

# **Arbeitsrechtliches Praktikerseminar Justus-Liebig-Universität Gießen**

## **Aktuelle Rechtsprechung zum Kündigungsschutzprozess**

**Dr. Arnim Powietzka**  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

24. November 2022

## Inhalt

<b>1</b>	<b>Klage aus dem Verborgenen: BAG 01.10.20 – 2 AZR 247/20, NZA 2021, 75</b>	<b>4</b>
1.1	Sachverhalt	4
1.2	Fehlende Angabe des Wohnsitzes des Klägers	5
1.2.1	Grundsatz	5
1.2.2	Ausnahmen	5
1.2.3	Keine Verspätung	5
1.2.4	Wahrung der Klagefrist	5
1.3	Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung	6
1.4	Unwirksamkeit der ordentlichen Kündigung	6
1.5	Takeaways	7
<b>2</b>	<b>Streitgegenstand der Kündigungsschutzklage: BAG 01.12.2020 – 9 AZR 102/20, NZA 2021, 552 („Crowdworker“)</b>	<b>7</b>
2.1	Punktuelle Streitgegenstand	7
2.2	Erweiterter punktueller Streitgegenstand	7
2.3	Unzulässigkeit allgemeiner Feststellungsklage („Statusklage“) neben KSchAntrag	8
2.4	Entfristungsklage und Änderungsschutzklage	8
2.5	Tipps und Tricks zur Antragstellung	9
2.6	Takeaways	9
<b>3</b>	<b>Rechtskraft des Kündigungsschutzurteils: BAG 18.02.2021 – 6 AZR 92/19, NZA 2021, 446</b>	<b>9</b>
3.1	Sachverhalt	9
3.2	Rechtskraftwirkung des Kündigungsschutzurteils	9
3.3	Ausnahme: „Ausklammerung“	10
3.4	Takeaway	10
<b>4</b>	<b>Außerordentliche, hilfsweise ordentliche Kündigung: BAG 10.12.2020 – 2 AZR 308/20, NJW 2021, 652</b>	<b>10</b>
4.1	Haupt- und Hilfsantrag	10
4.2	Umdeutung	10
4.3	Weiterbeschäftigungsantrag	11
4.4	Takeaway	11
<b>5</b>	<b>Keine Kündigungsschutzklage des Arbeitgebers bei Eigenkündigung: BAG 01.10.2020 – 2 AZR 214/20, NJW 2020, 3675</b>	<b>11</b>
5.1	§ 4 KSchG für Klage gegen Eigenkündigung nicht anwendbar	11

5.2	Fehlendes Feststellungsinteresse.....	11
5.3	Takeaways .....	11
<b>6</b>	<b>Kündigungsschutzklage des Arbeitnehmers gegen eigene Kündigung: BAG 21.09.2017 – 2 AZR 57/17, NJW 2017, 1524.....</b>	<b>12</b>
6.1	Kein Kündigungsschutzantrag nach § 4 KSchG .....	12
6.2	Verwirkung .....	12
6.3	Takeaway .....	12
<b>7</b>	<b>Treuwidrige Klage gegen Eigenkündigung: BAG 10.09.2020 – 6 AZR 94/19, BeckRS 2020, 3485912</b>	
7.1	Widersprüchliches Verhalten („venire contra factum proprium“).....	12
7.2	Takeaway .....	12

## Aktuelle Rechtsprechung zum Kündigungsschutzprozess

---

### 1 Klage aus dem Verborgenen: BAG 01.10.20 – 2 AZR 247/20, NZA 2021, 75

#### 1.1 Sachverhalt

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen, hilfsweise ordentlichen Kündigung.

Der als schwerbehinderter Mensch anerkannte V war seit Dezember 2000 bei der Beklagten beschäftigt. Er wurde im November 2011 zu einer Freiheitsstrafe verurteilt. Am 13.12.2011 erging Haftbefehl gegen ihn (es ging um Fälschung beweisrelevanter Daten, Steuerhinterziehung, Urkundenfälschung und andere Delikte). In einem vorangegangenen Verfahren um zwei außerordentliche, fristlose Kündigungen vom 16.06.2011 und 07.11.2011 sowie eine ordentliche Kündigung vom 28.07.2011 zum 29.02.2012 beehrte der anwaltlich vertretene V im Termin vom 15.12.2011 u. a. auch die Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch andere Beendigungstatbestände endet, sondern zu unveränderten Bedingungen fortbestehe. Zudem gab er eine Anschrift in W. an, unter der er aber nicht wohnhaft war; vielmehr konnten dort Postfächer angemietet werden.

Das Integrationsamt erteilte am 05.01.2012 die Zustimmung zu einer außerordentlichen, hilfsweise ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Der Bescheid wurde der Beklagten am 09.01.2012 zugestellt. Am 10.01.2012 versuchte die Beklagte erfolglos, dem V an der Adresse in W. eine außerordentliche fristlose sowie eine hilfsweise ordentliche Kündigung zum 30.06.2012 zugehen zu lassen. Ein Mitarbeiter des Postfachbetreibers teilte mit, V habe den Vertrag gekündigt und untersagt seine Post noch anzunehmen.

Die Prozessbevollmächtigten der Beklagten wandten sich mit Schreiben vom 11.01.2012 an den Prozessbevollmächtigten des V aus dem Vorverfahren und baten diesen unter Fristsetzung bis zum 12.01.2012 erfolglos um eine Bestätigung, dass er nicht empfangsbevollmächtigt sei.

V hat am 27.01.2012 Klage gegen eine auf den Zustimmungsbescheid des Integrationsamts vom 05.01.2012 gestützte außerordentliche und ordentliche Kündigung anhängig gemacht. Angeblich sei versucht worden, ihm am 10.01.2012 Kündigungen zugehen zu lassen. In der Klageschrift war als Anschrift erneut die gekündigte Postfachadresse in W. angegeben. Die Kündigungsschutzklage ist der Beklagten am 06.02.2012 zugestellt worden. Am 20.02.2012 gelang es ihr, V die auf den 10.01.2012 datierte außerordentliche, hilfsweise ordentliche Kündigung an einer von ihm zwischenzeitlich angegebenen Postfachadresse in F. zugehen zu lassen.

Im Kammertermin am 02.05.2013 hat das ArbG dem V den Hinweis erteilt, dass die Zulässigkeit der Klage die Angabe einer ladungsfähigen Anschrift voraussetze und er nicht nur von Postfachadressen aus prozessieren dürfe. V gab innerhalb verlängerter Frist bis 05.06.2013 keine Wohnadresse an. Im Kammertermin am 13.06.2013 ließ er über seinen Prozessbevollmächtigten mitteilen, er sei in der R-S-Straße in M. wohnhaft.

V meint, er habe von Postfachadressen aus prozessieren dürfen, weil er seinerzeit mit Haftbefehl gesucht worden sei. Jedenfalls habe er am 13.06.2013 seine Wohnanschrift zutreffend angegeben. Die ordentliche Kündigung sei ihm nicht innerhalb der Frist des § 88 Abs. 3 SGB IX (seit 01.01.2018: § 171 Abs. 3 SGB IX) zugegangen. Das ArbG hat die Klage als unzulässig abgewiesen, das Hessische LAG hat ihr auf die Berufung des V stattgegeben. Die Beklagte erhebt Revision zum BAG.

## 1.2 Fehlende Angabe des Wohnsitzes des Klägers

### 1.2.1 Grundsatz

§ 253 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 130 Nr. 1 ZPO erfordert die Angabe der Parteien und des Wohnorts des Klägers. Eine „Klage aus dem Verborgenen“ ist unzulässig. Gefordert wird grundsätzlich die Angabe einer ladungsfähigen Anschrift. Eine Postfachadresse genügt nicht.

### 1.2.2 Ausnahmen

Ausnahmen können in Fällen gelten, in denen der Kläger über keinen festen Wohnsitz verfügt oder schutzwürdige Gründe für die Geheimhaltung seiner Anschrift geltend machen kann (BVerfG 11.11.1999 – 1 BvR 1203/99, BeckRS 1999, 15406). Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn sich der Kläger durch die Angabe einer ladungsfähigen Anschrift der konkreten Gefahr einer Verhaftung aussetzen würde (BFH 19.10.2000 – IV R 25/00, NJW 2001, 1158). Die Identität des Klägers muss jedoch feststehen und die Möglichkeit der Zustellung durch einen Zustellungs- oder Prozessbevollmächtigten sichergestellt sein.

**Exkurs:** Der BGH (06.04.2022 – VIII ZR 262/20, NJW-RR 2022, 740) hat die Klage einer Stiftung für zulässig erklärt, die unter einer c/o-Anschrift erhoben wurde. Dabei handelte es sich um die Anschrift der Rechtsanwaltskanzlei, in welcher der Vorsitzende des Vorstands der Stiftung tätig war. Eigene Geschäftsräume unterhielt die Klägerin nicht. An der Person der Klägerin bestanden keine Zweifel, Ladungen konnten über die c/o-Anschrift vorgenommen werden und es war nicht zu befürchten, dass sich die Klägerin durch die Klage „aus dem Verborgenen“ einer etwaigen Kostentragungspflicht bei negativem Prozessausgang entziehen würde.

### 1.2.3 Keine Verspätung

Im vorliegenden Fall hat das BAG offenlassen können, ob die Klage zunächst unzulässig war. Jedenfalls im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz war der Wohnort des Klägers unstrittig. Das ArbG hätte die Angabe des Wohnorts erst im Kammertermin erster Instanz am 13.06.2013 nicht als verspätet zurückweisen dürfen. Das BAG bezweifelt, ob die §§ 282, 296 ZPO i.V.m. § 46 Abs. 2 ArbGG insoweit Anwendung finden. Jedenfalls aber ist unstrittiges Vorbringen in 2. Instanz selbst dann zuzulassen, wenn es erstinstanzlich wirksam zurückgewiesen worden sein sollte. Eine eventuell bei Klageerhebung unzulässige Klage ist daher jedenfalls zulässig geworden.

### 1.2.4 Wahrung der Klagefrist

Die Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG ist durch die Klageerhebung ohne Angabe des Wohnorts gewahrt.

Die Fristwahrung erfordert keine von vornherein in allen Punkten dem Prozessrecht genügende Klageerhebung. Auch eine unzulässige Klage kann zur Fristwahrung ausreichen. Eine wirksame Klageerhebung liegt vor, wenn die Klage die Mindestanforderungen des § 253 ZPO erfüllt. Den Anforderungen des § 4 KSchG ist genügt, wenn die Klage dem Arbeitgeber fristgerecht Klarheit verschafft, ob der Arbeitnehmer eine bestimmte Kündigung hinnimmt oder ihre Unwirksamkeit gerichtlich geltend machen will. Voraussetzung ist deshalb lediglich, dass die rechtzeitig erhobene Klageschrift

- von einer postulationsfähigen Person unterzeichnet ist, die sie verantwortet, und
- aus der Klage die Parteien, die angefochtene Kündigung sowie der Wille des Arbeitnehmers hervorgehen, die Unwirksamkeit dieser Kündigung gerichtlich feststellen zu lassen.

Demgegenüber sind die Mindestanforderungen des § 130 Nr. 1-5 ZPO keine Voraussetzung einer wirksamen Klageerhebung, sie werden auch nicht von § 4 S. 1 KSchG verlangt.

Die Angabe der Identität des Klägers – auch ohne Wohnort – war somit ausreichend. Unschädlich ist auch, dass die Klage zu einem Zeitpunkt erhoben wurde, als die erwarteten Kündigungen tatsächlich noch nicht zugegangen waren.

### 1.3 Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung

Die außerordentliche Kündigung hatte das LAG für unwirksam erklärt, weil die (bevorstehende) Strafhaft des V keinen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB bildet. Dies wurde von der Revision nicht angegriffen.

### 1.4 Unwirksamkeit der ordentlichen Kündigung

Die ordentliche Kündigung ist unwirksam, da sie nicht rechtzeitig innerhalb eines Monats nach Zustellung der Zustimmung des Integrationsamtes zugegangen ist (§ 88 Abs. 3 SGB IX a.F.). Die Monatsfrist begann am 09.01.2012, die Zustellung am 20.02.2012 war verspätet.

Die Beklagte konnte sich nicht auf eine treuwidrige Zugangsvereitelung (§ 242 BGB) berufen. Zwar muss derjenige, der aufgrund bestehender vertraglicher Beziehungen mit dem Zugang rechtserheblicher Erklärungen zu rechnen hat, geeignete Vorkehrungen treffen, dass ihn derartige Erklärungen auch erreichen. Selbst bei schweren Sorgfaltsverstößen kann der Adressat nach Treu und Glauben regelmäßig aber nur so behandelt werden, als habe in die Willenserklärung erreicht, wenn der Erklärende alles ihm Zumutbare getan hat, damit seine Erklärung zum Adressaten gelangen könnte. Dazu gehört in der Regel, nach Kenntnis von einem fehlgeschlagenen Zugang unverzüglich einen erneuten Zustellungsversuch zu unternehmen. Maßgebend sind die konkreten Umstände.

Die Beklagte hätte hier die Kündigung an den Prozessbevollmächtigten des V übermitteln können. Dieser hatte im Vorverfahren eine allgemeine Feststellungsklage („Schleppnetzantrag“) erhoben. Er war jedenfalls im Zeitraum vom Zugang der Entscheidung des Integrationsamtes bis zur Erhebung der vorliegenden Klage (durch den Kläger persönlich) am 27.01.2012 zum Empfang der Kündigung befugt. Eine Prozessvollmacht ermächtigt gemäß § 81 ZPO zu allen den Rechtsstreit betreffenden Prozesshandlungen. Dies sind auch materiell-rechtliche Willenserklärungen, die sich auf den Gegenstand des Rechtsstreits beziehen. Im gleichen Umfang, in dem die Vollmacht zur Vornahme von Prozesshandlungen berechtigt, ist der Bevollmächtigte auch befugt, Prozesshandlungen des Gerichts oder des Gegners entgegenzunehmen. Die Kündigung eines

Arbeitsverhältnisses, dessen Fortbestand mit einem allgemeinen Feststellungsantrag geltend gemacht wird, ist eine solche „Prozesshandlung“.

Die Prozessvollmacht im Parteiprozess (§ 11 Abs. 1 S. 1 ArbGG) könnte auf die Abgabe von Willenserklärungen beschränkt und deren Empfang ausgeschlossen werden (§ 83 Abs. 2 ZPO - anders bei Vertretungszwang („Anwaltsprozess“, s. BAG 01.12.2020 – 9 AZR 102/20, NZA 2021, 552, Rn. 60). Im Zweifel wird die Vollmacht aber nach §§ 81, 82 ZPO unbeschränkt erteilt. Eine anfängliche Beschränkung der Prozessvollmacht war hier nicht festgestellt und von der Beklagten nicht behauptet worden. Eine nachträgliche Beschränkung der Prozessvollmacht hätte gegenüber dem Gericht und dem Gegner unzweideutig zum Ausdruck gebracht werden müssen.

Die Bitte an den Prozessbevollmächtigten des Klägers um Bestätigung, dass er nicht empfangsbevollmächtigt sei (!), genügt nicht, um alles Zumutbare für eine erneute Zustellung getan zu haben. Die Frage war insofern ungeeignet und wurde vom Prozessbevollmächtigten des V (zurecht) nicht beantwortet.

## 1.5 Takeaways

- Die Wohnanschrift des Klägers muss angegeben werden. Eine Postfachadresse genügt nicht. Die Angabe kann aber bis zur letzten mündlichen Verhandlung erster Instanz und ggf. noch im Berufungsverfahren nachgeholt werden, jedenfalls wenn sie unstreitig bleibt.
- Für die Zustellung von Kündigungen gilt der Grundsatz „erst schießen, dann fragen“. Je mehr Zustellungsversuche, desto höher die statistische Wahrscheinlichkeit eines erfolgreichen Versuchs.

## 2 Streitgegenstand der Kündigungsschutzklage: BAG 01.12.2020 – 9 AZR 102/20, NZA 2021, 552 („Crowdworker“)

### 2.1 Punktueller Streitgegenstand

Der Streitgegenstand des Kündigungsschutzantrags gemäß § 4 S. 1 KSchG bezieht sich im Ausgangspunkt auf die Wirksamkeit einer konkreten Kündigung. Man spricht deshalb vom „punktuellen Streitgegenstand“. Im Gegensatz dazu ist die allgemeine Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO auf die Feststellung des Bestands eines Arbeitsverhältnisses im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung gerichtet und erfasst deshalb alle denkbaren Beendigungstatbestände.

### 2.2 Erweiterter punktueller Streitgegenstand

Seit einigen Jahren legt das BAG seiner Rechtsprechung einen „erweiterten punktuellen Streitgegenstand“ des Kündigungsschutzantrags zugrunde. Dem Antrag kann nur stattgegeben werden, wenn im Zeitpunkt des Zugangs der angegriffenen Kündigung ein Arbeitsverhältnis bestanden hat, das nicht durch diese Kündigung zu dem darin vorgesehenen Termin aufgelöst worden ist. Der Kündigungsschutzantrag erfordert deshalb eine Prüfung, ob bei Kündigungszugang und zum vorgesehenen Beendigungszeitpunkt ein Arbeitsverhältnis bestanden hat. Andere Beendigungstatbestände als die konkret angegriffene Kündigung, die bis zu diesem

Zeitpunkt eintreten, sind somit inzident zu prüfen („kleines Schleppnetz“). Dies schließt auch die Feststellung ein, dass es sich bei dem Vertragsverhältnis um ein Arbeitsverhältnis handelt („Statusklage“). Die wesentlichen Aussagen des BAG (Rn. 27) lauten:

„In einem Kündigungsschutzverfahren hat das Gericht inzident zu prüfen, ob das Rechtsverhältnis der Parteien zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist. Gegenstand einer Kündigungsschutzklage nach § 4 S. 1 KSchG ist das Begehren festzustellen, dass „das Arbeitsverhältnis“ durch die konkrete, mit der Klage angegriffene Kündigung zu dem darin vorgesehenen Termin nicht aufgelöst worden ist. Mit der Rechtskraft des der Klage stattgebenden Urteils steht deshalb regelmäßig zugleich fest, dass jedenfalls bei Zugang der Kündigung ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien bestanden hat, das nicht zuvor durch andere Ereignisse aufgelöst wurde. Einer Kündigungsschutzklage kann deshalb nur stattgegeben werden, wenn das Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung nicht bereits durch andere Beendigungstatbestände aufgelöst ist. Besteht kein Arbeitsverhältnis, kann ein der Klage stattgebendes Urteil nicht ergehen; vielmehr ist die Klage schon aus diesem Grund abzuweisen [...].“

Mit einer stattgebenden Entscheidung über den Kündigungsschutzantrag steht mit Rechtskraft fest, dass ein Arbeitsverhältnis zum vorgesehenen Beendigungszeitpunkt der angegriffenen Kündigung besteht, also dass es sich (1) um ein Arbeitsverhältnis handelt, (2) das Arbeitsverhältnis nicht vor dem vorgesehenen Beendigungszeitpunkt durch andere Beendigungstatbestände geendet hat und (3) auch nicht durch die konkrete, angegriffene Kündigung beendet wird.

### 2.3 Unzulässigkeit allgemeiner Feststellungsklage („Statusklage“) neben KSchAntrag

Folglich hat das BAG die allgemeine Feststellungsklage des Crowdworkers, gerichtet auf das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses („Statusklage“), als unzulässig abgewiesen. Es fehlt das Feststellungsinteresse. Der Bestand eines Arbeitsverhältnisses im fraglichen Zeitraum ist bereits durch den Kündigungsschutzantrag Streitgegenstand, andere Beendigungstatbestände wurden nicht vorgetragen (Rn. 15-18).

### 2.4 Entfristungsklage und Änderungsschutzklage

Der „erweiterte punktuelle Streitgegenstand“ gilt ebenso für die Entfristungsklage gemäß § 17 TzBfG - BAG 21.03.2017 – 7 AZR 207/15, AP § 20 GVG Nr. 11, Rn. 54:

*„Von dem Antrag nach § 17 S. 1 TzBfG ist auch die Frage umfasst, ob das Arbeitsverhältnis am vorgesehenen Beendigungsstermin noch bestanden hat und nicht durch einen bis dahin eingetretenen Beendigungstatbestand aufgelöst worden ist.“*

Dasselbe gilt für die Änderungsschutzklage - BAG 24.05.2018 – 2 AZR 67/18, NZA 2018, 1127, Rn. 20:

*„Falls der Klage stattgegeben wird, steht aber zugleich fest, dass das Arbeitsverhältnis vor oder bis zu diesem Termin auch nicht aufgrund irgendeines anderen Umstands geendet hat. [...] Mit Rechtskraft einer solchen Entscheidung steht fest, dass das Arbeitsverhältnis bis zu dem vorgesehenen Auflösungsstermin auch nicht durch mögliche andere Beendigungstatbestände aufgelöst worden ist, selbst wenn diese von keiner Seite in den Prozess eingeführt wurden.“*

## 2.5 Tipps und Tricks zur Antragstellung

Niemann, „Antragstellung und Tenorierung im Kündigungsschutzprozess“, NZA 2019, 65

## 2.6 Takeaways

Jeder Kündigungsschutzantrag enthält ein „kleines Schlepptnetz“, jede Kündigungsschutzklage eine Statusklage.

# 3 Rechtskraft des Kündigungsschutzurteils: BAG 18.02.2021 – 6 AZR 92/19, NZA 2021, 446

## 3.1 Sachverhalt

Der Kläger war seit dem 01.12.2014 bei der Beklagten beschäftigt. Zwei ordentliche Kündigungen des Arbeitsverhältnisses durch die Beklagte zum 20.05.2015 sowie zum 30.09.2015 wurden rechtskräftig für unwirksam erklärt. Seit dem 04.05.2015 war das Arbeitsverhältnis außer Vollzug gesetzt.

Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits waren eine betriebsbedingte Kündigung, die am 24.02.2017 mit Wirkung zum 31.05.2017 erklärt wurde, eine außerordentliche Kündigung vom 03.05.2017, die hilfsweise auch fristgerecht zum 31.08.2017 ausgesprochen war, sowie die mit Schreiben der Beklagten vom 27.04.2017 erklärte Anfechtung ihres Arbeitsvertragsangebots vom 27.11.2014.

Das ArbG Stuttgart hat festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis weder durch die Anfechtung vom 27.04.2017 noch durch die außerordentliche, hilfsweise ordentliche Kündigung vom 03.05.2017 beendet worden ist und hat die Klage im Übrigen abgewiesen. Dieses Urteil hat die Beklagte mit ihrer Berufung nur bezüglich der Anfechtung vom 27.04.2017 zur Überprüfung gestellt. Das LAG BW hat in zweiter Instanz die Anfechtung für rechtswirksam gehalten und das Arbeitsverhältnis mit Wirkung zum 03.05.2015 für beendet erklärt.

## 3.2 Rechtskraftwirkung des Kündigungsschutzurteils

Die Rechtskraft eines der Klage stattgebenden Urteils im Kündigungsprozess schließt die Möglichkeit aus, den Arbeitsvertrag durch die Anfechtung der zum Vertragsschluss führenden Willenserklärung wieder zu beseitigen (Leitsatz 1). Aufgrund des rechtskräftigen Urteils des ArbG in erster Instanz steht fest, dass die Kündigung vom 03.05.2017 das Arbeitsverhältnis weder außerordentlich noch zu dem hilfsweise vorgesehenen Beendigungstermin 31.08.2017 aufgelöst hat. Damit steht zugleich fest, dass das Arbeitsverhältnis vor oder bis zum 31.08.2017 auch nicht aufgrund irgendeines anderen Umstands geendet hat. Die mit der Anfechtung angestrebte Nichtigkeit des Arbeitsvertrags kann deshalb – unabhängig davon, ob ein Anfechtungsgrund vorlag – allein aufgrund der Rechtskraft der Entscheidung über die Kündigung vom 03.05.2017 nicht eintreten. Ob der Kläger die Beklagte durch arglistige Täuschung zum Abschluss des Arbeitsvertrags veranlasst hatte, ist daher nicht zu prüfen.

Bemerkenswert ist, dass das LAG BW in der zweiten Instanz die Frage der Rechtskraftwirkung durchaus gesehen hatte. Die Rechtskraft des Kündigungsschutzurteils in erster Instanz könne aber – so das LAG – nicht dazu führen, dass die Beklagte nunmehr mit der erklärten rückwirkenden Anfechtung wegen arglistiger Täuschung ausgeschlossen sei. Schon im Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) könne

die Beklagte nicht mit einer Anfechtung ausgeschlossen sein, die sie im Vorprozess ohne ihr Verschulden noch gar nicht in der Lage war, in den Rechtsstreit einzuführen (LAG BW 21.02.2019 – 3 Sa 65/17).

### 3.3 Ausnahme: „Ausklammerung“

Die Rechtskraftwirkung der stattgebenden Entscheidung über den Kündigungsschutzantrag („kleines Schleppnetz“) greift dann nicht, wenn bestimmte Beendigungstatbestände „ausgeklammert“ werden. Eine solche Einschränkung des Streitgegenstands und Umfangs der Rechtskraft bedarf deutlicher Anhaltspunkte, die sich aus dem Antrag und der Entscheidung selbst ergeben müssen. Eine „Ausklammerung“ der Rechtsfolgen einer eigenständigen, zeitlich früher wirkenden Kündigung kann beispielsweise anzunehmen sein, wenn dieselbe Kammer des (Landes-)Arbeitsgerichts am selben Tag über beide Kündigungen entscheidet. In einem solchen Fall wollen regelmäßig weder der Kläger noch das Gericht das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses bei Zugang der späteren Kündigung zum Gegenstand des über deren Wirksamkeit geführten Rechtsstreits machen (BAG 23.05.2013 – 2 AZR 102/12, NZA 2013, 1416, Rn. 14; BAG 20.05.1999 – 2 AZR 278/98, BeckRS 2010, 73037).

### 3.4 Takeaway

- Geben Sie als Arbeitgebervertreter niemals eine Folgekündigung auf, ohne die Rechtskraftwirkung für frühere Kündigungen bedacht zu haben! Ein Anerkenntnis bezüglich der zweiten Kündigung führt in der Regel zur Unwirksamkeit der früheren Kündigung.

## 4 Außerordentliche, hilfsweise ordentliche Kündigung: BAG 10.12.2020 – 2 AZR 308/20, NJW 2021, 652

### 4.1 Haupt- und Hilfsantrag

Die Klage gegen eine außerordentliche, fristlose und eine hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung enthält regelmäßig zwei Kündigungsschutzanträge i.S.v. § 4 S. 1 KSchG. Mit dem Hauptantrag wendet sich der Kläger gegen die außerordentliche Kündigung, mit einem unechten Hilfsantrag gegen die hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung (so auch BAG 01.10.2020 – 2 AZR 247/20, NZA 2021, 75, Rn. 18). Daraus folgt, dass der Antrag hinsichtlich der ordentlichen Kündigung nicht zur Entscheidung anfällt, wenn bereits die außerordentliche Kündigung wirksam ist. Die Abweisung des Hilfsantrags begründet einen Verstoß gegen § 308 Abs. 1 S. 1 ZPO (BAG 10.12.2020 – 2 AZR 308/20, NJW 2021, 652, Rn. 9).

### 4.2 Umdeutung

Dies gilt grundsätzlich auch bei einer Umdeutung der außerordentlichen in eine ordentliche Kündigung. Auch wenn der Antrag ausdrücklich und ausschließlich nur auf eine erklärte außerordentliche Kündigung bezogen ist, umfasst der Kündigungsschutzantrag in der Regel „automatisch“ auch das Begehren festzustellen, das Arbeitsverhältnis ende nicht aufgrund einer ggf. nach § 140 BGB kraft Gesetzes eintretenden Umdeutung der außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche. Dafür, dass sich ein Arbeitnehmer, der gegen eine außerordentliche Kündigung Klage erhebt, nicht auch gegen eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses infolge einer solchen Umdeutung wenden möchte, bedürfte es besonderer Anhaltspunkte (BAG 27.06.2019 – 2 AZR 28/19, NJW 2019, 3468).

In der Regel wird man das Rechtsschutzziel aus Sicht des Arbeitnehmers in der Tat so verstehen können und müssen. Das Gericht wird aber gehalten sein nachzufragen, ob die Klage auch gegen eine im Wege der Umdeutung gewonnene ordentliche Kündigung gerichtet sein soll, insbesondere wenn dieser Klageantrag für den Kläger im Fall des Unterliegens mit zusätzlichen Kosten verbunden ist.

#### 4.3 Weiterbeschäftigungsantrag

Übrigens: Auch der Antrag auf vorläufige Weiterbeschäftigung ist in der Regel ein unechter Hilfsantrag, der nur für den Fall des Obsiegens mit dem Kündigungsschutzantrag gestellt wird (jedenfalls wenn der allgemeine Weiterbeschäftigungsanspruch geltend gemacht wird). Es stellt daher auch einen Verstoß gegen § 308 Abs. 1 S. 1 ZPO dar, wenn der Weiterbeschäftigungsantrag abgewiesen wird, weil die Kündigung wirksam sei. Bei Abweisung des Kündigungsschutzantrags fällt der Antrag auf vorläufige Weiterbeschäftigung nicht zur Entscheidung an (BAG 01.12.2020 – 9 AZR 102/20, NZA 2021, 552, Rn. 67).

#### 4.4 Takeaway

- Der Kündigungsschutzantrag gegen eine hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung fällt nicht zur Entscheidung an, wenn die außerordentliche Kündigung wirksam ist. Der Antrag darf deshalb nicht abgewiesen werden.

## 5 Keine Kündigungsschutzklage des Arbeitgebers bei Eigenkündigung: BAG 01.10.2020 – 2 AZR 214/20, NJW 2020, 3675

### 5.1 § 4 KSchG für Klage gegen Eigenkündigung nicht anwendbar

Kündigt der Arbeitnehmer, ohne die geltende Kündigungsfrist einzuhalten, kann der Arbeitgeber keine Kündigungsschutzklage gemäß § 4 KSchG erheben. Die Vorschrift ist nicht einschlägig.

### 5.2 Fehlendes Feststellungsinteresse

Denkbar ist eine allgemeine Feststellungsklage. Entgegen der bisherigen Rechtsprechung (BAG 09.09.1992 – 2 AZR 142/92 und BAG 24.10.1996 – 2 AZR 845/95) ist jedoch auch eine allgemeine Feststellungsklage des Arbeitgebers (§ 256 ZPO) in der Regel mangels Feststellungsinteresse unzulässig. Hängen von der Wirksamkeit der Eigenkündigung des Arbeitnehmers konkrete Ansprüche ab (z.B. Ansprüche des Arbeitgebers auf Schadensersatz oder Vertragsstrafe), sind diese Ansprüche geltend zu machen („Vorrang der Leistungsklage“). Wird zwischen den Parteien streitig, welches Beendigungsdatum im Zeugnis anzugeben ist, kann auch dies in einem entsprechenden Rechtsstreit geklärt werden. Die Sozialversicherungsträger wären an eine arbeitsgerichtliche Entscheidung über das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses in einem bestimmten Zeitraum ohnehin nicht gebunden.

### 5.3 Takeaways

- Gerichte erstatten keine abstrakten Rechtsgutachten.
- Wenn Arbeitnehmer ohne Einhaltung der Kündigungsfrist gehen, interessiert das niemanden.

## 6 Kündigungsschutzklage des Arbeitnehmers gegen eigene Kündigung: BAG 21.09.2017 – 2 AZR 57/17, NJW 2017, 1524

### 6.1 Kein Kündigungsschutzantrag nach § 4 KSchG

Will ein Arbeitnehmer die Rechtsunwirksamkeit einer von ihm selbst erklärten Kündigung geltend machen, ist er nicht an die Klagefrist des § 4 S. 1 KSchG gebunden. Eine Kündigungsschutzklage kann keine Eigenkündigung des Arbeitnehmers zum Gegenstand haben. Zulässig ist eine allgemeine Feststellungsklage (§ 256 ZPO).

### 6.2 Verwirkung

Das Recht, eine Klage zu erheben, kann verwirkt werden („Prozessverwirkung“). Ebenso kann das Recht, sich materiell-rechtlich auf die Nichtigkeit einer Eigenkündigung zu berufen, verwirkt werden (§ 242 BGB, sog. illoyal verspätete Geltendmachung von Rechten).

Macht ein zwischenzeitlich bestellter Betreuer die Unwirksamkeit einer vom Arbeitnehmer selbst erklärten Kündigung wegen Geschäftsunfähigkeit (hier: paranoide Schizophrenie) geltend, kann eine Eigenkündigung erfolgreich angefochten werden.

### 6.3 Takeaway

- Der Arbeitnehmer kann die Unwirksamkeit seiner eigenen Kündigung nicht mit dem Kündigungsschutzantrag, sondern mit der allgemeinen Feststellungsklage geltend machen

## 7 Treuwidrige Klage gegen Eigenkündigung: BAG 10.09.2020 – 6 AZR 94/19, BeckRS 2020, 34859

### 7.1 Widersprüchliches Verhalten („venire contra factum proprium“)

Die Eigenkündigung des Arbeitnehmers muss nicht innerhalb von drei Wochen gemäß § 4 S. 1 KSchG geltend gemacht werden. Die Wirksamkeit der Kündigung steht deshalb nach drei Wochen nicht fest. Beruft sich der Arbeitnehmer jedoch darauf, eine von ihm erklärte außerordentliche Kündigung sei wegen Fehlens der Voraussetzungen des § 626 BGB unwirksam, verstößt dies gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens. Eine schriftlich und ohne Drängen des Arbeitgebers abgegebene Kündigungserklärung spricht regelmäßig für eine ernsthafte und endgültige Lösungsabsicht. Es wäre regelmäßig treuwidrig, die Unwirksamkeit einer schriftlich erklärten Eigenkündigung geltend zu machen. Es obliegt regelmäßig allein dem Kündigungsempfänger, ob er eine unberechtigte fristlose Kündigung seines Vertragspartners hinnimmt oder ob er ihre Unwirksamkeit geltend macht.

### 7.2 Takeaway

- Erst nachdenken, dann kündigen!