Aufsatz ZR

Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Hamann und Wiss. Mitarb. Ass. Dipl.-Kffr. Tanja Rudnik

Die Kündigungserklärung des Arbeitgebers

DOI 10.1515/jura-2015-0158

Das Arbeitsrecht und damit das Kündigungsschutzrecht ist sowohl für die Erste wie die Zweite Juristischen Prüfung überaus relevant¹. Das entspricht seiner praktischen Bedeutung. Neben dem allgemeinen Kündigungsschutz nach dem KSchG und den verschiedenen Regelungen über den besonderen Kündigungsschutz² dürfen die allgemeinen Kündigungsvoraussetzungen nicht vernachlässigt werden. Der sicherste Kündigungsgrund vermag dem Arbeitgeber nicht zum Erfolg zu verhelfen, wenn die Kündigungserklärung selbst fehlerhaft ist. Manche Arbeitgeber scheitern schon daran, dass sie den Kündigungswillen nicht hinreichend bestimmt formulieren. Das BAG hat in seiner aktuellen Rechtsprechung insbesondere die Angabe der Kündigungsfrist in den Fokus gerückt. Der Beitrag soll auf typische Problemfelder aufmerksam machen.

Als einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung muss die Kündigungserklärung den Bestimmungen des Allgemeinen Teils des BGB entsprechen. Sie muss insbesondere hinreichend bestimmt sein, wirksam abgegeben werden und dem Arbeitnehmer zugehen (§§ 130 ff. BGB). Die diesbezüglichen Anforderungen hat die Rechtsprechung im Laufe der Zeit konkretisiert. Hierüber sollten Prüfungskandidaten informiert sein.

I. Bestimmtheit

Das Gesetz räumt dem Kündigenden die Möglichkeit ein, einseitig die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien zu gestalten. Der Empfänger ist in dieser Situation besonders schutzbedürftig. Wenn er die Rechtsänderung schon hin-

nehmen muss, muss er zumindest klar erkennen können, welche Rechtsfolgen ihn aufgrund der Kündigungserklärung treffen. Deshalb sind die Anforderungen an die Bestimmtheit höher als bei sonstigen Willenserklärungen.

1. Inhalt

Fall 1: Arbeitnehmer A befindet sich in der Probezeit mit einer Kündigungsfrist von zwei Wochen. Am 31. Januar übergibt ihm sein Arbeitgeber ein Schreiben mit folgendem Inhalt: »Sehr geehrter Herr A, da wir mit Ihren Leistungen nicht zufrieden sind, möchten wir das Arbeitsverhältnis mit Ihnen zum 15. Februar beenden. Für Ihre Zukunft wünschen wir Ihnen alles Gute.« A verlangt auch für die Zeit nach dem 15. Februar Arbeitsentgelt mit der Begründung, bei dem Schreiben handele es sich nicht um eine Kündigung, sondern um ein Angebot zum Abschluss eines Aufhebungsvertrags.

Der Kündigende muss klar zum Ausdruck bringen, dass er das Arbeitsverhältnis beenden will. Für den Empfänger muss außer Frage stehen, dass eine Auflösung nicht nur angeregt oder erwogen wird, sondern durch die Erklärung endgültig herbeigeführt werden soll. Außerdem muss deutlich werden, dass die Beendigung gerade durch eine Kündigung als einseitige Willenserklärung und nicht durch einen anderen Beendigungstatbestand erfolgen soll, z.B. durch Anfechtung oder Aufhebungsvertrag.

Der Inhalt der Kündigungserklärung erschließt sich gemäß §§ 133, 157 BGB durch Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont. Nach der Andeutungstheorie sind neben dem Wortlaut der Erklärung auch die Begleitumstände zu würdigen, soweit der dadurch erkennbare Kündigungswille in der schriftlichen Erklärung zumindest andeutungsweise Ausdruck gefunden hat³. Im Zweifel ist anzunehmen, dass der Erklärende das gewollt hat, was seiner objektiven Interessenlage entspricht⁴. Demnach ist eine rechtlich zulässige Kündigung nur dann abzulehnen, wenn die Erklärung Hinweise auf einen anderen Beendigungstatbestand enthält. Der Verzicht auf das Wort »Kündigung« schließt deren Vorliegen jedenfalls nicht aus⁵.

1 Vgl. etwa §§ 11 Abs. 2 Nr. 6, 51 Abs. 4, 52 Abs. 1 Nr. 1 JAG NRW 2003 (Pflichtfach).

2 Z. B. § 626 BGB, § 15 KSchG, § 9 MuSchG, § 18 BEEG, §§ 85, 91 SGB IX.

Wolfgang Hamann: Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Wirtschaftsprivat- und Arbeitsrecht an der Fakultät für Wirtschaftswissenschaften der Universität Duisburg-Essen.

Tanja Rudnik: Die Autorin ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin an diesem Lehrstuhl.

3 BAG v. 16. 9. 2004 – 2 AZR 628/03, NZA 2005, 635.

4 ErfK/Müller-Glöge, 15. Aufl. 2015, § 620 BGB Rn. 19.

5 BAG v. 5. 2. 2009 – 6 AZR 151/08, AP KSchG 1969 § 4 Nr. 69.

Der Arbeitgeber in Fall 1 konnte das Arbeitsverhältnis ohne Mitwirkung des A durch Kündigung zum 15. Februar beenden. Zwar wurde das Wort »Kündigung« nicht verwendet. Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages lag aber weder im Interesse des Arbeitgebers noch wies die Erklärung auf einen entsprechenden Willen hin. Die Endgültigkeit wird auch durch die guten Wünsche indiziert. Das Arbeitsverhältnis endete durch Kündigung. – Um jegliche Auslegungsrisiken zu vermeiden, sollte der Kündigende seinen einseitigen Beendigungswillen durch Verwendung des Wortes »Kündigung« unmissverständlich zum Ausdruck bringen.

2. Unbedingte Geltung

Fall 2: Arbeitnehmer A erhält von seinem Arbeitgeber U ein Schreiben mit folgendem Wortlaut: »Hiermit kündige ich das mit Ihnen bestehende Arbeitsverhältnis ordentlich zum 31. Mai, ...

- a) jedoch wird die Kündigung bei Neubeauftragung durch unseren Großkunden B gegenstandslos.
- b) falls die außerordentliche Kündigung vom 3. Januar nicht wirksam sein sollte.
- c) falls Sie Ihre Arbeit nicht bis zum 20. Januar wiederaufnehmen sollten.
- d) falls Ihre Leistungen bis zum 30. April nicht die Anforderungen erfüllen.

Als einseitiges Gestaltungsrecht ist die Beendigungskündigung bedingungsfeindlich. Das gilt für aufschiebende wie für auflösende Bedingungen. Es soll keine Ungewissheit darüber bestehen, ob eine Kündigung erklärt wurde und das Arbeitsverhältnis endet. Der Arbeitgeber darf sein unternehmerisches Risiko nicht durch eine bedingte Kündigung auf den Arbeitnehmer abwälzen.

Im Fall 2 a) ist die Kündigung daher unwirksam⁶.

Zulässig ist die Kündigung unter einer Rechtsbedingung. Darunter versteht man eine »hilfsweise« oder »vorsorglich« erklärte, auflösend bedingte Kündigung⁷. Bei Zugang der Kündigung ist erkennbar, dass der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis auf jeden Fall beenden will. Er beruft sich aber vorrangig auf einen anderen Beendigungsstatbestand (Anfechtung, Aufhebungsvertrag, andere Kündigung). Wird dessen Wirksamkeit festgestellt, so tritt die auflösende Bedingung ein und die aktuelle Kündigung wird nach § 158 Abs. 2 BGB unwirksam.

In Fall 2 b) hofft der Arbeitgeber, dass das Arbeitsverhältnis bereits durch seine außerordentliche Kündigung beendet worden ist. Mit einer eventuell erforderlichen ordentlichen Kündigung will er aber nicht warten, bis die Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung feststeht. Diese Kündigung ist zunächst wirksam; stellt

das Arbeitsgericht die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung fest, so wird die ordentliche Kündigung unwirksam.

Außerdem kann eine Kündigung mit einer Potestativbedingung verbunden werden⁸. Darunter versteht man eine Bedingung, deren Eintritt allein vom Willen des Empfängers abhängt. Für ihn entsteht also keine Rechtsunsicherheit, da er über den Bedingungseintritt entscheidet⁹. Danach kann auch die Änderungskündigung als Kündigung unter einer Potestativbedingung angesehen werden, weil die Annahme des Änderungsangebots allein vom Willen des Kündigungsempfängers abhängt¹⁰.

In Fall 2 c) steht die Kündigung unter einer Potestativbedingung, denn A kann allein entscheiden, ob er die Arbeit wieder aufnimmt. Anders verhält es sich in Fall 2 d): Ob die Leistungen des A den Anforderungen entsprechen, hängt auch von der Bewertung des Arbeitgebers ab. Damit entscheidet nicht ausschließlich A über den Bedingungseintritt; die Kündigung ist unwirksam¹¹.

Bei der Formulierung bedingter Kündigungen ist besondere Sorgfalt erforderlich. Dass es sich trotz der Bedingung bereits um eine Kündigung und nicht etwa eine Abmahnung handelt, muss eindeutig sein. Die bloße Androhung einer Kündigung liegt etwa in folgendem Wortlaut:

»Falls Sie Ihre Arbeit nicht bis zum 20. Januar wiederaufnehmen, sehen wir uns gezwungen, das Arbeitsverhältnis mit Ihnen zu kündigen.«

3. Angabe der Kündigungsfrist

a) Auslegung

Fall 3: Die Voraussetzungen für eine verhaltensbedingte Kündigung des seit neun Jahren bei U beschäftigten Arbeitnehmers A liegen vor. Am 31. Januar erhält A von U ein Schreiben folgenden Inhalts:

- a) Hiermit kündige ich das Arbeitsverhältnis mit der gesetzlichen Frist des § 622 BGB.
- b) Hiermit kündige ich das Arbeitsverhältnis zum nächstmöglichen Zeitpunkt.
- c) Hiermit kündige ich das Arbeitsverhältnis.
- d) Hiermit kündige ich das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Frist des § 622 BGB zum 31. März.
- e) Hiermit kündige ich das Arbeitsverhältnis zum 31. März.

⁸ BAG v. 27. 6. 1968 – 2 AZR 329/67, NJW 1968, 2078.

⁹ BAG v. 27. 9. 2001 – 6 AZR 404/00, EzA § 1 TVG Nr. 44.

¹⁰ MüArbR/Wank, 3. Aufl. 2009, § 96 Rn. 35.

¹¹ BAG v. 27. 6. 1968 – 2 AZR 329/67, NJW 1968, 2078.

⁶ BAG v. 15. 3. 2001 – 2 AZR 705/99, BB 2001, 1960.

⁷ BAG v. 10. 4. 2014 – 2 AZR 647/13, NJW 2014, 3533.

Der Empfänger der Kündigung muss zunächst erkennen können, ob eine ordentliche oder eine außerordentliche Kündigung gewollt ist. Dem BAG zufolge ist stets von einer ordentlichen Kündigung auszugehen, wenn sich der Wille des Kündigenden zur Kündigung aus wichtigem Grund nicht zweifelsfrei aus der Erklärung ergibt¹².

Bei einer ordentlichen Kündigung muss außerdem bestimmbar sein, zu welchem Termin das Arbeitsverhältnis enden soll¹³. Dazu kann entweder die Kündigungsfrist (Zeitraum zwischen Kündigung und Ende des Arbeitsverhältnisses) oder der Kündigungstermin (Zeitpunkt, an dem das Arbeitsverhältnis endet) mitgeteilt werden. Diese müssen sich nicht allein aus dem Wortlaut der Kündigungserklärung ergeben. Der Arbeitnehmer muss sie aber unschwer ermitteln können, indem er die Erklärung unter Berücksichtigung aller ihm erkennbaren Begleitumstände auslegt¹⁴. Dazu benötigt er regelmäßig Kenntnis über die Vorschriften zur Berechnung der Kündigungsfrist sowie über die Dauer seines Arbeitsverhältnisses. Die Bestimmtheit ist nach Auffassung des BAG zu bejahen, wenn weder umfassende tatsächliche Ermittlungen noch die Beantwortung schwieriger Rechtsfragen erforderlich sind¹⁵. Die Beschäftigungsdauer wird der Arbeitnehmer im Regelfall kennen, so dass der Arbeitgeber sie ihm nicht mitzuteilen braucht¹⁶. Allerdings kann z.B. ein möglicher Betriebsübergang in der Vergangenheit, von dem die Dauer des Arbeitsverhältnisses abhängt, zu komplexen tatsächlichen und rechtlichen Fragen führen.

Für die Berechnung der Kündigungsfrist kommen gesetzliche, tarifvertragliche und einzelvertragliche Regelungen in Betracht. Diese können nebeneinander gelten und sich sogar widersprechen. Selbst in einem solchen Fall hat das BAG angenommen, ein Servicetechniker könne die zutreffende Frist problemlos bestimmen¹⁷. Das wirft die Frage auf, für wen die Beantwortung anfallender Rechtsfragen schwierig sein muss, damit die Kündigung unbestimmt ist – für den Arbeitnehmer, einen Rechtsanwalt oder das BAG?

Auch § 622 Abs. 2 S. 2 BGB kann die Bestimmung der zutreffenden Kündigungsfrist erschweren. Die Vorschrift, nach der bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer Zeiten vor der Vollendung des 25. Lebensjahrs des Arbeit-

nehmers nicht berücksichtigt werden, steht zwar nach wie vor im Gesetz, ist wegen Verstoßes gegen Europarecht¹⁸ jedoch unanwendbar¹⁹.

In Fall 3 a) bringt der Arbeitgeber zum Ausdruck, dass er ordentlich kündigen will. Verweist er zusätzlich auf die maßgeblichen Vorschriften für die Berechnung der Kündigungsfrist oder fügt er der Kündigung den Gesetzestext bei²⁰, so kann der Arbeitnehmer den Beendigungszeitpunkt in der Regel problemlos ermitteln. Die Erklärung ist dann hinreichend bestimmt.

In Fall 3 b) ist die Kündigungserklärung dahingehend zu verstehen, dass die Auflösung des Arbeitsverhältnisses zum bei Anwendung der einschlägigen Bestimmungen frühestmöglichen Termin eintreten soll. Die Bestimmtheit hängt dann davon ab, ob A die Kündigungsfrist kennt oder leicht feststellen kann²¹. Dies ist im Einzelfall zu beurteilen.

In Fall 3 c) geht aus der Erklärung selbst nicht einmal hervor, ob es sich um eine ordentliche oder eine außerordentliche Kündigung handeln soll. Obgleich in dieser Form noch nicht entschieden, dürfte selbst eine solche Kündigungserklärung bestimmt genug sein, wenn die Begleitumstände nicht auf eine außerordentliche Kündigung hinweisen und die Kündigungsfrist für den Arbeitnehmer bestimmbar ist.

Denkbar ist schließlich, dass der Arbeitgeber in der Kündigung einen falschen Beendigungszeitpunkt angibt. In diesem Fall ist entscheidend, ob eine Auslegung der Kündigungserklärung ergibt, dass der Arbeitgeber mit der richtigen und für den Arbeitnehmer bestimmbar Frist kündigen wollte und sich lediglich verrechnet hat. Lässt sich die Kündigung als fristgerecht auslegen, so ist sie wirksam und das Arbeitsverhältnis endet zum richtigen Kündigungstermin²². Lässt der Arbeitgeber aber erkennen, dass er in jedem Falle zum genannten, unzulässigen Zeitpunkt kündigen will, so ist diese Kündigung zwar bestimmt, aber unwirksam²³.

In Fall 3 d) muss U gemäß § 622 Abs. 2 Nr. 3 BGB eine Kündigungsfrist von drei Monaten einhalten, so dass in der Kündigungserklärung ein falscher Beendigungszeitpunkt angegeben ist. Allerdings kann A durch Auslegung unschwer erkennen, dass U eine ordentliche Kündigung zum gesetzlich vorgesehen Termin aussprechen will. Diesen kann er unter Einbeziehung der ihm verfügbaren Informationen ohne große Probleme ermitteln. Die Kündigung ist deshalb wirksam. Das Arbeitsverhältnis endet am 30. April.

Ob eine ordentliche Kündigung mit fehlerhafter Kündigungsfrist im Regelfall als eine solche mit richtiger Kündi-

12 BAG v. 13. 1. 1982 – 7 AZR 757/79, AP BGB § 620 Kündigungserklärung Nr. 2.

13 BAG v. 20. 6. 2013 – 6 AZR 805/11, NZA 2013, 1137.

14 BAG v. 10. 4. 2014 – 2 AZR 647/13, NJW 2014, 3533.

15 BAG v. 10. 4. 2014 – 2 AZR 647/13, NJW 2014, 3533; v. 23. 5. 2013 – 2 AZR 54/12, NZA 2013, 1197, 1202.

16 BAG v. 20. 6. 2013 – 6 AZR 805/11, NZA 2013, 1137.

17 BAG v. 10. 4. 2014 – 2 AZR 647/13, NJW 2014, 3533.

18 EuGH v. 19. 1. 2010 – C-555/07 [Kücükdeveci], NZA 2010, 85.

19 BAG v. 1. 9. 2010 – 5 AZR 700/09, NJW 2010, 3740.

20 BAG v. 20. 6. 2013 – 6 AZR 805/11, NZA 2013, 1137.

21 BAG v. 10. 4. 2014 – 2 AZR 647/13, NJW 2014, 3533.

22 BAG v. 15. 5. 2013 – 5 AZR 130/12, NZA 2013, 1076.

23 BAG v. 1. 9. 2010 – 5 AZR 700/09, NZA 2010, 1409.

gungsfrist ausgelegt werden kann, wird von verschiedenen Senaten des BAG unterschiedlich beurteilt: Der Zweite Senat hat angenommen, dass dies möglich sei, weil Arbeitgeber in der Regel die Kündigungsfrist wahren wollen²⁴. Der Fünfte Senat sieht für einen solchen Erfahrungssatz keine Grundlage²⁵. Das Risiko der zutreffenden Bestimmung der Kündigungsfrist dürfe nicht auf den Arbeitnehmer abgewälzt werden. Das überzeugt nur teilweise. Auch ohne empirische Untersuchung wird man annehmen können, dass Arbeitgeber in der Regel nicht bewusst versuchen, dem Arbeitnehmer eine kürzere Kündigungsfrist vorzutauschen²⁶. Wird eine Kündigung weder fristlos noch zu einem weit in der Zukunft liegenden Termin (z. B. bei Betriebsstilllegung) ausgesprochen, dann wird der Arbeitnehmer in der Regel davon ausgehen, dass der Arbeitgeber seine Kündigungsentscheidung unter Einhaltung der Kündigungsfrist so kurzfristig wie möglich umsetzen will. Die Angabe des Kündigungstermins fasst er dann nicht als Willens-, sondern als Wissenserklärung auf²⁷. Eine Auslegung als fristgerechte Kündigung scheidet allerdings aus, wenn die Begleitumstände dagegen sprechen. Das ist etwa der Fall, wenn es im Vorfeld Streit über die richtige Kündigungsfrist gab²⁸.

In Fall 3 e) lässt die Kündigungserklärung nicht erkennen, ob der Arbeitgeber die Kündigungsfrist einhalten wollte. Der Zweite Senat würde sie mangels entgegenstehender Anhaltspunkte als fristgerechte Kündigung zum 30. April auslegen, während der Fünfte Senat die Kündigung für unwirksam halten würde.

b) Umdeutung

Eine Auslegung im Sinne der zutreffenden Kündigungsfrist verringert nicht den Arbeitnehmerschutz. Denn selbst wenn man die Unwirksamkeit der Kündigung wegen Angabe einer falschen Kündigungsfrist annimmt, ist dies nicht unbedingt das endgültige Resultat. Es kommt noch eine Umdeutung gemäß § 140 BGB in Betracht. Danach gilt ein zulässiges Rechtsgeschäft anstelle eines nichtigen, wenn dies dem mutmaßlichen Willen des Erklärenden

entspricht. Der Arbeitgeber will durch die Kündigung in aller Regel eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses zum nächstmöglichen Termin erreichen. Es entspricht normalerweise seiner Interessenlage, das Arbeitsverhältnis möglichst kostengünstig zu beenden. Ist die Kündigung wegen Angabe einer falschen Kündigungsfrist unwirksam, so ist folglich im Zweifel eine Umdeutung in eine Kündigung zum richtigen Zeitpunkt angebracht²⁹. Auf diese Weise kann sogar eine außerordentliche fristlose in eine ordentliche Kündigung unter Einhaltung der Kündigungsfrist umzudeuten sein³⁰. Die Umdeutung scheidet jedoch aus, wenn aus der Kündigung oder den Umständen des Einzelfalls ein eindeutiger Wille des Arbeitgebers hervorgeht, das Arbeitsverhältnis dauerhaft fortzusetzen, falls der von ihm genannte Kündigungstermin unzulässig ist³¹. Das wird kaum jemals der Fall sein, so dass die Angabe eines falschen Termins der Wirksamkeit einer Kündigung im Ergebnis nicht entgegensteht.

Legt man die Kündigung in Fall 3 e) nicht als fristgerecht aus, so kann sie dennoch in eine Kündigung zum richtigen Termin umgedeutet werden. Anhaltspunkte dafür, dass der Arbeitgeber ausschließlich zum 31. März kündigen wollte, liegen nicht vor.

In den letzten Jahren hat die Abgrenzung zwischen Auslegung und Umdeutung und damit auch der Meinungsstreit der Senate an praktischer Bedeutung gewonnen. Bis 2010 bestand Einigkeit dahingehend, dass die dreiwöchige Klagfrist des § 4 S. 1 KSchG nicht einzuhalten sei, wenn nicht die grundsätzliche Wirksamkeit der Kündigung angegriffen, sondern nur ein späterer Beendigungstermin festgestellt werden soll³². Dann hielt der Fünfte Senat in seinem Urteil vom 1. 9. 2010³³ eine differenzierende Betrachtung für angebracht: Eine Umdeutung sei nur zulässig, wenn sich eine Kündigung zum richtigen Zeitpunkt durch Auslegung ergebe. Dagegen sei die Klagfrist zu beachten, wenn die Kündigung einer Umdeutung bedürfe.

In der Literatur ist diese Rechtsprechung teils auf Zustimmung³⁴, teils auf deutliche Ablehnung³⁵ gestoßen.

²⁹ BAG v. 1. 9. 2010 – 5 AZR 700/09, BAGE 135, 255.

³⁰ BAG v. 18. 9. 1975 – 2 AZR 311/74, BAGE 27, 263.

³¹ BAG v. 6. 7. 2006 – 2 AZR 215/05, NZA 2006, 1405, 1406; v. 15. 12. 2005 – 2 AZR 148/05, NZA 2006, 791.

³² BAG v. 6. 7. 2006 – 2 AZR 215/05, NZA 2006, 1405 m. w. N.

³³ 5 AZR 700/09, NJW 2010, 3740.

³⁴ ErfK/Müller-Glöge, § 622 BGB Rn. 12; Schwarze, Anm. zu BAG v. 1. 9. 2010 – 5 AZR 700/09, AP KSchG 1969 § 4 Nr. 71; Laws, AuR 2013, 431.

³⁵ BeckOK ArbR/Hesse, Stand: 1. 12. 2014, Edition: 34, § 620 BGB Rn. 45; Eisemann, JM 2014, 201; Muthers, RdA 2012, 172, 177; Bell, AiB 2011, 337.

²⁴ BAG v. 15. 12. 2005 – 2 AZR 148/05, NZA 2006, 791; zust. der 6. Senat in BAG v. 9. 2. 2006 – 6 AZR 283/05, NZA 2006, 1207; ausdrücklich offengelassen vom 8. Senat in BAG v. 21. 8. 2008 – 8 AZR 201/07, NZA 2009, 29.

²⁵ BAG v. 15. 5. 2013 – 5 AZR 130/12, NZA 2013, 1076.

²⁶ Eisemann, JM 2014, 201, 203.

²⁷ BAG v. 15. 12. 2005 – 2 AZR 148/05, NZA 2006, 791, 793.

²⁸ Schaub/Linck, Arbeitsrechts-Handbuch, 15. Aufl. 2013, § 126 Rn. 26a.

Sie ist aber zutreffend. Obwohl die Umdeutung von Gesetzes wegen und nicht kraft richterlichen Akts eintritt, ist die umzudeutende Kündigungserklärung nicht etwa ab ihrem Zugang wirksam³⁶. Liegen Unwirksamkeitsgründe vor, so ist die Kündigung bis zur Klageerhebung schwebend unwirksam³⁷. Umgedeutet werden können aber nur endgültig nichtige Rechtsgeschäfte, nicht solche, die noch heilbar oder schwebend unwirksam sind³⁸. Eine Umdeutung vor Klageerhebung scheidet deshalb aus. Erst durch die Kündigungsschutzklage des Arbeitnehmers innerhalb der Klagfrist wird die Kündigung mit falscher Frist endgültig unwirksam. Dies ebnet der Umdeutung und der Geltung der richtigen Kündigungsfrist den Weg.

Als Hauptargument gegen die Anwendung der dreiwöchigen Klagfrist wird der Wortlaut des § 4 S. 1 KSchG angeführt. Der Arbeitnehmer wolle eben nicht geltend machen, dass die Kündigung unwirksam sei, sondern nur ihre Wirksamkeit zu einem anderen Zeitpunkt festgestellt wissen. Deshalb trete die Fiktion des § 7 KSchG nicht ein³⁹. Das überzeugt nicht. Die praktische Bedeutung der Klagfrist ist nicht auf Prozesse begrenzt, in denen die Unwirksamkeit einer Kündigung festgestellt werden soll. Vielmehr erstreckt sie sich auf alle Fälle, deren Begründetheit von der Unwirksamkeit der Kündigung abhängt. Eine Klage auf Annahmeverzugslohn fällt ebenfalls nicht unter den Wortlaut der §§ 4 bis 7 KSchG. Gleichwohl wird sie für den Zeitraum nach dem Kündigungstermin gerade wegen dieser Vorschriften ohne Erfolg bleiben. Denn inzidenter wird die – nunmehr fingierte – Wirksamkeit der Kündigung geprüft⁴⁰. Aus demselben Grund ist eine Umdeutung bei Nichteinhaltung der Klagfrist ausgeschlossen. – Um den Prozess-erfolg nicht von der oft schwierigen Frage, ob sich die richtige Kündigungsfrist durch (vorrangige) Auslegung ermitteln lässt oder ob es (andernfalls) einer Umdeutung bedarf, abhängig sein zu lassen, sollte der Arbeitnehmer stets die Dreiwochenfrist einhalten.

4. Angabe des Kündigungsgrundes

Grundsätzlich ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet, eine Kündigung zu begründen⁴¹. Lediglich bei der außerordentlichen Kündigung kann der Arbeitnehmer gemäß § 626 Abs. 2 S. 3 BGB verlangen, dass der Arbeitgeber ihm den Kündigungsgrund unverzüglich schriftlich mitteilt. Ein Verstoß gegen diese einklagbare Verpflichtung führt aber nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung⁴². Anders verhält es sich bei der Kündigung eines Berufsausbildungsverhältnisses⁴³ (§ 22 Abs. 3 BBiG) oder des Arbeitsverhältnisses einer schwangeren Frau⁴⁴ (§ 9 Abs. 3 S. 2 MuSchG). Hier stellt die Begründung eine Wirksamkeitsvoraussetzung dar. Eine Begründungspflicht kann schließlich tarifvertraglich oder einzelvertraglich vereinbart sein⁴⁵. In diesen Fällen ist durch Auslegung zu ermitteln, ob die Angabe des Kündigungsgrundes Wirksamkeitsvoraussetzung der Kündigung sein soll.

II. Abgabe und Zugang

1. Abgabe

Fall 4: Arbeitgeber U hat ein Schreiben aufgesetzt, in dem er das Arbeitsverhältnis mit Arbeitnehmer A form- und fristgerecht kündigt. Weil U noch einmal über seine Entscheidung nachdenken will, legt er die Kündigung offen auf seinen Schreibtisch.

- a) A findet die Kündigung und nimmt sie an sich.
- b) Sekretärin S findet die Kündigung und schickt sie dem A per Post zu, weil sie annimmt, U habe die Absendung versehentlich vergessen.

Die Wirksamkeit einer Willenserklärung setzt Abgabe und Zugang voraus. Als empfangsbedürftige Willenserklärung ist die Kündigung abgegeben, wenn sie vom Arbeitgeber niedergeschrieben und willentlich in den Verkehr gebracht wurde⁴⁶.

In Fall 4 a) ist die Kündigung überhaupt nicht in den Verkehr gelangt und ist daher mangels Abgabe unwirksam⁴⁷.

³⁶ So aber *Eisemann*, NZA 2011, 601, 606.

³⁷ MüKoBGB/*Hergenröder*, § 4 KSchG Rn. 1.

³⁸ BGH v. 15. 5. 1970 – III ZR 200/67, DB 1971, 2308; *Staudinger/Roth*, Neubearbeitung 2010, § 140 BGB Rn. 14; MüKoBGB/*Busche*, § 140 Rn. 12f.

³⁹ *Eisemann*, JM 2014, 202, 204f.; *ders.*, NZA 2011, 601, 605f.; *Muthers*, RdA 2012, 172, 177;

⁴⁰ ErfK/*Kiel*, § 7 KSchG Rn. 2.

⁴¹ BAG v. 16. 9. 2004 – 2 AZR 447/03, AP BGB § 611 Kirchendienst Nr. 44.

⁴² ErfK/*Müller-Glöge*, § 626 BGB Rn. 239.

⁴³ BAG 22. 2. 1972 – 2 AZR 205/71, AP BBiG § 15 Nr. 1.

⁴⁴ ErfK/*Schlachter*, § 9 MuSchG Rn. 13 m.w.N.

⁴⁵ BAG v. 25. 10. 2012 – 2 AZR 845/11, DB 2013, 1305.

⁴⁶ st. Rspr., z. B. BGH v. 18. 12. 2002 – IV ZR 39/02, NJW-RR 2003, 384.

⁴⁷ LAG Hamm v. 19. 4. 1985 – 16 (10) Sa 1501/83, BB 1985, 1915.

Denkbar ist, dass die Kündigung ohne den Willen des Arbeitgebers in den Verkehr gelangt. Hier sind die Rechtsfolgen streitig: Teilweise wird angenommen, eine Willenserklärung sei wirksam, wenn der Erklärende das Inverkehrbringen zu vertreten hat⁴⁸. Denn der Fall sei vergleichbar mit dem des fehlenden Erklärungsbewusstseins. Dieses beeinträchtigt nach heute h. M. die Wirksamkeit der Willenserklärung nicht, wenn die Deutung des Verhaltens als Willenserklärung erkennbar und vermeidbar war⁴⁹. Die Erklärung sei aber nach § 119 Abs. 1 Alt. 2 BGB anfechtbar mit der Folge der Schadensersatzpflicht gemäß § 122 BGB. Von vornherein unwirksam sei die Erklärung nur, wenn dem Erklärenden hinsichtlich des Inverkehrbringens keine Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist.

Diese Parallele zur Abgabe einer Erklärung ohne Erklärungsbewusstsein ist nicht zwingend, weil im Gegensatz dazu gerade keine Abgabe durch den Erklärenden selbst stattfindet. Die überzeugende Gegenauffassung verneint deshalb die Abgabe und hält die Willenserklärung für unwirksam⁵⁰. Das dient auch der Rechtssicherheit. Es ist nicht einsichtig, warum der schuldhaft handelnde Arbeitgeber mit einem Anfechtungsrecht »belohnt« und dadurch die Ungewissheit des Arbeitnehmers verlängert werden sollte. Auch diese Ansicht gewährt dem Empfänger einen Ersatz seines Vertrauensschadens, wenn der Erklärende das Inverkehrbringen zu vertreten hat. Begründet wird dieses Ergebnis entweder mit einer analogen Anwendung des § 122 BGB oder mit der Verletzung (vor-)vertraglicher Nebenpflichten⁵¹. Ob ein Schadensersatzanspruch auch besteht, wenn den Erklärenden kein Verschulden trifft, ist bei den Vertretern beider Ansichten umstritten⁵².

Folgt man der auch hier vertretenen Ansicht des BGH, so ist die Kündigungserklärung in Fall 4 b) unwirksam. U ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den A wegen seines Vertrauens auf die Wirksamkeit der Kündigung erlitten hat.

2. Zugang

a) Zeitpunkt des Zugangs

Fall 5: A ist seit drei Jahren als Assistentin der Geschäftsführung bei U beschäftigt. In dem Kleinbetrieb besteht kein Kündigungsschutz nach dem KSchG. Nach einem Streit mit A am Nachmittag des 31. Januar setzt U sofort ein Schreiben auf, in dem er das Arbeitsverhältnis mit ihr ordentlich zum 28. Februar kündigt. Dieses übergibt er seinem Angestellten G, der es umgehend an A weiterreichen soll. Da G eine Konfrontation mit der temperamentvollen A scheut, ...

- wirft er das Kündigungsschreiben um 19:00 Uhr in den Briefkasten der A ein.
- sucht er den Ehemann der A, mit dem er befreundet ist, kurz vor Arbeitsende um 19:00 Uhr an dessen Arbeitsplatz in einem Baumarkt auf und übergibt ihm das Kündigungsschreiben.

A erhält erst am nächsten Tag Kenntnis von dem Kündigungsschreiben und meint, das Arbeitsverhältnis ende am 31. März.

Nach § 130 Abs. 1 BGB wird eine empfangsbedürftige Willenserklärung in dem Zeitpunkt wirksam, in welchem sie dem Empfänger zugeht. Die in dieser Vorschrift bestätigte Empfangstheorie weist dem Erklärenden die Risiken innerhalb seiner Sphäre und das Transportrisiko zu, während der Empfänger die Gefahren seines Machtbereichs trägt⁵³. Eine schriftliche Willenserklärung geht zu, sobald sie in verkehrsüblicher Weise in die tatsächliche Verfügungsgewalt des Empfängers oder eines empfangsberechtigten Dritten gelangt und für den Empfänger die Möglichkeit besteht, von dem Inhalt des Schreibens Kenntnis zu nehmen⁵⁴. Bei der Möglichkeit der Kenntnisnahme kommt es nicht auf die individuelle Situation im Einzelfall an. Im Interesse des Rechtsverkehrs sind vielmehr die gewöhnlichen Verhältnisse entscheidend. Ist der Empfänger z. B. durch Krankheit, Urlaub⁵⁵ oder Haft⁵⁶ gehindert, die Post aus seinem Briefkasten zu entnehmen, so geht ihm die Erklärung dennoch zu. Denn ihn trifft die Obliegenheit, Vorkehrungen für eine tatsächliche Kenntnisnahme zu treffen⁵⁷.

In Fall 5 a) endet das Arbeitsverhältnis zum 31. März. Denn das Kündigungsschreiben hat den Briefkasten der A zu einer Tageszeit erreicht, zu der nach den Gepflogenheiten des Verkehrs eine Ent-

⁴⁸ BeckOK BGB/Wendtland, § 130 Rn. 6; MüKoBGB/Einsele, § 130 Rn. 14; Palandt/Ellenberger, § 130 Rn. 4.

⁴⁹ grundlegend BGH v. 7. 6. 1984 – IX ZR 66/83, NJW 1984, 2279.

⁵⁰ BGH v. 8. 3. 2006 – IV ZR 145/05, NJW-RR 2006, 847; HK-BGB/Dörner, 8. Aufl. 2014, § 130 Rn. 2; Staudinger/Singer, § 130 Rn. 32.

⁵¹ BGH v. 8. 3. 2006 – IV ZR 145/05, NJW-RR 2006, 847, 849; HK-BGB/Dörner, 8. Aufl. 2014, § 130 Rn. 2.

⁵² Dafür BeckOK BGB/Wendtland, § 130 Rn. 6; dagegen MüKoBGB/Einsele, § 130 Rn. 14 jeweils m. w. N.

⁵³ MüKoBGB/Einsele, § 130 Rn. 11.

⁵⁴ BAG v. 9. 6. 2011 – 6 AZR 687/09, NZA 2011, 847.

⁵⁵ BAG v. 22. 3. 2012 – 2 AZR 224/11, EzA § 5 KSchG Nr. 41.

⁵⁶ LAG Schleswig-Holstein v. 19. 3. 2014 – 6 Sa 297/13, juris.

⁵⁷ BGH v. 21. 1. 2004 – XII ZR 214/00, NJW 2004, 1320, 1321.

nahme nicht mehr erwartet werden konnte⁵⁸. Deshalb ist es erst am nächsten Tag zugegangen⁵⁹.

Dieselben Grundsätze gelten für schriftliche Willenserklärungen unter Anwesenden⁶⁰. Um den Zugang der Kündigung beweisen zu können, übergeben Arbeitgeber das Kündigungsschreiben häufig vor Zeugen im Betrieb. Sobald der Arbeitnehmer das Schreiben in Händen hält und von dessen Inhalt Kenntnis nehmen kann, ist der Zugang bewirkt. Auch hier ist auf die gewöhnlichen Verhältnisse und nicht auf die individuellen Fähigkeiten des Empfängers abzustellen. Deshalb geht eine in deutscher Sprache abgefasste Willenserklärung dem Arbeitnehmer auch dann im Zeitpunkt der Übergabe zu, wenn dieser die deutsche Sprache erkennbar nicht beherrscht⁶¹. Entsprechendes gilt bei Blindheit des Arbeitnehmers⁶².

Eine Übergabe im Betrieb ist aber nicht immer möglich, z. B. weil der Arbeitnehmer urlaubs- oder krankheitsbedingt für längere Zeit nicht dort erscheint. Dann werden zuweilen andere Arbeitnehmer als Erklärungsboten eingesetzt. So können sie im Bedarfsfall als Zeugen des Zugangs vernommen werden. Diese Vorgehensweise wird vom BAG als verkehrsüblich akzeptiert⁶³. Im Umfeld des Arbeitnehmers können andere Personen das Kündigungsschreiben als Empfangsboten entgegennehmen. Gemeinsam in einer Wohnung lebende Eheleute und andere geeignet erscheinende Familien- und Haushaltsmitglieder werden von der Verkehrsanschauung auch ohne besondere Ermächtigung füreinander als Empfangsboten angesehen⁶⁴.

In Fall 5 b) wird der Ehemann der A als »personifizierte Empfangseinrichtung«⁶⁵ genutzt. Seine Qualifikation als Empfangsbote setzt nicht voraus, dass die Botschaft in der ehelichen Wohnung übergeben wird⁶⁶. Nach h.M. tritt der Zugang aber erst ein, wenn mit Weiterleitung an den Empfänger gerechnet werden kann, und nicht bereits mit der Übergabe an den Empfangsboten⁶⁷. Normalerweise ist zu erwarten, dass der Ehemann das Schreiben noch am selben Abend nach Rückkehr in die eheliche Wohnung an die A weitergibt. Deshalb endet das Arbeitsverhältnis bereits am 28. Februar.

b) Zugangsvereitelung

Fall 6: A hat erfahren, dass sein Arbeitgeber U ihm am 31. Januar ein Kündigungsschreiben persönlich übergeben will.

- a) A, der Ende Januar arbeitsunfähig erkrankt ist, hat dem U seine aufgrund eines Umzugs geänderte Anschrift nicht mitgeteilt.
- b) A verlässt seinen Arbeitsplatz am 31. Januar eine halbe Stunde früher als üblich, wobei ihm bekannt ist, dass U nach der Arbeit seinen Vater im Krankenhaus besuchen muss und den A deshalb nicht in dessen Wohnung aufsuchen kann.

Häufig liegt es im Interesse des Arbeitnehmers, den Zugang einer Kündigung zu verzögern. Die Kündigungsfristen nach § 622 Abs. 2 BGB sind in vollen Monaten jeweils zum Ende eines Kalendermonats bemessen. Geht die Kündigung dem Arbeitnehmer statt am letzten Tag eines Monats am Ersten des Folgemonats zu, so verlängert sich sein Arbeitsverhältnis um einen Monat. Noch gravierender sind die Auswirkungen eines verspäteten Zugangs, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis am Ende der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG kündigen will oder die zweiwöchige Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB beachten muss. Im ersten Fall erlangt der Arbeitnehmer Kündigungsschutz, im zweiten ist die Kündigung aus wichtigem Grund unwirksam. Das ist insbesondere dann misslich, wenn eine ordentliche Kündigung gesetzlich⁶⁸ oder tariflich⁶⁹ ausgeschlossen ist. Dennoch wollen viele Arbeitgeber die Kündigung so spät wie möglich aussprechen, weil sie ab diesem Zeitpunkt einen starken Motivations- und Leistungsabfall erwarten.

Grundsätzlich ist es Sache des Arbeitgebers, den rechtzeitigen Zugang seiner Kündigungserklärung zu bewirken. Doch den Arbeitnehmer treffen dabei vertragliche Nebenpflichten. Von einer Zugangsvereitelung spricht man, wenn der Arbeitnehmer den Zugang einer Erklärung vorsätzlich oder fahrlässig verhindert oder verzögert⁷⁰. Nach der Rspr. des BAG kann sich der Arbeitnehmer bei einer Zugangsvereitelung nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) aber nicht auf den verspäteten Zugang der Kündigung berufen, wenn der Arbeitgeber seinerseits alles Erforderliche und Zumutbare getan hat, um den rechtzeitigen Zugang zu bewirken⁷¹.

Eine Zugangsvereitelung begeht der Arbeitnehmer, der über keine oder keine ausreichend gekennzeichnete Postempfangseinrichtung verfügt. Wer auf Grund vertraglicher Beziehungen mit dem Zugang rechtserheblicher Er-

⁵⁸ Lt. LAG Hamburg v. 13. 2. 2014 – 8 Sa 68/13, juris, liegt die Grenze bei 16 Uhr.

⁵⁹ Vgl. BGH v. 21. 1. 2004 – XII ZR 214/00, NJW 2004, 1320, 1321.

⁶⁰ MüKoBGB/Einsele, 6. Aufl. 2012, § 130 Rn. 27.

⁶¹ BAG v. 19. 3. 2014 – 5 AZR 252/12 (B), EzA § 305 c BGB 2002 Nr. 25.

⁶² Neuner, NJW 2000, 1822, 1826.

⁶³ BAG v. 9. 6. 2011 – 6 AZR 687/09, NZA 2011, 847.

⁶⁴ Jauernig/Mansel, 15. Aufl. 2014, § 130 Rn. 7.

⁶⁵ BGH v. 17. 3. 1994 – X ZR 80/92, NJW 1994, 2613.

⁶⁶ BAG v. 9. 6. 2011 – 6 AZR 687/09, NZA 2011, 847.

⁶⁷ So BAG v. 9. 6. 2011 – 6 AZR 687/09, NZA 2011, 847; BGH v. 17. 3. 1994 – X ZR 80/92, NJW 1994, 2613; MüKoBGB/Schramm, Vorbem. zu § 164 Rn. 57; Herbert, NZA 1994, 391, 392 m. w. N.

⁶⁸ Z. B. § 15 KSchG, § 15 Abs. 3 TzBfG.

⁶⁹ Z. B. § 34 Abs. 2 TVöD.

⁷⁰ BeckOK ArbR/Hesse, § 620 BGB Rn. 61.

⁷¹ BAG v. 13. 2. 2008 – 2 AZR 864/06, NZA 2008, 1055, 1060.

klärungen zu rechnen hat, muss geeignete Vorkehrungen treffen, dass ihn derartige Erklärungen auch erreichen können⁷². Verletzt der Arbeitnehmer diese Obliegenheit schuldhaft (§§ 276 Abs. 1 S. 1, 280 Abs. 1 S. 2 BGB), so wird der rechtzeitige Zugang der Erklärung fingiert, wenn der Arbeitgeber alles ihm Mögliche unternommen hat, um die Kündigung rechtzeitig zuzustellen.

In Fall 6 a) hat A seine Obliegenheit, Vorkehrungen für den Empfang von Willenserklärungen zu treffen, verletzt. U hatte keine Möglichkeit, dem A die Kündigungserklärung per Post zu schicken oder vor der Rückkehr an seinen Arbeitsplatz persönlich zu übergeben. Deshalb muss sich A so behandeln lassen, als hätte er die Kündigung rechtzeitig erhalten⁷³.

Eine Zugangsvereitelung liegt auch vor, wenn der Arbeitnehmer vorsätzlich verhindert, dass die Kündigungserklärung in seinen Machtbereich gelangt. So kann die Weigerung, die Kündigung entgegenzunehmen, zur Zugangsfiktion führen, wenn sie nicht – z. B. wegen unzureichender Frankierung – berechtigt ist⁷⁴. Auch die Einwirkung auf mögliche Empfangsboten, die Annahme eines erwarteten Kündigungsschreibens abzulehnen, führt zu einer Vorverlegung des Zugangszeitpunktes⁷⁵.

In Fall 6 b) hat A den Zugang vereitelt, indem er seinen Arbeitsplatz früher verlassen hat. Allerdings ist U selbst ein Risiko eingegangen, weil er das Schreiben in der letzten Stunde des Arbeitstages übergeben wollte. Zudem hätte U weitere Möglichkeiten nutzen können, um den Zugang noch rechtzeitig zu bewirken, z. B. hätte er einen Boten zur Wohnung des A schicken können. Weil U nicht alles Erforderliche und Zumutbare für eine rechtzeitige Zustellung getan hat, kann A sich auf den Zugang im Februar berufen⁷⁶.

Um den Zugang beweisen zu können, nutzen viele Arbeitgeber bei Kündigungen das Übergabe-Einschreiben der Deutschen Post. Dabei ist zu differenzieren: Während die Übergabe an den Empfänger den Zugang bewirkt, führt der Einwurf der Benachrichtigungskarte in den Briefkasten nicht zu einer Zugangsfiktion. Es besteht auch keine allgemeine Pflicht, das Einschreiben schnellstmöglich von der Postfiliale abzuholen⁷⁷. Treuwidrig kann die Berufung auf eine verspätete oder unterbliebene Abholung des Einschreibens aber sein, wenn der Arbeitnehmer mit der Kün-

digung gerechnet und einen Benachrichtigungsschein erhalten hat⁷⁸.

III. Stellvertretung

Fall 7: A erhält ein Kündigungsschreiben, das ...

- a) von der Personalsachbearbeiterin S unterzeichnet ist, die eine Kopie ihrer Vollmachtsurkunde beigelegt hat.
- b) von S und von Personalleiter P mit dem Zusatz »ppa.« unterzeichnet ist. Laut Eintragung im Handelsregister verfügt P über Gesamtprokura. Der Arbeitgeber hat P in einem Rundschreiben an alle Arbeitnehmer als neuen Personalleiter vorgestellt.

A weist die Kündigung nach fünf Tagen wegen fehlenden Nachweises der Vollmacht zurück.

Bei der Kündigung ist eine gesetzliche und rechtsgeschäftliche Vertretung möglich und üblich. Es ist allerdings sorgfältig darauf zu achten, dass die Vollmacht auch die Kündigung von Arbeitsverträgen umfasst. In der Praxis stellt sich diese Frage zuweilen bei der Schriftsatzkündigung durch einen Rechtsanwalt. Denn es ist streitig, ob und in welchen Fällen eine Prozessvollmacht im Kündigungsschutzprozess auch das Recht zur erneuten Kündigung des Arbeitsverhältnisses einschließt⁷⁹.

Ein häufiger Fallstrick für den Arbeitgeber ist § 174 BGB. Danach ist ein einseitiges Rechtsgeschäft durch einen Bevollmächtigten unwirksam, wenn dieser seine Vollmachtsurkunde nicht vorlegt und der Empfänger das Rechtsgeschäft deshalb unverzüglich zurückweist. Die Zurückweisung der Kündigungserklärung muss nicht sofort erfolgen, weil der Empfänger eine gewisse Zeit zur Überlegung und zur Einholung von Rechtsrat haben soll. Das BAG räumt dafür eine Zeitspanne von einer Woche ein⁸⁰.

In Fall 7 a) hat S nur eine Kopie ihrer Vollmachtsurkunde beigelegt. Das genügt nicht. Vorgelegt werden muss die Originalurkunde bzw. eine Ausfertigung⁸¹. A hat die Kündigung rechtzeitig zurückgewiesen. Sie ist deshalb nichtig und muss erneut vorgenommen werden.

§ 174 BGB gilt nur für rechtsgeschäftliche Vollmachten. Bei gesetzlicher oder organschaftlicher Vertretung, z. B. bei der Kündigung durch einen GmbH-Geschäftsführer, ist die

72 BGH v. 26. 11. 1997 – VIII ZR 22/97, NJW 1998, 976.

73 BAG v. 22. 9. 2005 – 2 AZR 366/04, NZA 2006, 204.

74 MüKoBGB/Einsele, § 130 Rn. 36.

75 BAG v. 11. 11. 1992 – 2 AZR 328/92, NZA 1993, 259.

76 LAG Köln v. 10. 4. 2006 – 14 (4) Sa 61/06, BeckRS 2006, 42869.

77 BAG v. 25. 04. 1996 – 2 AZR 13/95, NZA 1996, 1227.

78 BAG v. 7. 11. 2002 – 2 AZR 475/01, BAGE 103, 277.

79 zum Meinungsstand s. etwa MüKoBGB/Hesse, Vorbem. zu §§ 620–630 BGB Rn. 86; ErfK/Müller-Glöge, § 620 BGB Rn. 28.

80 BAG v. 8. 12. 2011 – 6 AZR 354/10, BAGE 140, 64.

81 LAG Düsseldorf v. 22. 2. 1995 – 4 Sa 1817/94, LAGE § 174 BGB Nr. 7.

Vorlage einer Vollmachtsurkunde deshalb nicht erforderlich⁸². Nach § 174 S. 2 BGB ist die Zurückweisung außerdem ausgeschlossen, wenn der Vertretene den Empfänger der Erklärung zuvor über die Vollmacht in Kenntnis gesetzt hatte. Die Vollmacht kann sich auch aus den Umständen ergeben, z. B. aus einer bestimmten Stellung im Unternehmen. Nicht ausreichend ist allerdings die Angabe, dass der jeweilige Inhaber einer Position zur Kündigung befugt ist. Vielmehr muss der Arbeitgeber auch bekanntmachen, welche konkrete Person diese Position bekleidet⁸³. Entbehrlich ist das nur bei Prokuristen, weil die positive Publizität des Handelsregisters nach § 15 Abs. 2 HGB die Kenntnis fingiert⁸⁴.

In Fall 7 b)⁸⁵ ist die Information der Arbeitnehmer über die Kündigungsbefugnis allerdings nicht aufgrund der Prokuristenstellung des P entbehrlich. Denn die Gesamtprokura berechtigt ihn nur zur Kündigung gemeinsam mit einem anderen Prokuristen. P hat die Kündigung aber zusammen mit der Personalsachbearbeiterin S unterzeichnet, die keine Prokura hat. Jedoch ist P zugleich Personalleiter. Die Position des Personalleiters ist in der Regel mit einem Recht zum Ausspruch von Kündigungen verbunden. Die Berufung zum Leiter der Personalabteilung kommt daher der Erteilung einer Kündigungsbefugnis gleich. Aufgrund des Rundschreibens kann A den P auch als Personalleiter identifizieren. Der Zusatz »ppa.« ist unschädlich, weil der Vertreter nicht darlegen muss, aufgrund welcher Vollmacht er handelt. Die Vorlage einer Urkunde ist daher überflüssig. Die Kündigung ist wirksam. Das verdeutlicht auch folgende Überlegung: Hätte P keine Gesamtprokura gehabt, wäre die von ihm unterzeichnete Kündigung wirksam. Dass P zusätzlich Gesamtprokura hat, kann seine Kündigungsbefugnis nicht aufheben.

Fehlende Vertretungsmacht führt nach § 180 S. 1 BGB zur Unwirksamkeit der Kündigung. Beanstandet der Arbeitnehmer diesen Mangel jedoch nicht unverzüglich, so kann der Arbeitgeber die Kündigung rückwirkend genehmigen (Satz 2). Sie gilt dann im Zeitpunkt der Genehmigung als zugegangen⁸⁶.

IV. Form

Zu Beweis- und Warnzwecken sind Kündigungen gemäß § 623 BGB schriftlich abzugeben. Dabei ist die Schriftform nach § 126 Abs. 1 BGB zu wahren. Das in beliebiger Form abgefasste Kündigungsschreiben muss vom Aussteller eigenhändig unterschrieben, also mit seinem ausgeschrie-

benen Namen räumlich abgeschlossen sein⁸⁷. Unterzeichnet ein Vertreter die Kündigungserklärung, so muss die Vertreterstellung klar zum Ausdruck kommen⁸⁸. Üblicherweise wird der Zusatz »i.V.« bei der Unterschrift verwendet. Die Unterzeichnung durch einen Boten ohne Vertretungsmacht – z. B. eine mit der Erstellung des Kündigungsschreibens beauftragte Sekretärin – genügt der Schriftform nicht. Allerdings lässt sich aus der Verwendung des Zusatzes »i.A.« nicht ohne weiteres auf ein Auftragsverhältnis und eine damit einhergehende Botenstellung schließen. Denn in der Praxis werden die Kürzel »i.V.« und »i.A.« nicht immer im Sinne des juristischen Sprachgebrauchs verwendet⁸⁹. Maßgeblich für die Einordnung als Vertreter oder Bote sind die Gesamtumstände.

Die elektronische Form ist nach § 623 HS. 2 BGB ausgeschlossen; Kündigungen per E-Mail⁹⁰, Fax⁹¹ oder SMS⁹² sind daher unwirksam.

Unwirksam ist auch eine mündliche Kündigung, selbst wenn sie mehrfach wiederholt wird. Nur in besonderen Ausnahmefällen kann die Berufung auf den Formmangel gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn der Erklärungsgegner einen besonderen Grund hatte, auf die Gültigkeit der Erklärung trotz des Formmangels zu vertrauen und der Erklärende sich mit der Berufung auf den Formmangel zu eigenem vorhergehenden Verhalten in Widerspruch setzt (*venire contra factum proprium*)⁹³. Weil das Schriftformerfordernis gerade vor einer übereilten mündlichen Kündigung schützen soll, sind hier sehr strenge Maßstäbe anzulegen.

V. Frist

Fall 8: A wird verdächtigt, sich als Buchhalter des U der Untreue schuldig gemacht zu haben, indem er Firmengelder auf sein Privatkonto überwiesen hat. Obwohl A die Taten leugnet, erstattet U im Juni 2012 Strafanzeige. Am 24. August 2014 wird A in Anwesenheit des U zu einer Freiheitsstrafe verurteilt. Am 11. September erhält U eine Abschrift des Verhandlungsprotokolls und des Strafurteils. Am 24. September kündigt er das Arbeitsverhältnis mit A fristlos. Rechtzeitig?

⁸² BAG v. 10. 2. 2005 – 2 AZR 584/03, EzA § 174 BGB 2002 Nr. 3.

⁸³ BAG v. 14. 4. 2011 – 6 AZR 727/09, BAGE 137, 347.

⁸⁴ BAG v. 25. 9. 2014 – 2 AZR 567/13, NJW 2014, 3595, 3596.

⁸⁵ Nach BAG v. 25. 9. 2014 – 2 AZR 567/13, NJW 2014, 3595.

⁸⁶ BAG v. 13. 12. 2012 – 6 AZR 608/11, ZinsO 2013, 1366.

⁸⁷ BAG v. 6. 9. 2012 – 2 AZR 858/11, NZA 2013, 525, 526; BGH v. 24. 9. 1997 – XII ZR 234/95, NJW 1998, 58, 60.

⁸⁸ BAG v. 13. 12. 2007 – 6 AZR 145/07, NZA 2008, 403.

⁸⁹ BAG v. 13. 12. 2007 – 6 AZR 145/07, NZA 2008, 403.

⁹⁰ BAG v. 19. 2. 2008 – 1 AZR 1004/06, NZA 2008, 719, 723.

⁹¹ LAG Rheinland-Pfalz v. 31. 1. 2008 – 9 Sa 416/07, BeckRS 2008, 51713.

⁹² LAG Hamm v. 17. 8. 2007 – 10 Sa 512/07, BeckRS 2007, 46744.

⁹³ BAG v. 16. 9. 2004 – 2 AZR 659/03, NZA 2005, 162, 163; LAG Köln v. 16. 10. 2013 – 11 Sa 345/13, juris.

Eine ordentliche Kündigung muss der Arbeitgeber nicht innerhalb einer bestimmten Frist ab Bekanntwerden der Kündigungsmöglichkeit aussprechen. Allenfalls kann das Recht zur Kündigung nach § 242 BGB verwirken. Dazu muss neben einem Zeitmoment auch ein Umstandsmoment vorliegen, das ein Vertrauen des Arbeitnehmers darauf rechtfertigt, der Arbeitgeber werde sein Recht zur Kündigung nicht ausüben⁹⁴.

Bei der fristlosen Kündigung gilt nach § 626 Abs. 2 BGB hingegen eine Ausschlussfrist von zwei Wochen. Angesichts der einschneidenden Folgen soll schnell Klarheit geschaffen werden, ob ein Vorfall zum Anlass für eine Kündigung genommen wird. Die Frist beginnt, wenn der Kündigungsberechtigte möglichst vollständige positive Kenntnis von den maßgeblichen Tatsachen hat, um fundiert entscheiden zu können, ob ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist oder nicht. Vermutungen oder grob fahrlässige Unkenntnis reichen nicht aus⁹⁵. Will der Arbeitgeber mit der gebotenen Eile weitere Erkenntnisquellen nutzen, so läuft die Frist nicht an. Beispielsweise verzögert eine geplante Befragung des Arbeitnehmers vor Ausspruch der Kündigung den Fristbeginn bis zu einer Woche⁹⁶. Muss der Arbeitgeber als Kündigungsvoraussetzung die Zustimmung Dritter einholen, so läuft die Ausschlussfrist nach § 91 Abs. 5 SGB IX (analog) nicht vor deren Erteilung ab⁹⁷.

In Fall 8 hat U die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB eingehalten. Bei einer Tat- oder Verdachtskündigung ohne Geständnis des Arbeitnehmers kann der Arbeitgeber den Ausgang des Strafverfahrens abwarten oder in dessen Verlauf kündigen, wenn dafür ein konkreter Anlass besteht und der Zeitpunkt nicht willkürlich gewählt wird⁹⁸. Obwohl die Tatsache der Verurteilung für sich genommen kein Kündigungsgrund ist, kann sie den Arbeitgeber in seiner Einschätzung bestätigen, der Arbeitnehmer habe die Tat begangen. Auch die schriftlichen Urteilsgründe können zur Kündigungsentscheidung beitragen⁹⁹. Deshalb begann die Frist erst am 11. September.

VI. Hinweispflichten

Nach § 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 SGB III soll der Arbeitgeber den Arbeitnehmer vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses über die Notwendigkeit eigener Aktivitäten bei der Stellensuche sowie über die Verpflichtung zur Meldung bei der Agentur für Arbeit informieren. Üblicherweise wird dieser Hinweis in das Kündigungsschreiben aufgenommen. Kommt der Arbeitgeber seiner Pflicht nicht nach, so ist weder die Kündigung unwirksam noch kommt ein Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers in Betracht¹⁰⁰. Denn es handelt sich nicht um eine vertragliche Nebenpflicht, sondern um eine Aufgabe zum Schutz der Solidargemeinschaft vor vermeidbarer Arbeitslosigkeit.

⁹⁴ BAG v. 15. 8. 2002 – 2 AZR 514/01, NZA 2003, 795.

⁹⁵ st. Rspr., z.B. BAG v. 2. 2. 2006 – 2 AZR 57/05, AP BGB § 626 Nr. 204.

⁹⁶ BAG v. 20. 3. 2014 – 2 AZR 1037/12, NZA 2014, 1015.

⁹⁷ MüKoBGB/Henssler, § 626 Rn. 323 m. w. N.

⁹⁸ BAG v. 17. 3. 2005 – 2 AZR 245/04, AP Nr. 46 zu § 626 BGB.

⁹⁹ BAG v. 22. 11. 2012 – 2 AZR 732/11, NZA 2013, 665.

¹⁰⁰ BAG v. 29. 9. 2005 – 8 AZR 571/04, NZA 2005, 1406.

DuEPublico

Duisburg-Essen Publications online

UNIVERSITÄT
DUISBURG
ESSEN

Offen im Denken

ub

universitäts
bibliothek

Dieser Text wird über DuEPublico, dem Dokumenten- und Publikationsserver der Universität Duisburg-Essen, zur Verfügung gestellt. Die hier veröffentlichte Version der E-Publikation kann von einer eventuell ebenfalls veröffentlichten Verlagsversion abweichen.

DOI: 10.1515/jura-2015-0158

URN: urn:nbn:de:hbz:464-20200603-141200-1

Alle Rechte vorbehalten.

Dieser Beitrag ist mit Zustimmung des Rechteinhabers aufgrund einer (DFG-geförderten) Allianz- bzw. Nationallizenz frei zugänglich.