

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

Gesetz: BetrVG 1972 § 102

Leitsätze:

K e i n e

Aktenzeichen: 2 AZR 298/75

Urteil des BAG vom 16. Juni 1976

LAG Berlin



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 298/75

4 Sa 93/74 Berlin

Verkündet am
16. Juni 1976

gez. Kistner,

Angestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 16. Juni 1976 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Gröninger, die Richter Hillebrecht und Roeper sowie die ehrenamtlichen Richter Thieß und Dr. Kammann für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 18. März 1975 - 4 Sa 93/74 - wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten der Revision.

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
[\(mobile App\)](#)



- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger war seit 1963 als Stukkateur bei der Beklagten mit einer monatlichen Durchschnittsvergütung von 3.000,-- DM beschäftigt.

Eine mit Schreiben vom 13. Dezember 1973 erklärte ordentliche Kündigung aus betriebsbedingten Gründen nahm die Beklagte in der mündlichen Verhandlung vor dem Arbeitsgericht am 24. Juni 1974 zurück. Der Kläger war in diesem Termin nicht anwesend. Sein Prozeßbevollmächtigter teilte ihm diese Erklärung mit Schreiben vom 27. Juni 1974 mit. Hierbei regte er an, der Kläger möge die Arbeit bei der Beklagten wieder aufnehmen und das Arbeitsverhältnis, das er zwischenzeitlich eingegangen war, fristgemäß kündigen. Der Kläger hatte am 15. Mai 1974 bei einer anderen Baufirma einen zweckbefristeten Arbeitsvertrag über die Durchführung von Akkordarbeiten an zwei Bauvorhaben geschlossen. Diese Arbeiten waren im Zeitpunkt des Zugangs des Schreibens vom 27. Juni 1974 noch nicht beendet. Mit Schreiben vom 2. Juli 1974 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis fristlos mit der Begründung, der Kläger habe seine Arbeitskraft nicht innerhalb einer angemessenen Frist nach Rücknahme der Kündigung angeboten.

Der Kläger hat die Feststellung begehrt, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die fristlose Kündigung vom 2. Juli 1974 nicht aufgelöst worden sei. Er hat die Auffassung vertreten, die Kündigung vom 2. Juli 1974 sei weder als fristlose noch als fristgerechte begründet. Die Beklagte hätte ihm ausreichend Gelegenheit geben müssen, sich mit seinem neuen Arbeitgeber zu einigen. Er habe an dem Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten nach wie vor Interesse, insbesondere auch deshalb, weil dieses Arbeitsverhältnis im Gegensatz zu den zwischenzeitlich aufgenommenen unbefristet sei und er durch seine 11-jährige Betriebszugehörigkeit die Anwartschaft auf eine betriebliche Altersversorgung erworben habe.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat vorgetragen, der Prozeßbevollmächtigte des Klägers sei bereits

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



- 3 -

am 20. Juni 1974 von der beabsichtigten Kündigungsrücknahme in Kenntnis gesetzt worden. Der Kläger habe daher genügend Zeit gehabt, um sich mit seinem neuen Arbeitgeber zu einigen. Nachdem er sich am 1. Juli 1974 noch nicht zur Arbeit gemeldet habe, sei ihr die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zuzumuten gewesen. Zumindest müsse die fristlose Kündigung als fristgerechte Bestand haben.

Das Arbeitsgericht hat die Feststellung getroffen, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 2. Juli 1974 nicht an diesem Tage beendet worden ist, sondern daß es bis zum 10. Juli 1974 fortgedauert hat.

Gegen dieses Urteil hat der Kläger Berufung eingelegt. Ergänzend hat er ausgeführt: Die am 2. Juli 1974 ausgesprochene fristlose Kündigung könne auch als ordentliche Kündigung keinen Bestand haben, da sie nicht sozial gerechtfertigt sei. Nach Ausspruch der ordentlichen Kündigung vom 13. Dezember 1973 habe er nicht mit deren Rücknahme rechnen können. Im übrigen sei der Betriebsrat vor Ausspruch der Kündigung nicht ordnungsgemäß gehört worden.

Die Beklagte hat hierauf erwidert, der Betriebsratsvorsitzende sei in der Woche vom 24. Juni 1974 darauf hingewiesen worden, daß eine Kündigung beabsichtigt sei, wenn der Kläger seine Arbeit nicht spätestens am 2. Juli aufnehmen würde. Am 2. Juli 1974 habe der Betriebsratsvorsitzende gegenüber der Beklagten erklärt, der Betriebsrat stimme der Kündigung zu und habe das Kündigungsschreiben gegengezeichnet.

Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung des Klägers das erstinstanzliche Urteil abgeändert und festgestellt, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 2. Juli 1974 nicht beendet worden ist, sondern auch über den 10. Juli 1974 fortbestanden hat. Mit der Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Außerdem begehrt sie hilfsweise die Feststellung, daß das Arbeitsverhältnis erst durch die Kündigung vom 3. September 1974 aufgelöst worden ist. Der Kläger bittet, die Revision zurückzuweisen.



Entscheidungsgründe:

Die Revision ist unbegründet.

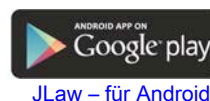
I. Die Kündigung vom 2. Juli 1974 dürfte u.a. deshalb unwirksam sein, weil die Beklagte keine Tatsachen dafür vorgetragen hat, daß dem Kläger bei Zugang des Kündigungsschreibens erkennbar gewesen sei, die Beklagte beabsichtige hilfsweise auch fristgemäß zu kündigen (vgl. Urteil des Senats vom 18. September 1975 - 2 AZR 311/74 - (zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung sowie in dem Nachschlagewerk des Gerichts bestimmt)).

Eine Umdeutung der fristlosen in eine ordentliche Kündigung dürfte im Streitfall auch deshalb ausscheiden, weil die insoweit darlegungspflichtige Beklagte nicht dargetan hat, daß sie dem Betriebsrat Gelegenheit gegeben habe, auch zu einer fristgemäßen Kündigung Stellung zu nehmen. Nach der im Schrifttum herrschenden Meinung setzt eine Umdeutung einer fristlosen in eine fristgemäße Kündigung eine entsprechende Unterrichtung des Betriebsrates voraus (vgl. Dietz-Richardi, BetrVG, 5. Aufl., § 102 Anm. 57; Fitting-Auffarth-Kaiser, BetrVG, 11. Aufl., § 102 Anm. 8 b; Hueck, KSchG, 9. Aufl., § 13 Anm. 27; Stahlhacke, B1StSoz ArbR 1972, 67 [74]; a.A. Eich, DB 1975, 1603 [1606, 1607]; Meisel, Mitwirkung und Mitbestimmung des Betriebsrats in personellen Angelegenheiten, 4. Aufl., S. 146, 147; Schlochauer, RdA 1973, 157 [159]).

Die Kündigung dürfte auch unwirksam sein, weil dem Kläger wohl weder der Abschluß des befristeten Akkordvertrages vorgeworfen werden kann noch die Unterlassung, vor dem 1. Juli 1974 sich bei der Beklagten wieder zur Arbeit zu melden.

II. Entscheidend kommt es auf diese Fragen jedoch nicht an, denn die Kündigung ist jedenfalls deshalb unwirksam, weil die Beklagte nicht die Voraussetzungen für die Einleitung eines ordnungsgemäßen Anhörungsverfahrens im Sinne des § 102 Abs. 1 BetrVG schlüssig dargetan hat.

1. Zum Anhörungsvorgang hat die Beklagte in der Berufungserwiderung im wesentlichen folgendes ausgeführt: Der Betriebsrats-



- 5 -

vorsitzende sei in der Woche vom 24. Juni 1974 davon in Kenntnis gesetzt worden, daß eine Kündigung beabsichtigt sei, wenn der Kläger seine Arbeit nicht spätestens am 2. Juli 1974 aufnehmen werde. Der Betriebsratsvorsitzende habe hiervon fünf der insgesamt sieben Mitglieder des Betriebsrates unterrichtet. Am 2. Juli 1974 habe sodann der Betriebsratsvorsitzende gegenüber der Beklagten erklärt, der Betriebsrat stimme der Kündigung zu und habe das Kündigungsschreiben gegengezeichnet.

2. Die von der Beklagten geschilderte Anhörung des Betriebsrates erfüllt nicht die Voraussetzungen, die nach der Rechtsprechung des Senats an eine ordnungsgemäße Anhörung nach § 102 BetrVG zu stellen sind (vgl. hierzu das Urteil des LAG Berlin vom 9. Februar 1973, AP Nr. 1 zu § 102 BetrVG 1972; Urteil des Senats vom 28. Februar 1974, AP Nr. 2 zu § 102 BetrVG 1972 [auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt]; Urteil vom 4. August 1975 - 2 AZR 266/74 - [auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung und im Nachschlagewerk des Gerichts bestimmt]). Eine wirksame Anhörung nach Maßgabe des § 102 Abs. 1 BetrVG setzt danach mindestens voraus, daß der Arbeitgeber dem Betriebsrat die Person des Arbeitnehmers, dem gekündigt werden soll, bezeichnet, die Art der Kündigung (z.B. ordentliche oder außerordentliche), gegebenenfalls auch den Kündigungstermin, angibt und die Gründe für die Kündigung mitteilt.

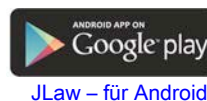
3. Im Streitfall fehlt es an der Mitteilung hinsichtlich der Art der beabsichtigten Kündigung. Auch aus dem Umstand, daß der Betriebsratsvorsitzende das Kündigungsschreiben vom 2. Juli 1974, in dem lediglich eine fristlose Kündigung erklärt wird, mit unterzeichnet hat, ergibt sich kein zwingender Rückschluß dafür, daß die Beklagte den Betriebsrat wegen einer beabsichtigten fristlosen Kündigung vorher angehört hat. Unter Zugrundelegung der vom Kläger nicht bestrittenen Sachdarstellung der Beklagten ist davon auszugehen, daß die Beklagte den Betriebsrat über die Art der beabsichtigten Kündigung (fristlose oder ordent-

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

- 6 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 6 -

liche Kündigung), nicht in Kenntnis gesetzt hat. Damit leidet das Anhörungsverfahren an einem in den Verantwortungsbereich der Beklagten führenden Mangel, der zur Unwirksamkeit der mit Schreiben vom 2. Juli 1974 erklärten Kündigung führt.

Wie der Senat bereits in seinem oben genannten Grundsatzurteil vom 4. August 1975 - 2 AZR 266/74 - entschieden hat, mangelt es an einer "Anhörung" im Sinne des § 102 Abs. 1 BetrVG nämlich nicht nur dann, wenn der Arbeitgeber kündigt, ohne überhaupt mit dem Betriebsrat in Verbindung getreten zu sein, sondern auch in den Fällen, in denen der Arbeitgeber seine Mitteilungspflichten nicht richtig, insbesondere nicht ausführlich genug erfüllt. Da es im Streitfall bereits an einer ordnungsgemäßen Einleitung des Anhörungsverfahrens fehlt, ist die gegenüber dem Kläger mit Schreiben vom 2. Juli 1974 ausgesprochene Kündigung sowohl als fristlose als auch als fristgemäße nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam.

An dieser Rechtsfolge ändert auch nichts der Umstand, daß der Betriebsrat nach dem unbestrittenen Vortrag der Beklagten der mit Schreiben vom 2. Juli 1974 erklärten fristlosen Kündigung zugestimmt hat. Abgesehen davon, daß der Betriebsrat nur der fristlosen Kündigung zugestimmt hat und nicht einer etwa durch Umdeutung konstruierten ordentlichen Kündigung, erklärt das Gesetz nicht die "ohne Zustimmung" des Betriebsrats, sondern die "ohne Anhörung" ausgesprochene Kündigung für unwirksam (§ 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG).

III. Soweit die Beklagte erstmals in der Revisionsinstanz hilfsweise beantragt, festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 3. September 1974 aufgelöst worden ist, ist die Revision unzulässig.

Die von der Beklagten begehrte gerichtliche Feststellung könnte sie nur im Wege einer Feststellungs-Widerklage erreichen. In der Revisionsinstanz ist die Erhebung von Zwischenfeststellungsklagen (§ 280 ZPO) oder Widerklagen (§ 33 ZPO)

- 7 -



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



- 7 -

aber nicht statthaft (vgl. BGHZ 24, 279 [285] und BGH NJW 1961, 1467). Abgesehen davon fehlt jeder Tatsachenvortrag, daß die Beklagte überhaupt am 3. September 1974 gekündigt hat.

gez.: Dr. Gröninger

Richter am Bundes-
arbeitsgericht
Hillebrecht ist
im Urlaub
Dr. Gröninger

Roeper

Thieß

Kammann

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
[\(mobile App\)](#)

