

Arbeitsrecht

Bearbeitet von

Von Prof. Dr. Raimund Waltermann, Begründet und bis zur 12. Auflage verfasst von Prof. Dr. Alfred Söllner

19. Auflage 2018. Buch. Rund 390 S. Kartoniert

ISBN 978 3 8006 5859 6

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Arbeitsrecht > Arbeitsrecht allgemein, Gesamtdarstellungen](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of increasing size. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

dem aus der Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) abgeleiteten Gestaltungsinteresse des Arbeitgebers Rechnung tragen.²⁴ Die Regelbeispiele des § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG gelten im Übrigen gleichermaßen für die kalendermäßige Befristung wie für die Zweckbefristung und die auflösende Bedingung (§ 21 TzBfG). Darüber hinaus liegt ein sachlicher Grund vor, wenn andere als die genannten Sachgründe den Regelbeispielen gleichwertig sind.²⁵ Bei der Prüfung, ob ein Sachgrund gegeben ist, sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Diese Umstände können nach dem auf Sachgründe ausgerichteten Schutzkonzept des TzBfG auch Befristungsketten (etwa wegen Vertretungsbedarfs für familienbedingte Auszeiten) erlauben; auch dann darf aber aus unionsrechtlichen Gründen die an sich mögliche Sachgrundbefristung nicht im Einzelfall rechtsmissbräuchlich sein.²⁶ Im Anschluss an die Prüfung des Sachgrunds ist daher unter Umständen gemäß § 242 BGB zu prüfen, ob der Arbeitgeber in rechtsmissbräuchlicher Weise von seiner Befristungsmöglichkeit Gebrauch macht. Dies wird durch Abwägung sämtlicher Umstände des Einzelfalls, insbesondere anhand von Anzahl und Dauer der befristeten Beschäftigungsverhältnisse, ermittelt.²⁷ Das BAG geht von einem indizierten Rechtsmissbrauch aus, wenn beide zeitlichen Grenzen des § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG um das Vierfache oder eine der Grenzen um das Fünffache überschritten wird. In diesem Fall muss der Arbeitgeber das Vorliegen des Rechtsmissbrauchs widerlegen.²⁸

bb) Sachgrundlose Befristung

Die kalendermäßige Befristung ist auch ohne Sachgrund möglich. Gemäß § 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG ist die Befristung ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes (erstens) allgemein bis zur Dauer von zwei Jahren zulässig; bis zu dieser Gesamtdauer von zwei Jahren ist auch die höchstens dreimalige Verlängerung eines kalendermäßig befristeten Arbeitsvertrags erlaubt (§ 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG). 303

Gemäß § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG ist die erstmalige Befristung (nach S. 1 1. Hs.) nicht zulässig, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. Ein früheres Berufsausbildungsverhältnis unterfällt diesem Vorbeschäftigungsverbot nicht. Das BAG machte eine Ausnahme, wenn das frühere Arbeitsverhältnis mehr als drei Jahre zurückliegt. Zu Recht sieht das BVerfG darin eine Rechtsfortbildung, die den erkennbaren Willen des Gesetzgebers unzulässig übergeht.²⁹ Mit bereits früher beschäftigten Arbeitnehmern können im Übrigen befristete Arbeitsverhältnisse mit sachlichem Grund wirksam vereinbart werden; die Verlängerung (nach S. 1 2. Hs.) ist möglich.³⁰

In **Fall a** könnte G die A etwa für fünf Monate einstellen und ihren Vertrag später, allerdings höchstens dreimal, verlängern, ohne dass für die kalendermäßige Befristung und die Verlängerung ein sachlicher Grund vorliegen müsste (§ 14 Abs. 2 S. 1 TzBfG). Soweit sich G jedoch über zwei Jahre hinaus arbeitsvertraglich binden will, bietet sich ihm die Möglichkeit einer befristeten Einstellung der A nicht. Denn in diesem Fall fehlt der nach § 14 Abs. 1 TzBfG erforderliche sachliche Grund. Insbesondere kann sich G nicht auf einen nur vorübergehenden betrieblichen Bedarf (§ 14 Abs. 1 Nr. 1 TzBfG) berufen, denn G trifft nur eine vage und auf Nachfragevermutungen basierende Prognoseentscheidung. Diese muss aber auf Tatsachen mit hinreichender Sicherheit beruhen.³¹ In **Fall b** dagegen könnte für die über zwei Jahre

24 Zur Befristung eines Schauspielers in einer Krimiserie BAG 30.8.2017 – 7 AZR 864/15 – NZA 2018, 229 (Rn. 28ff.).

25 BAG 16.3.2005 – 7 AZR 289/04 – NZA 2005, 923 (926).

26 EuGH 26.1.2012 – C-586/10 – NZA 2012, 135 (Rn. 56) [»Küçük«]; anknüpfend BAG 18.7.2012 – 7 AZR 443/09 – NZA 2012, 1351 (1356ff.); dazu Greiner, AP Nr. 99 zu § 14 TzBfG.

27 Näher BAG 7.10.2015 – 7 AZR 944/13 – NZA 2016, 354 (357f.).

28 BAG 26.10.2016 – 7 AZR 135/15 – NZA 2017, 382 (Rn. 28).

29 BVerfG 6.6.2018 – 1 BvL 7/14 u. 1 BvR 1375/14 – NZA 2018, 774ff.

30 APS/Backhaus, TzBfG § 14 Rn. 383.

31 Vgl. Meinel/Heyn/Herms, TzBfG, 5. Aufl. 2015, § 14 Rn. 88.

hinausgehende Befristung ein sachlicher Grund vorliegen. Entscheidend ist, ob U belegen kann, dass seine Prognoseentscheidung, weitere Arbeitnehmer befristet einzustellen, auf sicheren Tatsachen beruht. Regelmäßig ist dies bei saison- und projektabhängigen Betrieben der Fall.

In den ersten vier Jahren nach der Gründung eines Unternehmens erlaubt (zweitens) § 14 Abs. 2a TzBfG die kalendermäßige Befristung ohne sachlichen Grund bis zur Dauer von vier Jahren. Hat der Arbeitnehmer bei Beginn des befristeten Arbeitsverhältnisses das 52. Lebensjahr vollendet und ist er unmittelbar zuvor mindestens vier Monate lang beschäftigungslos (i. S. v. § 138 Abs. 1 Nr. 1 SGB III) gewesen (oder erfüllt er die anderen genannten Kriterien), ist die sachgrundlose Befristung (drittens) bis zu einer Dauer von fünf Jahren möglich (§ 14 Abs. 3 S. 1 TzBfG). § 41 S. 3 SGB VI erlaubt die sachgrundlose Befristung des auslaufenden Arbeitsverhältnisses nach dem Erreichen der Regelaltersgrenze. Die Vorschrift ist mit dem Unionsrecht vereinbar.³² Außerhalb des Anwendungsbereichs von § 41 S. 3 SGB VI können Arbeitsverhältnisse auf der Grundlage von § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 TzBfG befristet weitergeführt werden, wenn dies einer konkreten Personalplanung des Arbeitgebers dient.³³

In **Fall c** wäre die sachgrundlose Befristung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 14 Abs. 3 TzBfG in der seit dem 1.5.2007 geltenden Fassung unter den dort genannten einengenden Voraussetzungen möglich.³⁴ Der Arbeitnehmer müsste unmittelbar vor Beginn des befristeten Beschäftigungsverhältnisses vier Monate beschäftigungslos i. S. d. § 138 Abs. 1 Nr. 1 SGB III gewesen sein, Kurzarbeitergeld bezogen haben oder an einer öffentlich geförderten Beschäftigungsmaßnahme teilgenommen haben. Eine frühere Fassung von § 14 Abs. 3 TzBfG a. F. ließ die sachgrundlose Befristung der Arbeitsverhältnisse über 52-Jähriger *ohne Weiteres* zu. Mit überzeugenden Gründen hat der EuGH in der viel beachteten *Mangold*-Entscheidung die Vorschrift als Verstoß gegen das unionsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung (nunmehr Art. 21 Abs. 1 GRCh) angesehen.³⁵

c) Rechtsfolgen

- 304 Sind die Voraussetzungen des § 14 Abs. 1–4 TzBfG nicht erfüllt, ist die Befristungsabrede bei kalendermäßiger Befristung und Zweckbefristung unwirksam, der befristete Arbeitsvertrag gilt gemäß § 16 S. 1 TzBfG als auf unbestimmte Zeit geschlossen. Für die Kündigung sind dabei in Anlehnung an die Regelungen des Kündigungsrechts in § 16 TzBfG besondere Voraussetzungen aufgestellt. Die Unwirksamkeit einer Befristung muss der Arbeitnehmer (so wie die Unwirksamkeit einer Kündigung) innerhalb von drei Wochen nach dem vereinbarten Ende des Arbeitsverhältnisses *durch Klageerhebung geltend machen*, andernfalls wird die Rechtswirksamkeit unwiderlegbar vermutet (§ 17 TzBfG, § 7 KSchG). Für auflösend bedingte Arbeitsverträge gelten die §§ 16–20 TzBfG entsprechend (§ 21 TzBfG).³⁶ Die Prüfung der Befristungskontrollklage gemäß § 17 TzBfG entspricht im Wesentlichen dem Schema der Kündigungsschutzklage (§ 4 KSchG, vgl. Rn. 389b).

32 *EuGH* 28.2.2018 – C-46/17 – NZA 2018, 355 (Rn. 33, 54ff.) [»John«]; kritisch zu § 41 S. 3 SGB VI *Waltermann*, RdA 2015, 343 (347ff.) m. w. N.

33 *BAG* 11.2.2015 – 7 AZR 17/13 – NZA 2015, 1066ff. = RdA 2016, S. 236ff. m. Anm. *K. Hoppe*.

34 *BAG* 28.5.2014 – 7 AZR 360/12 – NZA 2015, 1131 (1133ff.): Das BAG bejaht die Vereinbarkeit mit Unionsrecht für die (geprüfte) erstmalige Anwendung.

35 *EuGH* 22.11.2005 – C-144/04 – NZA 2005, 1345 (1347) [»Mangold«]; eine das deutsche Verfassungsrecht verletzende Kompetenzüberschreitung durch die Mangold-Entscheidung hat das BVerfG verneint, *BVerfG* 6.7.2010 – 2 BvR 2661/06 – NZA 2010, 995ff.

36 Näher *BAG* 6.4.2011 – 7 AZR 704/09 – NJW 2011, 2748ff.

Prüfungsschema zur Befristungskontrollklage (§ 17 TzBfG)

304a

A. Zulässigkeit

1. Rechtswegzuständigkeit, §§ 48, 2 Abs. 1 Nr. 3b) ArbGG
2. Örtliche Zuständigkeit (bei Anlass, vgl. Rn. 389b)
3. Feststellungsinteresse, § 46 Abs. 2 ArbGG i. V. m. §§ 495, 256 Abs. 1 ZPO
 - Punktueller Streitgegenstand (§ 17 S. 1 TzBfG)
 - Das Feststellungsinteresse folgt aus § 17 S. 2 TzBfG i. V. m. § 7 KSchG
4. Partei-, Prozess- und Postulationsfähigkeit (bei Anlass, vgl. Rn. 389b)
5. Ordnungsgemäße Klageerhebung (bei Anlass, vgl. Rn. 389b)

B. Begründetheit

»Die Klage ist begründet, wenn das Arbeitsverhältnis nicht aufgrund der am ... vereinbarten Befristung zum ... endete.« (§ 17 S. 1 TzBfG)

1. Dreiwochenfrist (§ 17 S. 1, 2 TzBfG i. V. m. § 7 KSchG)
2. Wirksamkeit der letzten Befristung (punktueller Streitgegenstand)
 - Schriftform: § 14 Abs. 4 TzBfG (→ Rn. 301)
 - Spezialgesetzliche Befristungsregelungen z. B. § 21 BBiG; § 21 BEEG, §§ 2, 3 WissZeitVG (→ Rn. 302)
 - Sachgrundlose Befristung gem. § 14 Abs. 2 TzBfG: Bis zu einer Dauer von zwei Jahren bei maximal dreimaliger Verlängerung; keine Zuvor-Beschäftigung (→ Rn. 303). Sonderregelungen für sachgrundlose Befristungen bei Unternehmensgründungen (§ 14 Abs. 2a TzBfG) und bei älteren, beschäftigungslosen Arbeitnehmern (§ 14 Abs. 3 TzBfG).
 - Sachgrundbefristung (§ 14 Abs. 1 TzBfG): Nicht abschließende Auflistung von Sachgründen in § 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1–8 TzBfG. Der Sachgrund muss bei Vertragsschluss objektiv vorgelegen haben. Namentlich bei Kettenbefristungen erfolgt eine Missbrauchskontrolle gemäß § 242 BGB (→ Rn. 302).

III. Pflichten bei Ende des Arbeitsverhältnisses

Im Zusammenhang mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses entstehen Pflichten, die zum Teil noch über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus wirken. 305

1. Freizeit zur Stellensuche

Nach der *Kündigung* eines Arbeitsverhältnisses ist dem Arbeitnehmer auf Verlangen eine angemessene Zeit für die Suche nach einem anderen Arbeitsverhältnis zu gewähren (§ 629 BGB). Während dieser Zeit steht dem Arbeitnehmer ein Anspruch auf Zahlung des Arbeitsentgelts zu. Auf andere Beendigungsgründe findet § 629 BGB entsprechende Anwendung. 306

2. Zeugnis und Auskunft³⁷

Der Arbeitgeber hat bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses dem Arbeitnehmer ein schriftliches Zeugnis zu erteilen (§§ 109 GewO; 16 BBiG). Das Zeugnis hat sich stets über Art und Dauer der Beschäftigung zu äußern (einfaches Zeugnis). Auf Verlangen des Arbeitnehmers ist das Zeugnis auf die Leistungen und die Führung im Dienst zu 307

³⁷ Vgl. Huber/Müller, Das Arbeitszeugnis in Recht und Praxis, 16. Aufl. 2016; Schleßmann, Das Arbeitszeugnis, 22. Aufl. 2017; Schulz/Jarvers/Gerauer, Alles über Arbeitszeugnisse, 9. Aufl. 2015.

erstrecken (qualifiziertes Zeugnis). Das Zeugnis muss wahre Angaben und eine zutreffende Beurteilung abbilden (Grundsatz der Zeugniswahrheit), und es darf keine unklaren Formulierungen enthalten (Grundsatz der Zeugnisklarheit);³⁸ der Inhalt eines Zeugnisses darf das berufliche Fortkommen nicht unnötig erschweren. Der Arbeitnehmer kann auf Ausstellung eines solchen Zeugnisses und auf Berichtigung eines Zeugnisses klagen. Er trägt dann für ihm günstige Tatsachen, welche die überdurchschnittliche Beurteilung rechtfertigen, die Darlegungs- und Beweislast; der Arbeitgeber trägt sie für eine unterdurchschnittliche (nicht mehr »befriedigende«) Beurteilung.³⁹

Bei Bewerbungen um einen neuen Arbeitsplatz wird häufig der neue Arbeitgeber hinsichtlich der Qualifikation und Person eines Bewerbers beim bisherigen Arbeitgeber nachfragen. Der bisherige Arbeitgeber ist dem Arbeitnehmer gegenüber zu einer solchen Auskunft verpflichtet. Der Umfang der Auskunftspflicht entspricht dem der Zeugniserteilung.

3. Weitere Pflichten

- 308 Der Arbeitgeber hat dem ausscheidenden Arbeitnehmer die Arbeitspapiere mit den erforderlichen Eintragungen auszuhändigen und auf Verlangen eine Arbeitsbescheinigung (§ 312 SGB III) und u. U. eine Urlaubsbescheinigung (§ 6 Abs. 2 BUrlG) auszustellen. Der Arbeitnehmer ist gemäß § 667 BGB zur Herausgabe der Arbeitsmittel, die er zur Ausführung der Arbeit erlangt hat (so etwa eines Dienstwagens), verpflichtet.⁴⁰

IV. Betriebliche Altersversorgung

1. Ausgangspunkt

- 309 Arbeitnehmern, die aus Altersgründen aus dem Betrieb ausscheiden, wird in größeren, seltener in kleinen und mittleren Unternehmen ein betriebliches Ruhegeld in Form einer Betriebsrente gezahlt. Das betriebliche Ruhegeld ist eine Gegenleistung für zuvor erbrachte Dienste des Arbeitnehmers, welche in der langfristigen Betrachtung auch Ausdruck seiner Betriebstreue sind.⁴¹ Aus Arbeitgebersicht findet die Zahlung von Ruhegeld ihre Motivation in dem Gedanken, die Arbeitnehmer an den Betrieb zu binden.

Wegen der anhaltenden hohen Arbeitslosigkeit war diese Triebfeder der betrieblichen Altersversorgung, Mitarbeiter zu gewinnen und langfristig zu binden, lange Zeit erlahmt, jetzt gerät die betriebliche Altersversorgung, auch zur Mitarbeiterbindung, wieder ins Blickfeld, gestärkt durch ihre Einbeziehung in die geförderte private Altersvorsorge mit der Rentenreform 2001 (»Riester-Rente«). Vor dem Hintergrund des neu eingeführten Anspruchs auf Entgeltumwandlung bis zur Höhe von 4 Prozent der jeweiligen Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung (§ 1 a Abs. 1 BetrAVG) kann die Betriebsrente Baustein eines Gesamtvergütungssystems sein. Eine gesetzliche Verpflichtung des Arbeitgebers zur Gewährung von Leistungen der betrieblichen Altersversorgung bestand bis zu dieser Neuregelung nicht.

38 BAG 15.11.2011 – 9 AZR 386/10 – NZA 2012, 448ff.

39 Vgl. BAG 14.10.2003 – 9 AZR 12/03 – NZA 2004, 843 (844).

40 BAG 14.12.2011 – 10 AZR 283/10 – NZA 2012, 501ff.; *Junker*, ArbR, Rn. 442.

41 Vgl. *BVerfG* 19.10.1983 – 2 BvR 298/81 – BVerfGE 65, 196 (211ff.); BAG 5.7.1979 – 3 AZR 197/78 – BAGE 32, 56 (60); *Schwerdtner*, Fürsorgetheorie und Entgelttheorie im Recht der Arbeitsbedingungen, 1970, insbes. S. 168ff.; *Steinmeyer*, Betriebliche Altersversorgung und Arbeitsverhältnis, 1991, S. 57ff. (85f.).

2. Gesetzliche Grundlagen

Die gesetzlichen Rahmenbedingungen der betrieblichen Altersversorgung richten sich nach dem BetrAVG. Arbeitnehmer können nach Maßgabe von § 1 a BetrAVG vom Arbeitgeber verlangen, dass von ihren künftigen Entgeltansprüchen bis zu vier Prozent der jeweiligen Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung durch Entgeltumwandlung für ihre betriebliche Altersversorgung verwendet werden. Die Durchführung des Anspruchs des Arbeitnehmers wird durch Vereinbarung geregelt. Die Regelungen des BetrAVG bezwecken insbesondere die Absicherung der auf einer vertraglichen *Versorgungszusage* beruhenden Versorgungsansprüche. Im Einzelnen:

a) Anwartschaft

Versorgungsanwartschaften bleiben dem Arbeitnehmer erhalten, wenn das Arbeitsverhältnis vor Eintritt des Versorgungsfalls, jedoch nach der Vollendung des 21. Lebensjahres endet und die Versorgungszusage zu diesem Zeitpunkt mindestens drei Jahre bestanden hat (*unverfallbare Anwartschaft*). Wechselt ein Arbeitnehmer in einen anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union, bleibt die Anwartschaft in gleichem Umfang wie für Personen erhalten, die auch nach Beendigung eines Arbeitsverhältnisses innerhalb der Bundesrepublik Deutschland verbleiben (siehe § 1 b Abs. 1 BetrAVG).

b) Anpassung

Der Arbeitgeber hat alle drei Jahre eine Anpassung der laufenden Ruhegeldleistungen zu prüfen und hierüber nach billigem Ermessen zu entscheiden (§ 16 BetrAVG).⁴²

c) Auszehrungsverbot, Altersgrenze

Die Kürzung betrieblicher Ruhegelder durch Anrechnung anderer Versorgungsleistungen ist nur in engem Rahmen möglich (Auszehrungsverbot: § 5 BetrAVG). Die betriebliche Altersversorgung muss mit der flexiblen Altersgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung in Einklang stehen (Einzelheiten: § 6 BetrAVG).

d) Insolvenzsicherung

Für die betrieblichen Ruhegeldansprüche ist eine besondere Insolvenzsicherung geschaffen worden. Werden Ruhegeldansprüche infolge eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Arbeitgebers oder in anderen Fällen der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers nicht erfüllt, so können diese Ansprüche gegen den Träger der Insolvenzsicherung geltend gemacht werden (§§ 7 ff. BetrAVG). Träger der Insolvenzsicherung ist ein von den Arbeitgebern gegründeter »Pensions-Sicherungs-Verein« (§ 14 BetrAVG).

Ruhegelder werden oftmals auf Grund von *Ruhegeldordnungen* gezahlt, die der Arbeitgeber einseitig erlässt. Solche Ruhegeldordnungen und ihre Abänderung unterliegen der Rechtskontrolle durch die Arbeitsgerichte.⁴³ Nicht selten finden sich betrieb-

⁴² Axler, Die Anpassung von Betriebsrenten gemäß § 16 BetrAVG, 2003. Dazu gibt es eine umfangreiche Judikatur, vgl. die in AP zu § 16 BetrAVG zusammengestellten Entscheidungen.

⁴³ In unverfallbare Anwartschaften (vgl. dazu sogleich im Text) kann überhaupt nur bei extremer wirtschaftlicher Notlage des Arbeitgebers eingegriffen werden, vgl. BAG 11.12.2001 – 3 AZR 512/00 – NZA 2003, 1414.

liche Ruhegeldordnungen auch in Betriebsvereinbarungen.⁴⁴ Es handelt sich um freikündbare Betriebsvereinbarungen, die keine Nachwirkung haben; entstandene Ansprüche und Anwartschaften gehen gleichwohl nicht unter (→ Rn. 885).

3. Durchführungsformen

- 315 In der Praxis wurde die betriebliche Altersversorgung üblicherweise in vier Grundformen gewährt, die Rentenreform 2001 hat eine weitere hinzugefügt: Im Fall der *Direktzusage* (§ 1 Abs. 1 S. 2 1. Fall BetrAVG) erfolgt die Durchführung unmittelbar über den Arbeitgeber, der Arbeitgeber ist selbst Träger der Versorgung (das Geld bleibt sozusagen im Betrieb), er ist verpflichtet, bei Eintritt des Versorgungsfalls zu leisten. Im Fall der *Direktversicherung* (§§ 1 Abs. 1 S. 2 2. Fall, 1b Abs. 2 BetrAVG) schließt der Arbeitgeber für den Arbeitnehmer einen Lebensversicherungsvertrag, aus dem der Arbeitnehmer bzw. seine Hinterbliebenen bezugsberechtigt sind. Das Lebensversicherungsunternehmen ist dann (aufgrund eines Einzel- oder Gruppenversicherungsvertrags) Versorgungsträger. Der dritte Weg besteht darin, dass der Arbeitgeber (auch mit anderen Arbeitgebern zusammen) eine *Pensionskasse* als rechtsfähige Versorgungseinrichtung gründet, die dann Versorgungsträger ist (§§ 1 Abs. 1 S. 2 2. Fall, 1b Abs. 3 S. 1 1. Fall BetrAVG). Im Fall der *Unterstützungskassenzusage* wird die betriebliche Altersversorgung ebenfalls von einer rechtsfähigen Versorgungseinrichtung durchgeführt, diese gewährt aber keinen Rechtsanspruch auf ihre Leistungen (§§ 1 Abs. 1 S. 2 2. Fall, 1b Abs. 4 BetrAVG). Der Ausschluss eines Rechtsanspruchs führt lediglich dazu, dass der Widerruf der Versorgungszusage an enge Voraussetzungen geknüpft ist.⁴⁵ Durch die Rentenreform 2001 ist die Möglichkeit der Bildung eines *Pensionsfonds* (§§ 1 Abs. 1 S. 2 2. Fall, 1b Abs. 3 S. 1 2. Fall BetrAVG) eingeführt worden. Bei dieser Durchführungsform zahlt der Arbeitgeber Beiträge an eine rechtsfähige Versorgungseinrichtung, die kapitalgedeckt die betriebliche Altersversorgung durchführt und dabei das Vermögen stärker in Aktien anlegen darf; der neue Weg hat bisher wenig Verbreitung gefunden.

4. Betriebliche Mitbestimmung

- 316 Eine Mitbestimmung des Betriebsrats kann sich aus § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG und § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG ergeben.

Pensions- und Unterstützungskassen sind Sozialeinrichtungen, deren Form, Ausgestaltung und Verwaltung der Mitbestimmung gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG unterliegt. Wird die betriebliche Altersversorgung direkt zugesagt oder erfolgt sie über eine Direktversicherung oder einen Pensionsfond, besteht ein Mitbestimmungsrecht gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG (näher → Rn. 834).

5. Alterssicherung als Zukunftsproblem

- 317 Vor dem Hintergrund der Alterung der Gesellschaft ist die erfolversprechende Gestaltung der Altersvorsorge (nicht nur im Bereich der abhängigen Arbeit) eines der größten Zukunftsprobleme im Bereich der sozialen Sicherheit. Der (auch angesichts weiter steigender Lebenserwartung) nicht aufzuhaltenden Verminderung der durch die *gesetzliche Rentenversicherung* vermittelten Alterssicherung stehen seit der Ren-

⁴⁴ Diese können nach hier vertretener Auffassung auch Ruheständler erfassen, → Rn. 882.

⁴⁵ Vgl. BVerfG 24.2.1987 – 1 BvR 1667/84 – AP Nr. 14 zu § 1 BetrAVG Unterstützungskassen; BAG 18.4.1989 – 3 AZR 299/87 – NZA 1989, 845 ff. S. a. Loritz, ZfA 1989, 1 ff.

tenreform 2001 eine Stärkung der privaten Vorsorge und eine Verbesserung der Rahmenbedingungen für die betriebliche Altersversorgung gegenüber. Mit dem Anspruch auf Entgeltumwandlung (§ 1 a Abs. 1, 2 BetrAVG) korrespondiert eine *staatliche Förderung*, deren Voraussetzung die Durchführung der betrieblichen Altersversorgung durch den Arbeitgeber gemäß § 1 a Abs. 3 BetrAVG ist.

§ 16. Die Kündigung

Fälle:

- a) Arbeitgeber G kündigt vier Arbeitnehmern, ohne die Kündigungen zu begründen. Auf die Bitte des A, die Gründe für die Kündigung seines Arbeitsverhältnisses zu nennen, reagiert G nicht. Um die Frist des § 4 S. 1 KSchG nicht zu versäumen, erhebt A Kündigungsschutzklage. Im Güutetermin stellt sich heraus, dass die Kündigung auf eindeutigen betriebsbedingten Gründen beruht und eine einwandfreie Sozialauswahl vorliegt. A hätte nicht geklagt, wenn er das gewusst hätte.
- b) Nach dem einschlägigen Tarifvertrag ist die ordentliche Kündigung von Arbeitnehmern über 55 Jahren ausgeschlossen. Im Hinblick auf die geplante Betriebsstilllegung beschließt Arbeitgeber G, dem 58-jährigen A wegen der wirtschaftlich notwendigen Stilllegung außerordentlich zu kündigen. Er meint, dies müsse dann auch fristlos möglich sein.
- c) Kassiererin A, seit 30 Jahren bei der Supermarktkette S beschäftigt, löst zwei Pfandbons im Gesamtwert von 1,30 EUR, die nicht ihr gehören, widerrechtlich bei einem privaten Einkauf an der Kasse ein. Arbeitgeber G kündigt ihr deswegen fristlos und ohne vorherige Abmahnung mit der Begründung, das Vertrauensverhältnis sei unumkehrbar zerstört.
- d) Speditionsunternehmer U will seinem Kraftfahrer B außerordentlich kündigen, nachdem diesem auf der Heimfahrt von einer Familienfeier die Fahrerlaubnis wegen Trunkenheit am Steuer entzogen worden ist.

I. Die Kündigung als Gestaltungsakt

Die Kündigung¹ ist eine *einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung* des einen Vertragsteils gegenüber dem anderen mit dem Ziel der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Als Recht, durch einseitige Willenserklärung eine Rechtsänderung herbeizuführen, zählt das Kündigungsrecht zu den *Gestaltungsrechten*. 318

1. Kündigungserklärung

a) Zugang

Die Kündigungserklärung wird erst wirksam, wenn sie dem Empfänger *zugeht* (§§ 130–132 BGB). Es gelten die allgemeinen Regeln. Zugegangen ist die Kündigungserklärung, wenn sie so in den Bereich des Empfängers gelangt ist, dass dieser die Möglichkeit hat, vom Inhalt der Erklärung Kenntnis zu nehmen und unter normalen Umständen mit der Kenntnisnahme zu rechnen ist. Die urlaubsbedingte Abwesenheit des Arbeitnehmers ist kein Zugangshindernis; selbst bei Kenntnis des Arbeitgebers von der Abwesenheit des Arbeitnehmers kann diesem ein an die Heimatanschrift gerichtetes Kündigungsschreiben wirksam zugehen. 319

¹ Grundsätzlich *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, 1987.

Ein Kündigungsschreiben gelangt auch dann in den Machtbereich des Adressaten, wenn es dem Ehemann als Empfangsboten außerhalb der Wohnung, beispielsweise an dessen Arbeitsplatz, überreicht wird; die Kündigung geht zu, sobald unter regelmäßigen Umständen mit der Übermittlung gerechnet werden kann.²

b) Form

- 320 Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses bedarf gemäß § 623 BGB zwingend der Schriftform; das Schriftformerfordernis gilt sowohl für die Kündigung durch den Arbeitgeber als auch für die Kündigung durch den Arbeitnehmer. Die ohne Beachtung des Schriftformerfordernisses erklärte Kündigung ist nichtig (§§ 126, 125 S. 1 BGB). Dabei kann die Schriftform nicht durch die elektronische Form ersetzt werden (§ 623 2. Hs. BGB). Spezielle Schriftformgebote enthalten etwa § 17 Abs. 2 S. 2 MuSchG und § 22 Abs. 3 BBiG.

Bei der Änderungskündigung (→ Rn. 390ff.) erfasst das Schriftformerfordernis des § 623 BGB auch das Änderungsangebot.³

c) Stellvertretung

- 321 Auch bei der Kündigung ist Stellvertretung möglich. Gemäß § 174 S. 1 BGB ist die durch einen Bevollmächtigten erklärte Kündigung unwirksam, wenn der Bevollmächtigte keine Vollmachtsurkunde vorlegt und der Empfänger das Rechtsgeschäft deshalb unverzüglich zurückweist;⁴ weil es nicht um eine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht geht, gilt dies jedoch nicht im Fall der organschaftlichen Vertretung einer Gesellschaft.⁵ Eine ohne Vertretungsmacht erklärte Kündigung ist gemäß § 180 S. 1 BGB unwirksam.

Erklärt der Leiter der Personalabteilung die Kündigung, ist die Vorlage einer Vollmachtsurkunde nicht nötig, weil das Kündigungsrecht mit der Stellung des Leiters der Personalabteilung regelmäßig verbunden ist;⁶ dem Erklärungsempfänger muss es aber möglich sein, die erklärende Person der Funktion (des Leiters der Personalabteilung, des nach dem Arbeitsvertrag kündigungsbefugten Niederlassungsleiters) zuzuordnen.

2. Kündigungsgrund

- 322 Die Angabe des Kündigungsgrundes ist *nicht* Wirksamkeitserfordernis der Kündigung (siehe aber § 22 Abs. 3 BBiG, § 17 Abs. 2 S. 2 MuSchG), auch dann nicht, wenn die Kündigung gemäß § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG durch einen Kündigungsgrund bedingt sein muss (zur Anhörung des Betriebsrats gemäß § 102 BetrVG Rn. 329, 856). Bei einer *außerordentlichen* Kündigung muss der Kündigende dem anderen Teil auf Verlangen den Kündigungsgrund aber unverzüglich schriftlich mitteilen (§ 626 Abs. 2 S. 3 BGB). Eine Verletzung dieser Pflicht kann Schadensersatzfolgen nach sich ziehen. Für die ordentliche Kündigung ist eine entsprechende Pflicht dem Gesetz nicht unmittelbar zu entnehmen. Ist das KSchG anwendbar, hängt die Rechtsverfolgung des Arbeitnehmers jedoch davon ab, dass er die Kündigungsgründe kennt. Daraus folgt (analog § 626 Abs. 2 S. 3 BGB) eine Pflicht zur Mitteilung des Kündigungsgrundes auch bei der ordentlichen

2 BAG 9.6.2011 – 6 AZR 687/09 – NZA 2011, 847 (848f.).

3 BAG 16.9.2004 – 2 AZR 628/03 – NZA 2005, 635ff.

4 Grundsätzlich ist die Zurückweisung mehr als eine Woche nach tatsächlicher Kenntniserlangung des Empfängers von Kündigung und fehlendem Vorlegen der Vollmacht nicht mehr unverzüglich, BAG 8.12.2011 – 6 AZR 354/10 – NZA 2012, 495 (498).

5 BAG 20.9.2006 – 6 AZR 82/06 – NZA 2007, 377 (379).

6 BAG 25.9.2014 – 2 AZR 567/13 – NZA 2015, 159 (160ff.).