

**Nichteinhaltung der Kündigungsfrist und Klage nach § 4 Satz 1 KSchG -
Unanwendbarkeit des § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB, BAG, Urteil vom 01.09.2010, Az. 5 AZR
700/09**

Bei einer ordentlichen Arbeitgeberkündigung muss der Arbeitnehmer die Nichteinhaltung der objektiv richtigen Kündigungsfrist innerhalb der fristgebundenen Klage nach § 4 Satz 1 KSchG geltend machen, 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 eine Kündigung mit zutreffender Frist, gilt die mit zu kurzer Frist ausgesprochene Kündigung nach § 7 KSchG als rechtswirksam und beendet das Arbeitsverhältnis zum □falschen□ Termin, wenn die Kündigungsschutzklage nicht binnen drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung erhoben worden ist.

Der am 9. November 1972 geborene Kläger war seit dem 1. August 1995 als Mitarbeiter an einer Tankstelle beschäftigt. Im Frühjahr 2007 übernahm die Beklagte den Betrieb von einer Vorpächterin, für die der Kläger seit dem 1. Januar 1999 arbeitete. Mit Schreiben vom 22. April 2008 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 31. Juli 2008. Im November 2008 erhob der Kläger Klage auf Leistung der Annahmeverzugsvergütung für die Monate August und September 2008 mit der Begründung, die gesetzliche Kündigungsfrist betrage fünf Monate zum Monatsende, weil er insgesamt mehr als zwölf Jahre beschäftigt gewesen sei. § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB, der bestimmt, dass bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer Zeiten, die vor der Vollendung des 25. Lebensjahrs liegen, nicht berücksichtigt werden, sei nicht anzuwenden. Die Vorschrift verstoße gegen das unionsrechtliche Verbot der Diskriminierung wegen des Alters.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, das Landesarbeitsgericht hat ihr stattgegeben. Die Revision der Beklagten war erfolgreich. Die von der Beklagten gewählte Kündigungsfrist war zu kurz.

Die Beklagte berücksichtigte zum einen nur die Beschäftigungszeit des Klägers bei ihrer unmittelbaren Rechtsvorgängerin ab 1. Januar 1999. Der Kläger war aber bereits seit dem 1. August 1995 bei einer weiteren Rechtsvorgängerin der Beklagten beschäftigt. Schon die Berücksichtigung der nach Vollendung des 25. Lebensjahrs des Klägers liegenden Beschäftigungszeit führte zu einer Kündigungsfrist von vier Monaten zum Monatsende (hier: 31. August 2008). Zudem darf § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht angewendet werden, weil eine derartige Regelung mit dem Recht der Europäischen Union unvereinbar ist (EuGH vom 19. Januar 2010 - C-555/07 - Küçükdeveci). Die rechtlich gebotene Kündigungsfrist betrug deshalb fünf Monate zum Monatsende (hier: 30. September 2008).

Gleichwohl blieb die Klage ohne Erfolg. Der Senat konnte die ausdrücklich zum 31. Juli 2008 erklärte Kündigung der Beklagten weder nach ihrem Inhalt noch nach den sonstigen Umständen als eine Kündigung zum 30. September 2008 auslegen. Der Kläger hätte deshalb die unzutreffend angenommene Kündigungsfrist binnen drei Wochen nach Zugang der Kündigung gerichtlich geltend machen müssen (§ 4 Satz 1 KSchG). Da das nicht erfolgte, hat die Kündigung das Arbeitsverhältnis zum 31. Juli 2008 aufgelöst (§ 7 KSchG). Annahmeverzugsvergütung für die Monate August und September 2008 steht dem Kläger nicht zu.

Urteil vom 01.09.2010, Az.: 5 AZR 700/09

Vorinstanz: LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 19.08.2009, Az.: 2 Sa 132/09