

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

Gesetz: BetrVG 1972 § 5 Abs. 3, § 102 Abs. 1; BGB § 242, § 615;
RTV für die Angestellten im Groß- und Außenhandel NRW
§ 9; ZPO § 258, § 323

Leitsätze:

1. Im Rahmen einer Kündigungsschutzklage ist als Vorfrage auch zu prüfen, ob ein Arbeitnehmer leitender Angestellter ist und deshalb die Anhörung des Betriebsrats nach § 102 Abs. 1 BetrVG entfällt.
2. Der Leiter eines Verbrauchermarktes mit 45 Arbeitnehmern ohne nennenswerten eigenen Entscheidungsspielraum in personellen oder kaufmännischen Angelegenheiten oder bei Verhandlungen mit dem Betriebsrat ist auch dann kein leitender Angestellter, wenn er Betriebsleiter eines Betriebes mit eigener Rechtspersönlichkeit und eigenem Betriebsrat ist.
3. Im Kündigungsschutzprozeß muß der Arbeitgeber im Streitfall beweisen, daß vor einer von ihm ausgesprochenen Kündigung der Betriebsrat gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG gehört worden ist oder nicht gehört zu werden brauchte, weil es sich um die Kündigung eines leitenden Angestellten handelte.
4. Gehen die Parteien eines Arbeitsverhältnisses einverständlich davon aus, ein Arbeitnehmer sei leitender Angestellter, so ist dieser gleichwohl nicht gehindert, im Kündigungsschutzprozeß geltend zu machen, er falle nicht unter den Personenkreis des § 5 Abs. 3 BetrVG.
5. "Wiederkehrende Leistungen" i.S. des § 9 Rahmentarifvertrag für Angestellte im Groß- und Außenhandel Nordrhein-Westfalen, gültig ab 1. Januar 1972, sind auch Gehaltsansprüche.
6. Ist der Arbeitgeber nach einer gemäß § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksamen Kündigung zur Gehaltsfortzahlung verpflichtet, so entfällt der Annahmeverzug des Arbeitgebers nach § 615 BGB nicht schon deshalb, weil dem Arbeitnehmer aus Gründen gekündigt worden ist, die unter Umständen für eine Kündigung aus wichtigem Grund ausreichen.

Aktenzeichen: 1 AZR 613/74
Urteil des BAG vom 19. August 1975

LAG Hamm



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1 AZR 613/74

6 Sa 826/73 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 Dr. Lohauß und Hirschmann für Recht erkannt:

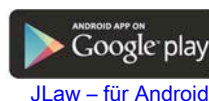
Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 15. Oktober 1974 - 6 Sa 826/73 - wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

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)



T a t b e s t a n d :

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ohne vorherige Anhörung des Betriebsrats ausgesprochenen fristlosen Kündigung und um die Gehaltszahlung bis zum 30. September 1974.

Der Kläger arbeitete nach bestandener Kaufmanns-gehilfenprüfung zunächst als Substitut bei dem Kaufhausunternehmen K . Anschließend war er Einkäufer und Abteilungsleiter bei dem Lebensmittelhandelsunternehmen B und sodann Revisor bei dem Lebensmittelfilialunternehmen H . Nachdem er vier Jahre lang selbständig in der Lebensmittelbranche -Vertrieb von Pommes-frites-tätig gewesen war, übernahm er die Leitung eines Verbrauchermarktes der Firma W und war schließlich Leiter der Lebensmittelabteilung eines Supermarktbetriebes der Firma D .

Am 15. Februar 1972 trat der Kläger als Betriebsleiter mit einem Bruttomonatsgehalt von 2.400,--DM in die Dienste der Beklagten. Diese betreibt in I einen ca. 10000 qm großen Supermarkt mit etwa 45 Arbeitnehmern. Der monatliche Umsatz dieses Supermarktes lag im Jahre 1972 zwischen 350.000,-- und 650.000,-- DM und steigerte sich vor Weihnachten 1972 auf ca. 1,2 Millionen DM. Dem Kläger wurde die Leitung dieses Supermarktes übertragen. Es besteht dort ein Betriebsrat.

Die Beklagte ist eine eigene juristische Person - eine GmbH & Co. KG - und gehört einer Firmengruppe an, die aus insgesamt acht selbständigen Kommanditgesellschaften besteht, deren Komplementäre jeweils Gesellschaften mit beschränkter Haftung sind. Zwei dieser Kommanditgesellschaften betreiben den SB-Großhandel, während die übrigen sechs Kommanditgesellschaften, darunter die Beklagte, jeweils einen Verbrauchermarkt für Endverbraucher betreiben. Das Sortiment umfaßt den gesamten Lebensmittelbereich eines Selbstbedienungsmarktes und den Nonfood-Bereich. Die Firmengruppe beschäftigt insgesamt etwa 600

- 3 -

Arbeitnehmer. In den sechs Verbrauchermärkten sind jeweils rund 40 Arbeitnehmer tätig. Die übrigen Beschäftigten verteilen sich auf die beiden Großhandlungen. Gesellschafter und Kommanditisten der acht Gesellschaften sind die Brüder Heinz und Dieter F , die gleichzeitig auch Geschäftsführer der einzelnen Komplementär-GmbH sind.

Die Muttergesellschaft sämtlicher Kommanditgesellschaften der Firmengruppe ist der Selbstbedienungsgroßmarkt Max F GmbH & Co. KG in B . Hier ist auch der Sitz der Zentralverwaltung, deren Geschäftsführung die Stabsentscheidungen fällt. Die Geschäftsleitung besteht aus den Brüdern Heinz und Dieter F sowie dem Geschäftsführer M , dem nur die beiden Großhandlungen unterstehen, und dem Prokuristen und Vertriebsleiter, Zeugen D , der die sechs Verbrauchermärkte von der Zentralstelle her zu betreuen hat. Zur Zentralverwaltung gehört ferner die Personalabteilung, der der Personalleiter, Zeuge D , vorsteht und über die alle Personalangelegenheiten der Firmengruppe zentral abgewickelt werden. Der Geschäftsführung der F - Unternehmensgruppe unterstehen die sechs Betriebsleiter der Verbrauchermärkte, die sog. Marktleiter. Zu diesen zählte auch der Kläger als Betriebsleiter des Supermarktes in I .

Die arbeitsvertraglichen Rechte und Pflichten des Klägers richteten sich nach dem zwischen den Parteien abgeschlossenen schriftlichen Anstellungsvertrag vom 8. Februar 1972, den "Betriebliche Anordnungen und Richtlinien" und nach der Anlage zu diesem Anstellungsvertrag vom 23. Februar 1972. In dieser Anlage zum Anstellungsvertrag heißt es u.a.:

"Herr Norbert G ist als Betriebsleiter eingestellt und hat folgende in den "Betriebliche Anordnungen und Richtlinien" näher erläuterten Punkte zu beachten. Zuwiderhandlungen können eine sofortige Vertragslösung zur Folge haben. Herr G hat für einen geordneten Betriebsablauf und eine Betriebsführung im Sinne der Geschäftsleitung der Firma zu sorgen. Insbesondere verpflichtet sich Herr G , in jedem Falle den



gesetzlichen und behördlichen Vorschriften Genüge zu leisten und die Haftung hierfür zu übernehmen.

Herr G ist für alle fachlichen, gesetzlichen und behördlichen Fragen und Vorschriften eines Lebensmittelgroß- und Einzelhandelsbetriebes auf dem laufenden

In Zweifelsfällen ist bei der Geschäftsleitung in B Auskunft einzuholen. In jedem Falle des Widerspruchs von Anordnungen der Geschäftsführung in B gegenüber Vorschriften, Gesetzen usw. ist darauf hinzuweisen, und zwar vor der Durchführung.

Ersatz- und Neuanschaffungen sowie Umbauten etc. sind genehmigungspflichtig.

Personalangelegenheiten wie z.B. Einstellung, Entlassung etc. sind nach Rücksprache mit der Geschäftsführung zu regeln.

Vertragliche Bindungen jeder Art bedürfen der schriftlichen Zustimmung der Geschäftsführung.

Das Warenlager ist täglich auf die im einzelnen erfaßten Punkte in den "Betrieblichen Anordnungen" durchzusehen. Dazu gehören die Übersicht über Fehlpunkte, einwandfreie Lagerung und unverdorbene Ware. Sauberkeit der Räume und des Personals, Preiskontrollen, Preisänderungen; geänderte oder neue Preisschilder selbst zum richtigen Zeitpunkt den betreffenden Abteilungsleitern übergeben.

Warenlieferungen und auch sonstige Rechnungen dürfen nie bar bezahlt werden. Ausnahmen sind Paketannahmen und Kleinausgaben.

Über die Schlüsselgewalt erfolgt eine Sonderregelung. Generell sollen die Betriebsräume immer nur von 2 Angestellten gemeinsam betreten werden. Warenannahmen ohne Lieferschein sind nicht gestattet. Der Betriebsleiter und dessen Stellvertreter haften für den Hauptkassenbetrag in voller Höhe ...

Für die tägliche Berichterstattung sind laufend Aufzeichnungen des Tagesgeschehens in Stichworten zu machen.

Außerdem sind der Betriebsleiter und dessen Stellvertreter dafür verantwortlich, daß die Lehrlinge ordnungsgemäß beaufsichtigt werden und dieselben zum Berufsschulunterricht angehalten werden. Sie sind für die volle Lehrlingsausbildung verantwortlich. Die Betriebsleiter und dessen Stellvertreter haben über Betriebsangelegenheiten, wie z.B. Umsatz, Inventur, Kalkulation gegenüber Nichtfirmenangehörigen Stillschweigen zu bewahren.

Auch darf das Personal nur soweit in Kenntnis gesetzt werden, wie der Geschäftsführer bzw. der Prokurist es für richtig erachtet"



Die Anweisung "Betriebliche Anordnungen und Richtlinien" sieht u.a. vor: ...

3. Jeglicher Schriftverkehr ist über Hauptbetrieb
B abzuwickeln. ...

4. ...

Die Durchführung der Fa. Werbungen - insbesondere die Kontrolle und Berechnung der Probenverteilungen - hat streng nach den Vorschriften des Betriebes
B zu erfolgen. ...

5. Annahme von Schecks statt Bargeld verboten. Kein Verkauf ohne Barzahlung.

....

13. Führung und Abrechnung des Portobuches erfolgt nach Abstimmung mit der Buchhaltung.....

....

15. Korrespondenz wird in der Regel durch B erledigt. In Ausnahmefällen hat ein Belegdurchschlag täglich mit sonstigen Unterlagen zur Zentrale zu gelangen.

...

26. Vertreterempfang ist zu unterlassen und nach B zu verweisen. ...

27. Preisänderungen müssen täglich sofort nach Bekanntgabe vorgenommen werden. ...

...

42. Einstellungen und Kündigungen erfolgen nach Einvernehmen mit der Geschäftsführung. ...

43. ...

Notfalls vorzunehmende Preisermäßigungen sind immer erst mit der Geschäftsleitung zu besprechen und genehmigen zu lassen (Formular ausfüllen).



Als Betriebsleiter war der Kläger für den Umsatz und den Warenbestand des Verbrauchermarktes I verantwortlich. Die benötigten Waren orderte er bei der Zentrale der F -Firmengruppe im Rahmen des Sortiments der Zentrale. In diesem Rahmen konnte er mengenmäßig disponieren und brauchte auch nicht alle Warengruppen zu führen, die die Zentrale in ihr Sortiment aufgenommen hatte. In der Preisgestaltung war der Kläger nicht frei; er hatte sich an die von der Zentrale festgelegten Abgabepreise zu halten. Aufgabe des Klägers war es ferner, darüber zu befinden, welche Waren oder Warengruppen im Verbrauchermarkt zu Zwecken der Werbung besonders herausgestellt werden sollten. Schließlich war der Kläger unmittelbarer Vorgesetzter des Personals des Verbrauchermarktes. Er war für den gesamten Arbeitseinsatz verantwortlich und teilte die anfallende Arbeit unter die Beschäftigten auf. Die Befugnis, Arbeitnehmer selbständig zu entlassen, war ihm nicht eingeräumt. Dieses Recht hatte sich die Zentrale vorbehalten, wie in der letzten mündlichen Berufungsverhandlung unstreitig geworden ist.

Am 12. Mai 1973 kündigte die Beklagte dem Kläger fristlos ohne vorherige Anhörung des Betriebsrats. Gegen diese Kündigung wendet sich der Kläger mit der am 23. Mai 1973 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage. Er hat die Auffassung vertreten, die Kündigung sei schon mangels Anhörung des Betriebsrats unwirksam, weil er nicht zu den leitenden Angestellten im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG gehöre. Im übrigen fehle es auch an einem wichtigen Kündigungsgrund. Mit seiner Klage hat der Kläger ferner Gehaltsfortzahlung sowie Überstundenvergütung verlangt.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen und ihrerseits vorgetragen, die fristlose Entlassung des Klägers sei aus einem wichtigen Grunde im Sinne des § 626 BGB gerechtfertigt. Einer vorherigen Anhörung des Betriebsrats habe es nicht bedurft, weil der Kläger leitender Angestellter im Sinne des § 5 Abs. 3 Ziff. 3 BetrVG sei. Der Kläger habe sich erhebliche Verfehlungen zuschulden kommen lassen, die seine Weiterbeschäftigung unzumutbar gemacht hätten.



Das Arbeitsgericht hat die Beklagte zur Zahlung einer Überstundenvergütung in Höhe von 958,01 DM brutto verurteilt und die Klage im übrigen abgewiesen. Es hat das Vorliegen eines wichtigen Kündigungsgrundes bejaht und ferner angenommen, daß der Kläger leitender Angestellter im Sinne des § 5 Abs. 3 Ziff. 3 BetrVG sei und es deshalb der Anhörung des Betriebsrats vor der fristlosen Kündigung nicht bedurft habe.

Beide Parteien haben gegen dieses Urteil Berufung eingelegt.

Durch rechtskräftig gewordenes Teilurteil hat das Landesarbeitsgericht die Berufung des Klägers insoweit als unzulässig verworfen, als sie sich gegen die teilweise Abweisung seines Klageanspruchs auf Überstundenvergütung richtete. Auf die Berufung der Beklagten ist dagegen das erstinstanzliche Urteil, soweit es dem Kläger eine Überstundenvergütung zugesprochen hat, abgeändert und die Klage in diesem Umfang abgewiesen worden.

In der Berufungsinstanz hat der Kläger seine Klage erweitert und nunmehr Gehaltsansprüche für die Zeit bis zum 30. September 1974 im Gesamtbetrage von 40.200,--DM brutto abzüglich des von ihm bis zu diesem Zeitpunkt bezogenen Arbeitslosengeldes von 8.000,--DM geltend gemacht und demgemäß beantragt,

1. festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis durch die fristlose Kündigung der Beklagten vom 12.5.1973 nicht aufgelöst worden ist,
2. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 40.200,-- DM brutto abzüglich erhaltener 8.000,--DM netto zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Berufung des Klägers zurückzuweisen. Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil, soweit es die Klage abgewiesen hat.

Das Landesarbeitsgericht hat dem Feststellungsantrag und in Höhe von 39.920,--DM brutto minus 8.000,--DM netto auch dem Zahlungsantrag stattgegeben. Der Unterschied zu dem vollen eingeklagten Betrag ergibt sich aus einer



rechnerischen Differenz. Das angefochtene Urteil kommt unter Zugrundelegung der Entscheidung des Senats vom 5. März 1974 - 1 ABR 19/73 - (AP Nr. 1 zu § 5 BetrVG 1972, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung bestimmt) und unter Würdigung der erhobenen Beweise zu dem Ergebnis, der Kläger sei kein leitender Angestellter im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG 1972. Da der Betriebsrat nicht gehört worden sei, sei die fristlose Entlassung des Klägers gemäß § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam, ohne daß es darauf ankomme, ob der Beklagten ein wichtiger Kündigungsgrund im Sinne des § 626 BGB zur Seite stehe.

Gegen diese Entscheidung wendet sich die Beklagte mit der nach dem Streit- und Beschwerdewert statthaften Revision, während der Kläger um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat keinen Erfolg.

I. Außerordentliche Kündigung.

1. Die außerordentliche Kündigung ist gemäß § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam, weil der Betriebsrat unstreitig vor Ausspruch der Kündigung des Klägers nicht gehört worden ist, aber nach § 102 Abs. 1 BetrVG 1972 hätte gehört werden müssen (vgl. BAG Urteil vom 28. Februar 1974 - 2 AZR 455/73 - =AP Nr. 2 zu § 102 BetrVG 1972, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung bestimmt). Da der Kläger kein leitender Angestellter war, hätte der Betriebsrat nach § 102 angehört und nicht nur nach § 105 informiert werden müssen.

2. Das Landesarbeitsgericht ist von der Grundsatzentscheidung des Senats vom 5. März 1974 (-1 ABR 19/73 - =[demnächst] AP Nr. 1 zu § 5 BetrVG 1972, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung bestimmt) ausgegangen. Nach nunmehr schon ständiger Rechtsprechung des Senats steht den Tatsachengerichten bei der Frage, ob ein Angestellter die Voraussetzungen des § 5 Abs. 3, insbesondere der Nr. 3 BetrVG 1972 erfüllt, ein Beurteilungsspielraum zu. Dieser Beurteilungsspielraum ist hier nicht überschritten. Die Angriffe der Revision gegen



das angefochtene Urteil greifen nicht durch, wie unter I 4 - 7 näher auszuführen ist.

3. Die entsprechenden Feststellungen und deren Würdigung nach § 5 Abs. 3 BetrVG sind hier als Vorfrage im kündigungsschutzrechtlichen Urteilsverfahren vorzunehmen. Es bedarf nicht der Durchführung eines besonderen Beschlußverfahrens zur Feststellung des Rechtsstatus des Klägers. Wenn auch derartige Streitigkeiten sonst 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: 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 und 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 handelt. Rechtskraftprobleme können hier 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 Subsumtionsschluß 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 Se-



nats vom 10. Juni 1974 (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 genannten 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 des 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.

4. Zu Recht geht das angefochtene Urteil davon aus, die Voraussetzungen des § 5 Abs. 3 Nr. 1 BetrVG 1972 seien beim Kläger nicht gegeben. Danach findet das Gesetz und demnach auch § 102 BetrVG 1972 keine Anwendung auf leitende Angestellte, wenn sie nach Dienststellung und Dienstvertrag zur selbständigen Einstellung und Entlassung von im Betrieb oder in der Betriebsabteilung beschäftigten Arbeitnehmern berechtigt sind. Nach den in den Entscheidungsgründen befindlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils war der Kläger unstreitig nicht zur selbständigen Entlassung von Arbeitnehmern befugt. Im übrigen weist das Landesarbeitsgericht auch zu Recht darauf hin, daß die rein tatsächliche Wahrnehmung von Aufgaben ohne die entsprechende rechtliche Befugnis zur Erfüllung der Voraussetzungen des § 5 Abs. 3 BetrVG nicht ausreicht; Dienststellung und Dienstvertrag müssen sich decken. Laut Dienstvertrag, dessen Anlage und den betrieblichen Anordnungen und Richtlinien hatte der

Kläger aber keine Befugnis zur selbständigen Einstellung und Entlassung von Arbeitnehmern.

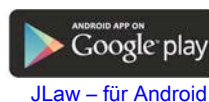
Die Beklagte macht in der Revision Ausführungen darüber, daß der Kläger sowohl Einstellungen als auch Entlassungen vorgenommen habe und daß dafür Zeugen benannt worden seien. Damit soll offenbar eine Prozeßrüge nach § 286 ZPO erhoben werden. Diese ist aber teils unzulässig, teils unbegründet. Deshalb ist die vom Landesarbeitsgericht vorgenommene Beweiswürdigung für den Senat bindend. Soweit die Beklagte darauf verweist, der Kläger habe vier Arbeitnehmer selbstständig eingestellt, ist die Rüge bereits wegen Fehlens näherer Angaben, was diese Zeugen eigentlich hätten bekunden sollen und wann und wo das Beweisangebot in den Vorinstanzen gemacht worden sei, unzulässig. Abgesehen davon kommt es auch auf diesen Beweisritt nicht an, einmal weil der Kläger laut Dienstvertrag keine Einstellungsbefugnis hatte, zum anderen weil ihm jedenfalls die außerdem erforderliche Entlassungsbefugnis fehlte. Insoweit rügt die Revision zwar die Nichtvernehmung eines Frl. M. Diese Rüge ist formell auch zulässig. Aber einmal wurde und wird nicht vorgetragen, daß diese Zeugin etwa Bekundungen darüber machen könne, ob der Kläger sie "selbstständig" entlassen konnte. Zum anderen hat das angefochtene Urteil als unstreitig festgestellt, daß der Kläger nicht zur selbständigen Entlassung von Arbeitnehmern befugt war. Diese Feststellung wäre nicht mit einer Prozeßrüge zu erschüttern, sondern allenfalls mit einem Antrag auf Tatbestandsberichtigung gemäß § 320 ZPO, der aber nicht gestellt worden ist (vgl. BAG AP Nr. 32 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers; BAG Urteil vom 6. Juni 1974 - 2 AZR 278/73 -, Ziff. I der Gründe, zur Veröffentlichung in AP vorgesehen und in der Amtlichen Sammlung bestimmt).

5. Das Landesarbeitsgericht hat auch nicht seinen Beurteilungsspielraum überschritten, wenn es die Voraussetzungen der Tatbestandsgruppe des § 5 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG beim Kläger nicht für gegeben ansieht. Den Ausführungen des angefochtenen Urteils ist vielmehr in vollem Umfange zuzustimmen.



Nach der bisherigen Rechtsprechung des Senats ist 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 erheblichen, 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 entweder selbst die maßgeblichen Entscheidungen trifft oder kraft seiner Schlüsselposition Voraussetzungen schafft, an denen die Unternehmensführung bei ihren Entscheidungen nicht vorübergehen kann. Zwar kann die Beeinflussung des Entscheidungsspielraums des Angestellten durch vorgegebene Richtlinien oder Sachzwänge für dessen Rechtsstatus unschädlich sein. Das gilt aber nicht, wenn Richtlinien so in die Einzelheiten gehen, daß alle oder die Mehrzahl der Entscheidungen bereits "vorprogrammiert" sind. 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 Unternehmeraufgaben müssen die Tätigkeit des Angestellten schwerpunktmäßig bestimmen.

Bei Anwendung dieser Abgrenzungsmerkmale auf Dienststellung und Dienstvertrag des Klägers sind dem angefochtenen Urteil keine revisiblen Rechtsverletzungen vorzuwerfen. Der Kläger hatte als Markt-



leiter in I praktisch keine andere Stellung als die eines Lebensmittelfilialleiters. Er konnte von den Frischartikeln abgesehen lediglich eine Auswahl unter dem Sortiment an Waren treffen, das die Zentrale der Handelskette ihm anbot. Selbst die Abgabepreise waren ihm im einzelnen vorgeschrieben; Preisermäßigungen mußten von der Zentrale genehmigt werden. Alle wesentlichen unternehmerischen und insbesondere kaufmännischen Entscheidungen wurden oberhalb der Ebene des einzelnen Marktleiters von der Zentrale getroffen. Zu Recht weist das Landesarbeitsgericht auch darauf hin, daß die betrieblichen Anordnungen und Richtlinien in 66 Einzelpunkten eine Fülle ins Einzelne gehender Anordnungen trafen, die dem Marktleiter kaum noch einen unternehmerischen Entscheidungsspielraum ließen, der über die Anordnungsbefugnis für rein arbeitstechnische Maßnahmen hinausging. Wenn überhaupt, so konnte der Kläger nur ausnahmsweise in einem schmalen Bereich eigenverantwortliche unternehmerische Entscheidungen treffen. Im übrigen hatte er im wesentlichen eine "normale" Vorgesetztenstellung (BAG Beschluß vom 17. Dezember 1974 - 1 ABR 131/73 - =[demnächst] AP Nr. 6 zu § 5 BetrVG 1972, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung bestimmt).

Diese Wertung der Tätigkeit des Klägers nach Dienststellung und Dienstvertrag wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, daß der Verbrauchermarkt I kein Lebensmittelfilialbetrieb im üblichen Sinne ist, sondern gesellschaftsrechtlich gesehen eine selbständige juristische Person mit einem eigenen Betriebsrat, so daß für die juristisch selbständigen einzelnen Verbrauchermärkte der Unternehmensgruppe in der Tat die Bildung eines Gesamtbetriebsrats nicht in Betracht kommt. Es ist der Revision zwar zuzugeben, daß innerhalb des Verbrauchermarktes I - keine leitenden Angestellten mit Linienfunktion vor-

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



handen waren, wenn man den Kläger nicht als leitenden Angestellten ansieht. Das ist aber rechtlich durch - aus möglich und dadurch bedingt, daß die Beklagte alle wesentlichen unternehmerischen Entscheidungen von der Zentrale in B aus traf. Dem Landesarbeitsgericht ist im Ergebnis auch darin beizupflichten, daß dem Aufgabenkreis des Klägers der sog. "Gegnerbezug" fehlte. Zwar war der Kläger als Marktleiter an sich der natürliche, "geborene" Verhandlungspartner gegenüber dem Betriebsrat des von ihm geführten Betriebes. Deshalb wäre im Normalfall auch in erheblichem Umfang eine Interessenpolarität vorhanden gewesen, was für die Bejahung der Eigenschaft als leitender Angestellter sprechen könnte. Das würde aber voraussetzen, daß der Kläger auch die Befugnisse besessen hätte, als Vertreter des Arbeitgebers mit dem Betriebsrat verbindlich zu verhandeln und anstelle des Arbeitgebers Entscheidungen zu treffen. Gerade das war aber nach dem eigenen Vortrag der Beklagten, sogar noch in der Revision, gerade nicht der Fall, weil der Personalleiter D von der Zentrale eingeschaltet wurde, wenn der Kläger Auseinandersetzungen mit dem Betriebsrat hatte, was nach eigenen Angaben der Beklagten häufig vorkam, oder wenn schwierigere Sachfragen zu klären waren. Entsprechende Bekundungen hat auch der Zeuge D gemacht. In einem derartigen Fall ist ein Betriebsleiter mangels ausreichender eigener Befugnisse im Mitbestimmungsbereich auch unter dem Gesichtspunkt des "Gegnerbezuges" kein leitender Angestellter (vgl. Fitting-Auffarth-Kaiser, BetrVG, 11. Aufl., § 5 Anm. 19 c).

6. Im Rahmen der Prüfung der Voraussetzungen des § 5 Abs. 3 Nr. 3 BetrVG prüft das Landesarbeitsgericht nochmals, ob der Kläger in personeller Hinsicht "maßgebliche selbständige unternehmerische Entscheidungen zu treffen hatte", insbesondere Personaleinstellungen vornehmen konnte. In diesem Zusammenhang sieht das Landesarbeitsgericht die Beklagte als Arbeitgeber



als beweispflichtig an und geht angesichts widersprechender Zeugenaussagen von der Darstellung des Klägers aus. Dieser Auffassung des Landesarbeitsgerichts ist entgegen der Ansicht der Revision zuzustimmen. Es kann offen bleiben, ob in jedem Fall der Arbeitgeber für das Vorliegen derjenigen Tatsachen, aus denen sich die Eigenschaft eines Arbeitnehmers als leitender Angestellter ergibt, beweispflichtig ist, bzw. im Beschlußverfahren die Beweislast dafür trägt, daß sich rechtserhebliche Umstände nicht feststellen lassen. Diese Frage ist jedenfalls zu bejahen, wenn im Rahmen eines Kündigungsrechtsstreits zunächst die formelle Wirksamkeit einer Kündigung des Arbeitgebers und damit aber die ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrats in Rede steht. Zwar muß der Arbeitnehmer bei jeder Kündigung binnen drei Wochen klageweise deren soziale Unwirksamkeit geltend machen, soll diese nicht ohne Rücksicht auf ihre wahre Rechtfertigung als von Anfang an rechtswirksam gelten (§ 7 KSchG). Auch die Unwirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung muß fristgemäß geltend gemacht werden (§ 13 Abs. 1 KSchG), sofern nicht wie hier die Anwendung des § 13 KSchG in Betracht kommt. Hat aber der Arbeitnehmer einmal das Kündigungsschutzverfahren eingeleitet, so muß der Arbeitgeber nach § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG die Tatsachen beweisen, "die die Kündigung bedingen". Dazu gehört nicht nur der Nachweis der personen-, verhaltens- oder betriebsbedingte Kündigungsgründe, sondern schon der Nachweis der ordnungsgemäßen Anhörung des Betriebsrats als erste Voraussetzung für die mögliche Wirksamkeit einer Kündigung (Fitting-Auffarth-Kaiser, BetrVG, 11. Aufl., § 102 Anm. 8; für Berücksichtigung "von Amts wegen": GK-Kraft, BetrVG, § 102 Anm. 17 unter Hinweis auf IAG Hamm, DB 1972, 2408; a.M.: IAG Düsseldorf 11. Januar 1974, DB 1974, 831; Eich, DB 1975, 1606; Stege-Weinspach, BetrVG, 2. Aufl., S. 408). Dann ist aber der Arbeitgeber im Rahmen eines Kündigungsrechtsstreits über eine von ihm ausgesprochene Kündigung auch dafür darlegungs- und beweispflichtig, daß die von ihm einzuleitende Anhörung des Betriebsrats gemäß § 102 Abs. 1

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



BetrVG ausnahmsweise unterbleiben konnte, weil es sich um einen leitenden Angestellten im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG handelte, bei dem die Verletzung der lediglich bestehenden Informationspflicht über personelle Veränderungen nach § 105 BetrVG nicht zur Unwirksamkeit einer Kündigung führt. Es gilt entsprechendes wie für den Nachweis der Ausschußfrist des § 626 Abs. 2 BGB (vgl. BAG AP Nr. 3 und 4 zu § 626 BGB Ausschußfrist, beide Urteile auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung bestimmt; BAG Urteil vom 10. April 1975 - 2 AZR 113/74- , zur Veröffentlichung in AP vorgesehen).

7. Die Revision weist schließlich noch darauf hin, der Kläger habe sich widersprüchlich verhalten; beide Parteien wären der Ansicht gewesen, der Kläger sei leitender Angestellter. Dieses Vorbringen genügt nicht für die Annahme eines Rechtsmißbrauchs. 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 zur Last fällt. Zu berücksichtigen ist hierbei, daß 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 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.

Schließlich ist die Eintragung oder Nichteintragung in die Wählerliste und die Frage, ob das Wahlrecht zum Betriebsrat tatsächlich ausgeübt wurde, nicht entscheidend für den Rechtsstatus als leitender Angestellter, wie der Senat schon entschieden hat (vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 5 BetrVG 1972 unter II 2 der Gründe).

II. Zahlungsansprüche.

1. Zutreffend geht das Landesarbeitsgericht davon aus, die Zahlungsansprüche des Klägers seien wegen Annahmeverzuges der Beklagten (§ 615 BGB) an sich gerechtfertigt. Das lediglich erforderliche wörtliche Angebot der Arbeitsleistung (§ 295 BGB), kann in der Erhebung der Kündigungsschutzklage gesehen werden (BAG AP Nr. 18 und AP Nr. 23 zu § 615 BGB = BAG 14, 156). Die während des Prozeßverlaufs entstehenden Lohnansprüche wurden so fällig, als wenn die Dienste wirklich geleistet worden wären (BAG 14, 156).

2. Der Hinweis der Revision, die Zahlungsansprüche seien nach § 9 RTV für die Angestellten im Groß- und Außenhandel Nordrhein-Westfalen, gültig ab 1. Januar 1972, teilweise verfallen, ist unrichtig. Der restliche Gehaltsanspruch für Mai 1973 wurde bereits mit Schriftsatz an das Arbeitsgericht vom 29. Mai 1973 geltend gemacht. Dann war aber nach § 9 Ziff. 2 Abs. 2 RTV zur Wahrung der Ausschlußfrist von drei Monaten eine erneute (rechtzeitige) Geltendmachung der erst später fällig werdenden wiederkehrenden Leistungen nicht erforderlich.

Bei den Gehaltsansprüchen handelt es sich auch um "wiederkehrende Leistungen" im Sinne der Tarifvorschrift, d.h. um eine regelmäßige künftige Leistung von feststehenden Beträgen, d.h. insbesondere von Gehalt. § 9 RTV regelt Fälligkeit und Erlöschen einerseits des Gehalts und andererseits anderer Vergütungen, die in wechselnder Höhe anfallen



können, aber nicht müssen (Vergütungen für Mehr-, Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit, Provisionen). Der Senat verkennt nicht, daß der Begriff der wiederkehrenden Leistungen im Sinne der Zivilprozeßordnung (§§ 258, 323 ZPO) nur solche Leistungen, insbesondere Unterhaltszahlungen, umfaßt, deren Fälligkeit nur noch vom Zeitablauf, aber nicht von einer Gegenleistung abhängig ist (vgl. Stein-Jonas, ZPO, 19. Aufl., §258 Anm. I 1). Würde man aber von diesem engen Begriff der Zivilprozeßordnung ausgehen, so wäre die Bestimmung des § 9 Ziff. 2 Abs. 2 RTV weitgehend gegenstandslos. Denn regelmäßig hängen die arbeitsvertraglichen Ansprüche, vor allem die Vergütungsansprüche des Arbeitnehmers, von einer von ihm zu erbringenden Gegenleistung ab. Von einem derartigen Willen der Tarifvertragsparteien ist daher nicht auszugehen. Ausschlußfristen in Tarifverträgen sind grundsätzlich eng, in ihnen enthaltene Ausnahmeregelungen dagegen weit auszulegen (BAG AP Nr. 39 zu § 4 TVG Ausschlußfristen; vgl. auch die Regelung in § 70 Abs. 3 BAT).

3. Schließlich macht die Revision der Beklagten den Einwand der Arglist auch gegenüber den Gehaltsansprüchen des Klägers geltend. Sie beruft sich auf die Vorwürfe, die Anlaß zur außerordentlichen Kündigung waren und die das Arbeitsgericht als ausreichend angesehen, das Landesarbeitsgericht aber nicht geprüft hat. Soweit nunmehr noch vorgetragen wird, es sei ein Verlust von ca. 200.000,--DM im Warenbestand eingetreten, handelt es sich allerdings um einen in der Revisionsinstanz unzulässigen neuen Sachvortrag. Die übrigen Vorwürfe sind, ihre Richtigkeit unterstellt, nicht so schwerwiegend, daß sie zum Wegfall des Annahmeverzugs der Beklagten und damit der Gehaltszahlungsansprüche des Klägers führen könnten. Eine Zurückverweisung des Rechtsstreits wegen der Zahlungsansprüche an das Landesarbeitsgericht zwecks Feststellung und Wertung der gegen den Kläger erhobenen Vorwürfe kommt daher nicht in Betracht.



