

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

Gesetz: BetrVG 1972 § 102; ZPO §§ 256, 322, 551, 556 a.F.

Leitsätze:

K e i n e

Aktenzeichen: 2 AZR 535/76

Urteil des BAG vom 16. März 1978

LAG Niedersachsen



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



2 AZR 535/76

3 Sa 524/74 Niedersachsen

Verkündet am
16. März 1978

gez. Bittner,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 16. März 1978 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Gröninger, die Richter Roeper und Dr. Gehring sowie die ehrenamtlichen Richter Hackmann und Brenne für Recht erkannt

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 3. März 1976 - 3 Sa 524/74 - aufgehoben.

Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Wilhelmshaven vom 7. Mai 1974 - Ca 948/73 - wird zurückgewiesen. Es wird festgestellt, daß das Arbeitsverhältnis auch über den 31. Dezember 1973 hinaus fortbesteht.

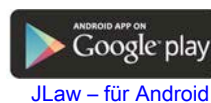
Der Beklagte trägt die Kosten der Berufung und der Revision.

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

- 2 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

Tatbestand:

Der Kläger war seit dem 10. September 1973 bei dem Beklagten, der ein Ingenieur- und Architekturbüro betreibt, als Vermessungsingenieur tätig. Er erhielt eine monatliche Vergütung von 4.000,--DM. Mit Schreiben vom 31. Oktober 1973, das dem Kläger am 2. November 1973 zugeing, teilte der Beklagte dem Kläger mit, daß eine weitere Zusammenarbeit mit ihm nicht mehr möglich sei, weil er sich gegenüber Dritten geschäftsschädigend über den Beklagten geäußert habe und die Beendigung seiner Tätigkeit auch von den übrigen Mitarbeitern gewünscht werde. Von seiner Absicht, das Vertragsverhältnis mit dem Kläger zu lösen, hatte der Beklagte den aus dem Bauleiter A bestehenden Betriebsrat (Betriebsobmann) zuvor nicht in Kenntnis gesetzt.

Der Kläger hält das Schreiben vom 31. Oktober 1973 für eine fristlose Kündigung. Er hat Klage auf Feststellung erhoben, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch diese Kündigung nicht aufgelöst worden sei, sondern fortbestehe.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hat geltend gemacht, der Kläger sei kein Arbeitnehmer, sondern freier Mitarbeiter gewesen. Darüber habe mit dem Kläger bei seiner Einstellung Einvernehmen bestanden. Entsprechend sei ihm sein Gehalt abredgemäß ohne Abzug von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen ausgezahlt worden. Insbesondere habe der Kläger auch seine Aufträge selbständig erledigt und sei an keine festen Arbeitszeiten gebunden gewesen. Da kein Arbeitsverhältnis bestanden habe, habe es auch keiner Anhörung des Betriebsrates vor Ausspruch der Kündigung bedurft. Im übrigen sei ihm, dem Beklagten, von dem Betriebsobmann A unmittelbar vor Ausspruch der Kündigung erklärt worden, mit dem Kläger könne man nicht mehr zusammenarbeiten, da dieser alles zerstöre, was man gewillt sei aufzubauen. Für die Beendigung des Vertragsverhältnisses hätten wegen geschäftsschädigender Äußerungen des Klägers ausreichende Gründe vorgelegen.

- 3 -

Der Kläger hat bestritten, als freier Mitarbeiter bei dem Beklagten beschäftigt gewesen zu sein. Er habe die üblichen Arbeitszeiten einhalten müssen und sei dem Bauleiter A unterstellt gewesen. Er habe ferner Wochenberichte und Tagelohnzettel einreichen müssen und ein Gehalt bezogen. Schließlich seien ihm von dem Beklagten auch alle Arbeitsgeräte zur Verfügung gestellt worden.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Es hat zur Begründung ausgeführt, der Kläger sei zumindest im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung kein freier Mitarbeiter gewesen, so daß der Betriebsrat vor Ausspruch der Kündigung gemäß § 102 BetrVG habe angehört werden müssen. Da dies nicht geschehen sei, sei die Kündigung rechtsunwirksam.

Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung des Beklagten das Urteil des Arbeitsgerichts abgeändert und festgestellt, daß die Kündigung des Beklagten vom 31. Oktober / 2. November 1973 das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht fristlos, sondern fristgemäß zum 31. Dezember 1973 beendet habe. Im übrigen hat es die Klage abgewiesen und die Berufung zurückgewiesen.

Mit seiner Revision begehrt der Kläger die Wiederherstellung des Urteils des Arbeitsgerichts. Der Beklagte bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision des Klägers ist begründet. Sie führt zur Wiederherstellung des Urteils des Arbeitsgerichts.

1. Streitgegenstand in der Revisionsinstanz ist ausschließlich die Frage, ob das Arbeitsverhältnis des Klägers durch die Kündigung des Beklagten vom 31. Oktober 1973 mit Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist am 31. Dezember 1973 beendet worden ist. Diese Feststellung hat das Landesarbeitsgericht unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts getroffen, das die

- 4 -



- 4 -

Kündigung schlechthin für unwirksam erachtet hat. Durch das angefochtene Urteil sind daher beide Parteien beschwert. Allerdings kann nicht geprüft werden, ob die Würdigung des Landesarbeitsgerichts zutrifft, die Kündigung sei als fristlose Kündigung unwirksam, denn nur der Kläger hat gegen dieses Urteil Revision eingelegt. Das angefochtene Urteil ist daher rechtskräftig geworden, soweit es um die Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung geht. Um den Eintritt der Teilrechtskraft zu verhindern, hätte der Beklagte zumindest sich der Revision des Klägers anschließen müssen. Das ist jedoch nicht geschehen. Im übrigen wäre, selbst wenn man in der Revisionserwiderung des Beklagten eine Anschlußrevision sehen wollte, diese nicht fristgerecht, nämlich bis zum Ablauf der Revisionsbegründungsfrist (§ 556 a.F. ZPO) erfolgt und damit unzulässig.

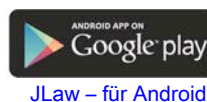
2. Für die Revisionsinstanz ist ferner ohne weitere Überprüfung davon auszugehen, daß zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis und nicht ein freies Mitarbeiterverhältnis bestanden hat. Die Frage des Status des Klägers war in den Vorinstanzen zwischen den Parteien streitig. Das Landesarbeitsgericht hat im Hinblick auf die praktische Handhabung und im wesentlichen aufgrund der tatsächlichen Ausgestaltung des Beschäftigungsverhältnisses, insbesondere wegen der weitgehenden Weisungsunterworfenheit des Klägers und aufgrund seiner tatsächlichen Unterordnung unter den Bauleiter A , angenommen, daß der Kläger als Arbeitnehmer und nicht als freier Mitarbeiter des Beklagten anzusehen ist. Diese Würdigung unterliegt nicht der Nachprüfung in der Revisionsinstanz, weil sich die (Teil-) Rechtskraft des angefochtenen Urteils auch auf die rechtliche Qualifikation der Art des zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnisses erstreckt.

Das gilt jedenfalls deshalb, weil der Kläger, der noch keinen Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz genießt, eine Feststellungsklage nach § 256 ZPO erhoben hat, die auf die Feststellung des Bestehens eines Arbeitsverhält-

- 5 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

nisses gerichtet ist. Das Urteil auf eine derartige positive Feststellungsklage enthält bei Obsiegen des Klägers die Feststellung, daß das behauptete Rechtsverhältnis besteht, und ist in diesem Umfang der Rechtskraft fähig. Soweit der Feststellungsantrag auf das Bestehen eines bestimmten Rechtsverhältnisses gerichtet ist, umfaßt die Rechtskraftwirkung dieses Urteils auch die Art des Rechtsverhältnisses (vgl. Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 322 Anm. VI 6 a, b). Dies ergibt sich daraus, daß anders als in den Fällen, in denen über das Bestehen einer bestimmten Rechtsfolge oder eines Anspruchs zu entscheiden ist, es hier um das Rechtsverhältnis als ganzes geht und daher dessen rechtliche Einordnungen sich nicht lediglich als eine bloße Vorfrage, also als ein Element der Entscheidung darstellt, das nicht an deren Rechtskraft teilnimmt (vgl. zum Umfang der Rechtskraftwirkung in diesem Sinne: BGHZ 43, 144 [145]; 42, 340 [350]; BGH LM Nr. 2 zu § 322 ZPO; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, aaO; Thomas-Putzo, ZPO, 9. Aufl., § 322 Anm. 6 b; Zöllner-Degenhart, ZPO, 11. Aufl., Vorbem. 6 d vor § 322). Die rechtliche Einordnung ist vorliegend Bestandteil des Subsumtionschlusses selbst (vgl. dazu auch Wieczorek, ZPO, 2. Aufl., § 322 Randnote F I b 3; Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, 12. Aufl., § 154 III 4, S. 873).

Wie oben (Ziff. 1) ausgeführt, ist das angefochtene Urteil hinsichtlich der Feststellung rechtskräftig, daß das Arbeitsverhältnis bis zum 31. Dezember 1973 fortbestanden hat. Damit steht zugleich rechtskräftig fest, daß das Rechtsverhältnis der Parteien als Arbeitsverhältnis zu bewerten ist. Folglich ist der Beklagte mit dem in der Revisionserwiderung erneut vorgebrachten Einwand, der Kläger sei freier Mitarbeiter gewesen, ausgeschlossen.

Das gleiche Ergebnis folgt übrigens aus der tatsächlichen Feststellung des Landesarbeitsgerichts, der Kläger sei in den Betrieb des Beklagten eingegliedert und weisungsgebunden gewesen, Der Kläger habe die Arbeitszeit einzuhalten gehabt und ihm selbst seien andere Arbeitnehmer des Beklagten



unterstellt gewesen. An diese tatsächlichen Feststellungen ist der Senat gebunden, denn sie sind nicht mit Verfahrensrügen angegriffen worden (§ 561 Abs. 2 ZPO). Aus diesen tatsächlichen Feststellungen folgt, daß der Kläger Arbeitnehmer des Beklagten gewesen ist.

3. Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist durch die mit Schreiben vom 31. Oktober 1973 ausgesprochene Kündigung auch nicht fristgemäß mit Ablauf des 31. Dezember 1973 beendet worden. Soweit das Landesarbeitsgericht zu dem gegenteiligen Ergebnis gelangt ist, weil seiner Ansicht nach die unwirksame außerordentliche Kündigung in eine ordentliche umzu-deuten sei, ist das angefochtene Urteil rechtsfehlerhaft. Eine Umdeutung scheitert im Streitfall an § 102 Abs. 1 BetrVG.

a) Wie die Revision durchgreifend rügt, ergibt sich aus dem vom Landesarbeitsgericht festgestellten Sachverhalt nicht, daß der Betriebsrat vor der Kündigung des Klägers ordnungsgemäß angehört worden ist. Soweit der Beklagte in der Revisionserwiderung nunmehr behauptet, er habe mit dem Betriebsobmann am 30. Oktober 1973 den Fall des Klägers durchgesprochen und sich mit diesem auf eine sofortige Trennung von dem Kläger geeinigt, handelt es sich um einen neuen, in der Revisionsinstanz unbeachtlichen Tatsachenvortrag. Für das Revisionsverfahren ist daher davon auszugehen, daß der Beklagte den Betriebsobmann nicht von seiner Kündigungsabsicht unterrichtet hat. Ist somit die ausgesprochene außerordentliche Kündigung bereits wegen Verletzung des § 102 Abs. 1 BetrVG rechtsunwirksam, kann sie auch nicht in eine ordentliche Kündigung, die gleichermaßen eine ordnungsgemäße Anhörung voraussetzt, umgedeutet werden (vgl. BAG AP Nr. 10 zu § 102 BetrVG 1972 [zu II 3]).

b) Das Landesarbeitsgericht hat zwar angenommen, der Beklagte habe seine Anhörungspflicht nicht verletzt, weil der Betriebsobmann A dem Beklagten erklärt habe, eine Zusammenarbeit mit dem Kläger sei nicht mehr möglich. In diesem Fall wäre eine nochmalige Anhörung des Betriebsobmanns zu einer Kündigung "unerträglicher Formalismus" und daher entbehrlich.



Dem kann nicht gefolgt werden. Im Schrifttum wird freilich die Auffassung vertreten, die Anhörungspflicht entfalle, wenn der Betriebsrat die Kündigung seinerseits angeregt oder verlangt habe (vgl. Dietz-Richardi, BetrVG, 5. Aufl., § 102 Anm. 14; Meisel, Die Mitwirkung und Mitbestimmung des Betriebsrats in personellen Angelegenheiten, 4. Aufl., S. 157; vgl. auch die Kommentare zu § 104 BetrVG). Zu dieser Frage braucht der Senat im Streitfall keine Stellung zu nehmen.

Wie bereits das Arbeitsgericht zutreffend angenommen hat, ist der Erklärung des Betriebsobmannes nicht mit der erforderlichen Bestimmtheit und Eindeutigkeit zu entnehmen, daß dieser die Entlassung des Klägers gefordert oder sich mit einer Kündigung einverstanden erklärt habe. Bei seiner Vernehmung als Zeuge hat der Betriebsobmann angegeben, er sei über den Kläger sehr verärgert gewesen, als er die Äußerung gemacht habe; er könne sich aber nicht mehr erinnern, etwas von einer Kündigung erwähnt zu haben. Auch der Beklagte selbst hat in den Vorinstanzen nicht behauptet, die Erklärung des Betriebsobmannes als Entlassungsverlangen verstanden zu haben. Da mithin die Erklärung auch die Deutung offenläßt, der Betriebsobmann habe den Beklagten lediglich auffordern wollen, den Kläger zu ermahnen oder diesen auf die Fehlerhaftigkeit seiner Arbeitsausführung hinzuweisen, kann bei diesem Sachverhalt die Anhörungspflicht nach § 102 BetrVG nicht als bloße Förmlichkeit abgetan werden. Die vom Gesetz verlangte Anhörung des Betriebsrats hat den Sinn, diesem Gelegenheit zu geben, seine Überlegungen zur Kündigungsabsicht aus der Sicht der Arbeitnehmerseite dem Arbeitgeber zur Kenntnis zu bringen, damit dieser bei seiner Entscheidung die Stellungnahme des Betriebsrats berücksichtigen kann. Daß dieser Zweck im Streitfall nicht zu erreichen war, kann, wie erwähnt, aufgrund der Äußerung des Betriebsobmannes nicht ohne weiteres angenommen werden.

Darüber hinaus bleibt, selbst wenn man die Erklärung des Betriebsobmannes als Entlassungsverlangen ansehen könnte, offen, ob dieser eine fristlose oder eine fristgemäße Kündigung verlangt hat. Auch aus diesem Grunde verbietet es sich, eine



erneute Anhörung als leere Förmerei zu kennzeichnen. Der Betriebsrat soll im Rahmen des Anhörungsverfahrens auch hinsichtlich der Art der beabsichtigten Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf den Kündigungswillen des Arbeitgebers Einfluß nehmen können. Deswegen und wegen der unterschiedlich ausgestalteten Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei einer ordentlichen und einer außerordentlichen Kündigung setzt eine wirksame Anhörung nach Maßgabe des § 102 BetrVG voraus, daß der Arbeitgeber klar zu erkennen gibt, ob er eine ordentliche oder eine außerordentliche Kündigung aussprechen will (vgl. BAG AP Nr. 2 zu § 102 BetrVG 1972 [zu I 1], auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung bestimmt; AP Nr. 10 zu § 102 BetrVG 1972 [zu I 1]). Ebenso wie der Arbeitgeber sich nicht darauf beschränken kann, den Betriebsrat allgemein zu "einer" Kündigung anzuhören, ohne gegen § 102 BetrVG zu verstoßen, ist § 102 BetrVG auch dann verletzt, wenn aus einem Entlassungsverlangen des Betriebsrats sich nicht ergibt, auf welche Weise die Beendigung des Arbeitsverhältnisses erfolgen soll, und der Arbeitgeber den Betriebsrat nicht mehr anhört, nachdem der Arbeitgeber sich über die Art der Kündigung schlüssig geworden ist.

c) Eine Anhörung ist im Streitfall auch nicht deswegen entbehrlich gewesen, weil die Betriebspartner möglicherweise übereinstimmend den Kläger als freien Mitarbeiter angesehen und deswegen die Durchführung des Anhörungsverfahrens für entbehrlich gehalten haben. Für die Frage des Bestehens der Anhörungspflicht kommt es allein darauf an, welchen Status der Kläger in Wirklichkeit hatte. Das Risiko einer irrtümlich unterbliebenen Anhörung des Betriebsrats ist dem Arbeitgeber aufzuerlegen (vgl. schon die ähnlichen Überlegungen des Senats für den Fall, daß der Status eines Angestellten als leitender Angestellter umstritten ist, in dem Urteil vom 26. Mai 1977 - 2 AZR 135/76 - [demnächst] AP Nr. 13 zu § 102 BetrVG 1972; auch LAG Hamm vom 9. September 1974, DB 1974, 2063).



d) Es kann schließlich nicht als Rechtsmißbrauch angesehen werden, daß der Kläger sich auf die Nichteinhaltung des § 102 BetrVG beruft, obwohl, wie der Beklagte behauptet hat, beide Parteien der Ansicht gewesen seien, der Kläger sei freier Mitarbeiter. Die Ausübung eines Rechtes ist in der Regel nur dann mißbräuchlich, wenn der Berechtigte es durch unredliches Verhalten erworben hat. Dies ist hier jedoch nicht der Fall (vgl. für den Fall eines leitenden Angestellten BAG AP Nr. 5 zu § 102 BetrVG 1972 [zu I 7]). Ein Beschäftigungsverhältnis das sich nach seiner tatsächlichen Ausgestaltung und nach objektiver Wertung als Arbeitsverhältnis ausweist, wird nicht dadurch zu einem freien Mitarbeiterverhältnis, daß die Parteien es so bezeichnen (vgl. BAG AP Nr. 21 zu § 611 BGB Abhängigkeit [zu 1]).

4. Somit steht fest, daß die Kündigung vom 31. Oktober 1973 das Arbeitsverhältnis der Parteien weder fristlos noch fristgemäß beendet hat. Deshalb war auf die Revision des Klägers das Urteil des Arbeitsgerichts wiederherzustellen. Da das Arbeitsgericht nicht darüber befunden hat, ob eine in der Kündigungserklärung vom 31. Oktober 1973 liegende ordentliche Kündigung zum 31. Dezember 1973 das Arbeitsverhältnis aufgelöst hat, hat der Senat dies in der Urteilsformel besonders zum Ausdruck gebracht.

gez.: Dr. Gröninger	Roeper	Dr. Gehring
zugleich für Herrn		
ehrenamtlichen Richter		
Hackmann, der sich auf		Brenne
einer Auslandsreise be-		
findet		

