

Aktenzeichen: 2 AZR 532/77

LAG Bremen Urteil des BAG vom 6. September 1979

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

Gesetz: KSchG 1969 §§ 4, 7, 13; ZPO § 256; BGB § 626
Ausschlußfrist

Leitsätze:

K e i n e



2 AZR 532/77

4 Sa 7/77 Bremen

Verkündet am
6. September 1979

gez. Bittner,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

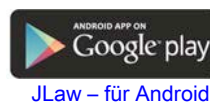
hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 28. Juni 1979 durch den Richter Hillebrecht als Vorsitzenden, die Richter Dr. Gehring und Triebfürst sowie die ehrenamtlichen Richter Zeilinger und Dr. Börner für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Bremen vom 21. Juni 1977
- 4 Sa 7/77 - aufgehoben.
2. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Arbeitsgerichts Bremen vom 2. Februar 1977
- 5 Ca 5217/76 - abgeändert.

- 2 -



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



3. Es wird festgestellt, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die von der Beklagten mit Schreiben vom 30. Juni 1976, zugegangen am 12. Juli 1976, ausgesprochene ordentliche Kündigung und die mit Schriftsatz vom 28. Juli 1976, zugegangen am 29. Juli 1976, ausgesprochene fristlose Kündigung nicht aufgelöst worden ist.
4. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreites.

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

Tatbestand:

Die im Jahre 1920 geborene Klägerin war seit Dezember 1952 bei der Beklagten zunächst als Buchhalterin tätig. Sie erhielt später Prokura und wurde 1969 Kommanditistin der Beklagten. Mit Ablauf des Jahres 1974 ist die Klägerin als Gesellschafterin ausgeschieden und ab 1. Januar 1975 von der Beklagten als Buchhalterin mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 20 Stunden und einer monatlichen Vergütung von 950,-- DM netto angestellt worden.

Die Parteien haben in § 1 Abs. 1 des schriftlichen Anstellungsvertrages folgendes vereinbart:

"Das Dienstverhältnis ist seitens der Firma "M
Maschinen-, Stahl- und Leichtmetallbau Me & Co.
bis zur Vollendung des 60. Lebensjahres von Frau G
unkündbar; es sei denn, daß ein wichtiger Grund für
die Kündigung vorliegt."

Im Januar 1976 kam es zwischen den Parteien zu einer Auseinandersetzung wegen der Verwendung mehrerer von der Klägerin auf ihren Namen ausgestellter Firmenschecks, die von der Klägerin eingelöst worden waren. Mit Schreiben vom 28. Januar 1976 warf der Geschäftsführer der Beklagten der Klägerin vor, die durch die Schecks kassierten Geldbeträge unterschlagen zu haben. Er forderte sie auf, die entnommenen Beträge einschließlich überzahlter Darlehen und Mehrentnahmen aus der Bilanz per 31. Dezember 1974 sofort zurückzuzahlen und empfahl der Klägerin, selbst zum 31. Dezember 1976 zu kündigen. Die Klägerin wies mit Schreiben vom 30. März 1976 die gegen sie erhobenen Vorwürfe zurück



und lehnte es ab, zum Jahresende auszuscheiden. Mit Schreiben vom 30. Juni 1976 hat die Beklagte das Arbeitsverhältnis "termingerecht zum 31.12.1978" gekündigt. In dem Kündigungsschreiben heißt es u. a.:

" ...
Ihr Schreiben vom 30.3.1976 habe ich bis jetzt nicht beantwortet, da ich immer noch gehofft habe, daß Sie die von mir gemachte Aufstellung richtig stellen würden, wie Sie dies in Ihrem Schreiben angedeutet hatten. Ich habe Sie aus diesem Grunde in den ersten Tagen des Monats Juni 76 nochmals gebeten, die nach Ihrer Meinung falschen Aufstellungsposten mit mir abzustimmen. Sie haben mir zugesagt, bis zum 12.6.76 alle hierfür erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen und die Geschichte ein für alle Mal bis zum 30.6.76 aus der Welt zu schaffen. Bis zu diesem Zeitpunkt wollten Sie mir auch einen Vorschlag machen, wie Sie die ca. DM 6.000,-- zuviel gemachte Entnahme 1975 zurückzahlen wollen. Sie erklärten mir, daß Ihre Finanzlage das gar nicht zulassen würde.

...

Im direkten Zusammenhang mit den vorstehenden Ausführungen, der Einführung der Computer-Buchführung über den Steuerberater, der 14-tägigen Lohnabschlagzahlung und monatlichen Lohnabrechnung und nicht zuletzt durch den Entzug der Bankvollmacht ist ein ausreichendes Betätigungsfeld für Sie nicht vorhanden. Da ich wegen der Ihnen bekannten finanziellen Lage der Firma gezwungen bin, den Betrieb soweit wie möglich zu rationalisieren um ihn überhaupt noch wirtschaftlich führen zu können, kündige ich hiermit den Angestelltenvertrag termingerecht zum 31.12.1976.

...

Da Sie behaupten, die Aufstellung sei falsch und ich die Richtigkeit meiner Aufstellung beweisen kann, möchte ich Ihnen folgenden Vorschlag unterbreiten: Ich verzichte auf die Rückzahlung und Sie verzichten auf die Auszahlung der restlichen Darlehen sowie eine weitere Verzinsung. Die sich ergebende Differenz zu meinen Gunsten betrachte ich als Abfindung."

Das Kündigungsschreiben ist der Klägerin am 12. Juli 1976 zugegangen.

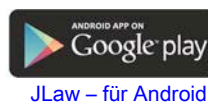
Die Klägerin hat durch ihre Prozeßbevollmächtigten am 21. Juli 1976 Klage auf Feststellung erhoben, daß das Arbeitsverhältnis durch die mit Schreiben vom 30. Juni 1976 ausgesprochene Kündigung nicht aufgelöst werde. Sie hat in der Klagebegründung unter Hinweis auf die Kündigungsverein-

barung geltend gemacht, für die Kündigung liege kein wichtiger Grund vor. Falls die Beklagte für die Kündigung betriebsbedingte Gründe anführen wolle, werde hilfsweise gerügt, daß die Kündigung sozial ungerechtfertigt sei.

Mit Schriftsatz vom 28. Juli 1976 - dem Prozeßbevollmächtigten der Klägerin zugegangen am 29. Juli 1976 - haben die Prozeßbevollmächtigten der Beklagten der Klägerin gegenüber eine fristlose Kündigung mit der Begründung ausgesprochen, die Klägerin sei offensichtlich nicht bereit, auf eine gütliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses einzugehen, und habe sich nicht bemüht, die zu Unrecht erlangten Geldbeträge zu erstatten. Außerdem habe sich im Juni 1976 herausgestellt, daß die Klägerin auch für das Jahr 1975 mehr Geld entnommen habe, als ihr zustehe. In dem auf den 30. Juli 1976 anberaumten Termin zur Güteverhandlung ist auch diese fristlose Kündigung erörtert worden. Der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin hat darauf hingewiesen, der Beklagten seien sämtliche Vorgänge, auf die die fristlose Kündigung gestützt werde, länger als zwei Wochen vor dem 28. Juli 1976 bekannt gewesen. Die außerordentliche Kündigung sei noch viel weniger wirksam, als die ordentliche Kündigung. Eine Änderung oder Ergänzung des in der Klageschrift angekündigten Antrags hat der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin nicht vorgenommen. Im Protokoll ist nur vermerkt worden, daß die Parteien eine gütliche Einigung erörtert haben, zu der sie sich dem Grunde nach bereiterklärten und der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin die Angelegenheit mit seiner Mandantin noch ausführlich erörtern wollte. Er hat der Klägerin über den Verlauf der Güteverhandlung unter dem 30. Juli 1976 u. a. wie folgt berichtet:

" ...

In der gerichtlichen Güteverhandlung am 30. Juli d.J. erklärte Herr Rechtsanwalt ... für die Firma M, daß die fristlose Kündigung im Schriftsatz vom 28. Juli d.J. ausgesprochen worden sei, nachdem es zwischen Ihnen und der Firma M Anfang des Jahres 1976 wegen der angeblichen Unterschlagungen nicht zu einer gütlichen Einigung gekommen sei. Daraufhin war es für das Gericht ebenso wie auch für mich klar, daß damit die fristlose Kündigung gem. § 626 BGB verspätet und unwirksam ist. Eine ordentliche Kündigung ist in dem Anstellungsvertrag ausdrücklich ausgeschlossen. Nach meiner Überzeugung könn-



- 5 -

te die Gegenseite mit der fristlosen Kündigung allenfalls dann Erfolg haben, wenn sie nachweisen kann, daß Sie erst 14 Tage vor dem 28. Juli 1976 weitere angebliche Unterschlagungen Ihrerseits aufgedeckt habe

Das Gericht fragte die Parteien in der Güteverhandlung ob die Möglichkeit einer gütlichen Einigung bestehe. Ich erklärte daraufhin, daß ich es mir schwer vorstellen könne, daß Sie bereit seien, angesichts der nun aufgetretenen Spannungen das Arbeitsverhältnis mit Herrn Me jun. fortzusetzen. Die Gegenseite schien ebenfalls dieser Auffassung zu sein, äußerte sich dazu jedoch noch nicht. Auf meinen Antrag hin wurde die Güteverhandlung ohne Anberaumung bereits eines neuen Termines vertagt. Ich habe dem Gericht gegenüber erklärt, daß ich die Angelegenheit nach Rückkehr aus meinem Urlaub zunächst eingehend weiter mit Ihnen erörtern müsse.

..."

In einem weiteren auf Antrag der Beklagten anberaumten Gutetermin am 6. September 1976 hat der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten eingeräumt, der Unterschlagungstatbestand, wonach die Klägerin rund 18.000,-- DM für sich verbraucht habe, sei der Beklagten seit Ende Januar bekannt. Durch richterliche Verfügung vom 9. September 1976 ist die Klägerin darauf hingewiesen worden, daß auch hinsichtlich der fristlosen Kündigung vom 28. Juni 1976 die 3-Wochen-Frist des § 4 KSchG gelte. Die Klägerin hat daraufhin zunächst noch keinen neuen Antrag angekündigt, sondern in einem Schriftsatz vom 29. Oktober 1976 vorgetragen, die Nichteinhaltung der Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB habe nichts mit der Frist des § 4 KSchG zu tun.

Erst in dem Termin zur streitigen Verhandlung vom 3. November 1976 hat die Klägerin beantragt

festzustellen, daß die von der Beklagten mit Schreiben vom 30. Juni 1976, zugegangen am 12. Juli 1976, ausgesprochene ordentliche Kündigung und die mit Schriftsatz vom 28. Juli 1976, zugegangen am 29. Juli 1976, ausgesprochene fristlose Kündigung rechtsunwirksam seien.

Die Klägerin hat vorgetragen, zwischen den Parteien habe bereits in der Güteverhandlung am 30. Juli 1976 festgestanden, daß die außerordentliche Kündigung wegen Versäumung der Ausschlußfrist des § 626 Abs. 2 BGB unwirksam sei, und

- 6 -



die Beklagte erst recht eine fristlose Kündigung nicht gegen sich gelten lassen wolle. Für das Gericht und für die Beklagte sei erkennbar auch und gerade die fristlose Kündigung Gegenstand der Kündigungsschutzklage gewesen. Da ihr Prozeßbevollmächtigter den Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung zum 31. Dezember 1976 nach Ausspruch der außerordentlichen Kündigung aufrechterhalten und deren Unwirksamkeit in der ersten Güteverhandlung geltend gemacht habe, sei auch die außerordentliche Kündigung bereits mit dem zunächst gestellten Feststellungsantrag angegriffen worden. Wenn sie die fristlose Kündigung hingenommen hätte, wäre es sinnlos gewesen, Vergleichsverhandlungen zu führen, oder die ordentliche Kündigung weiter zu bekämpfen. Die außerordentliche Kündigung sei unwirksam, weil der Beklagten die angeblichen Veruntreuungen nach ihrem eigenen Vorbringen bereits seit Anfang Januar 1976 bekannt gewesen seien. Die Beklagte könne sich nicht darauf berufen, der Wegfall der Vertrauensgrundlage wirke derart fort, daß die Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB noch nicht abgelaufen sei. Diese Frist sei auch nicht durch das Erfordernis weiterer Ermittlungen gehemmt worden, weil sie bereits am 9. Januar 1976 zu den Kündigungsgründen angehört worden sei.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen und Widerklage auf Zahlung von 13.701,08 DM nebst Zinsen erhoben. Sie hat erstmals in ihrem Schriftsatz vom 19. Oktober 1976 vorgebracht, das Arbeitsverhältnis sei bereits durch die außerordentliche Kündigung beendet worden, weil sie nicht innerhalb der Frist des § 4 KSchG mit der Kündigungsschutzklage angegriffen worden sei. Die Voraussetzungen, unter denen nach § 6 KSchG eine verlängerte Anrufungsfrist bestehe, seien nicht erfüllt. Die Klägerin habe nicht die Absicht gehabt, die außerordentliche Kündigung innerhalb von drei Wochen gerichtlich anzufechten, weil weder sie noch ihr Prozeßbevollmächtigter sich darüber im Klaren gewesen seien, daß diese Frist gewahrt werden mußte. Das ergebe sich eindeutig aus dem Informationsschreiben vom 30. Juli 1976. Der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin sei offenbar davon ausgegangen, die Kündigung sei ohne weiteres unwirksam, weil die Frist des § 626 Abs. 2 BGB nicht eingehalten war.



Das Arbeitsgericht hat durch Teilurteil die Klage abgewiesen. Es hat angenommen, das Arbeitsverhältnis sei durch die fristlose Kündigung vom 28. Juli 1976 beendet worden, weil die Klägerin diese weitere Kündigung nicht rechtzeitig angegriffen habe.

Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre Klageanträge weiter, während die Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet. Sie führt zu einer ersetzten Entscheidung zugunsten der Klägerin, weil das angefochtene Urteil auf einem Rechtsfehler beruht, und die Sache nach dem festgestellten oder unstreitigen Sachverhältnis zur Endentscheidung reif ist (§ 565 Abs. 3 Ziff. 1 ZPO).

I. Das Landesarbeitsgericht hat ausgeführt, die Beklagte habe die außerordentliche Kündigung in Unkenntnis der Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB erst mehrere Monate nach Kenntnis der für die Kündigung maßgebenden Tatsachen ausgesprochen. Diese Verspätung führe regelmäßig zur Rechtsunwirksamkeit einer fristlosen Kündigung. Diese Rechtsfolge sei im Streitfall deswegen nicht eingetreten, weil die Klägerin die Rechtsunwirksamkeit dieser Kündigung nicht rechtzeitig gerichtlich geltend gemacht habe. Der ursprüngliche Klageantrag decke nicht die Absicht der Klägerin, auch die fristlose Kündigung angreifen zu wollen. Es sei vielmehr notwendig gewesen, jede der beiden Kündigungen gesondert anzufechten, denn Gegenstand einer Kündigungsschutzklage sei die Frage, ob ein Arbeitsverhältnis aus Anlaß einer ganz bestimmten Kündigung zu dem von dieser Kündigung gewollten Termin aufgelöst worden sei oder nicht. Die Klägerin habe ihren Klageantrag aber erst nach Ablauf der Klagefrist des § 4 KSchG auf die außerordentliche Kündigung erweitert.

Die Klägerin könne nicht mit ihrem Vortrag gehört werden, sie habe ihren Willen, auch gegen die fristlose Kündigung angehen zu wollen, schon in der Güteverhandlung vom



30. Juli 1976 hinreichend deutlich gemacht und dies sei allen Beteiligten auch klar gewesen. Dadurch, daß die Beklagte die fristlose Kündigung in ihrem Schriftsatz vom 28. Juli 1976 ausgesprochen habe, sei die Kündigung zwar in den Prozeß eingeführt und zum Prozeßstoff gemacht worden. Mit der Erörterung der Gründe für die außerordentliche Kündigung und der von der Klägerin geltend gemachten Verfristung im Termin am 30. Juli 1976 sei aber noch nicht erkennbar zum Ausdruck gekommen, daß die Klägerin die Absicht gehabt habe, auch die fristlose Kündigung anzufechten. Wie sich aus dem Schreiben des Prozeßbevollmächtigten der Klägerin vom 30. Juli 1976 an seine Mandantin ergebe, habe zunächst mit der Möglichkeit eines rechtzeitigen Ausspruches der fristlosen Kündigung gerechnet werden müssen. Der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin habe zudem in der Güteverhandlung erklärt, er zweifle wegen der nun aufgetretenen Spannungen an einer Bereitschaft der Klägerin, das Arbeitsverhältnis mit dem Juniorchef der Beklagten fortzusetzen. Es sei deshalb nicht ohne weiteres zu vermuten gewesen, daß die fristlose Kündigung angefochten werden sollte.

Nicht zu folgen sei auch der Auffassung der Klägerin, schon aus der Tatsache, daß sie ihren ursprünglichen Klageantrag weiterverfolgt habe, ergebe sich zwingend ihre Absicht, auch die fristlose Kündigung anzugreifen. Logische Schlüsse könnten hier nicht weiterhelfen. Die Klägerin habe eine etwa vorhandene Absicht nicht sinnfällig gemacht. Weder nach der Güteverhandlung vom 6. September 1976 noch auf die richterliche Verfügung vom 9. September 1976 hin habe die Klägerin einen entsprechenden Antrag gestellt. Auf das Urteil des Senates vom 9. November 1967 - 2 AZR 435/66 - (BB 1968, 293 mit abl. Anm. von Trinkner) könne sich die Klägerin nicht stützen. In dem damaligen Fall habe der Arbeitnehmer seine Absicht, eine weitere als die zunächst bekämpfte Kündigung angreifen zu wollen, durch den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung auf Lohnfortzahlung deutlich gemacht. Diese Absicht habe die Klägerin allein dadurch, daß sie ihre gegen die ordentliche Kündigung gerichtete Klage weiter verfolgt habe, nicht zweifelsfrei erkennen lassen.



Da die Voraussetzungen für eine verlängerte Anrufungsfrist nach § 6 KSchG nicht erfüllt seien, sei das Arbeitsverhältnis bereits mit dem Zugang der außerordentlichen Kündigung beendet worden, so daß es einer Prüfung der ordentlichen Kündigung nicht bedürfe.

II. Diese Begründung des Landesarbeitsgerichts beruht auf der unzutreffenden Annahme, die Klägerin habe die Kündigung gemäß Schreiben vom 30. Juni 1976 ausschließlich mit einer Kündigungsschutzklage nach § 4 KSchG angegriffen. Das Landesarbeitsgericht hat übersehen, daß der ursprüngliche Klageantrag der Klägerin nach seiner Begründung in der Klageschrift und der Erörterung in der Güteverhandlung am 30. Juli 1976 zugleich neben einer Kündigungsschutzklage eine Feststellungsklage nach § 256 ZPO mit dem Antrag enthalten hat, den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses über den 31. Dezember 1976 hinaus festzustellen. Der Streitgegenstand dieser Feststellungsklage hat sich auch auf die mit Schriftsatz vom 28. Juli 1976 ausgesprochene spätere außerordentliche Kündigung erstreckt, weil beide Parteien diese Kündigung bereits im Termin am 30. Juli 1976 zum Gegenstand ihres Prozeßvortrages gemacht haben und der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin die Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung wegen der Verfristung der Kündigungsgründe nach § 626 Abs. 2 BGB gerügt hat. Die zunächst im Rahmen der Feststellungsklage nach § 256 ZPO und später auch durch eine Kündigungsschutzklage nach § 4 KSchG angegriffene außerordentliche Kündigung ist unwirksam, weil der Beklagten die für die Kündigung maßgebenden Tatsachen unstreitig erheblich länger als zwei Wochen vor dem Zugang der Kündigung (29. Juli 1976) bekannt gewesen sind (§ 626 Abs. 2 BGB). Die zuvor ausgesprochene Kündigung zum 31. Dezember 1976 ist unzulässig, weil die Parteien das Recht zur ordentlichen Kündigung durch die Beklagte vertraglich ausgeschlossen haben.

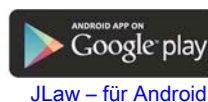
1. Das Landesarbeitsgericht ist im Ausgangspunkt zutreffend davon ausgegangen, die Klägerin habe gegen die außerordentliche Kündigung innerhalb von drei Wochen keine Kündigungsschutzklage nach § 4 KSchG erhoben. Diese Kündigung ist von der Klägerin vielmehr erst im Termin am 3. November 1976



mit einer Klage nach § 4 KSchG angegriffen worden. Daraus folgt jedoch entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts nicht, daß die Klägerin die Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung verspätet gerichtlich geltend gemacht hat und die außerordentliche Kündigung deswegen nach § 7 KSchG als von Anfang an rechtswirksam zu behandeln ist. Eine rückwirkende Heilung des Mangels der außerordentlichen Kündigung, der darin liegt, daß sie erst nach Ablauf der Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB ausgesprochen worden ist, ist aus folgenden Gründen nicht eingetreten:

a) Die Beklagte hat mit ihrem Schreiben vom 30. Juni 1976 das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin ordentlich gekündigt. Das ergibt sich aus der verlautbarten Absicht der Beklagten, das Angestelltenverhältnis "termingerecht" beenden zu wollen und aus der Begründung des Kündigungsschreibens, in dem nicht darauf hingewiesen wird, die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin sei der Beklagten unzumutbar geworden. Für die Auslegung, ob eine außerordentliche oder eine ordentliche Kündigung vorliegt, ist es unerheblich, ob der Kündigende nach dem vorliegenden Sachverhalt auch eine außerordentliche Kündigung hätte erklären können oder wegen des Ausschlusses der ordentlichen Kündigung an sich sogar hätte aussprechen müssen (BAG 1, 237 = AP Nr. 1 zu § 123 GewO und BAG 24, 292 [299] = AP Nr. 1 zu § 13 KSchG 1969 [zu 4 der Gründe]; BAG AP Nr. 1 zu § 44 TVAL II). Das Kündigungsschreiben enthält keinen Anhalt für eine Absicht der Beklagten, der Klägerin außerordentlich unter Zubilligung einer der gesetzlichen Kündigungsfrist entsprechenden Auslaufrist zu kündigen. Darauf hat sich die Beklagte auch im Verlaufe des Rechtsstreites nicht berufen. Die mit Schreiben vom 30. Juni 1976 ausgesprochene ordentliche Kündigung konnte das Arbeitsverhältnis schon deswegen nicht auflösen, weil die Parteien eine ordentliche Kündigung durch die Beklagte im § 1 Abs. 1 des Anstellungsvertrages ausgeschlossen und auf das vertraglich nicht abdingbare Recht zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grunde verwiesen haben (vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 44 TVAL II).

Die unzulässige ordentliche Kündigung ist nicht nach § 140 BGB in eine befristete außerordentliche Kündigung umzudeuten, weil eine außerordentliche Kündigung mit einer der ordentlichen



Kündigungsfrist entsprechenden Auslaufrfrist weitergehende Wirkungen als eine unwirksame ordentliche Kündigung hat (vgl. BAG aaO). Eine unzulässige ordentliche Kündigung ist schon aus "anderen Gründen" i. S. des § 13 Abs. 3 KSchG endgültig rechtsunwirksam und kann nicht nach § 7 KSchG rechtswirksam werden. Sie braucht wegen dieses Mangels auch nicht mit einer Kündigungsschutzklage nach § 4 KSchG angegriffen zu werden (BAG aaO und Hueck, Kündigungsschutzgesetz, 9. Aufl., § 13 Rz 49).

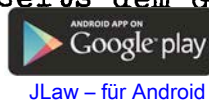
Diese Unwirksamkeit der ordentlichen Kündigung aus anderen Gründen i. S. des § 13 Abs. 3 KSchG hat die Klägerin in der Klageschrift zwar nicht ausdrücklich aber erkennbar geltend gemacht, indem sie sich darauf berufen hat, nach § 1 des Anstellungsvertrages unkündbar zu sein. Die Sozialwidrigkeit der Kündigung hat die Klägerin nur hilfsweise angeführt. Auch im Termin am 30. Juli 1976 ist nach dem insoweit unstreitigen Vortrag der Klägerin vom Gericht mit den Parteien erörtert worden, die ordentliche Kündigung zum 31. Dezember 1976 sei wegen ihres vertraglichen Ausschlusses auf jeden Fall unzulässig und damit rechtsunwirksam.

b) Der ursprüngliche Klageantrag der Klägerin ist unter Berücksichtigung der Klagebegründung und des Inhalts der ersten Güteverhandlung dahin auszulegen, daß die Klägerin eine vorsorglich auf Sozialwidrigkeit gestützte Kündigungsschutzklage nach § 4 KSchG mit der allgemeinen Feststellungsklage verbunden hat (vgl. BAG AP Nr. 10 zu § 102 BetrVG 1972 und das zur Veröffentlichung im Nachschlagewerk des Gerichts bestimmte Urteil des Senates vom 31. Mai 1979 - 2 AZR 473/77 -). Er hat sachlich zugleich die nach § 256 ZPO zulässige Klage auf Feststellung enthalten, daß das Arbeitsverhältnis über den 31. Dezember 1976 hinaus fortbesteht. Der Streitgegenstand dieses Klagebegehrens unterscheidet sich wesentlich von dem einer beschränkten Kündigungsschutzklage nach § 4 KSchG. Bei einer Kündigungsschutzklage mit einem Klageantrag nach Maßgabe des § 4 Satz 1 KSchG ist Streitgegenstand die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch eine konkrete, mit der Kündigungsschutzklage angegriffene Kündigung zu dem in



ihr vorgesehenen Termin (BAG 2, 87 [90] = AP Nr. 4 zu § 66 BetrVG; BAG 7, 36 [41] = AP Nr. 17 zu § 3 KSchG [zu II 3 der Gründe]; BAG 7, 51 [55] = AP Nr. 18 zu § 3 KSchG [zu A 3 b der Gründe]; BAG AP Nr. 2 zu § 81 ZPO; BAG AP Nr. 3 zu § 4 KSchG 1969 und Hueck, aaO, § 4 Rz 48 bis 49). Demgegenüber ist Streitgegenstand bei einer Feststellungsklage nach § 256 ZPO die Frage, ob ein Arbeitsverhältnis im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz oder über einen bestimmten späteren Zeitpunkt hinaus fortbesteht (vgl. das Urteil des Senates vom 31. Mai 1979, aaO). Bei diesem, gegenüber der Kündigungsschutzklage nach § 4 KSchG erweiterten Streitgegenstand geht es nicht nur um die Wirksamkeit einer Kündigung, sondern um die unbefristete Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auch über den möglichen Termin zur Kündigung hinaus. Es ist deswegen zu prüfen, ob das Arbeitsverhältnis weder durch die zunächst angegriffene Kündigung noch aus einem anderen Grunde beendet worden ist. Das gilt im Grundsatz auch für weitere Kündigungen durch den Arbeitgeber, die zu einem Termin ausgesprochen werden, der innerhalb des Zeitraumes liegt, für den die Feststellung des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses nach § 256 ZPO begehrt wird (vgl. Bötticher, Festschrift für Herschel, 1955, S. 181 ff. [188 bis 189]; Güntner, BB 1968, 754 [756] und Lücke, JZ 1960, 203 [205 bis 206]). Die Klage eines gekündigten Arbeitnehmers auf Feststellung, daß sein Arbeitsverhältnis fortbesteht, erfüllt wegen ihrer weitergehenden Wirkung zugleich die Anforderungen, die an eine Kündigungsschutzklage nach § 4 KSchG zu stellen sind (vgl. A. Hueck, Festschrift für Nipperdey, 1955, 99 ff. [108 bis 111]).

Es kann im Streitfall dahingestellt bleiben, ob eine Feststellungsklage nach § 256 ZPO sich stets auf spätere weitere Kündigungen erstreckt, und zwar unabhängig davon, ob und zu welchem Zeitpunkt sie vom Kläger in den Prozeß eingeführt werden (so Güntner und Lücke, aaO). Zu erwägen ist auch, ob der Arbeitnehmer sich auf die Unwirksamkeit weiterer Kündigungen im Rahmen des gestellten Feststellungsantrages nach § 256 ZPO nicht beliebig lange, sondern nur fristgebunden berufen kann (so Bötticher, aaO, der eine entsprechende Anwendung der Frist des § 6 KSchG für geboten hält). Die zeitlich unbeschränkte Geltendmachung der Unwirksamkeit weiterer, späterer Kündigungen entspricht zwar der Bedeutung und der Wirkung des erweiterten Streitgegenstandes einer Klage nach § 256 ZPO. Sie wird aber andererseits dem Gebot der Rechts-



sicherheit im Kündigungsrecht und der zeitlichen Begrenzung der Geltendmachung des Kündigungsschutzes nicht gerecht (vgl. BAG AP Nr. 3 zu § 12 SchwbG [zu B III 3 der Gründe] – die Entscheidung ist auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt). Im Streitfall kann es dahingestellt bleiben, ob es nicht der Zweck des § 4 KSchG gebietet, von einem Arbeitnehmer, der eine Feststellungsklage nach § 256 ZPO erhoben hat, zu verlangen, daß er binnen drei Wochen nach Zugang einer weiteren Kündigung im Prozeß zu erkennen gibt, ob er auch die spätere Kündigung nicht als rechtswirksam anerkennt. Da es nur um die Bestimmung des Streitgegenstandes der Feststellungsklage geht, braucht der Arbeitnehmer die Unwirksamkeit einer späteren Kündigung im Rahmen eines Rechtsstreites nach § 256 ZPO nicht durch Klageerweiterung oder einer den Voraussetzungen des § 6 KSchG entsprechenden Form gerichtlich geltend zu machen. Es genügt vielmehr ein Prozeßvortrag, aus dem sich ergibt, daß er auch die weitere Kündigung für unwirksam hält (vgl. Bötticher, aaO, S. 189).

c) Diese Voraussetzungen sind im Streitfall erfüllt, weil der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin bereits im Termin am 30. Juli 1976 geltend gemacht hat, die für die außerordentliche Kündigung gemäß Schriftsatz vom 28. Juli 1976 genannten Gründe seien verfristet und die Kündigung deswegen unwirksam. Damit hat er klargestellt, daß die auf den unbefristeten Fortbestand des Arbeitsverhältnisses gerichtete Feststellungsklage sich nicht einschränkend nur auf die Wirksamkeit der ordentlichen Kündigung bezog. Es ist unerheblich, ob durch diesen Vortrag des Prozeßbevollmächtigten der Klägerin zugleich die für § 6 KSchG erforderliche Absicht deutlich geworden ist, die außerordentliche Kündigung selbständig mit einer Kündigungsschutzklage nach § 4 KSchG anzugreifen. Darauf kommt es deswegen nicht an, weil die Klägerin mit Rücksicht auf den bereits anhängigen Streitgegenstand keine Klageerweiterung, sondern im Interesse der Rechtssicherheit und zur Bestimmung des an sich uneingeschränkten Streites über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses ihr Begehren

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 88 ff. UrhG geschützt.



nur klarzustellen brauchte. Es erübrigt sich deshalb, näher auf die Würdigung durch das Landesarbeitsgericht einzugehen, die auf den im Streitfall nicht vorliegenden beschränkten (punktuellen) Streitgegenstand einer Kündigungsschutzklage nach § 4 KSchG abgestellt ist.

2. Wie das Landesarbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat, ist die außerordentliche Kündigung nach Ablauf der Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB ausgesprochen worden. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts, die auf der Einlassung der Beklagten im Termin am 6. September 1976 beruhen, waren der Beklagten die für die außerordentliche Kündigung maßgebenden behaupteten Verfehlungen der Klägerin bereits seit Ende Januar 1976 bekannt. Da eine rückwirkende Heilung nach den §§ 7, 13 Abs. 1 KSchG ausscheidet, ist die außerordentliche Kündigung der Beklagten wegen der Versäumung der Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB unwirksam (vgl. BAG 24, 292 = AP Nr. 1 zu § 13 KSchG 1969; BAG 24, 383 = AP Nr. 4 zu § 626 BGB Ausschußfrist).

Die zunächst von der Beklagten vertretene Auffassung, die Frist des § 626 Abs. 2 BGB sei eingehalten worden, weil die Klägerin es versäumt habe, aus den ihr im Januar 1976 vorgehaltenen Verfehlungen Konsequenzen zu ziehen (vgl. Schriftsatz v. 19. Oktober 1976), ist aus folgenden Gründen verfehlt: Bei sogen. "Dauergründen" oder "Dauertatbeständen", die zum Anlaß für eine außerordentliche Kündigung genommen werden (vgl. Dierichs, AR-Blattei, [D] Kündigung VIII 1, B II 2 c; Palandt-Putzo, BGB, 38. Aufl., § 626 Anm. 3 b cc) ist zwischen in der Praxis seltenen echten fortdauernden wichtigen Gründen und Kündigungssachverhalten zu unterscheiden, die bereits abgeschlossen sind und nur noch fortwirken (vgl. BAG 24, 383 = AP Nr. 4 und 10 zu § 626 BGB Ausschußfrist). Die Besonderheit der echten Dauergründe besteht darin, daß fortlaufend neue Tatsachen eintreten, die für die Kündigung maßgeblich sein können. Dagegen kann es im Streitfall nur um einen abgeschlossenen Kündigungsgrund gehen, der insoweit fortwirkt, als die Klägerin sich weigert, der Beklagten die von ihr eingezogenen Beträge zu erstatten. Der Kündigungssachverhalt, auf den die Beklagte ihre außerordentliche Kündigung stützt, war spätestens abgeschlossen und ihr in vollem Ausmaß bekannt, nach-



dem die Klägerin in ihrem Schreiben vom 30. März 1976 den Vorschlag der Beklagten abgelehnt hatte, selbst zu kündigen oder Entnahmen zu erstatten.

III. Unter Aufhebung der Entscheidungen des Landesarbeits- und des Arbeitsgerichts war demgemäß der Feststellungsklage mit der Kostenfolge aus § 91 ZPO stattzugeben. Die Kostenentscheidung bezieht sich voll auf die Kosten des Berufungs- und des Revisionsverfahrens und beschränkt sich für die erste Instanz auf den vom Arbeitsgericht ausgeurteilten Teil des Streitgegenstandes.

gez.: Hillebrecht -

Triebfürst

zugleich für den durch
Urlaub an der Unter-
schrift verhinderten
Richter Dr. Gehring

Zeilinger

Dr. Börner

