

Die Auswirkungen der Reform des § 4 KSchG und der  
Kostenrechtsnovelle auf den arbeitsgerichtlichen Bestandsschutzprozess

Inaugural-Dissertation  
zur Erlangung der Doktorwürde  
der Juristischen Fakultät  
der Eberhard-Karls-Universität Tübingen

vorgelegt von:

Holger W i l l e r

aus Mannheim

2009

Dekan: Prof. Dr. Hermann Reichold

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Hermann Reichold

2. Berichterstatter: Richter am BAG Prof. Dr. Ernst Mikosch

Tag der mündlichen Prüfung: 28. Juli 2009

## Vorwort

Diese Arbeit wurde im Sommersemester 2009 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen als Dissertation angenommen.

Mein herzlicher Dank gilt Herrn Professor Dr. Hermann Reichold, der das Erstgutachten erstellt und die Arbeit mit großem Langmut begleitet hat. Herrn Richter am BAG Professor Dr. Ernst Mikosch danke ich für die Übernahme des Zweitgutachtens, das er in kürzest möglicher Zeit erstellt hat.

Meinem ehemaligen Berufungsrichter Herrn VRLAG a.D. Ulrich Jaeniche danke ich für seinen Zuspruch und seine stete Bereitschaft, kritische Diskussionen des Themas mit mir zu führen, welche die Arbeit weitergebracht haben.

Zu Dank verpflichtet bin ich auch Frau Alexandra Hagenauer, Frau Rechtsassessorin Christine Reil und Herrn Rechtsreferendar Sebastian Zander für ihre redaktionelle Mitarbeit am Manuskript.

Besonders danken möchte ich meiner Frau Ingrid, die mich stets unterstützt und die Arbeit mitgetragen hat. Sie hat in der Zeit der Entstehung der Arbeit die Hauptlast der familiären Pflichten übernommen. Ihr will ich die Arbeit widmen.

Tübingen, im November 2009

Holger Willer



## Inhaltsverzeichnis

<b>A. DER FRISTGEBUNDENE BESTANDSSCHUTZ IM ARBEITSVERHÄLTNIS .1</b>	
<b>I. Einleitung .....</b>	<b>1</b>
1. Der aktuelle Bezug.....	1
2. Themenbegrenzung .....	6
3. Der Gang der Untersuchung.....	8
<b>II. Die geschichtliche Entwicklung der Klageerhebungsfrist.....</b>	<b>9</b>
1. Funktionsgeschichte des Kündigungs- und Kündigungsschutzrechtes.....	9
2. Die wichtigsten Gesetze mit Kündigungsbeschränkungen und historischen Vorbilder des § 4 KSchG .....	10
3. Fazit der historischen Betrachtung.....	24
<b>B. NORMZWECK UND ANWENDUNGSBEREICH DES § 4 KSchG .....</b>	<b>25</b>
<b>I. Regelungsinhalt des § 4 KSchG a.F. ....</b>	<b>26</b>
1. Gesetzliche Vorgabe.....	26
2. Zweck der Klageerhebungsfrist .....	27
a. Der Meinungsstand im Schrifttum .....	27
b. Die Auffassung der Rechtsprechung.....	29
c. Stellungnahme.....	29
<b>II. Veränderungen durch das AMRG .....</b>	<b>32</b>
1. Neuer Anwendungsbereich des § 4 KSchG n.F. ....	32
2. Veränderter Normzweck des § 4 KSchG nach der Gesetzesnovelle .....	32
3. Stellungnahme .....	33
4. Zwischenergebnis.....	33
<b>III. Grenzen des Geltungsbereiches des § 4 KSchG n.F. ....</b>	<b>34</b>
1. Einleitung .....	34
2. Die gesetzlichen Regelungen des besonderen Kündigungsschutzes als „andere Gründe“ des § 4 Satz 1 KSchG .....	35
3. Das Erfordernis des Zugangs einer schriftlichen Kündigung .....	35
a. Die gesetzliche Vorgabe .....	35
b. Die Problematik von „nicht-schriftlichen“ und schriftformwidrigen Kündigungserklärungen .....	36
aa. Meinungsstand .....	36
bb. Stellungnahme.....	37
c. Zwischenergebnis.....	38
d. Exkurs: Die Problematik der rechtlichen Behandlung der gleichzeitig „nicht-schriftlichen“ als auch sozialwidrigen Kündigung .....	38
aa. Problemstellung .....	38
bb. Die Auffassung der Rechtsprechung .....	40
(1) Fortsetzungsverweigerung des Arbeitnehmers nach § 12 KSchG... 40	
(2) Auflösungsantrag des Arbeitgebers nach § 9 KSchG..... 41	

cc. Die Meinungen im Schrifttum .....	41
(1) Fortsetzungsverweigerung des Arbeitnehmers nach § 12 KSchG...	41
(2) Auflösungsverlangen des Arbeitgebers nach § 9 KSchG .....	42
dd. Stellungnahme .....	43
(1) Fortsetzungsverweigerung des Arbeitnehmers nach § 12 KSchG...	43
(2) Auflösungsantrag des Arbeitgebers nach § 9 KSchG .....	44
ee. Fazit: .....	46
4. Unbestimmte und bedingte Kündigungserklärungen .....	46
a. Die unbestimmte Kündigungserklärung .....	47
aa. Meinungsstand .....	47
bb. Stellungnahme .....	47
b. Die unzulässig bedingte Kündigung .....	48
aa. Meinungsstand .....	49
bb. Stellungnahme .....	49
5. Die Anwendung des § 4 KSchG bei fehlerhafter Kündigungsfrist .....	50
a. Problemstellung .....	50
b. Meinungsstand .....	51
aa. Schrifttum .....	51
bb. Rechtsprechung .....	52
c. Stellungnahme .....	54
6. Fehlende Zurechenbarkeit der Kündigungserklärung als Unwirksamkeitsgrund .....	55
a. Geschäftsunfähigkeit des Arbeitgebers .....	55
aa. Problemstellung .....	55
bb. Meinungsstand .....	56
cc. Stellungnahme .....	57
b. Willensmängel bei Abgabe der Kündigung gemäß §§ 116 -123 BGB .....	59
aa. Problemstellung .....	59
bb. Meinungsstand .....	59
cc. Stellungnahme .....	60
c. Die abhanden gekommene Kündigungserklärung .....	61
aa. Problemstellung .....	61
bb. Meinungsstand .....	61
cc. Stellungnahme .....	62
d. Kündigung und Mängel in der Vertretung .....	64
aa. Problemstellung .....	64
bb. Meinungsstand .....	66
cc. Stellungnahme .....	68
e. Die gerüge Nichtvorlage einer Originalvollmacht bei Zugang der Kündigungserklärung § 174 BGB .....	70
aa. Problemstellung .....	70
bb. Meinungsstand .....	71
cc. Stellungnahme .....	72
f. Kündigung durch den „falschen“ Arbeitgeber .....	73
aa. Problemstellung .....	73

bb. Meinungsstand .....	74
cc. Stellungnahme .....	75
7. Unwirksamkeit der Kündigung und behördliche Zustimmung .....	76
a. Problemstellung.....	76
b. Auffassung der Rechtsprechung .....	77
c. Meinungsstand im Schrifttum .....	78
d. Das Urteil des BAG vom 13. 02. 2008.....	80
e. Stellungnahme .....	80
aa. Zur Frage des Kenntnisstandes des Arbeitgebers vom Sonderkündigungsstatus .....	80
bb. Zur Frage des Anwendungsbereiches des § 4 Satz 4 KSchG .....	83
8. Sonstige Unwirksamkeitskonstellationen .....	85
a. Fehlende/verspätete Massenentlassungsanzeige, §§ 17, 18 KSchG .....	85
aa. Problemstellung .....	85
bb. Die Auffassung der Rechtsprechung .....	85
cc. Die Meinungen im Schrifttum .....	86
dd. Stellungnahme.....	87
b. Verstöße gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG).....	89
aa. Problemstellung .....	89
bb. Die Meinungen in der Literatur.....	90
cc. Die bislang ergangene Rechtsprechung .....	91
dd. Stellungnahme.....	92
9. Unverschuldete Unkenntnis von Kündigungsgründen und Klagefrist .....	94
a. Problemstellung.....	94
b. Meinungsstand im Schrifttum .....	95
c. Stellungnahme.....	96
10. Anwendung von § 4 KSchG auf Ausschlußverfahren nach § 111 ArbGG bei einer Kündigung eines Berufsausbildungsverhältnisses .....	100
a. Problemstellung.....	100
b. Die Meinungen im Schrifttum .....	101
c. Die Ansicht der Rechtsprechung .....	102
d. Stellungnahme .....	103
<b>IV. Fazit.....</b>	<b>105</b>
<b>C. DIE KÜNDIGUNGSSCHUTZKLAGE NACH DER REFORM DES § 4 KSchG</b> .....	<b>106</b>
<b>I. Problemstellung .....</b>	<b>107</b>
<b>II. Das Urteil des BAG vom 12.05.2005 - 2 AZR 426/04 - .....</b>	<b>110</b>
<b>III. Die Streitgegenstände der Anträge nach §§ 4 KSchG und 256 ZPO.....</b>	<b>111</b>
1. Streitgegenstand der Kündigungsschutzklage.....	112
a. Kündigungsschutzklage, § 4 KSchG .....	112
b. Streitgegenstandstheorien zur Klage nach § 4 KSchG .....	112
aa. Bestandsrechtliche Auffassung.....	113

bb. Die Auffassung des „punktuellen“ Streitgegenstandes .....	116
cc. Die modifizierte punktuelle Streitgegenstandstheorie .....	119
c. Stellungnahme.....	120
d. Allgemeine Feststellungsklage, § 256 ZPO.....	126
aa. Abgrenzung zur Kündigungsschutzklage nach § 4 KSchG.....	126
bb. Teilidentität der Streitgegenstände von allgemeiner Feststellungs- und Kündigungsschutzklage ? .....	127
(1) Die Auffassung der Rechtsprechung .....	128
(2) Die Meinungen im Schrifttum.....	128
(3) Stellungnahme.....	130
2. Kombinationsklage und nachträgliche Erweiterung des Streitgegenstandes .....	130
a. Streitgegenstand der Kombinationsklage.....	131
b. Das Konstrukt des BAG zur Streitgegenstandserweiterung bei verspätet angegriffenen Kündigungen in einem mit kombinierten Anträgen geführten Bestandsschutzprozess .....	133
aa. Analyse der Urteilsbegründung des BAG vom 12.05.2005 - 2 AZR 426/04 - .....	134
bb. Die Bedeutung des § 6 KSchG für den nach § 4 KSchG befristeten Bestandsschutz .....	137
(1) Regelungsgehalt des § 6 KSchG a.F.....	137
(2) Regelungsgehalt des § 6 KSchG n.F.....	138
(3) Stellungnahme.....	139
(4) Erfordernis der umfassenden Geltendmachung von Unwirkskeitsgründen bei der Klageerhebung als mittelbare Auswirkung von § 6 KSchG n.F.? .....	140
(a) Meinungsstand.....	140
(b) Stellungnahme .....	140
(5) Entsprechende Anwendung von § 6 KSchG auf Klagen mit mittelbarem Kündigungsbezug?.....	140
(a) Problemstellung .....	140
(b) Meinungsstand.....	142
(c) Stellungnahme .....	142
(6) Verhältnis des § 6 KSchG n.F. zu anderen prozessualen Präklusionsvorschriften .....	143
(a) Problemstellung .....	143
(b) Meinungsstand.....	144
(c) Stellungnahme .....	144
(7) Die Rechtsfolgen bei unterlassenem gerichtlichem Hinweis nach § 6 Satz 2 KSchG.....	145
(a) Problemstellung .....	145
(b) Die Auffassung des Schrifttums .....	146
(c) Die Meinung der Rechtsprechung .....	147
(d) Stellungnahme .....	148
cc. Zwischenergebnis .....	149

c. Kritik an der Nutzbarmachung von § 6 KSchG zur Begründung der Möglichkeit der Streitgegenstandserweiterung bei verspätet angegriffenen Kündigungen im Rahmen der Kombinationsklage .....	150
aa. Meinungsstand .....	150
bb. Stellungnahme .....	150
<b>IV. Fazit.....</b>	<b>153</b>
<b>D. DIE AUSWIRKUNGEN DER KOSTENRECHTSNOVELLE AUF DEN KÜNDIGUNGSSCHUTZPROZESS .....</b>	<b>154</b>
<b>I. Einleitung.....</b>	<b>155</b>
<b>II. Überblick über das KRMG .....</b>	<b>155</b>
<b>II. Allgemeine Kostenvorschriften des neuen GKG.....</b>	<b>157</b>
1. Erhebung .....	158
2. Kostenvorschuss.....	158
3. Fälligkeit.....	158
<b>III. Systematik der Gerichtsgebühren .....</b>	<b>159</b>
<b>IV. Die arbeitsgerichtliche Kostenentscheidung .....</b>	<b>159</b>
1. Grundsätze .....	159
2. Gesetzlicher Kostenschuldner .....	159
3. Gegenstand der Kostenentscheidung.....	160
4. Einheitlichkeit der Kostenentscheidung .....	160
5. Inhalt der Kostenentscheidung .....	161
6. Die isolierte Kostenentscheidung nach § 128 Abs. 3 ZPO.....	161
<b>V. Der Streitwert .....</b>	<b>162</b>
1. Allgemeines zum Gebührenstreitwert .....	162
2. Urteils- oder Rechtsmittelstreitwert .....	163
3. Der fiktive Kostenstreitwert .....	163
<b>VI. Gebührenrechtliche Besonderheiten des Arbeitsgerichtsprozesses ....</b>	<b>165</b>
1. Allgemeines .....	165
2. Entfall der Gebühr nach KV Nr. 8210 GKG.....	165
a. Fehlende streitige Verhandlung .....	166
b. Beendigung des Verfahrens .....	166
c. Vollständige Beendigung des Verfahrens.....	168
d. Verbot eines vorausgehenden Versäumnisurteils .....	168
e. Erledigungserklärungen nach § 91 a ZPO .....	173
3. Gebührenprivilegierung nach streitiger Verhandlung: KV Nr. 8211 GKG....	176
a. Erledigung des gesamten Verfahrens .....	176
aa. Entfallen der Gebühr?.....	177
bb. Ermäßigung der Gebühr? .....	177

b. Kein anderes Urteil als Anerkenntnis- oder Verzichtsurteil und Urteil nach § 313a Absatz 2 ZPO .....	180
c. Klagerücknahme.....	183
d. Anerkenntnis- oder Verzichtsurteil.....	185
e. Rechtsmittelverzicht, § 313a Absatz 2 ZPO .....	185
4. Entfall der Gebühr bei Abschluss eines gerichtlichen Vergleichs nach der amtlichen Vorbemerkung 8 .....	187
a. Gerichtlicher Vergleich .....	188
b. Gesamterledigung des Verfahrens.....	188
c. Zusammentreffen mehrerer Vergleiche .....	189
d. Vergleich nach streitiger Verhandlung.....	190
<b>VII. Fazit.....</b>	<b>191</b>
<b>E. ZUSAMMENFASSUNG IN THESEN.....</b>	<b>192</b>

## A. Der fristgebundene Bestandsschutz im Arbeitsverhältnis

### I. Einleitung

#### 1. Der aktuelle Bezug

Ende November 2008 meldete die Bundesagentur für Arbeit die niedrigste Arbeitslosenzahl seit Jahren. Mit 2.988.000<sup>1</sup> arbeitslosen Menschen fiel die Zahl auf einen Stand, der letztmals 1992 erreicht wurde. Über 40 Millionen Arbeitnehmer gingen einer Erwerbstätigkeit nach; so viele wurden seit der Wiedervereinigung Deutschlands nicht mehr registriert. Gleichzeitig gab es mehr als eine halbe Million freier Arbeitsplätze. Ob die Beschäftigungslage vom Wirtschaftswachstum abgekoppelt tatsächlich eine separate Dynamik zeigt<sup>2</sup>, wird sich aus der Entwicklung des Arbeitsmarktes<sup>3</sup> in der zwischenzeitlich eingetretenen rezessiven wirtschaftlichen Phase ergeben. Die Verringerung der hohen Zahl<sup>4</sup> der arbeitslosen Menschen war eines der Ziele des Gesetzes zu Reformen am Arbeitsmarkt vom 24.12.2003<sup>5</sup> (zukünftig: AMRG), mit dem auch das Kündigungsschutzgesetz neu gefasst wurde. Durch die Gesetzesnovelle sollten die Wachstumskräfte der Wirtschaft gestärkt und durch eine rasche Umsetzung der Wachstumsimpulse neue Beschäftigungsmöglichkeiten erreicht werden<sup>6</sup>. Die arbeitsrechtliche Literatur<sup>7</sup> hatte bereits seit einiger Zeit auf den Zusammenhang zwischen der fehlenden Bereitschaft der Arbeitgeber zu Neueinstellungen und dem bestehenden kündigungrechtlichen Bestandsschutz hingewiesen und diesbezügliche Reformvor-

---

<sup>1</sup> NZA 23/08, IX.

<sup>2</sup> Sinn, Wirtschaftswoche 34/08, S. 34.

<sup>3</sup> Im Oktober 2009 ist die Anzahl auf 3.229.000 Menschen gestiegen.

<sup>4</sup> Nach der Statistik der Bundesagentur für Arbeit sowie des Bundesministeriums für Gesundheit, Stand 11/04, waren in den Jahren 2003 und 2004 4,4 Millionen Menschen arbeitslos, was einer Arbeitslosenquote von 11,6% (2003) bzw. 11,7% (2004) bezogen auf die Gesamtheit der Erwerbspersonen in Deutschland entsprach (zitiert nach: Bundeszentrale für politische Bildung, [www.bpb.de/wissen/arbeitsloseundarbeitslosenquote](http://www.bpb.de/wissen/arbeitsloseundarbeitslosenquote)).

<sup>5</sup> BGBl I, 3002.

<sup>6</sup> BT-Drucks. 421/03.

<sup>7</sup> Buchner DB 2003, 1510 ff. (1511); Löwisch NZA 2003, 689 ff. (690); Reuter FS für Wiedemann, S. 449 ff. (468); Wank NZA 2003 Beilage zu Heft 21, S. 3; Schellhaaß, ebenda, S. 28 ff.; a.A. Gensicke/Pfarr AuR 2008, 431 ff., die keinen Einfluss des Kündigungsschutzes auf das Einstellungsverhalten der Unternehmer nach der Auswertung zweier repräsentativer Umfragen aus 2005 und 2007 erkennen können.

schläge erarbeitet<sup>8</sup>. Mit den durch das AMRG veränderten kündigungrechtlichen Regelungen im Kündigungsschutzgesetz sollte der Kündigungsschutz so weit wie nötig zurückgenommen werden, um Hindernisse für Neueinstellungen abzubauen, ohne den effektiven Schutz der Arbeitnehmer im bestehenden Arbeitsverhältnis vor ungerechtfertigten Kündigungen zu gefährden, stellt dieser doch eine notwendige Voraussetzung für das Funktionieren des gesamten Arbeitsrechts dar. Mit der Novelle hat der Gesetzgeber die im arbeitsrechtlichen Schrifttum<sup>9</sup> immer wieder formulierten Forderungen nach der Schaffung einer Rechtsvereinheitlichung bei der Klagefrist für Bestandsschutzstreitigkeiten im Arbeitsverhältnis erfüllt und die Vorschrift des § 4 KSchG mit Wirkung zum 01.01.2004 neu gefasst. Entsprechende Initiativen waren bereits von den Bundesländern Sachsen und Brandenburg in der Vergangenheit in Form des Entwurfes eines Arbeitsvertragsgesetzes vom 23.05.1995<sup>10</sup> bzw. des Entwurfes eines Gesetzes zur Bereinigung des Arbeitsrechts am 12.09.1996<sup>11</sup> veranlasst worden.

Die Neufassung des § 4 KSchG durch das AMRG überträgt das bis zum 31.12.2003 bekannte Erfordernis der fristgerechten Klageerhebung zur Verhinderung der Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG bei sozialwidrigen Kündigungen auch auf andere Unwirksamkeitsgründe einer Kündigung, soweit diese dem Erklärungsempfänger schriftlich<sup>12</sup> zugegangen ist. Dies gilt unbeschadet der Größe des Betriebes, in dem der Gekündigte tätig war, und der Dauer seiner Betriebszugehörigkeit<sup>13</sup>. Damit ist die frühere Beschränkung der 3-Wochen-Frist auf die soziale Rechtfertigung einer ordentlichen Kündigung und über § 13 Absatz 1 Satz 2

---

<sup>8</sup> *Bauer* NZA 2002, 529 ff.; *Buchner* NZA 2002, 533 ff.; *Hromadka* AuA 2002, 261 ff.; *derselbe* ZfA 2002, 383 ff. (397); *Preis* RdA 2003, 65; *Willemsen* NJW 2000, 2779.

<sup>9</sup> *Böttcher* RdA 1951, 81 ff. (85); *Caspers*, Personalabbau und Betriebsänderung im Insolvenzverfahren 1997, Rn. 359; *Francken*, Das Verschulden des Prozessbevollmächtigten an der Versäumung der Klagefristen der §§ 4 KSchG, 113 InsO 1998, S. 6 ff., 53 ff.; *derselbe* NZA 1999, 796 ff.; *Hueck* RdA 1949, 331 ff. (335); *Löwisch* NZA 1996, 1009 ff., (1012); *derselbe* in BB 1999, 102; *derselbe* Anmerkung zu BAG AP-Nr. 48 zu § 2 KSchG 1969; *derselbe* RdA 1996, 354; *Preis* NJW 1996, 3369 ff. (3374); *Richardi* NZA 2000, 13 ff. (14); *Rolfs* NZA 1996, 1134 ff. (1139); *Wisskirchen* DB 1998, 724 ff.; *von Hoyningen-Huene*, FS 50 Jahre LAG Rheinland-Pfalz 1999, 215 ff. (235).

<sup>10</sup> BR-Drucks. 293/95, S. 266, Gesetzesantrag von Sachsen.

<sup>11</sup> BR-Drucks. 671/96, S. 95, Gesetzesantrag von Brandenburg.

<sup>12</sup> § 4 Satz 1 KSchG knüpft nach dem Wortlaut der Norm an den „Zugang einer schriftlichen Kündigung“ an. Im Gegensatz dazu gilt nach herrschender Meinung die Klagefrist des § 17 Satz 1 TzBfG auch für formunwirksame mündliche Befristungsabreden, vgl. *Quecke* RdA 2004, 86 ff. (99).

<sup>13</sup> *Ascheid* in ErfKom., 4. Aufl. 2004, Rn. 233 zu § 13 KSchG.

KSchG auf die Voraussetzungen des § 626 BGB bei einer außerordentlichen Kündigung aufgehoben worden. Nunmehr dienen sowohl die Klagefrist des § 4 KSchG als auch die Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG dem Zweck, im Interesse von Arbeitnehmer und Arbeitgeber möglichst bald Klarheit über den Fortbestand oder das Ende des Arbeitsverhältnisses zu schaffen; unabhängig von der Rechtsnatur des Unwirksamkeitsgrundes der Kündigung soll die Frage der Wirksamkeit der Kündigung nicht für längere Zeit in der Schwebe gelassen werden. Der Geltungsbereich des § 4 KSchG soll alle<sup>14</sup> oder wenigsten die meisten<sup>15</sup> Fälle der Rechtsunwirksamkeit einer Kündigung umfassen.

Die Änderungen im Kündigungsschutzgesetz durch das AMRG haben trotz feststellbarer Reformmüdigkeit<sup>16</sup> im Bestandsschutzrecht eine lebhafte Diskussion in der arbeitsrechtlichen Literatur<sup>17</sup> ausgelöst. Höchststrichterlich entschieden wurden bislang im Bereich der Klagefrist die Fragen des Erfordernisses der fristgerechten Klageerhebung im Zusammenhang mit nicht eingehaltener bzw. fehlerhaft berechneter Kündigungsfrist durch den Arbeitgeber<sup>18</sup>, die Verpflichtung zur fristgemäßen Klageerhebung bei einer dem Arbeitnehmer noch zum Jahresende 2003 zugegangenen Kündigungserklärung sowie die Anwendbarkeit der Klagefrist bei Kündigungen vor und innerhalb der Wartezeit des § 1 Absatz 1 KSchG<sup>19</sup>.

---

<sup>14</sup> *Biebl* in APS 2. Aufl. 2004, Rn. 69 zu § 13 KSchG.

<sup>15</sup> *Friedrich* in GK-KR 8. Aufl. 2007, Rn. 10 zu § 4 KSchG.

<sup>16</sup> *Richardi* DB 2004, 486 ff. (490) bezeichnet die Reformgesetze als rechtswissenschaftlich und gesetzestechisch misslungene „Weihnachtsgeschenke“ der verschiedenen Gesetzgeber.

<sup>17</sup> *Bader* NZA 2004, 65 ff.; *Bauer/Krieger* NZA 2004, 77 ff.; *dieselben*, Kündigungsrechtsreform 2004; *Bauer/Preis/Schunder* NZA 2004, 195 ff.; *Berrisch* FA 2004, 6 ff.; *derselbe* FS für Leinemann 2006, 315 ff.; *Bender/Schmidt* NZA 2004, 358 ff.; *Biebl*, Das neue Kündigungs- und Befristungsrecht 2004; *Buschmann* AuR 2004, 1 ff.; *Däubler* Brennpunkte des Arbeitsrechts 2005, S. 1 ff.; *Dewender* DB 2005, 337 ff.; *Dollmann* BB 2004, 2073 ff.; *Etzel* FS Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht S. 241; *Fornasier/Werner* NJW 2007, 2729 ff.; *Gaul/Lunk* NZA 2004, 185 ff.; *Gaul/Bonanni* AiB 2004, 48 ff.; *Giesen/Besgen* NJW 2004, 185 ff.; *Gravenhorst*, FS Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht, S. 313 ff.; *Hanau* ZIP 2004, 1169 ff.; *Kamanabrou* NZA 2004, 950 ff.; *Löwisch* BB 2004, 154 ff.; *Luke* NZA 2005, 92 ff.; *Meixner* ZAP Fach 17, S. 719; *derselbe*, Neue arbeitsrechtliche Regelungen 2004; *Nebeling* NZA RR 2006, 625 ff.; *Preis* DB 2004, 70 ff.; *Quecke* RdA 2004, 86 ff.; *Raab* RdA 2004, 321 ff.; *Richardi* DB 2004, 486 ff.; *derselbe* NZA 2003, 764 ff.; *Rolfs* ZIP 2004, 333 ff.; *derselbe* SF 2006, 34 ff.; *Schiefer/Worzalla* NZA 2004, 354 ff.; *Schmidt*, J. NZA 2004 79 ff.; *Stahlhacke*, FS Leinemann 2006, S. 389 ff.; *Sprenger* AuR 2005, 175 ff.; *Tschöpe* MdR 2004, 193 ff.; *Ulrici* DB 2004, 250 ff.; *Vossen*, FS Leinemann 2006, 273 ff.; *Weyand/Düwell*, Das neue Arbeitsrecht 2004; *Willemsen/Annuß* NJW 2004, 177 ff.; *Zeising/Kröpelin* DB 2005, 1626 ff.; *Zerres/Rhotert* FA 2004, 2; *Zimmer* FA 2004, 34 ff.

<sup>18</sup> BAG Urteil vom 15.12.2005 - 2 AZR 148/05 -, DB 2006, 1116; BAG Urteil vom 06.07.2006 - 2 AZR 215/05 -, NZA 2006, 1405 ff.

<sup>19</sup> BAG Urteil vom 09.02.2006 - 6 AZR 283/05 - NZA 2006, 1207.

Mit der Gesetzesnovelle wird die Bedeutung der Kündigungsschutzklage für den Bestandsschutz erheblich gesteigert. Will ein gekündigter Arbeitnehmer die Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG vermeiden, muss er fristgemäß Klage erheben.

Der Stellenwert der Kündigungsschutzklage ergibt sich aus der Anzahl der geführten Bestandsschutzprozesse. Bundesweit werden etwa zwei Millionen Arbeitgeberkündigungen pro Jahr ausgesprochen. Die Klagequote der Arbeitnehmer liegt zwischen 10 und 15%<sup>20</sup>, was etwa 200.000 bis 300.000 Bestandsschutzstreitigkeiten entspricht. Im Jahr 2007 sind bei den Arbeitsgerichten des Landes Baden-Württemberg rund 53.000 Verfahreneingänge statistisch erfasst worden; 67% hiervon betrafen Bestandsschutzstreitigkeiten<sup>21</sup>, was etwa 35.000 Kündigungsschutz- bzw. Entfristungsklagen allein in Baden-Württemberg ergibt.

Neben dem Erfordernis der fristgebundenen Klageerhebung im Bestandsschutzstreit bei Unwirksamkeitsgründen auch außerhalb der Sozialwidrigkeit haben gekündigte Arbeitnehmer seit dem 01.07.2004 ein erhöhtes Kostenrisiko zu tragen. Zu diesem Termin ist das Gesetz zur Modernisierung des Kostenrechts (zukünftig: KRMG) vom 05.05.2004<sup>22</sup> in Kraft getreten. Es enthält neben dem neuen Justizvergütungs- und Entschädigungsgesetz das neu gefasste Gerichtskostengesetz (zukünftig: GKG). Das geänderte Gerichtskostengesetz führt auch für die Arbeitsgerichtsbarkeit instanzübergreifend ein System von Pauschalgebühren ein<sup>23</sup>. Die im Vergleich zum vorher gültigen Kostenrecht deutlich restriktiver ausgefallenen Gebührenbefreiungstatbestände sind ein Grund für die Tatsache, dass auch die arbeitsgerichtlichen Bestandsschutzstreitigkeiten erheblich teurer geworden sind. Die andere Ursache ist in der Anhebung des Gebührenniveaus zu finden<sup>24</sup>. Die Gerichtsgebühr soll zwar im Arbeitsgerichtsprozess immer noch 30 bis 40% unter derjenigen des allgemeinen zivilgerichtlichen Verfahrens liegen<sup>25</sup>.

---

<sup>20</sup> *Bielenski/Ullmann* BABI 10/05 S. 4 ff., 13; *Gensicke/Pfarr/Tschersich/Ullmann/Zeibig* ArbuR 2008, 431 ff.

<sup>21</sup> Pressemitteilung des Pressesprechers des LAG Baden-Württemberg vom 07.02.2007, Geschäftsbericht des Präsidenten des LAG Baden-Württemberg für die Arbeitsgerichtsbarkeit 2007 vom 05.02.2008.

<sup>22</sup> Verkündet am 12.05.2004 in BGBl. I S. 718.

<sup>23</sup> Vergleiche die amtliche Begründung in BT-Drucks. I S. 139 ff. (141).

<sup>24</sup> Die Anhebung liegt laut der Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates bei einer Größenordnung von durchschnittlich 12%, vgl. BT-Drucks. 15/2403, S. 18.

<sup>25</sup> BT-Drucks. 15/1971, S. 175.

In der gerichtlichen Praxis lässt sich aber gerade bei niedrigeren Streitwerten eine spürbare Steigerung gegenüber dem zuvor gültigen Kostenrecht feststellen<sup>26</sup>. Zudem ist die Höchstgrenze der Gerichtsgebühr von € 500 ab einem Streitwert von mehr als € 12.000 entfallen.

Damit gewinnt die eher spröde Materie des Gerichtskostenrechtes nicht nur für die Frage an Bedeutung, ob überhaupt eine Klage eingereicht wird. Zur Vermeidung der Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG gibt es zur Klageerhebung bei ausgesprochener Kündigung im Arbeitsverhältnis für den Arbeitnehmer keine echte Alternative. Allerdings kann bereits die regelmäßig gewählte Kombination<sup>27</sup> von Kündigungsschutzantrag nach § 4 Satz 1 KSchG und allgemeinem Feststellungsantrag gemäß § 256 ZPO<sup>28</sup> zu Lasten des mit der Klage obsiegenden Arbeitnehmers eine negative Kostenfolge auslösen, wenn bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung der Berufungsinstanz keine Tatsachen vorgetragen werden können, die ein Feststellungsinteresse des Klägers ausmachen oder den Antrag sonst begründet erscheinen lassen. Auch wenn der Arbeitnehmer die Klage vor der Antragstellung hinsichtlich des allgemeinen Feststellungsantrages zurücknimmt, muss er nunmehr anteilige Gerichtskosten tragen. Die Klagezielrücknahme ist im neuen Kostenrecht nicht mehr privilegiert und führt trotz des Obsiegens des Arbeitnehmers im Kündigungsschutzprozess zu einem ihn belastenden Kostenauspruch im Urteilstenor. Selbst ein gerichtlicher Vergleich der Parteien über den Kündigungsschutzantrag des Klägers gemäß § 4 KSchG lässt Gerichtskosten entstehen, wurde der allgemeine Feststellungsantrag vorher zurückgenommen<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> Bei einem Streitwert von € 2.500,00 ergibt sich eine Steigerung der Gerichtsgebühr um 62% (€ 162,00 statt € 100,00); bei einem Streitwert von € 5.000,00 um 21% (€ 242,00 statt € 200,00).

<sup>27</sup> Nach der statistischen Erhebung „Pebsy“ bei den Arbeitsgerichten in Baden-Württemberg entfallen 67% der eingereichten Klagen auf Bestandsschutzstreitigkeiten. Hiervon sind 22% der Bestandsschutzanträge im Wege der objektiven Klagehäufung mit anderen Streitgegenständen verbunden, wie z.B. Zahlungsansprüche oder Ansprüche auf Erteilung eines Zwischenzeugnisses. Von der Statistik nicht gesondert erfasst sind Kombinationen zwischen allgemeinem Feststellungsantrag nach § 256 ZPO und Kündigungsschutzantrag nach § 4 KSchG.

<sup>28</sup> „Schleppnetzantrag“ vgl. hierzu *Bitter* DB 1997, 1407 ff.

<sup>29</sup> Diese Tatsache ist bei der Konferenz der Präsidenten und Präsidentinnen der Landesarbeitsgerichte 2006 in Saarbrücken beanstandet worden und führte zu einer entsprechenden Befragung der arbeitsgerichtlichen Praxis auf Grund eines vom Bundesministeriums für Arbeit und Soziales erstellten Fragekatalogs zur Prüfung der Erforderlichkeit einer Änderung des GKG wegen Besonderheiten des arbeitsgerichtlichen Verfahrens.

Mit dem neuen Kostenrecht wird der in § 57 ArbGG normierte Auftrag der gerichtlichen Förderung der gütlichen Einigung der Parteien in Form der Anregung einer vergleichsweisen Erledigung des Rechtsstreites während des gesamten Verfahrens erschwert: Überlegungen der Parteien über anfallende Gerichtskosten nehmen bei Vergleichsgesprächen einen immer breiteren Rahmen ein und lassen einen Vergleich - besonders in der Berufungsinstanz - nicht selten an der Kostenfolge scheitern<sup>30</sup>.

## 2. Themenbegrenzung

Für die von einer Kündigung betroffenen Arbeitnehmer ist es nach der Neufassung des § 4 KSchG von größter Wichtigkeit, die Klageerhebungsfrist zu wahren, findet diese seit dem 01.01.2004 doch auch für gekündigte Arbeitnehmer ohne allgemeinen Kündigungsschutz<sup>31</sup> Anwendung, d.h. für die in Kleinbetrieben (§ 23 KSchG) Beschäftigten<sup>32</sup> sowie für Arbeitnehmer vor und während der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG<sup>33</sup>. Die Durchbrechung der Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG durch rechtzeitige Klageerhebung im Sinne von § 4 KSchG ist erforderlich bei behaupteter Unwirksamkeit einer ordentlichen und außerordentlichen (Änderungs-)Kündigung<sup>34</sup> unbeschadet der Rechtsnatur des Unwirksamkeitsgrundes<sup>35</sup>, soweit die Kündigung dem Arbeitnehmer schriftlich<sup>36</sup> zugegangen ist. Die Kündigungsschutzklage begründet zwar die Unwirksamkeit der Kündigung nicht, ist jedoch notwendig, um deren Nichtigkeit aufrecht zu erhalten<sup>37</sup>.

Damit wurde die Bedeutung des § 4 KSchG erhöht. Gleichzeitig ist der Wortlaut des gesamten Regelungsgefüges der §§ 4 bis 7 und 13 KSchG durch das AMRG angepasst worden, um die Ausdehnung der 3-Wochen-Frist des § 4 KSchG zu

---

<sup>30</sup> *Natter* NZA 2004, 686 ff. (689).

<sup>31</sup> *Gallner* in HaKo 3. Aufl. 2007, § 4 Rn. 2 B.

<sup>32</sup> *Düwell* in Weyand/Düwell, Das neue Arbeitsrecht S. 223; *Richardi* NZA 2003, 764 ff. (765); *Bender/Schmidt* NZA 2004, 358 ff. (361).

<sup>33</sup> *Düwell* in Weyand/Düwell, Das neue Arbeitsrecht S. 224; *Richardi* NZA 2003, 764 ff. (765); BAG Urteil vom 09.02.2006 - 6 AZR 283/05 - NZA 2006, 1207 ff.

<sup>34</sup> *Friedrich* in GK-KR 8. Aufl. 2007, Rn. 11 zu § 4 KSchG.

<sup>35</sup> *Gallner* in HaKo zum KSchG, 3. Aufl. 2007, § 4 KSchG, Rn. 2.

<sup>36</sup> *Friedrich* in GK-KR 8. Aufl. 2007, § 4 KSchG Rn. 9.

<sup>37</sup> *Linck* in von Hoyningen-Huene/Linck, § 4 Rn. 1; *Friedrich* in GK-KR 8. Aufl. 2007, § 4 Rn. 10.

ermöglichen<sup>38</sup>. Mit der gesetzlichen Neuregelung hat der Gesetzgeber allerdings nur scheinbar die Geltendmachung der Unwirksamkeit einer Kündigung generell von der Einhaltung einer Klageerhebungsfrist abhängig gemacht. Auch wurde die Unterscheidung zwischen sozialwidrigen und aus sonstigen Gründen unwirksamen Kündigungen beibehalten, wie sich aus § 13 Absatz 3 KSchG ergibt.

Relativiert wird die Intention des Gesetzgebers, die Klagefrist bei Bestandschutzstreitigkeiten zu vereinheitlichen, durch die § 4 Satz 4, §§ 5 und 6 KSchG. Dies gibt unter anderem Anlass, den für den Kündigungsschutz wesentlichen Fragen, die mit der Klagefrist des § 4 KSchG zusammenhängen, genauer nachzugehen. Neben der Begutachtung der Grenzen des Geltungsbereichs des § 4 KSchG n.F. soll auch geprüft werden, ob die neugefasste Norm den Streitgegenstand der Klage dergestalt begrenzt, dass nur noch der „punktuelle“ Kündigungsschutzantrag statthaft ist und die allgemeine Feststellungsklage nach § 256 ZPO bzw. die Kombinationsklage als bislang prozessual zulässige Klagearten verdrängt werden. Die Bindung an die Klageerhebungsfrist wird dann problematisch, wenn der Arbeitgeber zeitversetzt mehrere Kündigungen ausspricht. Dabei sind verschiedene Motivationen und Fallgestaltungen denkbar. Die Kündigung kann als ausserordentliche, hilfsweise ordentliche ausgesprochen worden sein, sie wird wiederholt wegen festgestellter Fehler im Anhörungsverfahren des Betriebsrates, nach der Kündigung ergeben sich Erkenntnisse, welche die Kündigung zusätzlich stützen, oder es werden neue Lebenssachverhalte bekannt, die unabhängig von den Gründen der Kündigung Anlass für den Ausspruch einer weiteren Kündigung geben. Wegen der Erstreckung der Klageerhebungsfrist auf die „anderen“ Unwirksamkeitsgründe einer Kündigung i.S.v. § 4 KSchG n.F. ist nach dem Wortlaut der Norm die Fiktionswirkung des § 7 KSchG nur noch mit einer Antragstellung nach § 4 KSchG zu verhindern. Es stellt sich daher die Frage, ob Mehrfachkündigungen prozessual nur noch mit fristgemäss gestellten Klageanträgen zu bewältigen sind oder ob mit einer ordnungsgemäss erhobenen Klage mögliche weitere Kündigungen wirksam angegriffen werden können. Die Lösung dieser Problematik erfordert die Erörterung der Rechtsnatur der Kündigungsschutzklage und der Bedeutung der §§ 4, 7 KSchG für den Streitgegens-

---

<sup>38</sup> *Zwanziger* in KDZ, § 4 KSchG Rn. 1; *Friedrich* in GK-KR, § 4 KSchG Rn. 9a; *Ascheid* in APS § 4 KSchG Rn. 2.

tand des Kündigungsschutzprozesses sowie der Rechtskraft der arbeitsgerichtlichen Entscheidung. Da in der erstinstanzlichen gerichtlichen Praxis der Bestandsschutzprozess häufig mit anderen Streitgegenständen kombiniert geführt wird, sollen schließlich die diesbezüglichen Auswirkungen aufgrund der Kostenrechtsnovelle untersucht werden.

### 3. Der Gang der Untersuchung

Nach der Darstellung der geschichtlichen Entwicklung der Klageerhebungsfrist im Kündigungsschutzprozess im ersten Teil (A) soll deren Bedeutung und Rechtsnatur im historischen Kontext im zweiten Teil (B) der Arbeit begutachtet werden. Hier werden auch die Veränderungen zur Rechtslage bis 31.12.2003 herausgearbeitet und insbesondere die Frage nach den Ausnahmen vom Erfordernis der Einhaltung der Klageerhebungsfrist des § 4 KSchG n.F. im Bestandsschutzverfahren beantwortet. Der dritte Teil (C) der Arbeit befasst sich mit den prozessualen Problemen der Einhaltung der Klageerhebungsfrist. Da das BAG auch nach der Novelle des § 4 KSchG unter Hinweis auf den vom Gesetzgeber in § 6 KSchG zum Ausdruck gebrachten Schutzzweck an seiner Auffassung festhält, dass der Kündigungsschutzprozess mit kombinierten Anträgen nach §§ 256 ZPO, 4 KSchG geführt werden kann, erfolgt eine kritische Auseinandersetzung mit dieser Rechtsprechung. Es bestehen Zweifel, ob die vom Gesetzgeber bei der Neufassung des § 4 KSchG verfolgten Ziele bei der höchstrichterlichen Argumentation genügend Beachtung gefunden haben. Dem vorangestellt wird eine Darstellung über die Rechtsnatur der Kündigungsschutzklage sowie der Bedeutung der §§ 4, 7 KSchG für den Streitgegenstand und die Rechtskraftwirkung des Urteils im Kündigungsschutzprozess im Zusammenhang mit dem gewählten Klageantrag. Erforderlich ist die Behandlung dieser Grundsatzfragen zur Vorbereitung der Auseinandersetzung mit den Argumenten der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Die Arbeit verfolgt auch das Ziel, die gebührenrechtlichen Veränderungen im Kündigungsschutzprozess durch die Kostenrechtsnovelle aufzuzeigen. Für typische arbeitsgerichtliche Verfahrenssituationen sollen Vorschläge erarbeitet werden, die den Parteien die Möglichkeit der Führung eines kostenprivilegierten Kündigungsschutzstreites erhält. Dieses Themengebiet wird im vierten Teil (D) behandelt.

## II. Die geschichtliche Entwicklung der Klageerhebungsfrist

Die Klagefrist im Kündigungsschutzprozess ist an die Existenz eines materiellen Kündigungsschutzes gebunden und konnte historisch erst mit dessen Erschaffung in Erscheinung treten.

### 1. Funktionsgeschichte des Kündigungs- und Kündigungsschutzrechtes

Schon seit dem Mittelalter hatte die Kündigung die Aufgabe, Rechte und Pflichten in unbefristeten Dauerschuldverhältnissen näher zu bestimmen und insbesondere dessen Beendigung zeitlich zu präzisieren<sup>39</sup>. Voll entfaltet hat die Kündigung ihre Funktion der Vertragsbeendigung im Dienstvertrag jedoch erst mit dem Aufkommen der Vertragsfreiheit und der Ablösung von Statusverhältnissen durch vertragliche Dauerschuldverhältnisse im 19. Jahrhundert. Bis dahin galt unter anderem der Gesindedienstvertrag, der eine strenge Gehorsamspflicht des Gesindes und die Strafgewalt des Dienstherrn umfasste<sup>40</sup>. Die Anfänge des Kündigungsschutzes in Deutschland liegen in dieser Zeitepoche: Die befristeten Gesindeverträge waren bis zum Ablauf der Befristung von beiden Seiten nicht kündbar<sup>41</sup>. Mit der Anerkennung des freien Dienstvertrages erlangte die Kündigung eine verstärkte Bedeutung, die sowohl dem Arbeitgeber als auch dem Arbeitnehmer die Beendigung der vertraglichen Bindung erlauben sollte. Allerdings war nur erforderlich, die vereinbarten bzw. später gesetzlich<sup>42</sup> geregelten Kündigungsfristen einzuhalten, welche auf Grund deren Abdingbarkeit nur geringe praktische Bedeutung hatten<sup>43</sup>. Materielle Kündigungsgründe waren nur von Bedeutung, wenn befristete Arbeitsverhältnisse vorzeitig beendet werden sollten. Zur Berechtigung der Durchbrechung des aus dem römischen Recht stammenden Grundsatzes „pacta sunt servanda“ bedurfte es eines wichtigen Grundes<sup>44</sup>. Ansonsten galt das Prinzip

---

<sup>39</sup> Vergleiche diesbezüglich Ansätze von Kündigungsschutz im Mittelalter: *Ebel*, Gewerbliches Arbeitsvertragsrecht im Mittelalter, 1934, S. 105 ff.

<sup>40</sup> *Wolf* in GK-KR 1. Aufl. 1981, Rn. 1 zu „Allgemeinen Grundsätzen des Kündigungsrechts und des Kündigungsschutzrechts“.

<sup>41</sup> *Göller*, Die Entwicklung des Kündigungsschutzrechtes in Deutschland, Dissertation Freiburg 1974, S.12 ff.

<sup>42</sup> §§ 67 HGB, 122, 133 GewO (Mindestkündigungsfrist für gewerbliche und kaufmännische Angestellte) sowie die Bestimmungen im allgemeinen preußischen Berggesetz, zitiert nach *Hueck* KSchG 9. Aufl. 1974 Teil B „Einleitung“.

<sup>43</sup> *Göller*, Die Entwicklung des Kündigungsschutzrechtes in Deutschland, Dissertation Freiburg 1974, S. 34.

<sup>44</sup> *König* RdA 1969, S. 8 ff. (14).

der „wertfreien Kündigung“, wonach die Arbeitsvertragsparteien das Arbeitsverhältnis im Rahmen der Vertragsfreiheit jederzeit nach Belieben lösen konnten.<sup>45</sup>

## 2. Die wichtigsten Gesetze mit Kündigungsbeschränkungen und historischen Vorbilder des § 4 KSchG

Der Gedanke des materiellen Kündigungsschutzes für die Vertragsbeendigung schlug sich erstmals in der Novelle zum allgemeinen preußischen Berggesetz vom 28.07.1909<sup>46</sup> nieder, in der geregelt wurde, dass der Arbeitgeber bestimmten Arbeitnehmern (Sicherheitsmänner während deren Amtszeit) nur aus im Gesetz vorgegebenen Gründen kündigen durfte<sup>47</sup>. Wegen der geringen Anzahl der durch das Gesetz geschützten Arbeitnehmer zeigte es kaum Wirkung.

Insgesamt war das Arbeitsrecht vor 1914 von den Ideen des wirtschaftlichen Liberalismus geprägt und stand auf dem Boden der Kündigungsfreiheit. Die Vertragsfreiheit stand der Freiheit gegenüber zu bestimmen, unter welchen Bedingungen die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses zulässig sein sollte. Die freie Kündigung im freien Arbeitsmarkt wirkte sich faktisch dahingehend aus, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer bei zurückgehender Produktion jederzeit entlassen konnte. Dem gegenüber konnte der Arbeitnehmer bei geringer Nachfrage nach Arbeitskräften schwer einen neuen Arbeitsplatz finden. Die freie Kündigung war daher überwiegend nachteilig für die Arbeitnehmer<sup>48</sup>. Erst mit dem Wandel der sozialpolitischen Auffassungen im Arbeitsrecht setzten nach 1918 verstärkte Bestrebungen nach der Schaffung eines Kündigungsschutzrechtes ein. Hervorgerufen wurden diese durch das Bedürfnis der Arbeitnehmerschaft an der Aufrechterhaltung ihrer Arbeitsplätze. Hinzu kam das Interesse der Allgemeinheit an einer Stetigkeit der Arbeitsverhältnisse. Der Wunsch nach Sicherheit in Zeiten schlechter Konjunktur sprach für eine Beschränkung des freien Kündigungsrechtes des Arbeitgebers. Dabei können zwei Gruppen von Kündigungsbeschränkungen unterschieden werden:

---

<sup>45</sup> Dietz NJW 1951, 941.

<sup>46</sup> Preußische Gesetzessammlung 1909, S. 677.

<sup>47</sup> Willeweber, Die Entwicklung des Kündigungsschutzrechtes seit dem ersten Weltkrieg, Dissertation Köln 1965, S. 36; Göller, Entwicklung S. 32.

<sup>48</sup> Wolf in GK-KR 1. Aufl. Einleitung II; Hueck KSchG 9. Aufl. 1974 Teil B „Einleitung“.

a. Mit den Demobilmachungsverordnungen der Jahre 1919<sup>49</sup> und 1920<sup>50</sup>, der Stilllegungsverordnung des Jahres 1923<sup>51</sup>, welche die Demobilmachungsverordnungen aufhob und besondere Regelungen für Massenentlassungen enthielt, sowie der Arbeitsplatzwechselerordnung vom 01.09.1939<sup>52</sup>, wurden überwiegend arbeitsmarktpolitische Ziele verfolgt. Die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit bzw. die Verteilung der Arbeitskräfte im Interesse der Volkswirtschaft standen im Zentrum der gesetzgeberischen Absichten. Die Beschränkung des freien Kündigungsrechtes durch den Arbeitgeber war im Wesentlichen ausgestaltet durch ein Zustimmungserfordernis einer Behörde<sup>53</sup> bzw. ein Verbot der Entlassung zur Verringerung der Beschäftigtenzahl, solange die Beschäftigung aller Arbeitskräfte durch Arbeitsstreckung und Herabsetzung der Arbeitszeit auf die Hälfte möglich war<sup>54</sup>. Im Hinblick auf die Tatsache, dass der Arbeitgeber vor Ausspruch der Kündigung eine Auswahl unter den Arbeitnehmern vorzunehmen hatte, bei der er zwar vorrangig die Betriebsverhältnisse (Einsetzbarkeit der einzelnen Arbeitnehmer) berücksichtigen durfte, aber auch vorgegebene soziale Aspekte<sup>55</sup> beachten musste, kann von einem begrenzten Kündigungsschutz gesprochen werden<sup>56</sup>.

Die von einer Kündigung betroffenen Arbeitnehmer konnten gemäß § 21 der Demobilmachungsverordnung vom 02.12.1920<sup>57</sup> einen Schlichtungsausschuss anrufen, der über die Wirksamkeit der Kündigung entschied. Gemäß § 14 der Demobilmachungsverordnung war die Anrufung des Ausschusses an eine Frist von drei Wochen nach Kenntniserlangung der Kündigung durch den Arbeitnehmer gebunden. Unter bestimmten Voraussetzungen, die im Wesentlichen den Regelungen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 233 ZPO a.F.) entsprachen, konnte die Anrufung bei Fristversäumung nachgeholt werden binnen zweier Wochen nach Wegfall des Hindernisses, spätestens jedoch innerhalb von drei Mo-

---

<sup>49</sup> RGBl. I S. 8, 100, 1500.

<sup>50</sup> RGBl. I S. 213.

<sup>51</sup> RGBl. I S. 983.

<sup>52</sup> Zitiert nach Hueck, Komm. zum KSchG 9. Aufl. 1974 Teil B „Einleitung“.

<sup>53</sup> Die Wirksamkeit der Kündigung von Arbeitnehmer und Arbeitgeber hing von der Zustimmung des Arbeitsamtes ab.

<sup>54</sup> Demobilmachungsverordnung vom 12.02.1920, RGBl. I, 213.

<sup>55</sup> Hierzu zählten z.B. Lebensalter oder eine Kriegsbeschädigung: Ältere, eingearbeitete Arbeitnehmer und diejenigen mit unterhaltspflichtigen Angehörigen sollten möglichst in ihrer Arbeitsstelle belassen werden.

<sup>56</sup> Göller a.a.O. S. 54 ff.; Wülleweber a.a.O. S. 41 ff.

<sup>57</sup> RGBl. I S 213.

naten. Bei Versäumung dieser Frist erloschen die Ansprüche<sup>58</sup>. § 14 Demobilma-  
chungsverordnung war damit der erste Vorgänger des § 4 KSchG.

b. Der individuelle Schutz der Arbeitnehmer vor dem Verlust des Arbeitsplatzes durch eine Arbeitgeberkündigung hatte seine erste Ausprägung in der Weimarer Zeit im Betriebsrätegesetz vom 04.02.1920 (zukünftig: BRG)<sup>59</sup>. Noch in der Gesetzesvorlage stand zunächst der Kollektivgedanke im Vordergrund. Gegen eine Kündigung des Arbeitsvertrages eines Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber sollte dem Arbeiter- oder Angestelltenrat ein Einspruchsrecht zustehen, das auch die Interessen des Betriebes und der Belegschaft zu berücksichtigen hatte<sup>60</sup>. Nach der endgültigen Fassung des Gesetzes bestand gemäß § 84 BRG ein aus individuellen und kollektiven Elementen gemischter Kündigungsschutz. Der Arbeitgeber konnte nicht ohne Grund kündigen. In diesem Fall hatte der Arbeitnehmer ein Einspruchsrecht beim Gruppen- (Arbeiter- oder Angestellten-) rat. Der Einspruch musste binnen fünf Tagen nach Zugang der Kündigung eingelegt werden<sup>61</sup>. Billigte der Gruppenrat den Einspruch des Arbeitnehmers, konnte dieser oder der Arbeiter- oder Angestelltenrat im Namen des gekündigten Arbeitnehmers - nach erfolglosem Vermittlungsversuch mit dem Arbeitgeber - den Schlichtungsausschuss anrufen, § 86 BRG. Die Zuständigkeit des Schlichtungsausschusses zur Entscheidung über den Kündigungseinspruch wurde mit In-Kraft-Treten der Verordnung über das Schlichtungswesen vom 30.10.1923<sup>62</sup> auf die Arbeitsgerichte übertragen, womit für die Kündigungseinspruchsklage erstmals ein gerichtlicher Instanzenzug eröffnet wurde. Die Frist zur Klageerhebung betrug gemäß § 86 Absatz 1 Satz 3 BRG fünf Tage nach Ablauf der Wochenfrist des Verständigungsverfahrens zwischen Arbeiter- und Angestelltenrat und dem Arbeitgeber. Wurde eine dieser Fristen versäumt, konnte nach § 90 BRG die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt werden. Der Antrag war an eine Frist von zwei Wochen nach Fortfall des Hindernisses, spätestens einen Monat nach Ablauf der versäumten Frist gebunden. Wiedereinsetzung war zu gewähren bei Fristversäumung wegen Naturereignissen oder anderer unabwendbarer Zufälle.

---

<sup>58</sup> *Willeweber* a.a.O. S. 51 ff.

<sup>59</sup> RGBl. I S. 147.

<sup>60</sup> *Hueck*, Komm. zum KSchG 9. Aufl. 1974 „Einleitung“.

<sup>61</sup> *Flatow/Kahn-Freund* BRG 13. Aufl. § 83 Anm. V.

<sup>62</sup> RGBl. I S. 1043.

Der Schlichtungsausschuss bzw. nach 1923 die Arbeitsgerichte entschieden über den Kündigungseinspruch endgültig gemäß § 87 BRG. Die Kündigung wurde nur dann als rechtmäßig erachtet, wenn sie durch bestimmte, in § 84 BRG normierte Gründe gerechtfertigt war<sup>63</sup>. Stellte sich die Kündigung als unbillige, nicht durch das Verhalten des Arbeitnehmers oder die Verhältnisse des Betriebs gerechtfertigte Härte dar, wurde der Klage stattgegeben. Gleichzeitig ist eine Entschädigung festgesetzt worden, die der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer bezahlen musste, wollte er an der Kündigung festhalten. Der Arbeitgeber hatte also auch nach verlorener Kündigungseinspruchsklage die Wahl, ob er die Kündigung widerrufen, oder die der Höhe nach festgesetzte Entschädigung an den Arbeitnehmer bezahlen wollte. Der erste allgemeine Schutz der Arbeitnehmer vor dem Missbrauch des dem Arbeitgeber formal nach dem BGB, HGB oder der GewO zustehenden Kündigungsrechtes<sup>64</sup> war damit kein echter Bestandsschutz. Das Ausscheiden des Arbeitnehmers war für den Arbeitgeber durch Zahlung der Abfindung erzwingbar. Der Arbeitnehmer konnte seine Weiterbeschäftigung nicht gegen den Willen des Arbeitgebers durchsetzen. Die praktische Bedeutung des Bestandsschutzes war zudem eingeschränkt durch den Geltungsbereich des BRG, das nur in Betrieben mit regelmäßig mehr als 20 beschäftigten Arbeitnehmern Anwendung fand.

c. Die nationalsozialistische Gesetzgebung hat auch das Arbeitsrecht entsprechend ihrer Ideologie neu geregelt: Das Gesetz zur Regelung der nationalen Arbeit (zukünftig: AOG) vom 20.01.1934<sup>65</sup> löste das BRG ab. Hinsichtlich des Kündigungsschutzes knüpfte das AOG an die Regelungen des BRG an. Die Vorschriften der §§ 56 ff. AOG normierten einen Schutz der Arbeitnehmer vor sozialwidrigen Kündigungen. Ein besonderer Schutz der Mitglieder der Betriebsvertretung war in § 14 AOG enthalten. Den Kündigungsschutz der Arbeitnehmer bei Massenentlassungen regelte § 20 AOG. Das AOG beseitigte jedoch die starke Stellung des Betriebs- (Angestellten- oder Arbeiter-) rates, der im BRG sowohl als Sperrinstanz gegen unbegründete Einsprüche von Arbeitnehmern gegen eine Kündigung als auch als Vermittlungsinstanz zwischen Arbeitnehmer und Arbeit-

---

<sup>63</sup> Vgl. zu den einzelnen Kündigungsgründen *Flatow/Kahn-Freund* BRG § 83 Anm. V.

<sup>64</sup> *Mansfeld*, Komm. zum Betriebsrätegesetz § 84 Anm. B IV d.

<sup>65</sup> RGBl. I S. 45.

geber<sup>66</sup> angesehen wurde. Die im BRG enthaltene Mitwirkung der Betriebsvertretung fiel im AOG weitestgehend weg. An die Stelle der Kündigungseinspruchsgründe des § 84 BRG trat eine Generalklausel<sup>67</sup>. Der Arbeitnehmer konnte gemäß §§ 56 ff. AOG auf Widerruf der Kündigung klagen, wenn diese unbillig hart und nicht durch die Verhältnisse des Betriebes bedingt war<sup>68</sup>. Vorab fand ein Güteverfahren vor dem so genannten Vertrauensrat statt. Dieser war an die Stelle des Angestellten- oder Arbeiterrates als Mitarbeitervertretungsgremium getreten. An der Spitze des Vertrauensrates stand der Unternehmer, als Betriebsführer bezeichnet. Wurde die Kündigung von diesem Gremium aufrecht erhalten, stand dem Arbeitnehmer der Rechtsweg offen. Er konnte gemäß § 56 Abs. 1 AOG innerhalb einer Frist von zwei Wochen nach Zugang der Kündigung Kündigungswiderrufsklage erheben. Die Frist war als Ausschlussfrist ausgestaltet, von Amts wegen zu beachten und durch Parteivereinbarung nicht abänderbar<sup>69</sup>. Die Fristversäumung hatte zur Folge, dass die Wirksamkeit der Kündigung nicht mehr geltend gemacht werden konnte. Eine Wiedereinsetzungsmöglichkeit bei Fristversäumung wurde dem säumigen Arbeitnehmer erst durch § 6 der 14. Durchführungsverordnung zum AOG vom 15.10.1935<sup>70</sup> eröffnet. Die Fassung der Verordnung vom 26.02.1938<sup>71</sup> sah als Wiedereinsetzungsgrund die Verhinderung des Arbeitnehmers an der Einhaltung der Frist trotz aller ihm nach Lage der Umstände zuzumutenden Sorgfalt vor<sup>72</sup>. Der Wiedereinsetzungsantrag konnte bis längstens zwei Monate nach Ablauf der versäumten Frist gestellt werden, § 61 AOG. Hierdurch ist die Frist der Regelung in § 90 BRG auf die doppelte Zeit verlängert worden. Nach § 61 AOG ist die 2-Wochen-Frist des § 56 AOG zur Einlegung der Kündigungswiderrufsklage im Falle einer außerordentlichen Kündigung ausgedehnt worden, wenn der Arbeitnehmer im Zusammenhang mit einer Vergütungs- oder Feststellungsklage die Unwirksamkeit der Kündigung geltend gemacht hatte. Hieraus ist zu schließen, dass die Frist des § 56 AOG auch für die außerordentli-

---

<sup>66</sup> Hueck Komm. zum KSchG 9. Aufl. 1974 Teil B „Einleitung“.

<sup>67</sup> Hueck/Nipperdey/Dietz AOG § 56 Rn. 8.

<sup>68</sup> A. Hueck Dt. ArbR S. 135 ff.; Nikisch Arbeitsrecht S. 121 ff.

<sup>69</sup> Hueck/Nipperdey-Dietz AOG § 56 Rn. 19; Mansfeld AOG § 56 Anm. 31.

<sup>70</sup> RGBl. I S. 1240.

<sup>71</sup> RGBl. S. 228.

<sup>72</sup> Hueck/Nipperdey/Dietz AOG § 56 Rn. 19a.

che Kündigung galt. Die Vorschrift des § 61 AOG kann deshalb als Vorgängerregelung des § 13 Absatz 1 KSchG angesehen werden.

Zulässig war die Kündigungswiderrufsklage bei einer in ihrer Wirksamkeit im Streit stehenden außerordentlichen Kündigung jedoch nur, wenn kein wichtiger Grund für die Kündigung vorgelegen hatte<sup>73</sup>. Das Gericht musste deshalb bei der Zulässigkeitsprüfung zunächst entscheiden, ob die Voraussetzungen eines wichtigen Grundes vorlagen. Erst wenn dies verneint wurde, konnte die Prüfung der Begründetheit der Kündigungswiderrufsklage erfolgen.

Der Arbeitnehmer hatte auch die Möglichkeit, bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung der ersten Instanz seine zunächst eingereichte Feststellungs- oder Leistungsklage, mit welcher er die Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung geltend gemacht hatte, mit einer Kündigungswiderrufsklage zu verbinden, wenn anzunehmen war, dass die fristlose Kündigung gleichzeitig eine fristgemäße Kündigung für den Fall enthielt, dass die fristlose Kündigung mangels wichtigem Grund unwirksam war<sup>74</sup>. Damit dürfte § 61 AOG ein gewisses Vorbild<sup>75</sup> für § 6 KSchG gewesen sein.

Das AOG galt für Betriebe ab 10 Arbeitnehmern. Es erreichte damit mehr Arbeitnehmer als das BRG von 1920, das die Betriebsgröße zur Anwendbarkeit seiner Regelungen auf mindestens 20 Arbeitnehmer festgesetzt hatte. Das AOG unterschied sich vom BRG aber nicht in der Tatsache, dass ein echter Bestandsschutz für die gekündigten Arbeitnehmer nicht gewährt wurde. Auch bei Obsiegen im Kündigungsschutzprozess konnte eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nicht wirksam durchgesetzt werden. Das Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Betrieb war für den Arbeitgeber auch im Geltungsbereich des AOG erzwingbar, da ein Wahlrecht des Arbeitgebers zwischen dem Widerruf der Kündigung und der Zahlung einer Abfindung an den Arbeitnehmer bestand.

d. Durch das am 01.01.1947 in Kraft getretene Kontrollratsgesetz Nr. 40 vom 30.11.1946<sup>76</sup> wurde das AOG aufgehoben. Damit sind wesentliche Teile des

---

<sup>73</sup> Hueck/Nipperdey/Dietz AOG Vorbemerkung zu § 56 Rn. 8.

<sup>74</sup> Hueck/Nipperdey/Dietz AOG § 61 Rn. 6 ff.

<sup>75</sup> Hueck Komm. zum KSchG 9. Aufl. 1974, § 6 Rn. 1.

<sup>76</sup> ABIKR 1947, 229.

Kündigungsschutzes der Arbeitnehmer außer Kraft gesetzt worden. Mit Ausnahme der §§ 138, 242 BGB hatte der Kündigungsschutz seine gesetzliche Grundlage verloren<sup>77</sup>. Dem Sozialempfinden der Zeit entsprechend wurde der Kündigungsschutz aber nach Kriegsende beibehalten, wenn dieser auch in den von den alliierten Siegermächten gebildeten Zonen wegen der unterschiedlichen Regelungen eine völlige Rechtszersplitterung<sup>78</sup> mit divergierenden Fristvorschriften für die Klageerhebung<sup>79</sup> mit sich brachte, die in der britischen Zone mit einer unerfreulichen Rechtsunsicherheit einherging<sup>80</sup>.

aa. In der britischen Besatzungszone wurden kündigungsschutzgesetzliche Regelungen nicht erlassen, da nach diesbezüglichem Rechtsverständnis die staatsrechtliche Gestaltung dem Erlass arbeitsrechtlicher Gesetze entgegenstand. Der Kündigungsschutz erfolgte durch die Rechtsprechung. Zum Schutz der Arbeitnehmer vor sozialwidrigen Kündigungen wurde auf die allgemeinen Rechtsbehelfe des BGB gegenüber einem Rechtsmissbrauch zurückgegriffen, vor allem auf die Regelungen der §§ 138, 242 BGB zur Sitten- oder Treuwidrigkeit. Als sozialwidrig wurden Kündigungen angesehen, die unter Verletzung der Fürsorgepflicht durch den Arbeitgeber ausgesprochen wurden. Eine solche Kündigung stellte sich als rechtsmissbräuchlich und damit unwirksam dar. Gefordert wurde für eine nicht sozialwidrige Kündigung das Vorliegen eines die Kündigung billigenden Grundes. Die Kündigung war unwirksam, wenn sie offensichtlich unbillig war. Regelmäßig wurden die Fälle, in denen nach §§ 84 ff. BRG 1920 und 56 ff. AOG 1934 auf Widerruf der Kündigung zu erkennen gewesen wäre, als Missbrauch des Kündigungsrechts des Arbeitgebers angesehen<sup>81</sup>.

bb. In der Ost-Zone wurde vielfach jede Kündigung ohne Zustimmung des Betriebsrates für nichtig erklärt<sup>82</sup>.

---

<sup>77</sup> Galperin BB 1988, 305.

<sup>78</sup> Die gesetzlichen Bestimmungen zu sozialwidrigen Kündigungen wichen in zahlreichen Einzelbestimmungen zum Teil auch in grundsätzlichen Fragen voneinander und vom früheren Recht ab; vgl. zu näheren Einzelheiten Hueck BStSozArbR 1949, 118 ff. und 131 ff.; ders. RdA 1951, 281; Herschel BArbBl 1951, 281; Kittner/Köhler BB 2000 Beilage 4 S.19.

<sup>79</sup> 5 Tage in Rheinland-Pfalz, 2 Wochen in Hessen, 3 Wochen in Bayern.

<sup>80</sup> Hueck Komm. zum KSchG 9. Aufl. 1974 Teil B „Einleitung“ S. 20.

<sup>81</sup> Vergleiche zu näheren Einzelheiten der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte zu dieser Frage Galperin BB 1948, 305 ff.; Hueck SJZ 1947 Sp. 609.

<sup>82</sup> Hueck Komm. zum KSchG 9. Aufl. 1974 „Einleitung“ S. 19.

cc. In der amerikanischen Besatzungszone wurden folgende neuen kündigungrechtlichen Gesetze geschaffen:

Das Gesetz 76 Kündigungsschutzgesetz vom 10.01.1947<sup>83</sup> sah in Artikel 15 und 16 einen Kündigungsschutz für Betriebsratsmitglieder vor. Das **bayrische** Kündigungsschutzgesetz ist durch § 126 Bayrisches Betriebsrätegesetz aufgehoben worden; an seine Stelle trat §§ 67 ff. Bayrisches Betriebsrätegesetz. Außerdem gab es Vorgaben durch das Gesetz gegen missbräuchliche Massenentlassungen und Betriebsstilllegungen vom 22.10.1948<sup>84</sup>.

Das **baden-württembergische** Gesetz 708 KSchG vom 18.08.1948<sup>85</sup> regelte in §§ 13 ff. den Kündigungsschutz für Betriebsratsmitglieder. Massentlassungsschutz gewährte das Gesetz 728 zum Schutz der Arbeitnehmer bei Entlassungen größeren Umfangs vom 18.08.1948<sup>86</sup>.

Das **hessische** Betriebsrätegesetz vom 31.05.1948<sup>87</sup> sah in § 29 einen besonderen Kündigungsschutz für Betriebsratsmitglieder vor. Eine Regelung über den Schutz vor Massenentlassungen fand sich in § 41; §§ 42 ff. schützten vor sozialwidrigen Kündigungen.

Im Ausführungsgesetz zu Artikel 47 der Landesverfassung der freien Hansestadt **Bremen** (Bremisches Betriebsrätegesetz vom 10.01.1949)<sup>88</sup> war ein Kündigungsschutz für Betriebsratsmitglieder in § 28, der Schutz vor Massenentlassungen in § 38 geregelt. Die Vorschriften der §§ 39 ff. verboten eine sozialwidrige Kündigung.

dd. In der französischen Besatzungszone galt für **Rheinland-Pfalz** die Landesverordnung über die Errichtung und Tätigkeit von Betriebsräten vom 15.05.1947<sup>89</sup>, welche Regelungen über sozialwidrige Kündigungen in den §§ 46 ff. sowie einen Sonderkündigungsschutz für Betriebsräte in § 59 enthielt. Außerdem sah das

---

<sup>83</sup> GVBl. S. 165.

<sup>84</sup> GVBl. S. 240.

<sup>85</sup> RegBl. S. 134.

<sup>86</sup> RegBl. S. 116.

<sup>87</sup> GVBl. S. 117.

<sup>88</sup> GVBl. S. 7.

<sup>89</sup> VOBl. Rheinland-Pfalz 1947 S. 258.

Landesgesetz zur Sicherung der Arbeitsplätze vom 21.06.1948<sup>90</sup>, geändert durch das Landesgesetz zur Verlängerung der Geltungsdauer des Landesgesetzes zur Sicherung der Arbeitsplätze vom 13.01.1950<sup>91</sup> in § 3 Vorgaben über den Schutz von Massenentlassungen vor.

In **Württemberg-Hohenzollern** eröffnete das Betriebsrätegesetz vom 21.05.1949<sup>92</sup>, das in §§ 84 ff. sozialwidrige Kündigungen behandelte, den Betriebsräten in §§ 96 ff. einen Sonderkündigungsschutz.

In **Baden** war das Landesgesetz über die Bildung von Betriebsräten vom 24.09.1948<sup>93</sup> normiert. Hierin waren Regelungen über sozialwidrige Kündigungen in den §§ 35 ff. vorgesehen; § 33 gewährte Betriebsräten einen Sonderkündigungsschutz.

ee. Nach der Vereinigung der britischen und amerikanischen Besatzungszonen zur sogenannten Bizone wurde in dem so geschaffenen Wirtschaftsgebiet das Bedürfnis nach einer einheitlichen gesetzlichen Regelung des Kündigungsschutzes geltend gemacht, waren dessen Grundlagen sowie die Gestaltung doch von Land zu Land unterschiedlich. Zunächst wurde es den Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden überlassen, sich über die Fragen des Kündigungsschutzes zu verständigen. Der Gewerkschaftsrat stellte einen Entwurf zu einem Kündigungsschutzgesetz auf und trat mit den Vertretern der Arbeitgebervereinigungen in Besprechungen darüber ein. Bevor sich die Sozialpartner über die noch strittigen Fragen des Kündigungsschutzes einigen konnten, brachte der Direktor der Verwaltung für Arbeit beim Wirtschaftsrat der Bizone in Frankfurt am 20.06.1949 einen Gesetzentwurf zum Kündigungsschutzgesetz ein. Auf Grund desselben wurde am 20.07.1949 vom Wirtschaftsrat ein Kündigungsschutzgesetz („Frankfurter Gesetz“) beschlossen. Das Gesetz beinhaltete Regelungen über den Schutz vor sozialwidrigen Kündigungen, den Sonderkündigungsschutz von Betriebsratsmitgliedern sowie den Kündigungsschutz bei Massenentlassungen. Der allgemeine Kündigungsschutz war den Regelungen des BRG von 1920 nachge-

---

<sup>90</sup> GVBl. I 1948 S. 241.

<sup>91</sup> GVBl. I S. 2.

<sup>92</sup> RegBl. 1949 S. 153.

<sup>93</sup> GVBl. 1948 S. 209.

bildet, schränkte aber erstmals die grundsätzliche Zulässigkeit der Kündigung ein. War für das BRG und das AOG stets der Grundsatz der Kündigungsfreiheit Ausgangspunkt gewesen mit der Folge, dass eine ordentliche Kündigung grundsätzlich zulässig war und der Arbeitnehmer nur ausnahmsweise dann ein Recht zum Einspruch gegen die Kündigung hatte, wenn diese eine unbillige Härte darstellte, kehrte das „Frankfurter Gesetz“ dieses Regel/Ausnahmeverhältnis um. Statthaft war eine Kündigung nur noch im Falle ihrer sozialen Rechtfertigung, das heißt, wenn sie durch besondere Gründe in der Person oder im Verhalten des Arbeitnehmers oder durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt war. Voraussetzung für das Eingreifen des „Frankfurter“ Kündigungsschutzes war jedoch der Ablauf einer Wartezeit von einem Jahr. Außerdem musste der Betrieb eine Größe von mehr als 10 Arbeitnehmern aufweisen. Auch das Erfordernis der befristeten Klageerhebung für den Fall der Berufung des Arbeitnehmers auf die Sozialwidrigkeit der Kündigung wurde statuiert: Die Klageerhebung war an eine Ausschlussfrist von 3 Wochen geknüpft. Diese galt aber nur für die Geltendmachung der Sozialwidrigkeit der Kündigung<sup>94</sup>. Zu richten war die Klage nicht mehr auf Gestaltung, sondern auf Feststellung der Nichtigkeit der Kündigung. Eine Regelung über die Folgen einer verspäteten Klageerhebung enthielt das Gesetzeswerk nicht. Die Beteiligung des Betriebsrates vor Kündigungsausspruch war nicht erforderlich; auf Wunsch des Arbeitnehmers konnte dieser eine Verständigung mit dem Arbeitgeber versuchen. Ein Wahlrecht des Arbeitgebers auf Entschädigungszahlung anstelle der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses im Falle des Obsiegens des Arbeitnehmers im Kündigungsschutzprozess bestand nicht mehr. Nur im Falle der Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses sollte das Gericht auf Antrag einer Partei auf Zahlung einer Entschädigung erkennen<sup>95</sup>.

Den Einspruch des Länderrates gegen das Frankfurter Gesetz hat der Wirtschaftsrat in seiner Schlusssitzung vom 08.08.1949 abgelehnt. Die Militärregierung genehmigte dieses Gesetz jedoch nicht mehr, sondern überließ die gesetzliche Regelung des Kündigungsschutzes der beginnenden Bundesgesetzgebung.

---

<sup>94</sup> Hueck RdA 49, 331 ff. (335) hat die Nichtvereinheitlichung der Frist hinsichtlich aller Unwirksamkeitsgründe einer Kündigung kritisiert und eine diesbezügliche Reform eingefordert.

<sup>95</sup> A. Hueck RdA 1949, 331 ff.; derselbe in KSchG 9. Aufl. Einl. S. 24.

In der Folgezeit führten erneute Verhandlungen zwischen den Gewerkschaften und den Arbeitgeberverbänden zu einer Einigung, die gemeinsam von den Sozialpartnern am 13.01.1950 als „Hattenheimer Entwurf“<sup>96</sup> vorgelegt wurde. Dieser baute im Wesentlichen auf dem Frankfurter Gesetz auf. Der Kündigungsschutz sollte aber in Abweichung hiervon bereits nach drei Monaten Betriebszugehörigkeit eingreifen und für alle Betriebe mit mehr als drei Arbeitnehmern gelten. Das Mitwirkungsrecht des Betriebsrates war stärker ausgeprägt. Auch gestand das Gesetz dem Arbeitgeber ein Wahlrecht zwischen Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers und einer Entschädigungszahlung zu, die das Gericht auf Antrag dann zubilligen sollte, wenn der Arbeitgeber dringende betriebliche Gründe geltend machte, die gegen eine Weiterbeschäftigung sprachen<sup>97</sup>. § 3 sah bereits eine dem heutigen § 4 KSchG entsprechende Regelung zur fristgebundenen Klageerhebung vor. Sie hatte nachfolgenden Wortlaut:

*„§ 3. Anrufung des Arbeitsgerichts*

*(1) Der Arbeitnehmer kann zur Feststellung, ob eine Kündigung sozial ungerechtfertigt ist, Klage beim Arbeitsgericht erheben. Er kann dies auch dann, wenn er keinen Einspruch beim Betriebsrat eingelegt oder der Einspruch nicht zu einer Verständigung geführt hat oder wenn in dem Betrieb ein Betriebsrat nicht besteht.*

*(2) Die Klage muß innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung erhoben werden. Ist der Betriebsrat gemäß § 2 angerufen worden, so soll der Klage eine von dem Betriebsrat auszustellende Bescheinigung über das Ergebnis seines Verständigungsversuches beigefügt werden.“*

e. Der „Hattenheimer Entwurf“ bildete die Grundlage des Regierungsentwurfs eines Kündigungsschutzgesetzes<sup>98</sup>, der am 27.03.1951<sup>99</sup> dem Bundestag vorgelegt wurde. Die Debatte, bei der es im Wesentlichen um Wartezeit, Lebensalter und Betriebsgröße ging, führte in der dritten Lesung zu einem Kompromiss. Der Kündigungsschutz galt für alle Arbeitnehmer über 20 Jahre in Betrieben mit mehr als fünf Arbeitnehmern nach einer Beschäftigungszeit von einem halben Jahr. Die Vorschrift über die fristgebundene Klageerhebung bei Geltendmachung der Sozialwidrigkeit blieb vom „Hattenheimer Entwurf“ erhalten. Die Vorschrift hatte nachfolgenden Wortlaut:

---

<sup>96</sup> Abgedruckt in RdA 1950, 63.

<sup>97</sup> A. Hueck RdA 1950, 65.

<sup>98</sup> Abgedruckt in RdA 1951, 58.

<sup>99</sup> BT-Drucks. Nr. 2090; Begründung des Regierungsentwurfs und Änderungsvorschläge und Anregungen des Bundesrates RdA 1951, 4 und 178 ff.

*„§ 3. Anrufung des Arbeitsgerichts*

*Will ein Arbeitnehmer geltend machen, daß eine Kündigung sozial ungerechtfertigt ist, so muß er innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung Klage beim Arbeitsgericht erheben, daßs das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst worden ist. Hat der Arbeitnehmer Einspruch beim Betriebsrat eingelegt (§ 2), so soll er der Klage die Stellungnahme des Betriebsrates beifügen.“*

Nach Zustimmung des Bundesrates am 27.07.1951 ist dieses Kündigungsschutzgesetz am 13.08.1951 in Kraft getreten<sup>100</sup>. Durch das Berliner Gesetz vom 22.12.1952<sup>101</sup> wurde das Kündigungsschutzgesetz zum 01.01.1953 für West-Berlin übernommen. Im Saarland galt es seit dem 01.01.1959 auf Grund Gesetz-Nr. 628 vom 18.06.1958<sup>102</sup>.

Durch das von den Sozialpartnern und dem Bundesministerium für Arbeit erarbeitete erste Arbeitsrechtsvereinigungsgesetz vom 14.08.1969<sup>103</sup> wurde das Kündigungsschutzgesetz 1951 weiterentwickelt. Artikel 7 Nr. 1 des Gesetzes ermächtigte den Bundesminister für Arbeit, den Wortlaut des Kündigungsschutzgesetzes unter neuem Datum mit veränderter Abfolge der Paragraphen bekannt zu machen nach Beseitigung von Unstimmigkeiten bezüglich des Wortlautes und der Verweisungen. In Umsetzung dieser gesetzgeberischen Vorgabe wurde der Beginn des Kündigungsschutzes von 20 auf 18 Lebensjahre herabgesetzt und die Wartezeit neu definiert als „Dauer des Arbeitsverhältnisses“. Ferner war seither der Arbeitgeber verpflichtet, dem Arbeitnehmer auf dessen Verlangen die Gründe für die getroffene Sozialauswahl bei einer betriebsbedingten Kündigung mitzuteilen. Das neu gefasste Gesetz wurde am 25.08.1969 bekannt gemacht<sup>104</sup>. In den § 3 KSchG 1951 wurde die Formulierung des heutigen § 4 Satz 2 KSchG eingefügt aufgrund der Aufnahme der Änderungskündigung in die kündigungsschutzrechtlichen Regelungen der §§ 2, 7 KSchG. Mit der Neubekanntmachung wurde § 3 KSchG 1951 zu § 4 KSchG 1969. Die Vorschrift des § 3 KSchG 1969 entsprach inhaltlich dem § 2 KSchG 1951, welche ihrerseits inhaltlich den Regelungen zur Änderungskündigung weichen musste. § 3 KSchG 1969 betrifft das - fakultative - Einspruchsverfahren des Arbeitnehmers bei dem Betriebsrat. Damit wurde dem

---

<sup>100</sup> BGBl. 1951 S. 499.

<sup>101</sup> GVBl. S. 1197.

<sup>102</sup> ABl. S. 1249.

<sup>103</sup> BGBl. I, S. 1106.

<sup>104</sup> BGBl. I, S. 13.

gekündigten Arbeitnehmer die Möglichkeit eröffnet, den Betriebsrat zu zwingen, sich zur Kündigung schriftlich zu äußern, was zur Verbesserung der Prozessaussichten im Kündigungsschutzverfahren führen kann<sup>105</sup>.

Durch das Gesetz zur Änderung des Kündigungsschutzgesetzes vom 05.07.1976<sup>106</sup> ist die Mindestaltersgrenze von 18 Jahren, ab der der Kündigungsschutz einsetzte, aufgehoben worden.

Das arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz vom 25.09.1996<sup>107</sup> hat neben der 3-Wochen-Frist des § 4 KSchG eine Klageerhebungsfrist auch geschaffen für Klagen gegen die Wirksamkeit einer vereinbarten Befristung bzw. einer auflösenden Bedingung (§§ 17, 21 TzBfG). Erklärte Absicht des Gesetzgebers war die Förderung von Teilzeitarbeit und die erleichterte Schaffung neuer Arbeitsplätze<sup>108</sup>. Auch bei Kündigungen durch den Konkurs- bzw. Insolvenzverwalter musste die dreiwöchige Klageerhebungsfrist beachtet werden, § 113 Absatz 2 InsO. Diese Norm hatte folgenden Wortlaut:

*„§ 113 Kündigung eines Dienstverhältnisses (1)...*

*(2) Will ein Arbeitnehmer geltend machen, daß die Kündigung seines Arbeitsverhältnisses durch den Insolvenzverwalter unwirksam ist, so muß er auch dann innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung Klage beim Arbeitsgericht erheben, wenn er sich für die Unwirksamkeit der Kündigung auf andere als die in § 1 Abs.2 und 3 Kündigungsschutzgesetzes bezeichneten Gründe beruft. § 4 Satz 4 und § 5 des Kündigungsschutzgesetzes gelten entsprechend.“*

Damit waren Klagen gegen die Wirksamkeit von Kündigungen im Zusammenhang mit dem in § 113 Absatz 1 InsO normierten Sondertatbestand der Insolvenzkündigung an die Klageerhebungsfrist des § 4 Satz 1 KSchG ohne Ansehung des Kündigungsgrundes<sup>109</sup> gebunden. Mit der Norm sollte dem Bedürfnis nach schneller

---

<sup>105</sup> *Hauck* in HK-KSchG Rn. 7 zu § 3; *Künzl* in APS Rn. 4 zu § 3; *Linck* in von Hoynigen-Huene/Linck Rn. 4 zu § 3; *Spinner* in Löwisch/Spinner Rn. 3 zu § 3.

<sup>106</sup> BGBl. I, S.1769.

<sup>107</sup> BGBl. I, S.1476.

<sup>108</sup> Gemeinsame Erklärung der Fraktionen CDU/CSU und FDP BT-Drucks. 13/4612 A I.

<sup>109</sup> *Dörner* in APS 1. Aufl. 2000 Rn. 6 zu § 113 InsO; *Schrader* NZA 1997, 71.

Klärung von Streitigkeiten während des Insolvenzverfahrens Rechnung getragen werden<sup>110</sup>.

Die Vorschrift des § 113 Absatz 2 InsO war Vorbild für die Neufassung des § 4 KSchG durch das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt vom 24.12.2003<sup>111</sup>. Mit dem AMRG sollte die Planungssicherheit für Betriebe erhöht und die Hürden für Neueinstellungen gesenkt werden. Hierzu ist der Schwellenwert zur Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes auf zehn im Betrieb Beschäftigte angehoben worden (§ 23 KSchG). Die Änderungen im Recht der betriebsbedingten Kündigung bezogen sich auf die Schaffung eines freiwilligen Abfindungsanspruches bei betriebsbedingter Kündigung (§ 1 a KSchG), sowie auf die vorzunehmende Sozialauswahl, die auf die vier Aspekte Beschäftigungsdauer, Lebensalter, Unterhaltspflichten und Schwerbehinderung beschränkt wurde. Gleichzeitig wurde die Möglichkeit gegeben, bestimmte Arbeitnehmer - z.B. die Leistungsträger - nicht in die Sozialauswahl einzubeziehen (§ 1 Absatz 3 Satz 2 KSchG). Eine eingeschränkte arbeitsgerichtliche Überprüfung der Sozialauswahl sollte bei kollektiver Vereinbarung von Auswahlrichtlinien nach § 95 BetrVG gelten (§ 1 Absatz 4 KSchG). Eine gesetzliche Vermutung dafür, dass eine Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse nach § 1 Absatz 2 KSchG bedingt ist, wenn der Arbeitnehmer namentlich in einem Interessenausgleich benannt ist, sowie eine eingeschränkte gerichtliche Überprüfung der Sozialauswahl nur noch auf grobe Fehlerhaftigkeit in diesem Fall folgte aus § 1 Absatz 5 KSchG. Schließlich wurden auf Grund von Artikel 1 Nr. 2 AMRG in § 4 Satz 1 KSchG die Wörter „*oder aus anderen Gründen rechtsunwirksam*“ nach der Formulierung „*sozial ungerechtfertigt*“ eingefügt. Wegen der Neufassungen der § 13 Absatz 3 und § 23 KSchG durch die Gesetzesnovelle gilt daher seit 01.01.2004 für alle Arbeitnehmer eine einheitliche Klagefrist von drei Wochen nach Zugang einer schriftlichen Kündigungserklärung, wenn deren Rechtsunwirksamkeit gerichtlich geltend gemacht werden soll<sup>112</sup>. Dass eine Kündigung zur Wirksamkeit dem Arbeitnehmer schriftlich zugehen muss, ergibt sich aus § 623 BGB. Die Aufnahme des Erfordernisses des Zugangs einer schriftlichen Kündigungserklärung in die Neufassung des § 4

---

<sup>110</sup> BT-Drucks. 12/2443, S. 149.

<sup>111</sup> BGBl. I, S. 3002.

<sup>112</sup> Begründung des Gesetzesentwurfs der Fraktion SPD/Bündnis 90 Die Grünen, BT- Drucks. 15/1204 S. 25.

KSchG verfolgt den Zweck, dem Arbeitnehmer Klarheit über den Beginn des Fristlaufes zu ermöglichen. Nach der Begründung des Gesetzesentwurfes der Bundesregierung<sup>113</sup> soll durch die Erstreckung der Klageerhebungsfrist auf alle Arbeitnehmer und Nichtigkeitsgründe einer Kündigung größere Transparenz und Rechtssicherheit im Kündigungsrecht geschaffen werden. Die gesetzliche Neugestaltung der Klageerhebungsfrist zielt auf die Verhinderung eines längeren Schwebezustandes hinsichtlich der Frage, ob der Arbeitnehmer eine ausgesprochene Kündigung akzeptiere oder gegen ihre Wirksamkeit im Klageweg vorgehe, ab.

Neben der Ausnahme der fehlenden Schriftlichkeit gewährleisten damit nur noch die Vorschriften der § 4 Satz 4, §§ 5 und 6 KSchG, dass Unwirksamkeitsgründe außerhalb der 3-Wochen-Frist in einen Kündigungsschutzprozess eingeführt werden können.

### 3. Fazit der historischen Betrachtung

Im Verlauf der letzten hundert Jahre hat sich das arbeitsrechtliche Kündigungsrecht von der Kündigungsfreiheit als Ausdruck der Befreiung von der Knechtschaft des absolutistischen Zeitalters schrittweise zu einem materiellen Arbeitnehmerschutzrecht entwickelt.

Die sich aus der wirtschaftlichen und strukturellen Unterlegenheit der Arbeitnehmer im beginnenden 20. Jahrhundert ergebenden sozialen Konflikte machten die Einschränkung der Vertrags- und damit der Kündigungsfreiheit im Arbeitsrecht erforderlich. Dabei war zunächst der individuelle Schutz der Arbeitnehmer (§ 84 BRG) vom Tätigwerden des Betriebsrates abhängig (§§ 85, 86 BRG). Mit dem AOG wurde der Entfall der zwingenden Beteiligung der Arbeitnehmervertretung vor der Beschreitung des Rechtsweges eingeleitet. Die Rechtsentwicklung nach 1945 führte zu dem derzeitigen, aus kollektiv- und individualrechtlichen Komponenten bestehenden Prinzip der Kündigungsbeschränkung. Präventive und repressive gesetzliche Vorgaben schützen den Arbeitnehmer vor unwirksamen Arbeitgeberkündigungen. Verankert ist im Kündigungsschutzrecht aber auch der

---

<sup>113</sup> Begründung des Gesetzesentwurfes der Bundesregierung, BT-Drucks. 15/1509 S. 1.

Grundsatz der nachträglichen Wirksamkeitskontrolle<sup>114</sup>: Die gerichtliche Kontrolle hinsichtlich der Wirksamkeit einer Kündigung ist von der Einreichung einer Klage abhängig, § 4 KSchG. Es bleibt dem Arbeitnehmer überlassen, eine objektiv unwirksame Kündigung hinzunehmen. Will er dies nicht, muss er schnell reagieren, um einen Rechtsverlust zu vermeiden. Je nach Epoche war die Beteiligung der Arbeitnehmervertretung oder die Erhebung der Klage innerhalb einer bestimmten Frist erforderlich. Dieses Erfordernis hat der Gesetzgeber trotz grundlegender Veränderung im Kündigungsschutzverfahren beibehalten. Nach wie vor hat es zwingend zu einem zeitnahen Dialog zwischen den Arbeitsvertragsparteien zu kommen, wobei die Vermittlungsversuche des Gruppenrates (§ 84 BRG) und das Güteverfahren vor dem Vertrauensrat (§ 56 AOG) heute ersetzt wurden durch die Gütesitzung vor dem Arbeitsgericht (§§ 4 KSchG, 54 ArbGG). Nur durch diesen Umstand wird den Arbeitsvertragsparteien die Möglichkeit eröffnet, gegebenenfalls bestehende Konflikte schnell beilegen zu können und das wegen der laufenden Kündigungsfrist noch nicht unterbrochene Arbeitsverhältnis durch Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers fortzusetzen. Hierdurch wird dem Arbeitnehmer die Möglichkeit eines echten Bestandsschutzes im Arbeitsverhältnis gegeben. Die Frist ist nach wie vor als angemessene Lösung zur Auflösung des Spannungsverhältnisses zwischen Arbeitnehmerschutz und Kündigungsfreiheit anzusehen.

## **B. Normzweck und Anwendungsbereich des § 4 KSchG**

Durch die Regelungen in §§ 4, 7 KSchG soll alsbald Klarheit über den Bestand des Arbeitsverhältnisses geschaffen werden. Damit trägt der Gesetzgeber insbesondere den Interessen des Arbeitgebers an einer wirtschaftlichen Planungssicherheit Rechnung. Prozessual wird die Initiative zum Handeln dem Arbeitnehmer auferlegt. Garantiert wird durch das Kündigungsschutzgesetz der Bestandsschutz im Arbeitsverhältnis nicht nach den Prinzipien der Kündigungsfreiheit mit Missbrauchsklausel oder der Prüfung eines berechtigten Kündigungsinteresses; er beruht vielmehr auf dem Prinzip der nachträglichen Wirksamkeitskontrolle<sup>115</sup>. Will der Arbeitnehmer eine Kündigung angreifen, muss er wegen § 4 KSchG innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Erklärung Klage beim Arbeitsge-

---

<sup>114</sup> *Preis* in APS Grundlagen G Rn. 11; *Wolf* in GK-KR 3. Aufl. Grundsätze Rn. 35.

<sup>115</sup> *Preis* Prinzipien des Kündigungsrechts S. 56.

richt auf Feststellung erheben, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst worden ist. Wird die Klage nicht oder verspätet erhoben, gilt die Kündigung als wirksam, § 7 KSchG.

Die gesetzliche Neufassung des § 4 KSchG wirft die Frage auf, ob und gegebenenfalls wie sich Zweck und Anwendungsbereich der Norm nach der Gesetzesnovelle geändert haben. Es sollen zunächst § 4 KSchG in der alten und neuen Fassung erläutert und die wesentlichen Änderungen durch das AMRG dargestellt werden. Im Anschluss hieran soll geprüft werden, ob die Klageerhebungsfrist ausnahmslos gilt und welche „anderen“ Unwirksamkeitsgründe einer Kündigung i.S.v. § 4 KSchG n.F. nicht dem Geltungsbereich der Norm unterfallen.

## I. Regelungsinhalt des § 4 KSchG a.F.

### 1. Gesetzliche Vorgabe

Die sozialwidrige Kündigung ist unwirksam, § 1 Absatz 1 KSchG. Unwirksam kann eine Kündigung aber auch aus anderen Gründen sein, § 13 Absatz 3 KSchG. Zur Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung wegen Sozialwidrigkeit ist die fristgerechte Erhebung der Kündigungsschutzklage erforderlich, § 4 KSchG. Unterbleibt dies, gilt die Kündigung als von Anfang an rechtswirksam, § 7 KSchG. Abweichend von der Rechtslage im zeitlichen Geltungsbereich des BRG vom 04.02.1920 (Erfordernis der Erhebung der Einspruchsklage nach § 86 Absatz 1 BRG) und des AOG vom 20.01.1934 (Notwendigkeit der Einreichung der Kündigungswiderrufsklage gemäß § 56 AOG) ist nach den Regelungen des Kündigungsschutzgesetzes die unwirksame Kündigung nicht von vornherein unheilbar nichtig, sondern schwebend unwirksam. Die Unwirksamkeit wird durch Zeitablauf - d.h. unterlassener oder nicht rechtzeitiger Klageerhebung - geheilt. Die Klageerhebung ist notwendig, um die Nichtigkeit der Kündigung aufrecht zu erhalten<sup>116</sup>. Das die Unwirksamkeit der Kündigung aussprechende Urteil hat keine gestaltende, sondern eine feststellende Wirkung. Es verändert die Rechtslage nicht, sondern stellt diejenige fest, die vor der Klageerhebung bereits bestand<sup>117</sup>. Betroffen von der Pflicht zur fristgemäßen Klageerhebung zur Vermeidung der Fiktionswir-

<sup>116</sup> *Friedrich* in GK-KR, Rn. 10 zu § 4 KSchG; *Gallner* in HaKo Rn. 2 zu § 4 KSchG; *Linck* in von Hoyningen-Huene/Linck Rn. 1 zu § 4 KSchG.

<sup>117</sup> BAG Urteil vom 07.11.1991 - 2 AZR 159/91 -, AP Nr. 6 zu § 209 BGB B II 1b, d der Gründe.

kung des § 7 KSchG waren bis 31.12.2003 nur Arbeitnehmer, welche die Voraussetzungen der §§ 1 Abs. 1, 23 KSchG erfüllten und die Sozialwidrigkeit der Kündigung geltend machen wollten. Beschäftigte in Kleinbetrieben und/oder Arbeitnehmer mit einer Beschäftigungsdauer von weniger als 6 Monaten im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung waren durch die Klageerhebungsfrist ebensowenig beschwert wie diejenigen, welche die Unwirksamkeit der Kündigung auf Gründe außerhalb von § 1 Absatz 2 und 3 KSchG stützen wollten.

## 2. Zweck der Klageerhebungsfrist

### a. Der Meinungsstand im Schrifttum

Die ältere Literatur hat die Frage nach dem Normzweck des § 4 KSchG mit unterschiedlichen Ansätzen behandelt. Friedrich<sup>118</sup> hebt das Interesse beider Arbeitsvertragspartner hervor, möglichst bald Klarheit über den Weiterbestand oder das Ende des Arbeitsverhältnisses zu schaffen. Löwisch<sup>119</sup> verweist auf die Folge der Konzentration des Streites hinsichtlich der Wirksamkeit der Kündigung durch die Klageerhebungsfrist. Hierdurch würden Streitverfahren zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer über Ansprüche, die von der Wirksamkeit der Kündigung abhängen, vermieden. Dieser Umstand komme beiden Arbeitsvertragspartnern zu Gute. Auch Güntner<sup>120</sup> erkennt in der Vorschrift des § 4 KSchG Vorteile für den Arbeitnehmer: Dieser sei auf die Lohnzahlung durch den Arbeitgeber zur Bestreitung seines und seiner Familie Lebensunterhalt angewiesen. Diese Ansprüche könnten aber nicht durchgesetzt werden, solange ein klagestattgebendes Urteil im Kündigungsschutzverfahren noch nicht erstritten sei. Zudem hänge die Entscheidung über die weitere Gestaltung seines persönlichen und beruflichen Lebenswegs vom Ausgang des Kündigungsschutzverfahrens ab. Daneben berücksichtige die Norm aber auch das Interesse des Arbeitgebers, nicht mit Forderungen des Arbeitnehmers zur Lohnzahlung in unabsehbarer Höhe konfrontiert zu werden, wenn der Arbeitnehmer mit der Erhebung der Kündigungsschutzklage übermäßig lange ohne Nachteile zuwarten dürfe. Außerdem solle durch die Klagebefristung in § 4 KSchG das Verlorengelangen von Beweismitteln verhindert werden.

---

<sup>118</sup> GK-KR 1. Aufl. Rn. 10 zu § 4 KSchG.

<sup>119</sup> *Herschel-Löwisch* KSchG 6. Aufl. 1984, Rn. 1 zu § 4 KSchG.

<sup>120</sup> In: DB 1976, 148; AuR 1974, 97 ff., 135 ff., 171 ff.; DB 1975, 1267 ff.

Schließlich wird die Erforderlichkeit der schnellen Klärung der Rechtslage als Grund für die zeitliche Begrenzung des Klagerechts angesehen. Eine zeitlich unbegrenzte Geltendmachung von Unwirksamkeitsgründen stehe dem Gebot der Rechtssicherheit entgegen<sup>121</sup>. Besta<sup>122</sup> sieht die Rechtfertigung der Klageerhebungsfrist im Erfordernis der Schaffung eines Ausgleichs der Interessen der Arbeitsvertragsparteien bei einer Kündigung. Die Arbeitnehmer seien durch den allgemeinen Kündigungsschutz im Bestand ihres Arbeitsverhältnisses geschützt und damit gegenüber dem Arbeitgeber begünstigt. Die Kündigungsbeschränkungen griffen in die Vertragsbeendigungsfreiheit des Arbeitgebers dergestalt ein, dass die Kündigung besonders gerechtfertigt sein müsse. Diese Privilegierung mache einen Ausgleich für den Arbeitgeber erforderlich: Die Klagebeschränkung des § 4 KSchG stelle eine prozessuale Last für die Arbeitnehmer dar und schwäche dadurch den gesetzlichen Eingriff der kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften in die Privatautonomie des Arbeitgebers ab<sup>123</sup>.

Im neueren Schrifttum<sup>124</sup> wird die Auffassung vertreten, die Klageerhebungsfrist nutze überwiegend dem Arbeitgeber. Gekündigte Arbeitnehmer seien wegen der Vorschrift des § 12 KSchG weder in ihren beruflichen Dispositionsmöglichkeiten eingeschränkt, noch könne es als berechtigt angesehen werden, ihnen auf Grund des Erfordernisses der möglichst schnellen Beschaffung von finanziellen Mitteln nach der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses zur Bestreitung des Lebensunterhaltes das Risiko des Rechtsverlustes durch Versäumung der Klagefrist aufzubürden. Auch überzeuge der arbeitgeberseits zugesprochene Vorteil der Klarstellung über die alsbaldige Wiederbesetzbarkeit des durch die Kündigung freigewordenen Arbeitsplatzes zumindest im Falle einer betriebsbedingten Kündigung nicht.

---

<sup>121</sup> *Leisten* AuR 1985, 181 ff. (183); *Schaub* NJW 1981, 1807 ff. (1812); *derselbe* Anwaltsblatt 1981, 479 ff. (482); *Löwisch* Anmerkung zu BAG vom 19.04.1990, EzA § 615 BGB Nr. 66.

<sup>122</sup> Die Regelungen der Klageerhebungsfrist in §§ 4 bis 6 KSchG, Diss. 1987, Seite 7.

<sup>123</sup> So auch *Boemke* RdA 1995, 211 ff. (220).

<sup>124</sup> *Besta* Die Regelungen der Klageerhebungsfrist in §§ 4 - 6 KSchG, Diss. 1987, S. 17.

## b. Die Auffassung der Rechtsprechung

Der Normzweck des § 4 KSchG wurde in älteren Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts<sup>125</sup> in einer Begünstigung des Arbeitgebers gesehen. Durch die gesetzgeberische Zielsetzung, die Frage der Wirksamkeit einer Kündigung nicht für längere Zeit in der Schwebe zu halten, solle der Arbeitgeber in die Lage versetzt werden, alsbald nach der Kündigung erkennen zu können, ob der Arbeitnehmer die Kündigung hinnehme und dadurch der freigewordene Arbeitsplatz zeitnah besetzt werden könne oder nicht. Auch diene die Klageerhebungsfrist dazu, das Risiko des Arbeitgebers zur Zahlung von Annahmeverzugslohn zu verringern. Die Befristung der Klagemöglichkeit bringe den Arbeitnehmern keine Vorteile<sup>126</sup>.

Die neuere Rechtsprechung<sup>127</sup> sieht in Übereinstimmung mit der Literatur<sup>128</sup> die Regelung des § 4 KSchG als Überlegungsfrist für den Arbeitnehmer an. Im Interesse der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens müsse bei der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses eine rasche Klärung der Rechtslage herbeigeführt werden. Dies habe in einem Zeitraum zu geschehen, in dem eine Beweisführung im Prozess noch möglich sei. Die Klagfrist des § 4 KSchG zwingt den Arbeitnehmer - auch in seinem Interesse - sich in zeitlicher Hinsicht begrenzt zu entscheiden, ob er die vom Arbeitgeber ausgesprochene Kündigung angreifen wolle oder nicht<sup>129</sup>. Die Klageerhebungsfrist diene überwiegend dazu, dem Arbeitgeber möglichst bald Gewissheit über das Ende oder den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses nach Ausspruch einer Kündigung zu verschaffen<sup>130</sup>.

## c. Stellungnahme

Die im Schrifttum<sup>131</sup> vorgebrachten Argumente zum Normzweck des § 4 KSchG vermögen nicht zu überzeugen. Die Norm wirkt nicht überwiegend zugunsten des

---

<sup>125</sup> Urteil vom 23.02.1978 - 2 AZR 214/77 -, EzA § 12 SchwbG Nr. 4 unter B III 3a der Gründe.

<sup>126</sup> BAG Urteil vom 27.01.1955 - 2 AZR 418/54 -, AP Nr. 5 zu § 11 KSchG.

<sup>127</sup> BAG Urteil vom 27.04.2000 - 8 AZR 301/99 - Juris I 5a der Gründe; BAG Urteil vom 26.06.1986 - 2 AZR 358/85 - NZA 1986, 761 ff. unter II 3b der Gründe; LAG Thüringen, Beschluss vom 19.04.2001 - 7 Ta 159/00 - EzA Schnelldienst 2001 Nr. 13, 8 - 9 unter II A 3a der Gründe.

<sup>128</sup> *Gallner* in HaKo, 1. Aufl., Rn. 21 zu § 4 KSchG; *Hohmeister* ZRP 1994, 142; *Friedrich* in GK-KR 7. Aufl., Rn. 10 zu § 4 KSchG.

<sup>129</sup> So auch *Lepke* DB 1991, 2034 ff. (2036)

<sup>130</sup> *Hueck/vonHoyningen-Huene*, 12. Aufl., Rn. 2 zu § 4 KSchG.

<sup>131</sup> *Güntner* DB 1975, 1267 und 1976, 148; *ders.* AuR 1974, 97 ff., 135 ff., 171 ff.

gekündigten Arbeitnehmers. Es ist zwar zutreffend, dass die Verwertung der Arbeitskraft des Arbeitnehmers und der daraus resultierende Anspruch auf Vergütungszahlung in der Regel dessen wirtschaftliche Existenzgrundlage darstellt und er gewöhnlich darauf angewiesen ist, durch diese finanziellen Mittel den Lebensunterhalt für sich und gegebenenfalls seine Familie zu bestreiten. Allerdings ist er nicht gehindert, auch bei laufendem Kündigungsschutzprozess ein anderes Arbeitsverhältnis einzugehen und sich hierdurch entsprechende finanzielle Mittel zu verschaffen. Hierzu ist er nach § 11 KSchG sogar verpflichtet. Im Falle des Ob-siegens im Bestandsschutzstreit kann er zum bisherigen Arbeitgeber wieder zurückkehren, wenn er von seinem Lossagungsrecht nach § 12 KSchG keinen Gebrauch machen will<sup>132</sup>. Seine Gestaltungsfreiheit bezüglich des eigenen persönlichen und beruflichen Lebensweges wird jedenfalls durch das Erfordernis der fristgebundenen Klageerhebung nicht größer. Auch schützt der durch die Klageerhebungsfrist hervorgerufene Zwang, sich innerhalb kurzer Zeit für oder gegen das Führen eines Prozesses gegen den kündigenden Arbeitgeber entscheiden zu müssen, nicht primär die Interessen des gekündigten Arbeitnehmers. Soweit der Vorteil der Fokussierung des Streites auf die Wirksamkeit der Kündigung und die unter Umständen hieraus resultierende Vermeidung von Folgestreitigkeiten zwischen den Arbeitsvertragsparteien als Vorteil der Klageerhebungsfrist für den Arbeitnehmer hervorgehoben wird, vermag dies die Auferlegung einer kurzen Klagefrist - an deren Versäumung der Verlust von weitgehenden Rechten geknüpft ist - ebenfalls nicht zu rechtfertigen. Die gerichtliche Geltendmachung von Vergütungsforderungen nach einer obsiegenden Entscheidung im Kündigungsschutzprozess wäre ohne eine Klageerhebungsfrist ebenso möglich, wie die Vorschrift des § 4 KSchG das gleichzeitige Einklagen der Vergütung im Bestandsschutzstreit nicht verhindert. Ein echter Vorteil für die Arbeitnehmer kann aus der Befristung der Klageerhebungsmöglichkeit im Kündigungsfall nicht abgeleitet werden<sup>133</sup>.

Die Klageerhebungsfrist begünstigt eher die Arbeitgeberseite. Solange nicht entschieden ist, ob die Kündigung das Arbeitsverhältnis der Parteien wirksam beendet hat, bleibt das Risiko des Arbeitgebers, sich mit Vergütungsforderungen des

---

<sup>132</sup> *Fiebig* in HaKo, Rn. 26 zu § 12 KSchG.

<sup>133</sup> So schon BAG Urteil vom 27.01.1955 - 2 AZR 418/54 -, AP Nr. 5 zu § 11 KSchG.

gekündigten Arbeitnehmers auseinandersetzen zu müssen. Die Gefahr der Nachzahlung von Vergütung aus Annahmeverzugsgesichtspunkten (§ 615 BGB) bei nicht wirksam beendeten Arbeitsverhältnissen belastet den Arbeitgeber umso stärker, je länger der Beendigungszeitpunkt zurückliegt. Denn im Dauerschuldverhältnis entstehen bei unwirksamer Kündigung fortlaufend Vergütungsansprüche des Arbeitnehmers. Insofern dient die Klageerhebungsfrist überwiegend den Interessen der Arbeitgeber an der schnellen Klärung der Wirksamkeit der Kündigung.

Der Normzweck der Regelung des § 4 KSchG in der bis zum 31.12.2003 geltenden Fassung konnte auch nicht ausschließlich darin gesehen werden, dem Arbeitgeber möglichst bald Gewissheit über den Fortbestand oder das Ende des Arbeitsverhältnisses zu verschaffen<sup>134</sup>. Diese Klarheit bestand auch nach Fristablauf nicht, weil § 7 KSchG nur die fehlende soziale Rechtfertigung der Kündigung im Sinne von § 1 Absatz 2 und 3 KSchG bzw. das Fehlen eines wichtigen Grundes im Sinne von § 626 Absatz 1 BGB und die Versäumung der Kündigungserklärungsfrist des § 626 Absatz 2 BGB, nicht aber sonstige Wirksamkeitsmängel der Kündigung heilte. Auf „sonstige“ Unwirksamkeitsgründe konnte sich ein Arbeitnehmer ohne zeitliche Befristung im Klageweg berufen, § 13 Absatz 3 KSchG a.F. Daraus folgt, dass die Klageerhebungsfrist allenfalls der alsbaldigen Herbeiführung einer Klärung der Rechtslage über die Fragen der sozialen Rechtfertigung der ordentlichen oder des Vorliegens der Voraussetzung des § 626 BGB bei der außerordentlichen Kündigung im Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes diene<sup>135</sup>. Die Herbeiführung von endgültiger Rechtssicherheit war von der Vorschrift des § 4 KSchG a.F. nicht erreichbar. Auch als Instrument des Interessenausgleiches<sup>136</sup> diene sie nur bedingt in Ansehung der Tatsache, dass sie lediglich den Teil der Arbeitnehmer belastete, welcher die Voraussetzungen der §§ 1 Absatz 1, 23 KSchG erfüllte. Als Kompensation des Eingriffs in die Privatautonomie des Arbeitgebers durch die Kündigungsbeschränkung außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes war sie untauglich.

---

<sup>134</sup> Hueck/von Hoyningen-Huene, Rn. 2 zu § 4 KSchG; Friedrich in GK-KR 6. Aufl. Rn. 10 zu § 4 KSchG; Gallner in HaKo, 1. Aufl., Rn. 1 zu § 4 KSchG.

<sup>135</sup> Vollkommer, AcP 161 (1962) 332 ff. (384); Boemke RdA 1995, 211 ff. (220); Gallner in HaKo, Rn. 2 zu § 4 KSchG.

<sup>136</sup> Besta, Die Regelung der Klageerhebungsfrist der §§ 4 bis 6 KSchG 1984 S. 17.

## II. Veränderungen durch das AMRG

### 1. Neuer Anwendungsbereich des § 4 KSchG n.F.

War die prozessuale Last des Arbeitnehmers, eine Kündigung in der besonderen Form des § 4 KSchG fristgemäß angreifen zu müssen, bis zum 31.12.2003 an die Erfüllung der Voraussetzungen der §§ 1 Absatz 1, 23 KSchG gebunden, gilt die Klageerhebungsfrist auf Grund der Gesetzesnovelle<sup>137</sup> seit 1.1.2004 für alle Arbeitnehmer ohne Beachtung von deren Beschäftigungsdauer und der Belegschaftszahl ihres Beschäftigungsbetriebes<sup>138</sup> auch bei einer aus anderen Gründen im Sinne von § 13 Absatz 3 KSchG unwirksamen Kündigung. Die Klageerhebungsfrist soll grundsätzlich alle Unwirksamkeitsgründe einer Kündigung erfassen<sup>139</sup>. Voraussetzung ist der Zugang einer schriftlichen Kündigung; nur diese setzt die Klageerhebungsfrist des § 4 KSchG in Lauf<sup>140</sup>. Ein Arbeitnehmer soll nicht gezwungen werden, zur Verhinderung der Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG bei einer mündlichen Kündigungserklärung Klage erheben zu müssen<sup>141</sup>.

### 2. Veränderter Normzweck des § 4 KSchG nach der Gesetzesnovelle

Mit der Reform des § 4 KSchG durch das AMRG hat der Gesetzgeber die Konzentrierung der Klageerhebungsfrist auf die Unwirksamkeitsgründe einer ordentlichen Arbeitgeberkündigung wegen fehlender sozialer Rechtfertigung aufgehoben zugunsten der Berücksichtigung grundsätzlich aller Unwirksamkeitsgründe einer Kündigung. Das Arbeitgeberinteresse an einer raschen Klärung der Rechtslage hinsichtlich des Weiterbestandes oder dem Ende des Arbeitsverhältnisses im Zusammenhang mit einer Kündigung wurde als berechtigt angesehen<sup>142</sup>. Erforder-

---

<sup>137</sup> BGBl. I, S. 3002 ff.: AMRG.

<sup>138</sup> *Quecke* in HWK Rn. 3 zu § 4 KSchG; *Zwanziger* in KDZ Rn. 4 zu § 4 KSchG; *Düwell* in Weyand/Düwell S. 233; *Richardi* NZA 2003, 764 ff. (765); *Bender/Schmidt* NZA 2004, 358 ff. (361); BAG Urteile vom 09.02.2006 - 6 AZR 283/05 - NZA 2006, 1207 unterl 2 a der Entscheidungsgründe und vom 28.06.2007 - 6 AZR 873/06 -, NZA 2007, 972.

<sup>139</sup> BT-Drucks. 15/1204 Fraktionsentwurf S. 17, BT-Drucks. 15/1509 Regierungsentwurf S. 22.

<sup>140</sup> Der ursprüngliche Regierungsentwurf des AMRG vom 18.06.2004 (BT-Drucks. 15/1204) hatte auch den Formverstoß der Klagefrist unterworfen; die Änderung erfolgte auf Grund Änderungsantrag der Fraktion SPD/Bündnis90-Die Grünen (Drucks. 15/1204), Beschluss vom 25.09.2003, BT-Drucks. 15/1587 S. 10.

<sup>141</sup> *Richardi* NZA 2003, 764 ff. (765); *Bauer/Preis/Schunder* NZA 2003, 704 ff. (706), a.A. *Eberle* NZA 2003, 1121 ff.

<sup>142</sup> *Düwell* in Weyand/Düwell S. 121; *Biebl*, Das neue Kündigungs- und Befristungsrecht Rn. 106; *Linck* in von Hoyningen-Huene/Linck Rn. 24 zu § 4 KSchG.

lich ist die Beachtung der Klageerhebungsfrist aber nur bei Zugang einer schriftlichen Kündigungserklärung<sup>143</sup>.

### 3. Stellungnahme

Die Neufassung des § 4 KSchG statuiert nicht mehr nur eine Überlegungsfrist<sup>144</sup>, sondern stellt eine generelle prozessuale Belastung der Arbeitnehmer bei einer Kündigung durch den Arbeitgeber dar. Die Pflicht zu fristgemäßer Klageerhebung zur Vermeidung der Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG korrespondiert mit den die Arbeitnehmer begünstigenden Kündigungsschutzregelungen, welche die Arbeitgeber in ihrer privatautonomen Vertragsbeendigungsfreiheit beschränken und stellt ein diesbezügliches Gegengewicht dar. Die einheitliche Klageerhebungsfrist schafft nunmehr einen echten Interessenausgleich zwischen den Arbeitsvertragsparteien im Falle des Ausspruchs einer Kündigung durch den Arbeitgeber. Der Arbeitnehmer kann sich nur auf das Eingreifen von Kündigungsbeschränkungen berufen, wenn er fristgemäß Klage erhebt. Ob sich der Arbeitnehmer auf Unwirksamkeitsgründe beruft oder die Kündigung akzeptiert, soll für den Arbeitgeber innerhalb überschaubarer Zeit nach Zugang der schriftlichen Kündigung verlässlich bewertbar sein<sup>145</sup>; die Klageerhebungsfrist dient dem Arbeitgeber bezüglich aller Unwirksamkeitsgründe einer schriftlichen Kündigung als Warnung, dass die Fiktionswirkung des § 7 KSchG nicht eintritt<sup>146</sup>.

### 4. Zwischenergebnis

Der Normzweck des § 4 KSchG hat sich durch das AMRG verändert. Die in der älteren Literatur vertretene Auffassung, die Klageerhebungsfrist begünstige beide Arbeitsvertragspartner und diene vorrangig der alsbaldigen Klärung der Rechtslage bezüglich der Wirksamkeit einer Arbeitgeberkündigung, vermag nach der Gesetzesnovelle nicht mehr zu überzeugen. Auch als reine Überlegungsfrist für den Arbeitnehmer kann § 4 KSchG n.F. nicht mehr angesehen werden. Vielmehr schafft die Klageerhebungsfrist einen echten Interessenausgleich für die durch die

---

<sup>143</sup> *Quecke* in HWK Rn. 3 zu § 4 KSchG; *Ascheid/Hesse* in APS Rn. 8 zu § 4 KSchG; *Kiel* in Erf-Kom. zum Arbeitsrecht Rn. zu § 4 KSchG.

<sup>144</sup> *Friedrich* in GK-KR 8. Aufl. Rn. 10 zu § 4 KSchG.

<sup>145</sup> *Linck* in von Hoyningen-Huene/Linck 14. Aufl., Rn. 14 zu § 4 KSchG.

<sup>146</sup> *Gallner* in HaKo, Rn. 2 zu § 4 KSchG.

kündigungsschutzrechtlichen Regelungen beschränkte Vertragsbeendigungsfreiheit der Arbeitgeber. Sie verbessert die Rechtslage für den kündigenden Arbeitgeber.

### III. Grenzen des Geltungsbereiches des § 4 KSchG n.F.

#### 1. Einleitung

Nach der Begründung zum Gesetzesentwurf<sup>147</sup> und den Meinungen einiger unmittelbar nach In-Kraft-Treten der Neuregelung veröffentlichten Kommentare<sup>148</sup> erfasst die einheitliche Klagefrist des § 4 KSchG n.F. nicht nur alle Arbeitsverhältnisse, sondern ist auch auf sämtliche denkbaren Unwirksamkeitsgründe einer Kündigung anwendbar. Diese These begegnet inzwischen Zweifeln<sup>149</sup>. Im Schrifttum<sup>150</sup> ist heftig umstritten, ob die Fälle fehlender behördlicher Zustimmung zur Kündigung, fehlender Zurechenbarkeit der Willenserklärung, unbestimmter oder bedingter Kündigungserklärungen, Verstöße gegen §§ 17, 18 KSchG oder gegen Normen des AGG einschlägig sind. Welche der „anderen Gründe“ im Sinne der neugefassten Norm das Erfordernis form- und fristgerechter Klageerhebung und widrigenfalls die Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG auslösen, soll im Nachfolgenden untersucht und das Spannungsverhältnis des § 4 KSchG zu § 111 Satz 2 ArbGG bei Bestandsstreitigkeiten im Ausbildungsverhältnis aufgelöst werden. Dabei ist besonders auf die Konfliktlage einzugehen, die dann entsteht, wenn die Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG zusammentrifft mit einer zum Schutz des Arbeitgebers angeordneten Unwirksamkeit seiner Kündigungserklärung. Zunächst werden die „anderen Gründe“ i.S.v. § 13 Absatz 3, § 4 Satz 1 KSchG dargestellt. Anschließend sollen die Grenzen des Geltungsbereiches des § 4 KSchG aufgezeigt werden, die - wie nachzuweisen sein wird - eine teleologische Reduktion der Anwendbarkeit der §§ 4, 7 KSchG bezüglich der den Arbeitgeber vor den Folgen der Unwirksamkeit seiner Erklärung schützenden Normen erforderlich machen.

---

<sup>147</sup> BT-Drucks. 15/1204, Fraktionsentwurf S. 17; BT Drucksache 15/509, Regierungsentwurf S. 22.

<sup>148</sup> *Ascheid* in ErfKom., 4. Aufl. 2004, Rn. 33 zu § 13 KSchG; *Biebl* in APS 2. Aufl. 2004, Rn. 69 zu § 13 KSchG; *Däubler* in KDZ 6. Aufl. 2004, Rn. 29 zu § 623 BGB.

<sup>149</sup> *Quecke* in HWK Rn. 5 zu § 4 KSchG; *Ascheid/Hesse* in APS Rn. 10 c zu § 4 KSchG.

<sup>150</sup> *Ascheid/Hesse* in APS Rn. 10 c zu § 4 KSchG; *Quecke* in HWK Rn. 7 zu § 4 KSchG.

## 2. Die gesetzlichen Regelungen des besonderen Kündigungsschutzes als „andere Gründe“ des § 4 Satz 1 KSchG

Nach der Gesetzesbegründung<sup>151</sup> zählen zu den „anderen Gründen“ des § 4 Satz 2 KSchG diejenigen, die ausreichend rechtsähnlich zu dem in § 4 Satz 1 KSchG genannten Unwirksamkeitsgrund der fehlenden sozialen Rechtfertigung i.S.v. § 1 Absatz 2 und 3 KSchG sind. Dazu gehören alle Normen des besonderen Kündigungsschutzes, die in erster Linie dem Schutz des Arbeitnehmers dienen, insbesondere §§ 18 BEEG, 85 SGB IX, 102 BetrVG, 138, 242, 612 a, 613 a Abs. 4 BGB, 5 TzBfG, 15 KSchG, 22 BBiG, 9 MuSchG. Ob die Anwendung des § 4 KSchG bei schwangeren Arbeitnehmerinnen mit Artikel 10 und 12 der Mutterschutzrichtlinie 92/85/EG vereinbar ist, wird sich aus einer Entscheidung des EuGH zum vergleichbaren luxemburgischen Recht ergeben<sup>152</sup>.

## 3. Das Erfordernis des Zugangs einer schriftlichen Kündigung

### a. Die gesetzliche Vorgabe

Nach § 623 BGB bedarf die Beendigung des Arbeitsvertrages durch Kündigung zur Wirksamkeit der Schriftform; die elektronische Form ist ausgeschlossen. Ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig, § 125 BGB. Die Nichtigkeit der Kündigung wegen eines Verstoßes gegen §§ 623, 126 Absatz 1 BGB ist ein sonstiger Unwirksamkeitsgrund im Sinne von § 13 Absatz 3 KSchG<sup>153</sup>. Der ursprüngliche Regierungsentwurf zum AMRG vom 18.06.2003<sup>154</sup> sah die Geltendmachung der Unwirksamkeit der Kündigung wegen eines Verstoßes gegen §§ 623, 126 Absatz 1 BGB innerhalb der Klageerhebungsfrist des § 4 KSchG vor. Dies war in der Literatur auf heftige Kritik gestoßen<sup>155</sup>. Auf Änderungsempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit wurde im Gesetzgebungsverfahren in § 4 Satz 1 KSchG eingefügt, dass die Feststellungsklage innerhalb von drei Wochen nach Zugang der *schriftlichen* Kündi-

---

<sup>151</sup> BR Drucks 421/03, S.19.

<sup>152</sup> RS Pontin - C -63/08 - Vorlage durch Arbeitsgericht Esch-sur-Alzette.

<sup>153</sup> Friedrich in GK-KR 6. Aufl. 2002, Rn. 227 zu § 4 KSchG.

<sup>154</sup> BT-Drucks. 15/1204.

<sup>155</sup> Bauer in Bauer/Preis/Schunder NZA 2003, 704 ff. (706); a.A.: Eberle NZA 2003, 1121.

gung zu erheben sei<sup>156</sup>. Bezweckt war mit dieser Regelung, dass der Arbeitnehmer Klarheit über den Beginn der Klagefrist erhält<sup>157</sup>. Es sollte vermieden werden, dass ein Arbeitnehmer, dem vom Arbeitgeber nur mündlich gekündigt worden ist, Klage erheben muss, um zu verhindern, dass auf Grund der Fiktionswirkung des § 7 KSchG dennoch die formnichtige Kündigung Rechtswirksamkeit erlangt<sup>158</sup>. Nach dem Wortlaut des § 4 KSchG n.F. gilt somit die Frist nur, soweit dem Arbeitnehmer eine schriftliche Kündigung zugegangen ist. Ist die Kündigung nicht in einer schriftlichen Erklärung verkörpert, wenn sie dem Arbeitnehmer zugeht, kann er auch nach Ablauf von drei Wochen nach Zugang der mündlichen Kündigungserklärung deren Nichtigkeit erfolgreich gerichtlich geltend machen<sup>159</sup>.

b. Die Problematik von „nicht-schriftlichen“ und schriftformwidrigen Kündigungserklärungen

Unklar ist, ob eine Kündigung, die zwar schriftlich erklärt wurde, aber an einem Schriftformverstoß<sup>160</sup> leidet, innerhalb der Klageerhebungsfrist des § 4 KSchG angegriffen werden muss, um die Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG zu umgehen.

aa. Meinungsstand

Das BAG<sup>161</sup> vertritt unter Verweis auf die Gesetzesbegründung die Auffassung, die mangelnde Schriftform könne außerhalb der Klageerhebungsfrist als Unwirksamkeitsgrund einer Kündigung gerichtlich geltend gemacht werden; dem folgt die Literatur<sup>162</sup>, meist ohne Begründung. Düwell<sup>163</sup> verweist auf die Begründung des

---

<sup>156</sup> Änderungsantrag der Fraktion SPD/Bündnis 90-Die Grünen zum Entwurf eines Gesetzes zu Reformen am Arbeitsmarkt, Drucks. 15/1204, beschlossen am 25.09.03 BT Drucks. 15/1587 S. 10.

<sup>157</sup> *Richardi* DB 2004, 486 ff. (489).

<sup>158</sup> *Düwell* in *Weyand/Düwell*, Das neue Arbeitsrecht 2005, S.219 ff. (221); *Ascheid* in *APS* 2. Aufl. 2004, Rn. 10b zu § 4 KSchG; *Wenzel* in *BBDW* Rn. 36a zu § 4 KSchG; *Zwanziger* in *KDZ* Rn. 7 zu § 4 KSchG; *Friedrich* in *GK-KR* Rn. 226 zu § 13 KSchG.

<sup>159</sup> *Gallner* in *HaKo* Rn. 2a zu § 4 KSchG.

<sup>160</sup> Zu den Voraussetzungen einer schriftformgerechten Kündigung: *Fiebig* in *HaKo* Rn. 114 ff. zu § 623 BGB.

<sup>161</sup> Urteile vom 09.02.2006 - 6 AZR 283/05 -, AP § 4 KSchG Nr.56 und 28.06.2007 - 6 AZR 873/06 -, *NZA* 2007, 972.

<sup>162</sup> *Gallner* in *HaKo* Rn. 2a zu § 4 KSchG; *Zwanziger* in *KDZ* Rn. 7 zu § 4 KSchG; *Ascheid/Hesse* in *APS* Rn. 10 zu § 4 KSchG gehen ohne Begründung davon aus, dass sowohl mündliche, schlüssige und formwidrige Kündigungen der Klagefrist nicht unterfallen.

<sup>163</sup> *Düwell* in *Weyand/Düwell*, Das neue Arbeitsrecht 2005 S. 222.

zum Gesetz gewordenen Abänderungsantrages<sup>164</sup> und leitet daraus ab, dass eine Kündigung, die nach §§ 623, 126 Absatz 1, 125 Absatz 1 BGB nichtig ist, nicht der Klageerhebungsfrist des § 4 KSchG n.F. unterliefe. Zur Stützung seiner These beruft er sich auf das im Gesetzgebungsverfahren deutlich gewordene Regelungsziel, dem Schriftformerfordernis der Kündigung nach § 623 BGB Rechnung zu tragen.

#### bb. Stellungnahme

Diese Auffassung erweist sich nur insoweit als überzeugend, als sie auf die Fälle der „nicht-schriftlich“ abgegebenen Kündigungserklärungen - z.B. mündliche Erklärungen oder durch schlüssiges Verhalten - abzielt. Anders ist die schriftliche, jedoch formwidrige Kündigung zu behandeln. Diese ist dem Erfordernis der fristgerechten Klageerhebung zu unterwerfen. Dies ergibt sich aus folgender Überlegung: Das Formerfordernis des § 623 BGB soll Rechtssicherheit schaffen und Missverständnissen entgegenwirken, die bei einer mündlichen Erklärung durchaus entstehen können. So kann beispielsweise unklar sein, ob die mündliche Mitteilung des Arbeitnehmers, er habe jetzt keine Lust mehr zu arbeiten und gehe nach Hause, eine bloße Mitteilung seines Gemütszustandes darstellt oder eine rechtsgeschäftliche Erklärung, mit der ein Beendigungswille bezüglich des bestehenden Arbeitsverhältnisses verbunden ist. Umgekehrt gilt das Gleiche, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer mit dem Hinweis verabschiedet, er betrachte die Zusammenarbeit als beendet und wolle ihn nicht mehr sehen. Das gesprochene Wort ist flüchtig. Zur Vermeidung von Unsicherheiten bei der Auslegung von mündlichen Mitteilungen der Arbeitsvertragsparteien ist das Schriftformerfordernis des § 623 BGB normiert worden<sup>165</sup>. Die Arbeitnehmer sollten einerseits nicht gezwungen werden, bei Zweifeln über das Vorliegen einer Kündigung Klage erheben zu müssen, andererseits sollte es zu einer Entlastung der Arbeitsgerichte kommen<sup>166</sup>. Eine Unsicherheit kann beim Arbeitnehmer aber dann nicht auftreten, wenn er eine Kündigungserklärung vom Arbeitgeber zwar schriftlich, aber nicht in

---

<sup>164</sup> DrS 15/1204 beschlossen am 25.09.2003, BT-Drucks. 15/1587 S.10.

<sup>165</sup> Nach der Gesetzesbegründung dient § 623 BGB in seiner Warnfunktion dem Schutz vor Über-eilung sowie in seiner Klarstellungs- und Beweisfunktion der Rechtssicherheit. BT-Drucks. 14/626 S. 11; *Preis/Gotthardt* NZA 2000, 348; BAG Urteil vom 16.09.2004 - 2 AZR 659/03 -, AP BGB § 623 Nr. 1 unter B I 1 und 2c der Entscheidungsgründe.

<sup>166</sup> BR-Drucks. 321/98 S.15.

gesetzlicher Form - z.B. per Telefax<sup>167</sup> - erhält. Der durch das AMRG verfolgte Gesetzeszweck der Schaffung von schneller Klarheit über die Frage der Wirksamkeit einer Kündigungserklärung durch Eintritt der Wirksamkeitsfiktion nach Ablauf der Klageerhebungsfrist würde konterkariert, wenn sich der Arbeitnehmer trotz eindeutiger und zurechenbarer Willenserklärung bis zur Grenze der Verwirkung auf die Unwirksamkeit einer nur nicht schriftformgemäßen Kündigung berufen könnte. Soweit Düwell<sup>168</sup> seine Auffassung mit dem Argument begründet, der formwidrig kündigende Arbeitgeber verdiene nach der Wertentscheidung des Gesetzes nicht das Vertrauen darauf, dass nach Ablauf der drei Wochen nicht mehr mit einer erfolgreichen Klage gegen die Kündigung zu rechnen sei, übersieht er, dass nach herrschender Meinung im zeitlichen Geltungsbereich des § 623 BGB die Klageerhebungsfrist des § 4 KSchG sowohl für mündliche Kündigungen des Insolvenzverwalters nach § 113 Absatz 2 InsO galt<sup>169</sup>, wie auch bei der Entfristungsklage für formunwirksame mündliche Befristungsabreden im Rahmen des § 17 TzBfG gilt<sup>170</sup>. Eine unterschiedliche Behandlung von schriftformwidrigen Befristungsabreden und Kündigungserklärungen hinsichtlich des Erfordernisses einer befristeten Klageerhebung erscheint nicht angezeigt.

#### c. Zwischenergebnis

Will sich ein gekündigter Arbeitnehmer auf den Formmangel des § 623 BGB als Unwirksamkeitsgrund für die Kündigung berufen, muss er form- und fristgerecht Klage nach § 4 KSchG erheben. Die Klageerhebungspflicht besteht aber nicht bei „nicht-schriftlichen“ Kündigungserklärungen des Arbeitgebers.

#### d. Exkurs: Die Problematik der rechtlichen Behandlung der gleichzeitig „nicht-schriftlichen“ als auch sozialwidrigen Kündigung

##### aa. Problemstellung

Nach dem Wortlaut der durch das AMRG neu gefassten Norm des § 4 KSchG gilt die Klageerhebungsfrist nur, soweit dem Arbeitnehmer eine schriftliche Kündigung

---

<sup>167</sup> Gallner in HaKo Rn. 2a zu § 4 KSchG.

<sup>168</sup> Weyand/Düwell, Das neue Arbeitsrecht S. 223.

<sup>169</sup> Müller-Glöße in ErfKom., 4. Aufl. 2004 Rn. 36 zu § 113 InsO; Berscheid ZInsO 2000, 208 ff. (209); Löwisch/Caspers in MüKo/InsO Band II 2002, Rn. 40 zu § 113.

<sup>170</sup> Quecke RdA 2004, 86 ff. (99) mit weiteren Nachweisen.

zugegangen ist. Mündliche oder durch schlüssiges Verhalten erklärte Kündigungen sind sowohl vom Erfordernis der punktuellen Antragsfassung des § 4 Satz 1 KSchG als auch von dessen Fristerfordernis ausgenommen<sup>171</sup>. Ihre Nichtigkeit kann auch noch später als drei Wochen nach Zugang der Kündigung geltend gemacht werden. Bis zum 31.12.2003 war die mündliche bzw. gegen §§ 623, 126 Absatz 1 BGB verstoßende Kündigungserklärung nicht der Antragsfassung und dem Fristerfordernis des § 4 KSchG unterworfen, soweit nur dieser „sonstige Mangel“ im Sinne von § 13 Absatz 3 KSchG a.F. geltend gemacht wurde. Allerdings musste sich der klagende Arbeitnehmer an die Antragsform und die Klagefrist des § 4 KSchG halten, wenn er sich neben dem Formverstoß auch auf die Sozialwidrigkeit der Kündigung stützen und ihre Heilung nach § 7 KSchG abwenden wollte.

Im Zusammenhang mit der Neufassung der Norm des § 4 KSchG ist die Frage zu klären, ob eine gerichtliche Überprüfung einer „nicht- schriftlich“ erklärten Kündigung auch auf andere Unwirksamkeitsgründe - beispielsweise deren Sozialwidrigkeit - außerhalb der Klagefrist und ohne punktuellen Antrag (beispielsweise mit einer Leistungsklage) möglich ist oder aber diese Mängel gemäß § 7 KSchG geheilt werden<sup>172</sup>. Bedeutung hat dies dann, wenn der Arbeitnehmer die Unwirksamkeit der „nicht-schriftlichen“ Kündigung außerhalb von Klageerhebungsfrist und punktuellm Klageantrag gerichtlich feststellen lassen will und im Verlauf des Prozesses der Arbeitgeber die gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach § 9 KSchG beantragt, oder der Arbeitnehmer die Verweigerung der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 12 KSchG in Erwägung zieht. Die Problematik liegt einerseits in dem Umstand, dass die Bestimmungen der §§ 9 und 12 KSchG eine der Rechtskraft fähige gerichtliche Entscheidung bezüglich der Unwirksamkeit einer Arbeitgeberkündigung und dem Fortbestand des Arbeitsverhältnisses erfordern. Dies ist ebenso wenig bei einem Leistungsurteil wie bei einer auf eine nach § 256 ZPO erhobenen allgemeinen Feststellungsklage ergehenden gerichtlichen Entscheidung der Fall: Eine diesbezüglich der Klage stattgebende Entscheidung beinhaltet den Bestand des Arbeitsverhältnisses als bloßes Be-

---

<sup>171</sup> *Fiebig* in HaKo Rn. 40 u. 41 zu § 623 BGB.

<sup>172</sup> *Quecke* in HWK Rn. 5 zu § 4 KSchG geht ohne Begründung von einer Unanwendbarkeit von § 7 KSchG in den Fällen mündlicher Arbeitgeberkündigungserklärungen aus.

gründungselement; im Tenor ist eine solche Feststellung nicht enthalten. Zum Anderen erscheint es fraglich, ob wegen § 7 KSchG eine Überprüfung der Sozialwidrigkeit der „nicht-schriftlichen“ Kündigung außerhalb der Klageerhebungsfrist des § 4 KSchG möglich ist. Der Gesetzeszweck des § 4 KSchG - schnelle Herstellung von Rechtssicherheit - und die Privilegierung der „nicht-schriftlich“ gekündigten Arbeitnehmer in Form deren Herausnahme von Antragsform- und Fristanforderungen des § 4 KSchG stehen in einem Spannungsverhältnis: Nach dem Wortlaut des § 9 KSchG ist Voraussetzung für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses unter anderem die gerichtliche Feststellung der Nichtauflösung des Arbeitsverhältnisses durch die Kündigung; § 12 KSchG verlangt eine Entscheidung des Gerichts, dass das Arbeitsverhältnis fortbesteht. Demgegenüber ergibt sich aus der Fiktion des § 7 KSchG die Wirksamkeit der Kündigung bei nicht rechtzeitig erhobener Klage im Sinne von § 4 KSchG. Damit steht der Wortlaut der §§ 4, 7 KSchG möglicherweise den besonderen Rechten aus §§ 9 und 12 KSchG und einer Berufung des Arbeitnehmers auf die Sozialwidrigkeit der „nicht-schriftlichen“ Kündigung nach Ablauf der Klagefrist entgegen.

#### bb. Die Auffassung der Rechtsprechung

##### (1) Fortsetzungsverweigerung des Arbeitnehmers nach § 12 KSchG

Folgt man einer älteren Entscheidung des BAG<sup>173</sup>, ergibt sich jedenfalls hinsichtlich der Ansprüche des gekündigten Arbeitnehmers aus § 12 KSchG nicht das Problem unterbliebener rechtzeitiger punktueller Antragstellung in der Kündigungsschutzklage: Nach diesem Judikat kann der Arbeitnehmer die Zahlung entgangenen Verdienstes bei Verweigerung der Fortsetzung des bisherigen Arbeitsverhältnisses auch dann verlangen, wenn die Kündigung wegen eines Verstoßes gegen ein Gesetz unwirksam ist, auf das gemäß § 13 Absatz 3 KSchG a.F. der erste Abschnitt des Kündigungsschutzgesetzes keine Anwendung findet. Begründet wird die Auffassung damit, dass § 12 Satz 1 KSchG einen allgemeinen Rechtsgrundsatz enthalte.

---

<sup>173</sup> Urteil vom 19.07.1978 - 5 AZR 748/77-, AP BGB § 242 BGB Auskunftspflicht Nr. 16.

## (2) Auflösungsantrag des Arbeitgebers nach § 9 KSchG

Das Bundesarbeitsgericht judiziert in ständiger Rechtsprechung<sup>174</sup>, dass der Arbeitgeber einen Auflösungsantrag nach § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG nur stellen kann, wenn die Unwirksamkeit der Kündigung allein auf der Sozialwidrigkeit, nicht jedoch (auch) auf anderen Gründen i.S.v. § 13 Abs. 3 KSchG beruht. Dies folge zum einen aus dem Umstand, dass die Lösungsmöglichkeit vom Arbeitsverhältnis durch den Arbeitgeber nach § 9 KSchG für diesen eine Begünstigung bedeute, die nur in Betracht komme, wenn die Kündigung ausschließlich aufgrund fehlender sozialer Rechtfertigung unwirksam sei. Eine Ausnahme hiervon bestehe nur für den Fall, dass die Norm, aus der die Unwirksamkeit der Kündigung hergeleitet werde, nicht den Zweck verfolge, dem Arbeitnehmer einen zusätzlichen Schutz zu verschaffen, sondern allein der Wahrung der Interessen Dritter diene<sup>175</sup>. Zum anderen streite für die Auffassung neben dem Wortlaut des § 13 Absatz 3 KSchG die Gesetzessystematik und die Entstehungsgeschichte der Norm: Der Gesetzgeber sei davon ausgegangen, dass der in anderen Fällen außerhalb der Sozialwidrigkeit gewährte Bestandsschutz durch die Regelungen des Kündigungsschutzgesetzes nicht in Frage gestellt werden sollte. Eine dem § 9 KSchG entsprechende Vorschrift habe der Gesetzgeber für diese Fälle nicht geschaffen, was sich aus der Begründung des Regierungsentwurfes vom 23.01.1951<sup>176</sup> zu § 11 Absatz 3 (heute § 13 Absatz 3) KSchG ergebe.

cc. Die Meinungen im Schrifttum

## (1) Fortsetzungsverweigerung des Arbeitnehmers nach § 12 KSchG

In der Literatur<sup>177</sup> wird die These aufgestellt, dass im Falle gleichzeitig formnichtiger und sozialwidriger Kündigung die Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG bei Unterlassung von antrags- und/oder fristgerechter Klageerhebung durch den Arbeit-

---

<sup>174</sup> Urteile vom 09.10.1979 - 6 AZR 1059/77 -, NJW 1980,1484; 30.11.1989 - 2 AZR 197/89 -, NZA 1990, 529; 27.09.2001 - 2 AZR 389/00 -, NZA 2002, 1171; 10.02.2005 - 2 AZR 584/03 -, NZA 2005, 1207; 10.7.2008 - 2 AZR 1111/06 -, NZA 2009, 312 dort Rn. 52; 28.08.2008 - 2 AZR 63/07 -, NZA 2009, 275; 11.12.2008 - 2 AZR 395/07 -, NZA 2009,556 unter B II; 26.03.2009 - 2 AZR 879/07 -, NZA 2009, 679.

<sup>175</sup> BAG Urteile vom 10.11.1994 - 2 AZR 207/94 -, NZA 1995, 309; 27.09.2001 - 2 AZR 389/00 -, NZA 2002,1171; 28.08.2008 - 2 AZR 63/07 -, NZA 2009,275.

<sup>176</sup> RdA 1951, 58 ff. (64).

<sup>177</sup> *Gallner* in HaKo Rn. 2a zu § 4 KSchG.

nehmer nicht greife. Aus dem Wortlaut der § 4 Satz 1, § 5 Absatz 1, § 6 Satz 1 KSchG und dem systematischen Zusammenspiel der Normen ergebe sich deren überwiegender Gesetzeszweck, der dafür spreche, die soziale Rechtfertigung einer Kündigung und deren Wirksamkeit im Übrigen - neben dem Formmangel - bei einer schriftformwidrigen Kündigung nicht gemäß § 7 KSchG zu fingieren. Der punktuelle Antrag und die Frist des § 4 KSchG n.F. setzten den Zugang einer schriftlichen Kündigung voraus. Hiervon gehe auch § 5 KSchG aus. Werde die Frist des § 4 KSchG durch eine schriftformwidrige Kündigung nicht in Lauf gesetzt, könne die Konsequenz ihrer Versäumung - die Heilung des Mangels nach § 7 KSchG - nicht eintreten. Die Kontrolle der Sozialwidrigkeit einer Kündigung und das Fristerfordernis sei an eine besondere Form der Willenserklärung - deren Zugang in Schriftform an den Erklärungsempfänger - gebunden. Auf die sonstigen Unwirksamkeitsgründe im Sinne von § 13 Abs. 3 KSchG komme es für einen Antrag nach § 12 KSchG bei einer gleichzeitig sozial- und schriftformwidrigen Kündigung nicht an. Maßgeblich sei ausschließlich die fehlende soziale Rechtfertigung der Kündigung, die bei einem Schriftformverstoß auch nach Ablauf von drei Wochen nach Zugang der schriftformwidrigen Kündigung beim Arbeitnehmer von diesem mangels Inlaufsetzung der Frist gerichtlich geltend gemacht werden könne.

## (2) Auflösungsverlangen des Arbeitgebers nach § 9 KSchG

Einige Autoren<sup>178</sup> sprechen sich dafür aus, dass ein Auflösungsantrag des Arbeitgebers im Falle einer sozial ungerechtfertigten ordentlichen Arbeitgeberkündigung unabhängig davon gestellt werden kann, ob ein sonstiger Unwirksamkeitsgrund vorliegt. Weder Wortlaut noch Systematik oder Begründung des Gesetzes streiteten für einen Ausschluss eines Auflösungsantrages in diesen Fällen. Der Arbeitnehmer habe es in der Hand, den Streitgegenstand auf die Prüfung eines „sonstigen“ Unwirksamkeitsgrundes i.S.v. § 13 Absatz 3 KSchG zu beschränken; in diesem Fall sei dem Arbeitgeber die Stellung eines Auflösungsantrages verwehrt.

---

<sup>178</sup> *Biebl* in APS Rn. 11 zu § 9 KSchG; *Spilger* in GK-KR Rn. 27 c zu § 9 KSchG; *Vossen* in SPV Rn. 1970.

Die überwiegende Meinung in der Literatur<sup>179</sup> verneint die Möglichkeit des Stel­lens eines Auflösungsantrages dann, wenn die Kündigung nicht ausschließlich sozialwidrig, sondern auch aus anderen Gründen unwirksam ist.

dd. Stellungnahme

(1) Fortsetzungsverweigerung des Arbeitnehmers nach § 12 KSchG

Entgegen der Auffassung des BAG<sup>180</sup> zum alten KSchG kann aus der Norm des § 12 KSchG kein allgemeiner Rechtsgrundsatz hergeleitet werden. Außerdem erklärt die Vorschrift des § 13 Absatz 3 KSchG n.F. den gesamten ersten Abschnitt des Kündigungsschutzgesetzes mit Ausnahme der §§ 4 - 7 für nicht anwendbar. Der klare Wortlaut der gesetzlichen Regelung ist eindeutig und steht der Annahme entgegen, die §§ 1 - 14 KSchG, also auch der § 12 KSchG, seien bei aus „sonstigen Gründen“ im Sinne von § 13 Absatz 3 KSchG unwirksamen Kündigungen anzuwenden<sup>181</sup>. Zudem ist § 12 Satz 4 KSchG als *lex specialis* zu der Regelung des § 615 BGB nicht analogiefähig<sup>182</sup>. Dies gilt auch nach der Neufassung des § 13 KSchG durch das AMRG. Mithin kann nach dem geäußerten Willen des Gesetzgebers ein Antrag des Arbeitnehmers nach § 12 KSchG im Falle der bloßen Unwirksamkeit der Kündigung wegen des Verstoßes gegen § 623 BGB keinen Erfolg haben. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 13 Absatz 3 KSchG unterblieb im Rahmen der Gesetzesnovelle eine Verweisung auf § 12 KSchG. Dies stellt eine bewusste gesetzgeberische Entscheidung dar. Für die Annahme einer versehentlich versäumten Anpassung der Norm sind keinerlei Anhaltspunkte zu erkennen, zumal diese Problematik dem Gesetzgeber bei der Novelle bekannt war und für die sittenwidrige Kündigung in § 13 Absatz 2 KSchG auf die §§ 9 bis 12 KSchG verwiesen wird. Macht der Arbeitnehmer ausschließlich die Unwirksamkeit der „nicht-schriftlichen“ Kündigung gerichtlich geltend, ohne sich

---

<sup>179</sup> *Kiel* in ErfK Rn. 18 zu § 9 KSchG; *Fiebig* in HaKo Rn. 30 zu § 9 KSchG; *Linck* in von Hoyningen-Huene/Linck Rn. 16 zu § 9 KSchG; *Zwanziger* in KDZ Rn. 6 zu § 9 KSchG; *Spinner* in Löwisch/Spinner Rn. 46 zu § 9 KSchG; *Hergenröder* in MüKo Rn. 30 zu § 9 KSchG.

<sup>180</sup> Urteil vom 19.07.1978 - 5 AZR 748/77 -, AP BGB § 242 Auskunftspflicht Nr. 16.

<sup>181</sup> *Dorndorf* in HK-KSchG Rn. 138 zu § 13 KSchG; *Kittner* in KDZ Rn. 36 zu § 13 KSchG; *Pfeiffer* in HaKo Rn. 86 zu § 13 KSchG; *Fiebig* in HaKo Rn. 2 zu § 12 KSchG.

<sup>182</sup> *Rost* in GK-KR Rn. 35 zu § 12 KSchG; a.A. *Friedrich* in GK-KR Rn. 345 ff. zu § 13 KSchG; *Löwisch* in Löwisch/Spinner Rn. 9 zu § 12 KSchG; Rn. 59 zu § 13 KSchG.

auf die Sozialwidrigkeit zu berufen, kann er sich nicht auf sein Lossagungsrecht nach § 12 KSchG berufen.

Kündigt der Arbeitgeber „nicht-schriftlich“, verbleibt dem Arbeitnehmer allerdings auch nach Ablauf der Klageerhebungsfrist im Bestandsschutzprozess die Möglichkeit, sich auf die Sozialwidrigkeit der Kündigung zu berufen, was zur Ausübung der Rechte nach § 12 KSchG erforderlich ist. Dem steht die Norm des § 7 KSchG nicht entgegen, denn der Lauf der Frist des § 4 KSchG setzt den Zugang einer schriftlichen Kündigung voraus. Auch wird der Gesetzeszweck des § 4 KSchG - rasche Herstellung von Rechtssicherheit hinsichtlich der Unwirksamkeit einer Kündigung - durch diesen Lösungsansatz nicht beeinträchtigt. Zwingende Voraussetzung für die Sozialwidrigkeitsprüfung außerhalb der Klagefrist ist der Zugang einer „nicht-schriftlichen“ Kündigungserklärung. Dies macht die Kündigung schon wegen §§ 623, 126 Absatz 1 BGB unwirksam. Neben diesem steht aufgrund der Sozialwidrigkeit lediglich ein weiterer Unwirksamkeitsgrund der Kündigung in Rede. Der Wortlaut des § 4 KSchG privilegiert die „nicht-schriftliche“ Kündigung. Dies folgt aus dem Umkehrschluss der Norm: Solcherart Kündigungen unterfallen nicht dem fristgemäßen Klageerhebungserfordernis. Diese Privilegierung der „nicht-schriftlichen“ Kündigung streitet dafür, dass die soziale Rechtfertigung der Kündigung nach Fristablauf wegen § 7 KSchG nicht fingiert wird, obwohl die Kündigung wegen Formmangels bereits nichtig ist. Denn die Frist des § 4 KSchG wird bei der „nicht-schriftlichen“ Kündigung nicht in Lauf gesetzt. Mit hin kann die Konsequenz ihrer Versäumung - die Heilung des Mangels nach § 7 KSchG - nicht eintreten. Auf den Formmangel als sonstigen Unwirksamkeitsgrund neben der Sozialwidrigkeit kommt es bei einem Antrag des Arbeitnehmers nach § 12 KSchG nicht an. Maßgeblich ist in diesem Falle nur die Sozialwidrigkeit der Kündigung, auf die sich der „nicht-schriftlich“ gekündigte Arbeitnehmer auch außerhalb der Frist des § 4 KSchG berufen kann. Wollte man diesem im Hinblick auf § 7 KSchG die Ausübung seiner Rechte nach § 12 KSchG außerhalb der Frist des § 4 KSchG verwehren, führte dies zu einem Widerspruch zu der bewussten Privilegierung des „nicht-schriftlich“ gekündigten Arbeitnehmers.

## (2) Auflösungsantrag des Arbeitgebers nach § 9 KSchG

Anknüpfend an die oben entwickelten Auffassung, dass die dem Arbeitnehmer „nicht-schriftlich“ zugegangene Kündigung die Frist des § 4 KSchG nicht in Lauf

setzt, so dass die Konsequenz deren Versäumung - Heilung der Unwirksamkeit nach § 7 KSchG - denklogisch nicht eintreten kann<sup>183</sup>, bleibt zu prüfen, ob der Arbeitgeber hieraus prozessuale Vorteile erlangen kann, indem er beispielsweise im - vom Arbeitnehmer nicht fristgerecht nach § 4 KSchG eingeleiteten - arbeitsgerichtlichen Bestandsschutzprozess einen Auflösungsantrag nach § 9 KSchG zu stellen in der Lage ist. Dieser Weg steht dem Arbeitgeber allerdings nicht offen. Dies ergibt sich schon aus dem Umstand, dass es in der Dispositionsbefugnis des klagenden Arbeitnehmers steht, die Unwirksamkeitsgründe einer Kündigung durch entsprechenden Tatsachenvortrag in den Bestandsschutzprozess einzuführen; es ist dem Arbeitgeber verwehrt, selbst die fehlende soziale Rechtfertigung der ausgesprochenen Kündigung zu rügen. Der Arbeitnehmer bestimmt mit seinem Sachvortrag den Streitgegenstand und damit den Umfang der Prüfung des Unwirksamkeitsgrundes durch das Gericht<sup>184</sup>. Beanstandet der Arbeitnehmer „nur“ den Verstoß einer „nicht-schriftlichen“ Kündigung gegen §§ 623, 126 BGB, unterbleibt die gerichtliche Prüfung auf eventuell fehlende soziale Rechtfertigungsgründe nach § 1 Absatz 2 KSchG. Da der Auflösungsantrag vom Arbeitgebers nach § 9 KSchG nur mit Erfolg gestellt werden kann, wenn die Unwirksamkeit der Kündigung allein auf der Sozialwidrigkeit und nicht (auch) auf anderen Gründen im Sinne von § 13 Absatz 3 KSchG beruht<sup>185</sup>, hat es der Arbeitnehmer in der Hand, durch entsprechenden Sachvortrag eine erfolgreiche Antragstellung des Arbeitgebers nach § 9 KSchG zu verhindern.

Ist die Kündigung gleichzeitig sozialwidrig und aus „anderen Gründen“ i.S.v. § 13 Absatz 3 KSchG unwirksam, kann der Arbeitgeber keinen Auflösungsantrag stellen. Diese ihn begünstigende prozessuale Möglichkeit bleibt den Fällen der ausschließlich sozialwidrigen ordentlichen Kündigung des Arbeitgebers vorbehalten, wie sich aus dem Wortlaut der §§ 9, 13 Absatz 3 KSchG ergibt.

---

<sup>183</sup> *Gallner* in HaKo, Rn. 2a zu § 4 KSchG; a.A. *Düwell* in Weyand/Düwell, Das neue Arbeitsrecht S. 222, der bei allen Schriftformverstößen der Kündigung § 4 KSchG als unanwendbarkeit ansieht.

<sup>184</sup> *Vossen* in SPV Rn. 1970.

<sup>185</sup> BAG in ständiger Rspr., zuletzt Urteil vom 28.08.2008 - 2 AZR 63/07 -, NZA 2009, 275; *Fiebig* in HaKo Rn. 30 zu § 9 KSchG; *Hergenröder* in MüKo/ArbR Rn. 30 zu § 9 KSchG; *Linck* in von Hoyningen-Huene/Linck Rn. 16 zu § 9 KSchG; *Kiel* in ErfK. Rn. 18 zu § 9 KSchG; *Spinner* in Löwisch/Spinner Rn. 46 zu § 9 KSchG; *Zwanziger* in KDZ Rn. 6 zu § 9 KSchG.

ee. Fazit:

Geht dem Arbeitnehmer eine „nicht-schriftliche“ Arbeitgeberkündigung zu, bleibt es ihm unbenommen, sich auch außerhalb der Klageerhebungsfrist des § 4 KSchG auf die Sozialwidrigkeit der Kündigung zu berufen. Macht der Arbeitnehmer klageweise neben der Sozialwidrigkeit zumindest auch, oder ausschließlich einen (weiteren) Unwirksamkeitsgrund der Kündigung im Bestandsschutzprozess geltend, ist es dem Arbeitgeber verwehrt, erfolgreich einen Auflösungsantrag nach § 9 KSchG stellen. Diese Möglichkeit ist arbeitgeberseits nur gegeben, wenn die Kündigung ausschließlich aufgrund fehlender sozialer Rechtfertigung unwirksam ist. Will der Arbeitnehmer von seinem Fortsetzungsverweigerungsrecht nach § 12 KSchG Gebrauch machen, muss er sich zumindest auch auf die Sozialwidrigkeit der Kündigung berufen, was ihm auch außerhalb der Frist des § 4 Satz 1 KSchG möglich ist.

#### 4. Unbestimmte und bedingte Kündigungserklärungen

Eine Kündigung ist eine einseitige, empfangsbedürftige und rechtsgestaltende Willenserklärung, durch die ein Arbeitsverhältnis für die Zukunft aufgelöst werden soll<sup>186</sup>. Voraussetzung für eine wirksame Kündigung ist, dass sich der Beendigungswille eindeutig und unmissverständlich aus der Erklärung entnehmen lässt. Das gebietet das Interesse des Kündigungsempfängers an Klarheit und Rechtssicherheit<sup>187</sup>. Die Kündigungserklärung muss inhaltlich so hinreichend bestimmt und deutlich sein, dass der Erklärungsempfänger zweifelsfrei Klarheit über die beabsichtigte Auflösung des Arbeitsverhältnisses erhält. Dabei kommt es darauf an, wie der Adressat, an den die Erklärung gerichtet ist, diese unter Würdigung der ihm bekannten Umstände nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen musste. Wird eine Kündigung lediglich in Aussicht gestellt, liegt keine wirksame Kündigungserklärung vor, die das Arbeitsverhältnis wirksam beenden könnte<sup>188</sup>. Gleiches gilt, wenn in der Kündigungserklärung mehrere Termine zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses zur Wahl gestellt werden,

---

<sup>186</sup> Preis in SPV Rn. 174.

<sup>187</sup> Etzel in GK-KR Rn. 151 zu § 1 KSchG.

<sup>188</sup> Preis in SPV Rn. 174.

oder wenn die vom Arbeitgeber beabsichtigte Maßnahme als „vorübergehende Ausstellung“ bezeichnet wird<sup>189</sup>.

a. Die unbestimmte Kündigungserklärung

aa. Meinungsstand

Einige Autoren im Schrifttum sprechen sich gegen die Heilung des Mangels fehlender Bestimmtheit durch Ablauf der Klagefrist aus<sup>190</sup>. Mit der Unterwerfung der Rüge mangelnder Bestimmtheit unter die Präklusionsvorschrift des § 4 KSchG würde das Bestimmtheitserfordernis einer Kündigung weitgehend entwertet werden. Das Erfordernis des klaren Erklärungsinhaltes solle gewährleisten, dass der Empfänger der Kündigung nur dann mit einer Beendigung des Rechtsverhältnisses rechnen müsse, wenn der Erklärende diesen Willen eindeutig zum Ausdruck bringe. Dazu passe es nicht, wenn ein Arbeitnehmer gehalten wäre, in Zweifelsfällen Kündigungsschutzklage zu erheben<sup>191</sup>. Des Weiteren wird argumentiert, dass der Lauf der Klageerhebungsfrist des § 4 KSchG erst mit Zugang einer schriftlichen Kündigungserklärung beginne. Sei die Erklärung des Arbeitgebers nicht hinreichend bestimmt genug, liege noch gar keine Kündigung vor<sup>192</sup>.

bb. Stellungnahme

Die in der Literatur dargestellten Argumente gegen die Einbeziehung der unbestimmten Kündigungserklärung in die Präklusionsvorschrift des § 4 KSchG wiegen schwer. Insbesondere der von Raab<sup>193</sup> dargestellte Gedanke, eine mangels Erfüllung der inhaltlichen Mindestvoraussetzungen nicht als Kündigung anzuerkennende Willenserklärung des Arbeitgebers könne die Ausschlussfrist nicht in Lauf setzen, da diese den Zugang einer Kündigungserklärung beim Arbeitnehmer voraussetzt, überzeugt. Insofern ist die Unsicherheit des Arbeitnehmers vergleichbar mit einer mündlichen Kündigungserklärung des Arbeitgebers. Ein der-

---

<sup>189</sup> Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 14.07.2004 - 8 Ta 140/04 -, NZA RR 2005, 274.

<sup>190</sup> *Friedrich* in GK-KR Rn. 298a zu § 13 KSchG; *Pfeiffer* in HK zum KSchG 2. Aufl. 2004, Rn. 68 zu § 13 KSchG; *Quecke* in HWK Rn. 5 zu § 4 KSchG.

<sup>191</sup> *Raab* RdA 2004, 321 ff. (323).

<sup>192</sup> *Friedrich* in GK-KR, 8. Aufl. 2007, Rn. 298a zu § 13 KSchG; *Raab* RdA 2004, 321ff., (323).

<sup>193</sup> RdA 2004, 323.

gestalt kündigender Arbeitgeber verdient nach der Wertentscheidung des Gesetzes nicht das Vertrauen darauf, dass nach Ablauf von drei Wochen nach Zugang der Erklärung nicht mehr mit einer Klageerhebung zu rechnen ist. Das Erfordernis, sich klar gegenüber dem Arbeitnehmer hinsichtlich des Beendigungswillens zu erklären, ist ohne besondere Erschwernis vom Arbeitgeber erfüllbar. Erreicht die Erklärung des Arbeitgebers die inhaltlichen Mindestanforderungen einer Kündigung nicht, kann der Arbeitnehmer sowohl im Falle der mündlichen als auch der unbestimmten Kündigungserklärung deren Nichtigkeit gerichtlich geltend machen, ohne die Form und die Frist des § 4 KSchG einhalten zu müssen<sup>194</sup>. Anderenfalls wäre das Bestimmtheitserfordernis einer Kündigung entwertet. Schließlich ist es nicht einzusehen, weshalb es wegen § 7 KSchG zu einer Privilegierung desjenigen Arbeitgebers kommen sollte, der die Rechtsunsicherheit wegen einer ausgesprochenen unbestimmten Kündigungserklärung zu vertreten hat. Der Verantwortliche für die Rechtsunsicherheit verdient keinen besonderen gesetzlichen Schutz. Die Gefahr, dass die Erklärung des Arbeitgebers im Verlauf des Prozesses vom Gericht zu Lasten des Arbeitnehmers als Kündigungserklärung mit inhaltlich ausreichender Beendigungsabsicht des Arbeitgebers ausgelegt wird, dürfte den Arbeitnehmer aber zur vorsorglich fristgerechten Klageerhebung mit punktuellm Antrag im Sinne von § 4 KSchG hinreichend Anlass geben, um die Fiktionswirkung des § 7 KSchG zu verhindern<sup>195</sup>.

#### b. Die unzulässig bedingte Kündigung

Neben dem aus dem Gebot der Rechtssicherheit hergeleiteten Erfordernis der Bestimmtheit einer Kündigungserklärung ist diese als einseitige Gestaltungserklärung grundsätzlich bedingungsfeindlich<sup>196</sup>. Eine mit einer unzulässigen Bedingung versehene Kündigung ist unwirksam<sup>197</sup>. Zulässig ist der Ausspruch einer bedingten Kündigung nur dann, wenn der Eintritt eines zukünftigen, ungewissen Ereignisses (= Bedingung) allein vom Willen des Erklärungsempfängers abhängig und

---

<sup>194</sup> So auch *Friedrich* in GK-KR Rn. 298a zu § 13 KSchG.

<sup>195</sup> *Ascheid* in APS, 2. Aufl. 04, Rn. 16 zu § 4 KSchG zu dem vergleichbaren Problem einer Erklärung des Arbeitgebers, es liege kein Arbeitsverhältnis vor, die tatsächlichen Beziehungen würden nicht fortgesetzt.

<sup>196</sup> Herrschende Meinung, vgl. statt vieler *Friedrich* in GK-KR, Rn. 298a zu § 13 KSchG; *Etzel* in GK-KR Rn. 170 zu § 1 KSchG; *Preis* in APS Grundlagen D, Rn. 14 ff.

<sup>197</sup> Als Beispiel sei der Ausspruch einer Kündigung genannt unter der Voraussetzung, dass ein bestimmter Auftrag für den Arbeitgeber weg falle.

daher von diesem ohne Weiteres erkennbar ist (Potestativbedingung). In diesem Fall entsteht für den Gekündigten keine Ungewissheit; er hat es selbst in der Hand, ob die Kündigung wirksam wird. Hauptanwendungsfall der erlaubten bedingten Kündigung ist die Änderungskündigung gemäß § 2 KSchG.

#### aa. Meinungsstand

Das Schrifttum<sup>198</sup> spricht sich überwiegend dafür aus, die unwirksam bedingte Kündigung nicht unter das Fristerfordernis des § 4 KSchG zu stellen. Es sei mit dem gesetzgeberischen Anliegen, Rechtssicherheit für den Kündigungsempfänger zu verschaffen, unvereinbar, wenn der Arbeitnehmer als Empfänger einer unzulässig bedingten Kündigung die Wirksamkeit innerhalb der Frist des § 4 KSchG und in dessen punktueller Antragsform gerichtlich geltend machen müsse, um die Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG zu verhindern. Außerdem werde die Klageerhebungsfrist nur dann in Lauf gesetzt, wenn dem Arbeitnehmer eine Kündigungserklärung zugehe. Erreiche die Willenserklärung des Arbeitgebers wegen einer unzulässigen Bedingung den notwendigen Mindestinhalt nicht, liege keine Kündigung vor, die mit dem Zugang einen Fristlaufbeginn auslöse.

Hanau<sup>199</sup> will demgegenüber dem Arbeitnehmer ein Wahlrecht einräumen, ob er die Bedingung akzeptiert oder nicht. Nach Ablauf der Frist des § 4 KSchG könne er aber nicht mehr wirksam geltend machen, dass die Kündigung wegen einer unzulässigen Bedingung unwirksam sei.

#### bb. Stellungnahme

Die Begründung der in der Literatur<sup>200</sup> aufgestellten These überzeugt nicht. Es ist zwar zutreffend, dass die bedingte Kündigung in der Regel unwirksam ist. Anders als bei der Kündigungserklärung ohne unzweifelhaften Inhalt eines Vertragsbeendigungswillens liegt im Falle der unzulässigen bedingten Kündigung jedoch keine „Nicht-Kündigung“, sondern eben eine fehlerhafte Kündigungserklärung auf Arbeitgeberseite vor. Auf Arbeitnehmerseite besteht keine Unsicherheit, ob eine

---

<sup>198</sup> Raab RdA 2004, 321 (323); Fornasier/Werner NJW 2007, 2729 ff. (2733); Quecke in HWK Rn. 5 zu § 4 KSchG.

<sup>199</sup> ZiP 2004, 1169 ff. (1175).

<sup>200</sup> RdA 2004, 321 ff. (323).

Kündigung durch den Arbeitgeber ausgesprochen worden ist, sondern höchstens ob und wann diese wegen der Ungewissheit des Eintretens des zukünftigen Ereignisses wirksam werden soll. Diese Ungewissheit unterscheidet sich jedoch qualitativ von einer Erklärung des Arbeitgebers, in der ein Beendigungswille überhaupt nicht zum Ausdruck kommt. Die bedingte Kündigung ist (nur) fehlerhaft, die Erklärung des Arbeitgebers ohne Beendigungsinhalt stellt demgegenüber aber gar keine Kündigung im Rechtssinne dar. Aus diesem Grund erscheint es gerechtfertigt, die letztgenannte Erklärung von Form- und Antragserfordernis des § 4 KSchG n.F. auszuschließen. Diese Privilegierung des Arbeitnehmers ist bei der unwirksam bedingten Kündigung des Arbeitgebers jedoch nicht erforderlich: Der Arbeitnehmer hat Kenntnis von einer ausgesprochenen Kündigungserklärung. Die ratio des § 4 KSchG 2004 - Schaffung von schneller Rechtsklarheit im Hinblick auf die Wirksamkeit der Kündigung - gebietet die form- und fristgemäße Klageerhebung bei Zugang einer unter einer Bedingung ausgesprochenen Kündigung, um die Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG zu verhindern. Die Situation der unzulässig bedingten Kündigung ist nicht vergleichbar mit dem Zugang einer Kündigungserklärung ohne Ausdruck eines Beendigungswillens.

## 5. Die Anwendung des § 4 KSchG bei fehlerhafter Kündigungsfrist

### a. Problemstellung

Bereits zu der nunmehr durch das AMRG aufgehobenen Norm des § 113 Absatz 2 InsO, die das Erfordernis der Klageerhebung innerhalb von drei Wochen bezüglich aller Unwirksamkeitsgründe einer vom Insolvenzverwalter ausgesprochenen Kündigung für den Arbeitnehmer vorsah, war umstritten, ob dies auch notwendig ist, wenn die für das Arbeitsverhältnis maßgebliche Kündigungsfrist nicht eingehalten war<sup>201</sup>. Der Streit war auch nach der inhaltlichen Veränderung des § 4 KSchG durch das AMRG virulent<sup>202</sup>.

---

<sup>201</sup> Verneinend: *Bischmaier* u.a. Insolvenzhandbuch 2. Aufl., S. 505; *Müller* NZA 1998, 1315 ff., (1317); *Moll* Insolvenzrecht 1998, S. 211; *derselbe* in *Kübler/Prütting* Rn. 88 zu § 113 InsO; *Däubler* in KDZ 5. Aufl. 2001, Rn. 48 zu § 113 InsO; *Lakies* RdA 1997, 145 ff. (147); *derselbe* BB 1998, 2638; *Schaub* DB 1999, 217 ff. (220); *Kiel/Koch*: Die betriebsbedingte Kündigung 2000 Rn. 504; Bejahend: *Müller-Glöge* in *ErfK.*, 4. Aufl. 2004, Rn. 36 zu § 113 InsO.

<sup>202</sup> Für die Anwendung des § 4 KSchG neue Fassung sprachen sich aus: *Bader* NZA 2004, 65 ff. (68); *Gallner* in *HaKo*, Rn. 15 zu § 6 KSchG; *Dewender* DB 2005, 337; *Löwisch* BB 2004, 154 ff. (158); *Zimmer* FA 2004, 34 ff. (36); *Ascheid* in *ErfK.* 5. Aufl. 2005, Rn. 2 zu § 4 KSchG; *Linck* in

Einigkeit besteht darüber, dass eine die Kündigungsfrist unterschreitende Kündigungserklärung ihre Wirkung in der Regel zum nächst zulässigen Kündigungstermin entfaltet<sup>203</sup>. Ob dies auf dem Wege der Auslegung der Willenserklärung (§§ 133, 157 BGB) oder deren Umdeutung (§ 140 BGB) zu geschehen hat, ist im Schrifttum umstritten. Dies hat auf die Frage der Anwendbarkeit des § 4 KSchG n.F. entscheidende Auswirkungen, setzt doch die Umdeutung nach § 140 BGB ein nichtiges Rechtsgeschäft (hier: eine unwirksame Kündigung) voraus, was wiederum für die Pflicht zur Einhaltung der Klageerhebungsfrist in diesem Fall sprechen würde.

## b. Meinungsstand

### aa. Schrifttum

Ein Teil der Literatur<sup>204</sup> vertritt die Auffassung, dass die verfristete Kündigung nur deshalb die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum nächst zulässigen Termin herbeiführt, weil sie gemäß § 140 BGB in eine fristgemäße Kündigung umgedeutet werden könne. Die Umdeutung setze aber begrifflich die Unwirksamkeit der umzudeutenden Erklärung voraus. Die Vorschriften der §§ 4, 7 KSchG n.F. seien somit über § 13 Absatz 3 KSchG zur Geltendmachung der falsch berechneten Kündigungsfrist einschlägig.

---

Schaub Arbeitsrechtshandbuch 11. Aufl., Rn. 16 zu § 136; *derselbe* in von Hoyningen-Huene/Linck Rn. 22 zu § 4 KSchG.

Für die Möglichkeit der Erhebung der Rüge außerhalb der 3-Wochen-Frist treten ein *Raab RdA* 2004, 321 ff. (325); *Hanau ZiP* 2004, 1169 ff. (1175); *Bender/Schmidt NZA* 2004, 358 ff. (362); *Friedrich* in GK-KR 7. Aufl. 2004, Rn. 225 zu § 13 KSchG; *Spilger* in GK-KR 7. Aufl. 2004, Rn. 140 zu § 626 BGB und Rn. 67 zu § 1a KSchG; *Rost* in GK-KR 7. Aufl., Rn. 3b zu § 7 KSchG; *Quecke RdA* 2004, 86 ff. (98 u. 100); *Düwell* in Weyand/Düwell Das neue Arbeitsrecht S. 225; *Lakies, NJ* 2004, 150 ff. (155); *Dollmann DB* 2004, 2072 ff. (2077); *Kampen/Winkler AuR* 2005, 171 ff. (174); *Vossen* in SPV Rn. 1736; *Bauer/Krieger NZA* 2004, 77 ff.; *Däubler AIB* 2005, 387 ff. (392); *derselbe* in KDZ 6. Aufl. Rn. 31 zu § 13 KSchG.

<sup>203</sup> *Preis* in Staudinger, Kommentar zum BGB (2002) Rn. 25 zu § 622; *Putzo* in Palandt, Komm. zum BGB 63. Aufl. 2004, Rn. 13 zu § 622; *Linck* in APS Rn. 66 zu § 622 BGB; *Spilger* in GK-KR 7. Aufl. 2004, Rn. 14 zu § 622 BGB; *Preis* in SPV 8. Aufl. 2002 Rn. 502.

<sup>204</sup> *Müller-Glöge* in Erfurter Komm. 4. Aufl. 2004, Rn. 36 zu § 113 InsO; *Bader NZA* 2004, 65 ff. (68); *Gallner* in HaKo, Rn. 15 zu § 6 KSchG; *Löwisch BB* 2004, 154 ff. (158); *Linck* in Schaub Arbeitsrechtshandbuch 11. Aufl. Rn. 16 zu § 136; *derselbe* von Hoyningen-Huene/Linck Rn. 22 zu § 4 KSchG; *Wenzel* in BBDW Rn. 35 b zu § 4 KSchG; *Zimmer FA* 2004, 34 ff. (36); *Dewender DB* 2005, 337; *Ascheid* in Erfurter Komm. 5. Aufl. Rn. 2 zu § 4 KSchG.

Dagegen legt ein anderer Teil des Schrifttums<sup>205</sup> die Kündigungserklärung mit falscher Frist aus. Diese stelle nur einen Berechnungsfaktor dar, der festlege, wie viel Zeit zwischen Zugang der Kündigungserklärung und der Beendigung des Arbeitsverhältnisses liegen müsse. Die Kündigungsfrist entscheide nicht über das „ob“, sondern über das „wann“ der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Von einem der Umdeutung zugänglichen Rechtsgeschäft könne im Falle der Kündigung ohne Einhaltung der einschlägigen Kündigungsfrist nur dann gesprochen werden, wenn der Kündigende mit der Erklärung zum Ausdruck bringe, das Rechtsverhältnis (nur) zu einem bestimmten Zeitpunkt beenden zu wollen, diesen also zum Inhalt seiner rechtsgeschäftlichen Erklärung mache. Davon könne regelmäßig nicht ausgegangen werden; der Kündigende teile regelmäßig nur das Ergebnis seiner Berechnung bezüglich der Kündigungsfrist in der Benennung des Kündigungstermins in der Kündigungserklärung mit. Ergebe die Auslegung der Kündigungserklärung ein solches Ergebnis, bedürfe es keiner Umdeutung mehr, da ein unwirksames Rechtsgeschäft nicht vorliege. Außerdem stelle der Arbeitnehmer mit einer entsprechenden Klage nicht die Wirksamkeit der Kündigung in Frage, sondern akzeptiere diese mit der Geltendmachung einer fehlerhaft berechneter Kündigungsfrist. Der Einhaltung der Klagefrist des § 4 KSchG n.F. bedürfe es daher nicht zur Geltendmachung einer fehlerhaft berechneten Kündigungsfrist<sup>206</sup>.

#### bb. Rechtsprechung

In der Rechtsprechung spiegeln sich die in der Literatur herausgearbeiteten Meinungen wider. Das Landesarbeitsgericht Berlin<sup>207</sup> hat sich der „Auslegungstheorie“; das Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz<sup>208</sup> der „Umdeutungstheorie“ angeschlossen. Das BAG hat im Revisionsverfahren mit Urteil vom 15.12.2005<sup>209</sup> die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Berlin bestätigt und mit Urteil vom

---

<sup>205</sup> *Bender/Schmidt* NZA 2004, 358 ff. (363); *Hanau* ZIP 2004, 1169 ff. (1175); *Friedrich* in GK-KR 7. Aufl. 2004, Rn. 225 zu § 13 KSchG; *Spilger* a.a.O. Rn. 140 zu § 622 BGB; *Rost* a.a.O., Rn. 3b zu § 7 KSchG; *Quecke* RdA 2004, 86 ff. (98); *Dollmann*, BB 2004, 2073 ff. (2077); *Kampen/Winkler* AuR 2005, 171 ff. (174); *Lakies* NJ 2004, 150; *Vossen* in SPV Rn. 1736; *Raab* RdA 2004, 321 ff. (325); *Düwell* in Weyand/Düwell Das Neue Arbeitsrecht S. 226; *Wennmacher*, Juris Konkret Rn. 62 zu § 1a KSchG.

<sup>206</sup> *Raab* RdA 2004, 321 ff. (325); *Quecke* RdA 2004, 86 ff. (98).

<sup>207</sup> Urteil vom 10.11.2004 - 9 Sa 1854/04 -.

<sup>208</sup> Urteil vom 18.02.2005 - 8 Sa 921/04 -.

<sup>209</sup> - 2 AZR 148/05 -, NZA 2006, 791 ff.

06.07.2006<sup>210</sup> die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz aufgehoben und zu Gunsten des Klägers abgeändert. Zur Begründung wird ausgeführt, dass für die Geltendmachung der Nichteinhaltung der Kündigungsfrist die Norm des § 4 KSchG n.F. schon deshalb nicht einschlägig sei, weil die Norm nach dem Wortlaut die Geltendmachung der Unwirksamkeit einer Kündigung voraussetze. Der die fehlerhafte Kündigungsfrist rügende Arbeitnehmer trete der Wirksamkeit der ihm erklärten Kündigung aber gerade nicht entgegen; sie sei vielmehr Grundlage seines Anspruchs. Der Gesetzgeber habe mit der Neufassung des § 4 KSchG das Ziel einer raschen Klärung der Rechtslage bezüglich des Fortbestandes oder der Auflösung des Arbeitsverhältnisses im Zusammenhang mit einer Arbeitgeberkündigung im Blick gehabt und nicht die isolierte Geltendmachung der richtigen Kündigungsfrist ausschließen wollen. Eine Umdeutung der mit falscher Frist versehenen Kündigung im Sinne von § 140 BGB bedürfe es nicht. Vielmehr sei die Kündigung als Willenserklärung vorrangig auszulegen mit dem Ziel der Ermittlung ihrer objektiven und normativen Bedeutung. Im Zweifel sei gewollt, was nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig sei und der recht verstandenen Interessenlage entspreche. Einem Kündigenden werde nur die ordentliche oder die außerordentliche Kündigung von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellt. Sofern keine Anhaltspunkte auf Arbeitgeberseite für die Absicht, eine außerordentliche Kündigung aussprechen zu wollen, erkennbar seien, liege eine ordentliche Kündigung vor. Die Angabe in der Kündigungserklärung über den Beendigungszeitpunkt des Arbeitsverhältnisses stelle im Übrigen nur eine Folgewirkung der Kündigungsentscheidung dar, sei nur ein Berechnungsfaktor und rechtlich als *Wissenserklärung* des Arbeitgebers einzuordnen. Nur dann, wenn sich aus der Kündigung und den im Rahmen der Auslegung zu berücksichtigenden Umständen des Einzelfalles ein Wille des Arbeitgebers ergebe, die Kündigung ausschließlich zum erklärten, nicht aber zu einem anderen Zeitpunkt gegen sich gelten lassen zu wollen, scheide sowohl eine Auslegung als auch eine Umdeutung der Kündigungserklärung aus. In diesem Fall sei der Kündigungstermin dann ausnahmsweise integraler Bestandteil der Willenserklärung und müsse dann innerhalb der Klagefrist des § 4 KSchG angegriffen werden.

---

<sup>210</sup> - 2 AZR 215/05 -, NZA 2006, 1405 ff.

Dem ist die Rechtsprechung der Landesarbeitsgerichte bisher gefolgt<sup>211</sup>.

### c. Stellungnahme

Die Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts vom 15.12.2005<sup>212</sup> und 06.07.2006<sup>213</sup> haben zutreffend klargestellt, dass die Fiktionswirkungen der §§ 4, 7 KSchG in der Regel nicht für die vom Arbeitgeber falsch angegebene Kündigungsfrist gilt. Deren fehlerhafte Berechnung macht die Kündigung nicht ohne Weiteres unwirksam, sondern schiebt nur den Beendigungstermin automatisch auf<sup>214</sup>: Soweit daran gedacht wurde, das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel der schnellen Schaffung von Rechtssicherheit zur Begründung der Anwendung des § 4 KSchG auf die Fälle einer fehlerhaft angegebenen Kündigungsfrist anzuführen, da Rechtsklarheit auch für die Dauer der Kündigungsfrist erforderlich sei, hat das BAG dieses Ansinnen zutreffend abgelehnt. Mit den von ihnen eingereichten kombinierten Feststellungs- und Zahlungsklagen haben die Kläger nicht die Wirksamkeit der ihnen zugegangenen Kündigungen in Abrede gestellt, sondern nur den fehlerhaften Beendigungstermin gerügt. Es ging ihnen also nicht um die Frage, ob ihr Arbeitsverhältnis wirksam beendet worden ist, sondern nur, wann die Kündigungsfrist abläuft<sup>215</sup>. Daher lagen schon nach dem Wortlaut der Norm des § 4 KSchG deren Voraussetzungen nicht vor. Den von einzelnen Stimmen in der Literatur<sup>216</sup> gegebenen Hinweisen, Erklärungsinhalt der Kündigung sei auch die hierin bezeichnete Frist, sei diese falsch berechnet, stelle dies einen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot i.S.v. § 134 BGB der (Gesamt-)Willenserklärung dar, so dass diese gemäß § 140 BGB umzudeuten sei, ist das Bundesarbeitsgericht richtigerweise nicht gefolgt. Unbeschadet der Tatsache, dass die Umdeutung bei dem aufgezeigten Konstrukt in Ermangelung eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot schon dann nicht möglich ist, wenn es um die Falschberechnung einer (tarif-)vertraglichen Kündigungsfrist geht, hat das Bundesarbeitsgericht die fehlerhafte Fristangabe in der Kündigungserklärung zutreffend nicht als Willens-

---

<sup>211</sup> LAG Mecklenburg-Vorpommern Urteil vom 06.04.2006 - 1 Sa 448/05 -, Juris.

<sup>212</sup> - 2 AZR 148/05 -, NZA 2006, 791 ff.

<sup>213</sup> - 2 AZR 215/05 -, NZA 2006, 1405 ff.

<sup>214</sup> Zimmer FA 2004, 34 ff. (36).

<sup>215</sup> So schon Raab RdA 2004, 321 ff. (325).

<sup>216</sup> Gallner in HaKo, Rn. 15 zu § 6 KSchG; Bader NZA 2004, 65 ff. (68 und 72); Löwisch BB 2004, 154 ff. (158).

sondern als Wissenserklärung<sup>217</sup> eingeordnet. Die Vorschriften der §§ 4, 7 KSchG in der seit dem 01.01.2004 geltenden Fassung sind daher richtigerweise auf Klagebegehren mit dem Ziel der Feststellung der Nichteinhaltung der das Arbeitsverhältnis bestimmenden Kündigungsfrist nicht anzuwenden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der vom Arbeitgeber genannte Kündigungstermin nicht untrennbarer Bestandteil der Kündigungserklärung ist, wovon im Regelfall nicht ausgegangen werden kann. Entsprechende Feststellungen sind durch Auslegung der Kündigungserklärung des Arbeitgebers zu ermitteln. Von dem Grundsatz „Auslegung vor Umdeutung“<sup>218</sup> hat sich das BAG bei den Entscheidungen zutreffend leiten lassen.

## 6. Fehlende Zurechenbarkeit der Kündigungserklärung als Unwirksamkeitsgrund

### a. Geschäftsunfähigkeit des Arbeitgebers

#### aa. Problemstellung

Die mangelnde Geschäftsfähigkeit des kündigenden Arbeitgebers führt zur Nichtigkeit der Erklärung, § 105 BGB. Liegt eine beschränkte Geschäftsfähigkeit - z.B. Minderjährigkeit - des Arbeitgebers vor, ist die ohne vorherige Zustimmung ( Einwilligung) des gesetzlichen Vertreters ausgesprochenen Kündigungserklärung unwirksam, § 111 BGB. Die Kündigung ist eine nachteilige rechtsgeschäftliche Erklärung für den beschränkt geschäftsfähigen Arbeitgeber, denn er verliert Ansprüche, die aus dem Arbeitsvertrag herzuleiten sind, wie z.B. die Erbringung von Dienstleistung durch den Arbeitnehmer. Die durch die Kündigung entstehenden rechtlichen Nachteile machen die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters in die rechtsgeschäftliche Erklärung notwendig. Die Unwirksamkeit der Kündigungserklärung nach § 105 BGB ist zum Schutz der Selbstbestimmung des Arbeitgebers angeordnet. Dieser gesetzliche Schutzzweck steht im Spannungsverhältnis zur Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG, die wegen deren Wechselwirkung mit § 4 KSchG vom Verhalten des Arbeitnehmers als Empfänger der Kündigungserklärung abhängt.

---

<sup>217</sup> So auch schon *Raab* RdA 2004, 321 ff. (326).

<sup>218</sup> *Heinrichs* in Palandt, Komm. zum BGB 64. Aufl., Rn. 4 zu § 140 BGB; *Roth* in Staudinger Rn. 4 zu § 140 BGB; *Palm* in Erman, Komm. zum BGB, 10. Aufl. Rn. 5 zu § 140 BGB; *Hefermehl* in Soergel 13. Aufl., Rn. 1 zu § 140 BGB; *Preis* in SPV Rn. 471.

## bb. Meinungsstand

Ein Teil der Literatur spricht sich dafür aus, rechtsgeschäftliche Mängel der Kündigung, die auf §§ 104, 105 BGB beruhen, generell den Regelungen der §§ 4, 7 KSchG zu unterwerfen. Begründet wird die Auffassung mit dem vom Gesetzgeber verfolgten Zweck des § 4 KSchG, möglichst eine rasche Klärung der Unwirksamkeitsgründe herbeizuführen<sup>219</sup>. Andere Autoren vertreten die Meinung, dass die mangelnde Geschäftsfähigkeit bei dem Erklärenden und/oder dem Empfänger einer Kündigung einen Nichtigkeitsgrund darstelle, der nicht von den § 13 Absatz 3, §§ 4, 7 KSchG erfasst sei<sup>220</sup>. Es könne dem Arbeitnehmer schon aus praktischen Erwägungen nicht zugemutet werden, bei eventuellen Mängeln der Geschäftsfähigkeit des Arbeitgebers innerhalb von drei Wochen eine hierauf gestützte Kündigungsschutzklage zu erheben, da sich diesbezüglich sichere Erkenntnisse erst nach Einholung eines Sachverständigengutachtens ergeben würden<sup>221</sup>. Voraussetzung für ein Eingreifen des § 4 KSchG sei der Zugang einer wirksamen Kündigungserklärung beim Arbeitnehmer. Soweit der geschäftsunfähige oder beschränkt geschäftsfähige Arbeitgeber kündige, liege keine wirksame Willenserklärung vor. Die Vorschriften der § 13 Absatz 3, §§ 4, 7 KSchG knüpfen jedoch nicht an der Wirksamkeit der eigentlichen Willenserklärung an; vielmehr habe der Gesetzgeber bei der mit der Gesetzesänderung verfolgten Gleichsetzung der Sozialwidrigkeit mit sonstigen Unwirksamkeitsgründen im Sinne von § 13 Absatz 3 KSchG auf Normen abgestellt, die eine wirksame Kündigungserklärung schon begrifflich voraussetzen würden oder auf ihren Inhalt bezogen seien, was sich aus den in der Begründung zum Fraktionsentwurf enthaltenen Beispielnormen ergebe. In diesen kämen gesetzliche Vorschriften, die sich mit Willensmängeln der Kündigungserklärung befassen, aber gerade nicht vor<sup>222</sup>. Hanau<sup>223</sup> verneint die Anwendbarkeit des § 4 KSchG bei der Kündigung eines geschäftsunfähigen oder beschränkt geschäftsfähigen Arbeitgebers, da diesem seine Wil-

---

<sup>219</sup> *Linck* in von Hoyningen-Huene/Linck, 14. Aufl., Rn. 19 zu § 4 KSchG; *Ascheid* in APS Rn. 10 zu § 4 KSchG; *Wenzel* in BBDW Rn. 35a zu § 4 KSchG; *Vossen* in SPV Rn. 1735; *Kiel* in Erf-Kom., 7. Aufl Rn. 3 zu § 4 KSchG; *Bayreuther ZfA* 2005, 391 ff. (393, dort Fn. 3).

<sup>220</sup> *Friedrich* in GK-KR, 8. Aufl., Rn. 289 ff. (294) zu § 13 KSchG.

<sup>221</sup> *Ulrici* DB 2004, 250 ff. (252, dort in Fn. 10).

<sup>222</sup> *Bender/Schmidt* NZA 2004, 358 ff. (362).

<sup>223</sup> *ZiP* 2004, 1169 ff. (1175).

lenserklärung nicht zuzurechnen sei. Raab<sup>224</sup> erwägt im Hinblick auf den Zweck der gesetzlichen Vorgaben, nicht oder beschränkt Geschäftsfähige vor den Folgen unbedachten Handelns zu schützen, eine „geteilte“ Lösung, wonach sich zwar der wegen mangelnder Geschäftsfähigkeit unwirksam kündigende Arbeitgeber auf die Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG berufen, der geschäftsfähige Arbeitnehmer als Empfänger der unwirksamen Kündigung jedoch nach Ablauf der Klageerhebungsfrist die Unwirksamkeit der Kündigung nicht mehr erfolgreich gerichtlich geltend machen könne. Bayreuther<sup>225</sup> tritt für die Anwendung der Klageerhebungsfrist im Falle des Ausspruchs beschränkt geschäftsfähiger oder geschäftsunfähiger Arbeitgeber ein. Die eintretende Präklusion läuft seiner Ansicht nach nicht dem Schutz des Geschäftsunfähigen bzw. beschränkt Geschäftsfähigen zuwider. Es müsse in Kauf genommen werden, dass dessen Willenserklärung nach Ablauf der Klagefrist wirksam werde, denn das Kündigungsschutzgesetz verfolge primär das Ziel, den Arbeitnehmer vor rechtlich unhaltbaren Kündigungen zu schützen. Dieser Schutz sei jedoch zeitlich limitiert. Außerdem könne ein Arbeitnehmer eine unwirksame Kündigung ebenso gut akzeptieren oder selbst kündigen.

#### cc. Stellungnahme

Die zur Begründung der Auffassung vorgetragene Argumente, alle rechtsgeschäftlichen Mängel einer Kündigungserklärung seien innerhalb der Klagefrist des § 4 KSchG gerichtlich geltend zu machen, um die Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG zu verhindern, vermögen nicht zu überzeugen. Soweit Löwisch<sup>226</sup> unter Hinweis auf seine Kommentierung zu § 113 InsO im Münchner Kommentar den Verstoß gegen allgemeine rechtsgeschäftliche Wirksamkeitsvoraussetzungen unter die „sonstigen Unwirksamkeitsgründe“ der Kündigung im Sinne von § 13 Abs. 3, §§ 4, 7 KSchG einordnet, werden die Folgen der Durchbrechung des Schutzzweckes der §§ 105 ff. BGB nicht genügend beachtet. Zwischen den vom Gesetzgeber verfolgten Zwecken der §§ 105 ff. BGB und der §§ 4, 7 KSchG besteht ein Spannungsverhältnis. Die Ziele der raschen Herstellung von Rechtsklarheit über die Wirksamkeit einer Kündigung und der Herbeiführung eines Interes-

---

<sup>224</sup> RdA 2004, 321 ff. (323).

<sup>225</sup> ZfA 2005, 391 ff. (393).

<sup>226</sup> BB 2004, 154 ff. (158).

senausgleiches können aber nicht höher bewertet werden als der Gesetzeszweck, den geschäftsunfähigen oder beschränkt geschäftsfähigen Menschen vor den Folgen unbedachter Handlungen und damit sein schuldrechtliches Selbstbestimmungsrecht zu schützen. Die Fiktion des § 7 KSchG darf nicht so weit zu Lasten des Geschäftsunfähigen oder beschränkt Geschäftsfähigen gehen, dass selbst deren unwirksames Handeln nach Fristablauf als geheilt anzusehen ist<sup>227</sup>. Die schriftliche Kündigung des geschäftsunfähigen/beschränkt geschäftsfähigen Arbeitgebers ist unwirksam, § 105 BGB; die unterlassene Klageerhebung führt dennoch nicht zur Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG<sup>228</sup>. Die Kollision der §§ 4, 7 KSchG mit § 105 BGB ist durch eine teleologische Reduktion des Anwendungsbereiches des § 4 KSchG zu lösen, indem die Unwirksamkeit der Kündigungserklärung aufgrund der Geschäftsunfähigkeit des Arbeitgebers nicht als „anderer Grund“ i.S.v. § 4 KSchG anerkannt wird. Ansonsten hätte es der Arbeitnehmer in der Hand, durch Fristablauf die Wirksamkeit einer Willenserklärung herzustellen, deren Eintritt der Gesetzgeber gerade verhindern will<sup>229</sup>. Auch die „gespaltene Lösung“ stellt keine zufriedenstellende Alternative dar, wie Raab<sup>230</sup> selbst bemerkt. Die vom Gesetzgeber normierte Rechtsfolge der Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts wirkt zum einen grundsätzlich gegenüber jedermann ohne Rücksicht darauf, ob der Geschützte oder sein Vertreter das Geschäft gelten lassen wollen. Zum anderen würde mit der Heilung des Mangels nur zu Gunsten des geschäftsunfähigen/beschränkt geschäftsfähigen Arbeitgebers ein nicht hinnehmbarer Schwebezustand entstehen, da der gesetzliche Vertreter des geschäftsunfähigen/beschränkt geschäftsfähigen Arbeitgebers vom Arbeitnehmer die Erfüllung des Vertrages verlangen könnte, während der wiederum wegen § 7 KSchG die Kündigung als wirksam gelten lassen müsste. Richtigerweise weist Bayreuther<sup>231</sup> darauf hin, dass die angesprochene Konstellation insgesamt so unwahrscheinlich ist, dass eine Auswirkung in der Praxis nahezu unmöglich erscheint.

---

<sup>227</sup> So auch zutreffend Raab, RdA 2004, 321 ff. (323); Bender/Schmidt NZA 2004, 358 ff. (362).

<sup>228</sup> Friedrich in GK-KR 8. Aufl., Rn. 294 ff. zu § 13 KSchG; Bender/Schmidt NZA 2004, 358 ff. (362); Quecke in HWK Rn. 7 zu § 4 KSchG.

<sup>229</sup> Fornasier/Werner, NJW 2007, 2729 ff. (2732).

<sup>230</sup> A.a.O. S. 324.

<sup>231</sup> Bayreuther ZfA 2005, 391 ff. (393, dort Fn. 3).

Im Ergebnis ist festzustellen, dass die Fiktion des § 7 KSchG bei einer Kündigungserklärung eines geschäftsunfähigen Arbeitgebers im Falle der unterbliebenen oder nicht rechtzeitig erhobenen Klage des Arbeitnehmers nach § 4 KSchG nicht eintritt.

b. Willensmängel bei Abgabe der Kündigung gemäß §§ 116 -123 BGB

aa. Problemstellung

Eine Kündigung ist nichtig, wenn sich der Erklärende insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen und der Erklärungsempfänger diesen Vorbehalt kennt, § 116 BGB. Nichtig ist auch die Kündigungserklärung, die mit Einverständnis des Erklärungsempfängers nur zum Schein abgegeben wurde, § 117 BGB. Desweiteren ergibt sich die Nichtigkeit einer nicht ernstlich gemeinten Willenserklärung, die in der Erwartung abgegeben wird, der Mangel an Ernstlichkeit werde nicht verkannt, aus § 118 BGB. Schließlich kann die Kündigungserklärung vom Arbeitgeber angefochten und hierdurch unwirksam werden, wenn er sich bei Abgabe der Willenserklärung in einem zur Anfechtung berechtigenden Irrtum befand oder die Erklärung aufgrund widerrechtlicher Drohung oder arglistiger Täuschung ausgesprochen wurde. Bei wortgetreuer Anwendung der §§ 4, 7 KSchG sind diese Unwirksamkeitsgründe einer Kündigung heilbar.

bb. Meinungsstand

Im Schrifttum<sup>232</sup> wird teilweise die Auffassung vertreten, dass Rechtsmängel, die der Kündigungserklärung selbst anhaften und zu denen auch Willensmängel i.S.v. §§ 116 ff. BGB gehören, vom Regelungsbereich des § 4 KSchG erfasst sind und zur Vermeidung des Eintritts der Wirksamkeitsfiktion fristgemäß angegriffen werden müssten. Nach anderer Meinung<sup>233</sup> unterfallen solche Unwirksamkeitsgründe nicht dem Anwendungsbereich des § 4 KSchG. Dies ergebe sich schon aus dem Gesetzeswortlaut, der das Vorliegen einer Kündigungserklärung voraussetze.

---

<sup>232</sup> Kiel in ErfKomm. Rn. 3 zu § 4 KSchG; Preis DB 2004, 70 ff. (77); Schiefer/Worzalla NZA 2004, 345 ff. (356); Rost in GK-KR Rn. 3 b zu § 7 KSchG.

<sup>233</sup> Bender/Schmidt, NZA 2004, 358 ff. (362); Ulrici, DB 2004, 250 ff. (251); Ascheid/Hesse in APS Rn. 10 c zu § 4 KSchG; Fornasier/ Werner NJW 2007, 2729 ff. (2732).

Liege (nach erfolgter Anfechtungserklärung) keine Kündigung (mehr) vor, finde das gesamte KSchG keine Anwendung<sup>234</sup>.

cc. Stellungnahme

Bei den der Kündigung anhaftenden Willensmängeln ist im Hinblick auf den Schutzzweck des § 4 KSchG zu differenzieren. Wie bereits dargelegt, stellt die Norm einen Interessenausgleich für den in seiner Vertragsbeendigungsfreiheit eingeschränkten Arbeitgeber dar. Er soll sich nach Ablauf von drei Wochen nach Zugang seiner Erklärung darauf verlassen können, dass „seine“ Kündigung das Arbeitsverhältnis wirksam auflöst, wenn der Arbeitnehmer keine Klage nach § 4 KSchG erhebt. Ein ausgleichendes Interesse des Arbeitgebers ist aber ebenso wenig zu erkennen wie ein schutzwürdiges Vertrauen in die Wirksamkeit von Vorbehalts-, Schein- und Scherzkündigungen.

Ist die Kündigungserklärung zwar anfechtbar, die Anfechtung aber nicht erklärt, liegt eine Willenserklärung des Arbeitgebers vor, die aus dem Empfängerhorizont des Adressaten als „perfekte“ Kündigung gelten muss, die er zur Vermeidung der Präklusionswirkung des § 7 KSchG mit einer Klage nach § 4 KSchG angreifen muss. Dies ist auch ein sachgerechtes Ergebnis, denn die Anfechtbarkeit der Kündigungserklärung soll den Arbeitgeber schützen. Ihm darf deshalb die Anfechtbarkeit nicht aus der Hand genommen werden. Der Rechtssicherheit wird durch die Anfechtungsfristen §§ 121, 123 BGB Rechnung getragen<sup>235</sup>. Erst die Anfechtungserklärung führt zur Nichtigkeit der Willenserklärung, § 142 BGB. Die Nichtigkeit der angefochtenen Erklärung wirkt zum Schutz des Erklärenden. Auch an dieser Stelle kollidieren die zum Schutz des Arbeitgebers normierten Vorschriften §§ 4, 7 KSchG und §§ 119, 123, 142 BGB. Zur Erhaltung des rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmungsrechts des Arbeitgebers ist das Spannungsverhältnis dergestalt aufzulösen, dass der Anwendungsbereich der §§ 4, 7 KSchG im Falle angefochtener Kündigungserklärung aufgrund teleologischer Reduktion auszuschließen ist: Die Unwirksamkeit der Kündigung aufgrund erfolgter Anfechtungserklärung des Arbeitgebers ist kein „anderer Grund“ i.S.v. § 4 KSchG.

---

<sup>234</sup> Quecke in HKW Rn. 7 zu § 4 KSchG; ders. RdA 2004, 86 ff. (100).

<sup>235</sup> Fornasier/Werner NJW 2007, 2729 (2732).

### c. Die abhanden gekommene Kündigungserklärung

#### aa. Problemstellung

In seltenen Fällen verlässt eine Kündigungserklärung ohne den Willen des Arbeitgebers dessen Herrschaftsbereich und geht dem Erklärungsempfänger zu. Dies geschieht nur ausnahmsweise ohne vorwerfbares Verhalten des Arbeitgebers - beispielsweise durch Inbesitznahme des im Schreibtisch des Arbeitgebers verwahrten Kündigungsschreibens durch den Arbeitnehmer - , sondern wird in der Regel durch Fahrlässigkeit des Arbeitgebers - ein Mitarbeiter gibt die auf dem Schreibtisch liegende Briefsendung, welche die Kündigungserklärung enthält, in den Postausgang - mitverursacht. Jedenfalls bei erstgenannten Fallgestaltungen fehlt es an der *Abgabe* einer Willenserklärung, da die Kündigungserklärung den Herrschaftsbereich des Arbeitgebers ohne dessen Willen verlassen und er dies nicht zu vertreten hat. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage des Eintritts der Wirksamkeitsfiktion nach §§ 4, 7 KSchG.

#### bb. Meinungsstand

Geht die Kündigungserklärung dem Arbeitnehmer ohne Kenntnis oder gegen den Willen des Arbeitgebers zu, soll die Willenserklärung rechtlich parallel zu den Fällen des fehlenden Erklärungsbewusstseins zu behandeln sein<sup>236</sup>. Die abhanden gekommene Willenserklärung sei als wirksam zu behandeln, wenn sie vom Erklärenden zumindest fahrlässig in den Verkehr gebracht wurde. Der Arbeitgeber habe in diesem Fall ein Anfechtungsrecht nach § 119 Absatz 1 Fall 2 BGB. Im Schrifttum wird die Auffassung vertreten, dass die §§ 4, 7 KSchG auf die Fälle fehlenden Verschuldens des Arbeitgebers - die Kündigungserklärung gelangt ohne Sorgfaltsverstoß des Arbeitgebers in den Verkehr und zum Arbeitnehmer - nicht anwendbar seien, da der Wortlaut des § 4 KSchG tatbestandlich den Zugang einer Kündigung voraussetze. Hiervon könne bei einer vom Arbeitgeber nicht *abgegebenen* Kündigung, die ihm nicht zuzurechnen sei, nicht ausgegangen

---

<sup>236</sup> *Heinrichs* in Palandt Rn. 4 zu § 130 BGB.

werden. Es liege schon tatbestandlich keine Willenserklärung vor<sup>237</sup>. Treffe den Arbeitgeber an dem Umstand des Inverkehrbringens der Kündigung ein Verschulden - ist also die Kündigung in Form zumindest fahrlässigen Verhaltens abhandengekommen - gelte die Willenserklärung als wirksam. Sie sei aber anfechtbar nach § 119 Absatz 1 Fall 2 BGB. Erkläre der Arbeitgeber die Anfechtung *nicht*, liege eine *wirksame* Kündigung vor; die §§ 4, 7 KSchG griffen nicht ein. Erst die Anfechtungserklärung bezüglich der abhandengekommene Kündigung mache diese unwirksam, § 142 Absatz 1 BGB. Wegen des erforderlichen Schutzes der Privatautonomie des Arbeitgebers müsse die Norm des § 4 KSchG teleologisch reduziert werden: Die Anfechtung der abhandengekommenen Willenserklärung sei kein „anderer Unwirksamkeitsgrund“ im Sinne von § 4 KSchG<sup>238</sup>.

cc. Stellungnahme

Die rechtliche Behandlung der dem Arbeitgeber „abhanden gekommenen“ Kündigungserklärung im Zusammenhang mit der Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG bedarf im Hinblick auf den Gesetzeszweckes der reformierten Norm des § 4 KSchG der Unterscheidung:

Ist die Kündigungserklärung *ohne Sorgfaltsverstoß* des Arbeitgebers in den Verkehr gelangt, liegt keine vom Erklärenden „abgegebene“ und diesem zurechenbare Willensäußerung vor, die durch Ablauf der Klageerhebungsfrist wirksam werden könnte. In diesem Fall kann nicht von einer wirksamen Kündigungserklärung des Arbeitgebers mit rechtsgestaltender Wirkung ausgegangen werden. Schon der Gesetzeszweck des § 4 KSchG spricht dafür, die Klagefrist nur bei einer dem Arbeitgeber zurechenbaren Kündigung anlaufen zu lassen. Die Erweiterung der Klagefrist auf „sonstige Unwirksamkeitsgründe“ durch das AMRG erfolgte im Interesse der raschen Klärung der Frage, ob die Kündigung des Arbeitgebers ein Arbeitsverhältnis beendet hat oder nicht. Die Frist und die daraus folgende Rechtsicherheit dient dem Schutz des Arbeitgebers, der nach Fristablauf darauf vertrauen dürfen soll, dass seine Kündigung das Arbeitsverhältnis wirksam auflöse. Dieser Gesetzeszweck ginge ins Leere, wenn die Klagefrist auch auf Kündigung-

---

<sup>237</sup> Quecke in HWK Rn. 7 zu § 4 KSchG; Ascheid/Hesse in APS Rn. 10 c zu § 4 KSchG; Bender/Schmidt NZA 2004, 358 ff. (362); Ulrici DB 2005, 250 ff. (251).

<sup>238</sup> Fornasier/Werner NJW 2007, 2729 ff. (2732).

gen anwendbar wäre, die dem Arbeitgeber wegen eines der Kündigung selbst anhaftenden Mangels überhaupt nicht zugerechnet werden können. Im Übrigen würde die Anwendung des § 4 KSchG auf eine dem Arbeitgeber nicht zurechenbare Kündigung zu einem nicht gerechtfertigten Eingriff in die Privatautonomie führen. Ähnlich wie bei einer ohne Vertretungsmacht ausgesprochenen Kündigung durch einen Dritten hätte der Arbeitgeber bei einer von ihm überhaupt nicht gewollten, schuldlos „abhanden gekommenen“ Kündigung keine Möglichkeit, den Eintritt der Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG zu verhindern. Er wäre in diesem Fall darauf angewiesen, dass die Kündigung nicht akzeptiert und klageweise vom Arbeitnehmer angegriffen wird.

Die *fahrlässig* vom Arbeitgeber in den Verkehr gebrachte Kündigungserklärung ist - anders als die ohne Sorgfaltsverstoß des Arbeitgebers „abhanden gekommene“ Willenserklärung - dem Erklärenden zurechenbar. Dem Erklärenden steht allerdings ein Anfechtungsrecht zu. Wird sie vom Arbeitgeber *nicht* angefochten, gilt die Willenserklärung als „schwebend“ unwirksam. Denn aus der Sicht des Empfängerhorizontes des Arbeitnehmers als dem Adressaten der Erklärung liegt eine „perfekte“ Kündigung vor, da nicht davon ausgegangen werden kann, dass der Arbeitnehmer von dem Umstand des fahrlässigen Inverkehrbringens Kenntnis hat. Hält der Arbeitnehmer die Kündigung für unwirksam, muss er dies innerhalb der Klageerhebungsfrist des § 4 KSchG gerichtlich geltend machen, will er die Präklusion des § 7 KSchG verhindern. Es besteht insoweit kein Anlass, den Arbeitnehmer durch die Nichtanwendung der §§ 4, 7 KSchG zu privilegieren. Auf Arbeitgeberseite sind die im Zusammenhang mit den *schuldlos* abhandengekommenen Kündigungserklärungen entwickelten Überlegungen bezüglich des Gesetzeszweckes des § 4 KSchG bei fahrlässig vom Erklärenden in den Verkehr gebrachten Willenserklärungen nicht überzeugend anzuwenden. Denn im Fall der vom Arbeitgeber fahrlässig abhanden gekommenen Willenserklärung ist dieser für den Zugang der Kündigung (mit-)verantwortlich; seine Willenserklärung ist ihm zurechenbar.

Erklärt der Arbeitgeber die Anfechtung seiner Kündigungserklärung nach Ablauf der Frist des § 4 KSchG, stellt sich die Frage, ob die Präklusionswirkung des § 7 KSchG in diesem Fall - zu seinen Lasten - eingreift. Dies ist zu verneinen. Wie bereits oben ausgeführt, dient die Klagefrist des § 4 KSchG dem Schutz des Ar-

beitgebers. Zwar ist die vom Arbeitgeber fahrlässig in den Verkehr gebrachte Willenserklärung diesem zurechenbar. Erklärt der Arbeitgeber die Anfechtung seiner fahrlässig abhandengekommene Kündigung nach § 119 BGB, bewirkt dies die Nichtigkeit der Erklärung, § 142 Absatz 1 BGB. Der vom Gesetzgeber verfolgte Schutzzweck der reformierten Norm des § 4 KSchG - rasche Klärung der Wirksamkeit der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses im Interesse des Arbeitgebers - würde in sein Gegenteil verkehrt, wenn es der Arbeitnehmer in der Hand hätte, durch Nichterhebung der Klage die Wirkung der Anfechtungserklärung aufgrund des Eintretens der Präklusionswirkung des § 7 KSchG zu beseitigen. Die besseren Gründe sprechen daher dafür, die Anwendung des § 7 KSchG im Wege der teleologischen Reduktion zu Gunsten der Erhaltung des rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmungsrechtes des Arbeitgebers auszuschließen: Die fahrlässig dem Arbeitgeber abhanden gekommene Kündigungserklärung gilt bei Anfechtung der Erklärung nach Ablauf der Klageerhebungsfrist des § 4 KSchG nicht als von Anfang an wirksam i.S.v. § 7 KSchG.

#### d. Kündigung und Mängel in der Vertretung

##### aa. Problemstellung

Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses kann auch deshalb unwirksam sein, weil die Kündigungserklärung durch einen Vertreter des Arbeitgebers erfolgt und sie stellvertretungsrechtliche Mängel aufweist. Denkbar sind Fälle der fehlenden Bevollmächtigung des die Kündigung Erklärenden - Kündigungen durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht oder durch den „falschen“ Arbeitgeber, Kündigung (ohne vorherige Einwilligung) durch einen Nichtberechtigten - aber auch solche einer ordnungsgemäßen Bevollmächtigung des die Kündigung Erklärenden durch den Arbeitgeber bei unterbliebenem Nachweis der Vollmacht gegenüber dem die Kündigung empfangenden Arbeitnehmer, der deswegen die Kündigung zurückweist.

Die Unwirksamkeit einer Kündigungserklärung auf Grund stellvertretungsrechtlicher Mängel ist daher in mehreren Fallgestaltungen zu unterscheiden. Differenziert werden muss danach, ob der Kündigende über eine ausreichende Vertretungsmacht verfügt oder ob ihm diese fehlt. Im Fall der *ausreichenden* Bevollmächtigung stellt sich die Frage des Eintritts der Wirksamkeitsfiktion trotz unver-

züglicher Zurückweisung der Kündigungserklärung wegen nicht ausreichendem Vollmachtsnachweis (§ 174 BGB) bei unterbliebener oder rechtzeitiger Klageerhebung nach § 4 KSchG.

Ist der Kündigende *nicht* ausreichend bevollmächtigt, muss unterschieden werden, ob der Kündigungsempfänger die Kündigung beanstandet hat oder nicht. Im letzteren Fall muss nochmals getrennt betrachtet werden, ob der Arbeitgeber die Kündigung genehmigt oder nicht. Kündigt ein Vertreter ohne Vertretungsmacht, hängt die Wirksamkeit der Kündigung von der Reaktion des gekündigten Arbeitnehmers ab.

- Beanstandet der Arbeitnehmer das Fehlen der Vertretungsmacht, ist die Kündigung gemäß § 180 Satz 1 BGB nichtig, eine Stellvertretung ist in diesem Fall ausgeschlossen. Eine Genehmigung ist nicht möglich<sup>239</sup>.
- Rügt der gekündigte Arbeitnehmer den Mangel der Vertretungsmacht nicht unverzüglich oder hat er gar Kenntnis vom Fehlen der Vertretungsmacht und ist dennoch mit der Abgabe der Erklärung einverstanden, so ist die Kündigung gemäß §§ 180 Satz 2, 177 Absatz 1 BGB schwebend unwirksam. Ihre Wirksamkeit hängt von einer Genehmigung durch den vertretenen Arbeitgeber ab<sup>240</sup>.
  - Fehlt es an einer Genehmigung durch den vollmachtlos vertretenen Arbeitgeber, ist die Kündigung mangels Zurechnung an den Arbeitgeber unwirksam.
  - Genehmigt der Arbeitgeber die ohne Vollmacht ausgesprochene Kündigung, ist sie wirksam.

Das Gesetz schützt in diesen Fällen den Vertretenen (§ 177 BGB) wie auch den Erklärungsempfänger (§ 180 BGB). Umstritten ist, ob das Fehlen der Vertretungsmacht unabhängig von der Wahrung der Klageerhebungsfrist des § 4 KSchG durch den Arbeitnehmer geltend gemacht werden kann.

---

<sup>239</sup> Friedrich in GK-KR Rn. 288 zu § 13 KSchG; *Ulrici* DB 2004, 250 ff. (251).

<sup>240</sup> Friedrich in GK-KR Rn. 289 zu § 13 KSchG; a.A. OLG Celle Urtei vom 2.12.1998 - 2 U 60/98 - juris (Kündigung eines Wohnraummietvertrages).

## bb. Meinungsstand

(1) Zur Frage der Anwendbarkeit der §§ 4, 7 KSchG in den Fällen des vom *Arbeitnehmer beanstandeten* Mangels fehlender Vertretungsmacht bei Abgabe der Kündigungserklärung:

Im Schrifttum wird die Auffassung vertreten, dass dies ein Unwirksamkeitsgrund sei, auf den die §§ 4, 7 KSchG nicht angewendet werden könnten<sup>241</sup>. Mit dem Sinn und Zweck der Klagefrist sei es nicht vereinbar, in solchen Fällen den Arbeitnehmer zur form- und fristgemäßen Klageerhebung zu zwingen. Ein Kündigungsschutzstreit zwischen den Arbeitsvertragsparteien mache nur dann Sinn, wenn die Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf den rechtsgeschäftlichen Willen des Arbeitgebers zurückzuführen und diesem zuzurechnen sei. Hiervon könne beim vollmachtlos handelnden Vertreter aber gerade nicht ausgegangen werden. Dem von einer solchen Kündigung betroffenen Arbeitnehmer die Klageerhebungspflicht des § 4 KSchG aufzuerlegen, führe zu einer unnötigen Belastung der Arbeitsgerichte mit überflüssigen Kündigungsschutzprozessen<sup>242</sup>. Außerdem käme die Anwendung der §§ 4, 7 KSchG auf derartige Kündigungen einer Entwertung der Gestaltungswirkung des § 180 BGB gleich. Schließlich verstoße es gegen grundlegende Prinzipien der Vertragsautonomie, wenn Erklärungen außenstehender Dritter, die ohne Vollmacht des Berechtigten abgegeben worden sind, nach Ablauf einer Frist ein für den Erklärenden fremdes Rechtsverhältnis wirksam umgestalten könnten und diese Rechtsfolge nur durch eine fristgebundene Klageerhebung gegen den Arbeitgeber abzuwenden sei, auch wenn dieser von der ausgesprochenen Kündigung gar nichts wisse<sup>243</sup>. Andere Stimmen in der Literatur sprechen sich - wenn auch ohne nähere Begründung - für das Erfordernis der Erhebung der fristgebundenen Klage nach § 4 KSchG unter Hinweis auf

---

<sup>241</sup> *Hanau* ZfP 2004, 1169 ff. (1175); *Ulrici* DB 2004, 250 ff. (251); *Bender/Schmidt* NZA 2004, 358 ff. (362); *Friedrich* in GK-KR 8. Aufl., Rn. 290 zu § 13 KSchG; *Linck* in von Hoyningen-Huene/Linck Rn. 19 zu § 4 KSchG; *Spinner* in Löwisch/Spinner Rn. 61 zu § 4 KSchG; *Vossen* in SPV Rn. 1735a; *Hergenröder* in MüKo/ArbR, Rn. 14 zu § 4 KSchG.

<sup>242</sup> *Raab* RdA 2004, 321 ff. (324).

<sup>243</sup> *Ascheid/Hesse* in APS Rn. 10 c zu § 4 KSchG; *Hergenröder* in MüKo/BGB Rn. 11 zu § 4 KSchG; *Friedrich* in GK-KR, Rn. 290a zu § 13 KSchG; *Linck* in von Hoyningen-Huene/Linck Rn. 19 zu § 4 KSchG; *Spinner* in Löwisch/Spinner Rn. 61 zu § 4 KSchG; *Vossen* in SPV Rn. 1735a; *Kiel* in ErfKom. 9. Aufl., Rn. 6 zu § 4 KSchG; *Quecke* in HWK Rn. 7 zu § 4 KSchG; *Ulrici* DB 2004, 250 ff. (251); ähnlich *Hanau* ZfP 2004, 1169 ff. (1175); *Bender/Schmidt* NZA 2004, 358 ff. (362); *Fornasier/Werner* NJW 2007, 2729 (2732).

den vom Gesetzgeber verfolgten Zweck der Gesetzesnovelle - der raschen Herbeiführung der Rechtssicherheit über die Frage der Wirksamkeit einer Kündigung - aus<sup>244</sup>. Dieser Argumentation sind einzelne Instanzgerichte gefolgt<sup>245</sup>.

(2) Die Fallgestaltung *unterbliebene/nicht rechtzeitiger Beanstandung der fehlenden Kündigungsbefugnis* des Vertreters durch den Erklärungsempfänger oder dessen *Einverständnis* mit dem Handeln des Vertreters ohne Vertretungsmacht und *unterbliebener Genehmigung* durch den Arbeitgeber:

Das Schrifttum<sup>246</sup> spricht sich überwiegend dafür aus, die §§ 4,7 KSchG nicht anzuwenden. Es liege eine Situation vor, die derjenigen des geschäftsunfähig kündigenden Arbeitgebers entspreche. Das Gebot des Schutzes des Erklärenden müsse die Fiktionswirkung des § 7 KSchG ausschließen. Eine „gespaltene Lösung“, die nur einseitig den Arbeitnehmer mit der Klageerhebung belastet, die Fiktion beim Arbeitgeber aber nicht entstehen lasse, könne schon deshalb keinen sachgerechten Lösungsansatz bieten, weil der Arbeitnehmer zumindest in den Fällen, in denen er keinen Hinweis auf die fehlende Kündigungsbefugnis des Vertreters hat, keinen Anlass zur Klage habe<sup>247</sup>. Die Anwendung der §§ 4 und 7 KSchG in diesen Fällen stelle einen nicht hinnehmbaren Eingriff in die Privatautonomie dar: Erklärungen eines vollmachtlos handelnden Dritten könnten so durch Fristablauf fremde Rechtsverhältnisse wirksam gestalten<sup>248</sup>. Das BAG<sup>249</sup> erkennt bei einer Erklärung eines Nichtberechtigten keine Kündigung des Arbeitgebers. Erst die nachträglich erteilte Genehmigung des Arbeitgebers bezüglich der zunächst ohne seine Billigung ausgesprochenen Kündigung führe zur Zurechenbarkeit der Willenserklärung. Frühestens mit der Erteilung der Genehmigung könne die Klageerhebungsfrist des § 4 KSchG zu laufen beginnen. Der Gesetzeszweck des reformierten § 4 KSchG und der ansonsten drohende ungerechtfertigte Ein-

---

<sup>244</sup> Kriebel in BBDK Rn. 26 zu § 4 KSchG (12/06); Zwanziger in KDZ Rn. 9 zu § 4 KSchG; Richardi NZA 2003, 764 ff. (766), der eine Regelungslücke für den Fall der nachträglichen Kenntniserlangung des Arbeitnehmers von der fehlenden Vollmacht des Kündigenden annimmt).

<sup>245</sup> Hessisches Landesarbeitsgericht Urteil vom 02.02.2007 - 10 Sa 790/06 – juris.

<sup>246</sup> Ulrici DB 2004, 250 ff. (251); Raab RdA 2004, 321 ff. (324); Hanau ZIP 2004, 1169 (1175); Bender/Schmidt NZA 2004, 358 ff. (362); Quecke in HWK Rn. 7 zu § 4 KSchG; Friedrich in GK-KR Rn. 289 zu § 13 KSchG.

<sup>247</sup> Raab RdA 2004, 321 ff. (324).

<sup>248</sup> Ulrici DB 2004, 250 ff. (251).

<sup>249</sup> Urteil vom 26.03.2009 - 2 AZR 403/07 - BB 2009, 1749.

griff in die Privatautonomie des Arbeitgebers würden gegen eine Anwendung der Regelung der §§ 4,7 KSchG bei einer vom Arbeitgeber weder gewollten noch diesem zurechenbaren Kündigungserklärung sprechen.

#### cc. Stellungnahme

(1) Die vom Arbeitnehmer beanstandete, vom Vertreter vollmachtlos erklärte Kündigung ist nicht den Form- und Fristanforderungen des § 4 KSchG zu unterwerfen. Ausschlaggebend hierfür sind aber nicht die Überlegungen zur Sinnhaftigkeit des Erfordernisses einer Prozessführung in Ansehung der Tatsache des zweifelhaften Beendigungswillens des Arbeitgebers, in dessen Namen der vollmachtlose Vertreter die Kündigungserklärung abgegeben hat. Auch das vorgelegte Argument der Vermeidung sinnloser Prozesse vermag die These der Nichtanwendbarkeit der Norm des § 4 KSchG nicht zu begründen. Gerechtfertigt ist die Einschränkung des Anwendungsbereiches des § 4 KSchG aber aus der Überlegung, dass die vollmachtlos oder von einem Nichtberechtigten erklärte Kündigung keine dem Arbeitgeber zurechenbare Willenserklärung darstellen kann. Dies gilt zumindest für den Fall der Nichterteilung der Genehmigung. Die Zulassung des Eintritts der Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG durch Fristablauf in diesen Fällen würde zu dem mit den privatautonomen Grundsätzen des deutschen Zivilrechts unvereinbaren Ergebnis führen, dass durch eine vollmachtlos ausgesprochene Erklärung wirksam in fremde Rechtsverhältnisse gestaltend eingegriffen werden könnte<sup>250</sup>. Insofern liegt eine Rechtslage ähnlich derjenigen vor, die der Abgabe einer Kündigungserklärung eines nicht oder beschränkt geschäftsfähigen Arbeitgebers entspricht. Auch dieser Unwirksamkeitsgrund der Kündigung von der Regelung des § 4 KSchG auszunehmen. Schließlich spricht auch der Gesetzeszweck der reformierten Norm des § 4 KSchG für das gefundene Ergebnis, die Klageerhebungsfrist nur bei einer dem Arbeitgeber zurechenbaren Kündigung anzuwenden. Die Ausweitung des Anwendungsbereiches des § 4 KSchG auf „sonstige Unwirksamkeitsgründe“ einer Kündigung erfolgte im Interesse der alsbaldigen Klärung der Frage der Wirksamkeit einer Arbeitgeberkündigung und dient daher vorrangig dem Interesse und dem Schutz des Arbeitgebers. Dieser Gesetzeszweck würde konterkariert, wäre die Klagefrist auch auf Kündi-

---

<sup>250</sup> *Ulrici*, DB 2004, 250 ff. (251).

gungen anwendbar, die dem Arbeitgeber nicht zurechenbar und gegebenenfalls von diesem gar nicht gewollt sind. In diesen Fällen wäre der Arbeitgeber auf die Mithilfe des Arbeitnehmers angewiesen, wenn nur die rechtzeitige Klageerhebung den Eintritt der Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG verhindern könnte. Dass dieses Ergebnis nicht im Sinne des Reformgesetzgebers wäre, ist so offensichtlich, dass eine Begründung entbehrlich erscheint.

(2) Gleiches gilt für vollmachtlos abgegebene, vom Arbeitgeber nicht genehmigte Kündigungserklärungen. Auch diese Konstellation der Unwirksamkeit der Kündigung ist nicht als „anderer Grund“ des § 4 KSchG anzusehen und der Anwendungsbereich des § 4 KSchG aufgrund teleologischer Reduktion zu beschränken. Die Kollision der im Interesse des Arbeitgebers angeordneten Wirksamkeitsfiktion der §§ 4, 7 KSchG mit der zum Schutz seines schuldrechtlichen Selbstbestimmungsrechtes angeordneten Unwirksamkeit der Kündigung ist zu Lasten der Fiktionwirkung des § 7 KSchG aufzulösen: Die Unwirksamkeit der vollmachtlos vom Vertreter abgegebenen, vom Vertretenen nicht genehmigte Kündigungserklärung ist kein „anderer Grund“ i.S.d. § 4 KSchG.

(3) Im Fall der Genehmigung der Kündigung durch den Arbeitgeber bei nicht (rechtzeitig) erhobener Rüge der fehlenden Kündigungsberechtigung durch den Arbeitnehmer bzw. beim Einverständnis des Erklärungsempfängers mit dem Handeln des Vertreters ohne Vertretungsmacht ist die Kündigung aus vertretungsrechtlicher Sicht wirksam, denn durch die Genehmigung wird die Unwirksamkeit der vollmachtlos erklärten Kündigung rückwirkend geheilt, §§ 180 Satz 2, 177 Absatz 1, 184 Absatz 1 BGB. Fraglich ist, ab wann die Frist des § 4 KSchG für die Geltendmachung eines Unwirksamkeitsgrundes einer Kündigung im Falle der nachträglichen Zustimmung zur Kündigung durch den Arbeitgeber zu laufen beginnt. Denn bis zur Genehmigung des Vertretenen - mit der Rechtsfolge des rückwirkenden Wirksamwerdens der Kündigung, § 184 Absatz 1 BGB - war die Wirksamkeit der Kündigungserklärung in der Schwebe<sup>251</sup>. Zwischen Abgabe der Willenserklärung des vollmachtlosen Vertreters und der Genehmigung des Vertretenen bestand Unsicherheit, ob die Erklärung dem Arbeitgeber zugerechnet

---

<sup>251</sup> A.A. *Heinrichs* in Palandt Rn. 1 zu § 180 BGB, der die Auffassung vertritt, dass die Kündigung als einseitiges Gestaltungsgeschäft eine Schwebelage nicht verträgt.

werden kann. Diese Unsicherheit ist erst durch die Genehmigungserklärung beendet.

In diesem Fall sollte die Klageerhebungsfrist des § 4 Satz 1 KSchG mit Zugang der Genehmigungserklärung des Arbeitgebers in Lauf gesetzt werden. Wollte man dem Wortlaut der Norm des § 4 KSchG entsprechend den Zugang der schriftlichen Kündigungserklärung beim Arbeitnehmer als Fristbeginn in Ansatz bringen, hätte dies zur Folge, dass die Klageerhebungsfrist in Lauf gesetzt wird, ohne dass Klarheit darüber besteht, ob die Kündigung jemals dem Arbeitgeber durch eine Genehmigungserklärung zurechenbar ist<sup>252</sup>. Den so gekündigten Arbeitnehmer auf die Möglichkeit zu verweisen, vorsorglich Klage erheben zu müssen zur Verhinderung der Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG, ohne Klarheit darüber zu haben, ob es überhaupt zu einer Genehmigung kommt, ist keine sachgerechte Lösung. Selbst die Aufforderung des Arbeitnehmers an den Arbeitgeber zur Genehmigung im Sinne von §§ 180 Satz 2, 177 Absatz 2 BGB hilft in diesen Fällen nicht weiter, weil dem Arbeitgeber zwei Wochen Zeit verbleibt, um zu reagieren. Da der Arbeitnehmer diese Frist abwarten muss, hätte der Arbeitnehmer bis zum Ablauf der Frist des § 4 KSchG nur noch maximal eine Woche Überlegungszeit zur Entscheidung, ob er Klage erheben will, was zu einer Überbeschleunigung des Kündigungsschutzverfahrens führen würde<sup>253</sup>. Die besseren Gründe sprechen daher für einen Fristbeginn ab erteilter Genehmigung des Arbeitgebers, wobei eine analoge Anwendung des § 4 Satz 4 KSchG in Betracht kommt<sup>254</sup>.

e. Die gerüge Nichtvorlage einer Originalvollmacht bei Zugang der Kündigungserklärung § 174 BGB

aa. Problemstellung

Ist der Vertreter zur Kündigung vom Arbeitgeber ordnungsgemäß bevollmächtigt, kann der Arbeitnehmer trotzdem die Unwirksamkeit der Kündigung herbeiführen,

---

<sup>252</sup> *Ulrici* DB 2004, 250 ff. (251); *Raab* RdA 2004, 321 ff. (324); *Bender/Schmidt* NZA 2004, 358 ff. (362); *Hanau* ZIP 2004, 1169 ff. (1175); *Friedrich* in GK-KR 8. Aufl. 2007, Rn. 289 zu § 13 KSchG; a.A.: *Wenzel* in BBDW Rn. 35a zu § 4 KSchG.

<sup>253</sup> *Friedrich* in GK-KR 8. Aufl. Rn. 10 zu § 4 KSchG.

<sup>254</sup> So auch *Raab* RdA 2004, 321 ff. (324); *Bender/Schmidt* NZA 2004, 358 ff. (362).

wenn ihm die bestehende Vollmacht - soweit sie nicht vom Arbeitgeber auf anderem Wege mitgeteilt wurde - vom Vertreter bei Ausspruch der Kündigung nicht durch eine Urkunde nachgewiesen worden ist und die Kündigung aus diesem Grund unverzüglich zurückgewiesen wird, § 174 BGB.

Auf den ersten Blick ist der Unwirksamkeitsgrund nach § 174 BGB ein „anderer Grund“ i.S.v. § 4 KSchG. Dies begegnet Zweifeln.

#### bb. Meinungsstand

Ein Teil der Literatur<sup>255</sup> spricht sich für die Nichtanwendbarkeit der §§ 4, 7 KSchG auf die Fälle der Zurückweisung der Erklärung wegen fehlender Vollmachtsvorlage im Sinne von § 174 BGB aus. Der vollmachtslose Vertreter und derjenige, der seine Bevollmächtigung gegenüber dem Erklärungsempfänger nicht nachweise, müssten gleichbehandelt werden: In beiden Fällen sei aus der Sicht des Erklärungsempfängers nicht sicher, ob eine ausreichende Vertretungsmacht des Erklärenden bestehe, so dass sich diese hinsichtlich der Kündigungsberechtigung zweifelhafte Situationen für den Arbeitnehmer nicht unterscheiden würden. Es entspreche nicht der Intention des Gesetzes, in solchen Fällen der Ungewissheit den Arbeitnehmer zur Erhebung der Kündigungsschutzklage zu zwingen. Durch die Zurückweisung der Kündigung sei der Arbeitgeber genügend gewarnt; der Arbeitnehmer bringe damit hinreichend deutlich die Nichtakzeptanz der Kündigung zum Ausdruck.

Dieser Auffassung treten andere Autoren entgegen<sup>256</sup>. Eine vergleichbare Lage bestehe zwischen der Erklärung eines vollmachtslosen Vertreters und eines Bevollmächtigten, der seine Vertretungsmacht dem Kündigungsempfänger lediglich nicht nachgewiesen habe, gerade nicht, so dass es nicht einzusehen sei, die Klagenerhebungsfrist auf den Fall der wegen nicht ordnungsgemäß nachgewiesener

---

<sup>255</sup> *Hanau* ZfP 2004, 1169 ff. (1175); *Ulrici* DB 2004, 250 ff. (251); *Raab* RdA 2004, 321 ff. (324).

<sup>256</sup> *Friedrich* in GK-KR Rn. 348 zu § 13 KSchG; *Bender/Schmidt* NZA 2004, 358 ff. (362); *Pfeiffer* in HaKo Rn. 68 zu § 13 KSchG; *Meixner* ZAP 2004, Fach 17, S.719 und 732; *Preis* NZA 2004, 195 ff. (196); *Löwisch* BB 2004, 154 ff. (158); *Bayreuther* ZfA 2005, 291 ff. (295); *Linck* in von Hoyningen-Huene/Linck Rn. 19 zu § 4 KSchG; *Hergenröder* in MüKo/ArbR, Rn. 114 zu § 4 KSchG; *Vossen* in SPV Rn. 1735a; *Zwanziger* in KDZ Rn. 9 zu § 4 KSchG; *Kiel* in ErfKom Rn. 2 zu § 4 KSchG.

Bevollmächtigung zurückgewiesenen und damit unwirksamen Kündigung nicht anzuwenden.

#### cc. Stellungnahme

Es sprechen die besseren Argumente gegen die Herausnahme der wegen § 174 BGB unwirksamen Kündigung vom Erfordernis der form- und fristgerechten Klageerhebung im Sinne von § 4 KSchG. Der in der Praxis wichtigste Unwirksamkeitsgrund einer Kündigung im Zusammenhang mit der Problematik nicht ordnungsgemäßer Vertretung erscheint nur auf den ersten Blick - aus der Sicht des Kündigungsempfängers - mit den Fällen der ohne Vertretungsmacht ausgesprochenen Kündigung vergleichbar: Die Frage der ordnungsgemäßen Bevollmächtigung des Kündigenden lässt sich nicht sicher beantworten. Bei näherer Betrachtung sind die Unterschiede der beiden Kündigungslagen aber klar zu erkennen: Die Norm des § 174 BGB betrifft - anders als diejenige des § 180 BGB - nicht die Frage fehlender Vollmacht des Kündigenden, sondern setzt eine ordnungsgemäße Bevollmächtigung tatbestandlich voraus<sup>257</sup>. Lediglich den Nachweis der ordnungsgemäßen Vollmacht hat der Kündigende dem Empfänger der Willenserklärung bei deren Zugang durch Urkundenvorlage im Original nicht erbracht. Es kann daher nicht darauf ankommen, ob der Arbeitnehmer die Fälle fehlender Vertretungsmacht und nicht nachgewiesener Vollmacht nicht auseinanderhalten kann. Der Gekündigte muss sich entscheiden: Geht er von einer bestehenden, nur nicht nachgewiesenen Vollmacht aus, hat er es in der Hand, die Unwirksamkeit der Kündigung durch unverzügliche Zurückweisung der Erklärung selbst herbeizuführen. Die Behauptung nicht ordnungsgemäßer Bevollmächtigung löst eine andere Art der Rügemöglichkeit - die Beanstandung nach § 180 BGB - aus. Die Rechtsfolgen der §§ 174, 180 BGB sind zwar gleich; sie führen zur Unwirksamkeit der Erklärung. Allerdings unterscheiden sie zwei Grundverhältnisse: Eine durch ordnungsgemäße Vollmacht getragene Erklärung des Vertreters, die gegenüber dem Erklärungsempfänger (nur) nicht nachgewiesen wurde (§ 174 BGB) und eine Erklärung ohne Vertretungsmacht (§ 180 BGB). Letztgenannte Erklärung kann dem

---

<sup>257</sup> Schramm in MüKo/BGB 4. Aufl., Rn. 12 zu § 174 BGB.

unwirksam Vertretenen nicht zugerechnet werden. Die oben dargestellten Bedenken bezüglich der Gefahr der Zurechnung einer durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht abgegebenen Erklärung gegenüber dem Vertretenen durch bloßen Ablauf der Dreiwochenfrist des § 4 KSchG mit seinen gegen die Grundsätze der Privatautonomie verstoßenden Konsequenzen bestehen bei der von einer Vollmacht getragenen Erklärung des Vertreters, die dem Empfänger nur nicht nachgewiesen wurde, nicht. Der Arbeitnehmer muss daher die Klageerhebungsfrist des § 4 KSchG in den Fällen der Zurückweisung der Kündigung wegen fehlender Vollmachtsvorlage des Vertreters zur Vermeidung der Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG beachten<sup>258</sup>.

#### f. Kündigung durch den „falschen“ Arbeitgeber

Aufmerksamkeit verdient auch die Fallgestaltung, in der das Arbeitsverhältnis nicht im Namen der Person der Arbeitsvertragspartei, sondern z.B. von der Konzernobergesellschaft gekündigt wird.

##### aa. Problemstellung

Wird die Kündigung im Namen einer nicht am Arbeitsvertrag beteiligten Person ausgesprochen, ist sie nach § 185 BGB zu behandeln. Die Kündigungserklärung ist eine einseitige Willenserklärung. Diese stellt im Hinblick auf ihre rechtsgestaltende Wirkung eine Verfügung dar. Die Kündigung ist als rechtsgeschäftliche Willenserklärung darauf gerichtet, auf ein bestehendes Recht (aus dem Arbeitsvertrag) einzuwirken, um diesen dergestalt zu verändern, dass die vertragliche Bindung aufgelöst wird. Somit stellt sie als einseitiges Gestaltungsgeschäft eine Verfügung dar, auf die § 185 Absatz 1 BGB Anwendung findet<sup>259</sup>. Wird eine Kündigung im Namen des „Nichtvertragspartners“ des Arbeitnehmers ausgesprochen, liegt somit die Verfügung eines Nichtberechtigten vor. Eine solche Kündigung ist wirksam bei Einwilligung, d.h. vorheriger Zustimmung (§ 183 BGB) des Berechtigten; eine ohne Einwilligung des Berechtigten erklärte Kündigung ist unwirksam. Dies folgt aus dem Umstand, dass § 185 Absatz 2 BGB auf einseitige Gestal-

---

<sup>258</sup> So auch *Bender/Schmidt* NZA 2004, 358 ff. (362 dort Fn. 33); *Friedrich* in GK-KR Rn. 287a zu § 13 KSchG.

<sup>259</sup> *Heinrichs* in Palandt Rn. 2 zu § 185 BGB und Rn. 17 vor § 104 BGB.

tungsrechte nicht anzuwenden ist, da diese keinen Schwebezustand vertragen<sup>260</sup>. Erfolgt die Kündigungserklärung durch den „falschen“ Arbeitgeber mit Einwilligung der richtigen Arbeitsvertragspartei, kann der Arbeitnehmer im Falle nicht ordnungsgemäßer Vorlage der Einwilligung in die Kündigungserklärung analog § 174 BGB zurückweisen<sup>261</sup>. In diesem Fall ist die Kündigung unwirksam.

#### bb. Meinungsstand

Ein Teil der Literatur<sup>262</sup> verneint die Anwendbarkeit des § 4 KSchG in den Fällen der Unwirksamkeit der Kündigung auf Grund einer Erklärung eines „Nicht-Vertragspartners“. Der Tatbestand des § 4 KSchG sei nicht erfüllt. Aus der Systematik und dem Sinn und Zweck des Kündigungsschutzgesetzes folge, dass mit der Kündigung im Sinne des § 4 KSchG nur eine Willenserklärung des richtigen Arbeitgebers gemeint sein könne. An dieser Voraussetzung fehle es, wenn die Kündigungserklärung dem Arbeitgeber nicht zugerechnet werden könne. Dies stehe auch nicht im Widerspruch zur ratio des § 4 KSchG in der seit 01.01.2004 gültigen Fassung, denn die gesetzgeberische Intention der Verschaffung von Rechtssicherheit innerhalb kurzer Zeit gehe dort ins Leere, wo dem Arbeitgeber die Kündigungserklärung nicht zugerechnet werden könne. Außerdem sei es mit dem Prinzip der Privatautonomie unvereinbar, dass außen stehende Dritte Erklärungen abgeben könnten, welche nach Ablauf von drei Wochen für sie fremde Rechtsverhältnisse wirksam umgestalten würden. Uneinsichtig sei auch, warum der gekündigte Arbeitnehmer seinen Arbeitgeber - den Vertragspartner - verklagen solle, obwohl dieser die Kündigungserklärung im Zweifel gar nicht kenne<sup>263</sup>. Die Anwendung der §§ 4, 7 KSchG auf den Beispielsfall würde merkwürdige, im Ergebnis nicht tragbare Konsequenzen hervorrufen und zu einer unnötigen Belastung der Arbeitsgerichte mit überflüssigen Kündigungsschutzklagen führen<sup>264</sup>. Das BAG<sup>265</sup> hat sich dieser Auffassung angeschlossen. Nach anderer Meinung<sup>266</sup>

---

<sup>260</sup> BGH Urteil vom 14.11.1996, - I ZR 201/94 -, NJW 1997, 1150 ff. (1151) zu der Frage der Kündigung eines Verlagsvertrages.

<sup>261</sup> *Heinrichs* in Palandt, Rn. 2 zu § 185 BGB.

<sup>262</sup> *Bender/Schmidt*, NZA 2004, 358 ff. (362); *Preis* NZA 2004, 195 ff. (196); *Friedrich* in GK-KR 9. Aufl., Rn. 348 zu § 13 KSchG.

<sup>263</sup> *Ulrici* DB 2004, 250 ff. (251).

<sup>264</sup> *Bender/Schmidt* NZA 2004, 358 ff. (362); *Ulrici* DB 2004, 250 ff. (251).

<sup>265</sup> Urteil vom 26.03.2009 - 2 AZR 403/07 -, BB 2009, 1749.

müssen die Vertretungsmängel einer Kündigung wegen ihrer Einordnung als Verstöße gegen allgemeine rechtsgeschäftliche Wirksamkeitsvoraussetzungen innerhalb der Klagefrist des § 4 KSchG geltend gemacht werden, da sie einen sonstigen Unwirksamkeitsgrund im Sinne des § 13 Absatz 3 KSchG darstellten.

cc. Stellungnahme

Im Falle des Ausspruchs einer Kündigung durch den „falschen Arbeitgeber“ ist zu differenzieren:

Erfolgt die Kündigung des Arbeitsvertrages durch den „falschen“ Arbeitgeber *mit* Einwilligung des richtigen Vertragspartners des Arbeitnehmers und weist der Arbeitnehmer die Erklärung wegen fehlendem Nachweis der erteilten Erlaubnis bei Zugang der Kündigungserklärung unverzüglich analog § 174 BGB zurück, muss die Klageerhebungsfrist des § 4 KSchG zur Vermeidung der Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG beachtet werden. Die These, dass sich das Kündigungsschutzgesetz nur auf Kündigungen im Namen des richtigen Arbeitgebers beziehe<sup>267</sup>, ist nicht haltbar: Wie sich aus § 185 Absatz 1 BGB zeigt, kann auch eine Kündigungserklärung im Namen eines anderen nach allgemeinen Regelungen Wirkung entfalten. Diese allgemeinen Regelungen werden durch das Kündigungsschutzgesetz nicht verdrängt.

Die *ohne* Einwilligung des Vertragspartners des Arbeitnehmers ausgesprochene Kündigungserklärung des „falschen“ Arbeitgebers ist unwirksam. Dieser Fall ist allerdings nicht als „anderer Grund“ i.S.v. § 4 KSchG anzuerkennen. Eine ohne Billigung (Vollmacht) des richtigen Arbeitgebers erklärte Kündigung stellt ebenso wenig eine dem Arbeitgeber zurechenbare Kündigung dar wie eine Kündigungserklärung eines Nichtberechtigten oder derjenigen eines Vertreters ohne Vertretungsmacht. Erst mit dem Zugang der den Mangel rückwirkend heilenden Genehmigung (§ 184 Absatz 1 BGB) kann die Frist des § 4 KSchG zu laufen beginnen. Schon der vom Reformgesetzgeber verfolgte Zweck der Neugestaltung des § 4 KSchG - Schaffung von schneller Rechtssicherheit über die Frage der Wirksamkeit einer Kündigung zum Schutz des Arbeitgebers - spricht gegen die An-

---

<sup>266</sup> *Ascheid* in APS 2. Aufl. Rn. 10 zu § 4 KSchG; *Wenzel* in BBDW Rn. 6 zu § 4 KSchG; *Löwisch* BB 2004, 154 ff. (158); *Zwanziger* in KDZ Rn. 9 zu § 4 KSchG.

<sup>267</sup> *Bender/Schmidt* NZA 2004, 358 ff. (362).

wendung des § 4 KSchG auf Kündigungen, die dem Arbeitgeber wegen eines der Willenserklärung selbst anhaftenden Mangels überhaupt nicht zugerechnet werden könnten. Andernfalls würde der Gesetzeszweck in sein Gegenteil verkehrt. Das Spannungsverhältnis der zum Schutz der Privatautonomie des Arbeitgebers gesetzlich angeordneten Unwirksamkeit der Kündigung nach § 185 Absatz 1 BGB bei Verfügung eines Nichtberechtigten mit der Wirksamkeitsfiktion der §§ 4, 7 KSchG ist im Wege der teleologischen Reduktion des Anwendungsbereichs des § 4 KSchG zu lösen: Der Schutz der Privatautonomie gebietet es, die rechtsgeschäftliche Selbstbestimmung des Arbeitgebers nicht zur Disposition des Arbeitnehmers zu stellen.

## 7. Unwirksamkeit der Kündigung und behördliche Zustimmung

### a. Problemstellung

Eine Sonderkategorie bilden die Unwirksamkeitsgründe der §§ 85 SGB IX, 9 MuSchG, 18 BEEG i.V.m. 134 BGB. Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses während der Elternzeit, in den Fällen des Mutterschutzes und bei Schwerbehinderung des Arbeitnehmers kann nur ausnahmsweise von der zuständigen Behörde für zulässig erklärt werden. Wird die Zustimmung nicht erteilt, ist die Kündigung unwirksam. Es handelt sich hierbei um „andere Gründe“ i.S.v. § 4 KSchG<sup>268</sup>. Die Rechtssicherheit schaffende Präklusion bei unterbliebener fristgerechter Klageerhebung kann jedoch daran scheitern, dass die Klagefrist wegen § 4 Satz 4 KSchG nicht in Lauf gesetzt wird. Nach dieser Bestimmung läuft die Klagefrist, soweit die Kündigung der Zustimmung einer Behörde bedarf, erst mit der Bekanntgabe der behördlichen Entscheidung an den Arbeitnehmer. Wird die Zustimmung der Behörde arbeitgeberseits nicht beantragt, tritt die Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG bei wortgetreuer Anwendung des § 4 Satz 4 KSchG niemals ein. Dieses Ergebnis ist schwerlich mit der Intention des Gesetzgebers bei der Neufassung des § 4 KSchG in Einklang zu bringen, schnelle und umfassende Rechtssicherheit hinsichtlich der Wirksamkeit einer Kündigung zu schaffen.

---

<sup>268</sup> Regierungsbegründung BR-Drucks. 421/03, S.19.

Die Tatsache, dass die bis zum 31.12.2003 praktisch bedeutungslose<sup>269</sup> Vorschrift des § 4 Satz 4 KSchG von der Gesetzesnovelle unberührt blieb, hat wegen der hieraus folgenden Implikationen in der Aufsatz- und Kommentarliteratur eine kontroverse Diskussion ausgelöst<sup>270</sup>. Fraglich ist, wie das Spannungsverhältnis des § 4 Satz 1 und 4 KSchG in den Fällen der vom Arbeitgeber nicht beantragten, zur Wirksamkeit der Kündigung jedoch erforderlichen behördlichen Zustimmung gelöst werden kann: Zum einen stützt § 4 Satz 4 KSchG das Vertrauen des Arbeitnehmers darauf, dass eine Kündigung bis zur erforderlichen behördlichen Zustimmung nicht wirksam erklärt ist<sup>271</sup>; andererseits liegt der den Arbeitgeber privilegierende Gesetzeszweck des § 4 Satz 1 KSchG in der möglichst schnellen Klärung der Frage des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses im Zusammenhang mit einer Arbeitgeberkündigung.

#### b. Auffassung der Rechtsprechung

Im Urteil vom 03.07.2003 hatte das Bundesarbeitsgericht<sup>272</sup> über einen mit der heutigen Rechtslage vergleichbaren Sachverhalt zu entscheiden: Ein Insolvenzverwalter hatte einer in Elternzeit befindlichen Arbeitnehmerin gekündigt, ohne die behördliche Zustimmung zu beantragen. Die einschlägige, zum 01.01.2004 aufgehobene Norm des § 113 Absatz 2 InsO a.F. verwies bezüglich aller Unwirksamkeitsgründe auf die Klageerhebungsfrist des § 4 KSchG. Die Arbeitnehmerin hatte die Kündigungsschutzklage außerhalb der 3-Wochen-Frist des § 4 Satz 1 KSchG erhoben und sich wegen fehlender, ihr zuzustellender behördlicher Entscheidung bezüglich des Beginns des Fristlaufs auf § 4 Satz 4 KSchG berufen. Das BAG hat nach den Klageanträgen erkannt und ausgeführt, dass bei fehlender behördlicher Zulässigkeitserklärung die Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG nicht einschlägig sei. Auf die Unwirksamkeit der Kündigung wegen fehlender behördli-

---

<sup>269</sup> *Friedrich* in GK-KR 6. Aufl., Rn. 198 zu § 4 KSchG; *Ascheid* in APS 1. Aufl. 2000 Rn. 105 zu § 4 KSchG; *Linck* in von Hoyningen-Huene/Linck Rn. 63 zu § 4 KSchG; *Vossen* in SPV Rn. 1803; *Zimmer* FA 2004, 34 ff. (35).

<sup>270</sup> *Bader* NZA 2004, 65 ff. (68); *Bauer/Preis/Schunder* NZA 2004, 195 ff.; *Friedrich* in GK-KR Rn. 202 a, b zu § 4 KSchG; *Rost* in GK-KR Rn. 3 b zu § 7 KSchG; *Buschmann* AuR 2004, 1 ff. (3); *Löwis* BB 2004, 154 ff. (159); *Quecke* RdA 2004, 86 ff. (99); *Richardi* DB 2004, 486 ff. (489); *Rolfs* ZIP 2004, 337; *Schmidt* NZA 2004, 79; *Bender/Schmidt* NZA 2004, 358 ff. (364); *Raab* RdA 2004, 321 ff. (330); *Zimmer* FA 2004, 34 ff. (36).

<sup>271</sup> *Schmidt* NZA 2004, 79 ff. (80).

<sup>272</sup> 03.07.2003 - 2 AZR 487/02 -, NZA 2003, 1335.

cher Zustimmung könne der Arbeitnehmer sich wegen § 4 Satz 4 KSchG bis zur Grenze der Verwirkung im Kündigungsschutzstreit berufen.

### c. Meinungsstand im Schrifttum

In der Literatur wird kontrovers darüber diskutiert<sup>273</sup>, ob die Rechtsprechung auch nach der durch das AMRG erfolgten Gesetzesnovelle aufrecht erhalten werden kann.

Ein Teil der Literatur<sup>274</sup> schlägt eine einschränkende Auslegung des § 4 Satz 4 KSchG vor. Dessen Anwendung soll auf die seltenen Fälle einer möglichen nachträglichen behördlichen Zustimmung zur Kündigung begrenzt werden. Hierfür streite neben der in der Regierungsbegründung der Neuregelung zum Ausdruck gekommenen Intention des Gesetzgebers der Wortlaut des neu gefassten § 5 Absatz 1 Satz 2 KSchG. Während § 4 Satz 4 KSchG den Beginn des Fristlaufes von dem Zugang der Behördenentscheidung<sup>275</sup> beim besonders kündigungsgeschützten Arbeitnehmer abhängig mache, stelle § 5 Absatz 1 Satz 2 KSchG klar, dass im Falle der unverschuldeten Unkenntnis der Frau von ihrer bestehenden Schwangerschaft im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung ihre nach Ablauf der Klageerhebungsfrist erhobene Klage auf Antrag nachträglich zuzulassen sei. Aus der Bestimmung des § 5 Absatz 1 Satz 2 KSchG folge, dass der Gesetzgeber von einer an sich laufenden Frist des § 4 Satz 1 KSchG bei Zugang einer Kündigungserklärung ohne Antrag des Arbeitgebers oder vor Zugang der behördlichen Entscheidung beim Arbeitnehmer ausgehe. Was für die Zustim-

<sup>273</sup> Für die Beibehaltung der Rechtsprechung: *Düwell* in Weyand/Düwell, Das neue Arbeitsrecht, S. 232; *Ascheid* in APS Rn. 102 zu § 4 KSchG; *Pods/Quecke* in HWK 2. Aufl. Rn. 41 zu § 4 KSchG; *Friedrich* in GK-KR Rn. 202 zu § 4 KSchG; *Linck* in von Hoyningen-Huene/Linck, Rn. 100 zu § 4 KSchG; *Preis* DB 2004, 70 ff. (77); *Quecke* RdA 2004, 86 ff. (99); *Richardi* DB 2004, 486 ff. (489); *Schmidt* NZA 2004, 79 ff. (80); *Raab* RdA 2004, 321 ff. (330); *Bender/Schmidt* NZA 2004, 358 ff. (364).

Gegen die Beibehaltung der Rechtsprechung: *Fischermeier* in GK-KR Rn. 372 zu § 626 BGB; *Fornasier/Werner* NJW 2007, 2729 ff.; *Giesen/Besgen* NJW 2004, 185 ff. (188); *Löwisch* BB 2004, 154 ff. (159); *Quecke* in HWK 3. Aufl. Rn. 42 zu § 4 KSchG; *Schiefer/Worzalla* NZA 2004, 345 ff. (356).

Unentschieden: *Bader* NZA 2004, 65 ff. (68); *Gallner* in HaKo Rn. 10 zu § 4 KSchG; *Willemssen/Annuß* NJW 2004, 177 ff. (184).

<sup>274</sup> *Bauer/Powietzka* NZA RR 2004, 505 ff. (514); *Fischermeier* in GK-KR Rn. 372 zu § 626 BGB; *Fornasier/Werner* NJW 2007, 2729 ff. (2731); *Griebeling* NZA 2005, 494 ff. (502); *Löwisch* BB 2004, 154 ff. (159); *Quecke* in HWK Rn. 43 zu § 4 KSchG; *Zwanziger* BB 2004, 824 (825).

<sup>275</sup> *Zimmer* FA 2004, 34 ff. (36) weist darauf hin, dass nach dem Wortlaut des § 4 Satz 4 KSchG auch der Zugang einer ablehnenden behördlichen Entscheidung beim Arbeitnehmer die Frist in Lauf setzen kann, vgl. auch *Schmidt* NZA 2004, 79 ff. (80).

mungsbedürftigkeit nach § 9 MuSchG zutreffe, gelte auch für die Sonderfälle der Erforderlichkeit der behördlichen Zustimmung zur Kündigung von Schwerbehinderten oder in Elternzeit befindlichen Arbeitnehmern, §§ 18 BEEG, 85, 91 SGB IX. Das Fehlen einer der Norm des § 5 Absatz 1 Satz 2 KSchG entsprechenden Vorschrift für diese Fälle gründe in dem Umstand, dass die schwerbehinderten oder Elternzeit in Anspruch nehmenden Arbeitnehmer die Umstände, aus denen sich das Zustimmungserfordernis ergebe, im Gegensatz zur Arbeitnehmerin, deren Schwangerschaft noch nicht festgestellt sei, stets kennen würden<sup>276</sup>.

Die Gegenansicht<sup>277</sup> will § 4 Satz 4 KSchG auch auf die Fälle einer erforderlichen vorherigen behördlichen Zustimmung zur Kündigung anwenden, jedenfalls wenn der Arbeitgeber die Zustimmungsbedürftigkeit kannte. Zur Begründung wird auf den Normzweck des § 4 Satz 4 KSchG abgestellt. Dieser solle das Informationsdefizit des besonders vor einer Kündigung geschützten Arbeitnehmers ausgleichen, der in der Regel nichts von der Beteiligung der Behörde durch den Arbeitgeber wisse. Werde ihm eine behördliche Entscheidung nicht mitgeteilt, habe er keine Erkenntnisse darüber, ob der Arbeitgeber die Zustimmung nicht abgewartet oder den Antrag erst gar nicht gestellt habe. Deshalb müsse weiterhin der Grundsatz gelten, dass die Klageerhebungsfrist nicht laufe, solange dem Arbeitnehmer die behördliche Entscheidung zur Kündigungserlaubnis nicht bekannt gegeben sei. Anderenfalls stünde der widerrechtlich handelnde Arbeitgeber besser als der die Kündigungserlaubnis bei der Behörde beantragende gesetzestreue Arbeitgeber. Daraus folge, dass die gesetzlich besonders vor Kündigungen des Arbeitgebers geschützten Arbeitnehmer nur dann innerhalb der Klageerhebungsfrist des § 4 Satz 1 KSchG Klage erheben müssten, wenn ihnen mindestens gleichzeitig der behördliche Zustimmungsbescheid zugestellt werde; anderenfalls beginne der Fristlauf erst mit dessen Zustellung, § 4 Satz 4 KSchG<sup>278</sup>.

---

<sup>276</sup> *Löwisch* BB 2004, 154 ff. (159); *Giesen/Besgen* NJW 2004, 185 ff. (188); *Schiefer/Worzalla* NZA 2004, 345 ff. (356); *Zwanziger* in KDZ Rn. 15 zu § 4 KSchG.

<sup>277</sup> *Bender/Schmidt* NZA 2004, 364; *Düwell* in Weyand/Düwell, Das neue Arbeitsrecht, S. 232; *Preis* DB 2004, 70 ff. (77); *Raab* RdA 2004, 321 ff. (331).

<sup>278</sup> *Zimmer* FA 2004, 34 ff. (36); *Buschmann* AuR 2004, 1 ff. (3); *Rolfs* ZIP 2004, 337; *Quecke* RdA 2004, 86 ff. (99).

d. Das Urteil des BAG vom 13. 02. 2008<sup>279</sup>

Der 2. Senat hatte über die Frage zu entscheiden, ob die gerichtliche Feststellung der Unwirksamkeit einer ohne Zustimmung des Integrationsamtes ausgesprochenen Arbeitgeberkündigung gegenüber einem mit einem GdB von 100 schwerbehinderten Menschen außerhalb der Frist des § 4 KSchG beantragt werden kann. Die Bundesrichter haben keine überzeugenden Gründe gesehen, nach der Reform des § 4 KSchG durch das AMRG von ihrem bisherigen Standpunkt<sup>280</sup> einer Anwendbarkeit des § 4 Satz 4 KSchG abzuweichen. Der Beginn des Laufes der Klageerhebungsfrist ab Zugang einer behördlichen Entscheidung zur Kündigung führe zu einem besonderen gesetzlichen Schutz: Der Arbeitnehmer dürfe sich im Falle der Kündigung darauf verlassen, dass diese mangels behördlicher Zustimmung unwirksam sei. Bis zur Bekanntgabe der Behördenentscheidung habe der Arbeitnehmer keine Kenntnis, ob und wie der Arbeitgeber die Behörde beteiligt habe. Der Wortlaut des § 4 KSchG n.F. decke die Auslegung der Norm wie vorgenommen. Auch stehe Sinn und Zweck der Neuregelung dem Ergebnis nicht entgegen. Von einem Redaktionsversehen des Gesetzgebers bei der wortgleichen Übernahme des § 4 Satz 4 KSchG und gleichzeitiger Novellierung von § 4 Satz 1 KSchG könne nicht ausgegangen werden. Auch sei eine widerspruchsfreie Rechtsanwendung unter Beachtung der gesetzgeberischen Zielsetzung zu § 4 Satz 1 KSchG möglich: Soweit der Schwerbehindertenstatus des Arbeitnehmers dem kündigenden Arbeitgeber nicht bekannt gewesen sei und er deshalb das behördliche Verfahren nicht eingeleitet habe, könne der Arbeitnehmer sich nur dann auf seinen Sonderkündigungsschutz berufen, wenn er den Arbeitgeber spätestens 3 Wochen nach Zugang der Kündigungserklärung hierüber informiere und gleichzeitig die Klageerhebungsfrist des § 4 Satz 1 KSchG beachte. In diesem Fall finde § 4 Satz 4 KSchG keine Anwendung. Die verspätete Klageerhebung führe zur Heilung des Nichtigkeitsgrundes nach § 85 SGB IX wegen § 7 KSchG.

## e. Stellungnahme

## aa. Zur Frage des Kenntnisstandes des Arbeitgebers vom Sonderkündigungsschutz

---

<sup>279</sup> -2 AZR 864/07-, NZA 2008, 1055.

<sup>280</sup> Urteil vom 03.07.2003 - 2 AZR 487/02 -, NZA 2003,1335.

Der 2. Senat des Bundesarbeitsgerichts<sup>281</sup> hat die Frage des Beginns des Laufes der Klageerhebungsfrist bei behördlichem Zustimmungserfordernis zu einer Kündigung im Falle der Unkenntnis des Arbeitgebers von der Stellung des Arbeitnehmers als besonders vor einer Kündigung geschützten Menschen unter der Prämisse der Anwendbarkeit des § 4 Satz 4 KSchG auf die Fälle einer notwendigen *vorherigen* behördlichen Zustimmung zur Kündigung zutreffend beantwortet: Die Vorschrift des § 4 Satz 4 KSchG kann nur eingreifen, wenn der Arbeitgeber von der Zustimmungspflicht Kenntnis hat<sup>282</sup>. Denn nach § 4 Satz 4 KSchG läuft die 3-Wochen-Frist vor Bekanntgabe der Behördenentscheidung nicht, *soweit* die Kündigung der Zustimmung der Behörde bedarf. Dies ist aber nicht der Fall bei Ausspruch einer Kündigung gegenüber einer schwangeren Arbeitnehmerin, wenn dem Arbeitgeber im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung die Schwangerschaft nicht bekannt war<sup>283</sup>. Dies ergibt sich aus dem Umkehrschluss des § 9 Absatz 1 Satz 1 MuSchG. In diesem Fall ist § 4 Satz 4 KSchG schon deshalb nicht einschlägig, weil es für die Kündigung einer unwissend schwangeren Frau keiner behördlichen Zustimmung bedarf; die 3-Wochen-Frist des § 4 Satz 1 KSchG beginnt in diesem Fall mit dem Zugang der Kündigungserklärung. Die Vorschrift des § 4 Satz 4 KSchG bedarf insoweit einer teleologischen Reduktion<sup>284</sup>. Das Ergebnis entspricht dem Sinn und Zweck der §§ 4 und 5 KSchG. Die Norm des § 5 Absatz 1 Satz 2 KSchG regelt den Fall, dass die Arbeitnehmerin bei Zugang der Kündigung schuldlos von ihrer Schwangerschaft nichts weiß und daher auch den Arbeitgeber hiervon nicht in Kenntnis setzen konnte. Das Informationsdefizit liegt somit - auch - auf Seiten des Arbeitgebers. Sein Interesse an baldiger Rechtsklarheit und schneller Rechtssicherheit hinsichtlich der Wirksamkeit der Kündigung kann nicht wegen § 4 Satz 4 KSchG zurückstehen, wenn es für ihn mangels entsprechender Kenntnis keinen Grund gab, ein behördliches Zustimmungsverfahren gemäß § 9 Absatz 3 MuSchG einzuleiten. Die Arbeitnehmerin ist in diesen Fällen nicht schutzwürdig: Teilt die Arbeitnehmerin wegen unverschuldeter Un-

---

<sup>281</sup> Bestätigt durch Urteil vom 19.02.2009 - 2 AZR 286/07 - DB 2009, 1410.

<sup>282</sup> So auch: *Preis* NZA 2004, 70 ff. (77); *Hanau* ZfP 2004, 1169 ff. (1176); *Quecke* RdA 2004, 86 ff. (100); *Richardi* DB 2004, 486 ff. (489); *Raab* RdA 2004, 321 ff. (331); *Ascheid* in APS Rn. 102 zu § 4 KSchG; *Pods/Quecke* in HWK Rn. 42 zu § 4 KSchG; *Friedrich* in GK-KR Rn. 202a zu § 4 KSchG; BAG Urteil vom 19.02.2009 - 2 AZR 286/07 -, DB 2009, 1410, Rn. 22.

<sup>283</sup> *Schmidt* NZA 2004, 79 ff. (81).

<sup>284</sup> *Linck* in von Hoyningen-Huene/Linck, Rn. 100, 101 zu § 4 KSchG.

kenntnis von der Schwangerschaft diese Tatsache dem Arbeitgeber nach Zugang der Kündigung mit, muss ihr klar sein, dass auf Grund der bis zur Mitteilung bestehenden Unkenntnis des Arbeitgebers von diesem kein behördliches Zustimmungsverfahren nach § 9 Absatz 3 MuSchG eingeleitet worden ist. Das Vertrauen des Arbeitnehmers auf eine ihm bekanntermaßen nicht stattfindende Information hinsichtlich der Behördenentscheidung verdient keinen Schutz im Sinne von § 4 Satz 4 KSchG. Die nach Kündigungszugang erfolgte Mitteilung der Schwangerschaft nach § 9 Absatz 1 Satz 1 MuSchG macht die bereits ausgesprochene Kündigung zwar rückwirkend unwirksam, weil es an der nach § 9 Absatz 3 MuSchG erforderlichen behördlichen Zustimmungserklärung fehlt. Der Zugang der Kündigung hatte aber bereits vorher die Frist des § 4 Satz 1 KSchG in Gang gesetzt<sup>285</sup>. Ist die Frist des § 4 Satz 1 KSchG abgelaufen, tritt die Fiktionswirkung des § 7 KSchG ein. Die Kündigung gilt als von Anfang an rechtswirksam. Zur Durchbrechung der Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG hilft nur ein Antrag der Arbeitnehmerin gemäß § 5 Absatz 1 KSchG<sup>286</sup>.

Dies gilt auch im Falle des ohne Kenntnis von der Schwerbehinderteneigenschaft des Arbeitnehmers kündigenden Arbeitgebers. Der besondere Kündigungsschutz der §§ 85, 91 SGB IX greift zwar unabhängig von der Kenntnis des Arbeitgebers hiervon ein und setzt lediglich voraus, dass die Schwerbehinderung des Arbeitnehmers durch das Integrationsamt festgestellt worden oder offenkundig ist<sup>287</sup>. Hat der Arbeitgeber schuldlos keine Kenntnis von der Schwerbehinderteneigenschaft des gekündigten Arbeitnehmers, wurde auch kein behördliches Zustimmungsverfahren eingeleitet. Dieser Umstand ist dem gekündigten Arbeitnehmer bekannt, der seinen Vertragspartner nicht über den bestehenden Sonderkündigungsschutz informierte. Der Arbeitnehmer weiß dann aber auch, dass ihm mangels Einleitung des behördlichen Zustimmungsverfahrens durch den Arbeitgeber auch keine behördliche Entscheidung zugehen wird. Die Vorschrift des § 4 Satz 4

---

<sup>285</sup> *Düwell* in Weyand/Düwell, Das neue Arbeitsrecht S. 233; *Schmidt* NZA 2004, 79 ff. (80); *Preis* in DB 2004, 70 ff. (77); *derselbe* in Bauer/Preis/Schunder NZA 2004, 195 ff. (196); *Willemssen/Annuß* NJW 2004, 177 ff. (189); *Richardi* DB 2004, 486 ff. (489); *Zeising/Kröpelin* DB 2005, 1626; *Löwisch* BB 2004, 154 ff. (159); *Bender/Schmidt* NZA 2004, 358 ff. (364); *Raab* RdA 2004, 321 ff. (331); *Griebeling* NZA 2005, 494 ff. (502).

<sup>286</sup> *Linck* in von Hoyningen-Huene/Linck, Rn. 100 zu § 4 KSchG; *Spinner* in Löwisch/Spinner Rn. 66 zu § 4 KSchG; *Hergenröder* MüKo/ArbR, Rn. 62 zu § 4 KSchG.

<sup>287</sup> *Preis* DB 2004, 70 ff. (77); *Schmidt* NZA 2004, 79 ff. (81).

KSchG ist in Folge einer teleologischen Reduktion einschränkend dahingehend auszulegen, dass die Norm nur dann zur Anwendung kommt, wenn der Arbeitgeber vom Sonderkündigungsschutz des Arbeitnehmers Kenntnis hat. Der den Arbeitgeber diesbezüglich nicht informierende Arbeitnehmer ist nicht als schutzwürdig im Sinne von § 4 Satz 4 KSchG anzusehen. Die Kündigung ist in diesen Fällen vom Arbeitnehmer nach § 4 Satz 1 KSchG fristgemäß anzugreifen.

bb. Zur Frage des Anwendungsbereiches des § 4 Satz 4 KSchG

Die Entscheidung des 2. Senats begegnet allerdings grundsätzlichen Bedenken, soweit sie die Anwendung der Ausnahmevorschrift des § 4 Satz 4 KSchG auch nach der durch das AMRG durchgeführten Novellierung des § 4 KSchG auf die Fälle der notwendigen Erteilung einer *vorherigen* behördlichen Zustimmung zur Kündigung als zulässig ansieht. Insoweit wurde der Wille des Reformgesetzgebers nicht hinreichend beachtet. Ausweislich der Gesetzesbegründung<sup>288</sup> ist mit der Neuregelung des § 4 KSchG das Ziel verfolgt worden, für alle Fälle einer rechtsunwirksamen schriftlichen Arbeitgeberkündigung eine einheitliche Klagefrist zu schaffen. Unabhängig vom Grund der Unwirksamkeit einer Arbeitgeberkündigung soll der Arbeitnehmer zur Vermeidung der Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG innerhalb einer Frist von 3 Wochen nach Zugang der schriftlichen Erklärung eine entsprechende Feststellung beim Arbeitsgericht klageweise beantragen müssen zur Vermeidung der Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG. Nach Ablauf der Frist soll der Arbeitgeber sicher sein können, dass die von ihm erklärte Kündigung wirksam ist. In der Gesetzesbegründung sind die Unwirksamkeitsgründe der fehlenden vorherigen behördlichen Zustimmungserfordernisse (§§ 9 MuSchG, 18 BEEG, 85 SGB IX) ausdrücklich aufgeführt. Wendet man § 4 Satz 4 KSchG auf diese Fälle wortgetreu an, hätte dies zur Folge, dass die Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG im Falle der Nichtbekanntgabe einer erforderlichen behördlichen Zustimmung mangels behördlicher Beteiligung durch den Arbeitgeber ohne Anwendungsbereich wäre; die Rechtssicherheit schaffende Präklusionswirkung des § 7 KSchG könnte nie eintreten. Dieses Ergebnis steht im Widerspruch zur Intention des Reformgesetzgebers. Die unveränderte Übernahme des § 4 Satz 4 KSchG a.F. in die neu gefasste Norm kann nur damit erklärt werden, dass der Gesetzge-

---

<sup>288</sup> BT-Drucks. 15/1204 S.12.

ber die hierdurch auftretenden Probleme übersehen haben muss. Auch in der Gesetzesbegründung finden sich keine Anhaltspunkte dafür, dass der Fristlauf des § 4 Satz 1 KSchG in den Fällen der erforderlichen vorherigen Zustimmung zur Kündigung nach der Novelle später beginnen soll. Die besseren Gründe sprechen daher dafür, die Ausnahmvorschrift des § 4 Satz 4 KSchG einschränkend auszulegen und auf die seltenen Fälle der erforderlichen *nachträglichen* behördlichen Zustimmung zur Kündigung zu begrenzen. In diesen Fällen ist der Eintritt der Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG durch die Regelung des § 4 Satz 4 KSchG sinnvoll, hat der Gesetzgeber im Zeitraum bis zur Bekanntgabe der behördlichen Entscheidung eine rechtliche Schwebelage hinsichtlich der Wirksamkeit der Kündigung bewusst in Kauf genommen und damit das Interesse des Arbeitgebers an schneller Rechtssicherheit als nachrangig bewertet. Anders beurteilt sich die Rechtslage in den Fällen der erforderlichen *vorherigen* behördlichen Zustimmung zur Arbeitgeberkündigung: Fehlt die Zustimmung, ist die Kündigung grundsätzlich und ohne Schwebezustand unwirksam. Der sonderkündigungsgeschützte Arbeitnehmer, dem keine behördliche Entscheidung vor dem Zugang der Kündigung bekanntgegeben wird, befindet sich hinsichtlich seines Kenntnisstandes bezüglich des behördlichen Beteiligungsverfahrens in der gleichen Lage wie derjenige Arbeitnehmer, der keine Kenntnis über die ordnungsgemäße Beteiligung des Betriebsrates vor Ausspruch der Kündigung hat. In diesem Fall setzt der Fristbeginn des § 4 Satz 1 KSchG sofort mit Zugang der Kündigungserklärung ein. Die Anwendung des § 4 Satz 4 KSchG auf die Fälle der erforderlichen *vorherigen* Behördenbeteiligung zur Kündigung des Arbeitnehmers ist daher zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen im Wege der teleologischen Reduktion auszuschließen. Es vermag nicht einzuleuchten, aus welchem Grund der durch ein behördliches Verfahren sonderkündigungsgeschützte Arbeitnehmer im Vergleich zu den durch absolute, also nicht durch behördliche Zustimmung überwindbare, Kündigungsverbote geschützten Arbeitnehmer besser gestellt werden soll, sind doch die Kündigungsbeschränkungen mit behördlichen Erlaubnisvorbehalten als die schwächeren Schutzinstrumente konzipiert.

Das vom 2. Senat des BAG gefundene Ergebnis ist daher abzulehnen. Richtigerweise beginnt die Präklusionsfrist in den Fällen der Kündigung ohne die erforderliche *vorherige* Zustimmung der Behörde mit dem Zeitpunkt des Zugangs der schriftlichen Kündigungserklärung beim Arbeitnehmer.

## 8. Sonstige Unwirksamkeitskonstellationen

### a. Fehlende/verspätete Massenentlassungsanzeige, §§ 17, 18 KSchG

#### aa. Problemstellung

Verletzt ein Arbeitgeber gegenüber der Bundesagentur für Arbeit seine Pflicht zur Anzeige einer Massenentlassung nach § 17 KSchG, erwächst hieraus eine Sperre für die tatsächliche Beendigung der Arbeitsverhältnisse, § 18 KSchG. Der EuGH vertritt im Urteil vom 27.01.2005 („Junk“)<sup>289</sup> die Auffassung, dass die Massenentlassungsanzeige nach § 17 KSchG vor Ausspruch der Kündigung zu erfolgen hat. Ob ihre Unterlassung zur Unwirksamkeit der Kündigung führt oder nur ein dauerhaftes Umsetzungsdefizit bewirkt, hat das BAG<sup>290</sup> ebenso offengelassen wie die Anwendung der Klagefrist. Vor der Entscheidung des EuGH in Sachen „Junk“ ist in ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung<sup>291</sup> die Gleichsetzung der Unwirksamkeit einer Entlassung mit der Unwirksamkeit der Kündigung als Folge eines Verstoßes gegen § 17 KSchG abgelehnt und den Begriff *Entlassung* streng von demjenigen der *Kündigung* unterschieden worden. Ein Verstoß gegen § 17 KSchG mache nicht die Kündigung unwirksam, sie könne nur nicht real vollzogen werden, solange und soweit die Entlassung nicht angezeigt worden sei. Die Entlassungssperre im Zusammenhang mit dem Anzeigeeerfordernis diene arbeitsmarktpolitischen Zwecken: Der Arbeitsverwaltung solle ein zügiges Reagieren auf eine Situation drohender Arbeitslosigkeit einer größeren Zahl von Arbeitnehmern ermöglicht werden<sup>292</sup>.

#### bb. Die Auffassung der Rechtsprechung

Die „Junk“-Entscheidung des EuGH vom 27.01.2005<sup>293</sup> hat die Erkenntnis gebracht, dass die Massenentlassungsrichtlinie 98/59/EG vom 20.07.1998<sup>294</sup> europarechtlich so auszulegen sei, dass die Kündigungserklärung das Ereignis darstellt, das als Entlassung gilt. Vom 2., 6. und 8. Senat des Bundesarbeitsgerichts

<sup>289</sup> - C 188/03 -, NJW 2005, 1099.

<sup>290</sup> Zuletzt Urteil vom 06.11.2008 - 2 AZR 935/07 -, DB 2009, 515.

<sup>291</sup> BAG Urteil vom 13.04.2000 - 2 AZR 215/99 -, NZA 2001, 144.

<sup>292</sup> BAG vom 13.04.2000 - 2 AZR 215/99 -, NZA 2001, 144.

<sup>293</sup> - Rs C-188/03 -, BB 2005, 453 ff.

<sup>294</sup> ABREG Nr. 255, S. 16.

wurde in den zeitlich nach „Junk“ getroffenen Entscheidungen<sup>295</sup> die Frage, ob eine verspätete Massenentlassungsanzeige nach § 17 KSchG zur Unwirksamkeit der Kündigung führt, offen gelassen. Die auf Grund der ständigen vorausgegangenen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts dem Arbeitgeber Vertrauensschutz gewährenden Entscheidungen haben eine Tendenz erkennen lassen, die Rechtsprechung des EuGH zu richtlinienkonformer Auslegung der §§ 17, 18 KSchG übernehmen zu wollen, auch wenn „*die Unwirksamkeit der Kündigung auf Grund des Sinn und Zwecks des Anzeigeverfahrens nicht zwingend zu sein scheint*“<sup>296</sup> bzw. es „*fraglich ist, ob eine Pflichtverletzung bei der Anzeigerstattung zur Unwirksamkeit der Kündigung führt*“<sup>297</sup>.

cc. Die Meinungen im Schrifttum

In der Literatur haben sich nach In-Kraft-Treten des AMRG einige Stimmen gegen<sup>298</sup>, andere für<sup>299</sup> die Anwendung der §§ 4, 7 KSchG bei Verstößen gegen § 17 KSchG zu Wort gemeldet. Dabei fordern diejenigen eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs des § 4 Satz 1 KSchG, die mit dem EuGH unter „Entlassung“ im Sinne der Massenentlassungsrichtlinie 98/59/EG den Ausspruch der Kündigung und nicht das Ende des Arbeitsverhältnisses verstehen; umgekehrt sehen die der Entscheidung des EuGH vom 27.01.2005 skeptisch gegenüber stehenden Stimmen für eine Anwendung des § 4 KSchG folgerichtig keinen Raum, da die Sanktion des § 18 KSchG nur in der Unwirksamkeit der Entlassung - einem Realakt, welcher der rechtsgeschäftlichen Erklärung der Kündigung folge - bestehe.

---

<sup>295</sup> Urteile vom 23.03.2006 - 2 AZR 343/05 - NZA 2006, 971; 06.07.2006 - 2 AZR 520/05 - NZA 2007, 266; 13.07.2006 - 6 AZR 198/06 -, NZA 2007, 25; 24.08.2006 - 8 AZR 317/05 -, NZA 2007, 1287; 21.09.2006 - 2 AZR 801/05 -, BeckRS 2007, 44270; 01.02.2007 - 2 AZR 15/06 - AP § 17 KSchG Nr. 28; 22.03.2007 - 6 AZR 499/05 - NZA 2007, 1101; 12.07.2007 - 2 AZR 448/05, NZA 2008, 425; 12.07.2007 - 2 AZR 492/05 - NZA 2008, 476; 26.07.2007 - 8 AZR 796/06 -, NZA 2008, 112; 08.11.2007 - 2 AZR 314/07 -, NZA 2008, 936; 06.11.2008 - 2 AZR 935/07 - DB 2009, 515.

<sup>296</sup> Urteil vom 23.03.2006 - 2 AZR 343/05-, NZA 2006, 971.

<sup>297</sup> Urteil vom 13.07.2006 - 6 AZR 198/06 -, NZA 2007, 25 unter II 2d der Entscheidungsgründe.

<sup>298</sup> *Ascheid/Hesse* in APS Rn. 10a zu § 4 KSchG; *Bauer/Krieger*, Kündigungsrecht-Reform 2004, Rn. 106; *Bauer/Krieger/Powietzka* DB 2005, 445; *Bender/Schmidt* NZA 2004, 358 ff. (363); *Ferme/Lippinski* NZA 2006, 937 ff. (941); *Nebeling* NZA-RR 2006, 625 ff. (626); *Pfeiffer* in HaKo, Rn. 22 zu § 18 KSchG; *Willemsen/Annuß* NJW 2004, 177 ff. (184).

<sup>299</sup> *Appel* DB 2005, 1006 ff.; *Bader* NZA 2004, 65 ff. (67); *Friedrich* in GK-KR 8. Aufl. 2007, Rn. 259 zu § 13 KSchG; *Meixner*, Neue arbeitsrechtliche Regelungen 2004, Rn. 298; *Nicolai* NZA 2005, 06 ff. (208); *Osnabrügge* NJW 2005, 1093 ff. (1094); *Riesenhuber/Domröse* NZA 2005, 568 ff. (570); *Quecke* in HWK Rn. 6 zu § 4 KSchG.

## dd. Stellungnahme

Das Bundesarbeitsgericht hat die europarechtlichen Vorgaben des EuGH in die nationale Rechtsprechung umgesetzt: Durch die ausgesprochene Kündigung habe der Arbeitgeber die Arbeitnehmer entlassen i.S.d. § 17 Absatz 1 Satz 1 KSchG<sup>300</sup>. Es bestand zwar kein Zweifel, dass die „Junk“-Entscheidung die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts beeinflussen würde. Die Hoffnung auf ein Festhalten an der im Urteil vom 13.04.2000<sup>301</sup> deutlich gemachten Rechtsansicht, die Unwirksamkeit der Entlassung im Sinne von § 18 KSchG bei einem Verstoß des Arbeitgebers gegen die Anzeigepflicht nach § 17 KSchG führe nicht zur Unwirksamkeit der dem Rechtsgeschäft zu Grunde liegenden Kündigung, hat sich jedoch nicht erfüllt. Der EuGH hat wieder einmal Einzelheiten eines nationalen Verfahrens bestimmt. Seine Entscheidung in Sachen „Junk“ trifft das Rechtssystem der Bundesrepublik Deutschlands in seiner Struktur. Letztlich schreibt der EuGH dem nationalen Gericht vor, wie es das nationale Recht auszulegen hat, nämlich richtlinienkonform und nicht so, wie es der Gesetzgeber gemeint hat. Dabei werden die Grundsätze richterlicher Rechtsauslegung ignoriert, was im Zusammenhang mit § 17 KSchG zu einer Auslegung *contra legem* führt<sup>302</sup>. Die konsequente Trennung der Begrifflichkeiten *Kündigung* und *Entlassung* erscheint weiterhin angezeigt, da ein entsprechender Wille des Gesetzgebers - trotz der vom Europäischen Gerichtshof zutreffend aufgezeigten umgangssprachlichen Vermischung der Begriffe - schon darin gesehen werden muss, dass sie zwar gemeinsam im Kündigungsschutzgesetz, dort jedoch getrennt und in jeweils einem gesonderten Abschnitt behandelt werden. Schon aus der Systematik der §§ 17, 18 KSchG ergibt sich, dass mit der Entlassung nicht die Kündigungserklärung, sondern das Ende der Kündigungsfrist gemeint ist. Zu diesem Ergebnis kommt man auch bei historischer Gesetzesinterpretation<sup>303</sup>. Die begriffliche Unterscheidung war und ist dem Gesetzgeber bewusst gewesen. Die *Entlassung* verhält

---

<sup>300</sup> BAG Urteile vom 24.08.2006 - 8 AZR 317/05 -, NZA 2007, 1287 und 26.07.2007 - 8 AZR 769/06 -, NZA 2008, 112.

<sup>301</sup> - 2 AZR 215/99 -, NZA 2001, 144 ff.

<sup>302</sup> So auch *Ramrath* SAE 2007, 256; *Herzog/Gerken* FAZ 210/08 v. 08.09.2008, vgl. NZA Heft 19/08, S. XI.

<sup>303</sup> So schon BAG Urteil vom 03.10.1963 - 2 AZR 160/63 -, AP Nr. 9 zu § 15 KSchG; *Ramrath*, SAE 2007, 256 ff. (259).

sich zur *Kündigung* wie die *Einstellung* zum *Abschluss des Arbeitsvertrages*<sup>304</sup>. Der Gesetzgeber verwendet diese Begriffe auch in anderen dem Arbeitsrecht zugeordneten Gesetzen: So hat der Betriebsrat gemäß § 102 BetrVG ein Beteiligungsrecht vor der Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber. Es bedarf keiner näheren Begründung, dass ein mitbestimmungswidriges Verhalten vorliegt, wenn der Arbeitgeber den Betriebsrat erst eine Woche vor der *Entlassung* des Arbeitnehmers, also vor Ablauf der Kündigungsfrist als realaktliche Rechtsfolge der Kündigungserklärung an der - dann längst getroffenen und vollzogenen - Kündigungsentscheidung beteiligen würde. Auch steht dem Betriebsrat ein Beteiligungsrecht gegenüber dem Arbeitgeber gemäß § 99 BetrVG mit einer Frist von mindestens einer Woche vor der *Einstellung*, d.h. der realen Arbeitsaufnahme des neuen Arbeitnehmers, zu. Hierbei geht es um dessen Eingliederung in die betriebliche Gemeinschaft. Ein Anspruch des Betriebsrats auf Beteiligung vor Abschluss des der Arbeitsaufnahme (= „Einstellung“) zu Grunde liegenden Arbeitsvertrages besteht nach herrschender Meinung<sup>305</sup> nicht. Eine synonyme Verwendung dieser rechtstechnischen Begriffe aufgrund entsprechender europarechtlicher Auslegung mit der Folge der Unwirksamkeit der der Entlassung zu Grunde liegenden Kündigungserklärung bei einem Anzeigeverstoß des Arbeitgebers führt im Übrigen auch dazu, dass der mit Anzeigeeerfordernis und Entlassungssperre ausschließlich verfolgte arbeitsmarktpolitische Zweck des Gesetzgebers - der Ermöglichung einer Reaktion der Arbeitsverwaltung auf die Situation drohender Arbeitslosigkeit einer großen Anzahl von Arbeitnehmern - aus den Augen verloren wird.

Eine richtlinienkonforme Auslegung der §§ 17, 18 KSchG lässt die Auffassung zu, dass die Rechtsfolge eines Verstoßes gegen § 17 KSchG zur Entlassungssperre nach § 18 KSchG führt und diese eine angemessene Sanktion im Sinne der Richtlinie 98/59/EG darstellt<sup>306</sup>. Eine fehlerhafte Sachbehandlung des Arbeitgebers im Zusammenhang mit § 17 KSchG führt nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung. Der Anwendungsbereich des § 4 KSchG ist nicht erfüllt. Bei der aus § 18 KSchG folgenden Unwirksamkeit der Entlassung handelt es sich nicht um eine

---

<sup>304</sup> Linck in von Hoyningen-Huene/Linck, Rn. 26 zu § 18 KSchG.

<sup>305</sup> Fitting u.a., Komm. zum BetrVG 24. Aufl. 2008, Rn. 31 zu § 99 BetrVG.

<sup>306</sup> Ferme/Lipinski NZA 2006, 937 ff. (940); Klumpp NZA 2006, 703 ff. (707); Ascheid/Hesse in APS Rn. 10a zu § 4 KSchG.

aus „anderem Grund“ unwirksame Kündigung im Sinne von § 13 Absatz 3 KSchG; vielmehr gilt das Arbeitsverhältnis nur nicht zu dem in der Kündigungserklärung genannten Beendigungstermin als aufgelöst<sup>307</sup>.

b. Verstöße gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)

aa. Problemstellung

Das als Artikel 1 des Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung am 14.08.2006 verkündete<sup>308</sup> und seit dem 18.08.2006 in Kraft getretene Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) bezieht das Diskriminierungsverbot ausweislich des § 2 Absatz 1 Nr. 2 AGG neben anderen ausdrücklich auch auf Entlassungsbedingungen, insbesondere individualrechtliche Maßnahmen bei der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses, so dass hierbei auch an den Ausspruch einer Arbeitgeberkündigung gedacht werden kann. Die Schnittstelle zum Kündigungsschutzrecht bildet § 2 Absatz 4 AGG, welcher bestimmt, dass für Kündigungen ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz gelten. In erster Linie handelt es sich um die Regelungen des KSchG, §§ 138, 242, 626 BGB, 9 MuSchG, 18 BEEG, 85 SGB IX<sup>309</sup>. Die Regelung des § 2 Absatz 4 AGG ist problematisch, denn die durch das AGG in nationales Recht umgesetzten Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG erstrecken sich ausdrücklich auch auf „Entlassungsbedingungen“ (Artikel 3 Absatz 1 c der Richtlinie), worunter nach der Rechtsprechung des EuGH<sup>310</sup> auch die Kündigung selbst fällt. Über die Fragen von Voraussetzungen und Rechtsfolgen von Kündigungen mit diskriminierungsrechtlichem Bezug wird im Schrifttum lebhaft diskutiert. Ungelöst ist auch, wie das Spannungsverhältnis zwischen den Präklusionsvorschriften der § 13 Absatz 3, §§ 4, 7 KSchG (3-Wochen-Frist) einerseits und § 15 Absatz 4 AGG (2-Monats-Frist) andererseits bei einer diskriminierenden Kündigung zu lösen ist.

---

<sup>307</sup> So auch *Pfeiffer* in HaKo 2. Aufl. 2004, Rn. 22 zu § 18 KSchG.

<sup>308</sup> BGBl. I S. 1897.

<sup>309</sup> *Hein* NZA 2008, 1033.

<sup>310</sup> EuGH Urteil vom 11.07.2006 - C-13/05 - (Chacon Navas), NZA 2006, 839.

## bb. Die Meinungen in der Literatur

Das Meinungsspektrum zur ersten Frage ist breit gefächert. Teilweise wird vertreten<sup>311</sup>, dass § 2 Absatz 4 AGG lediglich eine rechtstechnische Abgrenzung darstellt: Eine Kündigung, die gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 AGG verstoße, sei gleichzeitig wegen §§ 134 und 242 BGB unwirksam. Nach anderer Meinung<sup>312</sup> kann sich die Unwirksamkeit einer Kündigung aus § 7 Absatz 1 AGG als Verbotsnorm im Sinne des § 134 BGB ergeben. Däubler<sup>313</sup> bewertet § 2 Absatz 4 AGG als europarechtswidrig und damit unanwendbar. In Grosskommentierungen wird wegen der europarechtlichen Problematik der Norm nur ein Entschädigungsanspruch bejaht<sup>314</sup>. Thüsing<sup>315</sup> kann in der Gesetzesfassung des § 2 Absatz 4 AGG keinerlei Sinn erkennen: Bei wörtlicher Auslegung des Gesetzes bestünde bei Arbeitsverhältnissen, auf die das Kündigungsschutzgesetz Anwendung finde, keinerlei Schutz vor Diskriminierungen. Bei Korrektur des Wortlautes des § 2 Absatz 4 AGG dahingehend, dass das AGG bei solchen Kündigungen eingreife, bei denen das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung finde, komme man zu dem sinnwidrigen Ergebnis, dass Kündigungen außerhalb des Schutzbereiches des Kündigungsschutzgesetzes mit weitergehenden Sanktionen in Form der Verpflichtung zum Ersatz des Nichtvermögensschadens i.S.v. § 15 AGG belegt würden als bei Eingreifen des Kündigungsschutzgesetzes: Dort drohe nur die Unwirksamkeit der Kündigung. Auch Nicolai<sup>316</sup> hält § 2 Absatz 4 AGG für gemeinschaftswidrig, da der Fall denkbar sei, dass eine Kündigung, die gegen ein Diskriminierungsverbot verstoße, dennoch wirksam sein könne. Daher müsse § 2 Absatz 4 AGG richtlinienkonform ausgelegt werden: Bei Arbeitsverhältnissen, die unter den Schutz des Kündigungsschutzgesetzes fielen, komme es zunächst auf das Vorliegen eines Kündigungsgrundes an, in welchem die Wertung des AGG relevant würden; bei Arbeitsverhältnissen außerhalb des Geltungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes müssten die Wertungen des AGG bei der Anwendung

---

<sup>311</sup> *Worzalla*, Das neue allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, S. 50.

<sup>312</sup> *Sagan* NZA 2006, 1257 ff. (1259); *Däubler*, AiB 2007, 22; *Domröse* NZA 2006, 1320.

<sup>313</sup> AiB 2006, 738.

<sup>314</sup> *Heinrichs* in Palandt Rn. 16 zu § 2 AGG.

<sup>315</sup> In *Bauer/Thüsing/Schunder* NZA 2006, 774 ff. (777).

<sup>316</sup> Das allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, Rn. 193.

der §§ 134, 242 BGB einfließen. Andere Autoren<sup>317</sup> sehen § 2 Absatz 4 AGG als nichtig und unanwendbar an, da eine richtlinienkonforme Auslegung wegen des klaren und eindeutigen Wortlaut des Gesetzes und dem in der Gesetzesbegründung niedergelegten Willen des Gesetzgebers unmöglich sei. Vorgeschlagen wird auch, eine eingeschränkte richtlinienkonforme Auslegung des § 2 Abs. 4 AGG zuzulassen. Im Falle der Unwirksamkeit der Kündigung wegen nicht ausreichender Gründe im Sinne von §§ 1 KSchG oder 626 BGB sollen zusätzliche Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüche nach dem AGG wegen § 2 Absatz 4 AGG nicht geltend gemacht werden können. Bei der Wirksamkeit der Kündigung nach §§ 1 KSchG, 626 BGB käme ein Schadensersatzanspruch des Gekündigten im Sinne von § 15 Absatz 2 AGG in Betracht. Insoweit müsse § 2 Absatz 4 AGG richtlinienkonform einschränkend ausgelegt werden<sup>318</sup>.

Schließlich wird vorgeschlagen, § 2 Absatz 4 AGG richtlinienkonform dahingehend auszulegen, dass im Zusammenhang mit der Frage einer diskriminierenden Kündigung lediglich die Norm des § 15 Absatz 2 AGG Anwendung findet, die dem Geschädigten einen Schadensersatzanspruch in Geld zuweist<sup>319</sup>.

cc. Die bislang ergangene Rechtsprechung

Die Instanzgerichte haben vereinzelt die Auffassung vertreten, eine vom AGG sanktionierte Benachteiligung bei einer Kündigung führe zu deren Unwirksamkeit; das AGG sei unmittelbar anzuwenden<sup>320</sup>. Mit Urteil vom 23.01.2007 hat das Arbeitsgericht Lörrach<sup>321</sup> § 2 Absatz 4 AGG für anwendbar erklärt, da die Norm wegen des eindeutigen Wortlautes nicht richtlinienkonform auslegbar sei. Auch das LAG Bremen wendet § 2 Absatz 4 AGG in seinem Urteil vom 22.11.2006<sup>322</sup> an.

---

<sup>317</sup> *Schrader/Schubert*, Das neue AGG, Rn. 435.

<sup>318</sup> *Diller/Krieger/Arnold* NZA 2006, 887 ff. (890).

<sup>319</sup> *Thüsing*, Arbeitsrechtliche Antidiskriminierungsrichtlinie 2007, Rn. 115; *Friedrich* in GK-KR 8. Aufl., Rn. 259b zu § 13 KSchG; *Bauer/Göpfert* AGG 2006, Rn. 62 zu § 2; *Schiefer* DB 2007, 1977; a.A. *Schlachter* in ErfKom, Rn. 2 zu § 15 ArbGG.

<sup>320</sup> Arbeitsgericht Osnabrück, Urteil vom 05.02.2007 - 3 Ca 724/06 -, NZA 2007, 626, (aufgehoben durch Urteil des LAG Niedersachsen vom 13.07.2007 - 16 Sa 274/07 -); a.A. Arbeitsgericht Bielefeld Urteil vom 25.04.2007- 6 Ca 286/06 -, BB 2007, 1961.

<sup>321</sup> - 1 Ca 426/06 -, ArbuR 2007, 184.

<sup>322</sup> - 2 Sa 205/06 - AE 2007, 146.

Die erste Stellungnahme des BAG zum Verhältnis der Diskriminierungsverbote des AGG zum Kündigungsschutz erfolgte durch Urteil vom 06.11.2008<sup>323</sup>. Ein 51 Jahre alter Karosseriefacharbeiter, der seit 1974 in einem Unternehmen der Automobilzulieferungsindustrie mit ursprünglich über 5000 Arbeitnehmern beschäftigt war, wurde aufgrund mangelnder Auslastung zusammen mit 619 anderen Beschäftigten gekündigt. Diese waren in einem Interessenausgleich namentlich benannt. Der Auswahl der zu Kündigenden lag eine Punktetabelle zugrunde, die auch das Lebensalter berücksichtigte. Der Kläger hat die Unwirksamkeit der Kündigung geltend gemacht und sich auch auf das im AGG enthaltene Verbot der Altersdiskriminierung berufen. Der 2. Senat des BAG hat die Anwendung der Diskriminierungsverbote des AGG im Rahmen der Prüfung der Sozialwidrigkeit der Kündigung anerkannt: Eine diskriminierende Kündigung kann zu deren Sozialwidrigkeit führen. § 2 Absatz 4 AGG steht der Anwendung der Diskriminierungsverbote (§§ 1-10 AGG) im Rahmen des Kündigungsschutzes nach dem Kündigungsschutzgesetz nicht im Weg, vielmehr sind die vor Diskriminierung schützenden Normen bei der Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe des Kündigungsschutzgesetzes dergestalt zu beachten, dass sie Konkretisierungen des Begriffs der Sozialwidrigkeit darstellen.

#### dd. Stellungnahme

Der Entscheidung des 2. Senates ist zuzustimmen. Mit überzeugender Begründung ist der vollständige Ausschluss der Anwendung des AGG auf Kündigungen wegen § 2 Absatz 4 AGG abgelehnt worden. Wie sich aus § 2 Absatz 1 Nr. 2 AGG ergibt, wird die Unzulässigkeit von Benachteiligungen aus den in § 1 AGG genannten Gründen auch für Entlassungsbedingungen und für Vereinbarungen und Maßnahmen bei Beendigung eines Beschäftigungsverhältnisses, also beispielsweise einer Kündigung, gesetzlich angeordnet. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber in derselben Vorschrift einen diametral entgegengesetzten Anwendungsbefehl im Sinne eines Diskriminierungsverbotes (§ 2 Absatz 1 AGG) und eines gänzlichen Anwendungsausschlusses der Regelungen des AGG bei Kündigungen (§ 2 Absatz 4 AGG) geben wollte. Der Norm-

---

<sup>323</sup> - 2 AZR 701/07 - n.v., bestätigt durch BAG Urteil vom 12.03.2009 - 2 AZR 418/07 -, NZA 2009,1023.

zweck des § 2 Absatz 4 AGG ist vielmehr darin zu sehen, dass zum Einen sichergestellt werden soll, dass kein neben das Kündigungsschutzrecht hinzutretender, durch § 134 BGB in Verbindung mit den Normen des AGG vermittelter, weiterer Bestandschutz entsteht. Zum Anderen soll durch § 2 Absatz 4 KSchG das Antidiskriminierungsrecht mit dem Kündigungsschutzrecht verzahnt werden. Die Diskriminierungsverbote des AGG sind in das System des Kündigungsschutzrechtes dergestalt einzupassen, dass Verstöße gegen Diskriminierungsverbote des AGG im Zusammenhang mit einer Kündigung nach kündigungsrechtlichen Maßstäben gewertet werden und somit zur Unwirksamkeit der Kündigung führen können.

Mit der Bereichsausnahme des § 2 Absatz 4 AGG ist das Verhältnis zwischen gesetzlichen Diskriminierungsverboten und Kündigungsbeschränkungen geregelt: Kündigungen sollen am Maßstab der gesetzlichen Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz gemessen werden, wobei diskriminierende Kündigungen im Sinne des AGG zu deren Unwirksamkeit im Sinne von § 1 Absatz 2 und 3 KSchG führen können. Die im AGG normierten Diskriminierungsverbote sind keine eigenen Unwirksamkeitsnormen bezüglich einer Kündigung. Die Diskriminierungsklage nach § 15 AGG tritt nicht neben oder an die Stelle der Kündigungsschutzklage bei diskriminierenden Kündigungen.

Konsequenterweise ist die Unwirksamkeit der diskriminierenden Kündigung vom Arbeitnehmer innerhalb der Frist des § 4 KSchG gerichtlich geltend zu machen. Ein echtes Spannungsverhältnis zwischen den Ausschlussfristen in § 15 Absatz 4 AGG zu § 4 Satz 1 KSchG besteht bei Streit über die Wirksamkeit einer diskriminierenden Kündigung nicht. Dies ergibt sich aus § 15 Absatz 5 AGG, wonach „im übrigen“ Ansprüche gegen den Arbeitgeber, die sich aus anderen Rechtsvorschriften ergeben, unberührt bleiben. Hieraus kann geschlossen werden, dass der Gesetzgeber mit dem Schadensersatzanspruch nach § 15 Absatz 1 AGG nicht in die Regelungssystematik anderer Anspruchsgrundlagen eingreifen wollte. Folglich kann der Arbeitnehmer, der nicht innerhalb der Frist des § 4 Satz 1 KSchG Bestandsschutzklage erhoben hat, unter Beachtung der in § 15 Absatz 4 AGG vorgesehenen Zweimonatsfrist nur den sonstigen materiellen Schaden, nicht aber

Naturalrestitution in Form der Wiedererlangung des Arbeitsplatzes vom diskriminierend kündigenden Arbeitgeber verlangen<sup>324</sup>.

## 9. Unverschuldete Unkenntnis von Kündigungsgründen und Klagefrist

### a. Problemstellung

Durch die Ausweitung des Anwendungsbereiches des § 4 KSchG hat sich die prozessuale Lage auch für diejenigen Arbeitnehmer verschlechtert, die erst nach Ablauf der Klageerhebungsfrist Kenntnis von Unwirksamkeitsgründen der Kündigung erlangen. Nach dem Wortlaut der Präklusionsnormen §§ 4, 7 KSchG gilt die Kündigung nach Ablauf von 3 Wochen ohne Klageerhebung als wirksam. Allerdings sind Unwirksamkeitsgründe einer Kündigung, die bei dem Kündigenden eine von der Rechtsordnung nicht getragene Motivationslage voraussetzen vom gekündigten Arbeitnehmer innerhalb der Klageerhebungsfrist oft nicht zu erkennen. Während eine Prüfung bestehender oder fehlender sozialer Rechtfertigungsgründe für den Arbeitnehmer innerhalb der Ausschlussfrist möglich sein dürfte und gegebenenfalls die fristgemäße Klageerhebung in die Wege zu leiten sein wird, fällt eine Entscheidung über die Frage, ob beispielsweise ein - erst später feststellbarer - Betriebsübergang das tatsächlich tragende Motiv des Arbeitgebers für die ausgesprochene Kündigung war<sup>325</sup> mangels entsprechender Anhaltspunkte während des Laufs der Klageerhebungsfrist schwerer. Dies gilt insbesondere deshalb, weil es eine Pflicht des Arbeitgebers zur Begründung der Kündigung gegenüber dem Arbeitnehmer nicht gibt. Ähnliches gilt bei einer nicht von der Rechtsordnung getragenen inneren Einstellung des Arbeitgebers bei Ausspruch der Kündigung, beispielsweise wenn er den Arbeitnehmer wegen zulässiger Ausübung seiner Rechte<sup>326</sup> kündigt, was zur Unwirksamkeit der Kündigung nach § 612 a BGB führt, oder er bei der Abgabe der Kündigungserklärung in verwerflicher Gesinnung handelt, was die Unwirksamkeit der Kündigung gemäß § 138 BGB auslöst<sup>327</sup>. Die sich später ergebende Erkenntnis des Arbeitnehmers

---

<sup>324</sup> So auch *Mayer* in HaKo, Rn. 158 zu § 1 Teil B.

<sup>325</sup> Dieser Umstand ist Voraussetzung für einen Unwirksamkeitsgrund im Sinne von § 613a Abs. 4 BGB, vgl. BAG Urteil vom 18.03.1999 - 8 AZR 306/98 -, AP Nr. 44 zu § 4 KSchG 1969.

<sup>326</sup> *Richardi* in Staudinger Rn. 12 zu § 612a BGB; *Raab* in Soergel 12. Aufl. 1998, Rn. 9 zu § 612a BGB.

<sup>327</sup> *Preis* in SPV Rn. 295; *Friedrich* in GK-KR Rn. 126 zu § 13 KSchG.

über die zur Unwirksamkeit der Kündigung führenden subjektiven Tatsachen waren bis zur Gesetzesnovelle auch außerhalb der 3-Wochen-Frist des § 4 KSchG gerichtlich geltend zu machen. Dieser Weg ist dem Arbeitnehmer seit dem 01.01.2004 verbaut. Fraglich ist, ob die Ungewissheit eine Durchbrechung des Erfordernisses der fristgebundenen Klageerhebung rechtfertigt.

#### b. Meinungsstand im Schrifttum

Richardi<sup>328</sup> sieht in diesen Fällen eine vom Gesetzgeber gelassene Lücke und schlägt deren Schließung durch eine unverzüglich nach Kenntniserlangung von den Unwirksamkeitsgründen erhobene Klage vor, welche die Präklusion des § 7 KSchG verhindere.

Dieser Ansatz ist vom überwiegenden Teil des Schrifttums<sup>329</sup> abgelehnt worden. Eine Regelungslücke bestehe nicht, wie sich aus dem Umkehrschluss des § 5 Absatz 1 Satz 2 KSchG ergebe, der den Sonderfall der unverschuldeten Unkenntnis der Arbeitnehmerin von ihrer Schwangerschaft behandle. Mit der Ausweitung der Klageerhebungsfrist bei Unkenntnis subjektiver Umstände werde der gesetzgeberische Wille nach Schaffung schneller Rechtssicherheit unterlaufen. Außerdem sei der Beginn des Fristlaufs des § 4 KSchG bei einem Abstellen auf den Zeitpunkt der Kenntniserlangung des Arbeitnehmers vom Unwirksamkeitsgrund nicht ausreichend bestimmbar. Eine Lösung der Problematik wird in der Möglichkeit der nachträglichen Klagezulassung gemäß § 5 KSchG gesehen.

Soweit die verspätete Kenntnis von Unwirksamkeitsgründen der Kündigung beim Arbeitnehmer im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang nach § 613 a BGB entsteht, sind europarechtliche Bedenken gegen die in §§ 13 Absatz 3, 4 Satz 1 KSchG normierte Klageerhebungsfrist erhoben worden<sup>330</sup>. Jedenfalls in den Fällen, in denen dem Arbeitnehmer als Kündigungsgrund eine Betriebsstilllegung mitgeteilt wurde und sich später doch herausstellt, dass es sich um einen Betriebsübergang handelt, sei die Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG für eine entsprechende Feststellungsklage des Arbeitnehmers zu kurz gefasst. Erfahre der Ar-

---

<sup>328</sup> NZA 2003, 764 ff. (765).

<sup>329</sup> Bader NZA 2004, 65 ff. (68); Willemsen/Annul NJW 2004, 177 ff. (184); Bender/Schmidt NZA 2004, 358 ff. (364); Raab RdA 2004, 321 ff. (327).

<sup>330</sup> Kamanabrou NZA 2004, 950 ff.; Sprenger AuR 2005, 175.

beitnehmer von dem tatsächlichen Betriebsübergang erst nach Ablauf der Klageerhebungsfrist, könne er die Unwirksamkeit der Kündigung nicht mehr rechtzeitig geltend machen. Insoweit genüge die nationale Regelung zur Kündigung wegen eines Betriebsüberganges der EG-Richtlinie 2001/23/EG vom 12.03.2001<sup>331</sup> nicht. Denn die Norm des § 4 Satz 1 KSchG sei nicht so bemessen, dass die Arbeitnehmer innerhalb der Klageerhebungsfrist auch tatsächlich die Chance hätten, sich auf die Unwirksamkeit der Kündigung zu berufen. Diesen Standpunkt nehme auch zutreffenderweise die Rechtsprechung ein, die in Entscheidungen vor der Gesetzesnovelle die analoge Anwendung des § 4 KSchG auf Fälle der Kündigung im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang abgelehnt habe. Vielmehr müsse dem Arbeitnehmer eine angemessene Zeitspanne zugebilligt werden, in der er die Entwicklung beobachten könne, ob der Betrieb wie ihm gegenüber angegeben tatsächlich stillgelegt oder in Wahrheit auf einen Erwerber übertragen werde. Die seit 01.01.2004 auch für den Unwirksamkeitsgrund einer Kündigung wegen § 613a Absatz 4 BGB anwendbare Vorschrift des § 4 Satz 1 KSchG bedürfe zur Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes einer europarechtskonformen Auslegung des § 5 Absatz 1 KSchG dergestalt, dass bei arglistigem Verhalten des Arbeitgebers, wie beispielsweise der bewussten Falschinformation des Arbeitnehmers, das Nichteinhalten der Klagefrist durch den Arbeitnehmer als unverschuldet betrachtet werden müsse<sup>332</sup>. Alternativ wird vorgeschlagen, die Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG für den Unwirksamkeitsgrund des § 613 a Absatz 4 Satz 1 BGB zeitlich anders anzuknüpfen, indem der Fristbeginn auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs zu verlagern sei<sup>333</sup>.

### c. Stellungnahme

Der von Richardi<sup>334</sup> entwickelte Vorschlag, den Beginn des Fristlaufes von der Kenntniserlangung der Unwirksamkeitsgründe beim Arbeitnehmer abhängig zu machen, basiert auf der Annahme einer gesetzlichen Regelungslücke, die es bei näherer Prüfung nicht gibt, so dass es einer Korrektur des § 4 KSchG in den Fäl-

---

<sup>331</sup> Art. 4 Absatz 1 Satz 1 der Richtlinie 2001/23/EG vom 12.03.2001 ABl. EG Nr. L82 vom 22.03.2001, S. 16.

<sup>332</sup> *Kamanabrou* NZA 2004, 950 ff. (951).

<sup>333</sup> *Sprenger* AuR 2005, 175 ff. (177).

<sup>334</sup> NZA 2003, 764 ff. (765).

len unverschuldeter Unkenntnis von den Unwirksamkeitsgründen nicht bedarf. Wie sich an der Vorschrift des § 5 Absatz 1 Satz 2 KSchG zeigt, hat der Gesetzgeber bei der Neufassung des § 4 KSchG durchaus einen Fall der unverschuldeten Unkenntnis von Unwirksamkeitsgründen erkannt und geregelt: Einer Arbeitnehmerin, die von ihrer Schwangerschaft aus einem nicht von ihr zu vertretenden Grund erst nach Ablauf der Klageerhebungsfrist Kenntnis erlangt, soll auf Antrag die Klage nachträglich zugelassen werden. Mit diesem ebenfalls durch das AMRG in § 5 KSchG aufgenommenen Anspruch hat der Gesetzgeber das Bestehen der Möglichkeit zum Ausdruck gebracht, dass Arbeitnehmer von Unwirksamkeitsgründen einer Kündigung erst nach Ablauf der Klageerhebungsfrist Kenntnis erlangen. Einen dieser Fälle hielt er für besonders regelungsbedürftig: Den der schwangeren Arbeitnehmerin, die unverschuldet erst nach Ablauf der Klageerhebungsfrist von ihrer Schwangerschaft erfährt. Eine solche Arbeitnehmerin wird nach dem Gesetzeswortlaut aber nicht von der Fristeinholung befreit. Der Lauf der 3-Wochen-Frist beginnt auch für sie mit dem Zugang der schriftlichen Kündigungserklärung. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 5 Absatz 1 Satz 2 KSchG, der unverschuldete Kenntniserlangung bezüglich der bestehenden Schwangerschaft erst nach *Ablauf* der Klageerhebungsfrist voraussetzt<sup>335</sup>. Notwendig war die Erweiterung des § 5 KSchG auf die Fälle unbekannter Schwangerschaft zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung, weil der Unwirksamkeitsgrund der Kündigung nach § 9 MuSchG bis zum 31.12.2003 wegen § 13 Absatz 3 KSchG a.F. nicht an die Voraussetzung des § 4 KSchG geknüpft war, was aber durch die Gesetzesnovelle eingeführt wurde<sup>336</sup>.

Soweit Richardi den hinsichtlich der bestehenden rechtswidrigen Motivationslage des kündigenden Arbeitgebers unwissenden Arbeitnehmer durch unverzüglich nach entsprechender Kenntniserlangung zu erhebender Feststellungsklage von der Präklusionswirkung befreien will, privilegiert er diesen grundlos gegenüber anderen, wegen Artikel 6 Absatz 4 GG sogar besonders geschützten schwangeren Arbeitnehmerinnen.

---

<sup>335</sup> So auch *Bender/Schmidt* NZA 2004, 358 ff. (364); *Raab* RdA 2004, 321 ff. (324).

<sup>336</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 02.09.2003 BT Drucks. 15/1509 in Verbindung mit Gesetzentwurf der Fraktion SPD/Bündnis 90/Die Grünen vom 24.06.2003 BT-Drucks. 15/1204, S. 13.

Der erst nach Ablauf der Klageerhebungsfrist von den tatsächlichen Unwirksamkeitsgründen der Kündigung Kenntnis erlangende Arbeitnehmer ist auf den Weg der nachträglichen Klagezulassung nach § 5 Absatz 1 KSchG zu verweisen<sup>337</sup>. Voraussetzung für die Stattgabe des Antrags ist jedoch, dass der Arbeitnehmer trotz Anwendung aller ihm nach Lage der Umstände zuzumutenden Sorgfalt verhindert war, die Klage fristgerecht zu erheben. Die auf fehlerhafter Einschätzung der Rechtslage oder auf mangelnder Tatsachenkenntnis beruhende Falschbeurteilung der Erfolgsaussichten einer Klage allein begründet nach allgemeiner Ansicht<sup>338</sup> jedoch keinen Verhinderungsgrund im Sinne von § 5 KSchG. Etwas anderes kann nur gelten, wenn die Falschbeurteilung vom Arbeitgeber zu vertreten ist. Ob dies dann der Fall ist, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer über die wahren Gründe der Kündigung täuscht oder diese verschleiert, ist fraglich<sup>339</sup>. Abzustellen ist auf die vom gekündigten Arbeitnehmer angewendete und ihm zuzumutende Sorgfalt. Grundsätzlich ist der Arbeitnehmer verpflichtet, alle ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnismöglichkeiten zu nutzen, um die Erfolgsaussichten der Klage zu bewerten. Hierzu zählt auch, sich beim Arbeitgeber über die Kündigungsgründe zu informieren, wenn diese nicht bereits bekannt gegeben wurden. Allerdings ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet, die Kündigungsgründe zu erläutern. Sofern der Arbeitgeber sich einer diesbezüglichen Anfrage des Arbeitnehmers verweigert, muss dies den Arbeitnehmer veranlassen, Klage zu erheben, denn spätestens im Kündigungsschutzprozess muss sich der Arbeitgeber über die Gründe der Kündigung erklären, will er den Prozess nicht verlieren, § 1 Absatz 2 Satz 4 KSchG. Ein Untätigbleiben des Arbeitnehmers bei verweigerter Auskunftserteilung des Arbeitgebers reicht nicht aus, den Arbeitnehmer als sorgfältig im Sinne von § 5 KSchG anzusehen und seine verspätete Klage nachträglich zuzulassen. In dem Fall allerdings, in dem die Unkenntnis des Arbeitnehmers von den wahren Kündigungsgründen darauf beruht, dass der Arbeitgeber ihm auf Anfrage unvollständige oder falsche Angaben gemacht hat, dürfte eine nachträgliche Klagezulassung unbedenklich möglich sein. Ein so handelnder Arbeitgeber ist -

---

<sup>337</sup> Ebenso *Bader* NZA 2004, 65 ff.; *Willemsen/Annub* NJW 2004, 177 ff. (184); *Raab* RdA 2004, 321 ff. (327); *Bender/Schmidt* NZA 2004, 358 ff. (364); *Preis* DB 2004, 70 ff. (77); *Quecke* in HWK Rn. 6 zu § 4 KSchG.

<sup>338</sup> *Friedrich* in GK-KR Rn. 38 zu § 5 KSchG.

<sup>339</sup> Bejahend: *Friedrich* in GK-KR Rn. 40 zu § 5 KSchG; *Ascheid* in APS Rn. 21 zu § 5 KSchG; *Wenzel* in BBDW, Rn. 117 zu § 5 KSchG; *Vossen* in SPV, Rn. 1833; a.A.: *Linck* in von Hoyningen-Huene/Linck, 14. Aufl., Rn. 5 zu § 5 KSchG.

auch im Hinblick auf den vom Gesetzgeber verfolgten Zweck der Novelle nach Schaffung schneller Rechtssicherheit - nicht schutzwürdig<sup>340</sup>.

Unter Anwendung des Vorgesagten besteht für eine Gesetzesänderung, wie von Sprenger<sup>341</sup> vorgeschlagen, kein Bedarf.

Bei einer Verknüpfung des Fristbeginnes des § 4 KSchG in den Fällen des § 613a BGB mit dem Zeitpunkt des Betriebsüberganges würde über die Frage des Beginns des Fristlaufes eine vom Gesetzgeber nicht gewollte Unsicherheiten entstehen. Der vom Arbeitgeber wegen eines beabsichtigten Betriebsübergangs getäuschte Arbeitnehmer kann über einen Antrag nach § 5 Absatz 1 KSchG die Präklusionswirkung des § 4 KSchG durchbrechen. Dass der nachträglichen Zulassung der Klage wegen § 5 Absatz 3 KSchG auch zeitliche Grenzen gesetzt worden sind, bedarf entgegen den Forderungen in der Literatur<sup>342</sup> keiner gesetzgeberischen Korrektur. Denn in dem Fall, dass der Betrieb nach der Kündigung - und gegebenenfalls Ablauf der Klageerhebungsfrist - tatsächlich durch Rechtsgeschäft auf einen Betriebserwerber übergeht, hat der gekündigte Arbeitnehmer die Möglichkeit, seine Wiedereinstellung zu verlangen. Selbst eine rechtskräftig abgewiesene Kündigungsschutzklage gegen den Betriebsveräußerer steht einer diesbezüglichen Klage gegen den Betriebserwerber wegen der unterschiedlichen Streitgegenständen der Prozesse nicht entgegen<sup>343</sup>. Die Geltendmachung des Wiedereinstellungsanspruches kommt dann in Betracht, wenn sich nach Ausspruch der Kündigung und dem Ablauf der Kündigungsfrist eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit des gekündigten Arbeitnehmers ergibt. Dieses Korrektiv ist dem Umstand geschuldet, dass die gerichtlichen Prüfung der Wirksamkeit der Kündigung auf den Zeitpunkt des Zuganges der Kündigungserklärung abstellt und die dann nachfolgend eintretenden veränderten Umstände kündigungsrechtlich nicht zu Lasten des Arbeitgebers berücksichtigt werden können. Ein vom Arbeitnehmer

---

<sup>340</sup> So auch *Raab* RdA 2004, 321 ff. (327); *Friedrich* in GK-KR Rn. 259c zu § 13 KSchG; *Vossen* in FS Leinemann 2006, 273 ff. (277); *Willemsen/Annuß* NJW 2004, 177 ff. (184); *Linck* in von Hoyningen-Huene/Linck, 14. Aufl., Rn. 18 zu § 4 KSchG;

*Sprenger*, AuR 2005, 175 ff. (177) spricht sich für eine gesetzgeberische Korrektur, *Kamanabrou* NZA 2004, 950 ff. (951) für eine europarechtskonforme Auslegung der Ausschlussfrist des § 5 Absatz 3 KSchG (6 Monatsfrist) aus.

<sup>341</sup> AuR 2005, 175 ff (177).

<sup>342</sup> *Kamanabrou* NZA 2004, 950 ff. (952).

<sup>343</sup> BAG Urteil vom 28.06.2000 - 7 AZR 904/98 -, NZA 2000, 1097 unter IA2d der Entscheidungsgründe.

gerichtlich ohne Fristerfordernis zu erhebendes Fortsetzungsverlangen oder - nach Ablauf der Kündigungsfrist - die Geltendmachung eines Wiedereinstellungsanspruches führt dann zu einem Kontrahierungszwang mit dem gekündigten Arbeitnehmer, wenn sich die maßgeblichen betrieblichen Umstände entgegen der ursprünglichen Prognose hinsichtlich der Beschäftigungsmöglichkeit des Arbeitnehmers zu dessen Gunsten nachträglich verändern<sup>344</sup>. Rechtsgrundlage hierfür ist die vertragliche Nebenpflicht des kündigenden Arbeitgebers, auf die berechtigten Interessen des Vertragspartners Rücksicht zu nehmen<sup>345</sup>. Der Wiedereinstellungsantrag kann sich auch gegen den Betriebserwerber richten. Er muss diesem gegenüber binnen einer Frist von einem Monat nach Kenntniserlangung von den den Anspruch begründenden Tatsachen geltend gemacht werden<sup>346</sup>.

Einer Gesetzesänderung mit dem Ziel der Durchbrechung des Erfordernisses einer fristgebundenen Klageerhebung in den Fällen bestehender Ungewissheitslagen hinsichtlich des Vorliegens von Unwirksamkeitsgründen einer Kündigung bedarf es zur Erzielung einer sachgerechten Lösung daher nicht.

10. Anwendung von § 4 KSchG auf Ausschlußverfahren nach § 111 ArbGG bei einer Kündigung eines Berufsausbildungsverhältnisses

#### a. Problemstellung

Die Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes gelten auch für Auszubildende<sup>347</sup>. Der allgemeine Kündigungsschutz des § 1 Absatz 2 KSchG geht zwar für diese Beschäftigten ins Leere, da wegen §§ 20 Satz 2, 22 Absatz 2 BBiG das Ausbildungsverhältnis vom Ausbilder nach Ablauf der höchstens viermonatigen Probezeit nur noch aus wichtigem Grund gekündigt werden kann; innerhalb der Wartezeit des § 1 Absatz 1 KSchG besteht kein Kündigungsschutz nach § 1 Absatz 2 KSchG. Kündigt der Ausbilder nach Ablauf der Probezeit, hat der Auszubildende zur Vermeidung der Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG Kündigungs-

---

<sup>344</sup> BAG Urteile vom 09.11.2006 - 2 AZR 309/05 -, DB 2007, 861 und 23.11.2006 - 2 AZR 349/06 -, NZA 2007, 866.

<sup>345</sup> BAG Urteil vom 28.06.2000 - 7 AZR 904/98 -, NZA 2000, 1097.

<sup>346</sup> BAG Urteile vom 25.10.2007 - 8 AZR 989/06 -, NZA 2008, 357 und 21.08.2008 - 8 AZR 201/07 -, NZA 2009, 29.

<sup>347</sup> Quecke in HWK Rn. 5 zu § 1 KSchG; Richardi in MünchArbR Rn. 25 zu § 27.

schutzklage nach § 4 KSchG zu erheben<sup>348</sup>. Dies gilt jedenfalls dann, wenn ein Schlichtungsausschuss zur Beilegung von Streitigkeiten zwischen Ausbildenden und Auszubildenden aus einem bestehenden Berufsausbildungsverhältnis (§ 111 Absatz 2 ArbGG) nicht gebildet ist. Besteht ein solcher Ausschuss, ist dessen Anrufung Prozessvoraussetzung einer arbeitsgerichtlichen Klage, § 111 Absatz 2 Satz 5 ArbGG<sup>349</sup>. Sehr umstritten ist, ob der Auszubildende den Ausschuss im Falle des Ausspruchs einer außerordentlichen Kündigung seines Berufsausbildungsverhältnisses durch den Ausbilder innerhalb der 3-Wochen-Frist des § 4 KSchG anrufen muss. Dies wird von § 111 Absatz 2 ArbGG nicht geregelt, was zu Beanstandungen führt<sup>350</sup>.

#### b. Die Meinungen im Schrifttum

In der Literatur wird überwiegend die Auffassung vertreten, dass die Bestimmung des § 13 Absatz 1 Satz 2 KSchG mit der Verweisung auf § 4 Satz 1 KSchG bei einer Kündigung eines Ausbildungsverhältnisses und einem gebildeten Schlichtungsausschuss nicht anwendbar sei. Das Kündigungsschutzgesetz sei mangels Zulässigkeit einer ordentlichen Kündigung nach Ablauf der Probezeit nicht anwendbar, so dass der Auszubildende keinen Schutz vor einer sozialwidrigen ordentlichen Kündigung genieße. Es könne dann aber nicht eingesehen werden, warum ausschließlich die für den Auszubildenden nachteilige Regelung der § 13 Absatz 1 Satz 2, §§ 4 Satz 1 KSchG für ihn gelten soll<sup>351</sup>.

Diese Meinung ist im Schrifttum auch auf Kritik gestoßen<sup>352</sup>. Insbesondere wird eingewandt, dass eine Differenzierung zwischen Bezirken mit und ohne Schlichtungsausschuss sachwidrig sei. Die Einhaltung der Rechtssicherheit mache einen generellen Fristenzwang erforderlich.

---

<sup>348</sup> *Prütting* in GMPM Rn. 25 zu § 111 ArbGG.

<sup>349</sup> *Kalb* in HWK Rn. 12 zu § 111 ArbGG.

<sup>350</sup> *Zimmerling* in Schwab/Weth ArbGG Rn. 13 zu § 111.

<sup>351</sup> *Hurlebaus* BB 1975,1535; *Sarge* DB 1989, 879; *Zimmerling* in Schwab/Weth Rn. 15 zu § 111 ArbGG; *Vossen* in SPV Rn. 1735; *Kalb* in HWK Rn. 16 zu § 111 ArbGG; *Quecke* in HWK, Rn. 6 zu § 4 KSchG.

<sup>352</sup> *Ascheid* in ErfKom. 5. Aufl. 2004, Rn. 7 zu § 4 KSchG; *Dorndorf* in HK, Rn. 24 zu § 6 KSchG; *Hauck* in Hauck/Helml Rn. 6 zu § 111 ArbGG; *Schaub* ArbGV Rn. 16 zu § 11; *Schlachter* in Erfurter Komm., Rn. 11 zu § 22 BBiG; *Vollkommer* Anm. zu BAG 05.07.1990, EzA § 4 KSchG Nr. 39; *Zirwes* GA 1995, 465 ff. ( 468).

In den nach der durch das AMRG vollzogenen Gesetzesnovelle veröffentlichten Stellungnahmen im Schrifttum wird eine Veränderung der Beurteilung der Rechtslage als nicht erforderlich angesehen<sup>353</sup>. Da eine Frist für die Anrufung des Ausschusses gesetzlich nicht vorgesehen sei, würden sich die Weiterungen des Ausschuss- und des nachfolgenden Klageverfahrens ausschließlich nach § 111 Absatz 2 ArbGG richten. Ziel des § 111 Absatz 2 ArbGG sei, durch das Schlichtungsverfahren das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Auszubildendem und Ausbilder zu schützen, indem das streitige Gegenübertreten im Gerichtsverfahren vermieden werde. Anderenfalls würde die Vermittlungsfunktion des Schlichtungsausschusses vereitelt<sup>354</sup>.

Diese Argumentation stellen andere Stimmen unter Hinweis auf die Intention des Gesetzgebers, wie in der Gesetzesnovelle zum Ausdruck gekommen, in Abrede<sup>355</sup>.

#### c. Die Ansicht der Rechtsprechung

In der älteren Instanzrechtsprechung ist die Frage der Anwendung des § 4 KSchG auf das Ausschussverfahren unterschiedlich beantwortet worden<sup>356</sup>. Die neuere Rechtsprechung des BAG hat klargestellt, dass die Vorschriften zur fristgebundenen Klageerhebung (§§ 4, 13 Absatz 3 KSchG) auch für den Fall einer außerordentlichen Kündigung von Berufsausbildungsverhältnissen anzuwenden sind. Etwas anderes soll nur dann gelten, wenn gemäß § 111 Absatz 2 Satz 5 ArbGG eine Verhandlung vor einem zur Beilegung von Streitigkeiten aus einem Berufsausbildungsverhältnis gebildeten Ausschuss stattfinden muss<sup>357</sup>.

---

<sup>353</sup> *Bader* NZA 2004, 65 ff. (67), dort Fn. 31; *Bender/Schmidt* NZA 2004, 358 ff. (362); *Linck* in v.Hoyningen-Huene/Linck Rn. 34 zu § 13 KSchG; *Quecke* RdA 2004, 86 ff. (100).

<sup>354</sup> BAG vom 13.04.1989 - 2 AZR 441/88 -, NZA 1990, 395 unter II 1b der Entscheidungsgründe.

<sup>355</sup> *Prütting* in GMPM Rn. 22 zu § 111; *Weigand* in GK-KR Rn. 116 zu §§ 21/22 BBiG.

<sup>356</sup> *Dafür*: LAG Düsseldorf Urteil vom 03.05.1988 - 3 Sa 1824/87 - LAGE 1 zu § 111 ArbGG, *dagegen*: LAG Hamm Urteil vom 29.11.1984 - 9 Sa 14 1421/84 -, DB 1985, 391 und Beschluss vom 19.06.1986 - 8 Ta 138/86 -, LAGE Nr. 24 zu § 5 KSchG.

<sup>357</sup> BAG Urteil vom 13.04.1989 - 2 AZR 441/88 -, NZA 1990, 395; BAG Urteil vom 05.07.1990 - 2 AZR 53/90 -, NZA 1991, 671; BAG Urteil vom 26.01.1999 - 2 AZR 134/98 -, NZA 1999, 934.

#### d. Stellungnahme

Die Argumentation des 2. Senates überzeugt nicht; der Auffassung des BAG kann nicht gefolgt werden. Soweit selbst die analoge Anwendung von § 4 KSchG auf das Schlichtungsverfahren mit der Erwägung abgelehnt wird, damit würden die Fristen des § 4 Satz 1 KSchG und § 111 Absatz 2 ArbGG wesentlich geändert, ist dies nicht nachvollziehbar. Das Ergebnis des BAG, dass in manchen Fällen eine Frist gar nicht besteht, ist sachlich und in Ansehung des formulierten Willens des Reformgesetzgebers nicht mehr haltbar.

Die Vorschriften der §§ 13 Absatz 1 Satz 2, 4 Satz 1 KSchG sind vielmehr im Fall des fristlos gekündigten Auszubildenden unabhängig von einer Ausschussbildung anzuwenden. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass Streitverfahren im Bereich des arbeitsrechtlichen Bestandsschutzes im Interesse beider Parteien möglichst schnell beizulegen sind. Dieser Gedanke hat für den arbeitsgerichtlichen Kündigungsschutzprozess in der Beschleunigungsmaxime (§§ 9, 61 a Absatz 1 ArbGG), der Verkürzung von Fristen (§§ 47 Absatz 1, 59 Satz 1, 60 Absätze 1 und 4) sowie in den §§ 55 Absatz 1, 56 ArbGG (Alleinentscheidung des Vorsitzenden, zügige Entscheidung möglichst im ersten Kammertermin mit Zurückweisungsmöglichkeit von verspätetem Sachvortrag) seinen Niederschlag gefunden. Von daher ist auch für die Anrufung eines Schlichtungsausschusses nach § 111 ArbGG ein zeitlicher Rahmen einzuhalten, der eine Klärung des Streites um die Beendigung des Berufsausbildungsverhältnisses ermöglicht, ohne dass der Eintritt nachteiliger Folgen für Ausbilder und Auszubildenden zu befürchten wäre. Nur über eine kompetente und schnelle Schlichtung kann eine gedeihliche Fortsetzung des Ausbildungsverhältnisses erreicht werden. Das Verfahren vor dem Schlichtungsausschuss hat daher eine ähnliche Funktion wie das Güteverfahren vor dem Arbeitsgericht, wenn auch wegen der Besonderheiten des Ausbildungsverhältnisses vor einem sachnäheren Gremium. Mit der gesetzgeberischen Zielsetzung der Neufassung der §§ 4 - 7, 13 KSchG in Bestandsschutzstreitigkeiten eine einheitliche Klagefrist einzuführen, erhält die gesetzlich nicht geregelte Anrufungsfrist zum Schlichtungsausschuss eine funktionsgerechte, rechtlich klare und für die Praxis übersichtlich handhabbare Regelung. Damit kann dem Kündigenden alsbaldige Rechtsklarheit verschafft werden, ob die Kündigung wirksam ist oder nicht. Das Bedürfnis nach rascher Klärung der Rechtslage ist bei einer

Kündigung eines Berufsausbildungsverhältnisses mindestens ebenso dringend wie bei einem gekündigten Arbeitsverhältnis, zumal die Ausbildung regelmäßig nach einem Plan inhaltlich und zeitlich strukturiert ist. Davon gehen auch die eine Anwendung des § 4 Satz 1 KSchG bei nicht gebildetem Schlichtungsausschuss befürwortenden Literaturstimmen<sup>358</sup> aus. Die zur Begründung der gegenteiligen Auffassung vorgetragenen Argumente, die Anrufung des Schlichtungsausschuss könne ohne Einhaltung einer Frist bis zur Grenze der Verwirkung vom gekündigten Auszubildenden erfolgen, überzeugen insgesamt nicht. Weder die starke Bindung der Parteien an den Ausbildungsvertrag, noch die Tatsache des besonderen Schutzes des Auszubildenden vor Kündigungen (der sich beispielsweise darin zeigt, dass an den wichtigen Grund bei der außerordentlichen Kündigung des Auszubildenden noch strengere Anforderungen zu stellen sind als bei Arbeitsverhältnissen) rechtfertigen die unterschiedliche Behandlung hinsichtlich bestehender Anrufungsfristen. Dies gilt insbesondere im Vergleich derjenigen Auszubildenden, für die ein Schlichtungsausschuss gebildet ist mit denjenigen, die mangels Ausschussbildung die Schlichtung dort nicht versuchen können. Ohne einheitliche Frist käme es einem Zufall gleich, ob der Auszubildende im Kündigungsfall die Frist des § 4 Satz 1 KSchG beachten muss oder nicht. Das ist mit dem jeweils gleich starken Interesse des kündigenden Ausbilders an der schnellen Klärung der Frage, ob die Kündigung wirksam ist, nicht zu vereinbaren. Ein einleuchtender Grund für die unterschiedliche Behandlung in Bezug auf das Erfordernis der Einhaltung der Frist des § 4 Satz 1 KSchG ist nicht zu erkennen. Zur Vermeidung des Entstehens von Wertungswidersprüchen wird die Frist des § 4 Satz 1 KSchG auch von denjenigen gekündigten Auszubildenden zu beachten sein, für die ein Schlichtungsausschuss gebildet ist. Diesen müssen sie zur Vermeidung der Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung nach der hier vertretenen Auffassung anrufen. Die Weiterungen des Ausschussverfahrens richten sich dann nach § 111 Absatz 2 Satz 3 ArbGG; insbesondere die Verpflichtung zur Klageerhebung innerhalb von zwei Wochen nach dem Spruch des Ausschusses, falls er vom Auszu-

---

<sup>358</sup> *Friedrich* in GK-KR 8. Aufl., Rn. 36 zu § 13 KSchG; *Linck* in von Hoyningen-Huene/Linck, 14. Aufl., Rn. 11 zu § 4 KSchG; *Bender/Schmidt* NZA 2004, 358, 362.

bildenden nicht akzeptiert wird. Die Versäumung dieser prozessualen Frist ohne materiell-rechtliche Wirkung führt zur Klageabweisung wegen Unzulässigkeit<sup>359</sup>.

#### IV. Fazit

Wegen des vom Reformgesetzgeber mit der Novelle des § 4 KSchG verfolgten Zieles der Schaffung von schneller Rechtssicherheit über die Wirksamkeit einer Arbeitgeberkündigung ist der Geltungsbereich der Norm weit auszulegen. Auch die These, dass mit der einheitlichen Klageerhebungsfrist ein Interessenausgleich für den in seiner Vertragsbeendigungsfreiheit durch die kündigungsschutzrechtlichen Regelungen eingeschränkten Arbeitgeber geschaffen wurde, streitet dafür, nur wenige Ausnahmen vom Erfordernis fristgebundener Klageerhebung zuzulassen. „Nicht-schriftliche“ und unbestimmte Arbeitgeberkündigungen verpflichten den Arbeitnehmer nicht zur Klageerhebung nach § 4 KSchG. Auch die Rüge der fehlerhaften Kündigungsfrist unterfällt nicht dem Anwendungsbereich des befristeten Bestandsschutzes, soweit die Wirksamkeit der Kündigung nicht im Streit steht. Der neugefasste § 4 KSchG bedarf hinsichtlich seines Anwendungsbereiches einer teleologischen Reduktion, wenn die Unwirksamkeit der Kündigungserklärung zum Schutz des vertraglichen Selbstbestimmungsrechtes des Arbeitgebers gesetzlich angeordnet wird. Kündigt ein geschäftsunfähiger Arbeitgeber, entsteht die Wirksamkeitsfiktion durch Fristablauf (§§ 4, 7 KSchG) ebenso wenig wie in den - seltenen - Fällen einer dem Arbeitgeber *unverschuldet* abhandengekommenen Kündigungserklärung, dem Ausspruch einer Kündigung durch einen Dritten ohne Vertretungsmacht oder bei einer wirksam vom Arbeitgeber angefochtenen Kündigungserklärung. Die spätere Kenntnisnahme des Arbeitnehmers von den Unwirksamkeitsgründen einer Kündigung hat keinen Einfluss auf den Beginn der Klageerhebungsfrist. Die Privilegierung der Arbeitnehmer durch Hemmung des Fristlaufes nach § 4 Satz 4 KSchG ist auf die Fälle einer möglichen *nachträglichen* behördlichen Zustimmung zur Kündigung zu beschränken. Zudem muss der kündigende Arbeitgeber im Kündigungszeitpunkt Kenntnis vom Sonderstatus des Arbeitnehmers haben. Erfordert die Kündigung zur Wirksamkeit die *vorherige* behördliche Zustimmung, muss der Arbeitnehmer fristgerecht die Klage nach § 4 Satz 1 KSchG erheben. Die anderslautende Rechtsprechung des Bundesarbeits-

---

<sup>359</sup> Friedrich in GK-KR 8. Aufl., Rn. 302 ff. zu § 13 KSchG.

gerichtes ist abzulehnen. Ebenfalls entgegen der Rechtsprechung des EuGH führt eine verspätete Massentlassungsanzeige des kündigenden Arbeitgebers nach § 17 KSchG nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung. § 4 Satz 1 KSchG greift bereits tatbestandlich nicht ein. Die im AGG normierten Diskriminierungsverbote stellen keine eigenständigen Unwirksamkeitsgründe einer Kündigung da, können aber im Zusammenhang mit §§ 1 Absatz 2 und 3 KSchG, 138, 242, 626 BGB zur Unwirksamkeit einer Arbeitgeberkündigung führen. Diese Unwirksamkeit ist arbeitnehmerseits fristgebunden nach § 4 Satz 1 KSchG gerichtlich geltend zu machen. Dem steht nicht die Sonderregelung des § 15 Absatz 4 AGG entgegen. Diese Frist betrifft lediglich Schadensersatzansprüche, die im Zusammenhang mit einer diskriminierenden Kündigung geltend gemacht werden und nicht auf Naturalrestitution (Wiedererlangung des Arbeitsplatzes) gerichtet sind. Die Vorschrift des § 15 Absatz 5 AGG verweist hinsichtlich der Ansprüche gegen den Arbeitgeber, die sich anderen Rechtsvorschriften ergeben, auf die dortigen Voraussetzungen. Die Neufassung des § 4 KSchG ist auch anzuwenden auf Bestandsschutzstreitigkeiten im Ausbildungsverhältnis, wenn ein Schlichtungsausschuss nach § 111 ArbGG gebildet ist. Der Sinn und Zweck der gesetzlichen Neuregelung des § 4 KSchG lassen eine unterschiedliche Fristenbehandlung von Bestandsschutzstreitigkeiten im Ausbildungsverhältnis nicht zu.

### **C. Die Kündigungsschutzklage nach der Reform des § 4 KSchG**

Will ein Arbeitnehmer das Bestehen oder Nichtbestehen seines Arbeitsverhältnisses gerichtlich feststellen lassen, so steht ihm im arbeitsgerichtlichen Verfahren der Rechtsbehelf der allgemeinen Feststellungsklage nach §§ 46 Absatz 2 ArbGG, 256 ZPO zur Verfügung. Daneben existiert mit § 4 Satz 1 KSchG ein spezieller Klagetyp, mit dem der Kläger gerichtlich feststellen lassen kann, dass sein Arbeitsverhältnis durch eine Kündigung nicht aufgelöst worden ist. Nach der Gesetzesnovelle des § 4 KSchG durch das AMRG ist die Unwirksamkeit einer Arbeitgeberkündigung ohne Beschränkung auf spezielle Unwirksamkeitsgründe innerhalb einer Frist von 3 Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigungserklärung beim Arbeitsgericht mit dem speziellen Kageantrag geltend zu machen. Die Pflicht trifft jeden Arbeitnehmer ohne Beachtung seiner Beschäftigungsdauer und der Größe des Beschäftigungsbetriebes. Wird die Präklusionsfrist versäumt, statuiert § 7 KSchG die Fiktion der Wirksamkeit der Kündigung.

Der Wortlaut des § 4 KSchG n.F. ordnet seit 01.01.2004 an, dass zur Vermeidung rechtlicher Nachteile jeder gekündigte Arbeitnehmer spätestens drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung beim Arbeitsgericht Klage erheben muss mit dem Antrag auf *Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist*, wenn er geltend machen will, dass die Kündigung sozial ungerechtfertigt oder aus anderen Gründen rechtsunwirksam ist.

Im dritten Teil der Arbeit sollen die prozessualen Auswirkungen der Neuregelung des § 4 KSchG bezüglich der Anforderungen zur Fristwahrung und der Heilung deren Versäumung untersucht werden. Dabei wird nicht die gesamte, nahezu unüberschaubar gewordene Kasuistik in der Kommentarliteratur erörtert. Die Untersuchung beschränkt sich auf die Auswirkungen der Gesetzesnovelle auf die Kündigungsschutzklage im Bestandsschutzprozess unter besonderer Beachtung der Kombinationsklage. In diesem Zusammenhang wird eingegangen auf die durch die Gesetzesnovelle erfolgten Veränderungen in § 6 KSchG (verlängerte Anrufungsfrist).

## I. Problemstellung

Die Präklusionsfrist und die Wirkung ihrer Versäumung, §§ 4, 7 KSchG, sind unabdingbar. Sie führt in der gerichtlichen Praxis zu problematischen Situationen, wenn nach fristgerechter Erhebung der Kündigungsschutzklage arbeitgeberseits weitere Kündigungen ausgesprochen wurden, die nicht gesondert mit einer Klage nach § 4 KSchG angegriffen worden sind und somit das Arbeitsverhältnis der Parteien trotz laufendem Kündigungsschutzprozess wirksam beenden. Diese für den Arbeitnehmer ungünstige Konstellation wurde vom Gesetzgeber nicht geregelt. In der arbeitsgerichtlichen Praxis wird der Problematik mit der vorbeugenden Taktik begegnet, den Kündigungsschutzantrag nach § 4 KSchG mit einem allgemeinen Feststellungsantrag nach § 256 ZPO im Wege der objektiven Klagehäufung zu verbinden, § 260 ZPO („Kombinationsklage“). Damit wird prozessual das Ziel verfolgt, die klagende Partei vor Rechtsverlust durch Fristversäumung zu schützen. Die Rechtsprechung des 2. Senates des BAG<sup>360</sup> hat das Nebeneinander

---

<sup>360</sup> Urteil vom 21.01.1988 - 2 AZR 581/86 -, NZA 1988, 651.

der Anträge als geeignet angesehen, um den Arbeitnehmern während des Prozesses einen umfassenden Schutz einzuräumen. In der Literatur wurde die Rechtsprechung überwiegend begrüßt<sup>361</sup>, stieß aber auch auf Kritik<sup>362</sup>, aufgrund derer der Anwendungsbereich der Kombinationsklage eingeschränkt wurde durch Verschärfung der Zulässigkeitsvoraussetzungen und Einforderung eines diesbezüglichen besonderen Feststellungsinteresses<sup>363</sup>. An der Zulässigkeit der mit „Schleppnetzanträgen“<sup>364</sup> geführten Kombinationsklage im arbeitsgerichtlichen Bestandsschutzprozess wurde in der neueren Kommentarliteratur<sup>365</sup> nicht gezweifelt. Dogmatischer Kernpunkt dieser Konstruktion ist die Frage, was genau Gegenstand der einzelnen Klagen ist und wie einem möglicherweise eintretenden Fristversäumnis vorgebeugt werden kann. Ob der mit kombinierten Anträgen geführte Bestandsschutzprozess auch nach der Gesetzesnovelle als zulässiges Mittel zur Vorbeugung vor Rechtsverlust bei nicht rechtzeitig angegriffenen Kündigungen zur Verfügung steht, erscheint fraglich. Der Wortlaut des § 4 Satz 1 KSchG n.F. schreibt dem gekündigten Arbeitnehmer unter Aufgabe der Beschränkung auf die Fälle fehlender Sozialwidrigkeit präzise Klageart, Klageantrag und Klagefrist vor, wenn er die Unwirksamkeit der Kündigung geltend machen will.<sup>366</sup> Bis zum 31.12.2003 war Streitgegenstand einer Kündigungsschutzklage nach § 4 KSchG die Frage der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch die konkret mit der Klage angegriffene Kündigung zu dem von ihr vorgesehenen Termin („punktuelle Streitgegenstandsbegriff“), wobei das Gericht zu prüfen hatte, ob für die ordentliche Kündigung ein sozialer Rechtfertigungsgrund im Sinne von § 1 Absatz 2 und 3 KSchG bzw. bei der außerordentlichen Kündigung die Voraussetzung des § 626 BGB vorliegen. Andere Unwirksamkeitsgründe der Kündigung unterfielen den Präklusionsvorschriften der §§ 4, 7 KSchG nicht. Nach Auffassung des BAG war auch zu klären, ob zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung ein auflösbares Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien bestanden hatte, dieses bis zum Ablauf

---

<sup>361</sup> *Bitter* DB 1997, 1407; *Schwab* NZA 1998, 342.

<sup>362</sup> *Diller* NJW 1994, 830; *derselbe* NJW 1998, 663.

<sup>363</sup> BAG Urteile vom 27.01.1994 - 2 AZR 484/93 -, NZA 1994, 812 und 16.03.1994 - 8 AZR 97/93 -, NZA 1994, 860.

<sup>364</sup> *Bitter* DB 1997, 1407.

<sup>365</sup> *Ascheid/Hesse* in APS Rn. 147 zu § 4 KSchG; *Friedrich* in GK-KR Rn. 238, 243 zu § 4 KSchG; *Linck* in von Hoyningen-Huene/Linck Rn. 123 zu § 4 KSchG; *Quecke* in HWK Rn. 49 zu § 4 KSchG.

<sup>366</sup> *Gallner* in HaKo, Rn. 2 zu § 4 KSchG; *Quecke* in HWK Rn. 10 zu § 4 KSchG.

der Kündigungsfrist noch besteht und nicht schon vor dem Wirksamwerden der Kündigung durch andere Tatbestände aufgelöst worden ist<sup>367</sup>. Ein anderer Unwirksamkeitsgrund der Kündigung als die Sozialwidrigkeit nach § 1 Abs. 2 und 3 KSchG bzw. das Fehlen der Voraussetzungen des § 626 BGB war mit einer allgemeinen Feststellungsklage nach § 256 ZPO vom Arbeitnehmer geltend zu machen<sup>368</sup>.

Der Reformgesetzgeber hat die Beschränkung des punktuellen Streitgegenstandes auf die Geltendmachung des Fehlens eines sozialen Rechtfertigungsgrundes bzw. wichtigen Grundes mit dem AMRG aufgegeben. Schriftliche Arbeitgeberkündigungen müssen seit dem 01.01.2004 wegen nahezu allen Unwirksamkeitsgründen mit der punktuellen Fassung des § 4 KSchG angegriffen werden. Ein allgemeiner Feststellungsantrag gemäß § 256 ZPO - der auf die Feststellung des (Fort-) Bestandes eines Arbeitsverhältnisses gerichtet ist - reicht demnach wegen fehlender Rechtskraftwirkung der Entscheidungsgründe ebenso wenig zur Verhinderung der Fiktionswirkung des § 7 KSchG aus, wie ein Leistungsantrag des Arbeitnehmers, der auf Zahlung von Vergütung gerichtet ist, selbst wenn als Voraussetzung die inzidente Prüfung der Nichtigkeit der Kündigung durch das Gericht erforderlich ist, weil beispielsweise die geltend gemachten Vergütungsansprüche einen Zeitraum nach Ablauf des in der Kündigung genannten Endtermins des Arbeitsverhältnisses betreffen<sup>369</sup>. Für die allgemeine Feststellungsklage nach § 256 ZPO scheint es im Zusammenhang mit einer schriftlichen Arbeitgeberkündigung fast keinen Anwendungsbereich im Kündigungsschutzprozess mehr zu geben<sup>370</sup>.

Die jüngste Entscheidung des 2. Senates des BAG<sup>371</sup> sollte eine Klarstellung der Rechtsprechung zu dieser Problematik bewirken. Sie gibt Anlass, den gesamten Komplex zu durchleuchten und sich kritisch mit den gefundenen Ergebnissen auseinanderzusetzen.

---

<sup>367</sup> Ständige Rechtsprechung des BAG, vgl. zuletzt Urteil vom 14.08.2002 - 8 AZR 347/01 -, Juris; Urteil vom 12.05.2005 - 2 AZR 426/04 -, AP Nr. 53 zu § 4 KSchG unter B I 2 der Gründe; Urteil vom 24.05.2005 - 8 AZR 398/04 -, NZA 2005, 1302 ff. unter II 1. der Gründe.

<sup>368</sup> BAG Urteil vom 21.06.2000 - 4 AZR 379/99 -, Juris.

<sup>369</sup> *Linck* in von Hoyningen-Huene/Linck, Rn. 27 zu § 4 KSchG; *Zwanziger* in KDZ, Rn 31 zu § 4 KSchG.

<sup>370</sup> *Bauer/Preis/Schunder*, NZA 2004, 195 ff. (196).

<sup>371</sup> Urteil vom 12.05.2005 - 2 AZR 426/04 -, NZA 2005, 1259.

## II. Das Urteil des BAG vom 12.05.2005 - 2 AZR 426/04 -

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Der seit 1995 als Leiter des Rechnungswesens der Beklagten beschäftigte Kläger hat am *Vormittag* des 30.06.2003 ein auf den 27.06.2003 datiertes Kündigungsschreiben erhalten, in welchem sein Arbeitsverhältnis fristlos, hilfsweise zum 31.12.2003 beklagtenseits gekündigt wurde. Da der im Betrieb gebildete Betriebsrat zu dieser Kündigung nicht angehört worden war, hat die Beklagte das Arbeitsverhältnis nach Anhörung des Betriebsrates durch Anschreiben vom 30.06.2003 nochmals fristlos, hilfsweise fristgemäß zum 31.12.2003 gekündigt. Dieses Schreiben ist dem Kläger am *Nachmittag* des 30.06.2003 zugestellt worden. Die am 10.07.2003 erhobene Klage griff mit Klageantrag 1 die fristlose, hilfsweise ordentliche Kündigung vom 27.06.2003 an; mit Klageantrag 2 hat der Kläger die Feststellung beantragt, dass sein Arbeitsverhältnis auch nicht durch andere Beendigungstatbestände endet, sondern über den 31.12.2003 hinaus zu unveränderten Bedingungen fortbesteht. Deneben verlangte er mit Hilfsanträgen seine Weiterbeschäftigung und die Erteilung eines Arbeitszeugnisses. Die vom Kläger nach überwiegender Klageabweisung durch das Arbeitsgericht (obsiegt hatte der Kläger nur mit seinem Hilfsantrag auf Zeugniserteilung) erhobene Berufung wurde mit Kündigungsschutzanträgen gegen die Kündigungen der Beklagten vom 27. und 30.06.2003 und einem allgemeinen Feststellungsantrag nach § 256 ZPO geführt. Das Landesarbeitsgericht hat das Urteil des Arbeitsgerichts zum Teil abgeändert, den allgemeinen Feststellungsantrag des Klägers als unzulässig abgewiesen, die Unwirksamkeit der Kündigungserklärung der Beklagten vom 27.6.2003 festgestellt und den Rechtsstreit hinsichtlich der Kündigung der Beklagten vom 30.6.2003 unter Aufhebung des diesbezüglichen Urteils an das Arbeitsgericht zurückverwiesen. Begründet wurde die Entscheidung des LAG wie folgt: Der Antrag des Klägers, der auf Feststellung des Bestandes des Arbeitsverhältnisses über den 31.12.2003 gerichtet sei, beinhalte den erstmals im Berufungsverfahren gestellten Antrag nach § 4 KSchG hinsichtlich der Kündigungserklärung der Beklagten vom 30.06.2006. Prozessual stelle dies eine zulässige Klageeinschränkung dar. Diesbezüglich habe der Kläger zwar die Klageerhebungsfrist des § 4 KSchG versäumt; das Arbeitsgericht habe ihn aber nicht auf die verlängerte Anrufungsfrist nach § 6 KSchG hingewiesen, weswegen die Zurückweisung des Rechtstreites an das Arbeitsgericht veranlasst sei.

Auf die vom Landesarbeitsgericht für beide Parteien zugelassene, von der Beklagten mit dem Ziel der vollständigen Klageabweisung geführte Revision hat das Bundesarbeitsgericht das Urteil des Landesarbeitsgerichts aufgehoben und den Rechtsstreit in die zweite Instanz zurückverwiesen.

Zur Begründung hat das BAG ausgeführt, dass das Landesarbeitsgericht den Rechtsstreit nicht hätte an das Arbeitsgericht zurückverweisen dürfen, soweit er nicht rechtskräftig entschieden worden sei. Die mit kombinierten Anträgen nach §§ 4 KSchG, 256 ZPO geführte Bestandsschutzklage sei zulässig und jedenfalls nicht wegen der Versäumung der Klageerhebungsfrist gegen die Kündigungserklärung der Beklagten vom 30.06.2003 gemäß §§ 4, 7 KSchG unbegründet. Wegen des gegenüber dem punktuellen Antrag nach § 4 KSchG weitergehenden Streitgegenstands der allgemeinen Feststellungsklage nach § 256 ZPO müsse im gerichtlichen Verfahren geprüft werden, ob ein Arbeitsverhältnis der Parteien im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz noch bestehe. Dabei komme es darauf an, was der Kläger erkennbar gewollt habe. Für den beklagten Arbeitgeber sei hinreichend erkennbar gewesen, dass der klagende Arbeitnehmer jeden anderen Beendigungstatbestand sein Arbeitsverhältnis betreffend habe angreifen wollen. Damit sei die Warnfunktion des § 4 KSchG für den Arbeitgeber erfüllt. Auf die Formulierung des Klageantrages komme es nicht an. Die Klage gegen die Wirksamkeit der Kündigung vom 30.06.2003 sei damit nicht verspätet im Sinne von § 4 KSchG mit der Rechtsfolge des § 7 KSchG erhoben worden, so dass für eine Zurückverweisung des Rechtsstreites vom Landesarbeitsgericht an das Arbeitsgericht wegen eines vermeintlichen Verstoßes gegen die Hinweispflicht gemäß § 6 Satz 2 KSchG kein Raum sei. Vielmehr müsse das Landesarbeitsgericht die Wirksamkeit der Kündigungserklärung der Beklagten vom 30.06.2003 selbst bewerten und diesbezüglich entscheiden.

### III. Die Streitgegenstände der Anträge nach §§ 4 KSchG und 256 ZPO

Nach der obigen Entscheidung des Bundesarbeitsgerichtes kommt dem jeweiligen Streitgegenstand des Antrages für das Verhältnis zwischen Kündigungsschutzklage nach § 4 KSchG und § 256 ZPO zentrale Bedeutung zu. Der Streitgegenstand dient in erster Linie der Beantwortung der Frage, was genau Gegen

stand des Gerichtsverfahrens ist<sup>372</sup>. Um dem Gericht den Umfang der erwarteten Entscheidung aufzuzeigen, ist die Anführung eines bestimmten Streitgegenstandes in der Klageschrift erforderlich (§ 253 Absatz 2 Nr. 2 ZPO), was zu den Voraussetzungen einer ordnungsgemäßen Klageerhebung gehört. Der Streitgegenstand schlägt sich auch in der materiellen Rechtskraft des Urteils nieder. Er erlangt darüber hinaus praktische Bedeutung bei Fragen der Rechtshängigkeit und Präklusion<sup>373</sup>. Der Streitgegenstand wird alleine vom Kläger bestimmt und zwar durch seinen Klageantrag und den zur Begründung des Antrages vorgetragene Lebenssachverhalt<sup>374</sup>.

## 1. Streitgegenstand der Kündigungsschutzklage

### a. Kündigungsschutzklage, § 4 KSchG

Will der Arbeitnehmer die Unwirksamkeit der ihm schriftlich zugegangenen Kündigungserklärung des Arbeitgebers angreifen, muss er innerhalb von drei Wochen beim zuständigen Arbeitsgericht mit dem Antrag nach § 4 Satz 1 KSchG

*„Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der beklagten Partei vom TTMMJJJJ nicht aufgelöst worden ist“<sup>375</sup>*

eine Klage einreichen.

Was genau der Kläger mit diesem Antrag dem Gericht zur Entscheidung vorlegt, ist umstritten. Zur Klärung dieser Frage ist es notwendig, das Wesen der Kündigungsschutzklage sowie die dahinter stehenden gesetzlichen Wertungen herauszuarbeiten.

### b. Streitgegenstandstheorien zur Klage nach § 4 KSchG

Die Beantwortung der Frage nach dem Streitgegenstand der Kündigungsschutzklage ist notwendig, um eine Klärung über Art und Weise der Einbeziehung von mehreren Kündigungstatbeständen in die gerichtliche Entscheidung herbeizuführen. Je nach Auffassung des Streitgegenstandes der Kündigungsschutzklage

<sup>372</sup> Reichold in Thomas/Putzo 27. Auflage 2005 Rn. 11 zu Einleitung II.

<sup>373</sup> Vollkommer in Zöller ZPO 27. Aufl. 2008 Rn. 61 zur Einleitung.

<sup>374</sup> Rosenberg/Schwab/Gottwald § 95 III und IV.

<sup>375</sup> Gallner in HaKo, Rn. 47 zu § 4 KSchG.

kann die prozessuale Bewältigung von Mehrfachkündigungen des Arbeitgebers durch das Stellen des fristgerechten Kündigungsschutzantrages im Sinne von § 4 Satz 1 KSchG, dem Stellen einer allgemeinen Feststellungsklage nach § 256 ZPO, der Kombination von Kündigungsschutz- und allgemeiner Feststellungsklage oder nur durch jeweils bezogen auf den Zugang einer jeden Kündigung fristgerecht erhobenen Kündigungsschutzklage bzw. Erweiterung einer bereits anhängigen Klage mit einem neuen Kündigungsschutzantrag erfolgen.

#### aa. Bestandsrechtliche Auffassung

Nach Meinungen im älteren Schrifttum<sup>376</sup> ist Streitgegenstand der Kündigungsschutzklage gemäß § 4 Satz 1 KSchG die Feststellung des Fortbestehens des Arbeitsverhältnisses im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz. Dem Arbeitnehmer gehe es nicht um die Wirksamkeit *einer* Kündigung, sondern um den - aus Anlass der Kündigung gerichtlich festzustellenden - Fortbestand des Arbeitsverhältnisses<sup>377</sup>. Dies ergebe sich aus der Auslegung des klägerischen Willens; zu Gunsten des Klägers müsse die Vermutung eines umfassenden Streitgegenstandes gelten. Eine Beschränkung des Streitgegenstandes bedürfe einer ausdrücklichen Klarstellung durch den Kläger. Ein obsiegendes Urteil im Kündigungsschutzverfahren müsse dem Arbeitnehmer die Sicherheit gewähren, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch einen anderen Auflösungsstatbestand als durch die vom Gericht für unwirksam angesehen Kündigung aufgelöst worden sei<sup>378</sup>. Auch der Wortlaut des § 4 KSchG streite für einen auf den Bestand des Arbeitsverhältnisses ausgerichteten Streitgegenstand des Kündigungsschutzprozesses: Die gerichtliche Feststellung sei darauf gerichtet, dass *das Arbeitsverhältnis ... nicht aufgelöst ist*. Deswegen sei § 4 KSchG zu eng gefasst, da bei längeren Kündigungsfristen der Beendigungszeitpunkt des Arbeitsverhältnisses nach der letzten mündlichen Verhandlung liegen könne. Dem stehe die Formulierung, dass das Arbeitsverhältnis ... nicht aufgelöst *ist*, entgegen<sup>379</sup>.

---

<sup>376</sup> *Becker* AcP 188 (1988), 54, dort Fn. 84; *Bötticher* BB 1959, 1032; *Güntner* AuR 1974, 97 ff. (119); *Lüke* JZ 1960, 203.

<sup>377</sup> *Bötticher* BB 1959, 1032 ff. (1033).

<sup>378</sup> *Güntner* AuR 1974, 97 ff. (110).

<sup>379</sup> *Güntner* AuR 1962, 257.

Die Annahme eines punktuellen Streitgegenstandes begünstige nur den Arbeitgeber und locke den Arbeitnehmer auf die falsche Spur, da sich dieser mit der rechtzeitigen Klageerhebung in Sicherheit wähne<sup>380</sup>. Außerdem sei der Arbeitnehmer vordringlich auf die Fortzahlung seiner Vergütung nach Ablauf der Kündigungsfrist angewiesen. Dieses Ziel lasse sich aber nur über eine erfolgreiche Klage nach §§ 4, 7, 13 KSchG erreichen. Die diesbezüglich nur mittelbar mögliche Rechtsverwirklichung gebiete die Einbeziehung aller bestandsrechtlicher Voraussetzungen in den Streitgegenstand der Kündigungsschutzklage, damit diese nicht mehr Gegenstand eines nachfolgenden Vergütungsstreites sein könnten<sup>381</sup>. Zudem müssten divergierende Entscheidungen in Kündigungsschutzstreitigkeiten verhindert werden. Diese Gefahr bestünde, wenn die Wirksamkeit einzelner Kündigungen zum Gegenstand von getrennten Prozessen gemacht werden könnten<sup>382</sup>. Auch der Wortlaut der §§ 11 und 12 KSchG spreche für einen weitgefassenen Streitgegenstand der Kündigungsschutzklage. Der Formulierung „*besteht nach der Entscheidung des Gerichts das Arbeitsverhältnis fort ...*“ hätte es bei punktuellm Verständnis des Streitgegenstandes nicht bedurft; ausreichend wäre dann die Formulierung „*besteht das Arbeitsverhältnis fort ...*“ gewesen<sup>383</sup>. Des Weiteren streite der Regelungsgehalt des § 9 KSchG und der Wortlaut des § 12 Absatz 7 ArbGG a.F. für den weiten Streitgegenstandsbegriff<sup>384</sup>. Letztgenannte Norm verweise bei der Berechnung des Streitwertes vom Kündigungsschutzverfahren auf Klagen, die das *Bestehen oder Nichtbestehen eines Arbeitsverhältnisses* zum Gegenstand haben, was die gesetzgeberische Interpretation des Kündigungsschutzes als umfassenden Bestandsschutzes zeige. Soweit § 9 KSchG die Auflösung des Arbeitsverhältnisses auf Antrag des Arbeitnehmers durch das Gericht bei gleichzeitiger Festsetzung einer Abfindungszahlung durch den Arbeitgeber ermögliche, folge daraus, dass der Bestand des Arbeitsverhältnisses insgesamt im Streit gestanden habe. Auflösen könne das Gericht nur ein bestehendes Arbeitsverhältnis. Daher komme eine fokussierte Prüfung der Wirksamkeit einer

---

<sup>380</sup> Bötticher BB 1959, 1032 ff. (1034).

<sup>381</sup> Güntner AuR 1974, 97 ff. (111); derselbe DB 1975, 1267; Berkowsky NJW 1982, 905 ff. (908).

<sup>382</sup> Bötticher BB 1959, 1032 ff. (1035).

<sup>383</sup> Bötticher BB 1959, 1032 ff. (1034); Güntner DB 1975, 1317 ff. (1319); derselbe BB 1968, 754 ff. (764).

<sup>384</sup> Güntner AuR 1962, 257 ff. (262); derselbe BB 1968, 754 ff. (756); derselbe AuR 1974, 97 ff. (111).

Kündigung im Kündigungsschutzprozess nicht in Betracht. Auflösen könne das Gericht das Arbeitsverhältnis nur, wenn feststehe, dass es vor dem Gestaltungs-urteil nicht wirksam beendet worden sei. Ferner wird die Regelung des § 102 Absatz 5 BetrVG als Argument für die Annahme des Bestandsschutzes des Arbeitsverhältnisses als Streitgegenstand der Kündigungsschutzklage herangezogen<sup>385</sup>. Die Eröffnung der Möglichkeit der Geltendmachung eines Beschäftigungsanspruches zeige die Intention des Gesetzgebers, dass im Kündigungsschutzprozess nicht nur die Wirksamkeit der Kündigung zu behandeln sei, sondern dass der gesamte Bestand des Arbeitsverhältnisses mit allen Rechten und Pflichten beurteilt werden müsse. Schließlich könne nur mit einem weiten Streitgegenstandsbegriff im Kündigungsschutzverfahren das gesetzgeberisch verfolgte Ziel der alsbaldigen Klarheit über die Wirksamkeit der Beendigung der arbeitsvertraglichen Beziehungen erreicht werden<sup>386</sup>. Die bloße zeitnahe Benachrichtigung des Arbeitgebers, dass der Arbeitnehmer die Kündigung nicht akzeptiere, hätte auch durch eine Vergütungsklage erreicht werden können. Nur wenn der Arbeitgeber wisse, dass sich der Arbeitnehmer gegen die Beendigung seines Arbeitsverhältnisses *insgesamt* im Kündigungsschutzverfahren wehre, könne eine alsbaldige Klarheit im Sinne des vom Gesetzgeber verfolgten Zweckes der Norm erreicht werden. Die Beschränkung der Kündigungsschutzklage auf die Wirksamkeit einer Kündigung führe trotz einer gerichtlichen Entscheidung im Kündigungsschutzprozess nicht zur Beantwortung der für den Arbeitgeber wichtigen Frage, ob die arbeitsvertraglichen Beziehungen der Parteien beendet seien oder nicht. Auch die Prozessökonomie verlange eine Konzentration aller Beendigungstatbestände in einem Prozess. Letztlich könne auch aus der Tatsache der Ausgestaltung des Rechtsschutzes der Arbeitnehmer gegenüber einer Arbeitgeberkündigung in Form einer Feststellungsklage auf den weiten Streitgegenstand der Kündigungsschutzklage geschlossen werden<sup>387</sup>. Hierdurch habe der Gesetzgeber den Arbeitnehmer begünstigen wollen. Das Kündigungsschutzrecht diene dem Interesse des Arbeitnehmers an der Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses. An dieser Auffassung habe sich die - weite - Auslegung des § 4 KSchG zu orientieren. Der Gesetzgeber sei davon ausgegangen, dass es im Normalfall um eine Kündigung gehe, nach

---

<sup>385</sup> *Güntner* AuR 1962, 257 ff. (263).

<sup>386</sup> *Böttcher* BB 1959, 1032 ff. (1035); *Güntner* RdA 1953, 249 ff. (250).

<sup>387</sup> *Böttcher* BB 1959, 1032; *Güntner* AuR 1962, 257 ff. (260).

deren gerichtlicher Feststellung der Unwirksamkeit der Arbeitnehmer Sicherheit über den Bestand des Arbeitsverhältnisses haben sollte. Zur Gewährung eines umfassenden Bestandsschutzes des Arbeitsverhältnisses sei jedoch eine der Rechtskraft fähige Entscheidung über die Frage des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses notwendig. Dies könne nur durch die Annahme des weiten Streitgegenstandsbegriffes der Kündigungsschutzklage erreicht werden.

Ein punktuelles Feststellungsurteil stelle den Arbeitnehmer schlechter als ein ob-siegendes Leistungsurteil in einer Vergütungsklage. Den rechtskräftig zuerkannten Vergütungsanspruch müsse der Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer erfüllen; ein entsprechendes punktuelles Feststellungsurteil lasse die Vergütungszahlungsverpflichtung des Arbeitgebers dem Grunde und der Höhe nach offen. Damit führe die punktuelle Streitgegenstandstheorie zur Abwertung des Kündigungsschutzprozesses für den Arbeitnehmer<sup>388</sup>.

#### bb. Die Auffassung des „punktuellen“ Streitgegenstandes

Die ältere Rechtsprechung des BAG<sup>389</sup> und ein Großteil der Literatur<sup>390</sup> gehen von einem „punktuellen“ Streitgegenstandsbegriff der Kündigungsschutzklage gemäß § 4 KSchG aus. Danach ist der Gegenstand des von den Parteien im Kündigungsschutzprozess zur Entscheidung gestellten Streites die Frage der wirksamen Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch eine bestimmte Kündigung zu dem in ihr bezeichneten Termin. Die meisten Vertreter der punktuellen Streitgegenstandstheorie haben den Streitgegenstand des Kündigungsschutzprozesses allerdings auf sämtliche Unwirksamkeitsgründe der Kündigung ausgedehnt. Die Kündigungsschutzklage stelle eine negative Feststellungsklage dar, welche die Feststellung der Unwirksamkeit einer Kündigung schlechthin und nicht nur ihre Sozialwidrigkeit betreffe. Deshalb müsse die Kündigung unter allen rechtlichen Gesichtspunkten auf ihre Unwirksamkeit geprüft werden. Nach rechtskräftiger Abweisung der Kündigungsschutzklage könne der Arbeitnehmer nicht mehr geltend machen, die Kündigung sei aus anderen Gründen außer der Sozialwidrigkeit

---

<sup>388</sup> *Güntner* AuR 1962, 257 ff. (260).

<sup>389</sup> Z. B. Urteil vom 24.06.1955 - 1 AZR 429/54 -, AE 1955, 229; Urteil vom 13.11.1958 - 2 AZR 573/57 -, SAE 1959, 165.

<sup>390</sup> *Boewer* NZA 1997, 359 ff. (360); *Hager* BB 1989, 693 ff. (696); *Herschel/Löwisch*, 6. Aufl., Rn. 51 zu § 4 KSchG; *Friedrich* in GK-KR, 1. Aufl., Rn. 225 zu § 4 KSchG.

nichtig<sup>391</sup>. Ob zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung bzw. im Zeitpunkt des in der Kündigung genannten Endtermins ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien bestanden hat, wird dagegen nicht zum Streitgegenstand des Kündigungsschutzprozesses gezählt.

Zur Begründung der These des punktuellen Streitgegenstandsbegriffes wird auf den Wortlaut des § 4 Satz 1 KSchG abgestellt, der als Klageantrag die Feststellung, *dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist*, vorgebe. Streitgegenstand könne daher nur die Gestaltungswirkung einer bestimmten Kündigung und nicht mehr sein<sup>392</sup>. Der vom Gesetzgeber vorgesehene Antragswortlaut stehe in einem innerlich unauflösbaren Kontext. Einzelne Satzteile dürften nicht isoliert betrachtet werden. Außerdem spreche der vom Gesetzgeber vorgesehene Sinn und Zweck der Klageerhebungsfrist für einen punktuellen Streitgegenstand des Kündigungsschutzprozesses. Nur die Konzentration auf einen zeitlich fixierten möglichen Beendigungstatbestand ermögliche die Herstellung einer Beziehung zwischen dem Zeitpunkt einer Kündigung und dem der gerichtlichen Geltendmachung ihrer Unwirksamkeit dergestalt, dass der sachliche Erfolg von der Wahrung der gesetzlichen Frist abhängt. Dieses gesetzgeberische Ziel könne nicht erreicht werden, wenn das Ergebnis einer stattgebenden Kündigungsschutzklage die bloße Feststellung des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses wäre, da dann die Normierung der Klagefrist keinen Sinn ergeben würde<sup>393</sup>.

Ferner diene die Klageerhebungsfrist des § 4 KSchG vordringlich dem Interesse des Arbeitgebers an der alsbaldigen gerichtlichen Entscheidung über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses. Die Konzentration des Rechtsstreites auf die Wirksamkeit einer Kündigung gewährleiste eine zügige, gerichtliche Entscheidung, was der Prozessökonomie entspreche und dem Beschleunigungszweck der Bestandsschutzverfahren gemäß § 61a ArbGG diene. All dies spreche für einen punktuellen Streitgegenstand der Kündigungsschutzklage<sup>394</sup>.

---

<sup>391</sup> Boewer NZA 1997, 359 ff. (361); derselbe RdA 2001, 380 ff. (386); Hueck/vonHoyningen-Huene, 12. Aufl. 1997, Rn. 25 zu § 4 KSchG; BAG Urteil vom 12.01.1977 - 5 AZR 393/75 -, AP Nr. 3 zu § 4 KSchG unter 2a der Gründe.

<sup>392</sup> Bitter DB 1997, 1407 ff.

<sup>393</sup> Pickart, Kündigungsschutz- und Kombinationsklage S. 160.

<sup>394</sup> Bakker, Anmerkung zu EzA § 4 KSchG neue Fassung Nr. 46, S.15.

Schließlich könne die Entstehungsgeschichte als Stütze für die These der punktuellen Streitgegenstandstheorie herangezogen werden, da auch das BRG und das AOG eine Klage für erforderlich hielten, eine ganz bestimmte (allerdings zunächst wirksame) Kündigung zu widerrufen oder zu beseitigen<sup>395</sup>. Ein Wille des Gesetzgebers, bei der Kodifizierung des Kündigungsschutzgesetzes von dem schon immer begrenzten Streitgegenstand im Kündigungsschutzgesetz abzuweichen, sei nirgends zum Ausdruck gekommen.

Letztlich streite auch die amtliche Begründung zum Entwurf der Bundesregierung zu den §§ 3 bis 6 KSchG a.F.<sup>396</sup> für den punktuellen Streitgegenstandsbegriff. Dort werde ausschließlich die Formulierung der „*Rechtsunwirksamkeit der Kündigung*“ verwendet. Von der Feststellung des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses sei nicht die Rede. Vielmehr werde die Kündigungsschutzklage in der Begründung zu § 10 des Entwurfs ausdrücklich als „*Rechtsstreit um die Wirksamkeit der Kündigung*“ bezeichnet.

Abschließend spreche für die Ansicht des punktuellen Streitgegenstandes der durch den Antrag des Arbeitnehmers im Kündigungsschutzprozess zum Ausdruck gekommene Parteiwille. Unter Umständen wolle der Arbeitnehmer aus gutem Grund nur gegen eine einzelne Kündigung vorgehen, beispielsweise, weil er eine andere Kündigung akzeptiert und nur mit einer bestimmten Kündigung wegen der gewählten Begründung oder dem beabsichtigten Auflösungszeitpunkt nicht einverstanden sei. Dies komme beispielsweise dann in Betracht, wenn der Arbeitnehmer zur Umgehung einer Sperrfrist für den Bezug von Arbeitslosengeld eine fristlose oder verhaltensbedingte ordentliche Kündigung angreift, sich aber nicht gegen eine ordentliche, auf dringende betriebliche Gründe gestützte Kündigung wegen des Vorliegens der Voraussetzungen des § 1 Absatz 2 und 3 KSchG wenden wolle<sup>397</sup>.

---

<sup>395</sup> Hueck/vonHoyningen-Huene, 12. Aufl., Rn. 70a zu § 4 KSchG.

<sup>396</sup> RdA 1951, 58 ff. (63).

<sup>397</sup> Boewer NZA 1997, 359 ff. (360); Germelmann u.a., Komm. zum ArbGG, Rn. 144 „Einleitung“.

## cc. Die modifizierte punktuelle Streitgegenstandstheorie

Die neuere Rechtsprechung des BAG<sup>398</sup> hat den Streitgegenstandsbegriff des Kündigungsschutzprozesses erweitert. Nach dieser modifizierten Streitgegenstandstheorie, der sich auch Teile der Literatur angeschlossen haben<sup>399</sup>, ist Streitgegenstand und somit der Gegenstand der Rechtskraft des der Kündigungsschutzklage stattgebenden Urteils auch die Feststellung, dass im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung und darüber hinaus bis zu dem in der Kündigungserklärung bezeichneten Beendigungstermin ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien bestand. Die Parteien streiten demgemäß nicht losgelöst über die Frage der Wirksamkeit einer Kündigung, sondern auch um die Frage, ob im Zeitpunkt des Kündigungszugangs und dem Beendigungstermin überhaupt ein auflösbares Arbeitsverhältnis bestanden hat. Bestand und Fortdauer des Arbeitsverhältnisses werden von den Vertretern der modifizierten Streitgegenstandstheorie nicht hypothetisch unterstellt, sondern direkt in den Streitgegenstand einbezogen. Nach dieser Auffassung ist daher Prüfungsgegenstand im Kündigungsschutzprozess auch die Frage, ob das Arbeitsverhältnis nicht schon zuvor durch andere Kündigungen oder sonstige Auflösungsstatbestände beendet wurde. In Folge dessen kann sich der Arbeitgeber nach einem der Klage stattgebenden Urteil nicht darauf berufen, es habe kein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien bestanden oder ein bestehendes Arbeitsverhältnis sei vor dem in der Kündigung genannten Termin beendet worden. Umgekehrt stehe bei rechtskräftiger Abweisung des Antrages nach § 4 KSchG fest, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung aufgelöst worden sei oder dass kein Arbeitsverhältnis bestanden hat. Dies folge aus dem kontradiktorischen Gegenteil, das dem klageabweisenden Kündigungs-

---

<sup>398</sup> Beschluss vom 30.08.1993 - 2 AZB 6/93 -, AP Nr. 6 zu § 17a GVG unter III 3a aa) der Entscheidungsgründe; Beschluss vom 28.10.1993 - 2 AZB 12/93 -, AP Nr. 19 zu § 2 ArbGG 1979 unter III 2a aa) der Entscheidungsgründe; Urteil vom 20.09.2000 - 5 AZR 271/99 -, AP Nr. 8 zu § 2 ArbGG unter III der Gründe; Urteil vom 25.03.2004 - 2 AZR 399/03 -, AP § 54 BMT-G II Nr. 5 unter B II 1 der Entscheidungsgründe; Urteil vom 12.05.2005 - 2 AZR 426/04 -, AP Nr. 53 zu § 4 KSchG 1969 unter B I 2 der Entscheidungsgründe; Urteil vom 24.04.2005 - 8 AZR 398/04 -, NZA 2005, 1302 ff. unter II 1 der Entscheidungsgründe; Urteil vom 10.11.2005, - 2 AZR 623/04 - Juris unter B I 1b aa) der Entscheidungsgründe; Urteil vom 27.04.2006 - 2 AZR 360/05 -, AP Nr. 55 zu § 9 KSchG 1969 unter B I 1. der Entscheidungsgründe; Beschluss vom 26.06.2008 - 6 AZN 648/07 -, NZA 2008, 1145 Rn. 12-15.

<sup>399</sup> *Schaub* NZA 1990, 85 ff.; a.A. *Spinner* in Löwisch/Spinner, Rn. 11 zu § 4 KSchG, der den Bestand des Arbeitsverhältnisses als bloße Vorfrage eines Kündigungsschutzprozesses ansieht.

schutzurteil wegen der erfolglos erstrebten negativen Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung inne wohnt<sup>400</sup>.

Zur Begründung der modifizierten Streitgegenstandstheorie wird angeführt, dass die Frage, ob eine Kündigung ein Arbeitsverhältnis zu einem bestimmten Termin auflöse und ob zu einem bestimmten Zeitpunkt überhaupt ein Arbeitsverhältnis bestanden habe, nur einheitlich beurteilt werden könne<sup>401</sup>. Das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung sei Teil der vom Kläger zum schlüssigen Sachvortrag erforderlichen Behauptung. Eine Begrenzung des Streitgegenstandes auf die punktuelle Prüfung der Wirksamkeit der Kündigung würde dazu führen, dass die materielle Rechtskraft die ihr zugeordnete Funktion - die Bewahrung des Rechtsfriedens - nicht erfüllen könne. Jeder Streit müsse aber einmal ein Ende haben. Daher sei die Kündigungsschutzklage im Sinne von § 4 KSchG auf die beiden Feststellungen gerichtet, dass zwischen den Parteien im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung und im Beendigungszeitpunkt ein Arbeitsverhältnis bestanden habe, das durch die Kündigung nicht aufgelöst worden sei<sup>402</sup>.

### c. Stellungnahme

Der These des *punktuellen* Streitgegenstandes der Kündigungsschutzklage ist zu folgen. Insgesamt sprechen die besseren Argumente dafür, im Rahmen der Prüfung des klägerischen Begehrens im Kündigungsschutzprozess die Frage zu beantworten, welche Auswirkung eine konkret angegriffene Kündigung auf den Bestand des Arbeitsverhältnisses hatte. Der Kläger kann im Rahmen seiner Antragstellung den Streitgegenstand bestimmen. Wählt er den Kündigungsschutzantrag nach § 4 KSchG, verletzen die Befürworter des *modifizierten* Streitgegenstandsbegriffs die Dispositionsbefugnis der klagenden Partei, die unter Umständen lediglich die Wirksamkeit einer Kündigung zu einem bestimmten Termin zur gerichtlichen Überprüfung stellen möchte, ohne auf die gerichtliche Feststellung des tatsächlichen Endes des Arbeitsverhältnisses Wert zu legen. Auch vermögen die zur

---

<sup>400</sup> Gallner in HaKo, Rn. 149 zu § 4 KSchG.

<sup>401</sup> BAG Urteil vom 12.05.2005 - 2 AZR 426/04 -, AP Nr. 53 zu § 4 KSchG unter B I 2 der Entscheidungsgründe; Urteil vom 10.11.2005 - 2 AZR 423/04 -, Juris unter B I 1b aa) der Entscheidungsgründe.

<sup>402</sup> Habscheid RdA 1989, 88.

Begründung der erweiterten punktuellen Streitgegenstandstheorie vorgebrachten Argumente der notwendigen Prüfung des Bestandes des Arbeitsverhältnisses als Voraussetzung für die Feststellung, dass dieses durch die Kündigung nicht aufgelöst worden sei und des Erfordernisses der Rechtskrafterstreckung zum Zwecke der Herstellung von Rechtsfrieden, nicht zu überzeugen. Weder der Bestand noch der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses ist Gegenstand der Kündigungsschutzklage nach § 4 KSchG, sondern nur die Wirksamkeit der auf das Arbeitsverhältnis einwirkenden Kündigung. Der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses ist das Ergebnis einer gerichtlichen Prüfung und der Feststellung der Unwirksamkeit einer Kündigung. Damit stellt der Bestand des Arbeitsverhältnisses lediglich einen Streitgegenstand des Kündigungsschutzurteils bedingende Rechtsbeziehung dar, die nicht in Rechtskraft erwächst<sup>403</sup>.

Entgegentreten ist der *Bestandstheorie*, die als Streitgegenstand der Kündigungsschutzklage die Feststellung des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz sieht. Die Auffassung hat zwar aus Arbeitnehmersicht den Vorteil, dass sie bezüglich aller einer Kündigung nachfolgenden Beendigungstatbestände durch die fristgerecht erhobene Kündigungsschutzklage den notwendigen Rechtsschutz gewährt und weitere prozessuale Aktivitäten entbehrlich macht. Allerdings beachtet die bestandsrechtliche Auffassung nach der hier vertretenen Meinung ebenso wenig den Parteiwillen der klagenden Partei wie den Gesetzeswortlaut des § 4 KSchG.

Die zur Stützung der bestandsrechtlichen Theorie herangezogene Argumentation hält einer kritischen Überprüfung nicht Stand. Die Annahme, es spreche üblicherweise eine Vermutung für den durch Auslegung zu ermittelnden Parteiwillen der klagenden Partei, diese wolle den Streitgegenstand nicht begrenzt auf die Prüfung der Wirksamkeit einer Kündigung, sondern umfassend auf den Bestand des Arbeitsverhältnisses sehen<sup>404</sup>, übersieht, dass nur dann eine Auslegung des Klageantrages und des dahinter stehenden Willens der klagenden Partei in Betracht kommt, wenn sich aus dem tatsächlichen Vorbringen eine eindeutige Bestimmung

---

<sup>403</sup> *Vollkommer* in Zöller Komm. zur ZPO, Rn. 25 bis 28 zu § 322; *Hartmann* in Baumbach/Lauterbach, Komm. zur ZPO, Rn. 4 zu § 322; *Thomas/Putzo*, Komm. zur ZPO, Anmerkung 6b zu § 322.

<sup>404</sup> *Böttcher* BB 1959, 1032 ff.

des Streitgegenstandes nicht vornehmen lässt. Behandelt der Sachvortrag der klagenden Partei nur die Wirksamkeit einer Kündigung, ist für eine Auslegung als umfassenden Bestandsschutzantrag kein Raum. Es bedarf daher keiner Klarstellung des Klägers, er wolle nur die Wirksamkeit einer Kündigungserklärung zur gerichtlichen Überprüfung stellen, wenn er einen Antrag nach § 4 KSchG stellt. Vielmehr ist vom Kläger umgekehrt ein entsprechender Sachvortrag zu verlangen, wenn er entgegen seiner Antragstellung eine erweiterte gerichtliche Prüfung anstrebt.

Auch der Wortlaut des § 4 KSchG streitet nicht für einen erweiterten Streitgegenstandsbegriff. Der Gesetzgeber hat in § 4 KSchG die gerichtliche Feststellung nicht auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses gerichtet, sondern den gerichtlichen Rechtsfolgenausspruch begrenzt auf einen besonderen Auflösungsstatbestand: Eine bestimmte Kündigung. Dass der Bestand des Arbeitsverhältnisses durch eine unwirksame Kündigung nicht aufgelöst wird, ist eine bloße Auswirkung der vom Arbeitnehmer als unwirksam angesehenen Kündigungserklärung, führt aber nicht dazu, den gesamten Bestand des Arbeitsverhältnisses in die gerichtliche Prüfung einbeziehen zu müssen.

Soweit der Gesetzgeber in § 4 KSchG formuliert, dass ein Arbeitsverhältnis durch eine unwirksame Kündigung nicht aufgelöst *ist*, lässt dies einen Rückschluss auf einen Prüfungsmaßstab des Gerichts bezogen auf die Feststellung des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung<sup>405</sup> nicht zu. Möglicherweise ist vom Gesetzgeber die prozessuale Situation einer Entscheidung im Kündigungsschutzprozess vor Ablauf der Kündigungsfrist bei der Abfassung des Gesetzestextes nicht bedacht worden. Deshalb im Rahmen der Kündigungsschutzklage auf den Bestand des Arbeitsverhältnisses im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung abzustellen, ist jedoch nicht die Lösung. Denn zu diesem Termin kann noch nicht feststehen, ob das Arbeitsverhältnis tatsächlich nach Ablauf der noch in der Zukunft liegenden Kündigungsfrist - durch welche Auflösungsstatbestände auch immer - enden wird. Entscheiden kann das Gericht im Falle der im Zeitpunkt der Urteilsfindung noch nicht abgelaufenen Kündigungsfrist nur, ob das Arbeitsverhältnis durch die konkret angegriffene Maß-

---

<sup>405</sup> So *Güntner* AuR 1962, 257.

nahme wirksam aufgelöst *wird*. Eine solche Tenorierung entspricht dem Willen des Gesetzgebers.

Ebensowenig überzeugend sind die zu verhindernde „Belohnung“ des mehrfach kündigenden Arbeitgebers und das Erfordernis des Schutzes eines auf die ausreichende Wirkung der erhobenen Kündigungsschutzklage vertrauenden Arbeitnehmers<sup>406</sup> als Argumente für einen bestandsschutzrechtlichen Streitgegenstandsbegriff. Das Vertrauen einer klagenden Partei in die Reichweite seines Antrages sagt nichts über den Streitgegenstand aus. Eine Erweiterung des Streitgegenstandes aus Billigkeitsgründen ist abzulehnen. Die klagende Partei hat es in der Hand, den Streitgegenstand zu bestimmen. Eine sorgfältige Prozessführung ist einem Arbeitnehmer - ebenso wie jeder anderen Prozesspartei - zuzumuten.

Die Forderung nach einem umfassenden Bestandsschutz im Kündigungsschutzprozess zur Vermeidung divergierender Entscheidungen<sup>407</sup> - auch in nachfolgenden Vergütungsprozessen<sup>408</sup> - ist zwar aus prozessökonomischen Gesichtspunkten nicht zu beanstanden. Allerdings lässt sich aus der Forderung nichts für die Bestimmung eines erweiterten Streitgegenstandes herleiten. Um die Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG zu verhindern, muss rechtzeitig vom gekündigten Arbeitnehmer Klage im Sinne von § 4 KSchG erhoben werden. Dieser Umstand hindert den Arbeitnehmer aber nicht, den Bestand des Arbeitsverhältnisses durch eine entsprechend umfassende Antragstellung zum Streitgegenstand zu machen. Auch eine Antragsverbindung mit einem Leistungsantrag für fällige Vergütungsansprüche nach § 260 ZPO ist möglich. Die Beschränkung des Klagebegehrens auf einen Antrag nach § 4 KSchG führt demgegenüber nur zu einer Sachentscheidung des Gerichts auf die von den Parteien im Kündigungsschutzprozess zur Entscheidung gestellten Frage, ob das Arbeitsverhältnis durch eine bestimmte Kündigung aufgelöst worden ist oder nicht.

Gegen die Herleitung des bestandsrechtlichen Streitgegenstandsbegriffs im Kündigungsschutzverfahren aus dem Regelungsgehalt der §§ 9 bis 12 KSchG<sup>409</sup> und

---

<sup>406</sup> *Nikisch* DB 1956, 1133 ff. (1134).

<sup>407</sup> *Bötticher* BB 1959, 1032 ff. (1035).

<sup>408</sup> *Güntner* DB 1975, 1267; *Berkowsky* NJW 1982, 905 ff. (908).

<sup>409</sup> *Bötticher* BB 1959, 1032 ff. (1034); *Güntner* AuR 1962, 257 ff. (262); *derselbe* BB 1968, 754 ff. (756); *derselbe* AuR 1974, 97 ff. (111); *derselbe* DB 1975, 1317 ff. (1319).

dem Wortlaut des § 12 Absatz 7 ArbGG a.F. ist anzuführen, dass der Auflösungsantrag des § 9 KSchG voraussetzt, dass das Gericht die Unwirksamkeit der Kündigung gemäß § 4 KSchG festgestellt hat. In Folge dessen besteht die Rechtslage fort, die auch ohne die unwirksame Kündigung bestanden hätte: Die Parteien verbindet ein Arbeitsverhältnis. Prüfungsmaßstab des Gerichts ist deshalb aber nicht der Bestand des Arbeitsverhältnisses insgesamt, sondern die Wirksamkeit der konkreten Kündigung unter Beachtung aller in Betracht kommenden Unwirksamkeitsgründe<sup>410</sup>. Sind die Voraussetzungen des § 9 KSchG erfüllt, hat das Arbeitsgericht das Arbeitsverhältnis auf Antrag aufzulösen. Einer Feststellung des Bestandes des Arbeitsverhältnisses im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung bedarf es demgegenüber ausweislich des klaren Gesetzeswortlautes nicht. Die Vorschriften der §§ 11 und 12 KSchG befassen sich ihrer systematischen Stellung im Gesetz nach den Normen der §§ 9 und 10 KSchG mit Regelungen, die nur für den Fall gelten sollen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht gemäß § 9 KSchG aufgelöst worden ist. Zur Herleitung einer bestandsrechtlichen Auslegung des Streitgegenstandes im Kündigungsschutzprozess geben sie nichts Überzeugendes her.

Die - inzwischen durch das Kostenrechtsmodernisierungsgesetz aufgehobene - Norm des § 12 Absatz 7 ArbGG a.F. verwies bei der Berechnung des Gegenstandswertes nicht nur auf den Bestand des Arbeitsverhältnisses, sondern auch auf in ihrer Wirksamkeit streitige Kündigungen. Klagen über das (Nicht-)Bestehen oder die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses sollten wertmäßig gleichbehandelt werden. Hieraus lässt sich aber kein Argument für die bestandsrechtliche Streitgegenstandstheorie herleiten, im Gegenteil: Aus § 12 Absatz 7 ArbGG a.F. lässt sich eher schließen, dass dem Gesetzgeber die unterschiedlichen Streitgegenstände im Kündigungsschutzprozess bekannt waren, wenn er anordnete, dass neben dem (Nicht-)Bestand eines Arbeitsverhältnisses auch die Frage der Wirksamkeit einer Kündigung eines Arbeitsverhältnisses im Wertfestsetzungsverfahren gleich behandelt werden muss.

---

<sup>410</sup> *Gallner* in HaKo, Rn. 49 zu § 4 KSchG.

Auch stellt der Weiterbeschäftigungsantrag des gekündigten Arbeitnehmers nach § 102 Absatz 5 BetrVG<sup>411</sup> keinen Beweis für die Annahme eines bestandrechtlichen Streitgegenstandes der Kündigungsschutzklage nach § 4 KSchG dar. Mit der Gewährung eines Anspruchs auf tatsächliche Weiterbeschäftigung eines fristgemäß gekündigten Arbeitnehmers im Falle der Erhebung einer Kündigungsschutzklage und dem Vorliegen eines ordnungsgemäßen Widerspruchs des Betriebsrats nach § 102 Absatz 3 BetrVG hat der Gesetzgeber die Interessen der von der Kündigung betroffenen Arbeitnehmer am Bestandsschutz gestärkt. Der Betriebsrat kann einer beabsichtigten Kündigung nur wirksam widersprechen, weil er sie für sozialwidrig hält §§ 102 Absatz 3 BetrVG, 1 Absatz und 3 KSchG. Wegen der vom Betriebsrat in seinem Widerspruch behaupteten Unwirksamkeit der Kündigung soll der Arbeitnehmer bis zur rechtskräftigen Entscheidung im Kündigungsschutzstreit vom Arbeitgeber weiterbeschäftigt werden müssen. Konsequenzen für die Bestimmung des Streitgegenstandes hat die Norm allerdings nicht: Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats besteht für jede einzelne Kündigung. Der Betriebsrat kann es auch für unterschiedliche Kündigungssachverhalte unterschiedlich ausüben.

Schließlich lässt sich auch aus dem vom Gesetzgeber verfolgten Zweck<sup>412</sup> der Klageerhebungsfrist die bestandsrechtliche These nicht überzeugend herleiten. Der Arbeitgeber soll innerhalb einer überschaubaren Frist Klarheit darüber erhalten, ob der gekündigte Arbeitnehmer die Beendigung des Arbeitsverhältnisses akzeptiert oder nicht. Greift der Arbeitnehmer die Kündigung oder eine von mehreren Kündigungen gemäß § 4 KSchG an, ist der Zweck der Klageerhebungsfrist erreicht. Eine Erstreckung des Streitgegenstandes auf den Bestand des Arbeitsverhältnisses insgesamt bedarf es hierzu nicht. Die nicht angegriffenen Kündigungen werden wirksam, § 7 KSchG. Der gekündigte Arbeitnehmer hat es in der Hand, andere Beendigungstatbestände in den Prozess - rechtzeitig - einzuführen. Beschränkt er sich auf einen Antrag gemäß § 4 KSchG, ist der gerichtliche Prüfungsauftrag klar definiert.

---

<sup>411</sup> *Güntner* AuR 1974, 97 ff. (111).

<sup>412</sup> *Güntner* AuR 1962, 257 ff. (260); *Böttcher* BB 1959, 1032.

Soweit die bestandsrechtliche Auffassung zur Begründung ihrer These des weit zu fassenden Streitgegenstand der Kündigungsschutzklage an die Überlegung anknüpft, dass der Gesetzgeber dem Arbeitnehmer einen effektiven Rechtsschutz bei einer Kündigung seines Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber habe zukommen lassen wollen, zu dessen Verwirklichung eine der Rechtskraft fähige Entscheidung über die Frage des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses notwendig sei<sup>413</sup>, kann dem zunächst dahingehend zugestimmt werden, als eine der Rechtskraft fähige Entscheidung im Interesse beider Arbeitsvertragsparteien den Kündigungsschutzprozess abschließen sollte. Zu Gunsten des Arbeitnehmers muss es dem Arbeitgeber mit Rechtskraft einer der Klage stattgebenden Entscheidung verwehrt werden, die vom Arbeitsgericht im Kündigungsschutzprozess für unwirksam erachtete Kündigung nachträglich rechtfertigen zu können. Aber auch der Arbeitgeber hat ein Interesse am Ausschluss des Arbeitnehmers nach einer klageabweisenden Entscheidung im Kündigungsschutzprozess mit der Geltendmachung weiterer Unwirksamkeitsgründe in einem anderen Rechtsstreit. Der vom Gesetzgeber gewählte Weg erreicht einen angemessenen Ausgleich der Interessen der Arbeitsvertragsparteien. Mit einem Antrag nach § 4 KSchG steht nach Eintritt der Rechtskraft fest, ob eine Kündigung ein Arbeitsverhältnis wirksam beendet hat oder nicht. Der Ausdehnung des Streitgegenstandsbegriffs der Kündigungsschutzklage auf einen umfassenderen Bestandsschutz bedarf es unter Beachtung der Interessenlage beider Parteien nicht. Soweit auf die fehlende Realisierungsmöglichkeit von Vergütungsforderungen des Arbeitnehmers durch ein die Unwirksamkeit der Kündigung feststellendes Urteil im Kündigungsschutzprozess hingewiesen wird<sup>414</sup>, kann der Arbeitnehmer dieses Ergebnis durch eine Verbindung seiner Klageanträge (Feststellungsantrag nach § 4 Satz 1 KSchG und Leistungsantrag auf Vergütungszahlung) erreichen, § 260 ZPO.

d. Allgemeine Feststellungsklage, § 256 ZPO

aa. Abgrenzung zur Kündigungsschutzklage nach § 4 KSchG

Im Gegensatz zur Kündigungsschutzklage nach § 4 KSchG wird mit der allgemeinen Feststellungsklage nach § 256 ZPO nicht die Unwirksamkeit einer Kündigung

---

<sup>413</sup> *Böttcher* BB 1959, 1032; *Güntner* AuR 1962, 257 ff. (260).

<sup>414</sup> *Güntner* AuR 1962, 257 ff. (260).

angegriffen, sondern die Feststellung begehrt, dass ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien - gegebenenfalls bis zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung - (fort)besteht. Mit der allgemeinen Feststellungsklage nach § 256 ZPO kann daher die Feststellung des (Nicht-)Bestehens eines Rechtsverhältnisses verlangt werden. In Betracht kommt hierbei sowohl die Prüfung des Bestehens einer komplexen Rechtsbeziehung zwischen den Parteien - beispielsweise dem Bestand eines Arbeitsverhältnisses - als auch einzelner Rechte oder Pflichten hieraus, soweit es sich nicht um bloß abstrakte Rechtsfragen oder um die Frage der Wirksamkeit einer Rechtshandlung - wie beispielsweise einer Kündigung - geht. Die Wirksamkeit einer Kündigung stellt kein festzustellendes Rechtsverhältnis im Sinne von § 256 ZPO dar und kann daher nicht Streitgegenstand einer allgemeinen Feststellungsklage sein<sup>415</sup>. Denkbar ist jedoch die Prüfung des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses im Rahmen einer allgemeinen Feststellungsklage nach § 256 ZPO, wenn zwischen den Parteien Streit besteht, ob ein Arbeitsverhältnis wirksam zu Stande gekommen oder - beispielsweise auf Grund eines in der Wirksamkeit streitigen Aufhebungsvertrag - noch besteht.

Antrag und Tenor eines der Klage stattgebenden Urteils lautet:

„Es wird festgestellt, dass zwischen den Parteien (über den TTMMJJJJ hinaus) ein Arbeitsverhältnis besteht“<sup>416</sup>.

*bb.* Teilidentität der Streitgegenstände von allgemeiner Feststellungs- und Kündigungsschutzklage ?

Da zu einer gerichtlichen Feststellung des Bestandes eines Arbeitsverhältnisses zu einem bestimmten Termin in einem mit einer allgemeinen Feststellungsklage nach § 256 ZPO geführten Bestandsschutzprozess eine im Verhältnis zur Kündigungsschutzklage nach § 4 KSchG weitergehende gerichtliche Prüfung notwendig ist, stellt sich die Frage, ob der Streitgegenstand des allgemeinen Feststellungsantrages nicht inzident die Prüfung der Unwirksamkeitsgründe aller während des Rechtsstreites dem Kläger zugegangenen Arbeitgeberkündigungen umfasst. Die Antwort auf die Frage hängt davon ab, wie das Verhältnis der beiden Klagearten

---

<sup>415</sup> Greger in Zöller, Komm. zur ZPO, Rn. 3 zu § 256.

<sup>416</sup> Schaub, Arbeitsrechtliche Formulareammlung, 7. Aufl. 1999, § 33.

zueinander beurteilt wird. Würde der Feststellungsantrag nach § 256 ZPO auch die Prüfung der Unwirksamkeitsgründe im Sinne von § 4 KSchG umfassen, hätte es der Arbeitnehmer in der Hand, sich mit einem einzigen Antrag gegen jedwede im Verlauf des Rechtsstreites ausgesprochene Arbeitgeberkündigung zur Wehr zu setzen.

#### (1) Die Auffassung der Rechtsprechung

Der 2. Senat des BAG vertritt in ständiger Rechtsprechung<sup>417</sup> die Lehre von der Teilidentität der Streitgegenstände bei kombinierter Kündigungsschutz- und Allgemeiner Feststellungsklage nach §§ 4 KSchG, 256 ZPO. Beide Anträge seien in Teilbereichen deckungsgleich, müssten jedoch grundsätzlich getrennt voneinander betrachtet werden. Die allgemeine Feststellungsklage gemäß § 256 ZPO erfülle wegen ihrer weitergehenden Wirkungen zugleich die Anforderungen einer Kündigungsschutzklage nach § 4 KSchG.

#### (2) Die Meinungen im Schrifttum

Gegen die Auffassung des BAG, die allgemeine Feststellungsklage erfasse alle während ihrer Rechtshängigkeit ausgesprochenen weiteren Kündigungen, werden in der Literatur erhebliche Bedenken erhoben. Entgegen der Rechtsprechung wird die Auffassung vertreten,<sup>418</sup> dass die Kündigungsschutzklage nach § 4 KSchG als *lex specialis* zur Klage nach § 256 ZPO anzusehen ist. Wegen des Zusammenhanges des Feststellungsinteresses einer Klage nach § 4 KSchG mit der Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG könne der Arbeitnehmer nicht jede Kündigung mit der Klage nach § 4 KSchG angreifen. Unwirksamkeitsgründe einer Kündigung außerhalb des Anwendungsbereiches von § 4 KSchG müsse der Arbeitnehmer mit der allgemeinen Feststellungsklage nach § 256 ZPO begegnen; die Unwirksamkeit einer Kündigung im Geltungsbereich des § 4 KSchG dürfe nur mit dem speziellen Antrag innerhalb der gesetzlich vorgesehenen Frist gerichtlich angegriffen werden. Bei einer mit kombinierten Anträgen geführten Bestandsschutzklage erfasse der allgemeine Feststellungsantrag Folgekündigungen des Arbeitgebers, die unter § 4 KSchG fallen, nicht. Vielmehr sei jeweils die fristgerechte

---

<sup>417</sup> Urteile vom 21.01.1988 - 2 AZR 581/ 86 -, NZA 1988, 651; 07.12.1995 - 2 AZR 772/95 -, NZA 1996, 331; 13.03.1997 - 2 AZR 512/96 -, NZA 1997, 844.

<sup>418</sup> *Boemke* RdA 1995, 211.

Erhebung einer neuen Klage oder die Erweiterung der Bestandsschutzklage notwendig.

Der Kündigungsschutzantrag nach § 4 KSchG sei vorrangig. Die Auffassung des BAG führe zur Konsequenz, dass der Kündigungsschutzantrag nach § 4 KSchG praktisch bedeutungslos würde, wenn mit einem Antrag nach § 256 ZPO sowohl die streitauslösende, als auch vorsorglich alle gegebenenfalls später folgenden Beendigungstatbestände und Kündigungen erfasst werden könnten. Hiergegen spreche der Wortlaut des § 4 KSchG und der Grundsatz der Subsidiarität, nach dem das allgemeine Feststellungsinteresse für einen Antrag nach § 256 ZPO fehlt, wenn ein Kündigungsschutzantrag nach § 4 KSchG möglich und angezeigt ist<sup>419</sup>.

Die These des BAG, die Streitgegenstände der Bestandschutzklagen nach §§ 4 KSchG und 256 ZPO seien teildentisch, könne nicht die Sonderregelung des § 4 KSchG erklären und würde zudem ohne nähere Begründung von der unzutreffenden Annahme ausgehen, dass die Willenserklärung der Kündigung als ein Rechtsverhältnis im Sinne von § 256 ZPO zu qualifizieren sei. Eine Vermischung der Streitgegenstände der Klagen nach §§ 256 ZPO und 4 KSchG mache eine Kündigungsschutzklage nach § 4 KSchG überflüssig, da die allgemeine Feststellungsklage dann von vornherein den gleichen Effekt habe wie die spezielle Kündigungsschutzklage. Dieses Ergebnis hätte der Gesetzgeber aber ohne die Schaffung der Regelung des § 4 KSchG erzielen können. Die Einführung eines befristeten Rechtsschutzes gegen eine unwirksame Arbeitgeberkündigung wäre beispielsweise durch die Anordnung der Erhebung einer Klage nach § 256 ZPO innerhalb von 3 Wochen möglich gewesen. Dass der Gesetzgeber die Bereitstellung des besonderen Verfahrens nach § 4 KSchG gerade nicht als überflüssig angesehen habe, ergebe sich aus § 9 KSchG: Die Auflösungsentscheidung des Gerichts dürfe in wörtlicher Übereinstimmung mit § 4 KSchG nur dann ergehen, wenn das Gericht zuvor festgestellt habe, dass das Arbeitsverhältnis durch die konkret bezeichnete Kündigungserklärung nicht aufgelöst worden sei<sup>420</sup>.

---

<sup>419</sup> *Berkowsky* MünchArbR Bd. II 1. Aufl. Rn. 95 zu § 145; *Bettermann* ZfA 1985, 5.

<sup>420</sup> *Boewer* NZA 1997, 359 ff, (363).

### (3) Stellungnahme

Die allgemeine Feststellungsklage nach § 256 ZPO ist nicht das geeignete prozessuale Mittel zur Geltendmachung der Unwirksamkeit einer Arbeitgeberkündigung im Sinne von § 4 KSchG. Wenn es keinen Unterschied machen würde, auf welche prozessuale Weise die Unwirksamkeit einer Kündigung im Sinne von § 7 KSchG geheilt werden könnte, wäre § 4 Satz 1 KSchG unzutreffenderweise nur als Fristenregelung anzusehen. Wegen des überzeugend begründeten punktuellen Streitgegenstandsbegriffes der Kündigungsschutzklage kann nur der Antrag nach § 4 KSchG die Unwirksamkeit der Kündigung nach § 7 KSchG verhindern, denn nach dem Wortlaut des § 4 KSchG erwächst dort - anders als bei der allgemeinen Feststellungsklage nach § 256 ZPO - die gerichtliche Feststellung in Rechtskraft, dass die genau bezeichnete Kündigung das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgelöst hat. Die Norm des § 4 KSchG schafft einen Interessenausgleich für den durch die arbeitsrechtliche Spezialgesetzgebung im Kündigungsschutzrecht erfolgten Eingriff in die Privatautonomie des Arbeitgebers, welche dessen Vertragsbeendigungsfreiheit beschränkt: Der Bestandsschutz des Arbeitnehmers ist an eine Klageerhebungsfrist gebunden. Auch soll dem Arbeitgeber die Gewissheit verschafft werden, dass mit Ablauf der Präklusionsfrist die ausgesprochene Kündigung wirksam ist. Es wäre widersprüchlich, mit § 4 KSchG einen spezialgesetzlichen Rechtsbehelf zu schaffen, wenn dessen Rechtsfolge ebenso gut durch eine einfache allgemeine Feststellungsklage nach § 256 ZPO erreicht werden könnte. Die Kündigungsschutzklage nach § 4 KSchG als speziellere Klageform hat kündigungsschutzrechtlich einen Sonderstatus und verdrängt damit die allgemeine Feststellungsklage vollständig. Die allgemeine Feststellungsklage nach § 256 ZPO kann ihren Anwendungsbereich nur noch dort finden, wo der Arbeitnehmer den Bestand seines Arbeitsverhältnisses oder die Wirksamkeit der Kündigung ausserhalb des Geltungsbereiches des § 4 KSchG gerichtlich festgestellt haben will. Die Anträge nach §§ 256 ZPO, 4 KSchG haben jeweils für sich gesehen eigene Streitgegenstände.

### 2. Kombinationsklage und nachträgliche Erweiterung des Streitgegenstandes

Der Arbeitnehmer kann nach oben nachgewiesener These nicht anstelle einer Klage nach § 4 KSchG eine solche nach § 256 ZPO erheben, denn § 4 KSchG ist die speziellere Vorschrift. Nach überwiegend vertretener Meinung kann er aber

neben seinem Antrag nach § 4 KSchG einen allgemeinen Feststellungsantrag nach § 256 ZPO stellen und die beiden Anträge im Wege der Anspruchshäufung in einer Klage gemäß § 260 ZPO verbinden<sup>421</sup>.

#### a. Streitgegenstand der Kombinationsklage

Bei zulässig verbundenen Anträgen nach §§ 4 Satz 1 KSchG und 256 ZPO stellt sich die Frage nach dem Streitgegenstand der so kombinierten Kündigungsschutzklage.

Wie bereits dargestellt, unterscheidet sich der weite Streitgegenstand der allgemeinen Feststellungsklage nach § 256 ZPO von dem engen der Kündigungsschutzklage nach § 4 KSchG. Anders als bei der Antragsfassung nach § 4 KSchG, die nach der zutreffenden punktuellen Streitgegenstandstheorie eine beschränkte gerichtliche Prüfung der Auswirkungen einer bestimmten Arbeitgeberkündigung auf das Arbeitsverhältnis der Parteien erfordert, muss bei einem allgemeinen Feststellungsantrag gerichtlich geprüft werden, ob das Arbeitsverhältnis bis zu dem im Antrag genannten Termin bzw. bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz bestanden hat<sup>422</sup>. Deshalb wird vertreten, dass sich der Arbeitnehmer im Rahmen der verbundenen Klageanträge nach §§ 4 KSchG, 256 ZPO bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung auf die Unwirksamkeit weiterer Kündigungen berufen kann<sup>423</sup>; der Streitgegenstand der allgemeinen Feststellungsklage umfasse indirekt auch die Feststellung, dass konkrete Kündigungen unwirksam seien, was als Vorfrage zur Feststellung des Bestandes des Arbeitsverhältnisses geklärt werden müsse. Der Kündigungsschutzantrag nach § 4 KSchG sei daher im allgemeinen Feststellungsantrag nach § 256 ZPO enthalten; es bestehe Teilidentität der Streitgegenstände<sup>424</sup>. Der punktuelle Antrag des § 4 KSchG stelle kein aliud, sondern ein minus gegenüber dem allge-

---

<sup>421</sup> *Ascheid/Hesse* in APS Rn. 147 zu § 4 KSchG; *Linck* in v.Hoyningen-Huene/Linck Rn. 123 zu § 4 KSchG; *Vossen* in SPV Rn. 1872; *Friedrich* in GK-KR Rn. 278 zu § 4 KSchG; BAG Urteil vom 12.05.2005 - 2 AZR 426/04 -, NZA 2005, 1259.

<sup>422</sup> *Linck* in von Hoyningen-Huene/Linck Rn. 124 zu § 4 KSchG; *Vossen* in SPV, Rn. 1881.

<sup>423</sup> *Gallner* in HaKo, Rn. 52 zu § 4 KSchG.

<sup>424</sup> *Vossen* in SPV Rn. 1896; *Boewer* NZA 1997, 359 ff. (362); *derselbe* RdA 2001, 380 ff. (388); BAG Urteile vom 13.03.1997 - 2 AZR 512/97 -, NZA 1997, 844 und 12.05.2005 -, 2 AZR 426/04 - NZA 2005, 1259.

meinen Feststellungsantrag nach § 256 ZPO dar<sup>425</sup>. Die Verbindung der beiden Anträge nach §§ 4 KSchG und 256 ZPO führt somit in der praktischen Konsequenz zur bestandsrechtlichen Streitgegenstandsbestimmung im Kündigungsschutzprozess<sup>426</sup>.

Zur Erlangung dieses weiten Streitgegenstandsbegriffes der Kündigungsschutzklage ist aber erforderlich, dass der allgemeine Feststellungsantrag als solcher schon wegen des unterschiedlichen Streitgegenstandes zweifelsfrei vom Antrag nach § 4 KSchG abgrenzbar und von diesem unterscheidbar, mithin ein entsprechender Wille zur weitergehenden Klageerhebung für die beklagte Partei und das Gericht objektiv erkennbar ist. Der genaue Inhalt der mit dem Antrag begehrten Feststellung ist durch dessen Auslegung zu ermitteln. Eine selbständige allgemeine Feststellungsklage nach § 256 ZPO neben der Kündigungsschutzklage nach § 4 KSchG wird in der Regel nicht anzunehmen sein, wenn der Arbeitnehmer seinen Antrag

*„festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung vom  
TTMMJJJJ aufgelöst ist“*

mit dem Zusatz

*„.... sondern darüber hinaus fortbesteht“*

versieht. Jedenfalls dann, wenn in der Antragsbegründung ausschließlich die Frage problematisiert wird, ob eine konkret bezeichnete Kündigung das Arbeitsverhältnis wirksam beendet, kann nicht von einer vom Kläger gewollten erweiterten Antragsfassung ausgegangen werden<sup>427</sup>. In diesem Fall will der Arbeitnehmer nur deklaratorisch zum Ausdruck bringen, dass das Arbeitsverhältnis fortbesteht, weil die Kündigung unwirksam ist. Ein solches Antragsanhängsel hat keine prozessrechtliche Bedeutung. Deshalb müssen - soll der Streitgegenstand des Kündigungsschutzantrages erweitert werden - in der Begründung zum Klageantrag zumindest Anhaltspunkte dafür erkennbar sein, dass neben dem punktuellen Kündi-

---

<sup>425</sup> Friedrich in GK-KR Rn. 241 a zu § 4 KSchG; Weidemann NZA 1989, 246 ff. (247); a.A.: Ascheid/Hesse in APS, Rn. 138 zu § 4 KSchG; Boemke RdA 1995, 211 ff. (215).

<sup>426</sup> Linck in von Hoyningen-Huene/Linck, Rn. 124 zu § 4 KSchG; Vossen in SPV, Rn. 1882.

<sup>427</sup> Gallner in HaKo, Rn. 58 zu § 4 KSchG; Vossen in SPV, Rn. 1886.

gungsschutzbegehren die tatsächliche Feststellung des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses mit der Klage verlangt wird. Unklarheiten sind im Rahmen der richterlichen Aufklärungspflicht nach § 139 Absatz 1 Satz 2 ZPO zu beseitigen. Der wirkliche Wille des Klägers ist vom Gericht zu erforschen; es ist nicht am buchstäblichen Sinn des Antrags zu haften. Der Antragswortlaut hat hinter dem erkennbaren Sinn und Zweck des Antrags zurückzutreten<sup>428</sup>.

b. Das Konstrukt des BAG zur Streitgegenstandserweiterung bei verspätet angegriffenen Kündigungen in einem mit kombinierten Anträgen geführten Bestandsschutzprozess

Hat der Arbeitnehmer gegen eine Kündigung fristgerecht Kündigungsschutzklage erhoben und folgen danach weitere, nicht fristgerecht angegriffene Kündigungen des Arbeitgebers, stellt sich die Frage, ob dieser Mangel geheilt werden kann, wenn der Arbeitnehmer neben seinem Kündigungsschutzantrag nach § 4 KSchG einen allgemeinen Feststellungsantrag nach § 256 ZPO gestellt hatte und er sich vor Schluss der mündlichen Verhandlung, aber nach Ablauf der 3-Wochen-Frist noch auf die Unwirksamkeit der späteren Kündigungen beruft.

Da in diesen Fällen eine im Sinne des § 4 Satz 1 KSchG formell richtig erhobene Klage gegen die später ausgesprochenen Kündigungen nicht vorliegt, zieht das BAG zur Vermeidung des als unbefriedigend gehaltenen Ergebnisses des Eintritts der Wirksamkeitsfiktion der nachfolgenden Kündigungen nach § 7 KSchG und aus Gründen des Arbeitnehmerschutzes den Rechtsgedanken des § 6 KSchG heran, wonach sich der Arbeitnehmer bei einer fristgemäß nach § 4 KSchG erhobenen Klage mit kombinierten Anträgen auch nach Ablauf der Klageerhebungsfrist auf die Unwirksamkeit von zunächst nicht in den Bestandsschutzprozess eingeführten Kündigungserklärungen berufen kann.

---

<sup>428</sup> *Gallner* in HaKo, Rn. 60 zu § 4 KSchG; *Vossen* in SPV, Rn. 1886; BAG Urteil vom 07.12.1995 - 2 AZR 772/94 -, NZA 1996, 334; BAG Urteil vom 13.03.1997 - 2 AZR 512/96 -, NZA 1997, 884; Urteil vom 12.05.2005 - 2 AZR 426/04 -, AP Nr. 53 zu § 4 KSchG unter B I 2 und 5 und II 1b der Entscheidungsgründe, falsch daher: Urteil vom 16.03.1994 - 8 AZR 97/93 -, NZA 1994, 860 unter III 2a der Entscheidungsgründe; vgl. auch *Bitter* DB 1997, 1407 ff.

aa. Analyse der Urteilsbegründung des BAG vom 12.05.2005 - 2 AZR 426/04 -

Der 2. Senat des Bundesarbeitsgerichtes hält an seiner ständigen Rechtsprechung<sup>429</sup> fest, dass ein Arbeitnehmer neben der nach § 4 KSchG gegen eine bestimmte Kündigung gerichteten Klage eine allgemeine Feststellungsklage nach § 256 ZPO auf Feststellung des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses zu unveränderten Bedingungen über den Kündigungsendtermin hinaus erheben und damit zwei selbständige prozessuale Ansprüche geltend machen und diese gemäß § 260 ZPO zulässigerweise in einer Klage verbinden könne. Dabei sei Streitgegenstand der Kündigungsschutzklage nach § 4 Satz 1 KSchG die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch eine konkrete Kündigung zu dem in ihr vorgesehenen Termin, während bei der allgemeinen Feststellungsklage gemäß § 256 ZPO der Gegenstand des von den Parteien zur Entscheidung gestellten Streitiges im allgemeinen in der Frage bestehe, ob ein Arbeitsverhältnis über diesen Termin hinaus im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz fortbestehe, weswegen in diesem Zusammenhang alle nach dem Vortrag der Parteien in Betracht kommenden Beendigungsgründe und damit auch eventuelle Kündigungen auf ihre Wirksamkeit geprüft werden müssten. Dabei komme es darauf an, was der Kläger erkennbar gewollt habe. Entscheidend sei, ob für den Arbeitgeber hinreichend erkennbar werde, dass der Arbeitnehmer jeden Beendigungstatbestand angreifen wolle. Die Klageerhebungsfrist des § 4 KSchG stelle sicher, dass der Arbeitgeber - wenn er nicht alsbald nach Ablauf von drei Wochen nach Zugang der Kündigung eine gegen diese gerichtete Klage erhalte - auf die Rechtfertigung der Kündigung im Umfang der Fiktionswirkung des § 7 KSchG vertrauen könne. Mit einer Klageerhebung unter Wahrung der Frist des § 4 KSchG sei der Arbeitgeber genügend gewarnt und damit die Funktion der Norm erfüllt.

Auffällig ist zunächst, dass die Entscheidung eine Abkehr vom Urteil des Senats vom 13.03.1997<sup>430</sup> darstellt, in welchem noch ausdrücklich verlangt wurde, dass die Arbeitnehmer in einem mit kombinierten Anträgen geführten Bestandsschutz-

---

<sup>429</sup> BAG Urteile vom 21.01.1988 - 2 AZR 581/86 -, NZA 1988, 651; 27.01.1994 - 2 AZR 484/93 -, NZA 1994, 812; 16.03.1994 - 8 AZR 97/93 -, NZA 1994, 178; 10.10.2002 - 2 AZR 622/01 -, NZA 2003, 684.

<sup>430</sup> - 2 AZR 512/96 -, NZA 1997, 844.

prozess nach Kenntnis von einer weiteren Kündigung diese - in entsprechender Anwendung des § 6 Satz 1 KSchG bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz - nicht nur in den Prozess einführen, sondern auch unter teilweiser Einschränkung des allgemeinen Feststellungsantrages gemäss § 264 Nr. 2 ZPO eine dem Wortlaut des § 4 KSchG angepassten Antragstellung vornehmen müssen. Die Klage sei nach § 4 KSchG umzustellen und werde dann von der allgemeinen Feststellungsklage nicht erfasst. Diesem Erfordernis hat der Kläger in dem der Entscheidung des BAG vom 12.05.2005 zugrundeliegenden Sachverhalte nicht Genüge getan. Das BAG hat eine allgemeine Feststellungsklage gerichtet auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses durch Auslegung als ausreichend angesehen, die Frist des § 4 KSchG zu wahren. Zur Begründung hierfür wird ausgeführt, es sei nicht erforderlich, dass die Arbeitnehmer mit der Klageerhebung im Kündigungsschutzprozess den Wortlaut des § 4 Satz 1 KSchG wiederholen, wenngleich dies zweckmässigerweise geschehen sollte. Überzeugend ist dies - auch unter Beachtung des Umstandes, dass die Entscheidung einen Sachverhalt betraf, der vor der durch das AMRG erfolgten Novellierung des § 4 KSchG lag - nicht.

Noch größer sind die Bedenken, ob die Begründung der Entscheidung den Wertungen der neu gefassten Norm entspricht. Die Klageerhebungsfrist des § 4 KSchG a.F. war in ihrem Anwendungsbereich beschränkt auf die Fälle, in denen die Arbeitnehmer das Fehlen der materiellen Voraussetzungen der §§ 626 BGB, 1 Absatz 2 und 3 KSchG rügen wollten. Alle anderen Unwirksamkeitsgründe einer Kündigung hatten sie mit einer allgemeinen Feststellungsklage nach § 256 ZPO ohne das Erfordernis der Einhaltung einer Frist zur Klageerhebung im arbeitsgerichtlichen Bestandsschutzverfahren geltend zu machen. Die Fiktionswirkung des § 7 KSchG spielte in diesem Zusammenhang keine Rolle. Nach der Reform des § 4 KSchG kann nur eine den Anforderungen der Norm entsprechende Klage die Fiktionswirkung des § 7 KSchG verhindern, nicht jedoch eine allgemeine Feststellungsklage nach § 256 ZPO. Der Gesetzgeber hat seit dem 01.01.2004 die Kündigungsschutzklage nach § 4 Satz 1 KSchG als einen speziellen Rechtsbehelf ausgestaltet, derer sich die gekündigten Arbeitnehmer zu bedienen haben, wollen sie ihren Bestandsschutz gerichtlich geltend machen. Ein Wahlrecht der Arbeitnehmer hinsichtlich eines „weiten“ allgemeinen Feststellungsantrages gemäß § 256 ZPO oder dem „engen“ Kündigungsschutzantrag nach § 4 KSchG besteht

nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzestextes nicht. Die Frist des § 4 Satz 1 KSchG wird daher nicht (auch) durch eine allgemeine Feststellungsklage gewahrt. Die vom BAG vorgenommenen Auslegung des allgemeinen Feststellungsantrages dergestalt, dass der Arbeitnehmer der Sache nach damit auch die von der Fiktionswirkung des § 7 KSchG erfassten Unwirksamkeitsgründe der Kündigung habe geltend machen wollen, führt zu einer nicht hinnehmbaren Verwischung der Unterschiede zwischen einer Kündigungsschutzklage und einer allgemeinen Feststellungsklage bis zur Konturenlosigkeit.

Nach der Gesetzesnovellierung dürfte für den mit kombinierten Anträgen nach §§ 4 Satz 1 KSchG, 256 ZPO geführten Bestandsschutzprozess nur noch ein geringer Anwendungsbereich verbleiben. Dieser ist auf die Fälle beschränkt, in denen die Arbeitnehmer - auch - die Unwirksamkeit einer Kündigung geltend machen, deren Gründe nicht § 4 KSchG n.F. unterfallen. Als Beispiel sei der Fall genannt, in dem der Arbeitgeber zwei Kündigungserklärungen gegenüber dem Arbeitnehmer abgibt, von denen eine als sozialwidrig im Sinne von § 1 Absatz 2 KSchG angesehen wird und die andere dem Arbeitgeber aufgrund eines Vertretungsmangels nicht zurechenbar ist. Einem „Einfangen“ späterer Arbeitgeberkündigungen durch einen mit kombinierten Anträgen geführten Bestandsschutzprozess des Arbeitnehmers stehen die Wertungen des § 4 KSchG n.F. seit dem 01.01.2004 entgegen.

Höchststrichterlich ungeklärt blieb in dem Urteil des BAG vom 12.05.2005, welchen Sinn und welche Funktion die verlängerte Anrufungsfrist des § 6 KSchG nach der Neuregelung des § 4 KSchG durch das AMRG zum 01.01.2004 überhaupt noch haben kann. Für die zur alten Rechtslage notwendige Klarstellungsfunktion der Norm, dass eine innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung erhobene Klage auch dann die Frist des § 4 KSchG wahren konnte, wenn sich die Arbeitnehmer zunächst nur auf andere Unwirksamkeitsgründe als die fehlenden Voraussetzungen der §§ 1 Absätze 2 und 3 KSchG und 626 BGB beriefen, scheint nach der Gesetzesnovellierung kein Raum mehr zu sein, denn seit dem 01.01.2004 müssen alle Beendigungstatbestände einer Kündigung innerhalb von drei Wochen angegriffen werden, um den Eintritt der Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG zu verhindern. Ob sich der Gesetzeszweck des § 6 KSchG nach der Reform des § 4 KSchG in der Regelung über die Möglichkeit des Nachschiebens

von Kündigungsgründen erschöpft, bis zur welchen Instanz und bis zu welchem Zeitpunkt innerhalb der Instanz ein solcher Sachvortrag nachgeholt werden kann und ab wann und unter welchen Voraussetzungen er als verspätet zu gelten hat, soll im nachfolgenden Abschnitt untersucht werden.

bb. Die Bedeutung des § 6 KSchG für den nach § 4 KSchG befristeten Bestandsschutz

Die Vorschrift des § 6 KSchG durchbricht als weitere gesetzliche Ausnahme neben § 5 KSchG (nachträgliche Klagezulassung nach Fristversäumung) die Strenge der Klageerhebungsfrist des § 4 KSchG, ohne jedoch dem Arbeitnehmer die besonderen Erfordernisse der nachträglichen Klagezulassung aufzuerlegen. Der Arbeitnehmer soll ein bereits mit dem Arbeitgeber bestehendes Prozessrechtsverhältnis, das die Unwirksamkeit der Kündigung betrifft, dazu nutzen können, die Unwirksamkeit der Kündigung aus jeglichem Grund auch noch später als drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz geltend zu machen.

(1) Regelungsgehalt des § 6 KSchG a.F.

Die bis zum 31.12.2003 geltende Gesetzesversion betraf in ihrer unmittelbaren Anwendung den Fall, dass ein Arbeitnehmer in der binnen drei Wochen nach Zugang der Kündigung erhobenen Klage zunächst einen „sonstigen“ Unwirksamkeitsgrund der Kündigung im Sinne von § 13 Absatz 3 KSchG a.F. gerügt hatte und dieses gerichtlich mit der allgemeinen Bestandsschutzklage nach § 256 ZPO festgestellt wissen wollte. Denn nur in den Fällen, in denen er das Fehlen eines sozialen Rechtfertigungsgrundes im Sinne des § 1 Absätze 2 und 3 KSchG oder das Fehlen eines wichtigen Grundes nach § 626 BGB rügen wollte und sein Arbeitsverhältnis unter den Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes fiel (§§ 1 Absatz 1, 23 KSchG), musste er sich des speziellen Antrages nach § 4 KSchG bedienen. Machte er Unwirksamkeitsgründe außerhalb von §§ 1 Absatz 1 und Absatz 2 KSchG, 626 BGB geltend, war er auf die allgemeine Feststellungsklage nach § 256 ZPO verwiesen, die fristungebunden ist. Folglich bedurfte es einer Sonderregelung, um dem Arbeitnehmer, der innerhalb der 3-Wochen-Frist die Bestandsschutzklage erhoben hatte, mit der er zunächst nur „sonstige“ Unwirksamkeitsgründe der Kündigung im Sinne von § 13 Absatz 3 a.F. KSchG vor-

brachte, die Möglichkeit zu eröffnen, sich später - also auch nach Ablauf der 3-Wochen-Frist - auf die Sozialwidrigkeit der Kündigung berufen zu können. Hintergrund konnten die Erhöhung der Prozesschancen für den Arbeitnehmer oder dessen beabsichtigte Erwirkung einer Auflösungsentscheidung des Gerichts nach §§ 9 und 10 KSchG<sup>431</sup> sein oder der Umstand, dass der Arbeitnehmer sich das Recht aus § 12 KSchG (Verweigerung der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses) offenhalten wollte<sup>432</sup>. Dies wäre ohne die Norm des § 6 KSchG nicht möglich gewesen, weil die Frist des § 4 KSchG a.F. nur gewahrt wurde, wenn der Arbeitnehmer in der Klage die Unwirksamkeit der Kündigung zumindest auch auf die Sozialwidrigkeit stützte. Der Eintritt der Präklusionswirkung des § 7 KSchG in den Fällen rechtzeitig im Sinne des § 4 KSchG erhobener Bestandsschutzklage nach § 256 ZPO erschien dem Gesetzgeber unangemessen, da die Klarstellungsfunktion des § 4 KSchG gegenüber dem Arbeitgeber auch durch Erhebung einer allgemeinen Bestandsschutzklage nach § 256 ZPO erfüllt war. Der Regelungsgehalt des § 6 KSchG a.F. bestand daher darin, einer zwar innerhalb der Frist des § 4 KSchG erhobenen Bestandsschutzklage, die aber nicht den sonstigen Voraussetzungen des punktuellen Antrags nach § 4 KSchG entsprach, ebenfalls präklusionshindernde Wirkung zu verschaffen<sup>433</sup>.

## (2) Regelungsgehalt des § 6 KSchG n.F.

Die neugefasste Norm geht in ihren tatbestandlichen Voraussetzungen nunmehr davon aus, dass der Arbeitnehmer eine Kündigungsschutzklage erhoben hat. Denn seit dem 01.01.2004 kann ein Arbeitnehmer nur in der punktuellen Antragsfassung des § 4 Satz 1 KSchG im Klageweg geltend machen, dass eine rechtswirksame Kündigung nicht vorliegt. Damit ist die Kündigungsschutzklage nach § 4 Satz 1 KSchG seit Jahresbeginn 2004 das vom Gesetzgeber vorgesehene Instrumentarium zur Geltendmachung (nahezu) aller Unwirksamkeitsgründe einer Kündigung<sup>434</sup>. Seither behandelt die Norm des § 6 KSchG diejenigen Fallkonstellationen, in denen sich ein Arbeitnehmer im Rahmen des von ihm geführ-

---

<sup>431</sup> BAG Urteil vom 13.08.1987 - 2 AZR 599/86 -, AP Nr. 3 zu § 6 KSchG unter B II 2b bb) der Entscheidungsgründe.

<sup>432</sup> *Vossen* in SPV, Rn. 1816; *Gallner* in HaKo, Rn. 1b zu § 6 KSchG.

<sup>433</sup> *Raab* RdA 2004, 321 ff. (328).

<sup>434</sup> *Bader* NZA 2004, 65 ff. (69); *Bayreuther* ZfA 2005, 391 ff. (392); *Raab* RdA 2004, 321 ff. (328).

ten Kündigungsschutzprozesses zur Begründung der Unwirksamkeit der Kündigung auch auf innerhalb der Klagefrist nicht geltend gemachte Gründe berufen darf. Erhebt der Arbeitnehmer fristgerecht Kündigungsschutzklage nach § 4 KSchG und behauptet hierbei beispielsweise die Unwirksamkeit der Kündigung wegen Fehlens eines sozialen Rechtfertigungsgrundes im Sinne von § 1 Absatz 2 KSchG, kann er nach § 6 KSchG n.F. auch nach Ablauf der Klageerhebungsfrist die Unwirksamkeit der Kündigung wegen nicht ordnungsgemäßer Betriebsratsanhörung in den Prozess einführen<sup>435</sup>. In der Gesetzesbegründung heißt es dazu, dass es sich um eine Folge der Vereinheitlichung der Klagefrist handele. Bei fristgerechter klageweiser Geltendmachung der Unwirksamkeit der Kündigung solle sich der - oft rechtsunkundige - Arbeitnehmer verlängert auch auf solche Unwirksamkeitsgründe berufen können, die er bei Klageerhebung noch nicht erkennt<sup>436</sup>.

### (3) Stellungnahme

Der in diesem Sinn verstandene Regelungsgehalt des § 6 KSchG macht die Norm überflüssig<sup>437</sup>, denn bereits zur alten Rechtslage war es dem Arbeitnehmer, der rechtzeitig im Sinne von § 4 KSchG Klage erhoben hatte, jederzeit möglich, weitere Gründe in den Prozess einzuführen, die seinen Sachvortrag der Unwirksamkeit der Kündigung stützten. Dies folgt schon aus dem Umstand, dass der Arbeitnehmer in der Klage lediglich angeben muss, dass er die Kündigung für sozial nicht gerechtfertigt *hält*. Eine nähere Begründung der Auffassung war nicht erforderlich. Fielen dem Arbeitnehmer weitere Unwirksamkeitsgründe auf - beispielsweise im Zusammenhang mit einem Gespräch mit dem Betriebsratsvorsitzenden, der erklärt, das Gremium sei vom Arbeitgeber vor Kündigungsausspruch nicht beteiligt worden - konnte der Arbeitnehmer diesen Sachvortrag ohne zeitliche Begrenzung in den Prozess einführen, gehörte dies doch zum Lebenssachverhalt, welcher der geltenden Rechtsfolge zu Grunde liegt (§ 264 Nr. 1 ZPO)<sup>438</sup>.

Um der Norm einen Anwendungsbereich zu erhalten, wird es notwendig sein, diese zumindest entsprechend in den Fällen zur Anwendung kommen zu lassen, wo

---

<sup>435</sup> *Ascheid* in *ErfKom.*, 4. Aufl. 2004, Rn. 9 zu § 6 KSchG; *Bader NZA* 2004, 65 ff. (69).

<sup>436</sup> *BT-Drucks.* 15/1204 S. 13 u. 26.

<sup>437</sup> So auch *Bayreuther ZfA* 2005, 391 ff. (402), der eine Streichung der Norm vorschlägt.

<sup>438</sup> *Bayreuther ZfA* 2005, 391 ff. (392); *Raab RdA* 2004, 321 ff. (328); *Friedrich* in *GK-KR* Rn. 221a zu § 4 KSchG.

auch nach der Gesetzesnovelle Kündigungen mit der allgemeinen Feststellungsklage nach § 256 ZPO angegriffen werden können, also beispielsweise bei mündlichen oder inhaltlich unbestimmten Kündigungen. In diesen Fällen ist die punktuelle Antragsfassung schon nach dem Wortlaut des § 4 KSchG nicht geboten.

(4) Erfordernis der umfassenden Geltendmachung von Unwirksamkeitsgründen bei der Klageerhebung als mittelbare Auswirkung von § 6 KSchG n.F.?

(a) Meinungsstand

Einige Autoren<sup>439</sup> haben wegen des Wortlautes der Norm des § 6 KSchG die Befürchtung geäußert, aus der besonderen Zulassung nachträglichen Vorbringens müsse der Schluss gezogen werden, dass der Arbeitnehmer idealtypisch alle im konkreten Fall einschlägigen Unwirksamkeitsgründe der Kündigung innerhalb der Klagefrist geltend machen müsse<sup>440</sup>.

(b) Stellungnahme

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Zutreffenderweise ist eine derartige Verpflichtung weder aus dem Wortlaut des § 6 KSchG noch aus der Gesetzesbegründung herleitbar. Mit der Einführung der einheitlichen Klagefrist des § 4 KSchG sollten für die Arbeitnehmer keine Nachteile in Bezug auf die Möglichkeit des Nachschiebens von Kündigungsgründen, aber auch keine Erschwernis in Form der Erforderlichkeit der fristgemäßen *Behauptung* von Unwirksamkeitsgründen eingeführt werden. Gegenteiliges lässt sich jedenfalls nicht aus den Motiven des Gesetzgebers in der Begründung des Gesetzesentwurfes entnehmen.

(5) Entsprechende Anwendung von § 6 KSchG auf Klagen mit mittelbarem Kündigungsbezug?

(a) Problemstellung

Schon im Geltungsbereich des § 6 KSchG a.F. war unsicher, ob die Norm Anwendung fand, wenn der Arbeitnehmer innerhalb der Klageerhebungsfrist mit ei-

<sup>439</sup> *Bender/Schmidt* NZA 2004, 358 ff. (365); *Bader* NZA 2004, 65 ff. (69); *Quecke* RdA 2004, 86 ff. (102).

<sup>440</sup> *Bader* NZA 2004, 65 ff. (69); *Vossen* in SPV Rn. 1816, wohl auch BAG Urteil vom 08.11.2007 - 2 AZR 314/06 -, NZA 2008, 936; a.A. *Quecke* in HWK Rn. 2 zu § 6 KSchG.

ner Klage Ansprüche geltend machte, die nur Einwendungen gegen die Kündigung erhob, nicht aber die Beendigungswirkung der Kündigung als solche in Frage stellte. Dies war insbesondere dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer die Nichteinhaltung der Kündigungsfrist rügte und eine entsprechende Leistungsklage auf Vergütungszahlung bis zu dem seiner Ansicht nach richtigen Beendigungstermin erhob. Das BAG<sup>441</sup> und die überwiegenden Stimmen im Schrifttum<sup>442</sup> wendeten § 6 KSchG analog an; die weite Auslegung der Norm sei wegen deren Schutzcharakter geboten.

Einigkeit herrschte zur alten Rechtslage auch darüber, dass eine analoge Anwendung des § 6 KSchG angezeigt ist, wenn der Arbeitnehmer anstelle einer Feststellungsklage zunächst eine Leistungsklage erhoben hatte, die Vergütungsansprüche für einen Zeitraum *nach* dem Beendigungstermin beinhaltete (sogar ein einstweiliges Verfügungsverfahren soll hierfür ausreichen) oder klageweise seine Weiterbeschäftigung vom Arbeitgeber verlangte. In diesen Fällen habe der Arbeitnehmer durch rechtzeitiges Anrufen des Gerichts seinen Willen klar zum Ausdruck gebracht, dass er die Wirksamkeit der Kündigung nicht anerkenne und sie bekämpfen wolle<sup>443</sup>. Davon kann allerdings nicht ausgegangen werden, wenn der Arbeitnehmer Ansprüche durchsetzen will, die *nicht* von der Wirksamkeit der Kündigung abhängen, beispielsweise die Erteilung eines Zeugnisses verlangt, Vergütungszahlungen bis zum Ablauf der Kündigungsfrist geltend macht oder einen Anspruch auf Nachteilsausgleich nach § 113 BetrVG klageweise verfolgt (in diesem Fall ist die *Wirksamkeit* der Kündigung sogar Anspruchsvoraussetzung).

---

<sup>441</sup> BAG Urteil vom 09.11.1967 - 5 AZR 147/67 -, AP Nr. 1 zu § 67 VVG; BAG Urteil vom 23.03.1983 - 7 AZR 157/81 -, AP Nr. 1 zu § 6 KSchG; BAG Urteil vom 31.03.1993 - 2 AZR 467/92 -, NZA 1994, 234; BAG Urteil vom 14.09.1994 - 2 AZR 182/94 -, NZA 1995, 417; BAG Urteil vom 23.04.2008 - 2 AZR 699/06 - NZA RR 2008, 466; a.A. Arbeitsgericht Hamburg, Urteil vom 01.03.1957 - 2 Ca 76/56 - AP Nr. 2 zu § 5 KSchG.

<sup>442</sup> *Boewer* RdA 2001, 380 ff. (389); *Friedrich* in GK-KR 6. Aufl., Rn. 16 zu § 6 KSchG; *Hauck* in HK-KSchG, Rn. 3 zu § 6; *Zwanziger* in KDZ 5. Aufl., Rn. 5 zu § 6 KSchG; a.A.: *Güntner* DB 1976, 148 ff. (149).

<sup>443</sup> *Ascheid* in ErfKom. 4. Aufl. 2004, Rn. 5 zu § 6 KSchG; *derselbe* in APS 1. Aufl., Rn. 12 zu § 6 KSchG; *Friedrich* in GK-KR 6. Aufl., Rn. 13 zu § 6 KSchG; *Zwanziger* in KDZ 5. Aufl., Rn. 4 zu § 6 KSchG; *Hauck* in HK-KSchG, Rn. 3 zu § 6 KSchG; BAG Urteil vom 30.11.1961 - 2 AZR 295/61 -, AP Nr. 3 zu § 5 KSchG 1951; BAG Urteil vom 28.06.1973 - 2 AZR 378/72 -, AP Nr. 2 zu § 13 KSchG 1969, BAG Urteil vom 23.04.2008 - 2 AZR 699/06 -, NJW 2008, 3517.

## (b) Meinungsstand

Auf Grund der Änderung des Wortlauts des § 6 KSchG n.F. werden im Schrifttum<sup>444</sup> Zweifel angemeldet, ob die verlängerte Anrufungsfrist noch Bedeutung erlangen kann, wenn der Arbeitnehmer keine Kündigungsschutzklage im Sinne von § 4 KSchG erhoben hatte, also beispielsweise eine vom vermeintlich vollmachtlosen Vertreter erklärte Kündigung mit einer Bestandsschutzklage nach § 256 ZPO innerhalb der Klageerhebungsfrist angreift und sich im Verlauf des Rechtsstreites herausstellte, dass tatsächlich eine ausreichende Bevollmächtigung des Vertreters vorlag. Nach dem Wortlaut der Neufassung des § 6 KSchG wäre dem Arbeitgeber die Berufung auf andere Unwirksamkeitsgründe außerhalb der Frist des § 4 KSchG ebenso verwehrt, wie wenn er anstelle der allgemeinen Bestandsschutzklage nach § 256 ZPO eine Leistungsklage mit mittelbarem Bezug zur Kündigung fristgerecht eingereicht hätte. Ein Teil der Literatur<sup>445</sup> leitet diese Rechtsfolge aus dem Umstand der Neufassung der Norm her. Die überwiegende Meinung im Schrifttum<sup>446</sup> sieht keinen Anlass, eine analoge Anwendung des § 6 KSchG auf die oben dargestellten Fallgestaltungen aufzugeben. Teilweise wird sogar eine unmittelbare Anwendung des § 6 KSchG in diesen Fällen vertreten<sup>447</sup>. Das BAG wendet § 6 KSchG analog an, wenn ein Arbeitnehmer einen über den Ablauf der Frist der ersten von zwei Kündigungen hinaus stellt, die zweite Kündigung aber nicht mit einer Feststellungsklage angegriffen hat<sup>448</sup>.

## (c) Stellungnahme

Einer unmittelbaren Anwendung des § 6 KSchG auf Klagen, die einen nur mittelbaren Bezug zur Kündigung aufweisen, stehen auf Grund des klaren Wortlauts der Neufassung der Norm Bedenken entgegen. Die Vorschrift des § 6 KSchG in

---

<sup>444</sup> Raab RdA 2004, 321 ff. (329).

<sup>445</sup> Bader NZA 2004, 65 ff. (69); Wenzel in BBDW, Rn. 6 zu § 6 KSchG; Ascheid in Erfurter Komm. 6. Aufl., Rn. 4 zu § 6 KSchG; derselbe in APS, Rn. 14 zu § 6 KSchG.

<sup>446</sup> Raab RdA 2004, 321 ff. (329, 330); Tschöpe MdR 2004, 193 ff. (200); Bender/Schmidt NZA 2004, 358 ff. (365); Quecke RdA 2004, 86 ff. (102); Löwisch BB 2004, 154 ff. (160); Giesen/Besgen NJW 2004, 185 ff. (188); Bayreuther ZfA 2005, 391 ff. (401); Vossen in SPV, Rn. 1821; Linck in von Hoyningen-Huene/Linck, Rn. 5 zu § 6 KSchG; Spinner in Löwisch/Spinner, Rn. 6 zu § 6 KSchG; Gallner in HaKo, Rn. 19 zu § 6 KSchG.

<sup>447</sup> Bender/Schmidt NZA 2004, 358 ff. (365); Quecke RdA 2004, 86 ff. (102); Löwisch BB 2004, 154 (160).

<sup>448</sup> BAG Urteil vom 23.04.2008 -, 2 AZR 699/06 - NZA RR 2008, 466 ff. (Rn. 21-25).

der seit 2004 geltenden Fassung ist nicht mehr in entsprechender Anwendung auf die Fälle auszudehnen, in denen der Arbeitnehmer lediglich aus der Unwirksamkeit der Kündigung Ansprüche herleitet und diese innerhalb der Frist des § 4 KSchG einklagt. Zwar wurde die frühere Fassung des § 6 KSchG in großem Umfang analog angewandt<sup>449</sup>. Es besteht aber kein Anlass mehr, diese Handhabung im Hinblick auf die Intention des Reformgesetzgebers beizubehalten. Die hiergegen vorgebrachten Argumente<sup>450</sup> - es bestünde andernfalls für § 6 KSchG kein sinnvoller Anwendungsbereich mehr; aus den Motiven des Gesetzgebers<sup>451</sup> ergebe sich, dass die Neufassung dem Sinn der bisherigen Regelung entsprechen solle; die analoge Anwendung der Norm auf die Fälle mittelbaren Klagebezuges zur Kündigung durch die herrschende Meinung in der Literatur und der Rechtsprechung sei dem Gesetzgeber bei der Beratung zum AMRG bekannt gewesen, so dass eine hiervon gewollte Abweichung hätte einen Niederschlag in der Begründung zum Gesetzesentwurf finden müssen - vermögen nicht zu überzeugen. Die einheitliche Klageerhebungsfrist des § 4 KSchG soll für den kündigenden Arbeitgeber Rechtssicherheit schaffen. Sie dient ihm als Ausgleich für die seine Vertragsbeendigungsfreiheit einschränkenden Kündigungserschwernisse. Ein angemessener Interessenausgleich lässt sich aber ebensowenig erzielen wie eine durch Präklusion zu schaffende Rechtssicherheit, wenn über eine entsprechende Anwendung des § 6 KSchG das Erfordernis der fristgemäßen Erhebung der Kündigungsschutzklage zur Vermeidung der Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG entwertet wird.

(6) Verhältnis des § 6 KSchG n.F. zu anderen prozessualen Präklusionsvorschriften

(a) Problemstellung

Im Hinblick auf den Wortlaut des § 6 KSchG n.F. ist dem Arbeitnehmer, der rechtzeitig Klage erhoben hat, ein „Nachschieben“ von Unwirksamkeitsgründen der Kündigung bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung in der ersten Instanz möglich. Es stellt sich die Frage, ob die Neufassung des § 6 KSchG die übrigen

---

<sup>449</sup> BAG Urteil vom 28.06.1973 - 2 AZR 378/72 -, AP Nr. 2 zu § 13 KSchG; BAG Urteil vom 16.04.2003 - 7 AZR 119/02 -, AP Nr. 2 zu § 17 TzBfG.

<sup>450</sup> So auch *Bender/Schmidt* NZA 2004, 358 ff. (365); *Bayreuther* ZfA 2005, 391.

<sup>451</sup> BT-Drucks. 15/1204, S. 13.

prozessrechtlichen Präklusionsvorschriften (§§ 61a Abs. 5, 67 ArbGG) als *lex specialis* ausschließt.

(b) Meinungsstand

Der überwiegende Teil der Literaturstimmen<sup>452</sup> spricht sich dafür aus, dass für die Zulassung von Angriffs- und Verteidigungsmitteln sowohl im Arbeitsgerichtsprozess der ersten Instanz, als auch im Berufungsverfahren die Vorschriften der §§ 61a Abs. 5, 67 ArbGG maßgeblich seien. Andere Autoren<sup>453</sup> sehen in § 6 KSchG eine abschließende Regelung hinsichtlich der Zulässigkeit von ergänzendem Sachvortrag, die eine Anwendung der allgemeinen prozessualen Präklusionsvorschriften ausschließt.

(c) Stellungnahme

Gegen die letztgenannte Auffassung bestehen Bedenken. Konsequenz der Meinung wäre, dass ein Ausschluss von Parteivortrag in der ersten Instanz bei Erfüllung der Voraussetzungen des § 6 KSchG unmöglich wäre; ein Nachschieben von Unwirksamkeitsgründen der Kündigung nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung aber generell ausgeschlossen ist<sup>454</sup>. Bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung der ersten Instanz könnte der Arbeitnehmer gleichsam durch Einführung neuer Tatsachen, die das Vorliegen eines weiteren Unwirksamkeitsgrundes der Kündigung nahelegen, die Sachentscheidung hinauszögern. Diese notwendige Folge des so verstandenen Wortlautes der Norm des § 6 KSchG nach der Gesetzesnovelle steht jedoch im Widerspruch zum gesetzgeberischen Ziel, Bestandsschutzverfahren beschleunigt zu behandeln (§ 61 a ArbGG). Eine Einschränkung dieser Beschleunigungsmaxime durch Ausschluss der prozessualen Präklusionsvorschriften im Kündigungsschutzverfahren durch § 6 KSchG n.F.

---

<sup>452</sup> *Löwisch* BB 2004, 154 ff. (160); *Quecke* RdA 2004, 86 ff. (102); *Raab* RdA 2004, 321 ff. (328); *Bender/Schmidt* NZA 2004, 358 ff. (365); *Preis* DB 2004, 70 ff. (77); *Schiefer/Worzalla* NZA 2004, 345 ff. (356); *Hanau* ZIP 2004, 1169 ff. (1175); *Bayreuther* ZfA 2005, 391 ff. (398).

<sup>453</sup> *Bader* NZA 2004, 65 ff. (69).

<sup>454</sup> *Friedrich* in GK-KR, Rn. 18 zu § 6 KSchG.

lässt sich aus dem Wortlaut der Norm und der Begründung der Gesetzesänderung nicht herleiten<sup>455</sup>.

Zutreffend ist allerdings, dass wegen des klaren Wortlauts des § 6 KSchG ein Nachschieben von Unwirksamkeitsgründen nach Schluss der mündlichen Verhandlung der ersten Instanz - also im Berufungsrechtszug - nicht mehr möglich ist<sup>456</sup>. Die hiergegen vorgebrachten Bedenken<sup>457</sup> werden den eindeutigen Wortlaut der Norm zu akzeptieren haben.

(7) Die Rechtsfolgen bei unterlassenem gerichtlichem Hinweis nach § 6 Satz 2 KSchG

(a) Problemstellung

Hat der gekündigte Arbeitnehmer die Voraussetzungen geschaffen, nach denen in direkter oder entsprechender Anwendung des § 6 S. 1 KSchG eine verlängerte Anrufungsfrist automatisch eintritt, *soll* das Arbeitsgericht ihn gemäß § 6 Satz 2 KSchG hierauf hinweisen. Diese Hinweispflicht, die allerdings nur eintritt, wenn das Gericht hierfür entsprechende Anhaltspunkte erkennen kann<sup>458</sup> ist eine besondere Ausprägung der aus § 139 Absatz 1 Satz 1 und 2 ZPO folgenden Frage- und Hinweispflicht<sup>459</sup>. Soweit innerhalb der Klageerhebungsfrist nur ein allgemeiner Bestandsschutzantrag nach § 256 ZPO oder eine Leistungsklage erhoben wird, *muss* das Arbeitsgericht auf das Stellen des wegen der Neufassung des § 4 KSchG einzig sachdienlichen Antrags in punktueller Fassung hinwirken und nach § 6 Satz 2 KSchG auf die Möglichkeit hinweisen, weitere Unwirksamkeitsgründe geltend zu machen. Nach herrschender Meinung stellt § 6 Satz 2 KSchG entgegen dem als Sollvorschrift konzipierten Wortlaut eine Mussvorschrift dar<sup>460</sup>. Verletzt das Gericht seine Hinweispflicht und ist deshalb die Geltendmachung von weiteren Unwirksamkeitsgründen in der ersten Instanz unterblieben, stellt sich die

---

<sup>455</sup> Raab RdA 2004, 321 ff. (328); Bender/Schmidt NZA 2004, 358 ff. (365); Preis DB 2004, 70 ff. (77); Quecke RdA 2004, 86 ff. (102).

<sup>456</sup> Zwanziger KDZ, Rn. 11 zu § 6 KSchG; Friedrich in GK-KR, Rn. 18 zu § 6 KSchG.

<sup>457</sup> Wenzel in BBDW, Rn. 4 zu § 6 KSchG; Friedrich in GK-KR, Rn. 18 zu § 6 KSchG.

<sup>458</sup> Vossen in SPV, Rn. 1823; Bayreuther ZfA 2005, 391 ff. (401); Backmeister/Trittin/Mayer Kündigungsschutzgesetz 3. Aufl. 2004, Rn. 6 zu § 6 KSchG.

<sup>459</sup> Gallner in HaKo, Rn. 25 zu § 6 KSchG.

<sup>460</sup> Vossen in SPV, Rn. 1823; Ascheid in APS, Rn. 22 zu § 6 KSchG; Friedrich in GK-KR, Rn. 31 zu § 6 KSchG; Bader NZA 2004, 64 ff. (69); Bayreuther ZfA 2005, 391 ff. (401).

Frage, ob dem Arbeitnehmer damit die in § 6 Satz 1 KSchG vorgesehene Fristverlängerung endgültig verloren geht oder eine nachträgliche Fristverlängerung auf Grund der Pflichtverletzung durch das Gericht möglich ist. Eine ausdrückliche Regelung dieses Falles ist im Gesetz nicht vorgesehen. Nach dem Wortlaut des § 6 Satz 1 KSchG ist die Geltendmachung von weiteren Unwirksamkeitsgründen nur *bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz* möglich. Dieser Zeitpunkt wird bestimmt vom Vorsitzenden der Kammer, wenn nach Auffassung des Gerichts die Sache vollständig erörtert ist, § 136 Absatz 4 ZPO. Andererseits stellt der unterlassene Hinweis des Gerichts einen Mangel im Verfahren dar<sup>461</sup>. Wegen eines Mangels im Verfahren des Arbeitsgerichts ist die Zurückverweisung der Sache vom Berufungsgericht an das Arbeitsgericht unzulässig, § 68 ArbGG<sup>462</sup>. Damit ergibt sich für den vom fehlenden Hinweis des Gerichts beschwerten Arbeitnehmer die Situation, dass ihm § 6 Satz 1 KSchG den Vortrag von Unwirksamkeitsgründen in der Berufungsinstanz untersagt; einer Zurückverweisung des Rechtsstreits vom Landesarbeitsgericht an das Arbeitsgericht zum Zwecke der Nachholung von Hinweis- und Sachvortrag aber die prozessuale Vorschrift des § 68 ArbGG entgegensteht.

#### (b) Die Auffassung des Schrifttums

In der älteren Literatur<sup>463</sup> wurde eine Lösung dieses Problems in der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches gemäß Artikel 34 GG in Verbindung mit § 839 Absatz 1 BGB gegen das Land gesehen, da der unterbliebene richterliche Hinweis nach § 6 Satz 2 KSchG und die unterbliebene Aufklärung nach § 139 ZPO eine Amtspflichtverletzung des Richters darstellten, die auch bei fahrlässigem Handeln das Land zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtete. Der Einführung von entsprechendem Sachvortrag in der zweiten Instanz stehe § 6 Satz 1 KSchG entgegen; die Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Arbeitsgericht könne wegen § 68 ArbGG nicht erfolgen.

---

<sup>461</sup> H. M.: *Ascheid* in APS, Rn. 24 zu § 6 KSchG; *Friedrich* in GK-KR, Rn. 33 zu § 6 KSchG; *Gallner* in HaKo Rn. 26 zu § 6 KSchG; *Hauck* in HK/KSchG, Rn. 27 zu § 6 KSchG; *Spinner* in Löwisch/Spinner, Rn. 13 zu § 6 KSchG; *Linck* in von Hoyningen-Huene/Linck, Rn. 13 zu § 6 KSchG.

<sup>462</sup> *Germelmann u.a.*, Komm. zum ArbGG, Rn. 8 zu § 68.

<sup>463</sup> *Haberkorn* NJW 1953, 13 ff. (14); *Nikisch* BB 1952, 606 ff.; *Schönke* BB 1952, 608.

Überzeugend ist der Lösungsansatz nicht. Es ist schon fraglich, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen des Amtshaftungsanspruches überhaupt vorliegen, da der Schaden des Arbeitnehmers jedenfalls nicht auf das Urteil des Arbeitsgerichts zurückzuführen ist, sondern „nur“ auf eine Verletzung der richterlichen Hinweispflicht<sup>464</sup>. Auch das Richterprivileg des § 839 Absatz 2 BGB machte den Erfolg einer entsprechenden Klage fraglich<sup>465</sup>. Zudem liegt der unübersehbare Nachteil der Verweisung des Arbeitnehmers auf den Schadensersatzanspruch in der Tatsache, dass das mit dem Kündigungsschutzgesetz zu erreichende Ziel - der Erhalt des Arbeitsplatzes bei unwirksamer Kündigung - nicht mit einem gewonnenen Schadensersatzprozess gegen das Land erreichbar ist; hier wird nur ein Schaden im Geld ersetzt.

### (c) Die Meinung der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung<sup>466</sup>, der sich ein Teil des Schrifttums<sup>467</sup> angeschlossen hat, behalf sich zur Vermeidung des Rechtsverlustes des Arbeitnehmers bei unterbliebenem richterlichem Hinweis nach § 6 Satz 2 KSchG mit einer - entgegen dem Wortlaut des § 68 ArbGG stehenden - Zurückverweisung des Rechtsstreites an das Arbeitsgericht zum Zwecke des Nachholens von Hinweis und Sachvortrag. Begründet wurde dies wie folgt: Die Auslegung des § 68 ArbGG dürfe nicht am Wortlaut haften, sondern müsse die Berücksichtigung besonderer Interessenlagen dann zulassen, wenn die Wortauslegung zu groben Unbilligkeiten führe. Die Vorschrift des § 68 ArbGG diene der Verfahrensbeschleunigung. Dieser Zweck müsse bei unterlassener richterlichem Hinweis nach § 6 Satz 2 KSchG zurücktreten. Es drohe dem Arbeitnehmer der Rechtsverlust wegen eines richterlichen Fehlers. Das Prozessrecht verfolge das Ziel der Ermöglichung sachgerechter Rechtsfindung. Demzufolge müsse der Rechtsstreit zum Zwecke der Erhaltung

---

<sup>464</sup> *Nikisch* BB 1952, 606 ff. (608).

<sup>465</sup> *Böttcher* BB 1952, 978 ff. (980).

<sup>466</sup> BAG Urteil vom 30.11.1961 - 2 AZR 295/61 -, AP Nr. 3 zu § 5 KSchG; LAG Düsseldorf Urteil vom 25.03.1980 - 8 Sa 525/79 -, DB 1980, 2528 LAG Düsseldorf Urteil vom 09.06.2004 - 9 Sa 202/04 -, LAG-Report 2005, 106 ff (109); LAG Frankfurt Urteil vom 31.07.1986 - 12 Sa 341/86 -, LAGE Nr. 5 zu § 130 BGB; LAG Köln Urteil vom 08.03.1988 - 4 Sa 1349/87 -, LAGE Nr. 1 zu § 6 KSchG.

<sup>467</sup> *Boemke* RdA 1995, 211 ff. (221); *Grunsky* Komm. zum ArbGG, Rn. 7 zu § 68 ArbGG; *Linck* in von Hoyningen-Huene/Linck, 13. Aufl., Rn. 12 zu § 6 KSchG; *Friedrich* GK-KR, 2. Aufl. 1984, Rn. 38 zu § 6 KSchG; *Schaub* Arbeitsrechtshandbuch, § 136 I 3.

der Möglichkeit für den Arbeitnehmer, einen Bestandsschutzstreit über zwei Instanzen führen zu können, entgegen des Wortlauts des § 68 ArbGG in die erste Instanz zurückverwiesen werden können, wenn das Gericht seine Hinweispflicht nach § 6 Satz 2 KSchG nicht erfüllt habe<sup>468</sup>. In der neuen Rechtsprechung des BAG<sup>469</sup> wurde die Rechtsfrage offengelassen.

Gegen die Auffassung der Rechtsprechung sind gewichtige Bedenken erhoben worden<sup>470</sup>. Eine echte Garantie zweier Tatsacheninstanzen bestehe nur bei unrichtigen Entscheidungen, nicht wenn technische Verfahrensmängel vorliegen, § 538 ZPO. Dem Berufungsgericht käme ein gewisser Beurteilungsspielraum bei der Zulassung neuen Parteivortrags zu, wobei die Umstände des Einzelfalles ausschlaggebend seien. Wegen des im arbeitsgerichtlichen Bestandsschutzverfahren geltenden Beschleunigungsgrundsatzes und des klaren Wortlauts des § 68 ArbGG sei eher die Zulassung der anderen Unwirksamkeitsgründe im Berufungsverfahren geboten.

#### (d) Stellungnahme

Die in der Literatur<sup>471</sup> entwickelte Lösung der Problematik durch Aufhebung der erstinstanzlichen Entscheidung in der Berufung und Zurückverweisung des Rechtsstreits in die erste Instanz im Falle von Versäumnissen des Arbeitsgerichts bei seiner Hinweispflicht nach § 6 Satz 2 KSchG überzeugt nicht. Aufgrund des eindeutigen Verbotes in § 68 ArbGG kommt eine Zurückweisung nicht in Betracht<sup>472</sup>. Vielmehr ist auf Grund der Neufassung des § 6 KSchG dem Arbeitnehmer die Geltendmachung eines wegen unterbliebenem Hinweis des Gerichts nach § 6 Satz 2 KSchG nicht in die erste Instanz eingeführten Unwirksamkeitsgrundes einer Kündigung ein entsprechender Sachvortrag in der Berufungsinstanz zu ermöglichen<sup>473</sup>.

---

<sup>468</sup> BAG Urteil vom 30.11.1961 - 2 AZR 295/61 -, AP Nr. 3 zu § 5 KSchG und BAG Urteil vom 28.06.1973 - 2 AZR 378/72 -, AP Nr. 2 zu § 13 KSchG mit Anmerkung Herschel.

<sup>469</sup> Urteil vom 08.11.2007 - 2 AZR 314/06 -, DB 2008, 707.

<sup>470</sup> Vgl. die Fundstelle bei *Linck* in von Hoyningen-Huene/Linck, 13. Aufl., Rn. 12 zu § 6 KSchG.

<sup>471</sup> *Hergenröder* in MüKo/ArbR Rn. 17 zu § 6 KSchG; *Vossen* in SPV, Rn. 1824; *Zwanziger* in KDZ, Rn. 12 zu § 6 KSchG; *Spinner* in Löwisch/Spinner, Rn. 13 zu § 6 KSchG.

<sup>472</sup> *Korinth* ArbRB 2009, 57 (59).

<sup>473</sup> *Raab* RdA 2004, 321 ff. (329); *Bader* NZA 2004, 65 ff. (69); *Bayreuther* ZfA 2005, 391 ff. (402); *Ascheid* in ErfKom., 6. Aufl., Rn. 8 zu § 6 KSchG; *Friedrich* in GK-KR, Rn. 38 zu § 6 KSchG; *Linck*

Die Zurückverweisung des Rechtsstreites durch das Landesarbeitsgericht in die erste Instanz entgegen § 68 ArbGG war für die alte Fassung des § 6 KSchG zumindest insoweit nachvollziehbar, weil § 6 Satz 1 a.F. dem Kläger einen Antragswechsel hin zum punktuellen Kündigungsschutzantrag nach § 4 KSchG möglich machte<sup>474</sup>. Ein solcher ist auf Grund der Gesetzesnovelle seit 1.1.2004 nicht mehr statthaft, da die Erhebung der punktuellen Klage Tatbestandsvoraussetzung des § 6 Satz 1 KSchG ist. Ermöglicht werden soll das Einbringen weiterer Unwirksamkeitsgründe in das streitige Verfahren. Da dieser Vortrag wegen eines Verstoßes gegen die Hinweispflicht nach § 6 Satz 2 KSchG durch das Gericht erstinstanzlich nicht erfolgte, ist dem Arbeitnehmer ein Einführen der Unwirksamkeitsgründe in den Berufungsrechtsstreit zu erlauben. Dabei ist der Zulassung dieses Vorbringens über § 67 Absatz 3 ArbGG der Vorzug zu geben<sup>475</sup> vor einer Lösung über die §§ 64 Absatz 6 Satz 1 ArbGG, 520 Absatz 3 Satz 2 Nr. 4, 531 Absatz 2 Nr. 2 ZPO<sup>476</sup>.

#### cc. Zwischenergebnis

Hat ein Arbeitnehmer innerhalb von 3 Wochen nach Zugang einer schriftlichen Kündigung geltend gemacht, dass eine wirksame Kündigung nicht vorliegt, kann er sich auch nach Ablauf der Frist auf andere als die zunächst behaupteten Unwirksamkeitsgründe berufen. Die fristgerechte Erhebung einer Klage gegen eine konkrete Kündigung ist Anwendungsvoraussetzung für § 6 KSchG. Die neu gefasste Norm des § 6 KSchG verdrängt die übrigen prozessualen Präklusionsvorschriften nicht; verspäteter Sachvortrag des Klägers kann bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen zur Sicherung des arbeitsgerichtlichen Beschleunigungsgrundsatzes in Bestandsschutzstreitigkeiten gerichtlicherseits zurückgewiesen werden. Bei unterbliebenem Hinweis des erstinstanzlichen Gerichtes nach § 6 Satz 2 KSchG ist eine Zurückverweisung des Rechtsstreites durch die Berufungsinstanz wegen § 68 ArbGG nicht möglich; vielmehr ist der klagenden Partei entsprechender Tatsachenvortrag in der 2. Instanz zu gestatten.

---

in von Hoyningen-Huene/Linck, Rn. 15 zu § 6 KSchG; *Gallner* in HaKo, Rn. 26 zu § 6 KSchG; *Wenzel* in BBDW, Rn. 4 zu § 6 KSchG.

<sup>474</sup> *Bader* NZA 2004, 65 ff. (69); *Bayreuther* ZfA 2005, 391 ff. (402).

<sup>475</sup> *Linck* in von Hoyningen-Huene/Linck, Rn. 15 zu § 6 KSchG

<sup>476</sup> So vorgeschlagen von *Bader* NZA 2004, 65 ff. (69); *Bayreuther* ZfA 2005, 391 ff. (402); a.A.: *Germelmann*, Komm. zum ArbGG, Rn. 54a zu § 64.

c. Kritik an der Nutzbarmachung von § 6 KSchG zur Begründung der Möglichkeit der Streitgegenstandserweiterung bei verspätet angegriffenen Kündigungen im Rahmen der Kombinationsklage

aa. Meinungsstand

Der 2. Senat - und ihm folgend der überwiegende Teil des Schrifttums<sup>477</sup> - wendet den Rechtsgedanken des § 6 KSchG im Falle der klägerseits außerhalb der 3-Wochenfrist behaupteten Unwirksamkeit einer weiteren Arbeitgeberkündigung in dem mit kombinierten Anträgen geführten Kündigungsschutzprozess zum Zwecke der Zulassung von entsprechendem Parteivortrag und Vermeidung der Fiktionswirkung des § 7 KSchG an. Begründet wird diese analoge Anwendung des § 6 KSchG mit der Erfüllung des Gesetzeszweckes des § 4 KSchG durch eine Klageerhebung nach § 256 ZPO: Damit sei der Arbeitgeber hinreichend davon in Kenntnis gesetzt, dass der Arbeitnehmer sich gegen alle Kündigungen wehren wolle. Das Einfordernis der Einhaltung der Klageerhebungsfrist zur Einführung einer weiteren Kündigung sei in diesen Fällen eine reine Förmelerei. Die Interessenlage des Arbeitnehmers, der die zeitlich spätere Kündigung im Rahmen eines laufenden Bestandsschutzverfahrens außerhalb der Frist des § 4 KSchG angreife, sei vergleichbar mit derjenigen des Arbeitnehmers, der in den Kündigungsschutzprozess weitere Unwirksamkeitsgründe einer Kündigung einführe. Der Arbeitnehmer dürfe seinen Kündigungsschutz nicht aus formalen Gründen verlieren<sup>478</sup>.

bb. Stellungnahme

Insgesamt überzeugt die Argumentation nicht. Sie widerspricht dem Wortlaut und den Wertungen des neu gefassten § 4 KSchG. Wie bereits ausgeführt, kann nach der Gesetzesnovelle nur eine den Anforderungen des § 4 Satz 1 KSchG entsprechende Klage die Fiktionswirkung des § 7 KSchG verhindern. Eine allgemeine Feststellungsklage nach § 256 ZPO vermag dies nicht, da ihr Streitgegenstand und damit die Rechtskraft eines entsprechenden Urteils die Thematik der Unwirksamkeit einer bestimmten, genau bezeichneten Arbeitgeberkündigung eben gera-

---

<sup>477</sup> Lenz AuR 2006, 281 f.; Groeger ArbRB 2005, 333 ff.; Ziemann jurisPR 42/05 Anm.1.

<sup>478</sup> BAG Urteile vom 16.04.2003 - 7 AZR 119/02 -, NZA 2004, 283 und 23.4.2008 - 2 AZR 699/06 -, NZA RR 2008, 466 ff.; Quecke in HWK Rn. 49 zu § 4 KSchG; Ascheid/Hesse in APS Rn. 148 zu § 4 KSchG; Raab RdA 2004, 321 ff. (324); Fischer NJW 2009, 1256.

de nicht umfasst. Seit dem 01.01.2004 ist die Kündigungs-schutzklage nach § 4 Satz 1 KSchG der spezielle Rechtsbehelf für alle Unwirksamkeitsgründe einer schriftlichen Arbeitgeberkündigung mit Ausnahme derjenigen, die das schuldrechtliche Selbstbestimmungsrecht des Arbeitgebers schützen. Bietet das Gesetz dem Rechtsanwender einen Rechtsbehelf für ein ganz spezielles und eng begrenztes Problemfeld an, kann eine planwidrige und im Sinne der Rechtsprechung des BAG ausfüllungsbedürftige Lücke gerade nicht angenommen werden. Vielmehr stellt der spezielle, gesetzlich vorgesehene Rechtsbehelf das einzig zulässige Mittel dar, um Rechtsschutz zu finden. Eine andere Gesetzesauslegung ist in dieser Frage nicht geboten.

Die Rechtsprechung des BAG ist nach der Reform des § 4 KSchG durch das AMRG nicht mehr haltbar. Alle Unwirksamkeitsgründe einer schriftlichen Arbeitgeberkündigungen unterfallen seit dem 01.01.2004 zum Ausgleich des Eingriffs in die Vertragsbeendigungsfreiheit des Arbeitgebers durch die Kündigungsbeschränkungen der Klageerhebungsfrist des § 4 KSchG. Erforderlich ist zur Vermeidung der Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG auch die gerichtliche Geltendmachung der Unwirksamkeit der Kündigung in einer bestimmten Antragsform. Nach der Gesetzesbegründung soll der Arbeitgeber nach Ablauf von drei Wochen nach Zugang seiner schriftlichen Kündigungserklärung darauf vertrauen dürfen, dass diese wirksam ist, sofern dies nicht durch eine spezielle Klageart fristgerecht vom Arbeitnehmer in Abrede gestellt wird.

Das BAG hält - in seiner zur alten Gesetzeslage ergangenen Entscheidung - daran fest, dass ein Arbeitnehmer neben der nach § 4 KSchG gegen eine Kündigung gerichteten Klage eine allgemeine Feststellungsklage nach § 256 ZPO erheben könne, die auf Feststellung des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses über den Kündigungsendtermin gerichtet ist und er damit zwei selbständige prozessuale Ansprüche geltend mache. Dabei sei Streitgegenstand der Klage nach § 4 KSchG die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch eine konkrete Kündigung zu dem in ihr vorgesehenen Kündigungstermin, während sich die allgemeine Feststellungsklage nach § 256 ZPO gegenständlich mit der streitigen Frage befasse, ob zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis über den Kündigungsendtermin hinaus bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz fortbestehe. Sei für den Arbeitgeber durch eine fristgerecht vom Arbeitnehmer nach

§ 4 KSchG erhobenen, mit kombinierten Anträgen geführten Klage hinreichend erkennbar, dass *jeder* Beendigungstatbestand angegriffen werden solle, genüge dies der Erfüllung der im Interesse des Arbeitgebers normierten Warnfunktion des § 4 KSchG.

Dem kann nicht gefolgt werden. Mit einer vom Arbeitnehmer erhobenen allgemeinen Feststellungsklage nach § 256 ZPO kann der Eintritt der Fiktionswirkung des § 7 KSchG gerade nicht verhindert werden. Die reformierte Norm des § 4 KSchG n.F. sieht die Erhebung einer speziellen Klage mit einem bestimmten Antrag vor, wenn die Unwirksamkeit einer Kündigung gerichtlich geltend gemacht werden soll. Wählt der Arbeitnehmer einen anderen Antrag als der gesetzlich vorgesehene, besteht eine richterliche Hinweispflicht, § 139 Absatz 1 Satz 2 und Absatz 3 ZPO. Gegebenenfalls kann dann der Arbeitnehmer seinen Antrag bei unklarer Formulierung neu fassen.

Abzulehnen ist insbesondere die Auffassung, dass durch den einmal fristgemäss vom Arbeitnehmer mit kombinierten Anträgen eingeleiteten Bestandsschutzprozess auch zeitlich nachfolgende Kündigungen wirksam im Sinne von §§ 4, 7 KSchG als angegriffen gelten. Würde man dem Arbeitnehmer erlauben, durch die Führung eines mit kombinierten Anträgen nach §§ 4 Satz 1 KSchG, 256 ZPO vorgesehenen arbeitsgerichtlichen Bestandsschutzprozess auch die Rechtswirksamkeit aller *nach* der ersten (klageweise angegriffenen) Kündigung ausgesprochenen Arbeitgeberkündigungen zum Streitgegenstand des Rechtsstreites ohne Beachtung einer Frist zu machen, führte dies zu einer Strukturveränderung des § 4 Satz 1 KSchG. Die Norm ist als Ausnahmeregelung ausgestaltet. Die Zulassung der einmal fristgemäß vom Arbeitnehmer nach § 4 KSchG erhobenen Kombinationsklage zur Fristwahrung bezüglich aller zeitlich nachfolgenden Arbeitgeberkündigungen - unbeschadet des Zeitpunktes der Einführung in den Bestandsschutzprozess - würde zu einer generellen Umgehung des § 4 Satz 1 KSchG führen. Dies stellt schon deshalb eine unzulässige Rechtsfortbildung dar, weil ein vom Gesetzgeber angeordnetes Regel-Ausnahmeprinzip in sein Gegenteil verkehrt werden würde.

Auch ist eine - entsprechende - Anwendung von § 6 KSchG auf diese Fallkonstellation unangebracht. Ob die vom Gesetzgeber in § 6 KSchG intendierte Interessenlage (Nachschieben von Unwirksamkeitsgründen einer Kündigung im lau-

fenden Bestandsschutzprozess) tatsächlich mit derjenigen des nachträglich die Unwirksamkeit einer *anderen Kündigungserklärung* des Arbeitgebers rügenden Arbeitnehmers vergleichbar ist, wie vom BAG behauptet, muss bezweifelt werden. Eine überzeugende Begründung hierfür ergibt sich aus der Entscheidung nicht. Tatsächlich nimmt das BAG nicht nur eine Analogie zu § 6 KSchG vor; es bildet die Bestimmung unzulässigerweise fort. Hierdurch wird auch die unmittelbare Anwendung der Norm des § 6 KSchG mit der zeitlichen Befristung auf den ersten Rechtszug weitgehend in Frage gestellt.

Letzlich bedarf der Arbeitnehmer auch nicht des von der Rechtsprechung geforderten Schutzes vor weiteren Arbeitgeberkündigungen durch den mit kombinierten Anträgen geführten Bestandsschutzprozess. Der Arbeitnehmer muss auch die erste Kündigung des Arbeitgebers form- und fristgemäß nach § 4 Satz 1 KSchG angreifen. Es ist nicht einzusehen, dem Arbeitnehmer einen anderen Sorgfaltsmaßstab im laufenden Prozess aufzuerlegen. Die gesetzliche Regelung des § 4 Satz 1 KSchG n.F. und die sich daraus für den Arbeitnehmer ergebenden Anforderungen sind eindeutig. Jede schriftliche Arbeitgeberkündigung ist arbeitnehmerseits form- und fristgemäß im Sinne von § 4 Satz 1 KSchG gerichtlich geltend zu machen.

#### IV. Fazit

Die Heilung der schriftlichen Arbeitgeberkündigung durch die Fiktion des § 7 KSchG kann der Arbeitnehmer nur durch die form- und fristgerechte Erhebung oder Erweiterung einer Bestandsschutzklage nach § 4 Satz 1 KSchG erfolgen. Für eine allgemeine Feststellungsklage nach § 256 ZPO ist beim Streit über die Wirksamkeit einer Kündigung nur Raum im Falle der „nicht-schriftlichen“ Arbeitgeberkündigung oder bei Unwirksamkeitsgründen einer Kündigung, welche das Selbstbestimmungsrecht des Arbeitgebers schützen oder diesem nicht zurechenbar sind. Die Erhebung einer Kombinationsklage nach §§ 4 KSchG, 256 ZPO ermöglicht dem Arbeitnehmer nicht mehr die Geltendmachung der Unwirksamkeit weiterer, nicht fristgemäß im Sinne von § 4 Satz 1 KSchG zum Streitgegenstand des Bestandsschutzverfahrens gemachter, schriftlicher Arbeitgeberkündigungen bis zum Schluss der Verhandlung in der Tatsacheninstanz. Die nicht angegriffenen Kündigungen werden wirksam, § 7 KSchG.

## **D. Die Auswirkungen der Kostenrechtsnovelle auf den Kündigungsschutzprozess**

Im vierten Teil der Arbeit soll geprüft werden, welche Folgen das zum 01.07.2004 durch das Kostenrechtsmodernisierungsgesetz (zukünftig KRMG) eingeführte neue Gerichtskostenrecht auf den Kündigungsschutzprozess zeigt. Weitaus mehr gekündigte Arbeitnehmer als vor dem 01.01.2004 müssen eine Klage nach § 4 KSchG zur Vermeidung der Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG erheben, nachdem die Beschränkung des § 4 KSchG auf fehlende soziale Rechtfertigungsgründe bei einer ordentlichen bzw. eines wichtigen Grundes bei der ausserordentlichen Kündigungen zugunsten aller Unwirksamkeitsgründe einer Kündigung durch die mit dem AMRG durchgeführte Gesetzesnovella aufgegeben worden ist. Hierbei fallen Gerichtsgebühren an, die seit dem 01.07.2004 deutlich höher sind als vor der Kostenrechtsnovelle. Einige Gebührenprivilegierungstatbestände sind entfallen. In der gerichtlichen Praxis hat sich insbesondere das kostenrechtlich nicht mehr privilegierte „Abschichten“ von Streitgegenständen im Prozess als problematisch herausgestellt: Vergleichen sich die Parteien nur bei einigen von mehreren Streitgegenständen und muss das Gericht über die übrigen Streitgegenstände entscheiden, fallen Gerichtsgebühren aus allen Streitgegenständen an<sup>479</sup>, was die Vergleichsbereitschaft sinken lässt. Dies gibt Anlass, sich mit den Fragen des Gebührenrechts im arbeitsgerichtlichen Bestandsschutzverfahren näher zu beschäftigen.

Zunächst soll ein Überblick über die durch das KRMG normierten allgemeinen Kostenvorschriften und deren Systematik gegeben werden. Hieran schließt sich eine Begutachtung der durch die Kostenrechtsnovelle ausgelösten Probleme der arbeitsgerichtlichen Kostenentscheidung - auch der isolierten Kostenentscheidung nach § 128 Absatz 3 ZPO - an. Bevor die Auswirkungen des neuen Kostenrechts an Beispielfällen der arbeitsgerichtlichen Praxis dargestellt und der Versuch unternommen wird, im Bestandsschutzprozess bei Standardsituationen eine kostenrechtlich möglichst privilegierte Lösung zu ermöglichen, soll ein Überblick über das gerichtliche Wertfestsetzungsverfahren gegeben werden.

---

<sup>479</sup> BAG Beschluss vom 16.04.2008 - 6 AZR 1069/06 -, NZA 2008, 783.

## I. Einleitung

Am 12.05.2004 ist das Gesetz zur Modernisierung des Kostenrechts vom 05.05.2004 verkündet worden<sup>480</sup>. Es enthält neben dem neuen Justizvergütungs- und entschädigungsgesetz das neugefasste Gerichtskostengesetz. Das KRMG ist zum 01.07.2004 in Kraft getreten. Ebenfalls mit Wirkung zum 01.07.2004 ist das Gerichtskostengesetz (zukünftig: GKG) auf Grund von Artikel 1 KRMG neu verkündet worden. Das neue GKG führt für alle Gerichtszweige und alle Instanzen ein System von Pauschalgebühren ein<sup>481</sup>. Dies hat das arbeitsgerichtliche Kostenrecht in wesentlichen Teilen verändert<sup>482</sup>. Eine Folge hiervon ist, dass die früher im arbeitsgerichtlichen Verfahren umfangreichen Gebührenbefreiungstatbestände restriktiver ausfallen. Gleichzeitig wurden für das arbeitsgerichtliche Verfahren die Gerichtsgebühren angehoben<sup>483</sup>; das Gebührenniveau soll aber immer noch ca. 40%<sup>484</sup> unter demjenigen der allgemeinen zivilgerichtlichen Verfahren liegen. Bei niedrigen Streitwerten ist eine deutlich erhöhte Kostenlast zu erkennen<sup>485</sup>. Zudem entfiel die Höchstgrenze der Gerichtsgebühr von früher € 500,00 bei einem Streitwert von mehr als € 12.000,--.

## II. Überblick über das KRMG

Die Kostenrechtsnovelle geht auf drei Gesichtspunkte zurück: Zum einen wurde mit der Neufassung des Gesetzes die Forderung der Anwaltschaft<sup>486</sup> erfüllt, die seit dem 01.07.1994 der Höhe nach unverändert gebliebenen Anwaltsgebühren den gestiegenen Sach- und Personalkosten mit einer strukturellen Änderung des

---

<sup>480</sup> BGBl I, 718.

<sup>481</sup> Amtl. Begründung BT-Drucks. I, 139, 141.

<sup>482</sup> Schäfer/Göbel, Das neue Kostenrecht in Arbeitssachen Rn.5 ff. zu § 2.

<sup>483</sup> Nach der Meinung der Bundesregierung um lediglich ca. 12%, BT-Drucks. 15/2403, S.18.

<sup>484</sup> BT-Drucks. 15/1971, S. 157.

<sup>485</sup> Die Verfahrensgebühr für die erste Instanz bei einem Streitwert von € 2.500,00 verteuert sich um 62% von früher € 100,00 auf nunmehr € 162,00 und bei einem Streitwert von € 5.000,00 um 21% von früher € 200,00 auf nunmehr € 242,00.

<sup>486</sup> Ebert BRAK-Mitteilungen 2001, 284, gemeinsame Erklärung der Bundesrechtsanwaltskammer und des deutschen Anwaltsvereins zur Novelle des Anwaltsgebührenrechts BRAK-Mitteilungen 2003, 62.

Gebührenrechts anzupassen: Die außergerichtliche Tätigkeit der Anwaltschaft hatte einen immer größeren Umfang eingenommen<sup>487</sup>. Im alten Gebührenrecht wurde jedoch die gerichtliche Tätigkeit des Rechtsanwaltes in den Mittelpunkt gestellt<sup>488</sup>.

Andererseits wurde das geltende Kostenrecht allgemein als zu kompliziert empfunden. Durch die Kostenrechtsnovelle sollte das Kostenrecht einfacher und transparenter gestaltet, die Gerichte so weit wie möglich von der umfangreich gewordenen Kostenrechtsprechung entlastet werden<sup>489</sup>. Angestrebt war eine grundlegende Vereinfachung des Gebührenerhebungsverfahrens. Das Einziehen und Wiederauszahlen der Gebühren sollte auf wenige Arbeitsvorgänge reduziert werden. Eine Gebührenermäßigung soll nur dann greifen, wenn das gesamte Verfahren durch einen Umstand erledigt wird, der gebührenprivilegiert ist. Die Privilegierung ist nicht mehr auf einzelne Streitgegenstände bezogen, sondern tritt nur noch ein, wenn alle Verfahrensgegenstände in einer gebührenrechtlich privilegierten Form erledigt werden.

Im früheren arbeitsgerichtlichen Gebührenrecht errechnete sich die Gebühr aus dem vom Gericht festgesetzten Gebührenstreitwert. Deren Höhe ergab sich nicht unmittelbar aus dem GKG, sondern richtete sich regelmäßig nach dem Gebührenverzeichnis gemäß Anlage 1 zu § 12 Absatz 1 ArbGG a.F. Nach diesem Gebührenverzeichnis wurde die einheitliche Verfahrensgebühr je nach Verfahrensabschnitt in unterschiedlichen Bruchteilen erhoben. Bei häufig vorkommenden Verfahrenslagen - wie beispielsweise einer Klage(teil-)rücknahme oder einer sonstigen Erledigung eines Streitgegenstandes vor der streitigen Verhandlung beispielsweise durch Abschluss eines Teilvergleichs - entfiel die diesbezügliche Gebühr ganz<sup>490</sup>.

Anderes sieht das neue Kostenrecht vor. Die Erledigung einzelner von mehreren Streitgegenständen schlägt sich nicht mehr in einer geringeren Gebühr nieder, wenn nicht der Rechtsstreit durch kostenrechtlich privilegierte Tatbestände insge-

---

<sup>487</sup> Notz NZA 2004, 681 ff.

<sup>488</sup> Gesetzesbegründung BT-Drucks. 15/1971, S.146.

<sup>489</sup> BT-Drucks. 15/1971, S.140.

<sup>490</sup> Gebührenverzeichnis 9112, Anlage 1 zu § 12 Abs. 1 ArbGG a.F.

samt beendet wird<sup>491</sup>. Auswirkungen zeigt dies beispielsweise im Falle der Klage teilrücknahme vor dem Stellen der Anträge hinsichtlich des allgemeinen Feststellungsantrages nach § 256 ZPO bei einem zunächst mit kombinierten Anträgen nach §§ 256 ZPO, 4 KSchG geführten Bestandsschutzprozess. Auch im Falle des Obsiegens des Klägers mit seinem Bestandsschutzantrag nach § 4 KSchG ist ihm im Tenor ein Teil der Gerichtskosten wegen § 269 Absatz 3 Satz 2 ZPO aufzuerlegen. Im alten Gebührenrecht hatte die unterlegene beklagte Partei die gesamten Gerichtskosten zu tragen, weil ein Streitgegenstand vor dem Stellen der Anträge durch Klagerücknahme ausgeschieden war und damit gebührenrechtlich unbeachtet bleiben konnte.

Der Arbeitsgerichtsprozess ist durch die Kostennovelle teurer geworden. Das Entstehen von höheren einziehbaren Gerichtskosten erfüllt die gesetzgeberische Vorgabe zur Erreichung einer Verbesserung der staatlichen Ertragslage durch stärkere Beteiligung der Prozessparteien an den Verfahrenskosten<sup>492</sup>.

## II. Allgemeine Kostenvorschriften des neuen GKG

Die Umsetzung der gesetzgeberischen Zielvorgaben (Vereinfachung der Kostenvorschriften durch übersichtliche und verständliche Gestaltung des Kostenrechts) vollzog sich für das arbeitsgerichtliche Verfahren dergestalt, dass alle arbeitsrechtlichen Wert- und Kostenvorschriften - auch diejenige des § 12 ArbGG a.F. - in das GKG eingestellt wurden. Das gesamte Verfahren wird kostenmäßig durch eine Pauschalgebühr abgegolten<sup>493</sup>. Die soziale Komponente des arbeitsgerichtlichen Verfahrens ist in besonderen Regelungen des GKG erkennbar wie bspw. der Kostenbefreiung verschiedener Verfahren gemäß § 2 Absatz 2 GKG.

---

<sup>491</sup> LAG Baden-Württemberg Beschluss vom 05.09.2005 - 3 Ta 136/05 -, [www.lag.bwl.de/KuG](http://www.lag.bwl.de/KuG); *Bader*, NZA 2005, 971; *Francken/Natter/Rieker*, NZA 2007, 833 ff. (837); *Meyer* GKG, 8. Aufl. 2006 Rn. 9 zu Teil 8 KV; a.A. *Wenzel* in GK-ArbGG Rn. 58 zu § 12; *Creutzfeld* RdA 2004, 281 ff. (284), die sich unter Hinweis auf § 36 GKG für eine Aufteilung der Gebührensätze zwischen erledigtem und weitergeführten Teil der Klage aussprechen.

<sup>492</sup> BT-Drucks. 15/1971, S. 175.

<sup>493</sup> BT-Drucks. 15/1971, S. 139 und 141.

## 1. Erhebung

Gemäß § 1 Nr. 5 GKG werden Kosten (= Gebühren und Auslagen, § 9 Absatz 1 GKG) ausschließlich nach dem GKG erhoben; die Höhe der Gebühr ergibt sich aus Teil 8 der Anlage 1 zu § 3 Absatz 2 GKG.

## 2. Kostenvorschuss

Aus der in § 11 HS. 1 GKG enthaltenen Regelung der Nichtanwendbarkeit des dritten Abschnittes des GKG folgt, dass Gerichtskosten im arbeitsgerichtlichen Verfahren nicht vorgeschossen werden müssen.

## 3. Fälligkeit

Die Fälligkeit der Kosten ergibt sich aus §§ 6 Absatz 4, 9 Absatz 1 und 2 GKG: Die bereits mit der Einleitung des Verfahrens entstehenden Kosten werden fällig, wenn eine unbedingte Entscheidung über die Kosten ergeht, das Verfahren beendet ist durch Klagerücknahme, anderweitiger Erledigung oder Vergleich, es sechs Monate geruht hat, unterbrochen oder ausgesetzt war oder von den Parteien nicht betrieben wurde<sup>494</sup>. Hierdurch ist entgegen den Ausführungen in der Gesetzesbegründung<sup>495</sup> mit dem KRMG der Anwendungsbereich des § 12 Absatz 4 Satz 1 ArbGG a.F. erweitert worden: Die Erhebung der Gerichtskosten nach sechsmonatiger Unterbrechung oder Aussetzung des Verfahrens gemäß § 9 Absatz 1 Nr. 4 GKG<sup>496</sup> war im zeitlichen Geltungsbereich des § 12 Absatz 4 ArbGG a.F. nicht statthaft<sup>497</sup>. Das arbeitsgerichtliche Verfahren kennt keine vorläufige Streitwertfestsetzung. Daher stellt sich die Frage, von welchem Wert der Kostenbeamte die Gerichtsgebühr in diesen Fällen festsetzen soll. Eine diesbezügliche gesetzliche Regelung fehlt. Die Praxis behilft sich mit einer formlosen Mitteilung des Gebührenstreitwertes durch den Kammervorsitzenden. Offenbar übersehen hat der Gesetzgeber die Folgen der diesbezüglichen Kostenreform: Wegen § 22 Absatz 2 Satz 2 GKG bleibt der Antragsteller Kostenschuldner auch bei ausgesetzten oder unterbrochenen Verfahren. Eine kostenprivilegierte Erledigung durch

---

<sup>494</sup> *Hartmann*, Kostengesetze, 36. Aufl. 2006, Rn. 10 zu § 9 GKG.

<sup>495</sup> BT-Drucks. 15/1791, S. 152 zu § 6 GVG.

<sup>496</sup> Die Vorschrift wurde erst im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens auf Vorschlag des Bundesrates eingeführt, BT-Drucks. 15/2403, S. 8, 9 und 19, BT-Drucks. 15/2487, S. 139.

<sup>497</sup> *Germelmann u.a.*, Komm. zum ArbGG, 4. Aufl., Rn. 80 zu § 12.

Klagerücknahme oder Abschluss eines Vergleiches kommt für die klagende Partei wegen des noch nicht abgeschlossenen Insolvenzverfahrens oder vorgreiflich zu entscheidenden Prozesses regelmäßig nicht in Betracht.

### III. Systematik der Gerichtsgebühren

Zur Berechnung der Gebühren verweist § 34 GKG auf die in der Anlage 2 zum GKG enthaltene Gebührentabelle. Gebühren dürfen nur dann erhoben werden, wenn sich ein Gebührentatbestand in einer der Ziffern des Kostenverzeichnisses (zukünftig: KV) findet. Die arbeitsrechtlichen Vorschriften<sup>498</sup> sind weitgehend den Vorschriften des Teil 1 des Kostenverzeichnisses nachgebildet. Bei Auslegungsfragen kann daher auf die KV-Nummern 1110 ff. zurückgegriffen werden<sup>499</sup>. Das Kostenverzeichnis gliedert sich in die amtliche Vorbemerkung 8 und die sich hieran anschließenden Nummern, welche die einzelnen Gebührentatbestände für bestimmte Verfahrensarten vorschreiben.

### IV. Die arbeitsgerichtliche Kostenentscheidung

#### 1. Grundsätze

Über die Kosten des Rechtsstreits entscheidet das Gericht von Amts wegen. Ein diesbezüglicher Antrag ist nicht erforderlich, § 308 Absatz 2 ZPO. Die Pflicht zur Kostenentscheidung entfällt dann, wenn die Parteien über die Kosten eine Einigung getroffen haben, wie z.B. in einem Vergleich (hier gilt im Zweifel § 98 ZPO: Kostenaufhebung) oder wenn sich die Kostenfolge unmittelbar und zweifelsfrei aus dem Gesetz ergibt (z.B. § 269 Absatz 3 und 4 ZPO bei Klagerücknahme). In diesen Fällen besteht eine Pflicht zur Kostenentscheidung von Amts wegen nicht. Deshalb ergeht dann eine Kostenentscheidung nur auf Antrag einer Partei.

#### 2. Gesetzlicher Kostenschuldner

Grundsätzlich haftet der „Antragsteller“ (= klagende Partei) für die Erfüllung der Übernahme der Kosten des Rechtsstreits, die dem Staat erwachsen, § 22 Absatz 1 GKG. Anders als in der ordentlichen Gerichtsbarkeit erlischt die Veranlasser-

---

<sup>498</sup> Teil 8 der Anlage 1 zu § 3 Abs. 2 GKG Kostenverzeichnis.

<sup>499</sup> LAG Baden-Württemberg Beschluss vom 05.09.2005 - 3 Ta 136/05 -, n.v.

haftung nach § 22 Absatz 1 GKG in Urteilsverfahren vor den Arbeitsgerichten durch eine anderslautende Kostenentscheidung: Werden die Kosten des Rechtsstreits einem anderen - in der Regel also der beklagten Partei - durch den Kostenausspruch im Tenor der Entscheidung auferlegt, erlischt die Veranlasserhaftung nach § 22 Absatz 1 GKG. Haftender für die dem Staat erwachsenden Kosten ist in den Fällen der Kostenschuldner der Entscheidung.

### 3. Gegenstand der Kostenentscheidung

Entschieden wird über die Prozesskosten, § 308 Absatz 2 ZPO, die auch als „Kosten des Rechtsstreits“ bezeichnet werden, § 91 Absatz 1 ZPO. Zu ihnen zählen auch die Gerichtskosten. In der Regel erfolgt eine kostenmäßige Sachbehandlung wegen der Besonderheiten im arbeitsgerichtlichen Verfahren (keine Kostenvorschusspflicht, § 11 GKG, Wegfall der Zweitschuldnerhaftung, § 22 Absatz 2 Satz 1 GKG, keine Kostenerstattung für Bevollmächtigte, § 12a Absatz 1 ArbGG) in der Regel nicht in einem Kostenfestsetzungsverfahren nach §§ 104 ff. ZPO, sondern sie wird vom Kostenbeamten des Gerichts im Wege des Kostenansatzes erledigt<sup>500</sup>. Hierbei wird die Gerichtskostenrechnung erstellt und der Kostenschuldner benannt, wobei dem Kostenansatz die Entscheidung des Gerichts hinsichtlich der Kosten zu Grunde liegt.

### 4. Einheitlichkeit der Kostenentscheidung

Die Kostenentscheidung des Gerichts ergeht über die Kosten des Rechtsstreits. Sie kann erst ergehen, wenn diese der Höhe nach grundsätzlich feststehen. Das ist dann nicht der Fall, wenn der Rechtsstreit in der Instanz nicht abgeschlossen ist. Damit ist eine Kostenentscheidung in einem Teilurteil unzulässig<sup>501</sup>. Dies ergibt sich unmittelbar einsichtig aus der Tatsache, dass jederzeit eine Klagerücknahme oder sonstige Änderungen, wie z.B. die Erweiterung der Klage oder die Einbeziehung weiterer Personen in den Prozess erfolgen könnten.

---

<sup>500</sup> *Hartmann* Komm. zum GKG, 34. Aufl., VII A mit weiteren Einzelheiten.

<sup>501</sup> *Vollkommer* in Zöller, Komm. zur ZPO, 24. Aufl. 2004, Rn. 11 zu § 301; BAG Urteil vom 18.10.2000 - 2 AZR 465/99 -, AP Nr. 39 zu § 9 KSchG.

## 5. Inhalt der Kostenentscheidung

Soweit eine Wertänderung während des Rechtsstreites durch Ausscheiden oder Hinzukommen neuer Streitgegenstände nicht stattfindet, richtet sich die Kostenentscheidung nach den Vorschriften der §§ 91 ff. ZPO und zwar in der Regel nach dem jeweiligen Obsiegen bzw. Unterliegen im Rechtsstreit. Ändern sich die Streitgegenstände während der Dauer des Verfahrens, hat dies normalerweise Auswirkungen auf die Kostenentscheidung: Die unterlegene Partei soll für die Kosten nur insoweit einstehen, als sie tatsächlich unterlegen ist. Wird die Klage zum Teil zurückgenommen oder erweitert und eine Partei unterliegt nicht im vollen Umfang, muss im Urteil auf Grund der Einheitlichkeit der Kostenentscheidung über die Kostentragungspflicht hinsichtlich der gesamten Streitgegenstände entschieden werden, da Gerichtskosten auch in dieser Höhe angefallen sind<sup>502</sup>. Dabei ist ein fiktiver Streitwert in Höhe des Wertes der gesamten Streitgegenstände zu Grunde zu legen. Die Gerichtskosten werden daher aus einem einheitlichen Verfahrenswert gebildet, der alle Streitgegenstände des Verfahrens beachten muss, auch solche, die vor der Entscheidung ausgeschieden sind. Dieses Gesamtgebührenaufkommen ist im Anschluss je nach Obsiegen und Unterliegen im Prozess zu verteilen, wobei dem Kläger die Streitgegenstände kostenmäßig zur Last gelegt werden, die er vor der Entscheidung zurückgenommen hat. Haben sich die Parteien über einzelne Streitgegenstände gütlich geeinigt und Teilvergleiche abgeschlossen, werden den Parteien wegen § 98 ZPO die hierfür anfallenden Kosten jeweils zur Hälfte auferlegt werden müssen. Die insgesamt gefundene Kostenquote im Urteil ist gelegentlich befremdlich in Ansehung des im Tenor des Urteils festzusetzenden Rechtsmittelstreitwertes, der gemäß § 61 ArbGG aber nur den Wert festlegt, über den das Gericht streitgegenständlich entschieden hat, mithin die Höhe der Beschwer des im Prozess unterliegenden Teils bezeichnet.

## 6. Die isolierte Kostenentscheidung nach § 128 Abs. 3 ZPO

Eine isolierte Kostenentscheidung ist - von Amts wegen, § 308 ZPO - in den Fällen zu treffen, in denen eine Entscheidung des Gerichts aus Rechtsgründen keine Kostenentscheidung enthält (z.B. das Teilurteil) und die weiteren mit der Klage

---

<sup>502</sup> *Schneider*, Die Kostenentscheidung im Zivilurteil, 2. Aufl. 1977, S. 198.

geltend gemachten Streitgegenstände später zurückgenommen werden (z.B. aufgrund der Klagerücknahmefiktion des § 54 Absatz 5 Satz 4 ArbGG). Die Entscheidung ergeht in Form eines Kostenschlussurteils und stellt eine Ergänzung des bereits erlassenen Teilurteils dar<sup>503</sup>. Das Kostenschlussurteil trifft im Tenor eine Entscheidung über die Kosten des gesamten Rechtsstreites, die an §§ 91 ff. ZPO auszurichten ist. Ausserdem ist der Streitwert festzusetzen, § 61 Absatz 1 ArbGG, wobei sich dieser immer auf den Wert des im Urteil behandelten Streitgegenstandes bezieht. Dies ergibt sich daraus, dass die Wertfestsetzung nach § 61 Absatz 1 ArbGG lediglich Bedeutung für die Frage der Beschwer der Parteien, also letztlich für die Berufungsfähigkeit des Urteils hat. Damit ist der Streitgegenstand im Kostenschlussurteil nur die Verteilung der Kosten. Die im Ausgangsverfahren verbliebenen Streitgegenstände sind erledigt.

## V. Der Streitwert

### 1. Allgemeines zum Gebührenstreitwert

Nach § 34 Absatz 1 GKG ist der Streitwert des Verfahrens für die Berechnung der Gebühren maßgeblich. Gibt es im Verfahren mehrere Streitgegenstände, werden diese regelmäßig zusammengerechnet, § 39 Absatz 1 GKG. Abzustellen ist auf den Zeitpunkt der Antragstellung gemäß § 40 GKG. Über das Bestehen, das Nichtbestehen oder die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses ist höchstens der Betrag des für die Dauer eines Vierteljahres zu leistenden Arbeitsentgelts maßgebend, § 42 Absatz 4 Satz 1 GKG. Bei Ansprüchen auf wiederkehrende Leistungen ist der dreifache Jahresbetrag der wiederkehrenden Leistung ausschlaggebend, wenn nicht der Gesamtbetrag der geforderten Leistung geringer ist, § 42 Absatz 3 Satz 1 GVG. Streiten die Parteien über eine Eingruppierung, ist der Wert des dreijährigen Unterschiedsbetrages zur begehrten Vergütung maßgebend, sofern nicht der Gesamtbetrag der geforderten Leistung geringer ist, § 42 Absatz 4 Satz 2 GKG. Hierbei werden die bei Einreichung der Klage fälligen Beträge zum Streitwert nicht hinzugerechnet. Zusammengerechnet werden jedoch die in einer Klage und in einer Widerklage geltend gemachten Ansprüche, § 45 Absatz 1 Satz 1 GKG. Mit Haupt- und Hilfsanträgen geltend gemachte Ansprüche werden zu-

---

<sup>503</sup> Lüke in MüKo/ZPO 2. Aufl. 2000, Rn. 57 zu § 257; Holthaus/Koch RdA 2002, 140 ff. (141).

sammengerechnet, soweit eine Entscheidung über beide Ansprüche ergeht. Dies gilt nicht, wenn die Ansprüche denselben Gegenstand betreffen. In diesem Fall ist nur der Wert des höheren Anspruches maßgebend, § 45 Absatz 1 Satz 3 GKG. Im Falle der Aufrechnung des Beklagten mit einer bestrittenen Gegenforderung erhöht sich der Streitwert um den Wert der Gegenforderung, soweit eine Entscheidung über sie ergeht, § 45 Absatz 3 GKG.

## 2. Urteils- oder Rechtsmittelstreitwert

Der Gebührenstreitwert ist nicht gleichzusetzen mit dem im Prozessrecht bekannten Urteils- oder Rechtsmittelstreitwert. Letztgenannter wird vom Gericht im Urteil gemäß § 61 ArbGG festgesetzt und betrifft die Beschwer der unterliegenden Prozesspartei. Er richtet sich nach den §§ 3 - 9 ZPO<sup>504</sup>. Der Urteils- oder Rechtsmittelstreitwert gibt Auskunft über ein mögliches Rechtsmittel gegen die Entscheidung. Dies ist immer dann anzunehmen, wenn der Beschwerdegegenstandswert erreicht ist, § 64 ArbGG. Der Urteils- oder Rechtsmittelstreitwert entspricht nicht zwingend dem Gebührenstreitwert, sondern kann auch davon abweichen. In diesem Fall muss der Gebührenstreitwert gesondert festgesetzt werden<sup>505</sup>.

## 3. Der fiktive Kostenstreitwert

Der fiktive Kostenstreitwert wird nicht festgesetzt. Erforderlich ist seine Berechnung, um den Grad des Obsiegens und Unterliegens der Parteien in der Kostenentscheidung im Urteilstenor abzubilden. Dies soll an nachfolgendem Fallbeispiel dargestellt werden.

### *Beispiel 1*

*Der beim Beklagten mit monatlichen Bruttobezügen in Höhe von € 2.500,00 beschäftigte Kläger wendet sich mit seiner kombinierten Klage nach §§ 4 KSchG,*

---

<sup>504</sup> *Germelmann u.a.*, Komm. zum ArbGG Rn. 11 zu § 61; *Wenzel* in GK-ArbGG, Rn. 144-146 zu § 12; BAG Beschluss vom 27.05.1994 - 5 AZB 3/94 -, NZA 1994, 1054.

<sup>505</sup> *Wenzel* in GK-ArbGG Rn. 148 zu § 12.

*256 ZPO gegen die Wirksamkeit einer ihm zugegangenen Kündigung. Er stellt auch einen Weiterbeschäftigungsantrag. Den Antrag nach § 256 ZPO nimmt der Kläger im Kammertermin vor Stellen der Anträge zurück. Dem Kündigungsschutzantrag wird im Urteil ebenso entsprochen wie dem Weiterbeschäftigungsantrag.*

In der Entscheidung hat das Gericht die Kostenquote festzulegen. Zu deren Berechnung ist grundsätzlich der Gebührenstreitwert zu Grunde zu legen<sup>506</sup>. Der Gebührenstreitwert wird hinsichtlich der Bestandsschutzanträge auf ein Vierteljahresverdienst begrenzt, § 42 Absatz 4 Satz 1 GKG. Da ein Teil der Klage zurückgenommen wurde, muss ein fiktiver Streitwert ermittelt werden, um die Kostenquote im Urteilstenor angemessen berechnen zu können<sup>507</sup>. Der Gebührenstreitwert für den Antrag nach § 4 KSchG beläuft sich auf € 7.500,00, § 42 Absatz 4 Satz 1 GKG. Der allgemeine Feststellungsantrag soll nach einer Meinung keine eigene Bewertung haben, da er den gleichen Streitgegenstand betrifft<sup>508</sup>. Nach einer anderen Meinung ist ein Wert von 10% des Vierteljahresverdienstes der klagenden Partei für den Antrag anzusetzen<sup>509</sup>. Folgt man letztgenannter Meinung, käme dem allgemeinen Feststellungsantrag ein Wert von € 750,00 zu. Der Weiterbeschäftigungsantrag ist nach einer Ansicht<sup>510</sup> mit einem Monatsgehalt, nach einer anderen Meinung<sup>511</sup> wegen § 42 Absatz 4 Satz 1 GKG nicht gesondert zu bewerten. Der erstgenannten Ansicht ist zu folgen. Dem Beschäftigungsantrag keinen eigenen Wert beizumessen, erscheint nicht sachgerecht. Denn die Durchsetzung der tatsächlichen Beschäftigung ist wirtschaftlich nicht identisch mit der nicht zu vollstreckenden gerichtlichen Feststellung der Unwirksamkeit einer Kündigung. Vorgesagtes gilt auch im Hinblick auf die unterschiedlichen Streitgegen-

---

<sup>506</sup> *Anders/Gehle*, Assessorexamen, 8. Auflage 2005, Rn. 169.

<sup>507</sup> *Thomas/Putzo*, Kommentar zur ZPO, 27. Aufl. 2006, Rn. 2-4 zu § 92; *Anders/Gehle*, Assessorexamen Rn. 169; a.A.: *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, Kommentar zur ZPO, 65. Aufl. 2007, Rn. 12 zu § 92.

<sup>508</sup> Landesarbeitsgericht Nürnberg Beschluss vom 26.06.2001 - 6 Ta 104/01 -, NZA RR 2002, 274; LAG Hamm Beschluss vom 03.02.2003 - 9 Ta 520/02 -, NZA RR 2003, 321; *Germelmann u.a.*, a.a.O., Rn. 101 zu § 12 KSchG.

<sup>509</sup> *Wenzel* in BBDW, Rn. 77 zu § 4 KSchG; *derselbe* in DB 1997, 186 ff. (187), der sich für einen Halbjahresverdienst als Wert für die kombinierten Anträge ausspricht; *Berkowsky* in MüKo/ArbR, Rn. 282 zu § 149: Ein Monatsgehalt.

<sup>510</sup> LAG Köln Beschluss vom 18.12.2001 - 13 Ta 303/01 -, n.v.

<sup>511</sup> LAG Baden-Württemberg Beschluss vom 19.04.1985 - 1 Ta 53/85 -, Anwaltsblatt 1986, 160; LAG Düsseldorf Beschluss vom 27.07.2000 - 7 Ta 249/00 -, NZA RR 2000, 613.

tände des Antrags nach § 256 ZPO und § 4 KSchG. Demnach ist für den allgemeinen Feststellungsantrag ein Wert von € 750,00 bei der Berechnung des fiktiven Streitwerts in Ansatz zu bringen. Der fiktive Streitwert beträgt € 7.500,00 für den Antrag nach § 4 KSchG, € 750,00 für den Antrag nach § 256 ZPO und € 2.500,00 für den Weiterbeschäftigungsantrag. Addiert geben diese Beträge den fiktiven Streitwert von € 10.750,00. Der Rechtsmittelstreitwert beträgt € 10.000,00. Im Kostenausspruch sind dem Kläger 7% der Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen, auch wenn seinen gestellten Anträgen stattgegeben wird, § 269 Absatz 3 Satz 2 ZPO. Zur Berechnung der Kostenquote ist auf den fiktiven Kostenstreitwert zurückzugreifen. Dieser ist nicht identisch mit dem Rechtsmittel- oder Urteilsstreitwert.

## VI. Gebührenrechtliche Besonderheiten des Arbeitsgerichtsprozesses

### 1. Allgemeines

Die soziale Komponente des arbeitsgerichtlichen Verfahrens findet ihren Niederschlag in besonderen Kostenregelungen des GKG für den Arbeitsgerichtsprozess. So ist beispielsweise eine Reihe von Verfahren gebührenfrei, § 2 Absatz 2 GKG. Im Mahnverfahren wird einschließlich des Erlasses des Mahnbescheides keine Gebühr fällig; die Gerichtsgebühr der KV Nr. 8100 knüpft an den Erlass eines Vollstreckungsbescheides an. Im Gegensatz zu den im allgemeinen Zivilverfahren anfallenden drei Gebühren ist die Verfahrensgebühr des ersten Rechtszugs im Arbeitsgerichtsverfahren auf den doppelten Gebührensatz ermäßigt, KV Nr. 8210 GKG. Auch im Berufungsverfahren wird eine gegenüber dem allgemeinen zivilrechtlichen Verfahren ermäßigte Gebühr des 3,2-fachen Satzes fällig, KV Nr. 8220.

### 2. Entfall der Gebühr nach KV Nr. 8210 GKG

Eine weitere arbeitsgerichtliche Besonderheit ist der Entfall der Gebührenerhebung bei Beendigung des gesamten Verfahrens ohne streitige Verhandlung, wenn

kein Versäumnisurteil vorausgegangen ist, KV Nr. 8210. Zweck der Regelung ist die Förderung der Prozesswirtschaftlichkeit<sup>512</sup>.

Zu den einzelnen Voraussetzungen der Norm:

a. Fehlende streitige Verhandlung

Der Entfall der Gebühr setzt eine Verfahrensbeendigung ohne streitige Verhandlung voraus. Streitig verhandelt wird nach dem Stellen von widerstreitenden Sach- und Prozessanträgen<sup>513</sup>. In der Güteverhandlung ist in der Regel die streitige Verhandlung noch nicht eröffnet. Eine Ausnahme kann es hierbei nur dann geben, wenn die Anträge zum Zwecke der Alleinentscheidung durch den Vorsitzenden gestellt werden<sup>514</sup>.

b. Beendigung des Verfahrens

Weitere Voraussetzungen ist die Beendigung des Verfahrens. Erfolgen kann dies durch Klagerücknahme, dem Erlass eines Anerkenntnis- oder Verzichtsurteils sowie durch Abschluss eines Vergleichs<sup>515</sup>.

(aa) Fraglich ist, ob der Gebührenprivilegierungstatbestand auch eintritt, wenn das Verfahren von den Parteien 6 Monate nicht betrieben wird, nachdem im Gütetermin das Ruhen des Verfahrens vereinbart worden ist. Hierzu nachfolgendes Fallbeispiel:

*Beispielfall 2*

*Im Kündigungsschutzprozess beantragen die Parteien im Gütetermin, dass der Vorsitzende Termin zur streitigen Verhandlung vor der Kammer nur auf Antrag einer Partei bestimmen soll. Danach wird das Verfahren länger als 6 Monate nicht betrieben.*

---

<sup>512</sup> Hartmann, Kostengesetze, Rn. 2 zu KV Nr. 1211 GKG.

<sup>513</sup> Wenzel in GK-ArbGG, Rn. 45 zu § 12; Helml in Hauck/Helml, Komm. zum ArbGG, 3. Aufl., Rn. 8 zu § 12.

<sup>514</sup> Germelmann u.a., Komm. zum ArbGG, 5. Aufl. 2004, Rn. 15 zu § 12; Helml in Hauck/Helml, Rn. 9 zu § 12 ArbGG.

<sup>515</sup> Wenzel in GK-ArbGG, Rn. 46 zu § 12; Germelmann u.a., Komm. zum ArbGG, 5. Aufl. 2004, Rn. 15 zu § 12; Helml in Hauck/Helml, Rn. 9 zu § 12 ArbGG; Meyer, GKG, 7. Aufl. 2005, Rn. 37 zu KV Nr. 1211 GKG.

(bb) Wegen §§ 9 Nr. 3, 4 GKG sind die Kosten des Verfahrens nach Ablauf der 6 Monate fällig. Fraglich ist, ob der Privilegierungstatbestand der KV Nr. 8210 GKG in diesem Fall eingreift. Für die Kostenprivilegierung würde sprechen, dass das Verfahren in gewisser Weise beendet worden ist, und zwar ohne dass eine streitige Verhandlung stattfand. Gegen das Eingreifen des Gebührenentfalltatbestandes wird jedoch eingewendet, dass der Rechtsstreit prozessual eben gerade nicht beendet ist und der Gebührenbefreiungstatbestand der KV Nr. 8210 ein beendetes Verfahren voraussetzt<sup>516</sup>. Die zur Gebührenbefreiung führende<sup>517</sup> Klagerücknahmefiktion der §§ 54 Absatz 4 Satz 4 ArbGG, 269 Absatz 5 Satz 4 ZPO ist nicht einschlägig, da die Normen voraussetzen, dass beide Parteien zum Güetermin nicht erscheinen oder verhandeln.

(cc) Bei Nichtbetreiben des Verfahrens durch die Parteien nach Ablauf der 6-Monats-Frist entfällt die Gebühr. Nach der gesetzgeberischen Wertung sollen diejenigen Parteien belohnt werden, die dem Gericht wenig Arbeit machen<sup>518</sup>. Auch in der ordentlichen Gerichtsbarkeit wird als kostenrechtlicher Privilegierungstatbestand das Nichtbetreiben des Verfahrens durch die Parteien und der Ablauf der 6-Monats-Frist angesehen<sup>519</sup>. Aus diesem Grund sollte von einem einheitlichen kostenrechtlichen Erledigungsbegriff auch für das arbeitsgerichtliche Verfahren ausgegangen werden.

Eine Kostenschlussentscheidung nach § 308 Absatz 2 ZPO ist nicht zu treffen, da eine prozessuale Verfahrensbeendigung in Form einer Klagerücknahmefiktion nicht vorliegt. Anders als in den Fällen des § 54 Absatz 5 ArbGG (Ruhe des Verfahrens wegen Nichterscheinen oder Nichtverhandeln der Parteien zur Gütesitzung und Ablauf von sechs Monaten) kann nicht von einer fingierten Klagerücknahme ausgegangen werden, wenn die Parteien in der Gütesitzung zwar

---

<sup>516</sup> *Germelmann u.a.*, Komm. zum ArbGG, 5. Aufl. 2004, Rn. 15 zu § 12; *Helml* in Hauck/Helml, Rn. 8 zu § 12 ArbGG; *Meyer*, GKG 7. Aufl. 2005, Rn. 33 zu KV Nr. 1211 GKG.

<sup>517</sup> *Schmädicke/Leister* AiB 2005, 286.

<sup>518</sup> *Wenzel* in GK-ArbGG, Rn. 46 zu § 12.

<sup>519</sup> *Hartmann*, Kostengesetze Rn. 4 zu KV Nr. 1211 GKG; OLG Düsseldorf Beschluss vom 25.06.1996 - 10 W 50/96 -, NJW RR 1997, 704; OLG Koblenz, Beschluss vom 03.09.1997 - 13 WF 942/97 -, FamRZ 1998, 312; LG Bamberg Beschluss vom 28.10.1997 - 3 T 160/97 -, JurBüro 1998, 147; LG Koblenz Beschluss vom 19.01.1998 - 14 T 21/98 -, JurBüro 1999, 259; LG Würzburg Beschluss vom 18.04.1997 - 3 T 647/97 -, JurBüro 1998, 147.

verhandeln und anschließend vereinbaren, dass ein Termin nur auf Antrag einer Partei bestimmt werden soll<sup>520</sup>.

#### c. Vollständige Beendigung des Verfahrens

Das Verfahren muss insgesamt beendet werden; kommt es in einem Teil zur streitigen Entscheidung, bleibt es bei der vollen Gebühr<sup>521</sup>. Kombinationen von Erledigungsarten vor streitiger Verhandlung, die insgesamt zur vollständigen Verfahrensbeendigung führen, lassen ebenfalls die Gebühr entfallen, KV Nr. 8210 GKG.

#### d. Verbot eines vorausgehenden Versäumnisurteils

Um den Entfall der Gebühr nach der KV Nr. 8210 GKG auszulösen, darf dem erledigenden Tatbestand kein Versäumnisurteil vorausgehen. Dies gilt jedenfalls für das echte Versäumnisurteil, das zu Lasten der beklagten Partei ergeht.

aa. Fraglich ist, ob die Gebührenprivilegierung im Falle des Erlasses eines *unechten* Versäumnisurteils, also dann entsteht, wenn die Klage bei Säumnis des Klägers abgewiesen wird und dieser anschließend die Klage zurücknimmt.

Nach einer Meinung sollen nur echte Versäumnisurteile den Eintritt der Gebührenprivilegierung verhindern<sup>522</sup>. Zur Begründung der Auffassung wird vorgetragen, dass bei unechten Versäumnisurteilen der Streitgegenstand weder formell noch materiell von der Entscheidung betroffen wird. Die Klage wird ohne Schlüssigkeitsprüfung abgewiesen. Des Weiteren streite die Gesetzesbegründung<sup>523</sup> für diese Auffassung. Hier sei ausdrücklich vom echten Versäumnisurteil gegen den Beklagten im Sinne von § 331 Absatz 3 ZPO die Rede, nicht vom unechten Versäumnisurteil. Schließlich erfordere die Abweisung der Klage durch unechtes Versäumnisurteil keine Sachprüfung des Richters. Deshalb sei es nicht gerecht-

---

<sup>520</sup> Germelmann Komm. zum ArbGG, Rn. 28 zu § 12 ArbGG.

<sup>521</sup> *Hartmann*, Kostengesetze, Rn. 4 zu KV Nr. 8210 GKG; *Bader*, NZA 2005, 971; *Helml* in Hauck/Helml, Rn. 9 zu § 12 ArbGG.

<sup>522</sup> LG Köln Beschluss vom 24.08.2000 - 10 T 179/00 -, JurBüro 2001, 260; LG Koblenz Beschluss vom 17.10.2003 - 12 T 70/03 -, JurBüro 2004, 92; *Meyer* Komm. zum GKG 7. Aufl., Rn. 32, 34 zu KV Nr. 1211 GKG.

<sup>523</sup> BT-Drucks. 12/6962.

fertigt, den Parteien die Gebührenprivilegierung bei unechten Versäumnisurteilen zu versagen.

Nach einer anderen Meinung verhindern alle Versäumnisurteile die Gebührenprivilegierung<sup>524</sup>. Zur Begründung wird angeführt, dass die Höhe der anfallenden Gebühren nicht im Deckungsverhältnis zur staatlichen Leistung stehen müsse; eine Überdeckung der staatlichen Leistung durch die Gebührenhöhe sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden<sup>525</sup>.

Letztgenannte Auffassung vermag nicht zu überzeugen. Zunächst ist in der Gesetzesbegründung<sup>526</sup> ausdrücklich Bezug genommen auf § 331 Absatz 3 ZPO, also von einem Ausschluss der Gebührenprivilegierung nur bei einem echten Versäumnisurteil gegen den Beklagten die Rede. Dies erscheint auch sachgerecht, da eine Schlüssigkeitsprüfung vor Erlass des Versäumnisurteils in diesem Fall notwendig ist. Der Gesetzgeber wollte aber nur in den Fällen mit geringem richterlichen Arbeitsanfall eine kostenmäßige Privilegierung schaffen, wie sich aus der KV Nr. 8211 GKG ergibt. In Ansehung dieser Regelung erscheint es unangemessen, den nach unechtem Versäumnisurteil die Klage zurücknehmenden Kläger mit einer Gebühr zu belegen, während der die Klageforderung anerkennende Beklagte im Fall des Erlasses eines Anerkenntnisurteils gebührenfrei ausgeht.

bb. Wie die Kombination eines Versäumnisteilurteils mit der Beendigung des noch anhängigen Rechtsstreites nach § 54 Absatz 5 Satz 4 ArbGG kostenrechtlich zu bewerten ist, soll nachfolgendes Fallbeispiel veranschaulichen.

### *Beispielfall 3:*

*Der mit monatlichen Bruttobezügen von € 2.500,00 beschäftigte, gekündigte Kläger verbindet seine Kündigungsschutzklage nach § 4 KSchG mit einer Forderungsklage in Höhe von € 2.500,00 (Weihnachtsgratifikation). In der Gütesitzung ergeht gegen den Beklagten antragsgemäß ein Versäumnisteilurteil über den Bestandsschutzantrag ohne Kostenausspruch. Hinsichtlich der Forderungsklage*

---

<sup>524</sup> Hartmann, Kostengesetze, Rn. 11 zu KV Nr. 1210 und Rn. 2 zu KV Nr. 1211 GKG.

<sup>525</sup> BVerfG Beschluss vom 27.08.1999 - 1 BvL 7/96 -, NJW 1999, 3550; Roloff, NZA 2007, 900 ff. (904).

<sup>526</sup> BT- Drucks. 12/6962.

*wird kein Antrag gestellt, da kein schlüssiger Sachvortrag zur Begründung vorliegt. Das Ruhen des noch anhängigen Verfahrens wird angeordnet. Gegen das Versäumnisteilurteil wird kein Einspruch eingelegt, die Akte nach sechs Monaten weggelegt.*

Der Gebührenprivilegierungstatbestand der KV Nr. 8210 dürfte nicht erfüllt sein, da ein Versäumnisteilurteil erlassen wurde. Es entsteht eine Gebühr aus einem Streitwert in Höhe von € 10.000,00 gemäß KV Nr. 8210 GKG in Höhe des 2,0-fachen Satzes. Der Kläger ist gemäß § 22 GKG Kostenschuldner, denn er hat das Verfahren eingeleitet. Eine Kostenhaftung der beklagten Partei nach § 29 GKG besteht nicht, da im Versäumnisteilurteil keine Kostenentscheidung ergangen ist.

Welche Möglichkeiten hat der Kläger? Er kann das Verfahren wieder aufnehmen und die Klage, soweit noch anhängig, zurücknehmen. Dann würde zwar immer noch nicht die Gebührenprivilegierung nach KV Nr. 8210 Absatz 2 GKG eingreifen, denn es liegt zwar eine Klagerücknahme vor streitiger Verhandlung vor; die Rücknahme bezog sich aber nur auf einen Teil der Streitgegenstände. Die Klagegoteilrücknahme führt nur dann zum Wegfall der Gebühr, wenn auch die restliche Erledigung aus einem anderen Grund gebührenrechtlich privilegiert ist. Hiervon kann wegen des erlassenen Versäumnisteilurteils nicht ausgegangen werden. Auch eine Privilegierung nach KV Nr. 8210 GKG dergestalt, dass die Gebühr auf den Satz von 0,4 ermäßigt wird, scheidet aus: Es wurde noch nicht mündlich verhandelt; ein Urteil im Sinne der KV Nr. 8211 Nr. 2 GKG ist nicht ergangen. Somit fällt die doppelte Gebühr nach KV Nr. 8210 GKG an. Da das Verfahren insgesamt beendet ist, muss eine gerichtliche Kostenentscheidung herbeigeführt werden, § 308 Absatz 2 ZPO. Es handelt sich um ein Kostenschlussurteil. Hier wird wegen den §§ 269 Absatz 3, 91, 92, 344 ZPO eine Quotelung von \_ zu \_ zu Gunsten des Klägers festzusetzen sein.

cc. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, in welcher Form diese Kostentragungspflicht seitens des Gerichts auszusprechen ist.

Es werden zwei Lösungsansätze diskutiert: Ein Beschluss nach § 269 Abs. 4 ZPO<sup>527</sup> oder ein Urteil nach §§ 308 Absatz 2, 128 Absatz 3 ZPO<sup>528</sup>. Im Zusammenhang mit übereinstimmender Teilerledigterklärung und Rücknahme der weitergehenden Klage werden beide Entscheidungsformen für zulässig gehalten und sie dem Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde unterworfen<sup>529</sup>.

Beide Entscheidungsformen sind vertretbar, die besseren Gründe sprechen für die Beschlusslösung. Die rechtliche Möglichkeit, über die Kosten durch Beschluss zu entscheiden, ergibt sich aus § 269 Abs. 4 ZPO. Die Vorschrift des § 128 Absatz 3 ZPO steht dem nicht entgegen. Aus der Norm lässt sich jedenfalls nicht zwingend die Urteilsform der Kostenentscheidung herleiten. Lediglich die Möglichkeit der Entscheidung ohne mündliche Verhandlung über die Kosten wird eröffnet. Zwar scheint wegen der systematischen Einordnung des § 128 Absatz 3 ZPO und der Vorschrift des § 128 Absatz 4 ZPO der Gesetzgeber an die Urteilsform bei der Kostenentscheidung gedacht zu haben. Das systematische Argument überzeugt jedoch nicht in Anbetracht der Tatsache, dass die Regelung ursprünglich in § 308 Absatz 2 Satz 2 ZPO aufgenommen werden sollte. Der Zwang, nur wegen des Kostenausspruchs mündlich verhandeln zu müssen, sollte beseitigt werden und durch Kostenbeschluss entschieden werden können<sup>530</sup>. Die spätere systematische Einordnung der gesetzgeberischen Vorgabe in § 128 Absatz 3 ZPO folgte keinem systematischen Ansatz. Für das arbeitsgerichtliche Verfahren bietet die Kostenentscheidung in Beschlussform den weiteren Vorteil der nicht erforderlichen Beteiligung der ehrenamtlichen Richter<sup>531</sup>. Diese müssten an der Kostenentscheidung in Urteilsform zwingend mitwirken. In der Literatur wird de lege ferenda eine Lösung des diesbezüglichen Problems durch Erweiterung der Alleinentscheidungsmöglichkeiten des Kammervorsitzenden nach § 55 ArbGG vorgeschlagen<sup>532</sup>; der Vorschlag ist seit 01.04.2008 durch das Gesetz zur Änderung des SGG und des ArbGG in Form der Einführung des § 55 Absatz 1 Nr.

---

<sup>527</sup> *Vollkommer* in Zöller Komm. zur ZPO, Rn. 10 zu § 308; *Musielak/Wolst*, ZPO, 5. Aufl. 2007, Rn. 10 zu § 99; OLG Düsseldorf Beschluss vom 28.01.1994 - 22 U 188/93 -, NJW RR 1994, 827; LAG Hamm Beschluss vom 05.12.1996 - 4 Sa 1785/96 -, LAGE § 269 ZPO Nr. 2.

<sup>528</sup> *Greger* in Zöller, Komm. zur ZPO, Rn. 19a zu § 269; *Herget* in Zöller, Komm. zur ZPO, Rn. 14 zu § 99; *Creutzfeld* RdA 2004, 281 ff. (287); *Pfitzer* [www.lag.bwl.de/KuG](http://www.lag.bwl.de/KuG).

<sup>529</sup> BGH Beschluss vom 28.01.1999 - III ZB 39/98 -, NJW RR 1999, 1741.

<sup>530</sup> BT- Drucks. 14/163, S. 23.

<sup>531</sup> so auch *Creutzfeld*, RdA 2004, 281 ff. (287).

<sup>532</sup> *Francken/Natter/Rieker* NZA 2007, 834.

9 ArbGG umgesetzt<sup>533</sup>. Das zulässige Rechtsmittel gegen ein Kostenschlussurteil ist die Berufung; im Falle der Entscheidung im Beschlusswege wäre dies die sofortige Beschwerde<sup>534</sup>. Schon hierin zeigt sich der Vorteil der Beschlusslösung gegenüber dem Kostenschlussurteil: Die Vorschrift des § 61 ArbGG ist nicht einschlägig; der - unter Umständen komplizierte - Vorgang der Festsetzung des Streitwertes beispielsweise bei Kostenmischentscheidungen könnte unterbleiben. Erübrigen würde sich auch eine Entscheidung über die Berufungszulassung.

dd. Kombination Versäumnisteilurteil und Teilerfüllung

*Beispielfall 4:*

*Im Gütetermin über die mit der Kündigungsschutzklage nach § 4 KSchG verbundene Klageforderung auf Zahlung einer Weihnachtsgratifikation in Höhe eines Monatsgehaltes (€ 2.500,00) ist die beklagte Partei säumig, hat jedoch nach Zustellung der Klage den Gratifikationsanspruch des Klägers erfüllt.*

Die Kombination des Erlasses eines Versäumnisteilurteils und einer Rücknahme der Klage bzw. der prozessualen Nichtweiterverfolgung des Anspruchs des Klägers auf Gratifikationszahlung mit der Folge der Ruhensanordnung und der damit einhergehenden Klagerücknahmefiktion nach § 54 Absatz 5 ArbGG führt - wie bereits oben dargestellt - im günstigsten Fall zur lediglich teilweisen Kostentragungspflicht des Klägers.

Eine Lösung bietet sich in diesem Fall an über eine teilweise Erledigungserklärung des Klägers hinsichtlich des eingeklagten Gratifikationsanspruchs, kombiniert mit einer Säumnisentscheidung. Die Antragsänderung ist auch im Säumnisverfahren zulässig<sup>535</sup>. Unter Bezugnahme auf die erfolgte Zahlung ist der Antrag des Klägers auch schlüssig. Auf Antrag des Klägers kann ein Versäumnisurteil erlassen werden, in dem die Unwirksamkeit der angegriffenen Kündigung ebenso festgestellt werden kann wie die Tatsache, dass der Rechtsstreit im Übrigen erle-

---

<sup>533</sup> Bundesgesetzblatt I Nr.11, S. 444.

<sup>534</sup> BGH Urteil vom 28.01.1999 - III ZB 39/98 -, NJW RR 1999, 1741; *Ro/loff* NZA 2007, 900 ff. (911), a.A.: *Düwell/Lipke/Kloppenburger/Ziemann*, Arbeitsgerichtsverfahren, 2. Aufl., Rn. 52 zu § 46 ArbGG.

<sup>535</sup> *Herget* in Zöller, Komm. zur ZPO, 26. Aufl. 2007, Rn. 5 zu § 331.

dig ist. Das Versäumnisurteil beinhaltet eine Kostenentscheidung sowie die Festsetzung des Streitwertes in Höhe von € 10.000,00<sup>536</sup>.

e. Erledigungserklärungen nach § 91 a ZPO

Nach der KV Nr. 8210 Absatz 2 GKG tritt eine Gebührenprivilegierung dann ein, wenn eine Erledigungserklärung vor streitiger Verhandlung ohne Entscheidung über die Kosten ergeht. Die teilweise Erledigungserklärung führt nicht zur Gebührenprivilegierung<sup>537</sup>. Die Kombination einer teilweisen Erledigungserklärung mit anderen Privilegierungstatbeständen, die zusammen zur vollständigen Verfahrensbeendigung führen, löst den Wegfall der Gebühren ebenso aus<sup>538</sup>.

*Beispielfall 5:*

*Auf die in der Kündigungsschutzklage nach § 4 KSchG erhobene Rüge fehlerhafter Anhörung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG nimmt der Beklagte die Kündigung zurück. Das Arbeitsverhältnis wird zu den ursprünglichen Bedingungen (Monatsverdienst € 2.500,-- brutto) fortgesetzt. Die Parteien erklären die Hauptsache für erledigt.*

Fraglich ist, ob der Privilegierungstatbestand der KV Nr. 8210 Absatz 2 GKG bereits dann erfüllt ist, wenn die Parteien vor oder im Laufe der Gütesitzung den Rechtsstreit für erledigt erklären.

Voraussetzung für das Eingreifen der Gebührenprivilegierung nach KV Nr. 8210 Absatz 2 wäre, dass eine Kostenentscheidung nicht ergeht, denn die Parteien haben dem Gericht weder eine Kostenentscheidung noch eine Einigung über die Kostentragungspflicht noch einen Verzicht auf die Kostenentscheidung mitgeteilt. Aus der übereinstimmenden Erledigungserklärung der Parteien allein kann nicht

---

<sup>536</sup> OLG Düsseldorf Beschluss vom 17.11.1992 - 10 W 61/92 -, NJW RR 1993, 510; a.A.: OLG Köln Beschluss vom 18.12.1990 - 22 W 45/90 -, JurBüro 1991, 832, in welchem 50-70% des mit dem erledigten Teil eingeklagten Wertes in Ansatz gebracht werden, was hier zu einem Streitwert zwischen 8.750,00 und 9.250,00 € führen würde; BGH Urteil vom 09.03.1993 - VI ZR 249/92 -, NJW RR 1993, 766 und Beschluss vom 30.09.1998 - XII ZR 163/98 -, NZM 1999, 21, in welchem die bis zum Zeitpunkt der Erledigungserklärung entstandenen Prozesskosten den Streitwert bilden.

<sup>537</sup> OLG Koblenz Beschluss vom 29.05.2002 - 14 W 321/02 -, Anwaltsblatt 2003, 187.

<sup>538</sup> *Roloff*, NZA 2007, 900 ff. (905).

ein Verzicht auf die Kostenentscheidung oder eine Kostenübernahmeerklärung einer Partei gefolgert werden<sup>539</sup>.

Das bloße kostenrechtliche Nichttätigwerden des Richters widerspricht zum einen den §§ 91a, 308 Absatz 2 ZPO - nach der übereinstimmenden Erledigterklärung der Parteien ist die Kostenfrage noch offen<sup>540</sup> - und lässt zum anderen den Gebührenprivilegierungstatbestand der KV Nr. 8210 Absatz 2 nicht entstehen. Denn Sinn und Zweck dieser Norm ist die kostenrechtliche Privilegierung der Parteien nur in den Fällen, in denen sie auf eine Kostenentscheidung verzichten und diese deshalb nicht ergehen muss<sup>541</sup>. Die „Weigerung“ des Gerichts, über die Kostentragungspflicht zu entscheiden, führt daher nicht zum Entfall der Gebühr.

Demnach muss durch Beschluss nach §§ 91a, 308 Absatz 2 ZPO über die Verfahrenskosten in Höhe einer 2,0-Gebühr entschieden werden.

Das Ergebnis erscheint nicht zufriedenstellend unter Zugrundelegung der Annahme, dass umlagefähige Gebühren vor der Beschlussfassung noch nicht entstanden sind. Diese Hypothese erweist sich aber bei näherer Überprüfung als falsch. Nicht der Beschluss nach § 91a ZPO ist die Gebühren auslösende gerichtliche Handlung (dies entsprach der Rechtslage vor dem KRMG), sondern die Klageerhebung. Hierdurch ist die Gebühr entstanden, § 9 GKG i.V.m. KV Nr. 8210 GKG. Nur die Fälligkeit der Gebühren wird durch den Beschluss nach § 91a ZPO beeinflusst. Es bleibt daher bei dem Kostenbeschluss nach § 91a ZPO, der die anfallende Gebühr unter den Prozessparteien entsprechend dem hypothetischen Obsiegen und Unterliegen im Prozess zu verteilen hat.

Welchen Weg könnten die Parteien wählen, um in der vorgegebenen Situation eine Kostenprivilegierung zu erreichen?

Zu denken wäre zunächst an eine übereinstimmende Erledigungserklärung der Parteien, verbunden mit einem Verzicht auf die Begründung zum Kostenbeschluss nach § 91a ZPO sowie der Rechtsmittel hiergegen. Bedenken gegen eine

---

<sup>539</sup> *Vollkommer* in Zöller, Komm. zur ZPO, 26. Aufl. 2007, Rn. 22 zu § 91a; *Hüßtege* in Thomas/Putzo, Komm. zur ZPO, 27. Aufl. 2006, Rn. 20 zu § 91.

<sup>540</sup> *Musielak*, Komm. zur ZPO, 5. Aufl. 2007, Rn. 26 zu § 308.

<sup>541</sup> *Düwell/Lipke/Krönig*, ArbGG, 2. Aufl. 2005, Rn. 8 zu § 12; *Musielak*, Komm. zur ZPO, 5. Aufl. 2006, Rn. 26 zu § 308.

gebührenmäßige Privilegierung dieses prozessualen Vorgehens im Sinne der KV Nr. 8211 Nr. 2 GKG werden im Hinblick auf die Tatsache angemeldet, dass es sich bei dem Beschluss gerade nicht um ein Urteil im Sinne von oben genannter Norm handele. Auch ein Urteil nach § 313 Absatz 1 ZPO sei nicht privilegiert, auch nicht bei Verzicht der Parteien auf eine Entscheidungsbegründung<sup>542</sup>. Für eine analoge Anwendung der KV Nr. 8211 Nr. 2 GKG auf das gewählte Procedere durch Auslegung der Norm könnte aber die gesetzgeberische Zielsetzung streiten, Anreize zu einer gütlichen Streitbeilegung zum Zwecke der Entlastung der Justiz zu schaffen<sup>543</sup>. Eine Herabsetzung der Verfahrensgebühr soll dann eintreten, wenn das Verhalten der Parteien zu einem verringerten Arbeitsaufwand der Gerichte führt. Unter diesem Gesichtspunkt kommt der Form der Entscheidung - Urteil nach § 313a ZPO oder Beschluss nach § 91a ZPO jeweils ohne Begründung - keine Bedeutung zu. Der Aufwand des Gerichts ist beim Beschluss nach § 91a ZPO ebenso gering, wie beim Urteil nach § 313a ZPO, da eine Entscheidungsbegründung nicht erforderlich ist<sup>544</sup>.

Die Rechtsprechung zur KV Nr. 1211 GKG a.F. dürfte nach der Einführung der KV Nr. 1211 Nr. 4 GKG nF. nicht mehr aufrecht zu erhalten sein. Mit der Einführung der Sondernorm wird abschließend die Privilegierung im Zusammenhang mit der übereinstimmenden Erledigungserklärung nach § 91a ZPO geregelt. Nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen - die denjenigen der KV Nr. 8211 GKG entspricht - soll die Gebührenprivilegierung ausgelöst werden. Denn nur in diesen Fällen muss das Gericht sich keine Meinung bilden. Hiervon kann nicht ausgegangen werden bei einer Entscheidung nach §§ 91a, 313a Absatz 2 ZPO. Hier muss das Gericht entscheiden, wenn auch nicht begründen.

Die übereinstimmende Erledigungserklärung der Parteien führt damit nicht zu einer Gebührenprivilegierung; vielmehr wird eine Gebühr in Höhe von 2,0 aus einem Streitwert von € 7.500,00 fällig.

---

<sup>542</sup> *Hartmann*, Kostengesetze, 36. Aufl. 2006, Rn. 9 zu KV Nr. 1211 GKG; *Pfitzer* [www.lag.bwl.de/KuGB](http://www.lag.bwl.de/KuGB).

<sup>543</sup> BT- Drucks. 15/1971, S. 140.

<sup>544</sup> Vgl. hierzu die Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte zur Vorgängerfassung der KV Nr. 1211 Nr. 2: OLG München Beschluss vom 07.07.2003 - 11 WF 1193/03 -, NJW 2003, 1656; LG Bonn Beschluss vom 22.12.2003 - 8 T 244/03 -, MDR 2004, 476; OLG Hamburg Beschluss vom 25.11.2004 - 8 W 254/04 -, OLGR Hamburg 2005, 454; *Meyer*, Gerichtskostengesetz, 7. Aufl. 2005, Rn. 40 zu KV Nr. 1211.

In Betracht kommt daher zur Erreichung einer gebührenprivilegierten Behandlung die Beendigung des Verfahrens durch Abschluss eines - gegebenenfalls vom Gericht vorzuschlagenden - Vergleiches, § 278 Absatz 6 ZPO. Denn nach der amtlichen Vorbemerkung 8 ist das arbeitsgerichtliche Verfahren unabhängig vom Verfahrensstadium bei Vergleichsschluss in der ersten Instanz gebührenfrei. Auch ein Anerkenntnisurteil würde zu einer Gebührenprivilegierung führen, KV Nr. 8210 Absatz 2. Vorgesagtes Ergebnis ließe sich auch erzielen durch eine Klagerücknahme sowie eine übereinstimmende Erledigungserklärung der Parteien nach § 91a ZPO mit einer Kostenübernahmeerklärung oder einer Kostenentscheidung, die einer zuvor mitgeteilten Einigung der Parteien über die Kostentragung entspricht.

### 3. Gebührenprivilegierung nach streitiger Verhandlung: KV Nr. 8211 GKG

Auch nach streitiger Verhandlung soll die vereinfachte Erledigung des Rechtsstreits zur Verringerung der Gebühr führen. Die KV Nr. 8211 GKG honoriert eine entstehende richterliche Arbeitserleichterung mit einer Verringerung der Gebühr um ca. 80%. Die Privilegierung ist an verschiedene Voraussetzungen gebunden.

#### a. Erledigung des gesamten Verfahrens

Der Privilegierungstatbestand der KV Nr. 8211 GKG verlangt die Erledigung des ganzen Rechtsstreits durch einen der aufgeführten Tatbestände<sup>545</sup>. Die Norm ähnelt der KV Nr. 8210 Absatz 2 GKG und unterscheidet sich im Wesentlichen von dieser in dem Umstand, dass die Gesamterledigung des Rechtsstreites nach streitiger Verhandlung nicht zur Gebührenbefreiung wie bei Gesamterledigung vor streitiger Verhandlung, sondern nur einer Gebührenermäßigung (von 2,0- auf 0,4-Gebühr) führt. Anhand des nachfolgenden Fallbeispiels soll die Problematik der Gesamterledigung des Rechtsstreites durch verschiedene prozessuale Tatbestände dargestellt werden.

#### *Beispielfall 6:*

*Der bei monatlichen Bruttobezügen in Höhe von € 2.500,00 angestellte Arbeitnehmer erhebt Kündigungsschutzklage gemäß § 4 KSchG und behauptet die*

---

<sup>545</sup> OLG Düsseldorf Urteil vom 13.05.2004 I - 10 W 50/04 -, AGS 2004, 302 f. (303).

*Unwirksamkeit der Kündigung wegen § 613a Absatz 4 Satz 1 BGB. Er hat seinen Bestandsschutzantrag mit einem Weiterbeschäftigungsantrag verbunden. Nach streitiger Verhandlung nimmt der Kläger seinen Weiterbeschäftigungsantrag auf den Hinweis des Gerichts wegen fehlender Erfolgsaussicht zurück, weil dieser gegenüber dem Betriebsveräußerer und nicht gegenüber dem Betriebserwerber erhoben wurde. Der Rechtsstreit wird beendet durch einen Abfindungsvergleich über den Bestandsschutzantrag.*

aa. Entfallen der Gebühr?

Fraglich ist, ob die Privilegierung nach der amtlichen Vorbemerkung 8 zum gesamten Entfall der Gebühr führt.

Hierfür würde sprechen, dass der Streitgegenstand - nachdem er durch die Klageteilrücknahme eingeschränkt wurde - durch den Vergleichschluss erledigt wurde.

Gegen diese Annahme streitet jedoch die Tatsache, dass sich der Vergleich nur auf einen Teil der ursprünglichen Streitgegenstände bezieht; diese wurden neben einer vergleichswisen Regelung auch durch eine Klageteilrücknahme erledigt, so dass nicht davon ausgegangen werden kann, dass der Vergleich den gesamten Streitgegenstand des Rechtsstreits umfasst. Er betrifft den noch anhängigen, allerdings eben nur einen Teil der ursprünglichen Streitgegenstände. Damit ist von einem Teilvergleich auszugehen. Dieser ist nach Satz 2 der amtlichen Vorbemerkung 8 ausdrücklich vom Gebührenentfall ausgenommen. Auch die Klageteilrücknahme führt nach KV Nrn. 8210, 8211 Absatz 2 Satz 1 GKG nicht zur Gebührenprivilegierung, da Voraussetzung hierfür die Beendigung des gesamten Rechtsstreites wäre.

bb. Ermäßigung der Gebühr?

Da das gesamte Verfahren jedoch beendet ist, muss geprüft werden, ob eine Ermäßigung der Gebühr auf 0,4 gemäß KV Nr. 8211 GKG eingetreten ist.

Gegen eine Gebührenermäßigung streitet der Umstand, dass der Vergleich - als Gesamtvergleich - nach der amtlichen Vorbemerkung 8 zum Entfall der Gebühr

führt, der Teilvergleich jedoch in der abschließenden Aufzählung der Gebührenermäßigungstatbestände der KV Nr. 8211 GKG nicht enthalten ist.

Für eine entsprechende Gebührenermäßigung spricht, dass nach KV Nr. 8211 GKG letzter Satz eine Kombination von Ermäßigungstatbeständen oder das Zusammentreffen von einem oder mehreren Kombinationstatbeständen mit einem Teilvergleich zur Reduzierung der Gebühr auf 0,4 führt<sup>546</sup>.

Letztgenannter Auffassung ist zu folgen. Treffen ein Teilvergleich und eine Klage(teil)rücknahme nach KV Nr. 8211 Nr. 1 GKG zusammen, wirkt sich der Teilvergleich wie jeder andere Gebührenermäßigungstatbestand der KV Nr. 8211 GKG begünstigend aus. Ansonsten gäbe es keinen Anwendungsbereich für den letzten Satz der KV Nr. 8211 GKG<sup>547</sup>. Über die Kostenverteilung muss eine richterliche Entscheidung getroffen werden, da die Verteilung für den Kostenbeamten nicht offensichtlich ist<sup>548</sup>. In diesem Fall würde ich eine Kostenverteilung von 63% zu 37% zu Lasten des Klägers vorschlagen, §§ 269 Abs. 3 S. 2, 98 ZPO.

Die unterschiedliche gebührenrechtliche Auswirkung des Zeitpunktes der prozessualen Handlung soll an nachfolgendem Fallbeispiel dargestellt werden.

#### *Beispielfall 7:*

*Der bei monatlichen Bruttobezügen in Höhe von € 2.500,00 beschäftigte Kläger erhebt eine kombinierte Bestandsschutz- und Weiterbeschäftigungsklage. Er beruft sich auf die Unwirksamkeit der Kündigung nach § 613a Absatz 4 Satz 1 BGB. Seinen gegen den vermeintlichen Betriebsveräußerer gerichteten Weiterbeschäftigungsantrag nimmt er auf richterlichen Hinweis bereits im Gutetermin zurück; nach streitiger Verhandlung in der Kammersitzung schließen die Parteien einen Abfindungsvergleich.*

Ein Gebührenentfall nach der amtlichen Vorbemerkung 8 tritt bei Beendigung des Verfahrens durch Abschluss eines gerichtlichen Vergleichs ein. Es kommt nicht darauf an, ob mündlich verhandelt wurde oder nicht. Allerdings greift dieser Ge-

---

<sup>546</sup> Wenzel in GK-ArbGG, Rn. 52 zu § 12; Pfitzer, [www.lag.bwl.de/KuG](http://www.lag.bwl.de/KuG).

<sup>547</sup> Roloff NZA 2007, 900 ff. (906).

<sup>548</sup> Musielak Komm. zur ZPO, 5. Aufl. 2006, Rn. 25 zu § 308.

bührenprivilegierungstatbestand nur für den Fall des Abschlusses eines Gesamtvergleiches ein, wie sich aus Satz 2 der amtlichen Vorbemerkung 8 ergibt. Ein Teilvergleich führt nicht zum Entfall der Gebühr.

Auch die KV Nr. 8210 Absatz 2 GKG ist nicht einschlägig, da die wesentliche Voraussetzung zum Eintritt der diesbezüglichen Gebührenbefreiung fehlt: Die Beendigung des gesamten Verfahrens ohne streitige Verhandlung.

In der Literatur wird vorgeschlagen, die Ermäßigungstatbestände der amtlichen Vorbemerkung 8 und der KV Nr. 8210 Absatz 2 GKG zu kombinieren in den Fällen des Zusammentreffens von Vergleich und Klageteilrücknahme. Sinn und Zweck der Regelungen sprächen für eine entsprechende Privilegierung<sup>549</sup>.

Der letztgenannten Auffassung ist entgegenzutreten. Eine Kombination der amtlichen Vorbemerkung 8 mit der KV Nr. 8210 Absatz 2 GKG ist schon deshalb nicht angezeigt, weil eine Regelungslücke zu verneinen ist: Der Gesetzgeber hat die Möglichkeit des Zusammentreffens von Klageteilrücknahme und Teilvergleich in KV Nr. 8211 letzter Satz GKG gesehen, eine entsprechende Regelung aber gerade nicht bei den Tatbeständen des gänzlichen Entfallens der Gebühren (amtliche Vorbemerkung 8 und KV Nr. 8210 GKG) getroffen. Nach derzeitiger Gesetzeslage erscheint ein vertretbares Ergebnis die gebührenrechtliche Privilegierung dieses Sachverhaltes zu sein gemäß der KV Nr. 8211 GKG letzter Satz in Form der Reduzierung der Gebühr auf 0,4. Denn eine Gebührenermäßigung soll auch diejenigen Parteien treffen, die nach streitiger Verhandlung eine Klageteilrücknahme mit einem Teilvergleich kombinieren. Ein einleuchtender Grund für den Entfall dieser Privilegierung im Falle der Klageteilrücknahme bereits im Güetermin und dem Abschluss eines Vergleichs im Kammertermin lässt sich nicht erkennen<sup>550</sup>. Gänzlich gebührenfrei wäre das Verfahren geblieben, wenn der Kläger die Klage nicht bereits in der Gütesitzung zum Teil zurückgenommen hätte, sondern - auch nach streitiger Verhandlung - einen Gesamtvergleich geschlossen hätte, vgl. amtliche Vorbemerkung 8.

---

<sup>549</sup> Pfitzer, [www.lag.bwl.de/KuG](http://www.lag.bwl.de/KuG).

<sup>550</sup> So auch Roloff NZA 2007, 900 ff. (906).

Das neue Kostenrecht hat nach dem Ergebnis einer durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales im Frühjahr des Jahres 2007 durchgeführten Ländrumfrage zu den neuen Kostenvorschriften dazu geführt, dass die Parteien aus Sorge vor einer Belastung mit Gerichtsgebühren von einer oft sinnvollen Abschichtung des Prozessstoffes durch Klageteilrücknahmen oder Abschluss von Teilvergleichen absehen und stattdessen Teilerledigungserklärungen abgeben, die zu begründende richterliche Entscheidungen zur Kostentragung erforderlich machen und dadurch zu einem deutlich erhöhten Arbeitsaufwand bei den Arbeitsgerichten geführt hat. Sowohl die Gerichte<sup>551</sup> als auch die Literatur<sup>552</sup> schlagen die partielle Wiedereinführung der Gebührenbefreiung i.S.v. § 12 ArbGG a.F. bei dem Zusammentreffen von Teilvergleich und Klageteilrücknahme vor der mündlichen Verhandlung zur Förderung der Mitwirkung der Parteien an einer prozessökonomischen Durchführung des Verfahrens de lege ferenda vor. Die berufsständischen Verbände unterstützen die Initiative<sup>553</sup>.

b. Kein anderes Urteil als Anerkenntnis- oder Verzichtsurteil und Urteil nach § 313a Absatz 2 ZPO

Nach dem klaren Wortlaut der KV Nr. 8211 GKG sind Versäumnis- und Versäumnisteilurteile ebenso gebührenschränkend wie Teil- oder Zwischenurteile, selbst wenn diese zu Unrecht ergangen<sup>554</sup> oder noch nicht rechtskräftig<sup>555</sup> sind. Das nachfolgende Fallbeispiel soll dies verdeutlichen.

*Beispielfall 8:*

*Der bei monatlichen Bruttobezügen in Höhe von € 2.500,00 beschäftigte Kläger wendet sich mit seiner kombinierten Bestandsschutzklage nach § 4 KSchG mit einem Weiterbeschäftigungsantrag gegen die Wirksamkeit der Kündigung und behauptet das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 613a Absatz 4 Satz 1 BGB. Es ergeht hinsichtlich des Bestandsschutzantrags ein Versäumnisteilurteil; wegen des Weiterbeschäftigungsantrages wird das Ruhen des*

---

<sup>551</sup> Beschlussfassung der 69. Konferenz der Präsidenten und Präsidentinnen der Landesarbeitsgerichte vom 16.05.2007.

<sup>552</sup> Francken/Natter/Rieker NZA 2007, 833.

<sup>553</sup> DAV NZA 2007, IX-X; BRA-MitgliederInfo 6/07 S. 3.

<sup>554</sup> OLG Koblenz Beschluss vom 20.07.2004 - 14 W 470/04 -, MDR 2005, 119.

<sup>555</sup> Meyer, GKG, 7. Aufl. 2005, Rn. 32 zu KV Nr. 1211.

*Verfahrens angeordnet. Nach Einspruch gegen das Versäumnisteilurteil wird vor der mündlichen Verhandlung die Klage auf Weiterbeschäftigung zurückgenommen. Im Einspruchstermin wird der Einspruch verworfen.*

Gebührenbefreiungstatbestände liegen nicht vor, denn weder ist ein Vergleich geschlossen worden (amtliche Vorbemerkung 8), noch wurde das Verfahren vor streitiger Verhandlung ohne Versäumnisurteil beendet. Die teilweise Rücknahme der Klage wirkt sich nicht Gebühren privilegierend aus, da das Verfahren nicht dadurch insgesamt erledigt wurde.

Auch eine Gebührenprivilegierung nach der KV Nr. 8211 GKG scheidet aus, da eine Beendigung des Verfahrens durch Klagerücknahme nach streitiger Verhandlung und der damit einhergehenden gesamten Erledigung des Verfahrens im Sinne der KV Nr. 8211 Nr. 1 GKG nicht eingetreten ist. Auch ein Fall der KV Nr. 8211 Nr. 2 GKG liegt wegen des erlassenen Versäumnisteilurteils nicht vor.

Demnach greift ein Gebührenprivilegierungstatbestand nicht ein. Es entsteht eine 2,0-Gebühr. Im Schlussurteil muss über die Frage der Kosten unter Beachtung der teilweisen Klagerücknahme entschieden werden, § 269 Absatz 3 Satz 2 ZPO. Die übrigen Kosten, auch die der Säumnis, hat der Beklagte zu tragen, § 344 ZPO. Die Kostenquote beträgt \_ zu \_ zu Lasten der beklagten Partei. Der Urteilsstreitwert im Sinne von § 61 ArbGG beträgt € 7.500,00; der Streitwert nach § 63 GKG € 10.000,00.

Eine gebührenfreie Lösung könnte ggf. durch eine Verfahrenstrennung herbeigeführt werden. Den Weiterbeschäftigungsantrag hätte der Kläger dann gebührenfrei vor der mündlichen Verhandlung zurücknehmen können, KV Nr. 8210 Absatz 2 GKG. Allerdings müsste einer Prozesstrennung eine ordnungsgemäße Anhörung der Parteien vorausgehen. Nachteilig wirkt sich die vorgeschlagene Vorgehensweise im Falle der Beauftragung eines Rechtsanwaltes durch eine Partei aus, denn dann entstehen i.d.R. insgesamt höhere Anwaltskosten. Zudem ist ein erhöhter Verwaltungs- und Sachaufwand bei Gericht zu erwarten. Letztlich vermag der Lösungsvorschlag daher nicht zu überzeugen. Die Handhabung der Prozesstrennung allein zum Zwecke der Erzielung einer Gebührenprivilegierung erreicht die Grenze der Gesetzesumgehung.

Fraglich ist die gebührenrechtliche Behandlung einer Abwandlung des Ausgangsfalls. Dies soll am Fallbeispiel veranschaulicht werden.

*Beispielfall 9:*

*Der bei monatlichen Bruttobezügen in Höhe von € 2.500,00 beschäftigte Kläger wendet sich mit der kombinierten Bestandsschutzklage nach § 4 KSchG und einem Weiterbeschäftigungsantrag gegen die Wirksamkeit der Kündigung und behauptet das Vorliegen der Voraussetzung des § 613a Absatz 4 BGB. Im Gütetерmin wird bezüglich aller Anträge antragsgemäß Versäumnisurteil erlassen; im Einspruchstermin nimmt der Kläger die Klage zurück.*

Ein Gebührenbefreiungstatbestand nach der KV Nr. 8210 GKG greift schon deshalb nicht ein, weil ein Versäumnisurteil ergangen ist.

Auch eine privilegierende Behandlung der Gebühr nach der KV Nr. 8211 GKG - Reduktion auf eine 0,4-Gebühr - tritt wegen des vorherigen Erlasses eines Versäumnisurteils im Gütetерmin nicht ein. Es bleibt daher bei der Gebührenhöhe der KV Nr. 8210 Absatz 1 GKG: 2,0.

Eine Kostenschlussentscheidung ergeht nicht von Amts wegen, denn ein Beschluss nach § 269 Absatz 4 ZPO setzt einen entsprechenden Antrag voraus. Wird der Antrag nicht gestellt, bleibt es bei der Kostengrundentscheidung des Versäumnisurteils, § 30 Satz 1 GKG: Die beklagte Partei haftet trotz Klagerücknahme für die entstandenen Kosten. Dem steht nicht die Wirkungslosigkeit des Versäumnisurteils wegen der Klagerücknahme entgegen: Für die Kostenentscheidung entfaltet die Rücknahme der Klage keine Wirkung, § 269 Absatz 3 Satz 1 ZPO, denn andernfalls gäbe es weder eine prozessrechtliche Kostentragungspflicht noch Kostenentstehungstatbestände bei der Klagerücknahme<sup>556</sup>.

Stellt eine Partei den Antrag nach § 269 Absatz 4 ZPO, hat eine Kostenschlussentscheidung zu ergehen. Fraglich ist in diesem Zusammenhang, wie in der Ent-

---

<sup>556</sup> BGH Beschluss vom 13.05.2004 - V ZB 59/03 -, NJW 2004, 2309.

scheidung das Spannungsverhältnis zwischen den §§ 344, 269 Absatz 3 Satz 2 ZPO zu lösen ist.

Nach einer Ansicht verdrängt § 269 Absatz 3 Satz 2 ZPO den § 344 ZPO. Dies ergebe sich aus dem Wortlaut des § 269 Absatz 3 ZPO. Nur ein vorausgegangenes rechtskräftiges Versäumnisurteil befreie den Kläger von seiner Kostentragungspflicht. Wenn die Klage vor Rechtskraft des Versäumnisurteils zurückgenommen werde, müssten dem Kläger die gesamten Verfahrenskosten auferlegt werden<sup>557</sup>. Die Gegenansicht wendet §§ 344, 269 Absatz 3 Satz 2 ZPO gleichzeitig an. Für die Kosten der Säumnis soll es beim Kostenausspruch des Versäumnisurteils bleiben; die weitergehenden Kosten sollen dem die Klage zurücknehmenden Kläger zur Last fallen<sup>558</sup>.

Der letztgenannten Auffassung ist zu folgen. Die nur am Wortlaut des § 269 Absatz 3 Satz 2 ZPO orientierte Auffassung überzeugt nicht, denn der Kläger würde hierbei auch mit den Säumniskosten belastet, die er nicht zu vertreten hat. Die Klagerücknahme käme ihn sonst teurer als ein die Klage abweisendes Urteil; in diesem müssten die Säumniskosten der beklagten Partei auferlegt werden, § 344 ZPO.

Eine gebührenfreie Lösung dieser Fallvariante könnte durch Abschluss eines Vergleichs des Inhaltes erfolgen, dass die Parteien Einvernehmen darüber erzielen, dass der Rechtsstreit erledigt ist und der Kläger aus dem Versäumnisurteil gegen die beklagte Partei keine Rechte mehr herleitet, amtliche Vorbemerkung 8. Voraussetzung für eine solche Lösung wäre aber ein Einvernehmen der Parteien.

### c. Klagerücknahme

Die gebührenrechtliche Privilegierung der Klagerücknahme nach streitiger, aber vor Schluss der mündlichen Verhandlung nach der KV Nr. 8211 Nr. 1 GKG mit der Folge der Ermäßigung der Gebühr auf 0,4 setzt als negatives Tatbestands-

---

<sup>557</sup> OLG Brandenburg Beschluss vom 04.01.1999 - 8 W422/98 -, NJW RR 1999, 871; OLG Rostock Beschluss vom 16.04.1996 - 1 W 233/95 -, NJW RR 1996, 832.

<sup>558</sup> Greger in Zöller, Komm. zur ZPO, 26. Aufl. 2007, Rn. 18a zu § 269; Herget in Zöller, Komm. zur ZPO, 26. Aufl. 2007, Rn. 2 zu § 344; Habel NJW 1997, 2357; OLG Karlsruhe Beschluss vom 23.08.1995 - 6 W 71/95 -, NJW RR 1996, 383; OLG München Beschluss vom 08.03.2001 - 28 W 870/01 -, NJW RR 2001, 1150; BGH Beschluss vom 13.05.2004 - V ZB 59/03 -, NJW 2004, 2390.

merkmal voraus, dass keine Entscheidung über die Kosten nach § 269 Absatz 3 Satz 3 ZPO ergeht oder die Kostenentscheidung einer zuvor mitgeteilten Einigung der Parteien über die Kostentragung oder der Kostenübernahmeerklärung einer Partei folgt. Zudem muss die Klage vor Schluss der mündlichen Verhandlung zurückgenommen werden. Fraglich ist, ob daneben zusätzliche Erklärungen der Parteien erforderlich sind. Dies soll an einem Fallbeispiel dargestellt werden.

*Beispielfall 10:*

*Der Kläger unterliegt mit seiner Bestandsschutzklage nach § 4 KSchG, denn entgegen seiner Auffassung lässt sich ein Übergang des Arbeitsverhältnisses nach § 613a BGB und die Unwirksamkeit der Kündigung aufgrund § 613a Absatz 4 BGB nicht feststellen. Das Urteil gegen den kündigenden Arbeitgeber wird rechtskräftig. Der auf Antrag beider Parteien zunächst ausgesetzte Rechtsstreit gegen den vermeintlichen Betriebserwerber, der auf Beschäftigung des Klägers gerichtet ist, wird nach Aufhebung des Aussetzungsbeschlusses fortgeführt. Der Kläger nimmt im Kammertermin die Klage zurück. Der Beklagte beantragt die Kosten dem Kläger aufzuerlegen, § 269 Absatz 4 ZPO.*

Bedenken gegen die gebührenrechtliche Privilegierung in diesem Fall werden im Hinblick auf die Tatsache erhoben, dass ein Beschluss erforderlich ist, der die Kostentragungspflicht ausspricht und somit eine richterliche Tätigkeit erfordert. Da sich die Parteien weder über die Kostentragung geeinigt hätten, noch eine Kostenübernahmeerklärung vorliege, falle ein Gebührenansatz von 2,0 gemäß KV Nr. 8210 GKG an<sup>559</sup>.

Dieser Auffassung ist entgegenzutreten. Nach meiner Meinung ist nur der Beschluss nach § 269 Absatz 3 Satz 3 ZPO hinsichtlich der anfallenden Gerichtsgebühr privilegierungsschädlich. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Norm. Außerdem ist - anders als bei § 269 Absatz 3 Satz 2 ZPO - eine richterlich zu begründende Ermessensentscheidung notwendig. Diese bereitet dem Gericht zusätzlich Arbeit und führt daher zum Wegfall der Gebührenermäßigung<sup>560</sup>. Anders ist die Situation bei einem Beschluss nach § 269 Absatz 3 Satz 2 ZPO, der in

---

<sup>559</sup> Meyer Komm. zum GKG, 7. Aufl. 2005, Rn. 35 zu KV Nr. 1211.

<sup>560</sup> Dötsch/Deckenbrock MDR 2004, 1218.

der Regel keine richterliche Ermessensentscheidung erforderlich macht. Eine solche Kostenentscheidung ist stets kostenrechtlich zu privilegieren<sup>561</sup>.

#### d. Anerkenntnis- oder Verzichtsurteil

Nach der KV Nr. 8211 GKG wird durch den Erlass eines Verzichts- oder Anerkenntnisurteils nach streitiger Verhandlung eine gebührenrechtliche Ermäßigung herbeigeführt, wenn durch die Entscheidung das gesamte Verfahren - ggfs. im Zusammenwirken mit anderen privilegierenden Ermäßigungstatbeständen (KV Nr. 8211 letzter Satz GKG) - beendet wird. Fraglich ist, ob dies auch dann gilt, wenn die Parteien beispielsweise wegen streitiger Anwendung des § 93 ZPO Kostenanträge stellen.

Das OLG Nürnberg<sup>562</sup> bejaht dies unter Hinweis auf den Gesetzeswortlaut.

Die überwiegende Meinung in der Literatur<sup>563</sup> und der Rechtsprechung<sup>564</sup> gehen von der Entstehung der vollen Gebühr der KV Nr. 8210 GKG aus.

Letztgenannter Auffassung ist zu folgen. Die Privilegierung auf eine Gebührenreduzierung auf 0,4 soll nur dann eintreten, wenn keine richterliche Ermessensentscheidung anfällt, wie sich aus den Aufzählungen der Privilegierungstatbestände der KV Nr. 8211 GKG ergibt. Hiervon kann keine Rede sein, wenn das Gericht trotz Anerkenntnis über die Frage der Anwendung des § 93 ZPO eine Entscheidung treffen muss.

#### e. Rechtsmittelverzicht, § 313a Absatz 2 ZPO

Ähnlich wie beim Anerkenntnis- oder Verzichtsurteil sieht der Gesetzgeber eine Gebührenprivilegierung als veranlasst an<sup>565</sup>, wenn die Parteien gemäß § 313a Absatz 2 ZPO auf Rechtsmittel gegen die gerichtliche Entscheidung verzichten und deshalb die Darstellung von Tatbestand und Entscheidungsgründen im Urteil

---

<sup>561</sup> *Hartmann*, Kostengesetze 36. Aufl. 2006, Rn. 4 zu KV Nr. 1211.

<sup>562</sup> Beschluss vom 18.11.2002 - 3 W 3373/02 -, NJW RR 2003, 1511 f.(1512).

<sup>563</sup> *Düwell/Lipke/Krönig*, Arbeitsgerichtliches Verfahren, 2. Aufl. 2005, Rn. 10 zu § 12 ArbGG; *Meyer*, Komm. zum GKG 6. Aufl. 2004, Rn. 39 zu KV Nr. 1211 GKG.

<sup>564</sup> OLG Hamburg Beschluss vom 04.05.2005 - 8 W 91/05 -, MDR 2005, 1195.

<sup>565</sup> BT- Drucks. 14/4722, S. 139.

entbehrlich ist. Denn in diesem Fall tritt eine erhebliche Entlastung auf Seiten des Gerichts ein.

Fraglich ist, wie das Spannungsverhältnis des § 313a Absatz 2 ZPO bei der Kostenprivilegierung im Zusammenhang mit der Bestimmung eines Verkündungstermins und der Möglichkeit der Verzichtserklärung der Parteien innerhalb einer Woche nach Schluss der mündlichen Verhandlung (§ 313a Absatz 3 ZPO) zu lösen ist.

Nach der überwiegenden Meinung im Schrifttum entsteht der Gebührenprivilegierungstatbestand der KV Nr. 8211 GKG nur beim so genannten „Stuhlurteil“, d.h. bei Verkündung in oder am Ende der Sitzung<sup>566</sup>. Zur Begründung wird auf den Wortlaut des § 313a Absatz 2 ZPO und denjenigen der KV Nr. 8211 Nr. 2 GKG verwiesen. Letztgenannte Norm verweise auf § 313a Absatz 2 ZPO, nicht jedoch auf § 313a Absatz 3 ZPO. Im Übrigen stehe die Entlastung des richterlichen Personals bei einem Verzicht der Parteien im Sinne von § 313a Absatz 3 ZPO im Falle der Bestimmung eines Verkündungstermins nicht dem in der Sitzung erklärten Rechtsmittelverzicht gemäß § 313a Absatz 2 ZPO gleich. Da bei einem Verkündungstermin das Urteil abgesetzt vorlegen müsse, widme sich der Richter ebenso rasch der Begründung der Entscheidung wie bei einer am Sitzungstag erfolgten Verkündung des Urteils. Aus diesem Grund komme es bei einem nachträglichen Verzicht auf Rechtsmittel gegen die Entscheidung im Sinne von § 313a Absatz 3 ZPO nicht zwingend zu einer Entlastung der Gerichte.

Die vorgetragene Argumente vermögen nicht zu überzeugen. Soweit zur Begründung der Nichtentstehung der Gebührenprivilegierung bei nachträglichem Rechtsmittelverzicht im Sinne von § 313a Absatz 3 ZPO auf die unterbleibende richterliche Entlastung hingewiesen wird, übersehen die Kommentatoren die gesetzlichen Vorgaben bei Bestimmung eines Verkündungstermins und der hieraus folgende Umgang der Praxis. Aus § 60 Absatz 4 Satz 3 ArbGG ergibt sich die Verpflichtung, dass ein im Kammertermin verkündetes Urteil innerhalb von drei Wochen vollständig abgefasst der Geschäftsstelle zu übermitteln ist. Ein beson-

---

<sup>566</sup> Meyer, Komm. zum GKG, 7. Aufl. 2005, Rn. 40 zu KV Nr. 1211 GKG; Hartmann, Kostengesetze, 36. Aufl. 2006, Rn. 9 zu KV Nr. 1211 GKG; Düwell/Lipke/Krönig, Arbeitsgerichtsverfahren, 2. Aufl. 2005, Rn. 10 zu § 12 ArbGG.

derer Termin zur Verkündung einer Entscheidung soll nur ausnahmsweise und dann innerhalb von drei Wochen nach der mündlichen Verhandlung bestimmt werden, § 60 Absatz 1 Satz 1 ArbGG. Wird das Urteil an einem besonders angesetzten Termin verkündet, muss es bei der Verkündung vollständig abgefasst sein, § 60 Absatz 4 Satz 2 ArbGG. Somit hat der Gesetzgeber den Richtern eine Zeitspanne von drei Wochen zur Absetzung der Urteilsgründe zugebilligt, unbeschadet dessen, ob das Urteil am Ende des Sitzungstages oder an einem besonders angesetzten Termin verkündet wird. Erklären die Parteien innerhalb einer Woche nach Verkündung der Entscheidung gemäß § 313a Absatz 3 2. Halbsatz ZPO den Verzicht auf Rechtsmittel, kann nicht zwingend davon ausgegangen werden, dass richterlicher Arbeitsaufwand hierdurch nicht mehr erspart wird: Gerade ein Drittel der vom Gesetzgeber als zur Absetzung der Entscheidungsgründe als angemessen angesehenen Zeitspanne ist dann abgelaufen. Es erscheint daher zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen richtig zu sein, die von ihrer Möglichkeit nach § 313a Absatz 3 2. Halbsatz ZPO Gebrauch machenden Parteien im Sinne der KV Nr. 8211 Nr. 2 GKG gebührenrechtlich zu privilegieren, wenn tatsächlich bei Abgabe der Erklärung eine richterliche Tätigkeit im Zusammenhang mit der Absetzung der Urteilsbegründung noch nicht angefallen ist. Ob dies der Fall ist, könnte durch einen Aktenvermerk des Richters festgehalten werden<sup>567</sup>.

#### 4. Entfall der Gebühr bei Abschluss eines gerichtlichen Vergleichs nach der amtlichen Vorbemerkung 8

Die amtliche Vorbemerkung 8 des Gebührenverzeichnisses als Anlage zum GKG bestimmt, dass im Fall des Abschlusses eines gerichtlichen Vergleichs, mit welchem das gesamte Verfahren erledigt wird, die Gebühr entfällt. Diese gebührenrechtliche Privilegierung des Vergleichs fördert die Umsetzung der gesetzlichen Vorgabe des § 57 ArbGG - die Anstrengung der gütlichen Erledigung des Rechtsstreites während des gesamten Verfahrens - auf der kostenrechtlichen Seite.

---

<sup>567</sup> Im Ergebnis ebenso, wenn auch ohne Begründung *Reichold* in Thomas/Putzo, Komm. zur ZPO, 27. Aufl. 2005, Rn. 4 zu § 313a.

### a. Gerichtlicher Vergleich

Fraglich ist, ob die Gebührenprivilegierung der amtlichen Vorbemerkung 8 ausschließlich bei Abschluss eines gerichtlichen Vergleichs oder auch bei den „mitgeteilten außergerichtlichen Vergleichen“ der Parteien eintritt.

Der dem Gericht von den Parteien mitgeteilte außergerichtliche Vergleich führte vor der Kostenrechtsnovelle zur Weglageverfügung des Kammervorsitzenden bezüglich der Akte. Kosten fielen keine an, Anlage 1 zu § 12 Absatz 1 ArbGG a.F., dort KV Nr. 9112 GKG a.F.<sup>568</sup>.

Nach dem KRMG hat eine diesbezügliche Erklärung der Parteien keine gebührenprivilegierende Wirkung mehr. Eine entsprechende Mitteilung der Parteien führt nicht zur formalen Beendigung des Verfahrens. Nur in den Fällen, in denen die Parteien zum Gütetermin nicht erscheinen oder verhandeln und daher das Ruhen des Verfahrens angeordnet wird, § 54 Absatz 5 Satz 1 ArbGG, kommt eine -kostenlose - Verfahrensbeendigung nach § 54 Absatz 5 Satz 4 ArbGG in Betracht.

Mangels gesetzgeberischem Anhaltspunkt und angesichts des klaren Wortlautes der amtlichen Vorbemerkung 8 ist daher der von den Parteien mitgeteilte außergerichtliche Vergleich nur im Falle des § 54 Absatz 5 Satz 4 ArbGG gebührenrechtlich privilegiert; der Entfall der Gebühr setzt in den anderen Fällen den Abschluss eines gerichtlichen Vergleichs voraus<sup>569</sup>.

### b. Gesamterledigung des Verfahrens

Die Gebührenprivilegierung nach der amtlichen Vorbemerkung 8 soll auch bei Abschluss eines Vergleiches nur dann eintreten, wenn hierdurch das gesamte Verfahren erledigt wurde. Nur vereinzelt wird noch die Meinung vertreten, auch ein Teilvergleich führe zum Gebührenwegfall<sup>570</sup>. Dieser Auffassung kann nicht

---

<sup>568</sup> *Grunsky* Komm. zum ArbGG 7. Aufl. Rn. 18 zu § 12.

<sup>569</sup> *Natter* NZA 2004, 686 ff. (690); *Pfitzer*, [www.lag.bwl.de/KuG](http://www.lag.bwl.de/KuG); *Helml* in Hauck/Helml, ArbGG, 3. Aufl. 2006, Rn. 8 zu § 12; *Meyer*, Komm. zum GKG 7. Aufl. 2005, Rn. 42 zu KV Nr. 1211 GKG; *Hartmann*, Kostengesetze, 36. Aufl. 2006, Rn. 2 zu KV Nr. 8100 GKG.

<sup>570</sup> *Creutzfeld* RdA 2004, 284; *Koch* in ErfKom. 7. Aufl. 2007, Rn. 5 zu § 12 ArbGG, der sich aber erkennbar auf Rechtsprechung beruft, die vor dem KRMG erging; *Wenzel* in GK- ArbGG Rn. 58 zu § 12.

gefolgt werden. Nach dem klaren Wortlaut der amtlichen Vorbemerkung 8 ist Voraussetzung für den Eintritt des Gebührenwegfalls die Gesamterledigung des Rechtsstreites durch Abschluss eines gerichtlichen Vergleichs<sup>571</sup>. Diese Auffassung wird auch für die entsprechende Kostenprivilegierungsregelung für das Verfahren vor den ordentlichen Gerichten (KV Nr. 1211 Nr. 3 GKG) vertreten<sup>572</sup>. Die zur Begründung hierzu gelieferten Argumente überzeugen. Der Entfall der Gebühr soll nur dann eintreten, wenn insgesamt keine inhaltlich zu begründende Entscheidung des Gerichts zur Gesamterledigung des Rechtsstreits erforderlich ist<sup>573</sup>.

### c. Zusammentreffen mehrerer Vergleiche

Fraglich ist, wie die Kostenfrage zu bewerten ist, wenn die Parteien durch mindestens zwei Teilvergleiche zeitlich nacheinander den Rechtsstreit beenden.

Zu denken wäre an einen Entfall der Gebühr nach der amtlichen Vorbemerkung 8. Dem steht jedoch der Wortlaut entgegen. Dieser sieht einen Vergleich zur gesamten Verfahrensbeendigung als Tatbestandsvoraussetzung des Gebührenprivilegierungstatbestandes vor.

Eine Gebührenermäßigung (auf eine 0,4-Gebühr) nach KV Nr. 8211 letzter Satz scheint ebenfalls am Wortlaut der Norm zu scheitern, denn ein Teilvergleich führt zwar dann zur Ermäßigung der Gebühr, wenn er mit anderen Ermäßigungstatbeständen der KV Nr. 8211 GKG zusammentrifft; in den KV Nr. 8211 GKG Ziff. 1-3 ist jedoch ein - weiterer - Teilvergleich nicht aufgeführt.

Im Ergebnis fiel hierdurch die normale Verfahrensgebühr der KV Nr. 8210 GKG an, obwohl das Verfahren durch Vergleichsschluss insgesamt erledigt ist. Das Ergebnis überzeugt nicht. Es widerspricht der Intention des Gesetzgebers. In jedem Verfahrensstadium soll die Herbeiführung einer gütlichen Einigung versucht, § 57 Absatz 2 ArbGG, jede Form der Verständigung der Parteien kostenrechtlich

<sup>571</sup> Herrschende Meinung: *Helml* in Hauck/Helml, ArbGG, 3. Aufl. 2006, Rn. 8 zu § 12; *Meyer*, Komm. zum GKG, 7. Aufl. 2005, Rn. 41 zu KV Nr. 1211 GKG; LAG Baden-Württemberg Beschluss vom 05.09.2005 - 3 Ta 136/05 -, [www.lag.bwl.de/KuG](http://www.lag.bwl.de/KuG), *Francken/Natter/Rieker* NZA 2007, 837; *Bader* NZA 2005, 971; *Meyer* GKG 8. Aufl. 2006 Rn. 9 zu KV Teil 8.

<sup>572</sup> *Meyer*, Komm. zum GKG, 7. Aufl. 2005, Rn. 42 zu KV Nr. 1211 GKG; *Hartmann*, Kostengesetz, 36. Aufl. 2006, Rn. 10 zu KV Nr. 1211 GKG.

<sup>573</sup> *Bader* NZA 2005, 971.

gefördert werden<sup>574</sup>. Ich bin der Auffassung, dass es kostenrechtlich keinen Unterschied machen darf, ob die Verständigung in einem oder mehreren Schritten zur Erledigung des Gesamtrechtsstreits führt, ohne dass ein besonderer Arbeitsaufwand für eine Entscheidung bei Gericht anfällt. Anderenfalls käme es zu einem Wertungswiderspruch hinsichtlich der Kostenprivilegierungstatbestände in KV Nr. 8211 GKG<sup>575</sup>.

#### d. Vergleich nach streitiger Verhandlung

Die amtliche Vorbemerkung 8 unterscheidet für den Eintritt der Gebührenbefreiung durch Vergleichsschluss, der zur Beendigung des gesamten Verfahrens führt, nicht nach dem erstinstanzlich eingetretenen Verfahrensstadium. Auch ein Vergleich im Kammertermin, auch nach Durchführung der Beweisaufnahme, führt zum Entfall der Gebühr.

Fraglich ist, ob dies auch nach Verkündung des Urteils gilt. Denn die Parteien können bis zur Rechtskraft der Entscheidung einen Prozessvergleich wirksam abschließen<sup>576</sup>. Die Problematik soll an nachfolgendem Fallbeispiel dargestellt werden.

#### *Beispielfall 11:*

*Der Kläger obsiegt mit seinem nach § 4 KSchG geführten Feststellungsantrag. Nach Urteilsverkündung und Zustellung der Entscheidungsgründe schließen die Parteien einen Abfindungsvergleich nach § 278 Abs. 6 ZPO.*

Gegen die Gebührenprivilegierung eines solchen Vergleichs könnte die Tatsache sprechen, dass mit der Verkündung der Entscheidung die Fälligkeit der Gebühr eingetreten ist, § 9 Absatz 2 Satz 1 GKG, denn das Verfahren ist in der Instanz beendet. Hierfür wäre weder eine Zustellung der Entscheidungsgründe noch die Rechtskrafterlangung des Urteils notwendig<sup>577</sup>. Ein nach der Verkündung geschlossener Vergleich kann ein durch die Verkündung kostenrechtlich bereits beendetes Verfahren nicht mehr beeinflussen.

---

<sup>574</sup> BT-Drucks. 15/1971, S. 175.

<sup>575</sup> Ebenso: *Roloff* NZA 2007, 900 ff. (909); *Francken/Natter/Rieker* NZA 2007, 837.

<sup>576</sup> *Lachmann* in Musielak, ZPO Komm., 5. Aufl. 2007, Rn. 4 zu § 794.

<sup>577</sup> *Hartmann*, Kostengesetze, 36. Aufl. 2006, Rn. 8 zu § 9 GKG.

Der Ausschluss der Kostenprivilegierung in diesem Fall würde aber -folgt man der aufgezeigten Argumentation - dem gesetzgeberischen Interesse nach der sich auch im Kostenrecht niederschlagender Förderung der gütlichen Einigung der Parteien während des gesamten Verfahrens (§ 57 Absatz 2 ArbGG) widersprechen. Erkennbar hat der Gesetzgeber den Vergleichsschluss als gebührenprivilegierte verfahrensbeendende Maßnahme für alle Verfahrensstadien im Arbeitsgerichtsprozess ausgestaltet. Anders als in den Kostengebührenziffern zum Prozessverfahren vor den ordentlichen Gerichten (KV Nr. 1211 Nr. 3 GKG: Ermäßigung der Gebühr auf 1,0) soll beim Arbeitsgericht der Vergleich stets zum Wegfall der Gebühr führen, auch wenn vorher ein Urteil - auch ein Versäumnisurteil - ergangen ist, das noch nicht rechtskräftig wurde. Aus diesem Grund wurde die Regelung in die amtliche Vorbemerkung 8 aufgenommen. Die Verkündung des Urteils und die Zustellung der Entscheidungsgründe steht somit der gebührenrechtlichen Privilegierung aufgrund des nachfolgenden Vergleichs nicht im Wege<sup>578</sup>.

## VII. Fazit

Das durch das Kostenrechtsmodernisierungsgesetz eingeführte neue Gerichtskostenrecht und insbesondere das System der Pauschalgebühren bringt durch die restriktivere Handhabung von Gebührenbefreiungs- und Privilegierungstatbeständen eine deutliche Mehrbelastung der Parteien, aber auch der Gerichte mit sich. Für die Parteien gilt darauf zu achten, sich nicht vorschnell die Möglichkeit zu nehmen, in den Genuss der vollen Gebührenermäßigung zu gelangen. Dies geschieht bereits dann, wenn einzelne Anträge zurückgenommen werden, obwohl eine gütliche Einigung insgesamt noch in Betracht kommt: Die teilweise Rücknahme einer Klage nach Beginn der streitigen Verhandlung führt dazu, dass ein Vergleich mit völligem Wegfall der Gerichtsgebühr nicht mehr geschlossen werden kann. Da auch die Beschränkung des alten Gebührenrechts im Hinblick auf eine festzusetzende Höchstgebühr im neuen Kostenrecht aufgehoben wurde, hat dies erhebliche kostenrechtliche Auswirkungen, wenn beispielsweise nur der allgemeine Feststellungsantrag im zunächst mit kombinierten Anträgen nach §§ 4 KSchG, 256 ZPO geführten arbeitsgerichtlichen Bestandsschutzprozess nicht

---

<sup>578</sup> *Wenzel* in GKG-ArbGG, Rn. 53 zu § 12; *Düwell/Lipke/Krönig*, Arbeitsgerichtliches Verfahren, 2. Aufl. 2005, Rn. 7 zu § 12 ArbGG.

weiter verfolgt werden soll. Auch ein Prozessvergleich, der die Kostenentscheidung nach § 91a ZPO dem Gericht überlässt, führt zu einem Entstehen von Gerichtsgebühren, wenn die Parteien im Vergleich eine Kostentragungsregelung nicht getroffen haben, oder eine Übernahmeerklärung einer Partei vorliegt. Diese gebührenrechtlichen Folgen lassen sich zumindest teilweise durch Kreativität der Prozessführung beheben. Als Auswege kommen insbesondere in Betracht:

- a) Stellen der Anträge möglichst am Schluss der Kammerverhandlung
- b) Erledigungserklärung statt Klagerücknahme
- c) Prozesstrennung vor Klagerücknahme.

Letztgenannte Variante ist die einzige Möglichkeit, bei einem mit verbundenen Anträgen nach § 4 KSchG und/oder Zahlungs/Beschäftigungsantrag geführten Kündigungsschutzprozess und vor der Kammerverhandlung zurückgenommenen Anträgen einen Gebührenbefreiungstatbestand zu erhalten.

## **E. Zusammenfassung in Thesen**

1. Die Dreiwochenfrist des § 4 KSchG n.F. ist im Zusammenhang mit den materiellrechtlichen Kündigungsbeschränkungen des Arbeitgebers zu sehen. Die Klageerhebungsfrist dient nicht überwiegend Arbeitgeber- oder gar Arbeitnehmerinteressen. Sie stellt auch keine reine Überlegungsfrist für den Arbeitnehmer mehr dar. Vielmehr liegt ihr Sinn und Zweck in einem Interessenausgleich: Durch die Klagefrist wird die Beschränkung des Kündigungsrechts des Arbeitgebers ausgeglichen.
2. Die Klagefrist des § 4 KSchG n.F. betrifft alle Arbeitnehmer, denen eine schriftliche Kündigung zugegangen ist. „Nicht-schriftliche“ oder inhaltlich unbestimmte Arbeitgeberkündigungen fallen nicht unter § 4 KSchG. Ein Formverstoß des zwar schriftlich, jedoch formwidrig im Sinne von § 623 BGB gekündigten Arbeitnehmers ist dagegen innerhalb der Klageerhebungsfrist gerichtlich geltend zu machen. Hierfür spricht der Gesetzeszweck der Vermeidung von Unsicherheiten über den Beginn des Fristlaufes.

3. Die „nicht-schriftliche“ und gleichzeitig sozialwidrige Kündigung wird nicht durch Fristablauf wirksam im Sinne von §§ 4, 7 KSchG. Der Arbeitnehmer kann sich auch nach Fristablauf auf § 12 KSchG berufen; dem Arbeitgeber ist die Stellung eines Auflösungsantrages nach § 9 KSchG verwehrt, weil die Kündigung auch aus anderen Gründen außerhalb von § 1 Absatz 2 KSchG unwirksam ist.
4. Der Normzweck des § 4 KSchG streitet für einen weiten Anwendungsbereich. Der Schutz des schuldrechtlichen Selbstbestimmungsrechtes des Arbeitgebers erfordert jedoch eine teleologische Reduktion des Anwendungsbereiches zur Vermeidung der Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG in engen Grenzen. Unanwendbar ist § 4 KSchG bei
  - a. Kündigungserklärungen eines nicht geschäftsfähigen Arbeitgebers, da der Schutzzweck der §§ 105 ff. BGB die Zielsetzung des § 4 KSchG (Schaffung von schneller Rechtssicherheit) überwiegt,
  - b. einer vom Arbeitgeber angefochtenen oder ihm *schuldlos* abhandengekommenen Kündigungserklärung,
  - c. einer vollmachtlos abgegebenen, vom Arbeitgeber nicht genehmigten Kündigungserklärung,
  - d. der Kündigung durch einen „Nichtvertragspartner“ des Arbeitnehmers.
5. § 4 Satz 4 KSchG ist bei der Kündigung eines Arbeitnehmers, die einer behördlichen Erlaubnis bedarf, entgegen der Auffassung des BAG nur auf die Fälle einer möglichen *nachträglichen* behördlichen Zustimmung anzuwenden.
6. Ein Verstoß gegen § 17 KSchG führt entgegen der Auffassung des EuGH nicht zur Unwirksamkeit der dem Realakt der Entlassung zu Grunde liegenden rechtsgeschäftlichen Kündigungserklärung. Einer Anwendung der Klagerechtsfrist des § 4 KSchG bedarf es für diese Fälle daher nicht.
7. Mit der Bereichsausnahme des § 2 Absatz 4 AGG ist das Verhältnis zwischen kündigungsschutzrechtlichen Regelungen und dem Diskriminierungsverboten präzisiert worden. Bei kündigungsgeschützten Arbeitnehmern flie-

ßen die Wertungen des AGG im Rahmen des Kündigungsgrundes, bei nicht kündigungsgeschützten Arbeitnehmern bei der Bewertung der Voraussetzung der §§ 134, 242 BGB ein. Die Geltendmachung derartiger Unwirksamkeitsgründe unterfallen der Klageerhebungsfrist des § 4 KSchG. Die Zweimonatsfrist des § 15 Absatz 3 AGG verdrängt die Klageerhebungsfrist des § 4 Satz 1 KSchG nicht. Vielmehr ist die Zweimonatsfrist anzuwenden für die Geltendmachung weiterer materieller Schäden des gekündigten Arbeitnehmers.

8. Eine Ausnahme von der Einhaltung der Klageerhebungsfrist ist nicht angezeigt, wenn der gekündigte Arbeitnehmer erst nach Fristablauf von Unwirksamkeitsgründen der Kündigung Kenntnis erlangt. Dies ergibt sich aus dem Rechtsgedanken des § 5 Absatz 1 Satz 2 KSchG. Der Arbeitnehmer ist auf dem Weg der nachträglichen Klagezulassung nach § 5 KSchG zu verweisen.
9. § 4 Satz 1 KSchG gilt auch für außerordentliche Kündigungen von Berufsausbildungsverhältnissen. Dies gilt unabhängig davon, ob ein Schlichtungsausschuss nach § 111 ArbGG gebildet ist oder nicht. Zur Anrufung des Schlichtungsausschusses ist § 4 Satz 1 KSchG analog anzuwenden.
10. Die Neufassung des § 4 Satz 1 KSchG fordert vom Arbeitnehmer die Erhebung einer Kündigungsschutzklage mit *punktuellem* Antrag. Ein allgemeiner Feststellungsantrag nach § 256 ZPO reicht wegen fehlender Rechtskraftwirkung nicht aus, die Fiktionswirkung des § 7 KSchG zu verhindern. Der Anwendungsbereich der allgemeinen Feststellungsklage beschränkt sich im Zusammenhang mit Arbeitgeberkündigungen im wesentlichen auf „nicht-schriftliche“ oder inhaltlich unbestimmte Erklärungen.
11. Die Kündigungsschutzklage nach § 4 Satz 1 KSchG ist eine Feststellungsklage. Ihr Streitgegenstand ist die Frage, ob das Arbeitsverhältnis der Parteien aus Anlass einer bestimmten Kündigung zu dem hierin bezeichneten Termin aufgelöst ist oder nicht. Der Antrag behandelt nicht die Fragen des Bestandes des Arbeitsverhältnisses im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung, des Ablaufs der Kündigungsfrist oder gar der letzten mündlichen Verhandlung. Er ermöglicht es dem gekündigten Arbeitnehmer, be-

stimmte von ihm für unwirksam gehaltene Kündigungen gerichtlich anzugreifen und entsprechend fokussierte Feststellungen zu erhalten. Der so verstandene *punktuelle* Streitgegenstandsbegriff entspricht der Zielsetzung des AMRG, der Schaffung von schneller Klarheit über die Wirksamkeit einer Kündigung. Die erweiterte/modifizierte punktuelle Streitgegenstandstheorie des BAG ist abzulehnen.

12. Die Neufassung des § 4 KSchG verhindert zwar nicht die Möglichkeit des Führens eines Kündigungsschutzprozesses mit gemäß §§ 4 KSchG, 256 ZPO kombinierten Anträgen. Abzulehnen ist jedoch die vom BAG vertretene Auffassung, dass weitere Kündigungen unter Anwendung des Rechtsgedankens des § 6 KSchG in den mit kombinierten Anträgen geführten Kündigungsschutzprozess bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung ohne Bindung an die Dreiwochenfrist eingeführt werden könnten. Die Auffassung steht im Widerspruch zu den mit dem AMRG veränderten gesetzlichen Vorgaben des § 4 KSchG.
13. Aus der Neufassung des § 6 KSchG lässt sich nicht der Schluss ziehen, es müssten alle Gründe umfassend und fristgemäß innerhalb der Klage nach § 4 KSchG aufgeführt werden, aus denen sich die Unwirksamkeit der Kündigung herleiten lasse. § 6 KSchG n.F. kann nicht mehr analog zur Heilung der versäumten Klagefrist im Kombinationsprozess angewendet werden, ansonsten wären die Präklusionsvorschriften §§ 4, 7 KSchG infrage gestellt. § 6 KSchG n.F. steht den allgemeinen Vorschriften des Zurückweisens von Parteivortrag nicht entgegen. Ein unterbliebener richterlicher Hinweis nach § 6 Satz 2 KSchG ermöglicht der klagenden Partei die Einführung weiterer Unwirksamkeitsgründe in das Berufungsverfahren.
14. Durch die Kostenrechtsnovelle sollte eine Entlastung der Gerichte, die stärkere Beteiligung der Prozessparteien an den Verfahrenskosten, sowie eine Verbesserung der staatlichen Ertragslage erreicht werden.
15. Mit § 9 Absatz 1 Nr. 4 GKG - Fälligkeit der Kosten bei sechsmonatiger Unterbrechung oder Aussetzung des Verfahrens - hat der Gesetzgeber für das arbeitsgerichtliche Verfahren in Ansehung der Tatsache, dass die klagende

Partei Kostenschuldner bleibt, § 22 Absatz 2 Satz 2 GKG, eine praxisferne Regelung geschaffen.

16. Für die Höhe der anfallenden Gebühren ist der Streitwert maßgeblich. Mehrere Streitgegenstände werden wertmäßig zusammengerechnet, § 39 GKG. Von einem fiktivem Streitwert ist auszugehen, wenn mindestens ein Streitgegenstand aus dem Prozess ausgeschieden ist, beispielsweise durch Teilvergleich oder Klageteilrücknahme. Eine Kostenschlussentscheidung ist erforderlich bei Erledigung des Verfahrens nach vorangegangener Klageteilrücknahme, einem Teilurteil oder einem Teilvergleich. Die Entscheidung kann durch Urteil oder Beschluss ergehen. Der Beschlussform ist den Vorzug zu geben.
17. Vor der streitigen Verhandlung wird jedes Verhalten der Parteien durch Entfall der Gebühr gefördert, das den Prozess tatsächlich beendet und dem Gericht Arbeit erspart. Ein Versäumnisurteil führt nur dann zum Wegfall der Gebührenprivilegierung, wenn es sich um ein echtes Versäumnisurteil zu Lasten der beklagten Partei handelt.
18. Nach streitiger Verhandlung führen zur Erledigung des gesamten Verfahrens Handlungen der Parteien zur Ermäßigung der Gerichtsgebühr. Auch das Zusammentreffen eines Teilvergleichs mit den in KV-Nummer 8211 GKG aufgeführten Privilegierungstatbeständen sollte gebührenrechtlich belohnt werden, da die Parteien so das Gericht entlasten.
19. Das geltende Gebührenrecht steht dem in arbeitsgerichtlichen Streitigkeiten sinnvollen „Abschichten“ von Streitgegenständen entgegen, was zu erheblichem richterlichen Arbeitsanfall führt. Die Wiedereinführung des § 12 ArbGG a. F. wäre zumindest für die teilweise Erledigung von Streitgegenständen vor streitiger Verhandlung wünschenswert.
20. Der gerichtliche Vergleich ist gemäß der amtlichen Vorbemerkung 8 zur KV-Nr. 8210 GKG die einzige verfahrensbeendende Maßnahme, die unbeschadet vom eingetretenen Verfahrensstadium zum Gebührenentfall führt, wenn er das Verfahren insgesamt beendet.

## Literaturverzeichnis

- |  |  |
|--|--|
| Anders, Monika / Gehle, Burkhard                                     | Das Assessorexamen, Werner-Verlag, 9. Auflage 2007   |
| Appel, Helga   | Die „Junk“-Entscheidung des EuGH zur Massenentlassung. Nur eine Aufforderung an den Gesetzgeber? DB 2005, 1002 ff.   |
| Ascheid, Reiner / Preis, Ulrich / Schmidt, Ingrid (Herausgeber)      | Kündigungsrecht, Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, C.H. Beck Verlag 3. Auflage, München 2007, zitiert: <i>Bearbeiter</i> in APS                |
| Backmeister, Thomas / Mayer, Udo / Trittin, Wolfgang                 | Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz und weiteren wichtigen Vorschriften des Kündigungsrechts, Franz Vahlen Verlag, 3. Auflage 2004, zitiert: <i>Bearbeiter</i> in Backmeister/Trittin |
| Bader, Peter   | Neues Kostenrecht und Kostenauspruch im arbeitsgerichtlichen Urteil, NZA 2005, 971   |
| derselbe   | Das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt: Neues im Kündigungsschutzgesetz und im Befristungsrecht, NZA 2004, 65  |
| Bader, Peter / Bram, Rainer / Dörner, Hans-Jürgen / Wenzel, Leonhard | Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu dem §§ 620 bis 628 BGB (Loseblattsammlung), zitiert: <i>Bearbeiter</i> in BBDW   |
| Bakker, Rainer   | Anmerkung zu BAG 2 AZR 467/92, EzA § 4 KSchG n.F. Nr. 46   |
| Bauer, Jobst-Hubertus  | Ein Vorschlag für ein modernes und soziales Kündigungsschutzrecht, NZA 2002, 529   |

- derselbe Arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge, 8. Auflage 2007, Verlag C.H. Beck
- Bauer, Jobst-Hubertus / Krieger, Steffen Neuer Abfindungsanspruch - 1a daneben! NZA 2004, 77
- dieselben Kündigungsrechtliche Reformen: Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt und Hartz-Gesetze; Erläuterungen und Synopse, Köln 2004, zitiert: Bauer/Krieger, Kündigungsrechtliche Reformen 2004
- Bauer, Jobst-Hubertus / Krieger, Steffen / Powietzka, Armin Geänderte Voraussetzungen für Massenentlassungen nach der „Junck“-Entscheidung des EuGH, Anmerkung zum EuGH-Urteil vom 27.01.2005, RsC 188/03, DB 2005, 445
- Bauer, Jobst-Hubertus / Preis, Ulrich / Schunder, Achim Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt - Reform oder nur Reförmchen?, NZA 2004, 195
- dieselben Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zu Reformen am Arbeitsmarkt vom 18.06.2003, NZA 2003, 704
- Bauer, Jobst-Hubertus / Göpfert, Burkhard / Krieger, Steffen Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Kommentar, Verlag C. H. Beck, 1. Auflage 2007
- Bauer, Jobst-Hubertus / Thüsing, Gregor / Schunder, Achim Das AGG: Alter Wein in neuen Schläuchen? NZA 2006, 774
- Baumbach, Adolf / Lauterbach, Wolfgang / Albers, Jan / Hartmann, Peter Zivilprozessordnung (Kommentar), 66. Auflage 2007, Verlag C. H. Beck, zitiert: Baumbach/Lauterbach
- Bayreuther, Frank § 6 KSchG als Ausgangspunkt für eine allgemeine Regelung der Klagerweiterung im Kündigungsschutzprozess, ZfA 2005, 391



- quote Bundesarbeitsblatt 10/05 S. 4,  
Hsg.: Bundesministerium für Wirtschaft  
und Arbeit, Kohlhammer Verlag
- Bischlmeier, Wilhelm      Insolvenzhandbuch, Bundverlag, 2.  
Auflage 2003
- Birk, Rolf      Grundfälle zur Kündigung und Kündi-  
gungsschutz Teil 4: Die ordentliche  
Kündigung durch den Arbeitgeber, JuS  
1985, 780
- Bitter, Walter      Zur Kombination von Kündigungs-  
schutzklage mit allgemeiner Fest-  
stellungsklage - oder: Schleppnetztheo-  
rie des BAG - DB 1997, 1407
- Bitzer, Peter      Sonderkündigungsschutz schwerbehin-  
deter Menschen, Recht-sprechung und  
Standpunkte zu § 90a SGB IX, NZA  
2006, 1084
- Bötticher, Eduard      Zum Regierungsentwurf des Kündi-  
gungsschutzgesetzes, RdA 1951, 81
- derselbe      Zur Geltendmachung der Unwirksamkeit  
einer sozial ungerechtfertigten Kündi-  
gung nach § 3 KSchG, BB 1952, 978
- derselbe      Der Streitgegenstand des Kündigungs-  
schutzprozesses, BB 1959, 1032
- derselbe      Zum „allgemeinen“ Weiterbeschäf-  
tigungsanspruch des Arbeitnehmers  
während des Kündigungsschutz-  
prozesses, BB 1981, 1954
- derselbe      Streitgegenstand und Rechtskraft im  
Kündigungsschutzprozess, Festschrift  
für Herschel 1955, 181

- Boemke, Burkhard Kündigungsschutzklage (§ 4 KSchG) und allgemeine Feststellungsklage (§ 256 ZPO), RdA 1995, 211
- Boewer, Dietrich Der Streitgegenstand des Kündigungsschutzprozesses, NZA 1997, 359
- derselbe Ausgewählte Aspekte des Kündigungsschutzprozesses, RdA 2001, 380
- Buchner, Herbert Notwendigkeit und Möglichkeiten einer Deregulierung des Kündigungsschutzrechtes, NZA 2002, 533
- derselbe Reform des Arbeitsmarktes: Was brauchen und was können wir? DB 2003, 1510
- Buschmann, Rudolf Vorwärts Kameraden, es geht zurück. Neue alte gesetzliche Regelung ab dem 01.01.2004, AuR 2004, 1
- Caspers, Georg Personalabbau und Betriebsänderung im Insolvenzverfahren, 1997, Verlag Rws, Kommunikationsforum 2001
- Creutzfeld, Malte Die Wertfestsetzung im arbeitsgerichtlichen Verfahren, NZA 1996, 956
- derselbe Die arbeitsgerichtliche Kostenentscheidung und das isolierte Kostenurteil, RdA 2004, 281
- Dahns (ohne Vorname) Prozessrechtliche Bemerkung zum Kündigungsschutzgesetz, RdA 1952, 141
- Däubler, Wolfgang Erfahrungen mit dem neuen Kündigungsrecht, Brennpunkte des Arbeitsrechts 2005, 1
- Das reformierte Kündigungsschutzrecht,

derselbe	AiB 2005, 387
derselbe	Kündigung als unmittelbare Diskriminierung, AiB 2007, 22
Deckenbroch, Christian/Dötsch, Wolfgang	JuMoG- Aktuelle Änderungen bei der Klagerücknahme gem. § 269 III S.3 ZPO
Dewender, Sascha	Einbeziehung der fehlerhaft berechneten Kündigungsfrist in die Klagefrist nach § 4 S. 1 KSchG?, DB 2005, 337
Diller, Martin / Krieger, Steffen / Arnold, Christian	Kündigungsschutzgesetz + Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: Sind Arbeitnehmer in Zukunft doppelt vor Kündigungen geschützt?, NZA 2006, 887
Diller, Martin	Neues zum richtigen Klageantrag im Kündigungsschutzverfahren, NJW 1998, 663
Dingeldey, Bob	Streitwerte im arbeitsgerichtlichen Verfahren, FA Spezial 2006 Beilage zu Heft 11 Seite 11
Dollmann, Bernd	Wahrung der Anrufungsfrist des § 4 KSchG 2004 bei nicht fristgerechten Kündigungen?, BB 2004, 2072
derselbe	Konsequenzen der aktuellen BAG-Rechtsprechungen zur Parteifähigkeit der GbR, ArbRB 2005, 30
Domröse, Ronny	Krankheitsbedingte Kündigung als Verstoß gegen das Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung in Beschäftigung und Beruf? NZA 2006, 1320
Düwell, Franz-Josef	Kölner Schriften zur Insolvenzordnung. Das neue Insolvenzrecht in der Praxis,

- ZAP-Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis, 2. Auflage 2000
- derselbe Der Kündigungsschutz schwerbehinderter Beschäftigter nach der Novelle vom 23.04.2004, BB 2004, 2811
- Düwell, Franz-Josef / Lipke, Gerd-Albert (Herausgeber) Arbeitsgerichtsgesetz (Kommentar), 2. Auflage, Bundverlag 2005
- Ebel, Wilhelm Gewerbliches Arbeitsvertragsrecht im deutschen Mittelalter, Verlag Hermann-Böhlau Nachfolger Weimar 1934
- Eberle, Catrin Geltendmachung der Unwirksamkeit der mündlichen Kündigung, NZA 2003, 1121
- Ebert, Dieter Strukturreform der BRAGO - Entwurf der Expertenkommission für ein Rechtsanwaltsvergütungsgesetz, BRAK-Mitteilungen 2001, 284
- Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht von Müller-Glöge, Preis, Schmidt (Hsg.), Verlag C. H. Beck, 4. Auflage 2004 bis 8. Auflage 2008, zitiert: *Bearbeiter* in ErfKom.
- Erman, Walter Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 11. Auflage 2004
- Etzel, Gerhard Die unendliche Geschichte des Sonderkündigungsschutzes für Schwerbehinderte, Festschrift Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV 2006, 241
- Feichtinger, Peter Entgeltfortzahlung bei Kündigung aus Anlass der Arbeitsunfähigkeit und Verzicht, DB 1983, 1202
- Fenn, Herbert Die fristgebundene Widerklage - ein Anschluss-Rechtsmittel? Iustiz

- schluss- „Rechtsmittel“ I. Instanz,  
AcP Band 163 (1964), 152
- Ferme, Marco /  
Lipinski, Wolfgang      Änderung der Rechtsprechung des BAG  
bei Massenentlassungen, NZA 2006,  
937
- Fischer, Burkhardt      Die nachträgliche Zulassung einer Kün-  
digungsschutzklage, AiB 1987, 186
- Fischer, Ulrich      Der arbeitsrechtliche Kündigungsschutzantrag in der Praxis, NJW 2009,  
1256
- Fitting, Karl / Engels, Gerd / Schmidt,  
Ingrid / Trebinger, Yvonne / Linsen-  
maier, Wolfgang      Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar  
24. Auflage, München 2008, zitiert: *Fit-  
ting*
- Flatow, Georg / Kahn-Freund, Otto      Betriebsrätegesetz, 13. Auflage Berlin  
1931
- Fornasier, Matteo /  
Werner, Stephan      Die „anderen Gründe“ für die Recht-  
sunwirksamkeit einer Kündigung im  
Rahmen des § 4 S.1 KSchG, NJW  
2007, 2729
- Francken, Johannes-Peter      Das Verschulden des Prozessbevoll-  
mächtigten an der Versäumung der Kla-  
gefristen der §§ 4 KSchG, 1 Abs. 5 Be-  
schäftigungsförderungsgesetz, 113 Abs.  
2 InsO, Dissertation Freiburg 1998
- derselbe      Zur Notwendigkeit einer einheitlichen  
Klagefrist für alle Bestandschutz-  
streitigkeiten im Arbeitsgerichtsgesetz,  
NZA 1999, 796
- Francken, Johannes-Peter / Natter,  
Eberhard / Rieker, Bettina      Der Referentenentwurf vom 16.05.2007  
und weitere Optimierungsvorschläge

- Eberhard / Rieker, Bettina zum arbeitsgerichtlichen Verfahren, NZA 2007, 833
- Galperin, Hans Gutachten: Unwirksamkeit der Kündigung und Kündigungsschutz, BB 1948, 305
- Gaul, Björn / Bonanni, Andrea Agenda 2010 - Änderungen im Kündigungsrecht, bei befristeten Arbeitsverhältnissen und im Bundeserziehungsgeldgesetz, AiB 2004, 48
- Gaul, Björn / Lunk, Stefan Gestaltungsspielraum beim Punkteschema zur betriebsbedingten Kündigung, NZA 2004, 185
- Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften von Becker, Etzel, Fischermeier, Friedrich, Lipke, Pfeiffer, Rost, Spilger, Weigand und Wolff, 1. Aufl. 1981 bis 8. Auflage Neuwied; Kriftel 2007, zitiert: *Bearbeiter* in GK-KR
- Gemeinschaftskommentar zum Arbeitsgerichtsgesetz von Bader, Friedrich, Leinemann, Stahlhacke, Wenzel (Loseblattsammlung), zitiert: *Bearbeiter* in GK-ArbGG
- Germelmann, Claas-Hinrich / Matthes, Hans-Christoph / Prütting, Hanns / Müller-Glöge, Rudi Arbeitsgerichtsgesetz (Kommentar), C. H. Beck Verlag, 6. Auflage 2008, zitiert: *Bearbeiter* in GMPM-G
- Gensicke, Miriam / Pfarr, Heide u.a. Neue Erkenntnisse über die Beendigung von Arbeitsverhältnissen in der Praxis, AuR 2008, 431
- Giesen, Richard / Besgen, Nicolai Fallstricke des neuen gesetzlichen Abfindungsanspruchs, NJW 2004, 185
- Göller, Irmgard Die Entwicklung des Kündigungsschutzrechtes in Deutschland, Dissertation Freiburg 1974

- Gravenhorst, Wulf Bestandsstreit-Beschäftigung-Vergütung in: Festschrift Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im DAV zum 25-jährigen Bestehen, S. 313
- Griebeling, Jürgen Neues im Sonderkündigungsschutz schwerbehinderter Menschen, NZA 2005, 494
- Grunsky, Wolfgang Arbeitsgerichtsgesetz (Kommentar) 7. Auflage, Vahlens Verlag 1995
- Güntner, Hans Das Verhältnis von Feststellungs- und Lohnklage nach dem Kündigungsschutzgesetz, RdA 1953, 249
- derselbe Die Umdeutung einer außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche, RdA 1953, 374
- derselbe Rechtsnatur und Probleme des kündigungsschutzrechtlichen Zulassungsverfahrens, AuR 1954, 193
- derselbe Der Anwendungsbereich der 3-Wochenfrist der Kündigungsschutzklage, RdA 1954, 131
- derselbe Der Streitgegenstand der Kündigungsschutzklage, AuR 1962, 257
- derselbe Der Einfluss der Kündigungsschutzklage auf die Geltendmachung von Lohn- und Gehaltsanspruch, BB 1962, 1044
- derselbe Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses im Prozess, BB 1968, 754
- derselbe Kündigungsge- und -verbot des § 626 Abs. 2 BGB, BB 1973, 1496

- derselbe Der Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses und seine Rechtsverwirklichung, AuR 1974, 97 und 171
- derselbe Die Besonderheiten und Probleme des Kündigungsschutzverfahrens, DB 1975, 1276 und 1317
- derselbe Die Befristung der Kündigungsschutzklage und deren Probleme, DB 1976, 148
- Habel, Michael Kostenerstattung bei vorangegangenem Versäumnisurteil, NJW 1997, 2357
- Haberkorn (ohne Vorname) Feststellungsklage nach dem KSchG und Rechtssicherheit, NJW 1953, 13
- Habscheid, Walther Zur Lehre vom Streitgegenstand im Kündigungsschutzprozeß, RdA 1958, 46 und 95
- derselbe Neue Probleme zum Streitgegenstand, Präklusion und Rechtskraft im Kündigungsschutzprozess, RdA 1989, 88
- Hager, Johannes Die Umdeutung einer außerordentlichen in eine ordentliche Kündigung, BB 1989,693
- Hamacher, Anno / Ulrich, Christoph Die Kündigung von Arbeitsverhältnissen nach Inkrafttreten und Änderungen des AGG, NZA 2007, 657
- Handkommentar zum Kündigungsschutzrecht von Fiebig/Gallner/Nägele, Nomos-Verlag, 2. Auflage 2004, 3. Auflage 2007, zitiert: *Bearbeiter* in HaKo
- Kostengesetze, C. H. Beck Verlag, 36.



- Verfahren, RdA 2002, 140
- Hromadka, Wolfgang Kündigungsschutz und Unternehmerfreiheit, AuA 2002, 261
- derselbe Unternehmerische Freiheit: Ein Problem der betriebsbedingten Kündigung, ZfA 2002, 383 ff.
- von Hoyningen-Huene, Gerrick Muß das Kündigungsschutzrecht reformiert werden? Festschrift 50 Jahre Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz, 215
- von Hoyningen-Huene, Gerrick / Linck, Rüdiger Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, C. H. Beck Verlag, 14. Auflage 2007, zitiert: *Bearbeiter* in von Hoyningen-Huene/Linck
- Hueck, Götz / von Hoyningen-Huene, Gerrick Kündigungsschutzgesetz, Kommentar 12. Auflage 1997, zitiert: *Hueck/von Hoyningen-Huene*
- Hueck, Götz Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 9. Auflage 1974
- Hueck, Alfred / Nipperdey, Hans-Carl / Dietz, Rolf Kommentar zum Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, 4. Auflage München/Berlin 1943, zitiert: *Hueck/Nipperdey/Dietz AOG*
- Hueck, Alfred Der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers nach dem heutigen Stand von Gesetzgebung und Rechtsprechung in den Westzonen, BStSozArBR 1949, 118 und 131
- derselbe Das neue Kündigungsschutzgesetz des Wirtschaftsrates, RdA 1949, 331
- derselbe Der Hattenheimer Entwurf des Kündigungsschutzgesetzes, RdA 1950, 65

- derselbe Klage und Urteil im Kündigungsschutzstreit, Festschrift für Carl Nipperdey 21.01.1955, 99
- derselbe Deutsches Arbeitsrecht, 1938
- Hurlebaus, Horst-Dieter Schlichtungsverfahren, Kündigungsschutzgesetz und Reform des Berufsbildungsgesetzes, BB 1975, 1535
- Jauernig, Othmar Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar) 13. Auflage 2009, zitiert: *Jauernig/Bearbeiter*
- Kamanabrou, Sudabeh Europarechtliche Bedenken gegen die Klagefrist bei Kündigungen wegen Betriebsübergangs, NZA 2004, 950
- dieselbe Klagefrist bei nicht fristgerechter Kündigung, SAE 2007, 141
- Kampen, Alfred Anmerkung zu BAG Urteil vom 15.12.2005, 2 AZR 148/05, AuR 2006, 284
- Kampen, Alfred / Winkler, André Zur Anwendbarkeit der 3-wöchigen Klagefrist nach § 4 KSchG im Rahmen der Geltendmachung zu kurz bemessener Kündigungsfrist, AuR 2005, 171
- Kaiser, Heinrich / Dunkl, Hans / Hold, Dieter Entgeltfortzahlungsgesetz, Kommentar, Schmidt Verlag, 5. Auflage 2000
- Kerwer, Christof Die Arbeitsgerichtsbarkeit, JuS 1999, 250
- Kiel, Heinrich / Koch, Ulrich Die betriebsbedingte Kündigung, C. H. Beck Verlag, München 2000
- Kittner, Michael / Däubler, Wolfgang / Zwanziger, Bertram (Herausgeber) Kündigungsschutzrecht (Kommentar), Bund Verlag, 6. Auflage 2004, 7. Auflage 2008, zitiert: *Bearbeiter in KSchG*

- ge 2008, zitiert: *Bearbeiter* in KDZ
- Klumpp, Steffen      Der EuGH und die Massenentlassung -  
Zeit für „Junk II“ NZA 2006, 703
- König, Wilhelm      Zur näheren Bestimmung des wichtigen  
Grundes bei der außerordentlichen  
Kündigung durch den Arbeitgeber, RdA  
1969, 8
- Korinth, Michael      Möglichkeiten und Grenzen bei der An-  
wendung von § 6 KSchG, ArbRB 2009,  
57
- Kübler, Bruno / Prütting, Hans      Kommentar zur Insolvenzordnung (Lo-  
seblattsammlung)
- Künzl, Reinhard      Kündigungsschutzklage als Fest-  
stellungs- oder Gestaltungs- klage?, DB  
1986, 1280
- Lakies, Thomas      Zu den seit 01.10.1997 geltenden ar-  
beitsrechtlichen Vorschriften der Insol-  
venzordnung, RdA 1997, 145
- derselbe      Arbeitsrechtliche Vorschriften der neuen  
Insolvenzordnung, BB 1998, 2638
- derselbe      Die Neuregelung des Kündigungs-  
schutzgesetzes, NJ 2004, 150
- Laux, Helga / Thüsing, Gregor / Lemb-  
ke, Mark      Kündigungsschutzgesetz, Kommentar,  
Haufe Verlag 2007
- Leisten, Leonhard      Die Reichweite der Fiktion in den §§ 7  
und 13 Abs. 1 S. 2 KSchG, AuR 1985,  
181
- Lepke, Achim      Fragen der gerichtlichen Entscheidungs-  
form bei der nachträglichen Zulassung  
der Kündigungsschutzklage, AuR 1970,

- derselbe Zur Rechtsnatur der Klagefrist des § 4 KSchG, DB 1991, 2034
- Lenz, Dieter Anmerkung zu BAG Urteil vom 12.05.05, 2 AZR 426/04, AuR 2006, 242
- Löwisch, Manfred Anmerkung zu BAG Urteil vom 19.04.1990, EzA § 615 BGB Nr. 66
- derselbe Verfahrensbeschleunigung und Vereinfachung in der Betriebsverfassung, RdA 1996, 354
- derselbe Anmerkung zu BAG AP Nr. 48 zu § 2 KSchG 1969
- derselbe Das arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz, NZA 1996, 1009
- derselbe Der arbeitsrechtliche Teil des so genannten Korrekturgesetzes, BB 1999, 102
- derselbe Die kündigungsrechtlichen Vorschläge der „Agenda 2010“, NZA 2003, 689
- derselbe Neuregelung des Kündigungs- und Befristungsrechts durch das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt, BB 2004, 154
- Löwisch, Manfred / Spinner, Günter Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, Verlag Recht und Wirtschaft, 9. Auflage 2004, zitiert: *Bearbeiter* in Löwisch/Spinner
- Luke, Joachim Gilt die 3-wöchige Klagefrist des § 4 KSchG auch für den Wiedereinstellungsanspruch?, NZA 2005, 92



- 21.01.1988 2 AZR 581/86, SAE 1990, 88
- Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht von Richardi, Reinhard und Wlotzke, Otfried (Herausgeber), Band 2 (Individualarbeitsrecht), C. H. Beck Verlag, München 2000, zitiert: *Bearbeiter* in Müko/ArbR
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch herausgegeben von Rebmann, Kurt / Säcker, Franz, C. H. Beck Verlag, Band 1 a, allgemeiner Teil 2002, Schuldrecht besonderer Teil I (§§ 433-610) 2007 besonderer Teil II Band 4 Dezember 2004, zitiert: *Bearbeiter* in Müko/BGB
- Münchener Kommentar zur ZPO mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen von Rauscher, Thomas / Wenzel, Joachim / Wax, Peter (Herausgeber), C. H. Beck Verlag, München 2007, zitiert: *Bearbeiter* in Müko/ZPO
- Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung Band 2 von Kirchhof, Hans-Peter/ Lwowski, Hans-Jürgen/ Stürmer, Rolf (Herausgeber), C.H. Beck Verlag, München 2002, zitiert: *Bearbeiter* in MüKo/InsO
- Musielak, Hans-Joachim Zivilprozessordnung (Kommentar), 5. Auflage 2006
- Natter, Eberhard Die Auswirkung des Gesetzes zur Modernisierung des Kostenrechts auf das arbeitsgerichtliche Verfahren, NZA 2004, 686
- Nebeling, Martin / Erwin, Angela Auswirkung des geänderten § 4 KSchG auf die Rechtsprechung des BAG, NZA RR 2006, 625
- Neumann, Dirk Verfahrensfragen zur nachträglichen Zulassung von Kündigungsschutzkla-

- gen, RdA 1954, 269
- Nikisch, Arthur                      Arbeitsrecht, 2. Auflage 1944 - Band 1,  
3. Auflage 1961
- derselbe                                In welcher Form muss der Arbeitnehmer  
die Unwirksamkeit einer außerordent-  
lichen Kündigung nach § 11 Abs. 1  
KSchG geltend machen?, BB 1952, 606
- derselbe                                Probleme des Kündigungsschutzrechts I  
und II, DB 1956, 1100 und 1133
- Nicolai, Andrea                      Neue Regeln für Massenentlassung?,  
NZA 2005, 206
- dieselbe                                Das Allgemeine Gleichbehand-  
lungsgesetz - AGG in der anwaltlichen  
Praxis, Deutscher Anwaltsverlag 2006
- Notz, Andreas                         Das neue Gebührenrecht aus anwaltli-  
cher Sicht, NZA 2004, 681
- Osnabrügge, Stephan                Massenentlassung - Kein russisches  
Roulette für Arbeitgeber, NJW 2005,  
1095
- Otto, Hansjörg                        Die Präklusion - ein Beitrag zum Pro-  
zessrecht, Schriften zum Prozessrecht,  
(Band 8), Berlin 1970
- derselbe                                Anmerkung zu BAG EzA § 5 KSchG Nr.  
20
- Osthold, E.-A.                        Die Einwirkung des Beschleunigungs-  
grundsatzes auf die Kündigungsschutz-  
klage, DB 1955, 1225
- Palandt, Otto (Begründer)            Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar,  
67. Auflage, C. H. Beck Verlag, Mün-  
chen 2008, zitiert: Paland/*Bearbeiter*

- Pickart, Volker  
Kündigungsschutz- und Kombinationsklage im arbeitsgerichtlichen Verfahren, Dissertation Würzburg 2004
- Preis, Ulrich  
Das arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz 1996, NJW 1996, 3369
- derselbe  
Reform des Bestandsschutzrechts im Arbeitsverhältnis, RdA 2003, 65
- derselbe  
Die „Reform“ des Kündigungsschutzrechtes, DB 2004, 70 ff.
- Preis, Ulrich / Gotthardt, Michael  
Schriftformerfordernis für Kündigungen, Aufhebungsverträge und Befristungen nach § 623 BGB, NZA 2000, 348
- Poelmann (ohne Vorname)  
Die Zulassung verspäteter Klagen nach § 4 KSchG, RdA 1952, 205
- Popp, Gerfried  
Die Fassung des Klageantrages im Kündigungsschutzprozess, BB 1988, 1180
- Quecke, Martin  
Die Änderung des Kündigungsschutzgesetzes zum 01.01.2004, RdA 2004, 86
- Raab, Thomas  
Der erweiterte Anwendungsbereich der Klagefrist des § 4 KSchG, RdA 2004, 321
- Ramrath, Ulrich  
Kehrtwende des BAG zur Entlassung im Sinne von § 17 Abs. 1 S. 1 KSchG - richtiger Weg für die Praxis, jedoch Zweifel an der Koordination von deutschem und europäischem Arbeitnehmerschutz, SAE 2007, 256
- Rewolle, Hans-Dietrich  
Das Verfahren bei der Zulassung ver-

- späterer Klagen nach § 4 Bundes-KSchG, BB 1952, 147
- Reuter, Dieter  
Möglichkeiten und Grenzen einer Deregulierung des Arbeitsgerichts in Festschrift für Wiedemann zum 70. Geburtstag, C. H. Beck Verlag München 2002
- Richardi, Reinhard  
Die neue Klagefrist bei Kündigungen, NZA 2003, 746
- derselbe  
Misslungene Reform des Kündigungsschutzes durch das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt, DB 2004, 486
- Rieble, Volker  
Anmerkung zu LAG Hamm LAGE § 5 KSchG Nr. 65
- Riesenhuber, Karl /  
Domröse, Ronny  
Richtlinienkonforme Auslegung der §§ 17,18 KSchG und Rechtsfolgen fehlerhafter Massenentlassungen, NZA 2005, 568
- Rolfs, Christian  
Erweiterte Zulässigkeit befristeter Arbeitsverträge durch das arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz, NZA 1996, 1134
- derselbe  
Die betriebsbedingte Kündigung mit Abfindungsangebot (§ 1a KSchG), ZIP 2004, 333
- derselbe  
Der allgemeine Kündigungsschutz nach dem Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt, SF (Sozialer Fortschritt) 2006, 34
- Roloff, Sebastian  
Das moderne Kostenrecht im arbeitsgerichtlichen Verfahren, NZA 2007, 900
- Rosenberg, Leo / Schwab, Karl-Heinz  
Zivilprozessrecht 16. Auflage, C. H. Beck Verlag München 2004

- Rüstig, Hermann Die Zulassung verspäteter Kündigungsschutzklagen, AuR 1953, 175
- Sagan, Adam Die Sanktion diskriminierender Kündigungen nach dem AGG, NZA 2006, 1257
- Schaub, Günter Vorläufiger Rechtsschutz bei der Kündigung von Arbeitsverhältnissen, NJW 1981, 1807 / Anwaltsbl. 1981, 479
- derselbe Praktische Probleme bei kumulativen Feststellungsanträgen im Kündigungsschutzprozess, NZA 1990, 85
- derselbe Arbeitsrecht in der Insolvenz, DB 1999, 217
- derselbe Arbeitsrechtliche Formularsammlung, C.H. Beck 7. Auflage 1999
- Schaub, Günter / Linck, Rüdiger Arbeitsrechtshandbuch, C. H. Beck Verlag, 12. Auflage 2007
- Schellhaaß, Horst Ist weniger Kündigungsschutz = mehr Beschäftigung?, NZA 2003, Sonderbeilage zu Heft 21, 28 ff.
- Schäfer, Rolf / Göbel, Dagmar Das neue Kostenrecht in Arbeitssachen, C. H. Beck Verlag München 2004
- Schiefer, Bernd / Worzalla, Michael Neues - altes Kündigungsrecht, NZA 2004, 345
- Schiefer, Bernd / Ettwig, Volker / Worzalla, Michael Ein Jahr AGG, DB 2007, 1977
- Schleusener, Aiono / Suckow, Jens / Voigt, Burkhard AGG (Kommentar) Luchterhand 2007

- Schmädicke, Axel / Leister, Hans Die Klagerücknahmefiktion im arbeitsgerichtlichen Verfahren, AiB 2005, 286
- Schmid, Karsten Die nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage durch Beschluss, Dissertation Erlangen 2000
- Schmidt, Jan § 4 S. 4 KSchG und das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt, NZA 2004, 79
- Schmidt, Volker Anmerkung zu BAG Urteil vom 26.04.1979, 2 AZR 431/77 in AuR 1980, 320
- Schneider, Egon Die Kostenentscheidung im Zivilurteil, 2. Auflage 1977 und AiB 2004, 258
- Schönfelder, Mathias Der praktische Fall - Arbeitsrechtsklausur - Der Fall Lopez, JuS 1997, 932
- Schönke, (ohne Vorname) Zurückverweisung bei Verfahrensverstößen im Arbeitsgerichtsprozess, BB 1952, 608
- Schrader, Peter / Schubert, Jens Das neue AGG: Gleichbehandlungsrecht in der anwaltlichen Praxis, Nomos Verlag 2006
- Schwab, Norbert Die Rechtsprechung des BAG zur Kombination einer Kündigungsschutzklage mit einer allgemeinen Feststellungsklage, NZA 1998, 342
- Schwab, Norbert / Weth, Stephan Kommentar zum ArbGG Schmidt Verlag 2. Auflage 2007
- Schwerdtner, Peter Die Präklusionswirkung von Urteilen im Kündigungsschutzprozess, NZA 1987, 263

- Soergel, Hans-Theodor (Begründer)      Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, Kommentar, Verlag W. Kohlhammer, 13. Auflage 2002, zitiert: *Soergel/Bearbeiter*
- Sprenger, Markus      Kündigung wegen Betriebsübergangs: Ist § 13 Abs. 3 KSchG n.F. europarechtskonform?, AuR 2005, 175
- Stahlhacke, Eugen      Zum Problemfeld der Klage nach § 4 KSchG, Festschrift für Leinemann 2006, 389
- Stahlhacke, Eugen / Preis, Ulrich / Vossen, Reinhard      Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9. Auflage, C. H. Beck München 2005, zitiert: *Bearbeiter* in SPV
- Staudinger, Julius von      Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, erstes Buch allgemeiner Teil (§§ 164-240) 13. Auflage 1995, Buch zwei Recht der Schuldverhältnisse (§§ 616-630) Berlin 2002, zitiert: *Staudinger-Bearbeiter*
- Stein, Friedrich / Jonas, Martin      Kommentar zur Zivilprozessordnung 22. Auflage 2005, zitiert: *Stein/Jonas-Bearbeiter*
- Stoffels, Markus      Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts im Jahr 1997, ZfA 1999, 49
- Thomas, Heinz / Putzo, Hans / Reichhold, Klaus / Hüßtege, Rainer      Zivilprozessordnung (Kommentar) 28. Auflage, C. H. Beck Verlag 2007, zitiert: *Bearbeiter* in Thomas/Putzo
- Thüsing, Gregor      Arbeitsgerichtlicher Antidiskriminierungsschutz, C. H. Beck Verlag 2006
- Tschöpe, Ulrich      Neues Kündigungsschutzrecht 2004, MdR 2004, 193

- Ulrici, Bernhard 3-Wochen-Frist auch für die Klage wegen Vertretungsmängeln der Kündigung?, DB 2004, 250
- Vollkommer, Max Begründet die 3-Wochen-Frist des § 3 KSchG eine besondere Prozessvoraussetzung oder ist sie eine materielle Frist?, AcP Band 161 (1962), 332
- derselbe Anmerkung zu BAG Urteil vom 05.07.1990, EzA § 4 KSchG Nr. 39
- Vossen, Reinhard Betriebsübergang und Kündigungsschutzprozess, Festschrift für Leinemann 2006, 273
- Wank, Rolf Bestandsschutz in Deutschland aus arbeitsrechtlicher Sicht, NZA 2003, Sonderbeilage zu Heft 21, 3
- Weißenfels, Eicke Streitgegenstand in arbeitsgerichtlichen Bestandsschutzstreitigkeiten, BB 1996, 1326
- Wennmacher, Norbert Das reformierte Arbeitsrecht, Juris Konkret § 1a KSchG Nr. 62
- Wenzel, Leonhard Neue Aspekte um die Zurechnung des Vertreterverschuldens bei der Versäumung der Klagefrist des § 4 KSchG, Festschrift für Egon Schneider 1997, 325
- derselbe Nochmals: Zur Kombination der Kündigungsschutzklage nach § 4 KSchG mit der allgemeinen Feststellungsklage nach § 256 ZPO, DB 1997, 1869
- derselbe Kündigung und Kündigungsschutz, Luchterhand Verlag 6. Auflage 1994

- Weyand, Joachim / Düwell, Franz-Josef / Josef / Josef Das neue Arbeitsrecht, Agenda 2010, Nomos Verlag 2005
- Willemsen, Heinz-Josef Kündigungsschutz - vom Ritual zur Rationalität, NJW 2000, 2779
- Willemsen, Heinz-Josef / Annuß, Georg Kündigungsschutz nach der Reform, NJW 2004, 177
- Wisskirchen, Gerlind Erleichterte Zulassung befristeter Arbeitsverträge nach dem Beschäftigungsförderungsgesetz 1996, DB 1998, 724
- Worzalla, Michael Das neue AGG, Hauffe Verlag 2007
- Wülleweber, Joachim Die Entwicklung des Kündigungsschutzrechtes seit dem ersten Weltkrieg, Dissertation Köln 1965
- Zeising, Patrick / Kröpelin, Andrea Die Geltung der 3-Wochen-Frist des § 4 S. 1 KSchG bei behördlichen Zustimmungserfordernissen - Realität oder bloße Fiktion?, DB 2005, 1626
- Zerres, Thomas / Rhotert, Manuel Die Neuregelungen im allgemeinen Kündigungsschutzrecht, FA 2004, 2
- Zimmer, Mark Sozialauswahl und Klagefrist ab 2004, FA 2004, 34
- Zirwes, Achim Klagefrist bei der außerordentlichen Kündigung eines Berufsausbildungsverhältnisses, Gewerbearchiv 1995, 465
- Zöller, Richard Kommentar zur Zivilprozessordnung, 26. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2007, zitiert: Zöller-Bearbeiter