

ZAP

16 | 2019

Zeitschrift für die Anwaltspraxis

28. August

31. Jahrgang

ISSN 0936-7292

Herausgeber: Rechtsanwalt und Notar Dr. Ulrich Wessels, Präsident der Bundesrechtsanwaltskammer • Rechtsanwalt beim BGH Prof. Dr. Ekkehart Reinelt, Karlsruhe • Rechtsanwalt Martin W. Huff, Köln • Prof. Dr. Martin Henssler, Institut für Anwaltsrecht, Universität zu Köln • Rechtsanwältin und Notarin Edith Kindermann, Präsidentin des Deutschen Anwaltvereins • Rechtsanwalt und Notar Herbert P. Schons, Duisburg • Rechtsanwalt Norbert Schneider, Neunkirchen • Rechtsanwalt Dr. Hubert W. van Bühren, Köln **Begründet von:** Rechtsanwalt Dr. Egon Schneider

AUS DEM INHALT

Kolumne

Sport frei! – Nun auch in der Fachanwaltschaft (S. 827)

Anwaltsmagazin

Pläne der neuen Bundesjustizministerin (S. 829) • Positionspapier zum „Pakt für den Rechtsstaat“ (S. 833)
• BGH verschärft Verbot des Erfolgshonorars (S. 834)

Aufsätze

Brändle, Die Rechtsmittelbeschwer im Mietrecht (S. 843)

Horst, Abwehr und Duldung nachbarlicher Immissionen (S. 847)

Holthausen, Fehlerquellen, Strategie und Taktik im Kündigungsschutzprozess (S. 859)

Rohrlich, Virtuelle Kanzlei, Webinare, Video-Beratung & Co. (S. 873)

Eilnachrichten

BVerfG: Europäische Bankenunion verfassungskonform (S. 840)

BGH: Pflichtwidriges Verhalten eines Rechtsanwalts (S. 842)

EuGH: Website mit „Gefällt mir“-Button von Facebook (S. 842)

30
Jahre
ZAP



Individualarbeitsrecht

Fehlerquellen, Strategie und Taktik im Kündigungsschutzprozess

Von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht Dr. JOACHIM HOLTHAUSEN, Köln

Inhalt

- I. Fehler, Strategie und Taktik
- II. Risiken der Kündigung und Streitpotenzial
- III. § 4 KSchG, Drei-Wochen-Klagefrist
- IV. Richtiger Klagegegner
- V. Überschreitung des Schwellenwerts nach § 23 KSchG
- VI. Klageanträge
 - 1. Streitgegenstand
 - 2. Falsche Antragstellung im Kündigungsschutzprozess, Antragsänderung
 - 3. Parteiwille als Auslegungsmaßstab
- VII. Schleppnetzantrag
- VIII. Vertretungsberechtigung, Bestreiten der Vollmacht (§ 180 Abs. 1 BGB)
- IX. Zurückweisung der Kündigung nach § 174 BGB
 - 1. Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts, Heilung oder Genehmigung nicht möglich
 - 2. Sinn und Zweck von § 174 BGB
 - 3. Vollmachtsurkunde (original) oder In-Kennntnis-Setzen
- 4. Unverzügliche Zurückweisung nach § 174 BGB
- X. Schriftform der Kündigung, § 623 BGB
- XI. Inhalt des Kündigungsschreibens, Wille zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses
- XII. Probleme beim Zugang der Kündigung
 - 1. Verfügungsgewalt und Möglichkeit Kenntnis zu nehmen
 - 2. Zugangsvereitelung
 - 3. Darlegungs- und Beweislast für Zugang
- XIII. § 626 Abs. 2 BGB, Zwei-Wochen-Frist
- XIV. Wechselspiel der Stolperfallen im Materiell-Rechtlichen
- XV. Wiedereinstellungsanspruch
- XVI. Diskriminierung, AGG
 - 1. Unwirksamkeit einer diskriminierenden Kündigung
 - 2. Beweis- und Darlegungslast
- XVII. § 54 ArbGG
- XVIII. Vergleichsschluss
- XIX. Fazit

I. Fehler, Strategie und Taktik

Der **Begriff des Fehlers** bezeichnet eine irrtümliche Entscheidung oder Maßnahme. Als **Strategie** wird ein genauer Plan des eigenen Vorgehens bezeichnet, der dazu dient, ein Ziel zu erreichen, und in dem man alle Faktoren, die in die eigene Aktion hineinspielen könnten, von vornherein einzukalkulieren versucht. Unter **Taktik** versteht der Sprachgebrauch ein aufgrund von Überlegungen im Hinblick auf Zweckmäßigkeit und Erfolg festgelegtes Vorgehen (vgl. Duden).

Das **Erkennen und Vermeiden von Fehlerquellen** sowie die richtige Strategie und eine gute Taktik entscheiden sowohl auf Seiten des Arbeitgebers als auch des Arbeitnehmers maßgeblich über **Erfolg** oder **Misserfolg** im **Kündigungsschutzprozess**. Der nachfolgende Beitrag will unter Berücksichtigung der aktuellen arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung **Denkansätze** und **Hinweise** sowohl zu häufig auftretenden Fehlerquellen als auch zur Strategie und Taktik im **Kündigungsschutzprozess** geben.

Kündigungsschutzprozess: Fehlerquellen

II. Risiken der Kündigung und Streitpotenzial

Jede Kündigung – sowohl in der Wartezeit (§ 1 Abs. 1 KSchG) als auch im Kleinbetrieb (§ 23 KSchG) – stellt ein Risiko dar und birgt erhebliches arbeitsrechtliches Streitpotenzial.

Nicht nur Formvorschriften, auch Probleme der Vertretung und Bevollmächtigung, Kündigungsfristen und Sonderkündigungsschutz (vgl. etwa KLEIN, NJW 2017, 852 „Zum Kündigungsschutz schwerbehinderter Arbeitnehmer nach dem Bundesteilhabegesetz“ sowie BAYREUTHER, NZA 2017, 1145 „Das neue Mutterschutzrecht im Überblick“), beschäftigen den Arbeitgeber immer wieder aufs Neue. Die Realisierung und der sichere Nachweis des Zugangs lassen ihn vielfach in der arbeitsrechtlichen Praxis scheitern und der ordnungsgemäßen, fehlerfreien Anhörung des Betriebsrats wird von ihm oft auch nicht die nötige Sorgfalt geschenkt. Hinzutreten komplexe Rechtsszenarien, wie etwa bei der außerordentlichen Verdachtskündigung, die Arbeitgeber trotz der klaren Vorgaben des BAG (vgl. vertiefend zuletzt ASZMONS, SPA 2019, 45) schnell an die Grenzen des in der Unternehmenswirklichkeit Machbaren führen. Die Zwei-Wochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB erweist sich in Kombination mit der erforderlichen Anhörung des Arbeitnehmers ebenso wie die Sozialauswahl (§ 1 Abs. 3 KSchG) und das Verfahren der Massenentlassung (§§ 17, 18 KSchG) als ernst zu nehmender Stolperstein.

Auf Seiten des Arbeitnehmers hingegen wollen die prozessualen/formellen und materiell-rechtlichen Fehler des Arbeitgebers erkannt und taktisch bestmöglich im eigenen Interesse genutzt werden. Eine Zurückweisung der Kündigung nach § 174 Abs. 1 BGB hat unverzüglich zu erfolgen und die Klagefrist von drei Wochen gilt seit dem 1.1.2004 nicht nur für alle Kündigungsschutzklagen. Auch alle anderen, außerhalb des KSchG geregelten Unwirksamkeitsgründe, wie etwa die Nichtanhörung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG oder die Sittenwidrigkeit einer Kündigung, müssen seit dem 1.1.2004 innerhalb von drei Wochen seit Zugang der Kündigung gerichtlich geltend gemacht werden. Weitere Themen für den Arbeitnehmer sind u.a. der Umgang mit einer (unberechtigten) Freistellung, seine (temporäre) Weiterbeschäftigung im Kündigungsschutzprozess (vgl. hierzu MAAß, Juris AnwZert ArbR 13/2018, Anm. 1 und dies., Juris AnwZert ArbR 12/2018, Anm. 2) und die taktische Geltendmachung und Durchsetzung von Annahmeverzugsansprüchen, insbesondere im Bereich der variablen Vergütung (vgl. MEYER, Kündigung im Arbeitsrecht, 2. Aufl., Vorwort).

III. § 4 KSchG, Drei-Wochen-Klagefrist

Im Kündigungsschutzmandat ist sorgsame Eile geboten. Will ein Arbeitnehmer erfolgreich geltend machen, eine schriftliche Kündigung (§ 623 BGB) sei sozial ungerechtfertigt oder aus anderen Gründen rechtsunwirksam, muss er gem. § 4 S. 1 KSchG innerhalb von drei Wochen nach dem Zugang der Kündigung Klage auf die Feststellung erheben, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst worden ist (vgl. weiterführend HOLTHAUSEN, AnwBl 2006, 688 [690]). Wegen § 13 Abs. 1 S. 2 KSchG gilt diese Frist auch für die Klage gegen eine außerordentliche Kündigung (BAG, Urt. v. 18.12.2014 – 2 AZR 163/14, NZA 2015, 635; BAG, Urt. v. 26.9.2013 – 2 AZR 682/12, NZA 2014, 443; BAG, Urt. v. 26.3.2009 – 2 AZR 403/07, NZA 2009, 1146). Wird die Unwirksamkeit der Kündigung nicht rechtzeitig geltend gemacht, gilt sie gem. § 7 KSchG als von Anfang an rechtswirksam. Eine verspätet erhobene Kündigungsschutzklage muss als unbegründet abgewiesen werden (BAG, Urt. v. 18.12.2014 – 2 AZR 163/14, a.a.O.; BAG, Urt. v. 26.9.2013 – 2 AZR 682/12, a.a.O.).

Praxistipps:

Die gebotene Eile bei der Erhebung der Kündigungsschutzklage entbindet den Anwalt mit Blick auf seine Haftung nicht von einer sorgfältigen Prüfung von Angaben des Mandanten bzgl. sog. Rechtstatsachen. Nach der aktuellen Rechtsprechung des BGH zur Anwaltshaftung (vgl. BGH 14.2.2019 – IX ZR 181/17, NJW 2019, 1151) darf der Rechtsanwalt Angaben seines Mandanten, die den Zugang einer Kündigung betreffen, nicht kritiklos seinem weiteren Vorgehen zugrunde legen. Vielmehr muss er sich selbst unter Heranziehung der maßgeblichen rechtlichen Grundsätze Klarheit darüber verschaffen, wann etwa das Kündigungsschreiben als zugegangen anzusehen ist. Ein belastbares Fristenmanagement und eine umfassende Sachverhaltsaufklärung sowie deren aussagekräftige Dokumentation in den Akten sind damit unverzichtbare Grundvoraussetzung jeder anwaltlichen Tätigkeit.

Vorsicht und sorgfältige Prüfung sind auch in vermeintlichen „Befristungsmandaten“ geboten. Die Klagfrist des § 4 KSchG ist auch einzuhalten, wenn die ordentliche Kündigung gegen das Kündigungsverbot des § 15 Abs. 3 TzBfG verstößt, weil ein befristeter Vertrag weder die Möglichkeit vorsieht, das Arbeitsverhältnis ordentlich zu kündigen noch die Anwendbarkeit eines Tarifvertrages vereinbart ist, der ein solches Kündigungsrecht enthält (vgl. BAG, Urt. v. 22.7.2010 – 6 AZR 480/09, NZA 2010, 1142).

IV. Richtiger Klagegegner

Bereits bei der Annahme des Kündigungsschutzmandats sollte sorgfältig darauf geachtet werden, die Parteien mit **zutreffender Bezeichnung** und **korrekter, vollständiger Firmierung** zu erfassen. Auch die **zustellungsfähige Anschrift** und die **Vertretungsverhältnisse des Klagegegners** sind richtig zu benennen (TILLMANN, NZA-Beil. 2015, 117 [120]). Insbesondere gilt es aus Arbeitnehmersicht den **Arbeitgeber korrekt zu identifizieren** und zu **benennen**. Ausgangspunkt bildet dabei das **Kündigungsschreiben**, das aus Gründen größtmöglicher anwaltlicher Vorsicht stets der Kündigungsschutzklage als Kopie und per Telefax vorab beigefügt sein sollte. Wird die **falsche Partei** verklagt, kann das zur **Abweisung der Klage** aufgrund **versäumter Klagfrist** (§ 4 KSchG) und damit zu einem Schaden- bzw. Regressfall auf Seiten des Anwalts führen (zu weiteren problem- und risikobehafteten Fallgestaltungen [gemeinsamer Betrieb, § 613a BGB, u.a.] vgl. HOLTHAUSEN, AnwBl 2006, 688 f.).

V. Überschreitung des Schwellenwerts nach § 23 KSchG

Auch scheinbar gut bekannte und vorschnell als leicht beherrschbar wahrgenommene Rechtsthemen bieten immer wieder aufs Neue Fehler- und Haftungspotenzial. Gerade der (ggf. abgestuften) **Darlegungs- und Beweislast** (vgl. BAG, Urt. v. 16.7.2015 – 2 AZR 85/15, Rn 40, NZA 2016, 161; BAG 24.1.2013 – 2 AZR 140/12, Rn 27, NZA 2013, 726; BAG, Urt. v. 19.12.1991 – 2 AZR 367/91, RzK I 6a Nr. 82) muss im Kündigungsschutzprozess zu jedem Zeitpunkt Aufmerksamkeit geschenkt werden und der eigene **Sachvortrag** nebst **Beweismitteln** hieran angepasst werden. Sonst droht das Unterliegen im Rechtsstreit.

Für das Überschreiten des Schwellenwertes gem. § 23 Abs. 1 S. 2 bzw. S. 3 KSchG trägt der Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast. Einer größeren Sachnähe des Arbeitgebers und etwaigen Beweisschwierigkeiten des Arbeitnehmers ist durch eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast Rechnung zu tragen. Die einen Betrieb i.S.d. § 23 KSchG konstituierende Leitungsmacht wird dadurch bestimmt, dass der Kern der Arbeitgeberfunktionen in personellen und sozialen Angelegenheiten von derselben institutionalisierten Leitung im Wesentlichen selbstständig ausgeübt wird. Entscheidend ist, wo schwerpunktmäßig über Arbeitsbedingungen und Organisationsfragen entschieden wird und in welcher Weise Einstellungen, Entlassungen und Versetzungen vorgenommen werden. Entsprechend der Unterscheidung zwischen „Betrieb“ und „Unternehmen“ in § 1 Abs. 1 KSchG ist der Betriebsbegriff auch in § 23 Abs. 1 KSchG nicht mit dem Unternehmen gleichzusetzen. Der Betriebsbezug des § 23 Abs. 1 KSchG ist verfassungsrechtlich unbedenklich, solange dadurch nicht angesichts der vom Arbeitgeber geschaffenen konkreten Organisation die gesetzgeberischen Erwägungen für die Privilegierung von Kleinbetrieben bei verständiger Betrachtung ins Leere gehen und die Bestimmung des Betriebsbegriffs nach herkömmlicher Definition zu einer sachwidrigen Ungleichbehandlung betroffener Arbeitnehmer führt. Die Durchbrechung des Betriebsbezugs des Schwellenwerts ist demnach nicht schon immer dann geboten, wenn sich das Unternehmen zwar in mehrere kleine, organisatorisch selbstständige Einheiten gliedert, insgesamt aber mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt (BAG, Urt. v. 2.3.2017 – 2 AZR 427/16, NZA 2017, 859). Arbeitnehmer zählen für die Bestimmung der Betriebsgröße i.S.d. § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG nur mit, wenn sie in die betriebliche Struktur eingebunden sind. Dafür ist erforderlich, dass sie ihre Tätigkeit für diesen Betrieb erbringen und die Weisungen zu ihrer Durchführung im Wesentlichen von dort erhalten. Gelegentliche Besuche eines Betriebs in einem Unternehmen mit mehreren Betriebsstätten im Rahmen von Meetings und Präsentationen reichen für eine Einbindung in den Betrieb nicht aus (BAG, Urt. v. 19.7.2016 – 2 AZR 468/15, NZA 2016, 1196). Bei der Bestimmung der Betriebsgröße i.S.v. § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG sind im Betrieb beschäftigte Leiharbeiter zu berücksichtigen, wenn ihr

Kündigungsschutzprozess: Fehlerquellen

Einsatz auf einem „in der Regel“ vorhandenen Personalbedarf beruht. Da § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG auf die „in der Regel“ im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer abstellt, kommt es für die Betriebsgröße nicht auf die zufällige tatsächliche Anzahl der Beschäftigten im Zeitpunkt des Kündigungszugangs an. Maßgebend ist die Beschäftigungslage, die im Allgemeinen für den Betrieb kennzeichnend ist. Zur Feststellung der regelmäßigen Beschäftigtenzahl bedarf es deshalb eines Rückblicks auf die bisherige personelle Stärke des Betriebs und einer Einschätzung seiner zukünftigen Entwicklung. Zeiten außergewöhnlich hohen oder niedrigen Geschäftsanfalls sind dabei nicht zu berücksichtigen (BAG, Urt. v. 24.1.2013 – 2 AZR 140/12, NZA 2013, 726).

Praxistipp:

Regress droht für den Anwalt, wenn er den Mandanten nicht ordnungsgemäß über den Kleinbetriebs-einwand des § 23 Abs. 1 S. 2 und 3 KSchG belehrt. Der Anwalt, der seinen Mandanten nicht nachvollziehbar darüber aufgeklärt hat, welche Beschäftigten bei der Prüfung, ob ein Kleinbetrieb nach dem KSchG vorliegt, zu berücksichtigen sind, darf von seinem Mandanten keine zuverlässige Antwort über die Anzahl der Beschäftigten erwarten (vgl. BGH, Urt. v. 18.11.1999 – IX ZR 420/97, NJW 2000, 730; BRODSKI, DB 2019, 834 [835]).

VI. Klageanträge

1. Streitgegenstand

Der Gegenstand eines arbeitsgerichtlichen Urteilsverfahrens wird durch den gestellten Antrag und dem ihm zugrunde liegenden **Lebenssachverhalt** bestimmt (**zweigliedriger Streitgegenstandsbegriff**). Der Streitgegenstand erfasst alle Tatsachen, die ausgehend vom Standpunkt der Parteien bei einer natürlichen, den Sachverhalt seinem Wesen nach erfassenden Betrachtung zu dem zu entscheidenden Tatsachenkomplex gehören, den der Kläger dem Gericht unterbreitet hat (BAG, Urt. v. 21.11.2017 – 1 AZR 131/17, NZA 2018, 384). Die **Streitgegenstandslehre** ist keine zu vernachlässigende Rechtstheorie, sondern die **grundlegende prozessuale Leitlinie** (vgl. WEIßENFELS, NZA 2019, 810 und NIEMANN, NZA 2019, 65), um das **Rechtsschutzverlangen** konkret zu erfassen und damit eine richtige **Antragstellung** im Klageverfahren sicherzustellen. Der Zweite Senat führt hierzu aus (BAG, Urt. v. 26.9.2013 – 2 AZR 682/12, Rn 18 m.w.N.):

„Der Umfang der Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung im Kündigungsschutzprozess bestimmt sich nach dem Streitgegenstand. Gegenstand einer Kündigungsschutzklage mit einem Antrag nach § 4 S. 1 KSchG ist die Frage, ob das Arbeitsverhältnis der Parteien aus Anlass einer bestimmten Kündigung zu dem in ihr vorgesehenen Termin aufgelöst worden ist. Die begehrte Feststellung erfordert nach dem Wortlaut der gesetzlichen Bestimmung eine Entscheidung über das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zum Zeitpunkt der Kündigung. Mit der Rechtskraft des der Klage stattgebenden Urteils steht deshalb regelmäßig fest, dass jedenfalls bei Zugang der Kündigung ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien bestanden hat, das nicht schon zuvor durch andere Ereignisse aufgelöst worden ist.“

2. Falsche Antragstellung im Kündigungsschutzprozess, Antragsänderung

Verdeutlichen lässt sich das Vorstehende an der **Änderungskündigung** und dem nach § 4 S. 2 KSchG im Vergleich zur Beendigungskündigung abweichenden Klageantrag im Änderungskündigungsschutzverfahren (vgl. NIEMANN, NZA 2019, 65). Während der gegen die Beendigungskündigung gerichtete Antrag nach § 4 S. 1 KSchG lautet: „Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung des Arbeitgebers/der Beklagten mit Schreiben vom (Datum) nicht aufgelöst worden ist.“, ist der Antrag im Fall der Änderungskündigung und Vorbehaltsannahme durch den Arbeitnehmer nach § 2 KSchG gem. § 4 S. 2 KSchG auf die Feststellung zu richten, „dass die Änderung der Arbeitsbedingungen sozial ungerechtfertigt oder aus anderen Gründen rechtsunwirksam ist“.

„Im Eifer des Gefechts“ geht in der Praxis hier oft Einiges durcheinander, wie die einschlägige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts belegt. Schnell ist beim „Diktat nach Muster“ oder der Vorbereitung einer „Standardkündigungsschutzklage“ ein Beendigungsschutzantrag gestellt, obwohl tatsächlich abweichend nach erklärter Vorbehaltsannahme ohne Bestandsschutzrisiko (§ 2 KSchG), ein **Vertragsinhaltschutz** auf Seiten des Arbeitnehmers verfolgt wird (vgl. BAG, Urt. v. 21.5.2019 – 2 AZR 26/19, vorgehend LAG Düsseldorf, Urt. v. 28.11.2018 – 12 Sa 402/18). Sowohl das BAG als auch das LAG Düsseldorf vertreten die Auffassung, dass ein Arbeitnehmer bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz noch zu einem Änderungsschutzantrag übergehen kann, wenn er bei einer unter Vorbehalt angenommenen Änderungskündigung innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Änderungskündigung nur einen Beendigungsschutzantrag erhebt. Und auch im **umgekehrten Fall** wahrt ein **Änderungsschutzantrag** nach § 4 S. 2 KSchG die Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG für eine nachfolgende **Beendigungskündigung**, die vor dem oder zeitgleich mit dem „Änderungstermin“ der ersten Kündigung wirksam werden soll, jedenfalls dann, wenn der Kläger die Unwirksamkeit der Folgekündigung noch vor Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz mit einem Antrag nach § 4 S. 1 KSchG geltend macht (vgl. BAG, Urt. v. 24.5.2018 – 2 AZR 67/18, NZA 2018, 1127). Dieses Ergebnis ist jedoch in erster Linie der **Nähe der prozessualen Streitgegenstände** sowie den §§ 6 (analog) und 7 KSchG geschuldet. Der sorgfältig arbeitende anwaltliche Berater sollte sich erst gar nicht der Diskussion und dem Risiko aussetzen, ob eine Antragsänderung mit Blick auf die Umstände des Einzelfalls möglich ist und rechtzeitig erfolgte. Er sollte im **Interesse des Mandanten** und im **wohlverstandenen Eigeninteresse** (Reputation und Haftung) nach umfassender, wohlüberlegter Prüfung direkt den richtigen Antrag stellen.

3. Parteiwille als Auslegungsmaßstab

Im Rahmen der Beurteilung der ordnungsgemäßen Erhebung einer Kündigungsschutzklage ist der **geäußerte Parteiwille**, wie er aus der Klageschrift und den sonstigen Umständen erkennbar wird, entscheidend. Dabei ist im arbeitsgerichtlichen Verfahren ein **großzügiger Maßstab** anzulegen, was von den Arbeitsgerichten erfahrungsgemäß auch so praktiziert wird. Die Darlegung aller klagebegründenden Tatsachen, wie die Erfüllung der kündigungsschutzrechtlichen Voraussetzungen nach § 1 Abs. 1 KSchG und § 23 Abs. 1 KSchG, gehört nicht zur Zulässigkeit der Kündigungsschutzklage, sondern zur Schlüssigkeit des Sachvortrags. Ihr Fehlen führt demnach nicht zur Unzulässigkeit der Kündigungsschutzklage, sondern zu deren Unbegründetheit (BAG, Urt. v. 18.7.2013 – 6 AZR 420/12, NZA 2014, 109).

Praxistipp:

Auch wenn die Arbeitsgerichte bei der Beurteilung eines Klageantrags einen großzügigen Maßstab anlegen sowie gem. § 139 Abs. 1 ZPO Hinweise geben und auf eine sachdienliche Antragstellung hinwirken können (vgl. § 61a ArbGG), entbindet dies den Anwalt nicht von einer sorgfältigen Bearbeitung. Es gilt der Grundsatz des „sichersten Wegs“ zur Erreichung des angestrebten Rechtsschutzziels.

VII. Schleppnetzantrag

Aufklärungs- und Informationspflichten gegenüber seinem Mandanten treffen den beratenden **Anwalt** immer dann, wenn ihm seine berufliche Erfahrung nahelegt, dass sein Mandant in bekannten Fallkonstellation in Un- oder Fehlkenntnis möglicherweise Fehler mit für ihn nachteiligen Rechtsfolgen begeht oder gebotene, insbesondere fristgebundene Handlungen unterlässt. Mit Blick auf die **Klagefrist** des § 4 KSchG und den **punktuellen Streitgegenstandsbegriff** muss der in Kündigungssachverhalten beratende Anwalt dabei immer den Ausspruch von **Mehrfach- oder Folgekündigungen** durch den Arbeitgeber bzw. seine Vertreter (auch dessen Anwalt) im Blick behalten sowie seinen Mandanten gezielt im Hinblick auf solche weiteren Kündigungen befragen und über die richtige, Rechtsverluste ausschließende Vorgehensweise gegen diese Kündigungen unterrichten.

Der Schleppnetzantrag als **allgemeiner Feststellungsantrag** ist eine klägerseitige Reaktion und **anwaltliche Vorsichtsmaßnahme** auf das prozesstaktische Arbeitgeberverhalten in Form der Mehrfach-

Kündigungsschutzprozess: Fehlerquellen

kündigung. Da aufgrund des **punktuellen Streitgegenstands** nach § 4 KSchG die Kündigungsschutzklage immer nur die **konkret benannte Kündigung** angreift, vermag sie auch nur bezüglich dieser Kündigung die Drei-Wochen-Klagefrist zu wahren. Daher muss im Regelfall jede erneut ausgesprochene Kündigung gesondert mit einer Kündigungsschutzklage, die im Wege der Klageerweiterung nach § 263 ZPO rechtshängig gemacht werden kann, angegriffen werden. Eine Ausnahme gilt nur für den sog. **Schleppnetzantrag**, der der Sache nach ein **allgemeiner Feststellungsantrag** nach § 256 ZPO mit dem Inhalt ist, festzustellen, „*dass das Arbeitsverhältnis auch nicht durch andere Kündigungstatbestände beendet worden ist, sondern ungekündigt fortbesteht*“. Dieser Klageantrag bedarf einer **besonderen Begründung** hinsichtlich seiner **Zulässigkeit** (vgl. BAG, Ur. v. 26.9.2013 – 2 AZR 682/12, NZA 2014, 443, Rn 31 ff.). Fehlt das Rechtsschutzinteresse, über den punktuellen Streitgegenstand hinaus **das Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses feststellen zu lassen**, ist der allgemeine Feststellungsantrag zwar unzulässig. Im Falle weiterer ausgesprochener Kündigungen erfasst er diese gleichwohl aber und wahrt auf diese Art und Weise die Klagefrist, insbesondere bei solchen Kündigungen, die anzugreifen zunächst übersehen worden ist (vgl. TILLMANN, NZA-Beil. 2015, 117 (119); FELDMANN/SCHUHMANN, JuS 2017, 214). Entsprechend stellt der Zweite Senat (BAG, Ur. v. 26.9.2013 – 2 AZR 682/12, a.a.O.) fest:

„Erhebt der Arbeitnehmer binnen dreier Wochen nach Zugang einer Kündigung eine allgemeine Feststellungsklage i.S.v. § 256 Abs. 1 ZPO, mit der er den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses geltend macht und die Wirksamkeit jeglichen potentiellen Auflösungsstatbestands in Abrede stellt, hat er die Frist des § 4 S. 1 KSchG jedenfalls dann gewahrt, wenn er die fragliche Kündigung noch bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz – nunmehr konkret bezeichnet – in den Prozess einführt und auf sie bezogen einen punktuellen Kündigungsschutzantrag stellt.“

Nach der Rechtsprechung ist der Arbeitnehmer nach Kenntnis von einer weiteren Kündigung also gehalten, diese Kündigung konkret in den Prozess einzuführen und unter Einschränkung des allgemeinen Feststellungsantrags i.S.v. § 264 Nr. 2 ZPO einen dem Wortlaut des § 4 KSchG entsprechenden Klageantrag zu stellen. Dabei ist es zur **Wahrung der Frist des § 4 KSchG** ausreichend, wenn sich der Arbeitnehmer auf die **Unwirksamkeit der weiteren Kündigung** noch **vor Schluss der mündlichen Verhandlung in erster Instanz** beruft.

Praxistipp:

Um auf der „**sicheren Seite**“ zu sein und um Störfallkonstellationen mit Blick auf die Klagefrist nach § 4 KSchG bestmöglich abzufedern, sollte der **Schleppnetzantrag in Form des beschriebenen Feststellungsantrags** zum Standardrepertoire bei der Erhebung einer Kündigungsschutzklage zählen. **Bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz** muss man aber auf Klägerseite in eine abschließende Bestandsaufnahme der anzugreifenden Kündigungen eingetreten sein und die **Klageanträge** entsprechend dem Vorstehenden **konkretisiert** haben. Sonst vermag einen auch der Schleppnetzantrag im Kündigungsschutzprozess nicht zu retten.

VIII. Vertretungsberechtigung, Bestreiten der Vollmacht (§ 180 Abs. 1 BGB)

Im Kündigungsrecht gilt der Grundsatz, dass „**nur der Richtige**“ wirksam kündigen kann. Diese wenig überraschende Erkenntnis sorgt gleichwohl auf Arbeitgeberseite oft für rechtliche Probleme. Die **Rechtsform des Arbeitgebers** (Personengesellschaft, AG, GmbH, Behörde/öffentliche Verwaltung) und die **internen Vorgaben** (Satzung u.a.) wollen diesbezüglich ebenso wie die **Vertretungsberechtigung** bei Ausspruch der Kündigung geprüft werden, um ein tragfähiges rechtliches Ergebnis zu erzielen.

Bei einer Kündigung als einseitigem Rechtsgeschäft ist nach § 180 S. 1 BGB eine Vertretung ohne Vertretungsmacht unzulässig (BAG, Ur. v. 10.4.2014 – 2 AZR 684/13, NZA 2014, 1197; BAG, Ur. v. 16.12.2010 – 2 AZR 485/08, NZA 2011, 571). Hat aber derjenige, welchem gegenüber ein solches Rechtsgeschäft vorzunehmen war, die von dem Vertreter behauptete Vertretungsmacht bei der Vorname des Rechtsgeschäfts nicht beanstandet, finden gem. § 180 S. 2 BGB die Vorschriften über

Verträge entsprechende Anwendung. Das bedeutet u.a., dass das Rechtsgeschäft nach § 177 Abs. 1 BGB genehmigt werden kann (BAG, Urt. v. 10.4.2014 – 2 AZR 684/13, a.a.O.). Im Fall des (formwirksamen) Ausspruchs einer Kündigung durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht beginnt die Klagfrist des § 4 KSchG erst mit dem Zugang der Genehmigung des Arbeitgebers beim Arbeitnehmer (BAG, Urt. v. 6.9.2012 – 2 AZR 858/11, NZA 2013, 524).

In der Praxis stellt sich oft das **Erfordernis einer Gesamtvertretung** bei Erklärung und Abgabe einer Kündigung (Stichwort: „zwei lesbare bzw. identifizierbare Unterschriften“). Die **Sicherstellung einer korrekten Vertretung** ist eine unverzichtbare Grundvoraussetzung, um möglichen Angriffen und Rügen des Arbeitnehmers diesbezüglich im Ansatz die Grundlage zu nehmen. Im Kündigungsschutzprozess spielen insoweit immer die §§ 174 und 180 BGB zusammen, wobei nicht immer sauber zwischen beiden Vorschriften und ihrem rechtlichen Anwendungsbereich abgegrenzt wird, wie beispielhaft die Leitsätze des BAG in seiner Entscheidung vom 18.12.1980 (2 AZR 980/78, NJW 1981, 2374) anschaulich verdeutlichen. Der Zweite Senat stellt in der vorbenannten Entscheidung fest:

„1. Zwei Geschäftsführer, die nur zusammen zur Vertretung einer GmbH berechtigt sind, können ihre Gesamtvertretung in der Weise ausüben, dass ein Gesamtvertreter den anderen intern formlos zur Abgabe einer Willenserklärung ermächtigt und der zweite Gesamtvertreter allein die Willenserklärung abgibt.

2. Die Ermächtigung i.S.v. Nr. 1 ist eine Erweiterung der gesetzlichen Vertretungsmacht, auf die die Vorschriften über die rechtsgeschäftliche Stellvertretung entsprechend anzuwenden sind. Das gilt auch für die §§ 174, 180 BGB, so dass ein Arbeitnehmer, dem einer von mehreren Gesamtvertretern einer GmbH kündigt, die Kündigung unverzüglich mit der Begründung zurückweisen kann, eine Ermächtigungsurkunde sei nicht vorgelegt worden.

3. Die Zurückweisung der Kündigung aus diesem Grunde braucht zwar nicht ausdrücklich zu erfolgen. Sie muss sich aber aus der Begründung oder aus anderen Umständen eindeutig und für den Kündigenden zweifelsfrei erkennbar ergeben.“

Konzern-Zeichnungsrichtlinien und im Intranet hinterlegte Kündigungsberechtigungen bieten ebenso wie **unzutreffend bzw. bedeutungsfalsch verwandte Zusätze** („i.A.“ statt „i.V.“) formelle Angriffsmöglichkeiten gegen die von einem Arbeitgeber ausgesprochene Kündigung. Ein „beliebter Streitpunkt“ in diesem Kontext ist, ob der Erklärungsempfänger (Arbeitnehmer) davon in Kenntnis gesetzt wurde, dass der Erklärende (kündigender Vertreter) die zur Kündigung berechtigende Stellung tatsächlich innehatte (vgl. nachstehend).

Praxistipp:

Beanstandet der Arbeitnehmer die fehlende Kündigungsberechtigung mit einem Einschreiben gegen Rückschein oder einem anderen gerichtsverwertbaren Zugangsnachweis unmittelbar nach Erhalt/Zugang der Kündigung, ist eine Genehmigung durch den Arbeitgeber nicht mehr möglich. Die Kündigung muss dann vom Berechtigten, sofern noch möglich, wiederholt werden.

IX. Zurückweisung der Kündigung nach § 174 BGB

1. Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts, Heilung oder Genehmigung nicht möglich

Nach § 174 S. 1 BGB ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, das ein Bevollmächtigter einem anderen gegenüber vornimmt, unwirksam, wenn der Bevollmächtigte eine Vollmachtsurkunde nicht vorlegt und der andere das Rechtsgeschäft aus diesem Grund unverzüglich zurückweist. Folge der Zurückweisung i.S.d. § 174 S. 1 BGB ist – unabhängig vom Bestehen einer Vollmacht – die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts. Eine Heilung oder Genehmigung nach § 177 BGB scheidet aus (BAG, Urt. v. 19.4.2007 – 2 AZR 180/06, Rn 37, AP Nr. 20 zu § 174 BGB; BAG, Urt. v. 20.9.2006 – 6 AZR 82/06, Rn 33, NZA 2007, 377 = BAGE 119, 311).

Kündigungsschutzprozess: Fehlerquellen

2. Sinn und Zweck von § 174 BGB

§ 174 BGB dient dazu, bei einseitigen Rechtsgeschäften klare Verhältnisse zu schaffen. Der Erklärungsempfänger ist zur Zurückweisung der Kündigung berechtigt, wenn er keine Gewissheit darüber hat, dass der Erklärende tatsächlich bevollmächtigt ist und sich der Arbeitgeber dessen Erklärung deshalb zurechnen lassen muss (BAG, Urt. v. 25.9.2014- 2 AZR 567/13, Rn 19, NZA 2015, 159; BAG, Urt. v. 14.4.2011 – 6 AZR 727/09, Rn 23, BAGE 137, 347; BAG, Urt. v. 29.10.1992 – 2 AZR 460/92, NZA 1993, 307). Der Empfänger einer einseitigen Willenserklärung soll nicht nachforschen müssen, welche Stellung der Erklärende hat und ob damit das Recht zur Kündigung verbunden ist oder üblicherweise verbunden zu sein pflegt. Er soll vor der Ungewissheit geschützt werden, ob eine bestimmte Person bevollmächtigt ist, das Rechtsgeschäft vorzunehmen (BAG, Urt. v. 25.9.2014- 2 AZR 567/13, a.a.O.; BAG, Urt. v. 14.4.2011 – 6 AZR 727/09, a.a.O.; BAG, Urt. v. 20.9.2006 – 6 AZR 82/06, Rn 46, 52, a.a.O.).

3. Vollmachtsurkunde (original) oder In-Kenntnis-Setzen

Gewissheit können eine **Vollmachtsurkunde** oder ein **In-Kenntnis-Setzen** schaffen. Das In-Kenntnis-Setzen nach § 174 S. 2 BGB muss ein gleichwertiger Ersatz für die Vorlage einer Vollmachtsurkunde sein (BAG, Urt. v. 25.9.2014- 2 AZR 567/13, a.a.O.; BAG, Urt. v. 14.4.2011 – 6 AZR 727/09, a.a.O.; BAG, Urt. v. 20.8.1997 – 2 AZR 518/96, NZA 1997, 1343). Gemäß § 174 S. 2 BGB liegt ein In-Kenntnis-Setzen auch dann vor, wenn der Arbeitgeber bestimmte Mitarbeiter – z.B. durch die **Bestellung zum Prokuristen, Generalbevollmächtigten oder Leiter der Personalabteilung** – in eine Stelle berufen hat, mit der üblicherweise ein **Kündigungsrecht** verbunden ist. Dabei reicht die interne Übertragung einer solchen Funktion nicht aus. Erforderlich ist, dass sie auch **nach außen im Betrieb ersichtlich** ist oder eine **sonstige Bekanntmachung** erfolgt. Der Erklärungsempfänger muss davon in Kenntnis gesetzt werden, dass der Erklärende die Stellung tatsächlich innehat. Eine Zurückweisung der Kündigung nach § 174 S. 2 BGB scheidet auch dann aus, wenn der **kündigende Personalleiter** zugleich (**Gesamt-**)**Prokurist** ist und die **im Handelsregister publizierte Prokura** sein – alleiniges – Handeln nicht deckt. Es genügt, dass der Kündigungsempfänger aufgrund der – ihm bekannten – **Stellung des Kündigenden als Personalleiter** von einer ordnungsgemäßen Bevollmächtigung zum alleinigen Ausspruch von Kündigungen ausgehen muss. Ob der Personalleiter zugleich eine ausreichende Vertretungsmacht als (**Gesamt-**)**Prokurist** besitzt, ist grds. ohne Belang. Aus dem Umstand, dass ein Personalleiter das Kündigungsschreiben mit dem Zusatz „ppa“ unterzeichnete, folgt nichts anderes. Nach § 51 HGB hat ein Prokurist in der Weise zu zeichnen, dass er der Firma seinen Namen mit einem die Prokura andeutenden Zusatz beifügt. Der Zusatz soll klarstellen, dass der Erklärende als Prokurist für den Inhaber handelt. Der Gesamtprokurist zeichnet selbst dann mit dem gewöhnlichen Prokurazusatz, wenn er allein mit interner Zustimmung des anderen Gesamtprokuristen handelt. Der **Personalleiter** kann deshalb auch bei einem Handeln als **Gesamtprokurist** eine **alleinige Vertretungsbefugnis zum Ausspruch von Kündigungen** aufgrund interner Bevollmächtigung in Anspruch nehmen (BAG, Urt. v. 25.9.2014 – 2 AZR 567/13, a.a.O.).

4. Unverzügliche Zurückweisung nach § 174 BGB

Die **Zurückweisung** eines einseitigen Rechtsgeschäfts nach **mehr als einer Woche** ist auch, wenn man dem Zurückweisenden einer **angemessene Überlegungsfrist** und die **Möglichkeit, Rechtsrat einzuholen**, zubilligt, nach herrschender Ansicht nicht mehr unverzüglich i.S.d. § 174 BGB, wenn nicht besondere Umstände des Einzelfalls vorliegen (vgl. BAG, Urt. v. 8.12.2011 – 6 AZR 354/10, Rn 33 m.w.N., NZA 2012, 495; OLG Hamm, Urt. v. 26.10.1990 – 20 U 71/90, NJW 1991, 1185; LG Köln, Urt. v. 30.10.2015 – 7 O 112/15). Das OLG Hamm hat in seinem vorbenannten Urteil bereits einen Zeitraum von sechs Tagen nicht mehr als unverzüglich angesehen. **Außergewöhnliche Umstände des Einzelfalls**, die einen längeren Zeitraum noch als unverzüglich erscheinen lassen könnten, müssen substantiiert unter Beweistritt vorgetragen werden.

Praxistipp:

Zu beachten ist, dass die Rüge des § 174 BGB keinerlei Nachforschungen oder schwierige Abwägungsprozesse und auch keine nennenswerte juristische Prüfung erfordert, da sie rein formal und routinemäßig allein an das Fehlen einer Original-Vollmachtsurkunde anknüpft (vgl. BAG, Urt. v. 8.12.2011 – 6 AZR 354/10,

a.a.O.; LG Köln, Urt. v. 30.10.2015 – 7 O 112/15). Entsprechend sollte diese „einfache“ tatsächliche und rechtliche Prüfung einschließlich ihres nachweisbaren Zugangs beim Erklärungsempfänger (Arbeitgeber) aus Gründen größtmöglicher Vorsicht nicht mehr als drei Werktage in Anspruch nehmen.

X. Schriftform der Kündigung, § 623 BGB

An der Einhaltung der Schriftform (§ 623 BGB) sollte eine Kündigung nicht scheitern. Gleichwohl zeigt sich, dass der **Fehlerteufel** auch hier zuschlägt. Die **Unterschrift** muss zwar nicht lesbar, aber als solche zu erkennen sein. **Initialen, Paraphen oder Abkürzungen** sind nicht genug. Eine **eigenhändige Unterschrift** i.S.d. § 126 Abs. 1 BGB liegt nicht vor, wenn das „Gebilde“ überhaupt **keinen Bezug zu einem Namen** hat (vgl. Hessisches LAG, Urt. v. 22.3.2011 – 13 Sa 1593/10). Mit Blick auf diese Vorgaben mag eine unleserliche Unterschrift zwar Ausdruck einer starken Persönlichkeit des Unterzeichners sein. Mit Blick auf das Einhalten der Schriftform nach den §§ 623, 126 BGB ist eine solche Unterschrift aber wenig empfehlenswert.

XI. Inhalt des Kündigungsschreibens, Wille zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Ein Kündigungsschreiben ist nicht der geeignete Ort für **freundliche Umschreibungen**. Irritationen, Fehlverständnisse, Rechtsfehler und daran anknüpfende unerwünschte Rechtsfolgen sind durch **verständliche und präzise Erklärungen** zu vermeiden. Wer mit beschönigenden, nicht trennscharfen Begriffen wie etwa „Abschied“ oder „Ende des Arbeitsverhältnisses“ hantiert, riskiert in hohem Maße, dass seine Kündigung vor dem Arbeitsgericht einer rechtlichen Prüfung nicht standhält. Es darf **kein Zweifel** daran bestehen, dass es sich bei der einseitig empfangsbedürftigen **Willenserklärung des Arbeitgebers** um eine **Kündigung** handelt. Empfehlenswert ist deshalb auch ein **deutlicher Betreff** wie etwa „**Ordentliche betriebsbedingte Kündigung des Arbeitsverhältnisses**“ und eine Formulierung im Fließtext des Kündigungsschreibens wie „**hiermit kündigen wir ...**“.

Praxistipp:

Tunlichst auf Arbeitgeberseite zu vermeiden sind auch schriftliche Erklärungen des Inhalts, man akzeptiere eine zuvor vom Arbeitnehmer ausgesprochene mündliche Kündigung, da es insoweit an einer eigenständigen, schriftlichen Arbeitgeberkündigung fehlt. Es gilt der leicht modifizierte Grundsatz „**Wer selber schreibt, der bleibt.**“

Auch sollte der Arbeitgeber auf **Zusatzklärungen** im **Kündigungsschreiben** verzichten. Kündigt der Arbeitgeber schriftlich aus betriebsbedingten Gründen und erklärt er zugleich, dass die Kündigung gegenstandslos wird, wenn er einen Folgeauftrag erhält, ist die Kündigung unwirksam, weil sie nicht hinreichend klar und bestimmt ist (BAG, Urt. v. 15.3.2001 – 2 AZR 705/99, NZA 2001, 1070).

XII. Probleme beim Zugang der Kündigung

Steter Quell arbeitsgerichtlicher Auseinandersetzungen sind **Fragen** des ordnungsgemäßen **Zugangs** der **Kündigungserklärung**. Dies gilt insbesondere bei der außerordentlichen Kündigung aufgrund der Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB (vgl. BAG, Urt. v. 24.5.2018 – 2 AZR 72/18, NZA 2018, 1335).

1. Verfügungsgewalt und Möglichkeit Kenntnis zu nehmen

Nach § 130 Abs. 1 S. 1 BGB wird eine unter Abwesenden abgegebene Willenserklärung in dem Zeitpunkt wirksam, in welchem sie dem Empfänger zugeht. Eine verkörperte Willenserklärung ist zugegangen, sobald sie in **verkehrsüblicher Weise** in die **tatsächliche Verfügungsgewalt des Empfängers** gelangt ist und für diesen unter gewöhnlichen Verhältnissen die Möglichkeit besteht, von dem Schreiben Kenntnis zu nehmen (BAG, Urt. v. 24.5.2018 – 2 AZR 72/18; BAG, Urt. v. 26.3.2015 – 2 AZR 483/14, Rn 37, NZA 2015, 1183; BAG, Urt. v. 22.3.2012 – 2 AZR 224/11, Rn 20 f., AP Nr. 19 zu § 5 KSchG 1969). Für den Zugang ist es unerheblich, ob und wann der Erklärungsempfänger die Erklärung tatsächlich zur Kenntnis genommen hat und ob er daran durch Krankheit, zeitweilige Abwesenheit oder andere besondere Umstände einige

Kündigungsschutzprozess: Fehlerquellen

Zeit gehindert war. Ein an die Heimatanschrift des Arbeitnehmers gerichtetes Kündigungsschreiben kann diesem deshalb selbst dann zugehen, wenn der Arbeitgeber von einer urlaubsbedingten Ortsabwesenheit weiß (BAG, Urt. v. 22.3.2012 – 2 AZR 224/11, a.a.O.).

Eine Klage ist nicht nach § 5 Abs. 1 S. 1 KSchG nachträglich zuzulassen, wenn der Arbeitnehmer, der sich nicht nur vorübergehend im Ausland aufhält, nicht sicherstellt, dass er zeitnah von einem Kündigungsschreiben Kenntnis erlangt, das in einen von ihm vorgehaltenen Briefkasten im Inland eingeworfen wird. Ein treuwidriges Berufen auf den Zugang einer Willenserklärung kommt nur in besonderen Ausnahmefällen in Betracht, da der Begriff des Zugangs im Rechtssinne bereits das Ergebnis einer im Interesse des rechtssicheren Rechtsverkehrs vorgenommenen Abwägung zwischen dem Transportrisiko auf Seiten des Erklärenden und dem Kenntnisnahmerisiko auf Seiten des Empfängers darstellt. Der Arbeitgeber ist nicht aufgrund einer vertraglichen Nebenpflicht gem. § 241 Abs. 2 BGB gehalten, den Arbeitnehmer selbst fernmündlich oder zumindest seinen Prozessbevollmächtigten über den Zugang der Kündigung zu informieren. Zwar kann der Arbeitgeber aufgrund arbeitsvertraglicher Nebenpflichten gehalten sein, zur Vermeidung von Rechtsnachteilen von sich aus geeignete Hinweise zu geben. Grundsätzlich hat allerdings innerhalb vertraglicher Beziehungen jede Partei für die Wahrnehmung ihrer Interessen selbst zu sorgen. Hinweis- und Aufklärungspflichten beruhen auf den besonderen Umständen des Einzelfalls und sind das Ergebnis einer umfassenden Interessenabwägung (vgl. BAG, Urt. v. 25.4.2018 – 2 AZR 493/17, NZA 2018, 1157).

2. Zugangsvereitelung

Der Zugang einer verkörperten Willenserklärung unter Anwesenden ist auch dann bewirkt, wenn das Schriftstück dem Empfänger mit der für ihn erkennbaren Absicht, es ihm zu übergeben, angereicht und, falls er die **Entgegennahme ablehnt**, so in seiner unmittelbaren Nähe abgelegt wird, dass er es ohne Weiteres an sich nehmen und von seinem Inhalt Kenntnis nehmen kann. Verhindert der Empfänger durch eigenes Verhalten den Zugang einer Willenserklärung, muss er sich so behandeln lassen, als sei ihm die Erklärung bereits zum Zeitpunkt des Übermittlungsversuchs zugegangen. Nach **Treu und Glauben** ist es ihm verwehrt, sich auf den späteren tatsächlichen Zugang zu berufen, wenn er selbst für die **Verspätung die alleinige Ursache** gesetzt hat. Sein Verhalten muss sich als **Verstoß gegen bestehende Pflichten zu Sorgfalt oder Rücksichtnahme** (vgl. § 241 S. 2 BGB) darstellen. Lehnt der Empfänger grundlos die Entgegennahme eines Schreibens ab, muss er sich nach § 242 BGB jedenfalls dann so behandeln lassen, als sei es ihm im Zeitpunkt der Ablehnung zugegangen, wenn er im Rahmen vertraglicher Beziehungen mit der Abgabe rechtserheblicher Erklärungen durch den Absender rechnen musste. Ein Arbeitnehmer muss regelmäßig damit rechnen, dass ihm anlässlich einer im **Betrieb stattfindenden Besprechung** mit dem Arbeitgeber **rechtserhebliche Erklärungen** betreffend sein Arbeitsverhältnis übermittelt werden. Der Betrieb ist typischerweise der Ort, an dem das Arbeitsverhältnis berührende Fragen besprochen und geregelt werden. Zum **Bereich des Empfängers** gehören von ihm vorgehaltene **Empfangseinrichtungen** wie ein Briefkasten. Ob die Möglichkeit der Kenntnisnahme bestand, ist nach den „*gewöhnlichen Verhältnissen*“ und den „*Gepflogenheiten des Verkehrs*“ zu beurteilen. So bewirkt der **Einwurf in einen Briefkasten den Zugang**, sobald nach der **Verkehrsanschauung** mit der **nächsten Entnahme** zu rechnen ist. Dabei ist nicht auf die individuellen Verhältnisse des Empfängers abzustellen. Im Interesse der Rechtssicherheit ist vielmehr eine **generalisierende Betrachtung** geboten. Anders als dann, wenn ein Brief ohne Wissen des Adressaten erst nach den üblichen Postzustellzeiten in dessen Hausbriefkasten eingeworfen wird, ist mit der **Kenntnisnahme eines Schreibens**, von dem der **Adressat weiß** oder annehmen muss, dass es gegen 17 Uhr eingeworfen wurde, unter gewöhnlichen Verhältnissen noch am selben Tag zu rechnen (vgl. BAG, Urt. v. 26.3.2015 – 2 AZR 483/14, NZA 2015, 1183).

3. Darlegungs- und Beweislast für Zugang

Dem Arbeitgeber obliegt die **Darlegungs- und Beweislast** für den Zugang der Kündigung und den **Zeitpunkt ihres Zugangs**. Daher sollten dem Nachweis und der gerichtsverwertbaren Dokumentation des Zugangs auf seiner Seite besondere Sorgfalt gewidmet werden. Scheitert der Zugang, wirkt sich dies im besten Fall für den Arbeitgeber bei einer möglichen Wiederholungskündigung nur auf die einzuhaltende längere Kündigungsfrist aus. Im Fall der fristgebundenen außerordentlichen Kündigung (§ 626

BGB) kann der nicht nachweisbare rechtzeitige Zugang im Fall des Bestreitens durch den Arbeitnehmer dagegen zum Verlust des Kündigungsrechts infolge Verfristung führen.

a) Versand mit einfachem Brief

Ungeeignet ist der Versand der Kündigung mit einfachem Brief und einer Zustellung durch die Post. Bestreitet der Arbeitnehmer den Zugang des Kündigungsschreibens, ist dem Arbeitgeber der Beweis des Gegenteils bei dieser Zustellvariante nicht möglich.

b) Versand mit Einschreiben

Kündigungen sollten weder per Einwurf-Einschreiben, noch per Übergabe-Einschreiben oder Einschreiben mit Rückschein zugestellt werden, da sich alle drei Zustellungsformen als mehr oder minder rechtsunsicher und störanfällig erweisen. Das Einwurf-Einschreiben wird zwar unter genauer Datums- und Zeitangabe durch den Postzusteller in die vorgesehene Empfangseinrichtung gelegt. Dies stellt aber, wenn überhaupt, nur einen Anscheinsbeweis der Zustellung (Indizwirkung) dar und die schlüssige und detaillierte Aussage des Postzustellers dürfte aufgrund Zeitablaufs in der Praxis die absolute Ausnahme bilden (vgl. LAG Köln, Urt. v. 14.8.2009 – 10 Sa 84/09, zur umstrittenen Beweisqualität von gefertigten Einlieferungs- und Auslieferungsbelegen vgl. LG Potsdam, Urt. v. 27.7.2000 – 11 S 233/99, NJW 2000, 3722). Beim Übergabe-Einschreiben wird das Schreiben gegen Unterschrift zwar an den Empfänger übergeben. Ist dieser aber nicht anzutreffen, wird ein Benachrichtigungsschein hinterlegt. In diesem Fall erfolgt der Zugang erst bei Abholung bei der Post. Sowohl bei Einwurf-Einschreiben als auch beim Übergabe-Einschreiben kann somit der Zugang und die Kenntnisnahme vom Inhalt des Schreibens nicht rechtssicher garantiert werden. Auch das Einschreiben mit Rückschein ist störanfällig. Trifft der Postbote den Arbeitnehmer nicht an, kann er die Kündigung nicht zustellen. Da der Arbeitnehmer nicht verpflichtet ist, seine Sendungen bei der Post abzuholen, wird der gut beratene Arbeitnehmer die Zustellung der Kündigung durch eine Nichtabholung und das Bestreiten des Zugangs torpedieren.

c) Übergabe und Zustellung durch Boten

Die Einschaltung eines Boten bei der Zustellung der Kündigung ist möglich. Dieses Verfahren setzt allerdings eine sorgsame Vorbereitung, intensive Instruktion des Boten und verantwortungsvolle Durchführung des Zustellvorgangs bzw. der Übergabe durch ihn voraus. Gleichfalls ist sicherzustellen, dass der Bote nachvollziehbar, glaubhaft bezeugen kann, dass sich in dem von ihm übermittelten Umschlag eine unterschriebene Originalkündigung ggf. mit Nachweis der Bevollmächtigung befand. Auch hat der Bote die von ihm vorgenommene Zustellung im Idealfall durch ein unterschriebenes Memo, das Auskunft über Art, Ort, Zeit und Ergebnis der Zustellung gibt, sowie ggf. durch begleitende Handfotos der Zustellung zu dokumentieren. Bei der Einschaltung eines Boten muss sich der Arbeitgeber dabei auf die unterschiedlichsten Störszenarien einstellen. Dies fängt bei unzugänglich im Haus liegenden Briefkästen an, geht weiter über die Nichterreichbarkeit des Adressaten, bis hin zu verschlossenen oder nicht auffindbaren Briefkästen. Auch der Bote selbst ist oft schnell mit der Situation überfordert und wird oftmals selbst zur eigenen Störquelle, wenn er etwa die Kündigung versehentlich in den falschen Briefkasten einwirft oder die Kündigung vor die Eingangstür des Arbeitnehmers ablegt, was für eine Zustellung bzw. einen ordnungsgemäßen Zugang ersichtlich unzureichend ist.

d) Persönliche Übergabe gegen Empfangsquittung

Vorzugswürdig und dem Arbeitgeber deshalb zu empfehlen, ist die persönliche Übergabe des Kündigungsschreibens (im Original) unter Zeugen gegen Empfangsquittung am besten direkt auf einer Kopie des Kündigungsschreibens.

XIII. § 626 Abs. 2 BGB, Zwei-Wochen-Frist

Außerordentliche Kündigungen scheitern in der Praxis oft an der Nichteinhaltung der Zwei-Wochen-Frist gem. § 626 Abs. 2 BGB. Auch Dax-30-Konzerne sind trotz großer HR-Abteilungen vielfach nicht in der Lage, die kurz bemessenen Fristen richtig zu steuern und zu wahren. Das gilt erst Recht im Fall der außerordentlichen Verdachtskündigung mit Blick auf die dort erforderliche zeitnahe Anhörung des Arbeitnehmers. Durch Verzögerungsstrategien ist es für anwaltlich gut beratene Arbeitnehmer sehr

Kündigungsschutzprozess: Fehlerquellen

leicht möglich, die Verfahrensabläufe so zu stören, dass eine außerordentliche Kündigung in Ansehung von § 626 Abs. 2 BGB verfristet.

Der Kündigungsberechtigte, der bislang nur **Anhaltspunkte** für einen Sachverhalt hat, der zur außerordentlichen Kündigung (§ 626 Abs. 1 BGB = wichtiger Grund) berechtigen könnte, kann nach **plichtgemäßem Ermessen** weitere **Ermittlungen** anstellen und den **Betroffenen anhören**, ohne dass die Frist des § 626 Abs. 2 BGB zu laufen begännen (vgl. BAG, Urt. v. 31.7.2014 – 2 AZR 407/13, NZA 2015, 621; BAG, Urt. v. 20.3.2014 – 2 AZR 1037/12, NZA 2014, 1015; BAG, Urt. v. 21.2.2013 – 2 AZR 433/12, NZA-RR 2013, 515). Dabei kommt es nicht darauf an, ob er ggf. eine Kündigung wegen erwiesener Tat oder wegen eines zumindest erdrückenden Verdachts zu erklären beabsichtigt. Dies gilt allerdings nur solange, wie er **aus verständigen Gründen mit der gebotenen Eile Ermittlungen durchführt**, die ihm eine umfassende und zuverlässige Kenntnis des Kündigungssachverhalts verschaffen sollen (BAG, Urt. v. 31.7.2014 – 2 AZR 407/13, a.a.O.; BAG, Urt. v. 31.3.1993 – 2 AZR 492/92, NZA 1994, 409). Soll der **Kündigungsgegner angehört** werden, muss dies innerhalb einer kurzen Frist erfolgen. Sie darf i.d.R. **nicht mehr als eine Woche** betragen (BAG, Urt. v. 31.7.2014 – 2 AZR 407/13, a.a.O.; BAG, Urt. v. 20.3.2014 – 2 AZR 1037/12, a.a.O.; BAG, Urt. v. 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, NZA 2011, 798). Bei Vorliegen besonderer Umstände kann sie überschritten werden (BAG, Urt. v. 2.3.2006 – 2 AZR 46/05, NZA 2006, 1211). Unerheblich ist, ob die Ermittlungsmaßnahmen tatsächlich zur Aufklärung des Sachverhalts beigetragen haben oder nicht (BAG, Urt. v. 20.3.2014 – 2 AZR 1037/12, a.a.O.; BAG, Urt. v. 21.2.2013 – 2 AZR 433/12, a.a.O.). Gibt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Möglichkeit zur Stellungnahme, so gereicht ihm dies hinsichtlich des Beginns der zweiwöchigen Ausschlussfrist deshalb auch dann nicht zum Nachteil, wenn der Arbeitnehmer innerhalb angemessener Überlegungszeit keine Erklärung abgibt oder seine Stellungnahme rückblickend zur Feststellung des Sachverhalts nichts beiträgt (BAG, Urt. v. 27.1.1972 – 2 AZR 157/71, NJW 1972, 1486). Das bedeutet zugleich, dass der mit der beabsichtigten Anhörung verbundene Fristaufschub i.S.v. § 626 Abs. 2 BGB nicht nachträglich entfällt, wenn der Arbeitgeber das ergebnislose Verstreichen der Frist zur Stellungnahme zum Anlass nimmt, nunmehr auf die Anhörung des Arbeitnehmers zu verzichten (BAG, Urt. v. 31.7.2014 – 2 AZR 407/13, a.a.O.; BAG, Urt. v. 20.3.2014 – 2 AZR 1037/12, a.a.O.).

XIV. Wechselspiel der Stolperfallen im Materiell-Rechtlichen

Die Fehleranfälligkeit des Kündigungsvorgangs spielt aber nicht nur im Prozessualen und Tatsächlichen. **Materiell-rechtlich** treten viele **Rechtsprobleme** hinzu, die hier aus Platzgründen mit Verweis auf die einschlägige Literatur nur stichwortartig und beispielhaft ohne Anspruch auf Vollständigkeit benannt werden sollen. Neben der **unterbliebenen** oder **fehlerhaften Betriebsratsanhörung** kommen die **Vorschriften zur Massenentlassung** nach §§ 17, 18 KSchG mit der dahinterstehenden Rechtsprechung des EuGH in den Blick. Bei der betriebsbedingten Kündigung stellen die **freie unternehmerische Entscheidung** und ihre **Umsetzung**, die **Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten** im Unternehmen, die vorzunehmende **soziale Auswahl** (§ 1 Abs. 3 KSchG) und der **Vorrang der Änderungskündigung** aufgrund des Ultima Ratio-Prinzips hohe Hürden dar, die viele Arbeitgeber verzweifeln lassen. Hinzutretende **Sonderkündigungstatbestände** komplettieren das Kündigungsszenario. Und während im Fall der **verhaltensbedingten Kündigung** die Sach- und Rechtslage durch eine schwer überschaubare **Kasuistik** und **Einzelfallrechtsprechung** geprägt ist und immer einen **schwer prognostizierbaren Bewertungsspielraum** aufweist, wird die **personenbedingte Kündigung** in ihrem Hauptanwendungsgebiet der **krankheitsbedingten Kündigung** durch **strenge Prüfvorgaben** des BAG (Stichworte: negative Gesundheitsprognose, Prognosezeiträume, Unzumutbarkeit, wirtschaftliche Belastung, Interessenabwägung) und zusätzlich durch die **gesetzlichen Vorgaben** zum **BEM** (§ 167 SGB IX) und die sie ausfüllende Rechtsprechung des BAG zum Exoten, was ihre Wirksamkeit betrifft.

XV. Wiedereinstellungsanspruch

Komplettiert wird das **enge Schutzgeflecht** im Bereich der **betriebsbedingten Kündigung** durch die **Rechtsprechung zum Wiedereinstellungsanspruch**. Auch nach einer wirksamen betriebsbedingten Kündigung kann sich der Arbeitgeber – jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist – nicht immer in Sicherheit wiegen. Nach ständiger Rechtsprechung kann einem wirksam betriebsbedingt gekündigten Arbeitnehmer ein – **ggf. auch rückwirkender** – **Anspruch auf Wiedereinstellung** zustehen (BAG, Urt. v.

27.2.1997 – 2 AZR 160/96, NZA 1997, 757; BAG, Urt. v. 26.1.2017 – 2 AZR 61/16, NZA 2017, 1199; BAG, Urt. v. 15.12.2011 – 8 AZR 197/11, NZA-RR 2013, 179). Der Anspruch setzt voraus, dass zwischen dem Zugang einer betriebsbedingten Kündigung und dem Ablauf der Kündigungsfrist entweder **wider Erwarten der bisherige Arbeitsplatz des gekündigten Arbeitnehmers doch erhalten bleibt** (vgl. BAG, Urt. v. 16.5.2007 – 7 AZR 621/06; BAG, Urt. v. 28.6.2000 – 7 AZR 904/98, NZA 2000, 1097) oder unvorhergesehen eine **Weiterbeschäftigungsmöglichkeit** für den gekündigten Arbeitnehmer auf einem freien Arbeitsplatz i.S. v. § 1 Abs. 2 KSchG entsteht (vgl. BAG, Urt. v. 26.1.2017 – 2 AZR 61/16, a.a.O.; BAG, Urt. v. 15.12.2011 – 8 AZR 197/11, a.a.O.; BAG, Urt. v. 25.9.2008 – 8 AZR 607/07, NZA-RR 2009, 469). Da der Wiedereinstellungsanspruch aus der auf § 242 BGB beruhenden **arbeitsvertraglichen Nebenpflicht** folgt (vgl. Schaub ArbR-HdB/LINCK, 17. Aufl., § 146 Rn 1; zur dogmatischen Herleitung aus § 242 BGB bzw. § 611 BGB i.V.m. § 242 BGB vgl. BAG, Urt. v. 25.10.2007 – 8 AZR 989/06, NZA 2008, 357 m.w.N. bzw. BAG, Urt. v. 15.12.2011 – 8 AZR 197/11, a.a.O.), kommt er grds. nur in Betracht, wenn sich die **Weiterbeschäftigungsmöglichkeit** noch im bestehenden Arbeitsverhältnis, mithin **bis zum Ablauf der Kündigungsfrist** ergibt (vgl. BAG, Urt. v. 15.12.2011 – 8 AZR 197/11, a.a.O.). Entsteht die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit erst nach Ablauf der Kündigungsfrist, kann der gekündigte Arbeitnehmer dagegen grds. nicht seine Wiedereinstellung verlangen (vgl. BAG, Urt. v. 20.10.2015 – 9 AZR 743/14, NZA 2016, 299; BAG, Urt. v. 16.5.2007 – 7 AZR 621/06, a.a.O.; BAG, Urt. v. 16.9.2004 – 2 AZR 447/03, AP Nr. 44 zu § 611 BGB Kirchendienst; BAG, Urt. v. 19.10.2017 – 8 AZR 845/15, NZA 2018, 436). Die in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum **Wiedereinstellungsanspruch** nach wirksamer betriebsbedingter Kündigung entwickelten Grundsätze sind in **Kleinbetrieben** i.S.v. § 23 Abs. 1 S. 2 bis 4 KSchG **nicht anwendbar** (BAG, Urt. v. 19.10.2017 – 8 AZR 845/15, a.a.O.).

XVI. Diskriminierung, AGG

Bei der Bearbeitung von **Kündigungsschutzmandaten** sollte der Blick des Anwalts auch immer für etwaige **diskriminierungsrelevante Sachverhalte** geschärft sein. Neben der **Unwirksamkeit** der Kündigung bieten geeignete Lebenssachverhalte auch Raum für eine **Entschädigung** und einen **Schadensersatz** des Arbeitnehmers nach § 15 AGG.

1. Unwirksamkeit einer diskriminierenden Kündigung

Eine ordentliche Kündigung, die einen Arbeitnehmer, auf den das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung findet, aus einem der in § 1 AGG genannten Gründe **diskriminiert**, ist nach § 134 BGB i.V.m. §§ 7 Abs. 1, 1, 3 AGG **unwirksam**. § 2 Abs. 4 AGG steht dem nicht entgegen (BAG, Urt. v. 19.12.2013 – 6 AZR 190/12, NZA 2014, 372). Dabei macht es keinen Unterschied, ob es sich um eine Kündigung während der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG oder einen Kleinbetrieb handelt. Eine altersdiskriminierende Kündigung ist im Kleinbetrieb nach § 134 BGB i.V.m. §§ 7 Abs. 1, 1, 3 AGG **unwirksam** (BAG, Urt. v. 23.7.2015 – 6 AZR 457/14, NZA 2015, 1380).

2. Beweis- und Darlegungslast

§ 22 AGG trifft hinsichtlich des Ursachenzusammenhangs zwischen Nachteil und durch § 1 AGG verbotenen Anknüpfungsmerkmal eine Beweislastregelung, die sich zugleich auf die Darlegungslast auswirkt. Nach § 22 Halbs. 1 AGG genügt eine Person, die sich wegen eines der in § 1 AGG genannten Gründe für benachteiligt hält, ihrer Darlegungslast, wenn sie Indizien vorträgt und ggf. beweist, die diese Benachteiligung vermuten lassen (BAG, Urt. v. 26.6.2014 – 8 AZR 547/13, AP Nr. 10 zu § 22 AGG; BAG v. 26.9.2013 – 8 AZR 650/12, NZA 2014, 258). Dies gilt auch bei einer möglichen Benachteiligung durch eine ordentliche Kündigung, die nicht den Anforderungen des Kündigungsschutzgesetzes genügen muss (vgl. BAG, Urt. v. 19.12.2013 – 6 AZR 190/12, NZA 2014, 372; ErfK/SCHLACHTER, 15. Aufl., § 2 AGG, Rn 17; GÜNTHER/FREY, NZA 2014, 584, 585). Bei der Prüfung des Kausalzusammenhangs sind alle Umstände des Rechtsstreits im Sinne einer Gesamtbetrachtung und -würdigung des Sachverhalts zu berücksichtigen (vgl. BAG v. 26.6.2014 – 8 AZR 547/13, AP Nr. 10 zu § 22 AGG; BAG 21.6.2012 – 8 AZR 364/11, NZA 2012, 1345). Für die Vermutungswirkung des § 22 AGG ist es ausreichend, dass ein in § 1 AGG genannter Grund „Bestandteil eines Motivbündels“ ist, das die Entscheidung beeinflusst hat. Eine bloße Mitursächlichkeit genügt (BAG, Urt. v. 18.9.2014 – 8 AZR 753/13, AP Nr. 10 zu § 3 AGG; BAG, Urt. v. 26.6.2014 – 8 AZR 547/13, a.a.O.; BAG, Urt. v. 26.9.2013 – 8 AZR 650/12, a.a.O.). Auf ein schuldhaftes Handeln oder gar eine

Kündigungsschutzprozess: Fehlerquellen

Benachteiligungsabsicht kommt es nicht an (BAG, Urt. v. 21.6.2012 – 8 AZR 364/11, a.a.O.; BAG, Urt. v. 23.7.2015 – 6 AZR 457/14, a.a.O.). Gerade die vorstehenden Ausführungen des BAG zur Vermutungswirkung machen AGG- Klagen aus Arbeitnehmersicht attraktiv und erfolversprechend.

XVII. § 54 ArbGG

§ 54 Abs. 5 ArbGG ist eine Norm, die sich der Arbeitsrechtler und jeder im Arbeitsrecht tätige Anwalt tunlichst merken sollte. Die Sprengkraft im Kündigungsschutzverfahren besteht in der Verweisung in § 54 Abs. 5 S. 4 ArbGG auf die Regelungen in § 269 Abs. 3 – Abs. 5 ZPO. Denn nach Ablauf der Frist von sechs Monaten gilt die Klage als zurückgenommen, wodurch die Fiktion der Wirksamkeit der Kündigung gem. § 7 KSchG eintritt. In diesem Fall gilt: „Außer Spesen nichts gewesen!“ und die gegen den Arbeitgeber gerichtete Kündigungsschutzklage wandelt sich in ein Regress- und Haftungsverfahren des Arbeitnehmers gegen seinen Anwalt.

XVIII. Vergleichsschluss

Kristallisieren sich die Risiken und Chancen im fortgeschrittenen Kündigungsschutzprozess zunehmend heraus, stellt sich sowohl auf Arbeitnehmer- als auch auf Arbeitgeberseite die Frage, welches Ziel die Mandanten verfolgen. Ermattet durch das Verfahren und seine Widrigkeiten geraten zumeist die Vor- und Nachteile einer vorzugswürdigen umfassenden vergleichswisen Regelung in den Blick der Parteien. Inhalte und Tragweite eines Vergleichs, insbesondere seine sozialversicherungs- und steuerrechtlichen Konsequenzen wollen wohl bedacht sein. Auf Arbeitnehmerseite gilt es insbesondere alle vergleichsrelevanten Vergütungsbestandteile, insbesondere im variablen Bereich, zu erfassen und betragsmäßig zu bestimmen. Auch die Prüfung der Verfallbarkeit von Anwartschaften in der betrieblichen Altersversorgung will gut durchdacht sein. Auf Arbeitgeberseite hingegen sollte dem Urlaub und seiner Abgeltung durch einen Tatsachenvergleich wie auch bestehenden nachvertraglichen Wettbewerbsverboten auch mit Blick auf die zu zahlende Karenzentschädigung die nötige Aufmerksamkeit geschenkt werden. Auch Rückgabe-, Verschwiegenheits- und Geheimhaltungsverpflichtungen (vgl. erweiterte bzw. neue Anforderungen durch das GeschGehG) wollen bedacht und belastbar geregelt werden. Und nachdem alle wechselseitigen Positionen eingepreist, verhandelt und abgestimmt sind, zieht eine umfassende Erledigungsklausel einen Schlussstrich unter die Rechtsbeziehung der Vertragsparteien. Wichtig ist aus Sicht des beratenden Anwalts auch hier, dass die Mandanten nach umfassender Aufklärung und Information eine eigenständige, selbstverantwortliche Entscheidung treffen, die ihre Zielvorstellungen und Interessen rechtssicher abbildet sowie dauerhaften Rechtsfrieden schafft.

XIX. Fazit

Auch wenn über die Begrifflichkeit und Abgrenzung von Strategie und Taktik viele Beiträge und Meinungen im Internet kursieren, kann man für den arbeitsrechtlichen Bereich festhalten, dass sowohl Taktik als auch Strategie die bewusste, planvolle, zielgerichtete und steuernde Beherrschung des Kündigungsszenarios mit Blick auf Chancen und Risiken entsprechend der jeweiligen Interessenlage von Arbeitgeber und Arbeitnehmer beschreiben. Wie die vorstehenden beispielhaften Ausführungen zeigen, ist die Anzahl an Fehlerquellen in tatsächlicher, prozessualer und materiell-rechtlicher Hinsicht im Kündigungsschutzprozess beträchtlich. Die Komplexität steigt zusätzlich noch an, wenn man berücksichtigt, dass alle drei vorgenannten Bereiche ineinander spielen und es sich beim Arbeitsrecht per se um ein politisches, höchst dynamisches, sich stetig fortentwickelndes Rechtsgebiet handelt. Es gilt mithin insbesondere im Kündigungsschutzprozess als Kernmaterie, immer auf der Höhe der Zeit zu sein. Wer glaubt, einen Kündigungsschutzprozess einfach so, das heißt ohne Strategie und Taktik führen zu können, wird schnell eines Besseren belehrt und lernt in diesen Fällen die dritte eingangs benannte Kategorie, den arbeitsrechtlichen Fehler, und seine nachteiligen, oft teuren Folgen kennen. Darum gilt, wer gut beraten und vorbereitet ist, hat i.d.R. einen Vorteil. Oder mit den Worten von WINSTON CHURCHILL: „Lache nie über die Dummheit anderer – sie ist deine Chance.“