

Aktenzeichen: 2 AZR 21/81

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 25. November 1982

- 2 AZR 21/81 -

I. Arbeitsgericht  
Oberhausen

Urteil vom 24. Juni 1980

- 2 Ca 436/77 -

II. Landesarbeitsgericht  
Düsseldorf

Urteil vom 3. November 1980

- 21 Sa 1052/80 -

-----  
Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Ja (Tatbest. und A I, B I 1 bis 3 b d. Gr.)  
-----

Entscheidungsstichwort:

Auflösungsantrag des Arbeitgebers - Auflösungszeitpunkt

Gesetz: KSchG 1969 § 9, § 1 Verhaltensbedingte Kündigung, § 4;  
BGB § 622; ZPO §§ 256, 322

Leitsätze:

1. Scheitert die Umdeutung einer fristlosen Kündigung in eine ordentliche aus formellen Gründen und hat sich das Gericht deshalb mit den sachlichen Kündigungsgründen nicht befaßt, so ist der Arbeitgeber mit diesen Gründen für die soziale Rechtfertigung einer später ausgesprochenen, den formellen Anforderungen entsprechenden Kündigung nicht ausgeschlossen (im Anschluß an BAG AP Nr. 11 zu § 626 BGB).
2. Das Gericht kann nicht aus Billigkeitserwägungen einen Auflösungsantrag des Arbeitgebers deshalb abweisen oder einen späteren als den nach § 9 Abs. 2 KSchG maßgebenden Auflösungszeitpunkt festsetzen, weil der zur Auflösung vorgebrachte Umstand erst nach längerer Prozeßdauer eingetreten ist und bei rückwirkender Auflösung des Arbeitsverhältnisses der Arbeitnehmer nur eine erheblich unter dem im Falle des Fortbestehens des Arbeitsverhältnisses zu zahlenden Verzugslohn liegende Abfindung erhalten würde.
3. Vereinbart der Arbeitgeber mit einem Angestellten eine Verlängerung der gesetzlichen Regelkündigungsfrist und enthält der Vertrag keine ausdrückliche Regelung über den Kündigungstermin, so ist er dahin auszulegen, daß der regelmäßige gesetzliche Kündigungstermin des Quartalsendes (§ 622 Abs. 1 Satz 1 BGB) gelten soll, wenn sich aus den sonstigen Umständen des Einzelfalls nicht eindeutig ein anderer Wille der Parteien ergibt.



Lohne,  
Reg.-Amtmann  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

2 AZR 21/81

-----  
21 Sa 1052/80 Düsseldorf

Verkündet am  
25. November 1982

IM NAMEN DES VOLKES !

Bittner,  
Amtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

U r t e i l

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 25. November 1982 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Triebfürst und Dr. Weller sowie die ehrenamtlichen Richter Wellhausen und Dr. Bensinger für Recht erkannt:



**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
(mobile App)



1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 3. November 1980 - 21 Sa 1052/80 - teilweise aufgehoben.
2. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Oberhausen vom 24. Juni 1980 - 2 Ca 436/77 - teilweise abgeändert und zur Klarstellung wie folgt neu gefaßt:
  - a) Das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien wird auf den Antrag der Beklagten zum 30. September 1977 gegen eine Abfindung in Höhe von 19.375,-- DM aufgelöst.
  - b) Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 62.582,-- DM nebst 4 % Zinsen p. a. seit dem 19. Juni 1980 zu zahlen.
  - c) Im übrigen wird die Klage abgewiesen.
3. Im übrigen werden die Berufungen beider Parteien und die Revision der Beklagten zurückgewiesen.
4. Hinsichtlich der Kosten der ersten Instanz verbleibt es bei der Entscheidung des Arbeitsgerichts.



Von den Kosten der Berufung und der Revision tragen  
der Kläger 2/3, die Beklagte 1/3.

V o n   R e c h t s   w e g e n   !

T a t b e s t a n d :  
-----

Der Kläger, zugelassener Rechtsanwalt und Diplom-Kaufmann,  
trat am 1. Juni 1976 in die Dienste der Beklagten, eines Ge-  
bäudereinigungsunternehmens. Das Arbeitsverhältnis des Klägers  
wurde durch den schriftlichen Anstellungsvertrag vom 27. April  
1976 geregelt. Darin war unter anderem folgendes bestimmt:

"§ 1 Vertragsgegenstand  
-----

1. Herr Dr. P                    tritt mit Wirkung vom 1.6.1976  
in die Dienste der Firma K                    KG ein.
2. Nach Ablauf der Probezeit wird Herrn Dr. P  
Prokura gem. § 48 HGB erteilt.
3. Die Vollmachtserteilung erfolgt durch eine be-  
sondere Urkunde.

...

§ 2 Aufgabengebiet  
-----

1. Das Aufgabengebiet von Herrn Dr. P                    ist die  
vollverantwortliche Übernahme aller kaufmännischen  
Management-Aufgaben der Firma K                    KG, d. h.  
Übernahme
  - a) des kaufmännischen Rechnungswesens des Gesamt-  
unternehmens
  - b) des Einkaufs des Gesamtunternehmens
  - c) der Lagerwirtschaft
  - d) des Fuhrparks



e) des Rechts- und Versicherungswesens

f) bestimmter Organisationsaufgaben des Verkaufs.

...

### § 3 Dienststellung

-----

1. Herr Dr. P wird nach der Probezeit alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der Firma K KG.
2. Herr Dr. P wird dem Komplementär der Firma K KG, Herrn Klaus-Dieter A , direkt unterstellt und ist ihm zur laufenden Berichterstattung über alle Begebenheiten verpflichtet. Dazu gehören Abweichungen von der Zielvorgabe, Vorkommnisse jeglicher Art im Kundenverkehr, Berichterstattung über Einkaufsverhandlungen usw.

...

### § 5 Dienstbezüge

-----

1. Im ersten Dienstjahr beträgt das Gehalt DM 70.000,-- brutto  
  
im zweiten Dienstjahr beträgt das Gehalt DM 84.000,-- brutto

.....

### § 9 Vertragsdauer

-----

1. Dieser Vertrag wird auf unbestimmte Zeit geschlossen. Es wird eine Probezeit von 6 Monaten vereinbart, die auf Verlangen der Vertragspartner um weitere 6 Monate verlängert werden kann.
2. Während der Probezeit ist der Vertrag mit zweimonatiger Frist vor Ablauf der Probezeit kündbar. Nach Ablauf der Probezeit ist der Vertrag in dem darauffolgenden Vertragsjahr mit sechsmonatiger Frist kündbar. Danach verlängert sich die Kündigungsfrist auf 1 Jahr.



3. Die Kündigung erfolgt durch eingeschriebenen Brief, wobei das Datum des Poststempels der Briefaufgabe maßgebend ist."

Am 29. Juni 1976 kündigte der Komplementär der Beklagten das Arbeitsverhältnis mündlich fristlos. Dem lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Ein inzwischen bei der Beklagten ausgeschiedener Angestellter hatte im Frühjahr 1976 bei einer Firma P in Düsseldorf 3000 Tonnen Farbe und 1.500 Deckel bestellt; die Auftragssumme betrug etwa 67.000,-- DM. Die Beklagte widersprach der am 2. Mai 1976 bei ihr eingegangenen Auftragsbestätigung nicht. Darin war eine Lieferfrist von 3 - 4 Wochen angegeben. Nachträglich erkannte der Komplementär der Beklagten die beschränkte Verwendbarkeit der bestellten Artikel. Er wies den Kläger an, sich um eine Stornierung des Auftrags zu bemühen. Auf telefonische Anfrage erklärte sich die Firma P jedoch hierzu nicht bereit. Da die Lieferfrist inzwischen verstrichen war, kam der Kläger auf den Gedanken, der Firma P nach § 326 BGB eine Lieferfrist zu setzen, wobei er hoffte, die Firma werde nicht rechtzeitig liefern können. Am 16. Juni 1976 entschied der Komplementär der Beklagten, daß der Kläger die Fristsetzung in die Wege leiten solle.

Der Kläger, der sich mit dem Komplementär zu dieser Zeit auf einer Geschäftsreise in Witten befand, bat daraufhin den im Betrieb in Oberhausen beschäftigten Handlungsbevollmächtigten G - in einem Telefongespräch, ein Telegramm an die Firma P zu senden. Als Unterzeichner sollte der Komplementär er-



scheinen, damit die Firma P keine Möglichkeit haben sollte, die Fristsetzung wegen mangelnder Vollmacht zurückzuweisen. Den Inhalt des Telegramms hatte der Kläger zuvor mit dem Komplementär abgesprochen und mit ihm vereinbart, zur Sicherheit zusätzlich einen entsprechenden Brief an die Firma abzusenden. Der Kläger sagte Herrn G , der Brief solle von ihm ebenfalls mit dem Namen des Komplementärs unterschrieben werden. Hiervon unterrichtete er den Komplementär nicht. Herr G ließ den Brief liegen. Der Komplementär der Beklagten kehrte noch am selben Tag in den Betrieb zurück, unterschrieb den Brief und sorgte für seine Absendung. Die Firma P machte nach erneuten Verhandlungen den Auftrag zu einem Drittel rückgängig.

Am 29. Juni 1976 fand zwischen dem Kläger und dem Komplementär der Beklagten eine Unterredung statt, in deren Verlauf der Komplementär die fristlose Kündigung aussprach. Als Begründung gab er an, der Kläger habe sich einer Urkundenfälschung schuldig gemacht, indem er Herrn G aufgefordert habe, den Brief an die Firma P mit Klaus-Dieter A zu unterzeichnen. Dem widersprach der Kläger und erklärte sich zur Weiterarbeit bereit. Dies lehnte der Komplementär ab. In einem Schreiben vom 1. Juli 1976 bat der Kläger den Komplementär der Beklagten, in die Arbeitsbescheinigung für das Arbeitsamt einzutragen:

Beendigung des Arbeitsverhältnisses, weil endgültig kein Vertrag zustande kam.

Werde fristlose Kündigung eingetragen, müsse er eine längere Sperrzeit in Kauf nehmen. Am Schluß dieses Schreibens erklärte er sich nochmals zur Weiterarbeit bereit.



Gegen diese Kündigung erhob der Kläger am 19. August 1976 Klage mit dem Antrag festzustellen, daß die fristlose Kündigung der Beklagten vom 29. Juni 1976 unwirksam sei. Ferner verlangte er aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs Gehaltszahlung für Juli 1976 bis einschließlich Januar 1977 in Höhe von 40.831,-- DM.

Im Termin vom 11. November 1976 vor dem Arbeitsgericht erklärte der frühere Prozeßbevollmächtigte der Beklagten zu Protokoll, die außerordentliche Kündigung solle hilfsweise als ordentliche Kündigung gelten.

Der Kläger trug vor, er habe dem Angestellten G lediglich gesagt, es sei zweckmäßig, wenn das Schreiben an die Firma P die Unterschrift des Komplementärs trage, er solle daher mit dessen Namen unterzeichnen. Zu einer bindenden Anweisung sei er damals noch nicht bevollmächtigt gewesen. Er habe nicht gewußt, ob der Komplementär an dem betreffenden Tag noch in das Büro zurückkehren werde. Der Brief sollte aber noch an diesem Tag geschrieben werden.

Die Beklagte beantragte Klageabweisung. Sie trug vor, der Kläger habe Herrn G eine ausdrückliche Anweisung erteilt. Unabhängig von der strafrechtlichen Würdigung dieses Verhaltens habe der Kläger seine Informationspflicht nach § 3 Nr. 2 des Anstellungsvertrages verletzt. Erschwerend komme hinzu, daß er den Komplementär jederzeit von seinem Vorhaben hätte unterrichten können. Hierdurch sei das Vertrauensverhältnis nachhaltig gestört



worden. Bei einer Weiterbeschäftigung des Klägers sei mit weitaus schwereren Vorfällen zu rechnen gewesen. In jedem Falle sei die fristlose Kündigung in eine fristgerechte umzudeuten und zum 29. August 1976 wirksam geworden. Zumindest liege aber in der Protokollerklärung ihres früheren Prozeßbevollmächtigten vom 11. November 1976 eine wirksame fristgemäße Kündigung zum 11. Januar 1977.

Die Klage hatte in allen Instanzen Erfolg. Der erkennende Senat bestätigte in seinem Urteil vom 20. September 1979 -2 AZR 967/77 - (AP Nr. 8 zu § 125 BGB) die Ansicht der Vorinstanzen, für eine fristlose Kündigung habe kein wichtiger Grund vorgelegen, ihre Umdeutung in eine ordentliche Kündigung scheitere an dem Mangel der in § 9 Nr. 3 des Anstellungsvertrages vereinbarten Schriftform, die Protokollerklärung vom 11. November 1976 stelle keine erneute Kündigung dar und das Arbeitsverhältnis des Klägers habe demgemäß im Anspruchszeitraum fortbestanden.

Noch im Verlauf des Vorprozesses hat die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 25. Februar 1977 vorsorglich ordentlich zum nächsten zulässigen Termin, zumindest zum 31. August 1977 gekündigt und sich zur Begründung auf den im Vorprozeß vorgetragenen Sachverhalt berufen. Gegen diese Kündigung wehrt sich der Kläger mit der am 18. März 1977 erhobenen Klage, die Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist, das vom Arbeitsgericht bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Vorprozesses ausgesetzt worden war. Der Kläger hat weiterhin Ansprüche geltend gemacht, mit denen er zum Teil in den Vorinstanzen unterlegen



ist. Gegenstand des Revisionsverfahrens sind insoweit noch Ansprüche auf Gehaltsfortzahlung für die Zeit vom 1. Februar 1977 bis 31. Mai 1980 sowie Nutzungsentschädigung wegen Vorenthaltung eines Dienstwagens für die Zeit vom 1. Juli 1976 bis 31. Mai 1980 in Höhe von insgesamt 288.944,-- DM.

Zur Kündigung hat der Kläger geltend gemacht, die Beklagte sei bereits im Hinblick auf die Rechtskraft des Feststellungsurteils über die fristlose Kündigung im Vorprozeß gehindert gewesen, auf denselben Sachverhalt eine erneute Kündigung zu stützen. Da sie die Kündigung erst acht Monate nach Ausspruch der ersten Kündigung erklärt habe, sei ihr Kündigungsrecht auch verwirkt. In jedem Falle sei die Kündigung aber sozial ungerechtfertigt und könnte überdies frühestens zum 30. September 1977 wirken.

An Gehalt hatte der Kläger für die Zeit vom 1. Februar 1977 bis 31. Mai 1980 unter Berücksichtigung der in § 5 des Anstellungsvertrages vereinbarten Gehaltssteigerungen zunächst Zahlung von insgesamt 327.324,-- DM verlangt und noch im Schriftsatz vom 3. März 1980 vorgetragen, es sei nochmals festzuhalten, daß die Beklagte ihm bisher keine andere Arbeit angeboten habe und daß er trotz eigener Bemühungen nicht erfolgreich gewesen sei. Im Termin vor dem Arbeitsgericht vom 30. April 1980 hat er auf entsprechenden Vorhalt der Beklagten eingeräumt, seit 1. Januar 1979 - in Ulm - vorübergehend ein neues Arbeitsverhältnis eingegangen zu sein und dort bisher 90.612,-- DM verdient zu haben. Für die Zeit bis 31. Mai 1980 hat der Kläger seinen Zwischenverdienst auf



insgesamt 102.178,-- DM beziffert und nach Abzug dieses Betrages an Gehalt bis zu diesem Zeitpunkt noch insgesamt 225.146,-- DM gefordert.

Weiter verlangt der Kläger für die Zeit vom 1. Juli 1976 bis 31. Mai 1980 noch Zahlung von 36.000,-- DM als Entschädigung für die Vorenthaltung des Dienstwagens vom Typ BMW 528, der ihm unstreitig auch für Privatfahrten zur Verfügung gestellt war und den er am 29. Juni 1976 an die Beklagte hatte herausgeben müssen. Hierzu hat er zuletzt vorgetragen, er sei im Monat durchschnittlich 1.250 km privat gefahren. Bei Unkosten für diesen Fahrzeugtyp von 0,60 DM pro Kilometer stünden ihm pro Monat 750,-- DM zu.

Der Kläger hat demgemäß beantragt festzustellen, daß die Kündigung der Beklagten vom 25. Februar 1977 aus sozialen Gründen rechtsunwirksam und das Arbeitsverhältnis hierdurch nicht aufgelöst ist. Er hat in erster Instanz noch weitere Ansprüche verfolgt und beantragt, die Beklagte zur Zahlung von insgesamt 278.777,-- DM nebst 4 % Zinsen seit 19. Juni 1980 sowie weiter dazu zu verurteilen, ihm ab 31. Mai 1980 monatlich jeweils 9.166,-- DM Gehalt zu zahlen und ihn wieder einzustellen und zu beschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen, und den Hilfsantrag gestellt, das Arbeitsverhältnis zum 31. August 1977 gegen Zahlung einer angemessenen Abfindung aufzulösen.

Zur Kündigung hat sie im wesentlichen ihr Vorbringen im



Vorprozeß wiederholt und weiter geltend gemacht, der Kläger habe ihr in dem Schreiben vom 1. Juli 1976 angesonnen, gegenüber dem Arbeitsamt unwahre Angaben zu machen. Deswegen sei in jedem Falle eine ordentliche Kündigung sozial gerechtfertigt. Dieser erneuten Kündigung stehe die Rechtskraft der im Vorprozeß ergangenen Entscheidung nicht entgegen, da sie eine andere, zu einem früheren Termin erklärte Kündigung betreffe. Ihr Kündigungsrecht sei auch nicht verwirkt, da sie die erneute Kündigung kurze Zeit nach Verkündung des arbeitsgerichtlichen Urteils im Vorprozeß ausgesprochen habe und sie früher nicht habe erkennen können, daß ihre Kündigung vom 29. Juni 1976 auch nicht zumindest als ordentliche wirksam sei.

Zu ihrem Auflösungsantrag hat die Beklagte vorgetragen, er bedürfe keiner Begründung, weil der Kläger leitender Angestellter im Sinne des § 14 Abs. 2 KSchG sei. In jedem Falle rechtfertige aber der vom Kläger unternommene Versuch, durch bewußt unrichtige Angaben über erfolglos gebliebene Bewerbungen in erheblichem Umfang ungerechtfertigte Gehaltsnachzahlungen zu erlangen, die Auflösung des Arbeitsverhältnisses.

Die Beklagte hat ferner bestritten, daß der Kläger sich auch in der übrigen Zeit um eine anderweitige Tätigkeit bemüht habe und jährlich 12.000 km privat gefahren sei. Er könne als Entschädigung für die Vorenthaltung des Dienstwagens auch allenfalls 0,30 DM pro Kilometer verlangen, da er nur einen Pkw vom Typ Renault R 5 fahre.



Der Kläger hat beantragt, den Auflösungsantrag abzuweisen. Er hat hierzu vorgetragen, er sei kein leitender Angestellter gewesen, da er die im Anstellungsvertrag vorgesehenen Funktionen nie ausgeübt habe. Ihm könne auch nicht vorgeworfen werden, sein ab 1. Januar 1979 eingegangenes anderweitiges Arbeitsverhältnis zu spät angegeben zu haben. Denn der Beklagten sei jedenfalls in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Arbeitsgericht sein Zwischenverdienst bekannt gewesen. Er sei im übrigen nicht verpflichtet gewesen, sich diesen Verdienst auf die von der Beklagten geschuldeten Bezüge anrechnen zu lassen. Sie stammten aus einer unzumutbaren Tätigkeit, da er mit seiner Frau in Frankfurt am Main gewohnt habe und deshalb nicht verpflichtet gewesen sei, in Ulm eine Stelle anzunehmen und nur die Wochenenden zu Hause zu verbringen.

Das Arbeitsgericht hat die Kündigung der Beklagten für sozial ungerechtfertigt erachtet, das Arbeitsverhältnis jedoch auf den Hilfsantrag der Beklagten gegen Zahlung einer Abfindung von 17.500,-- DM zum 31. August 1977 aufgelöst. Es hat die Beklagte ferner zur Zahlung von 44.332,-- DM Gehalt für die Zeit vom 1. Februar 1977 bis 31. August 1977 sowie 9.750,-- DM Nutzungsentschädigung für die Zeit vom 1. Juli 1976 bis 31. August 1977 verurteilt. Im übrigen hat es die Klage abgewiesen und dem Kläger 5/6, der Beklagten 1/6 der Kosten erster Instanz auferlegt.

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte in vollem Umfang ihres Unterliegens Berufung eingelegt. Der Kläger hat sich mit seiner Berufung gegen die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gewandt und



Zahlungsansprüche in Höhe von insgesamt 278.306,-- DM weiterverfolgt.

Das Landesarbeitsgericht hat das Urteil des Arbeitsgerichts teilweise abgeändert. Es hat den Auflösungsantrag der Beklagten abgewiesen und die Beklagte zur Zahlung weiterer 207.064,-- DM als Gehalt und Nutzungsentschädigung für die Zeit vom 1. September 1977 bis 31. Mai 1980 nebst 4 % Jahreszinsen ab 19. Juni 1980 verurteilt. Im übrigen hat es die Berufungen der Parteien zurückgewiesen und dem Kläger 1/19, der Beklagten 18/19 der Kosten beider Instanzen auferlegt.

Gegen dieses Urteil hat nur die Beklagte Revision eingelegt. Sie verfolgt ihren Hauptantrag auf Abweisung der Klage in vollem Umfang sowie ihren Hilfsantrag auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses zum 31. August 1977 weiter. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

#### E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision ist unbegründet, soweit die Beklagte damit die Abweisung der Kündigungsschutzklage verfolgt (zu A der Gründe). Zum Auflösungsantrag der Beklagten und überwiegend auch zum Zahlungsantrag des Klägers hat das Rechtsmittel dagegen Erfolg (zu B der Gründe).

A. Das Berufungsgericht hat richtig erkannt, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 25. Februar 1977 nicht aufgelöst worden ist.



I. Wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, ist die Beklagte mit ihren zur sozialen Rechtfertigung der Kündigung vorgebrachten Gründen durch die im Vorprozeß zu ihrer Kündigung vom 29. Juni 1976 ergangene rechtskräftige Entscheidung des Berufungsgerichts nicht ausgeschlossen (präkludiert).

1. Der Umfang der materiellen Rechtskraft nach § 322 ZPO und der sie ergänzenden und sichernden Präklusion wird durch den Streitgegenstand bestimmt, über den rechtskräftig entschieden worden ist. Der Streitgegenstand wird inhaltlich durch die Art des Klagebegehrens, den Antrag und die Begründung der klagenden Partei festgelegt (vgl. Senatsurteil vom 31. Mai 1979 - 2 AZR 473/77 - AP Nr. 50 zu § 256 ZPO, zu II 1 a der Gründe, m.w.N.).

Da das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien im Zeitpunkt der Kündigung der Beklagten vom 29. Juni 1976 noch keine sechs Monate bestanden hatte, konnte der Kläger diese Kündigung nicht mit einer Kündigungsschutzklage nach den §§ 4, 13 Abs. 1 KSchG angreifen. Sein Antrag im Vorprozeß enthielt sachlich die nach § 256 ZPO zulässige Klage auf Feststellung, daß das Arbeitsverhältnis über den 29. Juni 1976 hinaus fortbestand. Im Gegensatz zur Kündigungsschutzklage mit einem Antrag nach Maßgabe des § 4 Satz 1 KSchG wird im Rahmen einer solchen Feststellungsklage in der Regel darüber gestritten, ob das Arbeitsverhältnis über einen bestimmten Termin hinaus im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung noch fortbesteht oder beendet ist. Das gilt jedoch nicht uneingeschränkt, es kommt vielmehr bei der Bestimmung des Streitgegenstandes einer solchen Feststellungsklage auch auf den



gestellten Antrag oder darauf an, was der Kläger erkennbar gewollt hat (Senatsurteil vom 31. Mai 1979, aaO).

2. Bei Anwendung dieser Grundsätze auf den Entscheidungsfall ist Streitgegenstand der im Vorprozeß erhobenen Feststellungsklage die Frage gewesen, ob das Arbeitsverhältnis über den Zugang der Kündigung der Beklagten vom 29. Juni 1976 hinaus bis zum 31. Januar 1977 fortbestanden hat. Dem im Vorprozeß gestellten Klageantrag und seiner Begründung ist zu entnehmen, daß sich der Kläger gegen die Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch die Kündigung der Beklagten als fristlose wie auch im Hinblick auf die von der Beklagten geltend gemachte Umdeutung als ordentliche Kündigung zum 29. August 1976 gewehrt hat. Er hat sich ferner gegen die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 11. Januar 1977 durch eine etwa in der Protokollerklärung der Beklagten vom 11. November 1977 zu sehende - vorsorgliche - ordentliche Kündigung gewandt und Gehaltsansprüche bis 31. Januar 1977 geltend gemacht. Hierdurch sowie durch die Erhebung der vorliegenden Klage gegen die von der Beklagten vorsorglich ausgesprochene ordentliche Kündigung vom 25. Februar 1977 hat der Kläger den Streitgegenstand des Vorprozesses erkennbar auf die Feststellung des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses zum 31. Januar 1977 beschränkt.

Demnach hat das Urteil des Berufungsgerichts im Vorprozeß rechtskräftig festgestellt, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien bis zum 31. Januar 1977 fortbestanden hat. Demgegenüber ist Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens, soweit es den



Feststellungsantrag des Klägers betrifft, die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 25. Februar 1977 zu dem in ihr vorgesehenen, über den 31. Januar 1977 hinausgehenden nächsten zulässigen Termin, weil der Kläger sich gegen diese Kündigung nur durch eine Kündigungsschutzklage mit einem Antrag nach Maßgabe des § 4 Satz 1 KSchG wehrt. Eine rechtskräftige Entscheidung des Berufungsgerichts im Vorprozeß über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses in dem im vorliegenden Verfahren umstrittenen Zeitraum liegt somit nicht vor.

3. Die Beklagte ist auch nicht aus dem Gesichtspunkt der Präklusion gehindert, sich für die soziale Rechtfertigung ihrer vorsorglich erklärten Kündigung vom 25. Februar 1977 auf die Gründe zu berufen, die sie zur Rechtfertigung der Kündigung vom 29. Juni 1976 als fristlose und als - umgedeutete - ordentliche Kündigung vorgebracht hat.

a) Um eine Präklusion als notwendige Folge und Ergänzung der Rechtskraftwirkung zu vermeiden, sind die Parteien bei einem Streit über einen Streitgegenstand gehalten, in dem Rechtsstreit alles vorzubringen, was erforderlich ist, um mit ihrem Standpunkt durchzudringen. Deshalb muß der Arbeitgeber in einem Kündigungsschutzprozeß mit dem Klageantrag nach § 4 Satz 1 KSchG alle Gründe vorbringen, die zu einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu dem in der Kündigung vorgesehenen Termin führen können (BAG 7, 36 = AP Nr. 17 zu § 3 KSchG, zu III 2 und 3 der Gründe). Ist Gegenstand eines solchen Prozesses eine fristlose Kündigung,



so muß der Arbeitgeber in diesem Prozeß geltend machen, daß die Kündigung hilfsweise in eine ordentliche umzudeuten ist. Geschieht dies nicht und stellt das Gericht rechtskräftig die Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung fest, so ist im nachfolgenden Zahlungsprozeß eine Umdeutung ausgeschlossen (BAG Urteil vom 19. Februar 1970 - 2 AZR 133/69 - AP Nr. 12 zu § 11 KSchG, zu I der Gründe). Gleiches gilt, wenn im Rahmen einer Klage nach § 256 ZPO die Unwirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung festgestellt wird (BAG Urteil vom 14. August 1974 - 5 AZR 497/73 - AP Nr. 3 zu § 13 KSchG 1969, zu I der Gründe).

b) Der vorliegende Fall unterscheidet sich von den in den vorstehend zitierten Entscheidungen behandelten Fällen bereits dadurch, daß Gegenstand des zweiten Prozesses eine Kündigung ist, die nach der im Vorprozeß umstrittenen Kündigung und zu einem späteren Termin als diese ausgesprochen wurde. Die Beklagte beruft sich, wie der Kläger übersieht, im vorliegenden Verfahren nicht auf die Umdeutung der zuvor ausgesprochenen fristlosen Kündigung, sondern auf die soziale Rechtfertigung einer weiteren, vorsorglich ausgesprochenen ordentlichen Kündigung, die nicht Gegenstand des Vorprozesses war.

Fraglich kann somit nur sein, ob die Beklagte sich zur Rechtfertigung dieser Kündigung auf dieselben Gründe berufen kann, auf die sie ihre erste, rechtskräftig für unwirksam erklärte Kündigung sowohl als fristlose wie auch als umgedeutete ordentliche Kündigung gestützt hatte. Für die Entscheidung des vorliegenden Falles kann dahingestellt bleiben, ob auch in diesen



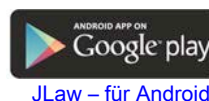
Fällen einer sogenannten Trotz Kündigung grundsätzlich ebenfalls die Präklusionswirkung des im Vorprozeß rechtskräftig ergangenen Urteils eingreift oder ob die zweite Kündigung materiellrechtlich als sittenwidrig (§ 138 BGB) anzusehen ist und der gegen sie gerichteten Klage aus diesem Grunde ohne weitere Sachprüfung stattgegeben werden muß (vgl. dazu BAG Urteil vom 12. Oktober 1954 - 2 AZR 36/53 - AP Nr. 5 zu § 3 KSchG, zu III der Gründe; Hueck, KSchG, 10. Aufl., § 4 Rz 56; KR-Wolf, § 4 KSchG Rz 272 und KR-Hillebrecht, § 626 BGB Rz 297, jeweils m.w.N.). Einigkeit besteht in Rechtsprechung und Schrifttum jedenfalls darüber, daß der Kündigende nicht mit Gründen ausgeschlossen ist, die im Vorprozeß vorgebracht worden sind, wenn die Kündigung aus formellen Gründen unwirksam war oder wenn das Gericht sich mit ihnen eindeutig und ausdrücklich nicht befaßt hat (BAG Urteile vom 12. Oktober 1954 - aaO - und vom 12. April 1956 - AP Nr. 11 zu § 626 BGB; KR-Friedrich, § 4 KSchG Rz 273; KR-Hillebrecht, § 626 BGB Rz 297). Im Entscheidungsfall haben sowohl das Berufungsgericht als auch der Senat zu dem sachlichen Grund für die erste Kündigung der Beklagten keine Stellung genommen, soweit die Beklagte auf diesen auch die Kündigung als (umgedeutete) ordentliche gestützt hatte, weil sie die Umdeutung bereits an der fehlenden Schriftform scheitern ließen.

II. Die Beklagte hat das Recht, am 25. Februar 1977 erneut ordentlich zu kündigen, auch nicht unabhängig von der im Vorprozeß getroffenen Entscheidung aus materiellen Gründen verwirkt.

1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, für eine Verwirkung



**JLaw - Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
(mobile App)



sprächen erhebliche Gesichtspunkte. Es hat diese Frage jedoch nicht abschließend beantwortet. Nach seiner Ansicht kam es hierauf für die Entscheidung über die Kündigung und den Auflösungsantrag der Beklagten nicht an, weil es die Kündigung für sozial ungerechtfertigt angesehen, jedoch das Vorliegen eines Auflösungsgrundes verneint hat. Der Senat hält jedoch einen Grund für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses für gegeben (vgl. dazu unter B I). Deshalb ist die Frage der Verwirkung erheblich für die Entscheidung über den Auflösungsantrag, weil die Beklagte diesen Antrag nicht stellen könnte, wenn sie das Kündigungsrecht verwirkt hätte und die Kündigung deshalb gemäß § 13 Abs. 3 Satz 1 KSchG aus einem anderen Grund als wegen fehlender sozialer Rechtfertigung unwirksam wäre (BAG 32, 122 = AP Nr. 4 zu § 9 KSchG 1969; BAG 35, 30 = AP Nr. 6 zu § 9 KSchG 1969, zu III 1 der Gründe; Senatsurteil vom 26. März 1981 - 2 AZR 604/79 - zu III 2 b der Gründe, nicht veröffentlicht). Der Senat kann diese Prüfung auch selbst vornehmen, weil der Tatsachenstoff insoweit geschlossen vorliegt und nicht ersichtlich ist, daß die Parteien hierzu noch weiteres vortragen könnten.

2.a) Die Verwirkung ist ein Sonderfall der unzulässigen Rechtsausübung. Sie setzt voraus, daß der Inhaber des Rechts längere Zeit untätig geblieben ist (Zeitmoment), dieses Verhalten beim Schuldner nach den gesamten Umständen die berechnete Annahme hervorgerufen hat, er werde sein Gläubigerrecht endgültig nicht mehr geltend machen, und der Schuldner sich erkennbar darauf eingestellt hat, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden (Umstandsmoment). Der Schwerpunkt des Verwirkungsbegriffs liegt da-



bei im Umstandsmoment (BAG Urteile vom 9. Juli 1958 - 2 AZR 438/56 - und vom 1. August 1958 - 1 AZR 475/55 -, AP Nr. 9 und 10 zu § 242 BGB Verwirkung). Wie allgemein anerkannt ist, kann auch das Recht, eine Kündigung auszusprechen, verwirken (BAG 6, 257 = AP Nr. 6 zu § 611 BGB Dienstordnungs-Angestellte, zu II 10 der Gründe; KR-Wolff, Grunds. Rz 342).

b) Die Anwendung dieser Grundsätze auf den Entscheidungsfall ergibt, daß das Recht der Beklagten, die am 25. Februar 1977 dem Kläger aus den Gründen, auf die sie ihre Kündigung vom 29. Juni 1976 gestützt hatte, erneut zu kündigen, nicht verwirkt war. Es fehlt in jedem Falle an den Voraussetzungen für das Umstandsmoment.

Die Beklagte hatte im Vorprozeß von Anfang an das beanstandete Verhalten des Klägers als einen wichtigen Grund für eine sofortige Kündigung angesehen, sich im Gütetermin vom 11. November 1976 ausdrücklich auch auf die Umdeutung ihrer fristlosen Kündigung in eine ordentliche berufen und zumindest zu diesem Zeitpunkt eindeutig zu erkennen gegeben, sie wolle sich aus demselben Grunde unter allen Umständen von dem Kläger trennen. Sie hatte ferner die Ansicht vertreten, die Umdeutung scheitere nicht an der vertraglichen Schriftformklausel, weil diese nur deklaratorische Bedeutung habe. Eine Verwirkung ihres materiell auch noch am 25. Februar 1977 bestehenden Rechts, wegen desselben Sachverhalts erneut ordentlich zu kündigen, konnte somit nur dann eingetreten sein, wenn ihr Verhalten bis zu diesem Zeitpunkt in dem Kläger die berechtigte Annahme hervorgerufen hätte, sie wolle



die Beendigung des Arbeitsverhältnisses trotz der im Vorprozeß in erster Instanz bereits angesprochenen rechtlichen Bedenken hinsichtlich der Schriftformklausel allein von der Wirksamkeit ihrer ersten Kündigung abhängig machen. Erforderlich ist ferner, daß der Kläger sich gerade hierauf auch nach außen erkennbar eingestellt hatte.

An diesen Voraussetzungen fehlt es jedoch. Als die Beklagte sich im Vorprozeß ausdrücklich auf die Umdeutung berief, war die sechsmonatige Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG noch nicht abgelaufen. Damit hatte sie zu erkennen gegeben, daß sie auch ihr Recht, noch ohne die Beschränkungen des Kündigungsschutzgesetzes das Arbeitsverhältnis notfalls auch fristgerecht zu beenden, wahren wolle. Ihre Ansicht, eine Einschreibeklausel habe generell nur deklaratorische Wirkung, war vom Reichsarbeitsgericht und auch im Schrifttum vertreten worden (vgl. die Nachweise im Senatsurteil vom 20. September 1979, aaO, zu III 1 a der Gründe). Wenn sie es deshalb zunächst einmal auf die Entscheidung der ersten Instanz zu dieser Rechtsfrage ankommen ließ, durfte der Kläger aufgrund der gesamten Umstände nicht schon darauf vertrauen, die Beklagte wolle den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses allein von der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit ihrer ersten Kündigung abhängig machen. Schließlich fehlen auch Anhaltspunkte dafür, daß der Kläger sich für die Beklagte erkennbar darauf eingestellt hatte, daß keine weitere Kündigung mehr ausgesprochen werde. Nach Erlaß des arbeitsgerichtlichen Urteils im Vorprozeß hat die Beklagte aber unverzüglich von ihrem Kündigungsrecht Gebrauch gemacht.



III. Die Kündigung ist auch sozial nicht gerechtfertigt.

1. Das Berufungsgericht hat hierzu im wesentlichen ausgeführt, der Kläger habe sich im Fall P nicht illoyal der Beklagten gegenüber verhalten. Er habe damit Schaden von dem Unternehmen abwenden wollen. Wenn dies schon nicht die Billigung der Beklagten gefunden habe, so hätte sie ihre Interessen mit einer Abmahnung hinreichend wahren können. Eine Wiederholungsgefahr habe nicht bestanden. Ohne Erfolg verweise die Beklagte auf die besondere Vertrauensstellung, die der Kläger habe einnehmen sollen, da er ihr Vertrauen nicht zu ihrem Nachteil mißbraucht habe. Dem Vorwurf, er habe die Unterzeichnung des Schreibens an die Firma P durch den Komplementär vortäuschen wollen, sei entgegenzuhalten, daß absprachegemäß ein solches Schreiben habe abgesandt werden sollen und schließlich auch von dem Komplementär unterschrieben worden sei. Der Kläger habe somit lediglich die Absendung beschleunigen und dabei dem Willen des Komplementärs Rechnung tragen wollen. Für den Verdacht eines künftigen Mißbrauchs der Vertrauensstellung bestehe nicht der geringste Anhaltspunkt.

2. Bei der Frage der Sozialwidrigkeit einer Kündigung handelt es sich um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs, die vom Revisionsgericht nur darauf überprüft werden kann, ob das angefochtene Urteil den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm des § 1 KSchG Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat, ob es bei der gebotenen Interessenabwägung, bei der dem Tatrichter ein Beurteilungsspielraum zusteht, alle wesentlichen



Umstände berücksichtigt hat und ob es in sich widerspruchsfrei ist (ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts; vgl. BAG 1, 99 = AP Nr. 5 zu § 1 KSchG; BAG 29, 49 = AP Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit). Diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält das angefochtene Urteil stand.

3. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß absprachegemäß ein das Telegramm bestätigendes Schreiben an die Firma P abgesandt werden sollte und der Komplementär der Beklagten auch mit seinem Inhalt einverstanden war. Mit seinem Hinweis, der Kläger habe durch das beanstandete Verhalten Schaden von der Beklagten abwenden wollen, hat das Berufungsgericht ersichtlich wie in seinem Urteil im Vorprozeß berücksichtigt, daß der Kläger die Unterzeichnung im Namen des Komplementärs im Interesse der Beklagten für geboten hielt, um formale Einwendungen gegen die Fristsetzung (Fehlen einer Vollmachtsurkunde, § 174 Satz 1 BGB) auszuschalten, und es hat daraus gefolgert, der Kläger sei von dem mutmaßlichen Einverständnis des Komplementärs ausgegangen. Es hat ferner die besondere Vertrauensstellung in Betracht gezogen, die der Kläger in dem Unternehmen bekleiden sollte, und geprüft, ob die Beklagte für die Zukunft ein illoyales Verhalten des Klägers befürchten mußte.

Damit hat das Berufungsgericht alle Umstände gewürdigt, die für die nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG vorzunehmende Prüfung bedeutsam sein können, ob in Abwägung der Interessen beider Parteien die ordentliche Kündigung als billigenwert und angemessen erscheint. Das Schreiben des Klägers vom 1. Juli 1976 konnte es



außer Betracht lassen. Das darin an die Beklagte gerichtete Ansinnen, gegenüber dem Arbeitsamt bestimmte Angaben zum Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu machen, ist nicht geeignet, einen Grund für die soziale Rechtfertigung der Kündigung abzugeben. Denn der Kläger wollte damit nur wirtschaftliche Nachteile aus der durch die - unberechtigte - fristlose Kündigung der Beklagten geschaffene tatsächliche Lage abwenden, so daß sich hieraus keine Rückschlüsse für die Frage einer weiteren Zusammenarbeit ziehen lassen. Wenn das Berufungsgericht unter Würdigung dieser Umstände zu dem Ergebnis gelangt ist, daß die Kündigung nicht sozial gerechtfertigt sei, so hat es sich damit in dem Beurteilungsspielraum der Tatsacheninstanz gehalten. Mit ihrem Vortrag, das Verhalten des Klägers im Fall P sei illoyal und das Berufungsgericht habe die Vertrauensstellung des Klägers nicht ausreichend gewürdigt, zielt die Revision lediglich darauf ab, ihre eigene Wertung an die Stelle der entsprechenden Wertung des Berufungsgerichts zu setzen.

B. Das Berufungsgericht hat jedoch zu Unrecht den Auflösungsantrag der Beklagten abgewiesen (I) und die Beklagte zu Gehaltszahlungen über den 30. September 1977 hinaus an den Kläger verurteilt (II).

I.1. Das Berufungsgericht hat zunächst ausgeführt, der Kläger sei kein leitender Angestellter im Sinne des § 14 Abs. 2 KSchG gewesen und dann mit folgender Begründung das Vorliegen eines Auflösungsgrundes verneint:



Der Kündigungssachverhalt reiche für eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht aus, weil dem Kläger kein gegen die Beklagte gerichtetes Verhalten anzulasten sei. Der Auflösungsantrag könne aber auch nicht auf das prozessuale Fehlverhalten des Klägers im Jahre 1980 gestützt werden. Durch eine solche Handhabung der Vorschrift des § 9 Abs. 2 KSchG, die die rückwirkende Auflösung des Arbeitsverhältnisses ermögliche, würde dem Kläger die gesamte von der Beklagten für die Dauer von über zweieinhalb Jahren aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges zu zahlende, die Höchstgrenze nach § 10 KSchG weit übersteigende Vergütung im Austausch gegen eine völlig unzureichende Abfindung aberkannt. Die gesetzliche Abfindungsregelung ziele aber nicht auf eine derartige Strafsanktion, sondern darauf ab, den Verlust des Arbeitsplatzes durch eine angemessene Abfindung auszugleichen. Diese Ausgleichsfunktion versage aber, wenn bei langer Prozeßdauer das Arbeitsverhältnis zu einem weit zurückliegenden Zeitpunkt aufgelöst werde, ohne daß dies durch das Verhalten des Arbeitnehmers gerechtfertigt sei. Es wäre daher nur eine Auflösung mit angemessener Auslauffrist, gerechnet vom Zeitpunkt des im Prozeß zutage getretenen Fehlverhaltens, in Betracht gekommen. Jedoch sei die vertrauensvolle weitere Zusammenarbeit der Parteien allein aus dem prozessualen Verhalten des Klägers für die Zukunft nicht entscheidend gestört. Im Hinblick auf die nur kurzfristige Tätigkeit des Klägers im Betrieb könne kaum davon die Rede sein, daß zwischen den Parteien ein Vertrauensverhältnis bestanden habe.

Die Annahme des Berufungsgerichts, der Kläger sei kein lei-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

tender Angestellter gewesen, so daß das Arbeitsverhältnis nicht ohne Begründung aufgelöst werden dürfe, kann zugunsten des Klägers als richtig unterstellt werden, weil entgegen seiner weiteren Würdigung ein Auflösungsgrund vorliegt.

2. Das Arbeitsverhältnis ist auf Antrag des Arbeitgebers gemäß § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG dann aufzulösen, wenn Gründe vorliegen, die eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht erwarten lassen. Auch insoweit geht es um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs. Die Wertung, ob im Einzelfall die Auflösung gerechtfertigt ist, obliegt in erster Linie dem Tatsachengericht. Das Revisionsgericht kann nur nachprüfen, ob das Berufungsgericht die Voraussetzungen für den Auflösungsantrag verkannt und bei der Prüfung der vorgetragenen Auflösungsgründe alle wesentlichen Umstände vollständig und widerspruchsfrei berücksichtigt hat (vgl. KR-Becker, § 9 KSchG Rz 50). Auch bei eingeschränktem Prüfungsmaßstab ist das angefochtene Urteil nicht zu halten. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerhaft das Prozeßverhalten des Klägers grundsätzlich für ungeeignet gehalten, einen Auflösungsgrund abzugeben, indem es entgegen der eindeutigen gesetzlichen Regelung von Billigkeitserwägungen ausgegangen ist.

a) Bei der nach § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG anzustellenden Vorausschau kommt es nicht wie bei der Beurteilung der Sozialwidrigkeit einer Kündigung auf den Zeitpunkt der Kündigung an. Vielmehr ist im Zeitpunkt der Entscheidung über den Auflösungsantrag zu fragen, ob in Zukunft eine den Betriebszwecken dienliche weitere

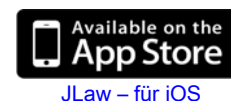
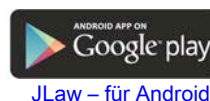


Zusammenarbeit zu erwarten ist. Auch wenn bei dem Arbeitgeber erst in diesem Zeitpunkt die begründete Besorgnis aufkommen konnte, die weitere Zusammenarbeit mit dem Arbeitnehmer sei gefährdet, ist gerade dann der Auflösungsantrag begründet (ständige Rechtsprechung des BAG: Urteil vom 30. Juni 1959 - 3 AZR 111/58 - AP Nr. 56 zu § 1 KSchG, zu III der Gründe; BAG 11, 225, 235 = AP Nr. 24 zu § 611 BGB Ärzte-Gehaltsansprüche, zu VII der Gründe; BAG 28, 196 = AP Nr. 3 zu § 9 KSchG 1969, zu 3 a der Gründe; herrschende Meinung auch im Schrifttum; vgl. Hueck, aaO, § 9 Rz 20; KR-Becker, § 9 KSchG Rz 54; Rohlfsing/Rewolle/Bader, KSchG, § 9 Anm. 6, jeweils m.w.N.). Zwar kommen als Auflösungsgründe nur Umstände in Betracht, die das persönliche Verhältnis, die Wertung der Persönlichkeit des Arbeitnehmers, seiner Leistung oder seiner Eignung für die ihm gestellten Aufgaben betreffen (BAG Urteil vom 14. Oktober 1954 - 2 AZR 34/53 - AP Nr. 6 zu § 3 KSchG, zu 4 der Gründe). Jedoch ist nicht erforderlich, daß der Arbeitnehmer sie schuldhaft herbeigeführt hat. Entscheidend ist die objektive Lage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz (BAG Urteil vom 30. Juni 1959, aaO; Hueck, aaO, § 9 Rz 20; KR-Becker, § 9 KSchG Rz 57; Rohlfsing/Rewolle/Bader, aaO). Wie sich aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes ergibt, war die Erwägung, daß es insbesondere während des Kündigungsschutzprozesses zu zusätzlichen, die Zusammenarbeit zwischen den Parteien gefährdenden Spannungen kommen könne, für die gesetzliche Regelung mitbestimmend, wenn auch nicht allein ausschlaggebend (vgl. Herschel, Anm. zu EzA § 9 KSchG n. F. Nr. 3, unter II 2).

b) Ist somit für das Vorliegen eines Auflösungsgrundes auf die



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



Verhältnisse im Zeitpunkt der Entscheidung über den Auflösungsantrag in der Tatsacheninstanz abzustellen, so bestimmt andererseits das Gesetz in § 9 Abs. 2 ausdrücklich, daß das Gericht als Auflösungszeitpunkt den Termin festzusetzen hat, zu dem das Arbeitsverhältnis bei einer sozial gerechtfertigten Kündigung geendet hätte. Diese Bestimmung des Auflösungszeitpunktes ist nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut dem Gericht zwingend vorgeschrieben, eröffnet ihm somit nicht die Möglichkeit, aus Billigkeitserwägungen einen späteren Zeitpunkt festzusetzen (allgemeine Meinung; vgl. Auffarth/Müller, KSchG, § 7 Rz 23; Herschel, AR-Blattei, Kündigungsschutz, Anm. zu Entsch. 9; Herschel/Steinmann, KSchG, § 7 Rz 16; Hueck, aaO, § 9 Rz 33; KR-Becker, § 9 KSchG Rz 31; Neumann, AR-Blattei, Kündigungsschutz VI, zu G V 1; a.A.: LAG Düsseldorf, AR-Blattei, Kündigungsschutz Entsch. 9, das entgegen dem mit § 9 Abs. 2 KSchG 1969 wortgleichen § 7 Abs. 2 KSchG 1951 angenommen hat, das Gesetz enthalte keine Regelung über die Bestimmung des Auflösungszeitpunktes; LAG Hannover AP Nr. 53 Nr. 45).

c) Mit den vorstehend dargelegten Wertungen des Gesetzes steht jedoch die vom Berufungsgericht vertretene Ansicht in Widerspruch, ein erst nach längerer Prozeßdauer eingetretener Umstand könne nicht oder allenfalls zu einem vom Zeitpunkt seines Eintritts an zu bestimmenden "angemessenen Termin" zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses führen, wenn die Anwendung des § 9 Abs. 2 KSchG sonst zur Folge hätte, daß der Arbeitnehmer nur eine weit unter dem bei Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zu zahlenden Verzugslohn liegende Abfindung erhielte. Wenn für die Auflösung





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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

30. September 1977 gegen eine Abfindung von 19.375,-- DM aufzulösen. Das kann der Senat abschließend entscheiden (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO), weil der hierfür maßgebende Sachverhalt feststeht und nicht ersichtlich ist, daß die Parteien nach einer Zurückverweisung hierzu noch erhebliche Tatsachen vorbringen könnten.

a) Eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit (§ 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG) ist allein im Hinblick auf das Prozeßverhalten des Klägers nicht mehr zu erwarten.

Der Kläger war unstreitig seit 1. Januar 1979 in Ulm ein neues Arbeitsverhältnis eingegangen. Er hat diesen Umstand jedoch zunächst verschwiegen und überdies noch im Schriftsatz vom 3. März 1980 neben dem Hinweis auf die Weigerung der Beklagten, ihn weiterzubeschäftigen, ausdrücklich hervorgehoben, er sei trotz eigener Bemühungen bei der Stellensuche bisher nicht erfolgreich gewesen. Erst im Termin vom 30. April 1980 hat er auf Vorhalt der Beklagten eingeräumt, seit 1. Januar 1979 in einem neuen Arbeitsverhältnis zu stehen und dort bisher 90.612,-- DM verdient zu haben. Somit hatte er bis zu diesem Zeitpunkt von der Beklagten einen um diesen Zwischenverdienst überhöhten Verzugslohn gefordert. Sein Einwand, dieser Verdienst sei nicht zu berücksichtigen, weil ihm die Tätigkeit in Ulm wegen der weiten Entfernung zu seinem Wohnort und der damit verbundenen Trennung von seiner Familie nicht zuzumuten gewesen sei, widerspricht der nach § 615 Satz 2 BGB getroffenen eindeutigen Regelung. Danach muß sich der Dienstverpflichtete während des Annahmeverzugs des Dienstberechtigten anderweitigen Erwerb, den er tatsächlich er-



zielt hat, ohne jede weitere Vorbedingungen anrechnen lassen. Zumutbarkeitsgesichtspunkte können nur bei der Anrechnung eines unterlassenen Erwerbs berücksichtigt werden, weil der Dienstverpflichtete hier böswillig gehandelt, d. h. eine zumutbare Arbeitsmöglichkeit ausgelassen haben muß. Der Kläger hat damit trotz dieser eindeutigen Gesetzeslage im vorliegenden Verfahren einen auch der Höhe nach erheblichen anrechnungsfähigen Zwischenverdienst verschwiegen, sogar noch ausdrücklich hervorgehoben, bisher keine anderweitige Stelle gefunden zu haben und den wahren Sachverhalt erst auf Vorhalt der Beklagten offenbart. Dadurch hat er die Vertrauensbasis für eine weitere den Betriebszwecken dienliche Zusammenarbeit mit der Beklagten als vorgesehener alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer zerstört. Da gerade auch das Prozeßverhalten der Parteien während des Kündigungsschutzprozesses ein Umstand ist, der für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses in Betracht zu ziehen ist, muß jedenfalls die Partei, die unter allen Umständen an dem Arbeitsverhältnis festhalten will, eine Prozeßführung einhalten, durch die die Wahrnehmung berechtigter Interessen nicht überschritten wird (vgl. KR-Becker, § 9 KSchG Rz 56). Diese Grenze hat der Kläger durch sein Prozeßverhalten weit überzogen. Maßgebend ist, wie bereits ausgeführt, ob die objektive Lage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung bei dem Arbeitgeber mit Recht die Besorgnis aufkommen lassen kann, daß die weitere Zusammenarbeit mit dem Arbeitnehmer gefährdet ist (BAG Urteil vom 30. Juni 1959, aaO). Diese Voraussetzungen waren im Streitfall aufgrund der eindeutigen Gesetzeslage widersprechenden Prozeßverhaltens des juristisch vorgebildeten Klägers gegeben. Auf weitere subjektive



Momente, insbesondere ob dem Kläger ein versuchter Prozeßbetrug vorzuwerfen ist, kommt es nicht mehr an.

b) Als Auflösungszeitpunkt war gemäß § 9 Abs. 2 KSchG der 30. September 1977 festzusetzen. Entgegen der Ansicht des Arbeitsgerichts und der Beklagten ist dieser Tag und nicht der 31. August 1977 der Termin, zu dem das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten vom 25. Februar 1977 hätte gekündigt werden können.

Die vereinbarte Probezeit von sechs Monaten war mit dem 30. November 1976 abgelaufen. Für die am 25. Februar 1977 ausgesprochene Kündigung gilt deshalb § 9 Ziff. 2 Satz 2 des Anstellungsvertrages, der bestimmt, daß nach Ablauf der Probezeit der Vertrag im darauffolgenden Vertragsjahr "mit sechsmonatiger Frist kündbar ist". Diese Vertragsklausel enthält somit ausdrücklich nur eine von der hier einschlägigen, für Angestellte geltenden Vorschrift des § 622 Abs. 1 Satz 1 BGB abweichende vertragliche Regelung der Kündigungsfrist, nicht jedoch auch des Kündigungstermins. Verlängert der Arbeitgeber mit einem Angestellten jedoch vertraglich die regelmäßige gesetzliche Kündigungsfrist und trifft er hierbei keine ausdrückliche Regelung über den Kündigungstermin, so ist davon auszugehen, daß das Arbeitsverhältnis zum Quartalsende, dem regelmäßigen gesetzlichen Termin, auslaufen soll. Der Senat folgt insoweit der im Schriftum herrschenden Meinung (Bülow, Anm. EzA § 622 BGB n.F. Nr. 14; KR-Hillebrecht, § 622 BGB Rz 89; MünchKomm-Schwerdtner, § 622 BGB Rz 15; Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 5. Aufl., § 124 I 2,



S. 763; Staudinger/Neumann, BGB, 12. Aufl., § 622 Rz 9; a. M. ArbG Darmstadt, EzA § 622 BGB n.F. Nr. 14). § 622 Abs. 1 BGB n.F. enthält, im Gegensatz zu den früher geltenden Vorschriften des § 67 Abs. 1 HGB und des § 133 aa I GewO, für Angestellte keine ausdrückliche Regelung über die Zulässigkeit einer Kündigung zum Monatsende auch bei vertraglicher Verlängerung der Kündigungsfrist über die gesetzliche Regelfrist von sechs Wochen zum Quartalsende hinaus. Deshalb fehlt es nach dem nunmehr geltenden Recht auch an einer auf gesetzlicher Regelung beruhenden Grundlage für die Vermutung, daß die Arbeitsvertragsparteien im Zweifel auch bei vertraglicher Verlängerung der Kündigungsfrist den nunmehr nach § 626 Abs. 1 Satz 2 BGB lediglich im Fall der vertraglichen Verkürzung der Kündigungsfrist zugelassenen Kündigungstermin des Monatsendes vereinbaren wollten. Es verbleibt vielmehr bei dem regelmäßigen gesetzlichen Kündigungstermin des § 626 Abs. 1 Satz 1 BGB, wenn sich aus der vertraglichen Vereinbarung nicht eindeutig der Wille der Parteien ergibt, trotz der Verlängerung der Kündigungsfrist als Kündigungstermin das Monatsende zu bestimmen (so zutreffend Bülow, aaO). Da im Entscheidungsfall der Anstellungsvertrag keinen Anhaltspunkt für einen dahingehenden Willen der Parteien enthält, gilt für das Arbeitsverhältnis die gesetzliche Regelfrist des § 626 Abs. 1 Satz 1 BGB. Das Arbeitsverhältnis war demgemäß zum 30. September 1977 aufzulösen.

c) In Übereinstimmung mit dem Arbeitsgericht ist gemäß § 10 Abs. 1 KSchG der zweieinhalbfache Betrag eines Monatseinkommens als angemessene Abfindung festzusetzen. Der Senat hat hierbei die



verhältnismäßig kurze Vertragsdauer, das Lebensalter und den Familienstand des Klägers, die Dauer seiner Arbeitslosigkeit und den Grad der Sozialwidrigkeit der Kündigung der Beklagten berücksichtigt.

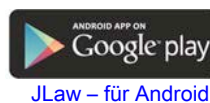
Als Abfindung errechnet sich danach ein Betrag von 19.375,-- DM. Das Arbeitsverhältnis endete im zweiten Dienstjahr, in dem der Kläger gemäß § 5 Ziff. 1 des Anstellungsvertrages Anspruch auf ein Monatsgehalt von 7.000,-- DM hatte. Dem sich danach errechnenden Gesamtbetrag von 17.500,-- DM sind noch weitere 750,-- DM pro Monat, zusammen 1.875,-- DM für die vorenthaltene Nutzung des Dienstwagens vom Typ BMW 528 hinzuzurechnen, der dem Kläger unstreitig zur Verfügung gestellt war. Den Wert dieser Sachleistung hat der Kläger in der Berufungsinstanz unter Zugrundelegung von 0,60 DM/km bei einer monatlichen Fahrleistung von durchschnittlich 1.250 km errechnet. Der gegen diese Berechnung allein von der Revision erhobene Einwand, der Kostenansatz von 0,60 DM/km sei deshalb überzogen, weil der Kläger nur einen billigeren Pkw vom Typ Renault R 5 gefahren habe, ist unbegründet, weil es für die Berechnung des Monatseinkommens in diesem Zusammenhang auf den Wert des nach dem Anstellungsvertrag zu beanspruchenden Dienstwagens ankommt.

II. Die Zahlungsklage ist nur in Höhe von 62.582,-- DM begründet.

Der Kläger kann aus dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs nach § 615 BGB Entgeltfortzahlung nur bis zum 30. September 1977,



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



dem Termin der Auflösung des Arbeitsverhältnisses, beanspruchen.

Ihm stehen demgemäß noch folgende Beträge zu:

|                                                                                                        |                      |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------|
| 1. Gehalt für Februar bis Mai 1977<br>(1. Dienstjahr, Jahresgehalt 70.000,-- DM,<br>4 x 5.833,-- DM =) | 23.332,-- DM         |
| 2. Gehalt für Juni bis September 1977<br>(4 x 7.000,-- DM = )                                          | 28.000,-- DM         |
| 3. Pkw-Nutzung für Juli 1976 bis<br>September 1977<br>(15 x 750,-- DM = )                              | 11.250,-- DM         |
| Gesamtbetrag                                                                                           | <u>62.582,-- DM.</u> |

Die weitergehende Zahlungsklage war abzuweisen.

C. Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1, § 97 Abs. 1  
ZPO.

Hillebrecht      Triebfürst      Dr. Weller

G. Wellhausen      Dr. Bensinger





**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile

**(mobile App)**



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 21/81

-----  
21 Sa 1052/80 Düsseldorf

B e s c h l u ß  
-----

In Sachen

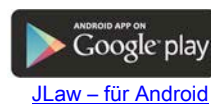
pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts am 24. Februar  
1984 beschlossen:

Wegen offenkundiger Unrichtigkeit wird das Urteil  
vom 25. November 1982 gemäß § 319 ZPO wie folgt  
berichtigt:



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



-2-

In der Urschrift auf Seite 34 Zeilen  
1, 5 und 11 und in den Ausfertigungen  
auf Seite 33 Zeilen 12, 16 und 22 muß  
es statt "§ 626" richtig heißen: "§ 622".

Hillebrecht    Triebfürst    Dr. Becker

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)