

Bundesarbeitsgericht
Zweiter Senat

Urteil vom 25. September 2014
- 2 AZR 788/13 -

I. Arbeitsgericht Magdeburg

Urteil vom 29. November 2011
- 9 Ca 1337/11 -

II. Landesarbeitsgericht Sachsen-Anhalt

Urteil vom 26. Juni 2013
- 4 Sa 41/12 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Ordentliche Kündigung - Klageverzicht

Bestimmungen:

BGB § 305 Abs. 1, § 305c Abs. 1, § 307 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 Satz 1,
§ 623

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 788/13

4 Sa 41/12

Landesarbeitsgericht

Sachsen-Anhalt

Im Namen des Volkes!

Verkündet am

25. September 2014

URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 25. September 2014 durch die Richterin am Bundesarbeitsgericht Berger als Vorsitzende, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Rachor, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Niemann sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Niebler und Eulen für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Sachsen-Anhalt vom 26. Juni 2013 - 4 Sa 41/12 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

- Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung. 1
- Die Beklagte erbringt Industriedienstleistungen. Sie beschäftigt regelmäßig mehr als zehn Arbeitnehmer. Der Kläger war bei ihr seit Mitte Juli 2006 als Bauwerker beschäftigt. 2
- Am 30. September 2009 erlitt der Kläger einen Arbeitsunfall. Er wurde am 14. März 2011 als „arbeitsfähig“ aus der Rehabilitation entlassen. Im Einvernehmen mit der Beklagten befand er sich bis zum 30. April 2011 im Erholungsurlaub. In der Zeit vom 11. bis zum 29. April 2011 war er arbeitsunfähig erkrankt. Am 26. April 2011 suchte ein Mitarbeiter der Beklagten den Kläger zu Hause auf und überreichte ihm eine auf den 20. April 2011 datierte schriftliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Parteien zum 31. Mai 2011. 3
- Der Kläger hat gegen die Kündigung rechtzeitig die vorliegende Klage erhoben. Er hat die Auffassung vertreten, die Kündigung sei sozial nicht gerechtfertigt. 4
- Der Kläger hat - soweit für das Revisionsverfahren von Interesse - beantragt 5
1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 20. April 2011 nicht beendet worden ist;
 2. die Beklagte zu verurteilen, ihn zu unveränderten Bedingungen als Bauwerker weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat behauptet, der Kläger habe selbst um die Kündigung gebeten. Er habe im unmittelbaren Anschluss an die Übergabe der Kündigung am 26. April 2011 eine ihm vorgelegte Ausgleichsquittung unterzeichnet, mit welcher er auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage verzichtet habe. Die von der Beklagten vorgelegte Ausgleichsquittung hat unter der Überschrift „**Arbeitspapiere**“ folgenden Wortlaut:

6

„Sehr geehrter Herr

anbei überreichen wir Ihnen die unten aufgeführten Arbeitspapiere mit der Bitte, uns den Empfang durch Ihre Unterschrift und Rückgabe dieses Schreibens zu bestätigen.

Hiermit bestätige ich, folgende Papiere ordnungsgemäß von der Firma F zurückerhalten zu haben:

- X Lohnsteuerkarte + Lohnsteuerbescheinigung**
- Sozialversicherungsabmeldung**
- Lohnzettel**
- ~~Lohnrestzahlung (Scheck)~~**
- Urlaubsnachweis**
- ~~Kurzauswertung Entfernungs-km ...~~**

Ich (Arbeitnehmer) bestätige, dass ich weitergehende Ansprüche aus und in Verbindung mit dem Arbeitsverhältnis und seiner Beendigung nicht mehr gegen die Firma F habe. Eine Kündigungsschutzklage werde ich nicht erheben; eine bereits erhobene Kündigungsschutzklage werde ich unverzüglich zurücknehmen.

Die vorstehende Ausgleichsquittung habe ich sorgfältig gelesen und zur Kenntnis genommen.

Magdeburg 26.04.2011

Unterschrift des ausgeschiedenen Mitarbeiters.“

Im Übrigen sei die Kündigung aus krankheitsbedingten Gründen sozial gerechtfertigt.

7

Der Kläger hat erwidert, er habe am 26. April 2011 weder eine Ausgleichsquittung im Sinne des von der Beklagten vorgelegten Schriftstücks unterzeichnet noch seine Lohnsteuerkarte an diesem Tag erhalten. Diese sei ihm vielmehr schon zwei Wochen vorher per Post zugegangen. 8

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, das Landesarbeitsgericht hat ihr stattgegeben. Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung. 9

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat der Kündigungsschutzklage zu Recht stattgegeben. Der Antrag auf vorläufige Weiterbeschäftigung fällt dem Senat nicht zur Entscheidung an. 10

I. Der Kläger hat nicht wirksam auf die Erhebung der Kündigungsschutzklage verzichtet. Dabei kann zugunsten der Beklagten unterstellt werden, dass der Kläger die Ausgleichsquittung vom 26. April 2011 unterzeichnet hat. Der Klageverzicht ist als überraschende Klausel gemäß § 305c Abs. 1 BGB nicht Bestandteil der vertraglichen Vereinbarungen der Parteien geworden. Er ist überdies nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. Es kann daher dahinstehen, ob ein solcher Verzicht die Unzulässigkeit oder die Unbegründetheit der Kündigungsschutzklage zur Folge hätte (*str. vgl. KR/Friedrich 10. Aufl. § 4 KSchG Rn. 314 mwN; ErfK/Kiel 14. Aufl. § 4 KSchG Rn. 29; HaKo/Gallner 4. Aufl. § 4 KSchG Rn. 89*). 11

1. Bei der in der Ausgleichsquittung vom 26. April 2011 erklärten Zusage, keine Kündigungsschutzklage zu erheben, handelt es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung iSv. § 305 Abs. 1 BGB. 12

- a) Die Erklärung ist in einer mit „Arbeitspapiere“ überschriebenen Ausgleichsquittung enthalten, die ersichtlich für eine mehrfache Verwendung vorformuliert ist. Die Anrede ist unpersönlich, auch im Weiteren ist nur vom „Arbeitnehmer“ bzw. dem „ausgeschiedenen Mitarbeiter“ die Rede. Die als erhalten zu quittierenden Arbeitspapiere sind durch Ankreuzen aus einer Liste ausgewählt, die offenbar auch andere Fälle abdecken soll. 13
- b) Die Zusicherung, keine Kündigungsschutzklage zu erheben, stellt eine Vertragsbedingung iSv. § 305 Abs. 1 BGB dar. Sie ist im Streitfall Gegenstand einer zweiseitigen Vereinbarung. Die Beklagte unterbreitet einem Mitarbeiter, dem sie die Ausgleichsquittung vorlegt, zugleich das Angebot, sich ihr gegenüber zu verpflichten, keine Kündigungsschutzklage zu erheben. Dieses Angebot nimmt der Mitarbeiter mit Unterzeichnung und Rückgabe des Schreibens an. Damit kommt ein prozessrechtlicher Vertrag des Inhalts zu Stande, das Recht, Klage zu erheben, nicht wahrzunehmen (*pactum de non petendo*, vgl. BAG 13. Juni 2007 - 7 AZR 287/06 - Rn. 9; 20. Juni 1985 - 2 AZR 427/84 - zu B I 2 der Gründe). 14
2. Der Klageverzicht ist als überraschende Klausel gemäß § 305c Abs. 1 BGB nicht Bestandteil der vertraglichen Vereinbarungen der Parteien geworden. Er ist überdies nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. 15
- a) Gemäß § 305c Abs. 1 BGB werden Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht Vertragsbestandteil, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht. 16
- b) Bei dem Klageverzicht in der von der Beklagten vorgelegten Ausgleichsquittung handelt es sich um eine überraschende Klausel iSd. § 305c Abs. 1 BGB. Sie ist schon nach dem äußeren Erscheinungsbild des Schreibens so ungewöhnlich, dass der Kläger nicht mit ihr zu rechnen brauchte (vgl. zum Überraschungsmoment infolge des äußeren Zuschnitts einer Klausel oder ihrer Unterbringung an unerwarteter Stelle BAG 6. September 2007 - 2 AZR 722/06 - 17

Rn. 23, BAGE 124, 59; 15. Februar 2007 - 6 AZR 286/06 - Rn. 22, BAGE 121, 257; 31. August 2005 - 5 AZR 545/04 - zu I 5 b bb (1) der Gründe, BAGE 115, 372; 23. Februar 2005 - 4 AZR 139/04 - zu II 4 b cc der Gründe, BAGE 114, 33). Die Überschrift „Arbeitspapiere“ lässt nicht erkennen, dass der Arbeitnehmer mit der Unterzeichnung des Schreibens auf sein Recht verzichten soll, Kündigungsschutzklage zu erheben. Der Passus zum Klageverzicht ist weder in einem eigenen Abschnitt enthalten, noch sonst vom übrigen Text deutlich abgesetzt. Er ist weder durch Schriftart, Schriftgröße oder Fettdruck noch durch Unterstreichung hervorgehoben. Vielmehr sind allein die Überschrift und die Liste der ausgehändigten Arbeitspapiere fettgedruckt. Das verstärkt den Eindruck, der Mitarbeiter solle mit seiner Unterschrift lediglich deren Empfang bestätigen. Auch unmittelbar vor der Unterschriftszeile wird nur der Ausdruck „Ausgleichsquittung“ verwendet und nur deren sorgfältige Kenntnisnahme soll der Arbeitnehmer bestätigen.

c) Der formularmäßige Verzicht auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage ist zudem nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. 18

aa) Die Überprüfung am Maßstab des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB ist nicht gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB ausgeschlossen. 19

(1) Keiner Entscheidung bedarf, ob es sich bei dem Klageverzicht um eine Nebenabrede zum Arbeitsvertrag (*in diesem Sinne BAG 6. September 2007 - 2 AZR 722/06 - Rn. 35, BAGE 124, 59; aA Klumpp in Clemenz/Kreft/Krause AGB-Arbeitsrecht § 307 BGB Rn. 139; Krets in FS Bauer 2010 S. 601, 606 ff.; Müller BB 2011, 1653, 1654; Linck in vHH/L KSchG 15. Aufl. § 4 Rn. 81a; Preis/Rolfs Der Arbeitsvertrag 4. Aufl. II V 50 Rn. 12*) oder um die Haupt- oder Nebenabrede eines eigenständigen Vertrags handelt. Eine Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BGB ist selbst dann nicht ausgeschlossen, wenn der Klageverzicht die Hauptabrede eines eigenständigen Klageverzichts- oder Abwicklungsvertrags darstellt. Auch Hauptabreden sind nicht etwa generell von der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BGB ausgeschlossen. Sie sind ihr gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB nur dann entzogen, wenn sie - wie regelmäßig - keine von Rechtsvorschriften abweichenden oder 20

diese ergänzenden Regelungen enthalten (*ebenso Rolfs in FS Reuter 2010 S. 825, 833; vgl. zu § 8 AGBG auch BGH 19. Februar 1998 - III ZR 106/97 - zu II 3 der Gründe, BGHZ 138, 100*).

(2) Eine solche Abweichung ist mit einem Klageverzicht innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung jedoch verbunden (*aA Klumpp in Clemenz/Kreft/Krause AGB-Arbeitsrecht § 307 BGB Rn. 139; Müller BB 2011, 1653, 1654; Rolfs in FS Reuter 2010 S. 825, 835*). Durch ihn wird von der gesetzlichen Regelung in § 4 Satz 1 iVm. § 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG abgewichen, wonach dem Arbeitnehmer drei Wochen für die Überlegung zur Verfügung stehen, ob er Kündigungsschutzklage erheben will (*BAG 6. September 2007 - 2 AZR 722/06 - Rn. 30 - 32, BAGE 124, 59; Worzalla SAE 2009, 31, 33*). Die Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG soll zwar vornehmlich den Arbeitgeber schützen. Er soll nach einer angemessenen Zeit, die vom Gesetzgeber auf drei Wochen zuzüglich der zur Zustellung der Klageschrift erforderlichen Zeit bemessen wird, davor geschützt sein, sich mit dem Begehren nach Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auseinandersetzen zu müssen. Nach dem gesetzlich vorgesehenen Interessenausgleich soll aber umgekehrt dem Arbeitnehmer die dreiwöchige Klagefrist voll zur Verfügung stehen. Das Gesetz mutet es dem Arbeitgeber jedenfalls bis zum Ablauf dieser Zeitspanne zu, die Wirksamkeit der Kündigung zu verteidigen und alle etwa geltend gemachten Unwirksamkeitsgründe entweder entkräften oder gegen sich gelten lassen zu müssen (*BAG 23. Februar 2010 - 2 AZR 659/08 - Rn. 21, BAGE 133, 249*).

bb) Der formularmäßige Verzicht auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage ohne Gegenleistung stellt eine unangemessene Benachteiligung iSv. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB dar.

(1) Nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine formularmäßige Vertragsbestimmung ist unangemessen, wenn der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen.

tigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zu gewähren (BAG 6. September 2007 - 2 AZR 722/06 - Rn. 33, BAGE 124, 59). Die typischen Interessen der Vertragspartner sind unter besonderer Berücksichtigung grundrechtlich geschützter Rechtspositionen wechselseitig zu bewerten (BAG 6. September 2007 - 2 AZR 722/06 - aaO). Die Unangemessenheit beurteilt sich nach einem generellen und typisierenden, vom Einzelfall losgelösten Maßstab unter Berücksichtigung von Gegenstand, Zweck und Eigenart des jeweiligen Geschäfts innerhalb der beteiligten Verkehrskreise (BAG 6. September 2007 - 2 AZR 722/06 - aaO; 10. Januar 2007 - 5 AZR 84/06 - zu I 2 c cc (1) der Gründe; 11. April 2006 - 9 AZR 557/05 - zu A I 2 b bb (2.1) der Gründe, BAGE 118, 22).

(2) Gemessen daran liegt im formularmäßigen, ohne Gegenleistung erklärten Verzicht auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage eine unangemessene Benachteiligung iSv. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Der Arbeitgeber verfolgt damit das Ziel, seine Rechtsposition ohne Rücksicht auf die Interessen des Arbeitnehmers zu verbessern, indem er diesem die Möglichkeit entzieht, die Rechtswirksamkeit der Beendigung seines Arbeitsverhältnisses durch die Arbeitgeberkündigung gerichtlich überprüfen zu lassen (BAG 6. September 2007 - 2 AZR 722/06 - Rn. 37, BAGE 124, 59). Dieser Verzicht wirkt allein zu Lasten des gekündigten Arbeitnehmers. Der Arbeitgeber muss bei einem innerhalb der Drei-Wochen-Frist des § 4 Satz 1 KSchG erklärten Klageverzicht den Ablauf der Klagefrist nicht mehr abwarten, sondern kann bereits zuvor davon ausgehen, dass seine Kündigung das Arbeitsverhältnis rechtswirksam beendet hat bzw. beenden wird. Er kann Dispositionen treffen, ohne die Feststellung einer Unwirksamkeit der Kündigung am Ende eines möglicherweise langjährigen Prozesses fürchten zu müssen (BAG 6. September 2007 - 2 AZR 722/06 - Rn. 38, aaO). Ein formularmäßiger Klageverzicht ohne jede arbeitgeberseitige Kompensation - etwa in Bezug auf den Beendigungszeitpunkt, die Beendigungsart, die Zahlung einer Entlassungsentschädigung oder den Verzicht auf eigene Ersatzansprüche - ist daher idR unzulässig (BAG 6. September 2007 - 2 AZR 722/06 - aaO; vgl. für eine Ausgleichsklausel BAG 21. Juni 2011 - 9 AZR 203/10 - Rn. 47 ff., BAGE 138, 136; für eine Ausschlussfrist BAG

24

31. August 2005 - 5 AZR 545/04 - zu I 5 b dd (2) der Gründe, BAGE 115, 372; ebenso Däubler in Däubler/Bonin/Deinert *AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht* 4. Aufl. Einl. Rn. 168; APS/Dörner/Vossen 4. Aufl. § 1 KSchG Rn. 14; ErfK/Preis 14. Aufl. §§ 305 - 310 BGB Rn. 77; aA Bauer/Günther NJW 2008, 1617, 1620; Worzalla SAE 2009, 31, 33 f.).

cc) Der formularmäßige Verzicht auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage ist danach gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. Der Kläger hat für den Klageverzicht keine Gegenleistung erhalten. Soweit die Beklagte behauptet hat, er habe zuvor selbst um die Kündigung gebeten, läge - unabhängig davon, ob die Gegenleistung mit Blick auf das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB in der getroffenen Vereinbarung zum Ausdruck kommen müsste - in dieser Bitte nicht etwa die Kompensation für den nachfolgenden Klageverzicht. Es ist nicht ersichtlich, dass dem Kläger durch die Kündigung ein Vorteil entstanden wäre. Insbesondere lässt sich aus dem Vorbringen der Beklagten, der Kläger habe um die Kündigung gebeten, nicht entnehmen, er habe selbst den Wunsch gehabt, das Arbeitsverhältnis zu beenden. Eine zulässige Aufklärungsrüge hat die Beklagte nicht erhoben. Sie verweist zwar auf eine schriftliche Aussage ihres Niederlassungsleiters, welche dieser in seiner Vernehmung durch das Arbeitsgericht wiederholt habe. Sie hat aber nicht dargelegt, aufgrund welcher Umstände das Landesarbeitsgericht die Aussage hätte berücksichtigen müssen. Dies ist auch nicht unmittelbar ersichtlich. Die Aussage ist weder als Ergebnis einer Beweisaufnahme noch als Parteivorbringen vom Arbeitsgericht oder Landesarbeitsgericht in Bezug genommen worden. Selbst unterstellt, die Beklagte hätte sich ihren Inhalt konkludent zu Eigen gemacht, lässt sich ihr nicht entnehmen, die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hätte dem Wunsch des Klägers entsprochen. Der Zeuge hat in seiner Vernehmung nur bekundet, dass der Kläger ihn um eine Kündigung gebeten habe. Zum näheren Verlauf des Gesprächs hat er keine Angaben gemacht. Es ist damit auch mit Blick auf diese Aussage nicht ausgeschlossen, dass der Kläger erst dann um eine Kündigung bat, als der Zeuge ihn - wie vom Kläger geltend gemacht - darauf hingewiesen hatte, die Beklagte habe keine Verwendung mehr für ihn, und versucht hatte, ihm eine Eigenkündigung „schmackhaft“ zu

25

machen. Aus der Bitte, eine Kündigung zu erhalten, ließe sich dann nicht folgern, der Kläger habe eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses selbst gewollt. Auch nach den schriftlichen Angaben des Zeugen war nicht ausgeschlossen, dass der Kläger seine Bitte vor diesem Hintergrund äußerte. Selbst wenn er, wie von dem Zeugen schriftlich mitgeteilt, zur Begründung auf seinen Wunsch hingewiesen hätte, möglichst schnell Arbeitslosengeld zu erhalten, hätte er damit nur erläutert, warum er nicht selbst kündigen werde.

3. Der Klageverzicht ist dagegen nicht mangels Schriftform gemäß § 623 BGB unwirksam. Er ist nicht Teil eines einheitlichen Rechtsgeschäfts der Parteien zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses. 26

a) Der Senat hat angenommen, Vereinbarungen über einen Klageverzicht im unmittelbaren zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit einer Kündigung seien Auflösungsverträge iSd. § 623 BGB und bedürften daher nach § 126 Abs. 2 Satz 1 BGB der Unterzeichnung durch beide Parteien (*BAG 19. April 2007 - 2 AZR 208/06 - Rn. 20 f. und 25, BAGE 122, 111; kritisch APS/Greiner 4. Aufl. § 623 BGB Rn. 9; Bauer/Günther NJW 2008, 1617, 1618; Krets in FS Bauer 2010 S. 601, 609; Linck in vHH/L 15. Aufl. § 4 Rn. 81a; Müller BB 2011, 1653; Preis/Rolfs Der Arbeitsvertrag 4. Aufl. II V 50 Rn. 35*). Der erforderliche Zusammenhang muss jedoch die Annahme rechtfertigen, Kündigung und Klageverzicht seien gemeinsam nur ein anderes Mittel, um das Arbeitsverhältnis in Wirklichkeit im gegenseitigen Einvernehmen zu lösen (*vgl. BAG 19. April 2007 - 2 AZR 208/06 - Rn. 26, 28, aaO*). Fehlt es daran, wird das Arbeitsverhältnis nicht durch Vertrag aufgelöst, sondern durch Kündigung. In der Entscheidung vom 19. April 2007 hat der Senat einen hinreichenden Zusammenhang darin erblickt, dass die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer vorgeschlagen hatte, erst zu einem nach Ablauf der Kündigungsfrist liegenden Termin zu kündigen, sofern dieser auf eine Kündigungsschutzklage verzichte, und das Kündigungsschreiben entsprechend diesem Angebot ausgefertigt hatte (*vgl. BAG 19. April 2007 - 2 AZR 208/06 - Rn. 14, aaO*). 27

- b) Im Streitfall sind keine Umstände festgestellt, die Kündigung und Klageverzicht als ein einheitliches Rechtsgeschäft zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses erscheinen ließen. Allein die zeitliche Nähe zwischen Klageverzicht und Erhalt der Kündigung vermag den erforderlichen Zusammenhang nicht zu begründen (*im Ergebnis ebenso BAG 6. September 2007 - 2 AZR 722/06 - Rn. 28, BAGE 124, 59*). Auch aus dem von der Beklagten behaupteten Umstand, der Kläger habe um die Kündigung gebeten, ließe sich - wie ausgeführt - nicht entnehmen, dieser habe selbst die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gewollt. 28
- II. Ohne Rechtsfehler hat das Landesarbeitsgericht angenommen, die Kündigung sei sozial ungerechtfertigt und damit rechtsunwirksam iSv. § 1 Abs. 1 KSchG. 29
1. Der Kläger verhält sich nicht treuwidrig, wenn er sich auf die Unwirksamkeit der Kündigung beruft. Zwar käme dies in Betracht, wenn er selbst die Kündigung erbeten hätte, um eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses herbeizuführen. Umstände, die einen solchen Wunsch des Klägers erkennen ließen, sind aber - wie dargelegt - weder festgestellt noch von der Beklagten hinreichend vorgetragen. 30
2. Die Kündigung ist nicht aus Gründen in der Person des Klägers sozial gerechtfertigt. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Beklagte habe eine negative Prognose nicht ausreichend dargetan. Außerdem sei die Kündigung unverhältnismäßig, weil mit dem Kläger die Durchführung einer Wiedereingliederung vereinbart gewesen sei. Diese Erwägungen sind revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Beklagte ist ihnen nicht entgegengetreten. 31
- III. Der Antrag auf Weiterbeschäftigung ist dem Senat nicht zur Entscheidung angefallen. Er ist auf eine Beschäftigung für die Dauer des Rechtsstreits gerichtet. Dieser ist rechtskräftig abgeschlossen. 32

IV. Die Beklagte hat nach § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten ihrer erfolglosen Revision zu tragen. 33

Berger

Niemann

Rachor

Niebler

Jan Eulen