

Aktenzeichen: 2 AZR 1055/78

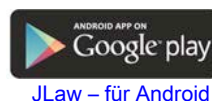
LAG Düsseldorf Urteil des BAG vom 29. Januar 1981

Für das Nachschlagewerk: Ja
Für die Fachpresse: Ja
Für die Amtliche Sammlung: Ja

Gesetz: KSchG 1969 § 9, § 1; ZPO §§ 301, 307

Leitsätze:

1. Die "Rücknahme der Kündigung" durch den Arbeitgeber nimmt dem Arbeitnehmer jedenfalls dann nicht das Recht, nach § 9 KSchG die Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu verlangen, wenn der Auflösungsantrag bereits vorher rechtshängig geworden ist.
2. Die Auflösung des Arbeitsverhältnisses ist auch bei einer sozialwidrigen Änderungskündigung jedenfalls dann möglich, wenn der Arbeitnehmer das Änderungsangebot nicht angenommen hat.
3. Der Grundsatz, daß über die Rechtswirksamkeit der Kündigung und über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses nur einheitlich entschieden werden kann, steht im Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes dem Erlaß eines Teil-Anerkenntnisurteils über die Unwirksamkeit der Kündigung nicht entgegen (Ergänzung zu BAG AP Nr. 1 zu § 301 ZPO und BAG 24, 57 = AP Nr. 3 zu Art. 56 ZA-Nato-Truppenstatut).
4. Die Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach § 9 KSchG, die vom Arbeitnehmer auch dann beantragt werden kann, wenn die Unwirksamkeit der Kündigung nicht ausschließlich auf Sozialwidrigkeit gestützt wird, setzt die gerichtliche Feststellung der Sozialwidrigkeit der Kündigung voraus; dies kann auch durch ein Anerkenntnisurteil geschehen.
5. Bei einem Anerkenntnisurteil, das die Unwirksamkeit einer Kündigung feststellt, ist – wenn die Unwirksamkeit der Kündigung sowohl auf die fehlende Anhörung des Betriebsrates als auch auf die Sozialwidrigkeit gestützt worden ist – durch Auslegung zu ermitteln, ob der Arbeitgeber auch die Sozialwidrigkeit der Kündigung anerkannt hat. Zur Auslegung sind ergänzend zum Tenor die Anerkenntniserklärung und das Klagevorbringen heranzuziehen.
6. Es bleibt offen, ob an der bisherigen Rechtsprechung, daß an die "Unzumutbarkeit" im Sinne des § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG gleich strenge Anforderungen wie bei einer außerordentlichen Kündigung nach § 626 BGB zu stellen sind (vgl. BAG 16, 285 = AP Nr. 20 zu § 7 KSchG), festzuhalten ist.



2 AZR 1055/78

21 Sa 976/78 Düsseldorf

Verkündet am
29. Januar 1981

gez. Zeuner,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

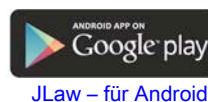
hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung am 29. Januar 1981 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Dr. Röhsler und Dr. Weller sowie die ehrenamtlichen Richter Zeilinger und Strümper für Recht erkannt:

1. Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 4. September 1978 - 21 Sa 976/78 - wird zurückgewiesen.
2. Der Beklagte trägt die Kosten der Revision.

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



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



Tatbestand:

Der 33 Jahre alte und verheiratete Kläger war ab 1. Juli 1971 als Konstrukteur mit einem Monatsgehalt von zuletzt 3.000,-- DM brutto beim Beklagten beschäftigt.

Erstmals wurde dem Kläger das Arbeitsverhältnis vom Beklagten mit Schreiben vom 28. September 1977 zum 31. Dezember 1977 gekündigt. Der Rechtsstreit über die Wirksamkeit dieser Kündigung endete in der Berufungsinstanz durch eine vom Beklagten mit Schreiben vom 14. Februar 1978 erklärte Rücknahme der Kündigung unter gleichzeitigem Widerruf eines am 10. Februar 1978 abgeschlossenen widerruflichen Vergleichs, wonach das Arbeitsverhältnis unter Zahlung einer Abfindung von 10.000,-- DM zum 31. Dezember 1977 beendet sein sollte.

Mit Schreiben vom 28. März 1978 kündigte der Beklagte dem Kläger das Arbeitsverhältnis wegen Arbeitsmangel erneut zum 30. Juni 1978. Gleichzeitig bot der Beklagte dem Kläger die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses in der Berufsgruppe T II (bisher T VI) ab 1. Juli 1978 an.

In der Folgezeit zahlte der Beklagte dem Kläger das Gehalt verspätet aus, und zwar für März am 11. April 1978 und für April am 24. Mai 1978. Ein dem Kläger am 14. Juni 1978 zur Begleichung des Maigehalts ausgehändigter Scheck wurde nicht eingelöst. Die Gehaltszahlung für Mai erfolgte erst nach Ablauf einer vom Kläger bis zum 23. Juni 1978 gesetzten Zahlungsfrist.

Mit der am 17. April 1978 erhobenen Kündigungsschutzklage hat der Kläger die Unwirksamkeit der Kündigung vom 28. März 1978 und zugleich die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung geltend gemacht. Im Termin vom 31. Mai 1978 hat der Beklagte, nachdem er bereits mit Schreiben vom 16. Mai 1978 an den Kläger die Kündigung zurückgenommen hatte, den Feststellungsantrag auf Unwirksamkeit der Kündigung anerkannt. Auf Antrag des Klägers erließ daraufhin das Arbeitsgericht Teilerkenntnisurteil und stellte fest, daß das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die mit Schreiben des Beklagten vom 28. März 1978, dem Kläger zugegangen am 29. März 1978, ausgesprochene Kündigung nicht aufgelöst worden ist.



Der Kläger, der nunmehr nur noch die Auflösung des Arbeitsverhältnisses unter Zahlung einer Abfindung begehrt, hat die Auffassung vertreten, daß ihm aufgrund der vorangegangenen Kündigungen und des übrigen Verhaltens der Beklagten die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zumutbar sei. Abgesehen davon, daß er auch in Zukunft mit neuen Kündigungen rechnen müßte, sei ihm unter entsprechender Gehaltskürzung zugemutet worden, die Tätigkeit einer Bürohilfskraft auszuführen. Wenn er sich auch aus Rechtsgründen gezwungen gesehen habe, seine Arbeitskraft auch dafür anzubieten, so sei er dadurch gleichwohl in seinem Selbstwertgefühl als angestellter Ingenieur nachhaltig verletzt worden. Durch die verspätete Auszahlung der Gehälter nach Ausspruch der Kündigung sei er in Schwierigkeiten gekommen und er habe deswegen Kredit aufnehmen müssen. Das Verhalten des Beklagten bei den Gehaltszahlungen gebe schon für sich allein einen Grund zur fristlosen Kündigung ab und rechtfertige sein Auflösungsbegehren.

Der Kläger hat daher beantragt,

das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung aufzulösen, die in das Ermessen des Gerichts gestellt werde, aber einen Betrag von 18.000,-- DM nicht unterschreiten solle.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt und geltend gemacht, daß das Arbeitsverhältnis schon deshalb nicht nach § 9 KSchG aufgelöst werden könne, weil die Kündigung mit Schreiben vom 16. Mai 1978 zurückgenommen worden sei. Durch das Anerkenntnisurteil sei zudem nicht festgestellt worden, daß die Kündigung sozialwidrig gewesen sei. Diese für die Auflösung erforderliche Voraussetzung fehle, weil er dem Kläger wegen Arbeitsmangel nur eine Tätigkeit als Bürohilfskraft habe anbieten können. Die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses sei dem Kläger auch zumutbar. Aus den bisherigen zwei Kündigungen, die wegen Arbeitsmangel erfolgt seien, folge nicht, daß man den Kläger unbedingt habe los sein wollen. Die Kündigungen seien ja auch zurückgenommen worden, als man wieder Arbeit für den Kläger gehabt habe.



Gegen eine angeblich unterwertige Beschäftigung habe sich der Kläger nicht gewehrt. Aus den mit der Kündigung in keinem Zusammenhang stehenden verspäteten Gehaltszahlungen könne nichts zur Stützung des Auflösungsantrages abgeleitet werden. Durch die Zahlungsverzögerung sei für den Kläger auch keine wirtschaftliche Notlage herbeigeführt worden.

Das Arbeitsgericht hat mit Schlußurteil vom 14. Juni 1978 der Klage stattgegeben und das Arbeitsverhältnis der Parteien unter Zuerkennung einer Abfindung in Höhe von 12.000,-- DM an den Kläger zum 30. Juni 1978 aufgelöst. Den Streitwert hat das Arbeitsgericht auf 9.000,-- DM festgesetzt. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter. Der Kläger hat beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die nach § 72 Abs. 1 ArbGG a.F., § 121 Abs. 3 ArbGG n.F. zulässige Revision ist nicht begründet. Dem Kläger ist von den Vorinstanzen zu Recht gem. §§ 9, 10 KSchG eine Abfindung in Höhe von 12.000,--- DM zugesprochen worden.

I. Das Landesarbeitsgericht hat ausgeführt, daß durch das Teilanerkennnisurteil die Rechtsunwirksamkeit und die Sozialwidrigkeit der Kündigung als Voraussetzung für den Auflösungsantrag feststehe. Die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses sei dem Kläger gem. § 9 KSchG nicht mehr zuzumuten. Durch die wiederholten Kündigungserklärungen des Beklagten und die nachfolgenden Ereignisse sei die Vertrauensbasis für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zerstört worden. Es sei zu berücksichtigen, daß die beiden Kündigungen jeweils kurz aufeinander ausgesprochen und jeweils ohne Nachweis ihrer Berechtigung später mit der Behauptung, die Gründe seien nachträglich entfallen, zurückgenommen worden sind. Unter diesen Umständen habe der Kläger befürchten müssen, bei künftigen Anzeichen von Arbeitsmangel als Erster

wiederum von einer Kündigung bedroht zu sein. Dem Kläger sei auch eine unterwertige Beschäftigung zugemutet worden, die er als Demütigung habe empfinden müssen. Schließlich habe er wiederholt verspätete Gehaltszahlungen in Kauf nehmen müssen, was er als Strafe für seine Weigerung, mit einer erheblich niedrigeren Gehaltsgruppe einverstanden zu sein, habe ansehen können. Die besonderen Umstände bei den dreimaligen verspäteten Gehaltszahlungen, die jedenfalls aus der Sicht des Klägers im Zusammenhang mit der erklärten Kündigung standen und für die der Beklagte nur eine unzureichende Erklärung abgegeben habe, mußten bei dem Kläger den unausgeräumten Verdacht erwecken, daß er bei einer Weiterbeschäftigung einer schikanösen Behandlung mit dem Ziel, ihn loszuwerden, ausgesetzt sein werde. Die Tatsache, daß der Beklagte dreimal hintereinander mit der Gehaltszahlung in Verzug geriet, hätte auch ausgereicht, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen. Die festgesetzte Abfindung von vier Monatsgehältern bei einer Beschäftigungsdauer von sieben Jahren sei unter den gegebenen Umständen auch angemessen.

II. Diese Ausführungen des Landesarbeitsgerichts sind frei von Rechtsfehlern.

1. Der Beklagte hat dem Kläger mit Schreiben vom 28. März 1978 eine "Kündigung, ersatzweise Änderungskündigung" zum 30. Juni 1978 ausgesprochen. In Übereinstimmung mit der Auffassung der Parteien hat das Landesarbeitsgericht darin zutreffend eine Beendigungskündigung gesehen. Das ergibt sich ohne weiteres aus der rechtzeitig vom Kläger am 17. April 1978 gemäß § 4 Satz 1 KSchG erhobenen Kündigungsschutzklage, mit der er neben der Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung wegen Nichtanhörung des Betriebsrats und der Sozialwidrigkeit auch die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung begehrt. Rechtliche Bedenken gegen eine Anwendung des § 9 KSchG ergäben sich aber selbst dann nicht, wenn von einer Änderungskündigung, bei der Streitgegenstand die Sozialwidrigkeit des Änderungsangebotes ist, ausgegangen werden müßte. Denn der Kläger hat das Angebot des Beklagten, ihn ab 1. Juli 1978 nur nach Be-



rufsgruppe T II zu beschäftigen, nicht angenommen, und zwar auch nicht unter dem Vorbehalt, daß die geänderten Arbeitsbedingungen sozial gerechtfertigt sein sollten (§ 2 KSchG). Auch wenn die Kündigung vom 28. März 1978 als Änderungskündigung qualifiziert werden müßte, würde sie somit im Falle ihrer Wirksamkeit zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses geführt haben. Mithin ist auch die Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach § 9 KSchG möglich, wenn sich diese, in ihrer Wirkung einer Beendigungskündigung gleichzusetzende Änderungskündigung, als sozialwidrig herausstellt (vgl. BAG vom 7.6.1973 - 2 AZR 450/72 - BAG 25, 213 = AP Nr. 1 zu § 626 BGB Änderungskündigung; Hueck, KSchG, 10. Aufl., § 9 Rz. 7 a; KR-Becker § 9 KSchG Rz 30).

2. Das Landesarbeitsgericht ist auch zutreffend davon ausgegangen, daß durch die vom Beklagten erklärte Rücknahme der Kündigung und des prozessualen Anerkenntnisses des Klageantrages Ziff. 1) (Feststellung, daß durch die Kündigung vom 28. März 1978 das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst worden ist) dem weiteren noch anhängigen Anspruch des Klägers auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses unter Zahlung einer Abfindung gem. §§ 9, 10 KSchG die rechtliche Grundlage nicht entzogen worden ist.

a) Eine Kündigung kann als einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung nach Zugang an den Gekündigten vom Kündigenden grundsätzlich nicht mehr einseitig zurückgenommen werden (BAG vom 21.2.1957 - 2 AZR 410/54 - AP Nr. 22 zu § 1 KSchG; Hueck, KSchG, 10. Aufl., § 4 Rz. 14; KR-Friedrich § 4 KSchG Rz 51 ff.; Stahlhacke, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 3. Aufl., Rdnr. 41; einschränkend: Landesarbeitsgericht Düsseldorf vom 16. Januar 1975, DB 1975, 1081 und Gustav Schmidt, AR-Blattei, "Kündigungsschutz III" [unter F] für den Fall der rechtsunwirksamen Kündigung). Nach Erhebung der Kündigungsschutzklage kann der Arbeitgeber die Kündigung allerdings zurücknehmen und mit diesem darin liegenden Angebot, das Arbeitsverhältnis zu den bisherigen Bedingungen fortzusetzen, damit zugleich den Klageanspruch anerkennen (Hueck, aaO, § 4 Rz. 15; KR-Friedrich § 4 KSchG Rz 63 f.; Böttcher, Festschrift für Dölle, 1963, S. 76 f.).



Die Rechtsfolgen dieser "Rücknahme" hängen dann davon ab, wie sich der Arbeitnehmer auf das Angebot des Arbeitgebers einläßt. Ob in der Kündigungsschutzklage eine antizipierte Zustimmung zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses liegt - wenn nicht zugleich, wie vorliegend geschehen, die Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach § 9 KSchG beantragt wird - kann dahingestellt bleiben. Denn im Streitfall hat der Beklagte nicht nur die Kündigung zurückgenommen, sondern den Feststellungsantrag auf Unwirksamkeit der Kündigung nach § 307 ZPO ausdrücklich und förmlich anerkannt. Entsprechend dem Anerkenntnis des Beklagten ist am 31. Mai 1978 antragsgemäß Teilanerkenntnisurteil ergangen. Durch dieses rechtskräftig gewordene Teilanerkenntnisurteil steht fest, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die nach § 102 BetrVG unwirksame und nach § 1 KSchG sozialwidrige Kündigung zum 30. Juni 1978 nicht aufgelöst worden ist.

b) Durch das die Unwirksamkeit der Kündigung feststellende rechtskräftige Teilanerkenntnisurteil hat sich der Streitgegenstand auf die Frage beschränkt, ob das Arbeitsverhältnis der Parteien gem. § 9 KSchG auf Antrag des Klägers aufzulösen ist. Denn durch die Rücknahme der Kündigung ist jedenfalls das Recht des Klägers, die Auflösung des - nunmehr fortbestehenden - Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung zu verlangen, nicht beeinträchtigt worden; dieses Recht aus § 9 KSchG ist ihm aus der insoweit als zugestanden anzusehenden Sozialwidrigkeit der Kündigung erwachsen und konnte ihm durch die Rücknahme der Kündigung nicht genommen werden. Das folgt daraus, daß die Rücknahme der Kündigung durch den Beklagten zeitlich nach der Rechtshängigkeit des Auflösungsantrages liegt (vgl. KR-Friedrich § 4 KSchG Rz 70; Auffarth/Müller, § 1 KSchG Anm. 107; Hueck, KSchG, 10. Aufl., § 4 Rz. 16). Dem Arbeitnehmer, der mit seiner Klage das Ziel verfolgt, daß das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung aufgelöst wird, fehlt es an dem Willen, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen. Der Arbeitgeber kann dann das sonst in der Kündigungsschutzklage möglicherweise liegende Angebot des Arbeitnehmers auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr durch Rücknahme der Kündigung annehmen.



Ob dies auch dann gilt, wenn - wie im Schrifttum allgemein angenommen wird (Auffarth/Müller, § 1 KSchG, Anm. 108; KR-Friedrich § 4 KSchG Rz 72; Herschel/Steinmann, KSchG, 5. Aufl., § 7 Rz. 6; Hueck, KSchG, 10. Aufl., § 4 Rz. 16; Hueck, Festschrift für Nipperdey, S. 104 ff.; Gustav Schmidt, AR-Blattei, "Kündigungsschutz III" [unter F]; Stahlhacke, aaO, Rdnr. 48) - der Auflösungsantrag unverzüglich nach der Rücknahme der Kündigung gestellt wird, braucht hier nicht entschieden zu werden und kann dahingestellt bleiben.

c) Grundsätzlich kann über die Rechtswirksamkeit der Kündigung und über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Abfindung nur einheitlich entschieden werden. Eine Aufteilung der Entscheidung in ein Teilurteil wegen Unwirksamkeit der Kündigung und ein Schlußurteil wegen Auflösung gegen Abfindung ist im allgemeinen nicht zulässig (BAG vom 4.4.1957 - 2 AZR 456/54 - AP Nr. 1 zu § 301 ZPO mit zust. Anmerkung von Herschel; BAG vom 9.12.1971 - 2 AZR 118/71 - BAG 24, 57 = AP Nr. 3 zu Art. 56 ZA-Nato-Truppenstatut mit insoweit zustimmender Anmerkung von Beitzke). Gleichwohl kann dieser Grundsatz vorliegend nicht gelten. Abgesehen davon, daß das Arbeitsgericht gemäß § 307 ZPO ein Teilanerkennnisurteil erlassen mußte, weil insoweit § 301 Abs. 2 ZPO nicht zur Anwendung kommt (vgl. Zöllner, ZPO, 12. Aufl., § 307 Anm. IV 1), liegen nämlich die Voraussetzungen, die gegen ein Teilurteil sprechen, nicht vor. In dem vom Bundesarbeitsgericht entschiedenen Fall AP Nr. 3 zu Art. 56 ZA-Nato-Truppenstatut waren die Voraussetzungen für ein Teilurteil deswegen nicht gegeben, weil nach dem anzuwendenden Art. 56 Abs. 2 des Zusatzabkommens zum Nato-Truppenstatut vom 3. August 1959 (BGBl. 1961 II, 1218) das Gericht von Amts wegen zugleich eine Abfindung festzusetzen hat, wenn der Feststellungsklage stattgegeben wird. Nach dem Kündigungsschutzgesetz ist das nicht der Fall. Die Auflösung des Arbeitsverhältnisses unter Zahlung einer Abfindung setzt immer einen Antrag voraus, so daß eine Teilbarkeit gegeben, jedenfalls nicht ausgeschlossen ist. Die Gefahr, daß divergierende Entscheidungen ergehen, besteht zudem bei einem Teilurteil, das auf einem gerichtlichen Anerkenntnis beruht, praktisch nicht. Der Rechtsstreit hat sich

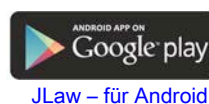


damit von vornherein auf die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung konzentriert. Die Rechtslage ist im Ergebnis nicht anders zu beurteilen, als wenn sich der Rechtsstreit in zweiter oder dritter Instanz infolge Nichteinlegung oder Beschränkung eines Rechtsmittels allein auf den Auflösungsanspruch beschränkt hätte. Es ist zudem nicht einzusehen, warum der Kläger durch ein bei abweichender Auffassung zwar verfahrenswidriges aber gleichwohl rechtskräftig gewordenes Teilanerkennnisurteil schlechter gestellt sein sollte, als wenn in einem einheitlichen Urteil über die Kündigung aufgrund des Anerkenntnisses und über die Auflösung aufgrund streitiger Verhandlung entschieden worden wäre.

III. Auf Antrag des Arbeitnehmers ist das aufgrund gerichtlicher Feststellung durch die Kündigung nicht aufgelöste Arbeitsverhältnis gem. § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG unter Zuerkennung einer angemessenen Abfindung dann aufzulösen, wenn dem Arbeitnehmer die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zuzumuten ist. Bei der Subsumtion des festgestellten Sachverhalts unter diese Voraussetzung handelt es sich um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs, die nur beschränkt revisibel ist. Das Revisionsgericht kann – ebenso wie bei anderen unbestimmten Rechtsbegriffen – nur nachprüfen, ob die Voraussetzungen des § 9 KSchG erfüllt sind und ob das Berufungsgericht den Begriff der Unzumutbarkeit verkannt und ob es bei der Prüfung der vom Arbeitnehmer vorgetragenen Auflösungsgründe alle wesentlichen Umstände vollständig und widerspruchsfrei berücksichtigt und gewürdigt hat.

Diesem eingeschränkten revisionsrechtlichen Prüfungsmaßstab halten die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts stand.

1. Eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses gem. § 9 KSchG kommt nur in Betracht, wenn die Kündigung nach der gerichtlichen Feststellung sozialwidrig ist (KR-Becker § 9 KSchG Rz 26). Davon ist das Landesarbeitsgericht zutreffend aus-



gegangen. Denn der Kläger hat ausweislich seines Klagevorbringens die Unwirksamkeit seiner Kündigung nicht nur mit der nicht ordnungsgemäßen Anhörung des Betriebsrats (§ 102 BetrVG), sondern auch und vor allem mit dem Fehlen von Kündigungsgründen und einer fehlerhaften sozialen Auswahl (§ 1 KSchG) begründet. Bei der Ermittlung der materiellen Rechtskraft des Teilurteils ist das zu berücksichtigen, da bei der Auslegung eines Anerkenntnisurteils nicht auf Entscheidungsgründe, sondern auf die Klagebegründung und auf die Anerkenntniserklärung zurückgegriffen werden muß (RGZ 147, 27 [29 f.]; BGHZ 2, 164 [170]; BGHZ 34, 337 [339] = NJW 1961, 917; BGH NJW 1972, 2268 [2269]; Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht, 13. Aufl., S. 937, 938; Wieczorek, ZPO, 2. Aufl., § 322 Anm. E II b 4; Stein/Jonas, ZPO, 19. Aufl., § 322 Anm. VIII 5; Baumbach/Hartmann, ZPO, 39. Aufl., § 322 Anm. 2 A). Diese Umstände ergeben, daß der Beklagte mit der Anerkennung der Unwirksamkeit der Kündigung auch deren Sozialwidrigkeit anerkannt hat; Anhaltspunkte dafür, daß sich seine uneingeschränkte Anerkenntniserklärung nur auf den Mangel der Anhörung des Betriebsrats beschränkt hat und nicht zugleich auch auf die Sozialwidrigkeit, sind jedenfalls nicht ersichtlich. Der Beklagte hat nämlich vor dem Anerkenntnis - trotz gerichtlicher Auflage, die Kündigungsgründe und die Gründe, die zur sozialen Auswahl geführt haben, darzulegen - zur Klage nicht Stellung genommen. Erst nach dem vorbehaltlosen Anerkenntnis hat der Beklagte geltend gemacht, das Arbeitsgericht hätte die Sozialwidrigkeit der Kündigung nicht feststellen können, weil sie auf einer nicht nachprüfbaren Unternehmerentscheidung beruhe.

Auch wenn keine Sachprüfung durch das Gericht erfolgt ist, steht daher durch das Teilanerkennnisurteil fest, daß die Kündigung sozialwidrig gewesen ist und sich der Beklagte zumindest so behandeln lassen muß, als wäre das Gericht aufgrund einer sachlichen Prüfung zu der Feststellung der Sozialwidrigkeit der Kündigung gelangt. Daß der Kläger die Unwirksamkeit der Kündigung nicht nur auf § 1 KSchG, sondern auch auf § 102 BetrVG gestützt hat, ist unschädlich. Denn



anders als beim Auflösungsantrag des Arbeitgebers (vgl. die zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmte Entscheidung BAG vom 9.10.1979 - 6 AZR 1059/77 - AP Nr. 4 zu § 9 KSchG 1969 mit zust. Anmerkung von Götz Hueck = DB 1980, 501). kann der Arbeitnehmer den Auflösungsantrag auch dann stellen, wenn die aus anderen Gründen unwirksame Kündigung zumindest auch sozialwidrig ist und der Arbeitnehmer dies im Rahmen einer ordnungsgemäß erhobenen Kündigungsschutzklage auch geltend macht (KR-Becker § 9 KSchG Rz 27; Stahlhacke, aaO, Rdnr. 121 jeweils mit weiteren Nachweisen). Die für den Auflösungsantrag nach § 9 KSchG erforderliche Voraussetzung einer sozialwidrigen Kündigung ist damit gegeben.

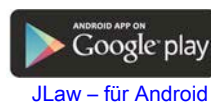
2. Das Landesarbeitsgericht hat bei der Prüfung, ob dem Kläger die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist, zutreffend auf die Zeit der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz abgestellt (BAG vom 30.9.1976 - 2 AZR 402/75 - AP Nr. 3 zu § 9 KSchG 1969 [auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt]; KR-Becker § 9 KSchG Rz 40; Hueck, KSchG, 10. Aufl., § 9 Rz.17) und - soweit sie im inneren Zusammenhang mit der sozialwidrigen Kündigung stehen - auch solche Gesichtspunkte bzw. Gründe zur Beurteilung der Unzumutbarkeit mit herangezogen, die sich erst nach der Kündigung im Laufe des Prozesses ergeben haben (BAG vom 18.1.1962 - 2 AZR 179/59 - BAG 12, 174 = AP Nr. 20 zu § 66 BetrVG; KR-Becker § 9 KSchG Rz 41; Hueck, aaO, jeweils mit weiteren Nachweisen). Das Berufungsgericht hat auch den Begriff der Unzumutbarkeit i.S. des § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG nicht verkannt.

a) Nach der auch von der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts geteilten herrschenden Meinung sind an die Unzumutbarkeit i.S. des § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG gleich strenge Anforderungen zu stellen, wie bei einer außerordentlichen Kündigung nach § 626 BGB (BAG vom 5.11.1964 - 2 AZR 15/64 - BAG 16, 285 = AP Nr. 20 zu § 7 KSchG mit zust. Anm. von Herschel; Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Band 1, S. 661 Fußn. 129; Nikisch, Arbeitsrecht, 3. Aufl., 1. Band, S. 786 Fußn. 145; Herschel/Steinmann, KSchG, 5. Aufl., § 7 Rz. 6; Hueck, aaO, § 9 Rz.



18; Stahlhacke, aaO, Rdnr. 369; Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 141 IV 1 [S. 745]; Neumann, AR-Blattei, "Kündigungsschutz VI" [unter B II]; Ammermüller, DB 1975, Beil. Nr. 10, S. 5; Bleistein, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 2. Aufl., Rn. 266 [S. 204]). Es soll bei der Interessenabwägung darauf abzustellen sein, ob und inwieweit der Arbeitgeber durch seine vorangegangene sozialwidrige Kündigung eine etwaige Unzumutbarkeit der Weiterarbeit verursacht oder wenigstens zu ihr beigetragen hat.

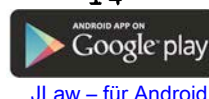
Dagegen werden im Schrifttum allerdings zunehmend gewichtige Bedenken erhoben. Es wird darauf hingewiesen, daß im Hinblick auf den unterschiedlichen Normzweck des § 626 Abs. 1 BGB einerseits und des § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG andererseits die zu § 626 BGB erarbeiteten Unzumutbarkeitsmaßstäbe nicht ohne weiteres auf § 9 KSchG übertragen werden können (vgl. dazu Auffarth/Müller, § 7 KSchG, Anm. 9; Dietz, NJW 1951, 944; Hofmann, ZfA 1970, 63 [75 ff.]; Hoppe, DB 1968, 311; Auffarth, DB 1969, 523 [529]; Schnorr von Carolsfeld, Arbeitsrecht, 2. Aufl., S. 379; KR-Becker § 9 KSchG Rz 38 u. 39; Rohlfing/Rewolle/Bader, KSchG, § 9, Anm. 2 b; Maus, § 9 KSchG, Rz. 16). Während sich bei § 626 Abs. 1 BGB die Prüfung darauf beschränkt, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht wenigstens bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zum vereinbarten Ende zumutbar ist, erstreckt sich bei § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG die Prüfung darauf, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses überhaupt, d. h. auf unbestimmte Dauer zumutbar ist. Darin liegt ein grundlegender Unterschied, der durchaus unterschiedliche Beurteilungsmaßstäbe erfordern kann. Gründe, die zur fristlosen Kündigung berechtigen, werden zwar regelmäßig auch solche sein, die dem Arbeitnehmer i.S. des § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar machen. Dagegen können einem Arbeitnehmer aber möglicherweise auch Gründe die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses gem. § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG unzumutbar machen, die für eine fristlose Kündigung nicht ausreichen. Im Ergebnis geht es demnach weniger um die in diesem Zusammenhang in



der wissenschaftlichen Diskussion aufgeworfene Frage, ob an die Unzumutbarkeit gem. § 9 KSchG gleich strenge oder weniger strenge Anforderungen wie nach § 626 Abs. 1 BGB zu stellen sind, als darum, ob an den Unzumutbarkeitsbegriff andere Anforderungen zu stellen sind, die dem Normzweck des § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG entsprechen. Dafür spricht, daß das Kündigungsschutzgesetz vornehmlich dem Schutz des Arbeitsplatzes dient, also ein "Bestandsschutzgesetz" und kein "Abfindungsgesetz" ist (BAG vom 5.11.1964 - 2 AZR 15/64 - BAG 16, 285 = AP Nr. 20 zu § 7 KSchG). Gleichwohl ist zu berücksichtigen, daß die dem Arbeitnehmer gesetzlich eingeräumte Möglichkeit, gem. § 9 KSchG die Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu verlangen, gleichwertig neben § 1 KSchG steht. Der Bestandsschutz ist, wie schon die Regelung des § 7 und des § 12 KSchG zeigt, nicht absolut; der im Interesse des Arbeitnehmers geschaffene Bestandsschutz ist gegen den Willen des Arbeitnehmers nicht durchsetzbar.

b) Die Streitfrage, welche Anforderungen an den Unzumutbarkeitsbegriff des § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG zu stellen sind, braucht vorliegend nicht abschließend entschieden zu werden. Trotz der beachtenswerten Argumente der Gegenmeinung besteht im Streitfall keine Veranlassung, die bisherige Rechtsprechung aufzugeben. Das Landesarbeitsgericht ist nämlich auch auf der Grundlage der ständigen Senatsrechtsprechung rechtsfehlerfrei zu dem Ergebnis gekommen, daß dem Kläger nach den gegebenen Umständen die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zuzumuten ist.

Das Landesarbeitsgericht hat im einzelnen berücksichtigt, daß dem Kläger mit der gleichen Begründung, nämlich wegen angeblichen Arbeitsmangels, kurz hintereinander gekündigt worden ist und die Kündigungen mit der Behauptung, die Gründe seien entfallen, jeweils nach Erhebung der Kündigungsklage bzw. im Laufe des Prozesses zurückgenommen worden sind. Die Befürchtung des Klägers, er könnte im Falle einer Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses einer unsachlichen bzw. schikanösen Behandlung ausgesetzt sein und müßte bei nächster Gelegenheit wiederum mit einer Kündigung rechnen, ist unter



diesen Umständen nicht von der Hand zu weisen. Es ist insbesondere nicht auszuschließen, daß der Kläger wiederum mit unterwertigen Arbeiten beschäftigt wird. Eine unterwertige Beschäftigung kann vom Kläger aber durchaus als eine Demütigung empfunden werden. Entgegen dem Vorbringen der Revision sind Pressionen gegen den Kläger auch nicht deswegen ausgeschlossen, weil der Kläger, der nach Rücknahme der Kündigung angeblich sofort wieder eingesetzt werden sollte, nicht im Betrieb selbst, sondern zur Durchführung von Konstruktionsarbeiten in fremden Betrieben beschäftigt wurde. Beizupflichten ist dem Landesarbeitsgericht auch darin, und diesem Gesichtspunkt kommt entscheidende Bedeutung zu, die verspäteten Gehaltszahlungen seien im Zusammenhang mit der Kündigung zu sehen, zumal der Beklagte hierfür nur eine unzureichende Begründung abgegeben hat. Die verzögerlichen Gehaltszahlungen, bei denen es sich gerade nicht um einen nur einmaligen Vorgang gehandelt hat, haben erst nach Ausspruch der Kündigung eingesetzt. Ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Kündigung und den wiederholten verspäteten Gehaltszahlungen ist damit naheliegend. Es ist demnach auch nicht zu beanstanden, wenn das Landesarbeitsgericht angenommen hat, die wiederholt verzögerlichen Gehaltszahlungen würden eine außerordentliche Kündigung durch den Kläger gerechtfertigt haben.

IV. Die Begründung des Landesarbeitsgerichts läßt auch bei der Festsetzung der Höhe der Abfindung, bei der dem Tatsachengericht innerhalb der vorgesehenen Höchstgrenze des § 10 Abs. 1 KSchG und unter Beachtung der in § 10 Abs. 2 KSchG festgelegten Richtlinien ein weitgehender Ermessensspielraum zukommt, keinen Rechtsfehler erkennen. Abgesehen davon, daß auch die Revision gegen die Höhe der Abfindung keine Einwendungen erhebt, hält sich die festgesetzte und ersichtlich weder durch sachfremde oder willkürliche Erwägungen bestimmte Abfindung von vier Monatsgehältern im Rahmen des gesetzlichen Beurteilungsspielraumes.

V. Die Revision war daher mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.

gez.: Hillebrecht Dr. Röhsler Dr. Weller



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

