

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

Gesetz: BetrVG 1972 § 5 Abs. 3, § 102; ZPO § 139

Leitsätze:

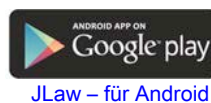
K e i n e

Aktenzeichen: 1 AZR 204/77
Urteil des BAG vom 4. Juli 1978

LAG Frankfurt am Main



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



1 AZR 204/77

6 Sa 25/76 Frankfurt am Main

Verkündet am
4. Juli 1978

gez. Henkelmann,
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.

hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 4. Juli 1978 durch den Richter Bichler als Vorsitzenden, die Richter Dr. Seidensticker und Dr. Leinemann sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Lohauß und Andersch für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Frankfurt am Main vom 18. November 1976 - 6 Sa 25/76 - wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten der Revision.

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

T a t b e s t a n d :

Der 1921 geborene Kläger verhandelte Ende 1974/Anfang 1975 mit der Beklagten, einer Bauunternehmung, über seine Einstellung als Niederlassungsleiter ihrer Zweigniederlassung in A . Der Dienstvertragsentwurf sah als Einstellungsdatum den 1. Mai 1975 und als Vergütung ein monatliches Bruttogehalt von 5.000,-- DM vor. Der Vertrag sollte mit einer Frist von 12 Monaten jeweils zum Jahresende kündbar sein. Der Kläger unterzeichnete diesen Vertragsentwurf zunächst nicht; noch vor Arbeitsaufnahme kam es zwischen den Parteien zu Auseinandersetzungen. In einem von dem Kläger gegen die Beklagte vor dem Arbeitsgericht in Koblenz anhängig gemachten Rechtsstreit (2 Ca 580/75 Arbeitsgericht Koblenz) schlossen die Parteien am 28. April 1975 einen Prozeßvergleich, der u.a. wie folgt lautet:

"Beide Parteien erklären sich bereit, den Dienstvertrag vom 14. Januar 1975 zu erfüllen mit der Maßgabe, daß,

- 1) der Kläger ab 1. Mai 1975 seine Tätigkeit längstens bis 31. Dezember 1975 bei dem Sitz der Fa. H in M aufnimmt und ab 1. Januar 1976 der Kläger seine Tätigkeit bei der Zweigstelle A , falls diese bis dahin noch bestehen sollte, verrichtet,
- 2) die frühest mögliche Kündigung ist für beide Parteien der 31. Dezember 1975 zum 31. Dezember 1976."

Der Kläger nahm am 2. Mai 1975 seine Tätigkeit für die Beklagte in M -C auf. Dort wurde er in der Abteilung Kalkulation eingesetzt, deren Leiter der Angestellte P ist.

In der Nacht vom 19. zum 20. Mai 1975 erkrankte der Kläger an einer akuten Gallenkolik, die eine ärztliche Behandlung notwendig machte. Am Morgen des 20. Mai 1975 unterrichtete die Ehefrau des Klägers den Vorstandsvorsitzenden der Beklagten telefonisch von der Erkrankung

- 3 -



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



- 3 -

ihres Ehemannes. Noch am selben Tage schrieb der behandelnde Arzt den Kläger für die Zeit bis zum 1. Juni 1975 arbeitsunfähig krank. Die Ehefrau des Klägers unterrichtete daraufhin in einem weiteren Telefongespräch die Beklagte von der Dauer der Krankschreibung und übersandte die ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung an die Beklagte. Am 30. Mai 1975 schrieb der behandelnde Arzt den Kläger weiter für die Zeit bis 7. Juni 1975 krank, anschließend am 6. Juni 1975 bis zum 15. Juni 1975, danach am 13. Juni 1975 bis zum 22. Juni 1975 und schließlich am 20. Juni 1975 bis zum 29. Juni 1975. Der Kläger übersandte die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen jeweils per Post an die Beklagte, wo sie regelmäßig am Montag der folgenden Woche eingingen. Lediglich die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vom 13. Juni 1975 ging nicht am Montag, dem 16. Juni 1975, sondern erst am 18. Juni 1975 bei der Beklagten ein. Am 9. Juni 1975 rief der Vorstandsvorsitzende der Beklagten, Herr Fritz He , beim Kläger an und erkundigte sich danach, wann mit der Wiederherstellung der Gesundheit des Klägers zu rechnen sei. Im Verlaufe dieses Gespräches kam es zwischen beiden zu Auseinandersetzungen, in deren Verlauf Herr He dem Kläger Vorhaltungen über die Art machte, in der dieser seine Arbeitsunfähigkeit bisher mitgeteilt habe.

Am Montag, dem 30. Juni 1975, erschien der Kläger im Betrieb der Beklagten in M und bot seine Arbeitsleistung wieder an. Es fand ein Gespräch zwischen ihm und dem Vorstandsvorsitzenden der Beklagten statt, in dessen Verlauf Herr He dem Kläger noch einmal Vorhaltungen wegen der Art der Krankheitsmitteilungen machte. Gegenstand des Gesprächs waren auch die Umstände unter denen der Kläger bei seinem früheren Arbeitgeber ausgeschieden war. Herr He bot dem Kläger an, das Arbeitsverhältnis im beiderseitigen Einvernehmen zum 31. Juli 1975 aufzulösen. Dieses Angebot lehnte der Kläger ab. Daraufhin bot Herr He dem Kläger an, ihn zunächst auf auswärtigen

- 4 -



- 4 -

Großbaustellen am Mittellandkanal, in Recklinghausen oder in Mülheim einzusetzen. Er verwies darauf, daß der Leiter der Kalkulationsabteilung, Herr P , es abgelehnt habe, weiter mit dem Kläger zusammenzuarbeiten. Auch auf dieses Angebot ging der Kläger nicht ein. Daraufhin wurde er zunächst von der Arbeitsleistung freigestellt. Mit Schreiben vom 10. Juli 1975 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger fristlos.

Der Betriebsrat bei der Beklagten wurde vor Ausspruch der außerordentlichen Kündigung nicht gehört. Mit der am 16. Juli 1975 bei dem Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat der Kläger die Unwirksamkeit der ihm ausgesprochenen außerordentlichen Kündigung geltend gemacht. Er vertritt die Auffassung, er habe sich keine Verstöße gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten zu schulden kommen lassen. Die Krankmeldungen habe er jeweils so rechtzeitig an die Beklagte abgesandt, daß sie dort noch am ersten Tag der fortdauernden Krankheitszeit hätten eingehen müssen. Er habe sich auch zu Recht geweigert, das Angebot der Beklagten anzunehmen, zunächst auf auswärtigen Großbaustellen zu arbeiten, weil ihm nach dem Prozeßvergleich vom 28. April 1975 ausdrücklich M als Arbeitsort zugesichert worden sei.

Der Kläger hat beantragt,

festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die fristlose Kündigung der Beklagten vom 10. Juli 1975 nicht aufgelöst wurde.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hält die außerordentliche Kündigung für gerechtfertigt. Zur Begründung beruft sie sich insbesondere darauf, daß der Kläger die mehrfache Fortdauer seiner Erkrankung jeweils nur durch Übersendung der

- 5 -



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



- 5 -

Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung angezeigt habe. Von einem Angestellten in so gehobener Position, wie sie der Kläger eingenommen habe, habe sie erwarten können, daß er das Andauern seiner Erkrankung vorher telefonisch mitteile. Sie habe jedesmal damit gerechnet, daß der Kläger montags nach Ablauf der vorangegangenen Krankheitszeit wieder zur Arbeit erscheine, und sich mit ihrer Arbeitseinteilung auch hierauf eingestellt. Durch das Verhalten des Klägers sei das notwendige Vertrauensverhältnis so nachhaltig gestört worden, daß ihr die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zuzumuten sei. Auch die Weigerung des Klägers, auf auswärtigen Großbaustellen zu arbeiten, rechtfertige die außerordentliche Kündigung.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht das angefochtene Urteil abgeändert und nach dem vom Kläger gestellten Antrag erkannt. Es hat zur Begründung seiner Entscheidung im wesentlichen ausgeführt: Da sich aufgrund einer vom Gericht gestellten Frage in der Berufungsverhandlung herausgestellt habe, daß im Betrieb der Beklagten ein Betriebsrat existiere und dieser vor Ausspruch der außerordentlichen Kündigung des Klägers nicht gehört worden sei, komme es auf die von der Beklagten vorgetragenen Kündigungsgründe nicht an. Die Kündigung der Beklagten sei wegen Nichtanhörung des Betriebsrats unwirksam (§ 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG). Der Kläger sei nicht leitender Angestellter i.S. des § 5 Abs. 3 BetrVG. Zwar könne davon ausgegangen werden, daß er als Leiter einer Zweigniederlassung der Beklagten nach Fallgruppe 3 des § 5 Abs. 3 BetrVG leitender Angestellter gewesen wäre. Die Anwendung des Betriebsverfassungsgesetzes - und damit die Pflicht zur Anhörung des Betriebsrats vor einer Kündigung - entfalle aber nur dann, wenn der Angestellte die Aufgaben nach Dienststellung und Dienstvertrag wahrnehme. Die tatsächliche Wahrnehmung der übertragenen Aufgaben und die rechtsverbindliche Übertragung im Arbeitsvertrag müßten sich decken. Diese Voraussetzungen hätten in der Person des Klägers im Zeitpunkt der außer-

Hinweis: Auch Teile der Textsammlung sind als Datenbank nach §§ 9 a ff. UrhG geschützt.



- 6 -

- 6 -

ordentlichen Kündigung nicht vorgelegen. Bis zu seiner Erkrankung sei der Kläger in der Kalkulationsabteilung der Beklagten in deren Zentrale tätig gewesen. Diese Tätigkeit könne nicht als die eines leitenden Angestellten im Sinne des § 5 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG 1972 angesehen werden, zumal die Abteilung von dem Angestellten P geleitet worden sei. Auch der von der Beklagten dem Kläger nach seiner Genesung vorgeschlagene Einsatz auf Großbaustellen könne nicht als Tätigkeit eines leitenden Angestellten i.S. des § 5 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG gewertet werden. Dabei würde es sich zwar um eine bedeutsame, aber doch im Vergleich zu den Aufgaben eines Niederlassungsleiters nicht so herausgehobenen Position gehandelt haben.

Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils, während der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die nach dem vom Arbeitsgericht festgesetzten Streitwert statthafte und auch sonst zulässige Revision der Beklagten ist unbegründet.

Die Erwägung des Landesarbeitsgerichts, jedenfalls die vom Kläger am 2. Mai 1975 - aufgrund des Prozeßvergleichs vom 28. April 1975 - aufgenommene Tätigkeit in der von einem anderen Angestellten geleiteten Kalkulationsabteilung der Beklagten beinhalte keine Aufgaben i.S. des § 5 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG, die geeignet wären, den Status



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 7 -

eines leitenden Angestellten zu begründen, läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Die Beklagte hat auch vor dem Arbeitsgericht und dem Landesarbeitsgericht keine Tatsachen vorgebracht, die darauf schließen lassen könnten, der Kläger habe eine derartige Dienststellung ausgefüllt. Sie kann deshalb vor dem Senat nicht mehr mit ihrer Behauptung gehört werden, der Kläger habe in M die "Tätigkeit des Leiters der Niederlassung A " aufnehmen sollen. Dieses Vorbringen steht im Widerspruch zu den für den Senat bindenden tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz; eine Verfahrensrüge ist insoweit von der Revision nicht erhoben worden (§ 561 Abs. 2 ZPO). Auch würde dies noch nicht besagen, daß der Kläger diese Aufgabe nach "Dienststellung und Dienstvertrag" wahrgenommen hat. Wenn die Revision das angefochtene Urteil mit der Behauptung bekämpft, das Berufungsgericht habe außer acht gelassen, daß der Kläger dem Leiter der Abteilung Kalkulation, Herrn P , nicht unterstellt gewesen sei, so versucht sie damit, durch - in der Revisionsinstanz unbeachtliches - neues Vorbringen eine andere rechtliche Würdigung zu erreichen. Legt man dagegen das bisherige - für den Senat allein beachtliche - Parteivorbringen der rechtlichen Würdigung zugrunde, dann ist jedenfalls die Erwägung des Landesarbeitsgerichts, die Tätigkeit des Klägers als Kalkulator unter der Leitung des Angestellten P könne nicht als die eines leitenden Angestellten angesehen werden, frei von Rechtsfehlern.

Leitender Angestellter kann nach Sinn und Zweck der die Nichtanwendung des Betriebsverfassungsgesetzes aussprechenden Vorschrift nur sein, wer unternehmensbezogene Leitungsaufgaben mit einem eigenen, erheblichen Entscheidungsspielraum wahrnimmt und in einer Interessenspolarität zur übrigen Arbeitnehmerschaft steht (BAG AP Nr. 11 zu § 5 BetrVG 1972). Davon ist nach den für die Entscheidung des Senats allein maßgebenden tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz bei der Tätigkeit des Klägers nicht auszugehen. Die Probezeit - um auf dieses Argument der Revision einzugehen - ändert am Status eines leitenden



- 8 -

Angestellten nur dann nichts, wenn sie dazu dienen soll, seine Eignung gerade im Hinblick auf solche Aufgaben zu erproben, die seine Stellung als leitender Angestellter begründen. Werden jedoch während der Probezeit diese Befugnisse eingeschränkt oder noch nicht (voll) gegeben, so hat der betreffende Angestellte in der Probezeit nicht die Stellung eines leitenden Angestellten (Urteil des Senats vom 25. März 1976 - 1 AZR 192/75 -, [demnächst] AP Nr. 13 zu § 5 BetrVG 1972 = BB 1976, 743). Daraus folgt, daß der Kläger - immer nach den der Berufungsentscheidung zugrundeliegenden tatsächlichen Feststellungen - auch dann nicht als leitender Angestellter angesehen werden könnte, wenn seine (vorübergehende) Tätigkeit in der Abteilung Kalkulation am Firmensitz lediglich als Probezeit zu gelten oder jedenfalls seiner Erprobung gedient hätte.

Die Beklagte kann sich auch nicht darauf berufen, von dem Urteil des Landesarbeitsgerichts überrascht worden zu sein. Sie selbst trägt vor, daß in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht die Frage des Bestehens eines Betriebsrats bei der Beklagten und dessen Anhörung vor der Kündigung des Klägers erörtert worden sei. Dann aber wäre es Sache der Beklagten gewesen, alle Umstände vorzutragen, die hätten darauf schließen lassen können, daß der Kläger die Tätigkeit eines leitenden Angestellten - und zwar auch aufgrund des Prozeßvergleichs vom 28. April 1975 - verrichtet hat, hat doch die unterbliebene Anhörung des Betriebsrats nur dann rechtliche Folgen, wenn der betreffende Arbeitnehmer nicht leitender Angestellter ist. Eine Verletzung des § 139 ZPO durch das Landesarbeitsgericht ist aber auch schon deshalb nicht ersichtlich, weil der Kläger bereits in der Berufungsbegründung hat vortragen lassen, er sei zwar gemäß den vertraglichen Vereinbarungen als leitender Angestellter vorgesehen gewesen, in der Praxis habe sich jedoch kein Anhaltspunkt mehr gefunden,



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



- 9 -

seine Stellung als "leitend" zu werten (vgl. Seite 6 der Berufungsbegründungsschrift unter III.). Unter diesen Umständen stellte es sich als Überspitzung der Aufklärungspflicht des Gerichts dar, die Parteien nochmals auf diesen rechtlichen Gesichtspunkt mit der Möglichkeit zu ergänzendem Vorbringen hinzuweisen.

Zutreffend hat deshalb das Landesarbeitsgericht erkannt, daß die Kündigung der Beklagten vom 10. Juli 1975 schon wegen Nichtanhörung des Betriebsrats unwirksam ist (§ 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG); die Revision der Beklagten ist folglich mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

gez.: Bichler

Dr. Seidensticker

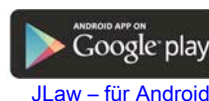
Dr. Leineman

Dr. Lohauß

Andersch



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)