

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 grds. darauf vertrauen, dass dann eintretende Umstände die Wirksamkeit der Kündigung nicht mehr beeinflussen.⁶⁸² 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.⁶⁸³

Dem steht nicht entgegen, dass es auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses **nachwirkende Nebenpflichten des Arbeitgebers** gibt.⁶⁸⁴ Diese beziehen sich nur auf die Abwicklung des beendeten Arbeitsverhältnisses und betreffen im Wesentlichen Bescheinigungen, Auskünfte und Herausgabeansprüche.⁶⁸⁵ Ein Anspruch auf Wiedereinstellung kann hierauf grds. nicht gestützt werden. Schließlich ist es auch aus Gründen der Rechtssicherheit geboten, den Wiedereinstellungsanspruch zeitlich zu begrenzen.⁶⁸⁶ Für einen Wiedereinstellungsanspruch kommt daher grds. 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**.⁶⁸⁷

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 wiedereinstellen müsste, deren Kündigungsfrist im Zeitpunkt der Änderung der Beschäftigungsmöglichkeiten noch nicht abgelaufen sei,⁶⁸⁸ 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 S. 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.

Die geschilderten Grundsätze gelten prinzipiell auch dann, wenn sich die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit aus einem nach dem Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung stattfindenden **Betriebs(teil)übergang** ergibt. Ein Wiedereinstellungsanspruch kommt daher grds. nur dann in Betracht, wenn der Betrieb(steil) noch während des Laufs der Kündigungsfrist auf einen neuen Inhaber übergeht.⁶⁸⁹ Das BAG hat hiervon allerdings Ausnahmen erkennen lassen. Dies gilt zunächst für den Fall, dass ein

Einl. Rn. 361; aA wegen der Besonderheiten des Betriebsübergangs bei Übernahme der Hauptbelegschaft BAG 13.11.1997 – 8 AZR 295/95, AP BGB § 613a Nr. 169; 12.11.1998 – 8 AZR 265/97, AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 5 mzustAnm Gussen; vgl. auch Darstellung bei BBAKNSV/Ahrendt Rn. 72a ff.; Bram/Rühl NZA 1990, 753 (757); Nicolai/Noack ZfA 2000, 87 (105); APS/Vossen Rn. 75; Walker SAE 1998, 103 (106); Zwanziger BB 1997, 42 (45).

⁶⁸² Vgl. Raab RdA 2000, 147 (155); Preis Anm. zu LAG Köln 10.1.1989 – 4/2 Sa 860/88, LAGE § 611 BGB Einstellungsanspruch Nr. 1, die insoweit den Zweck der Kündigung als erfüllt ansehen.

⁶⁸³ BAG 28.6.2000 – 7 AZR 904/98, AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 6.

⁶⁸⁴ So aber Walker SAE 1998, 103 (106).

⁶⁸⁵ Vgl. näher Boemke AR-Blattei SD 220.10 Rn. 62 ff.

⁶⁸⁶ Zuttr. Bartel SAE 1998, 318; HWK/Quecke Rn. 81.

⁶⁸⁷ Ebenso Boewer NZA 1999, 1177 (1180); APS/Kiel Rn. 755; HWK/Quecke Rn. 85; Raab RdA 2001, 243 (251); aA Berkowsky, Die betriebsbedingte Kündigung, 6. Aufl. 2008, § 19 Rn. 22.

⁶⁸⁸ So Kiel/Koch Die betriebsbedingte Kündigung, 2000, Rn. 860.

⁶⁸⁹ BAG 25.9.2008 – 8 AZR 607/07, AP BGB § 613a Nr. 355 Rn. 33; 15.12.2011 – 8 AZR 197/11, AP BGB § 613a Nr. 423 Rn. 37.

Betriebs(teil)übergang bereits während der Kündigungsfrist beschlossen, aber erst nach deren Ablauf vollzogen wird.⁶⁹⁰ In diesen Konstellationen ist die ursprüngliche negative Prognose streng genommen schon während des Laufs der Kündigungsfrist unzutreffend geworden. Jedenfalls aber kann man den Betriebserwerber gem. § 242 BGB so behandeln, als wäre der Betriebs(teil)übergang bereits während der Kündigungsfrist erfolgt, zumal Manipulationen ansonsten Tür und Tor geöffnet wäre.⁶⁹¹ Eine weitere Ausnahme akzeptiert das BAG in einer allerdings nicht sehr klaren Weise unter Berufung auf die Betriebsübergangsrichtlinie 2001/23/EG für die Gestaltung, dass ein Betriebsübergang durch die willentliche Übernahme der Hauptbelegschaft erfolgt.⁶⁹² Für den Fall des Betriebsübergangs nach Ablauf der Kündigungsfrist durch die Übernahme materieller und/oder immaterieller Betriebsmittel hat das BAG anlässlich einer insolvenzbedingten Kündigung einen Wiedereinstellungsanspruch dagegen verneint.⁶⁹³ Diese Position erscheint letztlich insgesamt kohärenter, weil in diesen Situationen die auf den Zeitpunkt des Ablaufs der Kündigungsfrist bezogene Prognose nicht widerlegt wird.⁶⁹⁴ Daran kann auch die Betriebsübergangsrichtlinie 2001/23/EG nichts ändern, denn sie schützt nur die im Zeitpunkt des Betriebsübergangs noch bestehenden Arbeitsverhältnisse.⁶⁹⁵

- 235** Liegen bei einem **Betriebs(teil)übergang** die Voraussetzungen für einen Wiedereinstellungsanspruch vor, muss der Arbeitnehmer sein Fortsetzungsverlangen gegenüber dem Betriebserwerber (außergerichtlich) geltend machen. Hierfür gilt in Anlehnung an § 613a Abs. 6 BGB eine **Frist von einem Monat ab Erlangung der Kenntnis** von den für den Betriebs(teil)übergang maßgeblichen tatsächlichen Umständen.⁶⁹⁶ Geht es um eine Wiedereinstellung nach einer sonstigen betriebsbedingten Kündigung, sollte wegen der Ähnlichkeit dieser Gestaltung dieselbe Frist angenommen werden, während in allen anderen Fällen die Drei-Wochen-Frist des § 4 als Richtgröße heranzuziehen ist.⁶⁹⁷

3. Auswahlentscheidung

- 236** Kommt es bei einer Kündigung wegen beabsichtigter Betriebsteilstilllegung während der Kündigungsfrist zu einer eingeschränkten Fortführung des von der Stilllegung bedrohten Betriebsteils und kann der Arbeitgeber deshalb einzelne der gekündigten Arbeitnehmer wieder einstellen, hat er **eine Auswahl unter den Gekündigten vorzunehmen**.⁶⁹⁸ Hierbei sind zwar nicht nach Abs. 3,⁶⁹⁹ wohl aber nach § 315 BGB neben betrieblichen

⁶⁹⁰ BAG 25.10.2007 – 8 AZR 989/06, AP BGB § 613a Wiedereinstellung Nr. 2 Rn. 24; 15.12.2011 – 8 AZR 197/11, AP BGB § 613a Nr. 423 Rn. 37; 19.10.2017 – 8 AZR 845/15, NZA 2018, 436 Rn. 16.

⁶⁹¹ Ebenso vom Stein FS Willemsen, 2018, 575 (582 f.).

⁶⁹² BAG 13.11.1997 – 8 AZR 295/95, AP BGB § 613a Nr. 169; 12.11.1998 – 8 AZR 265/97, AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 5 mzustAnm Gussen; LAG Düsseldorf 18.2.2009 – 12 Sa 1544/008, LAGE § 613a BGB 2002 Nr. 26; iE ebenso Langenbacher ZfA 1999, 299 (306 ff.); Nicolai/Noack ZfA 2000, 87 (97 f.); Raab RdA 2000, 147 (154 f.); Oberhofer RdA 2006, 92 (94); KR/Treber/Schlünder BGB § 613a Rn. 106; DD/Voigt BGB § 613a Rn. 268.

⁶⁹³ BAG 13.5.2004 – 8 AZR 198/03, AP BGB § 613a Nr. 264; 28.10.2004 – 8 AZR 199/04, Eza § 613a BGB 2002 Nr. 30 = NZA 2005, 405; ebenso Annuß ZInsO 2001, 49 (59); Schubert ZIP 2002, 554 (558).

⁶⁹⁴ ErfK/Preis BGB § 613a Rn. 163, 165; APS/Steffan BGB § 613a Rn. 184; vom Stein FS Willemsen, 2018, 575 (581).

⁶⁹⁵ Vgl. EuGH 7.2.1985 – 19/83, BeckRS 2004, 72129 Rn. 13 – Wendelboe.

⁶⁹⁶ BAG 25.10.2007 – 8 AZR 989/06, AP BGB § 613a Wiedereinstellung Nr. 2 Rn. 21; 21.8.2008 – 8 AZR 201/07, NZA 2009, 29; 27.1.2011 – 8 AZR 326/09, NZA 2011, 1162 Rn. 36 f.; ErfK/Preis BGB § 613a Rn. 165; KR/Rachor Rn. 837.

⁶⁹⁷ APS/Kiel Rn. 759; Oberhofer RdA 2006, 92 (96); sogar für eine gerichtliche Geltendmachung innerhalb dieser Frist Meinel/Bauer NZA 1999, 575 (580 f.); aA Raab RdA 2000, 147 (154); KR/Rachor Rn. 836: nur Verwirkung.

⁶⁹⁸ BAG 4.12.1997 – 2 AZR 140/97, AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 4; 2.12.1999 – 2 AZR 757/98, AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 45; 28.6.2000 – 7 AZR 904/98, AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 6; ebenso Beckschulze DB 1998, 417 (420); Boewer NZA 1999, 1177 (1179); Oetker ZIP 2000, 643 (651); aA Raab RdA 2000, 147 (157), der dem Arbeitgeber freies Ermessen zubilligt.

⁶⁹⁹ So jedoch Nicolai/Noack ZfA 2000, 87 (107 f.); ErfK/Oetker Rn. 94; HK-KSchG/Weller/Dorndorf Rn. 947; Zwanziger BB 1997, 42 (43).

Belangen auch soziale Gesichtspunkte wie Alter, Betriebszugehörigkeit und Unterhaltungspflichten zu berücksichtigen.⁷⁰⁰ Die Auswahl hat freilich nur unter den gekündigten Arbeitnehmern zu erfolgen und nicht zusätzlich unter Einbeziehung der ungekündigt Weiterbeschäftigten.⁷⁰¹

4. Einzelfälle

Bei einer Kündigung wegen des **Verdachts einer strafbaren Handlung** (→ Rn. 434 ff.) **237** kommt ein Wiedereinstellungsanspruch in Betracht, wenn sich später die Unschuld des Arbeitnehmers herausstellt bzw. nachträglich Umstände bekannt werden, die den bestehenden Verdacht vollständig beseitigen.⁷⁰² Die bloße Einstellung des staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens nach § 170 Abs. 2 S. 1 StPO begründet jedoch noch keinen Wiedereinstellungsanspruch. Denn die Einstellungsverfügung stellt lediglich eine vorläufige Beurteilung durch die staatlichen Ermittlungsbehörden dar, der keinerlei Bindungswirkung für ein Arbeitsgerichtsverfahren zukommt.⁷⁰³ Gelingt dem Arbeitgeber in dem bei Einstellung des Ermittlungsverfahrens noch nicht abgeschlossenen arbeitsgerichtlichen Verfahren der Nachweis, dass alle Voraussetzungen einer wirksamen Verdachtskündigung vorliegen, ist kein schutzwürdiges Interesse des Arbeitnehmers verletzt, wenn der Arbeitgeber trotz der formellen Einstellung des Ermittlungsverfahrens auf dem Ergebnis der wirksam ausgesprochenen Verdachtskündigung beharrt und der Arbeitnehmer nicht wieder eingestellt wird.

Als **zeitliche Grenze** kann hier **nicht auf die Dauer der Kündigungsfrist** abgestellt **238** werden. Der Arbeitnehmer kann im Falle einer Verdachtskündigung auch noch nach Ablauf der Kündigungsfrist einen Wiedereinstellungsantrag stellen. Diese **Ausnahme** ist gerechtfertigt, weil eine Kündigung, die mit einem letztlich ungerechtfertigten Verdacht einer Straftat begründet worden ist, zu einer erheblichen **Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts** des Arbeitnehmers führt. Im Hinblick darauf muss der Arbeitnehmer die Möglichkeit haben, bei erwiesener Unrichtigkeit der erhobenen Vorwürfe voll rehabilitiert zu werden und an seinen Arbeitsplatz zurückkehren zu können.⁷⁰⁴

Maßgebliche zeitliche Grenze ist die **Dauer des Kündigungsschutzprozesses**, weil der **239** Arbeitgeber in dieser Zeit nicht darauf vertrauen kann, der Arbeitnehmer werde die Kündigung hinnehmen. Für die Prozessdauer als zeitliche Grenze spricht auch, dass das Kündigungsschutzverfahren Gelegenheit gibt, die Verdachtsmomente iE zu überprüfen. Ferner wird in dieser Zeit auch in den meisten Fällen ein staatsanwaltschaftliches Ermittlungsverfahren abgeschlossen sein, wobei insoweit zusätzlich eine Aussetzung des Verfahrens nach § 149 ZPO zu erwägen ist. Hat der Arbeitnehmer keine Kündigungsschutzklage erhoben, kann der Wiedereinstellungsanspruch bei einer Verdachtskündigung bis zur Grenze der Verwirkung geltend gemacht werden.

Bei einer **krankheitsbedingten Kündigung** (→ Rn. 332 ff.) kommt ein Wiedereinstellungsanspruch in Betracht, wenn noch innerhalb der Kündigungsfrist eine positive Gesund-

⁷⁰⁰ BAG 28.6.2000 – 7 AZR 904/98, AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 6; APS/Kiel Rn. 753; HWK/Quecke Rn. 84; Strathmann DB 2003, 2438 (2440); eine Ergebnisgleichheit beider Ansätze annehmend KR/Rachor Rn. 832.

⁷⁰¹ BAG 4.12.1997 – 2 AZR 140/97, AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 4.

⁷⁰² BAG 14.12.1956 – 1 AZR 29/55, AP BGB § 611 Fürsorgepflicht Nr. 3; 20.8.1997 – 2 AZR 620/96, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlungen Nr. 27; Belling RdA 1996, 223 (238); BBAKNSV/Ahrendt Rn. 75 f.; MHdB ArbR/Benecke § 32 Rn. 81; HK-KSchG/Dorndorf Rn. 849; Fischermeier FS 25 Jahre ARGE Arbeitsrecht im DAV, 2006, 275 (286 f.); Preis Prinzipien Rn. 841; KR/Rachor Rn. 835; LSSW/Schlünder Rn. 275; aA Niemann FS Preis, 2021, 927 (934 ff.), unter Berufung darauf, dass ein Wiedereinstellungsanspruch die Rechtskraft eines die Kündigungsschutzklage abweisenden Urteils bzw. die Fiktionswirkung des § 7 Hs. 1 unterlaufe und allenfalls unter den engen Voraussetzungen von § 826 BGB zugelassen werden könne; für einen Rekurs (nur) auf § 826 BGB auch von Bar AcP 179 (1979), 452 (472 ff.).

⁷⁰³ BAG 20.8.1997 – 2 AZR 620/96, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlungen Nr. 27.

⁷⁰⁴ Ähnlich Fischermeier FS 25 Jahre ARGE Arbeitsrecht im DAV, 2006, 275 (286 f.); Nicolai/Noack ZfA 2000, 87 (101 f.); Oetker ZIP 2000, 643 (649); Otto FS Kraft, 1998, 451 (461); HWK/Quecke Rn. 82; KR/Rachor Rn. 835; Ricken NZA 1998, 460 (464).

heitsprognose festgestellt wird.⁷⁰⁵ Für die Begründung des Wiedereinstellungsanspruchs genügt es dagegen nicht, dass der darlegungs- und beweispflichtige Arbeitnehmer Tatsachen vorträgt, welche die negative Gesundheitsprognose lediglich erschüttern.⁷⁰⁶ Bei einer **betriebsbedingten Kündigung** ist für den Fall, dass bei einer begrenzten Anzahl von Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten ein unter sozialen Aspekten vorrangig zu berücksichtigender Arbeitnehmer die Weiterbeschäftigung nach dem Zugang der Kündigung ablehnt, ein Wiedereinstellungsanspruch zugunsten des nachrangigen Arbeitnehmers denkbar.⁷⁰⁷

241 Schließen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nach Ausspruch der Kündigung innerhalb der Kündigungsfrist einen **Vergleich** oder beenden sie das Arbeitsverhältnis einvernehmlich durch **Aufhebungsvertrag**, ist hierdurch nach der Rspr. des BAG ein Wiedereinstellungsanspruch nicht ausgeschlossen. Diese Vereinbarungen seien vielmehr grds. nach den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) der geänderten Lage anzupassen.⁷⁰⁸ Dies überzeugt nicht. Denn mit dem Vergleich bzw. dem Aufhebungsvertrag beseitigen Arbeitgeber und Arbeitnehmer die bestehenden Unsicherheiten über den Bestand des Arbeitsverhältnisses. Zu diesen Unsicherheiten gehören aber typischerweise auch die Gesichtspunkte, die später einen Wiedereinstellungsanspruch begründen können. Der Arbeitgeber zahlt dem Arbeitnehmer eine Abfindung dafür, dass der Arbeitnehmer mit der Beendigung einverstanden ist und somit ein „Schlusstrich“ unter das Arbeitsverhältnis gezogen werden kann.⁷⁰⁹

242 Nach Ablauf eines wirksam **befristeten Arbeitsvertrags** besteht kein Anspruch des Arbeitnehmers auf Wiedereinstellung, sofern nicht tarifvertraglich oder einzelvertraglich etwas anderes vereinbart ist.⁷¹⁰ Zu Recht hat das BAG darauf hingewiesen, dass der in einem befristeten Arbeitsverhältnis beschäftigte Arbeitnehmer gegenüber einem Arbeitnehmer in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis einen geringeren Bestandsschutz erwirbt. Durch die Kündigung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses wird dem Arbeitnehmer ein auf Dauer angelegter Besitzstand entzogen. Dagegen befindet sich der in einem wirksam befristeten Arbeitsverhältnis stehende Arbeitnehmer aufgrund eigener privater Disposition in einem Arbeitsverhältnis von begrenzter Dauer.⁷¹¹

5. Prozessuale Fragen

243 **Prozessual** ist der Wiedereinstellungsantrag auf die **Abgabe einer Willenserklärung**, nämlich auf die Annahme des Angebots des Arbeitnehmers auf Abschluss eines Arbeitsvertrags zu den bisherigen Bedingungen gerichtet.⁷¹² Diese sind im Klageantrag gem. § 253 Abs. 2 Nr. 1 ZPO näher zu bezeichnen. Hierzu kann auf den bisherigen Arbeitsvertrag Bezug genommen werden. Dabei ist nach der neueren Rspr. des BAG eine rückwirkende Verurteilung zum Abschluss eines in der Vergangenheit liegenden Arbeitsvertrags möglich.⁷¹³ Mit der Einführung von § 311a Abs. 1 BGB hat sich die abweichende

⁷⁰⁵ BAG 17.6.1999 – 2 AZR 639/98, AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 37; 27.6.2001 – 7 AZR 662/99, AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 10 mkritAnm Ricken; zust. Aszmons/Beck NZA 2015, 1098 (1102 f.); Oberhofer RdA 2006, 92 (93); näher Lepke NZA-RR 2002, 617; grds. abl. ErfK/Preis BGB § 611a Rn. 352; PVT Kündigung/Temming Rn. 1359 f.; ebenso Meinel/Bauer NZA 1999, 575, mit Differenzierung zwischen Veränderungsprognose und Stabilitätsprognose.

⁷⁰⁶ BAG 17.6.1999 – 2 AZR 639/98, AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 37.

⁷⁰⁷ BAG 27.7.2017 – 2 AZR 476/16, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 213 Rn. 44.

⁷⁰⁸ BAG 27.2.1997 – 2 AZR 160/96, AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 1; 4.12.1997 – 2 AZR 140/97, AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 4; sowie einschränkend auch BAG 28.6.2000 – 7 AZR 904/98, AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 6; zust. Hergenröder Anm. zu BAG 4.12.1997 – 2 AZR 140/97, EzA § 1 KSchG Wiedereinstellungsanspruch Nr. 3; Oetker ZIP 2001, 1787 (1789); LSSW/Schlünder Rn. 105.

⁷⁰⁹ Zutr. Zwanziger BB 1997, 42 (45).

⁷¹⁰ BAG 20.2.2002 – 7 AZR 600/00, AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 11; ebenso HWK/Quecke Rn. 78; KR/Rachor Rn. 825; aA Auktor ZTR 2003, 550.

⁷¹¹ BAG 20.2.2002 – 7 AZR 600/00, AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 11.

⁷¹² Ebenso BAG 27.2.1997 – 2 AZR 160/96, AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 1; 28.6.2000 – 7 AZR 904/98, AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 6 mAnm Otto; ErfK/Preis BGB § 611a Rn. 323; ausf. Ziemann MDR 1999, 716.

⁷¹³ BAG 9.11.2006 – 2 AZR 509/05, AP BGB § 311a Nr. 1.

Sichtweise der früheren Judikatur⁷¹⁴ erledigt. Die Vollstreckung der Annahmeerklärung des Arbeitgebers richtet sich nach § 894 ZPO. Soweit der Arbeitgeber den aus dem rückwirkend abgeschlossenen Arbeitsvertrag resultierenden Pflichten nicht nachkommt, richten sich die Rechtsfolgen nach den allgemeinen Vorschriften. Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen der Wiedereinstellung trifft den Arbeitnehmer.⁷¹⁵

IX. Mitteilung der Kündigungsgründe

1. Grundsatz

Die Mitteilung der Kündigungsgründe ist **nicht Wirksamkeitsvoraussetzung** der Kündigung.⁷¹⁶ Dies ergibt sich mittelbar aus § 626 Abs. 2 S. 3 BGB. Danach ist bei einer außerordentlichen Kündigung dem Gekündigten nur auf dessen Verlangen der Kündigungsgrund mitzuteilen, wobei für eine analoge Anwendung dieser Regelung auf die ordentliche Kündigung kein Raum ist.⁷¹⁷ Wenn damit nicht einmal die schwerer wiegende außerordentliche Kündigung einer Begründung bedarf, muss dies erst recht für die ordentliche Kündigung gelten, obwohl nicht zu verkennen ist, dass es dem Arbeitnehmer hierdurch erschwert wird, die Erfolgsaussichten einer Kündigungsklage einzuschätzen, und im Einzelfall auch Kostenrisiken drohen. Eine allgemeine Begründungspflicht für Kündigungen lässt sich von vornherein nicht aus Nr. 7 lit. b der rechtlich unverbindlichen **europäischen Säule sozialer Rechte** (dazu bereits → Einl. Rn. 65), aber auch nicht aus Art. 18 Abs. 2 RL (EU) 2019/1152 herleiten.⁷¹⁸ Vielmehr setzt die dort vorgesehene Pflicht des Arbeitgebers zur schriftlichen Darlegung der Kündigungsgründe voraus, dass es Indizien für einen Zusammenhang zwischen der Ausübung von Rechten nach der RL (EU) 2019/1152 und der Kündigung gibt.⁷¹⁹ Soweit es um Plattformarbeit geht, schreibt Art. 11 Abs. 1 UAbs. 2 RL (EU) 2024/2831 nunmehr vor, dass der Plattformbetreiber die von einem automatisierten Entscheidungssystem unterstützte Entscheidung über die Beendigung des Vertragsverhältnisses unverzüglich und spätestens am Tag des Wirksamwerdens der Entscheidung schriftlich begründen muss, wobei sich aus der gewählten Formulierung wie auch im Umkehrschluss aus Art. 11 Abs. 3 RL (EU) 2024/2831 freilich ergibt, dass der Verstoß gegen die Begründungspflicht nicht zur Rechtswidrigkeit der Entscheidung selbst führt.⁷²⁰ Ferner lässt sich aus dem Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf gem. Art. 47 GRCh, den der EuGH im Zusammenhang mit der Frage einer Kündigungsbegründung bei befristeten Arbeitsverträgen herangezogen hat,⁷²¹ keine allgemeine Begründungspflicht für Kündigungen ableiten. Dass der EuGH eine Pflicht des Arbeitgebers zur schriftlichen Begründung bejaht hat, beruht auf dem Umstand, dass das berührte mitgliedstaatliche Recht (im konkreten Fall das polnische Recht) bei unbefristeten Arbeitsverträgen eine solche Pflicht vorsieht und die Befris-

⁷¹⁴ BAG 28.6.2000 – 7 AZR 904/98, AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 6 mzustAnm Otto; ebenso Boewer NZA 1999, 1177 (1182).

⁷¹⁵ Ebenso BAG 17.6.1999 – 2 AZR 639/98, AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 37; Boewer NZA 1999, 1177 (1183).

⁷¹⁶ BAG 27.2.1958 – 2 AZR 445/55, AP KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 1; 21.3.1959 – 2 AZR 375/56, AP KSchG § 1 Nr. 55; 18.9.1997 – 2 AZR 36/97, AP BGB § 626 Nr. 138; Ascheid KSchR Rn. 5; DD/Däubler Einl. Rn. 113; HK-KSchG/Dorndorf Rn. 342; KR/Rachor Rn. 251; zur Angabe von Kündigungsgründen aufgrund Tarifvertrags MüKoBGB/Hergenröder Rn. 42.

⁷¹⁷ Vgl. Otto FS Wiese, 1998, 353 (372), der sich aber für ein auf die Fürsorgepflicht (Rücksichtnahmepflicht) des Arbeitgebers gestütztes Recht des Arbeitnehmers auf Angabe des Kündigungsmotivs auf Verlangen ausspricht (aaO S. 372 f.).

⁷¹⁸ Preis/Morgenbrodt ZESAR 2020, 409 (416); andere Tendenz (aber jeweils krit.) Kolbe EuZA 2020, 35 (42 f.); May BB 2022, 2232 (2234); C. Picker ZEuP 2020, 305 (319 ff.); zurückhaltender C. Picker/Rathmann RdA 2022, 61 (72 f.).

⁷¹⁹ Gräf SR 2025, 14 (34).

⁷²⁰ Preis/Morgenbrodt ZESAR 2020, 409 (416).

⁷²¹ EuGH 20.2.2024 – C-715/20, NZA 2024, 459 – X sp. z oo.

tungs-Richtlinie 1999/70/EG eine Schlechterstellung von befristet Beschäftigten verbietet, die nicht sachlich gerechtfertigt werden kann. Eine allein auf Art. 47 GRCh gestützte allgemeine Arbeitgeberpflicht zur Begründung sämtlicher ordentlicher Kündigungen lässt daraus nicht folgern.⁷²² Eine generelle Begründungspflicht ergibt sich auch nicht aus der EMRK.⁷²³

- 245 Eine **Ausnahme** von diesem Grundsatz gilt gem. § 22 Abs. 3 BBiG für die **Kündigung von Berufsausbildungsverhältnissen** und gem. § 17 Abs. 2 S. 2 MuSchG für die ausnahmsweise zulässige **Kündigung von Frauen während des Mutterschutzes**. Danach ist die Begründung der Kündigung ein zwingendes Formerfordernis. Ein Verstoß hiergegen hat gem. § 125 BGB die Nichtigkeit der Kündigung zur Folge.⁷²⁴

2. Vereinbarte Begründungspflicht

- 246 Durch einzelvertragliche oder kollektivrechtliche Vereinbarungen kann der Arbeitgeber verpflichtet werden, die Kündigung zu begründen. Durch Auslegung der getroffenen Vereinbarung ist dabei zu ermitteln, ob es sich hierbei um ein **konstitutives oder deklaratorisches Formerfordernis** handelt. Nur soweit die Begründung tatsächlich Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung sein soll, führt eine Verletzung der Begründungspflicht nach § 125 BGB zur Nichtigkeit der Kündigung. Zur Frage des Umfangs der Begründung ist hier zweckmäßigerweise auf die anerkannten Grundsätze zur Begründung nach § 22 Abs. 3 BBiG zurückzugreifen.⁷²⁵ Die Kündigungsgründe müssen so konkret bezeichnet sein, dass der Gekündigte hinreichend genau erkennen kann, weshalb ihm gekündigt wurde. Eine so eingehende Substantiierung wie im Prozess ist im Allgemeinen nicht erforderlich. Die bloße Bezeichnung der Kündigung im Kündigungsschreiben als „betriebsbedingt“ genügt allerdings ebenso wenig den Anforderungen wie die Bezugnahme auf ein inhaltlich nicht näher umschriebenes Gespräch.⁷²⁶

3. Schadensersatzpflicht des Arbeitgebers

- 247 Verletzt der Arbeitgeber durch die fehlende Angabe der Kündigungsgründe eine ihm gegenüber dem Arbeitnehmer obliegende Pflicht, kann dies zu Schadensersatzansprüchen des Arbeitnehmers führen.⁷²⁷ Voraussetzung hierfür ist aber stets, dass den Arbeitgeber eine **Pflicht zur Mitteilung** der Kündigungsgründe trifft. Gesetzlich geregelt sind derartige Auskunftspflichten in § 626 Abs. 2 S. 3 BGB und § 1 Abs. 3 S. 1 Hs. 2. Daneben kommen aber auch tarifliche und einzelvertragliche Vereinbarungen in Betracht.
- 248 Ist danach eine Schadensersatzpflicht zu bejahen, bedeutet das freilich nicht, dass der Gekündigte so gestellt werden muss, als sei ihm nicht gekündigt worden, sondern lediglich so, als sei ihm der Kündigungsgrund rechtzeitig mitgeteilt worden. Denn der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand iSd § 249 BGB ist nicht die Kündigung, sondern die Nichtangabe des Kündigungsgrundes. Nur das **negative Interesse** ist daher Gegenstand des Schadensersatzanspruchs.⁷²⁸ Zu einem erstattungsfähigen Schaden können insbes. die Kosten eines Kündigungsschutzprozesses zählen, den der Arbeitnehmer bei Kenntnis der maßgebenden Umstände nicht angestrengt hätte.⁷²⁹ Zum erstattungs-

⁷²² Ebenso Klengel/Schlachter AuR 2024, 343 (346).

⁷²³ Vgl. EGMR 10.7.2012 – Nr. 19554/11 – KMC/Ungarn Rn. 34 f.; großzügigere Interpretation durch Lörcher AuR 2020, 303 (307).

⁷²⁴ BAG 22.2.1972 – 2 AZR 205/71, AP BBiG § 15 Nr. 1; 17.6.1998 – 2 AZR 741/97, BeckRS 1998, 13916.

⁷²⁵ So zutr. KR/Rachor Rn. 254.

⁷²⁶ BAG 25.8.1977 – 3 AZR 705/75, AP BMT-G II § 54 Nr. 1; 10.2.1999 – 2 AZR 176/98, AP BMT-G II § 54 Nr. 2; 10.2.1999 – 2 AZR 848/98, AP BMT-G II § 54 Nr. 3; 27.3.2003 – 2 AZR 173/02, AP BMT-G II § 54 Nr. 4; näher Schaub ArbR-HdB/Linck § 123 Rn. 54 f., 57 ff.

⁷²⁷ Ebenso KR/Rachor Rn. 252.

⁷²⁸ Ebenso ErfK/Oetker Rn. 66.

⁷²⁹ BAG 21.3.1959 – 2 AZR 375/56, AP KSchG § 1 Nr. 55 mAnm A. Hueck.

fähigen Schaden gehören dabei allerdings nicht die Rechtsanwaltskosten im ersten Rechtszug, weil diese wegen § 12a ArbGG jede Partei selbst zu tragen hat.⁷³⁰

4. Nachschieben von Kündigungsgründen im Prozess

Aus der im Allgemeinen fehlenden Verpflichtung, eine Kündigung zum Zeitpunkt des Ausspruches zu begründen, folgt weiter, dass der Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess **grds. uningeschränkt Kündigungsgründe nachschieben** kann, die bereits zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung vorlagen, dem Arbeitnehmer aber gleichwohl noch nicht mitgeteilt wurden.⁷³¹ Denn für die Beurteilung der Sozialwidrigkeit der Kündigung kommt es allein auf die objektiven Umstände zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung an (→ Rn. 266).

Eine wichtige **Ausnahme** von diesem Grundsatz gilt für **Betriebe mit Betriebsrat**.⁷³² Wegen der Pflicht, den Betriebsrat vor Ausspruch der Kündigung nach § 102 Abs. 1 BetrVG anzuhören, kann sich der Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess nicht auf Kündigungsgründe berufen, die ihm bei Ausspruch der Kündigung bekannt waren, die er dem Betriebsrat jedoch nicht mitgeteilt hat. Eine in diesem Sinne unvollständige Anhörung verwehrt es dem Arbeitgeber, im Kündigungsschutzprozess Gründe nachzuschieben, die über eine Erläuterung des mitgeteilten Sachverhalts hinausgehen.⁷³³ Dies gilt auch dann, wenn der Betriebsrat der beabsichtigten Kündigung zuvor auf der Grundlage der ihm mitgeteilten Gründe zugestimmt hat.⁷³⁴ Eine Kündigung ist zwar nicht schon deshalb rechtsunwirksam, weil der Arbeitgeber Kündigungsgründe nachschiebt. Teilt der Arbeitgeber dem Betriebsrat objektiv kündigungsrechtlich erhebliche Tatsachen nicht mit, weil er die Kündigung darauf nicht stützen will oder weil er sie bei seinem Kündigungsentschluss für unerheblich oder entbehrlich hält, ist die Anhörung nach § 102 Abs. 1 BetrVG ordnungsgemäß erfolgt.⁷³⁵ Wenn der mitgeteilte Sachverhalt zur sozialen Rechtfertigung der Kündigung nicht ausreicht, hat die in objektiver Hinsicht unvollständige Unterrichtung des Betriebsrats jedoch zur Folge, dass es dem Arbeitgeber verwehrt ist, weitere Gründe nachzuschieben, die nicht Gegenstand der Betriebsratsanhörung waren. Der Arbeitgeber kann sich im Kündigungsschutzprozess lediglich auf die dem Betriebsrat im Anhörungsverfahren mitgeteilten Kündigungsgründe stützen. Eine Ausnahme gilt für den Fall, dass dem Betriebsrat diese Umstände bereits bekannt sind.⁷³⁶

Kündigungsgründe, die bei Ausspruch der Kündigung bereits objektiv vorlagen, **dem Arbeitgeber aber erst später bekannt geworden** sind, können noch in den Kündigungsschutzprozess eingeführt werden. Dabei kommt es in personeller Hinsicht grds. darauf an, ob der Kündigungsberechtigte bzw. ein Gesamtvertreter im Kündigungszeitpunkt noch keine hinreichende Kenntnis hatte. Ist ein Gesamtvertreter selber in die maßgeblichen Handlungen verstrickt, ist auf die Kenntnis der „undolosen“ Vertreter abzustellen.⁷³⁷ Erforderlich ist zudem eine vorherige Unterrichtung des Betriebsrats über die neuen Umstände.⁷³⁸

⁷³⁰ BAG 30.4.1992 – 8 AZR 288/91, AP ArbGG 1979 § 12a Nr. 6.

⁷³¹ Ebenso BAG 11.4.1985 – 2 AZR 239/84, AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 39; 4.6.1997 – 2 AZR 362/96, AP BGB § 626 Nachschieben von Kündigungsgründen Nr. 5; 6.9.2007 – 2 AZR 264/06, AP BGB § 626 Nr. 208; 18.6.2015 – 2 AZR 256/14, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 74 Rn. 46; HaKo-KSchR/Pfeiffer Rn. 192; PVT Kündigung/Preis Rn. 152; KR/Rachor Rn. 256.

⁷³² Vgl. DD/Deinert Einl. Rn. 256; APS/Koch BetrVG § 102 Rn. 166 ff.; Schaub ArbR-HdB/Linck § 124 Rn. 42 ff.; KR/Rinck BetrVG § 102 Rn. 239 ff.; Richardi/Thüsing BetrVG § 102 Rn. 125 ff.

⁷³³ BAG 11.12.2003 – 2 AZR 536/02, AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 65; 15.7.2004 – 2 AZR 376/03, AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 68.

⁷³⁴ BAG 26.9.1991 – 2 AZR 132/91, AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 28.

⁷³⁵ BAG 24.2.2000 – 8 AZR 167/99, AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 47; 11.12.2003 – 2 AZR 536/02, AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 65.

⁷³⁶ BAG 27.2.1997 – 2 AZR 302/96, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 36; 11.12.2003 – 2 AZR 536/02, AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 65.

⁷³⁷ BAG 18.6.2015 – 2 AZR 256/14, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 74 Rn. 48.

⁷³⁸ BAG 11.4.1985 – 2 AZR 239/84, AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 39; 18.6.2015 – 2 AZR 256/14, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 74 Rn. 47.

- 252 Uneingeschränkt zulässig ist nur eine **Konkretisierung** der dem Betriebsrat mitgeteilten Kündigungsgründe durch Erläuterung und Ergänzung des Kündigungssachverhalts.⁷³⁹

X. Mehrere Kündigungsgründe und sog. Mischtatbestände

- 253 Das Gesetz nennt in Abs. 2 S. 1 **drei Gründe**, welche die Kündigung sozial rechtfertigen können. Das bedeutet, dass bei der Prüfung der sozialen Rechtfertigung einer ausgesprochenen Kündigung der Sachverhalt grds. einem der drei Kündigungsgründe zugeordnet werden muss.⁷⁴⁰

1. Mehrere Kündigungssachverhalte

- 254 In manchen Fällen ist es nicht möglich, die vom Arbeitgeber angeführten Kündigungsgründe nur einem der drei Kündigungstatbestände zuzuordnen. So ist denkbar, dass eine Kündigung sowohl wegen hoher krankheitsbedingter Fehlzeiten als auch wegen häufigen Zuspätkommens ausgesprochen wird. Man kann hier von einem **Doppeltatbestand** sprechen, weil die Kündigung auf einen personen- und auf einen verhaltensbedingten Grund gestützt wird, mithin also auf zwei voneinander unabhängige Sachverhalte. In diesem Fall ist zunächst für jeden einzelnen Kündigungssachverhalt getrennt zu prüfen, ob er für sich allein geeignet ist, die Kündigung zu begründen (**Grundsatz der Einzelprüfung**).⁷⁴¹
- 255 Sind die vom Arbeitgeber vorgetragene(n) Kündigungssachverhalte für sich allein nicht geeignet, eine Kündigung sozial zu rechtfertigen, so ist nach Auffassung des BAG „im Wege einer **einheitlichen Betrachtungsweise** zu prüfen, ob die einzelnen Kündigungsgründe in ihrer Gesamtheit Umstände darstellen, die bei verständiger Würdigung in Abwägung der Interessen der Vertragsparteien und des Betriebes die Kündigung als billigenwert und angemessen erscheinen lassen“.⁷⁴² Das ist in dieser Allgemeinheit indes problematisch, weil es für eine derartige Gesamtabwägung bei betriebsbedingten Kündigungen keine Grundlage gibt (→ Rn. 215).
- 256 Richtigerweise ist hier zwischen den Gründen, die in der Sphäre des Arbeitnehmers liegen, und solchen, die in der Sphäre des Arbeitgebers liegen, zu **differenzieren**. Denn die Dreiteilung der Kündigungsgründe in Abs. 2 S. 1 gibt nur die Richtung an, aus der die Störung kommt (→ Rn. 161). Bei den Gründen in der Person oder dem Verhalten kommt die Störung des Arbeitsverhältnisses aus der **Sphäre des Arbeitnehmers**, bei den dringenden betrieblichen Erfordernissen liegt die Ursache für die Veränderung in der **Sphäre des Arbeitgebers**. Zur Feststellung der Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses können nur die aus der jeweiligen Sphäre herrührenden Störungen berücksichtigt werden. Dem Arbeitnehmer können nur Gründe in seiner Person oder seinem Verhalten zugerechnet werden, nicht aber unternehmerische Entscheidungen des Arbeitgebers.⁷⁴³

⁷³⁹ BAG 24.2.2000 – 8 AZR 167/99, AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 47.

⁷⁴⁰ BAG 17.5.1984 – 2 AZR 109/83, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 21 mAnm v. Hoyningen-Huene; 21.11.1985 – 2 AZR 21/85, AP KSchG 1969 § 1 Nr. 12.

⁷⁴¹ BAG 22.7.1982 – 2 AZR 30/81, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 5 mAnm Otto; 10.12.1992 – 2 AZR 271/92, AP GG Art. 140 Nr. 41 unter III 3c aa; 20.11.1997 – 2 AZR 643/96, AP KSchG 1969 § 1 Nr. 43; zur außerordentlichen Kündigung BAG 17.6.1998 – 2 AZR 599/97, BeckRS 2009, 68420; ErfK/Oetker Rn. 95; KR/Rachor Rn. 271; APS/Vossen Rn. 85.

⁷⁴² BAG 22.7.1982 – 2 AZR 30/81, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 5 mAnm Otto; 9.8.1990 – 2 AZR 623/89, BeckRS 1990, 30916765; 20.11.1997 – 2 AZR 643/96, AP KSchG 1969 § 1 Nr. 43; für eine Einzelprüfung dagegen Ascheid KSchR Rn. 224; DD/Deinert Rn. 82; HK-KSchG/Dorndorf Rn. 331; ErfK/Oetker Rn. 95; HaKo-KSchR/Pfeiffer Rn. 182; HWK/Quecke Rn. 69; Rütters/Henssler ZfA 1988, 31 (33); LSSW/Schlünder Rn. 91; PVT Kündigung/Temming Rn. 1004 ff.

⁷⁴³ Vgl. zu dieser Unterscheidung nach Sphären: v. Hoyningen-Huene Anm. zu BAG 17.5.1984 – 2 AZR 109/83, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 21; Meisel ZfA 1985, 213 (215 f.).