

# **Ausgewählte Probleme des Arbeits- verhältnisses**

## **Gliederung**

### **I. Einleitung**

### **II. Einstellung**

#### **A. Stellenausschreibung**

#### **B. Bewerbungsgespräch**

### **III. Entstehung und Inhalt des Arbeitsverhältnisses**

#### **A. Vertragsschluss**

#### **B. Begründung des Arbeitsverhältnisses**

#### **C. Vertragsinhalt**

##### **1. Schriftlicher Arbeitsvertrag**

##### **2. Mindestinhalt gem. § 2 Abs.1 NachwG**

##### **3. Fakultativer Inhalt**

###### **a. Probezeit**

###### **b. Überstundenregelung**

###### **c. Betriebliche Übung**

###### **d. Vertragsgrenzen**

### **IV. Ansprüche aus dem AV**

#### **A. Überstunden**

## **B. Erholungsurlaub / Urlaubsabgeltung**

## **C. Krankheit**

1. Wiederholungserkrankung
2. Fortsetzungserkrankung

## **D. Mutterschutz**

1. Mitteilungspflicht
2. Beschäftigungsverbote
3. Mutterschutzlohn
4. Mutterschaftsgeld u. Zuschuss zum Mutterschaftsgeld
5. Kündigungsschutz

## **E. Schädigung des AG durch den AN**

1. Pflichtverletzung
2. Kausalzusammenhang
3. Schaden
4. Verschulden
5. Beweislast
6. Haftungsverteilung
7. Weitere Rechtsfolgen
  - a. Lohnminderung
  - b. Kündigung
8. Personenschäden an Arbeitskollegen
9. Personenschäden an Dritten

## **V. Beendigung des AV**

### **A. Kündigung - allgemein**

1. Kündigungserklärung

2. Zugang der Kündigung
3. Anhörung des Betriebsrats u.a.

## **B. Ordentliche Kündigung**

1. Grundsätze
2. Personen- krankheitsbedingte Kündigung
3. Verhaltensbedingte Kündigung
  - a. Kündigungsgründe
  - b. Negative Prognose
  - c. Interessenabwägung
  - d. Abmahnung
    - (1) Formelle Anforderungen
    - (2) Abmahnung als Voraussetzung der Kündigung
    - (3) Beispiel einer Abmahnung
4. Betriebsbedingte Kündigung
  - a. Betriebliches Erfordernis
  - b. Sozialauswahl
5. Beweislastverteilung
6. Prozessuale Fragen
7. Beispiel einer ordentlichen Kündigung

## **C. Änderungskündigung**

## **D. Außerordentliche Kündigung**

1. Allgemeine Voraussetzungen
2. Wichtiger Grund
3. Prozessuales

## **E. Befristungsablauf**

## **F. Aufhebungsvertrag**

## **VI. Zeugnis**

### **A. Einfaches Zeugnis**

### **B. Qualifiziertes Zeugnis**

## **I. Einleitung**

Die Flut an arbeitsrechtlichen Vorschriften soll zu einem gerechten Interessenausgleich zwischen den Parteien des Arbeitsverhältnisses (AV), dem Arbeitgeber (AN) und dem Arbeitnehmer (AN) führen.

Bei einer schier unüberschaubaren Zahl an Gesetzen, Verordnungen, Tarifverträgen, Betriebsvereinbarungen, etc. verliert man schnell den Überblick und wundert sich vor dem Arbeitsgericht nicht selten über Entscheidungen, die „so nicht im Arbeitsvertrag stehen“ oder aber hinter denen ein anderer Wille der einen oder anderen Partei steht. Aus diesem Grund ist es erforderlich, sich bereits vor Abschluss eines Arbeitsverhältnisses über die Rechte und Pflichten, die nicht willkürlich vereinbar sind, Klarheit zu verschaffen.

Bereits in der Einstellungsphase bestehen Rechte und Pflichten. Häufige Probleme ergeben sich bei der Kündigung des AV. Aber auch während das AV Bestand hat, werden zahlreiche Fehler (*Urlaub, Überstunden, Vergütung, etc.*) begangen, die von den Parteien oft erst vor dem Arbeitsgericht erkannt werden und dann AN oder AG in arge Bedrängnis führen können.

Man sollte sich daher zu gegebener Zeit über seine Rechte und Pflichten informieren und bei einem Rechtskundigen Rat einholen.

Die nachfolgenden Ausführungen beschäftigen sich mit ausgewählten Schwierigkeiten von der Einstellung bis zur Auflösung des AV und sollen die Arbeitsparteien für häufig auftretende Probleme sensibilisieren. Im Einzelfall empfiehlt sich allerdings die Konsultation eines Rechtsanwalts, da die nachfolgenden Beispiele keine Allgemeingültigkeit besitzen und es jeweils einer rechtlichen Einzelfallprüfung bedarf.

## **II. Einstellung**

Bereits vor Abschluss des AV gelten für die Bestrebungen, einen Arbeitsvertrag abzuschließen zahlreiche Regeln, die von den Parteien eines abzuschließenden AV zu beachten sind.

### **A. Stellenausschreibung**

Weder öffentlich noch betriebsintern darf der AG einen Arbeitsplatz nur für Frauen oder Männer ausschreiben (*in Printmedien, elektronischen Medien*), ausgenommen, ein bestimmtes Geschlecht ist unverzichtbare Voraussetzung für die auszuübende Tätigkeit, §§ 611 b, 611 a Abs. 1 S.2 BGB.

Verletzt der AG dieses Gebot, das mit keiner unmittelbaren Sanktion belegt ist, so liegt hierin aber regelmäßig eine kaum zu widerlegende Vermutung für eine Verletzung des allgemeinen geschlechtsbezogenen Diskriminierungsverbots i.S.v. § 611 a BGB, woraus sich ein nicht unerheblicher Schadenersatzanspruch des AN's ergeben kann.

Seit Einführung des Teilzeit- und Befristungsgesetzes (*TzBfG*) ist der AG ferner gem. § 7 Abs.1 TzBfG verpflichtet, geeignete Teilzeitarbeitsplätze auszuschreiben.

Kommt der AG dieser Verpflichtung nicht nach, so bleibt diese fehlerhafte Ausschreibung zwar regelmäßig sanktionslos, doch kann eine solche oder eine solch unterlassene Ausschreibung zur Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats bei der Einstellung führen.

### **B. Bewerbungsgespräch**

Das Bewerbungsgespräch dient dem gegenseitigen Kennenlernen, wobei der AG das Interesse verfolgt, möglichst viel über einen potentiellen Mitarbeiter zu erfahren. Gleichwohl hat der AG kein uneingeschränktes **Fragerecht**, sondern darf nur solche Fragen stellen, die **sachlich und unmittelbar mit der Beschäftigung im Zusammenhang** stehen. Stellt der AG Fragen, die nicht diesen Zusammenhang haben, die privater und intimer Natur sind (*Heiratspläne, Freizeitbeschäftigung, Partei- oder Konfessionszugehörigkeit*), so darf dem AN kein Nachteil entstehen, wenn er diese Fragen falsch beantwortet.

Ausnahmen im Hinblick auf die Unzulässigkeit von Fragen zum Privatbereich können allerdings in sogenannten Tendenzbetrieben (*z.B. kirchliche Einrichtungen*) bestehen.

Die Frage nach einer vorhandenen **Schwangerschaft** ist nur dann zulässig und muß wahrheitsgemäß beantwortet werden, wenn die Schwangerschaft mit der zu verrichtenden Tätigkeit (*Beschäftigungsverbote nach dem MuSchG*) nicht vereinbar ist oder die Frage objektiv dem Gesundheitsschutz der Schwangeren und des ungeborenen Kindes dient.

Ähnliches gilt auch für die Frage nach einschlägigen **Vorstrafen**. Diese sind grundsätzlich nur dann zulässig, wenn und soweit die Art der Beschäftigung entsprechende Informationen verlangt (*Bsp.: Führung einer Kasse*), wobei hier nicht die Einschätzung des AG's, sondern ein objektiver Maßstab anzusetzen ist, welche Vorstrafen hierfür relevant sind.

Die **falsche Beantwortung** zulässiger Fragen berechtigt zur Anfechtung oder zur Kündigung (*Beachte: Kündigung nicht möglich, wenn besonderer Kündigungsschutz besteht, z.B. § 9 MuSchG*) des AV.

Beispielsweise kann eine Anfechtung dann berechtigt sein, wenn

- falsche Angaben zum Werdegang getätigt werden
- wenn eine Sportlehrerin eine bestehende Schwangerschaft verschweigt
- das Verschweigen einer chronischen Erkrankung

- die Frage nach der Gehaltshöhe im letzten AV falsch beantwortet wird.

Die **Kosten seiner Bewerbung** muss der Bewerber selbst tragen, wenn er sich un- aufgefordert persönlich vorstellt, auch wenn der AG einer solchen zustimmt.

Lädt der AG jedoch zu einem persönlichen Vorstellungsgespräch ein, so hat er dem Bewerber die notwendigen Auslagen (*Kosten für Fahrt, Verpflegung und ggfls. Unterkunft, etc.*) zu erstatten. Diese Erstattungspflicht entfällt allerdings, wenn der AG gegenüber dem Bewerber ausdrücklich die Zahlungen im Rahmen des Bewerbungsgesprächs ausgeschlossen hat.

### III. Entstehung und Inhalt des Arbeitsverhältnisses

#### A. Vertragsschluß

Das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses setzt voraus, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer einen **Vertrag** schließen. Dies geschieht nach den allgemeinen Grundsätzen über den Abschluss von Verträgen §§ 130 ff BGB, mithin auch bereits durch übereinstimmende mündliche Willenserklärungen. Gem. § 2 Abs. 1 NachwG hat der AG jedoch den wesentlichen Inhalt **spätestens 1 Monat** nach dem vereinbarten Beginn des Arbeitsverhältnisses **schriftlich** niederzulegen.

#### B. Begründung des Arbeitsverhältnisses

Mit Abschluß des (*auch mündlichen*) Vertrages entsteht nach einhelliger Meinung das AV und begründet noch vor dem tatsächlichen Arbeitsantritt Rechte und Pflichten für die Vertragsparteien. Zunächst ist hiernach der AN verpflichtet, seine Arbeitsleistung zum vereinbarten Arbeitsbeginn zu erbringen und der AG, dem AN die Erbringung seiner Arbeitsleistung zu ermöglichen. Die Auflösung des AV vor Arbeitsantritt würde zum Beispiel eine Kündigung oder einen Aufhebungsvertrag voraussetzen.

Durch die tatsächliche Arbeitsaufnahme wird das Arbeitsverhältnis aktualisiert, das heißt, erst mit diesem Zeitpunkt entstehen Rechte auf Lohn, Urlaub, etc.

## C. Vertragsinhalt

### 1. Schriftlicher Arbeitsvertrag

Zwar ist der schriftliche Nachweis, wie bereits oben erwähnt, für das Entstehen des AV nicht konstitutiv und hat keine unmittelbaren Sanktionen für den AG zur Folge, gleichwohl wird man im Falle eines Prozesses zugunsten des AN's Beweiserleichterungen annehmen müssen, die bis zur Beweislastumkehr führen könnten.

Auch eine fehlerhafte Niederschrift geht unter Umständen zulasten des AG's, denn nach der neueren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (*EuGH*) spricht für die Richtigkeit des Inhalts eine „starke Vermutung“. Behauptet der AG im Prozess die Unrichtigkeit der Niederschrift oder abweichende mündliche Abreden, für die in der Regel der AN beweispflichtig wäre, so kann es sogar zu einer Beweislastumkehr kommen.

#### **Achtung!**

Seit dem 01.01.2002 gelten für formularmäßige Arbeitsverträge, die der AG benutzt, die Regelungen über die **allgemeinen Geschäftsbedingungen** § 310 Abs.4 BGB, wobei die arbeitsrechtlichen Besonderheiten berücksichtigt werden müssen. Dadurch, dass Arbeitsverträge auch vor in Kraft treten dieser Regelung eine Inhaltskontrolle durch die Rechtsprechung gegeben war, die sich an den AGB-Maßstäben orientierten, hat sich nichts Wesentliches geändert.

### 2. Mindestinhalt gem. § 2 Abs.1 NachwG

Gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 – 10 NachwG sind folgende Vertragsbestandteile schriftlich niederzulegen:

1. Name und Anschrift der Vertragsparteien
2. Beginn des AV
3. Bei befristeten: die vorhersehbare Dauer des AV



4. Arbeitsort; ggfls. der Hinweis, dass der AN an verschiedenen Orten beschäftigt werden kann
5. Kurze Charakterisierung oder Beschreibung der vom AN zu leistenden Tätigkeit
6. Zusammensetzung und Höhe des Arbeitsentgelts einschließlich der Zuschläge, Zulagen, Prämien und Sonderzahlungen sowie anderer Bestandteile des Arbeitsentgelts und deren Fälligkeit
7. Vereinbarte Arbeitszeit
8. Dauer des jährlichen Erholungsurlaubs
9. Fristen für die Kündigung des AV
10. In allgemeiner Form gehaltener Hinweis auf die anwendbaren Tarifverträge, Betriebs- oder Dienstvereinbarungen

Für Berufsausbildungs- (§ 4 Abs.1 BBiG)- und Leiharbeitsverhältnisse (§ 11 AÜG) gelten jedoch besondere Nachweissvorschriften.

### 3. Fakultativer Inhalt

Vielfach empfiehlt es sich, weitergehende Rechte und Pflichten der Vertragsparteien in die Niederschrift aufzunehmen, unter anderem um Rechtssicherheit zu schaffen.

#### a. Probezeit

Die Probezeit wird regelmäßig verstanden als erste Phase eines unbefristeten AV und ist gekennzeichnet durch **erleichterte Kündigungsmöglichkeiten**.

Sie soll dem AG ermöglichen, die Eignung des AN festzustellen. Umgekehrt soll sie dem AN Gelegenheit zur Prüfung geben, ob die Beschäftigung seinen Vorstellungen entspricht.

Gesetzlich, außer in den Fällen der Berufsausbildung, ist die Probezeit nicht zwingend vorgeschrieben. Sie muß also **im Arbeitsvertrag** vereinbart werden oder ergibt sich aus kollektivrechtlichen Vereinbarungen. Wollen die Arbeitsparteien allerdings, dass nur ein befristetes Probearbeitsverhältnis entsteht, so muß dies ausdrücklich **vereinbart werden**. Andernfalls ist im Zweifel die Vereinbarung einer Probephase zu Beginn eines unbefristeten AV anzunehmen.

Bei individuellen Vereinbarungen beträgt die Probezeit regelmäßig höchstens 6 Monate, bei tarifvertraglichen zumeist zwischen 1 und 3 Monaten. Eine einmalige Verlängerung ist mit Zustimmung des AN's möglich. Bei atypischen *Unterbrechungen* (z.B. *sehr lange Krankheit*) oder bei ausdrücklicher Vereinbarung, kann eine Verlängerung möglich sein. Ohne ausdrückliche Vereinbarung (z.B. *kürzere Erkrankungen*) ist eine Verlängerung ausgeschlossen.

Das Probearbeitsverhältnis kann regelmäßig gem. § 622 Abs.3 BGB mit einer Frist von 2 Wochen ordentlich gekündigt werden. Kürzere Fristen sind nur durch Tarifvertrag vereinbar.

### **b. Überstundenregelung**

Empfehlenswert ist auch die Aufnahme der **Pflicht zur Leistung von Überstunden** in den Arbeitsvertrag, wenn nicht Betriebsvereinbarung oder Tarifvertrag bereits eine solche Verpflichtung vorsehen, da eine solche Verpflichtung des AN regelmäßig nicht besteht, wenn diese nicht vereinbart ist.

### **c. Betriebliche Übung**

Ansprüche, z.B. auf Zahlung von Sondergratifikationen, können auch entstehen, wenn diese nicht ausdrücklich im Arbeitsvertrag geregelt sind.

Durch betriebliche Übung bedingte Ansprüche entstehen regelmäßig allein durch die gleichartige **dreimalige wiederholte Praktizierung** eines bestimmten Verhaltens des AG's, ohne dass es auf seinen Willen ankommt, sich durch die Leistung zu verpflichten. So schafft die dreimalige vorbehaltlose Auszahlung von Vergütungsleistungen (z.B. *Weihnachtsgeld, Urlaubsgeld*) eine betriebliche Übung. Die betriebliche Übung wird damit faktisch Vertragsinhalt; will man die **Entstehung verhindern**, so muß der AG ausdrücklich und jedes Mal auf die Freiwilligkeit oder Einmaligkeit der Leistung hinweisen und dem AN deutlich machen, dass er sich nicht verpflichten will.

**Beenden** kann der AG die betriebliche Übung unter anderem durch

- einvernehmliche Vereinbarung der Änderung des Arbeitsvertrages
- Änderungskündigung i.S.v. § 2 KschG

- ablösende umgekehrte betriebliche Übung, also durch dreimalige Nichtleistung, ohne, dass der AN widerspricht

**Beachte:**

Grundsätzlich gelten für Teilzeitarbeitskräfte und geringfügig Beschäftigte, die gleichen Rechte und Pflichten wie für Vollzeitkräfte!

**d. Vertragsgrenzen****Achtung !**

Bei Vereinbarung der Vertragsbedingungen, die in bestimmten Grenzen der Privatautonomie unterliegen, ist vorab zu prüfen, ob gesetzliche Regelungen, Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen zu berücksichtigen sind.

Hierbei ist die nachbezeichnete Rangfolge zu beachten:

- EG-Recht
- Verfassung
- Gesetzes- und Gewohnheitsrecht
- Tarifvertrag
- Betriebsvereinbarung
- Arbeitsvertrag

Von einer höherrangigen Vorschrift ist eine wirksame individualvertragliche Abweichung zu Ungunsten des AN nur dann möglich, wenn dies ausdrücklich vorgesehen, oder aber wenn die Abweichung günstiger als die vorrangige Regelung für den AN ist.

**Bsp.:** Der Tarifvertrag sieht 26, die Betriebsvereinbarung 27, der Arbeitsvertrag 24 Urlaubstage vor.

**Lösung:** Der AN erhält 27 Urlaubstage gem. Betriebsvereinbarung

Die Betriebsvereinbarung ist zwar nachrangig gegenüber dem Tarifvertrag aber günstiger. Der Arbeitsvertrag ist nachrangig zur

Betriebsvereinbarung und enthält eine ungünstigere Regelung, weshalb diese Vereinbarung nicht wirksam ist.

### **Exkurs:**

Ein Tarifvertrag gilt für die Parteien des AV dann, wenn beide Mitglied in einer Tarifvertragspartei (*AN – Gewerkschaft, AG Arbeitgeberverband*) sind, der Tarifvertrag allgemeinverbindlich ist oder wenn dieser in das AV einbezogen, also als Vertragsinhalt vereinbart wurde.

## **IV. Ansprüche aus dem AV**

### **A. Überstunden**

Überstunden sind solche, die über die einzel- und kollektivvertraglich vereinbarte Arbeitszeit hinausgehen. Grundsätzlich besteht eine Pflicht zur Leistung von Überstunden nur dann, wenn sich diese aus Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder aus dem Individualarbeitsvertrag ergibt. Überstunden fallen auch dann an, wenn vorgeschriebene Pausen nicht eingehalten werden (*BAG BB 93, 1086*).

Auch aus dem Direktionsrecht des AG ergibt sich keine solche Verpflichtung. Eine Pflicht besteht grundsätzlich nur dann, **wenn diese im Arbeitsvertrag oder in Kollektivvereinbarungen vereinbart** ist. Zu beachten sind jedoch die Regelungen zur Arbeitszeit im Arbeitszeitgesetz (*ArbZG*).

Nur in **Ausnahmefällen** können sich aus der Treuepflicht des AN ergeben, z.B.

- wenn ein Notfall nach § 14 Abs. 1 ArbZG gegeben ist, bei dem von zwingenden Arbeitszeitregelungen abgewichen werden darf (*z.B. Erdbeben, Rohrbruch, Zusammenbrechen der Elektrizitäts- oder Wasserversorgung, streikbedingter Ausfall von Arbeitskräften, Verderben von Rohstoffen oder Lebensmitteln, etc.*),
- wenn i.S.v. § 14 Abs. 2 Nr. 1 ArbZG die Nichterledigung das Ergebnis der Arbeiten gefährdet oder einen unverhältnismäßigen Schaden nach sich ziehen würde oder
- bei unaufschiebbaren Vor- und Abschlussarbeiten i.S.v. § 14 Abs. 2 Nr. 2 ArbZG.

Ein Anspruch auf **Überstundenzuschläge** auf die Vergütung muß ebenfalls kollektiv- oder einzelvertraglich vereinbart sein, kann aber auch stillschweigend Vertragsbestandteil werden, wenn der AG in der Vergangenheit regelmäßig Überstundenzuschläge gezahlt hat, z.B. aus betrieblicher Übung oder Branchenüblichkeit ergeben.

## B. Erholungsurlaub / Urlaubsabgeltung

Gesetzlich stehen jedem AN **mindestens 24 Werktagen** (Mo-Sa) Urlaub zu § 3 Abs.1 BUrlG. Besonderheiten bestehen bei Jugendlichen JArbSchG (*abhängig vom Alter*) und Schwerbehinderten § 125 SGB IX (*Zusatzurlaub von 5 Arbeitstagen*).

Abweichende Regelungen, d.h. eine ungünstigere Anzahl von Urlaubstagen, dürfen nur tarifvertraglich vereinbart werden, § 13 BUrlG. Soweit es sich um mehr als den gesetzlichen Mindesturlaub handelt, kann dieser aufgrund des Günstigkeitsprinzips auch einzelvertraglich vereinbart werden.

Nach erfüllter Wartezeit von 6 Monaten seit Aktualisierung, d.h. Arbeitsantritt, des AV kann regelmäßig erst der Urlaub genommen werden, § 4 BUrlG.

Der **Urlaubsanspruch** ist, obwohl er grundsätzlich am Ende des Kalenderjahres erlischt, **bis zum 31.3 des Folgejahres übertragbar**. Voraussetzung hierfür sind dringende betriebliche Gründe (*z.B. Jahresabschlussarbeiten, personelle Engpässe, etc.*) oder solche, die in der Person des AN (*z.B. lang anhaltende Krankheit*) liegen, § 7 Abs. 3 S. 2 BUrlG. Liegen diese Voraussetzungen vor, ist weder ein Antrag noch eine sonstige Handlung des AN's oder AG's für eine Übertragung nötig. Nimmt oder kann der AN den Urlaub nicht bis zum 31.03. des Folgejahres nehmen, erlischt er automatisch, es sei denn, es ist eine weiter reichende Vereinbarung getroffen worden.

Der Urlaub ist regelmäßig **zusammenhängend** zu gewähren, es sei denn, betriebliche Gründe oder solche, die in der Person des AN liegen erfordern eine Teilung, § 7 Abs. 2 BUrlG.

Der Erholungsurlaub wird nicht vom AN genommen, sondern vom AG gewährt. Regelmäßig ist hierfür ein **Antrag** des AN's erforderlich. Ein **Selbstbeurlaubungsrecht** des AN's besteht nicht.

Bei der Urlaubsgewährung hat der AG, soweit dringende betriebliche *Gründe (siehe oben)* oder soziale Berücksichtigung der Urlaubswünsche anderer AN (*Bsp.: AN, der schulpflichtige Kinder statt kinderloser AN in den Schulferien*) nicht entgegenstehen, den Urlaubswunsch des AN zu berücksichtigen.

Ein **Urlaubsabgeltungsanspruch** besteht nur dann, wenn wegen der Beendigung des AV der Urlaub nicht mehr genommen werden kann, § 7 Abs. 4 BUrlG. Ein solcher Anspruch ist allerdings davon abhängig, dass der Urlaubsanspruch noch besteht. Kann der Urlaub beispielsweise nicht bis zum 31.03. des Folgejahres genommen werden, weil der AN über diesen Zeitpunkt hinaus krank ist, dann erlischt auch der Urlaubsabgeltungsanspruch.

## C. Krankheit

Die Verpflichtung, dem AG eine **Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung** vorzulegen, trifft den AN gem. § 5 Abs.1 S. 2 EFZG grundsätzlich nur dann, wenn die Arbeitsunfähigkeit **länger als drei Kalendertage** andauert.

Der AG hat grundsätzlich auch ohne Vorliegen der Bescheinigung **die Vergütung fortzuzahlen**. Verletzt der AN die Anzeigepflicht, so hat das grundsätzlich keine Auswirkungen auf die Entgeltfortzahlung (*BAG DB 71, 2265*). Gegebenenfalls kann der AG gem. § 7 EFZG oder § 273 BGB ein **Zurückbehaltungsrecht** geltend machen. Doch entfällt dieses rückwirkend, wenn der AN später die Arbeitsunfähigkeit nachweist, so dass die Vergütung ab dem ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit ebenfalls zu zahlen hat.

Der Verstoß gegen die Mitteilungspflicht kann allerdings eine **Abmahnung** und im Wiederholungsfalle eine ordentliche oder sogar eine außerordentliche **Kündigung** begründen (*BAG DB 86,2443*)

Hat der AG nicht rechtzeitig für eine Vertretung sorgen können, weil der AN schuldhaft die Arbeitsunfähigkeit nicht oder nicht rechtzeitig mitgeteilt hat, so kann dem AG

möglicherweise ein **Schadensersatzanspruch** zustehen (*LAG Hamm, Urteil vom 23.3.1971, Az. 3 Sa 104/71*).

Der AN hat gem. § 3 Abs.1, 3 EFZG Anspruch auf die volle **Entgeltfortzahlung** für die Dauer von **6 Wochen** gegen den AG, wenn das AV 4 Wochen ununterbrochen bestanden hat. Der AN hat also mit Beginn der 5. Woche Anspruch auf 6 Wochen Entgeltfortzahlung. Nach Ablauf der 6 Wochen endet die Entgeltfortzahlung grundsätzlich und der AN erhält regelmäßig Krankengeld von der Krankenkasse.

Erkrankt der AN mehrfach, so ist die Entgeltfortzahlung davon abhängig, ob es sich um eine **Wiederholungs - oder Fortsetzungskrankheit** handelt.

## 1. Wiederholungserkrankung

Von einer Wiederholungserkrankung spricht man, wenn die Arbeitsunfähigkeit auf **verschiedenen Erkrankungen bzw. verschiedenen Ursachen** beruht. In solchen Fällen entsteht der Anspruch auf die sechswöchige Entgeltfortzahlung jeweils neu.

Voraussetzung für den erneuten Entgeltfortzahlungsanspruch ist jedoch, dass der AN zwischen zwei Erkrankungen gearbeitet oder nur deshalb nicht gearbeitet hat, weil die Zeit arbeitsfrei war oder er nur wenige Stunden arbeitsfähig war, in der er aber keine Arbeitsleistung zu erbringen hatte.

Eine Wiederholungserkrankung liegt auch dann vor, wenn der AN **nur mehrfach hintereinander an derselben Krankheit leidet** – z.B. Grippe, Erkältung, Brüche –, die aber nicht auf einem einheitlichen Grundleiden beruhen.

## 2. Fortsetzungserkrankung

Von einer Fortsetzungserkrankung spricht man, wenn dieselbe Krankheit erneut auftritt und die wiederholte Erkrankung auf **demselben Grundleiden** beruht wie die Vorerkrankung bzw. auf dieselbe chronische Veranlagung des AN zurückzuführen ist.

Regelmäßig kann der AN im Falle einer Fortsetzungserkrankung für alle einzelnen Zeiten der Arbeitsunfähigkeit gem. § 3 Abs. 1 S. 2 EFZG zusammen Entgeltfortzahlung nur für **insgesamt sechs Wochen** beanspruchen.

**In Ausnahmefällen hat der AN** aber auch im Falle einer Fortsetzungserkrankung einen längeren Vergütungsfortzahlungsanspruch, nämlich einerseits gem. § 3 Abs.1 S. 2 Nr.1 EFZG wenn zwischen zwei Zeiträumen der **Arbeitsunfähigkeit mehr als sechs Monate** vergangen sind liegen, so besteht der Anspruch auf Entgeltfortzahlung neu für sechs Wochen, selbst dann, wenn es sich um eine Fortsetzungserkrankung handelt. Die 6 Monate-Frist beginnt am ersten Tag nach Beendigung der Arbeitsunfähigkeit.

Andererseits, gem. § 3 Abs.1 S. 2 Nr.2 EFZG, dann, **wenn zwölf Monate seit Beginn der ersten Arbeitsunfähigkeit** im Zusammenhang mit der Fortsetzungserkrankung verstrichen sind. Die 12 Monats-Frist beginnt am ersten Tag der ersten Arbeitsunfähigkeitsphase der Fortsetzungserkrankung. Unschädlich hierfür ist, wie häufig der AN während des 12 Monats-Zeitraums infolge der Fortsetzungserkrankung arbeitsunfähig war.

## D. Mutterschutz

### 1. Mitteilungspflicht

Gem. § 5 Abs.1 S.1 MuSchG sollen **Schwangere bei Bekanntwerden der Schwangerschaft** dem AG hierüber Mitteilung machen.

Zum Nachweis der Schwangerschaft soll die Schwangere gem. § 5 Abs.1 S.2 MuSchG auf Verlangen des AG's das **Zeugnis eines Arztes** oder einer **Hebamme** vorlegen. Der AG kann nicht das Zeugnis eines bestimmten Arztes verlangen. Die Vorlage kann nicht erzwungen werden. Eine Vorlagepflicht könnte jedoch im Arbeitsvertrag vereinbart werden.

Hinsichtlich der Berechnung der Beschäftigungsverbote ist die Schwangere jedoch gem. § 5 Abs.2 MuSchG verpflichtet, ein schriftliches Zeugnis vorzulegen, aus dem sich der **mutmaßliche Tag der Entbindung** ergibt.



Die **Kosten** des auf Verlangen - nicht jedoch des freiwillig - vorgelegten Zeugnisses trägt der AG, § 5 Abs.3 MuSchG.

## 2. Beschäftigungsverbote

Gem. § 3 Abs.1 MuSchG dürfen Frauen vor der Entbindung nicht beschäftigt werden, wenn nach ärztlichem Attest Leben und **Gesundheit von Mutter und Kind** bei Weiterbeschäftigung gefährdet sind. Ein solches Beschäftigungsverbot darf allerdings nur dann ausgesprochen werden, wenn die Fortdauer der Beschäftigung Leben oder Gesundheit von Mutter oder Kind gefährden, wobei sich diese Gefährdung auch aus den individuellen Verhältnissen der Frau oder aus der Fortdauer der Beschäftigung ergebenden psychisch bedingtem Stress ergeben kann.

Der AG kann bei Vorlage eines ärztlichen Zeugnisses **Rückfragen** wegen des Umfangs stellen, der Arzt darf jedoch keine solchen nach der Begründung des Beschäftigungsverbot es beantworten.

Bei Streitigkeiten über das Vorliegen der Voraussetzungen für ein Beschäftigungsverbot nach § 3 Abs.1 MuSchG trägt der AG die **Beweislast**.

In den letzten **6 Wochen vor der Entbindung** besteht gem. § 3 Abs.2 MuSchG ein gesetzliches Beschäftigungsverbot. Eine Beschäftigung ist unzulässig, es sei denn, die Schwangere erklärt sich ausdrücklich zur Arbeitsleistung bereit.

Gem. § 6 Abs.1 MuSchG beträgt die Schutzfrist grundsätzlich **8 Wochen nach der Entbindung**.

Ausnahmen bestehen gem. § 6 Abs.1 S.2 MuSchG bei Früh- und Mehrlingsgeburten (z.B. *Zwillinge*), wobei sich das Beschäftigungsverbot auf 12 Wochen erhöht. Hierbei handelt es sich um **absolutes Beschäftigungsverbot**, das keinen Verzicht zulässt.

Verstöße gegen Beschäftigungsverbote können **Ordnungswidrigkeiten oder Straftaten** darstellen!

### 3. Mutterschutzlohn

Der Arbeitgeber ist gem. § 11 MuSchG verpflichtet, der Arbeitnehmerin, die außerhalb der Schutzfristen wegen eines **Beschäftigungsverbot**es (z.B. *ärztlich angeordnetes Beschäftigungsverbot, Verbote bestimmter Beschäftigungsarten und Entlohnungsformen, Verbote von Mehr-, Nacht- und Sonntagsarbeit*) mit der Arbeit ganz oder teilweise aussetzen oder wegen dieser Verbote die Beschäftigung oder Entlohnungsart wechseln muss, den Einkommensverlust auszugleichen.

Der Mutterschutzlohn berechnet sich gem. § 11 Abs.1 S.1 MuSchG nach dem Durchschnittsverdienst aus dem Arbeitsentgelt der letzten dreizehn Wochen oder der letzten drei Monate vor dem Monat, in dem der Eintritt der Schwangerschaft *lag* (*Bezugszeitraum*). Der Gesamtverdienst des Bezugszeitraumes ist durch die Zahl der Zeiteinheiten (*Stunden, Tage, Woche, Monate*) für die er gezahlt worden ist, zu dividieren. Berücksichtigungsfähig sind unbezahlte Zeiteinheiten nur, wenn es sich um unentschuldigte Fehlzeiten handelt.

#### Berechnungsformel für Mutterschutzlohn:

Gesamtverdienst im Bezugszeitraum ./ . bezahlte Zeiteinheiten

#### **Bsp.:**

Würde also der Verdienst monatlich ausgezahlt, beträgt der Mutterschutzlohn bei einem Gesamtverdienst von 6300,00 € brutto im Bezugszeitraum : durch 3 Monate = 2100,00 € brutto.

### 4. Mutterschaftsgeld u. Zuschuss zum Mutterschaftsgeld

Für die Zeit der Schutzfristen gem. §§ 3 Abs.2, 6 Abs.1 MuschG sowie für den Tag der Entbindung erhalten Frauen, die Mitglied einer Krankenkasse sind, Mutterschaftsgeld nach den Regeln der Reichsversicherungsordnung (*RVO*). Es ist bei der jeweiligen Krankenkasse vor Beginn der Schutzfrist zu beantragen.

Nach §§ 13 Abs.1 MuSchG, 200 Abs. 1,2 Nr. 1-4 RVO erhalten Frauen für die Zeiten der Schutzfristen einen Zuschuss in maximaler Höhe von 13,00 € pro Kalendertag.

Bei einem **höheren durchschnittlichen Nettoarbeitsentgelt** ist der Differenzbetrag gem. § 14 MuSchG als Zuschuss zum Mutterschaftsgeld vom Arbeitgeber zu zahlen. Bei einem **darunter liegenden Anspruch** wird die Höhe des Mutterschaftsgeldes von der Krankenkasse berechnet und ausgezahlt.

## 5. Kündigungsschutz

Gem. § 9 Abs.1 MuSchG besteht grundsätzlich ein **absoluter Kündigungsschutz** während der Schwangerschaft und bis zum Ablauf von 4 Monaten nach der Entbindung. Das bedeutet, dass jegliche Kündigung, sei es eine ordentliche oder außerordentliche, rechtsunwirksam ist.

Eine Kündigung kann auch nicht wirksam unter dem Vorbehalt erklärt werden, dass diese erst nach Ablauf der Fristen gem. § 9 Abs. 1 MuSchG wirken solle. Eine wirksame Kündigung müsste nach Ablauf der Schutzfristen erneut ausgesprochen werden.

**Ausnahmsweise** ist eine Kündigung durch den AG unter den Voraussetzungen des § 9 Abs.3 MuSchG zulässig, wenn zuvor die oberste Landesbehörde oder die von ihr bestimmte Stelle (z.B. *Landesamt für Arbeitsschutz*) zugestimmt hat.

Für den Fall des Vorliegens der Voraussetzungen kommen für die **Beendigung** des Arbeitsverhältnisses aus **sonstigen Gründen** mit einer Schwangeren, die nicht vom Schutzbereich des § 9 MuSchG umfaßt sind, z.B.

- die Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages
- die Anfechtung nach §§ 119,123 BGB
- Befristung, der Aufhebungsvertrag

- die Sonderkündigung durch die Frau gem. § 10 Abs.1 S.1 MuSchG

in Betracht.

Das Vorliegen der hierfür notwendigen Voraussetzungen bedarf jedoch einer sorgfältigen, auf den **Einzelfall bezogenen gründlichen Prüfung**, da die Rechtsprechung an die Wirksamkeit sehr strenge Anforderungen stellt!

## E. Schädigung des AG durch den AN

Verletzt der AN im Rahmen des Arbeitsverhältnisses schuldhaft die ihm obliegenden arbeitsvertraglichen Pflichten – also entweder die Arbeitspflicht (z.B. **Schlechtleistung** in Form von zu langsamer, flüchtiger Arbeit, fehlerhafte Buchführung, etc.) oder eine der Nebenpflichten (Schutz- und Rücksichtnahmepflichten) und verursacht er dadurch dem AG einen Schaden, kann er gem. §§ 241 Abs.2, 280 Abs.1 BGB oder aus deliktischer Haftung **zum Ersatz verpflichtet** sein.

### 1. Pflichtverletzung

Die Haftung des AN setzt voraus, dass dieser zunächst eine Pflicht- oder Rechtsgutverletzung begangen hat. Einfacher gelagert sind die Fälle, in denen eine Rechtsgüter- wie eine Gesundheits- oder Eigentumsverletzung vorliegt.

Problematischer wird dies allerdings bei dem einer **arbeitsvertraglichen Pflichtverletzung**. Maßgeblich ist hierbei in erster Linie der Arbeitsvertrag. Grundsätzlich gilt ferner, dass die berufsgruppenspezifischen Fertigkeiten und Kenntnisse einzusetzen und erteilte Weisungen zu beachten sind.

### 2. Kausalzusammenhang

Ein Schadensersatzanspruch setzt zudem voraus, dass zwischen der Vertragsverletzung und dem eingetretenen **Schaden** ein ursächlicher, ein **sogeannter Kausalzusammenhang** besteht.

### 3. Schaden

Durch die Pflicht- oder Rechtsgutverletzung muss es zu einem **Schaden** des AG gekommen sein, der dann vorliegt, wenn er Nachteile an seinen Lebens- und Vermögensgütern – insbesondere an seiner Gesundheit oder seinem Eigentum – erleidet.

### 4. Verschulden

Eine Schadensersatzpflicht setzt weiterhin voraus, dass der AN **vorsätzlich** oder **fahrlässig** die Pflichtverletzung begangen hat.

### 5. Beweislast

Vor Gericht und dies stellt oftmals ein großes Problem dar, trägt der AG – abweichend von den allgemeinen Regeln – nach § 619 a BGB regelmäßig die **Beweislast** für das Vorliegen des haftungsbegründenden und –ausfüllenden (*Schadenshöhe*) Tatbestandes.

Ausnahmsweise kann nach den Grundsätzen des Anscheinsbeweises Beweiserleichterung gegeben sein oder der AN muss fehlendes Verschulden nachweisen, wenn die Schadensursache seinem Gefahrenbereich zuzuordnen ist. Er kann sich jedoch bereits dadurch exkulpieren wenn er darlegt, dass er die Pflicht- oder Rechtsgutverletzung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit nicht zu vertreten hat.

### 6. Haftungsverteilung

Die Haftung des AN für Schäden, die er in Ausführung einer betrieblichen Tätigkeit verursacht hat, gilt abhängig vom Verschuldensgrad.

- Vorsätzliches Handeln führt grundsätzlich zu unbeschränkter Haftung
- Grobe Fahrlässigkeit führt grundsätzlich auch zu einer unbeschränkten Haftung, jedoch kann ausnahmsweise eine Haftungsbegrenzung im Einzelfall wegen eines deutlichen Missverhältnisses zwischen Verdienst und Schadensrisiko der Tätigkeit gegeben sein.

- Normale Fahrlässigkeit führt zu einer Schadensteilung, wobei der Umfang der AN-Haftung von Einzelfallumständen, wie z.B. Verhalten in der Vergangenheit, Art u. Schwierigkeit der Tätigkeit, Ausbildung, etc. abhängig ist.
- Bei leichter Fahrlässigkeit besteht grundsätzlich keine Haftung.

## 7. Weitere Rechtsfolgen

### a. Lohnminderung

Grundsätzlich behält in Fällen der Schlechtleistung mangels anderweitiger Vereinbarung der AN den vollen Anspruch auf **Zahlung der Arbeitsvergütung**, auch wenn er diese zu vertreten hat. Der AN wird jedoch, wie vorstehend erörtert, dem AG gegenüber unter Umständen schadensersatzpflichtig. Der AG kann jedoch nur im Rahmen der Pfändungsfreigrenzen, §§ 850 ff ZPO, mit der Arbeitsvergütung aufrechnen.

### b. Kündigung

Durch eine verschuldete und unter Umständen auch durch eine unverschuldete Schlechtleistung kann dem AG ein Recht auf **ordentliche** und in besonderen Fällen auch auf **außerordentliche Kündigung** zustehen.

Allerdings stellen einmalige Verfehlungen, mit denen ein verständiger AG zu rechnen hat, keine wichtigen Grund dar. Grundsätzlich ist zu prüfen, ob nicht eine Abmahnung erforderlich ist (*siehe unten*).

## 8. Personenschäden an Arbeitskollegen

Für Personenschäden, die der AN einem Arbeitskollegen zufügt, greift - bei unvorsätzlichem Verhalten – im Regelfall der **sozialversicherungsrechtliche Haftungsausschluss** nach den Vorschriften der §§ 104 ff SGB VII, wonach eine Haftung ausgeschlossen ist, wenn der AN den Arbeitsunfall durch eine betriebliche Tätigkeit verursacht hat.

## 9. Personenschäden an Dritten

Dritten gegenüber haftet der AN neben dem AG nach **den allgemeinen Haftungsgrundsätzen** des BGB. Die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze der Haftungsbeschränkung wirken nur im Innenverhältnis zwischen AG und AN.

## V. Beendigung des AV

Das AV als Dauerschuldverhältnis kann auf verschiedene Weise für die Zukunft aufgelöst werden. Nachfolgend wird die Beendigung des AV durch die ordentliche Kündigung gem. §§ 620 ff BGB, die Änderungskündigung gem. § 2 KSchG, die außerordentliche (*fristlose*) Kündigung gem. § 626 BGB, der Befristungsablauf gem. §§ 3, 14 ff TzBfG und der Aufhebungsvertrag i.S.v. §§ 241, 305 BGB behandelt.

### A. Kündigung - allgemein

Nachfolgend werden zunächst die Grundlagen einer jeden Kündigung, die Erklärung, der Zugang, etc. dargestellt. Sodann wird auf die einzelnen Arten der Kündigung eingegangen. Diese Darstellungen orientieren sich grundsätzlich an der gesetzlichen Lage und der Rechtsprechung. Im Einzelfall muß jedoch immer eine sorgfältige Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen vorgenommen werden. Insbesondere durch mögliche Abweichungen (*z.B. besonderer Kündigungsschutz, Kündigungsfristen, etc.*) von den gesetzlichen Vorschriften durch unzählige kollektivrechtliche Abweichungen sollte vor Ausspruch einer Kündigung rechtlicher Rat eingeholt werden.

#### 1. Kündigungserklärung

Die Kündigung ist eine einseitige **empfangsbedürftige Willenserklärung** des AN's oder des AG's durch die das AV für die Zukunft aufgelöst werden soll.

Für jede Art der Kündigung gilt, dass sie nur in **schriftlicher Form**, § 623 BGB, wirksam wird. Eine Kündigung per Fax oder e-mail genügt nicht dem Schriftformerfordernis, § 623 BGB.

Die Kündigung ist grundsätzlich ohne **Angabe eines Kündigungsgrundes** wirksam.

Eine Ausnahme gilt nur, wenn entweder gesetzlich, durch kollektivrechtliche oder einzelvertragliche Vereinbarung als konstitutives Wirksamkeitserfordernis die Angabe von Kündigungsgründen vorgeschrieben wird.

Im Berufsbildungsverhältnis beispielsweise ist gem. § 15 Abs. 3 BBiG oder gem. § 9 Abs.3 MuSchuG die Schriftform auch für die Begründung der Kündigung vorgesehen, eine Verletzung führt zur Nichtigkeit der Kündigung.

Die Kündigungsgründe sind regelmäßig so genau zu bezeichnen, dass der Kündigungsempfänger ausreichend klar erkennen kann, was gemeint ist und was ihm zur Last gelegt wird.

## 2. Zugang der Kündigung

Die Kündigung wird nur dann wirksam, wenn sie dem Empfänger zugeht, wofür der Kündigende **beweispflichtig** ist.

Der Beweis des Zugangs der Kündigung stellt nicht selten ein Problem dar. Will der Kündigende sicher gehen, dass die Kündigung zugeht, übergibt er dem Empfänger das Kündigungsschreiben persönlich und lässt sich dies schriftlich bestätigen. Ist dies nicht möglich, so kann er auch durch einen **Zeugen**, der sich zuvor vom Inhalt überzeugt hat, die Kündigung in den Briefkasten des Empfängers einwerfen. Empfehlenswert ist auch die Zustellung durch den **Gerichtsvollzieher** nach den Vorschriften der ZPO.

Beim **Übergabeeinschreiben** geht die Kündigung erst mit Aushändigung durch die Post zu. Unsicheren Beweiswert hat das **Einwurf-Einschreiben**, weil der Absender keinen Nachweis des Einwurfs erhält. Zwar kann er über das Call-Center der Deutschen Post AG einen elektronischen Beleg für die Auslieferung erhalten und der Postzusteller ermittelt werden, doch ist fraglich, ob sich dieser an die Auslieferung



erinnern kann. Außerdem hat er aller Wahrscheinlichkeit nach keine Kenntnis vom Inhalt der Postlieferung.

Der Zugang ist von **entscheidender Bedeutung** unter anderem für die einzuhalten-  
de Kündigungsfrist, aber auch für die grundsätzlich dreiwöchige Klagefrist einer Kün-  
digungsschutzklage zur Geltendmachung der Sozialwidrigkeit, § 4 Abs. 1 S.1 KSchG.

### 3. Anhörung des Betriebsrats u.a.

In Betrieben, in denen ein Betriebsrat besteht, ist dieser gem. § 102 BetrVG vor Aus-  
spruch einer Kündigung anzuhören. Dem Betriebsrat sind die Gründe für die Kündi-  
gung mitzuteilen. Eine Kündigung, die ohne zuvorige Anhörung des Betriebsrats er-  
folgt, ist gem. § 102 Abs.1 S.3 BetrVG unwirksam. Für **leitende Angestellte** gilt ent-  
sprechend § 31 Abs.2 SprAuG, wonach eine Kündigung unwirksam ist, wenn der  
**Sprecherausschuss** zuvor nicht angehört wurde.

Im Anwendungsbereich des BPersVG u. in den Ländern, in denen das Landes-  
PersVG dies vorsieht, ist der **Personalrat** für den Bereich der Arbeiter und Ange-  
stellten im **öffentlichen Dienst** zu beteiligen. Eine Kündigung ist gem. § 79 Abs. 4  
BPersVG unwirksam, wenn sie ohne Beteiligung des Personalrats vorgenommen  
wird.

## B. Ordentliche Kündigung

### 1. Grundsätze

Seitens des AN ist eine Kündigung grundsätzlich **ohne Grund** wirksam. Wichtig ist  
jedoch, dass dieser die Kündigungsfrist, die sich aus Gesetz:

#### § 622 BGB Kündigung von Arbeitsverhältnissen

(1) Das Arbeitsverhältnis eines Arbeiters oder eines Angestellten (Arbeitnehmers) kann mit einer Frist  
von vier Wochen zum Fünfzehnten oder zum Ende eines Kalendermonats gekündigt werden.

(2) Für eine Kündigung durch den Arbeitgeber beträgt die Kündigungsfrist, wenn das Arbeitsverhältnis  
in dem Betrieb oder Unternehmen

1. zwei Jahre bestanden hat, einen Monat zum Ende eines Kalendermonats,
2. fünf Jahre bestanden hat, zwei Monate zum Ende eines Kalendermonats,
3. acht Jahre bestanden hat, drei Monate zum Ende eines Kalendermonats,
4. zehn Jahre bestanden hat, vier Monate zum Ende eines Kalendermonats,
5. zwölf Jahre bestanden hat, fünf Monate zum Ende eines Kalendermonats,
6. fünfzehn Jahre bestanden hat, sechs Monate zum Ende eines Kalendermonats,
7. zwanzig Jahre bestanden hat, sieben Monate zum Ende eines Kalendermonats.

Bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer werden Zeiten, die vor der Vollendung des fünfundzwanzigsten Lebensjahres des Arbeitnehmers liegen, nicht berücksichtigt.

(3) Während einer vereinbarten Probezeit, längstens für die Dauer von sechs Monaten, kann das Arbeitsverhältnis mit einer Frist von zwei Wochen gekündigt werden.

kollektivrechtlicher Vereinbarung oder durch den Individualvertrag ergeben kann (*beachte Gliederungspunkt E*) einhält.

Auch für eine arbeitgeberseitige Kündigung gilt der Grundsatz der **Kündigungsfreiheit**, der jedoch durch besondere *Kündigungsschutzbestimmungen* (z.B. *KSchG*, *MuSchG*, § 85 SGB IX, etc.) stark eingeschränkt ist.

Findet das **Kündigungsschutzgesetz (KSchG)** Anwendung, ist eine soziale Rechtfertigung der Kündigung notwendig. Voraussetzung ist jedoch, dass AN länger als sechs Monate in Betrieben mit mehr als fünf AN beschäftigt sind. In einem solchen Fall hat der AG im Einzelfall konkret zu prüfen, ob ein personen-, verhaltens- oder betriebsbedingter Grund für die Kündigung vorliegt, § 1 Abs.2 KSchG.

## 2. Personen- krankheitsbedingte Kündigung

Eine personenbedingte Kündigung beruht auf Gründen, die sich aus den persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten des AN ergeben. Hierzu zählen mangelnde körperliche oder geistige Eignung, insbesondere Erkrankungen, die die Leistungsfähigkeit des AN erheblich herabsetzen. Eine krankheitsbedingte Kündigung bedarf der besonders sorgfältigen Prüfung, um vor dem ArbG zu bestehen.

Grundsätzlich kommt für eine krankheitsbedingte Beendigung des AV die ordentliche Kündigung in Betracht. Eine außerordentliche *Kündigung* (*siehe Gliederungspunkt*

D.) ist jedoch ausnahmsweise dann möglich, wenn die ordentliche krankheitsbedingte Kündigung ausgeschlossen ist (*BAG BB 93, 291*) z.B. der Fall sein bei:

- besonderem Kündigungsschutz für ältere Arbeitnehmer im Tarifvertrag,
- besonderem Kündigungsschutz für ältere Arbeitnehmer in einer Betriebsvereinbarung,
- besonderem Kündigungsschutz für ältere Arbeitnehmer im Arbeitsvertrag,
- sonstigem besonderem Kündigungsschutz (*z.B. für Amtsträger*).

Beispiele für **personenbedingte Gründe** können sein:

- fehlende Arbeits- und Berufserlaubnis
- Haft
- Krankheit
- Trunkenheit – und Drogensucht
- Betriebsgeheimnis – Verwandtschaft mit einem konkurrierenden Unternehmer
- Fehlende fachliche Eignung

Hinsichtlich der krankheitsbedingten Kündigung wird zwischen verschiedenen Typen unterschieden:

- häufige Kurzerkrankungen (*BAG NZA 00, 768; 94, 309*)  
(*BAG hat als unzumutbar angesehen, wenn der AN in den vergangenen 3 Jahren mehr als 6 Wochen pro Jahr krank war*)
- langandauernde Erkrankungen (*BAG NZA 01, 1071; 99, 979*)
- dauerhafte Leistungsunfähigkeit (*BAG NZA 01, 1071; 99, 152*)
- erhebliche krankheitsbedingte Leistungsminderung (*BAG DB 92, 2196*)

Die Wirksamkeit einer solchen krankheitsbedingten Kündigung wird regelmäßig durch eine dreistufige Prüfung, wobei sich je nach Krankheitstyp Besonderheiten ergeben können, ermittelt.

### **Stufe 1. - Negative Zukunftsprognose**

Eine Kündigung ist hiernach wirksam, wenn der AN in der Vergangenheit wiederholt oder längere Zeit gefehlt hat und auch in Zukunft, bei objektiver Vorausschau, häufige Fehlzeiten, bzw. auf Dauer Arbeitsunfähigkeit zu besorgen sind.

### ***Stufe 2 – Beeinträchtigung des betrieblichen Interesses***

Die Prüfung auf der 2. Stufe muss zu dem Ergebnis gelangen, dass die entstandenen und die prognostizierten Fehlzeiten zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen führt.

### ***Stufe 3 – Interessenabwägung***

Unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist zunächst das Interesse des AN's am Erhalt des Arbeitsplatzes gegenüber dem betrieblichen Interesse des AG's abzuwägen, ob also die betriebliche Beeinträchtigung zu einer unzumutbaren Beeinträchtigung des AG führt. Kann das Fehlen des AN's beispielsweise überbrückt oder aufgefangen werden (*Mehrarbeit, Aushilfen, personelle Umorganisation*), so kommt möglicher Weise eine Änderungskündigung (*siehe Gliederungspunkt C.*) in Betracht.

Die ***Darlegungs- und Beweislast*** für das Vorliegen der Erkrankung in der Vergangenheit, für die Zukunftsprognose und die unzumutbaren betrieblichen Beeinträchtigungen trägt der AG.

## **3. Verhaltensbedingte Kündigung**

Gem. § 1 Abs. 2 S.1 KSchG ist eine Kündigung sozial ungerechtfertigt, wenn sie nicht auf Gründen, die ***in dem Verhalten des AN*** liegen, beruht.

### **a. Kündigungsgründe**

Verhaltensbedingte Gründe können ***Vertragsverletzungen*** sein, die sich aus

- dem Leistungsbereich (*Pflichtverletzungen des AN bei Schlecht- oder Minderleistung, Arbeitsverweigerung und Arbeitsversäumnis*),
- Einstellungsverhandlungen (*Verletzung von Auskunftspflichten o. Vorspiegeln nicht vorhandener Eigenschaften und Fähigkeiten*)
- Verletzung betrieblicher- und außerbetrieblicher Verhaltenspflichten,
- dem persönlichen *Vertrauensbereich* (*durch Annahme von Schmiergeldern o. Vollmachtsmißbrauch*) und
- der Verletzung vertraglicher *Nebenpflichten* (*Treue- und Rücksichtnahmepflichten*)

ergeben.

Hinsichtlich der Vertragsverletzungen wird regelmäßig **schuldhaftes Verhalten** des AN gefordert, was in Einzelfällen jedoch nicht zwingend erforderlich ist (BAG DB 99, 1400).

Als **verhaltensbedingte Gründe** kommen z.B. in Betracht:

- Alkoholmißbrauch ohne Alkoholabhängigkeit
- Arbeitsverweigerung
- Ausländerfeindliche Äußerungen im Betrieb
- Beleidigungen der Vorgesetzten und des AG's
- Mobbing
- Private Telefonate auf Kosten des AG's
- Nebentätigkeit, trotz Vorlage eines ärztlichen Attests wegen Arbeitsunfähigkeit
- Schlechtleistungen trotz Leistungsmöglichkeit
- Selbstbeurlaubung
- Sexuelle Belästigung
- Störungen des Betriebsfriedens
- Verletzung der Anzeige- und Mitteilungspflichten im Krankheitsfall
- Verspätungen
- Unberechtigte Verweigerung der Mitwirkung an einer ärztlichen Untersuchung
- Unentschuldigtes Fehlen

- Unerlaubtes Surfen im Internet aus privatem Anlaß

## b. Negative Prognose

Ein Pflichtverstoß reicht jedoch grundsätzlich nicht aus. Nach dem sog. **Prognoseprinzip** müssen vielmehr zukünftige Vertragspflichtverletzungen zu erwarten sein oder die Störung der vertraglichen Pflichten muss so schwerwiegend sein, dass sie sich auch künftig belastend auswirken wird und aus diesem Grunde eine vertrauensvolle Fortführung des AV als ausgeschlossen erscheinen lässt (BAG NZA 1997, 487 f)

## c. Interessenabwägung

Ob ein sozialwidriges, kündigungsrelevantes Verhalten vorliegt, bedarf zudem unter Berücksichtigung des **Verhältnismäßigkeitsprinzips** einer **Interessenabwägung** zwischen den Arbeitsparteien. Hierbei müssen **alle wesentlichen Umstände** des **Einzelfalles** berücksichtigt werden, die für oder gegen die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers auf seinem bisherigen Arbeitsplatz sprechen. Hier sind die Besonderheiten des Einzelfalles umfassend gegeneinander abzuwägen, da es keine absoluten Kündigungsgründe gibt. Soweit ein entsprechender Vortrag der Parteien vorliegt, müssen im Rahmen der Interessenabwägung,

- **auf Seiten des Arbeitnehmers** Art, Schwere und Häufigkeit des Fehlverhaltens, früheres Verhalten, Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers, Vorliegen eines Verbotsirrtums, Mitverschulden des Arbeitgebers, Dauer der Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Unterhaltspflichten und Arbeitsmarktsituation,
- **auf Seiten des Arbeitgebers** Betriebsablaufstörungen, Arbeits- und Betriebsdisziplin, Vermögensschäden, Wiederholungsgefahr, Ansehenschaden und der Schutz der Belegschaft berücksichtigt werden.

Die gegenläufigen Interessen sind zueinander in ein Verhältnis zu setzen. Nur wenn man hierbei zu dem Ergebnis kommt, dass es dem AG nicht zuzumuten ist, das AV fortzusetzen, ist eine verhaltensbedingte Kündigung wirksam.

Aus dem **ultima ratio Prinzip** folgt jedoch, dass vor Ausspruch einer ordentlichen verhaltensbedingten Kündigung, nach Auffassung des BAG auch bei einer außerordentlichen Kündigung (*siehe Gliederungspunkt D.*), grundsätzlich eine einschlägige **Abmahnung** als zunächst milderer Mittel auszusprechen ist.

#### d. Abmahnung

##### (1) Formelle Anforderungen

Unter einer Abmahnung versteht man den Ausdruck der Mißbilligung eines Verhaltens unter Androhung der Kündigung des AV für den Fall, dass das Verhalten nicht geändert wird (**Warnfunktion**). Zwar ist die Abmahnung keine Willenserklärung im Rechtssinne, sondern eine Willensäußerung, durch die dem AN die Rechtswidrigkeit seines Handelns vor Augen geführt werden soll, doch gelten für das Zugangserfordernis die Regeln wie für den **Zugang** von Willenserklärungen entsprechend (*siehe Gliederungspunkt V.A.2.*).

Die Abmahnung muß ferner **hinreichend bestimmt** sein. Das heißt, die Leistungsmängel müssen konkret (*Ort, Datum, Zeit, Beschreibung des Verhaltens*) bezeichnet und die **Kündigung** für den Wiederholungsfall **angedroht** sein.

Es ist empfehlenswert, eine Abmahnung **schriftlich** auszusprechen. Zwar ist eine nur mündliche Abmahnung wirksam, doch wird diese im Prozess vielfach nicht nachweisbar sein.

##### (2) Abmahnung als Voraussetzung für der Kündigung

Das BAG sieht regelmäßig ein **Abmahnungserfordernis** als Voraussetzung für jede Kündigung, der ein **steuerbares Verhalten** des AN's zugrundeliegt, das der AN zukünftig beseitigen kann (*BAG NZA 97, 1281; 99, 708; 99, 587*).

Nach der Rechtsprechung ist eine Abmahnung erforderlich gewesen, wenn



- ein AN unentschuldigt fehlt
- wiederholt unpünktlich ist
- die Arbeitsunfähigkeit nicht rechtzeitig anzeigt bzw. nachweist
- gegen ein betriebliches Rauch- und Alkoholverbot verstoßen wird
- parteipolitische Betätigung im Betrieb
- etc.

Nur dann, wenn der AN nicht willens oder in der Lage ist, sich vertragstreu zu verhalten, ist eine Abmahnung entbehrlich (*BAG NZA 95, 517*). Ohne vorherige Abmahnung ist eine Kündigung ferner dann möglich, wenn nach Abwägung aller Umstände angesichts von Art, Schwere und Folgen von Pflichtverletzungen billigenswert und angemessen erscheint, dem AN die Rechtswidrigkeit der Pflichtverletzung ohne weiteres erkennbar ist und er mit deren Billigung durch den AG offensichtlich nicht rechnen konnte (*BAG NZA 99, 708*).

Nach der Rechtsprechung ist eine Abmahnung entbehrlich gewesen, bei

- sexueller Zudringlichkeit von Vorgesetztem gegenüber einer Arbeitnehmerin
- strafbaren Handlungen wie Diebstahl, Unterschlagung, Untreue, Betrug
- Tätlichkeiten und Beleidigungen von Vorgesetzten und Arbeitskollegen
- Missbrauch von Stempeluhren
- Schmiergeldannahme

### **(3) Beispiel einer Abmahnung**

Datum .....

Betreff: Abmahnung

Sehr geehrte/r Frau/Herr.....,

Ihr nachfolgend dargestelltes Verhalten gibt uns Veranlassung, Sie auf die ordnungsgemäße Erfüllung Ihrer arbeitsvertraglichen Verpflichtungen hinzuweisen:

*(Es folgt das zu beanstandende Fehlverhalten, das möglichst konkret zu beschreiben ist, insbesondere Ort, Datum, Zeit des Sachverhalts; unnötige subjektive Wertungen sind zu vermeiden).*

Wir können dieses Fehlverhalten nicht unbeanstandet hinnehmen. Bemühen Sie sich daher, dass Ihr

Verhalten/Ihre Arbeitsleistung keinen Anlass mehr zur Klage gibt. Andernfalls müssen Sie mit einer Kündigung Ihres Arbeitsverhältnisses rechnen.

Wir bitten Sie, uns den Erhalt dieser Abmahnung, die wir zu Ihren Personalakten nehmen werden, zu bestätigen.

Mit freundlichen Grüßen

## 4. Betriebsbedingte Kündigung

### a. Betriebliches Erfordernis

Eine betriebsbedingte Kündigung ist i.S.v. § 1 Abs. 2 KSchG nur dann sozial gerechtfertigt, wenn dringende betriebliche Erfordernisse der Weiterbeschäftigung eines Arbeitnehmers entgegenstehen.

Der wirksamen betriebsbedingten Kündigung muss eine unternehmerische Entscheidung zugrundeliegen, durch die auf Grund innerbetrieblicher (z.B. *Rationalisierungsmaßnahmen, Umstellung oder Beendigung der Produktion*) oder außerbetrieblicher (z.B. *Auftragsmangel, Umsatzrückgang, Gewinnverfall, Unrentabilität, etc.*) Ursachen eine **veränderte Arbeitsmenge** im Betrieb erledigt wird und die Kündigung dringlich, also nicht durch andere Maßnahmen ersetzt werden kann.

Die unternehmerische Entscheidung muss auf der zu stellenden **Prognose** beruhen, dass mit Ablauf der Kündigungsfrist ein **Überhang an Arbeitskräften** vorhanden sein würde.

Der AG trägt die **Beweislast** dafür, welche Arbeitsplätze in welchem Umfang von der unternehmerischen Entscheidung betroffen sind.

Eine Beendigungskündigung kommt also nur dann in Betracht, wenn keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit, auch nicht zu geänderten, schlechteren Arbeitsbedingungen möglich sein wird (**ultima ratio Prinzip**).

Besteht eine solche Weiterbeschäftigungsmöglichkeit, so hat der AG vor Ausspruch einer Beendigungskündigung diese für den Arbeitnehmer mildere Möglichkeit zu wählen und ein **Änderungsangebot** zu unterbreiten, ggf. eine Änderungskündigung auszusprechen.

## **Grundsatz:** Änderungskündigung vor Beendigungskündigung

### **b. Sozialauswahl**

Einer wirksamen betriebsbedingten Kündigung muss i.S.v. § 1 Abs. 3 KSchG eine Sozialauswahl vorausgehen, die der Feststellung dient, wer vom Arbeitsplatzverlust betroffen ist.

Die Prüfung, welchen Arbeitnehmern gegenüber eine Kündigung nach Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte ausgesprochen werden kann, erfolgt in drei Abschnitten.

1. Im ersten Schritt ist die sog. auswahlrelevante **Vergleichsgruppe** festzustellen. Dabei ist zu ermitteln, welche AN grundsätzlich in die Sozialauswahl einzuordnen sind, wobei sich der Einbezug der AN in erster Linie nach arbeitsplatzbezogenen objektiven und subjektiven Merkmalen richtet.  
In die Sozialauswahl sind demnach grundsätzlich alle AN einzubeziehen, deren Arbeit auch derjenige verrichten kann, dessen Arbeitsplatz weggefallen ist.
2. In einem zweiten Schritt ist sodann zu ermitteln, ob und ggf. welche AN trotz Zugehörigkeit zu dieser Gruppe aus betriebstechnischen, wirtschaftlichen oder sonstigen berechtigten betrieblichen Erfordernissen der **Sozialauswahl ausgeklammert** werden dürfen, § 1 Abs.3 S.2 KSchG.  
Zu berücksichtigen sind danach insbesondere – **besondere Leistungen und Fähigkeiten**, die die Weiterbeschäftigung eines AN im Interesse eines geordneten Betriebsablaufs erforderlich machen. Allerdings stellt sich unter diesen Voraussetzungen bereits die Frage, ob dieser AN angesichts besonderer Leistungen und Fähigkeiten überhaupt vergleichbar ist, die Grenzen der beiden Prüfungsstufen sind hier fließend.
3. In einem dritten Schritt ist schließlich zu prüfen, welche AN nach den maßgeblichen Sozialauswahlkriterien **am wenigsten schutzwürdig**, damit von einer Kündigung am wenigsten hart betroffen, und deshalb vorrangig zu kündigen sind. Neben den **drei Grunddaten**, der Dauer der Betriebszugehörigkeit, Lebensalter

und Unterhaltungspflichten, sind weiter etwaige Schwerbehinderung, Arbeitsunfall, Berufskrankheit, Pflege von Angehörigen, Alleinerziehung von Kindern, Arbeitsmarktchancen, etc. ausgewogen zu berücksichtigen.

**Beachte:** Kollektivvertraglich (*Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung*) oder in einer Richtlinie nach den Personalvertretungsgesetzen können gem. § 1 Abs.4 KSchG die Parteien festgelegt haben, welche sozialen Gesichtspunkte bei der Sozialauswahl berücksichtigt werden müssen.

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, den Betriebsrat im Rahmen der Anhörung gem. § 102 BetrVG über die Sozialauswahl zu unterrichten.

Der AN hat nach § 1 Abs. 3 S.1 KSchG ferner auf Anfrage einen Anspruch gegen den AG auf Auskunft.

## 5. Beweislastverteilung

Der **AG** hat gem. § 1 Abs.2 S.4 KSchG die Tatsachen, die betriebsbedingten Gründe, der Kündigung darzulegen und zu beweisen.

Der **AN** trägt grundsätzlich die Beweislast dafür, dass die Kündigung deshalb sozial ungerechtfertigt ist, weil der AG bei der Auswahl des zu kündigenden AN's soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat, § 1 Abs. 3 S.3 KSchG.

## 6. Prozessuale Fragen

Will ein AN vor dem Arbeitsgericht mit einer **Kündigungsschutzklage** geltend machen, die Kündigung sei sozial ungerechtfertigt, dann hat er die Klagefrist **von 3 Wochen** ab **Zugang** der Kündigung gem. § 4 KSchG einzuhalten.



## 7. Beispiel einer ordentlichen Kündigung

Eine ordentliche Kündigung könnte beispielsweise wie folgt aussehen:

### Ordentliche Kündigung

Ort, Datum \_\_\_\_\_  
 Frau/Herr \_\_\_\_\_  
 im Hause / Anschrift \_\_\_\_\_

Betr.: Kündigung des Arbeitsverhältnisses

Sehr geehrte Frau/Herr \_\_\_\_\_,  
 hiermit kündigen wir den zwischen uns am \_\_\_\_\_ abgeschlossenen Arbeitsvertrag unter Einhaltung der vertragl. / tarifl. / gesetzl. Frist zum \_\_\_\_\_ Vorsorglich kündigen wir zum nächstmöglichen Termin .

Der Betriebsrat ist vor Ausspruch dieser Kündigung angehört worden. Er hat der Kündigung zugestimmt.

Bis zum Ablauf der Kündigungsfrist stehen Ihnen für das/die Urlaubsjahr/jahre \_\_\_\_\_ noch \_\_\_\_\_ Urlaubstage zu. Diesen Urlaub erteilen wir Ihnen in der Kündigungsfrist.

Sie müssen daher am \_\_\_\_\_ zum letzten Mal zur Arbeit erscheinen.

Ihre Arbeitspapiere werden Ihnen am letzten Arbeitstag ausgehändigt.

Mit freundlichen Grüßen

\_\_\_\_\_  
 Ort, Datum, Unterschrift Arbeitgeber

Das Original der Kündigung habe ich am \_\_\_\_\_ erhalten.

\_\_\_\_\_  
 Ort, Datum, Unterschrift, Arbeitnehmer

## C. Änderungskündigung

Gem. § 2 KSchG versteht man unter Änderungskündigung, wenn der AG das AV kündigt und im Zusammenhang mit der Kündigung die **Fortsetzung des AV zu geänderten Bedingungen anbietet**.

Mit der Änderungskündigung wird also versucht, eine Veränderung der Arbeitsbedingungen zu seinen Gunsten zu erzwingen. Die Änderungskündigung kommt oft als milderer Mittel gegenüber der Beendigungskündigung in Betracht.

Auch die Änderungskündigung durch den AN ist zulässig.

In der Praxis ist jedoch fast ausschließlich die arbeitgeberseitige Änderungskündigung von Bedeutung. Sie hat für den AN den Vorteil, dass er das Angebot der Arbeit unter veränderten Arbeitsbedingungen unter dem Vorbehalt annehmen kann, dass sich diese Änderung als **sozial gerechtfertigt** erweist.

Im Prozess wendet er sich dann nur noch gegen diese Veränderung; verliert er den Prozess, behält er gem. § 2 KSchG seinen Arbeitsplatz, allerdings zu den neuen Bedingungen. Das **Prozessrisiko** ist auf die Änderung der Arbeitsbedingungen beschränkt. Er muß nicht den Verlust seines Arbeitsplatzes befürchten, wenn er sich gegen eine Änderungskündigung gerichtlich zu Wehr setzt. Die Änderungskündigung unterliegt grundsätzlich den Kündigungsbeschränkungen der Beendigungskündigung. Der Maßstab für ihre Wirksamkeit ist jedoch milder.

## D. Außerordentliche Kündigung

Eine außerordentliche Kündigung gem. § 626 BGB, die fristlos oder mit einer Auslaufzeit erklärt werden kann, ist berechtigt, wenn für sie ein gesetzlich vorgesehener Grund (**wichtiger Grund**) besteht und sie wegen dieses Grundes ausgesprochen wird.

### 1. Allgemeine Voraussetzungen

Aus der Kündigungserklärung muss deutlich werden, ob sie außerordentlich mit Auslaufzeit oder ordentlich erklärt wird (**Bestimmtheit**).

Grundsätzlich muss, wie bereits oben dargestellt, die Kündigungserklärung, keinen Grund enthalten. Auf Verlangen des AN hat der AG jedoch gem. § 626 Abs. 2 S.3 BGB den **Kündigungsgrund** schriftlich mitzuteilen.

Zu beachten ist auch gem. § 626 Abs.2 S.1 BGB, dass die **Kündigung nur innerhalb** einer Ausschlussfrist von **2 Wochen** nach dem Bekanntwerden der für die Kündigung maßgeblichen Tatsachen erklärt werden. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Kündigungsberechtigte von den maßgeblichen Tatsachen die sichere und möglichst vollständige Kenntnis erlangt hat (*BAG NZA 94, 409; 89, 105*).

Weiterhin sind natürlich die unter Gliederungspunkt V.A. genannten Voraussetzungen zu beachten.

## 2. Wichtiger Grund

Die **Wirksamkeitsprüfung** einer außerordentlichen Kündigung erfolgt regelmäßig in **zwei Schritten**. Zunächst wird geprüft, ob Tatsachen vorliegen, die einen geeigneten wichtigen Grund darstellen. Sodann ist unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsprinzips eine Interessenabwägung durchzuführen, um festzustellen, ob eine Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist.

Entscheidend für das Vorliegen eines wichtigen Grundes sind objektive Tatsachen, die geeignet sind, das AV mit einem Gewicht eines wichtigen Grundes zu belasten. Solche Tatsachen können z.B. sein:

- ◆ Arbeitsverweigerung
- ◆ Verstoß gegen Arbeitsschutzbestimmungen
- ◆ Beleidigung
- ◆ Ausländerdiskriminierung
- ◆ Nebenbeschäftigung
- ◆ Schmiergelder
- ◆ Bestechung
- ◆ Sektenzugehörigkeit
- ◆ Sexuelle Belästigung



- ◆ Spesenbetrug
- ◆ Eigenmächtiger Urlaubsantritt
- ◆ Tätliche Auseinandersetzungen im Betrieb
- ◆ Private Telefongespräche
- ◆ Trunkenheit
- ◆ Drogenmissbrauch
- ◆ etc.

Hat man festgestellt, dass ein Sachverhalt vorliegt, der einen wichtigen Grund darstellt, ist weiterhin eine **Interessenabwägung** nach den allgemeinen Grundsätzen (*Gliederungspunkt V.B.2.b.*) durchzuführen. In dieser Zumutbarkeitsprüfung sind grundsätzlich alle Umstände zu berücksichtigen, so z.B. auch die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist.

Da die außerordentliche Kündigung **ultima ratio** ist, kann sie nur dann wirksam sein, wenn die Kündigungstatsachen das Ab unzumutbar belasten. Als mildere Mittel sind die **Abmahnung**, die **Änderungskündigung**, **Versetzung** oder **ordentliche Kündigung** in Betracht zu ziehen.

**Beachte:** Eine außerordentliche Kündigung kann gem. § 628 BGB **Schadensersatzansprüche** auslösen.

### 3. Prozessuales

AN, für die das KSchG gilt, können die Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung nur unter Beachtung der §§ 13 Abs.1 S.2, 4 KSchG unter Einhaltung **der 3-wöchigen Klagfrist** geltend machen.

Aber auch diejenigen AN, für die der Schutz des KschG nicht gilt, sollten sich an dieser Frist orientieren, da nach Ablauf einer längeren Frist das Klagerecht verwirkt sein könnte.

## E. Befristungsablauf

Das AV endet, wenn zuvor ein wirksamer befristeter Arbeitsvertrag abgeschlossen wurde, mit **Ablauf der vereinbarten Zeit**, § 15 Abs.1 TzBfG, oder mit Erreichen des Zwecks, frühestens jedoch zwei Wochen nach Zugang der schriftlichen Unterrichtung des AN über den Zeitpunkt der **Zweckerreichung**, § 15 Abs. 2 TzBfG. Die Beendigung erfolgt automatisch, und zwar ohne Rücksicht auf etwaige Kündigungsbeschränkungen.

### Exkurs: Wirksame Befristung

Gem. § 14 Abs.1 S.1 TzBfG ist eine Befristung zulässig, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist.

Gem. § 14 Abs.1 TzBfG liegt ein sachlicher Grund insbesondere vor, wenn

1. der betriebliche Bedarf an der Arbeitsleistung nur vorübergehend besteht,
2. die Befristung im Anschluss an eine Ausbildung oder ein Studium erfolgt, um den Übergang des Arbeitnehmers in eine Anschlussbeschäftigung zu erleichtern,
3. der Arbeitnehmer zur Vertretung eines anderen Arbeitnehmers beschäftigt wird,
4. die Eigenart der Arbeitsleistung die Befristung rechtfertigt,
5. die Befristung zur Erprobung erfolgt,
4. in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe die Befristung rechtfertigen,
6. der Arbeitnehmer aus Haushaltsmitteln vergütet wird, die haushaltsrechtlich für eine befristete Beschäftigung bestimmt sind, und er entsprechend beschäftigt wird oder
7. die Befristung auf einem gerichtlichen Vergleich beruht.

Die Befristung muss **kalendermäßig bestimmt** oder bestimmbar erfolgen.

Die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrages gem. § 14 Abs. 2 S.2 TzBfG ist bei Neueinstellungen grundsätzlich **ohne Sachgrund** bis zu einer **Höchstdauer von zwei Jahren** zulässig; sie ist daher unzulässig, wenn **mit demselben Arbeitge**

**ber bereits (irgendwann) zuvor** ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat.

Im Rahmen dieser Höchstdauer sind gem. § 14 Abs.2 S. TzBfG **maximal drei Verlängerungen** des befristeten Arbeitsverhältnisses erlaubt. Eine wirksame Verlängerung liegt jedoch nur dann vor, wenn diese vor Ablauf der vorausgegangenen Befristung erfolgt, d.h. sie muss jeweils während der Laufzeit des früheren Vertrages geschlossen werden (*BAG DB 01, 874*)

Ohne Sachgrund können auch gem. § 14 Abs.3 TzBfG Arbeitsverträge mit **älteren AN**, die das 58. Lebensjahr vollendet haben, unter den Voraussetzungen des § 14 Abs.3 S.2 TzBfG befristet werden. Die AV mit älteren AN können auch auf eine Zeitdauer von mehr als 2 Jahren und häufiger befristet werden, wobei darauf hinzuweisen ist, dass es nach § 41 IV S. 3 SGB VI (*Altersrente u. Kündigungsschutz*) risikobehaftet ist, diese über die Dauer von 3 Jahren zu befristen.

## F. Aufhebungsvertrag

Die Arbeitsparteien können das AV aus dem Grundsatz der *Vertragsfreiheit* (§§ 241, 311 BGB) auch **einvernehmlich** durch einen Aufhebungsvertrag beenden. Für den Vertragsabschluss gelten unter anderem die allgemeinen Grundsätze für die Abgabe von Willenserklärungen §§ 116 ff BGB, mit den Besonderheiten, die sich aus dem AV ergeben. Vom Aufhebungsvertrag ist der Abwicklungsvertrag zu unterscheiden, dem eine Kündigung vorausgegangen ist. Der Aufhebungsvertrag bedarf gem. § 623 BGB der **Schriftform**.

Grundsätzlich ist es zwar Aufgabe des AN's, sich vor Abschluss eines Vertrages, durch den das Arbeitsverhältnis aufgelöst werden soll, über die rechtlichen Folgen (*Arbeitslosengeld und betriebliche Altersversorgung*) dieses Schrittes Klarheit zu verschaffen.

Den AG können bei Beendigung des AV durch Aufhebungsvertrag aber **besondere Aufklärungs- und Belehrungspflichten** treffen. Insbesondere gilt dies für die betriebliche Altersversorgung. Hinsichtlich sozialversicherungsrechtlicher Folgen gilt dies dann, wenn die Aufhebung des AV vom AG veranlasst wird oder für den AG er

kennbar ist, dass sich der AN nicht über die Folgen und Tragweite seiner Handlung im klaren ist.

Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages hat nicht unerhebliche sozialversicherungsrechtliche Folgen für den AN. Wegen der Beendigung des AV kann gem. § 144 SGB III eine **Sperrfrist** eintreten.

Ferner können etwaige **Abfindungen auf das Arbeitslosengeld angerechnet** werden, § 143 a SGB III, wenn das Arbeitsverhältnis ohne Einhaltung einer der ordentlichen Kündigungsfrist des Arbeitgebers entsprechenden Frist beendet wurde

Die Abfindung ist im Rahmen des § 3 Nr. 9 EStG **steuerfrei**. Falls eine Zusammenballung vorliegt, kann die Abfindung nach §§ 24, 34 EStG steuerlich begünstigt sein.

## Beispiel

Ein Aufhebungsvertrag könnte beispielsweise wie folgt aussehen:

### Aufhebungsvertrag

Zwischen \_\_\_\_\_ (im folgenden "Arbeitgeber")  
und Frau/Herrn \_\_\_\_\_ (im folgenden "Arbeitnehmer")  
wird folgender Aufhebungsvertrag geschlossen:

#### 1. Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Der am \_\_\_\_\_ abgeschlossene Arbeitsvertrag wird auf Veranlassen der Firma, jedoch im gegenseitigen Einvernehmen aufgehoben.

Das Beschäftigungsverhältnis endet dabei unter Einhaltung der Kündigungsfrist mit Ablauf des \_\_\_\_\_

#### 2. Freistellung/Resturlaub

Der Arbeitnehmer wird bis zum Vertragsende unter Fortzahlung der vertraglich vereinbarten Bezüge von seinen vertraglichen Verpflichtungen unwiderruflich freigestellt.

Die Freistellung erfolgt unter Anrechnung noch vorhandener Resturlaubsansprüche

#### 3. Abfindung

Für den Verlust des Arbeitsplatzes erhält der Arbeitnehmer in entsprechender Anwendung der §§ 9, 10 Kündigungsschutzgesetz eine Sozialabfindung in Höhe von \_\_\_\_\_ €

Die Abfindung wird in Höhe von \_\_\_\_\_ € netto, in Höhe des Restbetrages mit dem ermäßig

ten Steuersatz (§§ 24 EStG, 34 EStG) abgerechnet.

Die Abfindung wird mit dem letzten Monatsgehalt an den Arbeitnehmer ausgezahlt.

#### 4. Zeugnis

Der Arbeitnehmer erhält bis spätestens \_\_\_\_\_ ein qualifiziertes Zeugnis, das sich auf Führung und Leistung erstreckt und im rechtlich zulässigen Rahmen Formulierungswünsche des Arbeitnehmers berücksichtigt.

#### 5. Verschwiegenheit/Wettbewerbsverbot

Die Parteien sind sich darüber einig, dass die vertraglich vereinbarte Verschwiegenheitspflicht auch nach Vertragsende fortbesteht.

Wegen des Wettbewerbsverbots wird vollinhaltlich auf § \_\_\_\_\_ des Arbeitsvertrages vom \_\_\_\_\_ Bezug genommen.

#### 6. Vorschüsse und Darlehen

Es besteht Einigkeit darüber, dass der noch bestehende Vorschuss in Höhe von \_\_\_\_\_ € mit der letzten Gehaltsabrechnung verrechnet wird. Das noch bestehende Arbeitgeberdarlehen wird auch nach Beendigung des Anstellungsverhältnisses weitergeführt.

Bezüglich der Einzelheiten der Rückführung sowie der nach Beendigung geltenden Zinsen wird auf die Darlehensvereinbarung vom \_\_\_\_\_ Bezug genommen, die voll inhaltlich neben dieser Vereinbarung gilt.

#### 7. Unterlagen

Der Arbeitnehmer verpflichtet sich, bis spätestens \_\_\_\_\_ folgende Unterlagen zu Händen \_\_\_\_\_ zurückzugeben:

1. \_\_\_\_\_
2. \_\_\_\_\_

#### 8. Dienstwagen

Das überlassene Dienstfahrzeug wird spätestens am \_\_\_\_\_ zurückgegeben. Hierüber wird ein gesondertes Übergabeprotokoll erstellt.

#### 9. Versicherungen

Dem Arbeitnehmer wird das Recht eingeräumt, die für ihn unterhaltenen Versicherungen (\_\_\_\_\_) in eigenem Namen und auf eigene Rechnung fortzuführen.

Der Arbeitnehmer wird sich diesbezüglich mit den jeweiligen Versicherungsgesellschaften ins Benehmen setzen.

#### 10. Kündigungsschutzklage

Die vorsorglich eingelegte Kündigungsschutzklage vom \_\_\_\_\_ wird der Arbeitnehmer zurücknehmen.

#### 11. Widerruf und Bedenkzeit

Der Arbeitnehmer verzichtet ausdrücklich auf Bedenkzeit sowie die Möglichkeit eines Widerrufs sowie auf Hinweise des Arbeitgebers auf mögliche arbeits-, steuer- sowie sozialversicherungsrechtliche Konsequenzen aus diesem.

#### 12. Schlussformel

Mit dieser Vereinbarung sind sämtliche Ansprüche aus dem Vertragsverhältnis, seiner Beendigung und für die Zeit nach Beendigung erledigt und abgegolten, soweit sich aus dieser Vereinba

rung nichts anderes ergibt. Die evtl. Unwirksamkeit einzelner Klauseln dieser Vereinbarung soll die Wirksamkeit der übrigen Klauseln nicht berühren.

Sollte sich der Arbeitnehmer bis zum \_\_\_\_\_ arbeitslos melden und hierdurch auf die Firma Erstattungsverpflichtungen zukommen, verpflichtet sich der Arbeitnehmer bereits jetzt, aus der Abfindung diejenigen Beträge an die Firma zurückzuerstatten, die diese an die BA zu erstatten hat. Der Arbeitnehmer tritt zur Absicherung dieses Rückzahlungsanspruchs bereits jetzt seine Ansprüche auf Leistungen gegenüber dem Arbeitsamt bis zur Höhe des pfändbaren Anteils an die Firma ab. Die Firma nimmt diese Abtretung an.

\_\_\_\_\_  
Ort, Datum, Unterschrift Arbeitgeber

\_\_\_\_\_  
Ort, Datum, Unterschrift Arbeitnehmer

## VI. Zeugnis

Bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses kann der Arbeitnehmer gem. § 630 BGB von seinem Arbeitgeber ein schriftliches Zeugnis verlangen, das über Art und Dauer, auf Wunsch auch über seine Leistungen und die Führung seiner Tätigkeit Auskunft gibt.

Das Zeugnis ist gem. § 630 S.1 BGB schriftlich abzufassen und gem. § 630 S.2 BGB in elektronischer Form unzulässig. Es ist **maschinenschriftlich** und üblicherweise auf Geschäftspapier zu erstellen (*BAG DB 93, 1624*). Wenn der AG normalerweise weißes Papier verwendet, muss der Briefkopf den Namen, die Rechtsform und die Anschrift des Ausstellers beinhalten.

### A. Einfaches Zeugnis

In einem einfachen Zeugnis hat der AG dem AN gem. § 630 S. 1 BGB lediglich die Art und Dauer der Beschäftigung zu bescheinigen, nicht jedoch den Grund oder die Art der Beendigung. Hierdurch soll der AN einen lückenlosen Nachweis über seine bisherige fachliche Tätigkeit erhalten.



## B. Qualifiziertes Zeugnis

Verlangt der AN ein qualifiziertes Zeugnis i.S.v. § 630 S.2 BGB, so muss dieses neben den Angaben eines einfachen Zeugnisses auch Tatsachen und Beurteilung zu Leistung und Führung enthalten.

Die Beurteilung der **Leistung** hat sich an der konkreten Tätigkeit des Arbeitnehmers zu orientieren. In der Regel besteht dieser Teil des Zeugnisses aus der Beurteilung einzelner Kriterien wie z.B. der Leistungsbereitschaft, Arbeitsbefähigung, Arbeitsweise und des Arbeitserfolgs. Bei leitenden Angestellten ist in der Regel auch eine Beurteilung ihrer Führungsqualitäten zu erwarten.

Der Begriff der **Führung** betrifft das Sozialverhalten des Arbeitnehmers gegenüber seinen Kollegen, Vorgesetzten und Dritten, bei leitenden Angestellten auch das Führungsverhalten gegenüber Untergebenen. Außerdienstliches Verhalten darf nur dann erwähnt werden, wenn es Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis hat (*BAG DB 86, 1340*).

Das Zeugnis muss der Wahrheit entsprechen. Auf eine bestimmte Formulierung hat der AN keinen Anspruch. Das Zeugnis ist jedoch nach Form und Stil objektiv abzufassen. Insgesamt muss der Zeugnisinhalt **wohlwollend** sein und darf dem AN das berufliche Fortkommen nicht erschweren. Damit haben zweifelhafte, mehrdeutige und mißverständliche Formulierungen, einmalige Vorkommnisse oder Umstände zu unterbleiben.

Überwiegend geht man in der Praxis von einer fünfstufigen Notenskala aus:

stets zu unserer vollsten Zufriedenheit erledigt	sehr gute Leistung (BAG EzA v. 23.09.1992 zu § 630 BGB Nr. 16)
stets zu unserer vollen Zufriedenheit erledigt	gute Leistung (BAG EzA v. 23.09.1992 zu § 630 BGB Nr. 16)
zu unserer vollen Zufriedenheit erledigt	Befriedigende Durchschnittsleistung (BAG EzA § 630 BGB Nr. 7)
zu unserer Zufriedenheit erledigt	ausreichende Leistung (LAG Hamm LAGE v. 19.10.1990 zu § 630 BGB Nr. 12)
insgesamt zu unserer Zufriedenheit erledigt	mangelhafte Leistung (LAG Köln LAGE v.30.06.1999 zu § 630 BGB Nr.16, 34)
er/sie hat sich bemüht, die ihm/ihr übertragene Arbeit zu unserer Zufriedenheit zu erledigen, oder er/sie führte die übertragenen Aufgaben mit großem Fleiß und Interesse durch	bedeutet eine völlig unzureichende Leistung (BAG DB 1977, 1369)



Wenn der AG den Anspruch des AN's nach einem formell zutreffenden, inhaltlich vollständigen und in der Bewertung richtigen Zeugnisses nicht erfüllt, kann der AN **Klage** auf Erteilung oder Berichtigung des Zeugnisses vor dem Arbeitsgericht erheben.

Die **Beweislast** verteilt sich wie folgt:

Grundsätzlich hat der **AG** darzulegen und zu beweisen, dass er den Anspruch des AN's ordnungsgemäß vollumfänglich erfüllt hat.

Will der **AN** seine Leistungen überdurchschnittlich bewertet haben, so hat er hierfür die notwendigen Tatsachen darzulegen und zu beweisen.

Beurteilt der **AG** die Leistungen als unterdurchschnittlich, so trägt er im Streitfall hierfür die Darlegungs- und Beweislast.

Genügt keiner der Parteien der Darlegungs- und Beweislast, so ist der AG auf eine durchschnittliche Leistung zu verurteilen.

### **Achtung!**

Eine unrichtige oder verspätete Zeugnisausstellung kann zu Schadensersatzansprüchen des AN gem. §§ 280 Abs.1 oder Abs.2 BGB sowie gem. § 826 BGB des AG's gegenüber Dritten führen.