

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 363

**Der Beurteilungszeitpunkt der
Kündigung des Arbeitsverhältnisses
und die Berücksichtigung
nachträglicher Umstände**

Von

Stephan Schmidt



Duncker & Humblot · Berlin

STEPHAN SCHMIDT

Der Beurteilungszeitpunkt der Kündigung des
Arbeitsverhältnisses und die Berücksichtigung
nachträglicher Umstände

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Herausgegeben von
Prof. Dr. Matthias Jacobs, Hamburg
Prof. Dr. Rüdiger Krause, Göttingen
Prof. Dr. Sebastian Krebber, Freiburg
Prof. Dr. Thomas Lobinger, Heidelberg
Prof. Dr. Markus Stoffels, Heidelberg
Prof. Dr. Raimund Waltermann, Bonn

Band 363

Der Beurteilungszeitpunkt der Kündigung des Arbeitsverhältnisses und die Berücksichtigung nachträglicher Umstände

Von

Stephan Schmidt



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Ruhr-Universität Bochum hat diese Arbeit
im Jahre 2020 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2021 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-0227
ISBN 978-3-428-18173-5 (Print)
ISBN 978-3-428-58173-2 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2020 von der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung wurden bis Juli 2020 berücksichtigt.

Zu danken habe ich in erster Linie meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Jacob Joussen, für die in fachlicher und menschlicher Hinsicht vorzügliche Betreuung der Promotion. Er hat meinen wissenschaftlichen Werdegang auf außergewöhnliche Weise gefördert und mir während meiner Tätigkeit an seinem Lehrstuhl den Freiraum gewährt, den es benötigt, um eine solche Arbeit in absehbarer Zeit anzufertigen.

Frau Prof. Dr. Katharina Uffmann danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Darüber hinaus gilt mein Dank Herrn Prof. Dr. Wolfram Cremer für die lehrreiche Zeit als Studentische Hilfskraft an seinem Lehrstuhl sowie sein Mitwirken in der Prüfungskommission. Bei den Herausgebern bedanke ich mich für die Aufnahme in diese Schriftenreihe.

Mein Dank gilt zudem meinen Kolleginnen und Kollegen am Lehrstuhl, die mich nicht nur bei der Anfertigung der Arbeit unterstützt, sondern mir auch abseits dessen, beispielsweise bei einem Gang zur Mensa oder beim abendlichen Fußballgucken, eine sehr schöne Zeit bereitet haben. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang PD Dr. Tim Husemann, der durch seine Anregungen vor allem den Beginn der Arbeit maßgeblich gefördert hat. Beim Abschluss der Dissertation haben mir insbesondere Dr. Antje Rech, die die erste Durchsicht, sowie mein Bruder, David Schmidt, der das sorgfältige Korrekturlesen übernommen hat, wertvolle Hilfe geleistet, für die ich überaus dankbar bin.

In diesem Zuge sollen auch meine Freunde und treuen Mitstreiter, Emil Willem Lorenz und Felix Rauls, nicht unerwähnt bleiben. Die Höhen und Tiefen dieser Zeit bekam am stärksten meine Freundin, Julia Wehling, zu spüren. Für ihren nie endenden Zuspruch bin ich zutiefst dankbar. Mein größter Dank gilt zuletzt meinen Eltern, Renate und Peter Schmidt. Sie haben mein juristisches Studium und auch die darauf folgende Promotion bedingungslos und großzügig unterstützt. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Essen, im August 2020

Stephan Schmidt

Inhaltsübersicht

Erstes Kapitel

Einleitung	23
A. Untersuchungsgegenstand	23
I. Beurteilungszeitpunkt der Kündigung	23
II. Entwicklung nach dem Beurteilungszeitpunkt	24
B. Gang der Untersuchung	26

Zweites Kapitel

Beurteilungszeitpunkt der Kündigung des Arbeitsverhältnisses	29
A. Darstellung der Rechtsprechung und Literatur	30
I. Abgabe	30
II. Zugang der Kündigungserklärung	31
III. Ablauf der Kündigungsfrist	38
IV. Letzte mündliche Verhandlung in der Tatsacheninstanz	42
B. Einordnung und Bewertung	50
I. Historischer Hintergrund	51
II. Analyse gesetzlicher Regelungen	59
III. Einordnung des Beurteilungszeitpunktes in die zivilrechtliche Dogmatik der Beendigung von Dauerschuldverhältnissen	63
IV. Prognoseprinzip	101
V. Einfluss des prozessualen Streitgegenstandsbegriffs	115
VI. Aspekte der Rechtssicherheit	126
VII. Historische Bewertung	136
VIII. Vergleich zu anderen (nicht-)arbeitsrechtlichen Fragestellungen	139
IX. Zusammenfassung	170

Drittes Kapitel

Berücksichtigung nachträglicher Umstände	173
A. Erhellung des kündigungsrechtlichen Sachverhalts	174
I. Bestandsaufnahme und Analyse der Rechtsprechung	174
II. Einordnung und Bewertung	187
III. Ausblick	225
IV. Zusammenfassung	236

B. Prognosebestätigung und -widerlegung	237
I. Betriebsbedingte Kündigung	238
II. Krankheitsbedingte Kündigung	262
III. Verhaltensbedingte Kündigung	274
IV. Zusammenfassung	276
C. Berücksichtigung im Rahmen zivilrechtlicher Generalklauseln	277
I. Rechtsmissbrauch wegen Wegfalls des Kündigungsgrundes	277
II. Äußere Grenzen der §§ 138, 242 BGB	282
III. Zusammenfassung	288

Viertes Kapitel

Ergebnisse	289
-------------------	-----

Literaturverzeichnis	293
Personen- und Sachwortverzeichnis	316

Inhaltsverzeichnis

Erstes Kapitel

Einleitung	23
A. Untersuchungsgegenstand	23
I. Beurteilungszeitpunkt der Kündigung	23
II. Entwicklung nach dem Beurteilungszeitpunkt	24
B. Gang der Untersuchung	26

Zweites Kapitel

Beurteilungszeitpunkt der Kündigung des Arbeitsverhältnisses	29
A. Darstellung der Rechtsprechung und Literatur	30
I. Abgabe	30
II. Zugang der Kündigungserklärung	31
1. Wirksamwerden von Willenserklärungen	31
2. Kündigung als Gestaltungsrecht	32
a) Gestaltungswirkung	32
b) Bedingungsfeindlichkeit	32
c) Konsumtiver Charakter	33
d) Einseitiges Rechtsgeschäft	34
3. Rechtssicherheit	34
a) Vorhersehbarkeit gerichtlicher Entscheidungen	34
b) Prozessrisiken	35
c) Faktische Folgen	36
d) Klagefrist	36
4. Punktuelle Streitgegenstandslehre	37
5. Weitere Argumente	37
III. Ablauf der Kündigungsfrist	38
1. Begründung	38
a) Wirksamwerden mit Ablauf der Kündigungsfrist	38
b) Verbindung zwischen Kündigungsgrund und -frist	39
c) Materieller Streitgegenstand	39

d) Praktikabilität und Rechtssicherheit	39
2. Ausgestaltung	40
a) Sachlich	40
b) Personell	41
c) Zeitlich	42
IV. Letzte mündliche Verhandlung in der Tatsacheninstanz	42
1. Begründung	43
a) Gerechtigkeitserwägungen	43
b) Vergleich zum Wiedereinstellungsanspruch	43
c) Bestandsrechtlicher Streitgegenstandsbegriff	44
d) Risiko einer Fehlprognose	44
e) Vergleich zum Verwaltungs- und Baurecht	45
f) Weitere Argumente	46
2. Ausgestaltung	46
a) Sachlich	46
aa) Berücksichtigungsfähiger Sachverhalt	46
bb) Art der Berücksichtigung	48
b) Personell	49
B. Einordnung und Bewertung	50
I. Historischer Hintergrund	51
1. Betriebsrätegesetz	51
a) Zeitpunkt der Kündigung	52
b) Zeitpunkt der Entlassung	55
c) Spätere Zeitpunkte	56
2. Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit	56
a) Zeitpunkt der Kündigung	56
b) Zeitpunkt der Entlassung	57
3. Kontrollratsgesetz Nr. 40	58
4. Zusammenfassung	58
II. Analyse gesetzlicher Regelungen	59
1. § 626 Abs. 1 BGB und § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG	59
2. §§ 130 Abs. 2, 164 Abs. 1 BGB	60
3. § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB	61
4. Zwischenergebnis	63
III. Einordnung des Beurteilungszeitpunktes in die zivilrechtliche Dogmatik der Beendigung von Dauerschuldverhältnissen	63
1. Arbeitsverhältnis als Dauerschuldverhältnis	63
a) Begriff	63
b) Interessenlage	65
c) Schlussfolgerung	67

d) Zwischenergebnis	68
2. Kündigung als Gestaltungsrecht	68
a) Gestaltungs- und Rechtswirkung	71
b) Bedingungsfeindlichkeit	74
aa) Gestaltungsrechte im Allgemeinen	75
bb) Kündigung des Arbeitsverhältnisses	78
cc) Bedeutung für den Beurteilungszeitpunkt	79
dd) Ausnahmen	80
(1) Potestativbedingung	81
(2) Begünstigung	83
(a) Wegfallen von Kündigungsgründen	83
(b) Entstehung von Kündigungsgründen	86
(3) Kenntnis vom Bedingungseintritt	86
ee) Zwischenergebnis	90
c) Bedingte Kündigung de lege ferenda?	91
aa) Problem	91
bb) Harmonisierung von Kündigungsgrund und -frist	92
(1) Zweck der Kündigungsfrist	92
(2) Zweck der Kündigungsgründe des § 1 Abs. 2 KSchG	93
(3) Schlussfolgerung	94
cc) Wertung von § 15 Abs. 4 KSchG	95
dd) Zwischenergebnis	96
d) Konsumtion des Kündigungsrechts	96
aa) Begründung	97
bb) Voraussetzungen	98
cc) Zeitpunkt	99
dd) Bedeutung für den Beurteilungszeitpunkt	100
3. Zwischenergebnis	100
IV. Prognoseprinzip	101
1. Begriffsbestimmung	102
2. Zukunftsbezogenheit der Kündigungsgründe	102
3. Einzelne Kündigungsgründe	104
a) Personenbedingte Kündigung	104
b) Betriebsbedingte Kündigung	105
c) Verhaltensbedingte Kündigung	105
4. Kontrolle rechtlicher Prognosen	106
a) Prognoseentscheidungen im Recht	107
b) Ex ante Kontrolle	108
5. Schlussfolgerung für den Beurteilungszeitpunkt	109

6. Rückschaufehler	110
a) Psychologisches Phänomen	110
b) Rechtswissenschaftliche Diskussion	111
c) Bedeutung für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses	113
d) Schlussfolgerung	114
7. Zwischenergebnis	114
V. Einfluss des prozessualen Streitgegenstandsbegriffs	115
1. Ausgangspunkt	115
a) Punktueller Streitgegenstand	115
b) Bestandsrechtlicher Streitgegenstand	116
c) Erweiterter punktueller Streitgegenstand	117
2. Bedeutung für den Beurteilungszeitpunkt	119
a) Keine Auswirkungen des Antrags	120
b) Kern des Lebenssachverhalts der Kündigungsschutzklage	123
c) Vergleich zu § 79 VwGO	125
3. Zwischenergebnis	125
VI. Aspekte der Rechtssicherheit	126
1. Vorhersehbarkeit gerichtlicher Entscheidungen	126
a) Umstände zwischen Abgabe und Zugang der Kündigungserklärung	127
b) Nachschieben von Kündigungsgründen	128
c) Einschränkungen des Nachschiebens	129
aa) Grundsatz	129
bb) Verpflichtende Angabe von Kündigungsgründen	130
cc) Zustimmungspflichtige Kündigungen	132
d) Zwischenergebnis	133
2. Widerspruchsfreiheit	133
3. Gerechte Verteilung von Risiken	134
4. Zwischenergebnis	136
VII. Historische Bewertung	136
VIII. Vergleich zu anderen (nicht-)arbeitsrechtlichen Fragestellungen	139
1. Befristungsrecht	139
2. Direktionsrecht	140
3. Mietrecht	142
a) Beurteilungszeitpunkt	143
aa) Kündigungen im allgemeinen Mietrecht	144
bb) Außerordentliche Kündigung des Wohnraummietverhältnisses	144
cc) Ordentliche Vermieterkündigung des Wohnraummietverhältnisses	145
(1) Nachschieben von Kündigungsgründen	146
(2) Berücksichtigung späterer Umstände	146
dd) Zusammenfassung	151

- ee) Schlussfolgerung 151
- b) Besonderheiten bei außerordentlicher Kündigung wegen Zahlungsverzugs 152
 - aa) Allgemeines Mietrecht 153
 - bb) Wohnraummietrecht – Schonfristzahlung 153
 - cc) Schlussfolgerung 154
- c) Zwischenergebnis 155
- 4. Verwaltungsrechtliche Argumentation 155
 - a) Vergleichbarkeit zwischen Verwaltungsakt und Kündigung des Arbeitsverhältnisses 155
 - b) Prozessrechtlicher Beurteilungszeitpunkt 156
 - c) Materieellrechtlicher Beurteilungszeitpunkt 157
 - d) Ausnahmen 158
 - aa) Dauerverwaltungsakte 158
 - (1) Wesen der Dauerverwaltungsakte 158
 - (2) Übertragbarkeit auf die Kündigung des Arbeitsverhältnisses 160
 - bb) Noch nicht vollzogene Verwaltungsakte 161
 - cc) Gewerbeuntersagung (§ 35 GewO) 163
 - e) Zwischenergebnis 165
- 5. Vollstreckungsrecht (§ 717 Abs. 2 Satz 1 ZPO) 166
 - a) Berücksichtigung nachträglich entstandener Einwendungen 166
 - b) Bereits vorhandene Risikoverteilung 168
 - c) Konstruktive Unterschiede 169
 - d) Zwischenergebnis 169
- 6. Zwischenergebnis 169
- IX. Zusammenfassung 170

Drittes Kapitel

Berücksichtigung nachträglicher Umstände 173

- A. Erhellung des kündigungrechtlichen Sachverhalts 174
 - I. Bestandsaufnahme und Analyse der Rechtsprechung 174
 - 1. Formel 174
 - 2. Kündigungsart 175
 - 3. Art der Berücksichtigung 175
 - a) An sich wichtiger Grund 175
 - b) Interessenabwägung 177
 - 4. Art des Verhaltens 179
 - a) Äußerungen 179
 - aa) Schlichtes Leugnen 179

bb) Wechselhaftes Einlassen im Prozess	180
cc) Weitergehendes Angriffs- und Verteidigungsvorbringen	182
dd) Entschuldigung	182
b) Sonstiges Verhalten	183
aa) Gleichartiges Verhalten	183
bb) Ungleichartiges Verhalten	184
5. Systematisierung	185
6. Zwischenergebnis	187
II. Einordnung und Bewertung	187
1. Historischer Hintergrund	188
a) Ausgangsentscheidung des Reichsgerichts zum ALR	188
b) Auswirkungen auf die Rechtslage des BGB, HGB und der GewO	190
aa) <i>Ex tunc</i> Berücksichtigung	191
bb) <i>Ex nunc</i> Berücksichtigung	193
cc) Keine Berücksichtigung	194
dd) (Miss-)Geburt der Erhellungsrechtsprechung	195
c) Zwischenergebnis	197
2. Dogmatische Begründung	197
a) Resonanz in der Literatur	198
b) Unselbständigkeit der Berücksichtigung späteren Verhaltens	199
aa) Stringenz der Rechtsprechung	200
bb) Gewinnung nachträglicher Erkenntnisse	202
cc) Hilfsfunktion späteren Verhaltens	204
dd) Zwischenergebnis	205
c) Prognosecharakter	205
d) Argumentation zur Bestimmung des Beurteilungszeitpunktes	207
aa) Dauerschuldverhältnischarakter des Arbeitsverhältnisses	207
bb) Gestaltungsrechtscharakter der Kündigung	208
cc) Rechtssicherheit	208
dd) Prozessuale Einflüsse	209
ee) Zwischenergebnis	211
e) Trennung der Beurteilungszeitpunkte von Kündigungsgrund und Interessenabwägung	211
f) Vergleich zu Ausnahmekonstellationen anderer Rechtsgebiete	212
aa) Kündigung privater Krankenversicherung	213
bb) Mietrecht – „Milderer Licht“	213
(1) Bestandsaufnahme	214
(2) Bewertung	217
cc) Verwaltungsrecht – Gewerbeuntersagung	218
(1) Bestandsaufnahme	218

(2) Bewertung	219
dd) Sozialrecht – Zulassungsentziehung	220
(1) Bestandsaufnahme	220
(2) Bewertung	221
g) Zwischenergebnis	222
3. Mitbestimmung des Betriebsrats	222
a) Grundsätze	222
b) Auswirkungen	224
4. Zwischenergebnis	225
III. Ausblick	225
1. „Ob“ der Berücksichtigung	226
2. „Wie“ der Berücksichtigung	227
a) Prüfungsort	227
b) Art des Verhaltens	228
aa) Gleichartige Pflichtverletzungen	228
bb) Äußerungen	228
(1) Entschuldigung	228
(2) Weitergehendes Angriffs- und Verteidigungsvorbringen	229
(3) Wechselhaftes Einlassen im Prozess	229
(4) Sonstige Umstände	231
c) Qualitativer Einfluss	231
aa) Positives Verhalten	232
bb) Negatives Verhalten	233
3. Zwischenergebnis	236
IV. Zusammenfassung	236
B. Prognosebestätigung und -widerlegung	237
I. Betriebsbedingte Kündigung	238
1. Grundsatz der Darlegungs- und Beweislast	238
2. Einfluss der späteren Entwicklung	239
a) Widerlegung der Prognose	240
aa) Tatsächliche Vermutung	240
(1) Erscheinungsform	240
(2) Rechtsfolgen	242
bb) Bedeutung im Rahmen betriebsbedingter Kündigungen	244
b) Bestätigung der Prognose	246
c) Schlussfolgerung	246
3. Haltbarkeit der tatsächlichen Vermutung	248
a) Vereinbarkeit mit dem Beurteilungszeitpunkt	248
b) Empirische Haltbarkeit	248

c) Kündigung durch den Insolvenzverwalter	249
aa) Gesetzliche Vermutungen	249
bb) Insolvenzzrechtliche Besonderheiten	251
d) Zwischenergebnis	253
4. Berücksichtigung der tatsächlichen Vermutung im Rahmen des Beweismaßes	253
a) Beweismaß im Allgemeinen	254
b) Beweismaß für die negative Prognose	255
aa) Formulierungen aus der Rechtsprechung	255
bb) Einordnung der Literatur	256
cc) Bewertung	257
c) Beweismaßabsenkung durch Prognosebestätigung	259
5. Zwischenergebnis	261
II. Krankheitsbedingte Kündigung	262
1. Verabschiedung von der Bestätigung <i>und</i> Korrektur der negativen Prognose?	262
2. Neue Berücksichtigungsformen	263
3. Bestätigung der Gesundheitsprognose	263
a) Bestandsaufnahme	263
b) Einfluss der späteren Entwicklung	265
aa) Keine materiellrechtliche Bedeutung	266
bb) Bedeutung einer tatsächlichen Vermutung als Anscheinsbeweis	266
cc) Tatsächliche Vermutung als einfacher Erfahrungssatz (Indizwirkung)	269
dd) Beweismaßreduzierung	270
(1) Allgemein	271
(2) Prognosebestätigung	273
4. Zwischenergebnis	274
III. Verhaltensbedingte Kündigung	274
1. Beweismaßreduzierung	274
2. Beweiswürdigung	275
IV. Zusammenfassung	276
C. Berücksichtigung im Rahmen zivilrechtlicher Generalklauseln	277
I. Rechtsmissbrauch wegen Wegfalls des Kündigungsgrundes	277
1. Vorlagen im Mietrecht	278
a) Voraussetzungen	278
b) Rechtsfolgen	278
2. Bedeutung für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses	281
II. Äußere Grenzen der §§ 138, 242 BGB	282
1. Treuwidrigkeit	282
2. Sittenwidrigkeit	283
III. Zusammenfassung	288

Inhaltsverzeichnis	17
--------------------	----

Viertes Kapitel

Ergebnisse	289
-------------------	-----

Literaturverzeichnis	293
-----------------------------------	-----

Personen- und Sachwortverzeichnis	316
--	-----

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
a. F.	alte Fassung
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AG	Amtsgericht
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
AOG	Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbRB	Der Arbeitsrechtsberater
ARS	Arbeitsrechts-Sammlung
Art.	Artikel
ArSt	Arbeitsrecht in Stichworten
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Der Betriebsberater
BBiG	Berufsbildungsgesetz
Bd.	Band
BeckRS	Beck-Online Rechtsprechung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BlStSozArbR	Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht
BMT-G	Bundesmanteltarifvertrag für Arbeiter gemeindlicher Verwaltungen und Betriebe
BR-Drucks.	Drucksachen des Bundesrates
BRG	Betriebsrätegesetz
BSG	Bundessozialgericht
BT-Drs.	Drucksachen des Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb
d. h.	das heißt
DJT	Deutscher Juristentag

DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
EL	Ergänzungslieferung
etc.	et cetera
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
f./ff.	folgende
Fn.	Fußnote(n)
FS	Festschrift
GewArch	Gewerbearchiv
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
Halbs./Hs.	Halbsatz
HGB	Handelsgesetzbuch
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
i. d. R.	in der Regel
i. E.	im Ergebnis
i. e. S.	im engeren Sinne
insb.	insbesondere
i. R.	im Rahmen
i. R. d.	im Rahmen des/der
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JbArbR	Jahrbuch des Arbeitsrechts
JherJB	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
JSE	Jura Studium & Examen
JURA	Juristische Ausbildung
jurisPR-ArbR	Juris Praxis Report Arbeitsrecht
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LAGE	Entscheidungssammlung der Landesarbeitsgerichte
LG	Landgericht
Lit.	Literatur
Ltd	Limited Company
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MuSchG	Mutterschutzgesetz
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
NJOZ	Neue juristische Online-Zeitschrift

NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report
Nr.	Nummer(n)
NSDAP	Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	NVwZ-Rechtsprechungs-Report
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
NZA-RR	NZA-Rechtsprechungs-Report
NZfA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
o. g.	oben genannt(e)
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PiG	Partner im Gespräch
PolG	Polizeigesetz
ProstG	Prostitutionsgesetz
RAG	Reichsarbeitsgericht
RAG Bd.	Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte
RdA	Recht der Arbeit
resp.	respektive
RG	Reichsgericht
RGewO	Reichsgewerbeordnung
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer(n)
Rspr.	Rechtsprechung
RUB-RR	Ruhr-Universität Bochum Rechtsprechungs-Report
RW	Die Rechtswissenschaft
S.	Seite(n)
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
sog.	sogenannt
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
str.	streitig
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
TVöD	Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
u. a.	unter anderem
v.	versus
Var.	Variante
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verfassungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
Voraufl.	Vorauslage

Vorbem.	Vorbemerkung(en)
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
z. B.	zum Beispiel
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRS	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZTR	Zeitschrift für Tarif-, Arbeits- und Sozialrecht des öffentlichen Dienstes
zust.	zustimmend
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Erstes Kapitel

Einleitung

„Welcher Richter wird guten Gewissens behaupten können, bislang bei der Würdigung der Krankheitsprognosen streng ‚ex-ante‘ verfahren und den nachträglichen Krankheitsverlauf während des Prozesses strikt ausgeblendet zu haben.“¹ So pointiert, wie es Denck im Rahmen seiner Anmerkung zu einer aufsehenerregenden Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 10.11.1983² bezogen auf eine ordentliche krankheitsbedingte Kündigung formuliert, ist es auch bei anderen Kündigungsgründen immer wieder problematisch, ob Umstände, die nach der Kündigung eintreten,³ Berücksichtigung bei der Würdigung der Unwirksamkeit bzw. Sozialwidrigkeit einer Kündigung finden dürfen und können. Dabei findet sich diese Problematik auch über die Kündigungsarten der ordentlichen und außerordentlichen Kündigung hinweg.

Diese Arbeit widmet sich den zeitlichen Grenzen der zu berücksichtigenden Umstände bei der Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Im ersten Teil wird dafür der Bestimmung eines im Grundsatz maßgeblichen Zeitpunktes nachgegangen. Der zweite Teil versucht, die vorhandenen Ausnahmen von diesem „Fixpunkt“ in ihrer Bedeutung und Begründung näher zu beleuchten sowie sie einer Systematisierung zugänglich zu machen.

A. Untersuchungsgegenstand

I. Beurteilungszeitpunkt der Kündigung

Die im ersten Teil zu beantwortende Frage der zeitlichen Grenzen des zu berücksichtigenden Kündigungssachverhalts betrifft materiellrechtlich den sog. Beurteilungszeitpunkt einer Kündigung. Dieser ist maßgeblich dafür, zu welchem Zeitpunkt die inhaltliche Rechtfertigung einer Kündigung und damit die daran anknüpfende Wirksamkeit der Kündigung zu überprüfen sind. Bei einer ordentlichen Kündigung betrifft dies bei Anwendbarkeit des KSchG das Vorliegen eines Kündigungsgrundes (§ 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG). Ohne Kündigungsgrund ist die Kün-

¹ Denck, SAE 1984, 209 (210).

² BAG, Urteil vom 10.11.1983 – 2 AZR 291/82, AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 11.

³ Im Folgenden werden diese Umstände auch als „spätere“ oder „nachträgliche Umstände“ bezeichnet.

digung nämlich sozialwidrig und damit unwirksam (§ 1 Abs. 1 KSchG). Für Fälle außerordentlicher Kündigungen besteht für die inhaltliche Rechtfertigung der Kündigung das Erfordernis eines wichtigen Grundes (§ 626 Abs. 1 BGB). Für ordentliche Kündigungen außerhalb des Anwendungsbereichs des KSchG ist zwar *per se* kein Kündigungsgrund und deshalb keine inhaltliche Rechtfertigung notwendig.⁴ Jedoch kann auch dort eine Kündigung aus sachlichen Gründen unwirksam sein, insbesondere dann, wenn sie gegen die Generalklauseln der §§ 138 Abs. 1, 242 BGB verstößt. Es stellt sich demnach auch bei derartigen Kündigungen die Frage, zu welchem Zeitpunkt das Verbot der Sittenwidrigkeit bzw. die Gebote von Treu und Glauben zu überprüfen sind.

Die Bestimmung eines Beurteilungszeitpunktes für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses ist ein rechtsdogmatisch zu lösendes Problem, wofür maßgeblich die Rechtsgeschäftslehre, die Wesensmerkmale des Arbeitsverhältnisses und die prozessuale Abwicklung eines Rechtsstreits über die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses – die Kündigungsschutzklage – entscheidend sind. In der Diskussion um die zeitlichen Grenzen sind bisher die rechtshistorischen Wurzeln des Beurteilungszeitpunktes vor der heutigen, durch das KSchG geprägten, Rechtslage vernachlässigt worden. Weiter ist es auch lohnenswert, ähnliche Konstellationen aus dem Zivilrecht und auch aus anderen Rechtsgebieten heranzuziehen, um die dort vorhandenen Lösungskonzepte in Bezug zu nehmen. Deren Ansätze – z. B. für die Kündigung des (Wohnraum-)Mietverhältnisses oder für den Zeitpunkt der Beurteilung der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes – können zwar nicht unüberlegt auf die Kündigung des Arbeitsverhältnisses übertragen werden. Sie bieten dennoch methodische Ansätze, die mit der Situation bei Kündigung des Arbeitsverhältnisses abzugleichen sind. Die Bezugnahme auf jene anderen Rechtsgebiete erfolgt aber unweigerlich unter einem begrenzten Blickwinkel und erhebt daher keinen Anspruch, alle etwaigen benachbarten Probleme lückenlos darzustellen.

II. Entwicklung nach dem Beurteilungszeitpunkt

In der arbeitsrechtlichen Literatur werden die Tatsachen, die bis zum maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt eintreten, und die sich daran anschließenden Umstände auch rechtlich klar getrennt. So werden bisher die nachträglich eintretenden Umstände zwei Rechtsfiguren zugeordnet: (1) dem Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers und (2) dem beiden Seiten zustehenden Auflösungsantrag nach erfolgreicher Kündigungsschutzklage unter den Voraussetzungen des § 9 KSchG. Im Rahmen des Wiedereinstellungsanspruches wird dem Arbeitnehmer ermöglicht, das Ergebnis der wirksamen Kündigung, also die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, nicht endgültig akzeptieren zu müssen. Rechtsfolge ist je nach Existenz und Ablauf

⁴ LSSW/Löwisch, Vorbem. § 1 KSchG, Rn. 103; Preis, NZA 1997, 1256 (1264 f.); APS/ders., Grundlagen Teil J, Rn. 55; a. A. Oetker, AuR 1997, 41 (52).

einer Kündigungsfrist die Fortsetzung bzw. Wiederbegründung des Arbeitsverhältnisses.⁵ So wird diskutiert und bisher in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bereits für die betriebsbedingte Kündigung und die Verdachtskündigung anerkannt, dass der nach dem Beurteilungszeitpunkt eintretende Wegfall des die Kündigung tragenden Grundes einen Anspruch auf Wiedereinstellung entstehen lässt.⁶ Im umgekehrten Fall einer anfangs unwirksamen Kündigung, die erfolgreich durch Kündigungsschutzklage angegriffen worden ist, können neben den vor und bei dem Ausspruch der Kündigung zu Tage tretenden Verhältnissen vor allem nachträgliche Umstände dazu führen, dass dem Arbeitgeber die Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG erlaubt wird.⁷ Dies bezieht sich vor allem auf das Verhalten des Arbeitnehmers im Kündigungsschutzprozess bzw. währenddessen. Gleiches gilt umgekehrt für den Arbeitnehmer nach § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG, jedoch mit dem Zusatz einer Abfindungszahlung.⁸ Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers und inzwischen auch der Auflösungsantrag nach § 9 KSchG haben monographisch bereits Niederschlag gefunden.⁹ Diese beiden Rechtsfiguren werden im Rahmen dieser Arbeit deshalb nicht zum Anlass genommen, um die nach dem Beurteilungszeitpunkt liegenden Umstände fruchtbar zu machen.

Bisher nicht untersucht worden ist die Relevanz der nach dem Beurteilungszeitpunkt eintretenden Umstände für die (Wirksamkeit der) Kündigung selbst. Dies soll im zweiten Teil der Arbeit nachgeholt werden. In diesem Feld hat sich über die unterschiedlichen Kündigungsgründe hinweg eine bisher nicht systematisierte Judikatur entwickelt, die der späteren Entwicklung auf verschiedenartige Weise eine Bedeutung für die zuvor ausgesprochene Kündigung beimisst. Im Folgenden soll daher eine Untersuchung dessen stattfinden. Im Fokus steht dabei, die bisher ergangene Rechtsprechung zu systematisieren, ihre jeweilige Bedeutung für die

⁵ BAG, Urteil vom 27.2.1997 – 2 AZR 160/96, NZA 1997, 757 (758); LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 22.5.2015 – 12 Sa 5/15, NZA-RR 2016, 13 (Rn. 53); KR/*Rachor*, § 1 KSchG, Rn. 838; APS/*Vossen*, § 1 KSchG, Rn. 74, 370, 741.

⁶ Betriebsbedingte Kündigung: BAG, Urteil vom 27.2.1997 – 2 AZR 160/96, NZA 1997, 757 (758); Urteil vom 9.11.2006 – 2 AZR 509/05, AP BGB § 311a Nr. 1 (Rn. 71 f.); Verdachtskündigung: BAG, Urteil vom 14.12.1956 – 1 AZR 29/55, AP BGB § 611 Fürsorgepflicht Nr. 3 (Ls.); Urteil vom 20.8.1997 – 2 AZR 620/96, NZA 1997, 1340 (1343); noch unentschieden für die krankheitsbedingte Kündigung BAG, Urteil vom 17.6.1999 – 2 AZR 639/98, AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 37 (unter II 3); zu den Schwierigkeiten bei verhaltensbedingter Kündigung *Steinacker*, Wiedereinstellungsanspruch, S. 209 ff.

⁷ BAG, Urteil vom 30.6.1959 – 3 AZR 111/58, juris (Rn. 23 f.); ErfK/*Kiel*, § 9 KSchG, Rn. 15; KR/*Spilger*, § 9 KSchG, Rn. 65.

⁸ BAG, Urteil vom 18.1.1962 – 2 AZR 179/59, NJW 1962, 1637 (1638); MüKo-BGB/*Hergenröder*, § 9 KSchG, Rn. 37 ff.; KR/*Spilger*, § 9 KSchG, Rn. 50.

⁹ Siehe nur die in dieser Arbeit zitierten Werke von *Elz*, Wiedereinstellungsanspruch, passim; *Hambitzer*, Wiedereinstellungsanspruch, passim; *Kontusch*, Wiedereinstellungsanspruch, passim; *Krüll*, Wiedereinstellungsanspruch, passim; *Pflüger*, Wiedereinstellungsanspruch, passim; *Steinacker*, Wiedereinstellungsanspruch, passim; *Tautphäus*, Auflösung des Arbeitsverhältnisses, passim.