Kündigung regelmäßig nicht unzumutbar sei, der Aufforderung des Arbeitgebers zur entsprechenden Arbeitsleistung zu folgen. Bedenken gegen die Zumutbarkeit würden sich zudem nicht al-

<sup>643</sup> Grundlegend BAG, Urt. v. 14.11.1985, DB 1986, S. 1878ff.; vgl. auch bereits Fn. 136.

<sup>644</sup> BAG, Urt. v. 14.11.1985, DB 1986, 1878, 1879.

<sup>645</sup> BAG, Urt. v. 14.11.1985, DB 1986, 1878, 1879; auch BAG, Urt. 14.12.1995, AP § 615 BGB Nr. 6 Böswilligkeit.

<sup>646</sup> BAG, Urt. v. 14.11.1985, DB 1986, 1878, 1880.

<sup>647</sup> BAG, Urt. v. 24.09.2003, DB 2004, 437, 439; bestätigend, BAG, Urt. v. 16.06.2004, AP § 615 BGB Nr. 11 Böswilligkeit.

lein aus den Unsicherheiten einer bloßen Prozessbeschäftigung rechtfertigen<sup>648</sup>. Nur in dem Fall, dass sich nachträglich besondere Umstände ergeben würden, könnte Unzumutbarkeit vorliegen. Diese habe aber der Arbeitnehmer darzulegen. Das BAG ist noch einen Schritt weiter gegangen und führt aus, dass es dem Arbeitnehmer unabhängig von einem Weiterbeschäftigungsurteil obliegen könne, der Aufforderung des Arbeitgebers zur Arbeitsaufnahme nachzukommen<sup>649</sup>. Dies käme insbesondere dann in Betracht, wenn der Arbeitgeber keine unbewiesenen Vorwürfe gemacht, sondern auf einen unstreitigen und für den Ausspruch einer Kündigung grundsätzlich geeigneten Sachverhalt abgestellt hätte, der nur rechtlich zu bewerten sei<sup>650</sup>.

#### cc) Bewertung

Die neue Rechtsprechung des BAG lässt unstreitig eine Tendenz dahingehend erkennen, das Merkmal der Böswilligkeit zukünftig „großzügiger“ zu Gunsten der Arbeitgeber zu interpretieren. Dieser Trend ist aus Sicht des hier vertretenen Interpretationsansatzes zu § 615 S. 2 BGB bzw. § 11 S.1 Nr. 2 KSchG im Falle der unterlassenen Meldung bei der Agentur für Arbeit zu begrüßen, kann man ihn doch zumindest als einen Schritt in die richtige Richtung verstehen. Die Trendwende wird im Wesentlichen durch eine flexiblere Handhabung des Zumutbarkeitskriteriums erreicht. Das BAG modifiziert seine bisherigen, überwiegend an dem konkreten Kündigungsgrund orientierten festen Entscheidungskriterien zu Gunsten einer noch mehr am Grundsatz von Treu und Glauben und am konkreten Kündigungssachverhalt orientierten Einzelfallentscheidung. Dies wird besonders dadurch deutlich, dass es sogar für den Fall der außerordentlichen verhaltensbedingten Kündigung die „Zumutbarkeit“ der Annahme des Weiterbeschäftigungsangebots nicht mehr, - wie unter der bisherigen Rechtsprechungslage – praktisch per se verneint, sondern auch hier eine weitergehende einzelfallorientierte Differenzierung unter Mitberücksichtigung des Verhaltens des Arbeitnehmers vornimmt.

<sup>648</sup> BAG, Urt. v. 24.09.2003, DB 2004, 437, 439.

<sup>649</sup> BAG, Urt. v. 24.09.2003, DB 2004, 437, 439.

<sup>650</sup> BAG, Urt. v. 24.09.2003, DB 2004, 437, 439.

#### IV. Ergebnis

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass der Arbeitnehmer als böswillig einzustufen ist, wenn er es unterlässt, sich möglichst frühzeitig im Sinne der sozialversicherungsrechtlichen Vorgaben bei der zuständigen Agentur für Arbeit als arbeitssuchend meldet<sup>651</sup>. Die grammatikalische und historische Auslegung konnten hinsichtlich der Auslegung des „böswilligen Unterlassens“ nur den äußeren Rahmen vorgeben, während eine nähere Konkretisierung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs anhand der systematischen und teleologischen Auslegung möglich war. Ausschlaggebend für die Bestimmung der Verhaltenspflichten des gekündigten Arbeitnehmers ist die Bedeutung des Synallagmas des Arbeitsverhältnisses und das hieraus resultierende Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Aus diesem begründen sich besondere Rücksichtnahmeverpflichtungen, die sich anhand des Grundsatzes von Treu und Glauben und der Berücksichtigung der Verkehrssitte im Sinne des hier gefundenen Ergebnisses konkretisieren lassen. Die Beurteilung dessen, was im konkreten Fall der unterlassenen Arbeitslosmeldung als Verkehrssitte betrachtet werden kann, ist maßgeblich an der besonderen Situation des Kündigungsschutzprozesses und den neuen sozialversicherungsrechtlichen Vorgaben auszurichten. Die sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften zielen zwar überwiegend auf den Schutz der Versichertengemeinschaft ab, können aber letztenendes wegen des Gebots der Einheit der Rechtsordnung bei der Festlegung der Verhaltenspflichten des gekündigten Arbeitnehmers nicht unberücksichtigt bleiben. Wie aufgeführt, hat das BAG, zumindest was die Fallgruppe des Weiterbeschäftigungsangebots des Arbeitnehmers anbelangt, bereits eine Trendwende in Richtung des hier vertretenen Interpretationsansatzes eingeläutet.

Es wäre wünschenswert, dass das BAG auch den weiteren Schritt macht und die verschärften sozialrechtlichen Anforderungen an die Arbeitslosmeldung zum Anlass nimmt, seine diesbezügliche Rechtsprechung zur „Böswilligkeit“ zu überdenken, durch die dem arbeitslosen Arbeitnehmer praktisch ein

---

<sup>651</sup> So auch jüngst *Sandmann*, RdA 2005, 247, 248, der im Übrigen in Bezug auf die künftige Handhabung des Kriteriums der Böswilligkeit für den weiteren Ausbau und die Herausarbeitung der bislang bestehenden Fallgruppen und eine Festlegung einer geringen Zahl von „Grundregeln“ plädiert.

Freischein zur Untätigkeit während des Kündigungsschutzprozesses erteilt wird.

## **H. Unzumutbarkeit der Annahme der Leistungen des Arbeitnehmers**

### **I. Ausgangspunkt: Grundsätzliche Anerkennung eines Ablehnungsrechts des Arbeitgebers durch die Rechtsprechung**

Neben den aufgezeigten Möglichkeiten, das Risiko des Annahmeverzugs für den Arbeitgeber durch die systematische Miteinbeziehung des KSchG zu beschränken oder an der Interpretation des § 615 S. 2 BGB anzusetzen, stellt sich die Frage, ob, anhand eines neuen systematischen Anknüpfungspunktes, nicht bereits die *Begründung* des Annahmeverzugs des Arbeitgebers unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten ausgeschlossen werden könnte.

Diese Frage findet umso mehr Rechtfertigung, als die neuere Rechtsprechung zum Weiterbeschäftigungsangebot des bisherigen Arbeitgebers hoffen lässt, dass gerade bei der Auslegung des Zumutbarkeitskriteriums in der zukünftigen Rechtspraxis ein in zunehmender Weise flexiblerer und noch stärker an den Belangen des Einzelfalls orientierter Maßstab angelegt wird. Zu den Belangen des Einzelfalls würde dann auch die Berücksichtigung der dem Kündigungsschutzprozess immanenten Risiken zählen.

Ausgangspunkt der Erwägung, eventuell bereits die Begründung des Annahmeverzugs wegen mangelnder Zumutbarkeit in Frage zu stellen, wäre das Recht des Arbeitgebers, die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers unter bestimmten Umständen abzulehnen zu dürfen. Ein solches Ablehnungsrecht wird von der Rechtsprechung des BAG auch dem Grunde nach anerkannt<sup>652</sup>. Nach der gängigen Rechtspraxis kommt der Arbeitgeber unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben sowie der Gepflogenheiten des Arbeitslebens dann nicht in Verzug, wenn die Annahme der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers für den Arbeitgeber unzumutbar wäre. Erforderlich sei hierfür allerdings ein besonders schwerer, rechtswidriger Verstoß des Arbeitnehmers gegen allgemeine Verhaltenspflichten<sup>653</sup>. Dieser müsse zur

<sup>652</sup> BAG, Urt. v. 29.10.1987, AP § 615 Nr. 42, auch bereits BAG, Urt. v. 26.04.1956, BAG 3, S. 66ff.

<sup>653</sup> BAG, Urt. v. 26.04.1956, BAG 3, S. 66, 75.

Folge haben, dass die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zu einer Gefährdung absoluter Rechtsgüter des Arbeitgebers, seiner Familie oder weiteren Personen führe, deren Schutz gegenüber dem Vergütungsinteresse des Arbeitnehmers vorrangig sei<sup>654</sup>. Es müsse ein Verhalten vorliegen, das noch schwerer wiegt als ein für eine außerordentliche Kündigung erforderlicher „wichtiger Grund“<sup>655</sup>. Dies soll beispielsweise bei dringendem Tatverdacht des sexuellen Missbrauchs von Kleinkindern in einer Kindertagesstätte der Fall sein<sup>656</sup>.

Möglicherweise rechtfertigen es das Prinzip des nachträglichen Kündigungsschutzes sowie die damit für den Arbeitgeber verbundenen Nachteile, die Annahme der Arbeitsleistung für den Arbeitgeber aber auch unabhängig von einem besonders vertragswidrigen Verhalten des Arbeitnehmers für „unzumutbar“ zu erklären. Zudem müsste sich ein solches Ergebnis auch dogmatisch verankern lassen.

## **II. Funktion, Inhalt und Maßstab des Prinzips der „(Un)-Zumutbarkeit“**

Dem Prinzip der (Un-)Zumutbarkeit begegnet man praktisch in allen Rechtsgebieten. Trotz seiner Verwendung in den unterschiedlichsten Zusammenhängen hat es letztlich in allen Rechtsgebieten die eine Funktion, die Grenzen von Rechtspflichten zu bestimmen<sup>657</sup>. Bezogen auf das Zivilrecht bedeutet dies, auf der Grundlage von Treu und Glauben herauszufinden, bis zu welcher Grenze die Vertragsparteien zur Erbringung der geschuldeten Leistung verpflichtet sind<sup>658</sup>. Diese Frage ist im Arbeitsrecht wegen der persönlichen Prägung des Arbeitsverhältnisses von besonderer Bedeutung. Wie oben aufgeführt<sup>659</sup> können nämlich durch den Grundsatz von Treu und Glauben zusätzliche Pflichten im Arbeitsverhältnis begründet werden, andererseits wirkt § 242 BGB aber auch als Begrenzung und Abwandlung der Pflichten. Diese rechtsbegrenzende Funktion wird durch das

<sup>654</sup> BAG, Urt. v. 29.10.1987, AP § 615 Nr. 42.

<sup>655</sup> BAG, Urt. v. 19.08.1975, EzA § 102 BetrVG 1972 NR. 15.

<sup>656</sup> LAG Berlin, Urt. v. 27.11.1995; LAGE § 615 BGB Nr. 46.

<sup>657</sup> Preis, Prinzipien, S. 142.

<sup>658</sup> Preis, Prinzipien, S. 142, 147.

<sup>659</sup> Vgl. oben unter Teil 4 G III. 2 c aa.



Kriterium der (Un-)Zumutbarkeit sichergestellt<sup>660</sup>. Speziell im Kündigungsrecht wird es hauptsächlich dazu benutzt, über die Zulässigkeit der Kündigung und damit in einem allgemeinen Sinne über die Zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für den kündigenden Arbeitgeber zu entscheiden<sup>661</sup>. Ein einheitlicher Maßstab wird dem Zumutbarkeitsbegriff aber weder im Zivilrecht, noch im Arbeitsrecht - dort speziell im Kündigungsrecht - zu Grunde gelegt. So besteht beispielsweise Unsicherheit darüber, ob die Wertungsmaßstäbe, die an den Begriff der Unzumutbarkeit als maßgebliches Kriterium für die Beurteilung des „wichtigen Grundes“ bei der außerordentlichen Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB angelegt werden, die gleichen sind oder sein sollten wie diejenigen bei dem hier in Frage stehenden Ablehnungsrecht des Arbeitgebers. Nach oben Gesagtem neigt die Rechtsprechung des BAG jedenfalls dazu, eine unterschiedliche Beurteilung vorzunehmen. Es besteht aber Einigkeit darüber, dass das Prinzip der Unzumutbarkeit letztlich der Durchbrechung einer rechtssicheren Beurteilung zu Gunsten der Gerechtigkeit im Einzelfall dient<sup>662</sup>. Damit dieses Ziel auch erreicht werden kann, empfiehlt sich beim Umgang mit dem Prinzip der (Un-)Zumutbarkeit eine zweistufige Prüfungsweise<sup>663</sup>. Zum einen muss eine ausreichende Legitimationsgrundlage gefunden werden, die klären soll, ob im konkreten Fall überhaupt der Rückgriff auf das Zumutbarkeitskriterium gestattet ist. In einem nächsten Schritt ist anhand einer umfassenden Interessenabwägung zu prüfen, ob tatsächlich eine Einschränkung der vorgeschriebenen Leistungspflichten erfolgen kann<sup>664</sup>.

### 1. Feststellung einer Legitimationsgrundlage

Eine ausreichende Legitimationsgrundlage kann in einer ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung, einer sinngemäßen Grundlegung in einer Generalklausel oder der Feststellung einer exzeptionellen Fallgestaltung zu finden

<sup>660</sup> Grundlegend Soergel-*Siebert-Knopp*, 10. Auflage, BGB, § 242 Rn. 40.

<sup>661</sup> Beispielsweise ist es maßgebliches Kriterium für den Auflösungsantrag nach § 9 KSchG oder für die Frage der Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten nach § 102 Abs. 3 Nr. 4 und Abs. 5 Nr. 2 BetrVG.

<sup>662</sup> *Herschel*, AuR 1968, S. 193 - 206, 195; *Henkel*, in: FS Mezger 1953, S. 249, 261; *Preis*, Prinzipien, S. 144.

<sup>663</sup> Soergel-*Teichmann*, BGB, § 242 Rn. 58 ff mit Verweis auf Soergel-*Siebert-Knopp*, 10. Auflage, BGB, § 242 Rn. 41; ähnlich auch MünchKomm-*Roth*, BGB, § 242 Rn. 574.

<sup>664</sup> So sinngemäß *Preis*, Prinzipien, S. 144.

sein, wobei sich als Folge in jedem Fall eine Erschwerung der Erfüllung von Leistungs- oder Verhaltenspflichten ergeben muss<sup>665</sup>.

Nach Ansicht der Rechtsprechung rechtfertigen nur besonders grobe Vertragsverstöße seitens des Arbeitnehmers, die bei Annahme der Leistung zur Gefährdung absolut geschützter Rechtsgüter des Arbeitgebers führen würden, ein den Annahmeverzug ausschließendes Ablehnungsrecht des Arbeitgebers. Demnach macht die Rechtsprechung in der vorliegenden Konstellation die Alternative der „außergewöhnlichen Fallgestaltung“ zum Anknüpfungspunkt der Anwendung des Unzumutbarkeitsprinzips.

Der Ansatz des BAG, nach dem für die Beurteilung des Ablehnungsrechts wegen Unzumutbarkeit vornehmlich auf das Verhalten des Arbeitnehmers abgestellt werden soll, ist für die vorliegende Konstellation nur bedingt tauglich. Wie mehrfach aufgezeigt, kommt der Arbeitgeber nach der neueren Rechtsprechung des BAG nämlich bereits durch Ausspruch der Kündigung oder spätestens mit Ablauf der Kündigungsfrist gemäß § 296 BGB in Verzug der Annahme, ohne dass es eines wörtlichen Angebots oder eines anderen Verhaltens durch den Arbeitnehmer bedarf<sup>666</sup>. Folglich kann auch nicht das vertragswidrige Verhalten des Arbeitnehmers allein zur Begründung eines Ablehnungsrechts ausschlaggebend sein. Vielmehr ist zu überprüfen, ob nicht allein die für beide Seiten mit Risiken behaftete Situation des Kündigungsschutzprozesses ausreichend ist, um sie als „Ausnahmefall“ zu qualifizieren.

Dies ist im Ergebnis zu bejahen. Wie oben aufgezeigt unterliegen sowohl Arbeitnehmer als auch Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess mehreren über das allgemeine Prozessrisiko hinausgehenden Risiken, die maßgeblich durch die generalklauselartige Fassung der Kündigungsgründe, dem Prinzip des nachträglichen Kündigungsschutzes sowie dem Verzugslohnanspruch nach § 615 BGB bedingt werden<sup>667</sup>. Ungewöhnlich ist insbesondere, dass sich die Parteien möglicherweise über einen sehr langen Zeitraum in Ungewissheit über die Wirksamkeit der Kündigung und damit über das Bestehen

---

<sup>665</sup> Preis, Prinzipien, S. 144.

<sup>666</sup> Ausführlich hierzu unter Teil 2 A V.

<sup>667</sup> Ausführlich hierzu unter Teil 4 B.

des Arbeitsverhältnisses befinden. Dies widerspricht dem in diesem Fall besonders starken Bedürfnis nach Rechtssicherheit.

Aufgrund der von der Rechtsprechung des BAG entwickelten Risikomechanismen (Normkonkretisierung, Auslegung, richterliche Rechtsfortbildung, Gestattung einer prozessualen Ausnahmesituation)<sup>668</sup>, sind die mit den Risiken des Kündigungsschutzprozesses grundsätzlich verbundenen Nachteile für die Arbeitnehmer aber weitgehend eingedämmt<sup>669</sup>, so dass insoweit für die Anwendung des Unzumutbarkeitskriteriums keine Notwendigkeit besteht. Der Arbeitgeber hingegen sieht sich noch immer einer übergebürlichen Belastung gegenüber. Vornehmlich wird diese Belastung durch die Rechtsprechung des BAG zur Verzugsbeendigung verursacht, durch die der Arbeitgeber wegen der ungewissen Verfahrensdauer in die Gefahr des unbegrenzten Annahmeverzugs gerät<sup>670</sup>. Dieses Risiko kann er nur insoweit minimieren, als dass er sich wenigstens die Arbeitskraft des gekündigten Arbeitnehmers weiterhin erhält, in dem er den Arbeitnehmer für die Dauer des Kündigungsschutzprozesses entweder freiwillig oder infolge eines Weiterbeschäftigungsurteils weiterbeschäftigt. In jedem Fall riskiert er aber, dass seine Kündigungsgründe entwertet und damit seine Erfolgsaussichten im Prozess erheblich vermindert werden<sup>671</sup>. Auf diese Gefahr hat selbst das BAG in seiner Entscheidung zum allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch ausdrücklich hingewiesen. Dort heißt es wörtlich,

„Beschäftigt der Arbeitgeber den gekündigten Arbeitnehmer trotz ungewissem Prozessausgang weiter, so läuft er Gefahr, dadurch den Ausgang des Kündigungsprozesses zu seinen Ungunsten faktisch zu präjudizieren“<sup>672</sup>.

Für die hier maßgebliche Frage nach einem möglichen Ablehnungsrecht des Arbeitgebers ist dieses Risiko Grund genug, die Erfüllung der Annahme der Leistung des Arbeitnehmers während des Kündigungsschutzprozesses für den Arbeitgeber grundsätzlich zu erschweren.

<sup>668</sup> Ausführlich hierzu unter Teil 4 C

<sup>669</sup> Vgl. hierzu ausführlich, oben Teil 4 D.

<sup>670</sup> Vgl. oben unter Teil 4 E.

<sup>671</sup> So auch Sandmann, RdA 2005, 247, 249.

<sup>672</sup> BAG, Urt. v. 27.02.1985; NZA 1985, 702, 707.

## 2. Interessenabwägung

Fraglich ist, ob die Nachteile, die dem Arbeitgeber durch die vorübergehende Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers drohen, tatsächlich so groß sind, dass ein den Annahmeverzug ausschließendes Ablehnungsrecht wegen Unzumutbarkeit gerechtfertigt wäre. Erforderlich ist - unter Berücksichtigung des gesamten Regelungskomplexes – eine umfassende Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen<sup>673</sup>. Vorliegend geht es auf Seiten des Arbeitnehmers primär um das Interesse am Erhalt des Verzugslohnanspruches nach § 615 S. 1 BGB sowie um den Erhalt der mit einer Weiterbeschäftigung verbundenen Vorteile. Fällt der Verzugslohnanspruch infolge des Ablehnungsrechts des Arbeitgebers weg, so ist er finanziell auf die Versorgung durch die Arbeitslosenversicherung angewiesen. Dies wird häufig mit einer Verschlechterung des Lebensstandards verbunden sein. Zudem drohen dem Arbeitnehmer die Entfremdung vom Betrieb und der Verlust fachlicher Qualitäten. Trotz dieser sicherlich einschneidenden Einbußen werden durch die Ablehnung der Weiterbeschäftigung des gekündigten Arbeitnehmers keine grundrechtlich geschützten Interessen des Arbeitnehmers berührt. Durch die von Art. 12 Abs. 1 GG gewährte Berufsfreiheit erhält der Arbeitnehmer nämlich weder eine Bestandsgarantie für den einmal gewählten Arbeitsplatz noch ein subjektives Recht auf Arbeit, noch wird er vor dem Verlust seines Arbeitsplatzes aufgrund privater Dispositionen geschützt, wozu auch das Kündigungsrecht des Arbeitgebers zählt<sup>674</sup>. Insofern sich aus Art. 12 Abs. 1 GG und dem Sozialstaatsprinzip Schutzpflichten ergeben, wird diesen durch den gesetzlichen Kündigungsschutz ausreichend Rechnung getragen<sup>675</sup>. Dieser wird durch ein Ablehnungsrecht des Arbeitgebers nicht berührt. Auch in finanzieller Hinsicht ist der gekündigte Arbeitnehmer durch die Versorgung durch die Arbeitslosenversicherung, zumindest was das verfassungsrechtlich gebotene „Existenzminimum“<sup>676</sup> angeht, hinreichend versorgt.

<sup>673</sup> Preis, Prinzipien, S. 144, 145.

<sup>674</sup> Vgl. hierzu bereits unter Teil 3 C I 2 b.

<sup>675</sup> Vgl. oben unter Teil 3 C III.

<sup>676</sup> Dieses wird aus Art. 1 Abs. 1 (Schutz der Menschenwürde) GG abgeleitet, vgl. *Pie-roth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 362.

Auf der anderen Seite steht das Interesse des Arbeitgebers an der Aufrechterhaltung seines Kündigungsgrundes, auch wenn sich die Kündigung im Nachhinein als unwirksam erweisen sollte. Dieses Interesse des Arbeitgebers ist als Ausläufer der durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährten Unternehmerfreiheit des Arbeitgebers anzusehen, unter deren Schutz auch die Entscheidung des Arbeitgebers fällt, sich - unter den gesetzlich vorgesehenen Bedingungen - von einem bestimmten Arbeitnehmer zu trennen<sup>677</sup>. Wird der Arbeitgeber zur Annahme der Leistung des Arbeitnehmers während des Kündigungsschutzprozesses verpflichtet bzw. darf er die Annahme nicht verweigern, so läuft er Gefahr, dass dieses Recht durch das Risiko der Entwertung der Kündigungsgründe praktisch ausgehebelt wird. Die Gefahr der faktischen Präjudizierung des Rechtsstreits wiegt umso schwerer, weil sie gleichermaßen für alle Kündigungsgründe besteht. So läuft ein Arbeitgeber, der bei einer betriebsbedingten Kündigung weiterbeschäftigen muss, Gefahr kaum noch überzeugend vorbringen zu können, dass dringende betriebliche Erfordernisse zum Wegfall des Arbeitsplatzes geführt haben. Der wegen Unpünktlichkeit gekündigte Arbeitnehmer, der sich während der Dauer des Kündigungsschutzprozesses keine weiteren Verfehlungen in diese Richtung erlaubt, hat kaum zu fürchten, dass die verhaltensbedingte Kündigung Erfolg hat. Darüber hinaus kann die Weiterbeschäftigung eines verhaltensbedingt gekündigten Arbeitnehmers sich auf die Gesinnung der übrigen Arbeitnehmer auswirken, die dann den Eindruck gewinnen, dass das Verhalten des Arbeitnehmers zu keiner Sanktion führt und der Arbeitnehmer den Prozess praktisch bereits gewonnen habe<sup>678</sup>. Insofern besteht das Risiko, dass die der verhaltensbedingten Kündigung oft immanente generalpräventive Wirkung<sup>679</sup> verloren geht, was unter Umständen dazu führen kann, dass der Arbeitgeber weitere Kündigungen aussprechen muss. Personenbedingte Kündigungen beruhen oft auf krankheitsbedingtem langzeitigem und kurzzeitigem Ausfall des Arbeitnehmers<sup>680</sup>. Im Falle der Weiterbeschäftigung droht nicht nur die Verschlechterung der prozessualen Lage durch Entwertung der Kündigungsgrundes, sondern es stellen sich für den Arbeitgeber

---

<sup>677</sup> Vgl. oben unter Teil 3 C II 4.

<sup>678</sup> Vgl. *Bächle*, NJW 1979, 1693, 1696; auch *Schwerdtner*, ZIP 1985, 1361, 1365ff.

<sup>679</sup> *Bächle*, NJW 1979, 1693, 1696.

<sup>680</sup> Vgl. oben unter Teil 4 C I Nr. 1.

zusätzliche Probleme, wenn sich die Krankheitsperioden im Weiterbeschäftigungsverhältnis fortsetzen. Je nach Art und Ausmaß der Krankheit kann dies auch zu einer Gefährdung der übrigen Belegschaft und damit auch der Rechtsgüter des Arbeitgebers führen. Diese negativen Folgen werden durch die ungewisse Dauer des Kündigungsschutzprozesses noch verstärkt. Je länger dieser andauert, desto mehr läuft der Arbeitgeber Gefahr, dass sein Vortrag an Glaubhaftigkeit verliert.

Versucht man die auf jeder Seite gegebenen Nachteile gegeneinander abzuwägen, so fallen diejenigen, die auf Arbeitgeberseite zu veranschlagen sind, stärker ins Gewicht. Ausschlaggebend hierfür ist die grundrechtliche Relevanz dieser Nachteile. Wird der Arbeitgeber gezwungen, den Arbeitnehmer weiter zu beschäftigen, so droht die im Kernbestand noch immer geschützte Kündigungsfreiheit leer zu laufen, weil der Arbeitgeber dem Risiko ausgesetzt ist, dass seinem Kündigungsgrund vor Gericht weniger Gehör findet. Hiergegen wirken sich die Nachteile auf der Seite des Arbeitnehmers eher tatsächlich aus. Wie oben ausgeführt, droht hier keine Verletzung grundrechtlich geschützter Belange. Die Auswirkungen der Annahme der Leistung des gekündigten Arbeitnehmers sind für den Arbeitgeber letztlich so gravierend, dass diese nicht mehr von ihm verlangt werden kann.

Diesem Ergebnis steht auch nicht - wie dies teilweise als Warnung vor einem zu weitgehenden Gebrauch des Unzumutbarkeitsprinzips in der Literatur vertreten wird – eine vorrangige gesetzliche Interessenbewertung entgegen, aufgrund derer sich zwangsweise ein bestimmtes Verhalten als gesetzliches Normverhalten ergeben müsste<sup>681</sup>. Ein gesetzlich vorgeschriebenes Verhalten besteht für den Fall des Weiterbeschäftigungsangebots während des Kündigungsschutzprozesses gerade nicht. Der Arbeitgeber sieht sich allein durch die derzeitige Rechtsprechung des BAG zum Weiterbeschäftigungsanspruch sowie zur Verzugsbeendigung und eben nicht durch gesetzliche Regelungen überhaupt in der Not, den Arbeitnehmer für die Dauer des Kündigungsschutzprozesses weiter zu beschäftigen. Dementsprechend war vorliegend die Möglichkeit einer Einzelabwägung eröffnet.

---

<sup>681</sup> Vor dieser Gefahr warnend *Preis*, Prinzipien, S. 183.

### III. Ergebnis

Zusammenfassend lässt sich daher sagen, dass das Prinzip des nachträglichen Kündigungsschutzes sowie die unter der geltenden Rechtsprechungslage damit verbundenen prozessualen Nachteile für den Arbeitgeber grundsätzlich dazu geeignet sind, den Annahmeverzug des Arbeitgebers unter Unzumutbarkeitsgesichtspunkten auszuschließen. Verankern lässt sich dieser Ansatz an einem Ablehnungsrecht des Arbeitgebers in Bezug auf das Leistungsangebot des gekündigten Arbeitnehmers. Zwar ist zur Begründung dieses Ablehnungsrechts nicht auf das Verhalten des Arbeitnehmers abzustellen, sondern auf die Besonderheit der Situation des Kündigungsschutzprozesses. Diese erfüllt aber letztlich alle Anforderungen, die an die Verwendung des Unzumutbarkeitskriteriums in dogmatischer Hinsicht gestellt werden können.

#### I. Vorherige Abbedingung des § 615 Satz 1 BGB

Ziel dieser Untersuchung ist es, möglichst einen interessensgerechten Risikoausgleich zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess zu schaffen. Dementsprechend soll de lege lata noch zuletzt der Frage nachgegangen werden, ob das Verzugsrisiko des Arbeitgebers während des Kündigungsschutzprozesses eventuell durch vorherige einzelvertragliche oder kollektivvertragliche Abbedingung des § 615 S. 1 BGB eingedämmt werden könnte.

#### I. Dispositivität des § 615 BGB und § 11 KSchG: Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur

Beinahe einhellig sind Rechtsprechung<sup>682</sup> und Literatur<sup>683</sup> der Auffassung, dass § 615 BGB nachgiebiges Recht enthält. Dementsprechend kann diese Regelung grundsätzlich durch kollektivrechtliche (Betriebsvereinbarung oder Tarifvertrag)<sup>684</sup> oder einzelvertragliche<sup>685</sup> Vereinbarungen abbedungen

<sup>682</sup> BAG, Urt. v. 06.02.1964, BAGE 15, S. 258 – 261, 259; BAG, Urt. v. 06.11.1968, AP § 615 BGB Nr. 16 Betriebsrisiko.

<sup>683</sup> Staudinger-Richardi, BGB, § 615 Rn. 10 ff.; MünchKomm-Henssler, BGB, § 615 Rn. 10 ff.; Soergel-Kraft, BGB, § 615 Rn. 8 ff.; Schaub, AbR HdB-Linck, § 48 Rn. 2; Ermann-Belling, BGB, § 615 Rn. 3; RGRK-Matthes, BGB, § 615, Rn. 98 ff.; a. A. Lotmar, Arbeitsvertrag, Bd. II, S. 314 ff.; Staab, Rechtsfragen zum Annahmeverzug des Arbeitgebers, S. 79 ff.; Bopf, Annahmeverzug, S. 89ff.

<sup>684</sup> BAG, Urt. v. 25.01.1994, AP § 616 BGB Nr. 58.

<sup>685</sup> BAG, Urt. v. 06.11.1968, AP § 615 BGB Nr. 16 Betriebsrisiko; Staudinger-Richardi, BGB, § 615, Rn. 10 ff.



werden. Dies gilt für § 615 S. 1 und S. 2 BGB gleichermaßen<sup>686</sup>. Zur Begründung wird hauptsächlich angeführt, dass sich die Dispositivität der Regelung bereits aus dem Grundsatz der Vertragsautonomie, namentlich aber aus § 619 BGB ergebe, der zwar auf § 617 BGB (Pflicht zur Krankenfürsorge) und § 618 BGB (Pflicht zu Schutzmaßnahmen) nicht aber auf § 615 BGB, verweise<sup>687</sup>. Auch der Ausnahmecharakter des § 615 führe nicht per se dazu, von zwingendem Recht anzugehen<sup>688</sup>. Da im Anwendungsbereich des § 11 KSchG Anspruchsgrundlage für den Verzugslohn § 615 S. 1 BGB bleibt, richtet es sich auch nach dieser Regelung, ob und in welcher Höhe der Anspruch auf das Arbeitsentgelt besteht. Insoweit können die Arbeitsvertragsparteien auch eine abweichende Regelung treffen<sup>689</sup>. Soweit der Anspruch dann gegeben ist, ist die Anrechnung auf den entgangenen Zwischenverdienst durch § 11 KSchG zwingend geregelt, d. h. die Vereinbarung von Anrechnungsregelungen zum Nachteil des Arbeitnehmers ist weder auf einzelvertraglicher, noch auf kollektivvertraglicher Basis möglich<sup>690</sup>.

Der vertragliche Ausschluss bzw. die vertragliche Modifizierung des § 615 S. 1 BGB ist jedoch nicht uneingeschränkt möglich. Nach Ansicht der Rechtsprechung setzt die Wirksamkeit einer abdingenden Vereinbarung voraus, dass auch die Interessen des Arbeitnehmers berücksichtigt und gegen die Interessen des Arbeitgebers abgewogen werden<sup>691</sup>. Insoweit unterliegen solche Vereinbarungen einer Rechts- und Billigkeitskontrolle<sup>692</sup>. Dementsprechend hat das BAG eine Vereinbarung, nach der es allein in das Belieben des Arbeitgebers gestellt wurde, wann der unbezahlte Urlaub eines Arbeitnehmers wieder beendet werden sollte, für nichtig erklärt. Die Regelung führe zu einer einseitigen Verlagerung des Auftrags- und Beschäftigungsrisikos auf den Arbeitnehmer. Zulässig sei allerdings eine Vereinbarung über einen unbezahlten Urlaub für eine bestimmte Zeit zu treffen, deren Ende sich aus den berechtigten Interessen beider Parteien an dieser Be-

<sup>686</sup> MünchKomm-Henssler, BGB, § 615 Rn. 10; *Winderlich*, Annahmeverzug S. 79 ff.

<sup>687</sup> Staudinger-Richardi, BGB, § 615 Rn. 10; RGRK-Matthes, BGB, § 615, Rn. 101.

<sup>688</sup> So noch *Lotmar*, Arbeitsvertrag Bd. II, S. 314 ff., der § 615 S. 1 BGB wegen seines Ausnahmecharakters ebenso wie § 616 S. 1 BGB für unabdingbar hielt.

<sup>689</sup> Staudinger-Richardi, BGB, § 615 Rn. 13/14..

<sup>690</sup> KR-Spilger, § 11 KSchG Rn. 7; ErfKomm-Preis, § 615 BGB, Rn. 89.

<sup>691</sup> BAG, Urt. v. 13.08.1980, NJW 1981, 781.

<sup>692</sup> MünchKomm-Henssler, BGB, § 615 Rn. 11.

urlaubung ergebe<sup>693</sup>. Als wesentliche Äquivalenzstörung des arbeitsvertraglichen Synallagmas und damit mit dem aus § 2 KSchG abzuleitenden Inhaltsschutz des Vertrags nicht vereinbar wertete das BAG eine Vereinbarung, nach der sich der Arbeitgeber von vornherein zusichern ließ, dass er die Arbeitszeit des Arbeitnehmers, nach der auch die Vergütung bemessen wurde, einseitig nach Bedarf verringern durfte<sup>694</sup>.

In diese Richtung gehen auch die von einigen Literaturstimmen aufgezeigten Schranken für die vertragliche Abbedingung des § 615 S. 1 BGB. Nach deren Ansicht wird die äußerste Grenze durch die gesetzgeberische Wertung dieser Regelung gezogen. Diese bestehe darin, dass der Arbeitgeber grundsätzlich die Gefahr trage, dass die Arbeitsleistung aus einem vom Arbeitnehmer nicht zu vertretenden Grunde nicht angenommen werden kann<sup>695</sup>. Damit treffe ihn das Arbeitsentgeltrisiko, welches er nicht generell auf den Arbeitnehmer abwälzen dürfe<sup>696</sup>. Eine dieser Wertung entgegenlaufende Vereinbarung sei daher unzulässig. Eine anderweitige Vereinbarung hinsichtlich der Fortzahlung des Lohnes bei Annahmeverzug sei daher nur insoweit zulässig, als es in jeweils bestimmten Einzelfällen angemessen und vertretbar erscheine, den Arbeitnehmer die Gefahr mittragen zu lassen, dass die Arbeitsleistung nicht angenommen werden kann<sup>697</sup>. Eine weitere Einschränkung ergebe sich an der Stelle, wo die Arbeitsentgeltfortzahlung zum des zwingenden Kündigungsschutzes gehöre, der auf die wirtschaftliche Existenzsicherung des Arbeitnehmers abziele<sup>698</sup>.

## II. Stellungnahme

### 1. Grundsatz der Vertragsfreiheit und deren Einschränkung durch § 134 BGB

In Anlehnung an die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur ist davon auszugehen, dass die Regelung über den Verzugslohnanspruch nach § 615 S. 1 BGB durch individualvertragliche und kollektivrechtliche

<sup>693</sup> BAG, Urt. v. 13.08.1980, NJW 1981, 781.

<sup>694</sup> BAG, Urt. v. 12.12.1984, AP § 2 KSchG 1969 Nr. 6.

<sup>695</sup> RGRK-Matthes, BGB, § 615, Rn. 101.

<sup>696</sup> Staudinger-Richardi, BGB, § 615, Rn. 10; RGRK-Matthes, BGB, § 615, Rn. 101.

<sup>697</sup> So RGRK-Matthes, BGB, § 615, Rn. 101.

<sup>698</sup> MünchArbR-Boewer, § 78, Rn. 5; Bopf, Annahmeverzug, S. 95f., 99.

Regelungen abbedungen werden kann. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit, der den Parteien die grundsätzlich unbeschränkte Rechtsmacht verleiht, Verträge abzuschließen und inhaltlich auszugestalten<sup>699</sup>. Allein aus der Tatsache, dass es sich bei § 615 S. 1 BGB um eine Ausnahmvorschrift handelt, können - ebenso wenig wie bei § 616 BGB (Vorübergehende Verhinderung) - Rückschlüsse dahingehend gezogen werden, dass es sich um zwingendes Recht handeln würde. Generelle Beschränkungen der Vertragsfreiheit - insbesondere der darin als Teilkomponente enthaltenen inhaltlichen Gestaltungsfreiheit -, können sich aber aus dem in § 134 BGB normierten allgemeinen Verbot gesetzeswidrigen Handelns ergeben<sup>700</sup>. Diese Vorschrift ordnet als Rechtsfolge eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot die grundsätzliche Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts an. Damit kommt zum Ausdruck, dass der von Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Vertragsfreiheit<sup>701</sup> von Gesetz und Recht Schranken gezogen sind und Rechtsgeschäfte, die diese Grenzen überschreiten, keine Geltung haben können. Dabei werden auch solche Rechtsgeschäfte umfasst, mit denen solche gesetzlichen Verbote oder zwingenden Normen umgangen werden sollen<sup>702</sup>.

## 2. Allgemeine Kündigungsschutzvorschriften als entgegenstehende zwingende Vorschriften im Sinne des § 134 BGB

Vorliegend ist zu klären, ob durch eine vorherige individualvertragliche oder kollektivrechtliche Regelung, mit der § 615 S. 1 BGB für den Fall der Kündigung durch den Arbeitgeber abbedungen werden soll, gesetzliche Verbote oder andere zwingende Normen entgegenstehen oder solche eventuell umgangen werden würden. In dieser Hinsicht problematisch erscheint der inhaltliche Zusammenhang des Verzugslohnanspruchs mit den Vorschriften des KSchG. Fraglich ist insbesondere, ob im Falle einer vertraglichen Abbedingung des Verzugslohnanspruches der Schutzgehalt des KSchG unterlaufen werden würde.

<sup>699</sup> RGRK-*Piper*, BGB, Bd. I, § 145, Rn. 20.

<sup>700</sup> MünchKomm-*Kramer*, BGB, Vor § 145 Rn. 19; MünchKomm-*Thode*, BGB, § 305 Rn. 3 f.

<sup>701</sup> MünchKomm-*Thode*, BGB, § 305 Rn. 1; RGRK-*Piper*, BGB, Bd. I, § 145 Rn. 21; vgl. zum Schrankenvorbehalt des Art. 2 Abs. 1 GG bereits oben unter Teil 3 C II 1 b.

<sup>702</sup> MünchKomm-*Mayer-Maly*; BGB, § 134 Rn. 11.

Die allgemeinen Kündigungsschutzvorschriften sind nach einhelliger Meinung grundsätzlich der Disposition der Parteien entzogen<sup>703</sup>. Unzulässig ist daher nicht nur der vorherige völlige Ausschluss des allgemeinen Kündigungsschutzes, sondern auch jegliche Beschränkung. Dies gilt sowohl für (vorherige) einzelvertragliche Vereinbarungen, als auch für kollektivrechtliche Regelungen in Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen<sup>704</sup>. Solche Vereinbarungen greifen unmittelbar in den Schutzgehalt des KSchG ein, indem sie entweder dessen Anwendungsbereich schmälern oder die Kriterien der sozialen Rechtfertigung modifizieren. Unwirksam sind daher beispielsweise die Vereinbarung einer längeren Wartezeit, die Festlegung eines Mindestalters<sup>705</sup>, die Festlegung einer von § 1 Abs. 2 KSchG abweichenden Sozialauswahl oder die Festlegung von bestimmten Gründen, wonach eine Kündigung stets gerechtfertigt sein soll<sup>706</sup>.

Im Gegensatz hierzu würde sich eine Vereinbarung über den Ausschluss oder die Beschränkung des Lohnfortzahlungsanspruchs nach § 615 S. 1 BGB während des Kündigungsschutzprozesses nicht unmittelbar auf den Inhalt des KSchG auswirken. Im Wesentlichen schützt das KSchG durch § 1 KSchG den Arbeitnehmer vor dem Verlust seines Arbeitsplatzes. Dieser Bestandsschutz wird durch § 2 KSchG dahingehend ergänzt, dass auch die Änderungskündigung auf ihre Sozialwidrigkeit hin zu prüfen ist. Damit wird zugleich Vertragsinhaltsschutz gewährt<sup>707</sup>. In diese Schutzinhalte oder in andere nach der Konzeption des KSchG schützenswerte Interessen des Arbeitnehmers wird, wie nachfolgend aufgezeigt wird, durch eine vertragliche Abbedingung des § 615 S. 1 BGB nicht eingegriffen.

Der durch § 1 KSchG vermittelte Bestandsschutz bleibt – trotz vertraglicher Abbedingung des § 615 S. 1 BGB - in seiner vollen Reichweite erhalten. Der kündigungrechtliche Status des Arbeitnehmers verschlechtert sich nicht, da die Kündigung des Arbeitgebers nach wie vor an das Erfordernis der sozialen Rechtfertigung mit allen damit verbundenen Verpflichtungen für

<sup>703</sup> Vgl. KR-*Etzel*, KSchG, § 1 Rn. 31; MünchKomm-*Hergenröder*, BGB, Einl. KSchG Rn. 12 m. w. N.

<sup>704</sup> KR-*Etzel*, KSchG, § 1, Rn. 31; von *Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG, § 1 Rn. 7.

<sup>705</sup> KR-*Etzel*, KSchG, § 1, Rn. 31.

<sup>706</sup> Von *Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG, § 1 Rn. 7, 8.

<sup>707</sup> Von *Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG, § 2 Rn. 2.

den Arbeitgeber gebunden bleibt. Hält der Arbeitnehmer die Kündigung des Arbeitgebers für unwirksam, kann er diese weiterhin im Rahmen des Kündigungsschutzverfahrens arbeitsgerichtlich überprüfen lassen. Nur der tatsächlich am Erhalt seines Arbeitsplatzes interessierte Arbeitnehmer wird diesen Weg beschreiten, was dem KSchG seine ihm vom historischen Gesetzgeber zugewiesene Bestandsschutzfunktion wiedergibt<sup>708</sup>. Schließen Arbeitnehmer und Arbeitgeber den Annahmeverzug für den Fall der Kündigung aus, so fällt auch das Druckmittel weg, mit dem die Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess zum vorschnellen Abschluss eines Vergleichs gezwungen werden. Damit ist es dem Arbeitnehmer auch nicht mehr möglich, durch Erhebung der Kündigungsschutzklage seinen Arbeitsplatz zu kommerzialisieren, indem er nur klagt, um eine möglichst hohe Abfindungssumme zu erhalten. Dieses rein wirtschaftliche Interesse des Arbeitnehmers fällt nach den Ergebnissen des 3. Teils dieser Untersuchung nicht unter den Schutzbereich des KSchG. Wie die historische Auswertung des KSchG gezeigt hat, hat sich der damalige Gesetzgeber ausdrücklich für eine ausschließlich an drei Kündigungsgründen orientierte rein bestandsschutzrechtliche Lösung entschieden, die nur in besonderen Ausnahmefällen eine Abfindungszahlung vorsieht<sup>709</sup>. Hinzu kommt, dass dem Gesetzgeber bei der Schaffung des § 615 S. 1 BGB die Gefahr des Annahmeverzugs „ad infinitum“<sup>710</sup> des Arbeitgebers wohl kaum mitberücksichtigt haben dürfte, zumal dieses Problem erst durch die ausufernde Rechtsprechung des BAG zur Verzugsbeendigung entstanden ist<sup>711</sup>.

Eine vorherige Abbedingung des Verzugslohnanspruches für die Zeit des Kündigungsschutzprozesses greift auch nicht in den durch § 2 KSchG kündigungsschutzrechtlich geschützten Kernbereich des Arbeitsverhältnisses ein. Durch den Ausschluss oder die Beschränkung des Annahmeverzugs für den Fall der Kündigung wird der Umfang der beiderseitigen Hauptleistungspflichten nicht tangiert. Die Arbeitspflichten und -zeiten des Arbeitnehmers sowie die Verpflichtung zur Lohnzahlung des Arbeitgebers blei-

<sup>708</sup> Siehe hierzu ausführlich oben unter Teil 3 B.

<sup>709</sup> Siehe hierzu ausführlich oben unter Teil 3 B.

<sup>710</sup> *Willemsen*, NJW 2002, 2779, 2782.

<sup>711</sup> Vgl. hierzu ausführlich oben Teil 4 A – E.

ben, wie ursprünglich vorgesehen, erhalten. Sie stehen nicht - wie in den vom BAG entschiedenen Fällen – praktisch zur freien Disposition des Arbeitgebers. Nur für den Fall der Kündigung soll eine Modifizierung der ansonsten greifenden Rechtsfolgenregelung des § 615 S. 1 BGB angeordnet werden und eine Vergütungsverpflichtung für die Zeit des Kündigungsschutzprozesses nicht bestehen.

Mit dem Ausschluss des Annahmeverzugs wird daher nicht in das gegenseitige Austauschverhältnis eingegriffen, sondern lediglich eine Ausnahmeregelung getroffen, welche an der besonderen Situation des Kündigungsschutzprozesses orientiert ist. In diesem Sinne ist die vertragliche Abbedingung des § 615 S. 1 BGB letztlich als ein im Vorfeld abgeschlossener Interessenausgleich für die im Kündigungsschutzprozess bestehenden Risiken anzusehen. Selbst die eingangs dieses Unterabschnitts vorgestellte Rechtsprechung macht die Wirksamkeit einer den § 615 S. 1 BGB abbedingenden Vereinbarung von einer Abwägung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen abhängig. Vor dem Hintergrund, dass die Risiken des Kündigungsschutzprozesses für den Arbeitnehmer insbesondere durch die Anerkennung des allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruchs nach erstinstanzlichem Obsiegen weitgehend entschärft wurden<sup>712</sup>, erscheint es nicht unbillig, das Interesse des Arbeitgebers, ein Kündigungsschutzverfahren ohne die Drohung des unbegrenzten Verzugsrisikos entsprechend höher zu gewichten, als das Interesse des Arbeitnehmers an dem Erhalt seines Verzugslohns<sup>713</sup>. Damit wird nicht prinzipiell das den Arbeitgeber treffende Entgeltrisiko auf den Arbeitnehmer, sondern nur für einen - durch die Situation des Kündigungsschutzprozesses bedingten - speziellen Fall, verlagert Die objektive Ungewissheit im Kündigungsschutzprozess rechtfertigt es, den Arbeitnehmer ausnahmsweise über die Einbuße des Verzugslohns für die Dauer des Kündigungsschutzprozesses an der Gefahr teilnehmen zu lassen, dass die Arbeitsleistung nicht angenommen werden kann und damit kein Annahmeverzug entsteht. Wirtschaftlich gesehen ist der Arbeitnehmer durch die Leistungen der Arbeitslosenversicherung abgesichert. Die negativen Folgen des ausbleibenden Verzugslohnanspruches können zusätzlich noch erheblich

<sup>712</sup> Vgl. oben unter Teil 4 C.

<sup>713</sup> So zutreffend, *Beocken/Topf*, RdA 2004, 19, 22.

dadurch abgemildert werden, dass der Arbeitnehmer von den Möglichkeiten des allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruchs auch tatsächlich Gebrauch macht. Selbst bei nachträglicher Wirksamkeit der Kündigung würde er dann jedenfalls, entweder aufgrund des einvernehmlich mit dem Arbeitgeber fortgesetzten (auflösend) bedingten Arbeitsverhältnisses seinen Arbeitslohn bekommen oder im Fall der Weiterbeschäftigung durch Leistungsurteil, würde er zumindest über § 812 Abs. 1 S. 1 und § 818 Abs. 2 BGB Ersatz des Wertes der geleisteten Arbeit mindestens in Höhe der üblichen Vergütung<sup>714</sup> erhalten<sup>715</sup>.

### 3. Sperrwirkung durch zwingende Vorschriften anderer Gesetze

#### a) Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG)<sup>716</sup>

Fraglich ist, ob sich ein anderes Ergebnis aus der Miteinbeziehung anderer gesetzlicher Verzugsregelungen ergeben könnte. Beispielsweise bestimmt § 11 Abs. 4 S. 2 AÜG ausdrücklich, dass das Recht des Leiharbeitnehmers auf Vergütung bei Annahmeverzug des Verleihers (§ 615 S. 1 BGB) nicht durch Vertrag aufgehoben oder beschränkt werden kann. Der Verleiher muss deshalb das vereinbarte Arbeitsentgelt zahlen, wenn er den Arbeitnehmer nicht bei einem Entleiher einsetzen kann. Dieses gesetzliche Verbot wurde deswegen erlassen, weil der Gesetzgeber fürchtete, der Verleiher könnte die Fortzahlung der Vergütung für beschäftigungslose Zeiten ausschließen und damit das Synchronisationsverbot des § 9 Nr. 2 AÜG a. F. umgehen<sup>717</sup>. Durch dieses Verbot sollte verhindert werden, dass der Verleiher die Gesamtbeschäftigungsdauer des Leiharbeitnehmers mit der Einzelüberlassung synchronisiert. Deswegen wurden die Befristungs- und Kündigungsmöglichkeiten für Leiharbeitsverhältnisse eingeschränkt<sup>718</sup>.

<sup>714</sup> Münch/ArbR-Boewer, § 76, Rn. 41.

<sup>715</sup> ausführlich hierzu Von *Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG, § 4 Rn. 104 ff; *KR-Spilger*, KSchG, § 11, Rn. 23.

<sup>716</sup> Ursprüngl. Fassung vom 07. 08. 1972, BGBI I, S. 1343 ff.

<sup>717</sup> *Schüren*, AÜG, § 11 Rn. 91.

<sup>718</sup> *Schüren*, AÜG, § 9 Rn. 65 ff., § 11 Rn. 91; bei diesem Rechtszustand bleibt es auch 2004 nach dem Wegfall des § 9 Nr. 2 a. F. Dann greift das allgemeine Befristungsrecht gemäß § 14 TzBfG, wonach Leiharbeitsverhältnisse nicht ständig auf die Einsatzzeiten bei Verleihern befristet (= synchronisiert) werden dürfen.



Die Vorschrift dient demnach nicht– wie die Regelungen des allgemeinen Kündigungsschutzes - dem allgemeinen Bestandsschutzinteresse des Arbeitnehmers, sondern allein der Sicherung des speziell für das Leiharbeitsverhältnis entwickelten Synchronisationsverbots<sup>719</sup>. Wegen des unterschiedlichen Schutzzwecks kann die Vorschrift somit auch keine Sperrwirkung für eine etwaige vertragliche Abbedingung des § 615 S. 1 BGB entfalten.

#### b) Berufsbildungsgesetz (BBiG)

Eine weitere Ausnahmeregelung findet sich im BBiG. Nach § 10 Abs. 2 BBiG n. F.<sup>720</sup> ist § 615 BGB grundsätzlich im Berufsausbildungsverhältnis anzuwenden. Daneben ordnet § 19 Abs. 1 Nr. 2 lit. a BBiG die Fortzahlung der Vergütung für die Dauer von sechs Wochen an, wenn sich der Auszubildende für die Berufsausbildung bereithält oder nach lit. b aus einem sonstigen in seiner Person liegenden Grund unverschuldet verhindert ist, seine Pflichten aus dem Berufsausbildungsverhältnis zu erfüllen. Die Vorschrift regelt ebenso wie § 11 Abs. 4 S. 2 AÜG den Sonderfall des „Leiharbeitsverhältnisses“, den Sonderfall des „Berufsbildungsverhältnisses“. Gemäß § 25 BBiG n. F. ist diese Regelung zwingend und kann nicht zum Nachteil des Auszubildenden abbedungen werden. Hintergrund dieses gesetzlichen Verbots sind soziale Erwägungen<sup>721</sup>. Der Auszubildende ist naturgemäß aufgrund seiner im Regelfall bestehenden beruflichen Unerfahrenheit und des meist noch minderjährigen Alters besonders schutzwürdig. Damit soll der sich im Ausbildungsverhältnis befindliche Arbeitnehmer nach der Intention des Gesetzgebers gegenüber dem im „normalen“ Arbeitsverhältnis stehenden Arbeitnehmer, auf den die Bestimmungen des BGB Anwendung finden (insb. §§ 615, 616), bewusst besser gestellt werden<sup>722</sup>.

Das Abbedingungsverbot, welches aus der speziellen Situation des Ausbildungsverhältnisses herrührt, schlägt daher mangels vergleichbarer Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmer nicht auf einen vertraglichen Ausschluss des § 615 S. 1 BGB für den Fall der Kündigung durch. Auch eine mögliche

<sup>719</sup> Schüren, AÜG, § 9 Rn. 69.

<sup>720</sup> Inkraftgetreten seit dem 01. April 2005, abgedr. in BGBl. 2005, Teil I, Nr. 20.

<sup>721</sup> Wohlgemuth, BBiG, § 12 Rn. 1 a. F., Natzel, DB 1970, S. 2267 – 2280, 2271.

<sup>722</sup> Wohlgemuth, BBiG, § 12 Rn. 1 a. F., Natzel, DB 1970, S. 2267 – 2280, 2271.

Umgehung zwingender gesetzlicher Wertungen, die hinter dem speziellen Verbot des § 19 Abs. 1 BBiG stehen, scheidet damit aus.

#### 4. Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht

Die vertragliche Abbedingung des § 615 S. 1 BGB ist mit höherrangigem Recht vereinbar. Durch die Abschaffung des Verzugslohnanspruches werden grundrechtlich geschützte Interessen des Arbeitnehmers nicht berührt.

Der Arbeitnehmer verliert keine grundrechtlich durch Art. 12 Abs. 1 GG oder andere Grundrechte zugesicherten Rechtspositionen. Der Verzuglohnanspruch ist nach seinem Konzept in erster Linie Gefahrtragungsregel<sup>723</sup> und soll keinen Ausgleich für den Verlust des Arbeitsplatzes durch Kündigung schaffen. Insoweit ist unstrittig, dass der von Art 12 Abs. 1 GG gewährte Arbeitsplatzschutz weder eine Bestandsgarantie für den einmal erlangten Arbeitsplatz beinhaltet, noch sich aus dem Zusammenwirken von Art. 12 GG und der Schutzpflichtlehre ein grundrechtlich geschütztes Recht am Arbeitsplatz ergibt<sup>724</sup>. Folglich kann dem Arbeitnehmer ein solches Recht auch nicht durch Kündigung entzogen werden, was einen Ausgleich in Geld rechtfertigen würde<sup>725</sup>. Verfassungsrechtlich geschützt ist nach den Ergebnissen des Dritten Teils dieser Untersuchung ein am Über- und Untermaß des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG orientiertes gewisses Maß an Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses<sup>726</sup>. Genau dieses wird durch die vertragliche Abbedingung des § 615 S. 1 BGB nicht berührt, da die Kündigung des Arbeitgebers an dieselben Voraussetzungen - wie insbesondere das Erfordernis einer sozialen Rechtfertigung -, gebunden bleibt. Insofern ergibt sich auch kein Widerspruch zu den unter Teil 3 erlangten Ergebnissen. Das KSchG sichert, in verfassungsrechtlich genügendem Maße die wirtschaftliche und soziale Existenzgrundlage des Arbeitnehmers.

<sup>723</sup> MünchKomm-Henssler, BGB, § 615, Rn. 1.

<sup>724</sup> Siehe zum früheren Streitstand: Reuter, RdA 1978, 344ff.; Schwerdtner, ZFA 1977, 47ff.; Wank, Recht auf Arbeit, S. 117ff.; Herschel BB 1977, 708ff.; Staudinger-Richardi, BGB, 13. Auflage, § 611 Rn. 53ff. So auch jüngst Papier, der Expansion des Sozialstaats ist die Grundlage entzogen, in FAZ vom 29. Oktober 2005, S. 13.

<sup>725</sup> Boecken/Topf, RdA 2004, 19, 25.

<sup>726</sup> Zur Reichweite des durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährten Schutzes, vgl. bereits oben unter Teil 3 C II, III.

Verfassungsrechtlich schützenswert bleibt die Erhaltung des wirtschaftlichen Existenzminimums des Arbeitnehmers. Dieses wird im Rahmen der anerkannten Förder- und Unterstützungsmaßnahmen zur Grundrechtsrealisierung durch die Leistungen der Arbeitslosenversicherung (Arbeitslosengeld I und II)<sup>727</sup> bzw. sofern der Arbeitnehmer die hierfür erforderlichen Voraussetzungen nicht erfüllt, durch die Sozialhilfe sichergestellt<sup>728</sup>. Diese Leistungen stehen dem gekündigten Arbeitnehmer auch im Falle einer vorherigen vertraglichen Abbedingung des § 615 S. 1 BGB zu<sup>729</sup>.

Im Zusammenhang mit der von Teilen der Literatur gegen eine vertragliche Abbedingung des § 615 S. 1 BGB vorgebrachten Arguments, es handle sich bei der Arbeitsentgeltfortzahlung um „unabdingbaren Flankenschutz des zwingenden Kündigungsschutzes“<sup>730</sup>, erscheint eine in der jüngeren Literatur erschienene These<sup>731</sup> interessant. Entgegen der vorherrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur, der in Bezug auf die einschlägigen Fragestellungen auch in dieser Untersuchung gefolgt wird<sup>732</sup>, - sollen nach dem dortigen Ansatz nicht die Grundrechte in Verbindung mit der Schutzpflichtlehre des BVerfG die maßgeblichen verfassungsrechtlichen Direktiven für das „ob“ und das „wie“ des arbeitsrechtlichen Bestandsschutzes sein, sondern vielmehr allein das Sozialstaatsprinzip. Dieses räume dem Gesetzgeber aufgrund des weiten Entscheidungsspielraumes durchaus die Möglichkeit ein, den derzeit geltenden Kündigungsschutz zu verändern und diesen beispielsweise lediglich in Form eines Schutzes vor „willkürlich fristloser Kündigung“ zu gewähren<sup>733</sup>. Dementsprechend ist es sogar denkbar, den Kündigungsschutz selbst zu beschränken, ohne dabei die verfassungsrechtliche Grenze zur Unzulässigkeit zu überschreiten. Eine vertragliche Abbedingung dessen, was „nur“ als Absicherung bzw. Flankenschutz

<sup>727</sup> Diese Unterteilung wurde im Rahmen der Agenda 10 der Bundesregierung Anfang 2005 eingeführt. Durch das Arbeitslosengeld II wurde die früher getrennt ausbezahlte Arbeitslosen- und Sozialhilfe zusammengelegt.

<sup>728</sup> *Schulin/Igl*, Sozialrecht, Rn. 38ff.

<sup>729</sup> Insoweit müsste ggf. durch eine Klarstellung des Sozialversicherungsrechts sichergestellt werden, dass der Arbeitnehmer, der sich auf eine vorvertragliche Abbedingung des Verzugslohnanspruches aus § 615 S. 1 einlässt, keine Minderungen seines Anspruchs auf Arbeitslosengeld erleiden würde, oder gar Sperrzeiten riskieren würde.

<sup>730</sup> *MünchArbR-Boewer*, § 78, Rn. 5.

<sup>731</sup> *Lindner*, RdA 2005, 166, 167ff.

<sup>732</sup> Siehe hierzu ausführlich unter Teil 3.

<sup>733</sup> *Lindner*, RdA 2005, 166, 170.

des Kündigungsschutzes verstanden werden will, kann daher auch nicht verfassungsrechtlich unzulässig sein.

Es kann also festgehalten werden, dass eine individual- oder tarifvertragliche Abbedingung des § 615 S.1 BGB aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht beanstandet werden kann. Nicht unerwähnt sollte bleiben, dass dem Arbeitnehmer zusätzlicher Schutz vor Vermögenseinbußen und Schäden im Zusammenhang mit einer unwirksamen Kündigung des Arbeitgebers durch die Schadensersatzansprüche des allgemeinen Schuldrechts, insbesondere durch den mittlerweile in § 280 Abs.1 BGB kodifizierten Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung gewährt wird. Der Arbeitnehmer würde daher all diejenigen Schäden vom Arbeitgeber ersetzt verlangen, die ihm durch eine unwirksame Kündigung des Arbeitgebers erwachsen. Damit wird der Arbeitnehmer noch zusätzlich vor willkürlichen Kündigungen durch den Arbeitgeber geschützt und materiell abgedeckt. Voraussetzung hierfür ist allerdings ein Verschulden des Arbeitgebers.

## 5. Ergebnis

Die Untersuchung dieses Unterabschnitts hat ergeben, dass einer vorherigen einzelvertraglichen oder tarifvertraglichen Abbedingung des § 615 S. 1 BGB zwingende Vorschriften des KSchG oder daraus ableitbare kündigungsschutzrechtliche Grundprinzipien nicht entgegenstehen. Der Kündigungsschutz bleibt in seiner vom Gesetzgeber vorgesehenen Form als Bestandsschutz erhalten. Eine inhaltliche Verschlechterung des Kündigungsschutzes wegen fehlender Entgeltfortzahlung droht deswegen nicht, weil vermögensrechtliche Interessen des Arbeitnehmers nicht in den Schutzzumfang des KSchG miteinbezogen sind. Aus dem verfassungsrechtlich maßgeblichen Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG sind keine Rechtspositionen zu entnehmen, deren Entzug durch Kündigung einen Ausgleich in Geld rechtfertigen könnte. Wirtschaftlich aufgefangen wird der Arbeitnehmer jedenfalls durch die Leistungen der Arbeitslosenversicherung. Für den Fall, dass der Arbeitgeber im Zusammenhang mit der Kündigung schuldhaft gehandelt hat, erhält der Arbeitnehmer über die Grundsätze der positiven Vertragsverletzung des Arbeitsverhältnisses noch zusätzlichen

materiellen Schutz. Schließlich bleibt auch die Möglichkeit, dass der Arbeitnehmer im Rahmen eines Prozessarbeitsverhältnisses weiterbeschäftigt wird. In diesem Fall erhält der Arbeitnehmer seinen ursprünglichen Arbeitslohn weiter, oder aber er kann zumindest Wertersatz gegen den Arbeitgeber geltend machen.

## 6. Durchsetzungsrisiken

Fraglich ist allerdings, inwieweit die vertragliche Abbedingung des § 615 S. 1 BGB durch die Parteien des Einzelarbeitsvertrages oder durch die Tarifvertragsparteien auch durchsetzbar ist. Einzelarbeitsverträge, vor allem in größeren Unternehmen, werden, da vielfach als Standardverträge verwendet, häufig als allgemeinen Geschäftsbedingungen im Sinne der §§ 305 ff. BGB angesehen und müssen dementsprechend den darin enthaltenen Inhaltskontrollen standhalten. Somit droht die Gefahr, dass unter der derzeitigen Rechtsprechungslage die vorherige Abbedingung des § 615 S. 1 BGB entweder als überraschende Klausel im Sinne des § 305 c BGB angesehen werden könnte oder eventuell wegen der in § 615 S.1 BGB enthaltenen grundsätzlichen Entgeltrisikoverteilung zu Lasten des Arbeitgebers als unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) betrachtet wird<sup>734</sup>. Zudem besteht die Gefahr des Missbrauchs, in der Form, dass einzelne Arbeitgeber die schlechte Arbeitsmarktlage dazu benutzen könnten, den Arbeitnehmer zur Einwilligung in die vertragliche Abbedingung der Entgeltfortzahlung im Falle der Kündigung zu bewegen. Unter Umständen würde sogar ein Verstoß gegen das Verbot der Ungleichbehandlung des Art. 3 GG, welches über die Grundsätze der mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten auch im Verhältnis Arbeitgeber und Arbeitnehmer Anwendung findet<sup>735</sup>, im Raum stehen, wenn nicht alle Arbeitsverträge eines Unternehmens eine solche Regelung enthalten würden. In dieser Hinsicht problematisch wäre auch das Verhältnis älterer Arbeitsverträge zu den im Sinne einer entsprechenden Abbedingungsklausel angepassten neuen Arbeitsverträgen. Auch der unter Missbrauchs- und Gleichbehandlungsgesichtspunkten vorzuziehende Weg, eine entsprechende Regelung über die Tarifvertragsparteien einheitlich für einzelne Unternehmen oder auch in

<sup>734</sup> Hierauf auch hinweisend, MünchKomm-Henssler, BGB, § 615, Rn. 12.

<sup>735</sup> Vgl. hierzu bereits oben unter Teil 3 C II 4 a aa.

Flächentarifverträgen für mehrere Unternehmen zu erreichen, droht schon allein wegen des in diesem Zusammenhang großen Interessenkonflikts zwischen Gewerkschaften und Arbeitgebern oder Arbeitgebervereinigungen am Auffinden eines geeigneten Vertragspartners zu scheitern.

## J. Gesamtergebnis

Die in diesem Teil durchgeführte Untersuchung zeigt, dass die derzeitige Interpretation der im Hinblick auf den Annahmeverzug des Arbeitgebers einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen und unbestimmten Rechtsbegriffe durch das BAG in mehrfacher Hinsicht methodisch fehlerhaft ist. Insbesondere hat die Analyse der Rechtsprechung des BAG ergeben, dass bei der Beurteilung der entscheidenden Fragen oftmals systematisch mit einzubeziehende Gesetze und deren Wertungen, insbesondere die des KSchG, außen vor bleiben. Konsequenz hiervon ist, dass sich der Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess einem schlichtweg unkalkulierbaren Verzugsrisiko ausgesetzt sieht, was wiederum die Entwicklung des KSchG hin zu einem Abfindungsgesetz in erheblichem Maße fördert. Um de lege lata eine Eindämmung des Verzugsrisikos des Arbeitgebers erreichen zu können, müsste das BAG daher seine gegenwärtig praktizierte Rechtsprechung zur Verzugsbeendigung und zur Auslegung der Begriffe der „Böswilligkeit“ und „Zumutbarkeit“ im Sinne der in Teil 4 erarbeiteten Lösungsansätze überdenken. Derzeit lassen sich der Rechtsprechung des BAG, abgesehen von der in einigen aktuelleren Entscheidungen anklingenden Tendenz, das Zumutbarkeitskriterium zukünftig einzelfallorientierter anwenden zu wollen<sup>736</sup>, solche Ansätze nicht entnehmen. Unter der gegenwärtigen Rechtsprechungslage erscheint zur Minimierung des Annahmeverzugsrisikos allein eine vorherige individual- oder tarifvertragliche Abbedingung des Verzugslohnanspruchs denkbar. Diese Möglichkeit ist zwar rechtlich zulässig und würde das Verzugsrisiko des Arbeitgebers theoretisch auch beseitigen. Wegen der drohenden Durchsetzungsschwierigkeiten<sup>737</sup> trägt diese Lösung im Ergebnis aber nicht dazu bei, den ohnehin risikobehafteten Kündigungsschutzprozess<sup>738</sup> für den Arbeitgeber letztlich rechtsicherer zu machen.

<sup>736</sup> Vgl. Teil 4 G III 2. e bb.

<sup>737</sup> Vgl. Teil 4 I II. 6.

<sup>738</sup> Siehe hierzu ausführlich unter Teil 4 B und C.

## Teil 5. Zurück zum Bestandsschutz

### A. Notwendigkeit und Ziel einer gesetzlichen Neuregelung

Um die Entwicklung des KSchG in Richtung eines Abfindungsgesetzes nachhaltig aufzuhalten, erscheint de lege ferenda das Eingreifen des Gesetzgebers notwendig. Ziel dieses Eingreifens des Gesetzgebers wäre die Schaffung eines gesetzlichen Rahmens, in dem die Risiken des Kündigungsschutzprozesses von Arbeitgeber und Arbeitnehmer gleichermaßen getragen werden und in dem das KSchG entsprechend seiner gesetzgeberischen Intention wieder als Bestandsschutzgesetz fungieren könnte.

### B. Umsetzungsmöglichkeiten

#### I. Ergänzung/Konkretisierung des KSchG

Die zahlreich in der arbeitsrechtlichen Literatur aufzufindenden Vorschläge<sup>739</sup>, die die im Rahmen dieser Untersuchung mehrfach aufgezeigte Fehlentwicklung des KSchG zwar erkennen und als „Realitätsverlust“<sup>740</sup> des Kündigungsschutzprozesses beklagen, diese aber durch Abfindungslösungen innerhalb des KSchG bekämpfen wollen, treffen nicht den Kern des Problems. Sie leiden, ebenso wie auch der im Jahre 2003 – ebenfalls unter Berufung auf den bedenklichen Entwicklungszustand des KSchG<sup>741</sup> - neu eingeführte § 1a KSchG<sup>742</sup> an dem Mangel, dass damit Lösungen<sup>743</sup> angestrebt werden, die ohne Berücksichtigung der sich tatsächlich aus der historischen Entwicklung des KSchG ergebenden Wertungen entworfen werden<sup>744</sup>. Die Konzeption des KSchG als unmittelbares Bestandsschutzgesetz verträgt sich nicht mit dem Gedanken einer vollständigen oder auch nur teilweisen Abfindungslösung. Das Abfindungswahlrecht des Arbeitgebers wurde bewusst abgeschafft, um, neben der Schaffung eines unmittelbaren Bestandsschutzes, dem Arbeitnehmer die Möglichkeit einer Kommerziali-

<sup>739</sup> Zu den Nachweisen vgl. oben Fn. 2.

<sup>740</sup> *Willemsen*, NJW 2000, 2779.

<sup>741</sup> BT-Drs.15/1204, S. 9ff.

<sup>742</sup> Vgl. hierzu bereits unter 3 B.

<sup>743</sup> Inwiefern diese überhaupt geeignet sind, den von ihnen beabsichtigten Zweck auch umzusetzen, kann zumindest für § 1a KSchG bezweifelt werden, vgl. hierzu oben unter Teil 3 C IV.

<sup>744</sup> Siehe zur historischen Entwicklung des KSchG und zu Inhalt und Reichweite des Bestandsschutzes unter Teil 3.



sierung seines Arbeitsplatzes zu verwehren und auch, um den Abschreckungsgedanken aus dem Kündigungsrecht zu verbannen<sup>745</sup>. Durch die Einführung einer Abfindungslösung würde dieser gesetzgeberische Wille zumindest teilweise untergraben, was unter methodischen Gesichtspunkten als nicht tragbares Ergebnis anzusehen ist.

Die Risiken des Kündigungsschutzprozesses, die unter der gegenwärtigen Rechtsprechung vor allem zu Lasten des Arbeitgebers verteilt sind, lassen sich auch nicht durch eine Neufassung des KSchG minimieren. Aufgrund der Vielzahl der Lebenssachverhalte, die durch die Normen des KSchG erfasst werden sollen, ist es nicht möglich, die Generalklauseln des KSchG zu Gunsten des Arbeitgebers konkreter und damit rechtssicherer zu fassen. Damit wird im Anwendungsbereich des KSchG trotz voranschreitender Entwicklung der Normkonkretisierung durch Bildung von Fallgruppen<sup>746</sup> immer Raum für den Bewertungsspielraum des Rechtsanwenders bleiben.

## **II. Ergänzung des § 615 BGB: Ausschluss des Annahmeverzugs des Arbeitgebers für die Zeit nach Zugang der Kündigung bzw. nach Ablauf der Kündigungsfrist**

### **1. Vorteil: Wiederherstellung des Risikogleichgewichts zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess**

Gegenüber der Einführung einer Ergänzung oder Konkretisierung des KSchG wäre eine Lösung außerhalb des KSchG vorzuziehen. In systematischer Hinsicht würde sich eine entsprechende Ergänzung des den Verzugslohnanspruch des Arbeitnehmers regelnden § 615 BGB anbieten. Auf der Grundlage des dem Gesetzgeber eingeräumten Ermessensspielraums<sup>747</sup> sollte § 615 BGB um einen Absatz ergänzt werden, nach welchem für die Zeit nach Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist bzw. nach Zugang der außerordentlichen Kündigung der Annahmeverzug des Arbeitgebers ausgeschlossen ist<sup>748</sup>. Eine solche Regelung hätte den Vorteil, dass ungeachtet jedweder

<sup>745</sup> Siehe hierzu unter Teil 3.

<sup>746</sup> Vgl. hierzu ausführlich unter Teil 4 C.

<sup>747</sup> Siehe hierzu bereits unter Teil 3 C II 3.

<sup>748</sup> So *Boecken/Topf RdA* 2004, 19, 25. In der Literatur werden teilweise auch Vorschläge gemacht, die darauf abzielen, den Verzugslohnanspruch zeitlich zu limitieren, vgl. Wank, *NZA* 2003, Sonderbeil. Heft 21, 3ff, bzw. durch einen maximalen Höchstbetrag

Rechtsprechungsgrundsätze des BAG die Hauptursache für das Problem des unbegrenzten Annahmeverzugs und der einseitigen Risikoverteilung zu Lasten des Arbeitgebers beseitigt wird. Ein Arbeitgeber, der nicht mehr dem unkalkulierbaren Risiko des § 615 BGB ausgesetzt ist, kann seine Kündigungsentscheidung unabhängig von diesem Druck wieder allein nach Sachgründen treffen<sup>749</sup>. Ist der Arbeitgeber nach einer Vorabschätzung, soweit diese möglich ist<sup>750</sup>, von der Wirksamkeit seiner Kündigung überzeugt, so kann er den Kündigungsschutzprozess auch bis zum rechtskräftigen Abschluss durchführen und muss sich nicht auf den Abschluss eines vorzeitigen Abfindungsvergleichs einlassen. Hinzu kommt, dass der Arbeitnehmer, der sichere Kenntnis davon hat, dass er - unabhängig vom Ausgang des Kündigungsschutzprozesses - keinen Verzugslohn erhält bzw. bei vorzeitiger Prozessbeendigung durch Vergleich nicht mit einer Abfindungszahlung rechnen kann, gezwungen ist, sich zumindest parallel um einen anderen Arbeitsplatz zu bemühen, will er nicht dauerhaft auf die Unterstützung der Arbeitslosenversicherung angewiesen sein<sup>751</sup>. Da der „Verzug mit der Annahme der Dienste“ eine tatbestandliche Voraussetzung des § 615 S. 1 BGB darstellt, wird mit dem oben definierten Zusatz zu dieser Vorschrift gleichsam „per Gesetz“ für Arbeitgeber und Arbeitnehmer derselbe Rechtszustand herbeigeführt, der auch bei einer individual- oder tarifvertraglichen Abbedingung des Verzugslohnanspruchs bestehen würde<sup>752</sup>. Vereinfacht ausgedrückt haben beide Alternativen zur Folge, dass der Verzugslohnanspruch des Arbeitnehmers bei einer Kündigung des Arbeitgebers wegfällt. Nach den Ergebnissen der oben durchgeführten Prüfung bestehen gegen die Abbedingung bzw. Abschaffung des Verzugslohnanspruchs keine rechtlichen Bedenken<sup>753</sup>. Insbesondere bleibt der dem Arbeitnehmer durch das KSchG gewährte Schutz vor sozial ungerechtfertigten Kündigungen ungeschmälert

---

zu begrenzen, für die Zeit in der der Arbeitgeber „ohne grobe Fehleinschätzung“ vom Nichtbestehen des Annahmeverzugs vgl. Giesen, ZFA 2003, 467, 490, 491 zu begrenzen.

<sup>749</sup> So auch *Boecken/Topf*, RdA 2004, 19, 25.

<sup>750</sup> Siehe ausführlich Teil 4 C.

<sup>751</sup> Dieser „Nebeneffekt“ steht im Übrigen in Einklang mit dem oben unter Teil 4 G erzielten Ergebnis zum Einfluss der stark auf eine aktive Mitwirkungspflicht des Arbeitnehmers abzielenden sozialversicherungsrechtlichen Vorgaben auf die Anrechnungsvorschrift des § 615 S. 2 BGB.

<sup>752</sup> Siehe hierzu Teil 4 I, II.

<sup>753</sup> Siehe hierzu ausführlich Teil 4 I.

erhalten und fungiert entsprechend seiner ursprünglichen Konzeption wieder als echter Bestandsschutz<sup>754</sup>. Die Abschaffung des Verzuglohnanspruchs verstößt auch nicht gegen grundrechtlich geschützte Positionen des Arbeitnehmers und ist mit der aus Art. 12 Abs. 1 GG herrührenden Schutzpflicht des Staates vereinbar<sup>755</sup>. Darüber hinaus würde die Tatsache, dass nur noch der am Erhalt seines Arbeitsplatzes interessierte Arbeitnehmer Klage erhebt, zu einer Entlastung der Arbeitsgerichte führen, was sich wiederum zu Gunsten der Prozessdauer auswirken könnte. Dadurch würden - neben der Beseitigung des Hauptdruckmittels Annahmeverzugslohn - die negativen Auswirkungen der sich aus den abstrakt formulierten Kündigungstatbeständen<sup>756</sup> sowie dem Prinzip des nachträglichen Kündigungsschutzes<sup>757</sup> ergebenden Prozessrisiken für beide Parteien des Kündigungsschutzprozesses zusätzlich abgeschwächt werden.

## 2. Möglicher Nachteil: finanzielle Mehrbelastung der Arbeitslosenversicherung

Trotz der aufgezeigten Vorteile, die die Abschaffung des Verzugslohnanspruches nach § 615 S.1 BGB mit sich bringen würde, müssen auch die möglicherweise eintretenden nachteiligen Auswirkungen einer solchen Gesetzesänderung betrachtet werden. Nach gegenwärtiger Gesetzeslage steht Sozialleistungsträgern, die in Vorleistung treten, wenn der Arbeitgeber Entgeltansprüche nicht erfüllt, ein Ausgleich gegen den Arbeitgeber zu<sup>758</sup>. Dieser Ausgleich wird durch einen gesetzlichen Forderungsübergang nach § 115 SGB X in Höhe der geleisteten Ersatzleistungen gewährt. Durch die vollständige Beseitigung des Verzuglohnanspruches nach § 615 S. 1 BGB könnte sich möglicherweise eine finanzielle Mehrbelastung der Arbeitslosenversicherungen ergeben. In Höhe der an die Arbeitnehmer über die Dauer des Kündigungsschutzprozesses ausbezahlten Arbeitslosengeldbeträge könnten die Agenturen für Arbeit für den Fall des Obsiegens des Arbeitnehmers im Kündigungsschutzprozess keinen Regress beim Arbeitgeber suchen. Diese Folge ist angesichts der gegenwärtigen Arbeitslosenzahl von

<sup>754</sup> Zur Argumentation ausführlich unter Teil 4 I II 2.

<sup>755</sup> Siehe hierzu Teil 4 I II 4.

<sup>756</sup> Hierzu ausführlich unter Teil 4 B 1.

<sup>757</sup> Hierzu ausführlich unter Teil 4 B 2.

<sup>758</sup> Von Wulffen-Bieresborn, SGB X, § 115, Rn. 2.

fünf Millionen und der damit ohnehin schon großen finanziellen Belastung der Sozialleistungsträger als problematisch anzusehen. Allerdings stünde es dem Gesetzgeber im Rahmen seines ihm bei der Gestaltung der Arbeitsmarkt-, Sozial- und Wirtschaftsordnung zustehenden Einschätzungs- und Prognosespielraums frei, diese Kostenmehrbelastung der Sozialkassen zu Gunsten einer Rückbesinnung auf den Bestandsschutzgedanken des KSchG<sup>759</sup> sowie einer Förderung der Prozessökonomie in Kauf zu nehmen. Bei der Gewichtung der Vor- und Nachteile einer entsprechenden Ergänzung des § 615 S. 1 BGB darf nicht vergessen werden, dass trotz des Wegfalls des Regressanspruches nach § 115 SGB X schwer vorherzusagen ist, in welchem Umfang überhaupt eine - gegenüber der gegenwärtigen finanziellen Belastung der Arbeitslosenversicherung - zusätzliche finanzielle Belastung der Arbeitslosenversicherung eintreten würde. Nach der oben durchgeführten Analyse aktueller empirischer Daten über die Kündigungsschutzpraxis steht fest, dass die Zahl der durch arbeitgeberseitige Kündigungen beendeten Arbeitsverhältnisse insgesamt nur einen relativ geringen Anteil ausmacht und dass gegen diese Kündigungen wiederum nur verhältnismäßig wenige Kündigungsschutzklagen erhoben werden<sup>760</sup>. Von diesen Kündigungsschutzklagen werden überhaupt nur ca. 15 % durch Urteil entschieden<sup>761</sup>. Dementsprechend können auch unter der gegenwärtigen Gesetzeslage für nachweislich durch rechtskräftiges Urteil entschiedene unwirksame Kündigungen verhältnismäßig wenige Entgeltersatzleistungen von Arbeitgebern zurückgefordert werden. Hinzu kommt, dass nach derzeitiger Abfindungsvergleichspraxis häufig der Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses rückwirkend auf den Ablauf der Kündigungsfrist festgesetzt wird. Dies bewirkt, dass nach diesem Zeitpunkt erbrachte Ersatzleistungen, worunter auch der Anspruch nach § 615 S. 1 BGB fällt, nicht über § 115 Abs. 1 SGB X vom Arbeitgeber zurückgefordert werden können<sup>762</sup>. Entsprechend den aus der Auswertung der empirischen Daten<sup>763</sup> erhaltenen Informationen liegt der Anteil der durch Vergleich beendeten Kündigungsschutzprozesse

<sup>759</sup> Vgl. *Boecken/Topf*, RdA 2004, 19, 26.

<sup>760</sup> Vgl. oben Teil 4 A.

<sup>761</sup> Vgl. oben Teil 4 A III.

<sup>762</sup> Vgl. *Boecken/Topf*, RdA 2004, 19, 26; *MünchKomm-Henssler*, BGB, § 615, Rn. 11.

<sup>763</sup> Vgl. hierzu unter Teil 4 A.

bei beinahe 90 %. Auch von dieser Seite betrachtet erscheint eine messbare Mehrbelastung der Arbeitslosenversicherung durch die Abschaffung des § 615 S. 1 BGB eher fragwürdig.

Vor diesem Hintergrund sind auch die in der Literatur entworfenen Alternativvorschläge zu bewerten, nach denen der Verzugslohnanspruch zeitlich auf drei Monate begrenzt wird<sup>764</sup> oder für die Zeit, in der der Arbeitgeber „ohne grobe Fehleinschätzung“ vom Nichtbestehen des Annahmeverzugs ausgehen können soll, auf einen maximalen Höchstbetrag von mindestens zwei Monatsverdiensten limitiert werden soll<sup>765</sup>. Diese Lösungen scheinen zwar - abgesehen von den Nachteilen der Einführung eines zusätzlichen unbestimmten Rechtsbegriffes<sup>766</sup> - auf den ersten Blick geeignet, einer drohenden Mehrbelastung der Arbeitslosenversicherung entgegenzuwirken oder die Herstellung eines Risikogleichgewichts im Kündigungsschutzprozess grundsätzlich zu fördern. Durch eine zeitliche Limitierung des Verzugslohns wird das Annahmeverzugsrisiko des Arbeitgebers als nachweisliche Hauptursache für die Entwicklung des KSchG hin zu einem Abfindungsgesetz aber nur entschärft und nicht beseitigt<sup>767</sup>. Wie die Untersuchung gezeigt hat, wiegt das Problem des unbegrenzten Annahmeverzugs des Arbeitgebers im Ergebnis so schwer, dass eine vollständige Beseitigung des Annahmeverzugsrisikos gerechtfertigt ist. Letztlich kann nur durch die vollständige Beseitigung des Verzugslohnanspruches der Boden für eine tatsächliche Rückkehr des KSchG zu einem Bestandsschutzgesetz bereitet werden.

<sup>764</sup> Vgl. beispielsweise *Wank*, NZA 2003, Sonderbeil. Heft 21, 3ff. unter Bezugnahme auf *Nacewicz*, Magdalena, die Begründung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses im deutschen und im polnischen Arbeitsrecht, S. 224 ff.

<sup>765</sup> So *Giesen*, ZFA 2003, 467, 490, 491.

<sup>766</sup> Vgl. hierzu oben unter Teil 4 B I 1.

<sup>767</sup> Aus diesem Grund ist auch der Vorschlag von *Graser*, ZRP 2002, 391ff.; ders. ZIAS, 49ff., abzulehnen. Dieser schlägt in Anlehnung an das amerikanische System des sog. „experience ratings“ vor, die Arbeitslosenversicherung die Funktion des Kündigungsschutzes übernehmen zu lassen. Die Höhe der Beiträge des Arbeitgebers würde dann flexibel bemessen werden und je nach Anzahl der Kündigungen bzw. Neueinstellungen über einen bestimmten Zeitraum höher oder niedriger bemessen werden. Zwar könnte hierdurch eine Form von Bestandsschutz geschaffen werden, aber mittelbar würde wieder die Gefahr bestehen, dass die bei Entlassungen grundsätzlich drohende Beitragserhöhung dazu verwendet werden würde, den Arbeitgeber hinsichtlich des Ausspruches von Kündigungen sowie einer prozessualen Überprüfung der Kündigung unter Druck zusetzen, was den Ergebnissen und dem Ziel dieser Untersuchung entgegenlaufen würde.

### C. Zusammenfassung der Ergebnisse

Die durchgeführte Untersuchung hat gezeigt, dass die gegenwärtig stattfindende Entwicklung des KSchG in Richtung eines Abfindungsgesetzes im Wesentlichen auf die zum Annahmeverzug des Arbeitgebers im Kündigungsschutzprozess vertretene Rechtsprechung des BAG zurückzuführen ist. Diese macht es möglich, dass der Arbeitgeber sich oftmals einer existentiellen Gefahr aussetzt, wenn er auf das rechtskräftige Ende des Kündigungsschutzprozesses wartet und sich nicht auf den vorzeitigen Abschluss eines Vergleichs einlässt. Die existentielle Bedrohung rührt von dem im Rahmen dieser Untersuchung herausgearbeiteten und unter verschiedenen Aspekten geprüften Problem des „unbegrenzten Annahmeverzugsrisikos“ des Arbeitgebers her. Dieses fußt hauptsächlich in der methodisch in mehrerer Hinsicht angreifbaren Interpretation der Annahmeverzugsvorschriften des BGB im arbeits- und kündigungsschutzrechtlichen Zusammenhang. Wie sich insbesondere aus den grundlegenden Teilen dieser Arbeit ergeben hat, erfordert das Arbeitsrechtsverhältnis als im Vergleich zu andern Dienstverhältnissen sehr persönlich geprägten Rechtsverhältnis, eine interessengerechte Anpassung der Annahmeverzugsvorschriften des BGB. Zwar lässt sich anhand der zum Thema Annahmeverzug des Arbeitgebers zahlreich vorhandenen Jurisprudenz eine gewisse Sensibilität für die Auslegungsbedürftigkeit der Verzugsvorschriften erkennen. Allerdings fehlt bei der Beantwortung der für die Unbegrenztheit des Annahmeverzugs des Arbeitgebers hauptsächlich verantwortlichen Fragen jegliche Auseinandersetzung mit der unter systematischen Gesichtspunkten jedenfalls mit einzubeziehenden historischen Entwicklung und verfassungsrechtlichen Reichweite des KSchG. Aus der historischen Entwicklung des KSchG lässt sich eindeutig ableiten, dass sich der Gesetzgeber ganz bewusst für die Abschaffung eines abfindungsabhängigen Wahlrechts des Arbeitgebers und für eine Neudefinition des durch das KSchG geschützten Gutes, welches nun ausschließlich in dem Bestand des Arbeitsverhältnisses zu sehen ist, entschieden hat. Wichtigstes Ergebnis aus der Überprüfung der verfassungsrechtlichen Reichweite des Bestandsschutzes ist die Erkenntnis, dass sich aus der Verfassung keine spezifischen Bestandsschutzregeln herleiten lassen, aber in Bezug auf die grundrechtlich geschützten Interessen von Arbeitnehmer und

Arbeitgeber gewisse Über- und Untermaßgrenzen einzuhalten sind. Daraus folgt auch, dass Bestandsschutz nur „relativ“, d.h. unter Abwägung der im Einzelfall betroffenen Interessen, gewährt werden kann. Bezieht man diese Erkenntnisse mit in die Frage ein, unter welchen Voraussetzungen der Annahmeverzug des Arbeitgebers im Kündigungsschutzprozess enden soll, so ergibt sich, dass zumindest dem zumutbaren Weiterbeschäftigungsangebot des Arbeitgebers, welches dem Arbeitnehmer für die Dauer des Kündigungsschutzprozesses unterbreitet wird, verzugsbeendende Wirkung zukommen muss. Die vom BAG zu dieser Frage vertretene Ansicht, der Arbeitgeber müsse zusätzlich zu dem Weiterbeschäftigungsangebot noch ausdrücklich von seiner Kündigung Abstand nehmen, führt nicht nur zu einer teleologisch nicht tragbaren Zweckentfremdung der Annahmeverzugsvorschriften, sondern lässt sich auch nicht mit denen aus der Historie des KSchG gewonnen Erkenntnissen sowie dem verfassungsrechtlich von Art.12 Abs. 1 GG garantierten Restbestand an Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers vereinbaren. Auch die Auslegung des Merkmals des „böswilligen Unterlassens“ im Sinne des § 615 S. 2 BGB hat bestätigt, dass das BAG bei der Festlegung der diesbezüglichen Verhaltensmaßstäbe des Arbeitnehmers methodisch wichtige Aspekte außer Acht lässt. Berücksichtigt man auch hier Sinn und Zweck des KSchG, den im Arbeitsverhältnis heranzuziehenden Grundsatz von Treu und Glauben sowie das methodisch auf oberster Stufe stehende Gebot der Einheit der Rechtsordnung, so folgt daraus, dass bei der Beurteilung dessen, was als „böswilliges Unterlassen“ des Arbeitnehmers im Sinne des § 615 S. 2 einzustufen ist, die gleichen Grundsätze anzulegen sind wie auch im Sozialversicherungsrecht. Danach ist ein Arbeitnehmer jedenfalls dann als „böswillig“ einzustufen, wenn er es unterlässt, sich unverzüglich nach Zugang der Kündigung persönlich bei der Agentur für Arbeit als arbeitssuchend zu melden. Darüber hinaus ergibt sich durch eine methodengerechte Anwendung des im Arbeitsrecht und anderen Rechtsgebieten häufig zur Konfliktlösung herangezogenen Zumutbarkeitsprinzips, dass die objektive Ungewissheit des Kündigungsschutzprozesses geeignet ist, den Annahmeverzug des Arbeitgebers auszuschließen. Dogmatisch lässt sich dieser Ansatz an einem Ablehnungsrecht des Arbeitgebers in Bezug auf das Leistungsangebot des gekündigten Arbeitnehmers festma-



chen. Eine interessensgerechte Verteilung der Risiken des Kündigungsschutzprozesses ließe sich letztlich auch durch eine vorvertragliche Abbedingung des Verzugslohnanspruches nach § 615 S. 1 BGB erreichen. Dieser Lösung stehen zwar im Hinblick auf entgegenstehende zwingende Vorschriften, kündigungsschutzrechtliche Grundprinzipien sowie grundrechtlich geschützte Rechtspositionen der Arbeitnehmer im Ergebnis keine Bedenken gegenüber. Allerdings sieht sich diese Lösungsalternative nicht unerheblichen Durchsetzungsrisiken ausgesetzt, welche insbesondere die generelle Verbesserung der Risikosituation des Kündigungsschutzprozesses erschweren würden. Festhalten lässt sich dennoch, dass sich *de lege lata* durchaus verschiedene Möglichkeiten böten, das den Kündigungsschutzprozess momentan dominierende Druckmittel des Annahmeverzugs des Arbeitgebers abzuschwächen bzw. abzuschaffen. Da eine entsprechende Änderung der Rechtsprechung derzeit aber nicht in Sicht ist, erscheint ein Eingreifen des Gesetzgebers notwendig. Ziel dieses Eingreifens muss es sein, § 615 BGB dahingehend zu ergänzen, den Annahmeverzug im Falle der Kündigung auszuschließen. Bei der Abwägung der mit einer solchen gesetzlichen Lösung eventuell verbundenen Nachteile ist zu berücksichtigen, dass sich eine weitergehende Entwicklung des KSchG hin zu einem Abfindungsgesetz nur durch eine vollständige Beseitigung des Annahmeverzugsrisikos aufhalten lässt.