

Betriebs- Berater

Zeitschrift
für Recht und
Wirtschaft

Verlag Recht und Wirtschaft Heidelberg

Konzernrechtliche Beschränkungen der Umstrukturierung
des Vertragskonzerns · *Prof. Dr. Dr. Ebenroth und
Ulrich Parche* · 637

Wirtschaftsrecht

Nichtigkeit eines Vertrags bei Steuerhinterziehung? · 651

Altlast und Grundstückskauf · *Anm. Dr. Reuter* · 651

Notwendiger Inhalt einer Bürgschaftserklärung · 654

Bilanzrecht

Betriebliche Altersversorgung und neues Bilanzrecht
Prof. Dr. Schulte · 659

Steuerrecht

Keine Aktivierung der von Unternehmen an Selbständige
gewährten und von § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG
erfaßten Pensionsanwartschaften und Pensionsansprüche
Dr. Dr. Loos · 669

Quellensteuer im Konkurs · *Dr. Maus* · 672

Arbeits- und Sozialrecht

Die Umdeutung der außerordentlichen in eine ordentliche
Kündigung · *Dr. Hager* · 693

40 Jahre Tarifvertragsgesetz · *Manfred Glombik* · 699

Vorläufige personelle Einzelmaßnahme · 700

Urlaubsvergütung im Freischichtenmodell · 701

Beilage

Die Vermögensteuer-Änderungsrichtlinien 1989
Wolfgang Teß · 7/89

ISSN 0340-7918 · 44. Jahrgang · 10. April 1989 · Seiten 637-708

Arbeits- und Sozialrecht

Privatdozent Dr. Johannes Hager, München

Die Umdeutung der außerordentlichen in eine ordentliche Kündigung

Stichworte: Außerordentliche Kündigung / Umdeutung in ordentliche Kündigung / Auslegung / Betriebsratsanhörung / Streitgegenstand des Kündigungsschutzprozesses / Umdeutung in Berufungsinstanz

Die außerordentliche Kündigung – regelmäßig fristlos erklärt, in Ausnahmefällen durch eine soziale Auslaufzeit abgemildert – ist für den Arbeitgeber das gravierendste Mittel, sich von seinem Arbeitnehmer zu trennen. Angesichts der Lage auf dem Arbeitsmarkt kann sie den betroffenen Arbeitnehmer tiefgreifend belasten¹. Hat ein Arbeitgeber bei einer Neueinstellung unter mehreren Kandidaten die Wahl, so wird er es sich zweimal überlegen, ob er einen Arbeitnehmer beschäftigen will, der aus dem vorangegangenen Arbeitsverhältnis fristlos entlassen wurde.

§ 626 Abs. 1 BGB zieht der außerordentlichen Kündigung enge Schranken. Es müssen Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Die außerordentliche Kündigung muß die unabwieslich letzte Maßnahme für den Kündigungsberechtigten sein². Daneben ist die kurze Frist des § 626 Abs. 2 BGB zu beachten; der Arbeitgeber hat nur zwei Wochen Zeit zu überlegen, nachdem er von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen erfahren hat.

Die strengen Anforderungen, eine Ausprägung des im Kündigungsschutzrecht geltenden Prinzips des äußersten Mittels³, werden in nicht wenigen Fällen dazu führen, daß die Gerichte eine wirksame außerordentliche Kündigung zu verneinen haben – etwa weil es dem Arbeitgeber zuzumuten ist, sich bis zum Ende der Kündigungsfrist zu gedulden und so dem Arbeitnehmer seine beruflichen Chancen für die Zukunft nicht zusätzlich zu erschweren.

Auf der anderen Seite kann der Arbeitgeber ein Interesse daran haben, daß das Arbeitsverhältnis wenigstens mit dem Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist endet. Damit ist ein Bündel von Problemen angesprochen, aus dem sich vier **Fragenkomplexe** herauschälen, die eng miteinander verzahnt sind:

Zum einen, ob mit der Erklärung der außerordentlichen Kündigung jedenfalls auch der **Wille des Arbeitgebers** deutlich wird, **das Arbeitsverhältnis solle im Fall der Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung ordentlich gekündigt werden**, und ob dies als Willenserklärung ausreicht (dazu I.). Zum anderen geht es um die **Beteiligung des Betriebsrats** (dazu II.). Und schließlich gilt es die **Konsequenzen für den Kündigungsschutzprozeß** zu klären. Schwierigkeiten bereiten hier insbesondere der **Streitgegenstand** (dazu III.) und das Problem, ob sich das **Berufungsgericht erstmalig mit der Umdeutung befassen darf** (dazu IV.). Nach wie vor tendieren Teile der Literatur wie auch der Rechtsprechung dazu, diese Thematik mit Hilfe besonderer Leitlinien zu lösen. Indes wird sich erweisen, daß solche aus dem Rahmen des Üblichen fallenden Regeln entbehrlich sind.

I. Die Kündigungserklärung

Die überwiegende Ansicht will die **Frage, ob die außerordentliche Kündigung zugleich als eine fristgemäße aufzufassen sei**, mit Hilfe der **Umdeutung nach § 140 BGB** beantworten⁴. Man sollte meinen, mit dem Rückgriff auf eine zentrale Norm des Allgemeinen Teils des BGB werde sicherer Boden betreten. Doch der Schein trügt. Nach wie vor ist man sich uneins über die genauen Anforderungen, namentlich darüber, ob sich der Arbeitgeber auf die Umdeutung berufen müsse oder ob sie von Amts wegen zu berücksichtigen sei⁵; die Verwirrung wird noch dadurch gesteigert, daß man nicht selten den prozessualen Beibringungsgrundsatz mit der Berufung des Arbeitgebers vermengt⁶. Im Widerspruch zur gängigen Dogmatik soll eine Konversion ferner ausscheiden, wenn der vom Arbeitgeber angenommene Kündigungsgrund nicht existiert, beispiels-

1 Vgl. *Gamillscheg*, Prüfe dein Wissen, Arbeitsrecht I, 7. Aufl. 1987, Fall 211.

2 Vgl. z. B. *BAG*, AP Nr. 70 zu § 626 BGB unter III 2 b m. w. N. = BB 1978 S. 1310; MünchKomm-Schwerdtner, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl. 1984 ff., § 626, 23; *Stahlhacke*, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 4. Aufl. 1982, Rdn. 331.

3 Vgl. hierzu z. B. *BAG*, AP Nr. 70 zu § 626 BGB unter III 2 b m. w. N. = BB 1978 S. 1310; MünchKomm-Schwerdtner, § 626, 23.

4 *BAG*, NJW 1988 S. 581 f. = BB 1988 S. 568; AP Nr. 10 zu § 626 BGB Druckkündigung unter B II = BB 1976 S. 465; AP Nr. 50 zu § 256 ZPO unter II 2 a = BB 1979 S. 1715; *Palandt/Putzo*, Bürgerliches Gesetzbuch, 48. Aufl. 1989, § 626, 3 e; MünchKomm-Schwerdtner, vor § 620, 127; *Staudinger/Neumann*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 12. Aufl. 1978 ff., vor § 620, 93; *Hueck*, Kündigungsschutzgesetz, 10. Aufl. 1980, § 13, 26; *KR-Hillebrecht*, Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 2. Aufl. 1984, § 626 BGB, 259; *KR-Wolf*, Grundsätze 312; *Schaub*, Arbeitsrechtshandbuch, 6. Aufl. 1987, S. 845 f., 950; *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB, 3. Aufl. 1988, Rdn. 524; a. A. *Herschell/Löwisch*, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 6. Aufl. 1984, § 13, 25 (Auslegung), anders 27 (Umdeutung).

5 Für eine Berücksichtigung ohne „Berufung“ des Arbeitgebers plädieren *Hueck*, § 13, 32 m. w. N.; *Herschell/Löwisch*, § 13, 31; *KR-Wolf*, Grundsätze 331; *Staudinger/Neumann*, vor § 620, 94; *Stahlhacke*, Rdn. 261, 266; *Herschell*, Festschrift für Hubmann, 1985, S. 146 ff.; *ders.*, AR-Blattei Kündigungsschutz [D] Anm. zu Entscheidungen 150; *Trieschmann*, BB 1955 S. 838; *Schmidt*, DB 1967 S. 511; *Cortis*, BStSoz-ArbR 1982 S. 6; a. A. *BAG*, AP Nr. 3 zu § 13 KSchG 1969 unter I 3 c = BB 1975 S. 137; AP Nr. 10 zu § 626 Druckkündigung BGB, Leitsatz 4 = BB 1976 S. 465; AP Nr. 32 zu § 102 BetrVG 1972 unter B I = BB 1985 S. 1599, wonach der Arbeitgeber im Prozeß erklären müsse, er hätte hilfsweise ordentlich gekündigt, wenn er die Unwirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung in Betracht gezogen hätte; AP Nr. 87 zu § 626 BGB unter II 3 b = BB 1985 S. 1917; aus der Literatur etwa *Güntner*, RdA 1953 S. 375; *ders.*, AuR 1974 S. 117; *ders.*, DB 1975 S. 1269; *Lepke*, SAE 1976 S. 227, da § 140 BGB die Umwandlung des Parteivillens aus der Interessenlage heraus sei; ferner *Schaub*, S. 846, wie sich aus der Ablehnung von *Staudinger/Neumann*, vor § 620, 94 ergibt; unklar *ders.*, S. 950; *KR-Hillebrecht*, § 626 BGB, 265; *Maus*, Kündigungsschutzgesetz, 1973, § 13, 32.

6 Vgl. etwa *BAG*, AP Nr. 3 zu § 13 KSchG 1969 unter I 3 b = BB 1975 S. 137, wonach der Arbeitgeber entsprechende Tatsachen hätte vorbringen müssen, wenn er sich auf die Wirksamkeit der Kündigung als ordentliche Kündigung hätte berufen wollen; AP Nr. 10 zu § 626 BGB Druckkündigung unter B II = BB 1976 S. 465 spricht ebenfalls nur von der Beibringung von Tatsachen, formuliert aber in Leitsatz 4 anders.

weise der fristlos entlassene Arbeitnehmer den ihm zur Last gelegten Diebstahl nicht begangen hat⁷.

1. Die Zweifel werden begünstigt durch eine h. M., die die Umdeutung als ein eigenständiges Institut begreift und strikt von der Auslegung sondert⁸. Nur unter dieser Voraussetzung läßt sich daran denken, eine Berufung auf die Umdeutung zu fordern, sie abzulehnen, wenn sich der Grund als unwahr entpuppt⁹. Ginge es dagegen um die Auslegung der Erklärung, wäre eine derartige Restriktion von vornherein verwehrt. Freilich ist der h. M. schon in ihrer dogmatischen Sicht nicht zu folgen; **die Umdeutung ist nichts anderes als ein Sonderfall der Auslegung.**

a) Schon die Prämisse der h. M., die Unterscheidung trage der Erkenntnis Rechnung, daß sich die Auslegung am tatsächlichen Willen der Parteien zu orientieren habe, während bei der Umdeutung mangels eines realen Willens der hypothetische zu ermitteln sei¹⁰, steht auf tönernen Füßen. Beide Vorgehensweisen halten sich an identische Kriterien, wie auch Beispiele der Rechtsprechung zeigen¹¹: Beinhaltet etwa eine nach § 1059 Satz 1 BGB unzulässige Übertragung eines Nießbrauchs die nach § 1059 Satz 2 BGB gestattete Überlassung zur Ausübung¹², so ist es nicht nur zweitrangig, ob dieses Ergebnis durch Auslegung oder Umdeutung gewonnen wurde; beide Wege lassen sich auch in der Theorie nicht abgrenzen¹³.

b) Das ist mitnichten zufällig. Der für die Umdeutung ausschlaggebende hypothetische Wille verweist auf den mit dem Rechtsgeschäft angestrebten wirtschaftlichen Erfolg, soweit er nicht dem Parteiwillen widerspricht¹⁴. Um nichts anderes geht es bei der Auslegung. An Zweifeln über die rechtliche Einordnung – so hat es der BGH erst kürzlich wieder formuliert¹⁵ –

solle die Verwirklichung des Willens nicht scheitern; komme doch bei Laien den Vorstellungen der Beteiligten über die rechtliche Einkleidung des Handelns in der Regel nur untergeordnete Bedeutung zu. Dazu paßt, daß nach inzwischen gefestigter Ansicht der – man muß schon sagen: vermeintlich – klare und eindeutige Wortlaut nicht die Grenze der Auslegung bildet¹⁶.

c) Regelmäßig ist es das Ziel eines Arbeitgebers, der außerordentlich gekündigt hat, das Arbeitsverhältnis zum nächstmöglichen Termin zu beenden, auch wenn die fristlose Entlassung nicht wirksam ist, da ihr z. B. ein wichtiger Grund i. S. des § 626 Abs. 1 BGB fehlt¹⁷. Mag die ordentliche Kündigung verglichen mit der außerordentlichen für ihn auch Nachteile haben, der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses wird er sie gleichwohl vorziehen¹⁸. Der Empfangsbedürftigkeit der Kündigung wegen kommt es freilich nicht nur auf den Willen des Erklärenden, sondern auch darauf an, wie der Gegner sie verstehen durfte und mußte. So rückt denn auch das BAG von seinen früheren Urteilen ab, in denen es noch gefordert hatte, der Arbeitgeber müsse sich auf die Umdeutung berufen¹⁹. Ohne diese Rechtsprechung ausdrücklich aufzugeben **läßt das Gericht die Umdeutung zu, wenn sich aus der Erklärung des Kündigenden als wirtschaftlich gewollte Folge ergebe, das Arbeitsverhältnis auf jeden Fall zu beenden, und dies dem Gekündigten erkennbar sei**²⁰. Damit ist nichts anderes umschrieben als die Auslegung der Kündigungserklärung anhand des Empfängerhorizonts²¹.

d) Auf diese Weise lassen sich die strittigen Fragen einordnen: **Der Arbeitgeber braucht die Umdeutung im Prozeß nicht geltend zu machen, was ihn natürlich nicht seiner Beibringungslast enthebt.** Ihr wird er allerdings meist schon dadurch genügen, daß er die Kündigungserklärung als solche einführt, jedenfalls wenn der Arbeitnehmer hieraus den unbedingten Willen ersehen mußte, das Arbeitsverhältnis zu beenden^{22, 23}.

7 LAG Hannover, DB 1955 S. 220 für § 11 Abs. 2 a. F. KSchG; Palandt/Putzo, § 626, 3 e bb; Soergel/Hefermehl, Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Aufl. 1987 ff., § 140, 17; Herschel/Löwisch, § 13, 30; Schaub, S. 845; Stahlhacke, Rdn. 261 Fn. 290; Zöllner, Arbeitsrecht, 3. Aufl. 1983, § 22 III 3 b; Gamillscheg, Prüfe dein Wissen, Fall 215, S. 436; anders wohl BAG, AP Nr. 87 zu § 626 BGB unter II 3 c = BB 1985 S. 1917, wenn die Gründe weder für eine außerordentliche noch für eine personenbedingte ordentliche Kündigung ausreichen.

8 Vgl. etwa MünchKomm-Mayer-Maly, § 140, 3; MünchKomm-Schwerdtner, vor § 620, 129; Soergel/Hefermehl, § 140, 1; Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. 1989, § 29 I = S. 543 f.; Medicus, AT, Rdn. 520; KR-Wolf, Grundzüge, 314; a. A. Pawlowski, Allgemeiner Teil des BGB, 3. Aufl. 1987, Rdn. 505; Krampe, Die Konversion des Rechtsgeschäfts, 1980, S. 280 ff., 284 f.; Herschel, Festschrift für Hubmann, S. 149; Hölters, Anm. zu BAG, AP Nr. 10 zu § 626 BGB Druckkündigung unter III 1; J. Hager, Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften, 1983, S. 154 ff.; vgl. auch die Nachw. in Fn. 20.

9 Herschel, Festschrift für Hubmann, S. 150; ferner umgekehrt Günther, RdA 1953 S. 375; ders., AuR 1974 S. 117; ders., DB 1975 S. 1269; Lepke, SAE 1976 S. 227, die gerade auf das Spezifikum der Umdeutung die Notwendigkeit einer Berufung stützen (vgl. dazu schon Fn. 5). Entgegen MünchKomm-Schwerdtner, vor § 620, 129 ist die Lösung aber auch dann nicht zwingend. Auch wer § 140 BGB als eigenständiges Institut bergreift, darf nicht fordern, der Arbeitgeber müsse sich auf die Umdeutung berufen; vgl. dazu unten I 2.

10 MünchKomm-Mayer-Maly, § 140, 3 unter Berufung auf BAG, NJW 1976 S. 592 = BB 1975 S. 1638 (das Gericht lehnt dort die Umdeutung einer ordentlichen Kündigung in eine Anfechtung ab, da deren Rechtsfolgen weiter gingen. Das ist unstreitig (vgl. z. B. Soergel/Hefermehl, § 140, 5), hat aber mit dem Verhältnis zwischen wirklichem und hypothetischem Willen nichts zu tun); MünchKomm-Schwerdtner, vor § 620, 129; Soergel/Hefermehl, § 140, 1.

11 Vgl. die Darstellung bei Krampe, S. 142 ff.; J. Hager, S. 116 ff., 154 ff.
12 Beispiel nach RG, JW 1910 S. 801, 802; vgl. ferner BGHZ 76 S. 16, 26 (Auslegung), 29 (Umdeutung).

13 Larenz, AT, § 29 I = S. 543 f. und Soergel/Hefermehl, § 140, 1 meinen, eine Umdeutung käme nur in Frage, wenn das ursprüngliche Rechtsgeschäft zur Gänze nichtig sei, während die Auslegung nur eine Lücke in einem ansonsten intakten Rechtsgeschäft schließen solle. Die Fälle unterscheiden sich aber lediglich im Umfang, in dem das Rechtsgeschäft mit höherrangigem Recht kollidiert. Beide Male ist dem Willen der Parteien möglichst weitgehend zum Durchbruch zu verhelfen.

14 Prot. I 127; BGHZ 19 S. 269, 273; BGH, NJW 1974 S. 43, 45; 1980 S. 2350, 2352; MünchKomm-Mayer-Maly, § 140, 18; Soergel/Hefermehl, § 140, 8; Larenz, AT, § 23 III = S. 468 f.

15 BGH, NJW 1988 S. 2731, 2732; WM 1986 S. 786, 787; FamRZ 1985 S. 693, 696 unter Berufung auf BGH, NJW 1979 S. 423, 424, wo das Gericht mit § 140 BGB argumentiert hatte. Daß es in diesen Fällen um letztwillige Verfügungen bzw. Schenkungen von Todes wegen geht, spielt keine Rolle. Der Empfänger genießt zwar keinen Vertrauensschutz; nicht geändert wird jedoch die Methode, den Willen des Erklärenden zu ermitteln.

16 Vgl. z. B. BGHZ 86 S. 41, 46; Palandt/Heinrichs, § 133, 5 c; MünchKomm-Mayer-Maly, § 133, 42; Soergel/Hefermehl, § 133, 27.

17 Vgl. z. B. Palandt/Putzo, § 626, 3 e bb; MünchKomm-Schwerdtner, vor § 620, 129; Medicus, AT, Rdn. 524; Hueck, § 13, 26; Schaub, S. 845 jeweils im Rahmen der Umdeutung. Das folgt schon aus dem Verhältnis der ordentlichen Kündigung zur außerordentlichen Kündigung: Die außerordentliche Kündigung ist ein wesensgleiches Mehr, kein aluid; vgl. etwa Preis, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, 1987, S. 483.

18 MünchKomm-Schwerdtner, vor § 620, 127 lehnt eine Umdeutung ab, wenn eine ordentliche Kündigung für den Arbeitgeber einschneidendere Folgen hat als die außerordentliche. Der richtige Vergleichsmaßstab sind die Rechtsfolgen des Arbeitsverhältnisses, das ohne die ordentliche Kündigung jedenfalls weiter bestünde.

19 Vgl. die in Fn. 5 als abweichende Ansicht genannten Urteile.

20 BAG, NJW 1988 S. 581 f. = BB 1988 S. 569; AP Nr. 50 zu § 256 ZPO unter II 2 a = BB 1979 S. 1715; ähnlich AP Nr. 80 zu § 626 BGB unter II 3 a; AP Nr. 10 zu § 102 BetrVG 1972 unter II 2 = BB 1976 S. 1416 (durch Auslegung sei zu ermitteln, ob die Kündigung dem mutmaßlichen Willen des Arbeitgebers entspreche); AP Nr. 21, a.a.O. unter 4 = BB 1980 S. 628; AP Nr. 31, a.a.O. unter b I = BB 1984 S. 1418. Die Formel wird schon von BAG, AP Nr. 10 zu § 626 Druckkündigung BGB unter B II = BB 1976 S. 465 verwendet; ebenso AP Nr. 3 zu § 13 KSchG 1969 unter I 3 b = BB 1975 S. 137; ferner Palandt/Putzo, § 626, 3 e bb; Soergel/Hefermehl, § 140, 17; Herschel/Löwisch, § 13, 30; KR-Wolf, Grundsätze; KR-Friedrich, § 13 KSchG, 76.

21 So auch Interpretation von MünchKomm-Schwerdtner, vor § 620, 129.

22 Man kann daher durchaus von einer Vermutung für eine derartige Auslegung sprechen; vgl. zum Meinungsstand im Rahmen des § 140 BGB BAG, NJW 1988 S. 581, 582. Das gilt namentlich, wenn der Arbeitgeber den Betriebsrat auch zur ordentlichen Kündigung angehört hat und dies dem Arbeitnehmer erkennbar war; vgl. auch hierzu BAG, NJW 1988 S. 581, 582 m. w. N.

23 Die Frage, ob die Berufung auf die Umdeutung oder auch die entsprechende Auslegung in der zweiten Instanz ausgeschlossen ist, betrifft ein rein prozessuales Problem; vgl. dazu unten IV.

Daß der vermeintliche Kündigungsgrund als solcher nicht existiert, ändert schließlich den Inhalt der Erklärung nicht. Gemessen am Empfängerhorizont war der Wille des Arbeitgebers deutlich geworden, sich von seinem Arbeitnehmer zu trennen. Wer dies anders beurteilt, benachteiligt nicht zuletzt den Arbeitnehmer, der, aufgeschreckt durch die Erklärung, aus der der unbedingte Wille des Arbeitgebers deutlich wurde, das Arbeitsverhältnis auf jeden Fall zu beenden, sich vor Gericht gegen die Kündigung wendet und teilweise unterliegt, weil eine ordentliche Kündigung gar nicht ausgesprochen und eine Klage in dieser Hinsicht nicht veranlaßt gewesen sei²⁴.

2. Freilich sollte man die dogmatische Verankerung des § 140 BGB in ihrer Tragweite nicht überschätzen. Die traditionelle Sicht kann nämlich – bei Licht betrachtet – auch unter der Flagge der Umdeutung als eines eigenständigen Instituts abweichende Ergebnisse nicht begründen. So bedarf es keiner Berufung auf die Umdeutung, so hängt sie nicht davon ab, ob sich der vermutete Kündigungsgrund als Irrtum entpuppt²⁵. Der hypothetische Wille ist auf den Zeitpunkt zu beziehen, an dem das Rechtsgeschäft vorgenommen wurde²⁶. Es kommt nicht darauf an, was der Arbeitgeber später erklären würde²⁷.

Sonderregeln für das Arbeitsrecht zu entwickeln²⁸, erweist sich schon deswegen als unnötig, weil den Belangen des Arbeitnehmers auch auf andere Weise Rechnung getragen werden kann²⁹. Dies gilt auch gegenüber dem Versuch, die Notwendigkeit einer Berufung des Arbeitgebers mit einem Hinweis auf § 13 Abs. 1 Satz 3 KSchG zu untermauern: Stecke in jeder außerordentlichen Kündigung eine fristgerechte, liefe die Regelung, daß nach einer außerordentlichen Kündigung nur der Arbeitnehmer, nicht auch der Arbeitgeber eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen eine Abfindung nach §§ 9, 10 KSchG verlangen könne, leer³⁰. Das greift aus mehreren Gründen zu kurz: Ohnehin ist gemäß § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG ein Auflösungsantrag des Arbeitgebers nach einer ordentlichen Kündigung nicht stets erfolgreich; er setzt vielmehr Gründe voraus, die eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht erwarten lassen. Der Arbeitnehmer kann also nicht einfach um seinen Arbeitsplatz gebracht werden. Zudem bleibt ein Unterschied. Die sofortige Beendigung kann der Arbeitgeber im Gegensatz zum Arbeitnehmer keinesfalls verlangen, sondern nur eine zum Ende der Kündigungsfrist³¹. § 13 Abs. 1 Satz 3 KSchG behält also seinen, wenngleich eingeschränkten, Anwendungsbereich. Vor allem hätte der Arbeitgeber dasselbe Ergebnis durch eine eventuelle ordentliche Kündigung erreichen können. Die Möglichkeit des Arbeitgebers, das Arbeitsverhältnis auch ohne das Vorliegen von Kündigungsgründen zu beenden, ist im KSchG angelegt, so daß von einer Umgehung der gesetzgeberischen Absicht keine Rede sein kann.

II. Die Beteiligung des Betriebsrats

Die in der außerordentlichen Kündigung steckende ordentliche ist natürlich auf ihre Wirksamkeitsvoraussetzungen hin zu überprüfen. Sie muß sozial gerechtfertigt sein, namentlich ist der Betriebsrat auch zur ordentlichen Kündigung anzuhören³². Fehlt es an einer Anhörung, ist die Kündigung schon nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG nichtig – ein Unwirksamkeitsgrund, der nach § 13 Abs. 3 KSchG auch nach Ablauf der Dreiwochenfrist des § 4 KSchG geltend gemacht werden kann³³.

1. Dem hat man widersprochen mit einem Argument, das sich nahtlos in die hier vertretene These einzufügen scheint, die Erklärung der außerordentlichen Kündigung sei jedenfalls als fristgemäße zu begreifen. Da dem Betriebsrat der Sachverhalt unterbreitet worden sei, habe er die Möglichkeit gehabt, umfassend Stellung zu nehmen³⁴. Nach objektiv-normativen Maßstäben sei die Erklärung des Arbeitgebers hilfsweise als ordentliche Kündigung zu verstehen. Dem Betriebsrat würde damit nicht mehr zugemutet als dem gekündigten Arbeitneh-

mer, der die Erklärung ja ebenfalls als Ausspruch wenigstens der ordentlichen Kündigung gegen sich gelten lassen müsse³⁵.

Diese Konsequenzen sind indes nur auf den ersten Blick zwingend, sie laufen aber der Funktion der Betriebsratsanhörung zuwider. Auf der einen Seite variieren die Rechte des Betriebsrats je nach Art der Kündigung. Das Widerspruchsrecht gemäß § 102 Abs. 3 BetrVG ist auf die ordentliche Kündigung beschränkt³⁶. Auch die Fristen divergieren: Hat der Betriebsrat bei der ordentlichen Kündigung eine Woche Zeit zu überlegen, so ist die Spanne bei der außerordentlichen Kündigung auf drei Tage verkürzt³⁷. Der unterschiedlichen Reaktionsmöglichkeiten wegen sind also erhöhte Anforderungen zu stellen³⁸. Zum anderen ist es die Pflicht des Arbeitgebers, dem Betriebsrat die Kündigungsabsicht, die dafür maßgebenden Gründe und die Art der Kündigung zu unterbreiten, um das Beteiligungsverfahren ordnungsgemäß in Gang zu

24 Die Klage des Arbeitnehmers gegen die Kündigung umfaßt die Feststellung, daß das Arbeitsverhältnis weder durch die außerordentliche noch durch die ordentliche Kündigung aufgelöst ist; dazu unten III 3.

25 Vgl. nur MünchKomm-Mayer-Maly, § 140, 31; Soergel/Hefermehl, § 140, 1.

26 BGHZ 40 S. 218, 223 f.; MünchKomm-Mayer-Maly, § 140, 19 m. w. N.

27 BGH, NJW 1974 S. 43, 45; MünchKomm-Mayer-Maly, § 140, 19.

28 Vgl. etwa Güntner, AuR 1974 S. 117; Lepke, SAE 1976 S. 227.

29 Vgl. dazu unten III 3 c.

30 LAG Rheinland-Pfalz, NZA 1985 S. 290, 291; gegen ein Recht des Arbeitgebers, in derartigen Fällen die Auflösung beantragen zu können, z. B. MünchKomm-Schwerdtner, vor § 620, 142 m. w. N.

31 Daß der Arbeitnehmer sich sofort lösen kann, ist h. M.; vgl. z. B. Hueck, § 13, 12 m. w. N.; KR-Friedrich, § 13 KSchG, 69 (w. N. 66 f.).

32 So die h. M.; vgl. etwa BAG, AP Nr. 10 zu § 102 BetrVG 1972 unter II 3 b = BB 1976 S. 1416; Nr. 15, a.a.O. unter II 2 = BB 1979 S. 371; AP Nr. 51 zu Art. 9 GG Arbeitskampf unter 9 = BB 1977 S. 595; AP Nr. 80 zu § 626 BGB unter II 1; LAG Düsseldorf, DB 1975 S. 593; Palandt/Putzo, § 626, 3 e bb; MünchKomm-Schwerdtner, vor § 620, 134 f.; Hueck, § 13, 27; ders., 25 Jahre Bundesarbeitsgericht, 1979, S. 259; Herschel/Löwisch, § 13, 29; Schaub, S. 846; Stahlhacke, Rdn. 236; KR-Eitzel, § 102 BetrVG, 182; Fitting/Auffarth/Kaiser/Heither, Betriebsverfassungsgesetz, 15. Aufl. 1987, § 102, 31; Galperin/Löwisch, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, Band II, 6. Aufl. 1982, § 102, 26 a; Dietz/Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, Band II, 6. Aufl. 1982, § 102, 50, 115; GK-Kraft, Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 3. Bearb. 1982, § 102, 29, 76, 91; Gnade/Kehrmann/Schneider/Blanke, Betriebsverfassungsgesetz, 4. Aufl. 1981, § 102, 221; Heinze, Personalplanung, Einstellung und Kündigung, 1982, Rdn. 483; Hoechst, AuR 1973 S. 335; v. Maydell, SAE 1978 S. 81 f.; Heckelmann, SAE 1979 S. 9.

33 Vgl. statt aller Hueck, § 13, 27. Das LAG Düsseldorf, BB 1977 S. 121, 122 lehnt in solchen Fällen schon die Konversion ab.

34 Ebert, BB 1976 S. 1134 f.

35 Meisel, Anm. zu BAG, AP Nr. 15 zu § 102 BetrVG 1972 unter 6; ders., DB 1974 S. 142; ders., SAE 1976 S. 36; ablehnend zur h. M. auch LAG Düsseldorf, DB 1977 S. 121, 122, wenn keiner der Widerspruchsgründe des § 102 Abs. 3 BetrVG in Betracht käme; Schlochauer, RdA 1973 S. 159; ebenso Hess/Schlochauer/Glaubitz, Betriebsverfassungsgesetz, 3. Aufl. 1986, § 102, 140, die bei einer verhaltensbedingten Kündigung die Anhörung für entbehrlich halten, ansonsten aber ihre Nachholung zulassen; Hanau/Adomeit, Arbeitsrecht, 9. Aufl. 1988, J IV 3; Güntner, AuR 1974 S. 117; Brill, AuR 1975 S. 18; Eich, DB 1975 S. 1606, die die Anhörung zur außerordentlichen Kündigung ausreichen lassen; vgl. ferner unten Fn. 43.

36 Dietz/Richardi, § 102, 119; Fitting/Auffarth/Kaiser/Heither, § 102, 38; GK-Kraft, § 102, 29; KR-Wolf, Grundsätze, 326; Löwisch, Anm. zu BAG, EZA § 102 BetrVG 1972 Nr. 25 S. 147 f.; Reuter, JuS 1977 S. 201; Heckelmann, SAE 1979 S. 9.

37 BAG, AP Nr. 15 zu § 102 BetrVG 1972 unter B II 2 c dd = BB 1979 S. 371; MünchKomm-Schwerdtner, vor § 620, 136; GK-Kraft, § 102, 29; Heckelmann, SAE 1979 S. 9.

38 Eine Parallele hierzu findet sich im Mietrecht. Bei der Auslegung bzw. Umdeutung einer außerordentlichen Kündigung ist wegen der Möglichkeit des § 556 a BGB (Widerspruchsrecht bei ordentlicher Kündigung) Zurückhaltung geboten (vgl. hierzu Stierne, Mietrecht, 3. Aufl. 1988, IV 42). Das Argument bedeutet nicht, daß die Kündigungserklärung gegenüber dem Arbeitnehmer ebenso eng zu interpretieren wäre. Da in seiner Klage ein Angriff auch auf die ordentliche Kündigung steckt (vgl. unten III 3), wird seine Verteidigungsmöglichkeit nicht beschnitten, wenn die Umdeutung erst vor Gericht erörtert wird. Auch sein Weiterbeschäftigungsanspruch ist nicht dadurch beeinflußt, wie er die Kündigung versteht.

bringen³⁹. Fehler machen die Anhörung und gemäß § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG die Kündigung unwirksam⁴⁰. Folgerichtig genügt ein Hinweis auf die beabsichtigte außerordentliche Kündigung nicht, um den Betriebsrat auch zur ordentlichen Kündigung vorschriftsmäßig anzuhören⁴¹. Freilich darf man auch hier nicht am Wortlaut kleben. Teilt der Arbeitgeber dem Betriebsrat etwa mit, er wolle sich vom Arbeitnehmer auf alle Fälle trennen, so hat er damit seine Absicht, im Zweifel sich auch auf eine ordentliche Kündigung zu stützen, hinreichend deutlich gemacht⁴².

2. Das BAG hat allerdings seine Linie nicht konsequent durchgehalten. Einer Anhörung zur ordentlichen Kündigung bedürfe es nicht, wenn der Betriebsrat der außerordentlichen Kündigung ausdrücklich und ohne jeden Vorbehalt zugestimmt habe und erkennbar einer ordentlichen Kündigung nicht entgegengetreten wäre⁴³. Damit werden die Beteiligungsrechte unzulässigerweise verkürzt. Das Ergebnis der Anhörung läßt sich nicht vorweg fingieren. So entbindet die Vermutung, der Betriebsrat werde aller Voraussicht nach zustimmen, den Arbeitgeber nicht von der Anhörungspflicht. Sie steht nicht einmal zur Disposition des Betriebsrats selbst; er kann auf sein Recht nicht von vornherein verzichten⁴⁴. Im vergleichbaren Fall des Nachschiebens von Kündigungsgründen fordert denn auch das BAG die erneute Anhörung, und zwar selbst dann, wenn der Betriebsrat der ursprünglichen Kündigung ausdrücklich zugestimmt hatte und diese angesichts der nachgeschobenen Tatsachen nicht in einem neuen Licht erscheint⁴⁵. Das Postulat hat seinen guten Grund: Die Bemerkung des Arbeitgebers, er fasse auch eine ordentliche Kündigung ins Auge, gibt dem Betriebsrat Anlaß zu prüfen, ob denn der Arbeitnehmer etwa auch bei einer personenbedingten Kündigung durch eine Versetzung im Betrieb gehalten werden könne⁴⁶.

39 BAG, AP Nr. 2 zu § 102 BetrVG 1972 unter I 1 = BB 1974 S. 836; AP Nr. 10, a.a.O. unter I 1 = BB 1976 S. 1416; KR-Wolf, Grundsätze, 326; KR-Etzel, § 102 BetrVG 58 ff.; Dietz/Richardi, § 102, 50; Fitting/Auffarth/Kaiser/Heither, § 102, 16; Galperin/Löwisch, § 102, 25, 26; Hess/Schlochauer/Glaubitz, § 102, 29; Stege/Weinspach, Betriebsverfassungsgesetz, 5. Aufl. 1985, § 102, 47; GK-Kraft, § 102, 29; Herschell/Löwisch, § 13, 29; Heinze, Rdn. 482; Hueck, 25 Jahre Bundesarbeitsgericht, S. 258; v. Maydell, SAE 1978 S. 81.

40 KR-Etzel, § 102 BetrVG, 107; Fitting/Auffarth/Kaiser/Heither, § 102, 25; Dietz/Richardi, § 102, 94; Galperin/Löwisch, § 102, 46; Hess/Schlochauer/Glaubitz, § 102, 72; Stege/Weinspach, § 102, 97; GK-Kraft, § 102, 38.

41 An verfahrenseinleitende Erklärungen sind strengere Anforderungen zu stellen als an sonstige Willenserklärungen; sie müssen aus sich heraus eindeutig sein; vgl. z. B. BGH, WM 1982 S. 68 für die Klageerhebung.

42 Vgl. etwa BAG, AP Nr. 15 zu § 102 BetrVG 1972 unter B II 2 b = BB 1979 S. 371.

43 BAG, AP Nr. 15 § 102 BetrVG 1972 unter B II 3 = BB 1979 S. 371; AP Nr. 32, a.a.O. unter B II 4 = BB 1985 S. 1599; LAG Hamm, DB 1975 S. 1899; LAG Düsseldorf, BB 1976 S. 1128; DB 1977 S. 121, 122; zustimmend z. B. KR-Etzel, § 102 BetrVG, 182 a. m. w. N.; KR-Wolf, Grundsätze, 326; Fitting/Auffarth/Kaiser/Heither, § 102, 31; Dietz/Richardi, § 102, 99; Hess/Schlochauer/Glaubitz, § 102, 140; Gnadel/Kehrmann/Schneider/Blanke, § 102, 51; Stege/Weinspach, § 102, 222; Hueck, § 13, 27; ders., 25 Bundesarbeitsgericht, S. 260; ablehnend MünchKomm-Schwerdtner, vor § 620, 135 f.; Galperin/Löwisch, § 102, 26 a; ders., Anm. zu BAG, EZA § 102 BetrVG 1972 Nr. 25 S. 147 f.; Heckelmann, SAE 1979 S. 10; kritisch GK-Kraft, § 102, 30. Anders ist zu entscheiden, wenn der Arbeitgeber die Anhörung zur außerordentlichen Kündigung eingeleitet hat, der Betriebsrat der ordentlichen Kündigung zustimmt und anschließend der Arbeitgeber fristgemäß kündigt; vgl. LAG Baden-Württemberg, DB 1977 S. 777; a. A. LAG Berlin, NJW 1983 S. 1631.

44 KR-Etzel, § 102 BetrVG, 75; Galperin/Löwisch, § 102, 51; Hess/Schlochauer/Glaubitz, § 102, 56. Daß der Arbeitgeber und der Betriebsrat demselben Rechtsirrtum erlegen sind (so Dietz/Richardi, § 102, 99), begründet noch nicht, warum die Anhörung überflüssig sein soll.

45 BAG, AP Nr. 39 zu § 102 BetrVG 1972 unter B I 2 b dd; KR-Hillebrecht, § 626 BGB, 134; Schwerdtner, ZIP 1981 S. 1124; a. A. KR-Etzel, § 102 BetrVG, 189 f.; Galperin/Löwisch, § 102, 30 b (dessen Argument, die Würfel seien mit der Erklärung der Kündigung gefallen, auch für die Umdeutung gelten müßte, dort aber von Löwisch gerade nicht verwendet wird; vgl. Fn. 43).

3. Übergau nimmt es die h. M. auf der anderen Seite mit § 102 BetrVG, wenn der Arbeitgeber den Betriebsrat zur ordentlichen Kündigung angehört, dann aber fristlos gekündigt hatte. Auch die in die außerordentliche Kündigung eingebundene ordentliche Kündigung sei nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam. Der außerordentlichen Kündigung liege eine unwirksame Anhörung zugrunde, nicht zugleich die Anhörung zu einer zwar beabsichtigten, dann aber nicht ausgesprochenen ordentlichen Kündigung. Damit fehle eine für das Ersatzgeschäft erforderliche Voraussetzung. Im Rahmen der Umdeutung nach § 140 BGB könne nicht über die unwirksamen Bestandteile der außerordentlichen Kündigung hinaus zusätzlich auf die Anhörung zu der gar nicht ausgesprochenen ordentlichen Kündigung zurückgegriffen werden⁴⁷.

Das überspannt aber die Anforderungen. Der von § 102 BetrVG verfolgte Zweck ist erreicht, da der Betriebsrat seine Bedenken äußern konnte und dies u. U. auch getan hat. In der Begründung des BAG tritt erneut die Unsicherheit zutage, wie man § 140 BGB zu deuten habe. Nur vor dem Hintergrund, hier werde ein Rechtsgeschäft durch ein anderes ersetzt, sind Überlegungen einzuordnen, die Anhörung als ein Bestandteil eines anderen Rechtsgeschäfts – nämlich der außerordentlichen Kündigung – könne nicht für die nach § 140 BGB ermittelte Erklärung – die ordentliche Kündigung – herangezogen werden⁴⁸. Macht man sich von den überkommenen Bildern frei, behält man im Blick, daß es nur um die Interpretation der Willenserklärung geht, so verschwinden die Schwierigkeiten. Das Geschäft in seiner gewollten und anhand des Empfängerhorizonts erkennbaren Bedeutung bedarf der Anhörung des Betriebsrats zur ordentlichen Kündigung; sie ist erfolgt und steht daher der Wirksamkeit nicht im Wege⁴⁹.

III. Der Streitgegenstand des Kündigungsschutzprozesses

1. Die ganz h. M. verfißt für den Kündigungsschutzprozeß den sogenannten **punktuellen Streitgegenstandsbegriff**. Zu klären sei die Wirksamkeit der konkreten Kündigung, d. h. die Auflösung bzw. Nichtauflösung des Arbeitsverhältnisses gerade durch die angegriffene Kündigung zu dem in ihr genannten Termin⁵⁰. Die historische Entwicklung⁵¹, aber auch

46 Galperin/Löwisch, § 102, 26 a; Reuter, JuS 1977 S. 201; Heckelmann, SAE 1979 S. 10; ähnlich Löwisch, Anm. zu BAG, EZA § 102 BetrVG 1972 Nr. 25 S. 148; zum Vorrang der Änderungs- vor der Beendigungskündigung vgl. z. B. Wagner, NZA 1986 S. 632 f. m. w. N.

47 BAG, AP Nr. 10 zu § 102 BetrVG 1972 unter II 3 b = BB 1976 S. 1416; Fitting/Auffarth/Kaiser/Heither, § 102, 31; Dietz/Richardi, § 102, 98; KR-Wolf, Grundsätze, 326; Hueck, 25 Jahre Bundesarbeitsgericht, S. 259 mit Fn. 61; a. A. KR-Etzel, § 102 BetrVG, 182; Galperin/Löwisch, § 102, 26 a; Stahlhacke, Rdn. 236 mit Fn. 260; Kreutz, ZfA 1977 S. 480; v. Maydell, SAE 1978 S. 82; Cortis, BistSozArbR 1982 S. 7. Im konkreten Fall des BAG, AP Nr. 10 zu § 102 BetrVG 1972 = BB 1976 S. 1416, mag die Besonderheit gewesen sein, daß der Arbeitgeber die außerordentliche Kündigung auf Gründe stützte, zu denen der Betriebsrat unter dem Aspekt der ordentlichen Kündigung nicht gehört worden war. Die h. M. – auch die Entscheidungsgründe des BAG, a.a.O. (II 3 b) – formulieren jedoch generalisierend, ohne auf diesen Ausnahmeharakter abzustellen.

48 So z. B. Pfarr, Anm. zu BAG, AP Nr. 10 zu § 102 BetrVG (Blatt 6).

49 Gleiches gilt für die Erwägung des BAG, AP Nr. 10 zu § 102 BetrVG 1972 unter II 3 a = BB 1976 S. 1416, das Anhörungsverfahren sei verbraucht. Geht es um die Auslegung einer Erklärung, so ist eine solche Vorstellung fehl am Platz. – Freilich darf auch hier der dogmatische Ansatz nicht überbewertet werden. Wendet man § 140 BGB – auch als eigenständiges Institut gedacht – korrekt an, so kann auf die Anhörung zur ordentlichen Kündigung als Wirksamkeitsvoraussetzung zurückgegriffen werden (vgl. etwa BGH, NJW 1978 S. 423, 424; Umdeutung eines wegen § 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB nichtigen Erbvertrags in einen Schenkungsvertrag, dessen Form mit dem Erbvertrag gewahrt war).

50 BAG, NJW 1988 S. 2691, 2692 = BB 1988 S. 1533; NZA 1987 S. 273; AP Nr. 50 zu § 256 ZPO unter II 1 a = BB 1979 S. 1715; AP Nr. 9 zu § 313 ZPO unter III 1 = BB 1977 S. 948; AP Nr. 3 zu § 4 KSchG 1969 unter 2 = BB 1977 S. 599; AP Nr. 17 zu § 3 KSchG unter II 3 = BB 1959 S. 707; AP Nr. 18, a.a.O. unter A 3 b = BB 1959 S. 63 ff.; AP Nr. 40, a.a.O. unter I 1 = BB 1971 S. 616; MünchKomm-Schwerdtner,

der Wortlaut des § 4 Satz 1 KSchG, der davon spricht, der Arbeitnehmer habe innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung Klage auf Feststellung zu erheben, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst sei⁵², stützen diese These. Zudem mag der Arbeitnehmer, demgegenüber mehrere Kündigungen ausgesprochen wurden, ein Interesse daran haben, nur einige der Erklärungen anzugreifen⁵³. Für die Gegenansicht, die als Streitgegenstand das Bestehen des Arbeitsverhältnisses zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung begreift⁵⁴, besteht um so weniger ein Bedürfnis, als der Kläger einen entsprechenden Feststellungsantrag mit der Kündigungsschutzklage verbinden kann⁵⁵.

2. Recht unübersichtlich ist das Meinungsbild dagegen bei der Frage, ob mit der außerordentlichen Kündigung zugleich die darin enthaltene fristgemäße Kündigung angegriffen werde oder ob, da zwei Streitgegenstände vorlägen, der Arbeitnehmer seine Klage erweitern müsse, wenn er – etwa durch das Gericht über die Umdeutung belehrt – auch die ordentliche Kündigung nicht als Auflösungsgrund akzeptieren wolle. Hatte gerade die frühere Rechtsprechung die gesamten Folgen der Erklärung für das Schicksal des Arbeitsverhältnisses als einen Streitgegenstand begriffen⁵⁶, so kristallisiert sich heute als wohl herrschende Meinung die These heraus, es gehe um zwei Streitgegenstände – nämlich das Ende des Arbeitsverhältnisses aufgrund der außerordentlichen Kündigung und aufgrund der ordentlichen Kündigung⁵⁷. Das legt auch die Definition nahe, zu prüfen sei die Auflösung zu dem in der Erklärung genannten Termin⁵⁸. Doch damit beginnen erneut die Schwierigkeiten.

a) So mag der Arbeitnehmer, dem fristlos gekündigt wurde, gar keinen Anlaß sehen, die Kündigung auch als fristgemäße anzugreifen. Auf der Grundlage zweier Streitgegenstände, begünstigt durch die verfehlte Auffassung, bei der Umdeutung werde die eine Erklärung durch die andere ersetzt⁵⁹, war es in der Tat zumindest verständlich, die Berufung des Arbeitgebers auf die Umdeutung im Prozeß zu fordern⁶⁰. Nur so scheint sich eine Lücke im Schutz des Arbeitnehmers vermeiden zu lassen, da er nunmehr mit einer weiteren Klage seine Rechte wahren kann. Eine solche Konzeption der Umdeutung, die – wie gezeigt – mit der gängigen Dogmatik bricht und das als Spezifikum des Arbeitsrechts deuten muß, hängt eng mit dieser – wie sich erweisen wird: schiefen – prozessualen Sicht zusammen.

b) Selbst dann sind aber die Probleme für die h. M. noch keineswegs ausgestanden. Nähme man die These von den zwei Streitgegenständen ernst, so nützte selbst die Berufung des Arbeitgebers auf die Umdeutung dem Arbeitnehmer in all den Fällen nichts, in denen die Kündigungserklärung über drei Wochen zurückliegt, die Klage nach § 4 Satz 1 KSchG verfristet ist und damit nach § 7 KSchG die Kündigung von Anfang an als rechtswirksam gilt – und das wäre die weit überwiegende Zahl. Zwar eröffnet § 6 Satz 1 KSchG dem Arbeitnehmer die Chance, die fehlende soziale Rechtfertigung der Kündigung zu rügen, wenn er deren Unwirksamkeit nur innerhalb der Dreiwochenfrist aus anderen Gründen geltend gemacht hat; damit könnte die h. M. aber nicht helfen. Die Klage auf Feststellung, daß das Arbeitsverhältnis aufgrund der ordentlichen Kündigung nicht beendet sei, wäre ja definitionsgemäß nicht erhoben. Wenn sich die h. M. hier gleichwohl auf § 6 Satz 1 KSchG stützt und die Unwirksamkeitsgründe des § 1 Abs. 2, Abs. 3 KSchG durch das Gericht überprüfen läßt⁶¹, so hat sie sich, ohne es zu bemerken, von der Idee zweier Streitgegenstände bereits losgesagt. Wäre sie konsequent, so müßte sie sich, um den Arbeitnehmer des Kündigungsschutzes nicht weitgehend zu berauben, zu einer analogen Anwendung des § 6 Satz 1 KSchG durchringen – eine Frage, die man unter diesem Aspekt kaum erörtert⁶².

c) Arges Kopfzerbrechen bereitet der h. M. seit langem der Fall, in dem die Umdeutung im Prozeß gar nicht behandelt wird. Umfaßt die Auflösung des Arbeitsverhältnisses auf-

grund der außerordentlichen und der ordentlichen Kündigung zwei Streitgegenstände, so scheint der Arbeitgeber auch dann, wenn rechtskräftig feststeht, daß das Arbeitsverhältnis durch die außerordentliche Kündigung nicht beendet ist, eine zweite Verteidigungslinie aufbauen zu können. Er verweist in der anschließenden Klage des Arbeitnehmers auf den rückständigen Lohn nur darauf, die Kündigung sei in eine fristgemäße umzudeuten. Ist das KSchG anzuwenden, müßte er aufgrund dieser Behauptung sogar stets obsiegen⁶³. Die Frist des § 4 Satz 1 KSchG ist verstrichen, die Möglichkeit des § 6 KSchG versperrt, da sie voraussetzt, daß der erste Prozeß noch rechtskräftig ist: § 6 Satz 1 KSchG ist nach einer rechtskräftigen Entscheidung keinesfalls mehr heranzuziehen⁶⁴. Wer dies hinnehmen will⁶⁵, vernachlässigt die Interessen des Arbeitneh-

vor § 620, 340; Hueck, § 4, 48; *Herschell/Löwisch*, § 4, 51; *KR-Friedrich*, § 4 KSchG, 225; *KR-Wolf*, Grundsätze, 597; *Corts*, *BiStSozArbR* 1982 S. 5; *Schwerdtner*, *NZA* 1987 S. 264; *Popp*, *BB* 1988 S. 1180.

51 Vgl. nur die Darstellung bei Hueck, § 4, 49.

52 *BAG*, *NZA* 1987 S. 273, 274; *MünchKomm-Schwerdtner*, vor § 620, 340; Hueck, § 4, 49.

53 *BAG*, *NZA* 1987 S. 273, 274; *AP Nr. 17* zu § 3 KSchG unter II 3 = *BB* 1959 S. 707; Hueck, § 4, 49.

54 Zuletzt etwa *Güntner*, *AuR* 1974 S. 108 ff., 111; weitere Nachw. bei Hueck, § 4, 48.

55 *BAG*, *NJW* 1988 S. 2691, 2692 f. = *BB* 1988 S. 1533; *AP Nr. 50* zu § 256 ZPO unter II 1 a = *BB* 1979 S. 1715; Hueck, § 4, 50; *Herschell/Löwisch*, § 4, 52; enger *MünchKomm-Schwerdtner*, vor § 620, 340.

56 *BAG*, *AP Nr. 2* zu § 615 BGB Böswilligkeit unter 3 c = *BB* 1965 S. 1070; *AP Nr. 12* zu § 11 KSchG unter I = *BB* 1968 S. 1201; ebenso *Staudinger/Neumann*, vor § 620, 94; *Herschell/Löwisch*, § 13, 33 (anders *ders.*, § 4, 53; § 13, 25 f. für die eventuell erklärte ordentliche Kündigung); *Trieschmann*, *BB* 1955 S. 839.

57 *BAG*, *AP Nr. 3* zu § 13 KSchG 1969 unter I 2 = *BB* 1975 S. 137; *AP Nr. 50* zu § 256 ZPO unter II 1 a = *BB* 1979 S. 1715; *KR-Wolf*, Grundsätze, 333 ff.; *KR-Friedrich*, § 4 KSchG, 229 i. V. m. 231; *KR-Hillebrecht*, § 626 BGB, 293; *Stahlhacke*, *Rdn.* 267; *Corts*, *BiStSozArbR* 1982 S. 5, 6; *Habscheid*, *Anm.* zu *BAG*, *AP Nr. 17* zu § 3 KSchG unter 2; *Vollkommer*, *Anm.* zu *BAG*, *AP Nr. 3* zu § 13 KSchG 1969 unter III 1; *Leipold*, *Anm.* zu *BAG*, *AP Nr. 50* zu § 256 ZPO unter 1; wohl auch *BAG*, *AP Nr. 17* zu § 3 KSchG unter II 3 = *BB* 1959 S. 707; *AP Nr. 18*, a.a.O. unter A 3 b = *BB* 1959 S. 634; *AP Nr. 38*, a.a.O. unter III = *BB* 1971 S. 399; *NZA* 1987 S. 273; ebenso für die eventuelle ordentliche Kündigung *BAG*, *AP Nr. 9* zu § 313 ZPO unter III 1 = *BB* 1977 S. 948; *Herschell/Löwisch*, § 4, 53; *KR-Wolf*, Grundsätze, 597.

58 Vgl. die Nachw. in Fn. 50.

59 Vgl. die Nachw. in Fn. 47 und 48.

60 Vgl. die Nachw. in Fn. 5.

61 Für den Fall der Umdeutung *BAG*, *NJW* 1988 S. 581, 582 = *BB* 1988 S. 568, soweit sich nicht der Kläger mit der ordentlichen Kündigung einverstanden erklärt hat; *AP Nr. 3* zu § 5 KSchG unter 3 = *BB* 1963 S. 394; *Herschell/Löwisch*, § 6, 3; *KR-Friedrich*, § 6 KSchG, 17; *Schaub*, S. 950; *Vollkommer*, *Anm.* zu *BAG*, *AP Nr. 3* zu § 13 KSchG 1969 unter III 3; *Corts*, *BiStSozArbR* 1982 S. 6; *Trieschmann*, *BB* 1955 S. 839 (vom Standpunkt eines einzigen Streitgegenstandes aus). Ebenso für den Fall der eventuell erklärten ordentlichen Kündigung, auch wenn der Arbeitnehmer nur die außerordentliche Kündigung angreift, z. B. *BAG*, *AP Nr. 38* zu § 3 KSchG unter III = *BB* 1971 S. 399; *KR-Friedrich*, § 4 KSchG, 236; *ders.*, § 6 KSchG, 17.

62 Angedeutet immerhin bei *BAG*, *NJW* 1988 S. 581, 582 = *BB* 1988 S. 563 und *AP Nr. 3* zu § 5 KSchG unter 3 = *BB* 1963 S. 394. Bei § 6 KSchG handelt es sich nicht um den Fall einer objektiven Klagehäufung, sondern um eine mehrfache Begründung desselben Anspruchs; vgl. nur Hueck, § 6, 5 a.

63 Vgl. *KR-Wolf*, Grundsätze, 334; ferner *KR-Hillebrecht*, § 626 BGB, 295 für den Fall, daß die ordentliche Kündigung im Prozeß versehentlich nicht behandelt wurde.

64 Vgl. nur Hueck, § 6, 5; *Herschell/Löwisch*, § 6, 10; *Schaub*, S. 950, die alle betonen, das Verfahren müsse noch anhängig sein.

65 So *Vollkommer*, *Anm.* zu *BAG*, *AP Nr. 3* zu § 13 KSchG 1969 unter III 3 (zustimmend *Stahlhacke*, *Rdn.* 267 mit Fn. 297, soweit das KSchG nicht gelte). Die von ihm angebotenen Auswege sind schwer gangbar. Einer nachträglichen Zulassung der Klage nach § 5 Abs. 1 KSchG steht oft genug § 5 Abs. 3 Satz 2 KSchG entgegen. § 6 Satz 1 KSchG setzt voraus, daß zumindest die Lohnklage erhoben wurde. Daß *Vollkommer* nachgewiesen hat, wie sich die h. M. mit ihrer prozessualen Lösung (dazu sogleich im Text mit Fn. 66 f.) in Widersprüche zum eigenen Streitgegenstandsbegriff verstrickt (*Hueck*, § 13, 31), ist richtig, zeigt aber nur die Untauglichkeit des engen Begriffs. – Das ist natürlich anders, wenn der Kläger eine auf die Wirksamkeit nur der außerordentlichen Kündigung beschränkte Teilklage erhoben hat; vgl. dazu Fn. 70.

mers: Er hätte das Risiko zu tragen, daß sich das Gericht nicht mit der ordentlichen Kündigung beschäftigt hat; dieses seinerseits hatte angesichts der Tatsache, daß der Streitgegenstand auf die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung beschränkt ist, keinen Anlaß zu umfassenderer Prüfung gehabt. So entscheidet denn auch die ganz h. M. entgegengesetzt. Wenn das BAG aber dem Arbeitgeber die Rechtskraft des ersten Prozesses entgegenhält⁶⁶, so verläßt es erneut die eigene Prämisse zweier getrennter Streitgegenstände. Um sie zu retten, bemüht man eine meist nicht näher definierte Präklusionswirkung des ersten Urteils⁶⁷, ohne die Brücke zwischen den beiden Streitgegenständen schlagen zu können. Ist rechtskräftig nur der Prozeß über die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung abgeschlossen, so ist dem Arbeitgeber nach den üblichen Regeln der Präklusion⁶⁸ gerade nicht verwehrt, weiterhin die Auflösung des Arbeitsverhältnisses aufgrund der ordentlichen Kündigung vorzutragen. Die Wirksamkeit der Kündigung als ordentliche ist ja gerade nicht rechtskräftig entschieden. Was bleibt, ist der Rekurs auf Treu und Glauben⁶⁹; der Arbeitgeber dürfe im zweiten Prozeß nicht mehr die Umdeutung geltend machen.

3. Die These der zwei getrennten Streitgegenstände löst die Probleme also keineswegs glatt; letztendlich kommt sie ohne eine Korrektur mit Hilfe von § 242 BGB nicht aus. Es liegt daher nahe, die Prämisse aufzugeben und die **Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund der Kündigung als einen Streitgegenstand zu definieren**.

a) Der Wortlaut des § 4 Satz 1 KSchG macht keine Schwierigkeiten. Er spricht einzig von der Klage auf Feststellung, das Arbeitsverhältnis sei durch die Kündigung nicht aufgelöst. Von einem Termin, an dem der Vertrag auslaufen solle, ist dagegen nicht die Rede.

b) Die richtige Antwort ist vorgezeichnet durch die Reintegration der Umdeutung in die Auslegungslehre. Die Erklärung des Arbeitgebers, er wolle das Arbeitsverhältnis beenden, wird insgesamt auf ihre Wirksamkeit hin überprüft – einerlei auf welchen Zeitpunkt sie bezogen ist. Damit kann man zum einen auf die Berufung des Arbeitgebers, die Kündigung sei umzudeuten, verzichten. Zum anderen ist man der Schwierigkeiten enthoben, mit denen sich die h. M. bei § 6 Satz 1 KSchG herumplagt. Der Wortlaut paßt nunmehr nahtlos. Der Arbeitnehmer, der die außerordentliche Kündigung angegriffen hat, kann nachträglich noch vorbringen, die Erklärung habe, auch als ordentliche Kündigung verstanden, das Arbeitsverhältnis nicht beendet, da sie sozial ungerechtfertigt gewesen sei. Und schließlich bedarf es keiner der ZPO ansonsten unbekanntesten Erstreckung der Rechtskraft des ersten Urteils auf einen anderen Streitgegenstand, um zu erklären, warum der Arbeitgeber sich im zweiten Prozeß nicht auf die Kündigung als Grund zum Auslaufen des Vertrages stützen darf. Weder ist eine rückwirkende Heilung nach § 7 KSchG durch Ablauf der Klagefrist zu befürchten, noch kann der Arbeitgeber die Rechtskraft überspielen. Die Kündigung hat das Arbeitsverhältnis nicht beendet. Dem Arbeitgeber geschieht mit dieser Lösung kein Unrecht; die Rechtskraft steht – gemäß den üblichen Regeln – einer erneuten Kontrolle im Wege. Man kehrt auch keineswegs zum Topos zurück, der Arbeitgeber müsse sich auf die Umdeutung berufen; das Gericht hat vielmehr von sich aus die Frage zu behandeln.

c) Es ist eine bare Selbstverständlichkeit, daß der Kläger den Umfang des Antrags bestimmt, den Streitgegenstand also begrenzen kann⁷⁰. Die Klage gegen die außerordentliche Kündigung beinhaltet regelmäßig jedoch keine derartige Beschränkung⁷¹, mit der nur eine Teilklage erhoben würde. Denn die ordentliche Kündigung würde das Arbeitsverhältnis zu einem späteren Zeitpunkt beenden. Daß er sich hiergegen nicht wehren will, kann dem Arbeitnehmer regelmäßig um so weniger unterstellt werden, als eine Klage gegen die ordentliche Kündigung nach §§ 4, 7 KSchG verfristet sein könnte. Nur wenn er nach einem Hinweis des Gerichts seinen Antrag

beharrlich begrenzt oder gar ausdrücklich die Kündigung als fristgemäße akzeptiert⁷², hat sich das Urteil allein mit der außerordentlichen Kündigung zu befassen. Daran kann der Arbeitnehmer vor allem dann ein Interesse haben, wenn er selbst die ordentliche Kündigung für wirksam hält, eine partielle Abweisung der Klage aber vermeiden will.

IV. Die Umdeutung in der Berufungsinstanz

Die Überlegungen, wie der Inhalt der Kündigungserklärung zu ermitteln sei, haben bereits gezeigt, daß aus der Rechtsnatur der Umdeutung, wie immer man sie auch fassen mag, nichts für die Frage folgt, ob sich die Berufungsinstanz erstmals mit ihr beschäftigen darf⁷³; es geht hier um ein ausschließlich im Prozeßrecht verankertes Problem.

1. Schwierigkeiten rühren namentlich von § 6 Satz 1 KSchG her, der die Rüge der fehlenden sozialen Rechtfertigung auf die erste Instanz beschränkt. Ist sie dort versäumt worden, so scheint eine Kontrolle der Kündigung anhand von § 1 Abs. 2, Abs. 3 KSchG auszuschneiden, was den Arbeitnehmer indes empfindlich treffen würde. Dem hat man abzuwehren versucht durch das **Verbot der Umdeutung während der zweiten Instanz**⁷⁴.

2. Der Vorschlag **vernachlässigt** aber auf der einen Seite das **Interesse der Parteien an einer umfassenden Untersuchung**, er löst auf der anderen ohnehin nur einen Teilbereich der Probleme.

66 Vgl. etwa BAG, AP Nr. 2 zu § 615 BGB Böswilligkeit unter 3 = BB 1965 S. 1070; AP Nr. 12 zu § 11 KSchG unter I = BB 1970 S. 754; *Auffarth/Müller*, Kündigungsschutzgesetz, 1960, § 11, 19; *Güntner*, DB 1975 S. 1269; ähnlich BAG, AP Nr. 3 zu § 4 KSchG 1969 unter 2 b = BB 1977 S. 599; NZA 1987 S. 273, 274 für die Frage, ob der Arbeitgeber nach verlorenem Kündigungsschutzstreit in der Lohnklage geltend machen könne, es habe kein Arbeitsverhältnis (mehr) bestanden; ferner von seinem Standpunkt (vgl. Fn. 56) zu Recht *Staudinger/Neumann*, vor § 620, 94.

67 BAG, AP Nr. 3 zu § 13 KSchG 1969 unter I 3 a = BB 1975 S. 137 unter Berufung auf BAG, AP Nr. 17 zu § 3 KSchG unter III 2, 3 = BB 1959 S. 707; KR-Friedrich, § 4 KSchG, 266; KR-Hillebrecht, § 626 BGB, 290; *Herschell/Steinmann*, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 5. Aufl. 1961 § 11, 7 b; *Stahlhacke*, Rdn. 584; *Güntner*, RdA 1953 S. 375; *Schmidt*, DB 1967 S. 511; wohl auch *Maus*, § 13, 33.

68 Soweit die Rechtskraft reicht, ist die Partei mit ihrem Vorbringen präkludiert; vgl. statt aller *Rosenberg/Schwab*, Zivilprozeßrecht, 14. Aufl. 1986, S. 988 f.; speziell zur Präklusionswirkung im Rahmen des § 4 Satz 1 KSchG KR-Wolf, Grundsätze, 332; *Corts*, BIStSozArbR 1982 S. 5; *Herschell*, AR-Blattei Kündigungsschutz [D] Anm. zu Entscheidungen 150; *Habscheid*, Anm. zu BAG, AP Nr. 17 zu § 3 KSchG Nr. 17 unter 2. Diese Autoren lehnen zwar die BAG-Entscheidungen von ihrer Begründung her ab, wissen aber kein überzeugendes Mittel, den Arbeitnehmer zu schützen.

69 *Hueck*, § 13, 31; ähnlich KR-Wolf, Grundsätze, 332 (Verwirkung); *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band I, 7. Aufl. 1963, S. 674 (Verwirkung); nicht eindeutig ist die dogmatische Einordnung bei *Schaub*, S. 950.

70 Vgl. statt aller BAG, AP Nr. 50 zu § 256 ZPO unter II 1 a = BB 1979 S. 1715; KR-Hillebrecht, § 626 BGB, 293; *Stahlhacke*, Rdn. 370 mit Fn. 391; *Vollkommer*, Anm. zu BAG, AP Nr. 3 zu § 13 KSchG 1969 unter III 1 b. Daraus erklärt sich BAG, AP Nr. 50 zu § 256 ZPO unter II 1 b = BB 1979 S. 1715. Der Kläger hatte dort die ordentliche Kündigung akzeptiert und sich ausdrücklich nur gegen die fristlose Kündigung entschieden werden, weswegen es dem Arbeitgeber möglich war, im folgenden Prozeß auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch die ordentliche Kündigung zu verweisen.

71 So BAG, NJW 1988 S. 581, 582 = BB 1988 S. 568; wohl auch BAG, AP Nr. 1 zu § 5 KSchG mit zustimmender Anm. von *Herschell* = BB 1956 S. 891; *LAG Frankfurt*, AP Nr. 1 zu BeamStG Hessen Blatt 3; *Auffarth/Müller*, § 11, 17; a. A. KR-Wolf, Grundsätze, 333; *Corts*, BIStSozArbR 1982 S. 6.

72 So die Fallgestaltung in BAG, NJW 1988 S. 581, 582 = BB 1988 S. 568.

73 Vgl. oben I 1 d, 2.

74 So z. B. *LAG Rheinland-Pfalz*, NZA 1985 S. 290, 291; *Hueck*, § 13, 33; a. A. BAG, AP Nr. 87 zu § 626 BGB unter II 3 b = BB 1985 S. 1917; *MünchKomm-Schwerdtner*, vor § 620, 131; *Herschell/Löwisch*, § 13, 32; KR-Wolf, Grundsätze, 332; *Auffarth/Müller*, § 11, 18; *Stahlhacke*, Rdn. 268; *Güntner*, RdA 1953 S. 376; *ders.*, DB 1975 S. 1269; *Trieschmann*, BB 1955 S. 839.

matik des § 6 Satz 1 KSchG, die auf seiner mißglückten Konzeption beruht. Sie zu korrigieren, bedarf es jedenfalls eines umfassenderen Ansatzes.

a) Die Inhaltsermittlung einer Willenserklärung wird bereits in der Berufungsinstanz beschränkt und so ein Fremdkörper in den Zivilprozeß eingeschleust. Darüber hinaus riskiert man schwer begründbare Unterschiede: Hat sich das Gericht der ersten Instanz von der Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung überzeugt und es angesichts der vermeintlichen Evidenz des Ergebnisses für entbehrlich gehalten, die ordentliche Kündigung zu überprüfen, so wäre auch dem Berufungsgericht die Untersuchung versperrt. Umgekehrt läge es, wenn das Arbeitsgericht mehr Skrupel gehabt und sich – trotz Annahme eines wichtigen Grundes – zumindest hilfsweise mit der ordentlichen Kündigung beschäftigt hätte.

b) Die Problematik ist indes grundlegenderer Natur. Dies ist nämlich keineswegs der einzige Fall, in dem § 6 Satz 1 KSchG Unzuträglichkeiten mit sich bringt. So mag das Arbeitsgericht den in § 6 Satz 2 KSchG vorgesehenen Hinweis deswegen nicht gegeben haben, weil es glaubte, die Klage dringe schon aus anderen Gründen durch – etwa wegen § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG. Ist das Berufungsgericht hier anderer Auffassung, stellt sich die Frage in exakt derselben Weise wie bei der Umdeutung. Die Fehleinschätzung des Gerichts erster Instanz darf nach heute ganz h. M. nicht eine Partei belasten; es liegt ein Mangel im Verfahren vor⁷⁵. Wie auf ihn zu reagieren ist, ob entgegen § 6 Satz 1 KSchG das Berufungsgericht sich erstmalig mit § 1 KSchG abzugeben hat oder aber entgegen § 68 ArbGG zurückverweisen darf, ist strittig; die h. M. hat sich bekanntlich der letztgenannten Ansicht angeschlossen⁷⁶.

Ob ihr zu folgen ist, braucht nicht entschieden zu werden. Da sich das Problem als solches ohnehin stellt, ist es unnötig, für die Umdeutung eine spezifische Lösung zu suchen.

Zusammenfassung

1. Eine außerordentliche Kündigung läßt regelmäßig den Willen des Arbeitgebers erkennen, das Arbeitsverhältnis auf jeden Fall nach Ablauf der Kündigungsfrist für eine ordentliche Kündigung zu beenden. Diesem Willen kann durch Auslegung der Kündigungserklärung Rechnung getragen werden. Selbst wenn man auf einer Lösung im Wege der Umdeutung beharrt, so bedarf es keineswegs der Berufung des Arbeitgebers auf die Umdeutung.
2. Der Betriebsrat muß zur ordentlichen Kündigung angehört werden; fehlt es daran, ist die Kündigung als fristgemäße nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam.
3. Streitgegenstand der Kündigungsschutzklage ist die Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch die angegriffene Kündigungserklärung – einerlei zu welchem Termin sie wirken soll.
4. Das Berufungsgericht hat sich auch dann mit der Umdeutung zu befassen, wenn dies in der ersten Instanz versäumt wurde; § 6 KSchG steht dem nicht entgegen.

⁷⁵ Vgl. statt aller BAG, AP Nr. 3 zu § 5 KSchG unter 5 = BB 1963 S. 394; Hueck, § 6, 7 m. w. N. auch zur Gegenmeinung; Herschell/Löwisch, § 6, 11; KR-Friedrich, § 6 KSchG, 33; Schaub, S. 937 f. jeweils m. w. N.

⁷⁶ Vgl. statt aller BAG, AP Nr. 3 zu § 5 KSchG Nr. 3 unter 5 = BB 1963 S. 394; Hueck, § 6, 7 m. w. N. auch zur Gegenansicht; Herschell/Löwisch, § 6, 11; KR-Friedrich, § 6 KSchG, 38; Schaub, S. 937 f.; Grunsky, Arbeitsgerichtsgesetz, 5. Aufl. 1987, § 68, 7 jeweils m. w. N.

Kollektivarbeitsrecht

40 Jahre Tarifvertragsgesetz

Von Manfred Glombik, Hildesheim

Im Alten Testament hat die Zahl 40 symbolische Bedeutung gehabt: 40 Tage ergoß sich die Sintflut, verbrachte Moses in der Wüste. Im übrigen: 40 Wochen währt die Schwangerschaft, mit 40 Jahren würden, heißt es, die Schwaben gescheit, und das 40. Lebensjahr muß der Kandidat für das Amt des Bundespräsidenten vollendet haben. Die Zahl 40 gehört 1989 zu den Jubiläumzahlen in der Bundesrepublik Deutschland. Am 9. April 1949 wurde das Tarifvertragsgesetz als Gesetz des „Vereinigten Wirtschaftsgebietes“ erlassen und am 22. April 1949 (WIGl. S. 55) verkündet. Es trat damit in Kraft.

Vorarbeiten für das Grundgesetz

Tarifverträge sind heute das zentrale Instrument kollektivrechtlicher Gestaltung der Arbeitsverhältnisse. Nahezu 90 Prozent aller Arbeitsverhältnisse von Arbeitern und Angestellten werden von tarifvertraglichen Regelungen erfaßt. Um die Anerkennung der Tarifautonomie ist lange gerungen worden. Ein wesentliches Ergebnis des Umsturzes von 1918 war die rechtliche Anerkennung der Tarifverträge durch die Tarifvertragsverordnung vom 23. Dezember 1918, die vor allem die Unabdingbarkeit der Tarifnormen festsetzte. Sie fanden ihre verfassungsrechtliche Absicherung in der Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919 (Art. 159 und 165).

Nach dem 2. Weltkrieg konnten in Deutschland auf Grund einer Kontrollratsdirektive bereits ab 1946 wieder Tarifverträge geschlossen werden. Der Deutsche Gewerkschaftsbund in der Britischen Zone hatte in seinem offiziellen Organ „Der Bund“ am 28. September 1948 Forderungen nach Einführung sozialer Grundrechte und nach Kodifizierung sozialer Lebens-

ordnungen erhoben. Gleichzeitig leitete er dem Parlamentarischen Rat einen umfassenden Forderungskatalog aus 38 Einzelpunkten zum Bereich „Arbeit und Wirtschaft“ zu. Dieser reichte von Forderungen nach einem einheitlichen Arbeitsrecht, nach Koalitionsfreiheit und Garantie des Streikrechts bis hin zur Mitbestimmung. Hans Böckler schrieb für den Gewerkschaftsrat der vereinten Zonen Ende Oktober 1948 an Konrad Adenauer, den Präsidenten des Parlamentarischen Rates:

„Besonders wichtig ist für die Gewerkschaften die Formulierung des Koalitionsrechts. Die Koalitionsfreiheit (Vereinigungsfreiheit) muß in einer eigenen Bestimmung des Grundgesetzes verankert werden und darf ebenso wie in der Weimarer Verfassung mit der allgemeinen Vereinsfreiheit nicht in einer Bestimmung zusammengefaßt werden . . . Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich folgende von uns vorgeschlagene Fassung: Das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeit und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, ist für jedermann und für alle Berufe gewährleistet. Alle Maßnahmen und Abreden, die diese Freiheit einschränken oder zu verhindern suchen, sind rechtswidrig . . .“

Der gesetzgeberischen Arbeit lag ein von der SPD am 10. September 1948 eingebrachter Gewerkschaftsentwurf zugrunde, der die maßgebenden Prinzipien der Tarifvertragsverordnung von 1918 übernahm, den Rahmen dessen, was tarifvertraglich geregelt werden sollte, aber beträchtlich ausweitete und im übrigen darauf bedacht war, Verhaltensweisen der Arbeitgeber und Auslegungen der Arbeitsgerichte, die der historischen Logik des Tarifrechts eigentlich widersprachen und über die die Gewerkschaften in Weimar dennoch zu klagen hatten, durch präzisierende Formulierungen nach Kräften vorzubeugen. Der Entwurf stieß im Wirtschaftsrat auf weitgehende Zustimmung und wurde schon zwei Monate später mit geringfügigen Änderungen einstimmig angenommen.