

Für das Nachschlagewerk! Ja)
Für die Fachpresse! Ja) auszugsweise
Für die Amtliche Sammlung! Ja)

Gesetz: BetrVG 1972 § 105, § 102 Abs. 1, § 5 Abs. 3; BGB §§ 133, 242;
ZPO § 92 Abs. 2

Leitsätze:

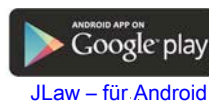
1. Ob ein Arbeitnehmer leitender Angestellter i.S. des § 5 Abs. 3 BetrVG ist, kann in dessen Kündigungsrechtsstreit als Vorfrage geprüft werden.
2. Es gibt keinen Rechtssatz des Inhalts, daß eine Information nach § 105 BetrVG über die beabsichtigte Kündigung eines Angestellten stets oder doch in aller Regel dann in eine Anhörung des Betriebsrats nach § 102 Abs. 1 BetrVG umzudeuten ist, wenn dem Betriebsrat die Kündigungsgründe bekanntgegeben werden oder aber bekannt sind. Vielmehr ist die Erklärung des Kündigenden gegenüber dem Betriebsrat im Einzelfall auszulegen.

Aktenzeichen: 1 AZR 565/74
Urteil des BAG vom 19. August 1975

LAG Hamm



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



1 AZR 565/74
2 Sa 382/74 Hamm

Verkündet am
19. August 1975
gez. Henkelmann,
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

URTEIL

In Sachen

pp.

hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19. August 1975 durch den Richter Professor Dr. Auffarth als Vorsitzenden, die Richter Wendel und Bichler sowie die ehrenamtlichen Richter Hirschmann und Dr. Lohauß für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird unter Zurückweisung der Revision im übrigen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 9. September 1974 - 2 Sa 382/74 - in der Kostenentscheidung und teilweise hinsichtlich der Zahlungsansprüche aufgehoben und insoweit wie folgt neu gefaßt:

- 2 -



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



- 2 -

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Rheine vom 21. März 1974 - Ca 577/73 - abgeändert. Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 11.442,86 DM brutto abzüglich 3.842,84 DM nebst 4 % Zinsen von dem hiernach zu zahlenden Nettobetrag ab 1. Oktober 1973 zu zahlen.

Von den Kosten des Rechtsstreits tragen die Beklagte 39/40, der Kläger 1/40.

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

T a t b e s t a n d :

Die Beklagte, mit Hauptverwaltung in H , betreibt vier Werke zur Strumpfwarenherstellung. Außerdem unterhält sie einen Außendienst. Gemeinsam für Außendienst und Hauptverwaltung ist ein fünfzehnköpfiger Betriebsrat gebildet worden, dessen Vorsitzender der Angestellte L ist.

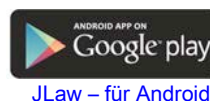
Der Kläger war seit dem 1. Januar 1969 im Außendienst der Beklagten zunächst als Verkaufsförderer und sodann als Gebietsleiter und Hauptgebietsleiter tätig.

Mit Vertrag vom 2. Februar 1973, der alle vorhergehenden Vereinbarungen aufhob, wurde der Kläger rückwirkend zum 1. September 1972 zum Hauptgebietsleiter in B bestellt und gleichzeitig zum stellvertretenden Verkaufsdirektor ernannt. § 1 des Vertrages beschreibt die Tätigkeit des Klägers im einzelnen und bestimmt u.a.:

- 3 -



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



- 3 -

".

Der stellvertretende Verkaufsdirektor übernimmt die volle Verantwortung für das ihm übertragene Gebiet sowie für die ihm unterstellten Mitarbeiter und für die Auslieferungsläger. Neueinstellungen, Entlassungen, Ernennungen und Beförderungen werden über den Verkaufsdirektor der Hauptverwaltung vorgeschlagen. Unter Berücksichtigung des Betriebsverfassungsgesetzes und der gegebenen Richtlinien entscheidet die Hauptverwaltung über die vorgelegten Vorschläge."

Der Kläger erhielt zuletzt ein Gehalt von 2.900,-- DM brutto sowie eine monatliche Spesenpauschale von 1.500,-- DM. Daneben stand ihm eine vierteljährliche Erfolgsprämie von 1.500,-- DM zu. Der Urlaubsanspruch betrug 22 Arbeitstage pro Jahr, die Kündigungsfrist drei Monate zum Quartalsende. Im übrigen sollten sich gemäß § 8 Abs. 1 des Vertrages die Arbeits- und Vertragsbedingungen nach dem Manteltarifvertrag für die kaufmännischen und technischen Angestellten der Textilindustrie Westfalens und des Regierungsbezirks Osnabrück richten.

Ein Organisationsplan für den Außendienst ist bei der Beklagten nicht vorhanden. Eine Hauptgebietsleitung gilt als Kontaktstelle der Hauptverwaltung der Beklagten. Den vier Verkaufsdirektoren der Beklagten sind normalerweise mehrere Hauptgebietsleiter zugeordnet, denen wiederum je 10 - 15 Bezirksleiter unterstellt sind. Jedem Verkaufsdirektor sind in der Regel zwei stellvertretende Verkaufsdirektoren zugeordnet. Die Hauptaufgaben eines Hauptgebietsleiters bestehen in der Überwachung und Einsatzplanung der unterstellten Bezirksleiter, Neuwerbung von Kunden, Förderung des Warenabsatzes und Vorschläge für die Einstellung und Entlassung von Mitarbeitern gegenüber der Hauptverwaltung.

Der Kläger war der Verkaufsdirektion Nord zugeordnet. Ihm unterstanden 8 bis 11 Außendienstmitarbeiter (Bezirksleiter), die für die Verteilung der Waren, die Pflege der Boutiquen und die Neuplacierung der Waren zuständig waren,

- 4 -



- 4 -

sowie eine Kontoristin, ein Lagerist und ein Lager mit Waren im Werte von ca. 7 Millionen DM.

Mitte Juni 1973 beschwerten sich zwei Mitarbeiter bei dem Leiter des Verkaufs- und Außendienstes der Beklagten über den Führungsstil des Klägers. Zur gleichen Zeit hatte der für die Arbeiter und Angestellten der Verwaltung und des Außendienstes zuständige Personalleiter der Beklagten, der Handlungsbevollmächtigte P , Kenntnis von der Kündigungsabsicht von vier Mitarbeitern erlangt.

Am 25. Juni 1973 teilte P dem Betriebsratsvorsitzenden L mit, es sei beabsichtigt, den Kläger, der als stellvertretender Verkaufsleiter leitender Angestellter sei, fristlos zu entlassen. Eine Benachrichtigung des Betriebsrates durch L über das Gespräch mit P unterblieb; eine Betriebsratssitzung fand erst Anfang August statt.

Am 29. Juni 1973 händigte die Beklagte dem Kläger ein Kündigungsschreiben vom selben Tage aus, in dem es u.a. heißt:

"Hiermit kündigen wir den mit Ihnen abgeschlossenen Anstellungsvertrag gemäß § 626 BGB fristlos mit dem heutigen Tage."

Unterzeichnet war das Schreiben von dem Personalleiter P , die daneben vorgesehene Unterschrift des Gesamtprokuristen H fehlte.

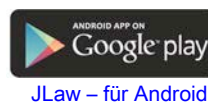
Am 1. Juli 1973 erhob der Kläger gegen die Kündigung Einspruch und bat schriftlich um Angabe der Kündigungsgründe und um Mitteilung, ob der Betriebsrat angehört worden sei. Mit Schreiben vom 2. Juli 1973 bot er seine Arbeitskraft ausdrücklich an.

Ab 6. Juli 1973 hat der Kläger Arbeitslosengeld in Höhe von 3.842,84 DM erhalten. Seit dem 1. Oktober 1973 hat er eine neue Arbeitsstelle.

- 5 -



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



- 5 -

Mit der Klage hat der Kläger zunächst die Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung begehrt; später hat er darüber hinaus Gehaltszahlung bis zum 30. September 1973 einschließlich Prämien und Urlaubsabgeltung für 14 Tage verlangt. Er hält die Kündigung für unwirksam. Die Beklagte habe den Betriebsrat nicht angehört. Er gehöre nicht zum Kreis der leitenden Angestellten. Der Personalleiter P sei nicht alleinvertretungsberechtigt gewesen. Für Entlassungen im Außendienst sei der jeweilige Verkaufsleiter zuständig. Ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung habe nicht vorgelegen.

Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, daß die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 29. Juni 1973 unwirksam und das Arbeitsverhältnis der Parteien auch nicht etwa durch eine ordentliche Kündigung aufgelöst worden ist,
2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 11.906,-- DM nebst 4 % Zinsen seit Zustellung der Zahlungs-klage zu zahlen.

Nach Anerkenntnis eines Zahlungsanspruchs in Höhe von 256,-- DM hat die Beklagte im übrigen beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie hat vorgetragen: Der Kläger sei als Hauptgebietsleiter und stellvertretender Verkaufsleiter leitender Angestellter gewesen. Eine Anhörung des Betriebsrats sei deshalb nicht erforderlich gewesen. Gleichwohl sei der Betriebsrat vor Ausspruch der Kündigung ordnungsgemäß angehört worden. Im Rahmen eines Kündigungsschutzprozesses könne nicht inzidenter geklärt werden, ob ein Arbeitnehmer leitender Angestellter sei. Das sei in einem Beschlußverfahren zu klären. Auch habe im vorliegenden Falle zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber Einvernehmen über die Stellung des Klägers als leitenden Angestellten bestanden. P habe als Personalleiter allgemein die Vollmacht zur Entlassung von Arbeitnehmern gehabt. Ein wichtiger Grund zur Kündigung habe vorgelegen. Für das Jahr 1973 habe der Kläger sechs Tage Urlaub in Natur erhalten, vier Tage seien abgegolten worden.

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 -

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen.

Das Landesarbeitsgericht hat nach Beweisaufnahme das Urteil des Arbeitsgerichts abgeändert. Es hat festgestellt, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien weder durch die außerordentliche noch durch eine ordentliche Kündigung der Beklagten vom 29. Juni 1973 rechtswirksam aufgelöst worden ist. Ferner hat es die Beklagte verurteilt, an den Kläger 11.650,-- DM brutto nebst 4 % Zinsen ab 20. September 1973 abzüglich 3.842,84 DM Arbeitslösegeld zu zahlen.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision der Beklagten. Sie rügt die Verletzung formellen und materiellen Rechts und erstrebt die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung, während der Kläger unter Ermäßigung des Zinsanspruches beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Die Revision ist nach dem Streitwert statthaft (§ 72 Abs. 1 Satz 4 ArbGG). Sie ist auch form- und fristgerecht eingelegt und nach Verlängerung begründet worden (§ 74 Abs. 1 ArbGG).

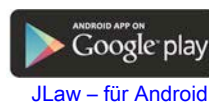
II. In der Sache ist die Revision der Beklagten nur zu einem geringen Teil begründet.

1. Zwar ist die Kündigung nicht etwa deshalb unwirksam, weil der Personalleiter P keine Vollmacht zu ihrem Ausspruch hatte. P war als Personalleiter für die Angestellten der Verwaltung und des Außendienstes zuständig, er hatte Handlungsvollmacht. Gemäß § 54 Abs. 1 HGB erstreckt sich die Handlungsvollmacht auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen, die die Vornahme der ihm übertragenen Geschäfte gewöhnlich mit sich bringen. Hierzu gehört in aller Regel bei einem Personalleiter die Befugnis zur Kündigung. Selbst wenn man dem nicht folgen wollte, wäre hier die Kündigung von einem Vertreter des Arbeitgebers ausgesprochen, der eine

- 7 -



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



- 7 -

Stellung bekleidet, mit der das Kündigungsrecht im allgemeinen verbunden zu sein pflegt. In diesem Falle bedarf es für die Wirksamkeit der Kündigung nicht etwa der Vorlage einer Vollmachtsurkunde durch den Vertreter gemäß § 174 Satz 1 BGB (vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 174 BGB).

2. Die Kündigung ist aber wegen eines betriebsverfassungsrechtlichen Mangels, nämlich der Verletzung des § 102 Abs. 1 BetrVG durch die Beklagte, unwirksam. Nur dann, wenn der Kläger im Dienstverhältnis zur Beklagten leitender Angestellter im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG gewesen wäre, hätte die Beklagte ihren Verpflichtungen aus dem Betriebsverfassungsgesetz anlässlich der Kündigung des Klägers genügt (§ 105 BetrVG).

a) Die Beklagte bezweifelt zu Unrecht, daß im Rahmen eines Kündigungsschutzprozesses im Urteilsverfahren als Vorfrage entschieden werden kann, ob ein Arbeitnehmer leitender Angestellter i.S. des § 5 Abs. 3 BetrVG ist. Wenn auch derartige betriebsverfassungsrechtliche Streitigkeiten sonst im Rahmen des § 5 Abs. 3 BetrVG im Beschlußverfahren auszutragen sind (Fitting-Auffarth-Kaiser, BetrVG, 11. Aufl., § 5 RdNr. 29; Dietz-Richardi, BetrVG, 5. Aufl., § 5 RdNr. 129; Erdmann-Jürging-Kammann, BetrVG, § 5 RdNr. 15; Bleistein, BetrVG, § 5 RdNr. 41), so kann doch gleichwohl auch inzidenter im Rahmen eines Kündigungsschutzprozesses die Frage entschieden werden, ob jemand leitender Angestellter ist (so auch GK-Kraft, BetrVG, § 5 RdNr. 55; Boldt, DB 1972, Beilage 5 S. 11; zu § 4 BetrVG 1952 auch Galperin-Siebert, BetrVG, 4. Aufl., § 4 RdNr. 26). Das folgt daraus, daß der Begriff des leitenden Angestellten in § 5 Abs. 3 BetrVG ein unbestimmter, vorgegebener Rechtsbegriff ist, der nicht nur die kollektiv-rechtliche Stellung des betreffenden Arbeitnehmers im Betrieb oder Unternehmen bestimmt, sondern auch unmittelbar Auswirkungen auf dessen individualrechtliche Sphäre hat. Diese Doppelfunktion macht deutlich, daß ebenso wie z.B. bei der Frage der Wirksamkeit einer Betriebsvereinbarung auch im Urteilsverfahren eine derartige Prüfung stattfinden kann, wenn es sich insoweit um eine Vorfrage

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

- 8 -



- 8 -

handelt. Rechtskraftprobleme können dabei nicht auftreten, denn Gegenstand der materiellen Rechtskraft im Kündigungsschutzprozeß ist allein die Feststellung, daß das Arbeitsverhältnis durch eine ganz bestimmte Kündigung nicht aufgelöst worden ist. Nur der Subsumtions-schluß des Gerichts als ganzer wird von der Rechtskraft erfaßt, nicht jedoch einzelne Vorfragen. Insbesondere kann auch die darüber im Urteilsverfahren getroffene Feststellung keine Rechtskraftwirkung gegenüber dem hier nicht beteiligten Betriebsrat entfalten.

Auch der Hinweis der Beklagten auf die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 2. März 1973 - 3 BV Ta 18/72 -, die im übrigen durch Beschluß des Senats vom 10. Juni 1974 - 1 ABR 23/73 - (AP Nr. 8 zu § 80 BetrVG 1972) bestätigt worden ist, vermag daran nichts zu ändern. Sowohl in der Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf als auch in der letztinstanzlichen Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts wurde lediglich ausgeführt, daß Streitigkeiten zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber, bei denen es allein um die Frage geht, ob bestimmte Arbeitnehmer zu den in § 5 Abs. 3 BetrVG aufgeführten Personenkreis gehörten, im Beschlußverfahren auszutragen seien. Im vorliegenden Falle handelt es sich jedoch nicht um einen betriebsverfassungsrechtlichen Streit zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber, sondern um den Kündigungsschutzprozeß eines einzelnen Arbeitnehmers. Auch ist die Argumentation der Beklagten unzutreffend, durch die Entscheidung würde in die Rechtsstellung des Betriebsrats eingegriffen. Bei der Entscheidung dieser Vorfrage im Kündigungsschutzprozeß wird gerade nicht die betriebsverfassungsrechtliche Stellung des betroffenen Arbeitnehmers mit Allgemeingültigkeit rechtskräftig festgestellt.

b) Frei von Rechtsirrtum hat das Landesarbeitsgericht für den Kläger die Rechtsstellung eines leitenden Angestellten verneint.

- 9 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 9 -

Nach dem Arbeitsvertrag hatte der Kläger nur die Befugnis, Neueinstellungen und Entlassungen über den Verkaufs- direktor der Hauptverwaltung vorzuschlagen. Dem entsprach auch die tatsächliche Kompetenz des Klägers, da er auch in dem von der Beklagten angeführten Falle N lediglich die Kündigung vorgeschlagen hat, die dann von der Hauptverwaltung ausgesprochen wurde. Der Kläger kann daher nicht aufgrund des § 5 Abs. 3 Nr. 1 BetrVG leitender Angestellter sein.

Die Anwendbarkeit des § 5 Abs. 3 Nr. 2 BetrVG scheidet aus, weil der Kläger weder Generalvollmacht noch Prokura hatte. Der Kläger könnte daher nur dann leitender Angestellter gewesen sein, wenn er i.S. des § 5 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG im wesentlichen eigenverantwortliche Aufgaben wahrgenommen hätte, die ihm regelmäßig wegen ihrer Bedeutung für den Betrieb und die Entwicklung des Betriebes im Hinblick auf besondere Erfahrungen und Kenntnisse übertragen worden wären.

In der Rechtsprechung des erkennenden Senats ist der Begriff durch eine Vielzahl von Kriterien umschrieben und eingegrenzt worden (Beschuß vom 5. März 1974 - 1 ABR 19/73 - /demnächst/ AP Nr. 1 zu § 5 BetrVG 1972; bestätigt durch die Beschlüsse vom 19. November 1974 - 1 ABR 20/73 und 50/73 - /demnächst/ AP Nr. 2 und 3 zu § 5 BetrVG 1972; BAG vom 17. Dezember 1974 - 1 ABR 133/73 und 1 ABR 131/73 -; BAG vom 28. Januar 1975 - 1 ABR 52/73 -). Im einzelnen ist danach von folgenden Voraussetzungen auszugehen: Erforderlich ist zunächst, daß spezifisch-unternehmerische Teilaufgaben wahrgenommen werden, die im Hinblick auf die Gesamttätigkeit des Angestellten und die Gesamtheit der Unternehmeraufgaben erheblich sind. Die Übertragung der Aufgaben muß typischer - oder üblicherweise im Hinblick auf die besonderen Erfahrungen und Kenntnisse dieser Personen erfolgen. Die Angestellten müssen von der Funktion her unternehmensbezogenen Einfluß besitzen. Diese Voraussetzung ist gegeben, wenn der Angestellte kraft seiner leitenden Funktion maßgeblichen Einfluß auf die wirtschaftliche, technische, kaufmännische, organisatorische, personelle oder wissenschaftliche Führung des Unternehmens bzw. Betriebes dadurch ausüben kann, daß er

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



- 10 -

entweder selbst die maßgeblichen Entscheidungen trifft oder kraft seiner Schlüsselposition Voraussetzungen schafft, an denen die Unternehmensführung bei ihren Entscheidungen nicht vorbeigehen kann. Zwar kann die Beeinflussung des Entscheidungsspielraums des Angestellten durch vorgegebene Richtlinien oder Sachzwänge für dessen Rechtsstatus unschädlich sein, gleichwohl kann aber insoweit die Stellung des betreffenden Arbeitnehmers in der Hierarchie des Unternehmens einen Anhaltspunkt für die Bedeutung seiner Funktion und seinen Entscheidungsspielraum innerhalb des Gesamtunternehmens geben. Je tiefer er in der Hierarchie steht und je mehr Vorgesetzte er hat, umso weniger spricht dafür, daß er einen eigenen breiten Entscheidungsspielraum hat. Die Aufgaben muß der Angestellte "nach Dienststellung und Dienstvertrag" wahrnehmen. Zwischen Arbeitsvertrag und tatsächlicher Arbeitsleistung muß Deckungsgleichheit bestehen. Maßgeblich ist eine Gesamtwürdigung der Tätigkeit des Angestellten. Die spezifischen Unternehmernaufgaben müssen die Tätigkeit des Angestellten schwerpunktmäßig bestimmen.

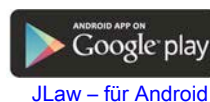
Wegen dieser tatsächlichen Elemente bei der Begriffsbestimmung und weil es sich bei den Abgrenzungsmerkmalen um unbestimmte, allgemeine Rechtsbegriffe handelt, kommt dem Tatsachengericht ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu. Das Rechtsbeschwerdegericht (Revisionsgericht) kann nur nachprüfen, ob die Bewertungsmaßstäbe im einzelnen richtig erkannt sind, eine vertretbare Gesamtwertung aller maßgeblichen Gesichtspunkte erfolgt ist und ob alle wesentlichen Tatsachen ohne Verstoß gegen die Denkgesetze oder allgemeinen Erfahrungssätze berücksichtigt worden sind (vgl. BAG, aaO, demnächst AP Nr. 1, 2 und 3 zu § 5 BetrVG 1972).

Das Landesarbeitsgericht geht in seinem Urteil von den Grundsätzen aus, wie sie der erkennende Senat in seinem Beschluß vom 5. März 1974 - 1 ABR 19/73 - aufgestellt hat. Nach den getroffenen Feststellungen läßt sich

- 11 -



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



- 11 -

aus der Stellung des Klägers innerhalb der Verkaufsorganisation keine besondere Nähe zur Unternehmensleitung entnehmen. Dies ergibt sich, wenn man die hierarchische Struktur der Verkaufsorganisation der Beklagten betrachtet. Sie war dahin gegliedert, daß unterhalb der Geschäftsleitung der Gesamtprokurist H für die Leitung des Verkaufes im Außendienst zuständig war. Ihm waren vier Verkaufsdirektoren unterstellt, denen jeweils mehrere Hauptgebiete zugeordnet waren. Regelmäßig waren einem Verkaufsdirektor zwei stellvertretende Verkaufsdirektoren unterstellt. Jeder Verkaufsdirektion sind sodann Hauptgebietsleiter zugeordnet. Wie sich im übrigen aus der nicht mit einer Revisionsrüge angegriffenen Aussage des Zeugen B ergibt, hat sich durch die Ernennung des Klägers zum stellvertretenden Verkaufsdirektor in seiner Tätigkeit als Hauptgebietsleiter nichts geändert. Er hat nur die Einkäufer der Großkunden besucht und mit diesen verhandelt. Die Verhandlung auf Geschäftsführerebene war Sache der Verkaufsdirektoren. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts war der Kläger innerhalb der ihm von der Geschäftsleitung vorgeschriebenen Konzeptionen und hinsichtlich der Konditionen im Bereich des Verkaufs fast ohne Spielraum. Er war an Richtlinien gebunden, die wesentliche Eigenentscheidungen nicht zuließen.

Angesichts dieser Feststellungen liegt die Wertung des Landesarbeitsgerichts, bei dem Kläger handle es sich nicht um einen leitenden Angestellten i.S. des § 5 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG, durchaus in dem ihm zustehenden Beurteilungsspielraum. Es ist weder ein Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften noch gegen die Denkgesetze anzunehmen, wenn das Landesarbeitsgericht zu der Auffassung kommt, der Kläger habe in Wirklichkeit eine verhältnismäßig untergeordnete Stellung im Verkauf bei der Beklagten innegehabt und nur einen verhältnismäßig schmalen Bereich unternehmerischer Aufgaben ohne größeren Entscheidungsspielraum zu erfüllen gehabt. Aus dem Sachvortrag der Parteien ergibt sich nicht, daß der Kläger Entscheidungen treffen konnte, die erhebliche Auswirkungen

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

- 12 -



- 12 -

auf Unternehmensebene gehabt hätten (vgl. Beschluß des Senats vom 19. November 1974 - 1 ABR 20/74 -, [demnächst] AP Nr. 2 zu § 5 BetrVG 1972).

Für die Frage, ob ein Arbeitnehmer den Begriff des leitenden Angestellten erfüllt, ist es allerdings unerheblich, ob in seinem Arbeitsvertrag auf bestimmte tarifvertragliche Regelungen Bezug genommen worden ist. Auch leitende Angestellte können durch Einzelarbeitsverträge den Regelungen eines Tarifvertrages unterstellt werden. Insoweit ist der Beklagten zuzugeben, daß die Argumentation des Landesarbeitsgerichts nicht zwingend ist. Da es sich hierbei jedoch lediglich um eine zusätzliche Argumentation handelt, ändert dies nichts an dem Gesamtergebnis.

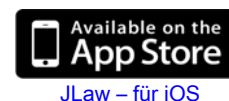
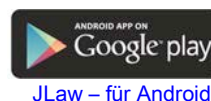
Die Revision rügt mangelnde Sachaufklärung, das Landesarbeitsgericht habe nur auf den Dienstvertrag, nicht aber ausreichend auf die tatsächliche Dienststellung des Klägers abgehoben, die aber ein anderes Bild ergeben hätte. Wird die Verletzung des § 139 ZPO gerügt, so muß aber genau angegeben werden, wonach das Gericht hätte fragen sollen und was die Partei darauf im einzelnen geantwortet hätte (vgl. BAG AP Nr. 8 zu § 322 ZPO; BAG 13, 340 [344] = AP Nr. 37 zu § 233 ZPO; AP Nr. 10 zu § 565 ZPO). Das ist im vorliegenden Fall unterblieben, die Rüge der Verletzung des § 139 ZPO ist daher nicht in der erforderlichen Form vorgebracht worden und daher bereits unzulässig.

c) Nach einhelliger Ansicht ist die gesetzliche Abgrenzung des § 5 Abs. 3 BetrVG zwingend. Sie kann weder von den Parteien des Arbeitsvertrages noch durch die Betriebspartner abweichend vom Gesetz geregelt werden (Fitting-Auffarth-Kaiser, aaO, § 5 RdNr. 28; Dietz-Richardi, aaO, § 5 RdNr. 123). Weder die Ansicht des Betriebsratsvorsitzenden noch die Meinung des Personalleiters P über die Stellung des Klägers hat deshalb irgendeine Bedeutung. Ebenso unerheblich ist die Tatsache, daß der Kläger an der Betriebsratswahl nicht teilgenommen hat. Auch die Nichteintragung in die Wählerliste wäre als solche nicht entscheidend (vgl. dazu Beschluß

- 13 -



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



- 13 -

des Senats vom 5. März 1974 - 1 ABR 19/73 -, demnächst AP Nr. 1 zu § 5 BetrVG 1972 unter II, 2 der Gründe).

3. Da der Kläger somit kein leitender Angestellter i.S. des § 5 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG gewesen ist, war zur Wirksamkeit der Kündigung die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats erforderlich (§ 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG).

Die Anhörung nach § 102 Abs. 1 BetrVG ist ein stärkeres Beteiligungsrecht als die bloße Unterrichtung gemäß § 105 BetrVG, da sie den Sinn hat, dem Betriebsrat Gelegenheit zu geben, eigene Überlegungen zur Kündigungsabsicht des Arbeitgebers anzustellen und diesem mitzuteilen. Insbesondere muß dem Betriebsrat hier die Gelegenheit gegeben werden, über etwaige Widerspruchsgründe zu beschließen (BAG AP Nr. 2 zu § 102 BetrVG 1972). An den Inhalt der Mitteilung der beabsichtigten Kündigung durch den Arbeitgeber sind daher bei der Anhörung andere Maßstäbe anzulegen, als bei der bloßen Unterrichtung nach § 105 BetrVG (vgl. BAG, aaO). Eine ausdrückliche Aufforderung an den Betriebsrat, zu der beabsichtigten Kündigung Stellung zu nehmen, ist zwar nicht erforderlich (BAG, aaO). Aus dem nicht nur graduellen Unterschied zwischen Anhörung und Unterrichtung folgt jedoch, daß eine Information nach § 105 BetrVG nicht ohne weiteres das Anhörungsverfahren nach § 102 Abs. 1 BetrVG einschließt.

Maßgeblich ist der in der Erklärung gegenüber dem Betriebsrat zum Ausdruck kommende Wille des Arbeitgebers so wie sie der Betriebsrat verstehen mußte und auch verstanden hat (vgl. BAG AP Nr. 36 zu § 133 BGB). Es handelt sich hierbei um eine Willenserklärung nicht typischer Art (offen gelassen in BAG AP Nr. 37 zu § 133 BGB). Die Auslegung derartiger Willenserklärungen ist aber grundsätzlich Sache der Tatsacheninstanz. In diesen Fällen ist eine Überprüfung durch das Revisionsgericht nur dahin möglich, ob das Berufungsgericht eine Auslegung völlig unterlassen hat, ob diese unzureichend ist oder ob gegen ein Gesetz verstoßen oder wesentlicher Auslegungstoff nicht herangezogen worden ist (BAG AP Nr. 5 zu § 276 BGB Verschulden bei Vertragsabschluß; AP Nr. 30, 32, 33, 34 zu § 133 BGB; AP Nr. 1 und 2 zu § 157 BGB;

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

- 14 -



- 14 -

AP Nr. 7 zu § 550 ZPO); eine prozessuale Rüge in dieser Hinsicht ist von der Revision nicht erhoben worden.

Die Auslegung der Erklärung des Zeugen P durch das Landesarbeitsgericht dahingehend, dieser habe lediglich eine Information nach § 105 BetrVG gegeben und geben wollen, ist jedenfalls möglich. Wie sich nämlich aus der Aussage des Zeugen P ergibt, hat dieser bei der Mitteilung der beabsichtigten Kündigung dem Betriebsratsvorsitzenden auch gesagt, der Kläger sei leitender Angestellter. Daß der Erklärungsempfänger (der Betriebsratsvorsitzende) die Erklärung auch nur als Information nach § 105 BetrVG verstanden hat, zeigt seine Weiterbehandlung der Angelegenheit. Er hat keine Betriebsratssitzung einberufen, sondern erst später bei passender Gelegenheit die übrigen Betriebsratsmitglieder über den Kündigungsvorgang unterrichtet. Es gibt auch keinen Rechtsatz des Inhalts, daß eine Information nach § 105 BetrVG - jedenfalls dann, wenn die Kündigungsgründe dem Betriebsrat mitgeteilt werden oder schon bekannt sind - stets oder doch zumindest in aller Regel in eine Anhörung nach § 102 Abs. 1 BetrVG umzudeuten ist. Vielmehr kommt es - wie schon dargelegt - darauf an, wie der Erklärungsinhalt der Mitteilung im konkreten Einzelfall auszulegen ist, insbesondere vom Erklärungsempfänger (Betriebsrat) verstanden werden konnte.

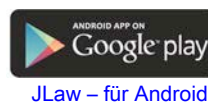
Eine ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats durch die Beklagte gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG ist hier nicht erfolgt. Die Kündigung ist somit gemäß § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam.

4. Der Revision kann auch nicht gefolgt werden, wenn sie meint, der Kläger dürfe sich wegen Rechtsmißbrauchs nicht auf die fehlende Anhörung des Betriebsrats berufen. Die Ausübung eines Rechtes ist in der Regel nur dann mißbräuchlich, wenn der Berechtigte es durch unredliches Verhalten erworben hat. Die Rechtsausübung kann also unzulässig sein, wenn dem Berechtigten eine Verletzung eigener Pflichten

- 15 -



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



- 15 -

zur Last fällt. Zu berücksichtigen ist hierbei, daß - wie schon dargelegt - die Abgrenzung des leitenden Angestellten nach § 5 Abs. 3 BetrVG zwingendes Recht ist. Weder durch Einvernehmen zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber noch durch Einvernehmen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber kann hier eine Änderung eintreten. Auf der anderen Seite besteht für den einzelnen Arbeitnehmer auch keine Pflicht, sich gegen die Behandlung als leitender Angestellter zu wehren. Auch wenn der Arbeitnehmer es unterläßt, seine Stellung zu klären, wird er damit bei Fehlen der Voraussetzungen weder zum leitenden Angestellten, noch verletzt er dadurch die ihm aus dem Arbeitsvertrag obliegenden Pflichten. Wollte man im übrigen aus der bloßen Tatsache, daß ein Arbeitnehmer seiner Behandlung als leitendem Angestellten nicht widersprochen hat, folgern, daß seine Berufung auf eine normale Arbeitnehmerstellung rechtsmißbräuchlich und damit unwirksam wäre, könnte über diesen Umweg der zwingende Charakter des § 5 Abs. 3 BetrVG ausgeschaltet werden. Ob etwa dann etwas anderes zu gelten hat, wenn der Angestellte ausdrücklich einer Anhörung des Betriebsrats in seiner Kündigungsangelegenheit widerspricht oder diese in anderer Weise vereitelt, ist hier nicht zu entscheiden.

5. Der Anspruch des Klägers auf Zahlung des Gehalts und der Prämie von 500,-- DM brutto für die Monate Juli, August, September 1973 ist gemäß § 615 BGB in Verbindung mit § 295 BGB begründet. Ein wörtliches Angebot war hierbei für die Inverzugsetzung der Beklagten ausreichend, da durch die fristlose Kündigung die Ablehnung der Arbeitsleistung deutlich geworden ist (BAG AP Nr. 5 zu § 9 MuSchG; AP Nr. 18, 23 zu § 615 BGB; vgl. auch AP Nr. 24 zu § 615 BGB). Auch ein einfacher Widerspruch gegen die Kündigung ist hierbei ausreichend. Mit Schreiben vom 2. Juli 1973 hat der Kläger ausdrücklich seine Arbeitskraft zur Verfügung gestellt. Bereits mit Schreiben vom 1. Juli 1973 - also unverzüglich nach Zugang der Kündigungserklärung - hatte er der Kündigung widersprochen.

- 16 -



- 16 -

6. Nicht in vollem Umfange begründet ist jedoch der Anspruch des Klägers auf Zahlung von Urlaubsabgeltung für 14 Arbeitstage aus dem Jahre 1973. Unstreitig stehen dem Kläger nach § 6 des Arbeitsvertrages vom 2. Februar 1973 22 Arbeitstage Urlaub pro Jahr zu. Die Beklagte hat unwidersprochen vorgetragen, daß der Kläger für das Jahr 1973 sechs Tage Urlaub in Natur erhalten hat, vier weitere Tage seien ihm abgegolten worden. Insgesamt sind also dem Kläger bisher bereits 10 Tage Urlaub gewährt worden. Der Urlaubsanspruch ist damit nur in Höhe von 12 Tagen begründet, im übrigen ist - was auch in der Revisionsinstanz zu beachten - der Anspruch nicht schlüssig dargelegt. Der Betrag von 1.450,-- DM brutto für 14 Tage Urlaub ist zwischen den Parteien rechnerisch unstreitig. An diese rechnerische Größe ist daher der Senat gebunden, obwohl die Berechnungsweise selbst unaufgeklärt bleibt.

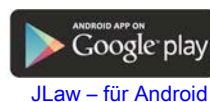
Da dem Kläger statt 14 nur 12 Tage Urlaubsabgeltung zustehen, ist der Betrag für zwei Tage abzuziehen. Geht man von einem Betrag von 1.450,-- DM brutto für 14 Tage aus, dann ergibt das einen Tagessatz von 103,57 DM brutto. Für zwei Tage sind daher 207,14 DM brutto abzuziehen. Dem Kläger steht daher eine Urlaubsabgeltung nur in Höhe von 1.242,86 DM brutto zu.

7. Nach § 18 Nr. 2 des Manteltarifvertrages erlöschen alle beiderseitigen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis bei dessen Beendigung, wenn sie nicht innerhalb eines Monats nach dem tatsächlichen Ausscheiden aus dem Betriebe schriftlich geltend gemacht worden sind. Der Begriff der Beendigung erfaßt hier aber nur die rechtswirksame Beendigung eines Arbeitsverhältnisses. Diese Regelung kann keine Anwendung finden, wenn wegen eines anhängigen Kündigungsrechtsstreits noch gar nicht feststeht, ob ein Fall der "Beendigung des Arbeitsverhältnisses" vorliegt (BAG 23, 110 = AP Nr. 45 zu § 4 TVG Ausschußfristen). Maßgeblich ist daher die Ausschußfrist des § 18 Nr. 1 des Manteltarifvertrages. Danach erlöschen bei bestehendem

- 17 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 17 -

Arbeitsverhältnis Ansprüche auf Vergütung jedweder Art erst, wenn sie nicht innerhalb von zwei Monaten nach Gehaltsabrechnung geltend gemacht worden sind. Eine Gehaltsabrechnung für die hier in Rede stehenden Monate hat der Kläger aber bislang nicht erhalten. Die Ausschlußfrist konnte daher nicht zu laufen beginnen.

8. Von den dem Kläger gemäß Ziffer II 6 der Gründe zustehenden Zahlungsbeträgen sind 3.842,84 DM abziehen, da er insoweit Arbeitslosengeld erhalten hat. Somit ergibt sich ein Gesamtbetrag von 11.442,86 DM brutto abzüglich 3.842,84 DM.

9. Die Klage mußte daher in Höhe von 207,14 DM brutto abgewiesen werden. Was die Kostenentscheidung angeht, so ist im Verhältnis zur Gesamtforderung der abzuweisende Betrag zwar geringfügig. Gleichwohl kommt eine Anwendung der kostenrechtlichen Bestimmung des § 92 Abs. 2 ZPO nicht in Betracht, weil danach auch Voraussetzung ist, daß die Zuvielforderung keine besonderen Kosten veranlaßt hat. Das aber bedeutet, daß die Mehrforderung den Streitwert nicht in eine höhere Gebührenstufe gebracht haben darf (Baumbach-Lauterbach, ZPO, § 92 Anm. 2; Thomas-Putzo, ZPO, § 92 Anm. 4 a). Im vorliegenden Fall liegt der Streitwert genau auf einer Grenze. Die Mehrforderung von 207,14 DM brutto hat insoweit gebührenmäßige Auswirkungen. Die Kosten können daher gemäß § 92 Abs. 2 ZPO nicht der Beklagten insgesamt auferlegt werden. Es mußte eine Kostenteilung gemäß § 92 Abs. 1 vorgenommen werden.

gez.: Dr. Auffarth

Wendel

Bichler

Hirschmann

Dr. Lohauß

