

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

Gesetz: BetrVG 1972 § 5 Abs. 3 Nr. 3, § 102 Abs. 1, § 105;
ZPO § 564 Abs. 1, § 565 Abs. 1 Satz 1

Leitsätze:

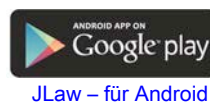
1. Die Vereinbarung einer Probezeit mit einem leitenden Angestellten ändert nichts an diesem seinen Status, wenn sie dazu dienen soll, seine persönliche Eignung gerade im Hinblick auf die Aufgaben zu erproben, die seine Stellung als leitender Angestellter begründen.
2. Werden jedoch während der Probezeit die (später einmal) die Eigenschaft eines leitenden Angestellten begründenden Befugnisse temporär eingeschränkt oder von vornherein vertraglich noch nicht (voll) gegeben, so hat dieser Angestellte in der Probezeit nicht die Stellung eines leitenden Angestellten inne.
3. Verletzt der Arbeitgeber die ihm nach § 105 BetrVG obliegende Mitteilungspflicht, so hat dies auf die Wirksamkeit der Kündigung (eines leitenden Angestellten) keinen Einfluß.

Aktenzeichen: 1 AZR 192/75
Urteil des BAG vom 25. März 1976

LAG Baden-Württemberg



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



1 AZR 192/75

4 (2) Sa 76/74 Baden-
Württemberg

Urteilstenor zugestellt
am 25. März 1976

gez. Henkelmann,
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.

hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 128 Abs. 2 ZPO in der Sitzung vom 23. März 1976 durch den Präsidenten Professor Dr. Müller, die Richter Wendel und Bichler sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Lohauß und Muhr für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 20. Februar 1975 - 4 (2) Sa 76/74 - aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

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 -

T a t b e s t a n d :

Der Kläger trat ab 1. Januar 1974 als Angestellter in ein Arbeitsverhältnis zur Beklagten, die Friseurrichtungen herstellt. Im schriftlichen Arbeitsvertrag vom 5. November 1973 ist u.a. vereinbart:

" I.

.....Die ersten sechs Monate gelten als Probezeit mit einer Kündigungsfrist von 30 Tagen zum Ende eines Monats.

II.

Herr Sch erhält und übernimmt die Aufgabe eines Gesamt-Marketingleiters. In dieser Position ist Herr Sch für die Erarbeitung und Durchführung einer zuverlässigen, aktuellen und vorausschauenden Absatzpolitik für alle zum Unternehmensverband N gehörenden Firmen im In- und Ausland zuständig. Im Zuge eventueller Veränderungen kann Herr Sch auch mit anderen angemessenen Tätigkeiten betraut werden. Zur Einführung in seinen Aufgabenkreis wird Herr Sch zuerst mehrere Stationen des Innen- und Außendienstes innerhalb des Unternehmensverbandes N passieren.
.....

III.

Wesentliche Teile der Aufgaben von Herrn Sch werden zur Zeit von dem Geschäftsführer und dem Vertriebsleiter der Firma Gebr. N KG erfüllt. Herr Sch wird deshalb seine Marketing-Konzeptionen in ständiger Abstimmung mit dem Geschäftsführer und dem Vertriebsleiter veröffentlichen und durchführen. Der einzige Vorgesetzte des Herrn Sch ist der Geschäftsführer.

V.

Die Firma Gebr. N KG zahlt Herrn Sch eine monatliche Vergütung von DM 4.000,--. Darüberhinaus erhält Herr Sch eine Erfolgsprämie von 0,2 % des jährlichen Nettoumsatzes der Firma Gebr. N KG S (z.Zt. ca. 12 Millionen).

XII.

Solange Herr Sch von seiner Familie getrennt lebt, ist eine Reise wöchentlich nach H vorgesehen. Falls auf diesen Fahrten nicht auch geschäftliche Aufgaben wahrgenommen werden müssen, bekommt Herr Sch außer dem Reiseausweis der Bundesbahn 1.Klasse keine weiteren Kosten vergütet. Ferner bezahlt die Firma Gebr. N KG Herrn Sch für die Zeit der



- 3 -

Trennung von seiner Familie die Kosten für ein Zimmer.

XIII.

Herr Sch erhält Zeichnungsvollmacht für Korrespondenz oder Kaufverträge, die in unmittelbarem Zusammenhang mit seinem Hauptarbeitsgebiet stehen. Die Firma Gebr. N KG erklärt sich nach Ablauf der Probezeit bereit, Herrn Sch in Gemeinsamkeit mit einem anderen leitenden Angestellten auch Bankvollmacht zu erteilen. Die Einstellung und Entlassung von Mitarbeitern ist vorerst Herrn Sch nur nach Genehmigung durch den Geschäftsführer möglich. Nach Ablauf von 12 Monaten ist die Firma Gebr. N KG bereit, Herrn Sch Prokura zu erteilen. Herr Sch nimmt zur Kenntnis, daß dazu ein Gesellschafterbeschuß erforderlich ist."

Mit Schreiben vom 3. Februar 1974 kündigte der Kläger sein Arbeitsverhältnis zur Beklagten u.a. mit der Begründung, die vorgefundenen Gegebenheiten entsprächen nicht seinen Vorstellungen.

Die Beklagte antwortete dem Kläger mit Schreiben vom 4. Februar 1974 wie folgt:

" Ihre Kündigung vom 3. d.M. nehmen wir zur Kenntnis.

Auf die Einhaltung der Wettbewerbsabrede verzichten wir gemäß Ziffer X unseres Vertrages vom 5. November 1973.

Gleichzeitig kündigen wir den Vertrag unsererseits fristlos aus folgendem Grund: Sie erklärten mir, das Angebot eines unserer Konkurrenten annehmen zu wollen. Es ist uns nicht zuzumuten, Ihnen auch nur noch einen einzigen Tag weitere Betriebsgeheimnisse anzuvertrauen und Ihnen zu ermöglichen, weitere Projekte und Geschäftsvorgänge kennenzulernen. Außerdem haben Sie sich bei unserer Kasse wissentlich Spesen auszahlen lassen, die Ihnen nicht zustanden, und außerdem haben Sie sich bei unserem Anwalt eine private Auskunft durch Vorschieben eines geschäftlichen Anlasses eingeholt. Damit haben Sie die Basis unseres Vertrauens, das wir Ihnen vorbehaltlos entgegengebracht haben, zerstört.

Unter den jetzt bekannt gewordenen Umständen erscheint uns auch Ihre angebliche Krankheit, die Sie hinderte, Ihre Stelle am 2. Januar 1974 anzutreten, nicht glaubhaft. Wir bitten, ein ärztliches Attest nachzureichen. Andernfalls verlangen wir die Rückzahlung des

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



- 4 -

Gehalts für die Zeit vom 2.1. bis 7.1.1974."

Dieses Schreiben wurde dem Kläger am 5. Februar 1974 übergeben, ohne daß vorher der bei der Beklagten bestehende Betriebsrat informiert oder beteiligt worden ist.

Gegen diese Kündigung der Beklagten richtet sich die am 8. Februar 1974 zum Arbeitsgericht erhobene Klage.

Der Kläger macht geltend, daß der Betriebsrat nicht - wie nach § 102 BetrVG erforderlich - vor der Kündigung gehört worden sei. Leitender Angestellter i.S. des § 5 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG sei er nach seiner Auffassung nicht. Er bestreitet ferner, die ihm im Kündigungsschreiben zur Last gelegten Kündigungsgründe. Die zunächst strittige **Angelegenheit** "Spesen" sei durch ein klärendes Gespräch mit dem Geschäftsführer der Beklagten aus der Welt geschafft und der von der Beklagten beanstandete Betrag von 344,-- DM mit der Gehaltszahlung für Februar 1974 verrechnet worden. Der Kläger hat - soweit auf dieses Verfahren Bezug - zuletzt beantragt,

1. festzustellen, daß durch die am 4. Februar 1974 ausgesprochene fristlose Kündigung das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht geendet hat,
2. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 11.748,90 DM netto nebst 4 % Zinsen seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

Die Beklagte hat - soweit hier von Interesse - beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie hat vorgetragen, die fristlose Kündigung sei in erster Linie wegen der Behandlung der Wettbewerbsabrede durch den Kläger nach seiner Kündigung erfolgt. Der Kläger habe nach Übergabe seines Kündigungsschreibens dem Geschäftsführer erklärt, er bitte zunächst, ihn von der Wettbewerbsbeschränkung zu entbinden, er habe nämlich ein hervorragendes Angebot eines Konkurrenten der Beklagten. Nach Empfang des Kündigungsschreibens der Beklagten habe der Kläger aber dem

- 5 -



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



- 5 -

Prokuristen G gesagt, er habe überhaupt kein Konkurrenzangebot, doch habe er aufgrund dieser seiner Behauptung mit seiner sofortigen Entlassung gerechnet. Am 30. Januar 1974 habe der Kläger außerdem bei ihrem Anwalt angerufen und hinsichtlich der Wettbewerbsabrede offensichtlich Rechtsauskunft nur in eigener Sache haben wollen. Auch habe er das Vertrauen der Beklagten insofern mißbraucht, als er sich trotz eindeutiger gegenteiliger Einstellung der Beklagten anläßlich der Vertragsverhandlungen Schlafwagenkosten als Reisespesen habe auszahlen lassen.

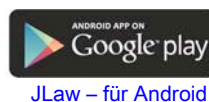
Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat von der im Berufungsverfahren um den Zahlungsbetrag erweiterten Klage den Anspruch des Klägers auf Entschädigung nach der Wettbewerbsvereinbarung abgetrennt und die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts zurückgewiesen. Zur Begründung seiner Entscheidung hat das Landesarbeitsgericht im wesentlichen ausgeführt: Der Kläger sei als leitender Angestellter anzusehen, das folge aus Ziff. II und III des Anstellungsvertrages. Danach sei der Kläger nur dem Geschäftsführer unterstellt und es seien ihm spezifisch unternehmerische Teilaufgaben übertragen worden. Auch sei ihm ein erheblicher Entscheidungsspielraum eingeräumt worden. Die zunächst vorgesehene Erprobung ("mehrere Stationen passieren") sei dabei unschädlich, der Rahmen der Verantwortlichkeit habe für den Kläger von Anfang an bestanden. Sei aber der Kläger leitender Angestellter, dann finde auf sein Arbeitsverhältnis § 102 Abs. 1 BetrVG keine Anwendung. Eine Verletzung der Mitteilungspflicht des § 105 BetrVG durch den Arbeitgeber führe nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung. Die erklärte fristlose Kündigung sei nach § 626 BGB gerechtfertigt. Wenn der Kläger seinen Arbeitgeber mit der wahrheitswidrigen Behauptung, er gehe zur Konkurrenz, habe testen wollen, so habe er dadurch gröblich gegen seine arbeitsvertragliche Pflicht zu loyalen Verhalten verstoßen. Ebenfalls einen gröblichen Verstoß gegen diese Vertragspflicht beinhalte die Reisekostenabrechnung des Klägers

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 6 -



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

- 6 -

für Januar 1974, da Ziffer XII des Vertrages insoweit eine eindeutige Regelung enthalte. Bei dieser Sachlage überwiege das Interesse der Beklagten an der sofortigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegenüber dem Interesse des Klägers an der Fortsetzung desselben bis 31. März 1974. Dabei falle besonders die hochdotierte Vertrauensstellung des Klägers und die noch kurze Dauer des Arbeitsverhältnisses ins Gewicht.

Mit der nach dem Streitwert statthaften Revision verfolgt der Kläger seinen Feststellungsantrag und den Zahlungsantrag hinsichtlich 11.748,90 DM nebst Zinsen weiter, während die Beklagte beantragt, die Revision des Klägers zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

1. Die Revision des Klägers ist nach § 72 Abs. 1 Satz 4 ArbGG an sich statthaft, unter Beachtung der Revisionsfrist und der Revisionsbegründungsfrist eingelegt (§ 74 Abs. 1 ArbGG) und damit auch sonst zulässig.

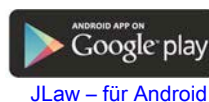
Zwar weist das Landesarbeitsgericht im Tenor an sich nur die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts zurück, obwohl der Kläger seine Klage in der Berufungsinstanz um den Zahlungsanspruch von 11.748,90 DM nebst Zinsen erweitert hat. Das Landesarbeitsgericht hat aber auch über diesen Zahlungsanspruch mitentschieden, wie sich aus Ziff. II Nr. 2 seiner Entscheidungsgründe eindeutig ergibt. Der Tenor selbst ist von den Entscheidungsgründen her auslegungsfähig.

2. Die Revision des Klägers ist auch begründet. Sie führt zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an die Vorinstanz.

- 7 -



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



- 7 -

a) Das Landesarbeitsgericht geht (abstrakt) zutreffend von den entscheidenden Tatbestandsmerkmalen aus, die nach der mittlerweile gefestigten Rechtsprechung des Senats, zuletzt im Beschluß vom 9. Dezember 1975 - 1 ABR 80/73 - (demnächst AP Nr. 11 zu § 5 BetrVG 1972) an das "Berufsbild" des leitenden Angestellten im Sinne des § 5 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG zu stellen sind. Danach kann leitender Angestellter nach Sinn und Zweck dieser die grundsätzliche Nichtanwendung des Betriebsverfassungsgesetzes aussprechenden Vorschrift nur sein, wer unternehmerische Aufgaben in einer nicht zu schmalen Breite mit einem eigenen, erheblichen Entscheidungsspielraum wahrnimmt und in einer Interessenpolarität zur übrigen Arbeitnehmerschaft steht. Die Aufgaben müssen nach Dienstvertrag und Dienststellung wahrgenommen werden. Richtig ist auch die rechtliche Erwägung des Landesarbeitsgerichts, die Vorschrift des § 102 Abs. 1 BetrVG über die Mitwirkung des Betriebsrats bei Kündigungen finde keine Anwendung, wenn einem leitenden Angestellten gekündigt werden soll (§ 5 Abs. 3, Einleitungssatz BetrVG). Ferner ist richtig zutreffend, daß eine Verletzung der Mitteilungspflicht des § 105 BetrVG durch den Arbeitgeber auf die Wirksamkeit der Kündigung eines leitenden Angestellten ohne Einfluß ist, weil kein Mitbestimmungs- oder Mitwirkungsrecht des Betriebsrats bei personellen Maßnahmen von leitenden Angestellten besteht (Fitting-Auffarth-Kaiser, BetrVG, 11. Aufl., § 105 Anm. 1; Dietz-Richardi, BetrVG, 5. Aufl., § 105 Anm. 1). Die Informationspflicht hat nur den Sinn, dem Betriebsrat gegenüber Klarheit hinsichtlich des leitenden Angestellten zu schaffen, der nun einmal im Bereich des Unternehmers/Arbeitgebers für diesen tätig wird (siehe aaO).

b) In der Rechtsanwendung kann aber dem Landesarbeitsgericht nicht beigespflichtet werden. Es hat zwar gesehen, daß die zu fordernden Merkmale möglicherweise nicht der tatsächlich innegehabten Stellung des Klägers im Unternehmen der Beklagten entsprochen haben, meint aber, entscheidend sei der Rahmen der Verantwortlichkeit, der von Anfang an bestanden habe. Damit bleibt unklar, ob das

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrG geschützt.



- 8 -

Landesarbeitsgericht letztlich nicht doch entscheidend nur auf den Vertrag, nicht aber auch auf die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit abgehoben hat. Die Revision rügt deshalb berechtigt, daß es auch auf die tatsächliche Tätigkeit des Klägers ankomme und nicht nur auf seine (vertraglich) ins Auge gefaßte Tätigkeit.

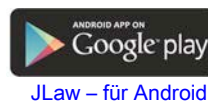
c) Der Senat ist ferner der Auffassung, daß schon nach dem Vertrag, so wie er im Zeitpunkt der Kündigung durch die Beklagte galt, die Stellung des Klägers als "leitender Angestellter" - mindestens bei Fehlen näherer Feststellungen, die möglicherweise in eine andere Richtung weisen - zweifelhaft sein könnte. Zwar kann auch für einen leitenden Angestellten - wie hier - eine Probezeit vereinbart werden, ohne daß dies dessen Status verändern würde. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die Probezeit dazu dienen soll, die persönliche Eignung des Angestellten gerade im Hinblick auf die Aufgaben zu erproben, die seinen Status als leitender Angestellter begründen. Wenn aber während dieser Probezeit, die (später einmal) die Eigenschaft eines leitenden Angestellten begründenden Befugnisse temporär eingeschränkt oder noch nicht (voll) gegeben werden, so hat dieser Angestellte, jedenfalls in dieser Zeit, nicht die Stellung eines leitenden Angestellten inne. Auf eine solche Gestaltung deuten hier Ziffer II letzter Satz ("Einführung") und Ziffer XIII des Anstellungsvertrages hin, die gemeinsam zu sehen sind.

d) Nicht zuletzt ergibt sich aus den Regelungen des Anstellungsvertrages nicht mit hinreichender Deutlichkeit, ob überhaupt das Tätigkeitsfeld eines leitenden Angestellten in Rede steht. Es steht nicht fest, in welchen Verrichtungen (Arbeitsaufgaben und -leistungen) sich z.B. die Aufgabe eines "Gesamt-Marketingleiters" überhaupt und konkret im Unternehmen der Beklagten äußert, worin die "Absatzpolitik" der Beklagten besteht und durch welche konkreten Tätigkeiten (Verrichtungen) sie "erarbeitet" und "durchgeführt" wird.

- 9 -



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



- 9 -

3. Der Senat kann nicht selbst durcherkennen. Es fehlen nämlich im angefochtenen Urteil die notwendigen tatsächlichen Feststellungen darüber, wie der Vertrag zwischen den Streitteilen bis zur Kündigung praktiziert worden ist. Aber auch Erläuterungen darüber, welche Aufgaben der Kläger bis zur Kündigung des Vertragsverhältnisses tatsächlich verrichtet hat, fehlen. Darüber hinaus stehen die nach Ziffer 2 d erforderlichen Aufklärungen aus.

4. Da das Rechtsmittel bereits hiernach zum Erfolg führt, kommt es auf die übrigen Rügen der Revision nicht mehr an. Ob der fristlosen Kündigung der Beklagten ein wichtiger Grund i.S. des § 626 BGB zugrundelag, kommt nur dann Bedeutung zu, wenn der Kläger leitender Angestellter war. Gerade das wird aber erst zu klären sein.

gez.: Dr. Müller

Wendel

Bichler

Dr. Lohauß

Muhr

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)