

Aktenzeichen: 2 AZR 599/86
Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 13. August 1987
- 2 AZR 599/86 -

I. Arbeitsgericht Urteil vom 31. Mai 1985
Wiesbader - 6 Ca 5008/84 -

II. Landesarbeitsgericht Urteil vom 23. Januar 1986
Frankfurt am Main - 3 Sa 817/85 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein
Für die Fachpresse: Ja
Für das Bundesarchiv: Nein



Entscheidungsstichwort:

Umdeutung einer fristlosen in ordentliche Kündigung

Gesetz: BGB §§ 140, 138, 611, 615; KSchG § 4 Satz 1, § 6 Satz 1,
§ 1 Abs. 2; BetrVG § 102 Abs. 1

Leitsatz:

Hat sich der Arbeitnehmer für den Fall der Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung damit einverstanden erklärt, daß das Arbeitsverhältnis mit Ablauf der bei einer ordentlichen Kündigung einzuhaltenden Kündigungsfrist endet, bleibt bei der Umdeutung der außerordentlichen in eine ordentliche Kündigung für die Verlängerung der Anrufungsfrist nach § 6 Satz 1 KSchG kein Raum.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 599/86

3 Sa 817/85 Frankfurt am Main

Verkündet am
13. August 1987

Zeuner,

Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 128
Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 13. August 1987 durch den
Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Dr. Weller
und Dr. Steckhan sowie die ehrenamtliche Richterin Michels
und den ehrenamtlichen Richter Dr. Roeckl für Recht erkannt:



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



Die Revision des Klägers gegen das Urteil des
Landesarbeitsgerichts Frankfurt am Main vom
20. Februar 1986 - 3 Sa 817/85 - wird auf seine
Kosten zurückgewiesen.

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

T a t b e s t a n d :

Die Parteien streiten über eine von der Beklagten mit
Schreiben vom 5. Oktober 1984 ausgesprochene Kündigung.

Der aus der Tschechoslowakei stammende Kläger war seit dem
15. Januar 1984 bei der beklagten Firma als Verkaufsleiter für
Osteuropa mit einem Bruttomonatsgehalt von 8.000,-- DM tätig.
Nach Ziffer 2 seines am 23. Dezember 1983 abgeschlossenen An-
stellungsvertrages erhält der Kläger eine Jahresabschlußleistung
in Höhe eines Brutto-Monatsgehaltes, die zusammen mit dem Novem-
bergehalt ausgezahlt wird. In dem Anstellungsvertrag ist jedoch
weiterhin geregelt, daß die Jahresabschlußleistung dem Mitarbei-
ter nur dann zustehen soll, wenn er sich am 31. Dezember des
laufenden Jahres in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis befin-
det. Beginnt das Arbeitsverhältnis während des Jahres, kommt sie
anteilig zur Auszahlung.

Als der Kläger Ende September 1984 auf einer Dienstreise
nach Bulgarien war, fand er bei seiner Ankunft in Sofia am Abend
des 25. September 1984 ein Telex der Beklagten vor, wonach er
die Reise abbrechen und sich schon am 27. September 1984 in
deren Geschäftsräumen in Wiesbaden einfinden sollte. Wegen de-



fekter Bremsen an seinem Firmenwagen und einer in Jugoslawien zugezogenen Fischvergiftung verzögerte sich die Rückreise des Klägers. Er kam erst am Abend des 28. September 1984 wieder an seinem Wohnsitz in B an. Mit Schreiben vom 30. September 1984 an seinen Vorgesetzten, Herrn S , das diesen am 1. Oktober 1984 erreichte, teilte er mit, er müsse aufgrund eines plötzlichen Familienereignisses drei Wochen ins Ausland reisen. Deshalb würde er den ihm zustehenden Resturlaub nehmen. Der Kläger reiste daraufhin zu seinem schwererkrankten Vater nach Pressburg, der am 6. Oktober 1984 verstorben ist.

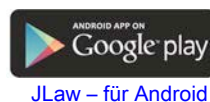
Mit Schreiben vom 2. Oktober 1984 leitete die Beklagte das Anhörungsverfahren gemäß § 102 BetrVG wegen außerordentlicher Kündigung, hilfsweise wegen ordentlicher Kündigung, des Klägers ein. Nach Stellungnahme des Betriebsrates vom 3. Oktober 1984 kündigte die Beklagte dem Kläger mit Schreiben vom 5. Oktober 1984 fristlos wegen eigenmächtigen Urlaubsantritts. Mit seiner am 19. Oktober 1984 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat der Kläger zunächst beantragt

festzustellen, daß die fristlose Kündigung der Beklagten vom 5. Oktober 1984 rechtsunwirksam ist und das Arbeitsverhältnis der Parteien erst zum 31. Dezember 1984 löst.

In der Klageschrift hat der Kläger weiterhin seine Arbeitskraft angeboten, sich weiteres Vorbringen vorbehalten und ausgeführt, dies beziehe sich auch auf die Gehaltsansprüche bis 31. Dezember 1984.



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



Nachdem das Arbeitsgericht Gütetermin auf den 31. Oktober 1984 anberaumt hatte, hat der Kläger mit Schriftsatz vom 24. Oktober 1984 gebeten, den Gütetermin aufzuheben und neuen Termin erst nach Anruf einer der Parteien zu bestimmen, da zwischen ihm und der Beklagten Vergleichsverhandlungen geführt würden.

Mit Schriftsatz vom 25. März 1985 hat der Kläger beantragt, einen Verhandlungstermin zu bestimmen und nunmehr die Feststellung verfolgt, daß die Kündigung der Beklagten vom 5. Oktober 1984 das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgelöst habe und unter anderem seine Weiterbeschäftigung über den 31. Dezember 1984 hinaus verlangt. Dazu hat er die Auffassung vertreten, die Kündigung sei weder als fristlose noch als ordentliche wirksam. Die Beklagte habe zu erkennen gegeben, daß sie an der fristlosen Kündigung nicht festhalte und habe die Gehälter für Oktober, November und Dezember 1984 gezahlt. Die Kündigung sei jedoch auch sozialwidrig gemäß § 1 Abs. 2 KSchG. Er habe seinen Resturlaub nicht eigenmächtig angetreten. Vielmehr habe ihm sein Vorgesetzter S bereits am 25. September 1984 telefonisch den Urlaub ab 1. Oktober 1984 genehmigt. Auch habe der Personalleiter der Beklagten, Herr R , in einem Telefongespräch am 28. September 1984 gegenüber der Ehefrau des Klägers erklärt, es gebe wegen der Reise des Klägers in die Tschechoslowakei keine Probleme. Im übrigen könne von einer schuldhaften Verletzung der Arbeitspflicht schon deshalb keine Rede sein, weil für ihn, den Kläger, eine höherrangige sittliche bzw. rechtliche Pflicht bestanden habe. Ihn habe nämlich am 28. September 1984 die Mit-



teilung erreicht, daß sein Vater in Pressburg gestorben sei. Er habe daraufhin die Reise angetreten, um zur Beerdigung seines Vaters zu fahren. Auch habe die Ehefrau des Klägers am 1. Oktober 1984 mit dem Personalleiter der Beklagten telefoniert und diesem ergänzend zu dem Schreiben vom 30. September 1984 eröffnet, daß der Kläger aus den genannten Gründen dringend habe verreisen müssen. Als der Ehefrau des Klägers das Kündigungsschreiben am 6. Oktober 1984 zugegangen sei, habe er sofort seine Reise abgebrochen und sei zurückgekehrt.

Der Kläger hat weiterhin vorgetragen, ihm sei nach Erhebung der Klage vom 17. Oktober 1984 bekannt geworden, daß Anlaß für seine Entlassung ein von ihm verfaßter Bericht an die Geschäftsleitung über grobe Pflichtverstöße seines Vorgesetzten gewesen sei. Dieser Bericht sei im November 1984 mit ihm, dem Geschäftsführer der Beklagten, dem Sicherheitsbeauftragten der Muttergesellschaft der Beklagten sowie zeitweise mit dem Rechtsberater der Beklagten eingehend erörtert und festgestellt worden, daß Lieferungen mit gefälschten Papieren abgefertigt worden seien. Der Geschäftsführer der Beklagten habe bei dieser Gelegenheit betont, dem Kläger sei Unrecht geschehen, indem ihm fristlos gekündigt worden sei. Da er offensichtlich entlassen worden sei, weil er in seinem Bericht vom 14. September 1984 auf betriebliche Mißstände aufmerksam gemacht habe, bestehe er darauf, weiter beschäftigt zu werden.

Der Kläger hat weiterhin die Ansicht vertreten, die Beklagte sei für die Zeit ab 1. Januar 1985 in Annahmeverzug geraten, da



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

sie ihn für die Zeit nach dem Ablauf der Kündigungsfrist nicht zur Arbeitsaufnahme aufgefordert habe. Die Beklagte könne sich auch nicht darauf berufen, seine Arbeitserlaubnis sei am 14. Januar 1985 abgelaufen. Sie habe ihm nämlich die für die Erlangung der Arbeitserlaubnis erforderliche Mitwirkung verweigert. Er, der Kläger, habe sich im Dezember 1984 mit der Beklagten in Verbindung gesetzt und auf den Ablauf der Arbeitserlaubnis hingewiesen. Die Beklagte habe es daraufhin abgelehnt, eine neue Arbeitserlaubnis erteilen zu lassen.

Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, daß die Kündigung der Beklagten vom 5. Oktober 1984 das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht auflöst,
2. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger zu unveränderten Arbeitsbedingungen über den 31. Dezember 1984 hinaus weiter zu beschäftigen,
3. die Beklagten zu verurteilen, an den Kläger zu zahlen:
 - a) 8.000,-- DM (13. Gehalt für 1984) nebst 4 % Zinsen seit dem 1. Januar 1985,
 - b) 24.000,-- DM (Gehälter für Januar, Februar, März 1985) nebst 4 % Zinsen aus jeweils 8.000,-- DM seit 1. Februar, 1. März und 1. April 1985.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt.

Sie hat die Auffassung vertreten, die Kündigung vom 5. Oktober 1984 sei als ordentliche Kündigung wirksam, da dem Kläger weder von seinem Vorgesetzten, Herrn S , noch von ihrem Personalleiter, Herrn R , Urlaub gewährt worden sei. Im



übrigen sei der Antrag des Klägers, mit dem er sich gegen den Beendigungszeitpunkt 31. Dezember 1984 wende, gemäß § 4 KSchG verspätet. Der Kläger habe durch seinen Klageantrag und die Begründung im Schriftsatz vom 17. Oktober 1984 eindeutig zum Ausdruck gebracht, daß er auf jeden Fall mit einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 31. Dezember 1984 einverstanden sei. § 6 KSchG sei daher nicht anwendbar. Sie, die Beklagte, habe sich auch keinesfalls nach dem 1. Januar 1985 in Annahmeverzug befunden, da der Kläger seine Arbeitskraft mit der Klageschrift vom 17. Oktober 1984 nur bis zum 31. Dezember 1984 angeboten habe. Für die Beklagte habe auch keinerlei Veranlassung bestanden, dem Kläger bei der Verlängerung der bis zum 14. Januar 1985 befristeten Arbeitserlaubnis behilflich zu sein. Im Dezember 1984 sei der Kläger ausweislich seines Klageantrages vom 17. Oktober 1984 damit einverstanden gewesen, daß das Arbeitsverhältnis am 31. Dezember 1984 endete. Infolgedessen sei für eine Verlängerung der Arbeitserlaubnis von seiten der Beklagten kein Raum gewesen, da die bestehende Arbeitserlaubnis diesen Zeitraum voll abgedeckt habe.

Das Arbeitsgericht hat festgestellt, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung vom 5. Oktober 1984 nicht beendet worden ist und die Beklagte verurteilt, dem Kläger 8.000,-- DM brutto nebst 4 % Zinsen seit dem 1. Januar 1985 zu zahlen. Im übrigen (wegen des Anspruchs auf Weiterbeschäftigung und Zahlung der Gehälter für 1985) hat es die Klage abgewiesen.

Mit ihrer Berufung hat die Beklagte ihren Klageabweisungs-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

antrag in vollem Umfang weiter verfolgt. Der Kläger hat mit seiner Anschlußberufung seinen Weiterbeschäftigungsantrag sowie seinen weitergehenden Zahlungsantrag weiter verfolgt.

Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung der Beklagten die Klage abgewiesen, soweit der Kläger beantragt hat festzustellen, daß die Kündigung der Beklagten vom 5. Oktober 1984 das Arbeitsverhältnis der Parteien auch nicht als fristgerechte Kündigung aufgelöst hat und soweit die Beklagte zur Zahlung von 8.000,-- DM brutto nebst 4 % Zinsen seit dem 1. Januar 1985 verurteilt worden ist. Im übrigen hat es die Berufung sowie die Anschlußberufung des Klägers zurückgewiesen und die Revision zugelassen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seine in der Berufungsinstanz gestellten Anträge weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

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

- A. Die Revision ist zulässig. Die Rüge der Revisionsbeklagten, die Zulassung der Revision sei nicht verkündet worden, ist nicht begründet. Ausweislich des Protokolls des Verkündigungstermines des Berufungsgerichts vom 20. Februar 1986 ist ein Urteil verkündet worden, das unter Ziffer 6 die Revisionszulassung enthält.
- B. Die Revision ist aber nicht begründet.
- I. Das Landesarbeitsgericht hat ausgeführt, die Kündigung habe



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



das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht mit sofortiger Wirkung beendet, da die Beklagte selbst die Kündigung als außerordentliche Kündigung für gegenstandslos gehalten habe.

Das Arbeitsverhältnis sei jedoch durch ordentliche Kündigung zum 31. Dezember 1984 beendet worden. Die Kündigungserklärung vom 5. Oktober 1984 sei gemäß § 140 BGB in eine fristgerechte Kündigung zum nächst zulässigen Beendigungszeitpunkt umzudeuten. Sei der Beendigungswille - wie hier - eindeutig zu erkennen und der Betriebsrat ausdrücklich auch zu einer fristgerechten Kündigung gehört worden, so treffe die Umdeutung auf kein Hindernis. Die mit Schriftsatz des Klägers vom 25. März 1985 gegen die fristgerechte Kündigung zum 31. Dezember 1984 gerichtete Kündigungsschutzklage könne wegen der Verlängerung der Anrufungsfrist gemäß § 6 Satz 1 KSchG nicht mit der Begründung abgewiesen werden, der Kläger habe die Drei-Wochen-Frist des § 4 Satz 1 KSchG versäumt. Falls nämlich eine vom Arbeitgeber ausgesprochene fristlose Entlassung in eine ordentlichen Kündigung umzudeuten sei, so könne die Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung wegen Sozialwidrigkeit noch in der verlängerten Frist des § 6 Satz 1 KSchG beantragt werden. Dies solle zwar nach Ansicht des Landesarbeitsgerichtes München nicht gelten, wenn der Arbeitnehmer sich mit der vorsorglichen ordentlichen Kündigung einverstanden erklärt habe. Im vorliegenden Falle gehe es jedoch nicht um eine mit einer fristlosen verbundene vorsorgliche fristgerechte Kündigung, sondern um eine zunächst nur als außerordentliche erklärte Kündigung, bei welcher der Arbeitnehmer in seinem ursprünglichen Klageantrag zu erkennen gegeben habe, er sei be-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

reit, das Arbeitsverhältnis zum nächst zulässigen Zeitpunkt einer ordentlichen Kündigung auslaufen zu lassen. Wenn auch der Kläger mit der Klage nicht an der Fristnorm des § 4 Satz 1 KSchG scheitere, so dürfe doch nicht unbeachtet bleiben, daß er nach dem Inhalt seines ursprünglichen Klageantrages nur habe darauf hinauswollen, nicht fristlos, sondern unter Einhaltung der Kündigungsfrist bis zum 31. Dezember 1984 entlassen zu werden. Mit seinem ursprünglichen Antrag habe der Kläger gegenüber der Beklagten deutlich gemacht, daß er die Umdeutung in eine ordentliche Kündigung anerkenne. Die Beklagte habe sich hierauf einrichten dürfen. Vor der Zustellung des Schriftsatzes vom 25. März 1985 habe sie davon ausgehen können, daß der Kläger die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses über den 6. Oktober 1984 hinaus nur bis zum 31. Dezember 1984 erstrebt habe. Der neue Antrag verstoße auch gegen den das Verfahrensrecht beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben. Der Kläger habe einen Vertrauenstatbestand geschaffen, indem er die Kündigung vom 5. Oktober 1984 zunächst nur als außerordentliche angegriffen und den Eindruck erweckt habe, es komme ihm lediglich auf die Wahrung der Kündigungsfrist bis zum 31. Dezember 1984 an. Für die Beklagte habe mehr als fünf Monate danach keine Notwendigkeit bestanden, sich auf ein weitergehendes Begehren des Klägers einzustellen.

Die Kündigung sei auch sozial gerechtfertigt. Der Kläger habe seinen Urlaubsanspruch nicht dadurch verwirklichen dürfen, daß er lediglich der beklagten Firma in seinem Brief vom 30. September 1984 mitgeteilt habe, er nehme wegen einer dringlichen Familienangelegenheit den ihm noch zustehenden restlichen



Urlaub. Ein eigenmächtiger Urlaubsantritt berechtige den Arbeitgeber grundsätzlich zu einer ordentlichen Kündigung. Zwar sei im Streitfall die Beklagte verpflichtet gewesen, dem Kläger Urlaub zur Teilnahme am Begräbnis seines Vaters zu gewähren. Daraus folge aber nicht, daß er sich den Urlaub eigenmächtig habe nehmen dürfen. Es werde nicht erkennbar, warum es dem Kläger nicht möglich gewesen sein solle, sich mit dem Zeugen R persönlich in Verbindung zu setzen oder am 1. Oktober 1984 noch den Betrieb der Beklagten aufzusuchen, um seinen Urlaubsanspruch geltend zu machen. Es komme hinzu, daß der Vater des Klägers am 1. Oktober 1984 noch nicht verstorben gewesen sei. Sterbedatum sei vielmehr der 6. Oktober 1984.

II. Der Senat folgt dem Landesarbeitsgericht zwar im Ergebnis, nicht jedoch in der Begründung.

1. Die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts zur außerordentlichen Kündigung können in der Revisionsinstanz nicht mehr überprüft werden, da das Urteil insoweit rechtskräftig ist, nachdem die Beklagte keine Revision eingelegt hat.

2. Im Ergebnis zutreffend hat das Landesarbeitsgericht angenommen, das Arbeitsverhältnis sei durch die Kündigung vom 5. Oktober 1984 zum 31. Dezember 1984 aufgelöst worden.

a) Entgegen der Auffassung der Revision hat die fristlose Kündigung vom 5. Oktober 1984 in eine ordentliche Kündigung zum 31. Dezember 1984 umgedeutet werden können.



aa) Seit der Neufassung des Kündigungsschutzgesetzes vom 25. August 1969 (BGBI. I, S. 1317) spricht keine Vermutung mehr gegen die Umdeutung einer unwirksamen außerordentlichen in eine ordentliche Kündigung (vgl. BAGE 27, 263, 269 = AP Nr. 10 zu § 626 BGB Druckkündigung, zu B II der Gründe). Die Voraussetzungen für eine Umdeutung werden vielmehr durch § 140 BGB bestimmt. Bei der Anwendung des § 140 BGB auf eine rechtsunwirksame außerordentliche Kündigung kommt es darauf an, ob der Kündigende Tatsachen vorgetragen hat, die darauf hindeuten, daß die Umdeutung in eine ordentliche Kündigung nach den gegebenen Umständen seinem mutmaßlichen Willen entsprach und dieser Wille dem Gekündigten auch erkennbar geworden ist (vgl. Senatsurteil vom 31. Mai 1979 - 2 AZR 473/77 - AP Nr. 50 zu § 256 ZPO, zu II 2 a der Gründe, m.w.N.).

Bei der Ermittlung des hypothetischen Willens des Kündigenden ist auf die wirtschaftlichen Folgen abzustellen, die mit der nichtigen Erklärung bezweckt waren. Die Umdeutung einer unwirksamen außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche Kündigung kommt danach in Betracht, wenn sich aus der Erklärung des Kündigenden als wirtschaftlich gewollte Folge ergibt, das Arbeitsverhältnis auf jeden Fall zu beenden und wenn dies dem Gekündigten erkennbar war (KR-Wolf, 2. Aufl., Grunds. Rz 320, 321).

Das Gericht kann die Umdeutung nur vornehmen, wenn das Vorbringen des Arbeitgebers im Prozeß ergibt, daß er die Kündigung im Fall ihrer Unwirksamkeit als außerordentliche zumindest als ordentliche zum nächstmöglichen Termin hat aussprechen wollen



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



(Hueck, KSchG, 10. Aufl., § 13 Rz 32, m.w.N.).

bb) Vorliegend bedarf es nicht der Entscheidung der Streitfrage, ob eine tatsächliche Vermutung dafür spricht, daß ein Arbeitgeber, dessen außerordentliche Kündigung von der Rechtsordnung nicht anerkannt wird, den hypothetischen Willen zur ordentlichen Kündigung hat (dafür: KR-Friedrich, 2. Aufl., § 13 KSchG Rz 79; Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 5. Aufl., § 123 X 3, S. 761; Stahlhacke, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 4. Aufl., Rz 261; Vollkommer, Anm. zu BAG AP Nr. 3 zu § 13 KSchG 1969, unter I; Meisel, Anm. zu BAG AP Nr. 15 zu § 102 BetrVG 1972, unter II 5; Hueck, aaO, § 13 Rz 26 f.; dagegen: KR-Hillebrecht, 1. Aufl., § 626 BGB Rz 261 und Herschel/Löwisch, KSchG, 6. Aufl., § 13 Rz 30).

Zwar ist das Landesarbeitsgericht von einer derartigen tatsächlichen Vermutung ausgegangen. Andererseits hat es aber festgestellt, der Beendigungswille der Beklagten sei im Streitfalle eindeutig zu erkennen gewesen. Diese Feststellung ist für den Senat bindend, da die Revision sie nicht mit einer Prozeßrüge angegriffen hat. Im übrigen ist sie auch durch die Umstände des Streitfalls gerechtfertigt.

cc) Die Beklagte hat vor Ausspruch der außerordentlichen Kündigung den Betriebsrat auch zu einer hilfsweisen ordentlichen Kündigung angehört. Aus dieser Aufforderung an den Betriebsrat, auch zu einer ordentlichen Kündigung Stellung zu nehmen, ergibt sich eindeutig der Wille der Beklagten, das Arbeitsverhältnis mit dem



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



Kläger notfalls auch im Wege einer fristgemäßen Kündigung zu beenden (vgl. Senatsurteil vom 20. September 1984 - 2 AZR 633/82 - AP Nr. 80 zu § 626 BGB, zu II 3 a der Gründe).

Allerdings hat die Beklagte nicht vorgetragen, daß dem Kläger die Tatsache der Betriebsratsanhörung bei Zugang der Kündigung bekannt war. Der Kläger hat jedoch die fristlose Kündigung vom 5. Oktober 1984 bei ihrem Zugang für den Fall ihrer Unwirksamkeit als eine das Arbeitsverhältnis fristgemäß beendende Kündigung aufgefaßt. Das ergibt sich eindeutig aus seinem am 19. Oktober 1984 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klageantrag festzustellen, daß die fristlose Kündigung der Beklagten vom 5. Oktober 1984 rechtsunwirksam ist und das Arbeitsverhältnis der Parteien erst zum 31. Dezember 1984 löst. Der Kläger ist zudem in beiden Vorinstanzen - ebenso wie die Beklagte - davon ausgegangen, die fristlose Kündigung sei in eine ordentliche Kündigung umzudeuten. Erst in seiner Revisionsbegründung vertritt der Kläger erstmals die Auffassung, eine Umdeutung komme nicht in Betracht. Soweit er dazu anführt, er habe als amerikanischer Staatsbürger die Kündigungserklärung falsch gewürdigt, ist darauf hinzuweisen, daß der Kläger schon bei Klageerhebung durch einen Rechtsanwalt vertreten war. Auch der Hinweis der Revision, gegen eine Umdeutung spreche, daß die von der Beklagten für die fristlose Kündigung angenommenen Kündigungsgründe in Wahrheit nicht vorlägen und die Beklagte deswegen hierauf auch keine ordentliche Kündigung gestützt hätte, geht fehl, weil das Landesarbeitsgericht das von der Beklagten zum Anlaß der fristlosen Kündigung genommene Verhalten des Klägers als verhaltensbedingten Grund zur



ordentlichen Kündigung angesehen hat.

dd) Da nach alledem der Kläger erkannt hat, daß die fristlose Kündigung vom 5. Oktober 1984 für den Fall ihrer Unwirksamkeit als fristgerechte gelten sollte und dieses auch vom Geschäftswillen der Beklagten erfaßt war, sind die Voraussetzungen für eine Umdeutung nach § 140 BGB gegeben. Dabei ist unerheblich, daß der Kläger aufgrund anderer Umstände als der von der Beklagten im Rechtsstreit vorgetragenen Gründe den mutmaßlichen Willen der Beklagten erkannt hat.

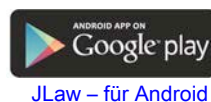
Da die Beklagte den Betriebsrat auch zu einer ordentlichen Kündigung angehört hat und dieses im Rechtsstreit vorgetragen und sich zudem vor dem Arbeitsgericht auf die Wirksamkeit der ordentlichen Kündigung berufen hat, durfte das Arbeitsgericht und ihm folgend das Landesarbeitsgericht eine Umdeutung vornehmen.

b) Der Kläger hat jedoch die dreiwöchige Klagefrist des § 4 Satz 1 KSchG versäumt, so daß er die Sozialwidrigkeit der Kündigung vom 5. Oktober 1984 mit seiner am 27. März 1985 beim Arbeitsgericht eingereichten Klageerweiterung nicht mehr geltend machen konnte.

aa) Gemäß § 4 Satz 1 KSchG muß der Arbeitnehmer, der geltend machen will, eine Kündigung sei sozial ungerechtfertigt, innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung Klage beim Arbeitsgericht auf Feststellung erheben, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist. Hat jedoch ein Arbeit-



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



nehmer innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung aus anderen als den in § 1 Abs. 2 und 3 KSchG bezeichneten Gründen im Klageweg geltend gemacht, es liege keine rechtswirksame Kündigung vor, so kann er gemäß § 6 KSchG in diesem Verfahren bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung erster Instanz auch die Unwirksamkeit der Kündigung gemäß § 1 Abs. 2 und 3 KSchG geltend machen.

bb) Entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts kann der Kläger sich jedoch im Streitfall nicht auf die Vorschrift des § 6 KSchG berufen.

Zwar kann nach herrschender Meinung die Sozialwidrigkeit der Kündigung grundsätzlich in der verlängerten Frist des § 6 KSchG geltend gemacht werden, wenn die fristlose Kündigung in eine ordentliche Kündigung umzudeuten ist oder hilfsweise eine ordentliche Kündigung ausgesprochen worden ist und der Kläger die Kündigung zunächst nur als außerordentliche in der Drei-Wochen-Frist angegriffen hat (vgl. KR-Friedrich, aaO, § 6 KSchG Rz 17; Herschel/Löwisch, aaO, § 6 Rz 3; vgl. auch Senatsurteil vom 16. November 1970 - 2 AZR 33/70 - AP Nr. 38 zu § 3 KSchG, zu III der Gründe).

Mit dem Landesarbeitsgericht München (Beschuß vom 25. August 1980 - 7 Ta 96/80 - AMBl. 1981, C 17) ist jedoch davon auszugehen, daß bei Einverständnis des Klägers mit einer vorsorglich ausgesprochenen ordentlichen Kündigung für die Anwendbarkeit des § 6 KSchG kein Raum ist. Dies gilt entgegen der



Ansicht des Berufungsgerichts auch dann, wenn sich der Arbeitnehmer mit der für den Fall der Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung umzudeutenden ordentlichen Kündigung einverstanden erklärt hat.

In beiden Fällen verbieten Sinn und Zweck des § 6 KSchG eine Verlängerung der Anrufungsfrist. Die Regelung des § 6 KSchG bezweckt, den Arbeitnehmer, der zunächst die Unwirksamkeit der Kündigung aus anderen Gründen als der Sozialwidrigkeit im Sinne des KSchG geltend macht, vor Rechtsnachteilen zu bewahren, wenn er sich doch noch auf die Sozialwidrigkeit der Kündigung berufen will. Das kann der Fall sein, weil er sich von der Berufung auf die Sozialwidrigkeit der Kündigung erst später einen positiven Ausgang des Prozesses verspricht oder weil er auf die Möglichkeit, nach den §§ 9, 10 KSchG die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung zu verlangen, zurückgreifen möchte (KR-Friedrich, aaO, § 6 KSchG Rz 7). § 6 KSchG will den häufig nicht rechtskundigen Arbeitnehmer nach Möglichkeit vor Verlust des Kündigungsschutzes aus formalen Gründen schützen, wenn er nur durch rechtzeitige Anrufung des Gerichts seinen Willen, die Wirksamkeit der Kündigung zu bekämpfen, genügend klar zum Ausdruck bringt (Senatsurteil vom 16. November 1970, aaO; Hueck, aaO, § 6 Rz 4).

Die von der herrschenden Meinung befürwortete weite und entsprechende Anwendung des § 6 KSchG (vgl. KR-Friedrich, aaO, § 6 KSchG Rz 16; BAGE 42, 142, 148 = AP Nr. 1 zu § 6 KSchG 1969, zu I 4 der Gründe, m.w.N.) ist daher immer dann gerechtfertigt,



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



tigt, wenn der Arbeitnehmer durch die Bekämpfung der Kündigung zu erkennen gegeben hat, daß er die Beendigung des Arbeitsverhältnisses in keiner Form hinzunehmen gedenke (vgl. auch KR-Friedrich, aaO, § 6 KSchG Rz 27).

Bekämpft der Arbeitnehmer dagegen lediglich die außerordentliche Kündigung, erklärt sich jedoch mit der vorsorglich ausgesprochenen oder für den Fall der Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung im Wege der Umdeutung zu ermittelnden ordentlichen Kündigung einverstanden bzw. bringt er eindeutig zum Ausdruck, er wolle die ordentliche Kündigung nicht angreifen, dann ist § 6 KSchG nach seiner Zweckbestimmung nicht anwendbar. In diesen Fällen stellt der Arbeitnehmer ausdrücklich klar, die Kündigung nur als außerordentliche angreifen, sie als ordentliche jedoch hinnehmen zu wollen. Anders ist es zu beurteilen, wenn der Arbeitnehmer zunächst lediglich den Antrag stellt festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis durch die fristlose Kündigung vom ... nicht aufgelöst worden ist. Dann ist es für den Arbeitgeber erkennbar, daß der Arbeitnehmer die Kündigung überhaupt nicht hinnehmen und sich für den Fall einer möglichen Umdeutung in eine ordentliche Kündigung die Geltendmachung der Sozialwidrigkeit vorbehalten will. Erkennt der Arbeitnehmer jedoch von Anfang an die Umdeutungsmöglichkeit und ist er mit einer ordentlichen Kündigung einverstanden, besteht auch keine Gefahr des Verlustes des Kündigungsschutzes aus formalen Gründen.

cc) Im Streitfall hat der Kläger durch seinen ursprünglichen Klageantrag und sein Klagevorbringen verdeutlicht, mit einem



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



fristgemäßen Ausscheiden zum 31. Dezember 1984 einverstanden zu sein. Die Berufung auf die verlängerte Anrufungsfrist des § 6 KSchG im Hinblick auf die Geltendmachung der Sozialwidrigkeit der ordentlichen Kündigung ist dem Kläger daher verwehrt.

c) Damit gilt die durch Umdeutung als ordentliche Kündigung anzusehende Kündigung vom 5. Oktober 1984 allerdings nur dann als von Anfang an rechtswirksam, wenn sie nicht aus anderen Gründen rechtsunwirksam ist. Auch ein sonstiger Grund, der zur Unwirksamkeit der ordentlichen Kündigung führt, liegt jedoch entgegen der Auffassung der Revision nicht vor.

aa) Der Kläger hat sich darauf berufen, die Kündigung sei wegen Verstoßes gegen § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam. Wie das Landesarbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat, hat die Beklagte den Betriebsrat sowohl zu der fristlosen als auch zu der ordentlichen Kündigung ordnungsgemäß angehört. Der im Kündigungsschreiben dem Kläger gegenüber genannte Kündigungsgrund bzw. Sachverhalt "eigenmächtiger Urlaubsantritt" ist auch dem Betriebsrat gegenüber im Anhörungsschreiben genannt worden. Die Beklagte hat dem Betriebsrat damit alle Gesichtspunkte mitgeteilt, die sie zu der Kündigung veranlaßt haben. Die Betriebsratsanhörung ist entgegen der Ansicht des Klägers auch nicht deshalb unwirksam, weil sich der Kündigungssachverhalt nach Ansicht des Klägers anders darstellt.

bb) Der Kläger hat sich weiterhin ohne Erfolg darauf berufen,



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Anlaß für seine Entlassung sei offensichtlich ein von ihm am 14. September 1984 für die Geschäftsleitung der Beklagten verfaßter Bericht über grobe Pflichtwidrigkeiten seines Vorgesetzten gewesen.

Allerdings ist die Ansicht des Landesarbeitsgerichts, auf dieses Vorbringen des Klägers könne es nicht ankommen, weil die Beklagte hierauf ihre Kündigung nicht gestützt habe und hierzu keine Betriebsratsanhörung stattgefunden habe, für den Senat nicht nachvollziehbar. Wie das Landesarbeitsgericht übersieht, wirft der Kläger mit diesem Vortrag der Beklagten vor, der von ihr angegebene Kündigungsgrund sei nur vorgeschoben gewesen. Er erhebt damit den Vorwurf einer sittenwidrigen Kündigung. Insoweit ist der Vortrag des Klägers jedoch nicht schlüssig.

Der schwere Vorwurf der Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) greift gegenüber einer Kündigung nur in besonders krassen Fällen durch. Sittenwidrig ist eine Kündigung insbesondere dann, wenn sie aus verwerflichen Motiven, z.B. aus Rachsucht oder Vergeltung ausgesprochen wird (vgl. BAG Urteil vom 21. März 1980 - 7 AZR 314/78 - AP Nr. 1 zu § 17 SchwbG, zu II 3 der Gründe; KR-Friedrich, aaO, § 13 KSchG Rz 121, jeweils m.w.N.).

Allein aus der Tatsache, daß der Kläger ca. drei Wochen vor Ausspruch der Kündigung einen derartigen Bericht gefertigt hat, läßt sich noch nicht die Schlußfolgerung ziehen, die Beklagte habe aus dem Motiv der Vergeltung gekündigt, zumal der Kündigung ein Verhalten des Klägers vorausgegangen war (eigenmächtiger Ur-



laubsantritt), das grundsätzlich als Kündigungsgrund geeignet ist. Tatsächlich vorhandene Kündigungsgründe verlieren nicht schon dann ihre Bedeutung, wenn der Arbeitgeber möglicherweise subjektiv andere Beweggründe hat (vgl. BAGE 30, 176 = AP Nr. 15 zu § 102 BetrVG 1972, zu B III 3 der Gründe).

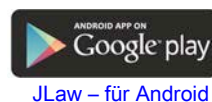
Auch der weitere Vortrag des Klägers reicht nicht aus, um die ordentliche Kündigung als sittenwidrig erscheinen zu lassen. Der Kläger hat dargelegt, sein Bericht sei Ende November 1984 zwischen ihm, dem Geschäftsführer, dem Sicherheitsbeauftragten und dem Rechtsberater der Beklagten erörtert worden. Hierbei sei festgestellt worden, daß Lieferungen mit gefälschten Papieren abgefertigt worden seien; aus diesem Grunde habe der Geschäftsführer betont, dem Kläger sei Unrecht geschehen, indem ihm fristlos gekündigt worden sei.

Zwischen den Parteien fanden zu diesem Zeitpunkt (November 1984) laufend Vergleichsverhandlungen statt. Da die Beklagte zwischenzeitig "freiwillig" die Gehälter des Klägers bis zum Ablauf der Kündigungsfrist gezahlt hat, kann man davon ausgehen, bei der Beklagten habe die Ansicht bestanden, die Kündigung sei wohl als außerordentliche nicht aufrechtzuerhalten. Hierauf kann dann auch die Bemerkung des Geschäftsführers zur "Unrechtmäßigkeit" der f r i s t l o s e n Kündigung des Klägers beruhen. Daraus läßt sich jedoch noch nicht die Sittenwidrigkeit der umgedeuteten ordentlichen Kündigung herleiten.

3. Den Anspruch auf Zahlung der Jahresabschlußvergütung hat



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



der Kläger allein damit begründet, das Arbeitsverhältnis bestehe über den 31. Dezember 1984 hinaus fort. Ein Anhaltspunkt dafür, daß der Anspruch entgegen dem Wortlaut des Arbeitsvertrags auch bei gekündigtem Arbeitsverhältnis bestehen könnte, läßt sich den Akten nicht entnehmen. Der Kläger hat auch in der Revision hierfür nichts vorgetragen.

Mit der Klausel, daß der Kläger am Ende des Bezugszeitraums (31. Dezember) in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis gestanden haben muß, hat die Beklagte klargestellt, daß mit der Jahresabschlußleistung auch zukünftige Betriebstreue belohnt werden soll (BAG Urteil vom 8. November 1978 - 5 AZR 358/77 - AP Nr. 100 zu § 611 BGB Gratifikation). Da das Arbeitsverhältnis aus Anlaß einer in eine ordentliche Kündigung umgedeutete außerordentliche Kündigung vom 5. Oktober 1984 am 31. Dezember 1984 beendet worden ist, hat das Landesarbeitsgericht also auch den Antrag auf Zahlung der Jahresabschlußvergütung ohne Rechtsfehler abgewiesen.

4. Da das Arbeitsverhältnis am 31. Dezember 1984 beendet worden ist, hat der Kläger auch keinen Gehaltsanspruch für die Monate Januar bis März 1985 unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs.

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Hillebrecht

Michels

Dr. Weller

Dr. Roeckl

Dr. Steckhan



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)