

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

---

Band 341

# Die Wiederholungskündigung

Verbrauch von Gestaltungsrechten und Rechtskraft  
im Kündigungsschutzprozess

Von

Katharina D. L. Fischer



Duncker & Humblot · Berlin

KATHARINA D. L. FISCHER

Die Wiederholungskündigung

# Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Matthias Jacobs, Hamburg

Prof. Dr. Rüdiger Krause, Göttingen

Prof. Dr. Sebastian Krebber, Freiburg

Prof. Dr. Thomas Lobinger, Heidelberg

Prof. Dr. Markus Stoffels, Heidelberg

Prof. Dr. Raimund Waltermann, Bonn

Band 341

# Die Wiederholungskündigung

Verbrauch von Gestaltungsrechten und Rechtskraft  
im Kündigungsschutzprozess

Von

Katharina D. L. Fischer



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Zivilprozessrecht  
der Bucerius Law School Hamburg hat diese Arbeit  
im Jahre 2016 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten  
© 2017 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 0582-0227  
ISBN 978-3-428-15159-2 (Print)  
ISBN 978-3-428-55159-0 (E-Book)  
ISBN 978-3-428-85159-1 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Meinen Eltern*



## **Vorwort**

Die vorliegende Arbeit wurde an der Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft – als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 5. Dezember 2016 statt. Für die Veröffentlichung wurden Rechtsprechung und Literatur bis Januar 2017 berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Matthias Jacobs. Er hat mich während der gesamten Promotion hervorragend betreut. Bereits während des Schwerpunktstudiums hat er meine Begeisterung für das Arbeitsrecht geweckt und gefördert.

Ihm und den weiteren Herausgebern danke ich zudem für die Aufnahme in diese Schriftenreihe.

Bei Herrn Professor Dr. Wolf-Dietrich Walker bedanke ich mich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Diese Arbeit wird mit einem Förderpreis der Esche Schümann Commichau Stiftung, Hamburg, ausgezeichnet. Des Weiteren erfolgt eine Förderung durch die Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung. Auch hierfür bedanke ich mich.

Hamburg, im Januar 2017

*Katharina Fischer*





# Inhaltsübersicht

## *Teil 1*

<b>Einleitung und Überblick</b>	29
§ 1 Einleitung .....	29
I. Relevanz und Abgrenzung .....	29
II. Ausgangslage, Terminologie und Ziele .....	30
III. Gang der Untersuchung .....	34
§ 2 Fallgruppen mehrerer Kündigungen in einem Kündigungsschutzrechtsstreit .....	35
I. Differenzierungskriterien .....	35
II. Abgrenzung von echter und unechter Wiederholungskündigung nach der Rechtsprechung des BAG .....	36
1. Derselbe Kündigungsgrund im Sinne einer echten Wiederholungskündigung .....	37
2. Anerkannte Fallgruppen einer unechten Wiederholungskündigung .....	40
3. Ergebnis .....	47
III. Fallgruppen der echten Wiederholungskündigung .....	47
1. Rechtskräftige Entscheidung zur ersten Kündigung .....	47
2. Rechtskräftige Entscheidung zur zweiten Kündigung .....	48
3. Keine rechtskräftige Entscheidung zur ersten oder zweiten Kündigung ..	50
4. Ergebnis .....	52
IV. Fallgruppen der unechten Wiederholungskündigung .....	52
1. Rechtskräftige Entscheidung zur ersten Kündigung .....	52
2. Rechtskräftige Entscheidung zur zweiten Kündigung .....	53
3. Keine rechtskräftige Entscheidung zur ersten oder zweiten Kündigung ..	53
4. Ergebnis .....	53
V. Zusammenfassung .....	53

## *Teil 2*

<b>Darstellung der Rechtsprechung und Literatur</b>	55
§ 3 Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Wiederholungskündigung .....	55
I. Sittenwidrigkeit der Wiederholungskündigung .....	55
1. Entscheidung des BAG vom 12. Oktober 1954 .....	55
2. Keine Weiterentwicklung bis 1993 .....	56
3. Ergebnis .....	56

II.	Leitentscheidung des BAG vom 26. August 1993 .....	56
1.	Sachverhalt .....	56
2.	Tragende Entscheidungsgründe .....	57
3.	Ergebnis .....	59
III.	Bestätigung der Leitentscheidung von 1993 bis 2012 .....	59
1.	Entscheidung des BAG vom 7. März 1996 .....	60
2.	Entscheidung des BAG vom 22. Mai 2003 .....	60
3.	Weitere Entscheidung des BAG vom 22. Mai 2003 .....	60
4.	Entscheidung des BAG vom 12. Februar 2004 .....	61
5.	Entscheidung des BAG vom 18. Mai 2006 .....	61
6.	Entscheidung des BAG vom 6. Juli 2006 .....	62
7.	Entscheidung des BAG vom 8. November 2007 .....	63
8.	Entscheidung des BAG vom 26. November 2009 .....	63
9.	Entscheidung des BAG vom 6. September 2012 .....	64
10.	Ergebnis .....	65
IV.	Klarstellung des BAG zum Verbrauch des Kündigungsrechts mit Urteil vom 20. Dezember 2012 .....	65
V.	Bestätigung der Rechtsprechungsänderung .....	67
1.	Entscheidung des BAG vom 11. Juli 2013 .....	67
2.	Entscheidung des BAG vom 20. März 2014 .....	67
3.	Entscheidung des BAG vom 18. Dezember 2014 .....	68
4.	Ergebnis .....	68
VI.	Zusammenfassung .....	68
§ 4	Materiellrechtliche Lösungen zur Unzulässigkeit der Wiederholungskündigung ....	68
I.	Verbrauch des Kündigungsrechts .....	69
1.	Rechtsprechung des BAG .....	69
2.	Verbrauch nach Bötticher als Begründungsansatz des BAG .....	69
3.	Ausdrücklich zustimmende Literatur nur bei wirksamer Kündigung .....	72
4.	Ablehnende Literatur: „Eine solche Norm gibt es nicht“ .....	73
5.	Ergebnis .....	74
II.	Sittenwidrigkeit der Wiederholungskündigung gemäß § 138 Abs. 1 BGB .....	74
1.	Rechtsprechung des BAG .....	74
2.	Differenzierungen in der Literatur .....	75
3.	Ablehnung in der Literatur .....	75
4.	Ergebnis .....	76
III.	Unwirksamkeit der Wiederholungskündigung gemäß § 242 BGB .....	76
1.	Zustimmende Literatur .....	76
2.	Ablehnende Literatur: § 242 BGB als <i>ultima ratio</i> .....	77
3.	Ergebnis .....	77
IV.	Zusammenfassung .....	78

§ 5 Prozessrechtliche Lösungen zur Unzulässigkeit der Wiederholungskündigung .....	78
I. Die Relevanz von Streitgegenstand und Rechtskraft und Grundlagen .....	79
1. Streitgegenstand .....	79
2. Rechtskraft .....	82
3. Ergebnis .....	85
II. Streitgegenstand im Kündigungsschutzprozess .....	85
1. Auf den Kündigungsschutzprozess anzuwendendes Prozessrecht .....	86
2. Rechtsprechung: Punktueller Streitgegenstandsbegriff .....	87
3. Wiederholungskündigung als derselbe Streitgegenstand wie im Vorprozess .....	87
4. Wiederholungskündigung als anderer Streitgegenstand gegenüber dem Vorprozess .....	91
5. Ergebnis .....	94
III. Erweiterung der Rechtskraft im Kündigungsschutzprozess .....	94
1. Bedürfnis nach einer Änderung der Regeln der Rechtskraft im Kündigungsschutzprozess .....	94
2. Rechtsprechung des BAG .....	96
3. Rechtskräftiges Aberkennen des Gestaltungsrechts nach Bötticher .....	101
4. Rechtskrafterstreckung auf Sinnzusammenhänge nach Zeuner .....	107
5. Erweiterte Auslegung der Entscheidung, insbesondere nach K.H. Schwab .....	114
6. Teleologische Reduktion des § 322 Abs. 1 ZPO .....	115
7. Analoge Anwendung des § 322 Abs. 2 ZPO .....	117
8. Erweiterung der Präjudizialität und des kontradiktorischen Gegenteils ..	117
9. „Entsprechende Anwendung des Präklusionsprinzips“ nach Ascheid .....	118
10. Rechtskraftfremde Präklusion .....	119
11. Grundsätzliche Kritik an einer Erweiterung der Rechtskraft .....	121
12. Ergebnis .....	123
IV. Zusammenfassung .....	123
§ 6 Anforderungen an das Verhalten des Arbeitnehmers .....	124
I. Zur Erforderlichkeit der Erhebung einer Kündigungsschutzklage gegen die Wiederholungskündigung .....	125
1. Entbehrlichkeit einer Kündigungsschutzklage nach Teilen der älteren Literatur .....	125
2. Entbehrlichkeit einer Kündigungsschutzklage nach einer Minderansicht der jüngeren Literatur .....	126
3. Erforderlichkeit einer Kündigungsschutzklage nach der herrschenden Meinung .....	127
II. Folgen bei Erforderlichkeit einer Kündigungsschutzklage .....	127
1. Unzulässigkeit der Kündigungsschutzklage .....	127
2. Begründetheit der Kündigungsschutzklage .....	127
III. Zusammenfassung .....	128

*Teil 3*

	<b>Untersuchung der Wiederholungskündigung</b>	129
§ 7	Materiellrechtliche Untersuchung der Wiederholungskündigung .....	130
I.	Kündigung als Gestaltungsrecht .....	130
1.	Allgemeines zu Gestaltungsrechten .....	131
2.	Erlöschen des Kündigungsrechts .....	131
3.	Keine Konsequenzen aus der Unwiderruflichkeit und Bedingungsfeindlichkeit von Gestaltungsrechten .....	148
4.	Keine Konsequenzen aus Besonderheiten der Kündigung hinsichtlich der Mitteilung des Kündigungsgrundes .....	149
5.	Ergebnis .....	150
II.	Verzicht auf das Kündigungsrecht .....	150
1.	Kein konkludenter Verzicht auf das Kündigungsrecht durch die erste Kündigungserklärung .....	151
2.	Kein konkludenter Verzicht auf das Kündigungsrecht durch Rechtsmittelverzicht im Vorprozess .....	154
3.	Kein konkludenter Verzicht durch sonstiges Verhalten im Vorprozess ....	156
4.	Ergebnis .....	156
III.	Anwendung der Generalklauseln .....	156
1.	Zur Sittenwidrigkeit gemäß § 138 Abs. 1 BGB .....	157
2.	Zum Verstoß gegen das Schikaneverbot gemäß § 226 BGB .....	169
3.	Zum Verstoß gegen Treu und Glauben gemäß § 242 BGB .....	170
4.	Ergebnis .....	202
IV.	Zusammenfassung .....	202
§ 8	Prozessrechtliche Untersuchung der Wiederholungskündigung .....	203
I.	Einleitung .....	203
1.	Relevanz des Kapitels .....	203
2.	Offene Fragen .....	204
3.	Methodik und Struktur dieses Kapitels .....	205
II.	Streitgegenstand im Kündigungsschutzprozess .....	205
1.	Streitgegenstand im Kündigungsschutzprozess nach dem zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff .....	206
2.	Streitgegenstand im Kündigungsschutzprozess nach anderen Streitgegenstandsbegriffen .....	211
3.	Ergebnis .....	212
III.	Rechtskraft .....	212
1.	Notwendigkeit einer erweiterten Rechtskraft .....	212
2.	Auswahl des zu prüfenden konstruktiven Lösungswegs .....	213
3.	Teleologische Reduktion des § 322 Abs. 1 ZPO .....	214
4.	Präjudizialität als „Rechtsfolge“ und Wirkung der Rechtskraft .....	242

5. Anmerkung zur Rechtsprechung des BAG und Einordnung in das Meinungsspektrum .....	244
6. Ergebnis .....	246
IV. Konsequenzen für Entscheidung über Wiederholungskündigung ohne Urteil im Vorprozess zur ersten Kündigung .....	247
1. Keine Lösung mit teleologischer Reduktion und Präjudizialität .....	247
2. Bindung an Entscheidung zur ersten Kündigung .....	247
3. Ergebnis .....	249
V. Zusammenfassung .....	249

*Teil 4*

<b>Gesamtergebnis</b> .....	251
-----------------------------	-----

<b>Literaturverzeichnis</b> .....	254
-----------------------------------	-----

<b>Sachverzeichnis</b> .....	268
------------------------------	-----



# Inhaltsverzeichnis

## Teil I

<b>Einleitung und Überblick</b>	29
§ 1 Einleitung	29
I. Relevanz und Abgrenzung	29
II. Ausgangslage, Terminologie und Ziele	30
III. Gang der Untersuchung	34
§ 2 Fallgruppen mehrerer Kündigungen in einem Kündigungsschutzrechtsstreit	35
I. Differenzierungskriterien	35
II. Abgrenzung von echter und unechter Wiederholungskündigung nach der Rechtsprechung des BAG	36
1. Derselbe Kündigungsgrund im Sinne einer echten Wiederholungskündigung	37
a) Kriterien	37
aa) Maßgeblichkeit der Entscheidungsgründe und des Vortrags des Arbeitgebers	37
bb) Abgrenzung zur Ergänzung des Vortrags	38
b) Beispiele aus der Rechtsprechung	38
aa) Verhaltensbedingte Kündigung	38
bb) Personenbedingte Kündigung	39
(1) Krankheitsbedingte Kündigung ohne Veränderung der Gesundheitsprognose	39
(2) Erklärung mehrerer Verdachtskündigungen	40
cc) Betriebsbedingte Kündigung	40
2. Anerkannte Fallgruppen einer unechten Wiederholungskündigung	40
a) Wesentliche Änderung des Sachverhalts	41
aa) Anforderungen	41
bb) Beispiele aus der Rechtsprechung	41
(1) Verhaltensbedingte Kündigung	41
(2) Personenbedingte Kündigung	42
(a) Krankheitsbedingte Kündigung	42
(b) Verdachtskündigung und verdachtsverstärkende Tatsachen	42
cc) Betriebsbedingte Kündigung	43
b) Fristgerechte nach fristloser Kündigung	43
c) Beendigungs- und Änderungskündigung	44



d) Formale Fehler der Kündigungserklärung .....	44
aa) Rechtfertigung .....	44
bb) Formale Fehler .....	45
(1) Verstöße gegen allgemeine formale und rechtsgeschäftliche Wirksamkeitsvoraussetzungen .....	45
(2) Verstöße gegen sonstige gesetzliche Bestimmungen .....	46
e) Anforderungen an die zweite Kündigung, insbesondere Betriebsrats- anhörung .....	46
3. Ergebnis .....	47
III. Fallgruppen der echten Wiederholungskündigung .....	47
1. Rechtskräftige Entscheidung zur ersten Kündigung .....	47
a) Ausgangslage .....	47
b) Zweite Kündigung nach rechtskräftiger Entscheidung zur ersten Kündigung (Trotzkündigung) .....	48
c) Zweite Kündigung vor rechtskräftiger Entscheidung zur ersten Kündigung .....	48
2. Rechtskräftige Entscheidung zur zweiten Kündigung .....	48
3. Keine rechtskräftige Entscheidung zur ersten oder zweiten Kündigung ..	50
a) Kündigungsschutzrechtsstreit wegen der ersten Kündigung .....	50
b) Kündigungsschutzrechtsstreit wegen der zweiten Kündigung .....	51
4. Ergebnis .....	52
IV. Fallgruppen der unechten Wiederholungskündigung .....	52
1. Rechtskräftige Entscheidung zur ersten Kündigung .....	52
a) Zweite Kündigung nach rechtskräftiger Entscheidung zur ersten Kündigung .....	52
b) Zweite Kündigung vor rechtskräftiger Entscheidung zur ersten Kündigung .....	52
2. Rechtskräftige Entscheidung zur zweiten Kündigung .....	53
3. Keine rechtskräftige Entscheidung zur ersten oder zweiten Kündigung ..	53
a) Kündigungsschutzrechtsstreit wegen der ersten Kündigung .....	53
b) Kündigungsschutzrechtsstreit wegen der zweiten Kündigung .....	53
4. Ergebnis .....	53
V. Zusammenfassung .....	53

*Teil 2*

<b>Darstellung der Rechtsprechung und Literatur</b>	55
§ 3 Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Wiederholungs- kündigung .....	55
I. Sittenwidrigkeit der Wiederholungskündigung .....	55
1. Entscheidung des BAG vom 12. Oktober 1954 .....	55
2. Keine Weiterentwicklung bis 1993 .....	56

3. Ergebnis .....	56
II. Leitentscheidung des BAG vom 26. August 1993 .....	56
1. Sachverhalt .....	56
2. Tragende Entscheidungsgründe .....	57
a) Materiellrechtlicher Verbrauch des Kündigungsrechts .....	58
b) Prozessrechtliche Erweiterung der Rechtskraftwirkung .....	58
3. Ergebnis .....	59
III. Bestätigung der Leitentscheidung von 1993 bis 2012 .....	59
1. Entscheidung des BAG vom 7. März 1996 .....	60
2. Entscheidung des BAG vom 22. Mai 2003 .....	60
3. Weitere Entscheidung des BAG vom 22. Mai 2003 .....	60
4. Entscheidung des BAG vom 12. Februar 2004 .....	61
5. Entscheidung des BAG vom 18. Mai 2006 .....	61
6. Entscheidung des BAG vom 6. Juli 2006 .....	62
7. Entscheidung des BAG vom 8. November 2007 .....	63
8. Entscheidung des BAG vom 26. November 2009 .....	63
9. Entscheidung des BAG vom 6. September 2012 .....	64
10. Ergebnis .....	65
IV. Klarstellung des BAG zum Verbrauch des Kündigungsrechts mit Urteil vom 20. Dezember 2012 .....	65
V. Bestätigung der Rechtsprechungsänderung .....	67
1. Entscheidung des BAG vom 11. Juli 2013 .....	67
2. Entscheidung des BAG vom 20. März 2014 .....	67
3. Entscheidung des BAG vom 18. Dezember 2014 .....	68
4. Ergebnis .....	68
VI. Zusammenfassung .....	68
§ 4 Materiellrechtliche Lösungen zur Unzulässigkeit der Wiederholungskündigung ....	68
I. Verbrauch des Kündigungsrechts .....	69
1. Rechtsprechung des BAG .....	69
2. Verbrauch nach Bötticher als Begründungsansatz des BAG .....	69
a) Relevante Beiträge Böttichers .....	69
b) Verbrauch auch bei unwirksamer Kündigung .....	70
c) Kritik an der Anwendung des § 138 BGB bei der Ausübung von Gestaltungsrechten .....	71
d) Zwischenergebnis .....	72
3. Ausdrücklich zustimmende Literatur nur bei wirksamer Kündigung .....	72
a) Verbrauch bei wirksamer und unwirksamer Kündigung .....	72
b) Verbrauch nur bei wirksamer Kündigung .....	72
4. Ablehnende Literatur: „Eine solche Norm gibt es nicht“ .....	73
5. Ergebnis .....	74

II.	Sittenwidrigkeit der Wiederholungskündigung gemäß § 138 Abs. 1 BGB	74
1.	Rechtsprechung des BAG	74
2.	Differenzierungen in der Literatur	75
3.	Ablehnung in der Literatur	75
a)	Subsidiarität des § 138 BGB	75
b)	Zweck des § 138 BGB	75
c)	Voraussetzungen des § 138 BGB	75
4.	Ergebnis	76
III.	Unwirksamkeit der Wiederholungskündigung gemäß § 242 BGB	76
1.	Zustimmende Literatur	76
a)	Generelle Zustimmung Böttichers	76
b)	Flexible Lösungen mit § 242 BGB nach Teilen der Literatur	77
2.	Ablehnende Literatur: § 242 BGB als <i>ultima ratio</i>	77
3.	Ergebnis	77
IV.	Zusammenfassung	78
§ 5	Prozessrechtliche Lösungen zur Unzulässigkeit der Wiederholungskündigung	78
I.	Die Relevanz von Streitgegenstand und Rechtskraft und Grundlagen	79
1.	Streitgegenstand	79
2.	Rechtskraft	82
a)	Zweck und Wesen der Rechtskraft	82
b)	<i>Ne bis in idem</i> als Wirkung der Rechtskraft bei Identität des Streitgegenstands	82
c)	Präjudizialität als Wirkung der Rechtskraft bei verschiedenen Streitgegenständen	83
d)	Reichweite der materiellen Rechtskraft	83
aa)	Objektive Grenzen der Rechtskraft	83
(1)	Ausgangspunkt: § 322 Abs. 1 ZPO	83
(2)	Kontradiktorisches Gegenteil	84
bb)	Zeitliche Grenzen der Rechtskraft und Präklusion	84
3.	Ergebnis	85
II.	Streitgegenstand im Kündigungsschutzprozess	85
1.	Auf den Kündigungsschutzprozess anzuwendendes Prozessrecht	86
2.	Rechtsprechung: Punktueller Streitgegenstandsbegriff	87
3.	Wiederholungskündigung als derselbe Streitgegenstand wie im Vorprozess	87
a)	Kündigungsrecht als Streitgegenstand nach Bötticher	88
b)	Funktionaler Gehalt des Kündigungsrechts nach Bruns als Ergänzung Böttichers Argumentation	88
c)	Gleiche Sinngehalte nach Zeuner	89
d)	Rechtswidriger Eingriff als Streitgegenstand nach Lücke	89
e)	Rechtliches Beziehungsgeflecht nach Ascheid	90
f)	Minderansicht in der jüngeren Literatur	91

g) Zwischenergebnis .....	91
4. Wiederholungskündigung als anderer Streitgegenstand gegenüber dem Vorprozess .....	91
a) Erste Zweifel an einer Identität der Streitgegenstände .....	91
b) Wortlaut .....	92
c) Unterschiedliche Sachverhalte .....	92
d) Entstehungsgeschichte .....	92
e) Telos .....	93
f) Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers .....	93
g) Faktische Zustimmung der Kommentarliteratur .....	93
h) Zwischenergebnis .....	93
5. Ergebnis .....	94
III. Erweiterung der Rechtskraft im Kündigungsschutzprozess .....	94
1. Bedürfnis nach einer Änderung der Regeln der Rechtskraft im Kündigungsschutzprozess .....	94
a) Ausgangssituation .....	94
b) Herleitung konstruktiver Lösungsmöglichkeiten und der Zweistufigkeit der Rechtskraft .....	94
c) Weiterer Gang der Untersuchung .....	96
2. Rechtsprechung des BAG .....	96
a) Entwicklung verschiedener Lösungsansätze in der Leitentscheidung vom 26. August 1993 .....	96
b) Konkretisierung des prozessrechtlichen und Korrektur des materiellrechtlichen Lösungswegs am 20. Dezember 2012 .....	97
c) Bestätigung des neuen Lösungswegs in mehreren Entscheidungen .....	98
d) Zustimmung der herrschenden Meinung .....	98
aa) Zustimmende Kommentarliteratur ohne weitere Begründung .....	98
bb) Vogg: Vermeidung von „Überraschungseffekten“ .....	99
cc) Ausführliche Zustimmung durch M. Schwab .....	100
e) Ablehnende Stellungnahmen .....	101
aa) Pfeiffer: Vorrang der Zwischenfeststellungsklage .....	101
bb) Ascheid: Systemwidrigkeit .....	101
f) Zwischenergebnis .....	101
3. Rechtskräftiges Aberkennen des Gestaltungsrechts nach Bötticher .....	101
a) Festschrift Herschel: Gerechte Verteilung des Prozessrisikos .....	102
b) Festschrift Dölle: Vergleich mit hypothetischer Aufhebungsklage des Arbeitgebers .....	103
c) Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht: „Waffengleichheit“ bei der Rechtskraft .....	103
d) Zusammenfassung .....	104
e) Zustimmung der herrschenden Meinung .....	104
f) Ablehnende Stellungnahmen .....	104

aa) Nikisch: Systemwidrigkeit .....	105
bb) W. Habscheid: Wertung des § 322 Abs. 2 ZPO .....	105
cc) Lücke: Allenfalls materiellrechtliche Unwirksamkeit .....	105
dd) Dölle: Bewusste Unterscheidung zwischen Gestaltungsrechten und Gestaltungs-klagerechten .....	105
ee) Becker: Klageinitiativlast des Arbeitnehmers .....	106
g) Zwischenergebnis .....	107
4. Rechtskrafterstreckung auf Sinnzusammenhänge nach Zeuner .....	107
a) Relevanz .....	107
b) Ausgangspunkt .....	107
c) Vergleichbarkeit von Präjudizialität und Rechtskraft der Gründe .....	108
d) Inhaltliche Kriterien zur Bestimmung der Reichweite der Rechtskraft .....	108
e) Zur Kündigungsschutzklage .....	109
f) Bestätigung der Argumentation .....	109
g) Zustimmungende Stellungnahmen .....	110
aa) Grunsky: Anknüpfung an den Wortlaut des § 322 Abs. 1 ZPO ...	110
bb) Billigung Zeuners Anliegens .....	111
h) Ablehnende Stellungnahmen .....	111
aa) Wortlaut des § 322 Abs. 1 ZPO .....	111
bb) Entstehungsgeschichte .....	112
cc) Systemzusammenhang .....	112
(1) § 256 Abs. 2 ZPO .....	112
(2) § 322 Abs. 2 ZPO .....	112
dd) Unbestimmtheit und Rechtsunsicherheit .....	112
ee) Unvereinbarkeit mit der Stellung des Richters .....	113
ff) „Verstärkung von Unrecht“ .....	113
i) Zwischenergebnis .....	113
5. Erweiterte Auslegung der Entscheidung, insbesondere nach K.H. Schwab .....	114
6. Teleologische Reduktion des § 322 Abs. 1 ZPO .....	115
a) Wortlaut .....	115
b) Systematik .....	115
aa) § 256 Abs. 2 ZPO .....	115
bb) § 322 Abs. 2 ZPO .....	115
c) Entstehungsgeschichte .....	116
d) Telos .....	116
e) Fallgruppen .....	117
f) Zwischenergebnis .....	117
7. Analoge Anwendung des § 322 Abs. 2 ZPO .....	117
8. Erweiterung der Präjudizialität und des kontradiktorischen Gegenteils ..	117
9. „Entsprechende Anwendung des Präklusionsprinzips“ nach Ascheid .....	118
10. Rechtskraftfremde Präklusion .....	119

a) Ausgangspunkt .....	119
b) Zustimmungende Stellungnahmen .....	120
c) Verfassungsrechtliche und systematische Gegenargumente .....	120
11. Grundsätzliche Kritik an einer Erweiterung der Rechtskraft .....	121
a) Wortlaut des § 322 Abs. 1 ZPO .....	121
b) Entstehungsgeschichte der Zivilprozessordnung .....	121
c) Systematik .....	122
d) Interessen des Klägers .....	122
e) Zwischenergebnis .....	123
12. Ergebnis .....	123
IV. Zusammenfassung .....	123
§ 6 Anforderungen an das Verhalten des Arbeitnehmers .....	124
I. Zur Erforderlichkeit der Erhebung einer Kündigungsschutzklage gegen die Wiederholungskündigung .....	125
1. Entbehrlichkeit einer Kündigungsschutzklage nach Teilen der älteren Literatur .....	125
2. Entbehrlichkeit einer Kündigungsschutzklage nach einer Minderansicht der jüngeren Literatur .....	126
3. Erforderlichkeit einer Kündigungsschutzklage nach der herrschenden Meinung .....	127
II. Folgen bei Erforderlichkeit einer Kündigungsschutzklage .....	127
1. Unzulässigkeit der Kündigungsschutzklage .....	127
2. Begründetheit der Kündigungsschutzklage .....	127
III. Zusammenfassung .....	128

*Teil 3*

**Untersuchung der Wiederholungskündigung** 129

§ 7 Materielle rechtliche Untersuchung der Wiederholungskündigung .....	130
I. Kündigung als Gestaltungsrecht .....	130
1. Allgemeines zu Gestaltungsrechten .....	131
2. Erlöschen des Kündigungsrechts .....	131
a) Keine Ausnahme für einzelne Fallgruppen der Wiederholungs- kündigung .....	132
b) Vorliegen von Kündigungserklärung und Kündigungsgrund .....	133
c) Vorliegen allein einer Kündigungserklärung .....	133
aa) Wortlaut des § 1 KSchG .....	135
bb) Entstehungsgeschichte des Kündigungsschutzgesetzes .....	136
(1) Begründung des Regierungsentwurfs .....	136
(2) Rückbesinnung auf Seckel als Erfinder des Gestaltungs- rechts .....	136
cc) Systematischer Vergleich mit anderen Erlöschensgründen .....	137

(1) Verzeihung, Verzicht, Verwirkung als vergleichbare Erlöschensgründe .....	137
(2) Vergleichbarkeit hinsichtlich des speziellen Grundes .....	138
(3) Keine Vergleichbarkeit hinsichtlich der Kenntnis und Absichten des Arbeitgebers .....	138
(a) Kenntnis oder Finalität hinsichtlich des Erlöschens bei Verzeihung, Verzicht und Verwirkung .....	138
(aa) Verzeihung und Verzicht .....	138
(bb) Verwirkung .....	138
(cc) Zwischenergebnis .....	139
(b) Keine Vergleichbarkeit bei der Wiederholungskündigung .....	139
(aa) Rechtliche Unsicherheit über Rechtsfolgen der Erklärung .....	139
(bb) Intention des Arbeitgebers .....	140
(cc) Zwischenergebnis .....	140
(4) Unterschiedliche Anknüpfungspunkte hinsichtlich der „Vorwerfbarkeit“ .....	141
(5) Unterschiedliche Sachverhalte .....	141
(6) Zwischenergebnis .....	141
dd) Systematischer Vergleich mit anderen Unwirksamkeitsgründen einer Kündigung .....	142
ee) Systematischer Zusammenhang mit dem Prozessrecht .....	142
ff) Systematischer Vergleich mit anderen Gestaltungsrechten .....	143
(1) Systematisch grundsätzliche Vergleichbarkeit von Rücktritt und Widerruf .....	143
(2) Logisches Nichterlöschen .....	144
(3) Praktisch fehlende Vergleichbarkeit der Situationen .....	144
(a) Beurteilungsspielräume vor Gericht .....	144
(b) Wirtschaftliche Abhängigkeit .....	145
(c) Persönliche Beziehung der Vertragsparteien .....	145
(4) Schutzbedürfnis des Gestaltungsgegners .....	146
(5) Zwischenergebnis .....	146
gg) Telos .....	146
hh) Zwischenergebnis .....	147
d) Zwischenergebnis .....	148
3. Keine Konsequenzen aus der Unwiderruflichkeit und Bedingungsfeindlichkeit von Gestaltungsrechten .....	148
4. Keine Konsequenzen aus Besonderheiten der Kündigung hinsichtlich der Mitteilung des Kündigungsgrundes .....	149
5. Ergebnis .....	150
II. Verzicht auf das Kündigungsrecht .....	150

1.	Kein konkludenter Verzicht auf das Kündigungsrecht durch die erste Kündigungserklärung .....	151
	a) Kündigung als empfangsbedürftige Willenserklärung .....	151
	b) Handlungs- und Erklärungsbewusstsein .....	151
	c) Kein entsprechender Geschäftswille .....	152
	d) Zwischenergebnis .....	153
2.	Kein konkludenter Verzicht auf das Kündigungsrecht durch Rechtsmittelverzicht im Vorprozess .....	154
	a) Verschiedene Möglichkeiten eines Rechtsmittelverzichts .....	154
	b) Kein Verzicht auf das Kündigungsrecht bei Rechtsmittelverzicht durch Schweigen .....	154
	c) Kein Verzicht auf das Kündigungsrecht bei ausdrücklichem Rechtsmittelverzicht im Vorprozess .....	154
	d) Zwischenergebnis .....	156
3.	Kein konkludenter Verzicht durch sonstiges Verhalten im Vorprozess ....	156
4.	Ergebnis .....	156
III.	Anwendung der Generalklauseln .....	156
1.	Zur Sittenwidrigkeit gemäß § 138 Abs. 1 BGB .....	157
	a) Voraussetzungen .....	157
	aa) Objektive Voraussetzungen .....	157
	(1) Begriff der Sittenwidrigkeit .....	157
	(2) Bezugspunkt Inhalt oder Umstände .....	158
	(3) Zeitpunkt .....	159
	bb) Subjektive Voraussetzungen .....	160
	b) Subsumtion .....	160
	aa) Erste Kündigung .....	160
	bb) Wiederholungskündigung .....	161
	(1) Prüfung einer Inhaltssittenwidrigkeit .....	161
	(2) Prüfung einer Umstandssittenwidrigkeit .....	161
	(a) Möglichkeit der Differenzierung bezüglich der Trotz- kündigung .....	162
	(b) Prüfung der Trotz Kündigung .....	162
	(aa) Möglichkeit unterschiedlicher Motivation des Arbeit- gebers .....	162
	(bb) Inhaltlich untauglicher Kündigungsgrund und Aus- nutzung einer Machtposition .....	163
	(cc) Bestätigung durch historische Auslegung .....	165
	(dd) Beweggrund Trennung vom Arbeitnehmer .....	166
	(ee) Zweck „Korrektur“ der Entscheidung des Vorprozesses .....	167
	(ff) Ausschlaggebende Gesichtspunkte .....	167
	(c) Zwischenergebnis .....	169



c) Zwischenergebnis .....	169
2. Zum Verstoß gegen das Schikaneverbot gemäß § 226 BGB .....	169
3. Zum Verstoß gegen Treu und Glauben gemäß § 242 BGB .....	170
a) Voraussetzungen des § 242 BGB .....	171
aa) Struktur des § 242 .....	171
bb) Rechtsmissbrauch .....	172
cc) Widersprüchliches Verhalten .....	173
b) Anwendung des § 242 BGB .....	174
aa) Erste Kündigung .....	174
bb) Möglichkeit der Differenzierung bezüglich der Trotz Kündigung .....	174
cc) Rechtsmissbrauch bei der Wiederholungskündigung .....	175
(1) Fehlendes Eigeninteresse des Arbeitgebers .....	175
(2) Überwiegende schutzwürdige Interessen des Arbeitnehmers ..	176
(3) Art und Weise der Kündigung .....	177
(4) Rechtsmissbrauch in Einzelfällen .....	178
(a) Gründe unabhängig von der Wiederholungskündigung ..	179
(b) Rechtsmissbrauch ab bestimmter Anzahl von Wiederholungskündigungen .....	179
(5) Zwischenergebnis .....	181
dd) Widersprüchliches Verhalten bei der Wiederholungskündigung ..	181
(1) Mögliche Anknüpfungspunkte für ein widersprüchliches Verhalten des Arbeitgebers .....	181
(a) Regeln zur Kündigungsbegründung im Kündigungsschutzprozess .....	181
(aa) Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers .....	181
(bb) Berufungsinstanz als zweite Tatsacheninstanz im Arbeitsgerichtsprozess .....	183
(cc) Revisionsinstanz als Rechtsinstanz .....	184
(dd) Zwischenergebnis .....	185
(b) Schlussfolgerungen für ein widersprüchliches Verhalten des Arbeitgebers .....	185
(2) Abgrenzung zu Verzicht .....	186
(3) Zurechenbares Vorverhalten .....	186
(4) Vertrauensbegründendes Vorverhalten .....	186
(a) Wiederholungskündigung vor dem ersten Urteil im Vorprozess .....	187
(b) Trotz Kündigung nach rechtskräftigem Urteil im Vorprozess bei Rechtsmittelverzicht des Arbeitgebers ...	187
(c) Wiederholungskündigung in der Berufungsinstanz .....	188
(d) Wiederholungskündigung in der Revisionsinstanz .....	189
(aa) Keine Tatsacheninstanz .....	189

(bb) Detaillierte Betrachtung des Verhaltens des Arbeitgebers .....	190
(cc) Zwischenergebnis .....	192
(e) Wiederholungskündigung bei Zurückverweisung .....	192
(f) Trotzündigung nach Ausschöpfung der Rechtsmittel ....	193
(aa) Ausgangssituation .....	193
(bb) Kein Verzicht auf Rechtsschutz durch den Arbeitgeber .....	193
(cc) Keine rechtliche Unsicherheit .....	193
(dd) Kein Vertrauenstatbestand aufgrund der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers .....	193
(ee) Zum Rechtsfrieden und zur Rechtssicherheit .....	194
(ff) Entscheidung des Arbeitgebers für rechtlich verbindliches Verfahren .....	194
(gg) Zu Jauernig und Hess .....	195
(hh) Entkräftung möglicher Gegenargumente .....	195
(ii) Zwischenergebnis .....	195
(g) Zwischenergebnis .....	195
(5) Interessenabwägung und Vertrauensdispositionen .....	196
(a) Kriterien und Ausgangspunkt weiterer Überlegungen ....	196
(b) Vertrauensdisposition mit Unterlassen einer Feststellungsklage .....	197
(c) Vertrauen in harmonischen Fortbestand des Arbeitsverhältnisses .....	198
(d) Ergebniskontrolle .....	199
(e) Zwischenergebnis .....	200
(6) Zum Gleichbehandlungsargument des BAG .....	200
(7) Einordnung der neuen Lösung in den Meinungsstand .....	201
c) Zwischenergebnis .....	202
4. Ergebnis .....	202
IV. Zusammenfassung .....	202
§ 8 Prozessrechtliche Untersuchung der Wiederholungskündigung .....	203
I. Einleitung .....	203
1. Relevanz des Kapitels .....	203
2. Offene Fragen .....	204
3. Methodik und Struktur dieses Kapitels .....	205
II. Streitgegenstand im Kündigungsschutzprozess .....	205
1. Streitgegenstand im Kündigungsschutzprozess nach dem zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff .....	206
a) Antrag .....	206
aa) Auslegung des § 4 Satz 1 KSchG .....	206

(1) Wortlaut .....	206
(2) Systematik .....	207
(3) Entstehungsgeschichte .....	207
(4) Telos .....	207
bb) Argumentation vom Ergebnis .....	208
cc) Zwischenergebnis .....	209
b) Lebenssachverhalt .....	209
c) Anmerkung zur Argumentation mit dem punktuellen Streitgegenstand .....	210
d) Zwischenergebnis .....	210
2. Streitgegenstand im Kündigungsschutzprozess nach anderen Streitgegenstands- begriffen .....	211
3. Ergebnis .....	212
III. Rechtskraft .....	212
1. Notwendigkeit einer erweiterten Rechtskraft .....	212
2. Auswahl des zu prüfenden konstruktiven Lösungswegs .....	213
3. Teleologische Reduktion des § 322 Abs. 1 ZPO .....	214
a) Voraussetzungen einer teleologischen Reduktion und Anmerkung zum weiteren Vorgehen .....	214
b) Weiter Wortlaut des § 322 Abs. 1 ZPO .....	215
c) Entstehungsgeschichte des § 322 Abs. 1 ZPO .....	216
aa) Rechtslage vor Inkrafttreten der Zivilprozessordnung .....	216
bb) Gesetzgebungsverfahren .....	217
cc) Schlussfolgerungen für die Reichweite der Rechtskraft .....	217
dd) Zwischenergebnis .....	218
d) Gesetzssystematik .....	218
aa) § 256 Abs. 2 ZPO .....	218
(1) Voraussetzungen des § 256 Abs. 2 ZPO .....	218
(2) Zwecke und nicht abschließender Charakter des § 256 Abs. 2 ZPO .....	219
(3) Abschließender Charakter bei der Kündigungsschutzklage im Hinblick auf die Wiederholungskündigung .....	221
(a) Kein ausreichender Schutz des Arbeitnehmers bei einer Trotzkündigung .....	222
(b) Kein ausreichender Schutz des Arbeitnehmers bei einer Wiederholungskündigung im engeren Sinne .....	222
(aa) Vorrang der Kündigungsschutzklage für zweite Kündigung .....	222
(bb) Kein „wirkungsvoller“ Rechtsschutz ohne Rechts- krafterweiterung .....	223
(4) Zwischenergebnis .....	224
bb) § 322 Abs. 2 ZPO .....	225
cc) Präklusion .....	226

e)	Zwischenergebnis und weiterer Gang der Untersuchung .....	226
f)	Vermeidung überraschender Bindung als Zweck des § 322 Abs. 1 ZPO	227
	aa) Herleitung .....	227
	bb) Situation bei der Kündigungsschutzklage .....	228
	(1) Punktueller Streitgegenstand .....	228
	(2) Gestaltungsgegenklage .....	229
	(a) Vergleichbare Situation .....	229
	(b) Entgegenstehende bewusste Differenzierung des Gesetzgebers? .....	230
	(c) Zwischenergebnis .....	231
	(3) Keine „Verstärkung geschehenen Unrechts“ .....	231
	cc) Zwischenergebnis .....	233
g)	Rechtsfrieden und Rechtssicherheit als Zwecke der Rechtskraft .....	233
	aa) Gefährdung von Rechtsfrieden und Rechtssicherheit durch Erklärung einer Wiederholungskündigung .....	234
	bb) Keine Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses in § 322 Abs. 1 ZPO .....	234
	cc) Zwischenergebnis .....	235
h)	Gesetzesimmanentes Prinzip der Gleichbehandlung im Prozess .....	235
	aa) Herleitung .....	236
	bb) Prozessuale Ungleichbehandlung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer .....	236
	(1) Keine erneute Kündigungsschutzklage des Arbeitnehmers .....	236
	(2) Keine Feststellungsklage des Arbeitnehmers .....	237
	(3) Wiederholungskündigung des Arbeitgebers .....	237
	(4) Ungleichbehandlung .....	238
	cc) Schlussfolgerungen für teleologische Reduktion .....	238
	dd) Zwischenergebnis .....	239
i)	Prozessökonomie .....	239
j)	Besserstellung des Arbeitnehmers .....	240
	aa) Situation des Arbeitnehmers ohne teleologische Reduktion des § 322 Abs. 1 ZPO .....	241
	bb) Situation des Arbeitnehmers mit teleologischer Reduktion des § 322 Abs. 1 ZPO .....	241
	cc) Vergleich .....	242
	dd) Zwischenergebnis .....	242
k)	Zwischenergebnis .....	242
4.	Präjudizialität als „Rechtsfolge“ und Wirkung der Rechtskraft .....	242
5.	Anmerkung zur Rechtsprechung des BAG und Einordnung in das Meinungsspektrum .....	244
	a) Zur teleologischen Reduktion und Reichweite der Rechtskraft .....	244
	b) Zur Präjudizialität und Wirkungsweise der Rechtskraft .....	245

c) Abgrenzung zur Präklusion bei identischen Streitgegenständen .....	245
d) Zwischenergebnis .....	246
6. Ergebnis .....	246
IV. Konsequenzen für Entscheidung über Wiederholungskündigung ohne Urteil im Vorprozess zur ersten Kündigung .....	247
1. Keine Lösung mit teleologischer Reduktion und Präjudizialität .....	247
2. Bindung an Entscheidung zur ersten Kündigung .....	247
a) Keine Bindung durch Zwischenurteil gemäß § 318 ZPO .....	248
b) Bindung gemäß Art. 3 Abs. 1 GG .....	248
3. Ergebnis .....	249
V. Zusammenfassung .....	249

*Teil 4*

<b>Gesamtergebnis</b> .....	251
-----------------------------	-----

<b>Literaturverzeichnis</b> .....	254
-----------------------------------	-----

<b>Sachwortverzeichnis</b> .....	268
----------------------------------	-----

## Einleitung und Überblick

### § 1 Einleitung

#### I. Relevanz und Abgrenzung

Das Arbeitsverhältnis eines Arbeitnehmers kann durch mehrere Kündigungen des Arbeitgebers beendet werden. Beruhen diese Kündigungen auf demselben zugrunde liegenden Lebenssachverhalt, also auf demselben „Kündigungsgrund“, spricht man von einer „Wiederholungskündigung“<sup>1</sup>, andernfalls von einer „Folgekündigung“<sup>2</sup>. Je nachdem, wie viel Zeit zwischen den einzelnen Kündigungen verstrichen ist, werden mehrere Kündigungen unter Umständen in einem Kündigungsschutzrechtsstreit relevant<sup>3</sup>. Die Geschäftsverteilungspläne der Arbeitsgerichte beinhalten sogar spezielle Zuständigkeitsregelungen für diese Fälle<sup>4</sup>, was ein Indiz für die praktische Relevanz des Problems ist.

Die Situationen, in denen mehrere Kündigungen in einem Kündigungsschutzprozess relevant werden können, lassen sich anhand verschiedener Kriterien in Fallgruppen einordnen. Dabei ist erstens danach zu differenzieren, ob die Folgekündigung aus demselben Grund wie die erste erklärt wird. „Kündigungsgrund“ meint dabei nicht die Kündigungsgründe im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG (personen-, verhaltens-, betriebsbedingte Kündigung), sondern den zugrunde liegenden Lebenssachverhalt, der zur Begründung der Kündigung vorgetragen wird, den Kündigungssachverhalt<sup>5</sup>. Zweitens ist danach zu unterscheiden, ob bereits ein rechtskräftiges Urteil vorliegt. Drittens hat im Fall eines rechtskräftigen Urteils

---

<sup>1</sup> Vgl. BAG 20.03.2014 – 2 AZR 840/12, NZA 2014, 1415, Tz. 12; BAG 20.12.2012 – 2 AZR 867/11, NZA 2013, 1003; Ls. 1; BAG 26.08.1993 – 2 AZR 159/93, NZA 1994, 70, Ls. 1, 2; MüKo BGB-*Henssler*, § 626 Rn. 363; APS-*Hesse*, § 4 KSchG Rn. 146; ErfK-*Müller-Glöge*, § 620 BGB Rn. 77 f.; Schaub-*Linck*, § 138 Rn. 38; APS-*Vossen*, § 626 BGB Rn. 163/164.

<sup>2</sup> Vgl. MüArbR-*Berkowsky*, § 127 Rn. 10; ErfK-*Kiel*, § 4 KSchG Rn. 31.

<sup>3</sup> Vgl. z.B. aus der jüngeren Rspr. BAG 17.11.2013 – 2 AZR 994/12, NZA 2014, 250; in einhalb Jahren 12 Kündigungen, zusätzlich zwei hilfsweise fristgemäß erklärte; HK-ArbR-*Schmitt*, § 4 KSchG Rn. 23.

<sup>4</sup> Vgl. z.B. Geschäftsverteilungsplan des Arbeitsgerichts Hamburg für 2017, Ziff. 3.4.; Geschäftsverteilungsplan des Arbeitsgerichts Frankfurt für 2017, Ziff. C.V.; Geschäftsverteilungsplan des Arbeitsgerichts Kiel für 2017, Ziff. B.

<sup>5</sup> Ebenfalls wohl in dieser Weise differenzierend: BeckOK ArbR-*Rolfs*, § 1 KSchG Rn. 90; APS-*Vossen*, § 1 KSchG Rn. 84.

eine Differenzierung dahingehend zu erfolgen, ob über die zeitlich frühere oder die zeitlich spätere Kündigung entschieden worden ist.

In der vorliegenden Arbeit wird die Konstellation genauer untersucht, in welcher der Arbeitgeber zwei Kündigungen aus demselben Grund ausspricht und nun ein Kündigungsschutzprozess über die zweite Kündigung, die Wiederholungskündigung geführt wird.

Auf den ersten Blick mag man denken, dass ein Arbeitgeber nur aus Schikane wiederholt kündigt, sodass die Wiederholungskündigung allein ein theoretisches Problem ist<sup>6</sup>. Allerdings kann es durchaus vorkommen, dass der Arbeitgeber eine Wiederholungskündigung deshalb ausspricht, weil er annimmt, dass sich die Beweislage hinsichtlich des ersten Kündigungsgrundes verbessert hat<sup>7</sup>, er die Hoffnung hat, sein Vortrag werde in einem Folgeprozess schlüssiger sein oder eine andere Kammer des Arbeitsgerichts werde die Kündigung anders bewerten<sup>8</sup>. Ebenso gibt es Fälle, in denen der Arbeitgeber nur die Wirksamkeit der Kündigung überhaupt herstellen will, etwa wenn nicht sicher feststeht, dass die erste Kündigung zugegangen ist<sup>9</sup>. Dies erhöht die Praxisrelevanz der Wiederholungskündigung erheblich.

Darüber hinaus beschäftigt sich das Bundesarbeitsgericht (BAG) häufig mit der Wiederholungskündigung, lediglich um im Ergebnis festzustellen, dass keine solche vorliegt<sup>10</sup>. Auch die Instanzgerichte müssen sich regelmäßig mit dem Thema der Wiederholungskündigung befassen, weil je nachdem, ob eine Wiederholungskündigung erklärt wurde oder nicht, eine andere Vorgehensweise geboten ist. Die Problematik der Wiederholungskündigung ist daher sehr praxisrelevant.

## II. Ausgangslage, Terminologie und Ziele

Die ganz herrschende Meinung geht von einer „Unzulässigkeit“<sup>11</sup> oder einem „Verbot“<sup>12</sup> der Wiederholungskündigung aus. Grund hierfür ist, dass über eine

<sup>6</sup> So *Ascheid*, in: FS Stahlhacke (1995), S. 1, 13; *Güntner*, AuR 1962, 257, 259.

<sup>7</sup> BAG 26.08.1993 – 2 AZR 159/93, NZA 1994, 70; *M. Schwab*, RdA 2013, 357, 362.

<sup>8</sup> BAG 26.08.1993 – 2 AZR 159/93, NZA 1994, 70, 72.

<sup>9</sup> *Mues/Eisenbeis/Laber*, Teil 1 Rn. 401.

<sup>10</sup> Siehe nur BAG 20.12.2012 – 2 AZR 867/11, NZA 2013, 1003, Tz. 29; BAG 06.09.2012 – 2 AZR 372/11, NZA-RR 2013, 441, Tz. 14; BAG 26.11.2009 – 2 AZR 272/08, NZA 2010, 628, Tz. 18; BAG 06.07.2006 – 2 AZR 520/05, NZA 2007, 266, Tz. 25; BAG 18.05.2006 – 2 AZR 207/05, NZA-RR 2007, 272, Tz. 11, 12; BAG 22.05.2003 – 2 AZR 255/02, NZA 2003, 1086.

<sup>11</sup> Vgl. z.B. BAG 20.03.2014 – 2 AZR 840/12, NZA 2014, 1415, Tz. 12; BAG 26.11.2009 – 2 AZR 272/08, NZA 2010, 628, Ls. 1; BAG 06.07.2006 – 2 AZR 520/05, NZA 2007, 266, Tz. 12; BAG 22.05.2003 – 2 AZR 255/02, NZA 2003, 1086, Ls. 2; *MüKo BGB-Henssler*, § 626 Rn. 363; *Schaub-Linck*, § 138 Rn. 38; *ErfK-Müller-Glöge*, § 620 BGB Rn. 78.

<sup>12</sup> Vgl. z.B. BAG 20.12.2012 – 2 AZR 867/11, NZA 2013, 1003, Ls. 2; BAG 26.11.2009 – 2 AZR 272/08, NZA 2010, 628, Tz. 19; BAG 12.02.2004 – 2 AZR 307/03, AP KSchG

Wiederholungskündigung häufig gestritten wird, nachdem der Kündigungsgrund der ersten Kündigung bereits rechtskräftig verneint wurde. Eine erfolgreiche Kündigung aus demselben Grund soll vermieden werden<sup>13</sup>, ist jedoch möglich, soweit der Richter in einem weiteren Prozess in seiner Entscheidung frei ist und einen Kündigungsgrund bejahen kann.

Der Begriff der „Unzulässigkeit“ der Wiederholungskündigung hat sich dabei etabliert; sowohl die Rechtsprechung als auch die Literatur verwenden ihn. In dieser Arbeit wird er deshalb ebenfalls zugrunde gelegt. Allerdings ist hervorzuheben, dass diese Unzulässigkeit untechnisch und weit zu verstehen ist. Die Unzulässigkeit ist dabei insbesondere nicht unbedingt ein materieller Unwirksamkeitsgrund, etwa neben Kündigungsverboten der § 15 Abs. 1 KSchG, § 9 Abs. 3 MuSchG, § 18 BEEG, § 22 Abs. 2 BBiG, §§ 85, 91 SGB IX, § 613a Abs. 4 oder § 612 BGB. Stattdessen geht es einzig darum, Lösungen für die Wiederholungskündigung zu entwickeln, die im Ergebnis zu einer erfolgreichen Kündigungsschutzklage des Arbeitnehmers führen.

Das Ergebnis, die Unzulässigkeit der Wiederholungskündigung, ist allgemein anerkannt; die Begründungen hierfür variieren aber erheblich. Im Grundsatz ist zwischen zwei Ansätzen zu unterscheiden. Die erste Möglichkeit ist eine materiellrechtliche Unzulässigkeit der Wiederholungskündigung. Wichtigste Begründung ist hierbei ein „Verbrauch“ des Kündigungsrechts als Gestaltungsrecht<sup>14</sup>. Die zweite Begründung für die Unzulässigkeit einer Wiederholungskündigung verfolgt einen prozessrechtlichen Ansatz. Ausgangspunkt hierbei ist, dass sich die Rechtskraft eines Urteils im Kündigungsschutzprozess, entsprechend dem aus § 322 Abs. 1 ZPO folgenden zivilprozessualen Grundsatz, nicht auf die Entscheidungsgründe zum vorgetragenen Kündigungsgrund erstreckt<sup>15</sup>, also der Würdigung, ob ein bestimmter Lebenssachverhalt eine Kündigung materiell begründen kann<sup>16</sup>. Anknüpfungspunkt der prozessualen Lösung ist, dass sich die Rechtskraft des einer Kündigungsschutzklage stattgebenden Urteils ausnahmsweise auch auf die Entscheidungsgründe zum Kündigungsgrund erstreckt, so dass das Gericht im Prozess um die Wiederholungskündigung hieran gebunden

---

1969 § 1 Nr. 75, Ls. 3; BAG 22.05.2003 – 2 AZR 485/02, NJOZ 2004, 1043, 1045; BAG 26.08.1993 – 2 AZR 159/93, NZA 1994, 70, 71; APS-Vossen, § 626 BGB Rn. 163/164.

<sup>13</sup> So ausdrücklich BAG 12.02.2004 – 2 AZR 307/03, AP KSchG 1969 § 1 Nr. 75, B.II.2.c)ee).

<sup>14</sup> Grundlegend hierzu *Böttcher*, Gestaltungsrechte und Unterwerfung (1964), S. 6.

<sup>15</sup> H.M., vgl. nur BGH 26.06.2003 – I ZR 269/99, NJW 2003, 3058, 3059; BGH 17.02.1983 – 184/81, NJW 1983, 2032, 2033; BAG 20.12.2012 – 2 AZR 867/11, NZA 2013, 1003, Tz. 23 f.; BeckOK ZPO-Gruber, § 322 Rn. 27; Musielak-Musielak, § 322 ZPO Rn. 16; Hk-ZPO-Saenger, § 322 Rn. 23; Schellhammer, Rn. 846; Zöller-Vollkommer, vor § 322 ZPO Rn. 30; Zeiss/Schreiber, Rn. 572; Zimmermann, § 322 ZPO Rn. 22; a.A.: insb. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, VI (1847), S. 350 ff.; Götz, JZ 1959, 681, 685; Grunsky, ZTZ 76 (1963), 165, 175 ff.

<sup>16</sup> Vgl. BAG 20.12.2012 – 2 AZR 867/11, NZA 2013, 1003, Tz. 27.