

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 350

Die Selbstbindung des Arbeitgebers im Kündigungs- und Befristungsrecht

Von

Maria Kleinert



Duncker & Humblot · Berlin

MARIA KLEINERT

Die Selbstbindung des Arbeitgebers im Kündigungs-
und Befristungsrecht

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 350

Die Selbstbindung des Arbeitgebers im Kündigungs- und Befristungsrecht

Von

Maria Kleinert



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn hat diese Arbeit
im Jahre 2018 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
© 2018 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-0227
ISBN 978-3-428-15504-0 (Print)
ISBN 978-3-428-55504-8 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85504-9 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

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

Vorwort

Die vorliegende Arbeit entstand während meiner dreijährigen Tätigkeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Arbeitsrecht und Recht der Sozialen Sicherheit der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn am Lehrstuhl von Herrn Professor Dr. Stefan Greiner. Die Untersuchung wurde im Herbst 2017 als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung wurden somit bis einschließlich September 2017 berücksichtigt. Die Disputatio erfolgte am 1.2.2018.

Hiermit möchte ich von Herzen allen Personen danken, die mich auf diesem herausfordernden Weg unterstützend begleitet haben. Mein besonderer Dank gilt zunächst meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Stefan Greiner, für seine engagierte Betreuung und für die sehr gute wissenschaftliche Zusammenarbeit am Lehrstuhl. Des Weiteren möchte ich mich herzlich bei Herrn Professor Dr. Thomas Kania für die Übernahme des Zweitgutachtens sowie bei Herrn Professor Dr. Matthias Lehmann für die Übernahme des Vorsitzes der Prüfungskommission bedanken.

Weiterhin möchte ich mich bei meinen Kolleginnen und Kollegen am Lehrstuhl als auch im Institut bedanken, die wesentlich dazu beigetragen haben, dass ich mich gerne an meine Promotionszeit erinnern werde. Die gemeinsamen Mittagessen und Spaziergänge am Rhein waren notwendige und hilfreiche Nachdenkpausen. Insbesondere danke ich unserem Doktorandenseminar für die äußerst wertvollen Diskussionen und Anregungen.

Ein tiefer Dank gebührt meinen Korrekturlesern; insbesondere meinem Institutskollegen und Freund Joachim Wenning, der durch das sorgfältige Korrekturlesen mir in hohem Maße beim Gelingen der Arbeit geholfen hat.

Mein größter Dank gilt meiner Familie (insbesondere meinen Eltern, meinen Schwiegereltern, meiner Schwester, meinem Schwager und vor allem meinem Ehemann), die mir auch in diesem Lebensabschnitt durch ihre Liebe und Unterstützung viel Kraft gegeben hat, an das Gelingen der Arbeit fest zu glauben. Ihr widme ich diese Arbeit.

Bonn, den 14. 5. 2018

Maria Kleinert

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	19
B. Möglichkeiten der Begründung einer Selbstbindung	25
I. Rechtsgeschäftliche Selbstbindung	25
1. Willenserklärungen und Auslegungsgrundsätze	25
a) Allgemein	25
aa) Vertrauensschutz bei der Auslegung	26
bb) Fehlendes Erklärungsbewusstsein	28
b) Allgemeine Geschäftsbedingungen	30
aa) Allgemeine Auslegung	30
bb) Unklarheitenregel	32
cc) Transparenzgebot	33
2. Rücksichtnahmepflichten	35
3. Erklärungen gegenüber einer Vielzahl von Arbeitnehmern	37
a) Gesamtzusage	37
b) Betriebliche Übung	39
c) Zwischenergebnis	43
d) Normative Kollektivregelungen	43
aa) Betriebsvereinbarungen	43
bb) Tarifverträge	44
II. Außerrechtsgeschäftliche Selbstbindung	45
1. Venire contra factum proprium	45
2. Spezialfall Verwirkung	47
a) Zeit- und Umstandsmoment	48
b) Abgrenzung zum Verzicht	48
3. Allgemeiner arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz	52
a) Einordnung als außerrechtsgeschäftliche Selbstbindung	53
b) Abgrenzung zur betrieblichen Übung	56
4. Culpa in contrahendo	56
III. Mögliche Schutzlücken	57
IV. Zusammenfassung	63
C. Selbstbindung des Arbeitgebers im Kündigungsrecht	66
I. Selbstbindung durch das Absehen von einer Kündigung bei Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers	66

1.	Verhalten gegenüber einem einzelnen Arbeitnehmer	66
a)	Derselbe Kündigungssachverhalt	66
aa)	Rechtsgeschäftlich	67
(1)	Grundlagen und Einordnung des Verzichts auf das Kündigungsrecht	67
(2)	Verzicht auf das außerordentliche Kündigungsrecht durch Ausspruch einer ordentlichen Kündigung	68
(3)	Verzicht auf das Kündigungsrecht durch eine Abmahnung	69
(a)	Kritik seitens Raab	70
(b)	Vorbehalt einer Kündigung	72
(c)	Rechtsnatur der Abmahnung	74
(d)	Anfechtung des Verzichts durch den Arbeitgeber ..	75
(e)	Zwischenergebnis	75
(4)	Verzicht auf das Kündigungsrecht durch eine Ermahnung	76
(5)	Verzicht durch eine reine Nichtausübung des Kündigungsrechts	77
bb)	Außerrechtsgeschäftlich	78
(1)	Verzeihung	79
(2)	Verwirkung durch die Nichtausübung des Kündigungsrechts	81
(a)	Außerordentliche Kündigung	81
(b)	Ordentliche Kündigung	82
(aa)	Zeitmoment	82
(bb)	Umstandsmoment	84
(cc)	Fehlende Daseinsberechtigung neben dem Verzicht auf das Kündigungsrecht	84
(α)	Untauglichkeit der Kenntnis als Abgrenzungskriterium	84
(β)	Fehlende Schutzlücken	86
(3)	Sonstiges widersprüchliches Verhalten	87
(a)	Vorherige Widersetzung gegenüber der Arbeitnehmerkündigung	88
(b)	Vorherige Äußerung der Zufriedenheit	89
(c)	„Rücknahme“ der ersten Kündigung und Versetzung	89
(d)	Zwischenergebnis	90
b)	Gleichartige Kündigungssachverhalte in der Zukunft	90
aa)	Rechtsgeschäftlich	90
(1)	Vorausverzicht	90
(a)	Auf das außerordentliche Kündigungsrecht	90
(b)	Auf das ordentliche Kündigungsrecht	91
(2)	Abmahnungspraxis	93

(3) Durch eine Ermahnung	94
bb) Außerrechtsgeschäftlich: Fehlende Schutzlücke	94
c) Ergebnis	95
2. Verhalten gegenüber mehreren Arbeitnehmern	97
a) Ausdrückliche Selbstbindung durch abstrakte Verfahrensrichtlinien	97
aa) Rechtsgeschäftlich	97
(1) Festlegung milderer Mittel oder von Ausnahmen der Ent- behrlichkeit einer Abmahnung	97
(a) Festlegung milderer Mittel	98
(b) Festlegung von Ausnahmen der Entbehrlichkeit einer Abmahnung	99
(c) Einordnung als Gesamtzusage bei außerhalb von Betriebsvereinbarungen erfolgten Festlegungen ...	100
(d) Grundsätzlich kein unwirksamer Vorausverzicht ..	101
(2) Amnestieregelungen	102
bb) Außerrechtsgeschäftlich: Anwendbarkeit des Gleich- behandlungsgrundsatzes	103
b) Absehen von einer Kündigung bei anderen Arbeitnehmern	106
aa) Zeitgleiche Sachverhalte	106
(1) Rechtsgeschäftlich: Verzicht	106
(2) Außerrechtsgeschäftlich: Gleichbehandlungsgrundsatz bei herausgreifenden Kündigungen	107
(a) Schutzlücke	107
(b) Vergleichbare Lage	107
bb) Nicht zeitgleiche Sachverhalte	109
(1) Rechtsgeschäftlich	109
(a) Abgrenzung zur Anspruchsgewährung	110
(b) Verzicht auf das Kündigungsrecht	111
(2) Außerrechtsgeschäftlich: Fehlende Schutzlücke	115
c) Ergebnis	117
II. Selbstbindung durch die Angabe von Gründen in der Kündigungs- erklärung	118
1. Eingrenzung der Fallgruppe und Grundlagen	119
a) Entstehungszeitpunkt der Gründe	119
b) Kenntnis des Arbeitgebers	120
c) Erforderlichkeit einer Betriebsratsanhörung	122
aa) Nachschieben bekannter und dem Betriebsrat nicht mitge- teilter Gründe	122
bb) Nachschieben bekannter und dem Betriebsrat mitgeteilter Gründe	123
d) Nachholen, Ergänzen oder Auswechseln	126
e) Mischtatbestand oder verschiedene Kündigungssachverhalte	127

f)	Materiellrechtliche und verfahrensrechtliche Unzulässigkeit	128
g)	Zwischenergebnis	129
2.	LAG Mecklenburg-Vorpommern 22. 1. 2015 – 5 Sa /89/14	129
3.	Rechtsgeschäftlich	131
a)	Hinsichtlich des Kündigungsrechts	131
aa)	§ 130 Abs. 1 Satz 2 BGB	131
bb)	Nachträgliche Vereinbarung einer Begründungspflicht	132
cc)	Verzicht auf andere bekannte Kündigungsgründe	132
(1)	Vorrangige Prüfung Verzicht	133
(2)	Verlangen eindeutiger Anhaltspunkte	133
b)	Verzicht auf das Nachschieberecht	135
aa)	Verzichtbarkeit	135
bb)	Konkludenter Verzicht auf das Nachschieberecht	137
(1)	Durch die Angabe von Kündigungsgründen in der Kündigungserklärung	137
(2)	Durch eine Nichtausübung des Nachschieberechts	140
cc)	Konsequenzen eines konkludenten Verzichts auf das Nachschieberecht	141
(1)	Keine unbillige Schlechterstellung	141
(2)	Auslegung der Nachschiebeerklärung als neue Kündigungserklärung	142
4.	Außerrechtsgeschäftlich	145
a)	Verwirkung bei einer außerordentlichen Kündigung	145
b)	Verwirkung des ordentlichen Kündigungsrechts	148
c)	Verwirkung des Nachschieberechts bei einer ordentlichen Kündigung	151
aa)	Verwirkbarkeit des Nachschieberechts	151
bb)	Zeitmoment	152
(1)	Orientierung an einer Verjährungsfrist	152
(2)	Orientierung an § 124 BGB	152
(3)	Zwischenergebnis	153
cc)	Umstandsmoment	154
dd)	Fehlende Schutzlücke	155
d)	Auswechseln von Kündigungsgründen	156
aa)	Völlig anderer Charakter	157
(1)	Vorgehensweise des BAG	157
(2)	Vorgehensweise unterer Instanzen	158
(3)	Kritik an der Vorgehensweise der Rechtsprechung	159
bb)	Anderer Charakter auch bei einer Ergänzung	161
cc)	Bekannte und nachträglich bekannt gewordene Gründe	162
dd)	Schutzwürdiges Vertrauen	163

e) Fehlende Schutzlücke	164
5. Vergleich mit der Zulassung des Nachschiebens von Anfechtungsgründen	165
6. Sonderfall: Die selbstbindende Unternehmerentscheidung	166
a) Selbstbindung im Prozess	166
b) Selbstbindung durch die Angabe von außerbetrieblichen Faktoren bereits in der Kündigungserklärung	168
c) Zwischenergebnis	171
7. Exkurs: Einführung einer allgemeinen schriftlichen Begründungsobliegenheit oder einer Pflicht zur Anhörung des Arbeitnehmers ...	171
a) Einführung einer allgemeinen schriftlichen Begründungsobliegenheit	172
aa) Vergleich mit gesetzlichen Sonderregelungen	172
(1) § 22 Abs. 3 BBiG	172
(2) § 17 Abs. 2 Satz 2 MuSchG	173
bb) Zweck des § 623 BGB	174
b) Einführung einer Pflicht zur Anhörung des Arbeitnehmers	177
8. Ergebnis	180
III. Selbstbindung durch positive Zwischenzeugnisse	183
1. Rechtsgeschäftlich: Verzicht auf das Kündigungsrecht	184
2. Außerrechtsgeschäftlich: venire contra factum proprium	186
a) LAG Bremen 22. 11. 1983 – 4 Sa 167/82	186
b) Fehlende Schutzlücke	187
3. Anderweitige Berücksichtigung	189
4. Ergebnis	191
IV. Selbstbindung hinsichtlich einer Weiterbeschäftigung bei betriebsbedingten Kündigungen	191
1. Weiterbeschäftigung in einem ausländischen Betrieb desselben Unternehmens	192
a) BAG 24.9.2015 – 2 AZR 3/14	192
b) Nachträgliche Vereinbarung einer Versetzungsklausel	194
c) Verhalten gegenüber mehreren Arbeitnehmern	194
aa) Rechtsgeschäftlich: betriebliche Übung	195
bb) Außerrechtsgeschäftlich: Gleichbehandlungsgrundsatz	195
2. Weiterbeschäftigung in anderen Konzernunternehmen	196
a) Eingrenzung der Fallgruppe	197
b) Rechtsgeschäftlich	200
aa) Ausdrücklich	200
(1) Bei Vertragsschluss	200
(2) Bei Ausspruch der Kündigung	203
bb) Konkludent	204

(1) Konzernversetzungsklausel	204
(a) Einordnung als konkludente rechtsgeschäftliche Selbstbindung	204
(b) Arbeitgeber mit Durchsetzungsmacht	207
(c) Arbeitgeber ohne Durchsetzungsmacht	209
(d) Zwischenergebnis	211
(2) Abordnungsklausel	211
(3) Anfechtung	214
(4) Stellenanzeigen und Marketing	214
(5) Tatsächliche Beschäftigung in einem anderen Konzern- unternehmen	215
(6) Betriebliche Übung	217
(7) „Fürsorgepflicht“ des Arbeitgebers bei einem Arbeits- verhältnis ohne Konzernbezug	218
(a) Allgemeine „Fürsorgepflicht“ eines Konzernunternehmens	218
(b) Kenntnis der Bereiterklärung eines anderen Konzernunternehmens	219
c) Außerrechtsgeschäftlich	221
aa) Unwirksame Versetzungs- oder Abordnungsklausel	221
bb) Tatsächliche Beschäftigung in einem anderen Konzern- unternehmen	222
cc) Gleichbehandlung	225
dd) Konzerninterne Gründe	226
d) Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats als Rückausnahme ..	229
e) Ablehnung von Gefahren	231
f) Ergebnis	231
D. Selbstbindung des Arbeitgebers im Befristungsrecht	234
I. Selbstbindung durch die Angabe einer Grundlage für die Befristung	234
1. Rechtsgeschäftlich	236
a) Einseitiger Verzicht	236
b) Abbedingung	237
aa) Vom BAG ausnahmsweise bejahte konkludente Abbe- dingung	237
bb) Widersprüchliche ablehnende Rechtsprechung des BAG	240
cc) Kritik an der Forderung weiterer Indizien neben dem ein- deutigen Wortlaut	242
(1) Bedeutung des Wortlauts und der Interessenlage	242
(2) LAG Hamm 11.12.2014 – 15 Sa 1014/14	246
(3) Vergleich mit der Rechtsprechung zu Bezugnahme- klauseln auf tarifvertragliche Zitiergebote	248

(4) Bezugnahme auf eine vorherige Angabe einer Befristungsgrundlage	248
(5) Angabe der Grundlage in einem Vermerk	249
dd) Anfechtung	251
(1) Anfechtungsgrund	251
(2) Fristbeginn	252
(3) Teilanfechtung und Rechtsfolgen der Anfechtung	253
c) AGB-rechtliche Auslegung und Transparenz	254
aa) Allgemeine AGB-rechtliche Auslegung	255
bb) § 305 c Abs. 2 BGB	255
cc) Anfechtung	258
dd) § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB	259
2. Außerrechtsgeschäftlich	260
3. Exkurs: Einführung eines Zitiergebots	261
4. Vergleich mit dem Kündigungsrecht	265
5. Ergebnis	268
II. Selbstbindung hinsichtlich einer Weiterbeschäftigung nach Ende des befristeten Arbeitsverhältnisses	270
1. Rechtsgeschäftlich	271
a) Rechtsprechung des BAG seit 2008	271
b) Art des Rechtsgeschäfts	273
c) Betriebliche Übung	274
2. Außerrechtsgeschäftlich	277
a) Rechtsprechung des BAG vor 2008	277
b) Kritik an der alten Rechtsprechung	277
aa) Keine unzulässige Rechtsausübung	277
bb) Kein Anspruch auf Vertragserfüllung durch ein Verschulden bei Vertragsschluss	278
cc) Fehlende Schutzlücke	280
c) Gleichbehandlungsgrundsatz	282
3. Ergebnis	285
E. Gesamtergebnis	287
Literaturverzeichnis	293
Sachverzeichnis	310

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Auffassung
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
AE	Arbeitsrechtliche Entscheidungen
a. F.	alte Fassung
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingung
AGBG	AGB-Gesetz
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
Allg.	Allgemein
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Entscheidungssammlung)
APS	Ascheid/Preis/Schmidt, Großkommentar zum Kündigungsrecht
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbR	Arbeitsrecht
ArbRAktuell	Arbeitsrecht Aktuell (Zeitschrift)
ArbSchG	Arbeitsschutzgesetz
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht (Zeitschrift)
Aufl.	Auflage
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
ausf.	ausführlich
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BAT	Bundesangestellten-Tarifvertrag
BAT-O	Tarifvertrag zur Anpassung des Tarifrechts
BB	Der Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BBiG	Berufsbildungsgesetz
Bd.	Band
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Begr.	Begründer
BeschFG	Beschäftigungsförderungsgesetz
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch

BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BT-Drs	Drucksachen des Deutschen Bundestages
BTM	Backmeister/Trittin/Mayer, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
cic	culpa in contrahendo
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
ders.	derselbe
DFL	Dornbusch/Fischermeier/Löwisch, Fachanwaltskommentar Arbeitsrecht
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
e. A.	eine Auffassung
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
ErfK	Erfurter Kommentar
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
EzB	Entscheidungssammlung zum Berufsbildungsrecht
EzTöD	Entscheidungssammlung zum Tarifrecht im öffentlichen Dienst
f.	folgende
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FD-ArbR	Fachdienst Arbeitsrecht (Zeitschrift)
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
grds.	grundsätzlich
GS	Gedächtnisschrift
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
HaKo	Handkommentar
HBD	Hümmerich/Boecken/Düwell, Anwaltskommentar Arbeitsrecht
HK-ArbR	Handkommentar Arbeitsrecht
HK-BGB	Handkommentar Bürgerliches Gesetzbuch
HK-KSchG	Heidelberger Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz
h. M.	herrschende Meinung
HRG	Hochschulrahmengesetz

Hrsg.	Herausgeber
HWK	Henssler/Willemsen/Kalb, Kommentar zum Arbeitsrecht
i. d. R.	in der Regel
i. E.	im Ergebnis
insg.	insgesamt
IPRSpr	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiet des Internationalen Privatrechts (Zeitschrift)
i. R. d.	im Rahmen der/des
i. R. v.	im Rahmen von
i. S. v.	im Sinne von
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
JurA	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
jurisPR-ArbR	juris PraxisReport Arbeitsrecht
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
KirchE	Entscheidungen in Kirchensachen seit 1946
KR	Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz
krit.	kritisch
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LAGE	Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte
Lit.	Literatur
LSG	Landessozialgericht
LSW	Löwisch/Spinner/Wertheimer, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz
MAH ArbR	Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
MiLoG	Mindestlohngesetz
MüKo	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MünchArbR	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht
MuSchG	Mutterschutzgesetz
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungsreport
NK-GA	NomosKommentar Gesamtes Arbeitsrecht
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-Beil	NZA-Beilage
NZA-RR	NZA-Rechtsprechungsreport
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
OLG	Oberlandesgericht
PersR	Der Personalrat (Zeitschrift)

PersVG	Personalvertretungsgesetz
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
Red.	Redaktion
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
RzK	Rechtsprechung zum Kündigungsrecht
S.	Seite
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SGB	Sozialgesetzbuch
sog.	sogenannte/r/s
SPV	Stahlhacke/Preis/Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis
TLL	Thüsing/Laux/Lembke, Praxiskommentar zum Kündigungsschutzgesetz
TVG	Tarifvertragsgesetz
TVöD	Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst
TzBfG	Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge
u. a.	unter anderem
UBH	Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht Kommentar
umstr.	umstritten
USK	Urteilssammlung für die gesetzliche Krankenversicherung
v.	von
v. a.	vor allem
VerwR	Verwaltungsrecht
VerwRspr	Verwaltungsrechtsprechung
vgl.	vergleiche
vHH/L	von Hoyningen-Huene/Linck, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz
Vorbem.	Vorbemerkung
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WissZeitVG	Wissenschaftszeitvertragsgesetz
WLP	Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht
WM	Wertpapier-Mitteilungen
ZAAR	Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
ZAF	Zeitschrift für Arbeitsmarktforschung
z. B.	zum Beispiel
ZD	Zeitschrift für Datenschutz
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
Zshg.	Zusammenhang
z. T.	zum Teil
ZTR	Zeitschrift für Tarifrecht
zust.	zustimmend

A. Einleitung

Das Fundament des Zivilrechts und damit auch des Arbeitsrechts stellt die verfassungsrechtlich geschützte Privatautonomie dar. Die Privatautonomie ist das Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den Einzelnen nach seinem Willen.¹ Sie beruht auf dem Prinzip der Selbstbestimmung.² Die eigenverantwortliche und selbstbestimmte Gestaltung der Verhältnisse nimmt im Zivilrecht eine Vorrangstellung ein. Privatautonome Selbstbestimmung beinhaltet auch Vertragsbeendigungsfreiheit.³ Wiederum dazu gehören die grundsätzliche Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers und die Anerkennung befristeter Arbeitsverhältnisse.⁴ Jeder Beendigungstatbestand eines Dauerschuldverhältnisses steht in einem Spannungsverhältnis zwischen dem Prinzip der Vertragstreue einerseits und dem Selbstbestimmungsrecht andererseits.⁵ Zur Gewährleistung einer funktionierenden Privatautonomie ist es erforderlich, dass sich die einzelnen Parteien selbst binden können. Die Selbstbindung stellt gleichzeitig sowohl eine Einschränkung der Privatautonomie als auch eine notwendige Bedingung für ihre Funktionsfähigkeit dar.⁶ Zudem kann die Selbstbindung als Element der

¹ *Flume*, Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, § 1 1, S. 1 m.w.N.; vgl. *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz, S. 6 m.w.N.; BVerfG 7.2.1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242, Rn. 45: „Auf der Grundlage der Privatautonomie, die Strukturelement einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung ist, gestalten die Vertragspartner ihre Rechtsbeziehungen eigenverantwortlich.“ Zur Privatautonomie im Arbeitsrecht siehe z. B. *Martens*, JuS 1987, 337, 341 ff.; *Boemke*, NZA 1993, 532.

² BVerfG 7.2.1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242, Rn. 47.

³ *Boemke*, NZA 1993, 532, 537 f.

⁴ *Boemke*, NZA 1993, 532, 537 f.

⁵ *APS/Preis*, Grundlagen G Rn. 3.

⁶ „Vertragsbindung ohne Vertragsfreiheit ist nicht denkbar.“ (*Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, S. 28 m.w.N.); „Selbstbestimmung ist nicht zu erreichen, ohne Selbstbindung in Kauf zu nehmen.“ (*Möslein*, Dispositives Recht, S. 57 m.w.N.); „Zugleich impliziert die Anerkennung der Freiheit zur Selbstbestimmung als notwendige Kehrseite jedoch auch die Grundsätze der Selbstbindung und Selbstverantwortung. Notwendiges Korrelat der Selbstbestimmungsfreiheit ist zunächst der Grundsatz der Selbstbindung, der – vor allem in Form der Vertragsbindung (*pacta sunt servanda*) – letztlich aus jener selbst folgt, da Selbstbestimmung notwendig voraussetzt, das Gewollte selbst bestimmen, d.h. mit Verbindlichkeit versehen zu können. Die Möglichkeit der Selbstbindung ist also gleichzeitig notwendige Voraussetzung und Folge der Anerkennung der Freiheit zur Selbstbestimmung.“ (*Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, S. 13 f. m.w.N.); „Die Selbstbindung durch rechtsgeschäftliche Geltungserklärung ist daher wesensnotwendiges Element der Selbstbestimmung.“ (*Singer*, Selbstbestimmung und

Privatautonomie gerade nicht nur als freiheitsdienend eingeschätzt werden, sondern vielmehr ist ihr eine soziale Funktion zuzusprechen, indem sie den schützt, der auf das gegebene Wort vertraut.⁷

Angesichts der besonderen Situation eines Arbeitsverhältnisses kommt es zu zahlreichen Einschränkungen der Privatautonomie im Arbeitsrecht.⁸ Insbesondere in den Bereichen, die vor allem den Bestandsschutz tangieren, also im Kündigungs- und Befristungsrecht, gewinnt die Untersuchung der Einschränkung der Privatautonomie bzw. der Vertragsbeendigungsfreiheit des Arbeitgebers durch Selbstbindung Relevanz.⁹ „Bestandsschutz“ bedeutet, dass das Andauern des Rechtsverhältnisses gesichert werden soll.¹⁰ Im Arbeitsrecht dient der Bestandsschutz dem Zweck der Vertragssicherung, weil die Vertragsauflösung den anderen Vertragspartner in seiner sozialen – als besonders schutzwürdig angesehenen – Stellung typischerweise beeinträchtigen würde.¹¹ Bei der Kündigung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses bildet der Schutz eines auf Dauer angelegten Besitzstands den Mittelpunkt; im Befristungsrecht die Überprüfung, ob ein *nicht* auf Dauer angelegter Besitzstand eigentlich auf Dauer angelegt sein müsste.¹² Selbst wenn es sich um einen befristeten Arbeitsvertrag handelt, der Arbeitnehmer also einen geringeren arbeitsvertraglichen Bestandsschutz im Vergleich zu einem unbefristeten Arbeitsvertrag erwirbt,¹³ liegt dennoch ein Dauerschuldverhältnis mit einer Schutzwürdigkeit des Arbeitnehmers vor. Im Rahmen eines solchen auf längere Zeit angelegten Vertragsverhältnisses, geprägt durch wechselseitige Abhängigkeit, gegenseitiges Vertrauen und durch die sich gegenüberstehenden Interessen an Stabilität und Flexibilität,¹⁴ kommt der Selbstbindung eine höhere

Verkehrerschutz, S. 57); „Rechtsgeschäftliche Selbstbestimmung ist ohne Vertrauensschutz nicht möglich (...) Entscheidungsfreiheit findet ihre Bestätigung und Ergänzung in der Selbstbindung.“ (*Brehmer*, JuS 1986, 440, 442); eher als gegensätzliche Prinzipien ansehend *Bydlinski*, Privatautonomie, S. 68: „Übersehen wird bei all dem stets, daß sich das verpflichtende Rechtsgeschäft selbst gar nicht als Mittel, sondern viel eher als Beschränkung der rechtlichen anerkannten Selbstbestimmung verstehen läßt!“, ausf. zur Legitimation privatrechtlicher Selbstbindung: *Ackermann*, Der Schutz des negativen Interesses, S. 64 ff. m. w. N.

⁷ *Hepting*, in: FS Universität Köln, 1988, S. 226 m. w. N.

⁸ *Schliemann/Schliemann*, § 611 BGB Rn. 116.

⁹ Zum Bestandsschutz als Durchbrechung der Kündigungsfreiheit *Oetker*, Dauerschuldverhältnis, S. 280 ff.

¹⁰ *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts, S. 120 m. w. N., wobei er es im Zshg. des Arbeitsverhältnisses treffender findet, von „Besitzstandsschutz“ zu sprechen (S. 121 m. w. N.).

¹¹ *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts, S. 121.

¹² Vgl. *Waas*, ZAF 1/2007, 99, 108.

¹³ BAG 20.2.2002 – 7 AZR 600/00, NZA 2002, 896, Rn. 26.

¹⁴ Zu den besonderen Interessen bei langfristigen Verträgen auch *Oetker*, Dauerschuldverhältnis, S. 25 ff.

Bedeutung zu als bei Verträgen, die auf einen einmaligen Leistungsaustausch gerichtet sind. Das Arbeitsverhältnis bedeutet eine besondere Vertrauensbeziehung zwischen den Parteien.¹⁵

Der Begriff der „Selbstbindung“ wird sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur häufig unpräzise verwendet und die Rechtsgrundlage bleibt oft unklar.¹⁶ Köndgen versteht als „Selbstbindung“ den „Inbegriff allen kommunikativen Handelns, mit dem ein Akteur bei anderen (unterschiedlich stabile) Erwartungen an sein künftiges Verhalten auslöst.“¹⁷ Eine Selbstbindung kann sich rechtsgeschäftlich, d. h. durch Willenserklärungen, oder außerrechtsgeschäftlich, d. h. ohne Willenserklärungen, vollziehen.¹⁸ Selbstbindung steht demnach nicht nur in Verbindung mit dem Grundsatz *pacta sunt servanda*.¹⁹ Der Vertragsschluss ist das Hauptbeispiel für einen „Akt der Selbstbestimmung durch Selbstbindung“.²⁰ Trotz des fehlenden Willens ist es sinnvoll, auch im außerrechtsgeschäftlichen Bereich von einer „Selbstbindung“ zu sprechen.²¹ Es kommt für den Begriff nur darauf an, dass jemand sich durch sein eigenes Verhalten bindet; Wille ist keine Voraussetzung.²² Auch wenn die Bindungswirkungen nicht gleich sind und das Arbeitgeberverhalten alleine nicht immer als Voraussetzung genügt, reicht allein,

¹⁵ Vgl. MüKo/Bachmann, § 241 BGB Rn. 98; Oetker, Dauerschuldverhältnis, S. 27; vgl. auch zu persönlich gestalteten Vertragsbeziehungen als Grundlage eines Vertrauensverhältnisses Eichler, Die Rechtslehre vom Vertrauen, S. 9 ff.

¹⁶ Vgl. die Kritik von Temming bei der Frage einer Weiterbeschäftigungspflicht im Konzern (Der vertragsbeherrschende Dritte, S. 1111, mit Verweis in Fn. 33 auf BAG 23. 11. 2004 – 2 AZR 24/04, NZA 2005, 929, Rn. 35 und BAG 27. 11. 1991 – 2 AZR 255/91, NZA 1992, 644, Rn. 43, 47); dazu unten C.IV.2.a).

¹⁷ Köndgen, Selbstbindung ohne Vertrag, S. 280; siehe auch S. 165: „Jede Selbstbindung ist Konsequenz einer Selbstdarstellung.“

¹⁸ Vgl. die Formulierung von Köndgen: „Selbstbindung ohne Vertrag“ oder „Selbstbindung ohne Willenserklärung“ (Selbstbindung ohne Vertrag, S. 7). Von der „außerrechtsgeschäftlichen Selbstbindung“ spricht auch Ackermann (Der Schutz des negativen Interesses, S. 8 und S. 490) bzw. von „vertraglicher oder außervertraglicher Selbstbindung“ (S. 23). Er legt folgendes Verständnis von Selbstbindung zugrunde: „Mit zivilrechtlicher »Selbstbindung« oder ‚autonomer Bindung‘ ist in dieser Arbeit jedes normativitätsstiftende Verhalten eines Privatrechtssubjekts gemeint, das im Enttäuschungsfall privatrechtlich sanktioniert ist, also nicht notwendig nur normativitätsstiftendes Verhalten, das als Begründung einer rechtsgeschäftlichen Verpflichtung bewertet wird.“ (S. 16, S. 23 Fn. 2 und S. 65).

¹⁹ Dazu u. a. Lorenz, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, S. 28 ff.

²⁰ Larenz, Richtiges Recht, S. 57.

²¹ A. A. Singer, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz, S. 89 f.; Canaris, in: FS Larenz II 1983, S. 93 f. „Denn entweder stellt die Rechtsordnung den Parteien ein Instrument der Selbstbindung zur Verfügung – dann ist die Bindung rechtsgeschäftlicher und gegebenenfalls eben vertraglicher Natur; oder die Rechtsordnung bindet ihrerseits – dann handelt es sich nicht um Selbstbindung, sondern um Bindung kraft Gesetzes.“

²² Vgl. Köndgen, Selbstbindung ohne Vertrag, S. 186.