

29. Nov. 1962

151

Für das Nachschlagewerk! Ja
Für die Fachpresse! Ja
Für die amtliche Sammlung! Ja

Gesetz: Gesetz über die Fristen für die Kündigung von Angestellten § 2; ZPO § 92 Abs. 1, §§ 128, 129, § 287 Abs. 2, § 550; MSchG § 1 Abs. 2, §§ 7, 8; BGB §§ 571, 611, 622, 627.

Leitsätze:

- 1) Hat ein Arbeitnehmer, dessen Vergütung sich nach dem Umfang der von ihm geleisteten Arbeit richtet und deshalb von Monat zu Monat wechselt, Anspruch auf Vergütung für eine Zeit, in der er tatsächlich nicht gearbeitet hat, so ist diese Vergütung nach § 287 Abs. 2 ZPO frei zu schätzen, wenn sich nicht oder nur schwer bestimmen läßt, wieviel der Arbeitnehmer in dieser Zeit tatsächlich gearbeitet hätte. Für eine solche fiktive Bestimmung der Vergütung ist der tatsächliche Arbeitsverdienst in der vorangegangenen Zeit ein geeigneter Maßstab. Dabei kann der tatsächliche Verdienst im vorangegangenen Jahr ein zuverlässigerer Maßstab sein als der Verdienst im vorangegangenen Monat.
- 2) Nicht nur bei leitenden, sondern auch bei anderen zu Diensten höherer Art verpflichteten Angestellten, zu deren Tätigkeit ein besonderes Vertrauensverhältnis notwendig ist, insbesondere bei Lehrern an Privatschulen, führt eine Betriebsübernahme nicht zu einem ohne weiteres und von selbst eintretenden Übergang des Arbeitsverhältnisses von dem bisherigen Arbeitgeber auf den neuen Betriebsinhaber (im Anschluß an BAG AP Nr. 1 zu § 419 BGB Betriebsnachfolge). Solchen Angestellten kann vielmehr aus Anlaß der Betriebsübernahme ordentlich gekündigt werden, wenn dem nicht ausnahmsweise überwiegende Interessen des Arbeitnehmers entgegenstehen.

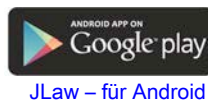
Aktenzeichen: 2 AZR 176/62

Urteil des BAG vom 29. November 1962

LAG Frankfurt/Main



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 176/62

5 Sa 29/61 Frankfurt/Main

Verkündet

am 29. November 1962

gez. Damm,

Angestellte

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes! 151

Urteil

In Sachen

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 29. November 1962 durch den Senatspräsidenten Dr. Müller, den Bundesrichter Schilgen und die Bundesrichterin Dr. Meier-Scherling sowie die Bundesarbeitsrichter Dr. Zimmermann und Zeilinger für Recht erkannt:.

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Frankfurt/M., Kammer 5, vom 5. Dezember 1961 - 5 Sa 29/61 - wird zurückgewiesen, soweit sie sich gegen die Verurteilung des Beklagten zur Gehaltszahlung richtet (Ziffer 3 der Urteilsformel).

Im übrigen wird das genannte Urteil aufgehoben und die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Frankfurt/M. vom 12. Dezember 1960 - 3 Ca 179/60 - zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger 3/4 und der Beklagte 1/4.

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 im Jahre 1903 geborene Kläger war seit 1950 als Sprachlehrer bei der B -Schule in F tätig. Nach dem Tode der früheren Inhaberin der Schule, einer Schwester des Beklagten, betrieb der Beklagte die Schule weiter auf Grund einer Vereinbarung mit dem Studienrat Dr. L , der die Lizenz zum Gebrauch des Namens B -Schule von der Zentrale aller B -Schulen in P besaß. Nach seinem Dienstvertrag vom 12. Dezember 1951 sollte der Kläger wöchentlich mindestens 36 Stunden unterrichten. Sein Gehalt sollte nach der Zahl der Unterrichtsstunden berechnet werden. Ein Mindesteinkommen von 200 DM im Monat war ihm garantiert.

Am 30. Dezember 1959 kündigte Dr. L seine Vereinbarung mit dem Beklagten zum 30. Juni 1960, weil an diesem Tage die Lizenz Dr. L ablief. Daraufhin kündigte der Beklagte durch Schreiben vom 31. März 1960 dem Kläger seinen Dienstvertrag ebenfalls zum 30. Juni 1960. Unter dem 4. Mai 1960 kündigte er auch den meisten anderen Lehrern aus demselben Grunde zum gleichen Zeitpunkt.

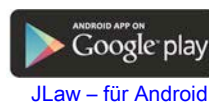
Seit dem 1. Juli 1960 wird die B -Schule in F von dem Kaufmann A S als dem neuen Lizenzträger geführt. Mit ihm schlossen die meisten Lehrer nunmehr neue Dienstverträge. Auch den Kläger zu übernehmen lehnte S trotz mehrfacher Bemühungen des Beklagten ab.

Der Kläger hat am 12. April 1960 gegen den Beklagten auf Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung vom 21. März 1960 geklagt. Der Beklagte hat eingeräumt, daß diese Kündigung nicht, wie erklärt, schon zum 30. Juni 1960, sondern nach dem Gesetz über die Fristen für die Kündigung von Angestellten vom 9. Juli 1926 erst zum 30. September 1960 wirke. Durch Teilanerkennnisurteil vom 15. September 1960 ist der Beklagte verurteilt worden, an den Kläger 1.671 DM Gehalt für die Monate Juli, August und September 1960 zu zahlen. Der Kläger hat darüber hinaus für diese drei Monate insgesamt 2.489,73 DM nebst Zinsen abzüglich der anerkannten 1.671 DM verlangt. Insoweit

- 3 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 3 -

streiten die Parteien darüber, ob das Gehalt des Klägers für die drei Monate, wie der Beklagte meint, nach dem vom Kläger im Juni 1960 verdienten Gehalt, oder, wie der Kläger meint, nach dem Durchschnittsgehalt der letzten 12 Monate zu berechnen sei. Der Kläger hat außerdem 9.000 DM als Abfindung nach §§ 7, 8 KSchG verlangt.

Das Arbeitsgericht hat S als Zeugen gehört und die Klage als unbegründet abgewiesen, soweit sie über das Anerkenntnis hinausgeht. Auf die Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht den Zeugen S nochmals gehört. Der Kläger hat im Berufungsverfahren seinen Abfindungsantrag dahin geändert, daß er nicht mehr 9.000 DM, sondern eine in das Ermessen des Gerichts gestellte Summe begehrt. Den ursprünglichen Feststellungsantrag hat der Kläger im Berufungsverfahren nicht mehr gestellt. Das Landesarbeitsgericht hat wie folgt entschieden:

- "1. Das Urteil des Arbeitsgerichts Frankfurt vom 12.12.60 - 3 Ca 179/60 - wird aufgehoben.
2. Das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien wird mit Wirkung vom 30.9.60 aufgelöst. Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger eine Abfindung in Höhe von 3.000,-- DM zu zahlen.
3. Der Beklagte wird weiter verurteilt, an den Kläger 2.489,73 DM brutto Restgehalt für die Zeit vom 1.7.60 - 30.9.60 nebst 4 % Zinsen seit dem 31.8.60 zu zahlen. Auf diesen Betrag sind die in dem Teilanerkennnisurteil vom 15.9.60 enthaltenen 1.671,-- DM anzurechnen.
4. Im übrigen wird die Klage abgewiesen.
5. Der Beklagte trägt die Kosten des gesamten Rechtsstreits.
6. Die Revision wird zugelassen."

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.

- 4 -



- 4 -

Entscheidungsgründe:

I. Die Revision ist unbegründet, soweit sie sich dagegen richtet, daß das Landesarbeitsgericht den Beklagten zur Zahlung eines weiteren Betrages als Gehalt für die drei Monate Juli bis September 1960 über die vom Beklagten anerkannten 1.671 DM hinaus verurteilt hat.

Die Parteien streiten insoweit nicht über die Verpflichtung des Beklagten zur Gehaltszahlung für diese drei Monate überhaupt. Denn dieser Anspruch ist nach dem Gesetz vom 9. Juli 1926 über die Fristen für die Kündigung von Angestellten (RGBl. I S. 399), nach welchem der Kläger, weil er schon zehn Jahre bei der B -Schule beschäftigt war, Anspruch auf Einhaltung einer Kündigungsfrist von wenigstens fünf Monaten für den Schluß eines Kalendervierteljahres hatte, dem Grunde nach gerechtfertigt. Der Beklagte erkennt den Anspruch auch dem Grunde nach an. Er meint nur in Übereinstimmung mit dem Urteil des Arbeitsgerichts und abweichend von dem angefochtenen Urteil, die Höhe des Gehaltsanspruchs für diese drei Monate bestimme sich nach dem Gehalt, das der Kläger im Monat vor seinem tatsächlichen Ausscheiden, also im Juni 1960 hatte, während das Landesarbeitsgericht das Durchschnittsgehalt des Klägers im letzten Jahr vor seinem Ausscheiden, also in der Zeit vom 1. Juli 1959 bis zum 30. Juni 1960 als maßgebend erachtet.

Hierbei hatte das Landesarbeitsgericht davon auszugehen, daß der Kläger in den drei Monaten, für die er Gehalt verlangt, tatsächlich nicht gearbeitet hat, und daß deshalb zu ermitteln war, wieviel er in diesem Zeitraum unter Berücksichtigung aller Umstände an Gehalt verdient hätte, wenn er gearbeitet hätte. Da es sich somit, weil die Zahl der Unterrichtsstunden des Klägers von Monat zu Monat wechselte, um einen weitgehend hypothetischen Verdienst handelte, der sich wegen mangelnder Bestimmbarkeit aller maßgeblichen Umstände nur sehr schwer oder gar nicht genau feststellen läßt, war das Landesarbeitsgericht berechtigt, die Gehaltsforderung des Klägers nach

- 5 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

§ 287 Abs. 2 ZPO frei zu schätzen. Bei dieser Schätzung war es in erster Linie darauf angewiesen, den tatsächlichen Verdienst des Klägers in der Zeit vor seinem Ausscheiden vergleichsweise in Betracht zu ziehen. Es kann mit Rechtsgründen nicht beanstandet werden, daß das Landesarbeitsgericht es dabei auf das ganze letzte Jahr vor dem Ausscheiden des Klägers und nicht nur auf den letzten Monat abgestellt hat. Der durchschnittliche monatliche Arbeitsverdienst in einem ganzen Jahr ist ein zuverlässigerer Maßstab als der Verdienst nur in einem Monat, der doch bei der Art der Berechnung des Gehalts zufällig besonders hoch oder – wie hier – besonders niedrig gewesen sein kann.

Demgegenüber ist der Hinweis der Revision auf § 8 KSchG, wonach die einem Arbeitnehmer, welchem ordentlich gekündigt worden ist, unter Umständen zustehende Abfindung nach dem Monatsverdienst zu bemessen ist, das dem Arbeitnehmer bei regelmäßiger betriebsüblicher Arbeitszeit in dem Monat, in dem das Arbeitsverhältnis endet, an Geld- und Sachbezügen zusteht, schon deshalb verfehlt, weil es sich bei diesem Teil der Klageforderung nicht um eine Abfindung nach §§ 7, 8 KSchG bei Aufhebung des Arbeitsverhältnisses, sondern um eine Gehaltszahlung während der Dauer des Arbeitsverhältnisses handelt. Davon abgesehen stellt es aber auch § 8 KSchG nicht auf den tatsächlichen, sondern auf den normalen Verdienst im letzten Monat des Arbeitsverhältnisses ab.

II. Begründet ist die Revision jedoch im übrigen, d.h. hinsichtlich der vom Landesarbeitsgericht ausgesprochenen Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach § 7 KSchG und der daran geknüpften, dem Kläger zuerkannten Abfindung von 3.000 DM nach § 8 KSchG. Das setzt nämlich voraus, daß die dem Kläger gegenüber ausgesprochene Kündigung vom 31. März 1960 sozial nicht gerechtfertigt, d.h. weder durch Gründe in der Person und dem Verhalten des Klägers noch durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt war. Die Gründe, aus denen das angefochtene Urteil die Kündigung als nicht durch dringende betriebliche



- 6 -

Erfordernisse bedingt ansieht, halten aber der revisionsrechtlichen Nachprüfung jedenfalls in einem Punkte nicht stand.

Das Landesarbeitsgericht hat in Übereinstimmung mit Nikisch (Arbeitsrecht, 3. Aufl., Band I, § 46 II 3, 4) und im Gegensatz zu Hueck-Nipperdey (Lehrbuch, 6. Aufl., Band I, § 54 III 2) die umstrittene Frage grundsätzlich verneint, ob der Wechsel des Betriebsinhabers, d.h. der Übergang eines Betriebes auf einen neuen Inhaber, die Betriebsübernahme, an und für sich ein triftiger Grund sein kann, der die ordentliche Kündigung gegenüber den Arbeitnehmern als dringendes betriebliches Erfordernis im Sinne von § 1 Abs. 2 KSchG erscheinen läßt. Es hat dabei den Grundsatz des § 571 BGB "Kauf bricht nicht Miete" entsprechend angewendet. Ob das allgemein gesehen richtig ist, braucht für den vorliegenden Fall nicht entschieden zu werden. Es braucht deshalb auch nicht erörtert zu werden, ob die Weiterführung der F B -Schule durch S ein Fall von Betriebsübernahme ist, was das angefochtene Urteil mit tatsächlicher Begründung feststellt, die Revision aber bezweifelt. Denn der Senat ist der Ansicht, daß unter den hier gegebenen Umständen allein der Wechsel des Inhabers der B Schule in F die dem Kläger gegenüber ausgesprochene Kündigung als betriebsbedingt sozial nicht ungerechtfertigt sein läßt. Die Frage nach einer unmittelbaren Betriebsbezogenheit des Arbeitsverhältnisses und, bei ihrer Bejahung, die des Ausmaßes einer solchen Betriebsbezogenheit stellt sich nicht.

Bereits in seiner Entscheidung vom 18. Februar 1960 (BAG 9, 62 = AP Nr. 1 zu § 419 BGB Betriebsnachfolge) hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts erkannt, daß bei leitenden Angestellten eine Betriebsübernahme nicht zu einem ohne weiteres und von selbst eintretenden Übergang des Arbeitsverhältnisses von dem bisherigen Arbeitgeber auf den neuen Betriebsinhaber führt. Das bedeutet zugleich, daß einem leitenden Angestellten bei einem Wechsel des Betriebsinhabers aus betrieblichen Erfordernissen gekündigt werden darf, wenn der neue Inhaber nicht bereit ist, ihn zu übernehmen. Bei dieser Erkenntnis hat sich

- 7 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

das Bundesarbeitsgericht vor allem davon leiten lassen, daß das besondere Vertrauen, das bei einem leitenden Angestellten auf beiden Seiten für eine ersprießliche Zusammenarbeit unerläßlich ist, sich nicht ohne weiteres mit dem Betrieb mitübertragen läßt. Es läßt sich auch nicht erzwingen, weder auf der einen noch auf der anderen Seite. Deshalb widerspricht es nach der Auffassung des Bundesarbeitsgerichts nicht nur der menschlichen Würde des Arbeitnehmers, ihn an den Betrieb mit seinem neuen Inhaber zu ketten, sondern es ist auch eine bedenkliche Einschränkung der unternehmerischen Freiheit, sowohl dem alten Inhaber eine Veräußerung seines Betriebes zu erschweren als auch dem neuen Inhaber einen unerwünschten leitenden Angestellten aufzunötigen. Eine solche Übertragung eines ganzen Rechtsverhältnisses ist, worauf das Bundesarbeitsgericht schließlich hinweist, im übrigen unserer Rechtsordnung im Grundsatz fremd.

Dieser Entscheidung schließt sich der erkennende Senat an. Das angefochtene Urteil hat sie auch nicht übersehen. Es hält sie aber für nicht einschlägig, weil der Kläger kein leitender Angestellter gewesen sei. Das war er in der Tat allerdings nicht; seine Tätigkeit stand in keinen besonderen Beziehungen zu den Aufgaben des Arbeitgebers und Unternehmers, gleich wie man im einzelnen den Begriff des leitenden Angestellten auffassen mag (vgl. § 4 Abs. 2 Buchst. c BetrVG und § 12 Buchst. c KSchG). Es liegt übrigens auch kein Anhalt dafür vor, daß der Kläger aus der großen Zahl der Lehrer in irgendeiner Weise herausgehoben war. Im Gegenteil, er beklagt sich darüber, daß er in der letzten Zeit seiner Tätigkeit bei der Zuteilung von Unterrichtsstunden zurückgesetzt worden sei. Das ändert aber nichts daran, daß er ebenso wie die anderen Lehrer Dienste höherer Art zu leisten hatte, für die ebenso wie bei den Führungsaufgaben der leitenden Angestellten ein besonderes Vertrauensverhältnis zum Arbeitgeber notwendig ist. Denn Lehrer an Privatschulen gehören nicht nur zum Kreis der von § 622 BGB erfaßten, zu Dienstleistungen höherer Art verpflichteten Personen – dort werden sie ausdrücklich genannt –, sondern diese



- 8 -

Dienste höherer Art pflegen ihnen auch, im Sinne von § 627 BGB, auf Grund besonderen Vertrauens übertragen zu werden. Das stellt sie aber für die hier entscheidende Frage, ob sie im Falle einer Betriebsübernahme ohne weiteres und von selbst in den Dienst des neuen Betriebsinhabers übertreten oder ob ihnen der alte Betriebsinhaber aus diesem Anlaß ordentlich kündigen darf, ohne damit sozial ungerechtfertigt zu handeln, den leitenden Angestellten gleich. Diese Gleichstellung wird besonders einleuchtend, wenn man bedenkt, wie sehr der Leiter und Träger einer Privatschule von der Art einer B -Sprachschule bestrebt sein muß, eine gewisse Einheitlichkeit seines Lehrkörpers zu wahren, und wie sehr diese Einheitlichkeit schon durch einen einzigen Außenseiter gestört werden kann. Damit soll nicht gesagt werden, daß der Kläger, dessen fachliche Leistungen als Sprachlehrer vielfältig anerkannt worden sind, tatsächlich ein solcher störender Außenseiter gewesen ist. Es soll nur darauf abgehoben werden, daß es einem Schulträger und Schulleiter, der eine Schule übernimmt und weiterführt, überlassen bleiben muß, eben wegen der Empfindlichkeit der Zusammenarbeit mit qualifizierten Kräften die Zusammensetzung seines Lehrerkollegiums nach seinen eigenen Vorstellungen zu bestimmen. Wenn die Schule an ihn abgegeben wird, muß er dieserhalb frei sein.

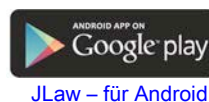
Hiernach war die dem Kläger gegenüber ausgesprochene Kündigung im Gegensatz zur Ansicht des angefochtenen Urteils durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt. Sie bleibt es auch dann, wenn man, was allerdings im Sinne der allgemeinen Interessenabwägung auch bei der betriebsbedingten Kündigung (BAG 9, 36 [42/43]) notwendig ist, die zu Gunsten des Klägers sprechenden Umstände, nämlich seine zehnjährige Tätigkeit bei der B

-Schule und sein vorgerücktes Lebensalter, erwägt. Diese Umstände ändern nichts daran, daß der Beklagte, da er die Schule nicht mehr leitet, keine Möglichkeit hat, den Kläger zu beschäftigen. Nachdem der Beklagte sich mehrfach vergeblich bemüht hat, S zur Übernahme auch des Klägers zu bewegen, und nachdem er dem Kläger eine Kündigungsfrist bis zum 30. September 1960, also von insgesamt einem halben Jahr einräumen

- 9 -



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



[JLaw – für Android](#)

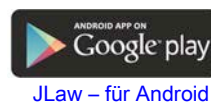


[JLaw – für iOS](#)

mußte, kann ihm nicht angesonnen werden, dem Kläger noch über diesen Termin hinaus Gehalt ohne Gegenleistung zu zahlen. Zu einer solchen Interessenabwägung mit diesem Ergebnis sieht sich der Senat in der Lage, weil alle dafür maßgeblichen Umstände feststehen. Bei einem Fall betriebsbedingter Kündigung der vorliegenden Art bleibt übrigens von vornherein nur wenig Raum für eine zum Nachteil des Arbeitgebers ausschlagende Interessenabwägung.

III. Der Kläger hat bereits in seiner Berufungsbegründung, allerdings mehr beiläufig, behauptet, daß er noch über den ursprünglichen Kündigungsstermin (30. Juni 1960) hinaus bis zum 4. Juli 1960 weiterbeschäftigt worden sei, also noch zu einer Zeit, als S bereits die Schule leitete. Diese Behauptung reicht jedoch nicht aus, um die Übernahme des Klägers durch S und damit die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses darzutun. Dabei kann ganz davon abgesehen werden, daß die Kündigung vom 31. März 1960 nach späterer Erkenntnis auch des Beklagten nicht bereits zum 30. Juni 1960, sondern erst zum 30. September 1960 wirkte, das Arbeitsverhältnis des Klägers also ohnedies Anfang Juli 1960 noch fortbestand. Denn von einer Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses des Klägers im Einvernehmen mit S könnte nur dann die Rede sein, wenn S die angebliche Tätigkeit des Klägers in den ersten Tagen des Juli 1960 gekannt und gebilligt hätte. In dieser Richtung hat der Kläger aber nichts vorgetragen. Bei der Kürze der Tätigkeit über den 30. Juni 1960 hinaus und da sonstige, einschlägige, entsprechende Schlüsse zulassende Umstände nicht vorgetragen sind, kann ein Einverständnis von S auch nicht nach allgemeinen Erfahrungssätzen angenommen werden.

IV. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO. Der Streitwert des Teiles der Klageforderung, mit der der Kläger durchdringt, nämlich der streitig gebliebene Teil seiner Gehaltsforderung, beträgt etwa 800 DM. Der Streitwert des Auflösungs- und Abfindungsantrages, mit dem der Kläger unterliegt, kann mit dem Dreifachen eines Monatsgehalts, also



- 10 -

etwa ^{mit} 2.500 DM angesetzt werden (vgl. § 12 Abs. 7 ArbGG; BAG AP Nr. 7 zu § 12 ArbGG). Das rechtfertigt es, dem Kläger drei Viertel und dem Beklagten ein Viertel der Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen.

gez. Dr. Müller

Schilgen

Dr. Meier-Scherling

Dr. Zimmermann

Fritz Zeilinger

