

Aktenzeichen: 2 AZR 637/77

LAG Düsseldorf Urteil des BAG vom 19. Juni 1980

Für das Nachschlagewerk: Nein

Für die Fachpresse: Nein

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Gesetz: ZPO §§ 162, 164, 297, 308; BGB § 626;
KSchG §§ 9, 10, 13

Leitsätze:

K e i n e



2 AZR 637/77

13 Sa 374/76

Verkündet am
19. Juni 1980

gez. Bittner,

Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts nach
§ 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung am 19. Juni 1980 durch den
Richter Hillebrecht als Vorsitzenden, die Richter Dr. Gehring
und Triebfürst sowie die ehrenamtlichen Richter Kerrmann und
Dr. Bächle für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des
Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 3. Juni
1977 - 13 Sa 374/76 - wird zurückgewiesen.

Der Kläger 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:

Die Beklagte ist eine Ford-Vertragshändlerin. Der Kläger, der bereits in den Jahren 1970 und 1971 bei der Beklagten als Automobilverkäufer beschäftigt war, wurde von der Beklagten zum 8. Juni 1974 erneut als Automobilverkäufer und Wagenparkrepräsentant eingestellt. Im Juni 1975 kam es zwischen den Parteien zu Meinungsverschiedenheiten. Die Beklagte warf dem Kläger vor, er habe am 3. Juni 1975 einem Privatkunden zu Unrecht einen von diesem geforderten Nachlaß gewährt. Er habe darüberhinaus den Rabatt für einen Fahrzeugtyp zugesagt, der bis August 1975 von Rabattbewilligungen ausgenommen gewesen sei. Der dem Kunden zugesagte Liefertermin habe, wie dem Kläger bekannt gewesen sei, unter keinen Umständen eingehalten werden können. Die Beklagte wies den Kläger in einem von ihm gegengezeichneten Aktenvermerk darauf hin, eine neuerliche Pflichtverletzung werde zu einer fristlosen Kündigung führen.

Am 21. Juni 1975 räumte der Kläger einem selbständigen Lebensmittelhändler einen Großkundenrabatt ein. Im Auftragsformular war als Beruf des Kunden "kaufmännischer Angestellter" angegeben und als Liefertermin der 25. Juni 1975 genannt. Unter der Rubrik "Zahlungsbedingungen" war die Firma eines Großkunden angeführt.

Wegen dieses Vorfalls hat die Beklagte dem Kläger mit Schreiben vom 27. Juni 1975 fristlos gekündigt. Das Kündigungsschreiben ist dem Kläger am 30. Juni 1975 zugegangen. Der Kläger hat Klage auf Feststellung erhoben, daß das Arbeitsverhältnis durch die fristlose Kündigung vom 30. Juni 1975 nicht aufgelöst worden sei. Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat vorgetragen, Privatkunden seien nur dann als "Mitarbeiter" von rabattbegünstigten Großabnehmern Rabatte gewährt worden, wenn der Großkunde davon unterrichtet gewesen sei. Dem Kläger sei es aber nicht gestattet gewesen, nach Belieben Kauf-

- 3 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 3 -

verträge mit Privatkunden über rabattbegünstigte Firmen laufen zu lassen. Hierauf sei der Kläger erstmals unter Kündigungsandrohung am 16. Juni 1975 hingewiesen worden.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben, weil ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung nicht vorgelegen habe. Die Beklagte hat mit ihrer Berufung hilfsweise beantragt, das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung aufzulösen. Der Kläger hat dem Auflösungsantrag der Beklagten mit der Begründung widersprochen, es gehe im Prozeß ausschließlich um eine außerordentliche Kündigung, bei deren Unwirksamkeit die Beklagte keine gesetzliche Möglichkeit habe, die Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu begehren. Er hat jedoch in seinem Schriftsatz vom 18. Oktober 1976 seinerseits den Hilfsantrag angekündigt, die Beklagte gemäß § 9 KSchG zur Zahlung einer angemessenen Abfindung an den Kläger zu verurteilen. Im Termin am 22. Oktober 1976 hat der Prozeßbevollmächtigte folgende Erklärung zu Protokoll gegeben:

"Dem Kläger sind durch die damals fristlose Kündigung besondere Ausfallschäden entstanden, die ich im einzelnen noch vortragen möchte. Ich begehre auch meinerseits die Auflösung des Arbeitsverhältnisses, will aber zur Abfindung noch Einzelheiten vortragen, welche bei einer Abfindung nach §§ 9 u. 10 KSchG zu berücksichtigen sein müßten."

In diesem Termin haben die Parteien noch nicht streitig verhandelt, sondern der Rechtsstreit ist auf einen späteren Termin vertagt worden.

In seinen Schriftsätzen vom 3. und 14. Januar 1977 hat der Kläger Ausführungen zur Höhe einer Abfindung gemacht. In der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht hat der Kläger nach dem Sitzungsprotokoll vom 27. Mai 1977 in seiner ursprünglichen Fassung nur beantragt, die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

- 4 -



- 4 -

Das Landesarbeitsgericht hat unter Zurückweisung der Berufung der Beklagten das Urteil des Arbeitsgerichts teilweise abgeändert, das Arbeitsverhältnis "auf Antrag des Klägers" zum 30. Juni 1975 aufgelöst und die Beklagte zur Zahlung einer Abfindung in Höhe von 8.000,-- DM verurteilt.

Mit Schriftsatz vom 26. Juli 1977 hat der Kläger durch einen Rechtsanwalt beim Landesarbeitsgericht beantragt, "das den bisherigen alleinigen zweitinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten am 13. Juli 1977 zugestellte Urteil vom 3. Juni 1977 dahin zu berichtigen, daß es auf Seite 7 unten ausdrücklich heißt: "Der Kläger stellt keinen Auflösungsantrag." Nach Anhörung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht durch Beschluß vom 10. August 1977 den Tatbestand des am 3. Juni 1977 verkündeten Urteils dahingehend berichtigt, daß der Ziffer 1 des Berufungsantrags des Klägers die Worte hinzugefügt wurden: ... "und das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung aufzulösen."

Nach Einlegung der Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts hat der Vorsitzende Richter der erkennenden Kammer des Landesarbeitsgerichts zugleich für die inzwischen ausgeschiedene Protokollführerin durch Beschluß vom 21. Dezember 1979 das Protokoll der mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht vom 27. Mai 1977 gemäß § 164 ZPO dahin berichtigt, daß auf der Vorderseite in der viertletzten Zeile hinter die Klammer die Worte hinzugefügt werden: "Sowie hilfsweise den Antrag aus dem Protokoll vom 22. 10. 1976 (Bl. 214 d. A.)". Der Vorsitzende hat die Protokollberichtigung damit begründet, das Protokoll vom 27. Mai 1977 gebe den Verhandlungsablauf insofern lückenhaft wieder, als die an diesem Tage vom Klägervertreter erklärte Bezugnahme auf seinen am 22. Oktober 1976 zu

- 5 -



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



- 5 -

Protokoll erklärten Auflösungsantrag im Protokoll nicht vermerkt sei, obgleich in der Verhandlung auf diesen Hilfsantrag Bezug genommen worden sei.

Der Kläger verfolgt mit der Revision die in der ersten Instanz gestellten Anträge weiter, während die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist unbegründet, weil der Kläger durch die auf seinen Antrag erfolgte Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht beschwert ist und die Festsetzung des Zeitpunktes der Auflösung und der Höhe der Abfindung nicht auf der Verletzung materiellen Rechts beruht.

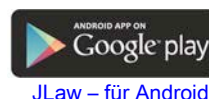
I.1. Das Landesarbeitsgericht hat in Übereinstimmung mit dem Arbeitsgericht angenommen, das Arbeitsverhältnis der Parteien sei nicht durch die am 30. Juni 1975 zugegangene außerordentliche Kündigung aufgelöst worden. Das Landesarbeitsgericht hat die außerordentliche Kündigung insbesondere deswegen als unwirksam erachtet, weil der Beklagten eine ordentliche Kündigung zumutbar gewesen sei. Da die Beklagte gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts selbst keine Revision eingelegt und sich auch nicht der Revision des Klägers angeschlossen hat, steht die Rechtsunwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung rechtskräftig fest.

2. Das Landesarbeitsgericht hat weiter ausgeführt, es sei unerheblich, ob die unwirksame außerordentliche Kündigung in eine ordentliche Kündigung umzudeuten sei, weil das Arbeitsverhältnis aufgrund der übereinstimmenden Anträge der Parteien zum 30. Juni 1975 aufzulösen sei. Der Auflösungsantrag der Beklagten sei nachrangig, während der Kläger seinen Auflösungsantrag kumulativ gestellt habe. Der Auflösungsantrag der Be-

- 6 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 6 -

klagten sei jedoch nicht ohne Bedeutung. Bei übereinstimmenden Auflösungsanträgen erübrige sich die Prüfung, ob dem Kläger eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zumutbar sei. Hinsichtlich der Höhe der Abfindung sei es mit Rücksicht auf die kurze Betriebszugehörigkeit und das Alter des Klägers sowie wegen der zweifelhaften Sozialwidrigkeit der Kündigung nicht angebracht gewesen, die durchschnittliche Monatsvergütung des Klägers mehr als geschehen zu überschreiten.

II. Die Revision greift diese Begründung erfolglos ausschließlich mit der Rüge an, das Landesarbeitsgericht habe unter Verletzung des § 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO das Arbeitsverhältnis aufgelöst. Der Kläger habe keinen Auflösungsantrag gestellt. Daher sei das Berufungsgericht nicht befugt gewesen, über eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses auf Antrag des Klägers zu entscheiden.

1. Der Revisionsbegründung ist dadurch die Grundlage entzogen worden, daß das Landesarbeitsgericht inzwischen nicht nur im Tatbestand, sondern auch im Verhandlungsprotokoll vom 27. Mai 1977 festgestellt hat, der Kläger habe nicht nur das Urteil des Arbeitsgerichts verteidigt, sondern darüberhinaus auch beantragt, das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung aufzulösen.

a) Den früheren vermeintlichen Widerspruch zwischen dem Protokoll der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht und dem Tatbestand des angefochtenen Urteils hat der Vorsitzende Richter der erkennenden Kammer des Landesarbeitsgerichts beseitigt, indem er das Protokoll vom 27. Mai 1977 nach § 164 ZPO berichtigt hat. Gegen diese Berichtigung ist kein Rechtsmittel statthaft. Das Rechtsmittelgericht kann nicht überprüfen, ob die Voraussetzungen für die vorgenommene Berichtigung vorgelegen haben (vgl. Baumbach-Lauterbach-

- 7 -



- 7 -

Albers-Hartmann, ZPO, 38. Aufl., § 164 Anm. 4 und Thomas-Putzo, ZPO, 10. Aufl., § 164 Anm. 2). Nach dem berichtigten Protokoll steht nunmehr nach den §§ 164, 561 Abs. 1 ZPO für den Senat bindend fest, daß der Prozeßbevollmächtigte des Klägers in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht hilfsweise auch auf den in das Protokoll vom 22. Oktober 1976 aufgenommenen Antrag auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses Bezug genommen und auch dieser Antrag aus den Akten vorgelesen und vom Klägervertreter genehmigt worden ist. Der Kläger hat nicht vorgetragen, das Protokoll sei durch die spätere Berichtigung im Sinne des § 164 Satz 2 ZPO verfälscht worden.

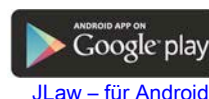
b) Bis zur Änderung des § 297 ZPO durch das am 1. Januar 1975 in Kraft getretene Gesetz vom 20. Dezember 1974 (BGBl. I S. 3651) war es allerdings im Schrifttum und in der Rechtsprechung streitig, ob die Verlesung eines Antrages aus einem vorbereitenden Schriftsatz oder einem dem Protokoll als Anlage beizufügenden Schriftsatz durch die Aufnahme eines Antrages in das Protokoll und dessen Verlesung ersetzt werden konnte (vgl. Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 297 Anm. III m.w.N. in der Fußnote 13). Diese Streitfrage ist gegenstandslos geworden, nachdem nach der Neufassung des § 297 ZPO die Anträge mit Gestattung durch den Vorsitzenden auch zu Protokoll erklärt werden können. Da es nunmehr genügt, wenn in den Akten enthaltene schriftlich festgelegte Anträge verlesen oder auf sie Bezug genommen wird, sind Zweck und Form des § 297 ZPO gewahrt worden, indem der Prozeßbevollmächtigte des Klägers den im Protokoll vom 22. Oktober 1976 vermerkten Auflösungsantrag im Termin am 3. Juni 1977 hilfsweise verlesen hat.

c) Entgegen der Auffassung der Revision ist der im Termin am 22. Oktober 1976 protokollierte Auflösungsantrag hinreichend konkret. Er bezieht sich eindeutig

- 8 -



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



- 8 -

auf die vom Kläger erstrebte Auflösung des Arbeitsverhältnisses und brauchte hinsichtlich der Höhe der vom Kläger begehrten Abfindung nicht beziffert zu werden (vgl. Hueck, KSchG, 9. Aufl., § 10 Rz 12). Richtig, aber unerheblich ist lediglich, daß der Auflösungsantrag vom Kläger im Termin am 22. Oktober 1976 noch nicht "konkret gestellt" worden ist. Da die Parteien in diesem Termin nicht streitig verhandelt haben, ist der Antrag vielmehr ebenso wie in dem Schriftsatz vom 18. Oktober 1976 zunächst nur schriftlich niedergelegt und angekündigt worden. Es bedurfte deshalb auch keiner Verlesung des Protokolls im Termin am 22. Oktober 1976 nach § 162 Abs. 1 ZPO. Die von der Revision vermißte Stellung des Auflösungsantrages ist dann in der § 297 Abs. 1 ZPO entsprechenden Form im Termin am 27. Mai 1977 nachgeholt worden. Auf Vermutungen und einem im Revisionsverfahren unzulässigen Tatsachenvortrag beruht die weitere Rüge der Revision, der Kläger habe im Termin am 22. Oktober 1976 in Wahrheit keinen Wunsch zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses erkennen lassen. Es sei nicht auszuschließen, daß der Vorsitzende Richter beim Diktat des Protokolls nur subjektiv den unzutreffenden Eindruck gehabt habe, es gehe dem Kläger um eine Auflösung. Nach dem Protokoll ist der Auflösungsantrag von dem allein postulationsfähigen Prozeßbevollmächtigten des Klägers angekündigt worden. Der dem Landesarbeitsgericht unterstellte Irrtum wird zudem durch die Ankündigung des gleichen Antrages im Schriftsatz vom 18. Oktober 1976 und durch das berichtigte Protokoll vom 27. Mai 1977 widerlegt.

2. Das Landesarbeitsgericht hat den "Hilfsantrag" des Klägers auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung dahin ausgelegt, daß der Kläger die Auflösung "kumulativ" für den Fall der Bestätigung der Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung gestellt hat. Diese zutreffende Auslegung

- 9 -



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



wird von der Revision nicht beanstandet. Der Kläger hat in seinen Berufungserwiderungen nicht nur die vom Arbeitsgericht angenommene Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung verteidigt, sondern darüber hinaus auch die Voraussetzungen für eine Umdeutung in eine ordentliche Kündigung bestritten. Er hat damit seinem Auflösungsantrag in Form eines sogenannten uneigentlichen Hilfsantrages unter der Voraussetzung der Zurückweisung der Berufung der Beklagten gestellt.

3. Da das Landesarbeitsgericht dem Antrag des Klägers entsprochen hat, das Arbeitsverhältnis im Anschluß an die unwirksame außerordentliche Kündigung aufzulösen, ist der Kläger weder durch die vom Landesarbeitsgericht ausgesprochene Auflösung des Arbeitsverhältnisses noch durch den Auflösungszeitpunkt beschwert.

Bei einer unwirksamen fristlosen außerordentlichen Kündigung ist bei einem begründeten Auflösungsantrag des Arbeitnehmers das Arbeitsverhältnis nach der ständigen Rechtsprechung des Senats, der sich die herrschende Lehre angeschlossen hat, zu dem Zeitpunkt des Zuganges der außerordentlichen Kündigung aufzulösen (vgl. BAG 20, 324 [331 f.] = AP Nr. 22 zu § 7 KSchG [zu 2 a. E. der Gründe]; AP Nr. 1 zu § 398 ZPO; AP Nr. 11 zu § 13 KSchG und AP Nr. 5 zu § 96 AVAVG [zu 2 der Gründe]; Hueck, KSchG, 9. Aufl., § 13 Rz 12; Ammermüller, DB 1975, Beilage 10, S. 7; Auffarth, DB 1969, 528 [531]; Maus, KSchG, § 13 Rz 26; Neumann, AR-Blattei, Kündigungsschutz VI, Kündigungsabfindung, Abschn. G V 2; a.A.: Rewolle, DB 1971, 146; Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 4. Aufl., § 141 V 2 [S. 747] sowie § 138 I 4 [S. 738] und Zwingmann, AuR 1973, 65 f.).

4. Auch die Höhe der vom Landesarbeitsgericht festgesetzten Abfindung ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Im Revisionsverfahren ist nur nachprüfbar, ob der Tatsachenrichter bei der Festsetzung der Abfindung die Voraussetzungen und Grenzen des ihm zustehenden pflichtgemäßen Ermessens beachtet hat (vgl. BAG AP Nr. 17 zu § 72 ArbGG 1953 und AP Nr. 7 zu § 7 KSchG).



Insoweit sind Rechtsfehler weder von der Revision gerügt worden noch bei einer materiell-rechtlichen Überprüfung des angefochtenen Urteils ersichtlich. Nur mißverständlich, nicht aber rechtlich verfehlt ist es, wenn das Landesarbeitsgericht bei der Bemessung der Abfindung u.a. auch zu Lasten des Klägers berücksichtigt hat, die Sozialwidrigkeit "der Kündigung" sei äußerst zweifelhaft. Das Landesarbeitsgericht hat bei dieser Erwägung nicht verkannt, daß mit Rücksicht auf den vom Kläger im Anschluß an die außerordentliche Kündigung gestellten Auflösungsantrag die Möglichkeit der Umdeutung in eine ordentliche Kündigung und deren Wirksamkeit nicht zu prüfen war. Es war gleichwohl nicht ermessensfehlerhaft, wenn das Landesarbeitsgericht darauf abgestellt hat, die Beklagte sei aus den von ihr vorgetragenen Gründen zwar nicht zu einer außerordentlichen Kündigung, wohl aber zu einer ordentlichen Kündigung berechtigt gewesen. Auch diese vertretbare Würdigung, die das Maß der Rechtswidrigkeit der außerordentlichen Kündigung und damit die durch den Verlust des Arbeitsplatzes eintretenden Nachteile mindert, hat die Revision nicht mit einer Verfahrens- oder Sachrüge angegriffen.

III. Die Revision war demgemäß mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.

gez.: Hillebrecht Dr. Gehring Triebfürst

Kerrmann Dr. Bächle



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

