

Aktenzeichen: 2 AZR 1111/06
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 10. Juli 2008
- 2 AZR 1111/06 -

I. Arbeitsgericht
München

Urteil vom 5. August 2004
- 9 Ca 15130/03 -

II. Landesarbeitsgericht
München

Urteil vom 25. Oktober 2006
- 5 Sa 1108/04 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Kündigung - Anforderungsprofil; Auflösungsantrag des Arbeitgebers

Gesetz:

KSchG § 1 Abs. 2, § 9 Abs. 1 Satz 2

Leitsätze:

keine



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 1111/06
5 Sa 1108/04
Landesarbeitsgericht
München

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
10. Juli 2008

URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 10. Juli 2008 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Rost, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Eylert,



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

die Richterin am Bundesarbeitsgericht Berger sowie die ehrenamtlichen Richter Lücke und Falke für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 25. Oktober 2006 - 5 Sa 1108/04 - aufgehoben im Kostenauspruch und insoweit, als es den Auflösungsantrag der Beklagten abgewiesen hat.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Im Übrigen wird die Revision der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen, auf betriebsbedingte Gründe gestützten Kündigung sowie über einen Auflösungsantrag der beklagten Arbeitgeberin.

Der 1960 geborene, verheiratete Kläger war seit dem 1. Januar 1997 bei der Beklagten, einem IT-Unternehmen, beschäftigt. Zunächst war er als Senior-Vertriebsbeauftragter in der Abteilung Partnervertrieb tätig. Nach zwischenzeitlich übernommenen anderen Arbeitsaufgaben beschäftigte ihn die Beklagte ab dem 1. Juli 2002 als Senior-Vertriebsbeauftragter-Automotive im sog. „Key Account B“. Zum 1. Januar 2003 wurde ihm die alleinige Verantwortung für diesen Bereich übertragen. Als „Key Account Manager B“ war er dafür verantwortlich, das Gesamtgeschäft der Beklagten mit B weiter in Schwung zu bringen und auszubauen.

Der Kläger bezog gemäß interner Gehaltsstruktur der Beklagten durchgehend Vergütung nach dem sog. „Gehaltslevel 9b“. Sein Entgelt war zu 40 vH



vom Erreichen einer Zielvorgabe abhängig. Zuletzt erzielte er ein Bruttojahresgehalt in Höhe von 95.000,00 Euro. Im Arbeitsvertrag ist für die Zeit nach Ablauf der sechsmonatigen Probezeit eine Kündigungsfrist von sechs Wochen zum Quartalsende vereinbart, wobei „im Übrigen“ die gesetzlichen Kündigungsfristen gelten sollen.

Am 15. Mai 2003 wurde der Kläger unter Hinweis auf eine erfolgte Umstrukturierung seiner Stelle von der Arbeitsleistung freigestellt. Nach erfolglosen Verhandlungen der Parteien über den Abschluss eines Aufhebungsvertrags hörte die Beklagte mit Schreiben vom 23. Juli 2003, ergänzt durch E-Mail vom 28. Juli 2003, den Betriebsrat zu einer beabsichtigten betriebsbedingten Kündigung an, die dieser am 29. Juli 2003 schriftlich „ablehnte“. Mit Schreiben vom 30. Juli 2003 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis ordentlich zum 30. September 2003.

Dagegen hat der Kläger am 7. August 2003 Kündigungsschutzklage erhoben und zunächst zum Zugang der Kündigung geltend gemacht, das Kündigungsschreiben sei bis zum Mittag des 31. Juli 2003 nicht in seinen Hausbriefkasten eingeworfen worden, sodass die Kündigungsfrist nicht gewahrt sei. Später hat er eingeräumt, bereits am 30. Juli 2003 einen Kurzurlaub angetreten zu haben, den Vortrag der Beklagten zum Einwurf des Kündigungsschreibens bereits am 30. Juli 2003 um 17.13 Uhr in seinen Briefkasten aber weiterhin mit Nichtwissen bestritten. Auch hieran hält der Kläger gemäß einer dahingehenden Erklärung im Termin der mündlichen Verhandlung vor dem Senat nicht mehr fest.

Am 17. Oktober 2003 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis fristlos. Der Rechtsstreit betreffend die dagegen erhobene Kündigungsschutzklage des Klägers ist ausgesetzt.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Kündigung vom 30. Juli 2003 sei sozial ungerechtfertigt. Sein bisheriger Arbeitsplatz sei nicht weggefallen, sondern lediglich mit einem anderen Arbeitnehmer besetzt worden. Außerdem sei die Sozialauswahl fehlerhaft und die Kündigung auch deshalb



unwirksam, weil der Betriebsrat mangels umfassender Mitteilung der Kündigungsgründe nicht ordnungsgemäß angehört worden sei.

Der Kläger hat beantragt:

8

festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis aufgrund Arbeitgeberkündigung vom 30. Juli 2003 nicht aufgelöst wird, sondern unverändert fortbesteht.

Die Beklagte hat beantragt,

9

die Klage abzuweisen,

hilfsweise das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis zum 30. September 2003 gegen Zahlung einer angemessenen Abfindung, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, aufzulösen.

Die Beklagte hat behauptet, sie habe die Entscheidung getroffen, die bisherige Stelle des Klägers zu streichen und sie in eine neue Stelle „Key Account Manager II“ zu integrieren. Diese Stelle, die auf einer höheren Betriebshierarchieebene angesiedelt („Gehaltslevel 10b“) und mit einem Jahresgehalt von 130.000,00 Euro dotiert sei, habe sie insbesondere mit dem vom Kläger unstreitig nicht erfüllten Anforderungsprofil „langjährige, vertrauensvolle Kundenbeziehung auf Entscheiderlevel für einen großen Automobilhersteller in Bayern (mindestens 7 bis 8 Jahre)“ versehen. Der hierfür im August 2003 neu eingestellte Mitarbeiter Z habe zum damaligen Zeitpunkt bereits 14 Jahre Vertriebserfahrung mit dem Kunden B gehabt.

10

Der Entschluss, die Stelle des Klägers aufzuwerten, sei keineswegs unsachlich und unterliege ihrer freien Unternehmerentscheidung. Für eine erfolgreiche Tätigkeit als „Key Account Manager“ bei dem Kunden B sei nicht ausreichend gewesen, dessen Mitarbeiter auf der Leitungsebene im Bereich Informationstechnologie gut zu kennen. Weitaus wichtiger seien Kontakte zu den „relevanten Entscheidern“ in den einzelnen Bereichen der B AG, die Software nutzen können, da durch die Fachabteilungen die Entscheidung zur Anschaffung neuer Informationstechnologie (Soft- und Hardware) maßgeblich beeinflusst werde. Derartige Kontakte hätten dem Kläger, wie sich nach Über-

11



nahme der Alleinverantwortung für den „Key Account B“ relativ schnell herausgestellt habe, gefehlt. Auf die mangelnde Akzeptanz des Klägers beim Kunden B AG sei die Beklagte durch den Telefonanruf eines bei B beschäftigten Gruppenleiters aus dem IT-Bereich hingewiesen worden, der gegenüber dem damaligen Vorgesetzten des Klägers, Herrn F, Anfang Mai 2003 geäußert habe: „Wenn Ihr den M weiterhin zu uns schickt, könnt Ihr B als Kunden vergessen.“ Danach habe die Beklagte die feste Überzeugung gewonnen, dass sich eine Verbesserung der Geschäfts- und Umsatzsituation mit dem „Key Account B“ nur durch Neubesetzung der Stelle des „Key Account Managers“ mit einem Mitarbeiter erreichen lasse, der über eine langjährige Erfahrung mit diesem Kunden verfüge. Die kurzzeitige Bestimmung einer „Vertrauensperson“ für B zum neuen „Key Account Manager“ sei auch deshalb erforderlich gewesen, weil der Kunde bereits in der ersten Jahreshälfte 2003 die Ausschreibung eines Großauftrags über 2000 „Server“ in Aussicht gestellt habe. Mit dem Kläger seien die Chancen, diesen Auftrag zu bekommen, dagegen „gleich Null“ gewesen. Dass sie die im September 2003 erfolgte Ausschreibung des Großauftrags dann doch nicht gewonnen habe, sei unbeachtlich, da sie laut einer späteren Aussage eines B-Mitarbeiters ohne den „Austausch des Teams“ hierzu überhaupt nicht eingeladen worden wäre. Vergleichbare freie Arbeitsplätze seien nicht vorhanden gewesen. Einer Sozialauswahl habe es mangels vergleichbarer Mitarbeiter nicht bedurft.

Hilfsweise sei das Arbeitsverhältnis auf ihren - erstmals in der Berufungsinstanz erhobenen - Antrag aufzulösen, da eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit der Parteien aufgrund der Äußerungen des Klägers im vorliegenden Kündigungsschutzprozess nicht mehr erwartet werden könne. Dies ergebe sich aus - teilweise unstreitigen - Erklärungen des Klägers im Termin der Kammerverhandlung vor dem Arbeitsgericht vom 29. Juli 2004, in den Berufungsverhandlungen vom 19. April 2005 und vom 23. November 2005 sowie einzelner Äußerungen des Klägers in den Schriftsätzen vom 21. Januar 2005 und 13. Juni 2005. Dabei habe der Kläger mehrfach seinen ehemaligen Vorgesetzten F herabgewürdigt. Darüber hinaus habe er beispielsweise erklärt:

12

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



- Herr Wa habe ihn bei den Aufhebungsvertragsverhandlungen „erpresst“. Er (der Kläger) werde „nur ein Zeugnis bekommen“, wenn er dem Abfindungsangebot von Herrn Wa zustimme;
- Bei dem Management, das die Beklagte momentan in Deutschland habe, sei „ein Konkurs demnächst nicht ausgeschlossen“;
- Sein Gehalt sei durch unerreichbare Zielvereinbarungen „manipuliert“ worden;
- Man „mache“ mit ihm nur „Hokuspokus“. Herr Wi sei daran interessiert, dass der Kläger nicht weiter beschäftigt werde, weil sie beide Konkurrenten bei der Beklagten gewesen seien;
- Dann werde er (künftig) eben „gemobbt, wie die anderen auch“;
- Den Managern der Beklagten fehle (...) „die Kompetenz für ein marktgängiges Nutzenangebot“;
- Der neu eingestellte Mitarbeiter Z sei im Hinblick auf Kundenkontakte „absolut nicht brauchbar“.

Den Äußerungen des Klägers sei deutlich zu entnehmen, dass er keinerlei Respekt vor dem Management der Beklagten und ihren Vertriebsleitern habe. Darüber hinaus stellten die zunächst wahrheitswidrigen Behauptungen des Klägers in der Klageschrift zum Zugang der Kündigung einen versuchten Prozessbetrug dar. Der Kläger habe bereits zuvor während der Aufhebungsvertragsverhandlungen versucht, die Personalleiterin der Beklagten darüber zu täuschen, dass die Beklagte angeblich noch bis 15. August 2003 fristgerecht zum Quartalsende kündigen könne.

13

Der Kläger hat beantragt,
den Auflösungsantrag abzuweisen.

14

Er hat die Auffassung vertreten, er könne im Kündigungsschutzprozess mit „gleichen Bandagen“ wie die Beklagte „zurückschlagen“. Seine Äußerungen seien überwiegend vom Recht auf freie Meinungsäußerung gedeckt. Der Hinweis auf einen möglichen Konkurs der Beklagten sei im Zusammenhang mit einem noch bestehenden Betriebsrentenanspruch erfolgt. Das Wort „dem-

15



nächst“ habe er dabei jedoch nicht gebraucht. Dass er im Zusammenhang mit den Aufhebungsvertragsverhandlungen von Erpressung gesprochen habe, sei ihm nicht erinnerlich und werde bestritten. Die Äußerung zu einer Manipulation betreffend die vereinbarten Zielvorgaben sei auf seine Verärgerung über das aus seiner Sicht ohnehin nicht erreichbare Umsatzziel zurückzuführen. Im Übrigen sei der Vorgesetzte F, von dem er nicht behauptet habe, „von Tuten und Blasen keine Ahnung“ zu haben, inzwischen längst ausgeschieden. Zu Herrn Wi, der zwischenzeitlich nicht mehr im Vertrieb eingesetzt sei, bestünden bei einer Rückkehr des Klägers in den Betrieb keine Berührungspunkte mehr. Ein brauchbares Zeugnis habe er bisher nicht erhalten.

Das Arbeitsgericht hat der Kündigungsschutzklage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und deren Auflösungsantrag abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage, hilfsweise die Auflösung des Arbeitsverhältnisses.

16

Entscheidungsgründe

Die Revision ist nur teilweise begründet. Zu Recht haben die Vorinstanzen die ordentliche Kündigung der Beklagten als unwirksam angesehen. Insoweit ist die Revision der Beklagten zurückzuweisen. Dagegen lässt sich noch nicht abschließend beurteilen, ob der Auflösungsantrag der Beklagten begründet ist. Dies führt, was diesen Antrag anbelangt, zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

17

A. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

18

Ein betriebsbedingter Kündigungsgrund liege nicht vor. Die dargestellte unternehmerische Entscheidung der Beklagten werde den erhöhten Anforderungen, die von der Rechtsprechung an die Änderung des Anforderungs-

19



profils bereits besetzter Arbeitsplätze gestellt würden, nicht gerecht. Bei dem von der Beklagten aufgestellten Anforderungsprofil hinsichtlich einer langjährigen Zusammenarbeit mit dem Kunden B handele es sich nicht um ein arbeitsplatzbezogenes Kriterium. Der Kläger verfüge aufgrund der bisher ausgeübten Tätigkeit bereits über Berufserfahrung mit diesem Kunden und müsse sich entsprechende Kontakte zwangsläufig aufgebaut haben. Zwar sei es aus Sicht der Beklagten wünschenswert, wenn ein „Key Account Manager B“ noch längere Erfahrung mit einem Kunden und noch bessere Kontakte vorweisen könne. Einen sachlichen Grund für die von ihr aufgestellten, erhöhten Anforderungen an das Stellenprofil habe die Beklagte aber nicht dargelegt. Die von ihr als Motivation angeführte Beschwerde des Gruppenleiters aus dem IT-Bereich könne allein die gestellten erhöhten Anforderungen und damit die Kündigung nicht rechtfertigen, da die Äußerung inhaltlich vollkommen unsubstantiiert sei. Sie lasse nicht den Schluss zu, dass Ursache des Ganzen die mangelnde Kundenerfahrung des Stelleninhabers mit dem Kunden B sei. Die Kündigung sei mangels eines dahingehenden substantiierten Sachvortrags der Beklagten auch nicht aus Gründen im Verhalten oder in der Person des Klägers gerechtfertigt.

Der Auflösungsantrag der Beklagten sei unbegründet. Zwar liege, die von der Beklagten angeführten Äußerungen des Klägers im Prozess im Hinblick auf die Beklagte und deren Mitarbeiter als wahr unterstellt, an sich ein Grund vor, der objektiv die Auflösung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen könne. Allerdings sei bei der in einem zweiten Schritt vorzunehmenden Prüfung, ob künftig noch eine den betrieblichen Zwecken dienliche Zusammenarbeit möglich sei, ein zwischenzeitlich eingetretener Wandel in der Belegschaftsstruktur zu berücksichtigen. Im vorliegenden Fall sei insbesondere zu beachten, dass die meisten der dem Kläger vorgehaltenen Äußerungen den ehemaligen, zwischenzeitlich aus dem Unternehmen der Beklagten ausgeschiedenen Vertriebsleiter F beträfen. Dem jetzigen Vertriebsdirektor sei der Kläger noch nie begegnet. Die Veränderung in der Belegschaftsstruktur habe dazu geführt, dass keinerlei Anlass zur Besorgnis bestehe, die weitere Zusammenarbeit zwischen den Parteien sei gefährdet.

20

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



- B. Diese Ausführungen halten nicht uneingeschränkt einer revisionsrechtlichen Nachprüfung stand. 21
- I. Die ordentliche Kündigung vom 30. Juli 2003 ist, wie das Landesarbeitsgericht zutreffend entschieden hat, sozial ungerechtfertigt iSv. § 1 Abs. 2 KSchG. Es liegen keine dringenden betrieblichen Erfordernisse vor, die einer Weiterbeschäftigung des Klägers entgegenstehen. Eine Rechtfertigung der Kündigung aus anderen Gründen steht nicht im Streit. 22
1. Die Kündigung ist - wovon beide Vorinstanzen ausgegangen sind und was die Revision nicht angreift - an den für eine betriebsbedingte Kündigung geltenden Grundsätzen zu messen. Maßgebend für die Einordnung eines zur Kündigung herangezogenen Lebenssachverhalts unter die Kündigungsgründe des § 1 Abs. 2 KSchG muss die Antwort auf die Frage sein, wo die unmittelbare Ursache für die Kündigung liegt, während der „Störung“ eventuell zugrunde liegende, fernere Ursachen außer Betracht zu bleiben haben (*vgl. bereits Senat 29. Januar 1997 - 2 AZR 9/96 - BAGE 85, 107, 112*). Vorliegend beruft sich die Beklagte zur Rechtfertigung der Kündigung auf eine von ihr in Ausübung der unternehmerischen Gestaltungsfreiheit vorgenommene Stellenumwandlung (Integration der Stelle des Klägers in eine andere, neu geschaffene Stelle) bei gleichzeitiger Änderung des Anforderungsprofils des Arbeitsplatzes. Sie macht - da der Kläger diese neuen Anforderungen nicht erfülle - eine primär im betrieblichen Bereich und nicht in der Person des Klägers liegende Ursache für die Kündigung geltend (*vgl. Senat 7. Juli 2005 - 2 AZR 399/04 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 138 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 138*). 23
2. Dringende betriebliche Erfordernisse für eine Kündigung iSv. § 1 Abs. 2 KSchG können sich aus innerbetrieblichen oder außerbetrieblichen Gründen ergeben. Eine Kündigung ist aus innerbetrieblichen Gründen gerechtfertigt, wenn sich der Arbeitgeber zu einer organisatorischen Maßnahme entschließt, bei deren innerbetrieblicher Umsetzung das Bedürfnis für die Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer entfällt (*vgl. ua. Senat 7. Dezember 1978 - 2 AZR 155/77 - BAGE 31, 157, 161; 29. März 1990*). 24



- 2 AZR 369/89 - BAGE 65, 61, 68). Von den Arbeitsgerichten voll nachzuprüfen ist, ob eine derartige unternehmerische Entscheidung tatsächlich vorliegt und durch ihre Umsetzung das Beschäftigungsbedürfnis für einzelne Arbeitnehmer entfallen ist. Dagegen ist die unternehmerische Entscheidung nicht auf ihre sachliche Rechtfertigung oder ihre Zweckmäßigkeit zu überprüfen, sondern nur darauf, ob sie offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist (*st. Rspr.*, vgl. nur Senat 17. Juni 1999 - 2 AZR 522/98 - BAGE 92, 61, 64).

Dabei unterliegt auch die Gestaltung des Anforderungsprofils eines Arbeitsplatzes der lediglich auf offenbare Unsachlichkeit zu überprüfenden Unternehmerdisposition des Arbeitgebers. Soweit für die sachgerechte Erledigung der Arbeitsaufgabe bestimmte persönliche oder sachliche Voraussetzungen erforderlich sind, kann die unternehmerische Entscheidung, welche Anforderungen an den Stelleninhaber zu stellen sind, nur auf offenbare Unsachlichkeit gerichtlich überprüft werden. Demnach ist die Entscheidung des Arbeitgebers, bestimmte Tätigkeiten nur von Arbeitnehmern mit bestimmten Qualifikationen ausführen zu lassen, von den Arbeitsgerichten grundsätzlich jedenfalls dann zu respektieren, wenn die Qualifikationsmerkmale einen nachvollziehbaren Bezug zur Organisation der auszuführenden Arbeiten haben (zuletzt: Senat 7. Juli 2005 - 2 AZR 399/04 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 138 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 138; 24. Juni 2004 - 2 AZR 326/03 - AP KSchG 1969 § 1 Nr. 76 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 132). Auch die Organisationsentscheidung zur Umstrukturierung des gesamten oder von Teilen eines Betriebs oder einzelner Arbeitsplätze, von der das Anforderungsprofil der im Betrieb nach Umstrukturierung verbleibenden Beschäftigungsmöglichkeiten erfasst wird, unterliegt damit grundsätzlich nur einer Missbrauchskontrolle (Senat 7. Juli 2005 - 2 AZR 399/04 - aaO).

25

Allerdings kann, worauf das Landesarbeitsgericht zutreffend hingewiesen hat, in Fällen, in denen die Organisationsentscheidung des Arbeitgebers und sein Kündigungsentschluss ohne nähere Konkretisierung praktisch deckungsgleich sind, die Vermutung, die Unternehmerentscheidung sei aus sachlichen Gründen erfolgt, nicht in jedem Fall von vornherein greifen (vgl.

26



Senat 7. Juli 2005 - 2 AZR 399/04 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 138 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 138). In diesen Fällen muss der Arbeitgeber konkrete Angaben dazu machen, wie sich die Organisationsentscheidung auf die Einsatzmöglichkeiten auswirkt und in welchem Umfang dadurch ein konkreter Änderungsbedarf besteht (*Senat 17. Juni 1999 - 2 AZR 141/99 - BAGE 92, 71, 77*). Erhöhte Anforderungen an die Darlegungslast des Arbeitgebers sind insbesondere dann zu stellen, wenn der Arbeitgeber durch eine unternehmerische Entscheidung das Anforderungsprofil für Arbeitsplätze ändert, die bereits mit langfristig beschäftigten Arbeitnehmern besetzt sind. Sonst hätte der Arbeitgeber die naheliegende Möglichkeit, unter Berufung auf eine gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbare Unternehmerentscheidung eine missbräuchliche Umgehung des Kündigungsschutzes des betreffenden Arbeitnehmers dadurch zu erzielen, dass er in sachlich nicht gebotener Weise die Anforderungen an die Vorbildung des betreffenden Arbeitsplatzinhabers verschärft (*Senat 7. Juli 2005 - 2 AZR 399/04 - aaO*). Der Arbeitgeber hat insoweit darzulegen, dass es sich bei der zusätzlich geforderten Qualifikation für die Ausführung der Tätigkeit nicht nur um eine „wünschenswerte Voraussetzung“, sondern um ein nachvollziehbares, arbeitsplatzbezogenes Kriterium für eine Stellenprofilierung handelt (*Senat 7. Juli 2005 - 2 AZR 399/04 - aaO; 24. Juni 2004 - 2 AZR 326/03 - AP KSchG 1969 § 1 Nr. 76 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 132*).

Ungeeignet für eine Stellenprofilierung ist allerdings die Festlegung rein persönlicher Merkmale ohne hinreichenden Bezug zur Arbeitsaufgabe (vgl. dazu bereits *Senat 24. Juni 2004 - 2 AZR 326/03 - AP KSchG 1969 § 1 Nr. 76 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 132 unter Hinweis auf B. Preis AuR 1997, 60, 64*) oder solcher Merkmale, die an das Verhalten oder die Leistung des Arbeitnehmers anknüpfen.

3. Nach diesen Grundsätzen liegt, wie das Landesarbeitsgericht im Ergebnis zutreffend erkannt hat, keine die Gerichte bindende Unternehmerentscheidung vor, aufgrund deren Umsetzung das bisherige Beschäftigungsbedürfnis für den Kläger entfallen ist.



a) Der Arbeitsplatz des Klägers ist nicht ersatzlos weggefallen. Die Beklagte hat selbst geltend gemacht, es sei ihr darum gegangen „die Stelle des Klägers aufzuwerten“. In der behaupteten Integration der bisherigen, vom Kläger besetzten Stelle „Key Account Manager B“ in die Stelle „Key Account Manager II“ kommt zum Ausdruck, dass die dem Kläger zuletzt übertragene Arbeitsaufgabe weiterhin vorhanden ist. 29

b) Geht es - wie von der Beklagten geltend gemacht - um die Umgestaltung eines vorhandenen Arbeitsplatzes, reicht die von ihr getroffene Entscheidung, die Stelle des „Key Account Manager II“ zusätzlich mit dem Anforderungsprofil „langjährige, vertrauensvolle Kundenbeziehung auf Entscheiderlevel für einen großen Automobilhersteller in Bayern (mindestens 7 bis 8 Jahre)“ zu versehen, nicht aus, um ein dringendes betriebliches Erfordernis zur Kündigung iSv. § 1 Abs. 2 KSchG zu begründen. Dies gilt zum einen wegen der Nähe einer solchen Unternehmerentscheidung zum Kündigungsschluss, zum anderen auch deshalb, weil eine Kündigung, die allein darauf hinausläuft, den Arbeitnehmer bei unveränderter Aufgabenstellung durch einen anderen - ggf. sogar als besser geeignet angesehenen - Arbeitnehmer zu ersetzen, eine unzulässige Austausch Kündigung darstellt (vgl. insoweit Senat 16. Dezember 2004 - 2 AZR 66/04 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 133 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 136; 26. September 1996 - 2 AZR 200/96 - BAGE 84, 209, 214). 30

Beruft sich der Arbeitgeber bei der Umgestaltung eines Arbeitsplatzes zur Rechtfertigung einer betriebsbedingten Kündigung unter anderem auf eine Neubestimmung des Anforderungsprofils, muss er somit darlegen, dass hierfür ein betrieblicher Anlass besteht. Die Entscheidung zur Stellenprofilierung muss dann im Zusammenhang mit einer organisatorischen Maßnahme stehen, die nach ihrer Durchführung angesichts eines veränderten Beschäftigungsbedarfs - beispielsweise infolge Änderungen hinsichtlich des Arbeitsvolumens oder des Inhalts der Arbeitsaufgabe, ggf. im Zusammenhang mit einer Neuausrichtung der Geschäftstätigkeit - auch die Anforderungen an den Inhaber des Arbeitsplatzes erfasst. 31



Einen derartigen Sachverhalt, wie er beispielsweise der Entscheidung des Senats vom 7. Juli 2005 (- 2 AZR 399/04 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 138 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 138) zugrunde lag, hat die Beklagte nicht dargelegt. 32

aa) Die bisherige Arbeitsaufgabe des Klägers als „Key Account Manager B“ bestand unstreitig darin, den „Schlüsselkunden“ B zu betreuen und das Gesamtgeschäft mit diesem in Schwung zu halten und auszubauen. Das Vorbringen der Beklagten liefert keine Anhaltspunkte dafür, dass sich im Zusammenhang mit der „Stellenumwandlung“ diesbezüglich qualitative oder quantitative Veränderungen ergeben haben. 33

bb) Das der Beklagten Anfang des Jahres 2003 bekannt gewordene Vorhaben von B, einen Großauftrag über 2000 „Server“ auszuschreiben und die Absicht der Beklagten, sich an dieser Ausschreibung zu beteiligen, führt zu keiner anderen Bewertung. Die Beklagte macht nicht geltend, dass sich hierdurch die Anforderungen an die Akquisitionstätigkeit eines „Key Account Managers“ inhaltlich oder hinsichtlich der Kompetenz, bestimmte Personen bei dem „Schlüsselkunden“ zu betreuen, geändert haben. Sie trägt lediglich vor, nach Übernahme der Alleinverantwortung durch den Kläger habe sich relativ schnell herausgestellt, dass diesem - und zwar ersichtlich unabhängig von der erwarteten Ausschreibung - „die notwendigen Kontakte“ zu den maßgeblichen Mitarbeitern des Kunden, die Software nutzen, gefehlt hätten. Außerdem beruft sie sich auf die fehlende Akzeptanz des Klägers beim Kunden B und eine daraus gewonnene Einschätzung seines Vorgesetzten, bei einem weiteren Einsatz des Klägers als „Key Account Manager“ sei eine Verbesserung der Geschäftsbeziehung zum Kunden B nicht zu erreichen und der Großauftrag nicht zu gewinnen mit der Folge, dass es die Beklagte für notwendig erachtet habe, eine „Vertrauensperson“ für den Kunden B einzusetzen. 34

Dieses Vorbringen zeigt, dass der Anhebung des Stellenprofils nicht eine Änderung des Beschäftigungsbedarfs, sondern die aus Sicht der Beklagten mangelnde Eignung des Klägers für die Tätigkeit zugrunde lag. Damit kann die Beklagte jedenfalls keine betriebsbedingte Kündigung rechtfertigen. 35



- c) Danach kommt es nicht einmal mehr darauf an, ob es sich bei dem von der Beklagten festgelegten Anforderungsprofil um ein - im Sinne der Senatsrechtsprechung - nachvollziehbares arbeitsplatzbezogenes Kriterium für eine Stellenprofilierung handelt. Zumindest weist die Anforderung einer „vertrauensvollen“ Zusammenarbeit keinen erkennbaren Stellenbezug auf. Dieses Merkmal lässt sich nicht aus der Tätigkeit heraus, sondern nur in Bezug auf die Person des Stelleninhabers oder dessen Verhalten beschreiben. 36
- d) Die Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten für den Kläger als „Key Account Manager B“ sind auch nicht deshalb entfallen, weil die Beklagte die Stelle „Key Account Manager II“ auf der Grundlage ihrer internen Gehaltsstruktur dem „Gehaltslevel 10b“ zugeordnet und mit einer höheren Vergütung ausgestattet hat. Gestaltet der Arbeitgeber einen Arbeitsplatz so um, dass dieser zu einer Beförderungsstelle wird, entfällt damit nicht ohne Weiteres der Beschäftigungsbedarf. Der kündigungsschutzrechtliche Bestandsschutz gewährt dem Arbeitnehmer zwar regelmäßig keinen Anspruch auf Beförderung. Hat der Arbeitgeber jedoch für eine bestimmte Tätigkeit eine Einstellungsentscheidung getroffen und bleibt die Tätigkeit im Wesentlichen bestehen, liegen allein aufgrund einer Umwidmung dieser Stelle in eine Beförderungsstelle keine dringenden betrieblichen Erfordernisse zur Kündigung vor; die abzudeckende Arbeitskapazität bleibt dieselbe (vgl. Senat 10. November 1994 - 2 AZR 242/94 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 65 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 77; 5. Oktober 1995 - 2 AZR 269/95 - BAGE 81, 86, 101; 21. September 2000 - 2 AZR 440/99 - BAGE 95, 350, 359). 37
4. Auf die Wirksamkeit der Kündigung unter anderen rechtlichen Gesichtspunkten, wie etwa einer Druckkündigung oder aus Gründen im Verhalten oder der Person des Klägers, hat sich die Beklagte nicht berufen. Dies scheidet im Übrigen schon deshalb aus, weil die Beklagte dem Betriebsrat einen derartigen Kündigungssachverhalt nicht mitgeteilt hat. 38
- II. Das Landesarbeitsgericht hat jedoch zu Unrecht den Auflösungsantrag der Beklagten abgewiesen. Mit der von ihm gegebenen Begründung lässt sich dies nicht rechtfertigen. 39



1. Stellt das Gericht in einem Kündigungsschutzprozess fest, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch die als sozial ungerechtfertigt erkannte Kündigung aufgelöst worden ist, hat es nach § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG auf Antrag des Arbeitgebers das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer angemessenen Abfindung aufzulösen, wenn Gründe vorliegen, die eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht erwarten lassen. Insoweit geht es um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs. Die Wertung, ob im Einzelfall die Auflösung gerechtfertigt ist, obliegt in erster Linie dem Tatsachengericht. Das Revisionsgericht kann nur nachprüfen, ob das Berufungsgericht die Voraussetzungen für den Auflösungsantrag verkannt und bei Prüfung der vorgetragenen Auflösungsgründe alle wesentlichen Umstände vollständig und widerspruchsfrei gewürdigt hat (vgl. *Senat 23. Juni 2005 - 2 AZR 256/04 - AP KSchG 1969 § 9 Nr. 52 = EzA KSchG § 9 nF Nr. 52; 25. November 1982 - 2 AZR 21/81 - AP KSchG 1969 § 9 Nr. 10 = EzA KSchG § 9 nF Nr. 15; 14. Mai 1987 - 2 AZR 294/86 - AP KSchG 1969 § 9 Nr. 18 = EzA KSchG § 9 nF Nr. 20*). 40
2. Das angefochtene Urteil hält auch diesem eingeschränkten Überprüfungsmaßstab nicht stand. Die Revision rügt zu Recht eine Verletzung des § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts ist unvollständig. Sie lässt wesentliche Gesichtspunkte des Falls unberücksichtigt. 41
- a) Nach der Grundkonzeption des Kündigungsschutzgesetzes führt eine Sozialwidrigkeit der Kündigung zu deren Rechtsunwirksamkeit und zum Fortbestand des Arbeitsverhältnisses. Das Kündigungsschutzgesetz ist vorrangig ein Bestandsschutz- und kein Abfindungsgesetz (vgl. *Senat 23. Juni 2005 - 2 AZR 256/04 - AP KSchG 1969 § 9 Nr. 52 = EzA KSchG § 9 nF Nr. 52; 30. September 1976 - 2 AZR 402/75 - BAGE 28, 196, 200*). Dieser Grundsatz wird durch § 9 KSchG unter der Voraussetzung durchbrochen, dass - bezogen auf den Auflösungsantrag des Arbeitgebers - eine Vertrauensgrundlage für eine sinnvolle Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr besteht (vgl. *Senat 23. Juni 2005 - 2 AZR 256/04 - aaO unter Hinweis auf die Begründung Regierungsentwurf vom 23. Januar 1951 zu § 7 KSchG in: RdA 1951, 58, 64*). 42



KR/Spilger 8. Aufl. § 9 KSchG Rn. 9). Da hiernach eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses nur ausnahmsweise in Betracht kommt, sind an die Auflösungsgründe strenge Anforderungen zu stellen (*Senat 7. März 2002 - 2 AZR 158/01 - AP KSchG 1969 § 9 Nr. 42 = EzA KSchG § 9 nF Nr. 45; 14. Januar 1993 - 2 AZR 343/92 - EzA KSchG § 1 Krankheit Nr. 39; APS/Biebl 3. Aufl. § 9 KSchG Rn. 49; KR/Spilger 8. Aufl. § 9 KSchG Rn. 52; Keßler NZA-RR 2002, 1, 7).* Allerdings war die Erwägung, dass es insbesondere während eines Kündigungsschutzprozesses zu zusätzlichen Spannungen zwischen den Parteien kommen kann, die eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses sinnlos erscheinen lassen, für die Schaffung der gesetzlichen Regelungen mitbestimmend (*Senat 25. November 1982 - 2 AZR 21/81 - AP KSchG 1969 § 9 Nr. 10 mit Anmerkung Herschel = EzA KSchG § 9 nF Nr. 15; 14. Mai 1987 - 2 AZR 294/86 - AP KSchG 1969 § 9 Nr. 18 = EzA KSchG § 9 nF Nr. 20).*

b) Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Frage, ob eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu erwarten ist, ist der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz (*vgl. schon BAG 29. März 1960 - 3 AZR 568/58 - BAGE 9, 131, 134; 7. März 2002 - 2 AZR 158/01 - AP KSchG 1969 § 9 Nr. 42 = EzA KSchG § 9 nF Nr. 45*). Der Auflösungsantrag ist trotz seiner nach § 9 Abs. 2 KSchG gesetzlich angeordneten Rückwirkung auf den Kündigungszeitpunkt in die Zukunft gerichtet. Das Gericht hat eine Vorausschau anzustellen. Im Zeitpunkt der Entscheidung über den Antrag ist zu fragen, ob aufgrund des Verhaltens des Arbeitnehmers in der Vergangenheit in Zukunft noch mit einer den Betriebszwecken dienenden weiteren Zusammenarbeit der Parteien zu rechnen ist (*Senat 7. März 2002 - 2 AZR 158/01 - aaO*). Hierin wird der Unterschied zwischen der Auflösung nach §§ 9, 10 KSchG gegenüber einer Überprüfung der Kündigung nach § 1 KSchG deutlich. Für die Frage der Rechtswirksamkeit der Kündigung nach § 1 KSchG ist entscheidend, ob Umstände vorliegen, die im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung die Kündigung als wirksam erscheinen lassen. Es ist eine rückschauende Bewertung dieser Gründe vorzunehmen, später eingetretene Umstände sind grundsätzlich nicht mehr einzubeziehen (*vgl. schon BAG 29. März 1960*

43



- 3 AZR 568/58 - aaO; weiterführend: Senat 23. Juni 2005 - 2 AZR 256/04 - AP KSchG 1969 § 9 Nr. 52 = EzA KSchG § 9 nF Nr. 52). § 9 KSchG betrifft hingegen die künftige Gestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien. Es geht um die Würdigung, ob die zum Zeitpunkt der abschließenden Entscheidung in der Tatsacheninstanz gegebenen Umstände eine künftige gedeihliche Zusammenarbeit noch erwarten lassen. Wegen dieses anderen zeitlichen Beurteilungsansatzes ist es gerade auch denkbar, dass mögliche Auflösungsgründe ihr Gewicht wieder verlieren, weil die tatsächlichen oder rechtlichen Umstände sich im Zeitpunkt der abschließenden Entscheidung geändert haben. Hierin liegt keine ungerechtfertigte Benachteiligung der den Auflösungsantrag stellenden Partei, die auf die Dauer eines Kündigungsschutzverfahrens nur begrenzt Einfluss hat. Soweit etwaige Auflösungsgründe das Gewicht eines Kündigungsgrundes erreichen, steht es auch dem Arbeitgeber frei, eine (weitere) Kündigung auszusprechen (vgl. KR/Spilger 8. Aufl. § 9 KSchG Rn. 52). Diese ist dann - unabhängig vom Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung - wiederum (nur) nach den Verhältnissen zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung zu beurteilen. Der Sinn der Auflösung nach § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG besteht eben nicht darin, dem Arbeitgeber eine weitere Kündigung zu ersparen (KR/Spilger 8. Aufl. § 9 KSchG Rn. 53; Keßler NZA-RR 2002, 1, 8). Die Regelung bietet vielmehr neben dem eigentlichen kündigungsrechtlichen Instrumentarium nur eine zusätzliche Lösungsmöglichkeit (Senat 23. Juni 2005 - 2 AZR 256/04 - aaO).

c) Als Auflösungsgründe für den Arbeitgeber gemäß § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG kommen solche Umstände in Betracht, die das persönliche Verhältnis zum Arbeitnehmer, die Wertung seiner Persönlichkeit, seiner Leistung oder seiner Eignung für die ihm gestellten Aufgaben und sein Verhältnis zu den übrigen Mitarbeitern betreffen. Die Gründe, die eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen den Vertragspartnern nicht erwarten lassen, müssen allerdings nicht im Verhalten, insbesondere nicht im schuldhaften Verhalten des Arbeitnehmers liegen. Vielmehr kommt es darauf an, ob die objektive Lage beim Schluss der mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz beim Arbeitgeber die Besorgnis aufkommen lassen kann,

44



dass die weitere Zusammenarbeit mit dem Arbeitnehmer gefährdet ist (vgl. *nur Senat 7. März 2002 - 2 AZR 158/01 - AP KSchG 1969 § 9 Nr. 42 = EzA KSchG § 9 nF Nr. 45; KR/Spilger 8. Aufl. § 9 KSchG Rn. 57 mwN*).

Als Auflösungsgrund geeignet sind danach etwa Beleidigungen, sonstige ehrverletzende Äußerungen oder persönliche Angriffe des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber, Vorgesetzte oder Kollegen (*Senat 23. Juni 2005 - 2 AZR 256/04 - AP KSchG 1969 § 9 Nr. 52 = EzA KSchG § 9 nF Nr. 52; KR/Spilger 8. Aufl. § 9 KSchG Rn. 56; Keßler NZA-RR 2002, 1, 9, jeweils mwN*). Auch das Verhalten eines Prozessbevollmächtigten des Arbeitnehmers im Kündigungsschutzprozess kann die Auflösung des Arbeitsverhältnisses bedingen (*Senat 7. März 2002 - 2 AZR 158/01 - AP KSchG 1969 § 9 Nr. 42 = EzA KSchG § 9 nF Nr. 45; einschränkend etwa KR/Spilger 8. Aufl. § 9 KSchG Rn. 56; Kittner/Däubler/Zwanziger-Zwanziger KSchR 7. Aufl. § 9 KSchG Rn. 21*). Dies gilt auch für von ihm nicht veranlasste Erklärungen des Prozessbevollmächtigten jedenfalls dann, wenn der Arbeitnehmer sich diese zu eigen macht und sich auch nachträglich nicht hiervon distanziert. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass gerade Erklärungen im laufenden Kündigungsschutzverfahren durch ein berechtigtes Interesse des Arbeitnehmers gedeckt sein können (*Senat 23. Juni 2005 - 2 AZR 256/04 - aaO*).

Liegt ein Grund vor, der an sich zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses geeignet erscheint, so muss in einem zweiten Schritt geprüft werden, ob in Anbetracht der konkreten betrieblichen Umstände noch eine den Betriebszwecken dienliche Zusammenarbeit möglich ist (*APS/Biebl 3. Aufl. § 9 KSchG Rn. 50*). So kann ein zwischenzeitlich eingetretener Wandel der betrieblichen Verhältnisse - beispielsweise der Austausch von Vorgesetzten oder eine Veränderung in der Belegschaftsstruktur - Berücksichtigung finden (*KR/Spilger 8. Aufl. § 9 KSchG Rn. 56; Keßler NZA-RR 2002, 1, 8*). Dies folgt schon aus dem zukunftsbezogenen Zweck der Auflösung (*Senat 23. Juni 2005 - 2 AZR 256/04 - AP KSchG 1969 § 9 Nr. 52 = EzA KSchG § 9 nF Nr. 52*).

Bei der Anwendung des § 9 KSchG sind die wechselseitigen Grundrechtspositionen des betroffenen Arbeitgebers und des Arbeitnehmers zu



berücksichtigen und abzuwägen. So dürfen der gerichtlichen Durchsetzung von Grundrechtspositionen keine praktisch unüberwindlichen Hindernisse entgegengesetzt werden (vgl. *BVerfG 16. November 1993 - 1 BvR 258/86 - BVerfGE 89, 276, 289*). Die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast darf den durch einfachrechtliche Normen bewirkten Schutz grundrechtlicher Gewährleistungen nicht leerlaufen lassen (*BVerfG 22. Oktober 2004 - 1 BvR 1944/01 - AP KSchG 1969 § 9 Nr. 49 = EzA KSchG § 9 nF Nr. 49*).

3. Hiervon ausgehend durfte das Landesarbeitsgericht zwar bei der Gewichtung von ihm - ohne nähere Konkretisierung - als geeignet angesehener Auflösungsgründe berücksichtigen, dass der ehemalige Vorgesetzte des Klägers inzwischen ausgeschieden ist und der Kläger dem neuen Vertriebsdirektor der Beklagten, wie sich aus den für den Senat bindenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts (§ 559 Abs. 2 ZPO) ergibt, noch nie begegnet ist.

48

Es stellt aber keine ausreichende Auseinandersetzung mit dem detaillierten Vorbringen der Beklagten dar, wenn das Landesarbeitsgericht hierzu nur ausführt, dass „die meisten“ der dem Kläger zur Begründung des Auflösungsantrags vorgehaltenen Äußerungen den ehemaligen Vertriebsleiter F betreffen. Dabei bleibt bereits offen, welche der von der Beklagten beanstandeten Äußerungen es diesem Verhältnis zuschreibt. Hinzu kommt, dass aufgrund der Veränderungen in der Belegschaftsstruktur eine günstige Prognose für eine den Betriebszwecken dienliche, weitere Zusammenarbeit nur dann gestellt werden konnte, wenn die Angriffe auf den ehemaligen Vertriebsdirektor lediglich das konkrete Verhältnis des Klägers zu diesem als Vorgesetzten betrafen und keine Rückschlüsse auf das zukünftige Verhalten des Klägers zum Management der Beklagten insgesamt, seinen künftigen Vorgesetzten und Kollegen zulassen (*Senat 6. November 2003 - 2 AZR 177/02 - AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 46 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 60*). Hiervon konnte das Landesarbeitsgericht aber nicht ohne Weiteres ausgehen. So hat der Kläger etwa mit der - teilweise bestrittenen - Äußerung, wonach bei dem Management, das die Beklagte momentan in Deutschland habe, ein Konkurs demnächst nicht ausgeschlossen sei, auch die übrige Unter-

49



nehmensleitung der Beklagten angesprochen. Entsprechendes gilt für die - unstreitige - Erklärung des Klägers, sein ehemaliger Kollege Wi, der zwischenzeitlich in eine Leitungsposition bei der Beklagten aufgerückt ist, sei wegen eines vormals bestehenden Konkurrenzverhältnisses zum Kläger daran interessiert, dass dieser nicht weiter beschäftigt werde, sowie die - gleichfalls unstreitige - Behauptung des Klägers, den Managern der Beklagten fehle „die Kompetenz für ein marktgängiges Nutzenangebot“. Die Überlegung des Landesarbeitsgerichts trifft auch nicht auf die zu einer möglichen Rückkehr zur Beklagten getätigte, gleichfalls unstreitige Äußerung zu: „Dann werde ich eben gemobbt, wie die anderen auch“. Angesichts dieser, nicht oder jedenfalls nicht allein auf die Person des ehemaligen Vertriebsdirektors F bezogenen Behauptungen des Klägers reichen die kurzen und im Wesentlichen pauschalen Ausführungen des Landesarbeitsgerichts nicht aus, um für die weitere gedeihliche Zusammenarbeit der Parteien eine günstige Prognose zu stellen. Hierzu bedarf es vielmehr einer differenzierten Auseinandersetzung mit den von der Beklagten geltend gemachten Auflösungsgründen, an der es vorliegend fehlt.

4. Der Senat kann nicht abschließend entscheiden, ob die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gerechtfertigt ist. Zum einen fehlt es für eine vorzunehmende Gesamtbetrachtung der geltend gemachten Auflösungsgründe angesichts des teilweisen Bestreitens des Klägers an ausreichenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts. Zum anderen obliegt die Bewertung, ob die vorgebrachten Auflösungsgründe eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit der Parteien nicht erwarten lassen, in erster Linie dem Tatsachengericht. Das Revisionsgericht kann diese nicht durch eine eigene Bewertung ersetzen (*st. Rspr.*, vgl. nur Senat 23. Juni 2005 - 2 AZR 256/04 - AP KSchG 1969 § 9 Nr. 52 = EzA KSchG § 9 nF Nr. 52). Dies führt, was den Auflösungsantrag anbelangt, zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

5. Hinsichtlich der erneut zu treffenden Entscheidung über den Auflösungsantrag weist der Senat lediglich auf Folgendes hin:

50

51



a) Das Landesarbeitsgericht hat sich, von seinem Rechtsstandpunkt aus nachvollziehbar, nicht mit der Frage befasst, ob die Kündigung vom 30. Juli 2003 auch aus einem anderen Grund als dem der Sozialwidrigkeit unwirksam ist und - soweit diese Voraussetzung vorliegt - die Beklagte einen Auflösungsantrag nach § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG überhaupt stellen kann. Dies wird im Hinblick auf das Vorbringen des Klägers, die Betriebsratsanhörung sei fehlerhaft, nachzuholen sein. Diese Prüfung ist dem Landesarbeitsgericht auch nicht durch eine rechtskräftige Entscheidung über den Antrag nach § 4 Satz 1 KSchG verwehrt (vgl. *Senat 27. September 2001 - 2 AZR 389/00 - AP KSchG 1969 § 9 Nr. 41 = EzA ZPO § 322 Nr. 13*).

52

Allerdings erscheint es naheliegend davon auszugehen, dass die Betriebsratsanhörung zumindest nicht wegen einer unzureichenden Unterrichtung über die Kündigungsgründe nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam ist. Die Beklagte hat den Betriebsrat gemäß dem vorliegenden Anhörungsschreiben über den Entschluss des Vorgesetzten des Klägers, dessen bisherige Stelle zu streichen, diese in die neu geschaffene Funktion „Key Account Manager II“, „Level 10b“ (Gehalt ca. 130.000,00 Euro) zu integrieren und mit dem behaupteten zusätzlichen Anforderungsprofil zu versehen, unterrichtet. Dies dürfte ausreichend sein, da die Beklagte eine von ihr vorgenommene, gestaltende Unternehmerentscheidung als tragenden Kündigungsgrund ansieht. Denn der Arbeitgeber ist gemäß § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG nach dem sog. Grundsatz der subjektiven Determinierung nur verpflichtet, dem Betriebsrat diejenigen Kündigungsgründe mitzuteilen, auf die er die Kündigung stützen will (vgl. *nur Senat 24. Juni 2004 - 2 AZR 461/03 - AP BGB § 620 Kündigungs-erklärung Nr. 22 = EzA BetrVG 2001 § 102 Nr. 9*). Der Arbeitgeber braucht dem Betriebsrat also nicht alle objektiv kündigungsrechtlich erheblichen Tatsachen mitzuteilen, sondern nur solche, die er als ausschlaggebend ansieht (vgl. *ErFK/Kania 8. Aufl. § 102 BetrVG Rn. 6*).

53

b) Bezüglich der von der Beklagten angeführten, schriftsätzlichen Äußerungen des Klägers zur Frage der Wirksamkeit der Kündigung wie etwa die Äußerung „im vorliegenden Fall ist dem Kläger ganz erhebliches Unrecht

54



geschehen durch eine als betriebsbedingt vorgeschobene Kündigung“ ist zu berücksichtigen, dass derartige Äußerungen im Kündigungsschutzprozess regelmäßig durch berechtigte Interessen des Arbeitnehmers gedeckt sind und nicht ohne Weiteres als Auflösungsgrund herangezogen werden können (vgl. *Senat 2. Juni 2005 - 2 AZR 234/04 - AP KSchG 1969 § 9 Nr. 51 = EzA KSchG § 9 nF Nr. 51*; *7. März 2002 - 2 AZR 158/01 - AP KSchG 1969 § 9 Nr. 42 = EzA KSchG § 9 nF Nr. 45*; *KR/Spilger 8. Aufl. § 9 KSchG Rn. 56*).

- c) Als Auflösungsgrund kommt zwar auch ein vorsätzlich falscher Prozessvortrag in Betracht (*ErfK/Kiel 8. Aufl. § 9 KSchG Rn. 21b*). Soweit die Beklagte einen solchen Grund in den anfänglichen Ausführungen des Klägers zur Einhaltung der Kündigungsfrist sieht, wird jedoch zu beachten sein, dass sich der Kläger auf einen bloßen Irrtum hinsichtlich des Beginns eines Kurzurlaubs berufen hat. Kann dies nicht ausgeschlossen werden, läge nur eine Nachlässigkeit vor, die nicht geeignet erscheint, den Vorwurf des versuchten Prozessbetrugs zu begründen, zumal sich der Kläger sofort nach Bemerken des behaupteten Irrtums korrigiert hat. Ein vorgerichtlicher Hinweis des Klägers auf eine vermeintlich einzuhaltende Kündigungsfrist von sechs Wochen zum Quartalsende vermag dies nicht in Frage zu stellen, da sich die Erklärung nicht auf Tatsachen, sondern eine Rechtsfrage bezog, welche der eigenen rechtlichen Überprüfung durch die Beklagte oblag. 55
- d) Sollte das Landesarbeitsgericht weiterhin zu dem Ergebnis gelangen, dass an sich geeignete Auflösungsgründe vorliegen, wird im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtabwägung zu berücksichtigen sein, inwieweit diese durch den Arbeitgeber oder durch Personen, für die er nach § 278 BGB einzustehen hat, provoziert worden sind. Dazu genügt es, wenn die dem Arbeitgeber zuzurechnenden Anteile an der Verursachung der Spannungen gegenüber den Anteilen des Arbeitnehmers überwiegen (vgl. *Senat 2. Juni 2005 - 2 AZR 234/04 - AP KSchG 1969 § 9 Nr. 51 = EzA KSchG § 9 nF Nr. 51*). Auch ist das eigene Prozessverhalten des Arbeitgebers in die Abwägung einzubeziehen. 56
- e) Schließlich ist bei der Gewichtung der Auflösungsgründe und ggf. der 57



Bestimmung einer Abfindung im Hinblick auf die weitere Kündigung vom 17. Oktober 2003 die - vom Auflösungszeitpunkt gesehen - voraussichtliche weitere Dauer des Arbeitsverhältnisses im Wege einer vorausschauenden Würdigung mit in Betracht zu ziehen (*vgl. Senat 27. April 2006 - 2 AZR 360/05 - BAGE 118, 95*).

Rost

Eylert

Berger

J. Lücke

Torsten Falke

