

## Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Rechtliche Grundlagen
3. Praktische Bedeutung
4. Rechtsprechungs-ABC
  - 4.1 Auslegung - Kriterien - 1
  - 4.2 Auslegung - Kriterien - 2
  - 4.3 Auslegung - Kriterien - 3
  - 4.4 Auslegungsgrundsatz
  - 4.5 Außerordentliche Kündigung
  - 4.6 Erklärung
  - 4.7 Kündigung als Vertragsangebot
  - 4.8 Kündigungszeitpunkt
  - 4.9 Mandatsträger
  - 4.10 Mitbestimmung - 1
  - 4.11 Mitbestimmung - 2
  - 4.12 Nicht eingehaltene Kündigungsfrist - 1
  - 4.13 Nicht eingehaltene Kündigungsfrist - 2
  - 4.14 Nicht eingehaltene Kündigungsfrist
  - 4.15 Ordentliche Kündigung
  - 4.16 Wille des Erklärenden - 1
  - 4.17 Wille des Kündigenden - 2
  - 4.18 Wille des Kündigenden - 3

### Information

#### 1. Allgemeines

Der **Arbeitgeber muss** bei einer Kündigung **wissen**, was er will. Die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses kann außerordentlich fristlos oder ordentlich fristgemäß erfolgen. Das Arbeitsrecht lässt dem Arbeitgeber bei seine Kündigung zwar irgendwie eine **Wahl**. Beide Kündigungen - sowohl die ordentliche als auch die außerordentliche - sind jedoch an ihren jeweiligen **Voraussetzungen** zu messen. So muss eine ordentliche Kündigung im KSchG-Anwendungsbereich sozial gerechtfertigt sein und eine außerordentliche Kündigung verlangt immer einen wichtigen Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB . Ist eine Kündigung nicht klar, muss zunächst versucht werden, sie auszulegen. Dabei kommt es nicht auf die schwarz auf weiß in Worten ausgedrückten Absicht des Arbeitgebers an. **Entscheidend ist der wirkliche Wille.**

#### **Praxistipp:**

Eine Kündigung ist nie einfach - egal, ob sie vor oder nach erfüllter Wartezeit in einem KSchG-Betrieb oder in einem Kleinbetrieb ausgesprochen wird. An einem Punkt sollte eine Kündigung jedoch nie scheitern: Sie darf als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung nie unklar und missverständlich sein. Der gekündigte Arbeitnehmer muss bereits nach Lesen des Kündigungstextes wissen, ob er sein Arbeitsverhältnis mit sofortiger Wirkung außerordentlich oder zu einem bestimmten, genau bezeichneten Beendigungszeitpunkt fristgemäß verliert.

Lässt sich eine Kündigung durch **Auslegung** aufrecht halten, bleibt für eine **Umdeutung kein Raum**. Ist die erklärte **Kündigung unwirksam**, kann versucht werden, sie mit einer **Umdeutung** zu retten. So kann beispielsweise eine unwirksame außerordentliche Kündigung, der der wichtige Grund fehlt, in eine wirksame ordentliche Kündigung umgedeutet werden (was umgekehrt wohl nicht gehen wird). In jedem Fall muss die Kündigung, in die umgedeutet wird, selbst **wirksam** sein und alle Voraussetzungen erfüllen, die Gesetz und Rechtsprechung an eine wirksame Kündigung stellen. Liegen die Voraussetzungen für eine Umdeutung vor, vollzieht sie sich von Rechts wegen **ohne besonderen Antrag** des Arbeitgebers im Kündigungsschutzprozess. Der Arbeitgeber braucht infolge der Umdeutung also **keine neue Kündigung zu erklären**.

## 2. Rechtliche Grundlagen

Eine Kündigung ist ein Rechtsgeschäft. Sie ist eine **einseitige**, empfangsbedürftige Willenserklärung. Nun ist es manchmal so, dass Erklärungen von Menschen

- **mehrdeutig** sind und **nicht klar** erkennen lassen, was tatsächlich gewollt ist, oder
- **rechtlich unwirksam** sind, aber in eine andere (mit)gewollte und **wirksame Richtung** zielen.

Der

- erste Fall bietet den Ansatzpunkt für eine Auslegung, der
- zweite Fall die Möglichkeit einer **Umdeutung**.

§ 133 BGB sagt zur **Auslegung**:

"Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften."

Und § 157 BGB ergänzt:

"Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern."

Bei Auslegung der **Willenserklärung Kündigung** entscheidet nach BAG, 20.06.2013 - 6 AZR 805/11 ,

- nicht allein der Wortlaut und
- der Wille des Erklärenden bei Abgabe seiner Willenserklärung,
- sondern auch die Begleitumstände,
- die dem Empfänger der Kündigung bekannt waren und
- für die Klärung der Frage, was gewollt ist, erheblich sein können.

Der Empfänger der Erklärung muss u.a. **aus dem Wortlaut** der Erklärung und **aus den Begleitumständen** der Kündigung erkennen können,

- ob eine ordentliche (fristgemäße) oder eine außerordentliche (fristlose) Kündigung gewollt ist
- und wann sein Arbeitsverhältnis nach der erklärten Kündigung enden soll ( BAG, 20.06.2013 - 6 AZR 805/11 ).

Eine Kündigung ist **nicht auslegungsfähig**, wenn in der Erklärung gleich **mehrere Termine** für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses genannt werden und der Empfänger der Kündigungserklärung nicht erkennen kann, welcher dieser Termine denn nun für ihn gelten soll ( BAG, 20.06.2013 - 6 AZR 805/11 ). Ob eine empfangsbedürftige Willenserklärung eindeutig ist, steht erst als Ergebnis der Auslegung fest ( BAG, 15.10.2013 - 9 AZR 399/13 ). Wo es sich anbietet, sind auch außerhalb des Kündigungsschreibens liegende Umstände zur Auslegung der Erklärung heranzuziehen und zu berücksichtigen ( BAG, 28.10.2010 - 2 AZR 688/09 ).

Zur **Umdeutung** sagt § 140 BGB :

"Entspricht ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts, so gilt das letztere, wenn anzunehmen ist, dass dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde."

Die Umdeutung hat den **Zweck**, es zu verhindern, dass der Kündigungserklärende den von ihm angestrebten **wirtschaftlichen Erfolg** - die Beendigung des Arbeitsverhältnisses - nur deswegen nicht erreicht, weil er eine **rechtlich unzulässige Gestaltung** gewählt hat, obwohl er auch noch eine annähernd zum **gleichen Ergebnis führende Kündigung** hätte erklären können. Für eine Umdeutung ist aber erst dann Raum, wenn die Auslegung der erklärten Kündigung nach den §§ 133, 157 BGB das Ergebnis hatte, dass sie unwirksam ist. Mit der Umdeutung wird dann auf *die* zulässige **Ersatz-Kündigung** zurückgegriffen, die der Arbeitgeber bei Kenntnis der Nichtigkeit seiner tatsächlich erklärten Kündigung ausgesprochen hätte.

Bei der **Umdeutung** einer Kündigung ist u.a. zu **beachten**:

- Der **Grund**, auf dem die Nichtigkeit/Unwirksamkeit der umzudeutenden Kündigung beruht, ist **unerheblich**.
- Die umzudeutende nicht wirksame Kündigung muss alle **Wirksamkeitsvoraussetzungen** der Kündigung erfüllen, in die sie umgedeutet werden soll.
- Hätte der Arbeitgeber nach seinem hypothetischen Willen die "richtige" Kündigung erklärt, gilt diese Kündigung via **Umdeutung kraft Gesetzes** - der Arbeitgeber braucht also nicht erneut und dann "richtig" zu kündigen.
- Die Umdeutung einer Kündigungserklärung in eine andere kommt nicht in Frage, wenn diese **andere Kündigung ebenfalls unwirksam** wäre - z.B. weil der Betriebsrat nur zu einer außerordentlichen Kündigung angehört wurde, aber nicht zu einer ordentlichen, oder weil das Integrationsamt einer außerordentlichen Kündigung zugestimmt hat, aber keiner ordentlichen.

Auslegung und Umdeutung stoßen auf **Grenzen**, wenn der Erklärende unmissverständlich **ein bestimmtes Ziel** verfolgt - selbst wenn Auslegung und Umdeutung (noch) in seinem Interesse wären ( BAG, 13.06.2012 - 7 AZR 459/10 ). Das BAG kann eine Willenserklärung in der Revisionsinstanz selbst auslegen, wenn die Auslegungstatsachen vom LAG festgestellt sind und kein weiterer Sachvortrag zu erwarten ist ( BAG, 15.11.2012 - 6 AZR 321/11 ). Die Umdeutung nach § 140 BGB darf allerdings nicht dazu führen, dass den Parteien eine andere rechtliche Gestaltung aufgezwungen wird, die zu einer "im Gegensatz zur Privatautonomie stehenden **Bevormundung der Parteien**" führt ( BGH, 16.10.2007 - XI ZR 132/06 ).

Muss eine **Verwaltungsbehörde** der konkreten Kündigung eines Arbeitnehmers **zustimmen**, kann eine mit Zustimmung erklärte außerordentliche Kündigung nicht in eine ordentliche Kündigung umgedeutet werden, wenn für diese ordentliche Kündigung die Zustimmung der Verwaltungsbehörde fehlt ( BAG, 23.01.2014 - 2 AZR 372/13 ).

#### **Beispiel:**

Arbeitgeber A wollte den schwerbehinderten Mitarbeiter M, der zudem noch einen besonderen tariflichen Kündigungsschutz hat, wegen dringender betrieblicher Gründe außerordentlich, hilfsweise ordentlich kündigen. Das Integrationsamt hat einer außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslaufzeit zugestimmt - die vor dem Arbeitsgericht jedoch scheiterte. Da keine Zustimmung zur ordentlichen Kündigung vorliegt, kann die unwirksame außerordentliche Kündigung nicht nach § 140 BGB in eine (wirksame) ordentliche Kündigung ausgelegt werden.

Im Übrigen ist die Umdeutung einer unwirksamen außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche Kündigung bei einem möglicherweise in Betracht kommenden **Sonderkündigungsschutz** ausgeschlossen, wenn der gekündigte Arbeitnehmer aufgrund der anzuwendenden Regelungen bereits ordentlich unkündbar war ( BAG, 25.04.2013 - 2 AZR 110/12 ). Haben die Parteien im Arbeitsvertrag die **ordentliche Kündigung ausgeschlossen**, scheidet die Umdeutung einer außerordentlichen in eine ordentliche Kündigung ebenfalls aus ( BAG, 12.07.2006 - 5 AZR 277/06 ).

### **3. Praktische Bedeutung**

Grundsätzlich muss sich der **Arbeitgeber** vor Ausspruch einer Kündigung **entscheiden**, ob er das Arbeitsverhältnis

- ordentlich , d.h. mit einer Kündigungsfrist , oder
- außerordentlich , d.h. ohne eine Kündigungsfrist ,

beenden will. Die außerordentliche Kündigung verlangt immer einen wichtigen Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB

**Beispiel:**

Arbeitgeber A hat sich über Arbeitnehmer N's Verhalten geärgert. N ist in den letzten Wochen mehrere Male zu spät zur Arbeit gekommen. Am Donnerstag der laufenden Woche ist es wieder soweit. N erscheint erst um 07:15 Uhr an seinem Arbeitsplatz, 15 Minuten zu spät. A platzt der Kragen. Er lässt eine fristlose Kündigung schreiben und übergibt sie N mit den Worten: "Jetzt reicht's. Du kannst nach Hause gehen. Ich hab' die Faxen endgültig dick!" Ob A's außerordentliche Kündigung wirksam ist, richtet sich nach den für außerordentliche Kündigungen entwickelten Grundsätzen. N's Zuspätkommen muss ein wichtiger Grund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB sein.

In einem **KSchG-Betrieb** muss die ordentliche Kündigung eines Arbeitsverhältnisses sozial gerechtfertigt sein - es müssen

1. betriebs- ,
2. personen- oder
3. verhaltensbedingte

Kündigungsgründe i.S.d. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG vorliegen.

**Beispiel:**

Die Tatsachenlage ist so wie im vorausgehenden Beispiel, nur dass A dieses Mal statt der außerordentlichen eine ordentliche Kündigung ausspricht und N's Arbeitsverhältnis mit der maßgeblichen Kündigungsfrist von einem Monat zum Monatsende beenden möchte.

Grundsätzlich kann eine **außerordentliche Kündigung** in eine **ordentliche Kündigung** umgedeutet werden, wenn sie als außerordentliche Kündigung unwirksam ist.

**Beispiel:**

Die fristlose Kündigung N's aus dem ersten Beispiel ist unwirksam. Mehrmaliges Zuspätkommen mag zwar grundsätzlich geeignet sein, die außerordentliche Beendigung eines Arbeitsverhältnisses zu ermöglichen. Bei N kommt es aber nicht mal auf die Schwere der betrieblichen Störungen in A's Betrieb oder die Abwägung beider Interessen an. Hier fehlt bereits eine vorausgehende Abmahnung. N hätte unter Kündigungsandrohung vor weiteren Pflichtverletzungen gewarnt werden müssen. Fraglich aber, ob sich diese unwirksame außerordentliche Kündigung in eine wirksame ordentliche Kündigung umdeuten lässt.

Das Rechtsgeschäft, in das umgedeutet werden soll, muss rechtswirksam sein - sonst scheidet eine Umdeutung aus.

**Beispiel:**

Will man die außerordentliche Kündigung N's aus den oberen Beispielen in eine ordentliche Kündigung umdeuten, bedeutet das: diese ordentliche Kündigung muss sozial gerechtfertigt i.S.d. § 1 Abs. 2

Satz 1 KSchG , eben rechtswirksam sein. A hat den N bis zur Kündigung nicht abgemahnt. Eine Abmahnung müsste der Kündigung auch bei ordentlichen Kündigung nach den Grundsätzen verhaltensbedingter Kündigungen vorausgehen. Ohne vorausgehende Abmahnung ist in diesem Fall selbst die ordentliche Kündigung N's unwirksam - mit der weiteren Folge, dass die außerordentliche Kündigung hier nicht in eine ordentliche umgedeutet werden kann.

Die **Umdeutung** einer außerordentlichen oder verhaltensbedingten Kündigung **in eine Abmahnung** ist problematisch. In der Regel stehen im Kündigungsschreiben keine Kündigungsgründe/Kündigungsstatsachen und die Umdeutung dürfte bereits an den zu beachtenden Formalien scheitern. Für das Mietrecht hat das AG Karlsruhe die Umdeutungsmöglichkeit bejaht ( AG Karlsruhe, 27.07.2012 - 6 C 386/11 ).

Hat ein Arbeitgeber zuvor alles **richtig gemacht**, kann eine unwirksame außerordentliche Kündigung schon in eine ordentliche Kündigung umgedeutet werden. "Richtig gemacht" bedeutet in diesem Zusammenhang, dass der Arbeitgeber bei seiner außerordentlichen Kündigung **alle Voraussetzungen**, die an eine ordentliche Kündigung gestellt werden, **beachtet** hat.

### **Beispiel:**

A aus den vorausgehenden Beispielen hat N bereits mehrfach wegen Zuspätkommens abgemahnt. In seiner letzten Abmahnung hat A dem N sogar eine fristlose Kündigung für den Fall angedroht, dass er noch einmal zu spät kommt. Dann ist der besagte Donnerstag und N fängt seine Arbeit mit 15-minütiger Verspätung an. A kündigt außerordentlich.

N wehrt sich gegen die außerordentliche Kündigung und erhebt eine Kündigungsschutzklage. Das Arbeitsgericht berücksichtigt bei seiner Interessenabwägung, dass N bereits 10 Jahre für A tätig ist, eine Ehefrau und drei unterhaltspflichtige Kinder und bis zur ersten Abmahnung beanstandungsfrei gearbeitet hat. Das Arbeitsgericht hält die außerordentliche Kündigung für unwirksam, weil N's Interessen an der Weiterbeschäftigung überwiegen. Gleichzeitig deutet das Arbeitsgericht die unwirksame außerordentliche Kündigung in eine wirksame - sozial gerechtfertigte - verhaltensbedingte Kündigung um.

### **Praxistipp:**

Um gar nicht erst in die "Umdeutungsfalle" zu tappen, ist es sinnvoll, bei einer außerordentlichen Kündigung von Anfang an 2-gleisig zu verfahren: Dazu gehört es, neben der außerordentlichen Kündigung "hilfsweise" eine ordentliche zu erklären (dazu wird auf das Stichwort Kündigung - hilfsweise verwiesen).

Die **Umdeutung** einer unwirksamen Kündigung in eine wirksame Kündigung erfolgt **kraft Gesetzes** - der Arbeitgeber braucht also nicht zwei Mal zu kündigen.

### **Beispiel:**

Die Wirkung der Umdeutung der unwirksamen außerordentlichen Kündigung in eine wirksame ordentliche Kündigung tritt im vorausgehenden Fall von Rechts wegen ein. A braucht N nach dem Kündigungsschutzprozess nicht erneut zu kündigen, was rückwirkend ohnehin nicht möglich ist. Und nach einem langen, mehrere Monate oder bis zum letztinstanzlichen rechtskräftigen Abschluss gar Jahre dauernden Kündigungsschutzprozess erst wirksam zu kündigen, wird weder dem wirklichen noch dem hypothetischen Willen des Kündigenden gerecht. So verliert N in dem vorherigen Beispiel sein Arbeitsverhältnis nicht fristlos mit Zugang der außerordentlichen Kündigung, sondern mit der - vom Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung aus berechneten - von A einzuhaltenden Kündigungsfrist.

Auch wichtig: "Eine unwirksame **Änderungskündigung** darf nicht gemäß § 140 BGB in eine zulässige Maßnahme des Direktionsrechts umgedeutet werden" ( LAG Niedersachsen, 02.12.2010 - 5 Sa 1183/10 - Leitsatz).

## 4. Rechtsprechungs-ABC

An dieser Stelle werden einige der interessantesten **Entscheidungen** zum Thema Umdeutung von Kündigungen **in alphabetischer Reihenfolge** nach Stichwörtern geordnet hinterlegt:

### 4.1 Auslegung - Kriterien - 1

Das Gericht muss bei der Auslegung einer Willenserklärung die von den Parteien für und gegen die Auslegung geltend gemachten **Umstände abwägen**. In seinem Urteil hat das Gericht dann nachvollziehbar darzulegen, aus welchen Gründen es zu seinem Auslegungsergebnis gekommen ist. Das Gericht muss den in der auszulegenden Erklärung oder in dem auszulegenden Verhalten verkörperten rechtlich maßgeblichen **Willen ermitteln**. Kann es eine darauf zielende Feststellung nicht treffen, "so sind die jeweiligen Erklärungen bzw. das Verhalten einer Partei jeweils aus der Sicht des Erklärungsempfängers bzw. der anderen Partei so auszulegen, wie sie nach **Treu und Glauben** unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstanden werden durften" ( BAG, 09.06.2011 - 6 AZR 687/09 ).

### 4.2 Auslegung - Kriterien - 2

Die Aufgabe, rechtsgeschäftliche Willenserklärungen auszulegen, ist **Sache der Tatsachengerichte**: Arbeits- und Landesarbeitsgericht. Das BAG kann die vom LAG vorgenommene Auslegung nur daraufhin überprüfen, ob das zweitinstanzliche Gericht die Auslegungsgrundsätze der §§ 133 , 157 BGB eingehalten, gegen **Denkgesetze** und **allgemeine Erfahrungssätze** verstoßen, alle erheblichen Tatsachen für die Auslegung herangezogen oder eine gebotene Auslegung unterlassen hat ( BAG, 27.02.2013 - 4 AZR 78/11 ).

### 4.3 Auslegung - Kriterien - 3

Eine Kündigungserklärung ist eine Willenserklärung. Sie muss so bestimmt sein, dass der Empfänger der Kündigungserklärung **Klarheit** über die Absicht des Erklärenden erhält. So muss der Gekündigte beispielsweise (auch) erkennen können, zu wann sein Arbeitsverhältnis aus Sicht des Kündigenden beendet sein soll (hier: "zum nächst möglichen Termin"). Ob der **Zeitpunkt hinreichend deutlich** wird, richtet sich nach den Verhältnissen bei Ausspruch der Kündigung. Bei der Auslegung einer Willenserklärung darf nicht allein auf den Wortlaut abgestellt werden. "Zu würdigen sind **alle Begleitumstände**, die dem Erklärungsempfänger bekannt waren und die für die Frage erheblich sein können, welchen Willen der Erklärende bei Abgabe der Erklärung hatte" ( BAG, 10.04.2014 - 2 AZR 647/13 ).

### 4.4 Auslegungsgrundsatz

Der Empfänger einer Kündigungserklärung kann nicht davon ausgehen, dass der Kündigende sein Arbeitsverhältnis immer und nur unter Beachtung der jeweils richtigen arbeitsvertraglichen , gesetzlichen oder tarifvertraglichen Kündigungsfrist kündigen will. Einen Auslegungsgrundsatz dieses Inhalts gibt es nicht - man findet dafür keine belastbare Tatsachenbasis. Ob das tatsächlich so ist, ist empirisch noch nicht untersucht worden. "Das **Risiko**, einen ausdrücklich genannten Kündigungstermin rechtlich zutreffend bestimmt zu haben, darf **nicht auf den Empfänger** der Kündigungserklärung abgewälzt werden" ( BAG, 15.05.2013 - 5 AZR 130/12 ).

### 4.5 Außerordentliche Kündigung

Eine **sexuelle Belästigung** kann jeweils nach den Einzelfallumständen geeignet sein, dem Arbeitgeber einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung zu geben. Dabei kommt es u.a. auf **Umfang und Intensität** der Belästigung an. Hätte in dem zu beurteilenden Fall auch eine Abmahnung gereicht, um zukünftige Vertragsstörungen zu verhindern, ist eine außerordentliche Kündigung als Reaktionsmittel nach dem **Ultima-Ratio-Prinzip** unwirksam. Diese unwirksame außerordentliche Kündigung kann dann auch nicht in eine ordentliche Kündigung umgedeutet werden - die wäre nämlich - weil eine Abmahnung ausgereicht hätte - sozial ungerechtfertigt und damit ebenfalls unwirksam ( BAG, 20.11.2014 - 2 AZR 651/13 ).

### 4.6 Erklärung

Eine Kündigung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Sie ist "**bestimmt und unmissverständlich**" zu erklären. Der Empfänger einer ordentlichen Kündigung muss **erkennen können**, wann sein 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 ).

#### 4.7 Kündigung als Vertragsangebot

"Die Umdeutung einer einseitigen rechtsgestaltenden Willenserklärung in ein annahmbedürftiges Vertragsangebot ist **nur dann zulässig**, wenn sich der Erklärende bei Abgabe der Willenserklärung bewusst gewesen ist, dass sie als einseitige **nicht wirksam** werden könnte und es für diesen Fall zur Herbeiführung des rechtlichen und wirtschaftlichen Erfolges hilfsweise der **Zustimmung des Erklärungsempfängers** bedürfe" ( BGH, 20.07.2005 - VIII ZR 199/04 ).

#### 4.8 Kündigungszeitpunkt

Das BAG zu einem Fall, in dem der Arbeitgeber zu einem bestimmten Zeitpunkt gekündigt hatte und die **Länge der Kündigungsfrist** nach der mittlerweile nicht mehr anzuwendenden Regelung in § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB - verlängerte Kündigungsfristen erst für Beschäftigungszeiten **nach Vollendung des 25. Lebensjahres** - bemessen war:

"Im Übrigen muss sich aus der Kündigungserklärung ergeben, zu welchem Zeitpunkt das Arbeitsverhältnis beendet werden soll" [es folgt ein Hinweis auf BAG, 15.12.2005 - 2 AZR 148/05] . Ist eine ordentliche **Kündigung ohne weiteren Zusatz** zu einem bestimmten Datum erklärt worden, steht deshalb in Fällen wie dem vorliegenden auch das **Bestimmtheitsgebot** der Auslegung der Kündigungserklärung zu einem anderen Termin entgegen. Es ist **nicht Aufgabe des Arbeitnehmers**, darüber zu rätseln, zu welchem anderen als in der Kündigungserklärung angegebenen Termin der Arbeitgeber die Kündigung gewollt haben könnte" ( BAG, 01.09.2010 - 5 AZR 700/09 ).

#### 4.9 Mandatsträger

Betriebsverfassungsorgane - Mandatsträger - haben nach § 15 KSchG einen **besonderen Kündigungsschutz**. So verlangt § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG beispielsweise, dass der Arbeitgeber für die Kündigung eines Betriebsratsmitglieds auch dann einen wichtigen Grund braucht, wenn die Kündigung des Arbeitsverhältnisses dieses Arbeitnehmers innerhalb eines Jahres nach Beendigung der Amtszeit erfolgen soll. Reichen die **Kündigungstatsachen** nicht als wichtiger Grund, kann die **gescheiterte außerordentliche Kündigung** nicht nach § 140 BGB in eine ordentliche Kündigung umgedeutet werden - letztere ist ja nach § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG ausgeschlossen ( BAG, 20.03.2014 - 2 AZR 825/12 ).

#### 4.10 Mitbestimmung - 1

Hat der öffentliche Arbeitgeber die Absicht, für den Fall einer möglicherweise unwirksamen außerordentlichen Kündigung sicherzustellen, dass diese **unwirksame außerordentliche Kündigung** vom Arbeitsgericht via § 140 BGB in eine ordentliche Kündigung umgedeutet werden kann, muss er seinen Personalrat schon bei der Einleitung des Beteiligungsverfahrens deutlich auf beide Beendigungsvarianten hinweisen. Tut er das nicht, riskiert er, an der fehlenden **Beteiligung des Personalrats** für die ordentliche Kündigung zu scheitern. Das BAG hat für das BetrVG-Anhörungsverfahren bereits mehrfach entschieden, dass die Anhörung des Betriebsrats zur außerordentlichen Kündigung grundsätzlich nicht die Anhörung zu einer ordentlichen Kündigung ersetzt (s. dazu BAG, 12.08.1976 - 2 AZR 311/75 ; BAG, 17.12.1976 - 1 AZR 605/75 ; BAG, 16.03.1978 - 2 AZR 424/76 ). Die unterschiedliche Ausgestaltung der Anhörungsverfahren und ihre rechtlichen Folgen - § 102 Abs. 5 BetrVG , § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG - lassen es nicht zu, in einer Anhörung des Betriebsrats zu einer außerordentlichen Kündigung gleichzeitig die ausreichende Anhörung der Mitarbeitervertretung zur - wenn auch nur hilfsweise - beabsichtigten ordentlichen Kündigung zu sehen ( BAG, 23.10.2008 - 2 AZR 388/07 ).

#### 4.11 Mitbestimmung - 2

Eine **unwirksame außerordentliche Kündigung** mit Auslaufzeit kann bei individual- oder kollektivvertraglicher "Unkündbarkeit" nach § 140 BGB nicht in eine ordentliche Kündigung umgedeutet werden - schon gar nicht, wenn der (Betriebs-) oder Personalrat nicht ordnungsgemäß beteiligt worden ist. Eine ordnungsgemäße Unterrichtung über eine geplante Kündigung verlangt, dass der Arbeitgeber dem Betriebsrat insbesondere die **Art der beabsichtigten Kündigung** mitteilt. "Will er sich im Fall einer außerordentlichen Kündigung die Möglichkeit einer Umdeutung in eine ordentliche Kündigung offenhalten, muss er die Mitarbeitervertretung deutlich darauf hinweisen, dass die beabsichtigte außerordentliche Kündigung hilfsweise als ordentliche gelten soll. Die Beteiligung allein zu einer außerordentlichen ersetzt nicht die Anhörung zu einer ordentlichen Kündigung. Etwas anderes gilt nur dann, wenn das zu einer außerordentlichen Kündigung angehörte Gremium dieser ausdrücklich und vorbehaltlos zugestimmt hat und nicht ersichtlich ist, dass es für den Fall der Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung einer ordentlichen Kündigung entgegengetreten wäre" ( BAG, 26.03.2015 - 2 AZR 783/13 - mit Hinweis auf BAG, 20.09.1984 - 2 AZR 633/82 ).

#### 4.12 Nicht eingehaltene Kündigungsfrist - 1

Erhebt ein **Arbeitnehmer mit KSchG-Kündigungsschutz** nicht innerhalb der 3-wöchigen Frist des § 4 Satz 1 KSchG seine Kündigungsschutzklage, gilt die Kündigung wegen § 7 Halbs. 1 KSchG als von Anfang an rechtswirksam. Mit seiner Kündigungsschutzklage muss der Arbeitnehmer **alle Unwirksamkeitsgründe** ansprechen - obwohl eine **zu kurze Kündigungsfrist** allein die Kündigung nicht unwirksam macht. Das BAG dazu: "Eine vom Arbeitgeber mit zu kurzer Kündigungsfrist erklärte ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses kann nur dann in eine Kündigung zum richtigen Kündigungstermin umgedeutet werden, wenn sie nicht gemäß § 7 KSchG als rechtswirksam gilt" ( BAG, 01.09.2010 - 5 AZR 700/09 - etwa weil die Kündigung nur zu diesem einen Zeitpunkt gewollt war).

#### 4.13 Nicht eingehaltene Kündigungsfrist - 2

"Ob bei einer ordentlichen Kündigung die Nichteinhaltung der objektiv richtigen Kündigungsfrist mit der fristgebundenen Klage nach § 4 Satz 1 KSchG geltend gemacht werden muss, hängt davon ab, ob die Nichteinhaltung der Kündigungsfrist zur **Unwirksamkeit der Kündigungserklärung** führt. Das ist der Fall, wenn sich die mit zu kurzer Frist ausgesprochene Kündigung nicht als eine solche mit der rechtlich gebotenen Frist **auslegen** lässt. Bedürfte die Kündigung der **Umdeutung** in ein anderes Rechtsgeschäft, nämlich in eine Kündigung mit zulässiger Frist, gilt die mit zu kurzer Frist ausgesprochene Kündigung nach § 7 KSchG als rechtswirksam und beendet das Arbeitsverhältnis zum 'falschen Termin', wenn die zu kurze Kündigungsfrist nicht als anderer Unwirksamkeitsgrund binnen drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung im Klagewege ( § 4 Satz 1 , § 6 KSchG ) geltend gemacht worden ist" ( BAG, 15.05.2013 - 5 AZR 130/12 ).

#### 4.14 Nicht eingehaltene Kündigungsfrist

"Der Arbeitnehmer muss mit der fristgebundenen Klage des § 4 Satz 1 KSchG geltend machen, dass die objektiv richtige Kündigungsfrist einer ordentlichen Kündigung nicht gewahrt ist, wenn die Kündigung unwirksam ist, weil die Kündigungsfrist nicht eingehalten ist. Das ist der Fall, wenn sich die mit zu kurzer Frist erklärte Kündigung nicht als Kündigung mit der rechtlich gebotenen Frist auslegen lässt. Die **mit zu kurzer Frist erklärte Kündigung** gilt nach § 7 Halbs. 1 KSchG als rechtswirksam, wenn sie nach § 140 BGB in ein anderes Rechtsgeschäft umgedeutet werden müsste, also in eine Kündigung mit zutreffender Frist. Sie beendet das Arbeitsverhältnis **zum "falschen Termin"**, wenn die zu kurze Kündigungsfrist nicht als anderer Rechtsunwirksamkeitsgrund binnen drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung im Klagewege nach § 4 Satz 1 oder § 6 Satz 1 KSchG geltend gemacht worden ist" ( BAG, 15.12.2016 - 6 AZR 430/15 - mit Hinweis auf BAG, 15.05.2013 - 5 AZR 130/12 ; BAG, 09.09.2010 - 2 AZR 714/08 und BAG, 01.09.2010 - 5 AZR 700/09 ).

#### 4.15 Ordentliche Kündigung

Im Regelfall ist es so, dass eine **unwirksame außerordentliche Kündigung** in eine ordentliche Kündigung umgedeutet wird. Rein theoretisch könnte man auch daran denken, eine **unwirksame ordentliche Kündigung** in eine außerordentliche umzudeuten. Ob das tatsächlich möglich ist, ist umstritten. Das BAG hat die Umdeutung einer ordentlichen Kündigung mit Urteil vom 12.09.1974 - 2 AZR 535/73 - schon einmal **abgelehnt**. In einem neueren Fall brauchte er die Entscheidung pro oder contra Umdeutung nicht zu treffen.

Da es hier keinen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung gab, ließ er die Umdeutung schon daran scheitern ( BAG, 22.04.2010 - 2 AZR 80/09 ).

#### 4.16 Wille des Erklärenden - 1

Die außerordentliche Kündigung enthält regelmäßig den Willen des fristlos kündigenden Arbeitgebers, das Arbeitsverhältnis des auffällig gewordenen Mitarbeiters **in jedem Fall beenden** zu wollen. Ergeben sich keine anderen Anhaltspunkte, darf im Zweifel davon ausgegangen werden, dass eine unwirksame fristlose Kündigung **zum nächst zulässigen Zeitpunkt** gewollt ist. Von dieser Annahme muss auch der außerordentlich gekündigte - verständige - Mitarbeiter regelmäßig ausgehen. Um zum Ergebnis der Umdeutung zu gelangen, braucht der Arbeitgeber im Kündigungsschutzprozess vor dem Arbeitsgericht weder einen besonderen Antrag zu stellen noch muss er sich ausdrücklich auf die Umdeutung berufen. Das Arbeitsgericht hat **von sich aus zu prüfen**, ob nach den für seine Beurteilung festgestellten und feststehenden Tatsachen eine Umdeutung der außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche in Betracht kommt ( LAG Schleswig-Holstein, 01.09.2009 - 5 Sa 112/09 ).

#### 4.17 Wille des Kündigenden - 2

"Grundsätzlich kann eine **zu einem bestimmten Termin** erklärte, nicht zu einem anderen Termin auslegbare und deshalb unwirksame Kündigung in eine solche **zum nächstzulässigen Termin** umgedeutet werden. Die Umdeutung nach § 140 BGB erfordert die Ermittlung des hypothetischen Willens des Kündigenden, also dem, was er bei Kenntnis der Fehlerhaftigkeit der Kündigungsfrist und damit der Unwirksamkeit der Kündigung gewollt hätte (...). Dabei steht die **Überzeugung des Arbeitgebers**, mit richtiger Frist gekündigt zu haben, der Annahme, er hätte bei Kenntnis der objektiven Fehlerhaftigkeit der seiner Kündigung zugrunde gelegten Frist das Arbeitsverhältnis nicht fortsetzen, sondern zum nächstzulässigen Termin beenden wollen, nicht entgegen" ( BAG, 01.09.2010 - 5 AZR 700/09 - hier: unwirksame Frist wegen der EU-Rechtswidrigkeit der Regelung in § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB , der die Betriebs-/Unternehmenszugehörigkeit für verlängerte Kündigungsfristen erst ab dem vollendeten 25. Lebensjahr laufen ließ).

#### 4.18 Wille des Kündigenden - 3

Die Umdeutung einer unwirksamen außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche Kündigung kommt in Betracht, wenn dies dem **mutmaßlichen Willen** des Kündigenden entspricht. Darüber hinaus muss dieser Wille **dem Empfänger** der Kündigung im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung **erkennbar** sein. Steht der zu berücksichtigende Sachverhalt fest, kann die Umdeutung sogar noch in der Revisionsinstanz erfolgen ( BAG, 25.10.2012 - 2 AZR 700/11 ).