

## Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Grundlagen
3. Form und Inhalt der Erklärung
4. Zugang der Erklärung
5. Rechtsprechungs-ABC
  - 5.1 Anscheins-/Duldungsvollmacht
  - 5.2 Auslegung
  - 5.3 Ausschluss des Zurückweisungsrechts
  - 5.4 Bestimmtheit - 1
  - 5.5 Bestimmtheit - 2
  - 5.6 Bestimmtheit - 3
  - 5.7 BGB-Gesellschaft
  - 5.8 Fehlende Vollmacht
  - 5.9 Geschäftsunfähige
  - 5.10 Gestaltungsrecht
  - 5.11 Gestaltungswirkung
  - 5.12 "Im Auftrag"
  - 5.13 Kenntnisnahme - 1
  - 5.14 Kenntnisnahme - 2
  - 5.15 Kündigungsabsicht
  - 5.16 Nichtverlängerungsmitteilung
  - 5.17 Organschaftliche Vertretung
  - 5.18 Übertragung des Kündigungsrechts
  - 5.19 Vertreter mit/ohne Vertretungsmacht
  - 5.20 Weisungsrecht = Kündigungsrecht?
  - 5.21 Zeitpunkt - 1
  - 5.22 Zeitpunkt - 2
  - 5.23 Zugangsproblem
  - 5.24 Zugangsvereitelung
  - 5.25 Zugangsvertreter
  - 5.26 "zum nächstzulässigen Termin"
  - 5.27 Zurückweisung - 1
  - 5.28 Zurückweisung - 2

### Information

#### 1. Allgemeines

Der Arbeitgeber muss seine Kündigung "erklären". Die Kündigungserklärung ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung. Das heißt, sie muss dem Kündigungsempfänger zugehen. Da das Gesetz für die Kündigungserklärung Schriftform verlangt, sind mündliche "Erklärungen" allerdings **unwirksam**.

#### **Praxistipp:**

Wenn eine Kündigungserklärung wirksam werden soll, muss der Arbeitnehmer sie empfangen. Der Arbeitgeber muss alles daran setzen, dass er den notwendigen Zugang realisiert. Dabei kommt es nicht auf das Datum seines Kündigungsschreibens - also auf den Tag, an dem er die Kündigungserklärung geschrieben hat - an. Entscheidend ist, wann die Kündigungserklärung so in den Machtbereich des Erklärungsempfängers gelangt ist, dass er unter gewöhnlichen Umständen davon Kenntnis nehmen kann.

Zwar braucht eine Kündigungserklärung nicht unbedingt das Wort "Kündigung" zu enthalten. Im Interesse aller Beteiligten und mit Blick auf einen etwaigen Rechtsstreit ist es allerdings besser, klar zu sagen, was man will. Schließlich muss die Kündigungserklärung dem Empfänger ordnungsgemäß zugehen. Das Gesetz regelt nur den Zugang rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen unter Abwesenden. Auch unter Anwesenden geht eine Willenserklärung nur zu, wenn der Kündigungsempfänger die Möglichkeit hat, sie zur Kenntnis zu nehmen (s. dazu das Stichwort Kündigung - ordentliche: Zustellung ).

## 2. Grundlagen

Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses ist eine **rechtsgeschäftliche Willenserklärung**. Der **Arbeitgeber** schreibt dem Arbeitnehmer, dass er dessen Arbeitsverhältnis kündigt. Er ist **der Erklärende**, der **Arbeitnehmer** der **Erklärungsempfänger**. Anders als bei einem Vertrag, der ein zweiseitiges Rechtsgeschäft ist, ist die Kündigung (nur) ein **einseitiges Rechtsgeschäft**.

### **Beispiele:**

1. Arbeitgeber A möchte mit Arbeitnehmer N1 einen Arbeitsvertrag schließen. Dazu muss er sich mit N1 über bestimmte Punkte einigen. Beide müssen wollen, dass N1 in Zukunft für A gegen Entgelt Arbeit leistet ( § 611 BGB ). Das setzt zwei Willenserklärungen voraus, die sich gegenseitig decken müssen. A macht dem N1 ein Angebot, N1 nimmt dieses Angebot an.
2. Will A das Arbeitsverhältnis von Arbeitnehmer N2 kündigen, kann er dieses Rechtsgeschäft allein vornehmen. N2 braucht mit der Kündigung nicht einverstanden zu sein. Das Rechtsgeschäft Kündigung ist schon - was die Kündigungserklärung betrifft - wirksam vorgenommen, wenn sie N2 zugegangen ist. Ob A's Kündigung dann auch materiell wirksam ist, ist eine Frage, die nach dem Kündigungsschutzgesetz und anderen Rechtsnormen beantwortet wird.

Eine **Willenserklärung**, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, wird, wenn sie in dessen Abwesenheit abgegeben wird, in dem Zeitpunkt wirksam, in dem sie ihm zugeht ( § 130 Abs. 1 BGB ). Die Willenserklärung Kündigung muss also - auch wenn sie ein einseitiges Rechtsgeschäft ist - beim Arbeitnehmer als Erklärungsempfänger **ankommen** (dazu: Kündigung - ordentliche: Zustellung ).

### **Beispiel:**

Arbeitgeber A führt am 29.09. ein Gespräch mit seinem Personalleiter über den zukünftigen Personalbedarf. Beide kommen zu dem Ergebnis, dass es einen größeren Personalüberhang gibt. A entschließt sich, fünf Mitarbeiter zu entlassen. Deren Kündigungsfrist beträgt einen Monat zum Monatsende. A lässt noch am gleichen Tag fünf Kündigungen schreiben und auf den Postweg bringen. Die Mitarbeiter M1 bis M3 bekommen ihre Kündigung bereits am 30.09., M4 und M5 erst am 01.10. A hat die Kündigungen zwar rechtzeitig schreiben und auf den Weg bringen lassen - entscheidend kommt es jedoch auf den Zugang seiner Kündigungserklärungen bei den zu kündigenden Mitarbeitern an. Und der war bei M4 und M5 um einen Tag zu spät. Ihre Arbeitsverhältnisse enden damit nicht am 31.10., sondern erst am 30.11.

Ganz wichtig ist § 133 BGB : "Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist **der wirkliche Wille** zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften".

### **Praxistipp:**

Auch wenn einem Arbeitgeber der Schritt, ein Arbeitsverhältnis zu kündigen, nicht immer leicht fällt: Er sollte die Kündigungserklärung kurz und knapp halten und klar zum Ausdruck bringen, was er will. Weiche, abschweifende Formulierungen und ein um den Kern drum Herumreden macht die Willenserklärung Kündigung angreifbar. Deswegen wird der Satz *"Sehr geehrte/r Frau/Herr <...>, ich kündige hiermit Ihr Arbeitsverhältnis fristgemäß zum <Beendigungsdatum>."* für die Erklärung einer ordentlichen Kündigung empfohlen.

Die Kündigungserklärung ist zudem eine **rechtsgestaltende Erklärung**: Sie löst den Arbeitsvertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer auf.

### 3. Form und Inhalt der Erklärung

Die Kündigungserklärung muss nach § 623 Halbs. 1 BGB schriftlich sein. Der nur mündlich erklärte Wille, ein Arbeitsverhältnis zu beenden oder beenden zu wollen, ist rechtlich **unbeachtlich**. Schriftform heißt: die Kündigungserklärung muss vom Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet sein ( § 126 Abs. 1 BGB ). Erklärungen, die das gesetzliche Schriftformerfordernis nicht beachten, sind nichtig ( § 125 Satz 1 BGB ). Weitere Erläuterungen zum Schriftformerfordernis des § 623 Halbs. 1 BGB sind im Stichwort Kündigung - ordentliche: Schriftform hinterlegt.

Die **Kündigungserklärung** muss **eindeutig** sein. Sie darf keine Zweifel über ihren Inhalt aufkommen lassen. Unklarheiten gehen zu Lasten des kündigenden Arbeitgebers.

#### **Beispiel:**

Arbeitgeber A hat wirtschaftliche Probleme. Er überlegt, sich von einigen Mitarbeitern zu trennen. A schreibt Arbeitnehmer N an und teilt ihm ohne Vorankündigung mit: "Sehr geehrter Herr N, ich muss Ihnen leider sagen, dass es so nicht weitergeht. Ich hoffe auf Ihr Verständnis und verbleibe mit freundlichen Grüßen A". Hier kann man sich zu Recht die Frage stellen: Was ist das? Bloß eine Information? Soll N zu einer Eigenkündigung veranlasst werden? Will A das Arbeitsverhältnis von N auflösen? Oder will er eventuell - wenn es "so" nicht weitergeht - Arbeitsbedingungen ändern, um betriebswirtschaftlich wieder in den grünen Bereich zu kommen? A's Erklärung ist mehrdeutig. Sie wird ihm bei einer gerichtlichen Auseinandersetzung Probleme machen.

Auch wenn die Kündigungserklärung **das Wort "Kündigung"** nicht unbedingt enthalten muss: Es muss sich zumindest aus dem **Gesamtzusammenhang** im Weg der **Auslegung** ermitteln lassen, dass die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gewollt ist.

#### **Beispiel:**

Hätte A aus dem vorausgehenden Beispiel zuvor mit N gesprochen, ihm seine betriebliche Situation geschildert und ihm gesagt, dass er ihn entlassen werde, wird man bei der Auslegung seiner Erklärung - immer vom Empfängerhorizont aus gesehen - zu einem anderen Ergebnis kommen. Dann muss man in den Worten "dass es so nicht weitergeht" schon eine Kündigungserklärung sehen.

Eine Kündigung ist ein **bedingungsfeindliches Rechtsgeschäft**.

#### **Beispiel:**

Arbeitgeber A kündigt Mitarbeiter M und schreibt in seine Kündigungserklärung: "Sehr geehrter Herr M, ich kündige Ihr Arbeitsverhältnis hiermit zum 31.10. Wenn sich die geschäftliche Situation in den nächsten beiden Monaten wieder bessern sollte, betrachten Sie diese Kündigung bitte als gegenstandslos." Das geht nicht. Die Kündigung wird hier von Bedingungen abhängig gemacht, die weder A noch M in der Hand haben.

Ein **Ausnahme** lässt die Rechtsprechung für so genannte "**Potestativbedingungen**" zu (s. dazu Änderungskündigung - Änderungsangebot ). Bei ihnen hängt die Wirksamkeit der Erklärung von einer einmaligen **Willensentscheidung des Kündigungsempfängers** ab. Das ist beispielsweise bei einer Änderungskündigung so, bei der der Arbeitgeber die Kündigung von der Bedingung abhängig macht, dass der Arbeitnehmer das Änderungsangebot nicht annimmt.

#### 4. Zugang der Erklärung

Da die Kündigungserklärung zugangsbedürftig ist, kann sie **ohne diesen Zugang nicht wirksam** werden (dazu auch: Kündigung - ordentliche: Zustellung ).

##### **Praxistipp:**

In der Praxis erlebt man es immer wieder, dass Arbeitgeber ihre Kündigungsschreiben zurückdatieren, um so den verpassten Kündigungstermin retten zu wollen. Das funktioniert nicht. Nicht das geschriebene Datum der Kündigungserklärung ist ausschlaggebend, sondern der Tag ihres Zugangs. Daher: Immer dafür sorgen, dass die Kündigungserklärung rechtzeitig vor Beginn der Kündigungsfrist beim Arbeitnehmer ankommt.

§ 130 Abs. 1 Satz 1 BGB regelt das **Wirksamwerden** einer Willenserklärung "**gegenüber Abwesenden**". Er stellt auf den Zeitpunkt ab, in dem sie dem Erklärungsempfänger zugeht.

##### **Beispiel:**

Arbeitnehmer N hat Urlaub. Er hält sich zu Hause auf. Am Morgen des 08.09. findet er in seinem Briefkasten ein Schreiben seines Arbeitgebers A. Das Schreiben datiert vom 02.09. A will N's Arbeitsverhältnis zum 30.09. beenden. Das funktioniert nicht. Entscheidend ist, wann die Willenserklärung Kündigung dem abwesenden N zugegangen ist - und das ist der 08.09.

**Zugang heißt nicht Kenntnis.** Die Kündigungserklärung muss nur in "verkehrsüblicher Weise in die tatsächliche Verfügungsgewalt des Empfängers bzw. eines empfangsberechtigten Dritten gelangt" sein "und für den Empfänger (muss) unter gewöhnlichen Verhältnissen die **Möglichkeit**" bestehen, "von dem Inhalt des Schreibens Kenntnis zu nehmen" ( BAG, 24.06.2004 - 2 AZR 461/03 ). Besteht diese Möglichkeit für den Empfänger, ist es unerheblich, wann er diese Erklärung tatsächlich zur Kenntnis nimmt oder ob er daran durch

- Krankheit,
- zeitweiliger **Abwesenheit** oder
- andere besondere Umstände

gehindert ist ( BAG, 24.06.2004 - 2 AZR 461/03 ). Insoweit reicht eine abstrakte Möglichkeit zur Kenntnisnahme.

##### **Beispiel:**

Arbeitgeber A weiß, dass Mitarbeiter M in Urlaub ist. Der letzte Beendigungstermin für seine einmonatige Kündigungsfrist zum Monatsende läuft am 30.09. ab. A möchte M's Arbeitsverhältnis zum 31.10. beenden. Es reicht in diesem Fall, dass A dem M das Kündigungsschreiben noch am 30.09. in den Hausbriefkasten steckt. Es geht - obwohl M zum Zeitpunkt des Zugangs nicht anwesend ist - rechtzeitig zu.

Was das Gesetz nicht regelt, aber eine **Selbstverständlichkeit** ist: Auch **bei einem Anwesenden** wird eine

Willenserklärung erst wirksam, wenn sie ihm zugeht. Der Arbeitgeber kann dem Arbeitnehmer die schriftliche Kündigungserklärung

- zum Verbleib in die Hand geben oder
- nur zum Lesen überlassen.

### **Praxistipp:**

Es ist nicht gerade selten, dass ein Arbeitnehmer im Kündigungsschutzverfahren auch den Zugang der Kündigung unter Anwesenden noch bestreitet. Wer hier von vornherein vorbeugen möchte, sollte für die Übergabe des Kündigungsschreibens einen Zeugen hinzuziehen. Dieser Zeuge sollte das Kündigungsschreiben vorher lesen und muss in einem späteren Prozess durch seine Aussage bestätigen, dass der Arbeitgeber dem Gekündigten das Kündigungsschreiben an einem bestimmten Tag zu einer bestimmten Uhrzeit übergeben hat beziehungsweise übergeben wollte, der Kündigungsempfänger die Entgegennahme jedoch abgelehnt hat. Da zwischen Kündigung und gerichtlicher Auseinandersetzung immer ein gewisser Zeitraum liegt, sollte sich der Zeuge ein kurzes Protokoll über die Übergabe und die Umstände der Übergabe anfertigen. Er kann es später als Erinnerungsstütze verwenden und die Ereignisse wieder auffrischen.

Der Arbeitgeber trägt nicht nur das **Risiko des rechtzeitigen Zugangs**. Er trägt auch das **Risiko**, dass die **Kündigung** dem Kündigungsempfänger **überhaupt zugeht**. Die Kündigung ist, das kann gar nicht oft genug gesagt werden, eine einseitige und empfangsbedürftige Willenserklärung. Wird sie nicht empfangen, gibt es sie nicht. Dann ist kein Zugang erfolgt.

## **5. Rechtsprechungs-ABC**

An dieser Stelle werden einige der wichtigsten **Entscheidungen** zum Thema Erklärung einer ordentlichen Kündigung **in alphabetischer Reihenfolge** nach Stichwörtern geordnet hinterlegt:

### **5.1 Anscheins-/Duldungsvollmacht**

Der Arbeitgeber muss **nicht immer alles in Person** selber machen. Er kann für bestimmte Rechtsgeschäfte - zu denen auch die Kündigung gehört - eine **andere Person bevollmächtigen**. In einem Fall, in dem es um die **Zurechnung fremden Handelns** im Rahmen des § 15 Abs. 5 TzBfG (Fiktion eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses bei Fortsetzung des befristeten Arbeitsverhältnisses mit Wissen des Arbeitgebers) ging, hat das BAG sowohl die Grundsätze einer Anscheins- als auch die einer Duldungsvollmacht treffend zusammengefasst:

"Eine **Anscheinsvollmacht** setzt voraus, dass der Vertretene das Handeln des Scheinvertreters nicht kennt, er es aber bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen und verhindern können, und der Geschäftspartner annehmen durfte, der Vertretene kenne und billige das Handeln des Vertreters" (s. dazu BGH, 26.01.2016 - XI ZR 91/14 )." Und weiter: "Eine **Duldungsvollmacht** liegt vor, wenn der Vertretene es wissentlich geschehen lässt, dass ein anderer für ihn wie ein Vertreter auftritt, und der Geschäftspartner dieses Dulden nach Treu und Glauben dahin **versteht und auch verstehen darf**, dass der als Vertreter Handelnde zu den vorgenommenen Erklärungen bevollmächtigt ist" ( BAG, 28.09.2016 - 7 AZR 377/14 - mit Hinweis auf BGH, 22.07.2014 - VIII ZR 313/13 u. BGH, 10.01.2007 - VIII ZR 380/04 ).

### **5.2 Auslegung**

Der **Inhalt** einer Kündigungserklärung muss hinreichend bestimmbar sein (s. dazu BAG, 10.04.2014 - 2 AZR 647/13 ; BAG, 20.06.2013 - 6 AZR 805/11 u. BAG, 15.05.2013 - 5 AZR 130/12 ). Als empfangsbedürftige Willenserklärung muss die Kündigungserklärung so **zweifelsfrei** sein, dass der Kündigungsempfänger über die Absichten des Kündigenden Klarheit erlangt (s. dazu BAG, 20.01.2016 - 6 AZR 782/14 ). Bei Anwendung des § 133 BGB entscheidet, "wie der Kündigungsempfänger die Erklärung unter Würdigung der ihm bekannten Umstände nach **Treu und Glauben** und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte auffassen muss." Das kann dazu führen, dass ein Arbeitnehmer die Kündigungserklärung des Arbeitgebers "R AG, R (Schweiz) AG" für das Arbeitsverhältnis "bei der R AG" (die nicht Vertragsarbeitgeber ist, sondern die "R

(Schweiz) AG") trotzdem als Kündigungserklärung (der "R (Schweiz) AG") gegen sich gelten lassen muss ( BAG, 15.12.2016 - 6 AZR 430/15 - mit dem Hinweis, dass die am 12.12.2013 bei Gericht eingegangene und gegen die "R (Schweiz) AG" gerichtete Kündigungsschutzklage gegen die Kündigung vom 20.08.2013 zu spät erhoben wurde und die Kündigung damit nach § 7 Halbs. 1 KSchG von Anfang an wirksam war).

### 5.3 Ausschluss des Zurückweisungsrechts

Das Zurückweisungsrecht nach § 174 Satz 1 BGB bei **Kündigung durch einen Bevollmächtigten** ohne Vorlage der Vollmacht wird nach § 174 Satz 2 BGB ausgeschlossen, "wenn der Vollmachtgeber den anderen von der Bevollmächtigung in Kenntnis gesetzt hatte." Das Gesetz sieht für das **In-Kennnis-Setzen** keine besondere Form vor. Insoweit genügt eine Mitteilung des Vollmachtgebers, die sich unter anderem an den (späteren) Empfänger der Kündigung richtet (s. dazu BAG, 24.09.2015 - 6 AZR 492/14 ). "Ein In-Kennnis-Setzen liegt auch dann vor, wenn der Arbeitgeber bestimmte Mitarbeiter - zB durch die Bestellung zum Prokuristen, Generalbevollmächtigten oder Leiter der Personalabteilung - in eine **Position** berufen hat, die üblicherweise mit dem Kündigungsrecht verbunden ist. Dabei reicht allerdings die bloße Übertragung einer solchen Funktion nicht aus, wenn diese Funktionsübertragung aufgrund der Stellung des Bevollmächtigten im Betrieb nicht ersichtlich ist und auch keine sonstige Bekanntmachung erfolgt" (BAG, 05.12.2019 - 2 AZR 147/19) .

### 5.4 Bestimmtheit - 1

Kündigungen sind **empfangsbedürftige Willenserklärungen**. Als solche müssen sie so **bestimmt** sein, dass der Empfänger klar erkennen kann, was der Erklärende will. Der Adressat der Kündigung muss Klarheit darüber bekommen, "zu welchem Zeitpunkt das Arbeitsverhältnis aus Sicht des Kündigenden beendet sein soll." Zumindest muss sich aus der Kündigungserklärung oder den Umständen ergeben, ob eine ordentliche oder außerordentliche Kündigung gewollt ist. Dabei ist die Formulierung "fristlos, hilfsweise ordentlich zum nächst zulässigen Termin" im Kündigungsschreiben nicht zu beanstanden ( BAG, 23.05.2013 - 2 AZR 54/12 - mit dem Hinweis, dass die Deutlichkeit der Erklärung nach den Verhältnissen bei Ausspruch der Kündigung zu beurteilen ist).

### 5.5 Bestimmtheit - 2

"Eine Kündigung ist bestimmt und **unmissverständlich** zu erklären. Der Empfänger einer ordentlichen Kündigung muss erkennen können, wann das Arbeitsverhältnis enden soll. Dafür genügt bei einer ordentlichen Kündigung regelmäßig die **Angabe des Kündigungstermins** oder der Kündigungsfrist. Ein **Hinweis auf die maßgebliche gesetzliche Regelung** reicht aus, wenn der Erklärungsempfänger dadurch unschwer ermitteln kann, zu welchem Termin das Arbeitsverhältnis enden soll" ( BAG, 20.06.2013 - 6 AZR 805/11 Leitsatz).

### 5.6 Bestimmtheit - 3

Arbeitgeberseitige Kündigungserklärungen unterliegen nicht der Transparenzkontrolle des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB . Sie sind **einseitige Rechtsgeschäfte** des Arbeitgebers und enthalten **keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen** i.S.d. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB (s. dazu auch BAG, 20.06.2013 - 6 AZR 805/11 - und BAG, 14.04.2011 - 6 AZR 727/09 ). Als empfangsbedürftige Willenserklärung muss eine Kündigung jedoch so bestimmt sein, "dass der Empfänger **Klarheit über die Absichten des Kündigenden** erhält." Er muss nachvollziehen 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" (s. dazu BAG, 23.05.2013 - 2 AZR 54/12 u. BAG, 15.12.2005 - 2 AZR 148/05 ). Bei einer ordentlichen Kündigung reicht es regelmäßig aus, wenn der Arbeitgeber den Kündigungstermin oder die Kündigungsfrist angibt ( BAG, 20.01.2016 - 6 AZR 782/14 - mit dem Hinweis, dass aber auch die Wendung "zum nächstzulässigen Termin" ausreichen kann).

### 5.7 BGB-Gesellschaft

Für **einseitige Rechtsgeschäfte** wie die Kündigung sieht § 174 Satz 1 BGB vor: "Ein einseitiges Rechtsgeschäft, das ein Bevollmächtigter einem anderen gegenüber vornimmt, ist unwirksam, wenn der Bevollmächtigte eine Vollmachtsurkunde nicht vorlegt und der andere das Rechtsgeschäft aus diesem

Grunde unverzüglich zurückweist." Das Kündigungsschreiben einer BGB-Gesellschaft muss in der Regel **von allen Gesellschaftern unterschrieben** sein. Hat nur einer das Kündigungsschreiben unterschrieben, gilt: " § 174 BGB findet analoge Anwendung auf einseitige Rechtsgeschäfte, die ein abweichend von der gesetzlichen Grundregel der §§ 709 , 714 BGB allein **vertretungsberechtigter Gesellschafter** im Namen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts vornimmt" ( BAG, 05.12.2019 - 2 AZR 147/19 - Leitsatz).

## 5.8 Fehlende Vollmacht

Legt der Bevollmächtigte bei der **Vornahme eines einseitigen Rechtsgeschäfts** (hier: Kündigung) keine Vollmachtsurkunde vor, kann der Erklärungsempfänger das **Rechtsgeschäft** aus diesem Grund **unverzüglich zurückweisen** ( § 174 Satz 1 BGB ). Die Folge der Zurückweisung: das Rechtsgeschäft ist unwirksam - und das unabhängig von der Frage, ob der das Rechtsgeschäft Vornehmende tatsächlich bevollmächtigt war. Eine Heilung oder Genehmigung des Rechtsgeschäfts nach § 177 BGB scheidet aus. Wichtig: die Zurückweisung bedarf keiner bestimmten Form ( BAG, 25.09.2014 - 2 AZR 567/13 ).

## 5.9 Geschäftsunfähige

§ 131 Abs. 1 BGB sagt: "Wird die **Willenserklärung** einem Geschäftsunfähigen gegenüber abgegeben, so wird sie nicht wirksam, bevor sie dem gesetzlichen Vertreter zugeht". Das setzt aber voraus, dass diese Willenserklärung auch **an den Vertreter gerichtet** oder zumindest für ihn bestimmt ist. Es reicht nicht aus, dass sie nur rein tatsächlich in seinen Herrschaftsbereich gelangt. Und was noch wichtig ist: § 131 Abs. 1 BGB schließt ein automatisches Wirksamwerden der Willenserklärung nach dem **Ende der Geschäftsunfähigkeit** aus - die Erklärung kann nur durch Zugang beim gesetzlichen Vertreter wirksam werden ( BAG, 28.10.2010 - 2 AZR 794/09 ).

## 5.10 Gestaltungsrecht

Kündigungen sind einseitige rechtsgeschäftliche **Willenserklärungen** - und gehören zu den "rechtsvernichtenden (negativen) Gestaltungsrechten". Gestaltungsrechte dieser Art gewähren "die Macht zur Gestaltung konkreter Rechtsbeziehungen durch einseitiges Rechtsgeschäft." Wird so ein rechtsvernichtendes Gestaltungsrecht ausgeübt, bricht der Erklärende damit "regelmäßig einseitig und unmittelbar **in eine fremde rechtliche Sphäre**" ein. "Die Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses führt die gewollten **Rechtswirkungen** zu dem gesetzlich vorgesehenen oder individuell bestimmten Zeitpunkt herbei. Ihre Gestaltungswirkung tritt aber bereits unmittelbar mit Zugang der einseitigen Willenserklärung, durch die sie ausgeübt wird, ein, wobei es auf die Rechtslage beim Zugang der einseitigen Willenserklärung ankommt" ( BAG, 17.10.2017 - 9 AZR 80/17 - mit Hinweis auf BAG, 21.03.2013 - 6 AZR 618/11 ).

## 5.11 Gestaltungswirkung

Nimmt der Arbeitgeber seine **Kündigung zurück**, bedeutet das nicht, dass diese Kündigung als nicht erklärt anzusehen ist. Die Kündigung ist ein rechtsvernichtendes - negatives - Gestaltungsrecht. Die Gestaltungswirkung tritt unmittelbar in dem **Zeitpunkt** ein, in dem die Kündigungserklärung dem Erklärungsempfänger zugeht. Das rechtsvernichtende Gestaltungsrecht wird durch seine Ausübung verbraucht. Deswegen kann die mit einer Kündigung ausgelöste Änderung eines Rechtsverhältnisses grundsätzlich nicht durch eine einseitige Rücknahme der Erklärung wieder ungeschehen gemacht werden. Das geht nur durch ein **Zusammenwirken beider Parteien** (BAG, 20.01.2016 - 6 AZR 601/14) .

## 5.12 "Im Auftrag"

Die Unterschrift einer Erklärung mit dem Zusatz "Im Auftrag" kann **nach den Umständen des Einzelfalls** dafür sprechen, dass der Unterzeichnende nicht - wie ein Vertreter - selbst handeln und die Verantwortung für den Inhalt seiner Erklärung übernehmen will. Demgegenüber lässt der Zusatz "In Vertretung" eher den Schluss zu, "dass der Erklärende selbst für den Vertretenen handelt." Dabei ist allerdings zu beachten, dass **im nichtjuristischen Sprachgebrauch** kaum zwischen "Auftrag" und "Vertretung" differenziert wird. Beide Zusätze werden oft bloß zur Kennzeichnung unterschiedlicher Hierarchieebenen verwendet. Allein aus dem Zusatz "Im Auftrag" kann daher nicht gefolgert werden, dass der Erklärende nur als Bote - und nicht als Vertreter - gehandelt hat. Die Gesamtumstände entscheiden: Von einem Handeln als Vertreter ist auszugehen, wenn sich aus den Umständen ergibt, dass der Unterzeichner "die Erklärung ersichtlich im

Namen eines anderen abgegeben hat". "Für die **Wahrung der Schriftform** kommt es nicht darauf an, ob der Unterzeichner tatsächlich bevollmächtigt war" ( BAG, 12.04.2017 - 7 AZR 446/15 - mit Hinweis auf BAG, 04.05.2011 - 7 AZR 252/10 ; BAG, 25.03.2009 - 7 AZR 59/08 - u. BAG, 13.12.2007 - 6 AZR 145/07 ).

### 5.13 Kenntnisnahme - 1

Für den Zugang einer schriftlichen Kündigungserklärung unter Anwesenden reichen **Aushändigung und Übergabe** der Urkunde, sodass der Empfänger in der Lage ist, vom Inhalt der Erklärung Kenntnis zu nehmen. Ob der Arbeitnehmer das **Originalkündigungsschreiben** tatsächlich liest, ist unerheblich. Es reicht für den **Zugang** schon aus, dass die Erklärung in den Bereich des Empfängers gelangt und er die Möglichkeit hat, davon Kenntnis zu nehmen. Tut er das nicht, geht das zu seinen Lasten ( BAG, 04.11.2004 - 2 AZR 17/04 ).

### 5.14 Kenntnisnahme - 2

Wenn für den Empfänger die **Möglichkeit** der Kenntnisnahme besteht, ist es unerheblich, wann er die Willenserklärung tatsächlich zur Kenntnis nimmt. So ist der Einwurf eines Schriftstücks in den **Hausbriefkasten des Empfängers** die verkehrsübliche Übermittlung von Schriftstücken - denn **unter gewöhnlichen Verhältnissen** kann der Empfänger vom Inhalt des Hausbriefkastens Kenntnis nehmen. Dazu ist er da ( LAG Berlin, 20.12.2005 - 12 Sa 1463/05 - mit dem Hinweis, dass es Sache des Erklärungsempfängers ist, im Prozess konkret darzulegen, warum der vom Kündigenden via Hausbriefkasten behauptete Zugang zu einem anderen Zeitpunkt erfolgt sein soll).

### 5.15 Kündigungsabsicht

Kündigung, das ist eine **einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung**. Sie soll das Arbeitsverhältnis nach dem Willen des Kündigenden entweder sofort - außerordentliche Kündigung - oder nach Ablauf einer Kündigungsfrist - ordentliche Kündigung - **unmittelbar beenden**. Die Kündigung - gleichgültig ob fristlos oder fristgemäß - setzt nicht voraus, dass der Kündigende in seiner Kündigungserklärung den Begriff "Kündigung" gebraucht. Wichtig und entscheidend ist, dass der Kündigende seinen **Willen**, das Arbeitsverhältnis des Erklärungsempfängers einseitig lösen zu wollen, eindeutig gegenüber dem Vertragspartner kundgibt (BAG, 17.12.2015 - 6 AZR 709/14) .

### 5.16 Nichtverlängerungsmitteilung

Teilt der Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer mit, den **befristeten Arbeitsvertrag** nicht verlängern zu wollen, ist diese Nichtverlängerungsmitteilung **keine Kündigung**. Der Arbeitgeber bringt in der Mitteilung nur seine Auffassung zum Ausdruck, dass er seinen Mitarbeiter nach Ablauf der Befristung nicht weiter beschäftigen werde und das Arbeitsverhältnis zum vereinbarten Zeitpunkt ende . Aus seiner Sicht erfolgt das **Ende automatisch** - er muss nicht kündigen, um dieses Ziel zu erreichen. Das wiederum führt zu der Annahme, dass man ihm bei einer bloßen Nichtverlängerungsmitteilung keinen rechtsgeschäftlichen Kündigungswillen unterstellen kann - zumindest in Fällen, in den die Wirksamkeit der Befristung zwischen ihm und seinem Mitarbeiter nicht in Streit steht ( BAG, 04.11.2015 - 7 AZR 933/13 - mit dem Hinweis, dass eine Nichtverlängerungsanzeige einer Kündigung nicht gleichgestellt werden kann).

### 5.17 Organschaftliche Vertretung

Der Kündigungsempfänger kann die einseitige Willenserklärung **Kündigung eines Bevollmächtigten** gem. § 174 Satz 1 BGB zurückweisen, wenn der Bevollmächtigte ihm keine Vollmachtsurkunde vorlegt. Dieses Zurückweisungsrecht besteht allerdings nicht im **Fall organschaftlicher Vertretung**. "Die organschaftliche Vertretungsmacht beruht auf der Bestellung des Vertreters zum Organ einer juristischen Person, die nur durch ihre Organe am Rechtsverkehr teilnehmen kann" (s. dazu BAG, 10.02.2005 - 2 AZR 584/03 ). Der organschaftliche Vertreter (z.B. ein GmbH-Geschäftsführer, Anm. d. Verf.) ist mit Namen und Umfang seiner Vertretungsmacht **in ein öffentliches Register eingetragen** - und das wirkt der Unsicherheit über die in Anspruch genommene organschaftliche Vertretungsmacht entgegen ( BAG, 05.12.2019 - 2 AZR 147/19 - mit Hinweis auf BGH, 20.02.2014 - III ZR 443/13 u. BGH, 09.11.2001 - LwZR 4/01 ).

### 5.18 Übertragung des Kündigungsrechts



Der vereinfachte Fall: Arbeitnehmer N war seit 2006 bei einer **Universität** bzw. bei einem Bundesland (= Arbeitgeber A) angestellt. Tatsächlich tätig war er zuletzt als Arzt und Wissenschaftler bei einem **Universitätsklinikum** (= Arbeitgeber B). A und B hatten 2003 eine "Vereinbarung gemäß 15 UniKlinG" geschlossen. In § 5 dieser Vereinbarung hieß es: "Das Klinikum ist **rechtlicher oder faktischer Arbeitgeber** des im Klinikum tätigen Personals, ungeachtet der rechtlich angeordneten bzw. unverändert stehen gebliebenen Dienstherreneigenschaft des Landes für das Personal des Klinikums am 01.01.2001 bzw. des ärztlich tätig werdenden Personals des Fachbereichs." Mit dem Vorwurf, "Drittmittel veruntreut" zu haben, bekam N von B die außerordentliche Kündigung – unterschrieben hatten der Ärztliche Direktor und Vorstandsvorsitzende sowie der Kaufmännische Direktor des Klinikums.

Eine Kündigung ist ein **einseitiges Rechtsgeschäft**. Einseitige Rechtsgeschäfte, die ein Bevollmächtigter vornimmt, sind unwirksam, wenn der Bevollmächtigte bei Vornahme des Rechtsgeschäfts seine **Vollmachtsurkunde** nicht vorlegt und der Erklärungsempfänger das Rechtsgeschäft aus diesem Grund unverzüglich zurückweist ( § 174 Satz 1 BGB ). Das hatte N hier getan. Aber: Die **Zurückweisung** ist ausgeschlossen, "wenn der Vollmachtgeber den anderen von der Bevollmächtigung in Kenntnis gesetzt hatte" ( § 174 Satz 2 BGB ). Das hatte Arbeitgeber A zwar kurz vor der Kündigung nicht gemacht. Bloß: B ist mit der "Vereinbarung gemäß 15 UniKlinG" im Außenverhältnis zu den bei ihm Beschäftigten mit den nötigen Befugnissen ausgestattet worden, um alle Personalangelegenheiten im Auftrag von A wahrnehmen zu können. B sollte auch "rechtlicher Arbeitgeber" sein – und das "umfasst zumindest auch die Ermächtigung nach § 185 Abs. 1 BGB , Kündigungen im eigenen Namen und mit Wirkung für" Arbeitgeber A "auszusprechen" ( BAG, 27.02.2020 – 2 AZR 570/19 ).

### 5.19 Vertreter mit/ohne Vertretungsmacht

Die Kündigung ist ein **einseitiges Rechtsgeschäft**. Eine Vertretung ist bei diesem einseitigen Rechtsgeschäft ohne Vertretungsmacht nicht zulässig ( § 180 Satz 1 BGB ; BAG, 16.12.2010 - 2 AZR 485/08 ). Über § 180 Satz 2 BGB finden allerdings die Vorschriften über Verträge Anwendung, wenn der gekündigte Arbeitnehmer die vom Vertreter behauptete **Vertretungsmacht** bei Vornahme des Rechtsgeschäfts **nicht beanstandet**. Dann kann das Rechtsgeschäft über § 177 Abs. 1 BGB im Nachhinein genehmigt werden. Die Kündigung ist nach ihrem Zugang zunächst schwebend unwirksam - aber genehmigungsfähig. Dabei kann die Genehmigung sogar durch schlüssiges Verhalten erklärt werden, wenn der Arbeitgeber die Kündigungsbefugnis des Kündigenden im Kündigungsschutzprozess ausdrücklich behauptet und die Rechtmäßigkeit der Kündigung verteidigt (BAG, 10.04.2014 - 2 AZR 684/13 ).

### 5.20 Weisungsrecht = Kündigungsrecht?

In vielen Betrieben lässt der Arbeitgeber die **Arbeitsverträge** durch Mitarbeiter schließen, die er dazu bevollmächtigt hat. Andere oder dieselben Mitarbeiter dürfen Arbeitnehmern sogar Weisungen erteilen und so anstelle des Arbeitgebers dessen Direktionsrecht nach § 106 GewO bzw. § 611a Abs. 1 Satz 2 BGB ausüben. Aber können die dann auch eine einseitige Willenserklärung wie eine Kündigung aussprechen? Kann deren Kündigung dann nach § 174 Satz 1 BGB vom Kündigungsempfänger zurückgewiesen werden? § 174 Satz 2 BGB schließt das **Zurückweisungsrecht** bei der Kündigung durch einen Bevollmächtigten wegen fehlender Vollmachtsvorlage aus, "wenn der Vollmachtgeber den anderen von der Bevollmächtigung in Kenntnis gesetzt hatte." Das **In-Kennntnis-Setzens** i.S.d. § 174 Satz 2 BGB lässt sich jedoch nicht allein aus der Befugnis ableiten, Arbeitsverträge zu schließen und das Weisungsrecht auszuüben (BAG, 05.12.2019 - 2 AZR 147/19) .

### 5.21 Zeitpunkt - 1

Ob eine Willenserklärung **rechtsgestaltend** wirkt, kann nur nach der bei ihrem Zugang - § 130 BGB - bestehenden Rechtslage beurteilt werden. Geht eine Kündigung am Schluss des Kalenderjahres vor einer **Gesetzesänderung** zu, die erst ab dem 01.01. des Folgejahres wirken soll, ist die **Rechtslage am Tag des Kündigungszugangs** maßgeblich. So ist für die Beurteilung der Sozialwidrigkeit einer am 24.12.2003 zugegangenen betriebsbedingten Kündigung § 1 KSchG in der bis zum 31.12.2003 geltenden Fassung heranzuziehen ( BAG, 18.01.2007 - 2 AZR 796/05 ).

### 5.22 Zeitpunkt - 2

Soll die **Wirksamkeit** einer Kündigung beurteilt werden, ist maßgeblich, welche unternehmerische Entscheidung der Arbeitgeber **im Zeitpunkt der Kündigung** getroffen hat. Bei dieser Prüfung sind **frühere Überlegungen** in der Regel unerheblich. Soll die Kündigung wegen einer Betriebsschließung ausgesprochen werden, braucht der Arbeitgeber das nicht erst dann zu tun, wenn er die Betriebsschließung durchgeführt hat. Es reicht aus, wenn sie im Zeitpunkt der Kündigung greifbare Formen angenommen hat, "wenn der Arbeitgeber seine Stilllegungsabsicht unmissverständlich äußert, allen Arbeitnehmern kündigt, etwaige Miet- oder Pachtverträge zum nächstmöglichen Zeitpunkt auflöst, die Betriebsmittel, über die er verfügen darf, veräußert und die Betriebstätigkeit vollständig einstellt" ( BAG, 14.03.2013 - 8 AZR 154/12 ).

### 5.23 Zugangsproblem

§ 4 Satz 1 KSchG knüpft den **Beginn der 3-wöchigen Klagefrist** an den "Zugang der schriftlichen Kündigung". Der **Mangel der Schriftform** kann auch noch nach Ablauf der 3-Wochen-Frist geltend gemacht werden. Kündigt ein **Vertreter ohne Vertretungsmacht**, ist dessen Kündigung dem Arbeitgeber nicht zuzurechnen - sie ist ja (zunächst) nicht von seinem Willen getragen. Daher gilt hier: "Im Falle des (formwirksamen) Ausspruchs einer Kündigung durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht beginnt die Klagefrist des § 4 KSchG erst mit dem Zugang der Genehmigung des Arbeitgebers beim Arbeitnehmer" ( BAG, 06.09.2012 - 2 AZR 858/11 - mit dem Hinweis, dass die erforderliche Zurechenbarkeit der Kündigung erst durch die nachträgliche Genehmigung des Arbeitgebers hergestellt wird).

### 5.24 Zugangsvereitelung

Der Kündigungsempfänger kann sich nach **Treu und Glauben** nicht auf den verspäteten Zugang der Willenserklärung Kündigung berufen, wenn er die Verzögerung des Zugangs selbst zu verantworten hat. Er muss sich dann so behandeln lassen, als habe der Erklärende die entsprechenden **Fristen gewahrt**. Wer auf Grund bestehender oder angebahnter vertraglicher Beziehungen mit dem Zugang rechtserheblicher Erklärungen zu rechnen hat, muss geeignete **Vorkehrungen treffen**, dass ihn derartige Erklärungen auch erreichen ( BAG, 22.09.2005 - 2 AZR 366/04 ).

### 5.25 Zugangsvertreter

Nach den §§ 1903 Abs. 1 Satz 2 BGB , 131 Abs. 2 Satz 1 BGB werden Willenserklärungen, die einer unter **Einwilligungsvorbehalt** stehenden betreuten Person gegenüber abzugeben sind, nicht wirksam, bevor sie dem **Betreuer** zugehen. Der Zugang der Kündigungserklärung beim Betreuten könnte aber aus der in § 1903 Abs. 1 Satz 2 BGB ebenfalls angeordneten entsprechenden Anwendung des § 113 BGB ergeben. Ermächtigt der gesetzliche Vertreter den Minderjährigen, ein Arbeitsverhältnis aufzunehmen, ist der Minderjährige für solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig, die die Eingehung oder **Aufhebung eines Arbeitsverhältnisses** der gestatteten Art oder die Erfüllung der sich daraus ergebenden Verpflichtungen betreffen ( BAG, 13.02.2008 - 2 AZR 864/06 ).

### 5.26 "zum nächstzulässigen Termin"

"Auch eine Kündigung zum 'nächst zulässigen Termin' ist hinreichend bestimmt, wenn dem Erklärungsempfänger die **Dauer der Kündigungsfrist bekannt** oder für ihn bestimmbar ist ... [es folgt ein Hinweis auf BAG, 20.06.2013 - 6 AZR 805/11] . Sie ist typischerweise dahin zu verstehen, dass der Kündigende die **Auflösung des Arbeitsverhältnisses** zu dem Zeitpunkt erreichen will, der sich bei Anwendung der einschlägigen gesetzlichen, tarifvertraglichen und/oder vertraglichen Regelungen als rechtlich frühestmöglicher Beendigungstermin ergibt ... [es folgt ein Hinweis auf BAG, 23.05.2013 - 2 AZR 54/12] . Der vom Erklärenden gewollte Beendigungstermin ist damit **objektiv eindeutig bestimmbar**. Dies ist jedenfalls dann ausreichend, wenn die rechtlich zutreffende Frist für den Kündigungsadressaten leicht feststellbar ist und nicht umfassende tatsächliche Ermittlungen oder die Beantwortung schwieriger Rechtsfragen erfordert" ( BAG, 10.04.2014 - 2 AZR 647/13 ).

### 5.27 Zurückweisung - 1

Die Kündigung ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung. Dafür gilt nach § 174 Satz 1 BGB : "Ein **einseitiges Rechtsgeschäft**, das ein **Bevollmächtigter** einem anderen gegenüber vornimmt, ist unwirksam, wenn der Bevollmächtigte eine Vollmachtsurkunde nicht vorlegt und der andere das

Rechtsgeschäft aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist." Und § 174 Satz 2 BGB schließt mit "Die Zurückweisung ist ausgeschlossen, wenn der Vollmachtgeber den anderen von der Bevollmächtigung **in Kenntnis gesetzt** hatte." an. Hat ein ordnungsgemäß bevollmächtigter Chief Restructuring Officer - CRO - einmal eine Vollmacht vorgelegt, gilt: "Der Erklärungsempfänger ist i.S.v. § 174 Satz 2 BGB von der Bevollmächtigung in Kenntnis gesetzt, wenn eine früher vorgelegte, den Anforderungen des § 174 Satz 1 BGB genügende Vollmacht sich auch auf das später vorgenommene einseitige Rechtsgeschäft erstreckt, etwa auf eine Folgekündigung, sofern dem Erklärungsempfänger nicht zwischenzeitlich vom Vollmachtgeber das Erlöschen der Vollmacht angezeigt worden ist" ( BAG, 24.09.2015 - 6 AZR 492/14 Leitsatz).

## 5.28 Zurückweisung - 2

Die Zurückweisung nach § 174 Satz 1 BGB setzt voraus, dass sie "**unverzüglich**" erfolgt. Aber was heißt "unverzüglich"? Sofort? Postwendend? Ohne Zögern? Nun, ganz so schnell wollte es selbst der Gesetzgeber nicht. Es genügt, wenn die Zurückweisung **ohne schuldhaftes Zögern** erfolgt. Der Erklärungsempfänger darf sich seinen nächsten Schritt eine gewisse Zeit überlegen und sich den Rat eines Rechtskundigen zur Frage einholen, ob er das einseitige Rechtsgeschäft Kündigung wegen fehlender Vorlage einer Vollmacht zurückweist (s. dazu BAG, 05.12.2019 - 2 AZR 147/19 ). Leider gibt es für den Rechtsuchenden keine verbindliche Vorgabe dessen, was "unverzüglich" ist. Entscheidend sind die Umstände des Einzelfalls. Unter normalen Bedingungen ist eine **einwöchige Überlegungs- und Beratungsfrist** ausreichend. "Die Zurückweisung einer Kündigungserklärung ist daher ohne Vorliegen besonderer Umstände nach mehr als einer Woche nicht mehr unverzüglich iSd § 174 Satz 1 BGB " ( BAG, 20.05.2021 - 2 AZR 596/20 - mit Hinweis auf 13.12.2012 - 6 AZR 608/11 ).