

**GESETZESFORMULARE**

Mestwerdt | Spengler | Dubon [Hrsg.]

# Kündigungs- schutzrecht

Kommentiertes Prozessformularbuch

2. Auflage



**Nomos**

# GESETZESFORMULARE

**Wilhelm Mestwerdt | Bernd Spengler  
Alexander Dubon [Hrsg.]**

# Kündigungs- schutzrecht

**Kommentiertes Prozessformularbuch**

2. Auflage

**Yvonne Bechold**, Rechtsanwältin, Tauberbischofsheim | **Dr. Annett Böhm**, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht, Bad Schwartau/Lübeck | **Mathias Busch**, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Hannover | **Marc Doßler**, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht und für Sozialrecht, Würzburg | **Alexander Dubon**, Richter am Arbeitsgericht, Würzburg | **Jan Gieseler**, Rechtsanwalt, Mediator, Fachanwalt für Arbeitsrecht und für Strafrecht, Tauberbischofsheim | **Wilhelm Mestwerdt**, Präsident des Landesarbeitsgerichts, Hannover | **Karin Milkau**, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht, Würzburg | **Dr. Stephan Osnabrügge**, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht und für Sportrecht, Bonn | **Gerhard Pfeiffer**, Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht, Stuttgart | **Bernd Spengler**, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Würzburg | **Ralf Zimmermann**, Richter am Bundesarbeitsgericht, Erfurt



**Nomos**

Die Formulieringsbeispiele in diesem Buch wurden mit Sorgfalt und nach bestem Wissen erstellt. Sie stellen jedoch lediglich Anregungen für die Lösungen typischer Fallgestaltungen dar. Autoren und Verlag übernehmen keine Haftung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der in dem Buch enthaltenen Ausführungen und Formulierungsmuster.

**Hinweis zur Onlinenutzung:** Das Zugangsrecht zu diesem Werk ist eine zeitlich begrenzte Serviceleistung des Verlages, die automatisch mit Erscheinen der nächsten Auflage endet.

**Zitiervorschlag:** GForm-KSchR/*Bearbeiter* § ... Rn. ...

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-5803-6

2. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

## **Vorwort zur 2. Auflage**

Das Kündigungs- und Bestandsschutzrecht dominiert mit all seinen Facetten die Praxis des Arbeitsrechts. Der zeitgleich in 7. Auflage erscheinende Handkommentar zum Kündigungsschutzgesetz hat hier wie kaum ein Fachkommentar die Anwalt- und Richterschaft überzeugt. Diesen bewährten Kommentar um ein Formularhandbuch zu erweitern, war daher Herausforderung und Ansporn für die Herausgeber und Autoren zugleich. Es soll dem arbeitsrechtlichen Praktiker das Rüstzeug an die Hand geben, in jeder (Prozess-)Situation durch schnellen Zugriff auf systematisch geordnete Musterschreiben unverzüglich(er) agieren zu können. Die Autoren haben hierzu insbesondere abstrakte Muster entwickelt, sofern dies thematisch und aus Gründen der Praktikabilität sinnvoll ist. Damit soll eine echte Alternative zu den konkreten Fallsammlungen anderer Werke zur Verfügung gestellt werden. Wir hoffen, den Anwendern damit ein flexibles Grundgerüst anbieten zu können und dass der sonst erforderliche Aufwand, im Einzelfall ein bereits ausformuliertes Muster anpassen zu müssen, entfällt.

Die Kommentierung und die Verwendung von Fußnoten sind in den GesetzesFormularen zum Kündigungsschutzrecht auf das unabdingbare Minimum beschränkt; es wird nur das Notwendigste zusammengefasst wiedergegeben. Bei Bedarf kann dann der Anwender mithilfe übersichtlicher Querverweise vertiefend auf den HaKo und andere Werke zurückgreifen.

Im Rahmen der Konzeption der Reihe GesetzesFormulare werden die Muster systematisch dort geführt, wo sie vom Rechtsanwender am ehesten gesucht werden; dies ist die einschlägige Norm. Durch dieses Konzept hoffen wir, sowohl dem arbeitsrechtlichen „Profi“ als auch dem nur gelegentlich mit dem Arbeitsrecht konfrontierten Praktiker neben der reinen Formulierungshilfe auch eine praxisgerechte „Checkliste“ für die jeweilige materielle und formelle Fragestellung an die Hand gegeben zu haben.

Mit der 2. Auflage sind erneut die aus unserer Sicht gängigsten Fragestellungen im Zusammenhang mit der Führung eines Bestandsschutzverfahrens aufgenommen und die entsprechenden Formulare aktualisiert und erweitert worden. Wesentliche und für die anwaltliche Praxis besonders wichtige Anpassungen und Ergänzungen gab es im Hinblick auf die aktuelle Rechtsprechung auch im Bereich der Streitwerte. Mit der 7. Auflage des HaKo und der 2. Auflage der GesetzesFormulare Kündigungsschutzrecht wird der Praxis ein umfassendes Rüstzeug für die arbeitsgerichtliche Prozessvertretung an die Hand gegeben. Wir sind für Anregung und weiterführende Hinweise jederzeit dankbar.

Hannover und Würzburg im September 2020

*Wilhelm Mestwerdt*

*Bernd Spengler*

*Alexander Dubon*

---

## **Inhaltsverzeichnis**

Vorwort zur 2. Auflage .....	5
Alphabetisches Musterverzeichnis .....	11
Bearbeiterverzeichnis .....	23
Abkürzungsverzeichnis .....	25
Allgemeines Literaturverzeichnis .....	33

### **Kündigungsschutzgesetz (KSchG)**

#### **Erster Abschnitt Allgemeiner Kündigungsschutz**

§ 1 Sozial ungerechtfertigte Kündigungen .....	37
§ 1 a Abfindungsanspruch bei betriebsbedingter Kündigung .....	184
§ 2 Änderungskündigung .....	193
§ 3 Kündigungseinspruch .....	204
§ 4 Anrufung des Arbeitsgerichtes .....	204
§ 5 Zulassung verspäteter Klagen .....	240
§ 6 Verlängerte Anrufungsfrist .....	250
§ 7 Wirksamwerden der Kündigung .....	250
§ 8 Wiederherstellung der früheren Arbeitsbedingungen .....	252
§ 9 Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch Urteil des Gerichts; Abfindung des Arbeitnehmers .....	253
§ 10 Höhe der Abfindung .....	253
§ 11 Anrechnung auf entgangenen Zwischenverdienst .....	270
§ 12 Neues Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers; Auflösung des alten Arbeitsverhältnisses .....	296
§ 13 Außerordentliche, sittenwidrige und sonstige Kündigungen .....	304
§ 14 Angestellte in leitender Stellung .....	320

#### **Zweiter Abschnitt Kündigungsschutz im Rahmen der Betriebsverfassung und Personalvertretung**

§ 15 Unzulässigkeit der Kündigung .....	323
§ 16 Neues Arbeitsverhältnis; Auflösung des alten Arbeitsverhältnisses .....	329

#### **Dritter Abschnitt Anzeigepflichtige Entlassungen**

Vor §§ 17–22 .....	330
§ 17 Anzeigepflicht .....	331
§ 18 Entlassungssperre .....	350
§ 19 Zulässigkeit von Kurzarbeit .....	354
§ 20 Entscheidungen der Agentur für Arbeit .....	354

## Inhaltsverzeichnis

---

§ 21	Entscheidungen der Zentrale der Bundesagentur für Arbeit .....	355
§ 22	Ausnahmebetriebe .....	355
§ 22 a	(aufgehoben) .....	355

### Vierter Abschnitt Schlußbestimmungen

Vor § 23	.....	355
§ 23	Geltungsbereich .....	356
§ 24	Anwendung des Gesetzes auf Betriebe der Schifffahrt und des Luftverkehrs ....	359
§ 25	Kündigung in Arbeitskämpfen .....	360
§ 25 a	Berlin-Klausel .....	360
§ 26	Inkrafttreten .....	360

## Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)

### §§ 119, 123 BGB – die Anfechtung der Kündigung

§ 119	Anfechtbarkeit wegen Irrtums .....	361
§ 123	Anfechtbarkeit wegen Täuschung oder Drohung .....	361

### §§ 174, 180 BGB – Vertretung bei Kündigung

§ 174	Einseitiges Rechtsgeschäft eines Bevollmächtigten .....	370
§ 180	Einseitiges Rechtsgeschäft .....	370

### §§ 138, 242, 612 a BGB, §§ 1, 2 AGG – Allgemeine privatrechtliche Kündigungseinschränkungen

§ 138	Sittenwidriges Rechtsgeschäft; Wucher .....	379
§ 242	Leistung nach Treu und Glauben .....	380
§ 612 a	Maßregelungsverbot .....	380

### § 314 Abs. 2 BGB – Abmahnung

§ 314	Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund .....	387
-------	--	-----

### §§ 613 a, 615, 622, 623, 626 BGB – Betriebsübergang und BGB-Kündigungstatbestände

§ 613 a	Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang .....	388
§ 615	Vergütung bei Annahmeverzug und bei Betriebsrisiko .....	421
§ 622	Kündigungsfristen bei Arbeitsverhältnissen .....	449
§ 623	Schriftform der Kündigung .....	455
§ 626	Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund .....	478

**Betriebsverfassungsgesetz**

§ 102	Mitbestimmung bei Kündigungen .....	509
§ 103	Außerordentliche Kündigung und Versetzung in besonderen Fällen .....	541
§ 104	Entfernung betriebsstörender Arbeitnehmer .....	548

**Berufsbildungsgesetz  
(BBiG)**

§ 22	Kündigung .....	552
§ 26	Andere Vertragsverhältnisse .....	579

**Gesetz zum Schutz von Müttern  
bei der Arbeit, in der Ausbildung und im Studium  
(Mutterschutzgesetz – MuSchG)**

§ 17	Kündungsverbot .....	582
------	----------------------	-----

**Arbeitsgerichtsgesetz**

§ 12 a	Kostentragungspflicht .....	589
§ 61	Inhalt des Urteils .....	608
§ 111	Änderung von Vorschriften .....	612

**Gesetz über die Pflegezeit  
(Pflegezeitgesetz – PflegeZG)**

§ 2	Kurzzeitige Arbeitsverhinderung .....	613
§ 3	Pflegezeit und sonstige Freistellungen .....	614
§ 5	Kündigungsschutz .....	622

**Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit  
(Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz – BEEG)**

§ 18	Kündigungsschutz .....	631
------	------------------------	-----

**Sozialgesetzbuch Neuntes Buch  
– Rehabilitation und Teilhabe von Menschen mit Behinderungen –  
(Neuntes Buch Sozialgesetzbuch – SGB IX)**

§ 168	Erfordernis der Zustimmung .....	641
§ 169	Kündigungsfrist .....	641
§ 170	Antragsverfahren .....	641

## Inhaltsverzeichnis

---

§ 171	Entscheidung des Integrationsamtes .....	641
§ 172	Einschränkungen der Ermessensentscheidung .....	641
§ 173	Ausnahmen .....	642
§ 174	Außerordentliche Kündigung .....	643
§ 175	Erweiterter Beendigungsschutz .....	643

### **Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (Teilzeit- und Befristungsgesetz – TzBfG)**

§ 14	Zulässigkeit der Befristung .....	667
§ 15	Ende des befristeten Arbeitsvertrages .....	674
§ 17	Anrufung des Arbeitsgerichts .....	676
§ 20	Information der Arbeitnehmervertretung .....	684
§ 21	Auflösend bedingte Arbeitsverträge .....	684

### **Gesetz über die Zahlung des Arbeitsentgelts an Feiertagen und im Krankheitsfall (Entgeltfortzahlungsgesetz)**

§ 8	Beendigung des Arbeitsverhältnisses .....	687
-----	---	-----

### **Zivilprozessordnung**

§ 114	Voraussetzungen .....	693
§ 121	Beiordnung eines Rechtsanwalts .....	705
§ 719	Einstweilige Einstellung bei Rechtsmittel und Einspruch .....	711
§ 888	Nicht vertretbare Handlungen .....	714
§ 940	Einstweilige Verfügung zur Regelung eines einstweiligen Zustandes .....	720

### **Gerichtskostengesetz (GKG)**

Vor §§ 63, 68	.....	728
§ 63	Wertfestsetzung für die Gerichtsgebühren .....	731
§ 68	Beschwerde gegen die Festsetzung des Streitwerts .....	738
Anhang zu §§ 63, 68	Streitwertkatalog für die Arbeitsgerichtsbarkeit .....	741
Stichwortverzeichnis	.....	747



## **Bearbeiterverzeichnis**

- Rechtsanwältin *Yvonne Bechold*, Tauberbischofsheim  
(gemeinsam mit *Jan Gieseler*: KSchG §§ 1 a, 9, 10)
- Rechtsanwältin *Dr. Annett Böhm*, Fachanwältin für Arbeitsrecht, Bad Schwartau/Lübeck  
(BEEG § 18; MuSchG § 17; PflegeZG §§ 2, 3, 5; SGB IX §§ 168–175)
- Rechtsanwalt *Mathias Busch*, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Hannover  
(ArbGG 12 a; BGB § 615; KSchG §§ 11, 12)
- Rechtsanwalt *Marc Doßler*, Fachanwalt für Arbeitsrecht und für Sozialrecht, Würzburg  
(AGG §§ 1, 2; BGB §§ 119, 123, 138, 174, 180, 242, 612 a, 623; EFZG § 8;  
KSchG §§ 17, 18)
- Richter am Arbeitsgericht *Alexander Dubon*, Würzburg  
(ArbGG § 61; GKG Vor §§ 63, 68, §§ 63, 68; KSchG § 1 [Wartezeit, Personenbedingte Kündigung]; ZPO §§ 114, 121, 719, 888, 940)
- Rechtsanwalt *Jan Gieseler*, Mediator, Fachanwalt für Arbeitsrecht und für Strafrecht, Tauberbischofsheim  
(ArbGG § 111; BBiG §§ 22, 26; BGB §§ 314, 626; KSchG §§ 1 [Verhaltensbedingte Kündigung], 13; gemeinsam mit *Yvonne Bechold*: KSchG §§ 1 a, 9, 10)
- Präsident des Landesarbeitsgerichts *Wilhelm Mestwerdt*, Hannover  
(TzBfG §§ 14, 15, 17, 20, 21)
- Rechtsanwältin *Karin Milkau*, Fachanwältin für Arbeitsrecht, Würzburg  
(BetrVG § 104; KSchG § 16)
- Rechtsanwalt *Dr. Stephan Osnabrügge*, Fachanwalt für Arbeitsrecht und für Sportrecht, Bonn (BGB § 613 a; KSchG § 1 [Betriebsbedingte Kündigung])
- Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht *Gerhard Pfeiffer*, Stuttgart  
(KSchG §§ 2, 8, 14, Vor 17–22, Vor 23, 23)
- Rechtsanwalt *Bernd Spengler*, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Würzburg  
(BGB § 622; BetrVG §§ 102, 103; KSchG § 15)
- Richter am Bundesarbeitsgericht *Ralf Zimmermann*, Erfurt (KSchG §§ 4–7)

die Beklagte Steuern und Sozialversicherungsbeiträge auf die Bruttoentgeltansprüche an die Finanzbehörde bzw. die Sozialversicherungsträger abgeführt hat.<sup>[5]</sup>

\*\*\*

Rechtsanwalt ◀

## 2. Erläuterungen

[1] **Höhe des Entgeltanspruchs aus Annahmeverzug.** Die Höhe des Verzugslohns berechnet sich nach dem **Lohnausfallprinzip**. Der Arbeitnehmer ist so zu stellen, als hätte er während des Annahmeverzugszeitraums weitergearbeitet. Zu den Einzelheiten → KSchG § 11 Rn. 2. 32

[2] **Wirtschaftsrisiko.** Das Wirtschaftsrisiko ist vom Betriebsrisiko (→ Rn. 38) zu unterscheiden. Ist die Fortführung des Betriebs technisch möglich, aber aus wirtschaftlichen Gründen wie Auftrags- oder Absatzmangels nutzlos und unterbleibt die Annahme der Arbeitsleistung aufgrund der vom Arbeitgeber getroffenen Entscheidung, den Betrieb einzustellen, spricht man vom **Wirtschaftsrisiko** (BAG 23.6.1994 – 6 AZR 853/93, NZA 1995, 468). Die Arbeitsleistung bleibt betriebstechnisch möglich. Wie bei allen Austauschverträgen bleibt der Arbeitgeber zur Entgeltzahlung verpflichtet. Insofern unterscheidet sich der Arbeitsvertrag schuldrechtlich nicht von anderen Austauschverträgen. Geht es allein um die Frage, ob der Arbeitgeber als Gläubiger der Arbeitsleistung noch eine Verwendungsmöglichkeit der Leistung hat, die er weiterhin verlangen könnte, gerät er bei Nichtbeschäftigung aus diesem Grund in Annahmeverzug und hat das Arbeitsentgelt nach § 615 S. 1 zu zahlen. Der Arbeitgeber muss daher, wenn er aus wirtschaftlichen Gründen den Betrieb einstellt, im Falle der Kündigung auch die ordentliche Kündigungsfrist einhalten (BAG 7.3.2002 – 2 AZR 173/01, NZA 2002, 963). 33

[3] **Angebot der Arbeitsleistung im ungekündigten Arbeitsverhältnis.** Voraussetzungen des Annahmeverzugs sind zunächst Angebot und Nichtannahme der Leistung (§ 293 BGB). Das Angebot iSd § 293 hat zwei Funktionen: die Leistungsbereitschaft des Schuldners klarzustellen und den Zeitpunkt des Annahmeverzugs eindeutig festzulegen (BAG 9.8.1984 – 2 AZR 374/83, NZA 1985, 119). Nach § 294 BGB ist ein **tatsächliches Angebot** der vertraglichen vereinbarten Leistung erforderlich. Dieser Grundsatz gilt jedenfalls im ungekündigten Arbeitsverhältnis (BAG 27.8.2008 – 5 AZR 16/08, NZA 2008, 1410; ErfK/Preis BGB § 615 Rn. 17). Ein Annahmeverzug setzt somit voraus, dass die geschuldete Leistung dem Gläubiger „so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten“ wird. Dazu ist es grundsätzlich unter anderem erforderlich, dass sich der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz einfindet, und zwar nicht nur am rechten (Arbeits-)Ort (BAG 28.6.2017 – 5 AZR 263/16, NZA 2017, 1528), sondern auch zur rechten Zeit, regelmäßig also zum Arbeitsbeginn (LAG Köln 12.4.2002 – 11 Sa 1327/01, NZA-RR 2003, 128). Ein **wörtliches/schriftliches Angebot** des Arbeitnehmers genügt, wenn ihm der Arbeitgeber erklärt hat, dass er die Leistung nicht annehmen werde (§ 295 S. 1 Hs. 1 BGB). Da ein wörtliches Angebot eine **geschäftähnliche Handlung** ist, sind die Vorschriften über Willenserklärungen entsprechend anwendbar; das wörtliche Angebot muss daher dem Arbeitgeber iSd § 130 BGB zugehen (BAG 21.3.1985 – 2 AZR 210/84, NZA 1985, 778). Die **Ablehnungserklärung des Arbeitgebers** als ebenso geschäftähnliche Handlung muss nach dem Wortlaut des § 195 BGB vor dem wörtlichen Angebot des Arbeitnehmers abgegeben werden. Wichtigster Fall der Ablehnungserklärung ist daher die Kündigung durch den Arbeitgeber, die indes jedes Arbeitsangebot des Arbeitnehmers entbehrlich macht (→ KSchG § 11 Rn. 18). Das wörtliche/schriftliche Angebot reicht zudem dann aus, wenn es an der erforderlichen **Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers** fehlt (§ 295 S. 2 Hs. 2 BGB), deren Zeit 34

nach dem Kalender bestimmt ist, nämlich der Einrichtung eines funktionsfähigen Arbeitsplatzes und der Zuweisung der Arbeit, damit der Arbeitnehmer die geschuldete Arbeitsleistung erbringen kann (BAG 9.8.1984 – 2 AZR 374/83, NZA 1985, 119). Erforderliche Mitwirkungshandlungen sind daher das Bereitstellen der Arbeitsräume, Energie, Werkzeuge, Rohstoffe und sonstigen Arbeitsgeräte. Dazu gehört auch die Erfüllung der **Arbeitnehmerschutzbestimmungen** und der **Fürsorgepflicht**.

- 35 Ist der Arbeitnehmer wegen eines ihm zustehenden Leistungsverweigerungsrechts nicht leistungsbereit, so muss das Angebot der Arbeitsleistung die Geltendmachung des Leistungsverweigerungsrechts mit umfassen (BAG 7.6.1973 – 5 AZR 563/72, AP BGB § 615 Nr. 28). Die Bedeutung der Mitwirkungspflicht des § 295 ist nur noch gering und grundsätzlich auf die eindeutig nicht kalendarisch bestimmten Mitwirkungshandlungen beschränkt. Eine Mitwirkungshandlung iSd § 295 liegt nur dann vor, wenn die ursprünglich geschuldete Leistung hierdurch noch konkretisiert oder möglich gemacht wird (ErfK/Preis BGB § 615 Rn. 36). Falls für die Mitwirkungshandlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist, bedarf es überhaupt keines Angebots (§ 296 BGB), was beim Annahmeverzug im gekündigten Arbeitsverhältnis, aber auch bei der **unrechtmäßigen Anordnung von Kurzarbeit ohne Zustimmung des Betriebsrats** (BAG 27.1.1994 – 6 AZR 541/93, NZA 1995, 134; anders, wenn andere Arbeitnehmer erkennbar beschäftigt werden, LAG Köln 21.6.2010 – 5 Sa 1452/09) an Bedeutung gewonnen hat.
- 36 Im ungekündigten Arbeitsverhältnis ist § 296 BGB nur ausnahmsweise anzuwenden. Im unstreitig bestehenden Arbeitsverhältnis muss der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung tatsächlich anbieten, § 294 BGB. Selbst wenn der Arbeitgeber von einem vermeintlichen Recht Gebrauch macht, die Arbeitszeitdauer flexibel zu bestimmen, kommt § 296 BGB nicht zur Anwendung. Vielmehr muss der Arbeitnehmer die Arbeit anbieten, um Annahmeverzug zu begründen (BAG 25.4.2007 – 5 AZR 504/06, NZA 2007, 801). Denkbar sind indes Mitwirkungshandlungen wie die vertraglich vereinbarte Abholung von Arbeitnehmern zur Arbeit auf einer Baustelle, die der Arbeitgeber unterlässt. Häufiger Anwendungsfall ist zudem noch die Fallkonstellation, in der dem Arbeitgeber, bspw. bei variablen Arbeitseinsatz, die Arbeitseinteilung obliegt, wenn zum Ende der Ausgleichsperiode die vereinbarte durchschnittliche Wochenarbeitszeit nicht mehr erreicht werden kann (BAG 8.10.2008 – 5 AZR 715/07, BeckRS 2009, 50370; NZA 2009, 920 Ls.) Gleiches gilt, wenn der Arbeitgeber die Wiederaufnahme der Beschäftigung nach einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit unzulässiger Weise von der Vorlage eines ärztl. Gutachtens abhängig macht (LAG Schleswig-Holstein 6.9.2007 – 4 Sa 204/07, BeckRS 2007, 48199; → Rn. 26). Holt der Arbeitgeber seine Mitwirkungshandlung nach, muss der Arbeitnehmer ein tats. Angebot iSd § 294 BGB machen. Bei geringen Verstößen des Arbeitgebers gegen eine Mitwirkungspflicht, die die Arbeitsleistung weiterhin zumutbar erscheinen lassen, muss der Arbeitnehmer aber seine Arbeit tatsächlich anbieten (ErfK/Preis BGB § 615 Rn. 36).
- Für den Sonderfall des – entbehrlichen – Angebots der Arbeitsleistung nach unwirksamer Arbeitgeberkündigung und anderen Fällen des Streits um eine Beendigung des Arbeitsvertrages → KSchG § 11 Rn. 18.
- 37 [4] **Verzugszinsen auf den Bruttoanspruch** (→ KSchG § 11 Rn. 25).
- 38 [5] **Steuern und Sozialversicherungsbeiträge** (→ KSchG § 11 Rn. 26).

## II. Betriebsrisikofälle

### 1. Muster: Begründung bei Betriebsrisikofällen

39

► ... Die Produktionsräume, in denen der Kläger bisher seine Arbeit verrichtete, brannten am ... ab. Der Vorgesetzte des Klägers, Herr ..., erklärte dem Kläger am ..., dass er bis auf Weiteres zu Hause bleiben möge.

156

Beweis: Zeugnis des ..., zu laden bei der Beklagten.

Die letzte Vergütung erhielt der Kläger für den Monat ... [letzter Zahlungsmonat], für welchen die Beklagte auch noch eine ordnungsgemäße Entgeltabrechnung erteilte.

Beweis: Vorlage der Entgeltabrechnung (Anlage K2).

Für die folgenden Monate erhielt der Kläger keine Vergütung; die Beklagte erteilte auch keine Abrechnungen. Auf Nachfrage erhielt der Kläger vom Personalbüro die Mitteilung, dass die Beklagte keine Arbeitsvergütung schulde, wenn sie seine Arbeitsleistung mangels Existenz von Produktionsräumen nicht annehmen könne.

Beweis: Zeugnis des ..., zu laden bei der Beklagten.

Indes bleibt die Beklagte zur Zahlung Annahmeverzugslohn verpflichtet. Sie trägt das Betriebsrisiko (§ 615 S. 3 BGB).<sup>[1]</sup> ◀

### 2. Erläuterungen

[1] **Betriebsrisiko.** Es ist zwischen Betriebs- und Wirtschaftsrisiko (→ Rn. 33) zu unterscheiden. Das **Betriebsrisiko**, das § 615 S. 3 erfasst, betrifft die Fälle der **Leistungsstörung**, in denen der Arbeitgeber die Arbeitsleistung auch ohne eigenes Verschulden nicht annehmen kann. Die Arbeitsleistung wird aus betriebstechnischen Gründen unmöglich, die nach schuldrechtlichen Grundsätzen weder Arbeitgeber noch Arbeitnehmer zu vertreten haben. Vor der Einfügung des S. 3 in § 615 durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vom 26.11.2001 hatte die Rechtsprechung diese Fälle nach der **Betriebsrisikolehre** gelöst und dem Arbeitgeber in bestimmten Fällen abweichend von §§ 275, 326 Abs. 1, 615 S. 1 und 2 das Risiko des Arbeitsausfalls auferlegt. Nun kann der Arbeitnehmer aus § 615 S. 3 iVm § 615 S. 1, 2 unter Anrechnung des Ersparten oder anderweitigen Erwerbs seinen Anspruch auf Zahlung der vereinbarten Vergütung geltend machen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. Nach Auffassung des Gesetzgebers (BT-Drs. 14/6857, 48) soll die Rechtsprechung den Begriff des Betriebsrisikos konkretisieren und den Besonderheiten der denkbaren Fallgestaltungen Rechnung tragen. Vom Betriebsrisiko sind daher alle Ursachen erfasst, die von außen auf typische Betriebsmittel (zB Maschinen, Fabrikgebäude, Heizungsanlagen) einwirken und sich für den Arbeitgeber als ein Fall der höheren Gewalt darstellen, wie zB Naturkatastrophen (Erdbeben, Überschwemmungen, Brände usw), Unglücksfälle sowie extreme Witterungsverhältnisse (BAG 9.3.1983 – 4 AZR 301/80, AP BGB § 615 Betriebsrisiko Nr. 31). Bei witterungsabhängigen Unternehmen trägt der Arbeitgeber auch dann das Risiko des Arbeitsausfalls gem. § 615 S. 3, wenn er selbst den Betrieb aus Gründen, die in seinem betrieblichen oder wirtschaftlichen Verantwortungsbereich liegen, einschränkt oder stilllegt (BAG 9.7.2008 – 5 AZR 810/07, NZA 2008, 1407). In Fällen einer **Pandemie** kann das anders zu beurteilen sein. Werden durch eine Pandemie Lieferketten unterbrochen oder werden zu viele Arbeitnehmer infolge Erkrankung an dem Virus arbeitsunfähig, verwirklichen sich noch die Risiken, die der Arbeitgeber abstrakt beherrschen kann, da er es ist, der über die Lieferbeziehungen, die Größe

40