

Ist eine **außerordentliche** Kündigung erklärt worden, deren Wirksamkeit sich vor Gericht möglicherweise nicht halten lässt, so hat der Anwalt den Arbeitgeber darauf hinzuweisen, vorsorglich und hilfsweise zugleich die **ordentliche** Kündigung zu erklären. Die Wirksamkeitsvoraussetzungen sind auch bei einer solchen Kündigung vollständig zu beachten, so dass insbesondere der Betriebsrat erneut nach § 102 BetrVG zu beteiligen ist. 100

Will der Arbeitgeber einen schwerbehinderten Arbeitnehmer erneut kündigen, braucht er bei einer Nachkündigung wegen desselben Sachverhalts innerhalb der Monatsfrist des § 171 Abs. 3 SGB IX keine erneute Zustimmung des Integrationsamtes einzuholen.¹⁶⁵ 101

Soll ein **Mitglied des Betriebsrats** außerordentlich gekündigt werden und hat der Arbeitgeber nach Verweigerung der Zustimmung des Betriebsrats das Zustimmungsersetzungsverfahren nach § 103 BetrVG eingeleitet, hat der Rechtsanwalt den Arbeitgeber darauf hinzuweisen, dass im Falle eines zwischenzeitlichen Verlusts des Betriebsratsamtes unverzüglich die außerordentliche Kündigung zu erklären ist.¹⁶⁶ Keiner Zustimmung nach § 103 BetrVG bedarf die außerordentliche Kündigung eines als Tendenzträger beschäftigten Betriebsratsmitglieds aus tendenzbezogenen Gründen. Der Betriebsrat ist lediglich nach § 102 BetrVG anzuhören.¹⁶⁷ 102

dd) Sozialauswahl. Im Rahmen einer betriebsbedingten Kündigung hat der Arbeitgeber eine Sozialauswahl durchzuführen, die gemäß § 1 Abs. 3 S. 1 Hs. 1 KSchG grundsätzlich auf die Kriterien Dauer der Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Unterhaltspflichten und Schwerbehinderung des Arbeitnehmers beschränkt ist. Der Arbeitgeber hat zum einen auf die **rechtlichen** Unterhaltspflichten des Arbeitnehmers abzustellen, hat jedoch zum anderen die tatsächlichen Unterhaltslasten zu berücksichtigen. Die BAG-Rechtsprechung tendiert im Ergebnis zu einer individuellen, konkreten Berücksichtigung der Unterhaltsgesichtspunkte in ihren faktischen Auswirkungen.¹⁶⁸ Unter Unterhaltspflichten sind die gesetzlichen Unterhaltspflichten im Familienverband zu verstehen,¹⁶⁹ also aus §§ 1360 ff. BGB (Ehegatten), §§ 1569 ff. BGB (geschiedene Ehegatten), §§ 1601 ff. BGB (Eltern und eheliche Kinder), § 1615a BGB (nichteheliche Kinder) und § 1754 BGB (adoptierte Kinder), sowie die Unterhaltspflichten innerhalb eingetragener Lebenspartnerschaften gemäß §§ 5, 16 LPartG. Unterhaltspflichten setzen eine Bedürftigkeit des grundsätzlich Berechtigten voraus; so sind Kinder mit echtem eigenem Arbeitseinkommen ebenso wenig unterhaltsberechtigter als nicht bedürftige Eltern oder Großeltern. Freiwillige Unterhaltsleistungen des Arbeitnehmers bleiben außer Ansatz. 103

Der Arbeitgeber-Mandant ist darauf hinzuweisen, dass die ordnungsgemäße **Erfüllung des Auskunftsanspruchs** gemäß § 1 Abs. 3 S. 1 Hs. 2 KSchG von Bedeutung für die Darlegungs- und Beweislast ist. Wird der Auskunftsanspruch vom Arbeitgeber spätestens im Kündigungsschutzprozess nicht oder nicht vollständig erfüllt, so führt dies beim Arbeitnehmer zu einer beschränkten Befreiung von der ihm gemäß § 1 Abs. 3 S. 3 KSchG obliegenden Darlegungslast. Dieser genügt der Arbeitnehmer, wenn er pauschal die Sozialauswahl beanstandet. Die Kündigung ist nach der Rechtsprechung des BAG – wenn man die sog. Leistungsträgerregelung iSv § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG außer Betracht lässt – in solchen Fällen ohne weiteres als sozialwidrig anzusehen.¹⁷⁰ 104

ee) Anhörung des Betriebs- oder Personalrats. Der Arbeitgeber ist darauf hinzuweisen, dass vor Ausspruch der Kündigung der Betriebs- bzw. Personalrat oder Sprecherausschuss **unter Angabe der Kündigungsgründe anzuhören** ist, und zwar auch dann, wenn der zu kündigende Arbeitnehmer mangels erfüllter Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG noch keinen allgemeinen Kündigungsschutz erworben hat.¹⁷¹ Der Arbeitgeber hat im Rahmen der Anhö- 105

¹⁶⁵ BAG 8.11.2007 – 2 AZR 425/06, NZA 2008, 471.

¹⁶⁶ Diller NZA 1998, 1163.

¹⁶⁷ BAG 28.8.2003 – 2 ABR 48/02, NZA 2004, 501; Schwarz/Altenburg Kap. 280 Rn. 24; SWK-ArbR/Altenburg Tendenzbetrieb Rn. 18.

¹⁶⁸ BAG 24.3.1983 – 2 AZR 21/82, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 12; 8.8.1985 – 2 AZR 464/84, NZA 1986, 679.

¹⁶⁹ KR/Rachor KSchG § 1 Rn. 736.

¹⁷⁰ BAG 10.2.1999 – 2 AZR 716/98, NZA 1999, 702 (703); KR/Rachor KSchG § 1 Rn. 763.

¹⁷¹ BAG 3.12.1998 – 2 AZR 234/98, NZA 1999, 477.

rung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG anlässlich einer Betriebsstilllegung iSv § 111 S. 3 Nr. 1 BetrVG dem Betriebsrat auch den Zeitpunkt der beabsichtigten vollständigen Schließung des Betriebs mitzuteilen.¹⁷² Hierauf hat ihn der Rechtsanwalt hinzuweisen.

- 106 *ff) Betriebsänderungen.* Der Arbeitgeber ist darauf hinzuweisen, dass eine betriebsbedingte Kündigung am ehesten einer Kündigungsschutzklage standhalten wird, wenn er im Falle einer Betriebsänderung gemäß § 111 BetrVG mit dem Betriebsrat einen **Interessenausgleich mit Namensliste** vereinbaren kann (§ 1 Abs. 5 KSchG). Eine Massenentlassung kann bereits für sich genommen eine Betriebsänderung sein, wobei die Rechtsprechung für die Frage, ob ein erheblicher Teil der Belegschaft betroffen ist iSv § 111 S. 1 BetrVG, auf die Zahlenangaben des § 17 Abs. 1 KSchG zurückgreift und zusätzlich verlangt, dass mindestens 5 % der Belegschaft von der Maßnahme betroffen sind.¹⁷³ Der Anwalt hat darauf zu achten, dass gemäß § 112 Abs. 1 S. 1 BetrVG ein Interessenausgleich schriftlich niedergelegt und vom Unternehmer und Betriebsrat unterschrieben wird. Die Rechtswirkungen des § 1 Abs. 5 KSchG treten auch dann ein, wenn die Namensliste zwar nicht unterschrieben ist, sie aber mit dem Interessenausgleich, der auf die Namensliste als Anlage ausdrücklich Bezug nimmt, mittels Heftmaschine fest verbunden ist.¹⁷⁴ Im Falle der anfänglich nicht festen körperlichen Verbindung von Interessenausgleich und Namensliste ist die Schriftform nach Auffassung des BAG nicht gewahrt, wenn zwar der Interessenausgleich auf eine Namensliste verweist, jedoch in der Namensliste eine Rückverweisung auf den Interessenausgleich fehlt.¹⁷⁵ Daher hat der Rechtsanwalt darauf zu achten, dass eine feste Verbindung zwischen Interessenausgleich und Namensliste besteht. Die Anwendung von § 1 Abs. 5 KSchG ebenso wie von § 125 InsO setzt eine Betriebsänderung und einen Interessenausgleich iSd § 112 Abs. 1 S. 1 BetrVG voraus. Ein „freiwilliger“ Interessenausgleich außerhalb der **gesetzlichen** Beteiligungsregelungen, etwa in Unternehmen mit nicht mehr als 20 Arbeitnehmern, genügt nicht.¹⁷⁶
- 107 Kann ein Interessenausgleich mit Namensliste nicht vereinbart werden, ist abzuwägen, ob der Arbeitgeber sich mit dem Betriebs- oder Personalrat über die Gewichtung der Auswahlkriterien bei der Sozialauswahl sowie über die Frage der Vergleichbarkeit einigt oder im konkreten Fall eine Einzelfallabwägung vorzugswürdig ist. Falls eine kollektivrechtliche Vereinbarung iSv § 95 BetrVG (§ 1 Abs. 4 KSchG) nicht zu Stande kommt, hat der Arbeitgeber die in § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG genannten Kriterien anzuwenden.¹⁷⁷
- 108 *gg) Zugang der Kündigung.* Die Kündigung muss als empfangsbedürftige Willenserklärung dem Arbeitnehmer zugehen. Den sichersten Weg stellt die persönliche Übergabe an den Arbeitnehmer dar. Wird die Kündigung in Abwesenheit des Arbeitnehmers abgegeben, wird sie gemäß § 130 Abs. 1 S. 1 BGB erst in dem Zeitpunkt wirksam, in dem sie ihm zugeht. Die Zustellung kann uU auch an den Ehegatten bewirkt werden: Leben Ehegatten in einer gemeinsamen Wohnung und sind sie deshalb nach der Verkehrsanschauung füreinander als Empfangsboten anzusehen, gelangt eine an einen der Ehegatten gerichtete Willenserklärung grundsätzlich auch dann in dessen Macht- und Zugriffsbereich, wenn sie dem anderen Ehegatten außerhalb der Wohnung übermittelt wird.¹⁷⁸ Der Einwurf in den Briefkasten des Arbeitnehmers bewirkt seinen Zugang, sobald nach der Verkehrsanschauung mit der nächsten Entnahme zu rechnen ist¹⁷⁹; dabei ist nicht auf die individuellen Verhältnisse des Emp-

¹⁷² LAG Hamm 17.2.1995 – 5 Sa 1066/94, LAGE BetrVG 1972 § 102 Nr. 54.

¹⁷³ BAG 7.8.1990 – 1 AZR 445/89, NZA 1991, 113.

¹⁷⁴ BAG 7.5.1998 – 2 AZR 55/98, AP KSchG 1969 § 1 Namensliste Nr. 1; 6.12.2001 – 2 AZR 422/00, NZA 2002, 999; 6.7.2006 – 2 AZR 520/05, NZA 2007, 266.

¹⁷⁵ BAG 12.5.2010 – 2 AZR 551/08, NZA 2011, 114.

¹⁷⁶ BAG 3.4.2008 – 2 AZR 879/06, NZA 2008, 1060; 22.1.2004 – 2 AZR 111/02, AP BetrVG 1972 § 112 Namensliste Nr. 1; Ascheid/Preis/Schmidt/Kiel KSchG § 1 Rn. 708; ErfK/Oetker KSchG § 1 Rn. 363; Kübler/Prütting/Moll InsO § 125 Rn. 27; Kittner/Däubler/Zwanziger/Däubler InsO § 125 Rn. 7; Sowka/Schiefer/Heise/Schiefer/Meisel KSchG § 1 Rn. 1304; Henssler/Willemsen/Kalb/Quecke KSchG § 1 Rn. 420; auch → § 46 Rn. 251 ff.

¹⁷⁷ Nicolai AGG Rn. 101 ff.

¹⁷⁸ BAG 9.6.2011 – 6 AZR 687/09, NZA 2011, 847.

¹⁷⁹ BAG 22.8.2019 – 2 AZR 111/19, NZA 2019, 1490.

fängers abzustellen, sondern im Interesse der Rechtssicherheit zu generalisieren.¹⁸⁰ Wenn ein Kündigungsschreiben am letzten Tag eines Monats gegen 14.00 Uhr in den Briefkasten des Arbeitnehmers eingeworfen wird, ist die Kündigung rechtzeitig, dh zu den üblichen Geschäftszeiten, zugegangen.¹⁸¹ Soweit ausschließlich auf die Einhaltung der üblichen Zustellzeiten der Deutschen Post (am Vormittag) abgestellt wird,¹⁸² wird verkannt, dass diese Zeiten erheblichen Schwankungen unterliegen¹⁸³ und von einem Arbeitnehmer, der tagsüber nicht zu Hause ist, kaum zur Kenntnis genommen werden können. Ohnehin gibt es „den“ Briefträger nicht mehr; aufgrund der Marktliberalisierung der Postdienste erfolgt die Zustellung durch mehrere Dienstleister mehrmals täglich, teilweise sogar erst in den späten Nachmittagsstunden.¹⁸⁴ Das BAG hat jüngst auf die üblichen Arbeitszeiten der Bediensteten der Deutschen Post AG abgestellt und es abgelehnt, im konkreten Fall eine genaue Uhrzeit zu bestimmen, zu der in dem örtlichen Postbezirk die Zustellung erfolgt. Denn diese könne – je nach Arbeitszeit und -organisation des jeweiligen Zustellers – variieren; die Zustellzeit sei insbesondere abhängig von der jeweiligen Postmenge und der Reihenfolge, den der Zusteller für die Verteilung des Postgutes wählt.¹⁸⁵ Es besteht deshalb ein Anscheinsbeweis dafür, dass ein Kündigungsschreiben am Zustelltag zu den üblichen Arbeitszeiten des Postzustellers in den Hausbriefkasten des Empfängers gelegt wurde. Hingegen ist eine Briefkastennachschau an einem Sonntag, selbst wenn am Wochenende sog. Wochenblätter verteilt werden sollten, verkehrsrüblich nicht zu erwarten: Der Einwurf von Wochenblättern ist nicht mit dem Zugang von Briefsendungen gleichzusetzen.¹⁸⁶ Dies alles ändert nichts daran, dass die Praxis zur Sicherheit die frühere Rechtsprechung,¹⁸⁷ die auf die üblichen Postzustellzeiten abstellt, zu beachten hat. Ist ein Kündigungsschreiben tatsächlich in den Hausbriefkasten des Arbeitnehmers gelangt, kann dieser als Empfänger dieser verkörperten Kündigungserklärung eine nachträgliche Klagezulassung nicht allein darauf stützen, dieses Schreiben sei „aus ungeklärten Gründen“ nicht zu seiner Kenntnis gelangt.¹⁸⁸

Um den Zugang der Kündigung **nachweisen** zu können, sollte der Rechtsanwalt dem Arbeitgeber-Mandanten raten, dem zu kündigenden Arbeitnehmer die Kündigung persönlich zu übergeben und sich den Erhalt der Kündigung auf einer Fotokopie des Kündigungsschreibens bestätigen zu lassen oder – wenn letzteres nicht möglich ist – einen Zeugen hinzuzuziehen. Kann dem Arbeitnehmer das Kündigungsschreiben nicht persönlich übergeben werden, sollte ein Bote das Kündigungsschreiben lesen, es einkuvertieren, in den Briefkasten des Arbeitnehmers einwerfen und ein Protokoll anfertigen, das Angaben zu diesem Vorgehen sowie seine Unterschrift enthält; es wird am besten auf einer Fotokopie des Kündigungsschreibens ausgefertigt.

Muster: Protokoll der Übergabe einer Kündigung

Name:
Anschrift:	
Straße:
Ort:

¹⁸⁰ BGH 21.1.2004 – XII ZR 214/00, NJW 2004, 1320; Grüneberg/Ellenberger BGB § 130 Rn. 6.

¹⁸¹ LG Stuttgart 22.11.2001 – 20 O 467/01, BB 2002, 380; BGH 10.2.1994 – IX ZR 7/93, VersR 1994, 586; LAG Hamm 26.5.2004 – 14 Sa 182/04, LAGReport 2004, 319; LAG Berlin 22.1.1999 – 6 Sa 106/98, AuA 1999, 326; Ascheid/Preis/Schmidt/Preis Grundlagen C Rn. 42.

¹⁸² BAG 8.12.1983 – 2 AZR 337/82, NZA 1984, 31.

¹⁸³ BAG 22.3.2012 – 2 AZR 224/11, AP KSchG § 5 Nr. 19.

¹⁸⁴ LAG Berlin-Brandenburg 16.5.2024 – 5 Sa 893/23, NZA-RR 2024, 465; vgl. KR/Klose KSchG § 4 Rn. 145.

¹⁸⁵ BAG 20.6.2024 – 2 AZR 213/23, NZA 2024, 1135.

¹⁸⁶ LAG Schleswig-Holstein 13.10.2015 – 2 Sa 149/15, BB 2015, 2868.

¹⁸⁷ BAG 8.12.1983 – 2 AZR 337/82, NZA 1984, 31.

¹⁸⁸ BAG 28.5.2009 – 2 AZR 732/09, NZA 2009, 1229.

Übergabe persönlich: ja
Empfangsbestätigung des Adressaten/Datum	
wenn nein:	
Einwurf in den Briefkasten:
(genaue Bezeichnung der Briefkastenbeschriftung)	
Lage des Briefkastens:	Einzelbriefkasten: ja <input type="checkbox"/>
(bitte ankreuzen, wenn zutreffend)	
wenn nein: <input type="checkbox"/>	Lageskizze:
Datum der Übergabe
..... Überbringer Zeuge

- 111 *hb) Zeitpunkt der Kündigungserklärung.* Möchte der Arbeitgeber eine betriebsbedingte Kündigung erklären, so sollte der Anwalt ihn über den angemessenen **Zeitpunkt der Kündigungserklärung** aufklären und die Interessen des Arbeitgebers erfragen. Die Kündigung sollte dem Arbeitnehmer im Einzelfall nicht sofort, sondern zu einem möglichst späten Zeitpunkt zugehen, zu dem das Arbeitsverhältnis unter Beachtung der anzuwendenden Kündigungsfrist zum nächst zulässigen Termin beendet werden kann. Anderenfalls besteht die Gefahr, dass der Arbeitnehmer selbst unter Einhaltung einer kurzen Kündigungsfrist nach § 622 Abs. 1 BGB das Arbeitsverhältnis beendet, so dass es für den Arbeitgeber im Einzelfall schwierig sein kann, die verbleibenden Aufträge ordnungsgemäß zu Ende zu führen. Darüber hinaus besteht generell die Gefahr, dass ein Arbeitnehmer nach Ausspruch einer Kündigung in seiner Leistungsbereitschaft nachlässt oder sich krankschreiben lässt.
- 112 *ii) Kündigungsfristen.* Im Zusammenhang mit den für die Arbeitnehmer geltenden Kündigungsfristen sollte der Anwalt den Arbeitgeber-Mandanten darauf hinweisen, dass die nach § 622 Abs. 2 BGB verlängerten Kündigungsfristen nur für den Arbeitgeber, nicht aber für den Arbeitnehmer gelten, sofern nicht ein Tarifvertrag oder der Arbeitsvertrag eine abweichende Regelung vorsehen (§ 622 Abs. 4 und Abs. 5 S. 3 BGB). Soll verhindert werden, dass erfahrene und entsprechend qualifizierte Mitarbeiter unter Einhaltung der kurzen Kündigungsfrist nach § 622 Abs. 1 BGB das Arbeitsverhältnis beenden können, ist dem Arbeitgeber zu raten, mit den Arbeitnehmern längere Fristen zu vereinbaren.
- 113 *jj) Sozialrechtliche Folgen einer Kündigung.* Der Rechtsanwalt hat den Arbeitgeber-Mandanten auf den gesetzlichen Forderungsübergang nach § 115 SGB X hinzuweisen, der bewirkt, dass der Arbeitgeber nicht mehr mit schuldbefreiender Wirkung an den Arbeitnehmer leisten kann, soweit die Bundesagentur Leistungen an den Arbeitnehmer erbracht hat. Die **Erstattungspflicht gemäß § 147a SGB III** wurde aufgehoben.¹⁸⁹
- 114 **b) Weiterbeschäftigung.** Falls Streit über die Wirksamkeit einer Kündigung besteht, hat der Anwalt den Arbeitgeber darauf hinzuweisen, dass jener den Arbeitnehmer unter Vorbehalt weiterbeschäftigen kann, da anderenfalls bei Obsiegen des Arbeitnehmers im Arbeitsgerichtsprozess die Vergütung ohne Gegenleistung zu zahlen ist. Ob eine Weiterbeschäfti-

¹⁸⁹ BGBl. I 2854 (Nr. 69).

gung tunlich ist, ist allerdings eine andere Frage.¹⁹⁰ Das Arbeitsgericht könnte bei Überprüfung der Kündigung auf ihre soziale Rechtfertigung hin ein dringendes betriebliches Erfordernis als nicht gegeben ansehen, zB weil Beschäftigungsmöglichkeiten im Falle einer betriebsbedingten Kündigung bestehen.¹⁹¹ Entsprechendes gilt bei den Abwägungsvorgängen bei außerordentlichen und ebenso bei ordentlichen verhaltensbedingten Kündigungen: Der Arbeitgeber, der nach Ausspruch einer verhaltensbedingten Kündigung den Arbeitnehmer nach Ablauf der Kündigungsfrist noch über mehrere Monate hin beschäftigt, gibt dadurch zu erkennen, dass nach seiner eigenen Einschätzung das Arbeitsverhältnis in Zukunft ungestört verlaufen wird.¹⁹² Gleichzeitig sollte der Rechtsanwalt dem Arbeitgeber raten, den gekündigten Arbeitnehmer unwiderruflich anzuweisen, den noch offen stehenden Urlaub zu nehmen.¹⁹³

Wollen Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Rahmen eines Kündigungsschutzprozesses vereinbaren, dass der Arbeitnehmer nach Ablauf der Kündigungsfrist bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Kündigungsrechtsstreits weiter beschäftigt wird (**Prozessbeschäftigungsverhältnis**), hat der Anwalt den Arbeitgeber-Mandanten darauf hinzuweisen, dass die nach § 21 iVm § 14 Abs. 4 TzBfG erforderliche Schriftform gewahrt wird. Anderenfalls ist die Befristung rechtsunwirksam, so dass der befristete Arbeitsvertrag gemäß § 16 TzBfG als auf unbestimmte Dauer geschlossen gilt.¹⁹⁴ 115

c) **Freistellung.** Der Anwalt hat den Arbeitgeber-Mandanten darüber zu belehren, dass im Falle einer nur widerruflichen **Freistellung des Arbeitnehmers** etwaige Urlaubsansprüche oder Ansprüche auf Freizeitausgleich wegen Über- oder Mehrarbeit nicht erfüllt werden.¹⁹⁵ Dem Leitbild des gesetzlichen Erholungsurlaubs entspricht es, dass der Arbeitnehmer über seine Zeit während des Urlaubs frei verfügen kann. Dies ist ihm während einer nur widerruflichen Freistellung nicht möglich, da er sich darauf einstellen muss, wieder im Betrieb zu erscheinen, wenn der Arbeitgeber die Freistellung widerruft. Weiß der Arbeitgeber, dass er den Arbeitnehmer während der Kündigungsfrist nicht mehr benötigt, empfiehlt es sich, dass der Arbeitgeber deutlich zum Ausdruck bringt, dass er den Arbeitnehmer unter Anrechnung auf den restlichen Urlaubsanspruch und etwaigen Überstundenausgleich unwiderruflich freistellt. Allein durch die Freistellung macht er dem Arbeitnehmer nicht erkennbar, dass er den Urlaub gewährt. Der Arbeitnehmer kann dann nach der Freistellung seinen Urlaubs- bzw. Urlaubsabgeltungsanspruch geltend machen.¹⁹⁶ Bei einer jahresübergreifenden Kündigungsfrist kann der Arbeitgeber die Freistellungserklärung zum Zweck der Erfüllung des Urlaubsanspruchs sogar – soweit kein abweichender Festlegungswunsch des Arbeitnehmers verbindlich ist – im Vorgriff auf das Urlaubsjahr abgeben.¹⁹⁷ Der Anwalt hat den Arbeitgeber-Mandanten darauf hinzuweisen, dass die Erklärung so eindeutig sein muss, dass der Arbeitnehmer erkennen kann, ob der Anspruch auf den gekürzten Vollurlaub oder der Anspruch auf den Vollurlaub erfüllt werden soll. 116

d) **Nachvertragliches Wettbewerbsverbot.** Hat der Arbeitgeber mit seinem Arbeitnehmer ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot vereinbart, sollte der Rechtsanwalt ihn darüber aufklären, dass dieses nur verbindlich ist, wenn sich der Arbeitgeber für die Dauer der Karenz zur Zahlung einer Entschädigung verpflichtet hat, deren Höhe mindestens der Hälfte der vertragsgemäßen Leistungen entspricht, die der Arbeitnehmer zuletzt bezogen hat (§ 74 Abs. 2 HGB). Wird für den Anwalt erkennbar, dass der Arbeitgeber ein Interesse daran hat, dass sich der Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses für eine gewisse Zeit des Wettbewerbs enthält, muss er ihn darauf hinweisen, dass hierzu eine verbindliche Ver- 117

¹⁹⁰ Ricken NZA 2005, 323.

¹⁹¹ Eckert DStR 2004, 962 (966).

¹⁹² ArbG Frankfurt a. M. 16.7.2003 – 9 Ca 809/03, juris.

¹⁹³ Vollkommer/Greger/Heinemann AnwaltshaftungsR § 28 Rn. 69.

¹⁹⁴ BAG 22.10.2003 – 7 AZR 113/03, NZA 2004, 1275; LAG Hamm 16.1.2003 – 16 Sa 1126/02, NZA-RR 2003, 468; Moderegger ArbRB 2004, 188 (190).

¹⁹⁵ BAG 19.5.2009 – 9 AZR 433/08, NZA 2009, 1211.

¹⁹⁶ LAG Köln 16.3.2000 – 10 (11) Sa 1280/99, NZA-RR 2001, 310.

¹⁹⁷ BAG 17.5.2011 – 9 AZR 189/10, NZA 2011, 1032.

einbarung mit dem Arbeitnehmer gegen Zahlung einer Karenzentschädigung erforderlich ist. Besteht bereits ein iSv § 74 Abs. 2 HGB verbindliches nachvertragliches Wettbewerbsverbot und erkennt der Rechtsanwalt, dass die tatsächliche Einhaltung dieses Verbots durch den Arbeitnehmer für den Arbeitgeber wichtig ist, muss er seinen Mandanten darauf hinweisen, dass das Wettbewerbsverbot in den Fällen des § 75 Abs. 1 bzw. Abs. 2 HGB unwirksam wird, wenn der Arbeitnehmer innerhalb eines Monats nach Zugang der Kündigung erklärt, dass er sich an die Vereinbarung nicht gebunden erachte. Erkennt der Rechtsanwalt, dass das nachvertragliche Wettbewerbsverbot für den Arbeitgeber nicht wichtig ist, hat er darauf hinzuweisen, dass der Arbeitgeber gemäß § 75a HGB auf die Einhaltung des Verbots verzichten kann mit der Folge, dass er nach Ablauf eines Jahres ab Zugang der Verzichtserklärung von der Verpflichtung zur Zahlung der Karenzentschädigung frei wird. Diese Rechtsfolge tritt jedoch nur ein, wenn dem Arbeitnehmer die Verzichtserklärung vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zugeht.

- 118 e) **Vergleich.** Die Beratungspflichten gegenüber einem Arbeitgeber-Mandanten entsprechen vielfach – mit umgekehrten Vorzeichen allerdings – denjenigen gegenüber einem Arbeitnehmer-Mandanten. Besonderes Augenmerk ist aus Arbeitgebersicht auf die in Vergleichen übliche Ausgleichsklausel zu richten, mit der sichergestellt werden soll, dass mit Abschluss und Erfüllung des Vergleichs „alles erledigt“ ist. Damit die Ausgleichsklausel rechtswirksam ist, ist darauf zu achten, dass sie sowohl Ansprüche des Arbeitgebers als auch solche des Arbeitnehmers regelt. Denn Ausgleichsklauseln sind als Teil eines Aufhebungsvertrags nicht Haupt-, sondern Nebenabrede und unterliegen deshalb der Inhaltskontrolle; erfassen sie einseitig nur Ansprüche des Arbeitnehmers, ohne dass dafür eine entsprechende Gegenleistung gewährt wird, sind sie unangemessen benachteiligend iSv § 307 Abs. 1 S. 1 BGB.¹⁹⁸
- 119 Erfährt der Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess, dass der **Arbeitnehmer ein neues Arbeitsverhältnis** eingegangen ist und auch im Falle des Obsiegens im Kündigungsschutzprozess nicht mehr bei ihm arbeiten will, so stärkt dies seine Position im Rahmen von Vergleichsverhandlungen. Er kann dann riskieren, den Prozess zu verlieren, da Entgeltansprüche des Arbeitnehmers dann erheblich minimiert werden (§ 615 S. 2 BGB, § 11 KSchG).¹⁹⁹
- 120 f) **Gesetzlicher Abfindungsanspruch.** Der Anwalt hat den Arbeitgeber-Mandanten über die Vor- und Nachteile eines in das Kündigungsschreiben aufzunehmenden Hinweises iSv § 1a Abs. 1 S. 2 KSchG zu informieren. Bestehen keine Bedenken an der Wirksamkeit der betriebsbedingten Kündigung, ist der Hinweis regelmäßig nicht angebracht. Im anderen Fall wird folgendes in den Überlegungen zu berücksichtigen sein:
- Ein Arbeitgeber, der das Kündigungsschreiben mit dem Hinweis auf die gesetzliche Abfindung versieht, gewinnt hierdurch **keine** Rechtssicherheit, weil der Arbeitnehmer durch dieses Angebot nicht gehindert ist, gleichwohl Kündigungsschutzklage zu erheben.
 - Der Arbeitnehmer könnte den im Kündigungsschreiben genannten Abfindungsbetrag als **Mindestforderung** ansehen, die er durch Erhebung der Kündigungsschutzklage zu erhöhen beabsichtigt.
 - Der Hinweis auf einen Abfindungsanspruch könnte als **Eingeständnis** des Arbeitgebers missverstanden werden, dass Zweifel an der Wirksamkeit der Kündigung bestehen, weil es anderenfalls eines Hinweises auf die Abfindung und des damit bezweckten Verzichts des Arbeitnehmers auf die Erhebung der Kündigungsschutzklage nicht bedürfte.
 - Der Arbeitgeber wird versuchen, deutlich zu machen, dass der Hinweis auf die Abfindung keine „Schwäche“ bedeutet und die gesetzliche Abfindung nicht als Mindestsatz zu verstehen ist.
- 121 g) **Verlängerung eines befristeten Arbeitsverhältnisses gemäß § 14 Abs. 2 bzw. 2a TzBfG.** Will der Arbeitgeber ein befristetes Arbeitsverhältnis verlängern nach § 14 Abs. 2 bzw. 2a TzBfG, so sollte der Anwalt ihn darauf hinweisen, dass die Verlängerungsvereinbarung vor Ablauf des zu verlängernden Vertrages vereinbart wird und dass die Vertragsbedingungen

¹⁹⁸ BAG 21.6.2011 – 9 AZR 203/10, NZA 2011, 1338; SWK-ArbR/Altenburg Arbeitsentgelt Rn. 47.

¹⁹⁹ Bauer BB 1993, 2444.

nicht verändert werden dürfen.²⁰⁰ Selbst Änderungen zu Gunsten des Arbeitnehmers führen dazu, dass ein unbefristetes Arbeitsverhältnis entsteht.²⁰¹ Einer befristeten Verlängerung iSd § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG steht allerdings nicht entgegen, dass die Parteien in der Verlängerungsvereinbarung die Vertragsbedingungen des befristeten Arbeitsvertrages an die zum Zeitpunkt der Verlängerung geltende Rechtslage anpassen.²⁰² Unproblematisch ist es, Arbeitsvertragsbedingungen während der Laufzeit des Vertrages (und nicht gleichzeitig mit der Verlängerung) zu vereinbaren.

h) Minimierung des Annahmeverzugslohnrisikos. Wird durch Urteil festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist (§ 4 KSchG), besteht es ungekündigt fort. Der Arbeitgeber befindet sich in der Regel mit der Annahme der Dienste des Arbeitnehmers gemäß §§ 293 ff. BGB im Verzug²⁰³, weswegen er gemäß § 615 S. 1 BGB die vereinbarte Vergütung zu zahlen hat, ohne dass der Arbeitnehmer zur Nachleistung verpflichtet ist. Gemäß § 615 S. 2 BGB muss sich der Arbeitnehmer auf den Annahmeverzugslohnanspruch u. a. anrechnen lassen, was er durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. Dazu ist der Arbeitnehmer gemäß § 2 Abs. 5 SGB III zur aktiven Mitarbeit bei der Vermeidung oder Beendigung von Arbeitslosigkeit anhalten und daneben gemäß § 38 Abs. 1 SGB III verpflichtet, sich unverzüglich nach Kenntnis des Beendigungszeitpunkts des Arbeitsverhältnisses persönlich bei der Agentur für Arbeit arbeitssuchend zu melden. Dabei handelt es sich zwar zunächst um eine rein sozialversicherungsrechtliche Meldeobliegenheit, mit der vorrangig arbeitsmarktpolitische und sozialversicherungsrechtliche Zwecke verfolgt werden, weshalb an eine verspätete Meldung sozialrechtliche Folgen geknüpft sind, wie zB die Minderung der Anspruchsdauer für den Bezug von Arbeitslosengeld gemäß § 148 Abs. 1 Nr. 3 SGB III. Doch ist die Meldepflicht auch im Rahmen der Anrechnungsvorschriften beim Annahmeverzug zu beachten,²⁰⁴ weil dem Arbeitnehmer arbeitsrechtlich das zugemutet werden kann, was ihm das Gesetz ohnehin abverlangt.²⁰⁵ Da der Arbeitgeber in entschuldbarer Unkenntnis über den anderweitigen Erwerb, die Vermittlungsvorschläge der Arbeitsagentur und die Eigenbemühungen des Arbeitnehmers ist, hat er gegen den Arbeitnehmer einen entsprechenden Auskunftsanspruch. Nach Erteilung der Auskunft kann dann im Zahlungsprozess vorgetragen werden, aus welchen Gründen der Arbeitnehmer anderweitigen Verdienst unterlassen hat. Allerdings kommt die erforderliche Böswilligkeit des Unterlassens nur in Betracht, wenn es mindestens eine konkrete Erwerbsmöglichkeit gab, die dem Arbeitnehmer in dem Zeitraum bekannt war, für den er Verzugslohn verlangt.²⁰⁶ Dem Arbeitgebermandanten ist daher zu empfehlen, den Arbeitnehmer frühzeitig auf ausgeschriebene Stellen (zB in den üblichen Jobportalen im Internet) hinzuweisen und ihn aufzufordern, sich dort zu bewerben.

Checkliste: Aufklärungspflicht des Rechtsanwalts

I. Allgemeines zum Gegenstand

1. Ermittlung der Rechtsquellen

Arbeitsvertrag; Prüfung der Anwendbarkeit von Tarifvorschriften (Verbandsmitgliedschaft, Allgemeinverbindlichkeitserklärung, Inbezugnahme, Betriebliche Übung oder

²⁰⁰ BAG 22.2.2000 – 3 AZR 39/99, NZA 2001, 546.

²⁰¹ BAG 20.2.2008 – 7 AZR 786/06, NZA 2008, 883 (Wegfall eines ordentlichen Kündigungsrechts im Anschlussvertrag); BAG 16.1.2008 – 7 AZR 603/06, NZA 2008, 701 (Erhöhung der Wochenarbeitszeit von 20 auf 30 Stunden); BAG 23.8.2006 – 7 AZR 12/06, NZA 2007, 204 (Erhöhung des Stundenlohns um 0,50 EUR).

²⁰² BAG 23.8.2006 – 7 AZR 12/06, NZA 2007, 204 (Entfallen von Regelungen zur Probezeit oder zum Ausschluss der ordentlichen Kündigung vor Arbeitsantritt).

²⁰³ Siehe zum Leistungswillen trotz abgelehnter Prozessbeschäftigung BAG 29.3.2023 – 5 AZR 255/22 – NZA 2023, 894.

²⁰⁴ BAG 7.2.2024 – 5 AZR 177/23, NZA 2024, 685.

²⁰⁵ BAG 27.5.2020 – 5 AZR 387/19, NZA 2020, 1113.

²⁰⁶ LAG Hamburg 6.4.2023 – 8 Sa 51/22, BB 2023, 2744.

Gleichbehandlungsgrundsatz)? Betriebsvereinbarung? Interessenausgleich und Sozialplan?

2. Ermittlung der Parteien

Arbeitgeber: Name, Anschrift/Sitz, Telefon, Rechtsform, Vertretungsbefugnis, Struktur, Mitgliedschaft in Arbeitgeberverband, Beschäftigtenzahl des Betriebes.

Arbeitnehmer: Name, Anschrift, Telefon, Familienstand, Geburtsdatum, Nationalität, ausgeübter Beruf, Status (leitender Angestellter, Prokura, sonstige Vollmachten), Berufstätigkeit des Ehepartners, Unterhaltspflichten, Einstellungsdatum, Dienstzeiten, Gewerkschaftsmitgliedschaft, Rechtsschutzversicherung, Jahresbruttoverdienst nach Geld- und Sachbezügen (evtl. Gratifikationen, Provisionen, Tantieme etc).

3. Ermittlung des zuständigen Gerichts

4. Ermittlung des **richtigen Beklagten** (Probleme bei Kündigungen im öffentlichen Dienst, durch den Insolvenzverwalter und im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang).

5. Ermittlung des **Gegenstandswerts:** Bezüge eines Vierteljahres unter Berücksichtigung anteiliger Geld- und Sachleistungen.

6. Ausschlussfristen

7. Hinweis an Arbeitnehmer-Mandanten: **jede weitere Kündigung unverzüglich mitteilen.**

II. Prüfung der Wirksamkeit der Kündigung

1. Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes?

Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG.

Beschäftigtenzahl nach § 23 Abs. 1 KSchG (Zählweise für **Teilzeitbeschäftigte** nach § 23 Abs. 1 S. 4 KSchG).

Vertretungsberechtigtes **Organmitglied** (§ 14 Abs. 1 KSchG)? Ruhendes Arbeitsverhältnis? Betriebsleiter, Geschäftsführer, leitende Angestellte nach § 14 Abs. 2 KSchG?

Kündigungsgrund (falls KSchG anwendbar):

Liegt ein personen-, verhaltens- oder betriebsbedingter Grund vor?

Je nach Kündigungsgrund können sich Anschlussfragen ergeben: Erforderlichkeit der **Abmahnung?** Vorrang der **Änderungskündigung** vor Beendigungskündigung; **Wiedereinstellungsanspruch?** **Auskunftsanspruch** nach § 1 Abs. 3 S. 1 Hs. 2 KSchG.

2. Besonderer Kündigungsschutz?

Schwerbehinderte iSv § 2 Abs. 2 SGB IX oder Gleichgestellte iSv § 2 Abs. 3 SGB IX (§§ 168 ff. SGB IX)? Antragstellung vor Zugang der Kündigung? Mitteilung an Arbeitgeber innerhalb eines Monats bzw. entsprechend den Ankündigungserwägungen des BAG innerhalb von 3 Wochen nach Zugang der Kündigung;

Frauen während der Schwangerschaft und bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung gemäß **§ 17 Abs. 1 MuSchG**;

Arbeitnehmer, die Elternzeit in Anspruch nehmen, gemäß **§ 18 BEEG**;

Betriebsratsmitglieder gemäß **§ 15 KSchG, § 103 BetrVG**;

Mitglieder einer Jugend- und Auszubildendenvertretung, einer Bordvertretung, eines Seebetriebsrats, einer Personalvertretung oder einer Jugendvertretung sowie Wahlvorstand und Wahlbewerber gemäß **§ 15 KSchG**;

Arbeitnehmer, die Pflegezeit in Anspruch nehmen, von der Ankündigung bis zur Beendigung der kurzzeitigen Arbeitsverhinderung gemäß **§ 5 Abs. 1 PflegeZG**;

Auszubildende gemäß **§ 15 BBiG**;

Arbeitnehmer, die zum Wehrdienst einberufen werden, gemäß **§ 2 ArbPISchG**. Entsprechendes gilt gemäß **§ 78 Abs. 1 Nr. 1 ZDG** für Zivildienstleistende;

Mitglieder kirchlicher Mitarbeitervertretungen, zB **§ 19 MAVO, § 21 Abs. 2 MVG-EKD**;

Betriebsbeauftragte, zB §§ 58 Abs. 2, 58d BImSchG, § 55 KrW-/AbfG;

Datenschutzbeauftragter gemäß §§ 6 Abs. 4 S. 2 iVm 38 Abs. 2 BDSG.

3. Sonstiger Kündigungsschutz?

Ausschluss oder Beschränkung der Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Individualarbeitsvertrag?

Kündigungsschutz aus **Art. 12 GG iVm §§ 138, 242 BGB** (insbesondere in Kleinbetrieben, die nicht unter den Anwendungsbereich des KSchG fallen)?