| | |
|---|---|
| Bundesarbeitsgericht<br>Zweiter Senat | Urteil vom 30. Juli 2026<br>- 2 AZR 70/25 -<br>ECLI:DE:BAG:2026:300726.U.2AZR70.25.0 |
| I. Arbeitsgericht Erfurt | Urteil vom 28. März 2024<br>- 7 Ca 1561/22 - |
| II. Thüringer Landesarbeitsgericht | Urteil vom 22. Januar 2025<br>- 1 Sa 59/24 - |

---

Entscheidungsstichworte:

Kündigungsschutz als sog. Vorfeldinitiator - Verwirkung

Leitsatz:

Das Recht des Arbeitnehmers, sich auf den besonderen Kündigungsschutz als Vorfeldinitiator gemäß § 15 Abs. 3b KSchG zu berufen, verwirkt, wenn dem Arbeitgeber der Sonderkündigungsschutz nicht bekannt war und der Arbeitnehmer diesen nicht innerhalb einer Frist von in der Regel drei Wochen nach Zugang der Kündigung dem Arbeitgeber gegenüber geltend macht.

# BUNDESARBEITSGERICHT

2 AZR 70/25
1 Sa 59/24
Thüringer
Landesarbeitsgericht

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am
30. Juli 2026

# URTEIL

Freitag, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 30. Juli 2026 durch den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Schlünder als Vorsitzenden, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Heinkel, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Bubach sowie den ehrenamtlichen Richter Schurkus und die ehrenamtliche Richterin Peter für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Thüringer Landesarbeitsgerichts vom 22. Januar 2025 - 1 Sa 59/24 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

## Von Rechts wegen!

## Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung. 1

Die mit einem Grad der Behinderung von 30 einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellte Klägerin war ab 1. April 1993 bei der Beklagten bzw. - bis zu einem Betriebsübergang Anfang 2021 - deren Rechtsvorgänger als Referentin Bildung beschäftigt. Gemäß § 12 Abs. 3 Satz 2 des zuletzt maßgeblichen Arbeitsvertrags vom 20. Juni 2007 richtete sich die Kündigungsfrist nach § 34 des Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L). Mit Ausnahme solcher ausdrücklichen Bezugnahmen sollten gemäß § 16 dieses Arbeitsvertrags die Vorschriften des TV-L keine Anwendung finden. Gemäß § 17 Abs. 1 sollten frühere Arbeitsverträge ihre Gültigkeit verlieren. 2

Die Beklagte beschäftigte regelmäßig neben der Klägerin vier Arbeitnehmerinnen, die alle das 18. Lebensjahr vollendet hatten und länger als sechs Monate im Betrieb beschäftigt waren. 3

Im Jahr 2021 erhielt die Klägerin im Wesentlichen wegen des Vorwurfs eigenmächtigen, weisungswidrigen Vorgehens zwei Abmahnungen. Mit Schreiben vom 20. Mai 2022 beantragte die Beklagte die Zustimmung des Integrationsamts zu einer beabsichtigten ordentlichen Kündigung der Klägerin. Am 25. Mai 2022 fand ein Personalgespräch statt, in dem die Parteien Beschwerden über die Arbeitsweise sowie nach Auffassung der Beklagten bestehende Defizite der Klägerin erörterten. Die Beklagte bot den Abschluss eines Aufhebungsvertrags an. 4

Im Nachgang zu diesem Personalgespräch erkundigte sich die Klägerin, die beim Rechtsvorgänger der Beklagten Mitglied des dortigen Betriebsrats ge- 5

wesen war, bei ihrem späteren Prozessbevollmächtigten nach Möglichkeiten einer kollektivrechtlichen Klärung mit Blick auf die drohende Kündigung. Dieser wies auf die zeitliche Befristung des Übergangsmandats des beim Rechtsvorgänger der Beklagten bestehenden Betriebsrats für die Beschäftigten der Beklagten sowie das Fehlen eines Betriebsrats im Betrieb der Beklagten hin. Angesichts der Beschäftigtenzahl sei die Wahl eines Betriebsrats allerdings möglich. Der spätere Prozessbevollmächtigte erläuterte der Klägerin die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Betriebsratswahl und den Sonderkündigungsschutz bei entsprechenden Vorbereitungshandlungen. Die Klägerin gab am 31. August 2022 eine am 1. September 2022 notariell beglaubigte Absichtserklärung des Inhalts ab, dass sie die Gründung eines Betriebsrats bei der Beklagten beabsichtige. In einem an ihre Arbeitskollegin Frau R gerichteten Schreiben vom 1. September 2022 äußerte die Klägerin ua., sie wolle sowohl mit ihr als auch mit den übrigen Kolleginnen über die Bereitschaft zu einer möglichst kurzfristigen Wahl eines Betriebsrats sprechen.

Mit Bescheid vom 28. September 2022, gegen den die Klägerin nach erfolglosem Widerspruch ein noch nicht abgeschlossenes Klageverfahren vor dem Verwaltungsgericht führt, stimmte das Integrationsamt der beabsichtigten ordentlichen Kündigung zu. Nach Erhalt des Bescheids erklärte die Beklagte mit Schreiben vom 30. September 2022, der Klägerin am selben Tag zugegangen, die ordentliche Kündigung zum 31. März 2023. Hiergegen hat die Klägerin fristgerecht Kündigungsschutzklage erhoben. 6

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die Kündigung habe das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst. Zur Begründung hat sie in der Klageschrift ua. „vorsorglich geltend [gemacht], dass die streitgegenständliche Kündigung auch nach § 15 KSchG rechtsunwirksam“ sei. Die Klägerin hat sich außerdem darauf berufen, die Kündigung sei vor förmlicher Zustellung des Zustimmungsbescheids des Integrationsamts übergeben worden. Auch sei ihr Arbeitsverhältnis nach § 53 Abs. 3 BAT ordentlich unkündbar. Diese im ursprünglichen Arbeitsvertrag in Bezug genommene Tarifregelung sei weiterhin maßgeblich, da Abweichendes im Arbeitsvertrag vom 20. Juni 2007 nicht hinreichend bestimmt genug geregelt sei. Zumindest verstoße die Kündigung gegen Treu und Glauben gemäß § 242 BGB. 7

Die Klägerin hat ferner angeführt, die Kündigung sei unverhältnismäßig, da keine Maßnahmen zur Konfliktprävention gemäß § 167 Abs. 1 SGB IX ergriffen worden seien. Mit einem am 19. Januar 2024 beim Arbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz hat sich die Klägerin auf den Sonderkündigungsschutz als sog. Vorfeldinitiatorin gemäß § 15 Abs. 3b KSchG berufen und hierzu ua. die Absichtserklärung vom 31. August 2022 vorgelegt.

Die Klägerin hat zuletzt - soweit für die Revision von Interesse - sinngemäß beantragt 8

1. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten vom 30. September 2022 nicht aufgelöst worden ist;
2. hilfsweise, falls dem Kündigungsschutzantrag stattgegeben wird, die Beklagte zu verurteilen, sie bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsrechtsstreits als Referentin Bildung weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie hat insbesondere die Auffassung vertreten, dass sich die Klägerin nicht auf den besonderen Kündigungsschutz des § 15 Abs. 3b KSchG berufen könne. Angebliche Vorbereitungshandlungen seien allesamt im Versuchsstadium steckengeblieben. Ein ernsthafter Wille zur Gründung eines Betriebsrats sei nicht erkennbar. Zudem habe die Klägerin diesen Unwirksamkeitsgrund nicht innerhalb der dreiwöchigen Klagefrist des § 4 KSchG geltend gemacht, weshalb er verwirkt sei. 9

Das Arbeitsgericht hat dem Kündigungsschutzantrag sowie dem Weiterbeschäftigungsantrag stattgegeben und den erstinstanzlich noch erhobenen allgemeinen Feststellungsantrag als unzulässig abgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht das Urteil des Arbeitsgerichts teilweise abgeändert und die Klage insgesamt abgewiesen. Mit ihrer hiergegen gerichteten Revision begehrt die Klägerin die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. 10

## Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht auf die Berufung der Beklagten das Urteil des Arbeitsgerichts teilweise abgeändert und den Kündigungsschutzantrag abgewiesen. Der ausweislich der Erklärungen der Klägerin nur hilfsweise für den Fall des Erfolgs mit dem Kündigungsschutzantrag gestellte Weiterbeschäftigungsantrag fällt dem Senat nicht zur Entscheidung an. 11

I. Die Kündigung vom 30. September 2022 hat das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis fristgerecht zum 31. März 2023 aufgelöst. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht angenommen, dass sich die Klägerin nicht auf den besonderen Kündigungsschutz des § 15 Abs. 3b KSchG berufen kann, da sie diesen gemäß § 242 BGB verwirkt hat. Sonstige Gründe, aus denen sich die Rechtsunwirksamkeit der Kündigung ergibt, liegen nicht vor. 12

1. Das Landesarbeitsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 15 Abs. 3b Satz 1 KSchG erfüllt sind. Die Klägerin war Vorfeldinitiatorin im Sinne dieser Norm. 13

a) Gemäß § 15 Abs. 3b Satz 1 KSchG genießt derjenige, der Vorbereitungshandlungen zur Errichtung ua. eines Betriebsrats unternimmt und eine öffentlich beglaubigte Erklärung mit dem Inhalt abgegeben hat, dass er die Absicht hat, einen solchen zu errichten, besonderen Kündigungsschutz vor einer ordentlichen Kündigung, soweit sie aus Gründen erfolgt, die in der Person oder dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen. Dieser Kündigungsschutz gilt nach Satz 2 von der Abgabe der Erklärung bis zum Zeitpunkt der Einladung zu einer Betriebs- oder Wahlversammlung nach § 17 Abs. 3, § 17a Nr. 3 Satz 2 BetrVG, längstens jedoch für drei Monate. 14

b) Nach dem Wortlaut der Norm müssen von dem Betreffenden (nur) zwei Voraussetzungen kumulativ erfüllt werden: Er muss eine Vorbereitungshandlung unternehmen und eine öffentlich beglaubigte Erklärung des in § 15 Abs. 3b 15

Satz 1 KSchG bezeichneten Inhalts abgeben *(BT-Drs. 19/28899 S. 24 f.; ErfK/Kiel 26. Aufl. KSchG § 15 Rn. 13a)*.

aa) Dem Begriff der Vorbereitungshandlung liegt ausweislich der Gesetzesbegründung *(BT-Drs. 19/28899 S. 24)* ein weites Verständnis zugrunde. Hierunter fällt jedes für Dritte erkennbare Verhalten, das zur Vorbereitung einer Betriebsratswahl geeignet ist. Die Gesetzesbegründung nennt als Beispiele Gespräche mit anderen Arbeitnehmern, um die Unterstützung für die Gründung eines Betriebsrats zu ermitteln, das Für und Wider zu besprechen oder „Schritte zu planen, die für die Planung und Durchführung der Betriebsratswahl relevant sein können“, und die Kontaktaufnahme zu einer Gewerkschaft, um Informationen zu einer Betriebsratswahl zu erhalten. Aufgrund des weiten Begriffsverständnisses fällt bspw. auch eine anwaltliche Beratung entsprechenden Inhalts darunter *(vgl. Mai/Fuhlrott GWR 2023, 93, 94; Sura DB 2024, 3032, 3033)*. Da es sich nach der Gesetzesbegründung zumindest um ein für Dritte erkennbares, zur Vorbereitung einer Betriebsratswahl geeignetes Verhalten handeln muss, sind rein innerliche Vorstellungen des Arbeitnehmers vom Begriff der Vorbereitungshandlung nicht erfasst. Allein der subjektive Wille des Arbeitnehmers, einen Betriebsrat gründen zu wollen, ist demnach unzureichend *(vgl. Groh/Burger NJW 2024, 2877, 2878; Kramme/Mamerow NZA 2025, 743, 744; Sura, aaO)*. Hinzukommen muss ein Tätigwerden, mit dem zwangsläufig das Risiko der Kenntniserlangung durch den Arbeitgeber einhergeht. Einer sich hieraus ggf. ergebenden Gefährdung des Arbeitsverhältnisses will der Gesetzgeber, der ausweislich der Gesetzesbegründung *(vgl. BT-Drs. 19/28899 S. 24)* eine „höchst riskante Phase für die engagierten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer“ vermutet, mit dem besonderen Kündigungsschutz des § 15 Abs. 3b KSchG begegnen. 16

bb) Angesichts des Wortlauts *(„Vorbereitungshandlungen zur Errichtung … unternimmt“, dh. durchführt, in die Tat umsetzt, vgl. Duden Deutsches Universalwörterbuch 10. Aufl. Stichwort „unternehmen“, bzw. in die Wege leitet, vgl. Wahrig Deutsches Wörterbuch 9. Aufl. Stichwort „unternehmen“)* und des Zwecks der Norm, die die Initiatoren schon im Vorfeld einer etwaigen Wahl und auf dem Weg dahin schützen soll *(BT-Drs. 19/28899 S. 14, 24)*, ist es nicht erfor- 17

derlich, dass die Vorbereitungshandlung letztlich erfolgreich ist. Sie muss also nicht zur Gründung eines Betriebsrats oder auch nur zur Einladung zu einer Betriebsversammlung zur Bildung eines Wahlvorstands führen. Nach der Gesetzesbegründung reichen schließlich bereits Gespräche mit anderen Arbeitnehmern zur Planung von Schritten, die für die Planung einer Betriebsratswahl relevant sein können, aus *(BT-Drs. 19/28899 S. 24 aE)*. Vom Tatbestand nicht erfasst sind allerdings objektiv völlig untaugliche und damit ungeeignete Handlungen (zB Initiativen in einem nicht betriebsratsfähigen Betrieb oder wenn bereits ein Betriebsrat besteht).

cc) Die gemäß § 129 BGB öffentlich zu beglaubigende Absichtserklärung kann von dem Arbeitnehmer selbst verfasst werden. Sie soll insbesondere den Betrieb, in dem eine Betriebsratsgründung angestrebt wird, möglichst konkret bezeichnen und muss die Erklärung der Absicht hierzu enthalten. Die Beglaubigung erfolgt gemäß § 129 BGB durch einen Notar *(BT-Drs. 19/28899 S. 25)*. 18

dd) Für das grundsätzliche Eingreifen des Sonderkündigungsschutzes kommt es nach der in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck gebrachten Vorstellung des Gesetzgebers nicht darauf an, in welcher Reihenfolge die beiden kumulativ erforderlichen Voraussetzungen erfüllt werden *(BT-Drs. 19/28899 S. 25)*. In zeitlicher Hinsicht beginnt er jedoch frühestens mit der Beglaubigung der Unterschrift unter der Absichtserklärung, vgl. § 15 Abs. 3b Satz 2 KSchG. Er endet mit dem Zeitpunkt der Einladung zu einer Betriebs- oder Wahlversammlung *(§ 17 Abs. 3, § 17a Nr. 3 Satz 2 BetrVG)*, spätestens jedoch drei Monate nach dem Zeitpunkt der Beglaubigung. Dies soll allen Beteiligten Klarheit verschaffen *(BT-Drs. 19/28899 S. 25)*. Kommt es zu einer Einladung, schließt sich ggf. der besondere Kündigungsschutz gemäß § 15 Abs. 3a KSchG an *(KR/Kreft 14. Aufl. § 15 KSchG Rn. 30; Reinartz NZA-RR 2021, 457, 469)*. 19

ee) § 15 Abs. 3b KSchG setzt lediglich das objektive Vorliegen der beiden genannten Tatbestandsmerkmale voraus. Auf eine Kenntnis des Arbeitgebers hiervon kommt es nicht an *(KR/Kreft 14. Aufl. § 15 KSchG Rn. 31; Groh/Burger NJW 2024, 2877, 2878; Mai/Fuhlrott GWR 2023, 93, 95; Reinartz NZA-RR 2021, 457, 469; Sura DB 2024, 3032, 3033)*. 20

ff) Einer wegen des weiten Verständnisses der Tatbestandsvoraussetzungen denkbaren treuwidrigen Ausnutzung der durch § 15 Abs. 3b KSchG gewährten formalen Rechtsposition ist im Einzelfall mit einer Rechtsmissbrauchskontrolle gemäß § 242 BGB zu begegnen. Ein solches treuwidriges Verhalten könnte etwa angenommen werden, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Arbeitnehmer die Vorbereitungshandlung und die notarielle Absichtserklärung allein mit dem Ziel vornimmt, den Kündigungsschutz zu erlangen und hierbei ersichtlich kein ernsthaftes Interesse an der Bildung eines Betriebsrats bestand *(vgl. dazu Groh/Burger NJW 2024, 2877, 2879; Mai/Fuhlrott GWR 2023, 93, 96; Sura DB 2024, 3032, 3037; vgl. auch zur Mitgliedschaft einer Arbeitnehmerin im Wahlvorstand BAG 16. November 2017 - 2 AZR 14/17 - Rn. 24 ff., BAGE 161, 69; zur Ersatzmitgliedschaft im Betriebsrat BAG 27. September 2012 - 2 AZR 955/11 - Rn. 24; 8. September 2011 - 2 AZR 388/10 - Rn. 39)*. 21

c) Die in § 15 Abs. 3b KSchG vorgesehenen tatbestandlichen Voraussetzungen für den besonderen Kündigungsschutz als Vorfeldinitiatorin waren danach vorliegend erfüllt. Die Klägerin hat am 31. August 2022 eine am 1. September 2022 notariell beglaubigte Erklärung des Inhalts abgegeben, dass sie beabsichtige, einen Betriebsrat bei der Beklagten zu errichten. Es liegen auch Vorbereitungshandlungen zur Errichtung eines Betriebsrats vor. Die Klägerin äußerte zum einen in dem an ihre Arbeitskollegin Frau R übersandten Schreiben vom 1. September 2022, sie wolle sowohl mit ihr als auch mit den übrigen Kolleginnen über die Bereitschaft zu einer möglichst kurzfristigen Wahl eines Betriebsrats sprechen. Zum anderen erkundigte sich die Klägerin bei ihrem späteren Prozessbevollmächtigten nach den Voraussetzungen zur Wahl eines Betriebsrats. Dass es tatsächlich nicht zu weiteren Schritten oder gar zur Wahl eines Betriebsrats gekommen, sondern diese - mit den Worten der Beklagten - „im Versuchsstadium steckengeblieben“ ist, steht entgegen deren Annahme der Qualifizierung als Vorbereitungshandlungen nicht entgegen. Die ordentliche Kündigung, in deren Zusammenhang sich die Beklagte nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts auf im Verhalten der Klägerin liegende Gründe berufen hat, ist am 30. September 2022 und damit im Dreimonatszeitraum *(§ 15 Abs. 3b Satz 2 KSchG)* zugegangen. 22

2. Ob der Klägerin angesichts des zeitlichen Ablaufs von Zustimmungsersuchen der Beklagten beim Integrationsamt, Personalgespräch, anwaltlicher Beratung und Beglaubigung der Absichtserklärung unter Berücksichtigung deren Inhalts Rechtsmissbrauch vorzuwerfen ist, weil sie die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 15 Abs. 3b KSchG geschaffen hat, um die dadurch erlangte formale Rechtsposition nur auszunutzen, ohne tatsächlich an der Errichtung eines Betriebsrats interessiert zu sein, kann vorliegend dahinstehen. Die Klägerin hat das Recht, sich auf den besonderen Kündigungsschutz als Vorfeldinitiatorin zu berufen, gemäß § 242 BGB jedenfalls verwirkt. Sie hat diesen erst circa 15 Monate nach Kündigungszugang und damit verspätet geltend gemacht. Daher kommt es auf die erstinstanzlich thematisierte Frage der Anwendbarkeit des § 15 Abs. 3b KSchG im - hier vorliegenden - kündigungsschutzrechtlichen Kleinbetrieb nicht an. 23

a) Die Verwirkung ist ein Sonderfall der unzulässigen Rechtsausübung gemäß § 242 BGB. Mit der Verwirkung wird ausgeschlossen, Rechte illoyal verspätet geltend zu machen. Sie dient dem Vertrauensschutz und verfolgt nicht den Zweck, den Schuldner stets dann von seiner Verpflichtung zu befreien, wenn der Gläubiger sich längere Zeit nicht auf seine Rechte berufen hat (Zeitmoment). Der Berechtigte muss vielmehr unter Umständen untätig geblieben sein, die den Eindruck erweckt haben, dass er sein Recht nicht mehr wahrnehmen wolle, sodass der Verpflichtete sich darauf einstellen durfte, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden (Umstandsmoment). Hierbei muss das Erfordernis des Vertrauensschutzes auf Seiten des Verpflichteten das Interesse des Berechtigten derart überwiegen, dass ihm die Erfüllung des Anspruchs nicht mehr zuzumuten ist *(BAG 21. März 2024 - 2 AZR 79/23 - Rn. 34, BAGE 183, 140; 22. September 2016 - 2 AZR 700/15 - Rn. 20; 23. Februar 2010 - 2 AZR 659/08 - Rn. 16, BAGE 133, 249)*. 24

b) Der Senat geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass der Arbeitnehmer bei Unkenntnis des Arbeitgebers von dessen Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch oder gleichgestellter behinderter Mensch bzw. von einer entsprechenden Antragstellung das Recht, sich auf den besonderen Kündigungs- 25

schutz gemäß §§ 168 ff. SGB IX zu berufen, verwirkt, wenn er ihn nicht innerhalb einer angemessenen (Regel-)Frist, die drei Wochen beträgt, nach Zugang der Kündigung gegenüber dem Arbeitgeber geltend macht *(vgl. BAG 22. September 2016 - 2 AZR 700/15 - Rn. 20, 22; 9. Juni 2011 - 2 AZR 703/09 - Rn. 22 ff.; 23. Februar 2010 - 2 AZR 659/08 - Rn. 16, BAGE 133, 249 [zu §§ 85 ff. SGB IX aF]; grundlegend BAG 23. Februar 1978 - 2 AZR 462/76 - zu B III der Gründe, BAGE 30, 141 [zu §§ 12 ff. SchwbG 1974])*.

c) Dies ist mit Blick auf den Sonderkündigungsschutz gemäß § 15 Abs. 3b KSchG in gleicher Weise der Fall, wenn der Arbeitgeber vom Vorliegen der betreffenden Tatbestandsvoraussetzungen keine Kenntnis hatte und der Arbeitnehmer den Sonderkündigungsschutz nicht innerhalb einer Frist von in der Regel drei Wochen nach Zugang der Kündigung gegenüber dem Arbeitgeber geltend macht *(ebenso Quecke/Krahforst in HWK 12. Aufl. § 15 KSchG Rn. 27a aE; Mai/Fuhlrott GWR 2023, 93, 95; Sura DB 2024, 3032, 3036; kritisch Kramme/Mamerow AuR 2026, 60, 62 f.; ablehnend Däubler/Deinert/Deinert KSchR 12. Aufl. § 15 KSchG Rn. 25a)*. 26

aa) Das Kündigungsschutzrecht ist maßgeblich von dem Gedanken der Beschleunigung geprägt *(vgl. § 61a ArbGG)*. Die Arbeitsvertragsparteien sollen aus Gründen der Rechtssicherheit zügig Klarheit über den (Fort-)Bestand ihres Arbeitsverhältnisses erhalten. Dies findet seinen gesetzlichen Niederschlag bspw. darin, dass der Arbeitnehmer die Unwirksamkeit einer Kündigung innerhalb von drei Wochen gerichtlich geltend machen muss, andernfalls die Kündigung als wirksam gilt *(§§ 4, 7 KSchG)*. Für den Arbeitgeber besteht die Notwendigkeit, eine außerordentliche Kündigung innerhalb einer kurzen Frist von zwei Wochen ab Kenntnis von den Kündigungsgründen erklären zu müssen *(§ 626 Abs. 2 BGB)*. Auch die kurzen Stellungnahmefristen des Betriebs- oder Personalrats gemäß § 102 BetrVG, §§ 81, 85 Abs. 1, § 86 BPersVG bzw. den entsprechenden landesrechtlichen Regelungen oder die Kündigungserklärungsfristen gemäß § 171 Abs. 3, § 174 Abs. 5 SGB IX belegen das. Bei Unkenntnis des Arbeitgebers von einem bestehenden besonderen Kündigungsschutz erkennt der Ge- 27

setzgeber ein im Vergleich zu § 4 KSchG noch größeres Bedürfnis nach einer schnellen Klärung an *(vgl. § 17 Abs. 1 MuSchG)*.

bb) Für § 15 Abs. 3b KSchG als Teilbereich des Kündigungsschutzrechts gelten diese Überlegungen gleichermaßen, auch wenn der Gesetzgeber dort - anders als in § 17 Abs. 1 MuSchG - keine ausdrückliche zeitliche Begrenzung für die Geltendmachung des Sonderkündigungsschutzes aufgenommen hat. Der Gesetzgeber erkennt zwar das Interesse an, Vorbereitungshandlungen in der „höchst riskanten Phase“ vor Veröffentlichung des Einladungsschreibens zu einer Wahlversammlung dem Arbeitgeber gegenüber aus Sorge vor Sanktionen nicht offenzulegen *(BT-Drs. 19/28899 S. 24)*. Gleichzeitig geht er aber davon aus, dass der eindeutig bestimmbare Zeitraum des § 15 Abs. 3b Satz 2 KSchG, der an die öffentliche Beglaubigung der Absichtserklärung anknüpft, nicht nur für den Arbeitnehmer, sondern auch den Arbeitgeber Klarheit schafft *(BT-Drs. 19/28899 S. 25)*. Diese schnelle Klarheit über die Wirksamkeit bzw. Unwirksamkeit einer Kündigung besteht aber nur, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber gegenüber seine Eigenschaft als durch § 15 Abs. 3b KSchG geschützter Vorfeldinitiator oder die hierfür maßgeblichen Tatsachen jedenfalls dann, wenn die Kündigung erklärt worden ist, offenbart. Nur in diesem Fall ist der Arbeitgeber in der Lage, unter Berücksichtigung des ihm zuvor nicht bekannten besonderen Kündigungsschutzes gemäß § 15 Abs. 3b KSchG zu prüfen, welche Handlungsoptionen für ihn im Weiteren bestehen, insbesondere, ob und wann eine Kündigung (wieder) möglich ist. 28

cc) Die vorgenannten Gesichtspunkte sprechen nicht nur für ein relativ schnell eintretendes Zeitmoment der Verwirkung. Der in der Gesetzesbegründung angesprochene „eindeutig bestimmbare Zeitraum“, der Klarheit für beide Arbeitsvertragsparteien schaffen soll *(BT-Drs. 19/28899 S. 25)*, weist zudem auf das Umstandsmoment einer fehlenden Offenbarung der den Sonderkündigungsschutz begründenden Tatsachen hin. Die erstrebte Klarheit kann für den Arbeitgeber nur bei Kenntnis dieser Tatsachen bestehen. Offenbart der Arbeitnehmer diese dem Arbeitgeber trotz bereits erfolgter Kündigung des Arbeitsverhältnisses und dagegen erhobener Klage nicht oder beruft er sich nicht wenigstens auf den 29

besonderen Kündigungsschutz als Vorfeldinitiator, begründet das für den Arbeitgeber ein Vertrauen darauf, dass der Wirksamkeit der Kündigung jedenfalls nicht der zeitlich eng gefasste Einwand des § 15 Abs. 3b KSchG entgegensteht.

dd) Soweit die Revision meint, das Erfordernis der Geltendmachung des besonderen Kündigungsschutzes als Vorfeldinitiator zur Vermeidung der Verwirkung stelle eine unzulässige Rechtsfortbildung dar, weil der Gesetzgeber bewusst auf eine Offenbarungsobliegenheit verzichtet habe, kann dem nicht zugestimmt werden. 30

(1) Die Verwirkung als Sonderfall der unzulässigen Rechtsausübung findet ihren gesetzlichen Anknüpfungspunkt in § 242 BGB, der einen allen Rechten und Rechtsausübungen immanenten Grundgedanken darstellt. Dem unterliegt auch der Arbeitnehmer, wenn er sich auf den besonderen Kündigungsschutz gemäß § 15 Abs. 3b KSchG berufen will. 31

(2) Zudem hat der Gesetzgeber deutlich gemacht, er sehe das Bedürfnis für den besonderen Kündigungsschutz von Vorfeldinitiatoren darin, dass Dritte - insbesondere der Arbeitgeber - von Vorbereitungshandlungen Kenntnis erlangen, die mangels „Betriebsöffentlichkeit“ noch keinen Kündigungsschutz nach § 15 Abs. 3a KSchG auslösen *(BT-Drs. 19/28899 S. 24)*. Dabei soll aber durch die Regelung in § 15 Abs. 3b Satz 2 KSchG auch für den Arbeitgeber Klarheit über den Zeitraum des Kündigungsschutzes geschaffen werden *(BT-Drs. 19/28899 S. 25)*. Wenn man dies zugrunde legt und außerdem beachtet, dass der Gesetzgeber nur einen zeitlich befristeten Kündigungsschutz vor Augen hat, liegt die Annahme einer bewussten Regelungslücke eher fern. Es kann gerade nicht davon ausgegangen werden, der Gesetzgeber habe es hinnehmen wollen, dass sich ein Arbeitnehmer später mit Erfolg auf einen weit zurückliegenden, zeitlich kurz befristeten Kündigungsschutz berufen kann, sofern der Arbeitgeber hiervon tatsächlich keine Kenntnis hatte. Dies zeigt, dass der Gesetzgeber - auch im Bewusstsein der gefestigten Rechtsprechung zur Verwirkung bei §§ 168 ff. SGB IX - eine Regelung nicht für notwendig erachtet hat. 32

ee) Der Einwand der Revision, bei den anderen Kündigungsschutztatbeständen des § 15 KSchG werde keine Offenbarungsobliegenheit angenommen, weshalb sich dies auch für § 15 Abs. 3b KSchG verbiete, greift nicht durch. Anders als bei letzterem ist der besondere Kündigungsschutz gemäß § 15 Abs. 1 bis 3a KSchG stets mit einer „betriebsöffentlichen“ Handlung verbunden, die die Annahme rechtfertigt, dass der Arbeitgeber im Regelfall Kenntnis von den Voraussetzungen des jeweiligen Kündigungsschutztatbestands hat *(Eigenschaft als [ehemaliges] Mitglied einer Arbeitnehmervertretung; Bestellung als Wahlvorstand; Aufstellung des Wahlvorschlags bei Wahlbewerbern gemäß §§ 6 ff. WO; Einladung zu einer Versammlung, auf der ein Wahlvorstand gewählt werden soll, bzw. Antragstellung bei Gericht, wobei der Arbeitgeber in diesem Verfahren zu beteiligen ist, vgl. § 83 Abs. 3 ArbGG; vgl. auch ErfK/Kiel 26. Aufl. KSchG § 15 Rn. 12 ff.; Linck/Preis/Linck 8. Aufl. KSchG § 15 Rn. 52 sowie BT-Drs. 19/28899 S. 24)*. 33

ff) Der Annahme einer Offenbarungsobliegenheit für den Arbeitnehmer steht die Regelung des § 6 KSchG nicht entgegen. Diese betrifft die prozessuale Frage, bis zu welchem Zeitpunkt eines Kündigungsschutzverfahrens der Arbeitnehmer Unwirksamkeitsgründe - insbesondere auch solche, bei denen das Vorliegen der Tatbestandsmerkmale dem Arbeitgeber bekannt ist - in den Prozess einführen kann. Demgegenüber gibt das Rechtsinstitut der Verwirkung eine Antwort auf die materiellrechtliche Frage, ob ein Recht unter den Gesichtspunkten von Treu und Glauben (noch) geltend gemacht werden kann. 34

gg) In Anwendung der bestehenden Grundsätze zur Verwirkung des besonderen Kündigungsschutzes schwerbehinderter Menschen ist als Maßstab für die Rechtzeitigkeit der Geltendmachung von einer (Regel-)Frist von drei Wochen auszugehen, deren Überschreitung regelmäßig, aber nicht zwingend zur Verwirkung führt *(vgl. zum SGB IX BAG 22. September 2016 - 2 AZR 700/15 - Rn. 22; 23. Februar 2010 - 2 AZR 659/08 - Rn. 16 aE, BAGE 133, 249)*. Dabei ist die Zeitspanne, innerhalb derer der Zugang der Mitteilung zu bewirken ist, hinzuzurechnen *(vgl. wiederum zum SGB IX BAG 22. September 2016 - 2 AZR 700/15 - Rn. 22)*. Die Anknüpfung an die Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG sowie die Frist 35

zur Vorbehaltsannahme gemäß § 2 Satz 2 KSchG ist auch in Bezug auf § 15 Abs. 3b KSchG sachgerecht. Sie vermeidet Wertungswidersprüche und dient der Rechtssicherheit.

hh) Innerhalb dieser Frist muss sich der Arbeitnehmer auf den besonderen Kündigungsschutz des § 15 Abs. 3b KSchG berufen oder die diesen begründenden Umstände mitteilen, dh. den Arbeitgeber über die unternommene Vorbereitungshandlung sowie die öffentlich beglaubigte Absichtserklärung in Kenntnis setzen. Das Wissen um die Absichtserklärung ist deswegen von besonderer Bedeutung, weil davon der Zeitraum des Kündigungsschutzes abhängt. Bemerkt der Arbeitgeber lediglich Vorbereitungshandlungen, kann er allein daraus nicht schlussfolgern, ob und für welchen Zeitraum der besondere Kündigungsschutz eingreift. Des Berufens auf § 15 Abs. 3b KSchG oder der Offenbarung der den besonderen Kündigungsschutz begründenden Umstände bedarf es mangels Schutzbedürfnisses des Arbeitgebers jedoch nicht, wenn diesem die genannten Umstände bereits bekannt sind, da er dann die entsprechenden Schlüsse selbst ziehen kann. 36

d) Der Beklagten waren zum Zeitpunkt der Kündigung weder sämtliche den Kündigungsschutz nach § 15 Abs. 3b KSchG begründenden Umstände bekannt noch hat sich die Klägerin binnen angemessener Frist auf den besonderen Kündigungsschutz als Vorfeldinitiatorin berufen. Dieser ist verwirkt. 37

aa) Zum Zeitpunkt der Kündigung war der Beklagten nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts jedenfalls die am 1. September 2022 notariell beglaubigte Absichtserklärung vom 31. August 2022 nicht bekannt. Von dieser hat die Beklagte erstmals rund 15 Monate nach Zugang der Kündigung erfahren, als sie die Klägerin mit dem Schriftsatz vom 19. Januar 2024 vorgelegt hat. Aus diesem Grund kann dahinstehen, ob - wie die Klägerin eingewandt hat - die Beklagte bei Kündigungszugang den Inhalt des Schreibens der Klägerin vom 1. September 2022 an ihre Arbeitskollegin Frau R kannte. 38

bb) Entgegen der Auffassung der Revision hat sich die Klägerin erstmals in dem Schriftsatz vom 19. Januar 2024 und damit deutlich später als drei Wochen 39

nach Kündigungszugang auf den Kündigungsschutz des § 15 Abs. 3b KSchG berufen.

(1) Die pauschale Rüge in der am 4. Oktober 2022 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klageschrift, es werde „vorsorglich“ geltend gemacht, dass die Kündigung „nach § 15 KSchG rechtsunwirksam und unzulässig ist“, genügt den inhaltlichen Anforderungen an eine die Verwirkung ausschließende Geltendmachung nicht. Aus ihr ist nicht ersichtlich, ob der Unwirksamkeitsgrund des § 15 Abs. 3b KSchG oder ein anderer der mehreren, an unterschiedliche tatbestandliche Voraussetzungen geknüpften Unwirksamkeitsgründe des § 15 KSchG konkret gemeint sein soll. 40

(2) Es kommt entgegen der Annahme der Revision durchaus in Betracht, dass aus Sicht der Beklagten mit dem Berufen auf § 15 KSchG möglicherweise ein bestehender oder nachwirkender Kündigungsschutz der Klägerin als ehemaliges Betriebsratsmitglied beim Rechtsvorgänger der Beklagten gemeint gewesen sein könnte. Zum einen ist es nicht ausgeschlossen, dass sich ein Arbeitnehmer auf einen materiell nicht bestehenden Kündigungsschutz beruft. Zum anderen hat die Klägerin die Rüge des § 15 KSchG „vorsorglich“ erhoben. Wenn damit, so die Revision, nur der in Wirklichkeit bestehende Kündigungsschutz gemäß § 15 Abs. 3b KSchG gemeint gewesen sein kann, erscheint ein lediglich vorsorgliches Berufen auf diesen Unwirksamkeitsgrund eher fernliegend. 41

3. Es liegen keine sonstigen Gründe vor, die zur Unwirksamkeit der streitgegenständlichen Kündigung führen. 42

a) Die Kündigung ist nicht nach § 134 BGB iVm. § 168 SGB IX unwirksam. 43

aa) Ungeachtet der hiergegen eingelegten Rechtsbehelfe lag zum Zeitpunkt der Kündigung der Zustimmungsbescheid des Integrationsamts vom 28. September 2022 vor. Dieser entfaltet wegen § 171 Abs. 4 SGB IX - vorbehaltlich einer hier nicht gegebenen Nichtigkeit - so lange Wirksamkeit, wie er nicht bestands- oder rechtskräftig aufgehoben ist. Wird die Zustimmungsentscheidung erst nach rechtskräftiger Abweisung der Kündigungsschutzklage bestands- oder 44

rechtskräftig aufgehoben, steht dem Arbeitnehmer ggf. die Restitutionsklage nach § 580 ZPO offen *(BAG 24. August 2023 - 2 AZR 18/23 - Rn. 15; 22. Juli 2021 - 2 AZR 193/21 - Rn. 16)*. Das stellt die Revision nicht in Frage.

bb) Die von der Klägerin im Zusammenhang mit der Frage einer vor Kündigungszugang erfolgten förmlichen Zustellung des Zustimmungsbescheids des Integrationsamts an die Beklagte erhobene Verfahrensrüge hat der Senat geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet *(vgl. § 564 Satz 1 ZPO)*. 45

b) Das Arbeitsverhältnis der Klägerin ist ordentlich kündbar. 46

aa) Ein entsprechender Ausschluss folgt entgegen der Annahme der Revision nicht aus § 53 Abs. 3 BAT. Diese Tarifnorm gilt aufgrund der vom Landesarbeitsgericht festgestellten fehlenden Tarifgebundenheit der Klägerin nicht unmittelbar. Ob überhaupt und auf welcher Grundlage sie in einem zwischen den Parteien abgeschlossenen Arbeitsvertrag in Bezug genommen war, kann dahinstehen. Eine entsprechende arbeitsvertragliche Regelung hat jedenfalls gemäß § 17 Abs. 1 des zwischen den Parteien zuletzt vereinbarten und damit maßgeblichen Arbeitsvertrags vom 20. Juni 2007 mit dessen Abschluss ihre Gültigkeit verloren. Diese Regelung ist klar und verständlich, sodass sich entgegen der Annahme der Revision keine Anhaltspunkte für deren Unwirksamkeit gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 iVm. Satz 1 BGB ergeben. 47

bb) Auf eine ordentliche Unkündbarkeit gemäß § 34 Abs. 2 TV-L hat sich die Klägerin nicht berufen. Im Übrigen gölte diese Tarifnorm nur für Beschäftigte, die unter die Regelungen des Tarifgebiets West fallen. Darüber hinaus betrifft die Bezugnahme in § 12 Abs. 3 des Arbeitsvertrags vom 20. Juni 2007 ausweislich des klaren Wortlauts sowie der eindeutigen Regelung in § 16 dieses Arbeitsvertrags nur die Kündigungsfristen. Damit korrespondiert § 12 Abs. 2 des Arbeitsvertrags, wonach das Recht zur ordentlichen Kündigung unberührt bleibt. 48

c) Die Kündigung bedarf keiner sozialen Rechtfertigung gemäß § 1 Abs. 1 KSchG. Bei der Beklagten handelt es sich um einen Kleinbetrieb iSv. § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG, da einschließlich der Klägerin nicht mehr als fünf Arbeitnehmerin- 49

nen beschäftigt sind. Ein Gemeinschaftsbetrieb mit dem Rechtsvorgänger der Beklagten besteht nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht. Das stellt die Revision nicht in Abrede.

d) Soweit die Klägerin geltend macht, bereits das Unterlassen eines Präventionsverfahrens gemäß § 167 Abs. 1 SGB IX führe für sich allein zur Unwirksamkeit der Kündigung, jedenfalls aber sei diese unverhältnismäßig, kann dem nicht gefolgt werden. 50

aa) Das Unterlassen eines Präventionsverfahrens stellt für sich genommen keinen Unwirksamkeitsgrund für eine Kündigung dar *(vgl. BAG 8. November 2007 - 2 AZR 425/06 - Rn. 17; 7. Dezember 2006 - 2 AZR 182/06 - Rn. 25, BAGE 120, 293)*. Soweit der Senat in diesen beiden Entscheidungen dem unterlassenen Präventionsverfahren im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung der Kündigung Bedeutung beigemessen hat, greift diese Überlegung vorliegend nicht. Eine Kündigung im Kleinbetrieb unterliegt mangels Anwendbarkeit des § 1 KSchG keiner Verhältnismäßigkeitsprüfung. 51

bb) In diesem Zusammenhang ist auch keine Unwirksamkeit der Kündigung wegen Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot aus § 164 Abs. 2 SGB IX iVm. § 7 Abs. 1, §§ 1, 3 AGG iVm. § 134 BGB anzunehmen. Eines Präventionsverfahrens gemäß § 167 Abs. 1 SGB IX bedarf es vor Ausspruch einer Kündigung im Kleinbetrieb *(§ 23 KSchG)* nicht *(BAG 3. April 2025 - 2 AZR 178/24 - Rn. 15 ff.)*. Ob vorliegend eine entsprechende Vermutung einer Benachteiligung widerlegt wäre, kann daher dahinstehen. 52

e) Das Landesarbeitsgericht hat schließlich zutreffend erkannt, dass die Kündigung nicht wegen Verstoßes gegen § 242 BGB unwirksam ist. Das wäre anzunehmen, wenn sie auf willkürlichen, sachfremden oder diskriminierenden Motiven beruhte *(BAG 3. April 2025 - 2 AZR 178/24 - Rn. 28)*. Solche sind nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht ersichtlich. Soweit die Revision im Rahmen einer Verfahrensrüge vorbringt, das Landesarbeitsgericht habe in gehörsverletzender Weise nicht berücksichtigt, dass die gegen die Klägerin erhobenen Vorwürfe unzutreffend seien, fehlt es an der Entscheidungserheblich- 53

keit. Selbst wenn die Vorwürfe tatsächlich nicht zutreffen sollten, folgt daraus nicht die Treuwidrigkeit der Kündigung.

II. Das Urteil des Landesarbeitsgerichts ist allerdings insoweit rechtsfehlerhaft und wegen eines von Amts wegen zu beachtenden Verstoßes gegen § 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO zu korrigieren, als es über einen Weiterbeschäftigungsanspruch der Klägerin entschieden hat, obgleich dieser aufgrund der Abweisung des Kündigungsschutzantrags nicht zur Entscheidung des Landesarbeitsgerichts angefallen war *(vgl. BAG 22. Juli 2021 - 2 AZR 6/21 - Rn. 41 ff.; 25. März 2021 - 6 AZR 41/20 - Rn. 15; 18. September 2019 - 5 AZR 240/18 - Rn. 11, BAGE 168, 25)*. 54

1. Nach den Erklärungen der Klägerin hat sie diesen Antrag nur hilfsweise für den Fall des Erfolgs mit dem Kündigungsschutzantrag gestellt. In diesem Sinn wird ein solcher Antrag auch regelmäßig vom Senat ausgelegt *(sog. unechter Hilfsantrag, vgl. zB BAG 22. Juli 2021 - 2 AZR 6/21 - Rn. 45)*. 55

2. Das Berufungsurteil ist - ohne dass es eines förmlichen Entscheidungsausspruchs bedurfte - zu berichtigen. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts ist insoweit gegenstandslos, als die Klage wegen des Weiterbeschäftigungsanspruchs abgewiesen wurde. Der Tenor der Entscheidung erweist sich dabei im Ergebnis als zutreffend und bedarf keiner Berichtigung *(vgl. BAG 22. Juli 2021 - 2 AZR 6/21 - Rn. 47 mwN)*. 56

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. 57

Schlünder Bubach Heinkel

Schurkus Cl. Peter

ECLI:DE:BAG:2026:300726.U.2AZR70.25.0