

Für das Nachschlagewerk!	Ja	3. [] 1964
Für die Fachpresse!	Ja	
Für die amtliche Sammlung!	Ja	

Gesetz: KSchG § 1 Abs. 1; BetrVG § 66

- Leitsätze:
1. Die in § 1 Abs. 1 KSchG bestimmte Wartefrist von mehr als sechs Monaten erfordert nicht nur den rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses, sondern auch die tatsächliche Beschäftigung des Arbeitnehmers während dieses Zeitraums, wobei verhältnismäßig unerhebliche Unterbrechungen der tatsächlichen Beschäftigung nichts schaden. Eine Unterbrechung von fast zwei Monaten ist nicht mehr unerheblich.
 2. Die Nichtanhörung des Betriebsrats vor einer ordentlichen Kündigung berührt deren Wirksamkeit dann nicht, wenn das Kündigungsschutzgesetz für diese Kündigung nicht gilt.

Aktenzeichen: 2 AZR 104/64

Urteil des BAG vom 3. Dezember 1964

LAG Hamm/Westf.



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



2 AZR 104/64

4a Sa 500/63 Hamm/Westf.

Verkündet am

5. Dezember 1964

Im Namen des Volkes!

gez. Kistner,
angestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Urteil

In Sachen

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 3. Dezember 1964 durch den Senatspräsidenten Dr. König, die Bundesrichter Schilgen und Dr. Gröninger sowie die Bundesarbeitsrichter Wendel und Höcker für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers und die Anschlußrevision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 21. Februar 1964 - 4a Sa 500/63 - werden zurückgewiesen.
Die Kosten des dritten Rechtszuges werden dem Kläger zu 3/4, der Beklagten zu 1/4 auferlegt.

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
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger wurde am 13. August 1962 als Magazin-
helfer für das Werk D der Beklagten eingestellt.
Am 20. Dezember 1962 erkrankte er und arbeitete seit-
dem nicht mehr bei der Beklagten. Mit Schreiben vom
31. Mai 1963, das dem Kläger am 6. Juni 1963 zuing, kündigte die Beklagte dem Kläger fristlos, weil das Ende seiner Arbeitsunfähigkeit nicht abzusehen sei; sie könne ihm seinen Arbeitsplatz nicht für unbestimmte Zeit freihalten.

Am 20. Juni 1963 hat der Kläger die vorliegende
Klage eingereicht, mit der er die Feststellung begehrt
hat, daß sein Arbeitsverhältnis durch die Kündigung
vom 31. Mai 1963 nicht aufgelöst worden sei. Das Arbeits-
gericht hat die Klage als unzulässig abgewiesen, weil
das Kündigungsschutzgesetz nicht anwendbar sei und für
eine Feststellungsklage außerhalb des Kündigungsschutz-
gesetzes die Voraussetzungen des § 256 ZPO nicht erfüllt
seien.

Im zweiten Rechtszug hat der Kläger neben seinem
bisherigen Antrag weiterhin beantragt, das Arbeitsver-
hältnis aufzulösen und die Beklagte zur Zahlung einer
Abfindung von mindestens 600,-- DM nebst Zinsen zu ver-
urteilen. Das Landesarbeitsgericht hat unter Abänderung
des arbeitsgerichtlichen Urteils festgestellt, daß das
Arbeitsverhältnis der Parteien bis zum 20. Juni 1963
fortbestanden hat. Die weitergehende Feststellungsklage
hat es abgewiesen und den Auflösungsantrag als unzuläs-
sig zurückgewiesen. Auch nach der Ansicht des Landes-
arbeitsgerichts ist das Kündigungsschutzgesetz nicht an-
wendbar, weil der Kläger bei Ausspruch der Kündigung nur
etwa vier Monate tatsächlich beschäftigt war. Damit
seien das Kündigungsschutzbegehren und der Auflösungsan-
trag unzulässig. Die Feststellungsklage sei zwar gemäß

- 3 -



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



- 3 -

§ 256 ZPO zulässig, aber nur zum Teil begründet. Da nicht nachgewiesen sei, daß der Beklagten die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar geworden sei, habe die Kündigungserklärung als ordentliche Kündigung das Arbeitsverhältnis mit der gesetzlichen Kündigungsfrist von zwei Wochen beendet.

Mit der Revision verfolgt der Kläger, soweit er unterlegen ist, sein Begehren weiter. Nach Ablauf der Revisionsfrist hat auch die Beklagte Revision eingelegt mit dem Antrag, die Berufung des Klägers gegen das arbeitsgerichtliche Urteil in vollem Umfang zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Gegen die Zulässigkeit der Revision der Beklagten bestehen keine Bedenken. Da sie nach Ablauf der Revisionsfrist, aber noch vor Ablauf der Revisionsbegründungsfrist eingelegt und gleichzeitig begründet worden ist, ist sie als "unselbständige Anschlußrevision" statthaft (§ 556 ZPO). Sie ist entgegen der Ansicht des Klägers nicht etwa deshalb eine bedingte Revision, weil es in der Begründung heißt, die Revision werde "vorsorglich" eingelegt. Die Beklagte hat eindeutig zum Ausdruck gebracht, daß sie eine vollständige Nachprüfung erstrebe, ob ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung vorgelegen hat. In der Verwendung des Wortes "vorsorglich", dem keine erkennbare Bedeutung zukommt, liegt keine unzulässige Bedingung, weil die Anschlußrevision damit nicht von einem künftigen, ungewissen Ereignis abhängig gemacht worden ist.

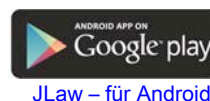
II. Beide Rechtsmittel sind nicht begründet.

1. Der Antrag auf Auflösung und Zahlung einer Abfindung ist unzulässig, weil das Kündigungsschutzgesetz auf die Kündigung vom 31. Mai 1963 nicht anwendbar ist.

- 4 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 4 -

a) Gemäß § 1 Abs. 1 KSchG gilt der Schutz des Gesetzes nur für einen Arbeitnehmer, der länger als sechs Monate ohne Unterbrechung in demselben Betrieb oder Unternehmen beschäftigt ist. Dies ist nicht schon dann der Fall, wenn das Arbeitsverhältnis rechtlich länger als sechs Monate bestanden hat. Der Kläger kann allerdings diese seine Auffassung auf eine starke Literaturmeinung stützen, die die Wartefrist des § 1 Abs. 1 KSchG im Interesse klarer und einfacher Abgrenzungskriterien allein auf den rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses bezieht (vgl. z.B. Herschel-Steinmann, KSchG (5), § 1 Anm. 32; derselbe in Anm. zu LAG Hamm, AP 54 Nr. 117; Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. 1 (3), S. 754; derselbe Betrieb 1953, 647; Schnorr von Carolsfeld, Arbeitsrecht (2), S. 371; Schlessmann, Die Lösung von Arbeitsverhältnissen, 1962, S. 244; Staudinger-Nipperdey-Neumann, BGB (11), Vorbem. 127 vor § 620; Vogt BB 1956, 821 [823]; Wlotzke-Volze in Soergel-Siebert, BGB (9), Vorbem. 56 vor § 620; LAG Düsseldorf, Betrieb 1953, 212).

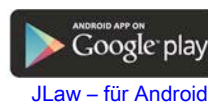
b) Das angefochtene Urteil lehnt jedoch diese Auffassung zu Recht ab. Sie ist mit dem Wortlaut, der Entstehungsgeschichte und dem Sinn und Zweck der Regelung nicht vereinbar.

Nach dem Wortlaut erfordert § 1 Abs. 1 KSchG einen "Arbeitnehmer, der länger als sechs Monate ohne Unterbrechung ... beschäftigt ist ...". Daraus ergibt sich, daß der Arbeitnehmer diese Zeit grundsätzlich ohne Unterbrechung tatsächlich gearbeitet haben muß. Die gegenteilige Auffassung des Klägers übersieht, daß sich der Nebensatz "der länger als sechs Monate .. beschäftigt ist" nicht auf das Wort "Arbeitsverhältnis", sondern auf das Wort "Arbeitnehmer" bezieht. Hätte sich die Wartefrist nur auf den rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses beziehen sollen, so hätte der Nebensatz

- 5 -



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



[JLaw – für Android](#)

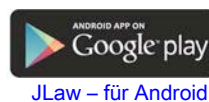


[JLaw – für iOS](#)

etwa lauten müssen: "das länger als sechs Monate ... besteht". In der gegebenen Fassung läßt der Wortlaut des § 1 Abs. 1 KSchG nicht erkennen, daß es für die Wartefrist allein auf den rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses ankommen soll, wie dies etwa in § 1 Abs. 2 ArbKrankhG (vgl. dazu BAG 5, 300 = AP Nr. 4 zu § 1 ArbKrankhG) oder in § 4 BUrlG (vgl. dazu die Kommentare zum BUrlG von Boldt-Schlephorst § 4 Anm. 3, Dersch-Neumann (3) § 4 Anm. 36 f. und Stahlhacke § 4 Anm. 18 f., 27), dieser wiederum in Abweichung von § 19 Abs. 1 Satz 1 JArbSchG (vgl. dazu insbes. Trieschmann, Betrieb 1963, 692 [695 f.] zu II 3 b), der Fall ist. Der Kläger beachtet nicht die unterschiedlichen Formulierungen dieser Gesetze. Seine Auslegung würde den Ausdruck "beschäftigt" in § 1 Abs. 1 KSchG gegenstandslos machen.

Es kommt, worauf das Landesarbeitsgericht ebenfalls richtig abgestellt hat, hinzu, daß das Wort "Beschäftigung" stets als tatsächliche Beschäftigung verstanden worden ist, wobei jedoch kürzere Unterbrechungen der tatsächlichen Beschäftigung unschädlich sind bzw. gewesen sind so z. B. in § 2 des Gesetzes über die Fristen für die Kündigung von Angestellten (AngKSchG) vom 9. Juli 1926 sowie in § 56 des früheren Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit (AOG) von 1934 (vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. I (7), S. 578 ff.; Oßwald, AngKSchG, 1927, S. 39 f.; Hueck-Nipperdey-Dietz, AOG (4), § 56 Anm. 5 - 5 d). Es ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber bei der Regelung eines gleichartigen Rechtsgebiets diese Bedeutung des Wortes "Beschäftigung" nicht gekannt hat. Die Übernahme in das Kündigungsschutzgesetz kann deshalb nur bedeuten, daß auch das Kündigungsschutzgesetz wenigstens im Grundsatz eine tatsächliche Beschäftigung des Arbeitnehmers in der Wartezeit erfordert.

Diese Auslegung entspricht auch dem Sinn der Frist. Die Wartefrist hat den Sinn, daß sich Arbeitnehmer und Arbeitgeber zunächst einmal gegenseitig kennenlernen



- 6 -

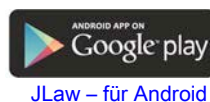
und erproben sollen, ehe die starke Bindung des gesetzlichen Kündigungsschutzes einsetzt (in diesem Sinn schon die Begründung der Bundesregierung zu § 1 des Gesetzentwurfs, abgedr. in RdA 1951, 58 [563]; vgl. auch Nr. 1 der Stellungnahme des Bundesrats zum Regierungsentwurf, abgedr. in RdA 1951, 178; ferner Hueck-Nipperdey, aaO, S. 632; Hueck, KSchG (4), § 1 Anm. 20; Müller, Betrieb 1960, 1037 f.; Rohlfing-Rewolle, KSchG, § 1 Anm. 13; LAG Baden-Württemberg, BB 1962, 959). Erst durch eine gewisse, im Gesetz auf sechs Monate bemessene Dauer der Zusammenarbeit soll sich der Arbeitnehmer das besonders geschützte Recht auf den Arbeitsplatz erwerben. Nur die gemeinsame Zusammenarbeit ist der Boden, auf dem der Kündigungsschutz erwächst. Es wäre wenig sinnvoll, diesen gesteigerten Bestands- und Sozialschutz des Kündigungsschutzgesetzes schon vor einer ausreichenden echten Erprobung eintreten zu lassen. Dieser Zweck der Wartefrist kann nur erreicht werden, wenn der Arbeitnehmer grundsätzlich auch tatsächlich arbeitet. Auch von diesem Sinn und Zweck her wird das vom Landesarbeitsgericht gefundene Auslegungsergebnis bestätigt.

c) Dem angefochtenen Urteil ist auch darin beizutreten, daß jedenfalls von dem Arbeitnehmer nicht zu vertretende Unterbrechungen der tatsächlichen Beschäftigung von verhältnismäßig unerheblicher Dauer den Ablauf der Wartefrist nicht beeinflussen. Dies folgt aus § 242 BGB (Treu und Glauben) und entspricht der herrschenden Lehre (vgl. Diekhoff, BB 1959, 560 [561]; Dietz, NJW 1951, 941 [942]; Erdmann-Müller, KSchG (2), § 1 Anm. 17 b; Hueck-Nipperdey, aaO, S. 633; Hueck, KSchG (4), § 1 Anm. 20; Maus, Handbuch, VI b, § 1 KSchG, Anm. 56; Molitor, Arbeitsrechtsblattei, Kündigungsschutz I, Allg. C III 1; Monjau-Heimeier, KSchG, § 1 Anm. 4; Röhsler, Betrieb 1963, 994

- 7 -



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

┐995┐, 1047; LAG Baden-Württemberg, BB 1962, 959 = Betrieb 1962, 1016).

Eine Unterbrechung der tatsächlichen Beschäftigung in der Wartefrist ist dann von unerheblicher Dauer und deshalb für die Anwendung des Gesetzes unbeachtlich, wenn sie bei Abwägung aller wesentlichen Umstände den Zweck der Wartefrist, das gegenseitige Erproben und Kennenlernen, nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt. Nach dem festgestellten Sachverhalt fehlen dem Kläger fast zwei Monate an der grundsätzlich erforderlichen tatsächlichen Beschäftigungszeit von mehr als sechs Monaten. Wenn das Landesarbeitsgericht diese Unterbrechung der tatsächlichen Beschäftigung nach dem dargelegten Gesetzeszweck nicht mehr als unerheblich ansieht, so läßt dies keinen Rechtsfehler erkennen.

d) Erfüllte somit der Kläger im Zeitpunkt der Kündigung nicht die Wartefrist des § 1 Abs. 1 KSchG, dann ist dieses Gesetz auf das Arbeitsverhältnis des Klägers nicht anwendbar. Der Auflösungsantrag nach § 7 KSchG ist daher unzulässig (vgl. BAG 8, 20 ┐25┐ = AP Nr. 19 zu § 3 KSchG).

2. Die Feststellungsklage ist zwar nicht nach dem KSchG, aber gemäß § 256 ZPO zulässig, weil der Kläger ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen gerichtlichen Feststellung hat, ob über den Zeitpunkt des Zugangs der fristlosen Kündigung hinaus sein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten fortbestanden hat (vgl. zuletzt BAG in AP Nr. 2 zu § 620 BGB Bedingung zu I der Gründe, BAG 9, 361 = AP Nr. 34 zu § 256 ZPO).

Der Senat ist in Übereinstimmung mit dem Landesarbeitsgericht der Ansicht, daß die hiernach zulässige Kündigung vom 31. Mai 1963 als fristlose Kündigung nicht wirksam ist. Selbst wenn zu Gunsten der Beklagten unterstellt wird, die Voraussetzungen des § 123 Abs. 1 Nr. 8 GewO (Arbeitsunfähigkeit oder abschreckende Krankheit) seien gegeben gewesen - ein anderer der in § 123 Abs. 1 GewO genannten Kündigungsgründe scheidet nach Lage des Falles aus -, so



- 8 -

muß doch, damit die außerordentliche Kündigung wirksam ist, noch hinzukommen, daß die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auf die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist von zwei Wochen (§ 122 GewO) der Beklagten nicht mehr zuzumuten gewesen wäre. Hierauf kommt es auch in den Fällen des § 123 Abs. 1 GewO an; die in dieser Vorschrift genannten Tatbestände sind als Erscheinungsformen des wichtigen Grundes zu verstehen (BAG AP Nr. 1 zu § 124 a GewO).

Der Beklagten war die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger nicht unzumutbar. Das Arbeitsverhältnis des Klägers ruhte wegen Krankheit und belastete die Beklagte auch nicht mehr finanziell. Unter diesen Umständen hätte die Beklagte das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist fortsetzen können, ohne dadurch spürbar belastet zu sein, während umgekehrt für den Kläger eine fristlose Entlassung im Hinblick auf sein berufliches Fortkommen unerfreuliche Folgen haben konnte.

3. Das Landesarbeitsgericht hat die Kündigung vom 31. Mai 1963 in eine ordentliche Kündigung umgedeutet. Dies ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, zumal die Beklagte schon in dem Kündigungsschreiben unmißverständlich zum Ausdruck gebracht hat, daß das Arbeitsverhältnis auf jeden Fall beendet werden solle. Da der Kläger keinen Kündigungsschutz genießt, hat das angefochtene Urteil zu Recht angenommen, daß das Arbeitsverhältnis des Klägers 14 Tage nach Zugang der Kündigung (§ 122 GewO) beendet worden ist.

Der Kläger kann die Wirksamkeit der Kündigung auch nicht damit angreifen, daß der Betriebsrat

- 9 -



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



entgegen § 66 Abs. 1 BetrVG vor der Kündigung nicht gehört sei. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann solchenfalls der Arbeitgeber sich nicht auf die soziale Rechtfertigung der Kündigung gemäß § 1 KSchG berufen. Diese Sanktion kann aber denknotwendig nur in den Fällen eingreifen, in denen das Kündigungsschutzgesetz gilt. Gilt es - wie hier - nicht, dann ist die ohne Anhörung des Betriebsrats erklärte ordentliche Kündigung jedenfalls aus diesem Grunde nicht unwirksam (vgl. Hueck, KSchG (4), Einl. S. 30; Herschel-Steinmann, KSchG (5), § 1 Anm. 10 e).

gez. Dr. König

Schilgen

Dr. Gröninger

Bundesarbeitsrichter

Wendel

Höcker ist beurlaubt
gez. Dr. König

