

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

Gesetz: BGB § 242 - Verwirkung

Leitsätze:

K e i n e

Aktenzeichen: 6 AZR 239/77

Urteil des BAG vom 20. Februar 1979 LAG Frankfurt am Main



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

6 AZR 239/77

6 Sa 526/76 Frankfurt am Main

Verkündet am
20. Februar 1979

gez. Stöcker,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20. Februar 1979 durch den Vorsitzenden Richter Professor Dr. Auffarth, die Richter Siara und Roeper sowie die ehrenamtlichen Richter Ostkamp und Hohnheit für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Frankfurt am Main vom 18. November 1976 - 6 Sa 526/76 - wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten der Revision.

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

- 2 -



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



- 2 -

Tatbestand:

Der 1916 geborene Kläger war bei der Beklagten seit 1966 als Grafiker und Werbefachmann beschäftigt. Dem Arbeitsverhältnis lag der Anstellungsvertrag vom 29. April 1966 in Verbindung mit dem Änderungsvertrag vom 5. Mai 1969 zugrunde. In dem Änderungsvertrag ist die Art der Tätigkeit des Klägers mit "Leiter der Stelle Insertions- und Werbungsunterlagen" bezeichnet. Das Arbeitsverhältnis wurde auf unbestimmte Zeit geschlossen und war von beiden Teilen mit einer Frist von einem Jahr jeweils zum Quartalsschluß kündbar. Die Vergütung des Klägers betrug zuletzt 2.700,-- DM brutto.

Mit Schreiben vom 20. Dezember 1974 kündigte die Beklagte dem Kläger aus betriebsbedingten Gründen ("Neuorganisation und Umstellung") vorsorglich zum 31. Dezember 1975. In dem Kündigungsschreiben heißt es außerdem, Anfang des neuen Jahres solle Gelegenheit genommen werden, mit dem Kläger weiteres mündlich zu besprechen. Zur Zeit der Kündigung des Klägers waren in dem Betrieb der Beklagten 110 gewerbliche Arbeitnehmer und 40 Angestellte beschäftigt. Anfang des Jahres 1975 fanden zwischen den Parteien auch Gespräche statt, über deren Inhalt im einzelnen Streit besteht. Die Beklagte bot dem Kläger die Weiterarbeit als freier Mitarbeiter an; es war auch die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit gesetzlicher Kündigungsfrist im Gespräch. Zu einer Einigung kam es jedoch nicht.

Am 8. und 15. Oktober 1975 rügte der Kläger durch seinen Anwalt bei der Beklagten, daß der Betriebsrat vor der Kündigung nicht gehört worden sei. Hierauf erwiderte die Beklagte, der Kläger habe seine Interessenvertretung durch den Betriebsrat abgelehnt. Gegen die Kündigung habe sich der Kläger niemals gewandt. Die Rüge, daß der Betriebsrat nicht ordnungsgemäß gehört worden sei, sei somit verspätet.

Mit der am 21. November 1975 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat sich der Kläger gegen die Kündigung vom 20. Dezember 1974 gewandt. Die Beklagte beschäftigte ihn wegen der

- 3 -



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



- 3 -

Unsicherheit der Rechtslage über den 31. Dezember 1975 hinaus weiter, gewährte ihm allerdings nur Vorschußzahlungen und verlangte eine Herabsetzung seiner Bezüge. Nachdem es hierüber zu Meinungsverschiedenheiten gekommen war, legte der Kläger Ende Februar 1976 die Arbeit nieder. Darauf sprach die Beklagte am 3. März 1976 eine außerordentliche Kündigung aus, die Gegenstand eines anderen Rechtsstreits ist. Kurz vor Ostern 1976 stellte die Beklagte einen neuen Designer ein.

Der Kläger hält die Kündigung für unwirksam, weil der Betriebsrat nicht angehört worden sei. Er hat beantragt festzustellen, daß die Kündigung vom 20. Dezember 1974 unwirksam sei und das Arbeitsverhältnis der Parteien über den 31. Dezember 1975 hinaus fortbesteht.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat vorgetragen, die Aufträge seien im Jahre 1974 um 40 bis 50 % zurückgegangen, so daß sie ihr Personal fast um die Hälfte auf 150 Arbeitnehmer habe vermindern müssen. Im Verlauf der letzten großen Entlassungswelle im November 1974 sei auch der Betriebsrat zu der beabsichtigten Kündigung des Klägers gehört worden. Da das Protokoll hierüber nichts ausweise und die Betriebsratsmitglieder sich auch nicht an die Sache erinnern könnten, sei ein Beweis für die Anhörung allerdings nicht mehr zu führen. Der Kläger habe seinerzeit wegen der weitgehenden Einstellung der Werbung mit einfacheren Arbeiten beschäftigt werden müssen. Die ihm zugesagte Vergütung sei für diese Tätigkeit zu hoch gewesen. Aus diesem Grunde sei auch eine freiberufliche Tätigkeit für die Zeit ab 1976 angestrebt worden. Während der hierüber geführten Gespräche habe der Kläger nie die Wirksamkeit der ihm ausgesprochenen Kündigung in Zweifel gezogen. Er habe daher das Recht verwirkt, die Unwirksamkeit der Kündigung vom 20. Dezember 1974 geltend zu machen, nachdem er erstmals auf die Unwirksamkeit der Kündigung mit seinen Schreiben vom 8. und 15. Oktober 1975 hingewiesen und erst am 21. November 1975 Klage erhoben habe. Der neu eingestellte Designer habe die Arbeiten des Klägers im wesentlichen mit übernommen. Hierfür erhalte er jedoch nur 2.400,-- DM.

- 4 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

-4 -

Das Arbeitsgericht hat nach Beweisaufnahme der Klage stattgegeben. Den Wert des Streitgegenstandes hat es auf 8.100,-- DM festgesetzt. Das Arbeitsgericht hat u.a. ausgeführt, die Kündigung sei nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam, weil der Betriebsrat nicht wegen der Kündigung angehört worden sei. Der Kläger habe sein Klagerecht auch nicht verwirkt. Der Zeitablauf zwischen Kündigung und Klageerhebung sei zwar beträchtlich, unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles habe der Kläger jedoch nicht unangemessen lange mit der Klageerhebung gewartet. Weiterhin fehle es auch an ausreichenden "Umstandsmomenten" für die Annahme einer Verwirkung, insbesondere weil die Beklagte - offensichtlich wegen der Unklarheit der Rechtslage - sich noch nicht auf eine endgültige Wirksamkeit der Kündigung und ein Ausscheiden des Klägers nach Ablauf der langen Kündigungsfrist - 31. Dezember 1975 - eingestellt und nicht entsprechende Dispositionen im Vertrauen auf das Ausscheiden des Klägers getroffen habe.

Die Berufung der Beklagten gegen dieses Urteil ist erfolglos geblieben. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter. Der Kläger bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist unbegründet.

I. Das Landesarbeitsgericht ist davon ausgegangen, daß der Kläger kein Leitender Angestellter im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG war und die Kündigung nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam ist, weil die Beklagte den Betriebsrat vor Ausspruch der Kündigung nicht angehört hat. Das Landesarbeitsgericht hat ferner ausgeführt, dem Kläger sei es nicht etwa wegen arglistigen Verhaltens verwehrt, sich auf die Nichtanhörung des Betriebsrats zu berufen. Ein Verzicht auf Einhaltung des Anhörungsgebots nach § 102 BetrVG sei rechtlich nicht möglich und im übrigen habe der Kläger tatsächlich auch nicht auf die Einhaltung dieser Vorschrift verzichtet. Schließlich habe der Kläger auch nicht

- 5 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

sein Recht verwirkt, sich auf die Unwirksamkeit der Kündigung zu berufen. Zwar sei ein Arbeitnehmer nach Treu und Glauben verpflichtet, Ansprüche gegen eine ihm ausgesprochene Kündigung in angemessener Frist vorzubringen und notfalls Klage zu erheben. Das Klagerecht sei verwirkt, wenn durch Klagerhebung nach längerem Zeitablauf der Arbeitnehmer bei dem Arbeitgeber zunächst den Eindruck hervorgerufen habe, gegen die Kündigung werde nichts mehr unternommen und wenn der Arbeitgeber sich mit seinen Personaldispositionen entsprechend eingerichtet habe. Diese Voraussetzungen seien jedoch nicht erfüllt. Im vorliegenden Falle könne nicht eine verspätete Geltendmachung der Rechte des Klägers festgestellt werden, zumal der Kläger noch innerhalb der Kündigungsfrist geklagt habe. Die Beklagte habe sich abgesehen davon nicht darauf eingestellt, der Kläger habe sich mit seiner Entlassung endgültig abgefunden.

II. Diese Ausführungen des Landesarbeitsgerichts sind rechtlich nicht zu beanstanden.

1. Das Landesarbeitsgericht hat ausgeführt, es sei davon auszugehen, daß der Betriebsrat nicht im Sinne des § 102 Abs. 1 BetrVG vor der Kündigung angehört worden sei. Die Beklagte habe nämlich diese vom Arbeitsgericht getroffene Feststellung in der Berufungsbegründung nicht angegriffen.

An diese tatsächliche Feststellung des Landesarbeitsgerichts ist der Senat gebunden (§ 561 Abs. 2 ZPO), denn sie ist von der Revision nicht mit Verfahrensrügen angegriffen worden.

2. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, der Kläger sei kein Leitender Angestellter im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG gewesen. Da der Kläger weder zur selbständigen Einstellung und Entlassung von Arbeitnehmern befugt gewesen sei, noch Generalvollmacht oder Prokura gehabt habe, komme nur die Fallgruppe 3 des § 5 Abs. 3 BetrVG in Betracht. Erforderlich sei insoweit die Wahrnehmung spezifisch unternehmerischer Teilaufgaben, die im Hinblick auf die gesamte Tätigkeit des Angestellten und die Gesamtheit der Unternehmeraufgaben erheblich sind und bei deren Erfüllung der Angestellte einen erheblichen Entscheidungsspiel-



- 6 -

raum habe (BAG AP Nr. 1 zu § 5 BetrVG 1972). Diesen Voraussetzungen habe die Tätigkeit des Klägers als "Leiter der Stelle Insertions- und Werbungsunterlagen" bei der Beklagten nicht entsprochen. Selbst wenn der Kläger diese Aufgaben bis zuletzt wahrgenommen hätte, so hätte es sich dennoch nicht um unternehmensbezogene Leitungsaufgaben gehandelt, weil der Kläger durch diese Tätigkeit nicht in eine Interessenpolarität zu den übrigen Arbeitnehmern des Betriebes gekommen sei. Diese Frage könne schließlich sogar unentschieden bleiben, da der Kläger nach der Darstellung der Beklagten bei den zuletzt ausgeübten Tätigkeiten unter keinen Umständen als Leitender Angestellter im Sinne des § 5 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG anzusehen sei; dem Kläger sei gekündigt worden, weil er wegen der fast vollständigen Einstellung der Werbung nur als Grafiker für Montageanleitungen beschäftigt worden und das bisherige Gehalt für diese Tätigkeit zu teuer gewesen sei. Es fehle daher an der Identität zwischen tatsächlicher Tätigkeit und vertraglich übertragenem Arbeitsbereich (BAG AP Nr. 1 und 2 zu § 5 BetrVG 1972 - jeweils zu Ziffer III 2 d der genannten Beschlüsse).

Auch diese Ausführungen des Landesarbeitsgerichts zur Frage des Leitenden Angestellten sind revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Das Landesarbeitsgericht ist insoweit von der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ausgegangen, Fehler bei den tatsächlichen Feststellungen oder der Rechtsanwendung sind nicht ersichtlich. Insoweit wird auch von der Revision nichts gerügt. Im übrigen kommt den Tatsacheninstanzen wegen der Unbestimmtheit der Begriffsbestimmungen, insbesondere auch hinsichtlich des Oberbegriffs des Leitenden Angestellten, der Umschreibung der Tatbestandsgruppe der Nummer 3 und der Erforderlichkeit einer Gesamtwürdigung ein gewisser Beurteilungsspielraum zu. Der Senat kann nur prüfen, ob die Bewertungsmaßstäbe als solche nicht verkannt sind, eine vertretbare Gesamtwürdigung aller maßgebenden Gesichtspunkte erfolgt ist und der wesentliche Tatsachenstoff ohne Verstoß gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze berücksichtigt worden ist (vgl. BAG AP Nr. 12 zu § 5 BetrVG unter IV 8 der Gründe).

- 7 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 7 -

3. Das Landesarbeitsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, daß ein Verzicht des Klägers, den Betriebsrat nach § 102 Abs. 1 BetrVG vor Ausspruch der Kündigung anzuhören, rechtlich nicht möglich ist. Die Tatsachenfeststellung, daß der Kläger im übrigen nicht verzichtet habe, ist von der Revision nicht gerügt worden, so daß der Senat auch an diese Feststellung gebunden ist.

4. Das Landesarbeitsgericht hat ausgeführt, der Kläger handele auch nicht etwa arglistig, wenn er sich auf die Unwirksamkeit der Kündigung wegen Nichtanhörung des Betriebsrats berufe, denn er habe nicht den Inhaber der Beklagten oder deren Bevollmächtigte gebeten, vor Ausspruch der Kündigung den Betriebsrat nicht zu informieren. Dies habe die Beklagte selbst nicht einmal vorgetragen.

Der Senat ist an diese tatsächliche Feststellung gebunden, denn Verfahrensrügen sind insoweit nicht erhoben worden. Die Rechtsausführungen des Landesarbeitsgerichts zur Arglist sind revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

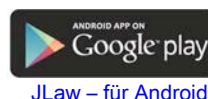
5. Das Landesarbeitsgericht ist - entgegen der Ansicht der Revision - auch zu Recht davon ausgegangen, daß dem Klagebegehren nicht der Einwand der Verwirkung entgegensteht.

a) Nach allgemeiner Ansicht tritt die Verwirkung ein durch Verbindung eines Zeitablaufs (Zeitmoment) und eines bestimmten Verhaltens des Gläubigers zusammen mit dem sich Einrichten des Schuldners auf dieses Verhalten des Gläubigers (Umstandsmoment). Der Schwerpunkt des Verwirkungsbegriffs liegt dabei im Umstandsmoment. Bei der Verwirkung liegt dieses Verhalten des Gläubigers darin, daß er zunächst den ganzen Umständen nach beim Schuldner die berechtigte Annahme hervorgerufen hat, er werde sein Gläubigerrecht endgültig nicht mehr geltend machen, dann aber doch mit der Geltendmachung an den Schuldner herantritt. Dabei ist des weiteren zu beachten, daß der Schuldner sich mit Rücksicht auf das Verhalten des Gläubigers auch darauf eingerichtet haben muß, daß dieser das ihm zustehende Recht nicht mehr geltend machen werde; nur dann ist es gegenüber dem doch zunächst entstandenen

- 8 -



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



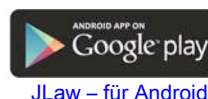
[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Recht des Gläubigers nach Treu und Glauben geboten, das Recht verwirken zu lassen (BAG 6, 165 [168] = AP Nr. 9 zu § 242 BGB Verwirkung mit weiteren Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung und zustimmender Anmerkung von Larenz; vgl. ferner AP Nr. 3 zu § 242 BGB Verwirkung mit Anm. von Neumann-Duisberg, der darauf hinweist, es handele sich um eine prozessuale Verwirkung, da Rechte aus einem Arbeitsverhältnis, die Gegenstand einer Verwirkung sein könnten, z.B. Lohn- oder Beschäftigungsansprüche, nicht im Streit stünden. Nur Ansprüche und Gestaltungsrechte, nicht aber Rechtsverhältnisse seien verwirkbar). Indessen besteht Einigkeit, daß das Rechtsinstitut der Verwirkung nicht nur bei Ansprüchen, sondern ganz allgemein zu beachten ist (vgl. die zuerst zitierte Entscheidung BAG AP Nr. 1 und 3 zu § 242 BGB Prozeßverwirkung; vgl. ferner AP Nr. 9 zu § 242 BGB Verwirkung unter III; so auch Staudinger, Kommentar zum BGB, 11. Aufl., § 242 BGB Anm. D 673). Die Voraussetzungen für die Verwirkung im Arbeitsrecht seien denen in anderen Rechtsinstituten gleich, jedoch seien strengere Voraussetzungen an den Eintritt der Verwirkung auf dem Gebiet des Arbeitsrechts zu fordern.

b) Die Voraussetzungen der Verwirkung liegen im vorliegenden Fall nicht vor: Selbst wenn das Zeitmoment für die Verwirkung ausreichte und auch möglicherweise das Verhalten des Klägers, so hat doch die Beklagte selbst nicht vorgetragen, in welcher Weise sie sich etwa auf das Verhalten des Klägers eingerichtet habe, so daß es ihr nicht mehr zumutbar sei, das Recht des Klägers - die Unwirksamkeit der Kündigung geltend zu machen - gegen sich gelten zu lassen. Im Gegenteil: Der Kläger ist von der Beklagten nach deren Vortrag wegen der Unsicherheit der Rechtslage weiterbeschäftigt worden, und zwar sogar noch nach Ablauf der Kündigungsfrist bis sich die Parteien wegen anderer Einzelheiten zerstritten haben. Der Kläger hat noch während des Laufs der Kündigungsfrist die Unwirksamkeit der Kündigung geltend gemacht und die Beklagte hat erst kurz vor Ostern 1976 - also etwa vier Monate nach Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist und etwa sechs Monate nachdem der Kläger wegen der Unwirksamkeit der Kündigung geklagt hat - einen neuen Grafiker eingestellt.



- 9 -

c) Da die Beklagte weder während der Vorinstanzen noch in der Revision vorgetragen hat, daß sie sich auf die Untätigkeit des Klägers und die Wirksamkeit der Kündigung verlassen und darauf eingerichtet habe, ist der Vortrag der Beklagten zur Verwirkung nicht schlüssig. Es kommt daher auf das Vorbringen der Revision nicht an, der Kläger hätte vor Oktober 1975 die Wirksamkeit der Kündigung nicht angezweifelt und mit der Beklagten wegen einer freiberuflichen Tätigkeit nach Ablauf der Kündigungsfrist verhandelt. Selbst wenn die Beklagte dieses Verhalten des Klägers dahin verstehen durfte, er werde gegen die Kündigung nichts unternehmen, so mangelt es doch an der letzten Voraussetzung der Verwirkung, nämlich dem sich Einrichten der Beklagten auf dieses Verhalten des Klägers und der Unzumutbarkeit, das Recht gegen sich gelten zu lassen.

III. Die Revision war daher mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

gez.: Dr. Auffarth
Ostkamp

Siara
Hohnheit

Roeper



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

