

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

Gesetz: BGB § 626 Ausschußfrist, § 242 Verwirkung; Gesetz betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (GenG) §§ 9, 38, 39, 40

Leitsätze:

1. Bei einer eingetragenen Genossenschaft steht allein der Generalversammlung das Recht zur außerordentlichen Kündigung des mit einem Vorstandsmitglied bestehenden Dienstverhältnisses zu. Die Generalversammlung ist Kündigungsberechtigte im Sinne des § 626 Abs. 2 BGB.
2. Die Kenntnis eines einzelnen Aufsichtsratsmitglieds von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen kann der Generalversammlung und damit der Genossenschaft grundsätzlich nicht zugerechnet werden. Eine solche Kenntnis ist für den Beginn der Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB unerheblich.
3. Die bisherige Rechtsprechung des Senats, daß ausnahmsweise für den Fristbeginn die Kenntnis eines Dritten genügt, der keine Entlassungsbefugnis hat (BAG 23, 475 [482] und 24, 341 [344] = AP Nr. 1 und 3 zu § 626 BGB Ausschußfrist), ist dahin zu verstehen, daß der Kündigungsberechtigte sich die Kenntnis eines Dritten nach Treu und Glauben dann zurechnen lassen muß, wenn dessen Stellung im Betrieb nach den Umständen des Einzelfalles erwarten läßt, er werde den Kündigungsberechtigten von dem Kündigungssachverhalt unterrichten. Der Kündigungsberechtigte darf sich dann nicht auf seine erst später erlangte Kenntnis berufen, wenn dies darauf beruht, daß die Organisation des Betriebs zu einer Verzögerung des Fristbeginns führt, obwohl eine andere Organisation sachgemäß und zumutbar wäre.
4. Der Einwand der materiellrechtlichen Verwirkung des Rechts zur außerordentlichen Kündigung setzt voraus, daß der Kündigungsberechtigte den Sachverhalt kennt, aus dem er sein Kündigungsrecht herleitet. Ist diese Voraussetzung erfüllt, dann greift ohnehin die Sondervorschrift des § 626 Abs. 2 BGB ein.

Aktenzeichen: 2 AZR 297/76

Urteil des BAG vom 5. Mai 1977 IAG Baden-Württemberg



2 AZR 297/76

7 Sa 108/75 Baden-Württemberg

Verkündet am
5. Mai 1977

gez. Bittner,

Regierungshauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

U r t e i l

In Sachen

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 5. Mai 1977 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Gröninger, die Richter Hillebrecht und Roeper sowie die ehrenamtlichen Richter Sickert und Meyer-Estorf für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 15. März 1976 - 7 Sa 108/75 - aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

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



- 2 -

Tatbestand:

Der im Jahre 1919 geborene Kläger ist von Beruf Bankkaufmann. Er war seit 15. Juli 1966 hauptamtliches Vorstandsmitglied der F Volksbank, die in der Rechtsform der eingetragenen Genossenschaft mit beschränkter Haftung betrieben wurde. Er bezog zuletzt ein Monatsgehalt von 4.125,-- DM zuzüglich einer Pensionszulage.

Mit Schreiben vom 11. August 1972 beurlaubte der Aufsichtsratsvorsitzende der F Volksbank den Kläger unter Hinweis auf Unregelmäßigkeiten, die eine Geschäftsprüfung ergeben hätte, vorläufig vom Dienst. Am 31. August 1972 wurde ein Vorstandsmitglied der beklagten Volksbank zum hauptamtlichen Vorstand der F Volksbank bestellt. Am 5. September 1972 teilte der Aufsichtsratsvorsitzende der F Volksbank dem Kläger mit, der Aufsichtsrat habe einstimmig beschlossen, daß er nicht mehr bei der F Volksbank eingesetzt werde.

In der Generalversammlung der F Volksbank vom 20. Oktober 1972 wurden die Geschäftsabschlüsse zum 31. Dezember 1971 und 30. September 1972 genehmigt. Vorstand und Aufsichtsrat wurden entlastet. Am 6. November 1972 beschloß die Generalversammlung der F Volksbank die Verschmelzung ihrer Genossenschaft mit der Beklagten. In dem vom Kläger mitunterzeichneten Verschmelzungsvertrag heißt es u.a.:

"§ 9 Abs. 2

Die bisherigen Vorstandsmitglieder der übertragenden Volksbank Otto K und Wolfgang H werden, jedoch ohne Berufung in den Vorstand, übernommen. Sie werden ihren Fähigkeiten und Leistungen entsprechend im vereinigten Institut an geeigneter Stelle eingesetzt. Für ihre Dienst- und Ruhegehaltsverträge gilt § 11 dieses Vertrages.

§ 11

Die Volksbank M ist im Sinne der gesetzlichen Vorschriften Gesamtrechtsnachfolgerin der F Volksbank. In dieser Eigenschaft tritt sie in alle bestehenden Verträge einschließlich der Dienst- und Ruhegehaltsverträge ein, die die F Volksbank abgeschlossen hat. Alle bei ihr beschäftigten Mitarbeiter werden zum Zeitpunkt der Verschmelzung von der Volksbank M übernommen."



- 3 -

Am 13. Dezember 1972 wurde die Verschmelzung der F Volksbank mit der Beklagten im Genossenschaftsregister bekanntgemacht.

Am 18. und 20. Dezember 1972 verhandelten die Parteien über die Weiterbeschäftigung des Klägers. Die Beklagte schlug ihm die einvernehmliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung vor. Der Kläger ging darauf nicht ein. Am 23. Dezember 1972 sprach die Beklagte die fristlose Kündigung aus.

Mit der am 3. Januar 1973 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat der Kläger beantragt festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis durch die fristlose Kündigung vom 23. Dezember 1972 nicht aufgelöst worden sei. Außerdem hat er die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung eines halben 13. Monatsgehaltes in Höhe von 2.107,50 DM begehrt mit der Begründung, im Jahre 1972 hätten alle übrigen Angestellten ein halbes 13. Monatsgehalt erhalten.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Die von ihr erhobene Rüge der sachlichen Unzuständigkeit hat das Arbeitsgericht durch Zwischenurteil verworfen. Berufung und Revision gegen dieses Zwischenurteil sind erfolglos geblieben (Urteil des Senats vom 22. Februar 1974, AP Nr. 19 zu § 5 ArbGG 1953).

Die fristlose Kündigung hat die Beklagte zunächst auf Wechsel- und Scheckmanipulationen des Klägers gestützt, von denen der Vorstand der Beklagten erstmals am 13. Dezember 1972 erfahren habe: In der Zeit von Januar bis April 1972 sei auf Veranlassung des Klägers das Konto der Firma A mbH mit Scheck- und Wechselbeträgen von ca. 80.000,-- DM ungerechtfertigt belastet worden.

Nach Ausspruch der fristlosen Kündigung seien ihr noch weitere Kündigungsgründe bekannt geworden. Die F Volksbank habe sich mit der Vermittlung von Lebensversicherungs- und Bausparverträgen befaßt. Nach einem Beschluß des Aufsichtsrats und des Vorstandes vom 29. Februar 1968 seien Abschlußprovisionen aus solchen Verträgen hälftig zugunsten der Bank und der abschließenden Angestellten zu verbuchen gewesen. Entgegen dieser Regelung habe der Kläger solche Provisionen der F



- 4 -

Volksbank nicht zugute kommen lassen. In der Zeit von 1968 bis 1972 seien insgesamt 18.812,-- DM an Provisionen für die Vermittlung von Bausparverträgen und mehr als 10.000,-- DM an Abschlußprovisionen aus Lebensversicherungsverträgen gezahlt worden, die bei der F Volksbank auch nicht teilweise eingegangen seien. Diese Kenntnis der Beklagten beruhe auf Ermittlungen, die erst nach der Verschmelzung durchgeführt worden seien. Der genaue Sachverhalt sei ihr seit dem 2. März 1973 bzw. seit dem 13. März 1973 bekannt, als die entsprechenden Aufstellungen der S Genossenschafts-Zentralbank AG bei ihr eingegangen seien.

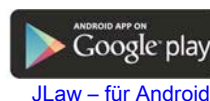
Die Kündigung werde ferner auf Unregelmäßigkeiten bei der Gewährung von Krediten gestützt. Der Kredit einer Frau L sei um ca. 38.000,-- DM über den vom Aufsichtsrat genehmigten Kreditrahmen ausgeweitet worden. Nachdem Frau L zur Rückführung des Kredits aufgefordert worden sei, habe sie angegeben, der Kläger habe ihr seinerzeit erklärt, der Kredit könne in Anbetracht der schwierigen finanziellen Lage nicht erhöht werden; er sei aber bereit, den Kredit zu erhöhen, wenn sie gleichzeitig eine Lebensversicherung abschließe und die Rechte aus dieser Versicherung an die F Volksbank abtrete. Hierauf habe sie eine Lebensversicherung abgeschlossen. Die Abschlußprovision aus dieser Versicherung habe der Kläger allein eingenommen. Dieser Vorgang sei der Beklagten erst seit dem 21. März 1973 im einzelnen bekannt.

Der Kläger hat auf diese Vorwürfe erwidert, sämtliche von der Beklagten angeführten Vorgänge hätten zeitlich vor Abschluß des Verschmelzungsvertrages und der Entlastung des Klägers gelegen. Die Beklagte könne sich auf derartige Vorgänge nicht berufen. Im übrigen hätten die Parteien im Zusammenhang mit der Verschmelzung einen Generalbereinigungsvertrag abgeschlossen, der die Verwirkung der Berufung auf frühere Vorgänge zur Folge habe, unabhängig von der Kenntnis oder Unkenntnis einer Partei.

- 5 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

- 5 -

Zu den einzelnen Kündigungsgründen hat der Kläger im wesentlichen vorgetragen, die ihm vorgeworfenen Scheck- und Wechselgeschäfte seien dem Aufsichtsrat, den Prüfern, seinem Nachfolger im Vorstand (Herrn Sch) sowie der Beklagten bekannt gewesen. Bei der F Volksbank seien Provisionskonten geführt worden, aus denen die eingehenden Provisionen aus der Vermittlung von Bausparverträgen ersichtlich gewesen seien. Diese Konten seien Gegenstand der alljährlichen Verbandsprüfung, der Verschmelzungsprüfung und auch der Bilanzerstellung gewesen. Der Beklagten sowie dem Aufsichtsrat der F Volksbank sei genau bekannt gewesen, was an Provisionen eingegangen und was nicht eingegangen sei. Die eingegangenen Provisionen seien entsprechend dem Beschluß des Aufsichtsrates hälftig zwischen Angestellten und Bank aufgeteilt worden. Die von der Beklagten aufgeführten Provisionen aus der Vermittlung von Bausparverträgen (mit Ausnahme eines Betrages von 820,-- DM) seien durch nebenberufliche Tätigkeit außerhalb der Bank verdient. Provisionsansprüche der Bank bestünden daher nicht.

Lebensversicherungsverträge gehörten nicht in den Rahmen der Banktätigkeit. Abschlußprovisionen für Geschäfte, die außerhalb der Dienstzeit von Angehörigen der Bank abgeschlossen wurden, seien an die betreffenden Angestellten gezahlt worden. Die Bank habe damit nichts zu tun gehabt. Der Kläger habe mit Ausnahme des Falles L und eines weiteren Falles, in dem er 750,-- DM für eine Vermittlung außerhalb der Banktätigkeit erhalten habe, keine Provision für die Vermittlung von Lebensversicherungen vereinnahmt. Der Kredit an Frau L sei spätestens mit der Kreditliste, also innerhalb von zehn Tagen, dem Aufsichtsrat bekannt gewesen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Die fristlose Kündigung sei begründet, weil der Kläger entgegen dem Beschluß des Aufsichtsrates vom 29. Februar 1968 Abschlußprovisionen für Bauspar- und Lebensversicherungsverträge nicht an die F Volksbank abgeführt habe. Der Anspruch auf ein halbes 13. Monatsgehalt sei unbegründet, weil der Kläger auf den Gleichbehandlungsgrundsatz sich nicht berufen könne.



- 6 -

Auf die Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht der Klage stattgegeben. Es hält die fristlose Kündigung für unwirksam; der Zahlungsanspruch sei unstreitig.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klagabweisungsantrag weiter. Der Kläger bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landesarbeitsgericht.

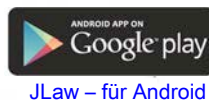
I. Das Landesarbeitsgericht hat ausgeführt, der Kläger habe zwar pflichtwidrig gehandelt, als er jahrelang unter Verstoß gegen den Aufsichtsratsbeschluß vom 29. Februar 1968 die von der S Genossenschafts-Zentralbank AG überwiesenen Vermittlungsprovisionen nicht zur Hälfte zugunsten der F Volksbank verbucht habe. Auch wenn der Kläger von den anteiligen Vermittlungsprovisionen nur in wenigen Fällen etwas erhalten habe, so könne darin ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB liegen. Die fristlose Kündigung sei aber wegen Nichteinhaltung der Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB unwirksam. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme sei davon auszugehen, daß das Aufsichtsratsmitglied T schon vor der Fusion von den nicht abgerechneten Provisionen Kenntnis gehabt habe. Die Kenntnis dieses Aufsichtsratsmitgliedes müsse sich die Beklagte zurechnen lassen.

Die weiterhin vorgetragenen, vom Arbeitsgericht nicht geprüften Kündigungsgründe seien kaum geeignet, die fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Sie seien auf jeden Fall verwirkt. Die Einhaltung der Zweiwochenfrist sei unwahrscheinlich; einen Beweis für ihre Einhaltung habe die Beklagte nicht einmal versucht. Selbst wenn sämtlichen Organen der F Volksbank diese Vorgänge nicht bekannt gewesen sein sollten, wäre das Kündigungsrecht verwirkt. Wenn nach sorgfältiger Prüfung die Fusion beschlossen und vollzogen worden sei, dann gehe es nicht an, den Kläger trotz der im Verschmelzungsvertrag enthaltenen Übernahmeverpflichtung alsbald wegen seines Geschäftsgebahrens fristlos zu entlassen, zumal wegen des Ausscheidens des Klägers aus dem Vorstand keine Wiederholungsgefahr bestanden habe.

- 7 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 7 -

II. Entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts muß sich die Beklagte das Wissen des Aufsichtsratsmitgliedes T für die Frage, ob sie die Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB eingehalten hat, nicht zurechnen lassen. Auf die Kenntnis des Zeugen T kommt es nicht an.

1. Das Landesarbeitsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, daß wegen der Kenntnis des Kündigungsberechtigten gegenüber dem Kläger abzustellen ist auf die Zeit vor dem 9. Dezember 1972. Nur Tatsachen, die dem Kündigungsberechtigten länger als zwei Wochen vor der Kündigung vom 23. Dezember 1972 bekannt waren, gelten als verfristet nach § 626 Abs. 2 BGB. Vor dem 9. Dezember 1972 war der Kläger noch Vorstandsmitglied der F Volksbank.

2. Das Landesarbeitsgericht hat auch zutreffend angenommen, daß bei einer eingetragenen Genossenschaft nur der Generalversammlung das Recht zusteht, über die endgültige Abberufung eines Vorstandsmitglieds sowie über die fristlose Kündigung seines Dienstverhältnisses zu entscheiden (vgl. Lang-Weidmüller, GenG, 30. Aufl., § 40 Anm. 1; Meyer-Meulenbergh, GenG, 11. Aufl., § 40 Anm. 2; Klaus Müller, GenG, 1. Band, 1976, § 40 Anm. V 2 und 6; Paulick, Das Recht der eingetragenen Genossenschaft, 1956, S. 219; BGH, Urteil vom 4. Juli 1960 - II ZR 168/58 -, NJW 1960, 1861).

Der Aufsichtsrat ist nach § 40 GenG lediglich befugt, nach seinem Ermessen Mitglieder des Vorstandes vorläufig, bis zur Entscheidung der ohne Verzug zu berufenden Generalversammlung, von ihren Geschäften zu entheben. Dagegen kann dem Aufsichtsrat wegen des zwingenden Charakters des § 40 GenG in keinem Fall, auch nicht durch die Satzung, das Recht zur fristlosen Entlassung von Vorstandsmitgliedern eingeräumt werden (vgl. Lang-Weidmüller, aaO; Meyer-Meulenbergh, aaO; Klaus Müller, aaO, § 40 Anm. V 5; Paulick, aaO; RGZ 115, 351 und 144, 384).

Deshalb ist bei einer eingetragenen Genossenschaft im Sinne des § 626 Abs. 2 BGB kündigungsberechtigt für die Kündigung des mit einem Vorstandsmitglied bestehenden Dienstvertrags ausschließlich die Generalversammlung. Deren Kenntnis von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen ist im Grundsatz allein maßgebend für den Beginn der zweiwöchigen Ausschlußfrist.



- 8 -

3. Demgegenüber hat das Landesarbeitsgericht die Kenntnis des Aufsichtsratsmitglieds T genügen lassen und sich dazu auf das Urteil des Senats vom 28. Oktober 1971 (BAG 23, 475 = AP Nr. 1 zu § 626 BGB Ausschußfrist) gestützt. In dieser Entscheidung hat sich der Senat mit der im Schrifttum vertretenen Ansicht befaßt, ob für den Beginn der Ausschußfrist auch die Kenntnis von Aufsichtspersonen genügt, die keine Entlassungsbefugnis haben. Der Senat hat diese Möglichkeit nicht völlig ausgeschlossen, aber vor allem wegen der für den Dritten bestehenden Konfliktsituation auf seltene Ausnahmefälle beschränkt und nur für solche Personen in Erwägung gezogen, die im betrieblichen Bereich eine ähnlich selbständige Stellung haben wie ein gesetzlicher oder rechtsgeschäftlicher Stellvertreter des Arbeitgebers und nicht nur zur Meldung, sondern vorab auch zur Feststellung der für eine außerordentliche Kündigung maßgebenden Tatsachen verpflichtet sind (BAG 23, 475 [480 ff.] = AP Nr. 1 zu § 626 BGB Ausschußfrist [zu III 1 der Gründe]).

Diese Überlegungen lassen sich auf den vorliegenden Sachverhalt nicht übertragen. Das folgt sowohl aus der Rechtslage bei der Anwendung des § 626 Abs. 2 BGB als auch aus Inhalt und Sinn des hier eingreifenden Genossenschaftsrechts.

a) Die Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB, die eine Ausschußfrist ist, soll dem Kündigenden für seine Überlegung zur Verfügung stehen, ob er den ihm bekannt gewordenen Sachverhalt zum Anlaß für eine außerordentliche Kündigung nehmen will. Diese Frist ist recht kurz bemessen, wenn berücksichtigt wird, daß in den zwei Wochen je nach Lage des Falles vielerlei Umstände in Betracht zu ziehen sind, die Zeit in Anspruch nehmen. Daraus folgt, daß der Begriff des Kündigungsberechtigten eng auszulegen ist.

Das ist der wesentliche Grund dafür, daß die vom Senat entwickelte Ausnahmelösung nur in seltenen Fällen zum Zuge kommt. Herschel hat in seiner Anmerkung zum Urteil vom 28. Oktober 1971 (AR-Blattei "Kündigung VIII" Entsch. 31) richtig erkannt, daß der Senat zur Lösung von Fällen beitragen wollte, in denen der

- 9 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Arbeitgeber seinen Betrieb so organisiert, daß hieraus eine Verzögerung des Fristbeginns entstehen kann, obwohl eine andere Organisation sachgemäß und zumutbar gewesen wäre. Zu denken ist etwa an die vor allem bei großen Unternehmen und Verwaltungen mögliche Gestaltung, daß der Leiter eines nachgeordneten Betriebs bzw. Betriebsteils oder einer nachgeordneten Dienststelle keine Personalbefugnisse, insbesondere nicht das Recht zur außerordentlichen Kündigung der ihm unterstellten Mitarbeiter, hat.

Wenn nach den Umständen des Einzelfalles die tatsächliche Stellung dieses in seiner Funktion dem Arbeitgeber angenäherten Mitarbeiters im Betrieb oder in der Dienststelle erwarten läßt, daß er die eigentlich kündigungsberechtigte Person, also den Arbeitgeber oder denjenigen, der die volle "Personalhoheit" ausübt, von seiner Kenntnis der für die Kündigung maßgebenden Tatsachen unterrichtet, dann muß der Kündigungsberechtigte sich diese Kenntnis nach Treu und Glauben zurechnen lassen. Würde der Kündigungsberechtigte einen durch diese Art der Organisation verursachten späteren Fristbeginn für sich in Anspruch nehmen, dann würde er sich mit seinem eigenen Verhalten in Widerspruch setzen. Das "spezifische Organisationsrisiko" würde dem Arbeitnehmer als dem Kündigungsempfänger überbürdet, der ein berechtigtes Interesse daran hat, in einer knapp bemessenen Zeit zu wissen, ob ein gegebener Sachverhalt zur außerordentlichen Kündigung führt (so Herschel, aaO, unter Hinweis auf Esser, Schuldrecht, Band 2, 3. Aufl., S. 429 bei N. 15).

b) Solche Überlegungen können auf den vorliegenden Fall nicht übertragen werden. Sie passen überhaupt nur für den eigentlich arbeitsrechtlichen Bereich, in dem es um die Entlassung eines Arbeitnehmers geht, nicht aber für die Fälle, in denen über die Entlassung des Arbeitgeberrepräsentanten oder wie hier über die Entlassung des ehemaligen Vorstandsmitglieds einer Genossenschaft zu entscheiden ist, die allein auf Gründe gestützt wird, die in die Zeit seiner Zugehörigkeit zum Vorstand fallen. Das Aufsichtsratsmitglied ist im Grundsatz nicht in die Betriebsorganisation einbezogen. Überdies ist der Aufsichtsrat ein vom

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



- 10 -

Gesetz (§ 9 GenG) zwingend vorgeschriebenes Organ der Genossenschaft, so daß eine andere Art der Organisation für die Genossenschaft unmöglich ist.

c) Hinzu kommt, daß - wenn überhaupt bei § 626 Abs. 2 BGB auf die Kenntnis eines anderen als des Kündigungsberechtigten abgestellt wird - bei der rechtlichen Ausgestaltung der eingetragenen Genossenschaft dieser Dritte nicht ein einzelnes Aufsichtsratsmitglied, sondern allenfalls der Aufsichtsrat als Kollektivorgan sein kann. Die Überwachungsrechte und -pflichten des § 38 GenG stehen dem Aufsichtsrat zu, nicht aber seinen einzelnen Mitgliedern. Nur wenn ein einzelnes Mitglied des Aufsichtsrats von diesem ermächtigt ist, kann es die erforderlichen Prüfungen durchführen oder Auskünfte verlangen (§ 38 Abs. 1 Satz 2 GenG). Das Landesarbeitsgericht hat nicht festgestellt, daß der Zeuge T vom Aufsichtsrat mit der Überwachung des Klägers beauftragt war. Die Kenntnis des Zeugen, die er auf eine andere Art erlangt hat, kann deshalb dem Aufsichtsrat und damit auch der Beklagten nicht zugerechnet werden.

d) Schließlich ist auch die Annahme des Landesarbeitsgerichts rechtsirrig, die Kenntnis des Zeugen T sei deshalb dem Aufsichtsrat zuzurechnen, weil im Falle der Kollektivvertretung die Tatsachenkenntnis nur eines Mitglieds des Kollektivorgans genüge, um sie der Gesamtheit zuzurechnen. Dieser im Gesellschaftsrecht anerkannte Grundsatz ist bei der eingetragenen Genossenschaft für den hier in Rede stehenden Bereich der Entlassung eines Vorstandsmitglieds nicht auf den Aufsichtsrat anzuwenden. Der Grundsatz bezieht sich auf die Kenntnis des Vertreters desjenigen Organs der juristischen Person, das im Einzelfall zur Vertretung befugt, d.h. für die erforderliche Rechtshandlung, hier für die Kündigung, zuständig ist. Das ist - wie bereits zu II 2 ausgeführt - nicht der Aufsichtsrat, sondern die Generalversammlung. Wie die abschließende Regelung des § 39 GenG zeigt, ist der Aufsichtsrat nur zum Vertragsabschluß mit dem Vorstandsmitglied, nicht aber zur außerordentlichen Kündigung des Vertragsverhältnisses vertretungsbefugt.

- 11 -



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

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

- 11 -

e) Da schon aus diesen Gründen die Kenntnis des Zeugen T als Kenntnis der Beklagten bzw. ihrer Rechtsvorgängerin im Sinne des § 626 Abs. 2 BGB unbeachtlich ist, kommt es auf die Verfahrensrügen der Revision gegen die Feststellung des Landesarbeitsgerichts über den Kenntnisstand des Zeugen T nicht an.

4. Dann hat aber die Beklagte die Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB nicht versäumt. Alle Vorgänge, die mit den Provisions-einnahmen aus Lebensversicherungs- und Bausparverträgen zusammenhängen, kommen als Tatsachen in Betracht, die "für die Kündigung maßgebend" sind. Die Kündigung vom 23. Dezember 1972 kann auf die von der Beklagten behaupteten Unregelmäßigkeiten des Klägers bei jenen Vermittlungsgeschäften gestützt werden.

III. Wegen dieses Rechtsfehlers muß das angefochtene Urteil aufgehoben werden. Der Senat ist nicht in der Lage, den sich so ergebenden Kündigungssachverhalt abschließend zu würdigen. Es bedarf dazu noch einiger Tatsachenfeststellungen und einer Gesamtabwägung, die dem Gericht der Tatsacheninstanz vorbehalten sind. Der Rechtsstreit ist deshalb an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen (§§ 564, 565 ZPO). Ergänzend weist der Senat auf folgendes hin:

1. Soweit die Kündigung auf die Provisionsgeschäfte (s.oben zu II) und auf die Kreditgewährung an Frau L gestützt wird, handelt es sich um nachgeschobene, d.h. erst nach Ausspruch der Kündigung genannte Kündigungsgründe, die schon vor Ausspruch der Kündigung entstanden, der Beklagten aber nach ihrem Vortrag erst nachher bekannt geworden sind. Das Landesarbeitsgericht hat die Frage offen gelassen, ob solche Gründe innerhalb von zwei Wochen nach Bekanntwerden vorgebracht werden müssen. Die Frage ist zu verneinen (vgl. BAG 24, 401 [405 f.] = AP Nr. 65 zu § 626 BGB [zu II 2 der Gründe]). Es ist daher unschädlich, daß die Beklagte diese Gründe möglicherweise erst nach Ablauf von zwei Wochen seit Kenntnis des Sachverhalts in diesen Rechtsstreit eingeführt hat.

- 12 -



- 12 -

2. Sollten die angeblichen Verfehlungen des Klägers bei den Provisionsgeschäften allein als wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB nicht ausreichen, wird das Landesarbeitsgericht die beiden anderen Kündigungsgründe (angebliche Wechsel- und Scheckmanipulationen im Falle der A mbH und Kredit der Frau L) in seine Würdigung einbeziehen müssen. Dabei darf sich das Landesarbeitsgericht nicht mit der (durch Tatsachenangaben nicht belegten) Wertung begnügen, die Einhaltung der Zweiwochenfrist des § 626 Abs. 2 BGB sei in diesen Fällen "unwahrscheinlich". Die (vor Beginn der Ausschußfrist erlangte) Kenntnis der Beklagten bzw. ihrer Rechtsvorgängerin muß eine sichere positive Kenntnis sein. Selbst eine grob fahrlässige Unkenntnis ist der Kenntnis von Tatsachen im Sinne des § 626 Abs. 2 BGB nicht gleichzusetzen (ständige Rechtsprechung seit BAG 23, 475 [481] = AP Nr. 1 zu § 626 BGB Ausschußfrist [zu III 1 der Gründe]; vgl. auch Urteil des Senats vom 11. März 1976 - 2 AZR 29/75 - AR-Blattei "Kündigung VIII" Entsch. 54 = [demnächst] AP Nr. 9 zu § 626 BGB Ausschußfrist). Die Frage der Kenntnis oder Nichtkenntnis darf deshalb nicht offen bleiben.

3. Dies gilt auch für die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Beklagte habe das Kündigungsrecht nach allgemeinen Grundsätzen selbst dann verwirkt, wenn sämtlichen Organen der Rechtsvorgängerin der Beklagten die dem Kläger angelasteten Vorgänge nicht bekannt gewesen sein sollten. Bei Unkenntnis sämtlicher Organe der F Volksbank von den Kündigungstatsachen kommt jedoch eine Verwirkung des Kündigungsrechts nicht in Betracht.

Der Einwand der materiellrechtlichen Verwirkung eines Rechts ist ein Sonderfall des Verbots der unzulässigen Rechtsausübung (vgl. statt aller: Staudinger-Weber, BGB, 11. Aufl., § 242 Anm. D 601). Verwirkt ist ein Anspruch oder ein Recht wie das Kündigungsrecht dann, wenn der Berechtigte längere Zeit hindurch untätig geblieben ist, dadurch den Eindruck erweckt hat, er wolle das Recht nicht mehr geltend machen, sein Vertrags-

- 13 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 13 -

partner sich auf den dadurch geschaffenen Vertrauenstatbestand eingestellt hat und es ihm deshalb nicht mehr zugemutet werden kann sich auf das verspätete Begehren des Berechtigten einzulassen.

Eine Verwirkung des Kündigungsrechts hinsichtlich der vom Landesarbeitsgericht noch nicht geprüften Kündigungsgründe setzt somit jedenfalls voraus, daß hiervon die allein zur fristlosen Kündigung berechnete Generalversammlung der F Volksbank Kenntnis hatte. Für diesen Fall greift aber die Sondervorschrift des § 626 Abs. 2 BGB ein, zu deren Anwendung im Streitfall bereits Näheres gesagt ist (oben III 1 und 2).

4. Entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts kann in der Tatsache, daß die Beklagte in dem Verschmelzungsvertrag sich zur Übernahme des Klägers verpflichtet hat, kein Verhalten gesehen werden, das dem Grundsatz von Treu und Glauben widerspricht. Das ist allenfalls dann möglich, wenn das Landesarbeitsgericht festgestellt hätte, daß der Beklagten im Zeitpunkt der Verschmelzung die Kündigungstatsachen bekannt waren.

5. Auch als Verzicht auf die Ausübung des Kündigungsrechts oder als Verzeihung der von der Beklagten vorgebrachten Kündigungsgründe kann die im Verschmelzungsvertrag enthaltene Übernahmeverpflichtung nicht gewertet werden. Gleiches gilt für die von der Generalversammlung am 20. Oktober 1972 ausgesprochene Entlastung des Vorstands der F Volksbank. Dies folgt daraus, daß eine dem Vorstand gemäß § 48 Abs. 1 GenG von der Generalversammlung erteilte Entlastung sich nur auf solche Verfehlungen bezieht, die der Generalversammlung bei der Fassung des Entlastungsbeschlusses bekannt waren oder von ihr aus den ihr vorgelegten Unterlagen erkannt werden konnten (Lang-Weidmüller, aaO, § 48 Anm. 4; RG JW 1936, 2313; RGZ 152, 273. [281]; RG JW 1938, 2019). Die Gründe, die die Beklagte zur Rechtfertigung der fristlosen Kündigung vorgetragen hat, sind aber der Generalversammlung nicht unterbreitet worden.

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

- 14 -



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

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

- 14 -

6. Wie die Revision zu Recht rügt, hat das Landesarbeitsgericht die Frage der Umdeutung der außerordentlichen in eine ordentliche Kündigung nicht geprüft, obwohl sich die Beklagte hierauf berufen hatte. Sollte das Landesarbeitsgericht zu dem Ergebnis kommen, daß die außerordentliche Kündigung unwirksam ist, so wird es unter Beachtung der hierzu aufgestellten Grundsätze (vgl. BAG AP Nr. 3 zu § 13 KSchG 1969 sowie die Urteile des Senats vom 18. September 1975 - 2 AZR 311/74 - AR-Blattei "Kündigung XII" Entsch. 2 = [demnächst] AP Nr. 10 zu § 626 BGB Druckkündigung und vom 12. August 1976 - 2 AZR 311/75 - AR-Blattei "Betriebsverfassung XIV C" Entsch. 46 = [demnächst] AP Nr. 10 zu § 102 BetrVG 1972) über die Umdeutung entscheiden müssen.

IV. Die Revision der Beklagten greift auch hinsichtlich des Zahlungsanspruchs durch. Da der Anspruch des Klägers auf ein halbes dreizehntes Monatsgehalt allein von der Wirksamkeit der fristlosen Kündigung abhängt, war eine ausdrückliche Revisionsbegründung zu diesem Teil der Klage entbehrlich (vgl. BAG 7, 165 [167-170] = AP Nr. 1 zu § 133 b GewO [zu I der Gründe] und BAG AP Nr. 27 zu § 72 ArbGG 1953 Streitwertrevision [zu I 2 der Gründe]).

gez.: Dr. Gröninger

Hillebrecht

Roeper

Walter Sickert

Meyer-Estorf



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

