

Projekt: **VWA**
Thema: **WS 2004/05**

Empfänger:
Absender: **Dittmar Nagel**

Anlage-Datum: **15.02.2005**
Status-Datum: **15.02.2005**

Strick: Personalrecht II (Individualarbeitsrecht), #23

Umdeutung

14.02.2005

-----Ursprüngliche Nachricht-----,

Von: "Dittmar.Nagel.WOPSA" <dittmar.nagel@wopsa.de>

An: <k.strick@uni-koeln.de>

Gesendet: Montag, 14. Februar 2005 22:31

Betreff: Ergänzungsvorlesung 11.2.2005

> Guten Abend Frau Dr. Strick,

>

> gerade habe ich die Notizen der Ergänzungsvorlesung vom letzten Freitag in Sachen Individualarbeitsrecht abgetippt.

>

> An dieser Stelle nochmals vielen Dank für Ihr Engagement und die Zeit, die Sie geopfert haben.

>

> Ich habe meine Fragen nochmal überprüft, die sich mir nach der letzten regulären Vorlesung stellten (ich hatte vor dem Vorlesungsgebäude wartend berichtet) und wäre froh, wenn ich sie Ihnen kurz nennen dürfte.

>

> 1. Gericht versagt eine außerordentliche Kdg. wg. Diebstahls und wandelt sie in eine ordentliche um; dieses

> Verfahren, eine "arge Willenserklärung" in eine schwächere umzudeuten, folgt § 144 BGB

> => Ich kann dieses Verfahren im Gesetz nicht nachvollziehen; gibt es weitere Grundlagen im Gesetz?

>

> 2. Nach § 616 II BGB werden kurzzeitige Ausfallzeiten vom AG getragen (Heirat, Beerdigung, ...)

> => Müssen (hälftige) Sozialkosten und Unfallversicherung ebenfalls vom AG getragen werden?

>

> Anbei finden Sie auch eine Grafik aus der ZEIT vor, die ich ganz spannend finde und eigtl. ebenfalls bei unserem Treffen am Freitag kurz erwähnen wollte: trotz aller Arbeitslosigkeit werde die meisten Arbeitsverhältnisse noch immer durch Kündigung durch den AN beendet.

>

> Eine gute Zeit wünscht,

>

> Dittmar Nagel

>

Sehr geehrter Herr Nagel,

Ihre Fragen lassen sich schnell beantworten.

Die zweite Frage mit: ja.

Für die erste Frage: Außer § 140 (nicht: 144) BGB gibt das Gesetz keinen weiteren Anhaltspunkt. Wenn Sie interessiert, wie das BAG mit der Umdeutung verfährt, können Sie die Nr. 19 - 25 in der anhängenden Entscheidung nachlesen.

Mit freundlichen Grüßen

BUNDESARBEITSGERICHT Urteil vom 15.11.2001, 2 AZR 310/00

Umdeutung einer unwirksamen außerordentlichen Kündigungserklärung

Leitsätze

1. Eine unwirksame außerordentliche Kündigung kann nach § 140 BGB in eine ordentliche Kündigung umgedeutet werden, wenn dies dem mutmaßlichen Willen des Kündigenden entspricht und dieser Wille dem Kündigungsempfänger im Zeitpunkt des Kündigungszugangs erkennbar ist.
2. Findet auf ein Arbeitsverhältnis das KSchG - noch - keine Anwendung, ist regelmäßig davon auszugehen, daß bei Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung der Arbeitgeber eine Beendigung zum nächst zulässigen Termin gewollt hat.
3. Die Gerichte für Arbeitsachen müssen von sich aus prüfen, ob auf Grund der feststehenden Tatsachen eine Umdeutung der außerordentlichen Kündigungserklärung in Betracht kommt.

Tenor

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Sachsen-Anhalt vom 25. Januar 2000 - 8 Sa 354/99 - wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses.

Der Kläger war seit dem 12. Oktober 1998 beim Beklagten als Maurermeister beschäftigt. Im schriftlichen Arbeitsvertrag vom 12. Oktober 1998 ist die Anwendung des "Manteltarifvertrages für das Bauhauptgewerbe in der jetzt gültigen bzw. aktuellen Fassung" vereinbart worden.

Mit Schreiben vom 29. Oktober 1998, dem Kläger am 14. November 1998 zugegangen, kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis des Klägers. Das Kündigungsschreiben hat folgenden Wortlaut:

"Werter Herr P.!

Hiermit sehe ich mich aus der derzeitigen Auftragslage gezwungen, Ihr Arbeitsverhältnis mit der o.g. Firma aufzukündigen (Arbeitsvertrag vom 12.10.98).

Dies geschieht fristlos, da wir vor Vertragsende sämtliche Aufträge verloren haben. Dies betrifft die Verträge zwischen Betonstahl Leipzig und oben genannter Firma.

Ich wünsche Ihnen in Ihren weiteren Berufsleben trotzdem viel Erfolg.

Torsten H."

Der Kläger hat sich mit seiner am 23. November 1998 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage gegen die Kündigung gewandt und die Fortsetzung seines Arbeitsverhältnisses und Zahlung begehrt. Im Güetermin vom 2. März 1999 hat er gegen den säumigen Beklagten den Erlaß eines Versäumnisurteils beantragt.

Er hat die Auffassung vertreten, die fristlose Kündigung könne nicht in eine ordentliche Kündigung umgedeutet werden. Es fehle eine entsprechende ausdrückliche Erklärung des säumigen Beklagten. Eine Umdeutung von Amts wegen dürfe nicht erfolgen. Der Arbeitgeber habe bei einer ordentlichen Kündigung ggf. auch dann soziale Gesichtspunkte und andere materiell-rechtliche Hindernisse, wie beispielsweise einen möglichen Kündigungsausschluß nach § 12 Ziff. 2 BRTV-Bau, zu beachten, wenn das Kündigungsschutzgesetz nicht anwendbar sei. Er bestreite im übrigen den Verlust sämtlicher Aufträge.

Der Kläger hat zuletzt noch beantragt festzustellen, daß die Kündigung des Beklagten vom 29. Oktober 1998, ihm zugegangen am 14. November 1998, rechtsunwirksam ist und das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien zu den bisherigen Arbeitsbedingungen unverändert fortbesteht.

Das Arbeitsgericht hat mit dem am 1. April 1999 verkündeten Teilversäumnisurteil ua. festgestellt, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung des Beklagten vom 29. Oktober 1998 mit Ablauf des 21. November 1998 geendet hat. Mit Schlußurteil vom gleichen Tage hat es die Klage im übrigen abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers gegen den auch in der Berufungsinstanz säumigen Beklagten durch unechtes Versäumnisurteil zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Revision erstrebt der Kläger die begehrte umfassende Feststellung. Er hat gegen den in der Verhandlung vor dem Senat trotz ordnungsgemäßer Ladung erneut nicht erschienenen Beklagten den Erlaß eines Versäumnisurteils begehrt.

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers war durch streitiges Endurteil zurückzuweisen, weil sie unbegründet ist.

Dem Antrag des Klägers auf Erlaß eines Versäumnisurteils war nicht zu entsprechen. Nach § 72 Abs. 5 ArbGG iVm. § 557, § 331 Abs. 2 ZPO kann ein Versäumnisurteil gegen den abwesenden Revisionsbeklagten nicht ergehen, wenn die Revision unbegründet ist (BAG 10. April 1991 - 5 AZR 226/90 - AP BBiG § 10 Nr. 3; BGH 10. Februar 1993 - XII ZR 239/91 - NJW 1993, 1788; Thomas/Putzo ZPO 23. Aufl. § 577 Rn. 5).

A. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Kündigung des Beklagten vom 29. Oktober 1998 habe das Arbeitsverhältnis der Parteien zum 21. November 1998 beendet. Die fristlose Kündigung sei auf Grundlage des Tatsachenvorbringens des Klägers gemäß § 140 BGB in eine ordentliche Kündigung umzudeuten. Es sei anzunehmen, der Beklagte habe bei Kenntnis von der Nichtigkeit seiner "fristlosen" Kündigung ihre Geltung als ordentliche Kündigung gewollt. Die Umdeutung bedürfe keiner "Umdeutungseinwendung" des Beklagten. Sie sei "von Amts wegen" vorzunehmen, wenn die entscheidungserheblichen Tatsachen für eine Umdeutung vorlägen. Da der Kläger die notwendigen Tatsachen für eine Umdeutung selbst vorgetragen habe, sei unter Beachtung der tarifvertraglichen Kündigungsfrist des § 12 Ziff. 1 BRTV-Bau das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien wirksam durch ordentliche Kündigung beendet worden.

B. Dem folgt der Senat im Ergebnis und weitgehend auch in der Begründung.

I. Das Landesarbeitsgericht ist mit Recht davon ausgegangen, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien auf Grund der Kündigungserklärung des Beklagten vom 29. Oktober 1998 wirksam mit Ablauf der tarifvertraglichen Kündigungsfrist beendet worden ist. Ihr Arbeitsverhältnis besteht nicht über den 21. November 1998 hinaus fort. Die unwirksame "fristlose" Kündigung vom 29. Oktober 1998 war in eine ordentliche Kündigung zum 21. November 1998 gemäß § 140 BGB umzudeuten. Zu Unrecht rügt der Kläger mit seiner Revision eine Verletzung des § 140 BGB.

Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß eine nach § 626 Abs. 1 BGB unwirksame außerordentliche Kündigung jederzeit in eine mögliche und wirksame ordentliche Kündigung umgedeutet werden kann (BAG 18. September 1975 - 2 AZR 311/74 - BAGE 27, 263; 7. Dezember 1979 - 7 AZR 1063/77 - AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 2 = EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 42; 13. August 1987 - 2 AZR 599/86 - AP KSchG 1969 § 6 Nr. 3 = EzA BGB § 140 Nr. 12). Seit der Neufassung des KSchG vom 25. August 1969 (BGBl. I S 1311) spricht keine Vermutung mehr gegen eine Umdeutung einer unwirksamen außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche Kündigung (BAG 13. August 1987 aaO). Die Voraussetzungen für eine Umdeutung richten sich nur nach § 140 BGB. Die Umdeutung einer außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche Kündigung setzt hiernach voraus, daß eine ordentliche Kündigung dem mutmaßlichen Willen des Kündigenden entspricht und daß dieser Wille dem Kündigungsempfänger im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung erkennbar geworden ist (BAG 13. August 1987 aaO; 31. März 1993 - 2 AZR 492/92 - BAGE 73, 42; KR-Friedrich 6. Aufl. § 13 KSchG Rn. 76; Schaub Arbeitsrechts-Handbuch 9. Aufl. § 123 Rn. 163).

a) Die Regelung des § 140 BGB dient der Durchsetzung des mutmaßlichen Willens der Parteien (Palandt/Heinrichs BGB 61. Aufl. § 140 Rn. 1; RGRK/Krüger-Nieland/Zöllner 12. Aufl. § 140 BGB Rn. 1). Sie beruht auf dem Gedanken, daß es den am Privatrechtsverkehr teilnehmenden Rechtssubjekten weniger auf die Rechtsform ihres Rechtsgeschäfts als auf dessen wirtschaftlichen Erfolg ankommt. Im Zweifel wird ihnen jedes rechtlich zulässige Mittel recht sein, das ihnen diesen Erfolg, wenn schon nicht in vollem Umfang, so doch wenigstens annähernd vermittelt (BGH 28. November 1962 - V ZR 127/61 - NJW 1963, 339, 340; 21. März 1977 - II ZR 96/75 - BGHZ 68, 204, 206; Soergel/Hefermehl BGB 13. Aufl. § 140 Rn. 1 und 8).

b) Die Umdeutung verlangt weder einen besonderen Antrag des Kündigenden (ErfK/Müller-Glöge 2. Aufl. § 626 BGB Rn. 293; KR-Friedrich aaO § 13 KSchG Rn. 83; Stahlhacke/Preis/Vossen Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis 7. Aufl. Rn. 338; RGRK/Corts 12. Aufl. § 626 BGB Rn. 242; BAG 10. Mai 1984 - 2 AZR 87/83 - RzK I 6 h Nr. 2) noch muß er sich ausdrücklich auf die Umdeutung berufen (APS-Biebl § 13 KSchG Rn. 40; Molkenbur/Krasshöfer-Pidde RdA 1989, 337, 340). Die Umdeutung ist materiell-rechtlich weder als Einwendung noch als Einrede ausgestaltet (Erman-Palm BGB 10. Aufl. § 140 Rn. 18; RGRK/Krüger-Nieland/Zöllner § 140 Rn. 3; BGH 28. November 1962 - V ZR 127/61 - aaO). Im Zivil- und Arbeitsgerichtsprozeß ist es auch nicht die Aufgabe der Parteien, rechtliche Aspekte vorzutragen. Sie haben dem Gericht lediglich die Tatsachen beizubringen, die für die rechtliche Würdigung erforderlich sind (Vollkommer Anm. zu BAG AP KSchG § 13 Nr. 3; Staudinger/Neumann BGB 13. Aufl. vor § 620 Rn. 94). Das Gericht muß von sich aus prüfen, ob auf Grund der feststehenden Tatsachen eine Umdeutung des Rechtsgeschäfts in Betracht kommt oder nicht (BAG 13. August 1987 aaO; BGH 28. November 1962 - V ZR 127/61 - aaO; ErfK/Müller-Glöge § 626 BGB Rn. 293; RGRK/Corts § 626 Rn. 242; Stahlhacke/Preis/Vossen aaO Rn. 335; Molkenbur/Krasshöfer-Pidde RdA 1989, 337, 340). Der unstrittige Tatbestand und der Sachvortrag der Parteien müssen deshalb nur genügend Tatsachen enthalten, aus denen auf den mutmaßlichen Willen des Kündigenden geschlossen werden kann. Die Subsumtion eines vorgetragenen und feststehenden Sachverhalts unter die anzuwendende Rechtsnorm hat das Gericht ohne weiteres vorzunehmen (BGH 28. November 1962 - V ZR 127/61 - aaO; APS-Biebl § 13 KSchG Rn. 40; Haubrock Kündigungskonversion im Arbeitsverhältnis Teil 1 S 272 und 275; KR-Friedrich § 13 KSchG Rn. 83; KR-Fischermeier § 626 BGB Rn. 366; Stahlhacke/Preis/Vossen aaO Rn. 335). Liegen die Voraussetzungen des § 140 BGB vor, tritt die Umdeutung kraft Gesetzes ein und bedarf keines richterlichen Gestaltungsaktes (Palandt/Heinrichs aaO § 140 Rn. 1). Deshalb ist die Terminologie, die von einer "Umdeutung von Amts wegen" spricht, unscharf und wirkt verwirrend (Haubrock aaO S 275). Die Umdeutung eines Rechtsgeschäfts ist Bestandteil der richterlichen Rechtsfindung. Nur wenn keine Tatsachen vorliegen, aus denen auf eine Umdeutung geschlossen werden kann, hat sie zu unterbleiben (APS-Biebl § 13 KSchG Rn. 40; Stahlhacke/Preis/Vossen aaO Rn. 335). Wegen des Beibringungsgrundsatzes dürfen die Arbeitsgerichte allerdings nicht die Umdeutungslage begründenden Tatsachen von Amts wegen ermitteln (KR-Friedrich § 13 Rn. 83; Stahlhacke/Preis/Vossen aaO Rn. 335).

c) Dem entspricht die Rechtsprechung des Fünften (14. August 1974 - 5 AZR 497/73 - AP KSchG 1969 § 13 Nr. 3 = EzA BGB § 615 Nr. 26), Siebten (7. Dezember 1979 - 7 AZR 1063/77 - AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 21 = EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 42) und Zweiten Senats des Bundesarbeitsgerichts.

Insbesondere der erkennende Senat ist in seiner Entscheidung vom 18. September 1975 (- 2 AZR 311/74 - AP BGB § 626 Druckkündigung Nr. 10 = EzA BGB § 626 Druckkündigung Nr. 1) davon ausgegangen, allein der Inhalt eines Kündigungsschreibens könne genug Anlaß für eine Prüfung der Umdeutung einer unwirksamen außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche Kündigung zum nächst zulässigen Termin geben. Ein ausdrückliches Berufen des beklagten Arbeitgebers auf eine Umdeutung hat der Senat nicht gefordert. Er hat vielmehr in seinem Urteil vom 10. Mai 1984 (aaO) betont, die Umdeutung einer unwirksamen außerordentlichen Kündigung in eine fristgemäße Kündigung bedürfe keines besonderen Antrags, sondern erfolge bereits bei Vorliegen entsprechender Tatsachen.

Allein entscheidend sei, ob die Umdeutung dem mutm aßlichen Willen des Kündigenden entspreche und dieser dem Arbeitnehmer im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung auch erkennbar gewesen sei. In den Fällen, in denen das KSchG nicht eingreife, sei von der tatsächlichen Vermutung auszugehen, daß ein Arbeitgeber, dessen außerordentliche Kündigung von der Rechtsordnung nicht anerkannt werde, den hypothetischen Willen zur ordentlichen Kündigung habe und dies dem Arbeitnehmer auch erkennbar ist. Der Senat hat schließlich in seiner Entscheidung vom 13. August 1987 (- 2 AZR 599/86 - AP KSchG 1969 § 6 Nr. 3 = EzA BGB § 140 Nr. 12) daran angeknüpft und ausgeführt, daß die Voraussetzungen für eine Umdeutung allein durch § 140 BGB bestimmt wurden. Bei der Anwendung dieser Norm komme es nur darauf an, ob der Kündigende Tatsachen vorgetragen habe, die darauf hindeuten, die Umdeutung entspreche seinem mutmaßlichen Willen und dieser Wille sei dem Gekündigten erkennbar geworden.

2. Das Landesarbeitsgericht konnte deshalb auf Grund des vom Kläger vorgetragenen Sach- und Streitstandes die mit Schreiben vom 29. Oktober 1998 ausgesprochene fristlose Kündigung auch ohne Vortrag des - säumigen - Beklagten in eine ordentliche Kündigung umdeuten.

a) Da das KSchG auf das Arbeitsverhältnis der Parteien noch keine Anwendung findet, ist mit der herrschenden Meinung (BAG 10. Mai 1984 aaO; APS-Biebl § 13 Rn. 37; ErfK/Ascheid 2. Aufl. § 13 KSchG Rn. 19; KR-Friedrich § 13 KSchG Rn. 79 und 86; MünchKommBGB-Schwerdtner 3. Aufl. vor § 629 Rn. 128; Schaub aaO § 123 Rn. 163; Stahlhacke/Preis/Vossen aaO Rn.338; Molkenbur/Krasshöfer-Pidde RdA 1989, 337, 342; Lepke SAE 1976, 225, 227) davon auszugehen, daß es in jedem Fall, und zwar im Zweifel zum nächst zulässigen Termin, beendet werden sollte, wenn die außerordentliche Kündigungserklärung unwirksam ist (so auch schon RAG 11. April 1934 - RAG 14/34 - RAGE 14, 8, 12). Dies entspricht sowohl dem Erklärungswert der Kündigungserklärung als auch dem mit der Kündigungserklärung vom Beklagten beabsichtigten wirtschaftlichen Erfolg. Schon nach ihrem Wortlaut verliert die "fristlose" Kündigungserklärung durch die Feststellung ihrer Unwirksamkeit nicht jegliche Bedeutung. Als noch weiter wirksamer Teil der Kündigungserklärung bleibt die Erklärung über eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses "an sich" bestehen. Das Adjektiv "fristlos" ist insoweit von dem Substantiv "Kündigung" trenn- und unterscheidbar.

b) Darüber hinaus sprechen im Entscheidungsfall auch die Formulierungen im Kündigungsschreiben vom 29. Oktober 1998 deutlich für einen unbedingten, dem Kläger erkennbaren Beendigungswillen des Beklagten. Der Beklagte hat nicht nur auf den Verlust sämtlicher Aufträge vor Vertragsende hingewiesen, sondern dem Kläger auch für sein "weiteres Berufsleben" viel Erfolg gewünscht und damit sein Interesse an einer dauerhaften Trennung klar zum Ausdruck gebracht.

c) Besondere Umstände, aus denen geschlossen werden kann, der kündigende Arbeitgeber habe ausschließlich eine außerordentliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses herbeiführen wollen und die einer Umdeutung entgegenstehen (Schaub aaO § 123 Rn. 163; KR-Friedrich § 13 KSchG Rn. 80; Molkenbur/Krasshöfer-Pidde RdA 1989, 337, 342), hat der Kläger nicht geltend gemacht.

3. Schließlich sind auch andere Gründe, die zur Unwirksamkeit der ordentlichen Kündigung führen könnten, nicht ersichtlich. Soweit der Kläger darauf verweist, der Beklagte müsse auch bei der Nichtanwendung des KSchG soziale Aspekte beachten, ist sein Vorbringen unschlüssig. Gleiches gilt für seinen Hinweis auf § 12 Ziff. 2 BRTV-Bau. Daß sein Arbeitsverhältnis aus Witterungsgründen in der Schlechtwetterzeit vom 1. November bis 31. März gekündigt worden ist, hat er nicht schlüssig dargelegt. Er trägt aber - außerhalb der Kündigungsgründe des KSchG - die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines die ordentliche Kündigung ausschließenden Kündigungsgrundes.

II. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Bröhl Eylert Bepler

zugleich für den urlaubsabwesenden

Richter Bartz

Bröhl Lenz