

AnwaltsPraxis

Pauly/Osnabrügge (Hrsg.)



# Handbuch Kündigungsrecht

6. Auflage



Deutscher **Anwalt** Verlag

**Pauly/Osnabrügge**

Handbuch Kündigungsrecht



AnwaltsPraxis

# Handbuch Kündigungsrecht

---

6. Auflage 2024

Herausgegeben von  
Rechtsanwalt  
**Dr. Stephan Pauly**,  
Fachanwalt für Arbeitsrecht, Bonn  
und  
Rechtsanwalt  
**Dr. Stephan Osnabrügge**,  
Fachanwalt für Arbeitsrecht,  
Fachanwalt für Sportrecht, Bonn



Deutscher**Anwalt**Verlag

## Vorwort

20 Jahre Handbuch Kündigungsrecht – dem im Vorwort zur 1. Auflage formulierten Anspruch, in einem ausschließlich auf das Kündigungsschutzrechtliche Mandat bezogenen Gesamtwerk die in diesem Rahmen interessierenden rechtlichen Aspekte umfassend zu behandeln und eine Brücke zu schlagen zwischen der Vollständigkeit der Informationsvermittlung in den vorhandenen Kommentierungen, dem dogmatischen Anspruch und dem praktischen Nutzwert der thematisch spezialisierten Handbücher bleiben wir auch im Jubiläumsjahr mit der jetzt vorliegenden 6. Auflage verpflichtet.

Kann ich kündigen? Ist die Kündigung wirksam? Wie hoch ist meine Abfindung? Habe ich Sonderkündigungsschutz? Welche Form und Frist gelten für Kündigungen und Kündigungsschutzklagen?

Das sind nur einige Beispiele für die Fragen, mit denen der Arbeitsrechtler, ob Fach- oder Allgemeinanwalt, Tag für Tag konfrontiert wird. Der Kündigungsschutzprozess steht auf Platz 1 der arbeitsgerichtlichen Auseinandersetzungen. Sein Streitgegenstand hat für Arbeitnehmer und Arbeitgeber eine sehr hohe wirtschaftliche Bedeutung. Die beteiligten Anwälte brauchen daher fundierte Kenntnisse des Arbeitsrechts und einschlägiges taktisches Gespür für die richtige Herangehensweise an das Kündigungsschutzrechtliche Mandat, um ihre Mandanten erfolgreich zu vertreten.

Wer eine verständliche Erläuterung des materiellen Kündigungsrechts und der damit zusammenhängenden Fragen aus anderen Rechtsgebieten sowie zum Kündigungsschutzprozess sucht, findet seit 20 Jahren in unserem „Handbuch Kündigungsrecht“ immer wieder eine aktuelle, umfassende und praxistaugliche Arbeitshilfe in einem komplexen und dynamischen Teilbereich des Arbeitsrechts.

Genauso wichtig sind neben Vergütungs- und Haftungsfragen auch der Umgang mit Mandanten, Gegnern und Richtern und die richtige Taktik im Kündigungsschutzprozess. Auch hierzu bietet unser „Handbuch Kündigungsrecht“ – nunmehr bereits in der 6. Auflage – wertvolle Tipps und Tricks, um Fehler zu vermeiden.

Unsere Autoren aus der Richter- und Anwaltschaft haben sämtliche Inhalte aktualisiert und erweitert, damit Sie gut informiert sind und Ihre Mandanten schnell, optimal und haftungssicher beraten können.

Wir freuen uns auf eine gute Zusammenarbeit mit unseren neuen Autoren *Dr. Daniel Faulenbach*, *Inga Leopold* und *Michael Pauly*. Wir trauern mit ihren Familien um *Peter Friedhofen* und *Hans Walter Theiss*, beide waren Autoren der ersten Stunde. Wir danken unseren langjährigen Autorinnen und Autoren *Helmut Beckmann*, *Barbara Brenner*, *Dr. Rupert Czinczoll*, *Dr. Helmut Hemmerling*, *Dr. Artur Kühnel*, *Dr. Jürgen Peter* und *Dr. Oliver Vahle*, die uns viele Jahre engagiert unterstützt und „aus der arbeitsrechtlichen Praxis für die arbeitsrechtliche Praxis“ geschrieben haben.

Ihre Anregungen, Hinweise, Lob und Kritik sind uns – per E-Mail an [kundigungsrecht@paulypartner.de](mailto:kundigungsrecht@paulypartner.de) oder [kontakt@anwaltverlag.de](mailto:kontakt@anwaltverlag.de) – wie immer willkommen.

Bonn, im Januar 2024

*Dr. Stephan Pauly*  
*Dr. Stephan Osnabrügge*



# Inhaltsübersicht

Vorwort . . . . .	V
Autorenverzeichnis . . . . .	XI
Musterverzeichnis . . . . .	XIII
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XVII
Literaturverzeichnis . . . . .	XXV
<b>Teil 1 Materielles Kündigungs- und Kündigungsschutzrecht . . . . .</b>	<b>1</b>
§ 1 Kündigung des Arbeitsverhältnisses <i>Dr. Stephan Osnabrügge . . . . .</i>	1
§ 2 Außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses <i>Dr. Stephan Pauly/Michael Pauly . . . . .</i>	27
§ 3 Allgemeiner Kündigungsschutz nach dem KSchG <i>Jan Ruge . . . . .</i>	73
§ 4 Anzeigepflichtige Entlassungen (sog. Massenentlassungen) <i>Dr. Stephan Pauly/Michael Pauly . . . . .</i>	175
§ 5 Abfindungsanspruch bei betriebsbedingten Kündigungen, § 1a KSchG <i>Dr. Stephan Osnabrügge . . . . .</i>	197
§ 6 Kündigungsschutz außerhalb des KSchG <i>Dr. Stephan Osnabrügge . . . . .</i>	213
§ 7 Sonderkündigungsschutz <i>Dr. Klaus Pawlak . . . . .</i>	225
§ 8 Kündigung im Berufsausbildungsverhältnis <i>Susanne A. Becker . . . . .</i>	267
§ 9 Kündigung im Arbeitskampf <i>Anja Stümper . . . . .</i>	277
§ 10 Kündigung bei Betriebsübergang <i>Prof. Dr. Nicolai Besgen . . . . .</i>	287
§ 11 Kündigung und Unternehmensumwandlung <i>Prof. Dr. Nicolai Besgen . . . . .</i>	311
§ 12 Mitbestimmung des Betriebsrats bei Kündigungen <i>Inga Leopold/Dr. Jürgen Peter . . . . .</i>	315
§ 13 Weiterbeschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers <i>Dr. Karl-Peter Pühler . . . . .</i>	377
§ 14 Kündigung des Dienstvertrags von Organmitgliedern (AG-Vorstand und GmbH-Geschäftsführer) <i>Dr. Stephan Pauly/Michael Pauly/Dr. Jürgen Peter . . . . .</i>	393
§ 15 Kündigung und Insolvenz <i>Dr. Simone Wernicke/Barbara Brenner . . . . .</i>	427
§ 16 Nachvertragliches Wettbewerbsverbot <i>Dr. Stephan Osnabrügge . . . . .</i>	469
	VII

<b>Teil 2 Befristung und auflösende Bedingung</b> . . . . .	489
§ 17 Beendigung durch Befristung <i>Jan Ruge</i> . . . . .	489
§ 18 Beendigung durch auflösende Bedingung <i>Jan Ruge</i> . . . . .	541
<b>Teil 3 Abwicklungs- und Aufhebungsvertrag</b> . . . . .	549
§ 19 Abwicklungs- und Aufhebungsvertrag <i>Susanne A. Becker/Dr. Oliver Vahle</i> . . . . .	549
<b>Teil 4 Kündigungsschutzprozess</b> . . . . .	565
§ 20 Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten <i>Dr. Daniel Faulenbach/Peter Friedhofen</i> . . . . .	565
§ 21 Kündigungsschutzprozess im Allgemeinen <i>Dr. Daniel Faulenbach/Peter Friedhofen</i> . . . . .	591
§ 22 Zulassung verspäteter Klagen <i>Dr. Daniel Faulenbach/Peter Friedhofen</i> . . . . .	613
§ 23 Güteverhandlung <i>Dr. Daniel Faulenbach/Peter Friedhofen</i> . . . . .	627
§ 24 Kammertermin <i>Dr. Daniel Faulenbach/Peter Friedhofen</i> . . . . .	633
§ 25 Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch Urteil und Abfindung <i>Dr. Klaus Rinck</i> . . . . .	637
§ 26 Kündigungsschutzprozess gegen Änderungskündigungen <i>Dr. Klaus Rinck</i> . . . . .	655
§ 27 Kündigungsschutzprozess in der 2. Instanz <i>Klaus Rinck/Dr. Rupert Czinczoll</i> . . . . .	683
§ 28 Beendigung des Kündigungsschutzprozesses durch Prozessvergleich <i>Dr. Klaus Rinck</i> . . . . .	719
§ 29 Geltendmachung von (Neben-)Ansprüchen im Kündigungsschutzprozess <i>Dr. Karl-Peter Pühler</i> . . . . .	743
§ 30 Einstweiliger Rechtsschutz <i>Anja Stümper</i> . . . . .	749
<b>Teil 5 Sozialversicherungsrecht</b> . . . . .	769
§ 31 Arbeitslosengeld I <i>Susanne A. Becker/Dr. Artur Kühnel</i> . . . . .	769
§ 32 Sperrzeitatbestände und Ruhen <i>Susanne A. Becker/Dr. Artur Kühnel</i> . . . . .	787
§ 33 Bürgergeld <i>Susanne A. Becker</i> . . . . .	809

<b>Teil 6 Steuerrecht</b> . . . . .	823
§ 34 Steuerrechtliches Umfeld der Beendigung von Arbeitsverhältnissen <i>Inga Leopold/Dr. Stephan Pauly</i> . . . . .	823
<b>Teil 7 Betriebliche Altersversorgung</b> . . . . .	841
§ 35 Kündigung und betriebliche Altersversorgung <i>Dr. Karl-Peter Pühler</i> . . . . .	841
<b>Teil 8 Aspekte der Zwangsvollstreckung</b> . . . . .	855
§ 36 Zwangsvollstreckung im Kontext einer Kündigung <i>Frank-Michael Goebel</i> . . . . .	855
<b>Teil 9 Mandat im Kündigungsschutzprozess</b> . . . . .	901
§ 37 Das Mandat im Kündigungsschutzprozess <i>Christof Kleinmann</i> . . . . .	901
<b>Teil 10 Taktik und Fallstricke im Kündigungsschutzprozess</b> . . . . .	927
§ 38 Taktik und Fallstricke für den Klägervertreter <i>Dr. Klaus Rinck</i> . . . . .	927
§ 39 Taktik und Fallstricke für den Beklagtenvertreter <i>Dr. Klaus Rinck</i> . . . . .	953
<b>Teil 11 Kostenfragen</b> . . . . .	969
§ 40 Gerichtskosten im Kündigungsschutzmandat <i>Dr. Susanne Sadtler</i> . . . . .	969
§ 41 Rechtsanwaltsvergütung im Kündigungsschutzmandat <i>Dr. Susanne Sadtler</i> . . . . .	975
§ 42 Das Kündigungsmandat aus Sicht der Rechtsschutzversicherung <i>Fabian Triesch/Helmut Beckmann</i> . . . . .	1011
§ 43 Anspruchsdurchsetzung gegenüber der Rechtsschutzversicherung <i>Jan Ruge</i> . . . . .	1031
Stichwortverzeichnis . . . . .	1075
Benutzerhinweise für den Download . . . . .	1093



## Autorenverzeichnis

*Susanne A. Becker*

Rechtsanwältin, Fachanwältin für Arbeitsrecht, zertifizierte Mediatorin, Hamburg

*Prof. Dr. Nicolai Besgen*

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Bonn

*Dr. Daniel Faulenbach*

Einigungsstellenvorsitzender, Schlichter und Mediator, Bonn

*Frank-Michael Goebel*

Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht Koblenz

*Christof Kleinmann*

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Frankfurt am Main

*Inga Leopold*

Rechtsanwältin, Fachanwältin für Arbeitsrecht, Bonn

*Dr. Stephan Osnabrügge*

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Fachanwalt für Sportrecht, Bonn

*Michael Pauly*

Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Rechtsvergleichung, FernUniversität in Hagen

*Dr. Stephan Pauly*

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Bonn

*Dr. Klaus Pawlak*

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Hamburg

*Dr. Karl-Peter Pühler*

Rechtsanwalt, Köln

*Dr. Klaus Rinck*

Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht Niedersachsen

*Jan Ruge*

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Hamburg

*Dr. Susanne Sadtler*

Rechtsanwältin, Fachanwältin für Arbeitsrecht, Bonn

*Anja Stümper*

Rechtsanwältin, Fachanwältin für Arbeitsrecht, Bonn

*Fabian Triesch*

Rechtsanwalt, Köln

*Dr. Simone Wernicke*

Rechtsanwältin, Fachanwältin für Arbeitsrecht, Frankfurt



# Musterverzeichnis

<b>§ 2 Außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses</b> .....	27
2.1: Anhörung des Betriebsrats .....	68
2.2: Einholung der Zustimmung des Integrationsamts .....	68
2.3: Antrag auf Zustimmung zur Kündigung einer unter das MuSchG fallenden Arbeitnehmerin .....	69
2.4: Außerordentliche Kündigung mit vorsorglicher ordentlicher Kündigung .....	70
<b>§ 3 Allgemeiner Kündigungsschutz nach dem KSchG</b> .....	73
3.1: Kündigungsschutzklage .....	170
<b>§ 5 Abfindungsanspruch bei betriebsbedingten Kündigungen, § 1a KSchG</b> ....	197
5.1: Kündigung und Angebot nach § 1a KSchG .....	211
<b>§ 7 Sonderkündigungsschutz</b> .....	225
7.1: Antrag auf Zulässigkeitserklärung gem. § 17 Abs. 2 MuSchG .....	233
7.2: Antrag auf Zulässigkeitserklärung gem. § 18 BEEG .....	240
7.3: Aufhebungsvertrag mit einem schwerbehinderten Menschen .....	255
<b>§ 8 Kündigung im Berufsausbildungsverhältnis</b> .....	267
8.1: Aufhebungsvereinbarung .....	270
8.2: Kündigung durch Auszubildenden .....	276
<b>§ 12 Mitbestimmung des Betriebsrats bei Kündigungen</b> .....	315
12.1: Vorsorgliche Anhörung gem. § 102 BetrVG .....	318
12.2: Widerspruch des Betriebsrats nach § 102 Abs. 3 BetrVG .....	355
12.3: Mitteilung nach § 105 BetrVG/Vorsorgliche Anhörung nach § 102 BetrVG .....	371
<b>§ 15 Kündigung und Insolvenz</b> .....	427
15.1: Bestellung eines sog. „schwachen“ vorläufigen Insolvenzverwalters .....	463
15.2: Bestellung eines sog. „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalters .....	465
15.3: Sonderermächtigung des „schwachen“ vorläufigen Verwalters .....	466
15.4: Übertragung der Arbeitgeberfunktion auf den „schwachen“ vorläufigen Insolvenzverwalter .....	466
15.5: Eröffnungsbeschluss .....	467
<b>§ 16 Nachvertragliches Wettbewerbsverbot</b> .....	469
16.1: Wettbewerbsverbotsklausel .....	486
16.2: Fristsetzung zur Unterlassung des Wettbewerbs .....	487
16.3: Rücktritt vom Wettbewerbsverbot .....	488
16.4: Verzichtserklärung gem. § 75a HGB .....	488

<b>§ 17 Beendigung durch Befristung</b> .....	489
17.1: Entfristungsklage .....	537
<b>§ 19 Abwicklungs- und Aufhebungsvertrag</b> .....	549
19.1: Aufhebungsvertrag .....	560
19.2: Abwicklungsvertrag .....	563
<b>§ 27 Kündigungsschutzprozess in der 2. Instanz</b> .....	683
27.1: Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für die Berufungsinstanz .....	715
27.2: Antrag auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist .....	717
27.3: Antrag auf Entbindung des Mandanten von der Pflicht zum persönlichen Erscheinen ...	717
<b>§ 30 Einstweiliger Rechtsschutz</b> .....	749
30.1: Antrag auf Arrest .....	761
30.2: Antrag auf einstweilige Verfügung: Weiterbeschäftigung nach § 102 Abs. 5 BetrVG ...	762
30.3: Antrag auf einstweilige Verfügung: Arbeitsvergütung .....	763
30.4: Antrag auf einstweilige Verfügung: Verstoß gegen ein vertragliches Wettbewerbsverbot	764
30.5: Antrag auf einstweilige Verfügung: Herausgabe eines Dienstwagens .....	766
30.6: Antrag auf einstweilige Verfügung: Herausgabe von Arbeitspapieren, Zeugnis .....	767
<b>§ 32 Sperrzeitatbestände und Ruhen</b> .....	787
32.1: Sperrzeitvereinbarung .....	803
32.2: Widerspruch gegen Sperrzeit .....	804
32.3: Klage gegen Sperrzeit .....	805
<b>§ 37 Das Mandat im Kündigungsschutzprozess</b> .....	901
37.1: Arbeitnehmerfragebogen Kündigungsschutz .....	922
37.2: Arbeitgeberfragebogen Kündigungsschutzstreitigkeiten .....	925
<b>§ 43 Anspruchsdurchsetzung gegenüber der Rechtsschutzversicherung</b> .....	1031
43.1: Vollmacht für die außergerichtliche Interessenwahrnehmung eines/einer Arbeitnehmers/in .....	1033
43.2: Vollmacht für die gerichtliche Vertretung eines/einer Arbeitnehmers/in .....	1034
43.3: Anschreiben an den Arbeitgeber vor Klageerhebung .....	1035
43.4: Deckungsantragsschreiben an die Rechtsschutzversicherung – außergerichtliche Tätigkeit .....	1041
43.5: Schreiben an die Rechtsschutzversicherung bei Verweigerung der außergerichtlichen Deckungszusage .....	1043
43.6: Deckungsantragsschreiben an die Rechtsschutzversicherung – gerichtliche Tätigkeit und Kostenvorschuss .....	1050
43.7: Schreiben an die Rechtsschutzversicherung bei teilweiser Verweigerung der Gebührenerstattung – 20 %iger Toleranzbereich .....	1057

43.8: Schreiben an die Rechtsschutzversicherung bei teilweiser Verweigerung der Gebührenerstattung – Vergleichsangebot .....	1058
43.9: Weiterbeschäftigungsantrag/allgemeiner Feststellungsantrag .....	1059
43.10: Endabrechnung .....	1061
43.11: Gegenstandswertfestsetzungsantrag .....	1066



## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
AA	Auswärtiges Amt
abgedr.	abgedruckt
AbgG	Abgeordnetengesetz
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AE	Arbeitsrechtliche Entscheidungen (Zeitschrift)
AEntG	Arbeitnehmer-Entsendegesetz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
AFG	Arbeitsförderungsgesetz
AG	Amtsgericht/Aktiengesellschaft/Arbeitgeber
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AGS	Anwaltsgebühren Spezial (Zeitschrift)
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb (Zeitschrift)
AktG	Aktiengesetz
ALG	Arbeitslosengeld
allg. M.	allgemeine Meinung
Alt.	Alternative
AltTZG	Altersteilzeitgesetz
AN	Arbeitnehmer
Anm.	Anmerkung
Anh.	Anhang
AnwBl	Anwaltsblatt (Zeitschrift)
AO	Abgabenordnung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Entscheidungssammlung)
ARB	Allgemeine Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbPlSchG	Arbeitsplatzschutzgesetz
ArbRAktuell	Arbeitsrecht Aktuell (Zeitschrift)
ArbRB	Der Arbeits-Rechtsberater (Zeitschrift)
ArbuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
ArbZG	Arbeitszeitgesetz

## Abkürzungsverzeichnis

ARST	Arbeitsrecht in Stichworten (Entscheidungssammlung)
Art.	Artikel
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht (Zeitschrift)
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
ausdr.	ausdrücklich
ausf.	ausführlich
AVR	Richtlinien für Arbeitsverträge in den Einrichtungen des Deutschen Caritasverbandes
Az.	Aktenzeichen
BA	Bundesanstalt für Arbeit
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BA-GA	Geschäftsanweisung der Bundesagentur für Arbeit
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (Entscheidungssammlung)
BAG GS	Großer Senat des Bundesarbeitsgerichts
BAT	Bundesangestelltentarifvertrag
BB	Der Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BBG	Bundesbeamtengesetz
BBiG	Berufsbildungsgesetz
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
Bearb.	Bearbeiter
BEEG	Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz
BERzGG	Bundeserziehungsgeldgesetz
BeschFG	Beschäftigungsförderungsgesetz
Beschl.	Beschluss
BeschSchutzG	Beschäftigtenschutzgesetz
betr.	betreffend
BetrAVG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Entscheidungen des Bundesfinanzhofs (Entscheidungssammlung)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BMF	Bundesministerium der Finanzen
BMG	Bundesmeldegesetz
XVIII	

BMT	Bundesmanteltarifvertrag für Arbeiter gemeindlicher Verwaltungen und Betriebe
BORA	Berufsordnung der Rechtsanwälte
BPersVG	Bundespersonalvertretungsgesetz
BRAGO	Bundesgebührenverordnung für Rechtsanwälte
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BRTV	Bundesrahmentarifvertrag
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts (Entscheidungssammlung)
bspw.	beispielsweise
BStBl	Bundessteuerblatt
BT-Drucks	Bundestagsdrucksache
Buchst.	Buchstabe
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CDA	Christlich-Demokratische Arbeitnehmerschaft
DAV	Deutscher Anwaltsverein
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
ders.	derselbe
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
DGVZ	Deutsche Gerichtsvollzieher Zeitung (Zeitschrift)
d.h.	das heißt
diff.	differenzierend
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
EAO	Erreichbarkeits-Anordnung
EBRG	Europäisches Betriebsrätegesetz
EFG	Entscheidungen der Finanzgerichte (Zeitschrift)
EFZG	Entgeltfortzahlungsgesetz
EG	Europäische Gemeinschaften
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGVVG	Einführungsgesetz zum Versicherungsvertragsgesetz
EignübungsG	Eignungsübungsgesetz
EStG	Einkommenssteuergesetz

## Abkürzungsverzeichnis

ESUG	Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen
etc.	et cetera
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EU-GRCharta	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
EuGVVO	Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EUInsVO	Europäische Insolvenzverordnung
EUR	Euro
EuroAS	Infodienst Europäisches Arbeits- und Sozialrecht
e.V.	eingetragener Verein
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
Eza-SD	Entscheidungen zum Arbeitsrecht – Schnelldienst
f./ff.	folgende/fortfolgende
FA	Fachanwalt Arbeitsrecht (Zeitschrift)
Fa.	Firma
FamGKG	Gesetz über Gerichtskosten in Familiensachen
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Zeitschrift)
FG	Finanzgericht
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit
FPfZG	Familienpflegezeitgesetz
FS	Festschrift
GA	Geschäftsanweisung
GA Alg	Geschäftsanweisung zum Arbeitslosengeld
GdB	Grad der Behinderung
gem.	gemäß
GemO Rh-Pf	Gemeindeordnung Rheinland-Pfalz
GenG	Genossenschaftsgesetz
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GKG	Gerichtskostengesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
GmS-OGB	Gemeinsamer Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes

GNotKostG/GNotKG	Gerichts- und Notarkostengesetz
grds.	grundsätzlich
GVBl	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HAG	Heimarbeitsgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
HmbPersVG	Hamburgisches Personalvertretungsgesetz
HRA	Handelsregister Abteilung A
HRB	Handelsregister Abteilung B
HRG	Hochschulrahmengesetz
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i.A.	im Auftrag
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.E.	im Ergebnis
i.e.S.	im engeren Sinne
i.H.v.	in Höhe von
InsO	Insolvenzordnung
i.S.v.	im Sinne von/vom
i.V.	in Vertretung
i.V.m.	in Verbindung mit
JurBüro	Das Juristische Büro (Zeitschrift)
Kap.	Kapitel
KauG	Konkursausfallgeld
Kfz	Kraftfahrzeug
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
km	Kilometer
KostO	Kostenordnung
KostRMoG	Kostenrechtsmodernisierungsgesetz
KrW/AbfG	Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz
KSchG	Kündigungsschutzgesetz

## Abkürzungsverzeichnis

LAG	Landesarbeitsgericht
LAGE	Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte (Entscheidungssammlung)
LG	Landgericht
Lit.	Literatur
LPVG	Landespersonalvertretungsgesetz
LSG	Landessozialgericht
m. Anm.	mit Anmerkungen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
MERL	Massenentlassungsrichtlinie
MitBestG	Mitbestimmungsgesetz
MTArb	Manteltarifvertrag für Arbeiterinnen und Arbeiter des Bundes und der Länder
MuSchG	Mutterschutzgesetz
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NachwG	Nachweisgesetz
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
n.v.	nicht veröffentlicht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (Zeitschrift)
NZA-RR	NZA-Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht (Zeitschrift)
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (Zeitschrift)
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht (Zeitschrift)
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht (Zeitschrift)
o.ä.	oder ähnlich/e/es
OLG	Oberlandesgericht
OLGR	Oberlandesgericht-Report
OVG	Oberverwaltungsgericht
öAT	Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht (Zeitschrift)
PersVG	Personalvertretungsgesetz
PflegeZG	Pflegezeitgesetz
PKH	Prozesskostenhilfe
Pkw	Personenkraftwagen

Prozessbev.	Prozessbevollmächtigter
PSV	Pensionsversicherungsverein
RA	Rechtsanwalt
RatSchTVAng	Tarifvertrag über den Rationalisierungsschutz für Angestellte
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
Rdn	interner Verweis auf Randnummer
RegNr	Registernummer
RiLi	Richtlinie
rkr./rechtskr.	rechtskräftig
Rn	externer Verweis auf Randnummer
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
RTV	Rahmentarifvertrag
RVG	Rechtsanwaltsvergütungsgesetz
RVG VV	Vergütungsverzeichnis zum Rechtsanwaltsvergütungsgesetz
RV-TzA	Rahmenvereinbarung der europäischen Sozialpartner über Teilzeitarbeit
S.	Satz/Seite/siehe
SAE	Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Zeitschrift)
SGB	Sozialgesetzbuch
SGG	Sozialgerichtsgesetz
sog.	sogenannte/r/s
SprAuG	Sprecherausschussgesetz
StPO	Strafprozessordnung
str.	strittig
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
TVG	Tarifvertragsgesetz
TV-L	Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder
TVöD	Tarifvertrag für den Öffentlichen Dienst
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
u.a.	unter anderem
u.ä.	und ähnlich/e/es
UmwG	Umwandlungsgesetz
Urt.	Urteil

## Abkürzungsverzeichnis

v.	vom
VDR	Verband deutscher Rentenversicherungsträger
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
vgl.	vergleiche
VGH	Verwaltungsgerichtshof
V.I.D.	Verband der Insolvenzverwalter Deutschland e.V.
VO	Verordnung
Vorbem.	Vorbemerkung
Vs.-Nr.	Versicherungsnummer
VU	Versäumnisurteil
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
VwGO-ÄndG	Änderungsgesetz zur Verwaltungsgerichtsordnung
WBA	Weiterbeschäftigungsanspruch
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (Zeitschrift)
WRV	Weimarer Reichsverfassung
z.B.	zum Beispiel
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht (Zeitschrift)
zfs	Zeitschrift für Schadensrecht (Zeitschrift)
Ziff.	Ziffer
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht (Zeitschrift)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
ZPO	Zivilprozessordnung
ZTR	Zeitschrift für Tarifrecht (Zeitschrift)
zzgl.	zuzüglich

## Literaturverzeichnis

- Ahrendt/Bader/Dörner/Mikosch/Schleusener/Schütz/Vossen/Woitaschek*, Gemeinschaftskommentar zum Arbeitsgerichtsgesetz, Loseblatt, 134. Ergänzungslieferung, Stand: Oktober 2022 (zitiert: GK-ArbGG/Bearbeiter)
- Anders/Gehle*, Zivilprozessordnung, Kommentar, 82. Auflage 2024
- Arens/Brand*, Arbeits- und Sozialrecht in der Insolvenz, 4. Auflage 2019
- Ascheid/Preis/Schmidt*, Großkommentar zum Kündigungsrecht, 7. Auflage 2024
- Bader/Bram/Ahrendt/Dörner/Kriebel/Nungeßer/Suckow*, Kündigungs- und Bestandsschutz im Arbeitsverhältnis, Kommentar, Loseblatt, 129. Ergänzungslieferung, Stand: April 2023
- Bauer/Krieger*, Kündigungsrecht – Reformen 2004, 2004
- Bauer/Krieger/Arnold*, Arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge, 10. Auflage 2023
- Bauer/Lingemann/Diller/Haußmann*, Anwalts-Formularbuch Arbeitsrecht, 7. Auflage 2021
- Berkowsky*, Die betriebsbedingte Kündigung, 6. Auflage 2008
- Berkowsky*, Die personen- und verhaltensbedingte Kündigung, 4. Auflage 2005
- Bubach/Gallner/Heinkel u.a.*, Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 13. Auflage 2022 (zitiert: KR/Bearbeiter)
- Büchting/Heussen/Hamm*, Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch, 12. Auflage 2022
- Däubler/Deinert/Zwanziger*, KSchR – Kündigungsschutzrecht, Kommentar für die Praxis, 11. Auflage 2020
- Däubler/Hjört/Schubert/Wolmerath*, NomosKommentar Arbeitsrecht – Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen – Handkommentar, 5. Auflage 2022 (zitiert: HK-ArbR/Bearbeiter)
- Däubler/Klebe/Wedde*, Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung und EBR-Gesetz, 18. Auflage 2022 (zitiert: DKKW/Bearbeiter)
- Dauner-Lieb/Heidel/Ring*, Bürgerliches Gesetzbuch – BGB, 3. Auflage 2022
- Dörner/Luczak/Wildschütz/Baeck/Hoß*, Handbuch des Fachanwalts Arbeitsrecht, 16. Auflage 2022
- Dorndorf/Weller/Hauck/Kriebel/Höland/Neef*, Heidelberger Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 4. Auflage 2001
- Düwell*, Betriebsverfassungsgesetz, Handkommentar, 6. Auflage 2022
- Düwell/Lipke*, ArbGG – Arbeitsgerichtsgesetz, 5. Auflage 2019
- Erman*, BGB Kommentar, 17. Auflage 2023
- Fitting/Schmidt/Trebinge/Linsenmaier/Schelz*, Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, Handkommentar, 31. Auflage 2022
- Gallner/Mestwerdt/Nägele*, Kündigungsschutzrecht, Handkommentar, 7. Auflage 2021 (zitiert: HaKo/Bearbeiter)
- Germelmann/Matthes/Prütting*, Arbeitsgerichtsgesetz, Kommentar, 10. Auflage 2022
- Goebel*, AnwaltFormulare Zwangsvollstreckung, 5. Auflage 2016
- Goebel*, Zwangsvollstreckungsformular-Verordnung, 2023
- Goebel/Walter*, AnwaltFormulare Zivilprozessrecht, 4. Auflage 2019
- Grüneberg*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 32. Auflage 2023

- Grunsky/Waas/Benecke/Greiner*, Arbeitsgerichtsgesetz, Kommentar, 8. Auflage 2014
- Heidel/Pauly*, AnwaltFormulare, 10. Auflage 2019
- Henssler/Willemsen/Kalb*, Arbeitsrecht Kommentar, 10. Auflage 2022 (zitiert: HWK/Bearbeiter)
- Hess/Worzalla/Glock/Nicolai/Rose/Huke*, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 10. Auflage 2017 (zitiert: Hess u.a./Bearbeiter)
- v. Hoyningen-Huene/Linck*, Kündigungsschutzgesetz, Kommentar, 15. Auflage 2013
- Hümmerich*, Aufhebungsvertrag und Abwicklungsvertrag, 2. Auflage 2003
- Hümmerich/Lücke/Mauer*, Arbeitsrecht, 10. Auflage 2022
- Hümmerich/Spirolke/Boecken*, Das arbeitsrechtliche Mandat, 6. Auflage 2011 (zitiert: HSB/Bearbeiter)
- Kiel/Lunk/Oetker*, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 5. Auflage (zitiert: MünchArb/Bearbeiter)
- Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid*, Arbeitsrecht – Handbuch für die Praxis, 10. Auflage 2019
- Krüger/Rauscher*, Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Auflage 2020 (zitiert: MüKo-ZPO/Bearbeiter)
- Küttner*, Personalbuch 2023 – Arbeitsrecht, Lohnsteuerrecht, Sozialversicherungsrecht, 30. Auflage 2023
- Lepke*, Kündigung bei Krankheit, 16. Auflage 2018
- Löwisch/Schlünder/Spinner/Wertheimer*, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 11. Auflage 2018
- Moll*, Münchener Anwalts Handbuch Arbeitsrecht, 5. Auflage 2021 (zitiert: MAH/Bearbeiter)
- Müller-Glöge/Preis/Schmidt*, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Auflage 2023 (zitiert: ErFK/Bearbeiter)
- Münchener Kommentar zum BGB, 9. Auflage 2021 (zitiert: MüKo-BGB/Bearbeiter)
- Musielak/Voit*, Zivilprozessordnung: ZPO Kommentar, 20. Auflage 2023
- Nicolai*, Das neue Kündigungsrecht, 2004
- Ostrowicz/Künzl/Scholz*, Handbuch des arbeitsgerichtlichen Verfahrens, 6. Auflage 2020
- Pauly/Osnabrügge*, Das neue Arbeits- und Sozialrecht, 2003
- Pauly/Osnabrügge/Huth*, Teilzeitarbeit und geringfügige Beschäftigung, 2019
- Preis*, Der Arbeitsvertrag, 6. Auflage 2020
- Richardi*, Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, Kommentar, 17. Auflage 2022
- Schaub*, Arbeitsrechts-Handbuch, 20. Auflage 2023
- Schaub*, Arbeitsrechtliches Formular- und Verfahrensbuch, 15. Auflage 2023
- Stahlhacke/Preis/Vossen*, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 11. Auflage 2015
- Staudinger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 15. Auflage 2013 f
- Thomas/Putzo*, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 44. Auflage 2023
- Tschöpe*, Anwalts-Handbuch Arbeitsrecht, 13. Auflage 2023
- Wiese/Kreutz/Oetker/Raab/Weber/Franzen/Gutzeit/Jacobs*, Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 12. Auflage 2021 (zitiert: GK-BetrVG/Bearbeiter)
- Zöller*, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 35. Auflage 2024

## Teil 1 Materielles Kündigungs- und Kündigungsschutzrecht

### § 1 Kündigung des Arbeitsverhältnisses

Dr. Stephan Osnabrügge

#### Inhalt

	Rdn		Rdn
<b>A. Einführung</b> .....	1	III. Gegenstand der Kündigung .....	39
<b>B. Arten der Kündigung</b> .....	4	IV. Form und Inhalt der Kündigung .....	45
I. Beendigungs- und die		1. Form der Kündigung .....	45
Änderungskündigung .....	5	2. Inhalt der Kündigungserklärung ....	53
II. Ordentliche und außerordentliche		V. Zeitpunkt und Zugang der Kündigung ..	56
Kündigung .....	19	1. Zeitpunkt der Kündigung .....	56
<b>C. Ordentliche Kündigung</b> .....	23	2. Zugang der Kündigungserklärung ..	59
I. Person des Kündigenden .....	23	VI. Kündigungsfristen und Kündigungs-	
II. Person des Kündigungsempfängers ....	31	termine .....	75

#### Literatur

*Diller*, § 622 BGB und Quartalskündigungsfristen, NZA 2000, 693; *Kramer*, Formerfordernisse im Arbeitsverhältnis als Grenzen für den Einsatz elektronischer Kommunikationsmittel, DB 2006, 502; *Löwisch*, Die Änderung von Arbeitsbedingungen auf individualrechtlichem Wege, insbesondere durch Änderungskündigung, NZA 1988, 633; *Schleusener*, Tariflicher Ausschluß der ordentlichen Kündigung, SAE 1998, 218; *Wiedemann*, Anm. zu BAG v. 12.4.1972, AP Nr. 13 zu § 4 TVG Günstigkeitsvergleich; *Tophoven*, Anm. zu LAG Kiel v. 23.11.1954, AP Nr. 1 zu § 4 TVG Ausschlussfristen.

#### A. Einführung

Eingehung und Kündigung eines Arbeitsverhältnisses sind Ausübung der Privatautonomie.<sup>1</sup> Der Erhalt der grundsätzlichen Kündigungsmöglichkeit eines Arbeitsverhältnisses ist verfassungsrechtlich durch Art. 2 Abs. 1, Art. 12 GG gewährleistet. Die Ausübung des Rechts ist indes rechtsgeschäftlichen Voraussetzungen unterworfen und wird darüber hinaus durch diverse Kündigungseinschränkungen eingeschränkt. Während die Frage der Kündigungsbeschränkungen, z.B. durch das KSchG, das MuSchG, das BEEG u.a. Gegenstand eigener Abschnitte dieses Buches sind, behandelt dieses Kapitel die **allgemeinen rechtsgeschäftlichen Voraussetzungen** einer Kündigung im Arbeitsverhältnis. 1

Allgemeine Voraussetzung für den Ausspruch einer **ordentlichen Kündigung** sind der Ausspruch der Kündigung durch die richtige Person, die richtige Wahl des Kündigungsempfängers, die Beachtung der Vorgaben für Form und Frist sowie schließlich die Gewährleistung des Zugangs der Kündigung. Der Ausspruch einer **außerordentlichen Kündigung** bedarf gem. § 626 BGB der Erfüllung darüber hinausgehender Voraussetzungen (vgl. § 2 Rdn 1 ff.). 2

<sup>1</sup> Stahlhacke/Preis/Vossen/Preis, § 1 Rn 3.

- 3 Die Kündigung ist als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung abzugrenzen von der übereinstimmenden Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Eine solche übereinstimmende Beendigung des Arbeitsverhältnisses kann durch Abschluss eines **Aufhebungsvertrages** (vgl. hierzu § 19) oder durch **gerichtlichen Vergleich** (vgl. hierzu § 28) erfolgen.

## B. Arten der Kündigung

- 4 Als Besonderheit des Arbeitsverhältnisses ist zunächst zwischen der **Beendigungskündigung** und der **Änderungskündigung** zu unterscheiden.

### I. Beendigungs- und die Änderungskündigung

- 5 Eine **Beendigungskündigung** ist auf die unbedingte und abschließende Beendigung des Arbeitsverhältnisses und damit der Vertragsbeziehung zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer gerichtet.
- 6 Das Rechtsinstitut der **Änderungskündigung** trägt dem Umstand Rechnung, dass der Arbeitgeber einerseits nicht einseitig die Inhalte des bestehenden Arbeitsvertrags ändern und damit in den Vertrag eingreifen kann, andererseits aber ein berechtigtes Interesse daran haben kann, die Zusammenarbeit nur zu veränderten Konditionen fortzusetzen. Im Dauerschuldverhältnis „Arbeitsvertrag“ schafft die Änderungskündigung damit ein milderes Mittel gegenüber der Beendigungskündigung. Eine Änderungskündigung liegt vor, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis kündigt und im Zusammenhang mit der Kündigung die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Arbeitsbedingungen anbietet. Die Änderungskündigung ist damit ein aus zwei Willenserklärungen zusammengesetztes Rechtsgeschäft. Zur **unbedingten Kündigungserklärung** muss als zweites Element ein bestimmtes oder zumindest bestimmbares und somit den Voraussetzungen des § 145 BGB entsprechendes **Angebot zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Bedingungen** hinzukommen.<sup>2</sup> Im Geltungsbereich des KSchG kann der Arbeitgeber zum Ausspruch einer Änderungskündigung gezwungen sein, wenn er zwar über eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit verfügt, jedoch nicht zu den Bedingungen des bestehenden Arbeitsvertrags. Die Änderungskündigung hat Vorrang vor der Beendigungskündigung mit der Folge, dass eine Beendigungskündigung unwirksam ist, wenn eine mögliche Änderungskündigung unterblieben ist.<sup>3</sup> Grundsätzlich soll der Arbeitnehmer selbst wählen können, ob er unter (ggf. auch extrem) veränderten Bedingungen weiterarbeiten möchte. Daher darf ein solches Angebot nur in Extremfällen unterbleiben, nämlich wenn der Arbeitgeber bei vernünftiger Betrachtung nicht mit einer Annahme des neuen Vertragsangebots durch den Arbeitnehmer rechnen konnte und ein derartiges Angebot im Gegenteil eher beleidigenden Charakter hätte.<sup>4</sup> Die Änderungskündigung unterliegt im Anwendungsbereich des KSchG der gerichtlichen Kontrolle u.a. auf die soziale Rechtfertigung der Beendigungskomponente gem. § 2 KSchG. Der Arbeitgeber hat auch bei einer Änderungskündigung analog zu § 1 Abs. 3 KSchG eine soziale Auswahl unter mehreren konkurrierenden Beschäftigten vorzunehmen.<sup>5</sup>
- 7 Die Änderungskündigung ist damit eine **echte Beendigungskündigung**.<sup>6</sup> Sie ist in erster Linie auf die **unbedingte Beendigung** des Arbeitsverhältnisses in seiner Gesamtheit gerichtet und unterliegt deshalb denselben Anforderungen wie jede andere Beendigungskündigung auch. Insbesondere muss die Beendigungskündigung den eindeutigen Willen des Arbeitgebers enthalten und erkennen lassen, das Arbeitsver-

2 BAG v. 17.2.2016, DB 2016, 1204; BAG v. 20.2.2014, BAGE 147, 237.

3 Vgl. BAG v. 26.1.2017 – 2 AZR 61/16; BAG v. 13.5.2015 – 2 AZR 565/14; BAG v. 29.8.2013 – 2 AZR 809/12.

4 BAG v. 26.3.2009, NZA 2009, 679; BAG v. 17.2.2016, DB 2016, 1204; ArbG Bonn v. 6.4.2016, BB 2016, 1332; LAG Hamm v. 22.2.2023 – 2 Sa 816/22.

5 LAG Rheinland-Pfalz v. 8.3.2016 – 8 Sa 73/15.

6 Vgl. KR/Kreft, § 2 KSchG Rn 11.

hältnis beenden zu wollen. Teilt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer schriftlich mit, dass das Personal wegen schlechter Auftragslage vorübergehend reduziert werden müsse, und schließt er daran die Bitte an, sich für einige Zeit arbeitslos zu melden, so kann darin mangels hinreichender Abgrenzung von der bloßen Freistellung keine Kündigung gesehen werden.<sup>7</sup>

Neben der Beendigung des bestehenden Arbeitsverhältnisses ist notwendiger Bestandteil der Änderungskündigung das **Angebot**, einen Arbeitsvertrag **zu geänderten Bedingungen** abzuschließen. Beim Auspruch der Änderungskündigung sollte zunächst die (unbedingte) Kündigung ausgesprochen und dann das Änderungsangebot in demselben Dokument unterbreitet werden. Bei umgekehrter Reihung (erst das Änderungsangebot, dann aufschiebend auf die Nichtannahme bedingt die Kündigung) kann sonst die Diskussion entstehen, ob die Kündigung erst mit Ablauf der Annahmefrist wirksam wurde und ab wann die Kündigungsfrist läuft. Zum Fall des Auseinanderfallens beider Erklärungen in unterschiedlichen Dokumenten siehe Rdn 13.

Der **Inhalt des Änderungsangebotes** kann jegliche Fortsetzung unter geänderten Bedingungen sein. Das Änderungsangebot ist aber nur dann sozial gerechtfertigt i.S.d. § 1 Abs. 2 KSchG, wenn der Arbeitgeber sich darauf beschränkt, solche Änderungen vorzusehen, die der Arbeitnehmer billigerweise hinnehmen muss.<sup>8</sup> Dies ist bereits dann nicht der Fall, wenn der Arbeitnehmer mangels hinreichender Bestimmtheit des Änderungsangebots schon nicht erkennen kann, welche Arbeitsleistung er fortan schulden soll.<sup>9</sup>

Das Änderungsangebot muss so konkret gefasst sein, dass es der Arbeitnehmer ohne Weiteres mit einem „Ja“ annehmen kann. Ihm muss klar sein, welche Arbeitsbedingungen zukünftig gelten sollen und ab wann dies eintreten soll. Nur so kann er seine Entscheidung über die Annahme oder Ablehnung des Angebots treffen.<sup>10</sup> Unklarheiten gehen zulasten des Arbeitgebers und führen im Ergebnis zur Unwirksamkeit der Änderungskündigung.<sup>11</sup> Das Änderungsangebot ist nicht hinreichend bestimmt, wenn danach die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu den in einem näher bezeichneten Tarifvertrag geregelten Bedingungen erfolgen soll, der jedoch im Zeitpunkt des Zugangs der Änderungskündigung noch gar nicht zustande gekommen ist.<sup>12</sup> Der Arbeitnehmer muss auch erkennen können, **zu welchem Zeitpunkt** die Änderungen eintreten sollen.<sup>13</sup> Stehen das Kündigungsschreiben und der Inhalt des beigefügten Änderungsvertrags, aus dem sich die angestrebten Änderungen ergeben, in dieser Hinsicht in einem unauflösbaren Widerspruch, führt alleine dies zur Unwirksamkeit der Änderungskündigung.<sup>14</sup>

Unabhängig vom Inhalt der angebotenen neuen Arbeitsbedingungen handelt es sich niemals um eine **Teilkündigung**. Denn die Änderungskündigung baut stets auf der Beendigungskündigung auf, die für den Fall der Nichtannahme des Angebots das gesamte Arbeitsverhältnis beenden soll, nicht nur einen Teil. Möglich ist nach der Rechtsprechung auch, zum Gegenstand der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses die Fortsetzung unter einer **Befristung** zu machen.<sup>15</sup>

#### Praxishinweis

Formuliert der Rechtsanwalt eine Änderungskündigung für den Arbeitgeber-Mandanten, so ist darauf zu achten, dass beide Bestandteile der Änderungskündigung deutlich und isoliert voneinander zum Tragen kommen. Insbesondere muss der unauslegbare Wille des Arbeitgebers ersichtlich sein, das Ar-

7 Vgl. LAG Hamm v. 7.7.1994, AP Nr. 8 zu § 620 BGB Kündigungserklärung.

8 BAG v. 20. 6.2013 – 2 AZR 396/12; BAG v. 21.5.2019 – 2 AZR 26/19, BAGE 167, 22.

9 Vgl. BAG v. 26.1.2017 – 2 AZR 68/16; BAG v. 21.5.2019 – 2 AZR 26/19, BAGE 167, 22.

10 BAG v. 17.2.2016, DB 2016, 1204; BAG v. 15.1.2009, NZA 2009, 957; BAG v. 17.5.2001, EZA § 620 BGB Kündigung Nr. 3; BAG v. 16.9.2004, BAGE 112, 58; KR/Kreft, § 2 KSchG Rn 43.

11 BAG v. 17.2.2016, DB 2016, 1204; BAG v. 20.6.2013, NZA 2013, 1409.

12 BAG v. 17.2.2016, DB 2016, 1204.

13 BAG v. 29.9.2011, NZA 2012, 628; LAG Köln v. 2.11.2007 – 11 Sa 960/07, juris.

14 BAG v. 29.9.2011, NZA 2012, 628.

15 BAG v. 25.2.1996, EZA § 2 KSchG Nr. 25 in Änderung der älteren Rspr., vgl. hierzu BAG v. 17.5.1984, EZA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 32.

beitsverhältnis beenden zu wollen. Das Angebot einer bloßen **Vertragsänderung** reicht nicht aus, um eine Änderungskündigung annehmen zu können, da der unbedingte Wille nicht zum Ausdruck kommt, im Falle der Ablehnung der Vertragsänderung das Arbeitsverhältnis zu beenden. Dies kann insbesondere im Hinblick auf die zu wahrenen Kündigungsfristen oder auch das Entstehen eines Kündigungsschutzes von Belang sein und zur Anwaltschaftung führen.

- 11** Der Arbeitgeber kann für die Annahme des Änderungsangebotes eine **Annahmefrist** bestimmen, § 148 BGB. Seit der Entscheidung des 2. Senats vom 18.5.2006<sup>16</sup> gilt die dreiwöchige Frist zur Erklärung des Vorbehalts nach § 2 S. 2 KSchG als **Mindestfrist** richtigerweise auch für die Erklärung der vorbehaltlosen Annahme des Änderungsangebots. Der Arbeitgeber kann somit zwar eine Annahmefrist setzen, diese darf aber **nicht weniger als drei Wochen** betragen. Eine zu kurze Annahmefrist führt nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung. Sie setzt vielmehr die gesetzliche Annahmefrist des § 2 S. 2 KSchG in Lauf.<sup>17</sup> Die Bestimmung einer Annahmefrist kann nicht nur durch die Festlegung eines konkreten Termins für die Rückmeldung oder durch die Festsetzung eines Zeitraums erfolgen, innerhalb dessen die Rückmeldung erwartet wird, sondern sich auch aus den Umständen ergeben. Ausreichend ist jede zeitliche Konkretisierung, durch die der Antragende zu erkennen gibt, er wolle von der gesetzlichen Regelung des § 147 BGB nach oben oder unten abweichen. Verwendet der Arbeitgeber in seinem Angebot die Formulierung „Teilen Sie uns umgehend mit, ob Sie ... einverstanden sind“, setzt er hiermit eine Annahmefrist. Diese unterschreitet zwar die grundsätzlich maßgebliche Mindestfrist, was jedoch nicht dazu führt, dass es überhaupt an einer Fristsetzung für eine vorbehaltlose Annahme des Änderungsangebots fehlt und die Frist nach § 147 BGB zu bestimmen wäre (vgl. hierzu Rdn 12). An die Stelle der zu kurzen Frist tritt auch hier vielmehr die Frist des § 2 S. 2 KSchG.<sup>18</sup>
- 12** Setzt der Arbeitgeber **keine Annahmefrist**, gilt § 147 Abs. 2 BGB. Das Angebot kann so lange angenommen werden, wie der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf. Wie lange dies ist, ist eine Frage des Einzelfalls. Die dreiwöchige Frist des § 2 KSchG bedeutet grundsätzlich keine Obergrenze der möglichen Annahme des Angebots. Nach Ablauf der Klagefrist des § 4 KSchG weiß der Arbeitgeber regelmäßig, dass nur noch zwei Möglichkeiten bestehen: Entweder arbeitet der Arbeitnehmer zu den neuen Bedingungen weiter oder das Arbeitsverhältnis wird mit Ablauf der Kündigungsfrist sein Ende finden. Entspricht es für den Arbeitnehmer erkennbar dem Planungsinteresse des Arbeitgebers, längere Zeit vor Ablauf der Kündigungsfrist zu erfahren, wie sich der Arbeitnehmer entscheidet, so verkürzt dies nach der flexiblen Regelung des § 147 Abs. 2 BGB die Überlegungsfrist entsprechend den konkreten Umständen des Einzelfalls.<sup>19</sup>
- 13** Beide Bestandteile der Änderungskündigung, die Beendigung sowie das Änderungsangebot, müssen nach § 2 KSchG „im Zusammenhang“ erfolgen. Der Gesetzgeber meint damit in erster Linie einen **sachlichen Zusammenhang**. Gleichzeitig resultiert daraus aber auch das Erfordernis des **zeitlichen Zusammenhangs** der beiden Erklärungen. Der erforderliche zeitliche Zusammenhang zwischen Kündigung und Änderungsangebot besteht nur dann, wenn das Änderungsangebot spätestens mit dem Zugang der Kündigungserklärung abgegeben wird. Ein nach diesem Zeitpunkt unterbreitetes Änderungsangebot ist nicht zu berücksichtigen.<sup>20</sup> Möglich ist daher zwar, zunächst ein Änderungsangebot zu unterbreiten und dann – im Falle der Ablehnung – eine Kündigung folgen zu lassen. Auch in diesem Fall muss der Arbeitgeber aber beim späteren Ausspruch der Kündigung klarstellen, dass er das Änderungsangebot trotz der gescheiterten Vertragsverhandlungen aufrecht hält.<sup>21</sup> Das Angebot kann lediglich in Extremfällen (z.B. offen-

16 BAG v. 18.5.2006, NZA 2006, 1092.

17 BAG v. 1.2.2007, NZA 2007, 925; BAG v. 18.5.2006, NZA 2006, 1092; LAG Berlin-Brandenburg v. 14.10.2014 – 19 Sa 1200/14, juris.

18 BAG v. 1.2.2007, NZA 2007, 925.

19 BAG v. 6.2.2003, NZA 2003, 659.

20 BAG v. 17.5.2001, EzA § 620 BGB Kündigung Nr. 3.

21 BAG v. 21.4.2005, NZA 2005, 1289, 1292; LAG Rheinland-Pfalz v. 15.10.2014 – 4 Sa 335/13, juris.

sichtlich völlig unterwertige, geradezu beleidigende Beschäftigung) unterbleiben.<sup>22</sup> Diesem Erfordernis des BAG, in (nahezu) jedem Fall ein Änderungsangebot zur Vermeidung einer Beendigungskündigung zu unterbreiten,<sup>23</sup> wird aber auch der Arbeitgeber gerecht, der sofort eine Änderungskündigung ausspricht, weshalb ein vorheriges Änderungsangebot ohne hiermit verbundene Kündigung keine Vorteile mit sich bringt.

#### Formulierungsbeispiel

14

Sehr geehrte(r) Frau/Herr (...),

wir teilen Ihnen mit, dass Ihr bisheriger Arbeitsplatz als (...) infolge der unternehmerischen Entscheidung (...) zum (...) wegfallen wird.

Wir haben geprüft, inwieweit eine zumutbare Weiterbeschäftigungsmöglichkeit auf einem freien Arbeitsplatz in unserem Unternehmen besteht. Da zu Ihren derzeitigen Arbeitsbedingungen kein Arbeitsplatz vorhanden ist, möchten wir Ihnen verbindlich anbieten, zu den nachfolgend näher bezeichneten geänderten Bedingungen auf einem anderen Arbeitsplatz zu arbeiten: (...).

Bitte teilen Sie uns bis spätestens drei Wochen nach Zugang dieses Schreibens mit, ob Sie sich mit der entsprechenden Änderung Ihres Arbeitsvertrages einverstanden erklären. Wir müssen Sie darauf hinweisen, dass im Falle der Ablehnung des Angebotes eine Änderungskündigung ausgesprochen werden wird.

Mit freundlichen Grüßen

**Keine Änderungskündigung** liegt vor, wenn zunächst eine Beendigungskündigung ausgesprochen und dann ein Änderungsangebot nachgeschoben wird. Der erforderliche Zusammenhang zwischen Kündigung und Änderungsangebot besteht nur dann, wenn das Änderungsangebot **spätestens zeitgleich** mit der Kündigungserklärung zugeht.<sup>24</sup> Ein nach diesem Zeitpunkt unterbreitetes Änderungsangebot ist nicht zu berücksichtigen.<sup>25</sup> Da die Änderungskündigung anderen Prüfungsmaßstäben vor dem Arbeitsgericht unterliegt als die Beendigungskündigung, ist dies für den Arbeitgeber von praktischem Belang. Geht dem Arbeitnehmer das Änderungsangebot nach Zugang der Kündigung zu, ist der Arbeitnehmer aus Rechtsgründen **nicht verpflichtet, sich auf das Änderungsangebot einzulassen**. Vor dem Arbeitsgericht wird folglich lediglich die soziale Rechtfertigung der Beendigungskündigung gem. § 1 KSchG geprüft, nicht aber die soziale Rechtfertigung einer etwaigen Änderungskündigung gem. § 2 KSchG. Da der Arbeitgeber mit dem nachfolgenden Änderungsangebot bereits dokumentiert hat, dass er über eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit zu veränderten Arbeitsbedingungen verfügt, die er für zumutbar hält, kann in einem solchen Fall der Kündigungsschutzprozess für den Arbeitgeber nur verloren gehen.

15

#### Praxishinweis

16

Der den Arbeitgeber beratende Rechtsanwalt sollte darauf drängen, die Beendigungskündigung und das Änderungsangebot **in einem Schreiben** zusammenzufassen. Hiermit wird vermieden, dass der doppelte zeitgleiche Zugang nachgewiesen werden muss.

Wird das Änderungsangebot nachgeschoben, führt dies zu einer offenkundigen Unwirksamkeit der zuvor ausgesprochenen isolierten Beendigungskündigung, die dann den Vorrang der Änderungskündigung verletzt hat.

Der Arbeitgeber kann das Änderungsangebot **mit der Kündigung verbinden**. Hierbei handelt es sich um das praktisch wohl häufigste und auch empfehlenswerteste Vorgehen. Da auch die vor Ausspruch der

17

<sup>22</sup> BAG v. 21.4.2005, NZA 2005, 1289, 1292; LAG Hamm v. 22.2.2023 – 2 Sa 816/22.

<sup>23</sup> BAG v. 27.9.1984, NZA 1985, 455; BAG v. 21.4.2005, NZA 2005, 1289, 1291; BAG v. 21.4.2005, NZA 2005, 1294, 1295.

<sup>24</sup> BAG v. 10.12.1975, AP Nr. 90 zu §§ 22, 23 BAT; LAG Düsseldorf v. 22.3.1970 – AuR 1971, 60; KR/Kreft, § 2 KSchG Rn 30 f.; a.A. Löwisch, NZA 1988, 633 f.

<sup>25</sup> BAG v. 17.5.2001, EzA § 620 BGB Kündigung Nr. 3.

Kündigung erfolgte Ablehnung eines Änderungsangebots den Arbeitgeber nicht davon entbindet, dem Arbeitnehmer die geänderten Arbeitsbedingungen (nochmals) in Form einer Änderungskündigung anzubieten, anstatt sofort eine (isolierte) Beendigungskündigung auszusprechen,<sup>26</sup> kann auf ein isoliert vorgeschaltetes Angebot verzichtet werden.

18

*Formulierungsbeispiel*

Sehr geehrte(r) Frau/Herr (...),

hiermit kündigen wir Ihr Arbeitsverhältnis ordentlich fristgemäß zum (...), hilfsweise zum nächsten rechtlich möglichen Zeitpunkt.

Wir bieten Ihnen gleichzeitig an, das Arbeitsverhältnis ab dem Tag, der dem Ablauf der Kündigungsfrist folgt, zu den nachfolgend geänderten Bedingungen mit uns fortzusetzen: (...).

An das Angebot halten wir uns bis zum Ablauf von drei Wochen nach Zugang dieses Schreibens gebunden.

Mit freundlichen Grüßen

## II. Ordentliche und außerordentliche Kündigung

19

Eine zweite Unterscheidung der Kündigungen ist danach zu treffen, ob das Arbeitsverhältnis unter Wahrung der geltenden Kündigungsfristen (ordentliche Kündigung) oder ob es ohne Wahrung dieser Kündigungsfristen (außerordentliche Kündigung) beendet werden soll. Wird eine **ordentliche Kündigung** ausgesprochen, sind die geltenden Kündigungsfristen zu beachten. Diese Kündigungsfristen können sich aus Tarifvertrag, Einzelvertrag oder dem Gesetz ergeben. Für die Qualifizierung der Kündigung als ordentliche oder außerordentliche kommt es nicht entscheidend auf die richtige Bemessung der Kündigungsfrist an, sondern auf die Auslegung der Kündigungserklärung. Eine ordentliche Kündigung ist anzunehmen, wenn die Beendigung unter Beachtung der Kündigungsfrist dem mutmaßlichen Willen des Kündigenden entspricht und dieser Wille dem Kündigungsempfänger im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung erkennbar geworden ist.<sup>27</sup> Eine Kündigung muss als empfangsbedürftige Willenserklärung aber so bestimmt sein, dass der Empfänger Klarheit über die Absichten des Kündigenden erhält. Der Kündigungsadressat muss deshalb erkennen können, zu welchem Zeitpunkt das Arbeitsverhältnis aus Sicht des Kündigenden beendet sein soll. Deshalb muss sich aus der Kündigungserklärung oder den Umständen ergeben, ob eine fristgemäße oder eine fristlose Kündigung gewollt ist. Im Fall einer ordentlichen Kündigung genügt regelmäßig die Angabe des Kündigungstermins oder der Kündigungsfrist.<sup>28</sup> Eine Kündigung ist nicht auslegungsfähig und damit nicht hinreichend bestimmt, wenn in der Erklärung mehrere Termine für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses genannt werden und für den Erklärungsempfänger nicht erkennbar ist, welcher Termin gelten soll.<sup>29</sup> Eine vom Arbeitgeber mit fehlerhafter Kündigungsfrist zu einem bestimmten Datum erklärte Kündigung mit dem Zusatz „fristgemäß zum“ kann als ordentliche Kündigung zum richtigen Kündigungszeitpunkt ausgelegt werden, wenn es dem Arbeitgeber, für den Arbeitnehmer erkennbar, wesentlich um die Einhaltung der maßgeblichen Kündigungsfrist ging und sich das in das Kündigungsschreiben aufgenommene Datum lediglich als das Ergebnis einer fehlerhaften Berechnung der zutreffenden Kündigungsfrist erweist.<sup>30</sup>

20

Die **außerordentliche Kündigung**, die nur aus wichtigem Grund (§ 626 BGB) zulässig ist, beendet demgegenüber das Arbeitsverhältnis in der Regel ohne Wahrung einer Kündigungsfrist. Der Arbeitgeber muss

<sup>26</sup> BAG v. 21.4.2005, NZA 2005, 1289, 1292.

<sup>27</sup> BAG v. 13.8.1987, AP KSchG 1969 § 6 Nr. 3; BAG v. 31.3.1993, BAGE 73, 42; BAG v. 15.11.2001, NJW 2002, 2972.

<sup>28</sup> BAG v. 20.1.2016, NZA 2016, 485; BAG v. 23.5.2013, BAGE 145, 184; BAG v. 15.12.2005, BAGE 116, 336.

<sup>29</sup> BAG v. 20.1.2016, NZA 2016, 485; BAG v. 10.4.2014; BAG v. 20.6.2013, BAGE 145, 249.

<sup>30</sup> BAG v. 15.5.2013, NZA 2013, 1076.

dabei in der Kündigungserklärung zum Ausdruck bringen, dass er das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Wahrung der Kündigungsfristen beenden will. Der Annahme einer außerordentlichen Kündigung steht es nicht entgegen, wenn der Arbeitgeber die außerordentliche Kündigung unter Beachtung **einer (freiwilligen) sozialen Auslaufrist** ausspricht. Dies gilt auch dann, wenn die soziale Auslaufrist die Länge der ansonsten geltenden ordentlichen Kündigungsfrist erreicht. Gezwungen ist der Arbeitgeber zur Gewährung einer sozialen Auslaufrist, wenn eine ordentliche Kündigung vertraglich, tarifvertraglich oder gesetzlich ausgeschlossen ist und daher in einem Fall der betriebsbedingten Veranlassung nur die außerordentliche Kündigung überhaupt in Betracht kommt. In diesem Fall ist der ordentlich unkündbare Arbeitnehmer wegen des Schutzzwecks der ordentlichen Unkündbarkeit durch Gewährung einer sozialen Auslaufrist mit einem ordentlich kündbaren Arbeitnehmer gleichzustellen.<sup>31</sup>

#### *Praxishinweis*

Ob eine ordentliche Kündigung oder eine außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslaufrist gewollt ist, muss sich mit hinreichender Deutlichkeit **aus der Kündigungserklärung selbst** ergeben.

Die ordentliche Kündigung einerseits und die außerordentliche Kündigung andererseits unterliegen hinsichtlich ihrer Rechtfertigung unterschiedlichen Prüfungsmaßstäben. Eine **Umdeutung** einer ordentlichen Kündigung in eine mit Auslaufrist ausgesprochene außerordentliche Kündigung ist deshalb generell ausgeschlossen, und zwar selbst dann, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, der an sich eine außerordentliche Kündigung gerechtfertigt hätte. Bei nicht sorgfältiger Arbeit des beratenden Rechtsanwalts liegt hier ein erhebliches **Haftungspotential**. Denn durch den fälschlichen Ausspruch einer ordentlichen Kündigung wird unter Umständen die Zwei-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB versäumt und zudem deutlich, dass dem Arbeitgeber das Abwarten der ordentlichen Kündigungsfrist zumutbar ist.

Eine unwirksame außerordentliche Kündigung kann demgegenüber nach § 140 BGB in eine ordentliche Kündigung umgedeutet werden, wenn dies dem mutmaßlichen Willen des Kündigenden entspricht und dieser Wille dem Kündigungsempfänger im Zeitpunkt des Kündigungszugangs erkennbar ist.<sup>32</sup>

Im Folgenden werden die allgemeinen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen der ordentlichen Kündigung dargestellt. Zu den darüberhinausgehenden weiteren Voraussetzungen der außerordentlichen Kündigung siehe § 2 Rdn 1 ff.

## C. Ordentliche Kündigung

### I. Person des Kündigenden

Kündigen muss das Arbeitsverhältnis der konkrete **Vertragspartner**. Ist der Vertragspartner eine **natürliche Person**, muss diese natürliche Person die Kündigung aussprechen. Sind mehrere Personen Arbeitgeber, so z.B. in einer Gemeinschaftspraxis, müssen alle Arbeitgeber gemeinsam die Kündigung aussprechen. Bei **juristischen Personen** auf Arbeitgeberseite ist die Kündigung von dem vertretungsberechtigten Organ auszusprechen.

#### *Praxishinweis*

In einer **Gesellschaft bürgerlichen Rechts** muss die Kündigung durch alle Gesellschafter ausgesprochen werden. Dabei kann sich ein Gesellschafter natürlich durch einen anderen vertreten lassen. Damit die Kündigung dann aber durch die richtige(n) Person(en) ausgesprochen wurde, erfordert dies einen

<sup>31</sup> Stahlhacke/Preis/Vossen/Preis, Rn 767; Schleusener, SAE 1998, 2218, 2221.

<sup>32</sup> BAG v. 15.11.2001, AP Nr. 13 zu § 140 BGB.

klar erkennbaren Vertretungsvermerk unter der Unterschrift. Denn unterschreibt für eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts nur ein Gesellschafter und fügt er der Unterschrift keinen Vertretungszusatz hinzu, ist nicht auszuschließen, dass die Unterzeichnung der Urkunde auch durch die anderen Gesellschafter vorgesehen war und deren Unterschrift noch fehlt.<sup>33</sup> In diesem Fall prüfen die Gerichte, ob die Urkunde erkennen lässt, dass die Unterschrift des handelnden Gesellschafters auch die Erklärung der nicht unterzeichnenden Gesellschafter decken soll, also auch in deren Namen erfolgt ist. Ist dies nicht der Fall, wurde die Kündigung nicht (durch alle) kündigungsberechtigten Personen ausgesprochen und ist damit formunwirksam.

In als **Vereine** organisierten **Verbänden** kommt es häufig vor, dass Kündigungen durch den hauptamtlichen Geschäftsführer ausgesprochen werden. Dieser ist in einem Verein kein Organ, soweit er nicht als besonderer Vertreter gem. § 30 BGB eingetragen ist. Gesetzlich vertretungsberechtigt ist der gesetzliche Vorstand, § 26 BGB.

- 25** Die Vornahme einer Kündigung ist ein **höchstpersönliches Rechtsgeschäft**. Gleichwohl ist jedoch eine **Vertretung** nicht ausgeschlossen. Unerheblich ist dabei, durch wen sich der Kündigungsberechtigte vertreten lässt. Möglich ist, dass dies durch einen Vertreter im Betrieb geschieht. Dieser Vertreter muss nicht generell als Vertreter bestellt sein. Als Vertreter kommen somit nicht nur die Prokuristen in Betracht, sondern auch der Leiter Personalabteilung<sup>34</sup> sowie jeder beliebige Dritte, der über eine entsprechende Bevollmächtigung verfügt. Die Vollmacht muss dabei erkennen lassen, dass sie gerade auch zur Kündigung eines Arbeitsverhältnisses berechtigt. Wird einem Mitarbeiter eine **Handlungsvollmacht** erteilt, so erstreckt sich diese nach § 54 Abs. 1 HGB auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen, die die in der Vollmacht bezeichneten Geschäfte gewöhnlich mit sich bringen. Unzweifelhaft erfasst ist die Berechtigung zur Kündigung eines Arbeitsverhältnisses nur dann von einer Handlungsvollmacht, wenn sich diese auf den Betrieb des Handelsgewerbes insgesamt bezieht (§ 54 Abs. 1 Alt. 1 HGB).
- 26** Die Erteilung der Vollmacht bedarf gem. § 167 BGB zwar grundsätzlich **keiner Form**. Indes kann der Arbeitnehmer gem. § 174 BGB die durch einen (nicht organschaftlich handelnden) Vertreter ausgesprochene Kündigung zurückweisen, wenn die Vollmacht nicht spätestens gleichzeitig mit der Kündigung durch Original-Urkunde nachgewiesen wird und das Bestehen der Vollmacht dem Kündigungsempfänger nicht bekannt war. Dies führt faktisch zum Erfordernis einer Vollmachtsurkunde im Original. Folge der berechtigten Zurückweisung i.S.d. § 174 S. 1 BGB ist – unabhängig vom Bestehen einer Vollmacht – die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts; eine Heilung oder Genehmigung nach § 177 BGB scheidet aus.<sup>35</sup> Die nachträgliche Vorlage der Vollmachtsurkunde heilt nicht das zuvor unwirksame Rechtsgeschäft. Dies kann insbesondere im Hinblick auf die Wahrung von Kündigungsterminen für den Arbeitgeber misslich sein, darüber hinaus im Falle einer an die Zwei-Wochen-Frist des § 626 BGB gebundenen außerordentlichen Kündigung zum Kündigungsausschluss führen. Die Urkunde ist gem. § 174 BGB **im Original** vorzulegen. Eine Fotokopie reicht nicht aus,<sup>36</sup> folglich auch nicht eine **Telefaxkopie**, bei der eben nicht das Original, sondern nur ein Ausdruck einer Ablichtung des Originals vorgelegt werden kann. Kündigt der Rechtsanwalt in Vertretung seines Mandanten, reicht es nicht aus, die Vollmacht per beA zu übersenden. Denn der Rechtsanwalt ist nicht der Aussteller der Vollmacht (vgl. § 126a BGB).
- 27** Eine Zurückweisung gem. § 174 BGB muss **unverzüglich** erfolgen. Unverzüglich bedeutet ohne schuldhaftes Zögern. Die Zurückweisung einer Kündigungserklärung ist ohne das Vorliegen besonderer Umstände des Einzelfalls nicht mehr unverzüglich, wenn sie später als eine Woche nach der tatsächlichen Kenntnis des Empfängers von der Kündigung und der fehlenden Vorlegung der Vollmachtsurkunde er-

33 Vgl. BAG v. 21.4.2005, NZA 2005, 865; BAG v. 28.11.2007, NZA 2008, 348.

34 Vgl. BAG v. 26.2.1997, EzA § 174 BGB Nr. 11.

35 BAG v. 25.9.2015, NZA 2015, 159; BAG v. 19.4.2007, NZA-RR 2007, 571; BAG v. 20.9.2006, BAGE 119, 311.

36 LAG Düsseldorf v. 22.2.1995, NZA 1995, 994; BGH v. 10.2.1994, NJW 1994, 1472.

folgt.<sup>37</sup> Nach Ablauf einer Woche kann eine Zurückweisung nur noch in Ausnahmefällen dem Unverzögerlichkeitserfordernis genügen.<sup>38</sup> Spätestens muss die Zurückweisung innerhalb von zwei Wochen durch Zugang der Zurückweisungserklärung beim Kündigenden vorgenommen werden.<sup>39</sup> Auch eine Zurückweisung, die im Rahmen der Klageschrift vorgenommen wird, muss diesen Anforderungen genügen.<sup>40</sup>

#### Praxishinweis

Soll die fehlende Vollmacht vorlage nach § 174 BGB gerügt werden, muss dies **ausdrücklich** geschehen. Das Bestreiten, „dass die Kündigungserklärung von den Personen unterzeichnet wurde, die hierzu bevollmächtigt sind“ wird im Zweifel nur als Rüge der fehlenden Vertretungsmacht nach § 180 BGB zu werten sein.<sup>41</sup>

Rügt der Kündigungsempfänger das Fehlen der Vollmacht nicht selber, sondern z.B. durch seinen Rechtsanwalt, muss der Rüge wiederum eine Vollmacht im Original beigefügt sein. Ansonsten kann die Rüge, die ebenfalls ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft ist, ihrerseits nach § 174 BGB zurückgewiesen werden. Dies gilt auch bei der Zurückweisung durch einen Prozessbevollmächtigten, z.B. im Rahmen einer Klageschrift. Denn die allgemeine Prozessvollmacht nach § 81 ZPO umfasst nicht auch die Vollmacht zur Abgabe außergerichtlicher, empfangsbedürftiger Willenserklärungen.<sup>42</sup>

Ausgeschlossen ist die Zurückweisung nach § 174 S. 2 BGB auch, wenn der Vollmachtgeber den anderen zuvor von der Bevollmächtigung **in Kenntnis gesetzt hat**. Der Kündigungsempfänger soll nach § 174 BGB nur dann zur Zurückweisung der Kündigungserklärung berechtigt sein, wenn er keine Gewissheit hat, ob der Erklärende wirklich bevollmächtigt ist und der Vertretene die Erklärung gegen sich gelten lassen muss. Zur Bekanntmachung der Vollmacht muss dabei eine betriebsübliche Form gewählt werden. Ein **Aushang über die Bevollmächtigung für Kündigungen am Schwarzen Brett** ist nicht ohne weiteres ausreichend für das Inkennntnissetzen i.S.d. § 174 S. 2 BGB.<sup>43</sup> Neben der individuellen Bekanntmachung der Kündigungsvollmacht liegt ein Inkennntnissetzen i.S.d. § 174 S. 2 BGB auch dann vor, wenn der Arbeitgeber einen Mitarbeiter in eine Stelle berufen hat, die üblicherweise mit dem Kündigungsrecht verbunden ist und betriebsüblich bekannt gemacht worden ist, dass der Erklärende diese Stellung auch innehat.<sup>44</sup> Mit einer Kündigungsberechtigung verbunden sind regelmäßig die Positionen des **Leiters der Personalabteilung**, eines **Prokuristen** sowie die des **Generalbevollmächtigten**. Dasselbe gilt für einen Geschäftsführer in einem Verein/Verband. Unabhängig von der jeweiligen Bezeichnung ist dabei allerdings stets anhand der Umstände des Einzelfalles festzustellen, wie sich die Position des Erklärenden für einen objektiven Betrachter darstellt, ob also mit einer derartigen Stellung die Kündigungsbefugnis verbunden zu sein pflegt.<sup>45</sup> Eine Stellung als Geschäftsleiter bzw. Marktleiter ist demgegenüber in der Regel nicht mit Kündigungsberechtigung verbunden, wenn sich aus der unternehmenseigenen Organisationsstruktur, insbesondere dem Vorhandensein einer zentralen Personalleitung bei einer Vielzahl von einzelnen Filialen/Märkten, ergibt, dass die Personalfragen nicht im Zuständigkeitsbereich des jeweiligen „Marktleiters“ erledigt werden.<sup>46</sup> Betreibt aber beispielsweise ein Verein nur einen Betrieb und ist dort ein hauptamtlicher Geschäftsführer eingesetzt, der für den ehrenamtlichen Vorstand die operativen Ge-

37 BAG v. 8.12.2011, NZA 2012, 495.

38 LAG Düsseldorf v. 22.2.1995, NZA 1995, 994; a.A. OLG Hamm v. 26.10.1990, AnwBl 1991, 340 (3 Tage); LAG Rheinland-Pfalz v. 6.2.2001 – 2 Sa 1416/00, n.v. (keine Rechtzeitigkeit bei Rüge nach 13 Tagen).

39 LAG Rheinland-Pfalz v. 6.2.2001 – 2 Sa 1416/00, n.v.

40 LAG Rheinland-Pfalz v. 6.2.2001 – 2 Sa 1416/00, n.v.

41 LAG Rheinland-Pfalz v. 6.2.2001 – 2 Sa 1416/00, n.v.

42 BAG v. 10.8.1977, DB 1978, 167.

43 LAG Köln v. 3.5.2002, NZA-RR 2003, 194; LAG Berlin v. 28.6.2006, NZA-RR 2007, 15.

44 BAG v. 14.4.2011, BAGE 137, 347; BAG v. 20.9.2006, BAGE 119, 311; BAG v. 29.10.1992, AP BGB § 174 Nr. 10.

45 LAG Rheinland-Pfalz v. 29.10.2008 – 8 Sa 265/08.

46 LAG Rheinland-Pfalz v. 29.10.2008 – 8 Sa 265/08.

28

29

schäfte führt, spricht dies für eine eigene Kündigungsberechtigung. Die **Mitteilung im Arbeitsvertrag**, dass der jeweilige Inhaber einer bestimmten Funktion zur Kündigung berechtigt ist, reicht als solches nicht aus. Erforderlich ist vielmehr ein zusätzliches Handeln des Vollmachtgebers, aufgrund dessen es dem Empfänger der Kündigungserklärung möglich ist, der im Vertrag genannten Funktion, mit der das Kündigungsrecht verbunden ist, die Person des jeweiligen Stelleninhabers zuzuordnen.<sup>47</sup> Ist also nach dem Vertrag der jeweilige Niederlassungsleiter zur Kündigung berechtigt, muss dem Arbeitnehmer zusätzlich noch nachweisbar bekannt gemacht worden sein, dass der Kündigende auch tatsächlich der Niederlassungsleiter ist.

- 30 Hat der Empfänger der Kündigung die fehlende Vertretungsmacht nicht beanstandet, ist die Kündigung nicht nichtig, sondern gem. § 180 S. 2 BGB nur schwebend unwirksam; sie kann gem. § 177 Abs. 1 BGB von dem Arbeitgeber bzw. dem Kündigungsberechtigten genehmigt werden. Diese Genehmigung ist auch konkludent möglich, z.B. durch Übersendung der Arbeitspapiere, Erstellung eines Zeugnisses o.ä.

## II. Person des Kündigungsempfängers

- 31 Die Kündigung ist grundsätzlich dem Vertragspartner, also dem Arbeitnehmer gegenüber vorzunehmen. Der Zugang richtet sich nach der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre. Eine unter Anwesenden übergebene Erklärung geht sofort zu, § 130 Abs. 1 BGB. Die dem Arbeitnehmer übergebene Kündigung ist daher im Moment der Übergabe zugegangen, unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer sie entgegennimmt, und auch unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer in der Lage ist, eine in deutscher Sprache verfasste Kündigung zu lesen.<sup>48</sup> Die unter Abwesenden abgegebene Erklärung geht nach § 130 BGB zu, sobald sie in verkehrsbüblicher Weise in die tatsächliche Verfügungsgewalt des Empfängers oder eines empfangsberechtigten Dritten gelangt ist und für den Empfänger unter gewöhnlichen Verhältnissen die Möglichkeit besteht, von dem Inhalt des Schreibens Kenntnis zu nehmen. Wenn für den Empfänger die Möglichkeit der Kenntnisnahme besteht, ist es unerheblich, ob und wann er die Erklärung tatsächlich zur Kenntnis genommen hat (vgl. unten Rdn 59 ff.).
- 32 Der Zugang der Kündigung kann über einen sog. **Empfangsboten** erfolgen. Nimmt beispielsweise der zum Haushalt des Arbeitnehmers gehörende Minderjährige die Kündigung am Hauseingang entgegen und übermittelt diese dem Arbeitnehmer (Vater), so ist die Kündigung nach der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre erst zu dem Zeitpunkt zugegangen, zu dem sie den Arbeitnehmer (Vater) tatsächlich erreicht hat. Als Empfangsboten werden in der Rechtsprechung u.a. angenommen: die im selben Haus wohnende Schwiegermutter, die zugleich Vermieterin ist,<sup>49</sup> die Lebensgefährtin, die die Kündigung in der gemeinsamen Wohnung oder außerhalb entgegennimmt,<sup>50</sup> alle Familienangehörigen, die mit dem Kündigungsempfänger in einem Haushalt leben.<sup>51</sup> Eine einem Empfangsboten übergebene Kündigung kann als zugegangen gelten, obwohl sie den Empfänger tatsächlich nicht (oder später) erreicht hat. Entscheidend ist, dass sie so in den Macht- und Zugriffsbereich gelangt, dass unter regelmäßigen Umständen mit der Kenntnisnahme gerechnet werden kann. Denn der Empfangsbote ist das „Übermittlungswerkzeug“ des Empfängers. Das BAG nimmt solche „regelmäßigen Umstände“ selbst dann an, wenn der Ehefrau die für den Ehemann bestimmte Kündigung an deren Arbeitsstelle übergeben wird. Die Kündigung soll selbst dann bereits am Tag der Übergabe zugegangen sein, wenn die Ehefrau vergisst, die Kündigung abends mit nach Hause zu nehmen.<sup>52</sup> Lehnt ein als Empfangsbote anzusehender Familienangehöriger des abwesenden Arbeitnehmers die Annahme eines Kündigungsschreibens des Arbeitgebers ab, so muss der

47 BAG v. 14.4.2011, BAGE 137, 347.

48 A.A.: LAG Hamm v. 5.1.1979, MDR 1988, 608.

49 BAG v. 11.11.1992, NZA 1993, 259.

50 LAG Bremen v. 17.2.1988 – 3 Ta 79/87, juris; BAG v. 9.6.2011, NZA 2011, 847.

51 BAG v. 11.11.1992, NZA 1993, 259.

52 BAG v. 9.6.2011, NZA 2011, 847.

Arbeitnehmer die Kündigung nur dann als zugegangen gegen sich gelten lassen, wenn er auf die Annahmeverweigerung, etwa durch vorherige Absprache mit dem Angehörigen, Einfluss genommen hat.<sup>53</sup>

Von der Person eines Empfangsboten zu unterscheiden ist die Person eines **Empfangsvertreters**. Als solche sind alle diejenigen Personen zu bezeichnen, die nach der Verkehrsauffassung als ermächtigt anzusehen sind, den Empfänger im Empfang zu vertreten. Während die ältere Rechtsprechung beispielsweise noch den Vermieter als Empfangsvertreter ansah,<sup>54</sup> sind selbst volljährige Ehepartner nach neuerer Rechtsprechung nur Empfangsboten. Gem. § 164 Abs. 3 BGB finden §§ 164 ff. BGB bei Zwischenschaltung eines Empfangsvertreters entsprechend Anwendung. Dies bedeutet insbesondere, dass im Falle eines Empfangsvertreters die Kündigung bereits mit Zugang bei dem Vertreter dem Arbeitnehmer selber als zugegangen gilt.

Ist der Empfänger der Kündigung weder Empfangsbote noch Empfangsvertreter, ist er dem Kündigungadressaten nicht zuzurechnen. Der Empfänger ist dann als **Erklärungsbote** des Absenders zu betrachten. Die Kündigung geht deshalb erst dann zu, wenn sie (mittels des Erklärungsboten oder anderweitig) dem Adressaten tatsächlich zugeht oder so in seinen Machtbereich gelangt, dass unter regelmäßigen Umständen mit dem Zugang gerechnet werden kann. Der Standardfall ist der Bote, den der Arbeitgeber zur Übermittlung der Kündigung einschaltet.

Ob die **Prozessvollmacht** des Rechtsanwalts gem. § 81 ZPO auch zur **Entgegennahme** von (weiteren) Kündigungen im Rahmen des Prozesses, z.B. im Rahmen einer sog. Schriftsatzkündigung, ermächtigt, ist streitig. Jedenfalls dann, wenn der Rechtsanwalt neben dem Kündigungsschutzantrag gem. § 4 KSchG auch einen allgemeinen Feststellungsantrag darauf gestellt hat, dass das Arbeitsverhältnis auch nicht durch andere Tatbestände beendet ist, bevollmächtigt die diesen Antrag umfassende Prozessvollmacht nach dem BAG im Zweifel auch zur Entgegennahme weiterer Kündigungen.<sup>55</sup>

#### *Praxishinweis*

Arbeitnehmer-Vertreter legen häufig Vollmachten vor, in denen ausdrücklich nicht zum Empfang von Willenserklärungen bevollmächtigt wird. Dies ist zulässig.

Die Übergabe weiterer Kündigungen an den Rechtsanwalt des Arbeitnehmers ist infolge der dargestellten Rechtsprechung stets mit Risiken behaftet. Wenn dem Arbeitnehmer eine weitere Kündigung übergeben werden soll, so sollte dies somit nicht über den Prozessvertreter erfolgen, sondern unmittelbar. Hierin liegt keine Umgehung des gegnerischen Anwalts.

Eine Kündigung **gegenüber einem Geschäftsunfähigen** oder einem **beschränkt Geschäftsfähigen** wird erst wirksam, wenn sie dem gesetzlichen Vertreter zugeht, § 131 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 BGB. Hierbei ist indes nicht notwendig, dass die Kündigung an den gesetzlichen Vertreter selbst gerichtet ist. Ausreichend ist bei einem Minderjährigen, dass die an den Minderjährigen adressierte Kündigung einem Elternteil zugeht.<sup>56</sup> Anders ist dies dann, wenn eine Teilgeschäftsfähigkeit nach § 113 BGB erteilt wurde. In diesem Fall kann eine Kündigung unmittelbar an den Minderjährigen adressiert werden. Übergibt ein Arbeitgeber einem minderjährigen Arbeitnehmer das an die Eltern gerichtete Kündigungsschreiben mit der Bitte, dies den Eltern zu übergeben, so handelt der Minderjährige als Erklärungsbote des Arbeitgebers. Es genügt dann für einen wirksamen Zugang der Kündigungserklärung, dass der Minderjährige seinen Eltern das Kündigungsschreiben zeigt.<sup>57</sup> Keine besonderen Vorschriften gelten für Berufsbildungsverhältnisse. So verlangt das Berufsbildungsrecht auch bei minderjährigen Auszubildenden kein klärendes Gespräch

53 BAG v. 11.11.1992, NZA 1993, 259; LAG Baden-Württemberg v. 15.3.1994 – 1 Sa 109/93.

54 BAG v. 16.1.1976, EzA § 130 BGB Nr. 5.

55 BAG v. 27.10.1988 – 2 AZR 160/88; LAG Düsseldorf v. 13.1.1999 – 12 Sa 1810/98, juris.

56 BAG v. 25.11.1967, EzA § 15 BBiG Nr. 3; a.A. ohne Begründung: Ascheid/Preis/Schmidt/Schmidt, § 21 Rn 520.

57 LAG Schleswig-Holstein v. 20.3.2008 – 2 Ta 45/08.

mit den erziehungsberechtigten Eltern vor Erklärung einer Kündigung in der Probezeit.<sup>58</sup> Streitig ist jedoch, ob eine Ermächtigung des Minderjährigen gem. § 113 BGB, ein Dienstverhältnis einzugehen, auch Berufsausbildungsverträge erfasst. Die Rechtsprechung bejaht dies.<sup>59</sup>

### 38 Praxishinweis

Insbesondere bei Kündigungen im Berufsbildungsverhältnis gilt: Soll dem minderjährigen Auszubildenden gekündigt werden, so wird die Kündigung erst wirksam, wenn sie zumindest einem der gesetzlichen Vertreter zugeht, § 131 BGB. Der Fall der Teilgeschäftsfähigkeit stellt die absolute Ausnahme dar und steht zudem unter dem Vorbehalt, dass sie außergewöhnliche Geschäfte, z.B. den Abschluss eines Aufhebungsvertrages dann, wenn Kündigungsschutz gegeben ist, nicht umfasst.

## III. Gegenstand der Kündigung

- 39 Die ordentliche Kündigung richtet sich auf die **Beendigung des bestehenden Arbeitsverhältnisses** unter Wahrung der Kündigungsfrist.
- 40 Hiervon abzugrenzen ist eine **Teilkündigung**. Hierunter ist eine Willenserklärung zu verstehen, mit der der Kündigende einzelne Vertragsbedingungen bei Aufrechterhaltung des Vertrages im Übrigen gegen den Willen der anderen Vertragspartei einseitig ändern will.<sup>60</sup> Teilkündigungen, mit denen der Kündigende einzelne Vertragsbedingungen gegen den Willen der anderen Vertragspartei einseitig ändern will, sind grundsätzlich unzulässig. Sie stellen einen unzulässigen Eingriff in das ausgehandelte Äquivalenz- und Ordnungsgefüge des Vertrags dar.<sup>61</sup> Nur ausnahmsweise können Teilkündigungen zulässig sein, wenn dem einen Vertragspartner das Recht hierzu eingeräumt wurde und kein zwingender Kündigungsschutz umgangen wird.<sup>62</sup>
- 41 Von der Teilkündigung zu unterscheiden wiederum ist die Situation, dass sich die Vertragspartner in einer Zusatzvereinbarung das Recht der Kündigung dieser Zusatzvereinbarung eingeräumt haben. Hierbei handelt es sich – unabhängig von der gewählten Bezeichnung – um einen **Widerrufsvorbehalt**.<sup>63</sup> Die Vereinbarung eines solchen Widerrufsvorbehaltes, d.h. eines Rechts zur einseitigen Änderung einzelner Vertragsbedingungen, ist **grundsätzlich zulässig**.<sup>64</sup> Sie ist nur dann gem. § 134 BGB nichtig, wenn sie zur Umgehung des zwingenden Kündigungsschutzes führt. Das wird in aller Regel dann der Fall sein, wenn wesentliche Elemente des Arbeitsvertrages einer einseitigen Änderung unterliegen, durch die das Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung **grundlegend gestört** würde.<sup>65</sup> Bei Kündigungen von Vertragsbestandteilen, die **Vergütungscharakter** haben, nimmt die Rechtsprechung eine **Störung des Gleichgewichts zwischen Leistung und Gegenleistung** und damit eine Umgehung kündigungsschutzrechtlicher Vorschriften dann an, wenn der Vergütungsbestandteil mehr als 25 % der Gesamtvergütung ausmacht.<sup>66</sup> Einen Widerruf bezogen auf eine Leistung, die im Gegenwert ca. 15 % der gesamten Vergütung ausmachte, hat das BAG bereits mehrfach unbeanstandet gelassen.<sup>67</sup> Die Ausübung eines solchen Widerrufsvorbehaltes muss zur Wirksamkeit zudem den Anforderungen des **§ 315 BGB** entsprechen. Bei Arbeitsverträgen, bei denen es sich in aller Regel um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt, müssen

58 BAG v. 8.12.2011, NZA 2012, 495.

59 BAG v. 22.1.2008, NZA-RR 2008, 565.

60 BAG v. 22.1.1997, AP Nr. 6 zu § 620 BGB Teilkündigung.

61 St. Rspr. seit BAG v. 8.11.1957, AP Nr. 2 zu § 242 BGB Betriebliche Übung; vgl. z.B. BAG v. 5.11.1992, EZA § 622 BGB Teilkündigung Nr. 6; BAG v. 23.3.2011, NZA 2011, 1036.

62 BAG v. 23.3.2011, NZA 2011, 1036; BAG v. 6.11.2007, BAGE 124, 314; BAG v. 13.3. 2007, BAGE 121, 369.

63 Vgl. BAG v. 7.10.1982, EZA § 315 BGB Nr. 28 = DB 1983, 1368.

64 BAG v. 7.10.1982, EZA § 315 BGB Nr. 28 = DB 1983, 1368; BAG v. 21.4.1993, AP Nr. 34 zu § 2 KSchG 1969.

65 BAG v. 7.10.1982, EZA § 315 BGB Nr. 28 = DB 1983, 1368; BAG v. 21.4.1993, AP Nr. 34 zu § 2 KSchG 1969.

66 BAG v. 7.10.1982, AP Nr. 5 zu § 620 BGB Teilkündigung; BAG v. 12.1.2005, DB 2005, 669 = NZA 2005, 465.

67 Vgl. BAG v. 21.4.1983, AP Nr. 34 zu § 2 KSchG 1969 = BB 1994, 432; BAG v. 17.9.1998 – 8 AZR 791/96.

die Grenzen der „Zumutbarkeit“ nach § 308 Nr. 4 BGB gewahrt werden. Hiernach ist die Vereinbarung eines Widerrufsvorbehaltes nur zulässig, wenn die vorbehaltene Änderung konkretisiert ist, die widerrufliche Leistung nach Art und Höhe eindeutig ist und die möglichen Widerrufsgründe (wirtschaftliche Gründe, Leistung oder Verhalten des Arbeitnehmers) sowie deren zum Widerruf führender Grad zumindest grob umrissen sind.<sup>68</sup>

#### Praxishinweis

Steht die Ausübung eines vertraglich vorbehaltenen Widerrufsvorbehaltes – z.B. die Privatnutzungsvereinbarung für Dienst-Kfz – in Rede, so ist eine **dreistufige Prüfung** vorzunehmen: Die Widerrufsmöglichkeit muss vertraglich vorbehalten sein (erste Stufe). Der Vorbehalt muss inhaltlich den Anforderungen an die §§ 305 ff. BGB entsprechen, insbesondere müssen die Gründe, aus denen ein Widerruf zulässig sein soll, sich bereits hinreichend transparent aus der Klausel selbst ergeben (zweite Stufe). Schließlich darf der Widerruf nicht in den Kernbereich des Austauschverhältnisses eingreifen, wozu die zu widerrufende Leistung nicht mehr als 20–25 % der Vergütung ausmachen darf (dritte Stufe).

42

Grundsätzlich kann jedes Arbeitsverhältnis Gegenstand einer Kündigung sein. Anderes gilt nur dann, wenn das Recht zur ordentlichen Kündigung **kraft Parteivereinbarung oder aus anderen Gründen ausgeschlossen ist**. Ein solcher Ausschluss der ordentlichen Kündigungsmöglichkeit ist beiderseits rechtlich möglich.<sup>69</sup> Der Arbeitgeber ist im Falle einer wirksamen Vereinbarung tatsächlich lebenslang gebunden, das Kündigungsrecht des Arbeitnehmers hingegen kann gem. § 624 BGB nur für maximal fünf Jahre und sechs Monate gebunden werden. Es bedarf zum Ausschluss des gesetzlichen Kündigungsrechts jedoch stets einer ausdrücklichen oder konkludenten Vereinbarung zwischen den Parteien oder einer tarifvertraglichen oder gesetzlichen Regelung. Jedoch sind die Anforderungen an eine konkludente Vereinbarung aufgrund der grundrechtlichen Schutzwirkung hoch. So liegt beispielsweise in der Vereinbarung einer „Lebensstellung“ nicht ohne Weiteres der Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts<sup>70</sup> (zum Weiteren vgl. § 6 Rdn 28 ff.).

43

**Befristete Arbeitsverhältnisse** sind grundsätzlich nicht ordentlich kündbar. Jedoch kann zwischen den Parteien vereinbart werden, dass ein befristetes Arbeitsverhältnis kündbar sein soll. Da die Vereinbarung der Kündbarkeit nicht vom Schriftformgebot des § 14 Abs. 4 TzBfG erfasst ist, reicht es aus, wenn sich der beiderseitige Wille der Parteien aus dem Vertrag oder den Umständen eindeutig ergibt.<sup>71</sup> Vereinbaren können die Parteien nicht nur die Kündbarkeit als solche, sondern auch weitere Modalitäten, z.B. eine verlängerte Kündigungsfrist<sup>72</sup> (zur Vereinbarung einer Probezeit im befristeten Arbeitsverhältnis vgl. auch Rdn 79, § 6 Rdn 28 ff.). Als Befristung in diesem Sinne zählt auch die Altersbefristung auf die Vollendung des Rentenalters. Enthält ein Arbeitsvertrag eine solche Befristung, jedoch keine Kündigungsklausel, ist er gem. § 625 BGB nicht ordentlich kündbar.

44

## IV. Form und Inhalt der Kündigung

### 1. Form der Kündigung

Seit Inkrafttreten des § 623 BGB zum 1.5.2000 bedarf jede Kündigung der **Schriftform**. § 623 BGB gilt sowohl für die arbeitgeber- als auch für die arbeitnehmerseitige Kündigung. Er gilt für **alle Kündigungen**, somit auch für die außerordentliche Kündigung. Keine Geltung entfaltet § 623 BGB demgegenüber für

45

68 BAG v. 12.1.2005, DB 2005, 669 = NZA 2005, 465; BAG v. 11.2.2008, NZA 2009, 428.

69 Stahlhacke/Preis/Vossen/Preis, § 13 Rn 255.

70 Erman/Riesenhuber, § 624 Rn 5; Staudinger/Temming, § 624 Rn 13; Stahlhacke/Preis/Vossen/Preis, § 13 Rn 256.

71 Vgl. BAG v. 4.7.2001, EzA § 620 BGB Kündigung Nr. 4; KR/Lipke/Bubach, § 15 TzBfG Rn 35 f.

72 Vgl. Hess. LAG v. 30.4.2008 – 18 Sa 1500/07, juris.

**Teilkündigungen** oder Änderungen von Arbeitsbedingungen im Rahmen des zulässigen **Widerrufsvorbehaltes** (vgl. Rdn 41). Denn § 623 BGB richtet sich nach dem ausdrücklichen Wortlaut nur auf die **Beendigung von Arbeitsverhältnissen**. Keine Anwendung findet § 623 BGB auch auf die Beendigung sonstiger Dienstverhältnisse, z.B. das eines **GmbH-Geschäftsführers**. Neben die Formvorschrift des § 623 BGB treten gesetzliche Formzwänge (§ 33 Abs. 3 BBiG), tarifliche Formzwänge (§ 57 BAT; der TVÖD enthält keine besondere Vorschrift hierzu) und betriebsverfassungsrechtliche Formvorschriften. In Arbeitsverträgen, die zumindest zur mehrfachen Verwendung bestimmt und vorformuliert sind, hindert § 309 Nr. 13 BGB eine strengere Formvorschrift als § 623 BGB. Neben der Formvorschrift des § 623 BGB ist insbesondere die Formvorschrift des **§ 22 Abs. 3 BBiG** zu beachten. Hiernach muss eine Kündigung im **Berufsausbildungsverhältnis** zwingend schriftlich erfolgen.

- 46** Die Anforderungen an die **Schriftform** ergeben sich aus § 126 Abs. 1 BGB. Demgemäß muss das Kündigungsschreiben vom Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden. Die elektronische Form ist ausgeschlossen. Mit seinen zusätzlichen Funktionen, der Identitätsfunktion, der Echtheitsfunktion und der Verifikationsfunktion schützt die Schriftform des § 623 BGB vor allem den Kündigungsempfänger, der bei einem Zugang einer Kündigung, die nicht in seiner Anwesenheit abgegeben wird, hinsichtlich der Identität des Ausstellers, der Echtheit der Urkunde und der Frage, wer die Erklärung abgegeben hat, regelmäßig nicht beim Erklärenden sofort nachfragen kann.<sup>73</sup> Das Schriftformerfordernis erfordert lediglich, dass die Urkunde durch den Aussteller **unterschrieben** ist. Nicht erforderlich, aber natürlich auch nicht hinderlich ist, dass die gesamte Urkunde handschriftlich verfasst ist.
- 47** Die Unterschrift muss unterhalb des Textes stehen und somit den eigentlichen Kündigungstext **räumlich abschließen**. Sie muss allein aufgrund der Unterschrift selber die Person des Ausstellers des Kündigungsschreibens hinreichend erkennbar machen. Die Unterzeichnung mit einer **Paraphe** oder mit **Initialen** reicht deshalb nicht aus. Indes bedarf es keiner **Lesbarkeit** des Namens.<sup>74</sup> Es genügt ein die Identität des Unterschreibenden ausreichend kennzeichnender Schriftzug, der individuelle und entsprechend charakteristische Merkmale aufweist, die eine Nachahmung erschweren.<sup>75</sup> Ferner ist für die Einhaltung der Schriftform erforderlich, dass alle Erklärenden die schriftliche Willenserklärung unterzeichnen.<sup>76</sup>
- 48** Grundsätzlich ist eine **Vertretung** bei Abgabe der Kündigungserklärung zulässig. Bei der Unterzeichnung eines Kündigungsschreibens muss der Bevollmächtigte das Vertretungsverhältnis zum Ausdruck bringen, was z.B. durch Voranstellung eines die Vertretung anzeigenden Zusatzes wie „i.V.“ geschehen kann, und erkennen lassen, dass er mit Vertretungswillen handelt. Stellt der Bevollmächtigte seiner Unterschrift hingegen das Kürzel „i.A.“ voran, kann dies unter Umständen zur Unwirksamkeit der Kündigung führen, wenn nicht aus den Umständen erkennbar ist, dass in Wirklichkeit eine Vertretung gewollt war.<sup>77</sup> Denn durch den Zusatz i.A. wird ausdrücklich auf ein Auftragsverhältnis hingewiesen. Bei einem solchen Verhältnis handelt der Auftragnehmer nicht im eigenen, sondern im fremden Namen. Dies führt aber dazu, dass das gesetzliche Schriftformerfordernis, das vom Auftraggeber = Arbeitgeber zu beachten ist, von vornherein nicht erfüllt werden kann. Nicht umfasst von der Schriftform ist die Erteilung der Vollmacht. Diese kann gem. § 167 Abs. 2 BGB formlos erteilt werden.<sup>78</sup> Wird sie aber nicht in verkörperter Form im Original bei Ausspruch der Kündigung vorgelegt, droht die Zurückweisung nach § 174 BGB (siehe hierzu Rdn 23 ff.).
- 49** Bei der Kündigung durch eine **juristische Person** muss das zur Vertretung berechtigte Organ unterzeichnen, bei der GmbH der oder die vertretungsberechtigten Geschäftsführer. Im Falle der Kündigung durch

73 BAG v 21.4.2005, NZA 2005, 865; vgl. zu den Formerfordernissen allgemein *Kramer*, DB 2006, 502.

74 BAG v. 24.1.2008, NZA 2008, 521; ArbG Berlin v. 30.10.2015, BB 2016, 634.

75 LAG Mecklenburg-Vorpommern v. 26.10.2023 – 3 Sa 79/22.

76 BGH v. 5.11.2003, NJW 2004 1103.

77 LAG Rheinland-Pfalz v. 19.12.2007, NZA-RR 2008, 403.

78 Vgl. LAG Rheinland-Pfalz v. 19.12.2007, NZA-RR 2008, 403.

eine GbR müssen jedenfalls dann, wenn in dem Kündigungsschreiben einer GbR alle Gesellschafter sowohl im Briefkopf als auch maschinenschriftlich in der Unterschriftenzeile aufgeführt sind, zur Wahrung der Schriftform alle GbR-Gesellschafter unterzeichnen oder sich mit Vertretungsvermerk vertreten lassen. Unterzeichne nämlich nur ein Teil der GbR-Gesellschafter, so das BAG, enthalte die Kündigungserklärung keinen hinreichend deutlichen Hinweis darauf, dass es sich nicht lediglich um den Entwurf eines Kündigungsschreibens handle, der versehentlich von den übrigen Gesellschaftern noch nicht unterzeichnet ist.<sup>79</sup> Wird das Kündigungsschreiben einer GmbH von einem Geschäftsführer oder Prokuristen, der die Gesellschaft nur gemeinsam mit einem weiteren Geschäftsführer oder Prokuristen vertreten kann, allein unterzeichnet, so kann dies zur Formunwirksamkeit der Kündigung nach § 623 BGB führen, jedenfalls dann, wenn der Geschäftsführer über der Unterschriftenzeile „Geschäftsführung“ unterzeichnet und kein Vertretungsvermerk erfolgt.<sup>80</sup> Der besondere Vertreter eines Vereins nach § 30 BGB kann in dem ihm zugewiesenen Geschäftsbereich autark vertreten und wahrt somit durch seine Unterschrift die Schriftform.

Die Kündigung muss in der Form zugehen, die für ihre Erstellung erforderlich ist.<sup>81</sup> Ein **Telefax** genügt somit dem Schriftformerfordernis nicht, da lediglich eine Kopie des Originals bei dem Empfänger ankommt. Auch eine **E-Mail** reicht nicht aus, da die elektronische Datei nicht unterschrieben ist. Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitnehmer ausdrücklich erklärt, ihm reiche eine Mail, eine andere Form sei nicht erforderlich.<sup>82</sup> Auch eine Mail mit angehängtem eingescanntem Kündigungsschreiben erfüllt das Schriftformgebot nicht.

Entspricht die Kündigung nicht dem Schriftformerfordernis des § 623 BGB, ist die einseitige Willenserklärung **nichtig, § 125 BGB**.

In Fällen, in denen die Nichtigkeitsfolge für die Parteien oder eine Partei zu schlechthin untragbaren Ergebnissen führt, kann diese nach **Treu und Glauben** (§ 242 BGB) durchbrochen werden.<sup>83</sup> Dies kommt z.B. in Betracht, wenn eine Partei arglistig über die Formbedürftigkeit täuscht,<sup>84</sup> wohingegen das bloße Ausnutzen einer bereits vorhandenen Unkenntnis beim Vertragspartner mangels Belehrungspflicht nicht ausreicht.<sup>85</sup> Eine Durchbrechung des Formerfordernisses ist z.B. anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer eine formwidrige Kündigung zunächst akzeptiert, eine neue Stelle antritt und sich dann nach einem Scheitern in der Probezeit gegenüber dem alten Arbeitgeber auf den Formmangel der Kündigung beruft,<sup>86</sup> wohingegen die zunächst widerspruchslöse Entgegennahme einer formwidrigen Kündigung nicht die spätere Berufung auf den Formmangel hindert.<sup>87</sup>

## 2. Inhalt der Kündigungserklärung

Die Kündigungserklärung ist eine **bestimmende Willenserklärung**. Sie muss demnach den Anforderungen an eine Willenserklärung im Allgemeinen genügen. Sie muss insbesondere hinreichend bestimmt und deutlich zu erkennen geben, dass der Arbeitgeber als Rechtsfolge die Auflösung des Arbeitsverhältnisses herbeiführen möchte. Maßgeblich ist, wie der **Kündigungsempfänger** die Erklärung unter Würdigung der ihm bekannten Umstände nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen musste.<sup>88</sup>

79 BAG v. 21.4.2005, NZA 2005, 865; BAG v. 28.11.2007, NZA 2008, 348.

80 LAG Baden-Württemberg v. 1.9.2005 – 11 Sa 7/05, n.v.

81 LAG Düsseldorf v. 23.2.1978, EzA § 125 BGB Nr. 4.

82 LAG Düsseldorf v. 25.6.2012 – 14 Sa 185/12, juris.

83 Vgl. BAG v. 4.12.1997, AP Nr. 141 zu § 626 BGB; BAG v. 20.8.1998, AP Nr. 5 zu § 127 BGB.

84 BAG v. 7.5.1986, AP Nr. 12 zu § 4 BAT.

85 Streitig hinsichtlich der Belehrungspflicht des Arbeitgebers. Wie hier: BAG v. 14.6.1994, EzA Nr. 11 zu § 123 BGB; a.A.:

*Tophoven*, Anm. zu LAG Kiel v. 23.11.1954, AP Nr. 1 zu § 4 TVG Ausschlussfristen.

86 BAG v. 4.12.1997, AP Nr. 141 zu § 626 BGB.

87 BAG v. 19.5.1988, AP Nr. 75 zu § 613a BGB.

88 BAG v. 19.1.1956, AP Nr. 1 zu § 620 BGB Kündigungserklärung; BAG v. 15.3.1991, NZA 1992, 452.

- 54 Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses bedarf grundsätzlich **keiner Angabe des Kündigungsgrunds**. Anderes gilt nur dann, wenn dies ausnahmsweise gesetzlich, in einem Tarif- oder Arbeitsvertrag vorgesehen ist. Ein gesetzlicher Begründungszwang findet sich in § 22 Abs. 3 BBiG für die fristlose Kündigung in einem Berufsausbildungsverhältnis. Tarifvertraglich ist z.B. in § 54 BMT G II eine Begründungspflicht vorgesehen. Ist im Arbeitsvertrag eine Klausel enthalten, wonach der Kündigungsgrund anzugeben ist, ist die Angabe der Gründe vom konstitutiven Schriftformerfordernis mit umfasst; das Fehlen dieser Angabe im Rahmen der schriftlichen Kündigung hindert dann die Formwirksamkeit der Kündigung.<sup>89</sup> Gibt der Arbeitgeber im Kündigungsschreiben einen Kündigungsgrund an, obwohl er nicht gesetzlich, tariflich oder vertraglich dazu verpflichtet ist, so hindert ihn dies nicht, die Kündigung im Prozess auch auf weitere Gründe zu stützen. Entscheidend ist ausschließlich das objektive Vorliegen eines Kündigungsgrundes. Materiell-rechtlich ist es daher zulässig, die Kündigung auch auf solche Tatsachen zu stützen, die bereits im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung vorlagen, vom Kündigenden jedoch nicht aufgegriffen worden sind. Eine andere Frage ist jedoch, ob angesichts ausdrücklich angegebener – und nicht tragender – Kündigungsgründe der dem Arbeitgeber obliegende Nachweis des Vorhandenseins anderer Kündigungsgründe noch gelingen kann. Grundsätzlich ist daher von der Angabe einer Begründung im Kündigungsschreiben abzuraten, sofern nicht aus Rechtsgründen erforderlich. Begründet ein Arbeitgeber im Kleinbetrieb die Kündigung mit „betriebsbedingten Gründen“ ist dies unerheblich. Insbesondere will er sich damit ersichtlich nicht in einen gewillkürten Anwendungsbereich des KSchG bringen.<sup>90</sup>
- 55 Aus der Kündigung muss sich ergeben, dass das Arbeitsverhältnis unter Wahrung der geltenden Kündigungsfrist und **zu welchem Termin** es aufgelöst werden soll. Dabei bedarf es weder der Angabe der **konkreten Frist** noch des **Enddatums**. Ausreichend ist es, dass der Arbeitnehmer eindeutig ermitteln kann, zu welchem Termin das Arbeitsverhältnis beendet werden soll. Eine ordentliche Kündigung „zum nächstzulässigen Termin“ ist möglich, wenn dem Erklärungsempfänger die Dauer der Kündigungsfrist bekannt oder für ihn bestimmbar ist. Dies liegt vor, wenn die rechtlich zutreffende Frist für den Kündigungsadressaten leicht feststellbar ist und nicht umfassende tatsächliche Ermittlungen oder die Beantwortung schwieriger Rechtsfragen erfordert. Die Ermittlung der maßgeblichen Kündigungsfrist kann sich aus Angaben im Kündigungsschreiben oder aus einer vertraglich in Bezug genommenen tariflichen Regelung ergeben. Wird hingegen eine ordentliche Kündigung nicht isoliert erklärt, sondern nur hilfsweise für den Fall der Unwirksamkeit einer außerordentlichen fristlosen Kündigung, besteht keine Unklarheit darüber, wann das Arbeitsverhältnis nach Vorstellung des Kündigenden enden soll. Der Kündigungsempfänger muss und kann sich in seinem praktischen Handeln auf diesen Beendigungszeitpunkt einstellen. Unter diesen Umständen kommt es nicht darauf an, ob es ihm ohne Schwierigkeiten möglich ist, die Kündigungsfrist der hilfsweise erklärten ordentlichen Kündigung zu ermitteln.<sup>91</sup> Weder die fehlende Berechnung der Kündigungsfrist noch eine falsche Berechnung schaden. Die nicht fristgerecht ausgesprochene Kündigung wirkt gem. § 140 BGB stets zum nächst zulässigen Termin.<sup>92</sup> Wird hingegen ein Termin angegeben, der **zeitlich nach dem nächsterreichbaren Kündigungstermin** liegt, so endet das Arbeitsverhältnis erst zu dem angegebenen Termin. Eine Kündigung ist nicht auslegungsfähig und damit nicht hinreichend bestimmt, wenn in der Erklärung mehrere Termine für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses genannt werden und für den Erklärungsempfänger nicht erkennbar ist, welcher Termin gelten soll.<sup>93</sup>

89 BAG v. 25.10.2012, NZA 2013, 900.

90 LAG Düsseldorf v. 2.8.2022 – 3 Sa 285/22.

91 BAG v. 20.1.2016, NZA 2016, 485.

92 BAG v. 18.5.1985, NZA 1986, 229; *Ascheid/Preis/Schmidt/Linck*, § 622 BGB Rn 44.

93 BAG v. 20.1.2016, NZA 2016, 485.

## V. Zeitpunkt und Zugang der Kündigung

### 1. Zeitpunkt der Kündigung

Die Kündigung kann zu **jeder Zeit** und **an jedem Ort** erfolgen. Die Kündigung kann somit auch an einem Sonntag oder an einem gesetzlichen Feiertag oder auch während des Urlaubs des Arbeitnehmers oder während einer Arbeitsunfähigkeit erklärt werden.<sup>94</sup>

56

Die Unzulässigkeit der Kündigung kann allenfalls dann in Betracht kommen, wenn die Kündigung **zur Unzeit** erfolgt. Allerdings hat das BAG hierfür sehr enge Grenzen gesetzt.<sup>95</sup> Zwar ist in mehreren gesetzlichen Bestimmungen ausdrücklich geregelt, dass eine Kündigung nicht zur Unzeit erfolgen darf (§ 627 Abs. 2 BGB, § 671 Abs. 2 BGB, § 723 Abs. 2 BGB), und dieses Verbot besitzt nach allgemeiner Ansicht auch einen verallgemeinerungsfähigen Inhalt. Dies bedeute, so das BAG, jedoch noch nicht, dass jede zur unpassenden oder anstößigen Zeit ausgesprochene Arbeitgeberkündigung als rechtsunwirksam anzusehen sei. Es sei zu beachten, dass die unzeitige Kündigung in den gesetzlich geregelten Fällen stets nur zur Schadenersatzpflicht des Kündigenden, nicht jedoch zur Unwirksamkeit der Kündigung führe.<sup>96</sup> Um die Unwirksamkeit einer zur Unzeit ausgesprochenen Kündigung begründen zu können, muss somit eine **massive Beeinträchtigung berechtigter Interessen des Kündigungsgegners** vorliegen, die die Kündigung zur Unzeit in die Nähe der ungehörigen Kündigung rückt. Dies kann der Fall sein, wenn der Erklärende absichtlich oder aufgrund einer auf Missachtung der persönlichen Belange des Empfängers beruhenden Gedankenlosigkeit einen Zugangszeitpunkt wählt, der den Empfänger besonders, also über den in der Kündigung ohnehin liegenden Nachteil hinaus, beeinträchtigt. Dies liegt aber nur in absoluten Ausnahmefällen vor. Der bloße zeitliche Zusammenhang mit einer Fehlgeburt der Arbeitnehmerin<sup>97</sup> reicht genauso wenig aus wie der Zugang der Kündigung am Heiligen Abend.<sup>98</sup> Zumindest in einem erst wenige Monate bestehenden Arbeitsverhältnis führt auch der Tod eines nahen Angehörigen nicht zu einem (auch nur temporären) Kündigungsausschluss. Denn einen Sonder-Kündigungsschutz wegen des Todes eines nahen Angehörigen, des Ehegatten oder Lebensgefährten, so das BAG, kennt das Gesetz grundsätzlich nicht.<sup>99</sup> Zur Unzeit kann eine Kündigung dann aber erklärt sein, wenn sie kurz vor einem Krankenhausaufenthalt in einer lebensbedrohlichen Situation erklärt wird.<sup>100</sup>

57

Unerheblich für den Zeitpunkt der Kündigung ist, ob das Arbeitsverhältnis bereits begonnen hat oder noch nicht. Nach der Rechtsprechung des BAG ist die **Kündigung vor Dienstantritt** grundsätzlich **zulässig**.<sup>101</sup> Die Parteien können indes vereinbaren, dass die ordentliche Kündigung vor Aufnahme der tatsächlichen Beschäftigung **ausgeschlossen** sein soll. In einem solchen Fall liegt dann ein temporärer vertraglicher Kündigungsausschluss vor.

58

### 2. Zugang der Kündigungserklärung

Die Kündigung ist eine einseitige **empfangsbedürftige** Willenserklärung und muss zu ihrer Wirksamkeit somit dem Empfänger zugehen, § 130 Abs. 1 BGB.

59

Unproblematisch ist der Zugang gegenüber **Anwesenden**. Das BGB regelt den Zugang unter Anwesenden nicht. Die Willenserklärung geht dem anwesenden Arbeitnehmer in dem Moment zu, in dem sie so in seinen Empfangsbereich kommt, dass der Empfänger unter regelmäßigen Umständen Kenntnis hiervon

60

94 BAG v. 14.11.1984, EzA § 242 BGB Nr. 38 = NZA 1986, 97.

95 Vgl. BAG v. 5.4.2001, NZA 2001, 890.

96 BAG v. 5.4.2001, NZA 2001, 890.

97 BAG v. 12.7.1990, AP Nr. 87 zu § 613.

98 BAG v. 14.11.1984, EzA § 242 BGB Nr. 38; a.A.: ArbG Passau v. 13.5.1987 – 1 Ca 16/87, n.v.

99 BAG v. 5.4.2001, NZA 2001, 890.

100 BAG v. 12.12.2013, BAGE 147, 50.

101 St. Rspr. seit BAG v. 22.8.1964, AP Nr. 1 zu § 620 BGB = DB 1964, 1705; BAG v. 2.11.1978, AP Nr. 3 zu § 620 BGB.

und vom Inhalt erlangen kann. Für den Zugang einer schriftlichen Kündigungserklärung unter Anwesenheit ist nicht darauf abzustellen, ob der Empfänger die **Verfügungsgewalt** über das Schriftstück **dauerhaft** erlangt hat. Es genügt vielmehr die Aushändigung und Übergabe des Schriftstücks, sodass der Empfänger in der Lage ist, vom Inhalt der Erklärung Kenntnis zu nehmen. Mit der Übergabe des Schriftstücks ist dem grundsätzlichen Interesse an rechtzeitiger Information, auf dem das Zugangserfordernis beruht, genügt. Wird die Kündigungserklärung somit dem anwesenden Arbeitnehmer übergeben, ist sie in dem Moment zugegangen, in dem dieser die Kündigungserklärung greifen kann. Ob er die Kündigung dann an sich nimmt oder liegen lässt, ist für den Zugang unerheblich. Selbst dann also, wenn der Arbeitnehmer auf der Originalkündigung den Empfang quittiert, selber dann aber nur eine Kopie erhält, ist die Kündigung zugegangen.<sup>102</sup> Der Adressat einer persönlich übergebenen schriftlichen Kündigungserklärung kann ihren Zugang nicht dadurch hinauszögern oder verhindern, dass er den Brief ungeöffnet an den Überbringer zurückgibt.<sup>103</sup>

61

*Praxishinweis*

Mehr als die Frage des Zugangs ist an dieser Stelle die Frage der **Beweislast** praxisrelevant. Es empfiehlt sich daher stets, den Arbeitnehmer auf einer Kopie der schriftlichen Kündigungserklärung den Empfang der Kündigungserklärung quittieren zu lassen und in dem Fall, dass der Arbeitnehmer diese Quittung verweigert, einen Zeugen hinzuzuziehen. Dies schafft Rechtssicherheit.

Erfahrungsgemäß schrecken Arbeitnehmer davor zurück, im Zusammenhang mit dem Empfang einer Kündigung eine Unterschrift zu leisten. Es empfiehlt sich deshalb, die Empfangsquittung möglichst eindeutig als solche auszugestalten, um jeglichen Anschein zu vermeiden, dass der Arbeitnehmer hiermit auf irgendwelche Rechte verzichtet.

Die Praxis hat gezeigt, dass die folgende Formulierung zu einer erhöhten Akzeptanz der Empfangsquittung führt:

*Empfangsbestätigung*

*Hiermit bestätige ich, die obige Kündigung heute im Original persönlich übergeben bekommen zu haben. Das Recht, gegen die Kündigung vorzugehen, behalte ich mir vor.*

*Ort, Datum*

Für den Fall, dass der Arbeitnehmer nicht bereit ist, den Empfang zu quittieren, empfiehlt sich die Übergabe **unter Zeugen**. Hierbei ist darauf zu achten, dass die anwesenden Zeugen auch Zeueneigenschaft vor Gericht haben. Der Geschäftsführer einer GmbH ist kein tauglicher Zeuge.

62

Unter **Abwesenden** geht die Kündigung dann zu, wenn die Erklärung so in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass bei Annahme gewöhnlicher Verhältnisse damit zu rechnen ist, dass er von ihr Kenntnis nehmen kann.<sup>104</sup>

63

Ein in den **Wohnungsbrieffkasten** eingeworfener Brief geht in dem Zeitpunkt zu, in dem mit der Leerung des Brieffkastens gerechnet werden kann oder – unabhängig davon<sup>105</sup> – wenn der Arbeitnehmer die Kündigung dem Brieffkasten entnimmt. Dies ist jedenfalls noch bis zum gewöhnlichen Postzustellungszeitpunkt der Fall.<sup>106</sup> Wann dies ist, ist von Arbeitsgericht zu Arbeitsgericht unterschiedlich. Als Anhalt kann genommen werden, dass jedenfalls in Großstädten noch bei Einwurf bis 14.00 Uhr eines Werktags mit Kenntnisnahme noch am selben Tag gerechnet werden kann,<sup>107</sup> im ländlicheren Bereich wird eher 12:00 Uhr angenommen. Etwaig seltene späte Zustellungen durch private Anbieter prägen in der Regel

102 BAG v. 4.11.2004, BB 2005, 1007.

103 Sächsisches LAG v. 11.2.2003 – 7 Sa 292/02, ZInsO 2004, 352.

104 St. Rspr., vgl. z.B. BAG v. 25.4.1996, EzA § 130 BGB Nr. 27.

105 LAG München v. 17.12.2019 – 6 Sa 543/18.

106 LAG Nürnberg v. 5.1.2004, NZA-RR 2004, 631.

107 LAG Berlin v. 22.1.1999, AuA 1999, 326.

nicht die Verkehrsanschauung über die regelmäßige Leerung des Hausbriefkastens.<sup>108</sup> Grundsätzlich muss der Einwurf in den **Wohnungsbriefkasten** erfolgen. Verfügt ein Haus mit mehreren Mietparteien aber über keine Briefkästen und erfolgt die Postzustellung üblicherweise durch Einwurf aller Sendungen in den dafür vorgesehenen Briefschlitz der Haustür (Hausbriefkasten), ist ein auf diesem Weg per Boten zugestelltes Kündigungsschreiben in den Machtbereich des Empfängers gelangt und diesem zugegangen.<sup>109</sup> Ab dem Zeitpunkt des Zugangs trägt dann der Empfänger das Verlustrisiko, wobei aber je nach den Umständen eine Klagezulassung nach § 5 KSchG in Betracht kommen kann.<sup>110</sup>

Die Rechtsprechung zum Zugangszeitpunkt bei Einwurf in den Wohnungsbriefkasten hat den Ausgangspunkt, ob nach der Verkehrssitte noch an demselben Tag damit gerechnet werden kann, dass der Arbeitnehmer in seinen Briefkasten schaut. Dies soll nach Ansicht des BAG aus dem Jahre 1983 täglich letztmalig mit den allgemeinen Postzustellungszeiten der Fall sein.<sup>111</sup> Nach der Privatisierung der Post, der Flexibilisierung der allgemeinen Zustellungszeiten (in Bürohäusern wird beispielsweise unter Berufung auf die dortigen Arbeitszeiten samstags teilweise gar nicht mehr zugestellt) und angesichts der zunehmenden Verbreitung der Nutzung von Botendiensten (selbst durch die Gerichte) ist diese strikte Erwartungshaltung nicht mehr zeitgemäß. Hinzu kommt, dass jedenfalls dann, wenn der Arbeitnehmer berufstätig ist, eine Inspektion des Briefkastens ohnehin erst nach der Rückkehr von der Arbeit faktisch möglich ist. Die besseren Gründe sprechen daher dafür, einen Zugang durch Einwurf in den Wohnungsbriefkasten noch an demselben Tag so lange anzunehmen, wie im jeweiligen Einzelfall nach objektiverer Erwartungshaltung noch mit einem solchen Einwurf gerechnet werden muss. Dieser Zeitpunkt dürfte insbesondere im Hinblick auf die Verbreitung von Botendiensten werktags nicht vor 20.00 Uhr liegen. Die Rechtsprechung scheint zu einer vorsichtigen Flexibilisierung der 1983 vom BAG aufgestellten Grundsätze zu tendieren. So soll ein durch Boten gegen 12.40 Uhr in den Briefkasten des Arbeitnehmers eingeworfenes Kündigungsschreiben auch dann noch am selben Tage zugehen, wenn der normale Posteinwurf üblicherweise etwa zwei Stunden früher erfolgt.<sup>112</sup> Auch eine besondere individuelle Erwartungshaltung kann zu einer anderen Bewertung führen. Muss der Arbeitnehmer damit rechnen, an demselben Tag noch eine Postsendung zu erhalten, kann auch ein erst um 16.00 Uhr eingeworfenes Schreiben noch an demselben Tag zugehen.<sup>113</sup> Ein **unter der Wohnungstür** des Empfängers durchgeschobener Brief wird auch noch am Abend zugehen können, solange damit gerechnet werden kann, dass der Arbeitnehmer den Bereich seiner Wohnungstür nochmals betritt.

Notwendig, aber auch ausreichend ist die **abstrakte Möglichkeit der Kenntnisnahme**. Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist es grundsätzlich unerheblich, dass der Arbeitnehmer aus in seiner Person liegenden Gründen nicht in der Lage war, von der Kündigung Kenntnis zu nehmen. Demgemäß kann auch eine Kündigung **während des Urlaubs des Arbeitnehmers** bereits am Tag des Einwurfs zugehen, selbst dann, wenn der Arbeitnehmer verreist ist und dies dem Arbeitgeber bekannt ist.<sup>114</sup> Die Rechtsprechung verweist den Arbeitnehmer auf die Möglichkeit der **nachträglichen Zulassung gem. § 5 KSchG**. Auch eine **Krankheit**, infolge derer der Arbeitnehmer bettlägerig ist, hindert nicht den Zugang der Kündigungserklärung.<sup>115</sup>

Für den Zugang ist es unerheblich, ob die Kündigung dem Kündigungsempfänger oder einem **Empfangsvertreter** zugeht. Ist hingegen der Empfänger nur als **Empfangsbote** anzusehen, geht die Kündigung erst mit tatsächlicher Kenntnisnahme des Empfängers selbst zu (vgl. Rdn 32 ff.; zur Zugangsvereitelung in diesen Fällen vgl. Rdn 73).

108 BAG v. 22.8.2019 – 2 AZR 111/19.

109 LAG Düsseldorf v. 19.9.2000, MDR 2001, 145.

110 LAG Hamm v. 18.12.2014 – 8 Sa 432/14.

111 BAG v. 8.12.1983, NZA 1984, 31.

112 LAG Hamm v. 26.5.2004 – 14 Sa 182/04, n.v.

113 LAG Berlin v. 11.12.2003, NZA-RR 2004, 528; BAG v. 26.3.2015, NZA 2015, 1183.

114 BAG v. 16.3.1988, EzA § 130 BGB Nr. 16.

115 BAG v. 16.1.1976, EzA § 130 BGB Nr. 5.

64

65

66

- 67 Gegenstand des Zugangs muss die gem. § 623 BGB in Schriftform abgefasste Kündigungserklärung sein. Wird die Kündigungserklärung per **Einschreibesendung mit Rückschein** verschickt und wirft der Briefträger lediglich den Benachrichtigungszettel in den Hausbriefkasten ein, so geht hierdurch die Kündigung grundsätzlich nicht zu.<sup>116</sup> Der Zugang tritt erst dann ein, wenn der Arbeitnehmer den Brief auch tatsächlich abholt.<sup>117</sup> Holt der Arbeitnehmer den Einschreibebrief nicht ab, ist die Kündigung auch nicht zugegangen. Eine andere Frage ist, ob möglicherweise eine Zugangsvereitelung in Betracht kommt (vgl. unten Rdn 72 f.).
- 68 Auch die Übersendung mittels **Übergabe-Einschreiben** führt zur Hinterlegung eines Benachrichtigungszettels, wenn der Empfänger der Nachricht nicht angetroffen wird. Es gelten somit die oben dargestellten Grundsätze. Die Kündigung geht erst dann zu, wenn der Empfänger das Schreiben tatsächlich in der Hand hat.
- 69 Rechtssicherer ist das so genannte **Einwurf-Einschreiben**. Hierbei wird der Brief durch den Postboten nachweisbar zu einer dokumentierten Zeit an einem dokumentierten Datum in den Hausbriefkasten des Empfängers eingeworfen. Sichergestellt ist somit zunächst, dass nicht bereits „systemimmanent“ eine Zustellung der Kündigung als solche nicht erfolgt. Problematisch ist hingegen, dass mittels der durch die Post AG im Internet verfügbaren Information, wann die Sendung zugestellt worden ist, ein Beweis, schon gar ein Urkundsbeweis, nicht ohne weiteres zu führen ist. Jedenfalls handelt es sich nach der Rechtsprechung bei einem Ausgabebeleg mit Datenauszug nicht um eine öffentliche Urkunde,<sup>118</sup> was erst recht für einen Ausdruck aus dem Internet gelten muss. Der Arbeitgeber ist somit darauf verwiesen, den Zeugenbeweis durch Vernehmung des Briefzustellers zu führen.
- 70 Die sicherste Möglichkeit der Übermittlung der Kündigung ist nach wie vor die Übermittlung **durch Boten**. Dabei ist zu beachten, dass der Bote selbst ein geeigneter Zeuge sein muss (nicht also Partei wie z.B. der GmbH-Geschäftsführer).
- 71 *Praxishinweis*  
Der Bote sollte zur Vermeidung der Vernehmung mehrerer Zeugen **zweierlei** bezeugen können:<sup>119</sup> Zum einen sollte er bezeugen können, dass sich die im Original unterschriebene Kündigung in dem von ihm transportierten Briefumschlag befand, denn nicht selten erklären Arbeitnehmer, dass bei ihnen eingegangene Briefumschläge leer gewesen seien. Es ist deshalb unabdingbar, dass der Bote oder zumindest ein anderer Zeuge beim Eintüten der Kündigung anwesend ist. Bereits aus Gründen der Vereinfachung sollte es jedoch der Bote sein.  
Des Weiteren muss der Bote bezeugen, dass und wann er das Schreiben in den Wohnungsbriefkasten des Arbeitnehmers eingeworfen oder diesem den Umschlag übergeben hat. In beiden Fällen hilft zudem eine fotografische Dokumentation.
- 72 Unter besonderen Umständen kann es sein, dass der Arbeitnehmer sich eine Kündigung, die er tatsächlich später oder gar nicht erhalten hat, **so zurechnen lassen muss**, als hätte er diese zu einem früheren Zeitpunkt erhalten. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer die Annahme der Kündigung grundlos verweigert, obwohl er erkannt hat, dass es sich um eine Kündigung handelt oder er zumindest mit dem Eingang rechtserheblicher Mitteilung des Arbeitgebers rechnen musste.<sup>120</sup> Vereitelt der Arbeitnehmer den Zugang der Kündigung dadurch, dass er beim Arbeitgeber eine falsche Adresse angibt, ist er so zu

116 BAG v. 25.4.1996, AP Nr. 35 zu § 4 KSchG 1969; LAG Rheinland-Pfalz v. 4.8.2011 – 10 Sa 156/11, juris.

117 BAG v. 15.11.1962, EzA § 130 BGB Nr. 2; LAG Rheinland-Pfalz v. 4.8.2011 – 10 Sa 156/11, juris.

118 LAG Hamm v. 22.5.2002 – 3 Sa 847/01, LAGReport 2003, 8.

119 Vgl. exemplarisch LAG Hamm v. 18.12.2015 – 8 Sa 432/14.

120 Allgemeiner Grundsatz, vgl. BAG v. 4.3.1965, AP Nr. 5 zu § 130 BGB = NJW 1965, 747; BAG v. 25.4.1996, AP Nr. 35 zu § 4 KSchG 1996 = DB 1996, 2235.

behandeln, als wäre das an diese Adresse gerichtete Kündigungsschreiben zugegangen.<sup>121</sup> Muss der Arbeitnehmer mit dem Zugang eines Kündigungsschreibens rechnen und versendet der Arbeitgeber dieses mit Einschreiben/Rückschein, so kann die Nichtabholung des Briefes nach Erhalt eines Benachrichtigungszettels zur Annahme der treuwidrigen Vereitelung des Zugangs und einer Zugangsfiktion führen.<sup>122</sup> Dasselbe gilt dann, wenn das Kündigungsschreiben per Übergabe-Einschreiben versendet wird und der Arbeitnehmer die Entgegennahme grundlos verweigert, obwohl er damit rechnen musste, dass das Schreiben eine Kündigungserklärung enthalten könnte.<sup>123</sup>

Die **Fiktion des Zugangs** knüpft an ein treuwidriges Verhalten des Arbeitnehmers an. Handelt ein Dritter treuwidrig, so ist die Frage, ob der Arbeitnehmer sich dies zurechnen lassen muss. Lehnt beispielsweise ein Empfangsbote die Entgegennahme der Kündigung ab, tritt die Fiktion des Zugangs gegenüber dem Arbeitnehmer nur dann ein, wenn dieser vorher Einfluss darauf genommen hat, dass der Empfangsbote die Annahme verweigern solle.<sup>124</sup>

Der Arbeitgeber ist für den Zugang der Kündigung **beweispflichtig**. Bei Einschreibesendungen gleich welcher Art kann der Zugang nur durch Privaturkunde (Auslieferungsschein etc.) oder durch Zeugenbeweis (Postbote) geführt werden. Hiermit ist aber jeweils nur der Zugang des Briefumschlages bewiesen, nicht, dass dessen Inhalt auch die Kündigung war. Hierzu muss also separat Beweis angeboten werden. Bei Übermittlung durch einen Boten kann dieser idealerweise beides bezeugen, womit sich diese Übermittlungsart als die effizientere erweist. Es empfiehlt sich deshalb insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Nachweisbarkeit, mit der Überbringung der Kündigung einen Boten zu beauftragen. Auch Boten von Botendiensten sind regelmäßig bereit, eine schriftliche Erklärung zu dem Inhalt der von ihnen übersandten Erklärung abzugeben, wenn man die Kündigungserklärung vor ihren Augen eintütet und den Umschlag zuklebt.

## VI. Kündigungsfristen und Kündigungstermine

Die Kündigungsfristen für Arbeitsverhältnisse richten sich in erster Linie nach dem Vertrag, mangels vertraglicher oder tarifvertraglicher Regelung nach § 622 BGB. Nach § 622 BGB gilt eine **Grundkündigungsfrist** von vier Wochen zum 15. oder zum Ende eines Kalendermonats. Vier Wochen sind dabei 28 Tage, nicht etwa ein Monat.

Gem. § 622 Abs. 2 BGB verlängert sich die Kündigungsfrist bei einer Kündigung **durch den Arbeitgeber** in insgesamt sieben Stufen abhängig von der Dauer der Beschäftigung.

Für die Berechnung der Dauer der Kündigungsfrist gem. § 622 Abs. 2 BGB ist der **ununterbrochene rechtliche Bestand** des Arbeitsverhältnisses zwischen den konkreten Arbeitsvertragsparteien entscheidend. Dabei ist davon auszugehen, dass keine relevante Unterbrechung vorliegt, wenn mehrere Arbeitsverträge unmittelbar aufeinander folgend geschlossen wurden und in einem engen sachlichen (inhaltlichen) Zusammenhang zueinander stehen.<sup>125</sup> Für die Frage, ob dies so ist, kann auch die Dauer der Unterbrechung herangezogen werden. Es gelten dieselben Grundsätze wie im Rahmen des § 1 KSchG zur Berechnung der Wartefrist. Jedenfalls eine Unterbrechung von fünf Monaten ist zu lang, um einen engen Zusammenhang annehmen zu können.<sup>126</sup> Ist die Beschäftigungszeit eines früheren Arbeitsverhältnisses anzurechnen, bleibt die zwischen den Arbeitsverhältnissen liegende Unterbrechungszeit unberücksichtigt.<sup>127</sup> Geht das Arbeitsverhältnis nach § 613a BGB auf einen anderen Arbeitgeber über, ist die beim

121 BAG v. 22.9.2005, NZA 2006, 204.

122 BAG v. 7.11.2002, NZA 2003, 719.

123 LAG Rheinland-Pfalz v. 23.3.2012 – 9 Sa 698/10, juris.

124 BAG v. 11.11.1992, EzA § 130 BGB Nr. 24.

125 BAG v. 20.2.2014, BAGE 147, 251; BAG v. 22.9.2006, NZA 2006, 429; BAG v. 10.5.1989, BAGE 62, 48; BAG v. 6.12.1976, BAGE 28, 252; LAG Bremen v. 19.1.2005 – 2 Sa 268/03, juris; KR/*Spilger*, § 622 BGB Rn 69 m.w.N.

126 BAG v. 22.9.2005, NZA 2006, 429.

127 BAG v. 17.6.2003, AP Nr. 61 zu § 622 BGB.

Betriebsveräußerer erbrachte Beschäftigungszeit anzurechnen,<sup>128</sup> anders aber dann, wenn zwar eine Beschäftigung in demselben Betrieb erfolgte, nicht aber bei demselben Arbeitgeber und ohne dass ein Betriebsübergang vorgelegen hätte.<sup>129</sup> Zeiten, die in einem anderen Konzernunternehmen zurückgelegt worden sind, sind demgegenüber nicht anrechenbar, es sei denn, dies wäre ausdrücklich anders vereinbart. Da es alleine auf den rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses ankommt, ist es unerheblich, ob das Arbeitsverhältnis gelebt wurde. Auch wenn beispielsweise eine Arbeitnehmerin nahezu das ganze Arbeitsverhältnis in Elternzeiten war, verlängern sich daher die Kündigungsfristen. Zeiten der Berufsausbildung werden auf die Wartezeit angerechnet.<sup>130</sup> Zeiten, während derer ein Leiharbeiter in den Betrieb des Entleihers eingegliedert war, sind in einem späteren Arbeitsverhältnis zwischen ihm und dem Entleiher regelmäßig nicht anzurechnen.<sup>131</sup>

- 78** § 622 BGB gilt grundsätzlich für alle ordentlichen Kündigungen und für alle Arbeitnehmer. Er gilt deshalb auch für Teilzeitbeschäftigte oder geringfügig Beschäftigte.<sup>132</sup> § 622 BGB gilt unabhängig von dem Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes.
- 79** Eine **kürzere als die gesetzliche Kündigungsfrist** nach § 622 Abs. 2 BGB kann gem. § 622 Abs. 3 BGB für die Dauer von sechs Monaten im Falle der Vereinbarung einer **Probezeit** gelten. In diesem Fall kann das Arbeitsverhältnis gesetzlich mit einer Frist von zwei Wochen gekündigt werden. Nach der zutreffenden Rspr. des BAG ist es nicht notwendig, dass die Parteien ausdrücklich die kurze Kündigungsfrist des § 622 Abs. 3 BGB vereinbaren. Ausreichend ist vielmehr, dass die Parteien eine Probezeit vereinbaren. Die verkürzte Kündigungsfrist gilt dann ipso iure.<sup>133</sup> Die Kündigungsfristen und Termine gem. § 622 Abs. 2 BGB sind gem. § 622 Abs. 4 BGB **tarifdispositiv**.
- 80** *Praxishinweis*  
Da sehr viele Tarifverträge abweichende Kündigungsfristen und -termine vorsehen, ist der Rechtsanwalt gut beraten, eine etwaige Tarifgeltung vor Ausspruch einer Kündigung zu überprüfen.
- 81** Auch in **befristeten Arbeitsverhältnissen** ist die ausdrückliche Vereinbarung einer Probezeit ausreichend, um während dieser Probezeit eine Kündbarkeit mit den kurzen Fristen des § 622 Abs. 3 BGB zu erreichen.<sup>134</sup> Denn das Erfordernis der ausdrücklichen Zulassung der Kündigung nach § 15 Abs. 3 TzBfG unterliegt nicht dem Schriftformerfordernis gem. § 14 Abs. 4 TzBfG. Allerdings muss die Länge der Probezeit im Verhältnis zu der erwarteten Dauer der Befristung und der Art der Tätigkeit stehen, § 15 Abs. 3 TzBfG.
- 82** Treffen **einzelvertraglich** vereinbarte Kündigungsfrist **und gesetzliche Kündigungsfrist** aufeinander, gilt grundsätzlich die für den Arbeitnehmer günstigere (= längere) Frist, zum Günstigkeitsvergleich in der Gesamtschau von Kündigungsfrist und Kündigungstermin siehe Rdn 85 ff.
- 83** Sowohl § 622 BGB als auch viele Tarifverträge und einzelvertraglich vereinbarte Kündigungsbestimmungen enthalten neben der Kündigungsfrist auch die Festlegung eines **Kündigungstermins**. Die Kündigung zum 15. gem. § 622 Abs. 1 BGB entfaltet ihre Wirkung zum Ablauf des 15. des jeweiligen Monats, also dem 15., 24:00 Uhr. Die Kündigung zum Ende des Monats wirkt zum 30., 24:00 Uhr.
- 84** Die einzelvertragliche Vereinbarung von Kündigungsfrist und Kündigungstermin ist mangels anderer Anhaltspunkte regelmäßig als Einheit zu betrachten.<sup>135</sup> Ein Vermischen von Kündigungsfristen und

128 BAG v. 20.2.2014, BAGE 147, 251; BAG v. 18.9.2003, AP Nr. 62 zu § 622 BGB.

129 BAG v. 20.2.2014, BAGE 147, 251.

130 KR/*Spilger*, § 622 BGB Rn 72.

131 BAG v. 20.2.2014, BAGE 147, 251.

132 *Pauly/Osnabrügge*, Teilzeitarbeit, § 10 Rn 7 ff.

133 BAG v. 22.7.1971, AP Nr. 11 zu § 620 BGB Probearbeitsverhältnis; BAG v. 15.8.1984, AP Nr. 8 zu § 1 KSchG 1969; *Stahlhacke/Preis/Vossen/Preis*, Rn 491; KR/*Spilger*, § 622 BGB Rn 179.

134 BAG v. 4.7.2001 – 2 AZR 88/00, EzA § 620 BGB Kündigung Nr. 4; LAG Rheinland-Pfalz v. 10.4.2008 – 2 Sa 776/07, juris.

135 BAG v. 4.7.2001, NZA 2002, 380, 382.

Kündigungsterminen je danach, welche Kombination zu einer für den Arbeitnehmer günstigeren Lösung führt, ist damit ausgeschlossen.

Eine andere Frage ist, welche Kündigungsfrist zu welchem Kündigungstermin gilt, wenn einzelvertraglich vereinbarte und gesetzliche/tarifvertragliche Kündigungsfristen und -Termine nicht zu einem eindeutigen Auslegungsergebnis führen. Diese vielfach unter dem Stichwort „**Günstigkeitsvergleich**“ behandelte Problematik kann sich beispielsweise stellen, wenn je nach Kündigungszeitpunkt mal die gesetzliche, mal die vertragliche Regelung günstiger ist (z.B.: Kündigungsregelung Vertrag: sechs Wochen zum Quartalsende, anrechenbare Betriebszugehörigkeit: fünf Jahre). Nach einer Ansicht ist konkret-situativ zu entscheiden, also auf die Regelung abzustellen, die zum jeweiligen Kündigungszeitpunkt für den Arbeitnehmer die längste Kündigungsfrist bedingt.<sup>136</sup> Danach könnte im Beispiel also im Dezember erst zum 31.3. (sechs Wochen zum Quartal), Anfang Februar aber zum 30.4. (zwei Monate) gekündigt werden. Nach anderer Ansicht ist ein abstrakter Vergleich durchzuführen. Entscheidend soll sein, welche Regelung losgelöst vom konkreten Kündigungstermin die längere Bindungsdauer des Kündigenden bewirkt.<sup>137</sup> Für den genannten Beispielsfall ist im Rahmen der letztgenannten Meinung wiederum streitig, zu welchen Konsequenzen der Grundsatz des „abstrakten Vergleichs“ führt. Nach einer Ansicht soll die mit sechs Wochen zum Quartal vereinbarte Frist vorgehen, da sie im Jahresschnitt zu einer längeren Bindungsdauer führe.<sup>138</sup> Nach der Gegenansicht soll die gesetzliche Kündigungsfrist gelten, während die vertragliche Frist nichtig sei.<sup>139</sup>

Das BAG hat sich mittlerweile auf die letztgenannte Sicht festgelegt: Eine Einheit von vertraglicher Kündigungsfrist und vertraglichem Kündigungstermin kann sich gegen die maßgeblichen gesetzlichen Kündigungsfristen- und -termine nur durchsetzen, wenn sie aus der Sicht zum Zeitpunkt der Kündigung in jedem Fall zu einer späteren Beendigung des Arbeitsverhältnisses führen. Es genügt nicht, dass die vertragliche Regelung für die längere Zeit innerhalb eines Kalenderjahres den besseren Schutz gewährt. Offengelassen hat das BAG hingegen die Frage, ob eine einheitliche, von der Dauer der Betriebszugehörigkeit unabhängige, einzelvertragliche Kündigungsfrist so lange Vorrang genießen kann, bis sie schließlich mit einer für den Arbeitnehmer günstigeren Frist gemäß der Stufenregelung des § 622 Abs. 2 S 1 BGB kollidiert.<sup>140</sup> Schlüssel zur Problematik ist, dass es sich in Wahrheit nicht um einen „Günstigkeitsvergleich“ handelt und wegen § 622 Abs. 5 BGB auch nicht handeln darf. Ein Günstigkeitsvergleich ist zwischen tarifvertraglichen und individualvertraglichen Regelungen nach § 4 Abs. 3 TVG gesetzlich angeordnet. Für das Verhältnis der Kündigungsfristen des § 622 BGB und individualvertraglicher Fristen gilt nach § 622 Abs. 5 BGB etwas anderes: Die Kündigungsfristen sowohl des § 622 Abs. 1 BGB als auch des § 622 Abs. 2 BGB sind einseitig zwingend. Eine Vereinbarung, die zu Lasten des Arbeitnehmers kürzere Kündigungsvorschriften vorsieht, ist nichtig. An Stelle der Vereinbarung tritt die gesetzliche Frist. Für ein „cherry-picking“ fehlt jegliche gesetzliche Grundlage. Dies gilt bereits deshalb, weil § 622 BGB für einheitliche Lebenssachverhalte einheitliche Rechtsfolgen anordnet und bei anderer Sichtweise die jeweils anzuwendende Kündigungsfrist aus der Regelung nicht mit hinreichender Deutlichkeit und von vornherein absehbar entnommen werden kann. In vorformulierten und für mehr als einen Fall bestimmten Arbeitsverträgen kann wegen des auch im Arbeitsrecht anwendbaren Verbots geltungserhaltender Reduktion von aufgrund Gesetzesverstoßes nichtigen Regelungen (§ 306 BGB) ohnehin nichts anderes gelten. Die Konfliktlage ist danach zu lösen, ob die vertragliche Frist in zumindest einem denkbaren Zeitpunkt die gesetzliche Mindestfrist unterschreitet. Im Ergebnis wird die vertragliche Regelung (sechs Wochen zum Quartal) **ab dem Zeitpunkt nichtig**, ab dem das Arbeitsverhältnis länger als vier Jahre Bestand

85

86

136 Däubler/Deinert/Zwanziger/Callsen, § 622 BGB Rn 52.

137 Ascheid/Preis/Schmidt/Linck, § 622 BGB Rn 119 f.; MüKo-BGB/Engshuber, § 622 BGB Rn 97; Stahlhacke/Preis/Vossen/Preis, Rn 442; ErfK/Müller-Glöge, § 622 BGB Rn 38; Diller, NZA 2000, 293, 296 f.

138 Diller, NZA 2000, 293, 297; MüKo-BGB/Engshuber, § 622 BGB Rn 106 f.

139 Ascheid/Preis/Schmidt/Linck, § 622 BGB Rn 121; Stahlhacke/Preis/Vossen/Preis, Rn 442.

140 BAG v. 29.1.2015, BAGE 150, 337.

hat, bzw. dahingehend auszulegen, dass die Parteien von Anfang an nur eine abweichende Regelung gegenüber der Grundkündigungsfrist und allenfalls noch der ersten Stufe des § 622 Abs. 2 BGB treffen wollten. Ab diesem Zeitpunkt (nicht allerdings bereits vorher) gelten die gesetzlichen Fristen und Termine, und zwar unabhängig davon, welche Regelung im konkreten Fall für den Arbeitnehmer besser gewesen wäre. Hierauf können sich dann – auch wenn der Arbeitsvertrag eine AGB ist – beide Seiten berufen, auch der Arbeitgeber.<sup>141</sup>

- 87 Kollidieren hingegen einzelvertragliche Vereinbarung und tarifliche Normen miteinander, gilt wegen der Regelung des § 4 TVG ein echter Günstigkeitsvergleich. Dabei ist grundsätzlich davon auszugehen, dass längere Kündigungsfristen für den Arbeitnehmer günstiger sind.<sup>142</sup> Auch insoweit bilden Kündigungsfristen und Kündigungstermine eine Einheit.<sup>143</sup> Zum Meinungsstand kann im Wesentlichen auf Rdn 85 f. verwiesen werden, denn beide Problemkreise werden meistens unter dem Stichwort „Günstigkeitsvergleich“ zusammen abgehandelt. Auch in diesem Fall ist aber nach richtiger Ansicht kein konkreter Vergleich zum Zeitpunkt der Kündigung anzustellen. Mit dem BAG kommt es auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses an, da ansonsten stets ungewiss wäre, ob die Regelung für den Arbeitnehmer zu den einzelnen Zeitpunkten günstiger wäre oder nicht.<sup>144</sup> Zu diesem Zeitpunkt ist ein Abstellen auf die im konkreten Fall günstigere Regelung schlechterdings unmöglich. Die Lösung des Problems kann auch hier kein Zählurteil sein, welche Regelung im Laufe eines Kalenderjahres die größte Anzahl günstigerer Regelungen trifft.<sup>145</sup> Denn § 4 Abs. 3 TVG verlangt eine ex ante vorgenommene Einschätzung, ob die Regelung eine Abweichung vom Tarifvertrag zugunsten des Arbeitnehmers enthält, nicht etwa „ob und inwieweit“ die Regelung vom Tarifvertrag abweicht, oder „welche Regelung tendenziell günstiger ist“.<sup>146</sup> Ist also ex ante betrachtet auch nur in einem denkbaren Anwendungsfall einer Stufe der Beschäftigungsdauer die individualvertragliche Regelung ungünstiger als der Tarifvertrag, gilt für und ab dieser Stufe ohne Ausnahme der Tarifvertrag, und die individualvertragliche Regelung ist insoweit nichtig.

88 *Praxishinweis*

Für den anwaltlichen Berater des Arbeitgebers ist die dargestellte Problematik entspannt zu betrachten. Der Arbeitgeber kann sich diejenige Kündigungsfrist herausuchen, die unter den denkbaren Varianten zu der kürzesten Bindungsdauer führt und „hilfsweise zum nächsten rechtlich möglichen Zeitpunkt“ kündigen. Im „schlimmsten Fall“ gilt dann die längere Kündigungsfrist als gewahrt.

- 89 Die bisherige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts hat Kündigungen, bei der die gesetzliche oder vertragliche Kündigungsfrist nicht gewahrt war, als **jeweils zum nächst zulässigen Termin wirkend angesehen**, ohne sich zunächst festzulegen, ob dieses Ergebnis durch eine Auslegung nach §§ 133, 157 BGB oder durch Umdeutung nach § 140 BGB zu erzielen war.<sup>147</sup> Richtigerweise handelt es sich um eine Auslegung, die zu diesem Ergebnis führt. Sofern sich nämlich bereits durch die Auslegung der Willenserklärung der objektive Bedeutungsgehalt einer mit falscher Frist ausgesprochenen Kündigungserklärung dahin erschließt, dass eine Kündigung mit der gesetzlich, tariflich oder einzelvertraglich vorgesehenen Kündigungsfrist ausgesprochen sein soll, bedarf es des Umweges über die Umdeutung gar nicht. Einer solchen Auslegung steht auch nicht grundsätzlich das Bestimmtheitsgebot entgegen.<sup>148</sup> Nur dann,

141 LAG Hessen v. 8.7.22 – 14 Sa 355/22.

142 Ascheid/Preis/Schmidt/Linck, § 622 BGB Rn 120.

143 BAG v. 4.7.2001, NZA 2002, 380, 382.

144 BAG v. 12.4.1972, AP Nr. 13 zu § 4 TVG Günstigkeitsvergleich.

145 So aber Diller, NZA 2000, 293.

146 So Diller, NZA 2000, 293, 297.

147 BAG v. 18.4.1985, AP Nr. 20 zu § 622 BGB.

148 BAG v. 21.10.1981 – 7 AZR 407/79, juris; BAG v. 15.12.2005, NZA 2006, 791.

wenn sich aus der Kündigung und den im Rahmen der Auslegung zu berücksichtigenden Umständen des Einzelfalles ein Wille des Arbeitgebers ergibt, die Kündigung ausschließlich zum erklärten, nicht aber zu einem späteren Zeitpunkt gegen sich gelten zu lassen, scheidet eine Auslegung – allerdings dann auch eine Umdeutung – aus.<sup>149</sup> Ist eine ordentliche Kündigung ohne weiteren Zusatz zu einem bestimmten Datum erklärt worden, steht das Bestimmtheitsgebot demgemäß der Auslegung der Kündigungserklärung als eine Kündigung zu einem anderen Termin entgegen.<sup>150</sup>

§ 622 BGB enthält lediglich **Mindestkündigungsfristen**. Eine Kündigung ist also auch dann rechtmäßig, wenn sie nicht zum nächsten rechtlich möglichen Zeitpunkt, sondern z.B. zum übernächsten rechtlich möglichen Zeitpunkt erklärt wird. Sie wirkt dann aber auch erst zu diesem Zeitpunkt. Soll jedoch durch eine Kündigung mit außergewöhnlich langer Kündigungsfrist in Wahrheit die Befristungskontrolle umgangen werden, ist sie als Umgehungsgeschäft nichtig, § 134 BGB.

§ 622 Abs. 5 BGB sieht eine **Kleinbetriebsklausel** vor. Hiernach kann eine kürzere Kündigungsfrist als die Grundkündigungsfrist des § 622 Abs. 1 BGB vereinbart werden, wenn ein Arbeitnehmer zur vorübergehenden Aushilfe bis zur Dauer von drei Monaten eingestellt wird sowie dann, wenn der Arbeitgeber in der Regel nicht mehr als 20 Arbeitnehmer ausschließlich der zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten beschäftigt und die Kündigungsfrist vier Wochen nicht unterschreitet. Die gesetzliche Mindestkündigungsfrist von **vier Wochen** gilt somit nur für den Fall des § 622 Abs. 5 S. 1 Nr. 2 BGB, nicht für die Aushilfsarbeitsverhältnisse. Obwohl der Gesetzgeber eine Verkürzung der Kündigungsfristen vorgesehen hat, ist nach zutreffender Ansicht auch eine **Abweichung von den Kündigungssterminen** in den in § 622 Abs. 5 BGB enthaltenen Fällen möglich.<sup>151</sup>

Werden einzelvertraglich Kündigungsfristen vereinbart, so darf gem. **§ 622 Abs. 6 BGB** für den Arbeitnehmer keine längere Frist für die Kündigung vereinbart werden als für den Arbeitgeber. Zulässig ist indes die einzelvertragliche Vereinbarung derselben Kündigungsfristen für den Arbeitnehmer wie für den Arbeitgeber. § 622 Abs. 6 BGB steht daher nicht einer Vertragsklausel entgegen, die vorsieht, dass dann, wenn sich für den Arbeitgeber die Kündigungsfristen verlängern, diese Verlängerung auch für den Arbeitnehmer eintritt. Den früheren Streit über die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 622 Abs. 6 BGB hat das BAG mittlerweile aufgelöst: Vereinbaren die Parteien unter Verstoß gegen § 622 Abs. 6 BGB für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitnehmer eine längere Frist als für die Kündigung durch den Arbeitgeber, muss auch der Arbeitgeber bei Kündigung des Arbeitsverhältnisses die für den Arbeitnehmer vereinbarte (längere) Kündigungsfrist einhalten (§ 622 Abs. 6 BGB i.V.m. § 89 Abs. 2 HGB analog).<sup>152</sup>

Jegliche einzelvertragliche Verlängerung der Kündigungsfrist darf **maximal** zu einer **Bindungsdauer** von fünf Jahren und sechs Monaten führen. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz des § 624 BGB. Hiernach ist auch ein Arbeitsverhältnis, das für die Lebenszeit einer Person eingegangen ist, erstmals nach fünf Jahren mit einer Kündigungsfrist von sechs Monaten, erstmals also zum Ablauf des 66. Monats des Arbeitsverhältnisses kündbar.<sup>153</sup>

Die Kündigungsfristen **berechnen sich** nach §§ 186 ff. BGB. Nach § 187 Abs. 1 BGB wird der Tag, an dem die Kündigung zugeht, nicht mitgerechnet. Die Frist beginnt somit um 0:00 Uhr des auf den Zugang folgenden Tages. Die Kündigungsfrist endet gem. § 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB mit Ablauf des Tages, der durch seine Benennung dem Tag des Zugangs der Kündigung entspricht.

149 BAG v. 15.12.2005, NZA 2006, 791; BAG v. 6.7.2006, NZA 2006, 1405.

150 BAG v. 1.9.2010, BAGE 135, 255.

151 KR/*Spilger*, § 622 BGB Rn 195.

152 BAG v. 2.6.2005, NZA 2005, 1176.

153 Vgl. Stahlhacker/Preis/Vossen/Preis, Rn 453.

95

*Beispiele*

Kündigungsfrist: 1 Monat zum Monatsende

Kündigungszugang: 30.4.2013

Beginn der Kündigungsfrist gem. § 187 Abs. 1 BGB: 1.5.2010, 00:00 Uhr

Fristende gem. § 188 Abs. 2, 3 BGB: 31.5.2013, 24:00 Uhr

96

Da am Tage des Ablaufs der Kündigungsfrist keine Willenserklärung abzugeben ist, findet **§ 193 BGB keine Anwendung**. Die Kündigungsfrist läuft also auch dann ordnungsgemäß ab, wenn der letzte Tag der Kündigungsfrist auf einen Sonn- oder Feiertag oder einen Samstag fällt.

## § 2 Außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses

Dr. Stephan Pauly/Michael Pauly

### Inhalt

	Rdn		Rdn
<b>A. Einführung</b> .....	1	III. Schwerbehinderte Menschen .....	72
<b>B. Außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslauffrist</b> .....	5	1. Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung .....	72
<b>C. Arten der Kündigung</b> .....	9	2. Einholung der Zustimmung des Integrationsamts/Inklusionsamts .....	73
<b>D. Unkündbarkeit (= Ausschluss der ordentlichen Kündigung)</b> .....	11	IV. Pflegezeit .....	82
<b>E. Kündigungsberechtigung</b> .....	13	V. Betriebsverfassungsrechtliche Amtsinhaber .....	83
<b>F. Ausschlussfrist</b> .....	14	VI. Vertrauensperson der schwerbehinderten Menschen .....	93
<b>G. Abmahnung</b> .....	23	VII. Beauftragter für den Datenschutz .....	94
<b>H. Wichtiger Grund</b> .....	25	VIII. Abfallbeauftragter .....	98
<b>I. Interessenabwägung</b> .....	28	IX. Gewässerschutzbeauftragter .....	99
<b>J. Verdachtskündigung</b> .....	30	X. Geldwäschebeauftragte .....	100
<b>K. Art der Kündigungsgründe</b> .....	33	XI. Mandatsträger .....	101
I. Betriebsbedingte Kündigung .....	33	<b>O. Beteiligung des Betriebsrats</b> .....	107
II. Personenbedingte Kündigung .....	41	<b>P. Darlegungs- und Beweislast</b> .....	111
III. Verhaltensbedingte Kündigung .....	45	<b>Q. Verwertungsverbot</b> .....	115
<b>L. Weitere Beispiele</b> .....	57	<b>R. Sozialversicherungsrecht</b> .....	118
<b>M. Außerordentliche Arbeitnehmerkündigungen</b> .....	60	<b>S. Muster</b> .....	119
I. Einführung .....	60	I. Anhörung des Betriebsrats .....	119
II. Art der Kündigungsgründe .....	61	II. Einholung der Zustimmung des Integrationsamts/Inklusionsamts (nachfolgend nur: Integrationsamt) .....	120
III. Beispiele .....	65	III. Antrag auf Zustimmung zur Kündigung einer unter das MuSchG fallenden Arbeitnehmerin .....	121
<b>N. Sonderkündigungsschutz</b> .....	68	IV. Außerordentliche Kündigung mit vorsorglicher ordentlicher Kündigung .....	122
I. Mutterschutz .....	68	<b>T. Checkliste: Außerordentliche Kündigung</b> .....	123
II. Elternzeit .....	70		

### Literatur

*Barthel/Parafianowicz*, Die Zwei-Wochen-Frist des § 626 II BGB beim Ausspruch der außerordentlichen Kündigung und ihre Herausforderungen, SPA 2021, 14; *Bauer/Günther*, Kündigung wegen beleidigender Äußerungen auf Facebook – Vertrauliche Kommunikation unter Freunden?, NZA 2013, 67; *Bergwitz*, Der Abfallbeauftragte – das unbekannte Wesen, NZA 2021, 542; *Bodenstedt*, Anmerkung zu BAG v. 3.7.2003, EWiR 2004, 613; *Eufinger*, Besonderheiten der außerordentlichen Kündigung im Spiegel der Rechtsprechung, ArbRAktuell 2020, 29; *Fuhlrott*, Das Zustimmungserteilungsverfahren zur Kündigung Schwerbehinderter, ArbRAktuell 2011, 317; *Gragert*, Außerordentliche krankheitsbedingte Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen, ArbRAktuell 2018, 161; *Holler*, Die Änderungskündigung im arbeitsgerichtlichen Verfahren, JA 2021, 587; *Howald*, Die außerordentliche (personenbedingte) Arbeitgeberkündigung bei Unkündbarkeit, öAT 2013, 1; *Jesgarzewski*, Gründe für die au-