

Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Mögliche Unwirksamkeitsgründe
3. KSchG-Anwendung bei anderen Unwirksamkeitsgründen
4. Rechtsprechungs-ABC
 - 4.1 AGG-Verstoß - 1
 - 4.2 AGG-Verstoß - 2
 - 4.3 Ausschluss anderer Gründe
 - 4.4 Außerordentliche Eigenkündigung
 - 4.5 Betriebsübergang
 - 4.6 Fehlende Vollmacht - 1
 - 4.7 Fehlende Vollmacht - 2
 - 4.8 Fehlende Vollmacht - 3
 - 4.9 Feststellungsklage des Arbeitgebers
 - 4.10 Formmangel
 - 4.11 Hinweispflicht
 - 4.12 Kündigung zur Unzeit
 - 4.13 Kündigungsverzicht
 - 4.14 Nachträgliche Geltendmachung
 - 4.15 Qualifiziertes Schriftformerfordernis
 - 4.16 Rechtsmissbrauch
 - 4.17 Schwangerschaft - 1
 - 4.18 Schwangerschaft - 2
 - 4.19 Selbstbindung des Arbeitgebers
 - 4.20 Sitten- und treuwidrig
 - 4.21 Sonderkündigungsschutz - Schwerbehinderte Menschen
 - 4.22 Unterlassenes Präventionsverfahren
 - 4.23 Unwirksame Kündigungsfrist
 - 4.24 Verstoß gegen Anzeige- und Konsultationspflichten
 - 4.25 Wartezeitkündigung - 1
 - 4.26 Wartezeitkündigung - 2
 - 4.27 Wichtiger Grund
 - 4.28 Widersprüchliches Verhalten
 - 4.29 Zweck der 3-wöchigen Klagefrist

Information

1. Allgemeines

Der gesetzliche **KSchG-Kündigungsschutz** bezieht sich auf die im KSchG genannten Kündigungsgründe . Die **Arbeitgeberkündigung** muss im KSchG-Anwendungsbereich betriebs-, personen- oder verhaltensbedingt sein. Das Arbeitsrecht kennt aber **nicht nur KSchG-Gründe**, die eine Kündigung unwirksam machen. Eine erfolgreiche Arbeitgeberkündigung muss **etliche Hürden** nehmen, angefangen beim Schriftformerfordernis bis hin zum wirksamen Zugang . Und dann dürfen selbstverständlich auch **besondere Kündigungsbeschränkungen und -verbote** nicht außer Acht gelassen werden (s. dazu das

Stichwort Kündigung - personenbedingt: besonderer Kündigungsschutz).

Praxistipp:

Es genügt nicht, vor einer Kündigung bloß die drei KSchG-Kündigungsgründe zu prüfen. Wer die Kündigung eines Mitarbeiters erfolgreich durchbringen will, muss auf viele andere Unwirksamkeitsgründe achten. So kann eine ansonsten sozial gerechtfertigte betriebsbedingte Kündigung beispielsweise an der fehlerhaften Anhörung des Betriebsrats scheitern oder eine personenbedingte eines Schwerbehinderten daran, dass die Zustimmung des Integrationsamts fehlt. Vor einer Kündigung sollte daher unbedingt darauf geachtet werden, möglichst alle Wirksamkeits-/Unwirksamkeitsgründe in die Prüfung einzubeziehen.

§ 13 Abs. 3 KSchG sieht vor, dass vom ersten KSchG-Abschnitt nur die §§ 4 bis 7 für **Kündigungen** gelten, die **aus anderen Gründen unwirksam** sind. Die §§ 1 bis 3 und 8 bis 12 KSchG finden auf diese Kündigungen keine Anwendung. Der gekündigte Arbeitnehmer ist - auch in einem **Nicht-KSchG-Betrieb** - gehalten, rechtzeitig innerhalb der 3-Wochen-Frist des § 4 KSchG Klage zu erheben. Verpasst er die Klagefrist, greift die Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG . Während § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG dem Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast für die **KSchG-Kündigungsgründe** auferlegt, trägt der **Arbeitnehmer** die **Darlegungs- und Beweislast** für die anderen Kündigungsgründe i.S.d. § 13 Abs. 3 KSchG selbst.

2. Mögliche Unwirksamkeitsgründe

Das KSchG verlangt für eine sozial gerechtfertigte **Kündigung**

- betriebs-,
- personen- oder
- verhaltensbedingte

Kündigungsgründe. Für den Fall, dass die Kündigung **sozial nicht gerechtfertigt** ist, sieht das KSchG bestimmte **Rechtsfolgen** vor.

Nun kann eine **Kündigung** außerhalb des KSchG **auch aus anderen Gründen unwirksam** sein - z.B. weil

- keine **Betriebsratsanhörung** nach § 102 BetrVG stattgefunden hat (s. dazu Kündigungsschutz - Mitbestimmung),
- der **Bevollmächtigte** des Arbeitgebers der Kündigung keine Vollmachtsurkunde beifügte und der Arbeitnehmer die Kündigung aus diesem Grund zurückgewiesen hat (§ 174 BGB ; s. dazu auch Kündigung - Allgemeines),
- der Arbeitgeber hat den **besonderen Kündigungsschutz missachtet** hat (s. dazu Kündigung - personenbedingt: besonderer Kündigungsschutz),
- die Kündigung gegen das Kündigungsverbot wegen Betriebsübergangs in § 613a Abs. 4 BGB verstößt,
- die Kündigung ist **rechtsmissbräuchlich** war (s. dazu Kündigungsschutz - Kleinbetrieb),
- das **Schriftformerfordernis** aus § 623 BGB nicht eingehalten wurde (s. dazu Kündigung - ordentliche: Schriftform).
- die Kündigung gegen **Treu und Glauben** verstößt (s. dazu Kündigungsschutz - Kleinbetrieb).

Maßstab für die Prüfung, ob ein anderer Unwirksamkeitsgrund vorliegt, sind § 1 Abs. 2 und Abs. 3 KSchG .

Ganz wichtig und neu seit dem 30.12.2016. "Die Kündigung eines schwerbehinderten Menschen, die der Arbeitgeber ohne eine Beteiligung [der Schwerbehindertenvertretung] nach ... [§ 95 Abs. 2 Satz 1 SGB IX] ausspricht, ist unwirksam." Mit dieser Regelung - die ab dem 01.01.2018 in § 178 Abs. 2 Satz 2 des neuen SGB IX hinterlegt ist - hat der Gesetzgeber den **Kündigungsschutz schwerbehinderter Arbeitnehmer** durch das Gesetz zur Stärkung der Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderung vom 23.12.2016 (BGBl. I 2016, S. 3234 ff. vom 29.12.2016 - Bundesteilhabegesetz (BTHG) - **weiter verbessert**. Die Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung war bis zum 29.12.2016 keine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung Schwerbehinderter.

3. KSchG-Anwendung bei anderen Unwirksamkeitsgründen

Will sich der Arbeitnehmer **gegen eine außerordentliche Kündigung** seines Arbeitsverhältnisses **wehren**, muss er § 13 Abs. 1 KSchG beachten (s. dazu das Stichwort Kündigungsschutz - außerordentliche Kündigung). Für **Kündigungen**, die **gegen die guten Sitten** verstoßen, legt § 13 Abs. 2 KSchG den KSchG-Anwendungsbereich fest (dazu: Kündigungsschutz - Kleinbetrieb). Ansonsten gilt nach § 13 Abs. 3 KSchG :

"Im Übrigen finden die Vorschriften dieses Abschnitts mit Ausnahme der §§ 4 bis 7 auf eine Kündigung, die bereits aus anderen als den in § 1 Abs. 2 und 3 bezeichneten Gründen rechtsunwirksam ist, keine Anwendung."

Ist die Arbeitgeberkündigung **aus einem anderen als einem KSchG-Grund unwirksam**, heißt das u.a.: Der Arbeitnehmer

- hat keinen Abfindungsanspruch nach § 1a KSchG ,
- kann beim Betriebsrat keinen Kündigungseinspruch einlegen (§ 3 KSchG),
- muss innerhalb der 3-Wochen-Frist des § 4 KSchG eine **Kündigungsschutzklage** erheben,
- hat die Möglichkeit, unter den Voraussetzungen des § 5 KSchG die **nachträgliche Zulassung** einer verspäteten Klage zu erreichen,
- kann sich nach Maßgabe des § 6 KSchG und rechtzeitiger Klageerhebung bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung noch auf **weitere Unwirksamkeitsgründe** berufen, die er mit der Klage nicht geltend gemacht hat,
- muss sich die Wirksamkeitsfiktion des § 7 KSchG entgegenhalten lassen, wenn er nicht rechtzeitig Klage erhoben hat,
- kann nicht die Auflösung seines Arbeitsverhältnisses gegen **Zahlung einer Abfindung** nach §§ 9 , 10 KSchG verlangen und
- braucht sich auch den **Zwischenverdienst** nicht nach § 11 KSchG anrechnen zu lassen.

Beispiel:

Buchhalterin Brigitte Bardow bekommt von ihrem Arbeitgeber den Auftrag, Mitarbeiterin Greta Garbow zu kündigen. Das macht sie am 15.03., legt dem Kündigungsschreiben aber keine Vollmachtsurkunde bei. Greta weist die Kündigung aus diesem Grund unverzüglich zurück. Die Kündigung ist jetzt nach § 174 BGB unwirksam. Obwohl ihre Kündigung von Gesetzes wegen unwirksam ist, muss Frau Garbow nun innerhalb der 3-wöchigen Klagefrist des § 4 KSchG ihre Kündigungsschutzklage erheben. Tut sie das nicht, gilt die Kündigung nach § 7 KSchG als von Anfang an wirksam. Unterstellt, Greta hat rechtzeitig Klage erhoben und das Arbeitsverhältnis wird infolge der Auseinandersetzung emotional belastet: Frau Garbow kann in diesem Fall selbst dann keinen Auflösungsantrag nach § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG stellen, wenn ihr die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar ist.

Die Regelung in § 13 Abs. 3 KSchG schließt es übrigens auch aus, dass der Arbeitgeber einen Auflösungsantrag nach § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG stellt.

Praxistipp:

Die meisten Kündigungsschutzprozesse enden mit einem Abfindungsvergleich. Das ist für KSchG-Kündigungen auch so vorgesehen. Liegt der Grund für die Unwirksamkeit der Kündigung jedoch außerhalb von § 1 Abs. 2 u. Abs. 3 KSchG , kann ein Arbeitnehmer - rechtlich - zwar keine Abfindung fordern. Trotzdem ist ein Abfindungsvergleich auch in Fällen des § 13 Abs. 3 KSchG häufig die schnellere und sinnvollere Lösung.

Da die **Beweislastregel** des § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG - "Der Arbeitgeber hat die Tatsachen zu beweisen, die die Kündigung als sozial ungerechtfertigt im Sinne des Satzes 1 erscheinen lassen" - für Kündigungen, die aus anderen als den in § 1 Abs. 2 u. Abs. 3 KSchG genannten Gründen unwirksam sind, nicht gilt, trägt der Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen dieser anderen Unwirksamkeitsgründe. Das

Sonderkündigungsrecht aus § 12 KSchG soll nach § 13 Abs. 3 KSchG zwar keine Anwendung finden. Es spricht aber vieles dafür, dem gekündigten Arbeitnehmer diese Möglichkeit auch nach einer aus anderen Gründen unwirksamen Kündigung zuzubilligen.

4. Rechtsprechungs-ABC

An dieser Stelle werden einige der interessantesten **Entscheidungen** zu den anderen Unwirksamkeitsgründen i.S.d. § 13 Abs. 3 KSchG in alphabetischer Reihenfolge nach Stichwörtern geordnet hinterlegt:

4.1 AGG-Verstoß - 1

Der vereinfachte Fall: Arbeitgeber G, ein Kaffeevertrieb, hatte einen Firmenwagen neu gestaltet. Aus Kaffeebohnen ragten zwei **nackte Frauenbeine** mit roten - halb ausgezogenen - Pumps heraus, daneben stand der Spruch "Verführerisch LECKER". Der **homosexuelle Arbeitnehmer** N, der bei G seit fast 20 Jahren Verkaufsfahrer war, hatte schon damit ein Problem. Als man dann an seinem Fahrzeug auch noch **rote Radkappen** montiert hatte, wurde es ihm zu viel. "Mit so einem Puffauto fahre ich nicht", sagte N. G kündigte daraufhin am 30.06.2015 fristlos, hilfsweise fristgerecht. Das KSchG fand auf N's Arbeitsverhältnis keine Anwendung.

Für eine **außerordentliche Kündigung** reichte das Arbeitnehmerverhalten in diesem Fall nicht aus. Sie war unverhältnismäßig. Erstens hatte der Arbeitgeber zuvor nicht abgemahnt, zweitens sei zugunsten des gekündigten Mitarbeiters die lange - und bis dahin ohne Beanstandung gebliebene - Beschäftigung zu berücksichtigen. Gegen die ordentliche Kündigung konnte sich der Arbeitnehmer dagegen nicht wehren, weil das KSchG in G's Kleinbetrieb keine Anwendung fand. Ein **Verstoß gegen das AGG**, der eine Kündigung schon hätte unwirksam machen können, sei hier auszuschließen. N sei **nicht wegen seiner sexuellen Identität benachteiligt** worden. Es sei nicht feststellbar, dass N's Homosexualität G's Motiv für die Zuweisung des auffällig mit nackten Frauenbeinen gestalteten Firmenwagens war (ArbG Möchengladbach, 14.10.2015 - 2 Ca 1765/15 - mit dem Hinweis, dass der Arbeitgeber grundsätzlich die Möglichkeit hat, seinen Arbeitnehmern ein nach seinen Vorstellungen gestaltetes Fahrzeug zuzuweisen).

4.2 AGG-Verstoß - 2

Der vereinfachte Fall: Arbeitgeber A, ein Kleinbetrieb, hatte das **Beschäftigungsverhältnis des schwerbehinderten Arbeitnehmers** N mehrfach gekündigt, zuletzt ordentlich zum 31.08.2015 und außerordentlich am 13.08.2015. A behauptete, N's **Tätigkeitsbereich sei entfallen**, N meinte, die Kündigung sei nur wegen seiner Schwerbehinderung erfolgt, man habe **unzulässige Maßnahmen** gegen ihn ergriffen - so sei den Kollegen beispielsweise verboten worden, mit ihm zu sprechen. Die Kündigung, so N, verstoße gegen das AGG.

Der Arbeitnehmer blieb im Kündigungsschutzprozess für seine **Behauptungen**, A habe ihn unzulässig benachteiligt und wegen seiner Schwerbehinderung diskriminiert, **beweisfällig**. Es waren auch keine Indizien zu erkennen, die auf eine Benachteiligung N's wegen seiner Behinderung schließen lassen. Insoweit war die ordentliche Kündigung - die zudem mit Zustimmung des Integrationsamts erfolgte - nicht zu beanstanden. Ohne **greifbare Diskriminierung** stand N auch keine AGG-Entschädigung zu, sodass seine Kündigungsschutz- und Zahlungsklage vor dem ArbG Düsseldorf ebenso scheiterte wie seine Berufung vor dem LAG Düsseldorf (LAG Düsseldorf, 07.01.2016 - 13 Sa 1165/15).

4.3 Ausschluss anderer Gründe

Der Arbeitnehmer kann eine Änderungskündigung **unter Vorbehalt annehmen**. Damit entfällt auf der einen Seite zwar die Beendigungswirkung der Kündigung, auf der anderen Seite bedeutet die Annahme unter Vorbehalt aber nicht, dass der Arbeitnehmer damit auf die **Geltendmachung** anderer Unwirksamkeitsgründe i.S.d. § 4 Satz 2 Alt. 2 KSchG verzichtet. Das heißt, aus der bloßen Annahme des Änderungsangebots unter Vorbehalt lässt sich nicht der Schluss ziehen, eine fehlerhafte Betriebsratsanhörung (§ 102 BetrVG) oder die fehlende Zustimmung zur Änderungskündigung (z.B. nach § 9 Abs. 3 MuSchG oder § 85 SGB IX) seien nun unerheblich. Ein **Verzicht** auf das Geltendmachen anderer Unwirksamkeitsgründe i.S.d. § 4 Satz 2 Alt. 2 KSchG muss entweder ausdrücklich erklärt werden oder sich eindeutig aus den Umständen ergeben (BAG,

4.4 Außerordentliche Eigenkündigung

Der Arbeitnehmer kann sein Recht, die von ihm selbst ausgesprochene Kündigung mit dem Argument, die Voraussetzungen des § 626 BGB hätten gar nicht vorgelegen, nur **in den Grenzen von Treu und Glauben** – § 242 BGB – ausüben. Daraus folgt der Grundsatz, dass bei Willenserklärungen ein **widersprüchliches Verhalten verboten** ist. Wer als Arbeitnehmer seine außerordentliche Kündigung dem Schriftformgebot des § 623 BGB entsprechend erklärt, ohne zuvor dazu von seinem Arbeitgeber herausgefordert worden zu sein, der drückt damit regelmäßig seine **ernsthafte und endgültige Lösungsabsicht** aus. Und damit ist die Geltendmachung der Unwirksamkeit dieser schriftlich erklärten Eigenkündigung in der Regel treuwidrig. Da wäre es Sache des Arbeitgebers, die Unwirksamkeit der Kündigung geltend zu machen. Greift der so eine außerordentliche Kündigung nicht an, "so liegt darin grundsätzlich eine hinzunehmende schutzwerte Disposition" (BAG, 10.09.2020 – 6 AZR 94/19 (A) – mit Hinweis auf BAG, 09.06.2011 – 2 AZR 418/10 u. BAG, 12.03.2009 – 2 AZR 894/07).

4.5 Betriebsübergang

§ 613a Abs. 4 Satz 2 BGB lässt das **"Recht zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus anderen Gründen"** unberührt. Das heißt, nicht jede Kündigung die nur irgendwie im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang ausgesprochen wird, ist gleich nach § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB nicht wirksam . § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB schützt nur vor Kündigungen, die **gerade "wegen des Betriebsübergangs"** ausgesprochen werden. Das Kündigungsverbot aus § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB greift nicht, wenn "der Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf einen Betriebserwerber widersprochen hat und der Arbeitgeber nunmehr wegen des Fehlens einer Beschäftigungsmöglichkeit kündigt" (BAG, 08.05.2014 2 AZR 1005/12 mit Hinweis auf BAG, 24.02.2000 - 8 AZR 145/99 u. BAG, 21.03.1996 - 2 AZR 559/95).

4.6 Fehlende Vollmacht - 1

Für **einseitige Rechtsgeschäfte** wie eine Kündigung sagt § 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." **Unverzüglich** heißt nicht sofort - sondern nach den Grundsätzen des § 121 BGB "ohne schuldhaftes Zögern". Dem Kündigungsempfänger "ist ... eine gewisse Zeit der Überlegung und zur Einholung des Rats eines Rechtskundigen darüber einzuräumen, ob er das einseitige Rechtsgeschäft wegen fehlender **Vorlage eines Vollmachtsbelegs** zurückweisen soll." Dabei richtig sich die Zeitspanne nach den Umständen des Einzelfalls (BAG, 05.12.2019 - 2 AZR 147/19 - hier: eine Woche).

4.7 Fehlende Vollmacht - 2

Ein **einseitiges Rechtsgeschäft** wie die Kündigung, das ein Bevollmächtigter gegenüber einem anderen vornimmt, ist gemäß § 174 Satz 1 BGB unwirksam, "wenn der Bevollmächtigte eine Vollmachtsurkunde nicht vorlegt und der andere das Rechtsgeschäft aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist." Kündigt eine **Gesellschaft bürgerlichen Rechts**, ist die Kündigung von allen Gesellschaftern zu unterschreiben. Und wenn ein **Gesellschafter alleinvertretungsberechtigt** ist? " § 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).

4.8 Fehlende Vollmacht - 3

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).

4.9 Feststellungsklage des Arbeitgebers

Das KSchG sieht keinen "umgekehrten Kündigungsschutz" vor, mit dem sich ein Arbeitgeber gegen die Kündigung eines Mitarbeiters wehren kann. Ihm ist es daher nicht möglich, eine Kündigungsschutzklage i.S.d. § 4 KSchG zu erheben. Er braucht auch nicht die 3-wöchige Klagefrist des § 7 KSchG zu beachten, wenn er die **Eigenkündigung eines Mitarbeiters** angreifen möchte. Das kann er mit einer Feststellungsklage nach § 256 ZPO tun. Die setzt allerdings ein besonderes **Feststellungsinteresse** voraus. § 256 ZPO knüpft dabei an ein **gegenwärtiges Rechtsverhältnis** an (und nicht an ein bereits durch Kündigung beendetes, Anm. d. Verf.). "Wird die Klage auf Feststellung eines vergangenen Rechtsverhältnisses gerichtet, ist sie lediglich zulässig, wenn sich aus der Feststellung noch Rechtsfolgen für die Gegenwart oder die Zukunft ergeben" – was in dem hier vorgestellten Fall vom Gericht verneint wurde (BAG, 01.10.2020 – 2 AZR 214/20).

4.10 Formmangel

Hält der Erklärende die in § 623 BGB verankerte **gesetzliche Schriftform** nicht ein, kann sich der Erklärungsempfänger auf diesen Formmangel berufen. So ein Einwand stellt nur in Ausnahmefällen einen **Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben** dar. Sinn und Zweck des § 623 BGB dürfen nicht ausgehöhlt werden. Will man im Berufen auf den Formmangel einen Verstoß gegen § 242 BGB sehen, muss das Ergebnis **für einen Vertragsteil schlechthin untragbar** sein. Dafür reicht es nicht einmal, wenn die Voraussetzungen einer Verwirkung erfüllt sind. "Es müssen Umstände hinzukommen, die das Verhalten des Berechtigten in hohem Maße als widersprüchlich erscheinen lassen" (BAG, 07.10.2015 - 7 AZR 40/14) .

4.11 Hinweispflicht

"Das Arbeitsgericht genügt der Hinweispflicht des § 6 Satz 2 KSchG auf die Präklusionsvorschrift des § 6 Satz 1 KSchG , wenn es den Arbeitnehmer darauf hinweist, dass er sich bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz zur Begründung der Unwirksamkeit der Kündigung auch auf innerhalb der Klagefrist des § 4 KSchG nicht geltend gemachte Gründe berufen kann. Hinweise des Arbeitsgerichts auf konkrete Unwirksamkeitsgründe sind unter dem Gesichtspunkt des § 6 Satz 2 KSchG auch dann nicht geboten, wenn im Laufe des erstinstanzlichen Verfahrens deutlich wird, dass Unwirksamkeitsgründe in Betracht kommen, auf die sich der Arbeitnehmer bisher nicht berufen hat. Die Pflicht zu derartigen Hinweisen kann sich allerdings aus der in § 139 ZPO geregelten materiellen Prozessleitungspflicht des Gerichts ergeben" (BAG, 18.01.2012 - 6 AZR 407/10 Leitsatz).

4.12 Kündigung zur Unzeit

Der vereinfachte Fall: Der Gynäkologe einer schwangeren Arbeitnehmerin hatte den voraussichtlichen Entbindungstermin für den 16.01. des Folgejahres festgestellt und am 04.07. des laufenden Jahres ein sofortiges, generelles **Beschäftigungsverbot** nach § 3 Abs. 1 MuSchG erklärt. Das missfiel dem Arbeitgeber - und er forderte die **schwängere Mitarbeiterin** auf, weiter zu arbeiten. Anlässlich einer weiteren Untersuchung wurde am 14.07. festgestellt, dass die **Leibesfrucht abgestorben** war. Die Arbeitnehmerin wurde für den erforderlich gewordenen medizinischen Eingriff für den 15.07. ins Krankenhaus einbestellt - worüber sie ihre Vorgesetzte noch am 14.07. informierte. Der Arbeitgeber ließ gleich eine Kündigung schreiben und am Abend des 14.07. in den Hausbriefkasten der Arbeitnehmerin einwerfen. Dort fand sie das Kündigungsschreiben am 16.07. nach ihrer Rückkehr aus dem Krankenhaus.

Die Kündigung war **unwirksam** - u.a. auch als so genannte "Kündigung zur Unzeit": "*Es verstößt grob gegen die Pflicht der Beklagten zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen der Klägerin, ihr noch vor dem Weg ins Krankenhaus, wo sie - für die Beklagte bekannt - einen artifiziellen Abort vornehmen lassen musste, die Kündigungserklärung zukommen zu lassen. Dies kann nur als absichtliche Missachtung der persönlichen Belange der Klägerin angesehen werden, die sich in einer lebensbedrohlichen Situation sah und darüber hinaus den Tod ihres Kindes zu verarbeiten hatte. Die Beklagte hat bewusst einen Zeitpunkt gewählt, der die Klägerin beeinträchtigen musste*" (BAG, 12.12.2013 - 8 AZR 838/12).

4.13 Kündigungsverzicht

Der Arbeitgeber ist grundsätzlich nicht gehalten, auf eine von seinem Arbeitnehmer begangene **Vertragsstörung** mit einer - ordentlichen oder außerordentlichen - Kündigung zu reagieren. Er kann auf sein Kündigungsrecht nach dessen Entstehen ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten verzichten. Spricht der Arbeitgeber **an Stelle einer Kündigung eine Abmahnung** aus, ist das "regelmäßig der konkludente Verzicht auf das Recht zur Kündigung aus den in ihr gerügten Gründen." Die Abmahnung bringt zum Ausdruck, dass der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis (noch) **nicht als so gestört ansieht**, dass ihm die Fortsetzung unmöglich ist (so: BAG, 13.05.2015 - 2 AZR 531/14 und BAG, 26.11.2009 - 2 AZR 751/08). Aber: "Dies gilt allerdings dann nicht, wenn gem. §§ 133 , 157 BGB der Abmahnung selbst oder den Umständen zu entnehmen ist, dass der Arbeitgeber die Angelegenheit mit der Abmahnung nicht als 'erledigt' ansieht (BAG, 19.11.2015 - 2 AZR 217/15 mit Hinweis auf BAG, 13.05.2015 - 2 AZR 531/14 u. BAG, 13.12.2007 - 6 AZR 145/07).

4.14 Nachträgliche Geltendmachung

"Hat der Arbeitnehmer neben der Klage gegen eine konkret bezeichnete Kündigung i.S.v. § 4 Satz 1 KSchG binnen Dreiwochenfrist eine Feststellungsklage nach § 256 ZPO erhoben, die sich bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung gegen jeglichen Auflösungsstatbestand richtet, dessen sich der Arbeitgeber berühren sollte, ersieht dieser daraus - entsprechend dem Sinn und Zweck des § 4 KSchG - dass der Arbeitnehmer sich auch gegen weitere (evtl. vorsorgliche) Kündigungen wehren will. Der Arbeitnehmer kann deshalb im Rahmen eines solchen allgemeinen Feststellungsantrags sonstige Kündigungen noch nach Ablauf der der Dreiwochenfrist in den Prozess einführen und sich auf deren Unwirksamkeit berufen (...). Das folgt aus dem Rechtsgedanken des § 6 KSchG " (BAG, 26.09.2013 - 2 AZR 682/12).

4.15 Qualifiziertes Schriftformerfordernis

Vereinbaren die Parteien im **Arbeitsvertrag** die Klausel "*Die Kündigung bedarf der Schriftform. Spricht die Firma die Kündigung aus, so ist der Kündigungsgrund anzugeben*", stellt das ein qualifiziertes Schriftformerfordernis dar. Dieses Schriftformerfordernis ist konstitutiv. Das heißt: Eine formwirksame Kündigung verlangt vom Arbeitgeber, die **Gründe für die Kündigung** des Arbeitsverhältnisses anzugeben. Tut er das nicht, ist seiner - wenn auch schriftlich erklärte - Kündigung nach § 125 Satz 2 BGB unwirksam. Der Arbeitnehmer ist allerdings gehalten, den Unwirksamkeitsgrund innerhalb der Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG geltend zu machen. Hat er **rechtzeitig Klage erhoben**, kann er sich nach Maßgabe des § 6 Satz 1 KSchG auch noch Unwirksamkeitsgründe berufen, die er innerhalb der 3-wöchigen Klagefrist nicht geltend gemacht hat (BAG, 25.10.2012 - 2 AZR 845/11).

4.16 Rechtsmissbrauch

Grundsätzlicher Ansatzpunkt für rechtsmissbräuchliches Verhalten: Rechte oder Rechtspositionen, die durch unredliches Verhalten erworben oder begründet wurden, sind nach § 242 BGB in der Regel nicht schutzwürdig. Nutzt jemand die von ihm rechtsmissbräuchlich **erworbene Rechtsstellung** aus, kann man ihm folgerichtig den Einwand unzulässiger Rechtsausübung entgegenhalten (s. dazu BAG, 17.03.2016 - 8 AZR 677/14 ; BAG, 21.10.2014 - 3 AZR 866/12 ; BAG, 23.11.2006 - 8 AZR 349/06 ; BGH, 06.02.2002 - X ZR 215/00 u. BGH, 06.10.1971 - VIII ZR 165/69). Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass **nicht jedes rechts- oder pflichtwidrige Verhalten** gleich und immer - oder auch nur in gewisser Regelmäßigkeit - die Ausübung der dadurch erlangten Rechtsstellung unzulässig macht. "Hat der Anspruchsteller sich die günstige Rechtsposition aber gerade durch [s]ein treuwidriges Verhalten verschafft, liegt eine unzulässige Rechtsausübung i.S.v. § 242 BGB vor" (BAG, 19.05.2016 - 8 AZR 470/14 - mit Hinweis auf BGH, 28.10.2009 - IV ZR 140/08).

4.17 Schwangerschaft - 1

Die Kündigung einer schwangeren Arbeitnehmerin ist nach Maßgabe des § 9 Abs. 1 MuSchG unwirksam. Kündigt der Arbeitgeber trotzdem, muss die gekündigte Schwangere die **Unwirksamkeit der Kündigung** nach § 9 Abs. 1 MuSchG innerhalb der 3-wöchigen-Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG geltend machen. Tut sie das nicht, greift die **Wirksamkeitsfiktion** des § 7 Halbs. 1 KSchG . Die oberste Landesbehörde kann der Kündigung einer schwangeren Arbeitnehmerin zustimmen. Das Fehlen dieser **Zustimmung** führt aber nicht

dazu, dass die Kündigung ohne Zustimmung nichtig ist - wobei auch ein Nichtigkeitsgrund innerhalb der Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG rechtzeitig geltend zu machen wäre. Selbst wenn der Arbeitgeber hier die von der Arbeitnehmern verlangte Erklärung, an der Kündigung nicht festzuhalten, abgegeben hätte: Eine fristgemäße Klageerhebung hätte das nicht überflüssig gemacht (BAG, 17.10.2013 - 8 AZR 742/12).

4.18 Schwangerschaft - 2

Kündigt der Arbeitgeber eine schwangere Mitarbeiterin, ohne zuvor die **Zustimmung der Arbeitsschutzbehörde** dazu eingeholt zu haben, kann das eine **AGG-widrige Benachteiligung** wegen des Geschlechts darstellen. Das wiederum hat zur Folge, dass der Arbeitgeber zur **Zahlung einer Geldentschädigung** verpflichtet sein kann. In dem Fall hatte der Arbeitgeber bereits den ersten Kündigungsrechtsstreit wegen einer Probezeitkündigung in der Schwangerschaft verloren und bei der zweiten Kündigung bloß angenommen, die Mitarbeiterin sei nicht mehr schwanger. Diesen Einwand hielt das Gericht für unberechtigt. Vor allem auch vor dem Hintergrund, dass die Mitarbeiterin nicht verpflichtet gewesen sei, ihren Arbeitgeber vom Fortbestehen und weiteren Verlauf der Schwangerschaft zu unterrichten (LAG Berlin-Brandenburg, 16.09.2015 - 23 Sa 1045/15) .

4.19 Selbstbindung des Arbeitgebers

"1. Die aus § 1 Abs. 2 Satz 2 und Satz 3 KSchG folgende Verpflichtung des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer zur **Vermeidung einer Beendigungskündigung** an einem anderen - freien - Arbeitsplatz zu beschäftigen, erstreckt sich grundsätzlich nicht auf **Arbeitsplätze in einem im Ausland gelegenen Betrieb** oder Betriebsteil des Unternehmens. 2. Eine über die Vorgaben des KSchG hinausgehende 'Selbstbindung' des Arbeitgebers zur **Weiterbeschäftigung** des Arbeitnehmers in einem im Ausland gelegenen Betrieb des Unternehmens mag sich im Einzelfall aus § 241 BGB , aus § 242 BGB oder aus einem Verzicht auf den Ausspruch einer Beendigungskündigung ergeben können" (BAG, 24.09.2015 - 2 AZR 3/14 - Leitsätze).

4.20 Sitten- und treuwidrig

Nachdem das Gesundheitsamt für Mitarbeiter M als **Kontaktperson eines Infizierten** eine **Corona-Quarantäne** angeordnet hatte, kündigte Arbeitgeber A, Inhaber eines kleinen Dachdeckerbetriebs , dessen Arbeitsverhältnis. Er meinte, M wolle sich bloß vor der Arbeit drücken, bezweifelte die angeordnete Quarantäne und verlangte von M gar eine schriftliche Bestätigung des Gesundheitsamts. Die kam dann nach einigem Zuwarten doch nicht und A kündigte. Auch wenn er als Inhaber eines Kleinbetriebs keinen KSchG-Kündigungsgrund braucht: Diese Kündigung war sitten- und treuwidrig. M hatte nur die **Quarantäneanordnung befolgt** (ArbG Köln, 15.04.2021 - 8 Ca 7334/20).

4.21 Sonderkündigungsschutz - Schwerbehinderte Menschen

Auch wenn der Arbeitgeber vor Ausspruch der Kündigung von der **Antragstellung** oder der **Schwerbehinderteneigenschaft** seines Arbeitnehmers nichts gewusst hat: dem Arbeitnehmer steht der SGB IX-Schutz zu, wenn er im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung den Bescheid über seine Schwerbehinderteneigenschaft erhalten hat. Der Arbeitnehmer kann jedoch sein Recht, sich nach einer Kündigung auf die fehlende Zustimmung des Integrationsamts zu berufen, **verwirken**. Nur: "Der schwerbehinderte Arbeitnehmer hat das Recht, sich gegenüber dem Arbeitgeber auf den gesetzlichen Sonderkündigungsschutz zu berufen, in der Regel nicht nach § 242 BGB verwirkt, wenn er die Unwirksamkeit der Kündigung innerhalb der Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG gerichtlich geltend macht" (BAG, 23.02.2010 - 2 AZR 659/08 Leitsatz).

4.22 Unterlassenes Präventionsverfahren

Der Arbeitgeber ist nach § 84 Abs. 1 SGB IX verpflichtet, das so genannte Präventionsverfahren durchzuführen: Er "schaltet bei Eintreten von personen-, verhaltens- oder betriebsbedingten **Schwierigkeiten** im Arbeits- oder sonstigen Beschäftigungsverhältnis, die zur Gefährdung dieses Verhältnisses führen können, möglichst frühzeitig die **Schwerbehindertenvertretung** und die in § 93 genannten Vertretungen sowie das **Integrationsamt** ein, um mit ihnen alle Möglichkeiten und alle zur Verfügung stehenden Hilfen zur Beratung und mögliche finanzielle Leistungen zu erörtern, mit denen die Schwierigkeiten beseitigt werden können und das Arbeits- oder sonstige Beschäftigungsverhältnis möglichst dauerhaft fortgesetzt werden kann."

Für die Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers **in der 6-monatigen Probezeit** gilt: Das Präventionsverfahren ist keine "angemessene Vorkehrung" i.S.d. Art. 2 UN-Behindertenrechtskonvention und des Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG. Ein Arbeitgeber ist auch **nicht verpflichtet**, innerhalb der ersten sechs Monate eines Arbeitsverhältnisses - so lange ist die Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG - das Präventionsverfahren nach § 84 Abs. 1 SGB IX durchzuführen. Insoweit ist das unterlassene Präventionsverfahren in diesem Zeitraum auch **keine AGG-widrige Benachteiligung**, die einen Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG auslöst (BAG, 21.04.2016 - 8 AZR 402/14).

4.23 Unwirksame Kündigungsfrist

Die verlängerten BGB- Kündigungsfristen dürfen **einvernehmlich auch für die Arbeitnehmerkündigung** vereinbart werden. Für die Arbeitnehmerkündigung ist dann vertraglich nur keine längere Frist als für die Arbeitgeberkündigung zulässig. Trotzdem können auch auf Gegenseitigkeit - vom Arbeitgeber vorformulierte - vereinbarte längere Kündigungsfristen, die über die BGB-Fristen hinausgehen, unangemessen sein, z.B. eine **Frist von drei Jahren** zum Ende eines Kalendermonats für einen Speditionskaufmann. Hier liegt dann ein **Verstoß gegen Treu und Glauben** vor, der die Vertragsklausel - unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls und Beachtung der Grundsätze aus Art. 12 GG - nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam macht (BAG, 26.10.2017 - 6 AZR 158/16).

4.24 Verstoß gegen Anzeige- und Konsultationspflichten

Der besondere Kündigungsschutz bei Massenentlassungen sieht in § 17 KSchG zwei getrennt durchzuführende Verfahren vor: "nämlich die in § 17 Abs. 2 KSchG normierte Pflicht zur Konsultation des Betriebsrats einerseits und die in § 17 Abs. 1, Abs. 3 KSchG geregelte Anzeigepflicht gegenüber der Agentur für Arbeit andererseits." Konsultations- und Anzeigeverfahren **stehen selbstständig nebeneinander**. Und beide Verfahren haben **ihre eigenen Wirksamkeitsvoraussetzungen**. Deswegen stellt auch jedes dieser beiden Verfahren "ein eigenständiges Wirksamkeitserfordernis für die im Zusammenhang mit einer Massenentlassung erfolgte Kündigung dar" (s. dazu BAG, 20.01.2016 - 6 AZR 601/14 ; für das Anzeigeverfahren: BAG, 22.11.2012 - 2 AZR 371/11 ; für das Konsultationsverfahren: BAG, 21.03.2013 - 2 AZR 60/12). Verstößt eine Kündigung gegen § 17 KSchG, ist sie nach § 134 BGB nichtig (BAG, 09.06.2016 - 6 AZR 638/15).

4.25 Wartezeitkündigung - 1

"1. Eine ordentliche **Kündigung**, die einen Arbeitnehmer, auf den das Kündigungsschutzgesetz (noch) keine Anwendung findet, aus einem der in § 1 AGG genannten Gründe **diskriminiert**, ist nach § 134 BGB i.V.m. § 7 Abs. 1, §§ 1, 3 AGG unwirksam. § 2 Abs. 4 AGG steht dem nicht entgegen. 2. Eine **symptomlose HIV-Infektion** hat eine Behinderung im Sinne des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes zur Folge. Das gilt so lange, wie das gegenwärtig auf eine solche Infektion zurückzuführende soziale Vermeidungsverhalten sowie die darauf beruhenden Stigmatisierungen andauern" (BAG, 19.12.2013 - 6 AZR 190/12 - Leitsätze).

4.26 Wartezeitkündigung - 2

Der Arbeitgeber braucht für die Kündigung von Mitarbeitern in der Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG keinen der in § 1 Abs. 2 KSchG hinterlegten Kündigungsgründe. Arbeitgeber sollen während der 6-monatigen Wartezeit ohne KSchG-Risiko prüfen, ob sie mit dem Arbeitnehmer ein dauerhaftes Arbeitsverhältnis eingehen wollen (s. dazu BAG, 20.02.2014 - 2 AZR 859/11). "Die **Bindung des Arbeitgebers** während der Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG ist [daher] mit Rücksicht auf seinen Grundrechtsschutz nach Art. 12 GG ... [nur] gering ausgeprägt" (s. dazu BAG, 24.01.2008 - 6 AZR 96/07 ; BAG, 28.06.2007 - 6 AZR 750/06). Der Arbeitgeber darf während der Wartezeit **aus allen Beweggründen kündigen**. Sein Motiv muss nicht " auf personen-, verhaltens- noch betriebsbedingten Erwägungen beruhen". Ein Problem mit der Kündigung bekommt er nur, wenn sie aus anderen Gründen unwirksam ist - z.B. nach §§ 138, 242 BGB (BAG, 21.04.2016 - 8 AZR 402/14 - s. dazu auch das Stichwort Kündigungsschutz - Kleinbetrieb).

4.27 Wichtiger Grund

Das Gesetz sagt in § 626 Abs. 1 BGB, dass das "Dienstverhältnis" (= Arbeitsverhältnis) "von jedem Vertragsteil" aus wichtigem Grund außerordentlich gekündigt werden. Das heißt im Klartext: **Auch**

Arbeitnehmer brauchen diesen wichtigen Grund, wenn sie ihr Arbeitsverhältnis fristlos beenden wollen. Für sie gelten dabei **die gleichen Maßstäbe**, die auch für eine Kündigung seitens des Arbeitgebers gelten (s. dazu BAG, 22.03.2018 – 8 AZR 190/17). Und das bedeutet weitergedacht: Hält der Arbeitnehmer die 2-Wochen-Frist des § 626 Abs. 2 BGB nicht ein oder fehlt ihm der wichtige Grund, den § 626 Abs. 1 BGB für eine fristlose Kündigung voraussetzt, ist seine **Kündigung wirkungslos** (s. dazu BAG, 12.03.2009 – 2 AZR 894/07). "Eine Eigenkündigung des Arbeitnehmers kann auch nicht gemäß § 7 KSchG als von Anfang an rechtswirksam gelten, weil eine Kündigungsschutzklage nach § 4 Satz 1 KSchG eine Eigenkündigung des Arbeitnehmers nicht zum Gegenstand haben kann" (BAG, 10.09.2020 – 6 AZR 94/19 – mit Hinweis auf BAG, 21.09.2017 – 2 AZR 57/17).

4.28 Widersprüchliches Verhalten

Der Arbeitnehmer kann sein Recht, die von ihm selbst ausgesprochene Kündigung mit dem Argument, die Voraussetzungen des § 626 BGB hätten gar nicht vorgelegen, nur **in den Grenzen von Treu und Glauben** – § 242 BGB – ausüben. Daraus folgt der Grundsatz, dass bei Willenserklärungen ein **widersprüchliches Verhalten verboten** ist. Wer als Arbeitnehmer seine außerordentliche Kündigung dem Schriftformgebot des § 623 BGB entsprechend erklärt, ohne zuvor dazu von seinem Arbeitgeber herausgefordert worden zu sein, der drückt damit regelmäßig seine **ernsthafte und endgültige Lösungsabsicht** aus. Und damit ist die Geltendmachung der Unwirksamkeit dieser schriftlich erklärten Eigenkündigung in der Regel treuwidrig. Da wäre es Sache des Arbeitgebers, die Unwirksamkeit der Kündigung geltend zu machen. Greift der so eine außerordentliche Kündigung nicht an, "so liegt darin grundsätzlich eine hinzunehmende schutzwerte Disposition" (BAG, 10.09.2020 – 6 AZR 94/19 (A) – mit Hinweis auf BAG, 09.06.2011 – 2 AZR 418/10 u. BAG, 12.03.2009 – 2 AZR 894/07).

4.29 Zweck der 3-wöchigen Klagefrist

Der Gesetzgeber hat die 3-wöchige Klagefrist in § 4 Satz 1 KSchG in der Absicht auf "sonstige Unwirksamkeitsgründe" ausgeweitet, damit **schnell geklärt** werden kann, ob eine Kündigung ein Arbeitsverhältnis beendet hat oder nicht. Dabei dient die 3-Wochen-Frist vor allem dem **Schutz des Arbeitgebers**: "Er soll nach Ablauf von drei Wochen nach Zugang und einer Zeitspanne für die Klagezustellung darauf vertrauen dürfen, dass seine Kündigung das Arbeitsverhältnis aufgelöst hat". Bei einer **Vertretung** gilt dennoch: "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 - Grund: Der Arbeitgeber braucht diesen Schutz nicht, "wenn weder er selbst noch ein Vertreter mit Wirkung für und gegen ihn gekündigt hat").