

# Kündigungsschutzgesetz: KSchG

Kommentar

von

Prof. Dr. Gerrick Freiherr von Hoyningen-Huene, Prof. Dr. Rüdiger Krause, Dr. Rüdiger Linck, Dr. Dr. h.c. Alfred Hueck, Dr. Dr. h.c. Götz Hueck

15. Auflage

[Kündigungsschutzgesetz: KSchG – Hoyningen-Huene / Krause / Linck / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](#) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Kündigungsschutz, Mutterschutz](#)



Verlag C.H. Beck München 2013

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 64090 2

dass auch eine Kündigung, die gleichermaßen auf einen sozial rechtfertigenden Grund gestützt wird, als auch eine Maßregelung i. S. d. § 612 a BGB darstellt, (nur) wegen Verstoßes gegen das Maßregelungsverbot und nicht auch gemäß Abs. 1 unwirksam ist. Ferner ist eine Kündigung außerhalb des Anwendungsbereiches des KSchG nach § 138 Abs. 1 BGB unwirksam, sofern sie auf einem unzulässigen Motiv beruht, weil sich die Frage einer möglichen sozialen Rechtfertigung hier von vornherein nicht stellt.<sup>585</sup> Es wäre aber ungereimt, wenn ein Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis bestandsgeschützt ist, im Ergebnis einen lediglich auf § 1 und nicht auf § 138 Abs. 1 BGB gestützten Schutz vor diskriminierenden Kündigungen hätte. Im Übrigen passt in den Fällen einer streitigen Motivationslage die analoge Anwendung der Beweislastregelung des § 22 AGG im Rahmen von § 138 Abs. 1 BGB besser als die bei einer Einbettung der Diskriminierungsverbote des AGG in Abs. 1 naheliegende ausschließliche Heranziehung von Abs. 2 Satz 4, aus dem man u. U. die Fehlschlüsse ziehen könnte, dass der Arbeitgeber stets entweder positiv nur die eine soziale Rechtfertigung bedingenden Umstände oder umgekehrt unabhängig vom Vorliegen von Indiztatsachen negativ das Fehlen diskriminierender Motive beweisen muss. Schließlich hat die Einordnung einer diskriminierenden Kündigung als Verstoß nur und gerade gegen § 138 BGB anstelle von Abs. 1 oder auch von § 242 BGB den Vorteil, dass hierdurch § 13 Abs. 2 anwendbar ist und somit (lediglich) der Arbeitnehmer die Möglichkeit hat, nach § 9 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung zu beantragen.<sup>586</sup>

Allerdings tritt die Rechtsfolge nur dann ein, wenn auch tatsächlich eine Benachteiligung wegen eines Merkmals i. S. d. § 1 AGG erfolgt. Hierzu muss der gekündigte Arbeitnehmer gemäß § 3 Abs. 1 AGG eine **weniger günstige Behandlung** erfahren haben, als ein anderer Arbeitnehmer in einer vergleichbaren Situation erfahren würde. Dies ist dann der Fall, wenn der Arbeitgeber im Beispielsfall einem nicht homosexuellen Arbeitnehmer trotz eines mehrfachen Zuspätkommens nicht gekündigt hätte. Wenn sich der Arbeitgeber dagegen stets an eine selbst aufgestellte Regel hält, bei einer bestimmten Anzahl von Verstößen gegen die Pflicht zu einem pünktlichen Arbeitsbeginn nach Abmahnung eine Kündigung zu erklären, fehlt es an einer Benachteiligung, auch wenn der Arbeitgeber zusätzlich zu verstehen gibt, dass er froh sei, sich von einem homosexuellen Arbeitnehmer trennen zu können. Entscheidend ist also letztlich, ob das beim Arbeitnehmer vorliegende oder jedenfalls angenommene Merkmal Teil eines Motivbündels ist und den Kündigungsentschluss des Arbeitgebers zumindest mitbestimmt hat oder ob es den Kündigungsvorgang gleichsam nur begleitet hat, ohne mitbestimmend gewesen zu sein.<sup>587</sup> Für eine Mitverursachung kann es freilich ausreichen, wenn der Arbeitgeber Zweifeln, ob er seiner „harten Linie“ festhalten sollte, mit Rücksicht auf das Merkmal keinen Raum gibt, weil auch in diesem Fall ein die Kündigung letztlich mitbestimmendes unzulässiges Motiv vorhanden ist.

Die meisten Probleme im Spannungsverhältnis von Kündigungsschutzrecht und Antidiskriminierungsrecht ergeben sich im Rahmen der **Sozialauswahl bei der betriebsbedingten Kündigung**, was sich schon daraus ergibt, dass der Gesetzgeber selbst mit den Umständen Lebensalter und Betriebszugehörigkeit zwei Auswahlkriterien festgelegt hat, die unmittelbar bzw. mittelbar an das grundsätzlich unzulässige Differenzierungsmerkmal Alter anknüpfen. Darüber hinaus sehen zahlreiche tarifvertragliche Regelungen einen Sonderkündigungsschutz für ältere Arbeitnehmer vor, so dass sich bei einer Ausklammerung dieser Arbeitnehmer aus der Sozialauswahl auch insoweit die Frage nach einer möglicherweise unzulässigen Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer stellt (näher dazu Rn. 954 ff.).

<sup>585</sup> Vgl. APS/Preis Grundlagen J 39; dazu – freilich unter Anwendung von § 242 BGB – auch BAG 23. 6. 1994, AP Nr. 9 zu § 242 BGB Kündigung.

<sup>586</sup> Zur Auflösung nach § 9 im Erg. unter Schutzzweckgesichtspunkten ebenso SES/Schwarze § 9 Rn. 33.

<sup>587</sup> Heim NZA 2008, 1033, 1036.

- 241** Eine andere Frage ist es, ob dem Arbeitnehmer, dem aus einem diskriminierenden Motiv heraus gekündigt worden ist, zusätzlich der Schadensersatz- und der Entschädigungsanspruch aus § 15 AGG zusteht. Das BAG hat diese **Frage bislang offen gelassen**.<sup>588</sup> Die Regelung des § 2 Abs. 4 AGG spricht mehr dafür, sie zu verneinen, was europarechtskonform ist.<sup>589</sup> Wenn in der diskriminierenden Kündigung zugleich eine erhebliche Persönlichkeitsrechtsverletzung des Arbeitnehmers liegt, greift aber der allgemeine bürgerlichrechtliche Schutz ein.
- 242** Die Verteilung der **Darlegung- und Beweislast** ist im Geltungsbereich des KSchG unproblematisch, weil der Arbeitgeber für die Kündigungsgründe nach Abs. 2 Satz 4 darlegungs- und beweispflichtig ist. Außerhalb des Geltungsbereichs des KSchG ist Art. 10 der Rahmenrichtlinie 2000/78/EG zu beachten. Danach hat der Arbeitgeber zu beweisen, dass keine Diskriminierung i. S. d. Richtlinie vorliegt, wenn der Arbeitnehmer Tatsachen glaubhaft gemacht hat, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen. Dem entspricht § 22 AGG. Für Kündigungen hat das zur Konsequenz, dass dann, wenn der Arbeitnehmer Tatsachen darlegt und im Streitfall beweist, die eine Benachteiligung vermuten lassen, der Arbeitgeber beweisen muss, dass dies nicht zutrifft (vgl. dazu auch § 13 Rn. 59).

## VI. Verzeihung und Verzicht

- 243** Im Einzelfall kann sich die Heranziehung eines Kündigungsgrundes als unzulässige Rechtsausübung erweisen, so wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer ein bestimmtes Verhalten verzeihen hat.<sup>590</sup> Als **Verzeihung** ist jede ausdrückliche oder konkludente Erklärung anzusehen, aus der sich ergibt, dass der Kündigungsberechtigte über ein bestimmtes Fehlverhalten des Arbeitnehmers hinwegsehen und darauf keine Kündigung mehr stützen will.<sup>591</sup> Die Verzeihung ist nicht anfechtbar, weil sie keine Willenserklärung, sondern eine sog. Gesinnungserklärung darstellt.<sup>592</sup>
- 244** Neben einer Verzeihung kommt auch ein **Verzicht** auf Kündigungsgründe in Betracht.<sup>593</sup> Folge des Verzichts ist, dass der Arbeitgeber die dem Verzicht zugrunde liegenden Gründe zur Begründung der Kündigung nicht mehr heranziehen kann. Eine hierauf gestützte Kündigung wäre dann als unzulässige Rechtsausübung (§ 242 BGB) unwirksam.<sup>594</sup>
- 245** Schließt der Arbeitgeber mit einem Arbeitnehmer einen **Aufhebungsvertrag** aus Anlass einer Pflichtverletzung des Arbeitnehmers, liegt darin allein weder ein Verzeihen von Kündigungsgründen noch ein Verzicht auf den Ausspruch einer Kündigung wegen nachträglich bekannt werdender Kündigungsgründe. Eine solche Kündigung bleibt zulässig.<sup>595</sup>

<sup>588</sup> BAG 22. 10. 2009, AP Nr. 2 zu § 15 AGG; BAG 28. 4. 2011, AP Nr. 7 zu § 15 AGG.

<sup>589</sup> *Adomeit/Mohr* NJW 2009, 2255, 2257; *Bauer/Göpfert/Krieger* AGG, 3. Aufl. 2011, § 2 Rn. 69; *Hanau* ZIP 2006, 2189, 2192; – abweichend *KDZ/Deinert* § 1 Rn. 68; differenzierend *Hamacher/Ulrich* NZA 2007, 657, 659 f. (unterschiedlicher Regelungsgehalt von Art. 6 Abs. 2 2002/73/EG und Art. 8 d 76/207/EWG); *Kamanabrou* RdA 2006, 321, 335 ff.

<sup>590</sup> Vgl. dazu *Ascheid* Kündigungsschutzrecht Rn. 106; ähnlich *HWK/Quecke* § 1 KSchG Rn. 72.

<sup>591</sup> Ebenso *HK-KSchG/Dorndorf* § 1 Rn. 323; *KR-Griebeling* § 1 KSchG Rn. 249; *ErfK/Müller-Glöge* § 620 BGB Rn. 31; abweichend *Löwisch/Spinner* § 1 Rn. 90, die meinen, die Verwendung dieses Begriffs führe in die Irre; dabei wird freilich nicht hinreichend beachtet, dass es sich um einen Gesetzesbegriff handelt (vgl. §§ 532, 2337, 2343 BGB).

<sup>592</sup> Ebenso *ErfK/Müller-Glöge* § 620 BGB Rn. 31; vgl. dazu allgemein *MünchKommBGB/Frank* § 2337 Rn. 2 m. w. N.; *Gernhuber* Bürgerliches Recht, 3. Aufl. 1991, § 1 IV 3.

<sup>593</sup> Ebenso *HK-KSchG/Dorndorf* § 1 Rn. 322; *Löwisch/Spinner* § 1 Rn. 90.

<sup>594</sup> *ErfK/Müller-Glöge* § 620 BGB Rn. 30; siehe auch *LAG Bremen* 22. 11. 1983, BB 1984, 473, wonach eine außerordentliche Kündigung unwirksam ist, wenn der Arbeitgeber zwei Tage vor Ausspruch der Kündigung dem Arbeitnehmer ein ausnahmslos positives Zeugnis ausgestellt hat.

<sup>595</sup> Vgl. *BAG* 29. 1. 1997, AP Nr. 131 zu § 626 BGB; *BAG* 5. 4. 2001, AP Nr. 34 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung.

Wenn der Arbeitgeber nach einer Pflichtwidrigkeit des Arbeitnehmers nicht gleich eine Kündigung ausspricht, sondern hiermit noch einige Zeit zuwartet, kann hierin allein grundsätzlich weder ein Verzicht auf den Kündigungsgrund noch eine **Verwirkung** des Kündigungsrechts gesehen werden. Hierzu bedarf es vielmehr weiterer Umstände.<sup>596</sup> Im Gegensatz zur außerordentlichen Kündigung (§ 626 Abs. 2 BGB) ist der Arbeitgeber bei der ordentlichen Kündigung nicht verpflichtet, innerhalb einer bestimmten Frist nach Kenntnis der kündigungsrelevanten Umstände zu kündigen. Je länger der Arbeitgeber die Kündigung hinausschiebt, desto schwerer ist es allerdings darzulegen, dass die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auf Grund der zurückliegenden Pflichtwidrigkeit des Arbeitnehmers unzumutbar ist (näher zur Zumutbarkeit oben Rn. 180 ff.). Zurückliegende Kündigungsgründe können freilich stets unterstützend für den Nachweis einer negativen Prognose bei der Würdigung eines neuen Kündigungssachverhalts berücksichtigt werden.

Das Recht des Arbeitgebers zur ordentlichen Kündigung verwirkt, wenn er in Kenntnis eines Kündigungsgrundes längere Zeit untätig bleibt, d. h. die Kündigung nicht ausspricht, obwohl ihm dies möglich und zumutbar wäre (**sog. Zeitmoment**), wenn er dadurch beim Arbeitnehmer das berechtigte Vertrauen erweckt, die Kündigung werde unterbleiben und wenn der Arbeitnehmer sich deshalb auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses einrichtet (**sog. Umstandsmoment**). Diese Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen.<sup>597</sup> Bei der Prüfung der Verwirkung ist zu berücksichtigen, dass es mit **Art. 12 Abs. 1 GG** nicht zu vereinbaren wäre, wenn der Arbeitgeber einen Kündigungsgrund über längere Zeit vorhalten könnte, um bei passend erscheinender Gelegenheit ein ansonsten beanstandungsfrei fortgesetztes Arbeitsverhältnis kündigen zu können.<sup>598</sup> Kündigt der Arbeitgeber, obwohl der Kündigungsgrund verwirkt ist, wäre dies eine unzulässige Rechtsausübung; die Kündigung wäre nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) rechtsunwirksam.<sup>599</sup>

## VII. Gleichbehandlungsgrundsatz

Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist im Kündigungsrecht **grundsätzlich nicht anwendbar**.<sup>600</sup> Es steht dem Arbeitgeber vielmehr frei, einzelnen Arbeitnehmern zu kündigen und anderen nicht. Ob ein Grund zur Kündigung eines Arbeitsverhältnisses vorliegt, beurteilt sich allein nach den jeweiligen Rechtsbeziehungen zwischen dem Arbeitgeber und dem gekündigten Arbeitnehmer.<sup>601</sup> So ist bei der personen- und verhaltensbedingten Kündigung stets eine einzelfallbezogene Interessenabwägung vorzunehmen, die der Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes regelmäßig entgegensteht.

<sup>596</sup> Vgl. BAG 20. 1. 1994, AP Nr. 10 zu Art. 20 Einigungsvertrag; HK-KSchG/Dorndorf § 1 Rn. 322; KR-Griebeling § 1 KSchG Rn. 250; HaKo/Pfeiffer § 1 KSchG Rn. 188.

<sup>597</sup> BAG 15. 8. 2002, AP Nr. 42 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung.

<sup>598</sup> Vgl. BAG 28. 4. 1994, AP Nr. 13 zu Art. 20 Einigungsvertrag; BAG 20. 8. 1998, ZTR 1998, 565; BAG 15. 8. 2002, AP Nr. 42 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung; LAG Düsseldorf 1. 7. 2010, LAGE § 611 BGB 2002 Kirchliche Arbeitnehmer Nr. 4.

<sup>599</sup> BAG 20. 8. 1998, ZTR 1998, 565.

<sup>600</sup> Vgl. BAG 21. 10. 1969, AP Nr. 41 zu Art. 9 GG Arbeitskampf mit Anm. Rütters = AR-Blattei Arbeitskampf II Entsch. 16 mit Anm. Mayer-Maly = SAE 1970, 230 mit Anm. Lieb = AuR 1971, 65 mit Anm. Ramm; BAG 28. 4. 1982, AP Nr. 3 zu § 2 KSchG 1969 mit Anm. v. Hoyningen-Huene = SAE 1982, 246 mit Anm. Beitzke = AuR 1982, 381 mit Anm. Kempff; *Ascheid* Kündigungsschutzrecht Rn. 16; *Buchner* RdA 1970, 225 ff.; *KDZ/Deinert* § 1 KSchG Rn. 66; *APS/Dörner/Vossen* § 1 KSchG Rn. 67; *KR-Griebeling* § 1 KSchG Rn. 233; *G. Hueck* Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, 1958, S. 356 ff.; *Löwisch/Spinner* Vorbem. zu § 1 Rn. 80; *ErfK/Oetker* § 1 KSchG Rn. 90 f.; *HWK/Quecke* § 1 KSchG Rn. 71; teilweise abweichend *MünchArbR/Berkowsky* § 110 Rn. 68 ff.; *Marhold/Beckers* AR-Blattei SD 800.1 Rn. 189; *Maute* Gleichbehandlung von Arbeitnehmern, 1993, S. 164 ff.; *Preis* S. 375 ff., insbes. 387 ff.; *SPV/ders.* Rn. 249 ff.; *MünchArbR/Wank* § 98 Rn. 65.

<sup>601</sup> Vgl. zur Bedeutung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für die Auswahlentscheidung bei einer sog. Bedarfskündigung nach den Sonderkündigungsbestimmungen des Einigungsvertrages BAG 29. 8. 1996, AP Nr. 62 zu Einigungsvertrag Anlage I Kap. XIX.

## § 1

### 1. Abschnitt. Allgemeiner Kündigungsschutz

- 249** Bei den im Zusammenhang mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz erörterten Fallgestaltungen geht es letztlich nicht um die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes, sondern um die **Feststellung der Unzumutbarkeit** der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls.<sup>602</sup> Kündigt nämlich der Arbeitgeber bei gleichen Pflichtwidrigkeiten mehrerer Arbeitnehmer nicht allen Arbeitnehmern, sondern nur einem (**sog. herausgreifende Kündigung**), kann hieraus zu schließen sein, dass es dem Arbeitgeber zumutbar ist, auch das Arbeitsverhältnis des gekündigten Arbeitnehmers fortzusetzen.<sup>603</sup>
- 250** Unter der Voraussetzung, dass zwei Arbeitnehmern gleiche Pflichtwidrigkeiten vorgeworfen werden, aber nur ein Arbeitnehmer gekündigt wird, hat der Arbeitgeber daher besonders **darzulegen**, weshalb ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem gekündigten Arbeitnehmer unzumutbar ist, während der andere Arbeitnehmer weiterbeschäftigt wird.<sup>604</sup> Differenzierungsgründe können beispielsweise unterschiedliche Betriebszugehörigkeit und vorausgegangene Abmahnungen sein. In Betracht kommen auch betriebliche Gesichtspunkte, wie beispielsweise, dass der Arbeitgeber auf einen der beiden Störer wegen dessen Spezialkenntnissen besonders angewiesen ist.<sup>605</sup>

## VIII. Beurteilungsmaßstab und -zeitpunkt

- 251** Maßgebliche Beurteilungsgrundlage für die Rechtmäßigkeit einer Kündigung sind die **objektiven Verhältnisse** im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung. Das subjektive Wissen des Arbeitgebers ist unerheblich.<sup>606</sup> Die Kündigungsgründe müssen ein solches Gewicht haben, dass sie bei verständiger Würdigung in **Abwägung der rechtlich geschützten Interessen der Vertragsparteien** und des Betriebs die Kündigung als billigenwert und angemessen erscheinen lassen und daher dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zuzumuten ist.<sup>607</sup> Sie müssen damit allerdings im Gegensatz zur außerordentlichen Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB nicht so erheblich sein, dass sie dem Arbeitgeber auch die vorübergehende Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht mehr zumutbar erscheinen lassen.<sup>608</sup>
- 252** Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sozialwidrigkeit ist der **Zugang der Kündigung**.<sup>609</sup> Daher können theoretisch auch Umstände, die zwischen dem Zeitpunkt

<sup>602</sup> Im Ergebnis ebenso KR-*Griebeling* § 1 KSchG Rn. 233.

<sup>603</sup> So BAG 22. 2. 1979, DB 1979, 1659, 1660; LAG Nürnberg 9. 1. 2007, LAGE § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 95; LAG Düsseldorf 1. 7. 2010, LAGE § 611 BGB 2002 Kirchliche Arbeitnehmer Nr. 4 (insoweit in concreto ablehnend aber BAG 8. 9. 2011, AP Nr. 92 zu § 1 KSchG 1969 (Rn. 42)); ähnlich BAG 17. 2. 1994 – 8 AZR 68/93 n. v. (unter B III 4) zu einer Kündigung wegen mangelnder persönlicher Eignung nach den Sonderkündigungsvorschriften des Einigungsvertrags; dazu auch Einl. Rn. 97; ebenso KDZ/*Deinert* § 1 KSchG Rn. 66; HK-KSchG/*Dorndorf* § 1 Rn. 319; KR-*Fischermeier* § 626 BGB Rn. 308; HaKo/*Pfeiffer* § 1 Rn. 185; HWK/*Quecke* § 1 KSchG Rn. 71.

<sup>604</sup> Ebenso APS/*Dörner/Vossen* § 1 KSchG Rn. 67; KR-*Fischermeier* § 626 BGB Rn. 308; Staudinger/*Preis* § 626 Rn. 96.

<sup>605</sup> ErfK/*Oetker* § 1 KSchG Rn. 90.

<sup>606</sup> Vgl. BAG 15. 8. 1984, AP Nr. 16 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; BAG 18. 9. 1997, AP Nr. 138 zu § 626 BGB; BAG 17. 6. 1999, AP Nr. 37 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; HK-KSchG/*Dorndorf* § 1 Rn. 298; MünchKommBGB/*Hergenröder* § 1 KSchG Rn. 75; *Löwisch/Spinner* § 1 Rn. 79; SPV/*Preis* Rn. 1200.

<sup>607</sup> Vgl. BAG 7. 10. 1954, AP Nr. 5 zu § 1 KSchG; BAG 22. 7. 1982, AP Nr. 5 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung; APS/*Dörner/Vossen* § 1 KSchG Rn. 69; KR-*Griebeling* § 1 KSchG Rn. 209; krit. hierzu SPV/*Preis* Rn. 1200.

<sup>608</sup> Vgl. hierzu näher oben Rn. 183.

<sup>609</sup> Vgl. BAG 15. 8. 1984, AP Nr. 16 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; BAG 18. 9. 1997, AP Nr. 138 zu § 626 BGB; BAG 17. 6. 1999, AP Nr. 37 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; BAG 13. 2. 2008 – AP Nr. 175 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAG 23. 2. 2010, AP Nr. 5 zu § 18 KSchG 1969; BAG 24. 3. 2011, AP Nr. 33 zu § 1 KSchG 1969 Personenbedingte Kündigung; KDZ/*Deinert* § 1 KSchG Rn. 55; HK-KSchG/*Dorndorf* § 1 Rn. 298; KR-*Griebeling* § 1 KSchG Rn. 235; MünchKommBGB/*Hergenröder* § 1 KSchG Rn. 76; *Löwisch/Spinner* § 1 Rn. 78; HaKo/*Pfeiffer* § 1 Rn. 184; SPV/*Preis* Rn. 891.

der Abgabe und dem Zugang der Kündigungserklärung eintreten, zur Rechtfertigung der Kündigung herangezogen werden.<sup>610</sup> Für die bei der Kündigung anzustellende Prognose (dazu Rn. 191) ergibt sich daraus, dass die tatsächlichen Prognosegrundlagen zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung vorliegen müssen.<sup>611</sup> Dies folgt aus der Rechtsnatur der Kündigung als einer einseitigen empfangsbedürftigen Willenserklärung mit Gestaltungswirkung. Nach Zugang (§ 130 BGB), d.h. dem Wirksamwerden der Erklärung, eintretende Umstände können denknottwendigerweise keinen Einfluss auf die Wirksamkeit der Kündigung haben.<sup>612</sup> Dies gilt insbesondere für das Prozessverhalten des Arbeitnehmers. Nachträglich eingetretene Umstände können allerdings den Lebenssachverhalt, der zur Kündigung geführt hat, in einem neuen Licht erscheinen lassen. Hiervon abgesehen kann auf solche nachträglichen Umstände ggf. eine weitere – hilfsweise – Kündigung gestützt werden. Sofern die nachträglich eingetretenen Umstände in einem Zusammenhang mit der Kündigung oder dem Kündigungsschutzprozess stehen, kommt darüber hinaus eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach § 9 in Betracht (näher Erl. zu § 9). Umstände aus der Zeit vor Abschluss des Arbeitsvertrags können dagegen zur Begründung einer Kündigung herangezogen werden, wenn dem Arbeitgeber bei Vertragsschluss diese Gründe nicht bekannt waren.<sup>613</sup> Daneben kommt in diesen Fällen auch eine Anfechtung nach §§ 119 und 123 BGB in Betracht (vgl. dazu Rn. 166).

## IX. Wiedereinstellungsanspruch

**Schrifttum:** *Auktor*, Wiedereinstellungsanspruch bei Wegfall des Befristungsgrundes?, ZTR 2003, 550; *Beckschulze*, Der Wiedereinstellungsanspruch nach betriebsbedingter Kündigung, DB 1998, 417; *Boewer*, Der Wiedereinstellungsanspruch, NZA 1999, 1121 und 1177; *Bonanni/Niklas*, Der Wiedereinstellungsanspruch bei überraschendem Betriebsübergang, DB 2010, 1826; *Bram/Rühl*, Praktische Probleme des Wiedereinstellungsanspruchs nach wirksamer Kündigung, NZA 1990, 753; *Gentges*, Prognoseprobleme im Kündigungsschutzrecht, 1994; *Günzel*, Der Wiedereinstellungsanspruch bei Fortführung des Betriebes nach Ablauf der Kündigungsfrist, DB 2000, 1227; *Jacobs/Putterer*, Zulässigkeit zur Verurteilung zu einer rückwirkenden Einstellung des Arbeitnehmers, SAE 2009, 41; *Kaiser*, Wegfall des Kündigungsgrundes – Weder Unwirksamkeit der Kündigung noch Wiedereinstellungsanspruch, ZfA 2000, 205; *Krüll*, Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers, 2003; *Kukat*, Wiedereinstellungsanspruch nach betriebsbedingter Kündigung, BB 2001, 576; *Langenbacher*, Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers beim Betriebsübergang, ZfA 1999, 299; *Lepke*, Zum Wiedereinstellungsanspruch nach krankheitsbedingter Kündigung, NZA-RR 2002, 617; *Meinel/Bauer*, Der Wiedereinstellungsanspruch, NZA 1999, 575; *Nädler*, Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers nach Wegfall des Kündigungsgrundes, 2004; *Nägele*, Die Renaissance des Wiedereinstellungsanspruchs, BB 1998, 1686; *Nicolai/Noack*, Grundlagen und Grenzen des Wiedereinstellungsanspruchs nach wirksamer Kündigung des Arbeitsverhältnisses, ZfA 2000, 87; *Oberhofer*, Der Wiedereinstellungsanspruch, RdA 2006, 92; *Oetker*, Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers bei nachträglichem Wegfall des Kündigungsgrundes, ZIP 2000, 643; *Otto*, Grünes Licht für die Wiedereinstellung bei betriebsbedingten Kündigungen?, Festschrift für Kraft, 1998, 451; *Raab*, Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers bei Wegfall des Kündigungsgrundes, RdA 2000, 147; *Ricken*, Grundlagen und Grenzen des Wiedereinstellungsanspruchs, NZA 1998, 460; *Schmidt*, Der Wiedereinstellungsanspruch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, 2003; *Schubert*, Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers nach betriebsbedingter Kündigung in der Insolvenz, ZIP 2002, 554; *Steinke*, Der individualrechtliche Wiedereinstellungsanspruch nach wirksamer betriebsbedingter Kündigung, 2003; *Strathmann*, Der Wiedereinstellungsanspruch eines wirksam gekündigten Arbeitnehmers, 2001; *dies.*, Wiedereinstellungsanspruch eines wirksam gekündigten Arbeitnehmers: Tendenzen der praktischen Ausgestaltung, DB 2003, 2438; *Westera*, Der Wiedereinstellungsanspruch nach wirksamer Kündigung, 2001; *Ziemann*, Die Klage auf Wiedereinstellung oder Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses, MDR 1999, 716; *Zwanziger*, Neue Tatsachen nach Zugang einer Kündigung, BB 1997, 42.

<sup>610</sup> APS/Dörner/Vossen § 1 KSchG Rn. 70; – abweichend *Herschel* Anm. zu BAG AP Nr. 39 zu § 1 KSchG.

<sup>611</sup> Zutrn. HK-KSchG/Dorndorf § 1 Rn. 301; MünchKommBGB/Hergenröder § 1 KSchG Rn. 117.

<sup>612</sup> Siehe dazu auch BAG 10. 6. 2010, AP Nr. 229 zu § 626 BGB mit Anm. *Preis* = EZA § 626 BGB 2002 Nr. 32 mit Anm. *Thüsing/Pötters* = AuR 2011, 69 mit Anm. *Mittag/Wroblewski*.

<sup>613</sup> Ebenso BAG 5. 4. 2001, AP Nr. 171 zu § 626 BGB; KR-Griebeling § 1 KSchG Rn. 236.

## § 1

### 1. Abschnitt. Allgemeiner Kündigungsschutz

- 253 Erweist sich die vom Arbeitgeber erstellte Prognose auf Grund von Umständen, die erst nach Zugang der Kündigung eingetreten sind, als falsch, kann im Einzelfall ein **Wiedereinstellungsanspruch** des gekündigten Arbeitnehmers in Betracht kommen.<sup>614</sup>

#### 1. Rechtsgrundlage

- 254 Rechtsgrundlage für einen Anspruch auf Wiedereinstellung kann der **Grundsatz des Vertrauensschutzes** (§ 242 BGB) oder – wie das BAG<sup>615</sup> meint – eine vertragliche Nebenpflicht aus dem bis zum Kündigungstermin fortbestehenden Arbeitsverhältnis sein. Der Wiedereinstellungsanspruch ist in erster Linie (zum Sonderfall der Verdachtskündigung siehe Rn. 264 ff.) ein notwendiges Korrektiv dafür, dass aus Gründen der Rechtssicherheit für die Wirksamkeit der Kündigung nur die Umstände maßgeblich sind, die zum Zeitpunkt des Kündigungsausspruchs die Prognose rechtfertigen, mit Ablauf der Kündigungsfrist bestehe keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit mehr.<sup>616</sup> Denn der Arbeitnehmer kann in der Regel darauf vertrauen, dass es nur dann zu einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses kommt, wenn die vom Arbeitgeber angegebenen Kündigungsgründe zum Zeitpunkt des Ablaufs der Kündigungsfrist auch noch bestehen.<sup>617</sup> Entfallen nachträglich die Umstände, die Grundlage der negativen Prognose und damit der Kündigung waren, und liegen diese Umstände in der Sphäre des Arbeitgebers, kann es gerechtfertigt sein, dem Arbeitnehmer einen Wiedereinstellungsanspruch zu gewähren. Dies findet seine Parallele im Wohnungsmietrecht, wo bei einer Eigenbedarfskündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB die Kündigung sogar unwirksam wird, wenn der Kündigungsgrund während der Kündigungsfrist nachträglich wegfällt.<sup>618</sup>

- 255 Dem Vertrauen des Arbeitnehmers darauf, dass die vom Arbeitgeber angegebenen Kündigungsgründe auch noch zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Kündigung bestehen, steht freilich das **Vertrauen des Arbeitgebers in die bestehende Rechtslage** entgegen. D.h. der Arbeitgeber kann seinerseits davon ausgehen, dass die Kündigung wirksam ist, wenn zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung Gründe für die soziale Rechtfertigung der Kündigung vorlagen.<sup>619</sup> Dieses Vertrauen des Arbeitgebers auf die Wirksamkeit der Kündigung ist allerdings nur dann gegenüber dem Vertrauen des Arbeitnehmers auf Fortbestehen der Kündigungsgründe schutzwürdig, wenn der Arbeitgeber im Hinblick auf die zunächst gegebene Wirksamkeit der Kündigung Dispositionen getroffen hat.<sup>620</sup>

<sup>614</sup> Vgl. dazu BAG 15. 3. 1984, AP Nr. 2 zu § 1 KSchG 1969 mit Anm. *Wank* = SAE 1985, 302 mit Anm. *Mummenhoff*; BAG 29. 1. 1987, AP Nr. 1 zu § 620 BGB Saisonarbeit mit Anm. *Löwisch* = SAE 1988, 75 mit Anm. *Eich*; BAG 27. 2. 1997, AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung = EzA § 1 KSchG Wiedereinstellungsanspruch Nr. 1 mit Anm. *Kania* = SAE 1998, 98 mit Anm. *Walker*; BAG 6. 8. 1997, AP Nr. 2 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung = SAE 1998, 317 mit Anm. *Bartel*; BAG 4. 12. 1997, AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung = EzA § 1 KSchG Wiedereinstellungsanspruch Nr. 3 mit Anm. *Hergenröder*; BAG 17. 6. 1999, AP Nr. 37 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; BAG 28. 6. 2000, AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung mit Anm. *Otto* = SAE 2001, 125 mit Anm. *Kort* = ZIP 2000, 1781 mit Anm. *Oetker*.

<sup>615</sup> BAG 28. 6. 2000, AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung; BAG 9. 11. 2006, AP Nr. 1 zu § 311 a BGB = SAE 2009, 41 mit Anm. *Jacobs/Putterer*.

<sup>616</sup> Ebenso BAG 27. 2. 1997, 6. 8. 1997, AP Nr. 1, 2 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung; BAG 28. 6. 2000, AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung mit Anm. *Otto*; BAG 9. 11. 2006, AP Nr. 1 zu § 311 a BGB = SAE 2009, 41 mit Anm. *Jacobs/Putterer*; *Löwisch/Spinner* § 1 Rn. 83; *HWK/Quecke* § 1 KSchG Rn. 75.

<sup>617</sup> Ebenso *Boewer* NZA 1999, 1121, 1128; *Hergenröder* Anm. zu BAG EzA § 1 KSchG Wiedereinstellungsanspruch Nr. 3; *MünchKommBGB/ders.* § 1 KSchG Rn. 79; *SPV/Preis* Rn. 1224.

<sup>618</sup> Vgl. BGH 9. 11. 2005, BGHZ 165, 75 = NJW 2006, 220.

<sup>619</sup> Zutr. *Raab* RdA 2000, 147, 152.

<sup>620</sup> Ebenso im Erg. BAG 27. 2. 1997, 4. 12. 1997, AP Nr. 1, 3 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung; einschränkend BAG 28. 6. 2000, AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung mit Anm. *Otto*; im Ergebnis zust. *Boewer* NZA 1999, 1121, 1131 f.; *KR-Griebeling* § 1 KSchG Rn. 730; *Löwisch/Spinner* § 1 Rn. 82 ff.; *SPV/Preis* Rn. 1227; *Raab* RdA 2000, 147, 155; *HK-KSchG/Weller/Dorndorf* § 1 Rn. 946 ff.; im Erg. auch *Oetker* ZIP 2000, 643, 647, der ausgehend von einer Interessenwahrungspflicht des Arbeitgebers eine Interessenabwägung vornimmt; zust. für betriebsbedingte Kündigungen *Nicolai*

Zu Recht hat das BAG ein **überwiegendes schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses bejaht**, wenn er im Hinblick auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses beispielsweise bei einer krankheitsbedingten Kündigung im guten Glauben an die Wirksamkeit der Kündigung den Arbeitsplatz neu besetzt hat.<sup>621</sup> Ebenso wenig ist es dem Arbeitgeber grundsätzlich zumutbar, wirksam gekündigten Arbeitnehmern die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu den bisherigen Arbeitsbedingungen anzubieten, wenn sich eine nach dem Kündigungszeitpunkt unerwartete ergebende Möglichkeit, den Betrieb zu veräußern, vom Erwerber davon abhängig gemacht wird, dass die Rationalisierungsmaßnahmen durchgeführt werden. Denn ohne die Umsetzung dieser Maßnahmen würde der Verkauf scheitern und es müsste deshalb zu der von Anfang an geplanten Betriebsstilllegung kommen.<sup>622</sup> Der Arbeitgeber darf sich auf die Wiederbesetzung des Arbeitsplatzes aber dann nach dem Rechtsgedanken des § 162 BGB nicht berufen, wenn er den Wiedereinstellungsanspruch hierdurch **treuwidrig vereiteln** würde.<sup>623</sup> Hiervon ist dann auszugehen, wenn der Arbeitgeber einen gekündigten Arbeitnehmer über eine berücksichtigungsfähige (vgl. Rn. 208 ff.) Weiterbeschäftigungsmöglichkeit nicht informiert hat (vgl. zum Weiterbeschäftigungsangebot Rn. 230) und der Arbeitnehmer gerade deshalb sein Wiedereinstellungsverlangen nicht rechtzeitig vor der Neubesetzung des Arbeitsplatzes artikulieren konnte.

## 2. Befristung des Anspruchs

Ein Wiedereinstellungsanspruch kommt grundsätzlich nur im bestehenden Arbeitsverhältnis bis zum **Ablauf der Kündigungsfrist** in Betracht (zu den Besonderheiten der Verdachtskündigung vgl. Rn. 240).<sup>624</sup> Da der Rechtsgrund des Wiedereinstellungsanspruchs in dem Vertrauen des Arbeitnehmers darauf zu sehen ist, dass der Kündigungsgrund auch noch zum Zeitpunkt des Ablaufs der Kündigungsfrist besteht, begründen danach eintretende Umstände kein schutzwürdiges Vertrauen des Arbeitnehmers. Nach Ablauf der Kündigungsfrist darf vielmehr der Arbeitgeber grundsätzlich darauf vertrauen, dass dann eintretende Umstände die Wirksamkeit der Kündigung nicht mehr beeinflussen.<sup>625</sup> Gleiches gilt, wenn man – wie das BAG – den Rechtsgrund des Weiterbeschäftigungsanspruchs in einer vertraglichen Nebenpflicht des Arbeitgebers sieht, weil nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses keine vertragliche Beziehung mehr als Grundlage des Wiedereinstellungsanspruchs besteht.<sup>626</sup>

Noack ZfA 2000, 87, 96 ff.; ErfK/Preis § 611 BGB Rn. 324; abweichend Adam ZTR 1999, 113 ff.; Boemke AR-Blattei SD 220.10 Rn. 165 ff.; APS/Dörner/Vossen § 1 KSchG Rn. 77 f.; Kaiser ZfA 2000, 205, 216 ff.; Otto FS Kraft, 1998, S. 451, 463 f.; Ricken NZA 1998, 460 ff.; KPK-Schiefer/Heise § 1 Rn. 183.

<sup>621</sup> Berkowsky Die personen- und verhaltensbedingte Kündigung, 4. Aufl. 2005, § 28 Rn. 15.

<sup>622</sup> Vgl. BAG 27. 2. 1997, AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung.

<sup>623</sup> BAG 28. 6. 2000, AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung mit Anm. Otto; BAG 9. 11. 2006, AP Nr. 1 zu § 311 a BGB = SAE 2009, 41 mit Anm. Jacobs/Putterer.

<sup>624</sup> Ebenso BAG 6. 8. 1997, AP Nr. 2 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung (7. Senat); BAG 28. 6. 2000, AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung (7. Senat); offengelassen von BAG 4. 12. 1997, AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung (2. Senat); wie hier Boewer NZA 1999, 1177, 1178; KR-Griebeling § 1 KSchG Rn. 733; MünchKommBGB/Hergenröder § 1 KSchG Rn. 80; Kania Anm. zu BAG EzA § 1 KSchG Wiedereinstellung Nr. 1; Linck FA 2000, 334, 336; Löwisch/Spinner § 1 Rn. 85; Meinel/Bauer NZA 1999, 575, 579 f.; Oetker ZIP 2000, 643, 646; ErfK/ders. § 1 KSchG Rn. 94; HWK/Quecke § 1 KSchG Rn. 81; HK-KSchG/Weller/Dorndorf § 1 Rn. 946 a; KDZ/Zwanziger Einl. Rn. 274; abweichend wegen der Besonderheiten des Betriebsübergangs bei Übernahme der Hauptbelegschaft BAG 13. 11. 1997, AP Nr. 169 zu § 613 a BGB (8. Senat) = EZA § 613 a BGB Nr. 154 mit krit. Anm. Peters/Thüsing = SAE 1998, 143 mit Anm. Langenbacher; BAG 12. 11. 1998, AP Nr. 5 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung mit zust. Anm. Gussen = AR-Blattei ES 500 mit Anm. Hergenröder; grundsätzlich abweichend Bader/Bram § 1 Rn. 72 e, f; Bram/Rühl NZA 1990, 753, 757; APS/Dörner/Vossen § 1 KSchG Rn. 75; Nicolai/Noack ZfA 2000, 87, 105; Walker SAE 1998, 103, 106; Zwanziger BB 1997, 42, 45.

<sup>625</sup> Vgl. Raab RdA 2000, 147, 155; Preis Anm. zu LAG Köln LAGE § 611 BGB Einstellungsanspruch Nr. 1, die insoweit den Zweck der Kündigung als erfüllt ansehen.

<sup>626</sup> Vgl. BAG 28. 6. 2000, AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung.

## § 1

## 1. Abschnitt. Allgemeiner Kündigungsschutz

- 258** Dem steht nicht entgegen, dass es auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses **nachwirkende Nebenpflichten des Arbeitgebers** gibt.<sup>627</sup> Diese beziehen sich nur auf die Abwicklung des beendeten Arbeitsverhältnisses und betreffen im Wesentlichen Bescheinigungen, Auskünfte und Herausgabeansprüche.<sup>628</sup> Ein Anspruch auf Wiedereinstellung kann hierauf grundsätzlich nicht gestützt werden. Schließlich ist es auch aus Gründen der Rechtssicherheit geboten, den Wiedereinstellungsanspruch zeitlich zu begrenzen.<sup>629</sup> Für einen Wiedereinstellungsanspruch kommt daher grundsätzlich nur eine Veränderung der tatsächlichen Umstände in Betracht, die noch während der laufenden Kündigungsfrist eintritt. Der Arbeitgeber ist nach § 242 BGB verpflichtet, den Arbeitnehmer über die veränderten Umstände zu **unterrichten**.<sup>630</sup>
- 259** Soweit schließlich eingewandt wird, die zeitliche Begrenzung des Wiedereinstellungsanspruchs auf die Dauer der Kündigungsfrist führe bei einer **Massenentlassung** dazu, dass der Arbeitgeber nur die Arbeitnehmer wieder einstellen müsste, deren Kündigungsfrist im Zeitpunkt der Änderung der Beschäftigungsmöglichkeiten noch nicht abgelaufen sei,<sup>631</sup> kann auch dies kein anderes Ergebnis begründen. Denn mit zunehmender Dauer der Betriebszugehörigkeit verfestigen sich die Bindungen der Arbeitsvertragsparteien, was im Kündigungsrecht und auch im Arbeitsförderungsrecht zu zahlreichen Differenzierungen je nach Dauer des Arbeitsverhältnisses führt. Auf die verlängerten Kündigungsfristen (§ 622 Abs. 2 BGB), die Abfindungsfestsetzung nach § 10 KSchG sowie die geringere Anrechnung von Abfindungen auf das Arbeitslosengeld bei längerer Betriebszugehörigkeit nach § 158 Abs. 2 Satz 3 SGB III sei beispielhaft hingewiesen. Mit dieser Verfestigung der Vertragsbindung erhöht sich das schutzwürdige Vertrauen des Arbeitnehmers. Dies rechtfertigt auch unterschiedliche zeitliche Grenzen für den Weiterbeschäftigungsanspruch.
- 260** Kommt es nach Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung zu einem **Betriebsübergang**, kann der Arbeitnehmer nach der Rechtsprechung des BAG auch noch nach Ablauf der Kündigungsfrist die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses beim Erwerber verlangen,<sup>632</sup> weil ein Betriebsübergang nicht nur durch die Übernahme materieller und/oder immaterieller Betriebsmittel, sondern auch durch die willentliche Übernahme der Hauptbelegschaft erfolgen könne. Nur so werde ein den europarechtlichen Vorgaben genügender Bestandsschutz bei Betriebsübergängen gewährleistet.<sup>633</sup>
- 261** Die Anerkennung eines Wiedereinstellungsanspruchs bei einem **nach Ablauf der Kündigungsfrist** vollzogenen Betriebsübergang hat das BAG bislang offen gelassen. Nur für den Sonderfall des Betriebsübergangs nach Ablauf der Kündigungsfrist anlässlich einer insolvenzbedingten Kündigung hat der Achte Senat bislang einen Wiedereinstellungsanspruch – zu Recht – verneint.<sup>634</sup>
- 262** Der Arbeitnehmer hat **unverzüglich nach Kenntniserlangung** von den den Betriebsübergang ausmachenden tatsächlichen Umständen sein Fortsetzungsverlangen gegenüber dem Betriebserwerber **geltend zu machen**. Erfährt der Arbeitnehmer von der willentlichen Übernahme der Hauptbelegschaft, ist es ihm zumutbar, ohne schuldhaftes

<sup>627</sup> So aber *Walker* SAE 1998, 103, 106.

<sup>628</sup> Vgl. hierzu näher *Boemke* AR-Blattei SD 220.10 Rn. 62 ff.

<sup>629</sup> Zutr. *Bartel* SAE 1998, 318; HWK/*Quecke* § 1 KSchG Rn. 81.

<sup>630</sup> Ebenso *Boewer* NZA 1999, 1177, 1180; APS/*Kiel* § 1 KSchG Rn. 843; HWK/*Quecke* § 1 KSchG Rn. 85; *Raab* RdA 2001, 243, 251; abweichend *Berkowsky* Betriebsbedingte Kündigung, 6. Aufl. 2008, § 19 Rn. 22.

<sup>631</sup> So *Kiel/Koch* Die betriebsbedingte Kündigung, 2000, Rn. 860.

<sup>632</sup> Vgl. BAG 13. 11. 1997, AP Nr. 169 zu § 613 a BGB (8. Senat) = EZA § 613 a BGB Nr. 154 mit krit. Anm. *Peters/Thüsing* = SAE 1998, 143 mit Anm. *Langenbucher*; BAG 12. 11. 1998, AP Nr. 5 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung mit zust. Anm. *Gussen* = AR-Blattei ES 500 Nr. 149 mit Anm. *Hergentröder*; LAG Düsseldorf 18. 2. 2009, LAGE § 613 a BGB 2002 Nr. 26.

<sup>633</sup> Im Ergebnis ebenso *Langenbucher* ZfA 1999, 299, 306 ff.; *Nicolai/Noack* ZfA 2000, 87, 97 f.

<sup>634</sup> BAG 13. 5. 2004, AP Nr. 264 zu § 613 a BGB; BAG 28. 10. 2004, EZA § 613 a BGB 2002 Nr. 30; ebenso *Annuß* ZInsO 2001, 49, 59; KR/*Pfeiffer* § 613 a BGB Rn. 195 f.; *Schubert* ZIP 2002, 554, 558; abweichend KDZ/*Zwanziger* § 613 a BGB Rn. 256.