

16. Dez. 1960

261

Für das Nachschlagewerk! ja
Für die Fachpresse! ja
Für die amtliche Sammlung! nein

Gesetz: GewO § 133 c ; BetrVG § 66 Abs. 1

Leitsatz:

Die in § 133c GewO genannten Fälle stellen keine
absoluten Kündigungsgründe dar.

Aktenzeichen: 1 AZR 429/58

Urteil des BAG vom 16. Dezember 1960

LAG Frankfurt/Main



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1 AZR 429/58

II LA 110/58 Frankfurt/Main

Im Namen des Volkes!

Verkündet
am 16. Dezember 1960

gez. Henkelmann,
Angestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 2. November 1960 durch den Präsidenten Professor Dr. Nipperdey und die Bundesrichter Dr. Schröder und Wichmann sowie die Bundesarbeitsrichter Dr. Kaulen und Neumann für Recht erkannt:

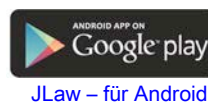
Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Frankfurt am Main vom 20. August 1958 - II LA 110/58 - wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

V o n R e c h t s w e g e n !

- 2 -



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger, 1903 geboren, ist verheiratet und hat ein minderjähriges Kind. Er ist Flüchtling. Seit 1949 war er bei der Beklagten als Betriebsingenieur beschäftigt. Er erhielt ein Monatsgehalt von 998.-- DM zuzüglich frei Wohnung, Licht und Heizung. Er war nicht berechtigt, Personal selbständig einzustellen oder zu entlassen. Auch gehörte er nicht zu den leitenden Angestellten. Die Beklagte beschäftigt etwa 310 Arbeiter und 40 Angestellte. In ihrem Betrieb ist ein Betriebsrat gebildet, in dem auch die Angestellten vertreten sind.

Im September 1956 erkrankte der Kläger. Bis Februar 1957 lag er im Krankenhaus, war aber auch nach der Entlassung weiter arbeitsunfähig. Bis Ende Februar 1957 bezahlte ihm die Beklagte sein Gehalt. Im April und Mai 1957 wurde er wieder stationär im Krankenhaus behandelt. Nach seiner Entlassung schrieb er der Beklagten am 24. Mai 1957, er sei noch nicht wieder voll arbeitsfähig und es sei noch nicht abzusehen, wann er wieder ganz gesund sein werde. Der Schlußsatz dieses Briefes lautete: "Auf meine Gehaltsansprüche werde ich zurückkommen, wenn die Angelegenheit durch einen Rechtsanwalt geprüft und geklärt sein wird." Im Juni 1957 beantragte der Kläger auf ärztlichen Rat, ihm die gesetzliche Angestelltenrente zu gewähren. Am 1. Juli 1957 schrieb er an die Beklagte, daß er die Rente beantragt habe. Er hoffe, daß der Zeitpunkt, in dem er voll gesund sein werde, nicht mehr fern liege. Der Arzt rate ihm zu einem Ortswechsel, und deshalb gehe er vorübergehend fort. Nach Genesung wolle er jedoch an den Ort des Arbeitsplatzes zurückkehren. Ob die Rente bewilligt werde, erscheine zweifelhaft.

Am 1. Juli 1957, vor Erhalt des vorgenannten Schreibens, sprach die Beklagte mit dem Angestelltenvertreter des Betriebsrats über eine fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers. Der Angestelltenvertreter erwiderte, es bestünden dagegen keine Einwendungen. Dar



auf kündigte die Beklagte dem Kläger das Arbeitsverhältnis fristlos und vorsorglich auch fristgemäß zum 30. September 1957.

Am 4. Juli 1957 meldete der Kläger sich und seine Familie "für dauernd" polizeilich ab. Am 11. Juli wurde der Betriebsrat von der Kündigung unterrichtet und erhob dagegen keine Einwendungen. Der Rentenanspruch des Klägers hatte Erfolg. Er erhielt noch zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz die Angestelltenrente.

Am 20. Juli 1957 hat der Kläger Kündigungsschutzklage eingereicht. Diese ist vom Arbeitsgericht abgewiesen, der Streitwert ist auf 2.800.-- DM festgesetzt worden. Das Landesarbeitsgericht hat dagegen nach Klageantrag erkannt und die Revision zugelassen. Mit dieser verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter, während der Kläger um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

Die Beklagte hat dem Kläger sowohl fristlos wie fristgemäß gekündigt.

1. Das Landesarbeitsgericht hält die außerordentliche fristlose Kündigung für unwirksam, weil es an einem sie rechtfertigenden wichtigen Grund fehle. Die langanhaltende Krankheit des Klägers sei als ein solcher Grund nicht anzusehen. Die Revision bekämpft diese Ansicht unter Hinweis auf § 133c GewO. Ihr ist zuzugeben, daß die Ansicht des Landesarbeitsgerichts der Bedeutung des § 133c GewO nicht voll gerecht wird. Nach dieser Vorschrift kann vielmehr im Falle lang anhaltender Krankheit diese Krankheit grundsätzlich zum Anlass einer fristlosen Kündigung aus wichtigem Grunde genommen werden.

Gleichwohl ist dem Landesarbeitsgericht im Ergebnis beizutreten. Es entspricht einhelliger Ansicht in Literatur und Rechtsprechung, daß die in § 133c GewO aufge-

- 4 -

fürten Fälle keine absoluten Kündigungsgründe darstellen (Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, 6. Aufl., 1. Bd. S. 553; Boldt-Steffens, GewO S. 391; BAG in AP Nr. 1 zu § 123 GewO; BAG in AP Nr. 1 zu § 133b GewO). Die Regelung nach § 133c GewO ist trotz des unterschiedlichen Wortlauts keine andere als die nach § 72 HGB. Das bedeutet, daß trotz Vorliegens der in § 133c erwähnten Kündigungsgründe besondere Umstände zu der Beurteilung führen können, daß gleichwohl eine außerordentliche fristlose Kündigung nicht gerechtfertigt ist. Wollte man anderer Auffassung sein, so käme man zu einer unterschiedlichen Behandlung der Gewerbegehilfen einerseits, der kaufmännischen Gehilfen andererseits. Diese wäre aber durch nichts gerechtfertigt.

Für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits ist also erheblich, ob hier besondere Umstände vorliegen, die der Annahme entgegenstehen, die lang anhaltende Erkrankung des Klägers habe trotz der Vorschrift des § 133c GewO einen Grund zur außerordentlichen fristlosen Kündigung gegeben. Diese Frage ist mit dem Landesarbeitsgericht und entgegen der Ansicht der Revision zu bejahen.

Mit Recht weist das Landesarbeitsgericht darauf hin, daß der Kläger eine Reihe von Jahren bei der Beklagten tätig gewesen ist, und zwar in einer nicht unbedeutenden Stellung. Mit Recht wertet es zugunsten des Klägers weiter dessen Lebensalter, das erfahrungsgemäß der Aufnahme einer neuen Tätigkeit hindernd im Wege steht. Zutreffend ist insbesondere die Erwägung des Landesarbeitsgerichts, daß der Beklagten keinerlei Nachteil dadurch entstanden wäre, daß sie anstelle der außerordentlichen fristlosen die ordentliche Kündigung wählte; das Gehalt bezahlte sie dem Kläger schon seit Februar 1957 nicht mehr. Eine Gehaltszahlung kam also für die Dauer der Kündigungsfrist gleichfalls nicht in Frage. Die Beklagte ging selbst davon aus, daß der Kläger in absehbarer Zeit seine Arbeit nicht wieder würde aufnehmen können. Etwaige Schlechtleistungen des Klägers in der Verrichtung seiner

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

Arbeit konnten deshalb ebenfalls keinen Grund für die Nichteinhaltung der Kündigungsfrist bilden; denn während dieser Frist konnte der Kläger wegen seiner Krankheit, jedenfalls nach den Vorstellungen der Beklagten, seiner Arbeit sowieso nicht nachgehen.

Wenn demgegenüber von der Revision vorgetragen wird, die fristlose Kündigung sei schon deshalb notwendig gewesen, weil die Stelle des Klägers schnell wieder habe besetzt werden müssen, so kann diese Behauptung nicht mehr beachtet werden, weil sie erstmalig in der Revisionsinstanz aufgestellt worden ist. In den Tatsacheninstanzen (S. 10 des Schriftsatzes vom 11. Februar 1958) hatte die Beklagte im Gegensatz dazu vorgetragen, erst im Februar 1958 (also mehr als ein halbes Jahr nach der Kündigung) habe sich die Notwendigkeit einer Wiederbesetzung des Arbeitsplatzes des Klägers ergeben. An diesem Vortrag muß sich die Beklagte festhalten lassen, und es liegt insbesondere kein Verstoß des Landesarbeitsgerichts gegen § 139 ZPO vor, wenn der Vorderrichter die Beklagte in dieser Hinsicht nicht zu weiterem Vortrag aufgefordert hat. Vielmehr hatte sich hierzu die Beklagte offensichtlich erschöpfend geäußert. Selbst die Notwendigkeit der Wiederbesetzung der Stelle des Klägers hatte zudem mit der Frage der außerordentlichen fristlosen Kündigung nichts zu tun, da ja der Kläger nach den Vorstellungen der Beklagten während der Kündigungsfrist keinesfalls sein Gehalt hätte fordern können. Die Beklagte wäre also auch durch eine Doppelbesetzung der Stelle des Klägers nicht betroffen gewesen.

Die Beklagte hat in den Vorinstanzen (vgl. S. 3 des Schriftsatzes vom 9. November 1957) vorgetragen, einziger Grund für die fristlose Kündigung des Klägers sei dessen Krankheit gewesen. Sie kann deshalb nicht damit gehört werden, daß sie (zudem in der Revisionsinstanz neu) vorträgt, sie habe dem Kläger auch deshalb fristlos kündigen müssen, weil sie auf dessen Werkswohnung angewiesen gewesen wäre. Auch insoweit liegt ein Verstoß des



- 6 -

Berufungsgerichts gegen § 139 ZPO nicht vor. Die Beklagte war in der Vorinstanz durch einen Rechtsanwalt vertreten. Es bestand deshalb kein Anlaß für das Berufungsgericht, ihr weitere Fragen zu stellen, nachdem sie durch ihren Prozeßbevollmächtigten ausdrücklich hatte vortragen lassen, einziger Kündigungsgrund sei die Erkrankung des Klägers gewesen. Hinzu kommt, daß die Beklagte nicht einmal einen Versuch gemacht hat, den Kläger zu veranlassen, seine Werkswohnung vorzeitig, d.h. noch während des Laufs der Kündigungsfrist, zu räumen. Wie die Tatsachen beweisen, wäre ein solcher Versuch sogar von Erfolg gewesen; denn der Kläger hat ja seine Wohnung am 1. Juli 1957 freiwillig geräumt. Die Beklagte kann deshalb nicht damit gehört werden, daß die Frage der Werkswohnung bei der Kündigung irgendeine Rolle gespielt hat.

Dasselbe gilt von der angeblichen Drohung des Klägers mit einem Rechtsanwalt in seinem Schreiben vom 24. Mai 1957. Abgesehen davon, daß dieser Passus des Schreibens durchaus sachlich ist und nicht beanstandet werden kann – es kann niemandem verwehrt werden, seine Rechtsposition durch einen Rechtsanwalt klären zu lassen –, steht einer Berücksichtigung dieses Umstandes hier auch im Wege, daß die Beklagte selbst in den Tatsacheninstanzen vorgetragen hat, alleiniger Grund für die Kündigung sei die Erkrankung des Klägers gewesen.

Nach alledem war der Beklagten trotz dieser Erkrankung zuzumuten, die zudem nicht allzu lange Kündigungsfrist des Klägers abzuwarten. Deshalb durfte sie nicht zur außerordentlichen fristlosen Kündigung greifen, da diese den Anschein zu erwecken geeignet ist, daß sich der Entlassene etwas hat zuschulden kommen lassen. Diese ungünstige Wirkung einer ausserordentlichen fristlosen Kündigung für den Entlassenen hätte die Beklagte berücksichtigen müssen. Es war somit trotz der Erkrankung des Klägers wegen der besonderen Umstände des Falles die außerordentliche fristlose Kündigung nicht das adäquate

Mittel zur Beendigung des Arbeitsvertragsverhältnisses zwischen den Prozeßparteien.

2. In ihrem Kündigungsschreiben hat die Beklagte dem Kläger vorsorglich auch fristgemäss gekündigt. Diese fristgemässe Kündigung kann entgegen der Ansicht der Revision nicht als eine ausserordentlichebefristete Kündigung angesehen werden. Das Landesarbeitsgericht legt diese Kündigung als ordentliche Kündigung aus. Darin ist ein Rechtsfehler nicht zu erkennen. Der Senat ist deshalb an diese Auslegung gebunden, da es sich nicht um eine Typenerklärung handelt.

Muß somit, was übrigens auch ihrem Wortlaut entspricht, diese vorsorgliche Kündigung als eine ordentliche Kündigung unter Einhaltung der Kündigungsfrist angesehen werden, so musste nach der Rechtsprechung des Senats vor ihrem Ausspruch der Betriebsrat angehört werden. Die Anhörung eines einzelnen Mitglieds des Betriebsrats genügte dagegen nicht. Ebenso-wenig ist es von Bedeutung, daß der Betriebsrat später nach Ausspruch der Kündigung mit ihr befaßt worden ist und zu ihr sogar seine Zustimmung gegeben hat. Vielmehr schreibt das Gesetz die vorherige Anhörung vor. Diese hat unstreitig nicht stattgefunden, insbesondere ist nicht der gesamte Betriebsrat mit der Kündigung befasst worden. Die Vermutung, daß die Beklagte insoweit vorsätzlich rechtswidrig und schuldhaft gehandelt hat, ist von ihr nicht widerlegt worden. Es sind auch keine Umstände zutage getreten, die einen solchen Schluß rechtfertigen könnten.

Insbesondere kann sich die Beklagte nicht darauf berufen, sie habe geglaubt, durch das Gespräch mit dem Angestelltenvertreter des Betriebsrats der Vorschrift des § 66 BetrVG Genüge getan zu haben. Nach ihrer eigenen Darstellung konnte sie nicht davon ausgehen, daß der Angestelltenvertreter inzwischen mit den übrigen Mitgliedern des Betriebsrats Fühlung genommen hatte. Der Beklagten war vielmehr bekannt, dass dieser, wenn er überhaupt Stellung nahm, lediglich seiner persönlichen Auffassung



- 8 -

zur Frage der Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers Ausdruck geben konnte. Auf diese persönliche Auffassung aber kommt es nicht an. Das Gesetz fordert vielmehr die Anhörung des Betriebsrats als solchen. Nach der Rechtsprechung des Senats genügt es nicht einmal, wenn der Arbeitgeber die Zustimmung des Betriebsratsvorsitzenden zu einer Kündigung erlangt, falls diese nicht auch vom gesamten Betriebsrat zuvor gebilligt worden ist. Vielmehr muß sich der Arbeitgeber in Zweifelsfällen sogar vergewissern, ob die von dem jeweiligen Vertreter des Betriebsrats übermittelte Stellungnahme auch diejenige des Betriebsrats selbst ist. Diese Grundsätze müssen erst recht zur Anwendung kommen, wenn es sich bei dem betreffenden Betriebsratsmitglied nicht einmal um den Vorsitzenden, sondern, wie hier, um einen Angestelltenvertreter handelt. Ein Unternehmen von der Größe der Beklagten muß diese Grundsätze kennen.

Muß somit davon ausgegangen werden, daß die Beklagte vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft gehandelt hat, so kann sie sich, soweit es sich um die ordentliche Kündigung handelt, nicht auf Gründe berufen, die diese nach § 1 KSchG rechtfertigen könnten. Mit Recht hat deshalb das Landesarbeitsgericht auch diese Kündigung für unwirksam erklärt.

gez. Nipperdey

Dr. Schröder

Wichmann

Dr. Kaulen

Neumann



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)

