

Aktenzeichen: 2 AZR 193/07
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 27. November 2008
- 2 AZR 193/07 -

I. Arbeitsgericht
Berlin

Urteil vom 29. Juni 2006
- 2 Ca 8229/06 -

II. Landesarbeitsgericht
Berlin

Urteil vom 19. Dezember 2006
- 7 Sa 1335/06 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Entsendung im Konzern - "Durchschlagen" von Pflichtverletzungen auf
ruhendendes Arbeitsverhältnis

Gesetz:

BGB § 241 Abs. 2, § 626 Abs. 1

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 193/07
7 Sa 1335/06
Landesarbeitsgericht
Berlin

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
27. November 2008

URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

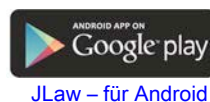
pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 27. November 2008 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Rost, den Richter am Bundesarbeitsgericht Schmitz-Scholemann, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Berger sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Bartz und Schierle für Recht erkannt:



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



Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 19. Dezember 2006 - 7 Sa 1335/06 - aufgehoben.

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

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen fristlosen, vorsorglich ordentlichen Kündigung. Hilfsweise macht der Kläger das Bestehen eines „Nebenarbeitsverhältnisses“ mit der Beklagten geltend.

Der im Zeitpunkt der Kündigung 51 Jahre alte, verheiratete Kläger war seit dem 15. August 1990 bei verschiedenen, dem Konzern der B AG (inzwischen: L AG) zugehörigen Unternehmen beschäftigt. Ursprünglich bestand das Arbeitsverhältnis mit der B B AG. Mit Wirkung zum 1. Mai 1996 wurde es auf die B AG überführt. Zum 1. September 1999 begründete der Kläger mit der Beklagten, die durch Rechtsformenwechsel zum 1. Januar 2006 aus der vor-maligen L B hervorgegangen ist, ein Nebenarbeitsverhältnis. Sowohl bei der B AG als auch bei der Beklagten nahm der Kläger Tätigkeiten auf der Bereichs-leiterebene, die unmittelbar unterhalb der Vorstandsebene angesiedelt ist, wahr. Ob das (Haupt-)Arbeitsverhältnis des Klägers aufgrund einer Übertragung des Geschäftsfelds „Private Vermögensanlagen“ zum 1. Juli 2002 auf die Beklagte übergegangen ist und dadurch das Nebenarbeitsverhältnis erloschen ist, war zwischen den Parteien umstritten.

Beginnend ab Januar 2003 wurde der Kläger unter Freistellung von seiner Arbeitspflicht bei der Beklagten zu anderen Konzerngesellschaften entsandt.



Ab 1. Dezember 2003 war er bei der A GmbH als Geschäftsführer tätig.
In der hierüber zwischen den Parteien geschlossenen Entsendungsvereinbarung vom 30. April/29. Juni 2004 heißt es:

„§ 1

Mit Wirkung vom 1. Dezember 2003 wird Herr Dr. M von der Bank zu den nachstehenden Bedingungen zur A GmbH entsandt, um dort als Geschäftsführer tätig zu sein. Die Entsendung erfolgt für die Dauer des Geschäftsführervertrages mit der A GmbH, soweit in dieser Vereinbarung keine abweichenden Regelungen getroffen wurden. Während dieser Zeit ist Herr Dr. M von der Tätigkeit bei der Bank freigestellt.

§ 2

Die Entsendungsvereinbarung ist an den Bestand des Arbeitsverhältnisses mit der Bank gebunden. Endet dieses, so endet ohne besondere Kündigung diese Vereinbarung zu dem Zeitpunkt, zu dem das Arbeitsverhältnis mit der Bank endet.

§ 3

Für die Dauer des Anstellungsverhältnisses mit der A GmbH ruht der Arbeitsvertrag mit der Bank, so dass die beidseitigen arbeitsvertraglichen Hauptleistungspflichten, also die Pflicht von Herrn Dr. M zur Arbeitsleistung und die Pflicht der Bank zur Zahlung des Arbeitsentgeltes, ruhen. Dies gilt jedoch nicht für die Schweigepflicht von Herrn Dr. M, die Verpflichtung zur Beachtung des Leitfadens für Mitarbeitergeschäfte der B AG und ihrer Konzerngesellschaften sowie die Verpflichtung hinsichtlich des Datenschutzes.

Die Bank kann mit einer Frist von 6 Monaten zum Monatsende jederzeit die Entsendung zur A GmbH widerrufen, um Herrn Dr. M in eine bezüglich des Arbeitsvertrages mit der Bank vertragsgemäße Position einzusetzen.

§ 4

Herr Dr. M verpflichtet sich, keine anderen Ansprüche für seine Tätigkeit auf Vergütung, Aufwandsersatz etc. geltend zu machen, als sich aus dieser Vereinbarung in Verbindung mit dem Vertrag mit der Bank und der A GmbH ergeben.

§ 5

Die bestehende betriebliche Altersversorgung wird von der Bank unverändert fortgeführt. Das von der A GmbH



gezahlte Gehalt (Grundgehalt, garantierte Tantieme etc.) führt zu keiner Erhöhung der ruhegeldfähigen Bezüge. Eine Doppelversorgung ist ausgeschlossen.

§ 6

Mit Abschluss des befristeten Geschäftsführervertrages mit der A GmbH verpflichtet sich die Bank, soweit das ruhende Arbeitsverhältnis nicht vorher endet, nach Beendigung des Geschäftsführervertrages ihre Verpflichtung aus dem Arbeitsvertrag mit Herrn Dr. M vollständig wieder aufzunehmen. Dies gilt auch im Falle der betriebsbedingten Kündigung von Herrn Dr. M durch die A GmbH oder deren Veräußerung oder Schließung.

Bei einer vorzeitigen Beendigung der Geschäftsführertätigkeit mit einer Abfindung für die Restlaufzeit des Geschäftsführervertrages ruht das Arbeitsverhältnis mit der Bank weiter bis zum Zeitpunkt des Ablaufs der Hälfte der ursprünglichen Restlaufzeit des Geschäftsführervertrages.

In Anschluss an eine solche Freistellung erfolgt eine angemessene Einarbeitungszeit von bis zu 6 Monaten zur Vorbereitung auf die bei der Bank zu übernehmende Zielposition.

§ 7

Mündliche Nebenabreden bestehen nicht. Änderungen und Ergänzungen dieser Vereinbarung bedürfen der Schriftform.

Sollten eine oder mehrere Bestimmungen dieser Vereinbarung unwirksam sein oder werden, so wird die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen davon nicht berührt. Die Parteien verpflichten sich, anstelle dieser unwirksamen Bestimmung eine dieser Bestimmung möglichst nahekommende Regelung zu treffen.“

Mit der A GmbH schloss der Kläger einen bis 30. November 2008 befristeten Geschäftsführerdienstvertrag. Geschäftsgegenstand der A GmbH ist ua. die Verwaltung von Fondsimmobilien, die unter die sog. Risikoabschirmung nach dem Gesetz über die Ermächtigung des Senats zur Übernahme einer Landesgarantie für Risiken aus dem Immobiliendienstleistungsgeschäft der B AG und einiger ihrer Tochtergesellschaften des Landes Berlin vom 16. April 2002 (*GVBl. 2002 S. 121*) und eine Detailvereinbarung zwischen dem Land Berlin und der B AG vom selben Tag fallen. Soweit Immobilien von der Risiko-

5



abschirmung erfasst werden, können Kosten der Immobilienverwaltung und Verluste der Immobilienbewirtschaftung der B AG und ihrer Konzerngesellschaften unter bestimmten Voraussetzungen über eine sog. „Freistellungskette“, an deren Ende das Land Berlin steht, weitergegeben werden. Wegen der damit für das Land Berlin verbundenen Haftungsrisiken enthalten die Verträge der an der „Freistellungskette“ beteiligten Unternehmen für bestimmte Geschäfte Anzeigepflichten und Zustimmungsvorbehalte. So besteht aufgrund eines zwischen der A GmbH und der I geschlossenen Freistellungsvertrags vom 28. Dezember 2000 ua. die Verpflichtung der A GmbH, jeden Sachverhalt der I unverzüglich mitzuteilen, der zu einer Verwirklichung des Risikos im Sinne des Vertrags von mehr als 50.000,00 DM (25.564,00 Euro) p.a. führen kann. Die I ihrerseits unterliegt hinsichtlich ihrer Geschäftstätigkeit Zustimmungsvorbehalten zugunsten der LP.

Im Jahr 2003 erstellte die A GmbH ein sog. „Garantiehandbuch“, um die Verfahrensweisen zwischen den an der Freistellungskette beteiligten Unternehmen (A GmbH, I, LP) verbindlich festzulegen. Nach der dort enthaltenen Regelung zu Nr. 2.1.3.3 obliegt - anders als bei Instandhaltungsmaßnahmen - die Entscheidung, ob und welche Revitalisierungsmaßnahmen durchgeführt und welche Unternehmen beauftragt werden, stets der „LP für die I“. Die A GmbH hat daher alle Revitalisierungsmaßnahmen vorab mit der „I/LP“ abzustimmen. Unter „Revitalisierung“ in diesem Sinne sind bauliche Veränderungen der Mietobjekte zu verstehen, die über bloße Instandhaltungsverpflichtungen hinausgehen und der Verbesserung der Mietsache und der Vermietbarkeit des Objekts unmittelbar dienen.

Darüber hinaus enthält § 8 der Geschäftsordnung für den Aufsichtsrat der A GmbH vom 7. Juni 2005 einen Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte. Hierzu zählen ua.:

„...“

(I) Geschäftsvorfälle, die außerhalb der üblichen Geschäftstätigkeit der Gesellschaft liegen oder geeignet sind, Verbindlichkeiten für die Gesellschaft von über Euro 500.000,- insgesamt oder Euro 50.000,- p.a. oder mit einer Laufzeit von über drei Jahren zu begründen;



(m) die jährliche Strategie- und Budgetplanung und wesentliche sich im Jahresverlauf ergebende oder erkennbar werdende Abweichungen davon;

...“

Werden Immobiliengeschäfte ohne die erforderliche Zustimmung von internen Gremien und Vertragspartnern durchgeführt, steht dem Land Berlin das Recht zu, die entsprechende Risikoabschirmung zu verweigern. Verluste bleiben dann wirtschaftlich beim Konzern der B AG.

8

Der Kläger war als Geschäftsführer der A GmbH für den Geschäftsbereich „Real Estate“ verantwortlich. Für zwei in diesem Bereich unter die Risikoabschirmung fallende Objekte (Forst-/Gritznerstraße und Stresemannstraße) sah ein vom Aufsichtsrat genehmigter Wirtschaftsplan für das Jahr 2005 einen Materialaufwand von 24.000,00 Euro bzw. 93.000,00 Euro vor. Am 14. Juni 2005 unterrichtete der Kläger den Aufsichtsrat darüber, dass für die beiden Objekte zusätzlich etwa 5,5 Mio. Euro für Instandhaltungsmaßnahmen benötigt würden. Im Lauf des Jahres 2005 wurden für die beiden Objekte einzelne Baumaßnahmen (zB Elektroarbeiten zur Vorbereitung des Abbruchs von Trennwänden und der Abbruch nicht tragender Trennwände für 98 Wohnungen) in Auftrag gegeben. Eine diesbezügliche Abstimmung mit der I/LP erfolgte nicht.

9

Durch Aufsichtsratsbeschluss vom 5. Oktober 2005 wurde der Kläger mit sofortiger Wirkung als Geschäftsführer der A GmbH von seinen Pflichten aus dem Geschäftsführeranstellungsvertrag freigestellt. Im November 2005 veranlasste der neu bestellte Geschäftsführer die Einstellung der Baumaßnahmen an den Objekten Forst-/Gritznerstraße und Stresemannstraße. Eine mit der Prüfung der Einhaltung von Zustimmungserfordernissen beauftragte Wirtschaftsprüfungsgesellschaft kam in ihrem Gutachten vom 17. März 2006 zu der Einschätzung, bezogen auf die vorgenannten Objekte seien interne Zustimmungserfordernisse gemäß § 8 Abs. 1 Buchst. l und m der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats missachtet worden. Die Baumaßnahmen seien zumindest zum Teil als Revitalisierungen anzusehen, so dass auch ein Verstoß gegen die Verpflichtung vorliege, die Maßnahmen vorab mit der I/LP abzu-

10



stimmen. Am 5. April 2006 kündigte die A GmbH den Geschäftsführerdienstvertrag des Klägers außerordentlich fristlos, hilfsweise erklärte sie die Anfechtung des Vertrags.

Mit Schreiben vom 5. April 2006 forderte der Kläger die B AG zur Aktivierung des ruhenden Arbeitsverhältnisses ab dem 6. April 2006 auf. Am 7. April 2006 wurde der Beklagten das Gutachten der Wirtschaftsprüfer zugeleitet. Nach Anhörung des Betriebsrats sowie vorsorglich der Interessenvertretung der leitenden Angestellten mit Schreiben vom 13. April 2006 und Zustimmung dieser Gremien kündigte die Beklagte mit Schreiben vom 19. April 2006 das Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos, hilfsweise ordentlich.

Der Kläger hat mit seiner Kündigungsschutzklage geltend gemacht, die Beklagte sei nicht kündigungsbefugt. Das Arbeitsverhältnis bestehe noch mit der B AG. Jedenfalls lägen keine Kündigungsgründe vor. Er habe keine Anzeige- bzw. Zustimmungserfordernisse missachtet. Die Wirtschaftsprüfer hätten bereits die maßgeblichen Begriffe der „Instandhaltung“ und der „Revitalisierung“ verkannt und falsche Schlüsse hinsichtlich der Kompetenzgrenzen gezogen. Bei den umstrittenen Baumaßnahmen habe es sich ausschließlich um Instandhaltungsmaßnahmen gehandelt, die der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit zuzurechnen seien. In einem solchen Fall habe gegenüber Vertragspartnern der A GmbH nur eine Informationspflicht bestanden, die erfüllt worden sei. Dem Aufsichtsrat gegenüber sei er aufgrund eines Beschlusses vom 14. November 2001 lediglich zu einer nachträglichen Anzeige verpflichtet gewesen. Jedenfalls berührten die Vorgänge das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht. Die außerordentliche Kündigung sei zudem verfristet. Die Beklagte müsse sich eine bereits seit Februar 2006 bestehende Kenntnis der A GmbH vom Kündigungssachverhalt zurechnen lassen. Schließlich sei der Betriebsrat, insbesondere über ein bestehendes Haftungsrisiko der A GmbH, bewusst fehlerhaft unterrichtet worden, so dass keine ordnungsgemäße Anhörung vorliege. Für den Fall der wirksamen Beendigung des (Haupt-)Arbeitsverhältnisses bestehe noch das „Nebenarbeitsverhältnis“ fort.

Der Kläger hat zuletzt beantragt



festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 19. April 2006 weder fristlos aufgelöst wurde noch ordentlich aufgelöst werden wird;

hilfsweise für den Fall der Abweisung des Antrags zu 1.,

festzustellen, dass zwischen den Parteien das Nebenarbeitsverhältnis auf Grundlage des Arbeitsvertrags vom 19. Januar 2000 ungekündigt fortbesteht.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und geltend gemacht: Der Kläger habe seine Pflichten als Geschäftsführer der A GmbH schwerwiegend verletzt. Er habe es vorsätzlich unterlassen, erforderliche Zustimmungen einzuholen und versucht, den ihm bekannten wahren Charakter der Baumaßnahmen als Revitalisierungsmaßnahmen zu verschleiern. Er habe für die Akten die Revitalisierungsmaßnahmen zu Instandhaltungsmaßnahmen „umdeklariert“ und den Aufsichtsrat in der Sitzung vom 14. Juni 2005 darüber getäuscht, dass er ggf. erforderliche Zustimmungen einholen würde. Das Vorbringen des Klägers, es lägen Instandhaltungsmaßnahmen vor, sei unbeachtlich, da auch in diesem Fall Zustimmungsvorbehalte bestanden hätten. Das Verhalten des Klägers, aus dem sich für die A GmbH neben den entstandenen Kosten finanzielle Risiken in Millionenhöhe ergeben hätten, habe zu einer erheblichen Störung des Arbeitsverhältnisses der Parteien geführt. Der Kläger habe als Bereichsleiter eine hohe Führungs- und absolute Vertrauensposition inne, bei der ebenfalls detaillierte Kompetenzordnungen und zahlreiche interne und externe Abstimmungs- und Zustimmungsvorbehalte zu beachten seien. Dafür habe er jedenfalls die erforderliche Eignung verloren. Die Frist des § 626 Abs. 2 BGB sei gewahrt. Die Beklagte habe von den Pflichtverletzungen erstmals am 7. April 2006 erfahren. Die Arbeitnehmervertretungen seien ordnungsgemäß unterrichtet worden. Ein Nebenarbeitsverhältnis bestehe nicht mehr.

14

Das Arbeitsgericht hat dem Kündigungsschutzantrag stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klagabweisungsantrag weiter.

15



Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 ZPO).

16

A. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Das Arbeitsverhältnis habe zuletzt mit der Beklagten bestanden. Ein wichtiger Grund für eine außerordentliche fristlose Kündigung liege nicht vor, selbst wenn die Richtigkeit der gegen den Kläger als Geschäftsführer der A GmbH erhobenen Vorwürfe unterstellt werde. Zwar berührten diese Pflichtverletzungen im Geschäftsführerdienstverhältnis auch das Arbeitsverhältnis, da sich aus der Entsendungsvereinbarung eine arbeitsvertragliche Pflicht ergebe, die dort vorgesehene Tätigkeit als Geschäftsführer ordnungsgemäß zu erfüllen und der entsandte Arbeitnehmer zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Arbeitgebers verpflichtet bleibe. Die in Rede stehenden Pflichtverletzungen seien auch an sich geeignet, unter verhaltensbedingten Gesichtspunkten einen wichtigen Grund zur Kündigung abzugeben. Der Beklagten sei es aber nicht unzumutbar gewesen, den Kläger weiter zu beschäftigen. Eine ggf. eingetretene Störung des Vertrauensverhältnisses zwischen dem Kläger und dem Aufsichtsrat der A GmbH tangiere nicht unmittelbar das Verhältnis zum Vorstand der Beklagten. Für die in der Vergangenheit langjährig beanstandungsfrei ausgeübte Tätigkeit als Bereichsleiter sei nicht zu prognostizieren, dass Kompetenzen und Entscheidungsabläufe nicht eingehalten würden. Der streitige Vorwurf einer vorsätzlichen Täuschung durch bewusste Umdeklarierung von Revitalisierungsmaßnahmen in Instandhaltungsmaßnahmen ließe zwar den Kündigungssachverhalt in einem anderen Licht erscheinen. Der dahingehende Vortrag sei aber nicht verwertbar, weil die Beklagte die Betriebsratsanhörung hierauf nicht gestützt habe. Dem Kläger könne daher allenfalls ein grob fahrlässiges Verhalten vorgeworfen werden. Dies reiche nicht aus, um von der Unzumutbarkeit einer Fortsetzung des

17



Arbeitsverhältnisses auszugehen. Entsprechendes gelte für die erklärte ordentliche Kündigung. Eine personenbedingte Kündigung komme schon mangels negativer Zukunftsprognose nicht in Betracht. Ob der Betriebsrat ordnungsgemäß angehört worden sei, könne dahinstehen.

B. Dem folgt der Senat nicht. Die vom Landesarbeitsgericht gegebene Begründung trägt letztlich nicht das Ergebnis, für die Kündigung der Beklagten fehle es an einem wichtigen Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB. 18

I. Soweit der Kläger geltend macht, die Revision sei „rechtsmissbräuchlich“, da zwischenzeitlich das Landgericht Berlin mit Urteil vom 7. März 2007 (- 87 O 22/06 -) die Kündigung des Geschäftsführerdienstvertrags durch die A GmbH für unwirksam erklärt habe, kann dem schon deshalb nicht gefolgt werden, weil das genannte Urteil nicht rechtskräftig geworden ist. Somit konnte offen bleiben, ob die Rüge des Klägers darauf zielt, die Zulässigkeit der Revision in Frage zu stellen oder aber geltend zu machen, die Beklagte sei mit der Berufung auf Pflichtverletzungen des Klägers im Geschäftsführerdienstverhältnis als Kündigungsgrund präkludiert. 19

II. Zwischen den Parteien hat im Kündigungszeitpunkt ein Arbeitsverhältnis bestanden. Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, das Arbeitsverhältnis sei aufgrund des behaupteten Betriebsübergangs auf die Beklagte übergegangen. Jedenfalls hätten sich die Parteien einvernehmlich auf einen Übergang des Arbeitsverhältnisses verständigt. Dabei hat es die Kündigungsschutzklage zu Recht als schlüssig angesehen, nachdem sich der Kläger im Verlauf des Rechtsstreits das Vorbringen der Beklagten zum Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien ausdrücklich hilfsweise zu eigen gemacht hatte. Ein derartiges prozessuales Vorgehen war ohne Verstoß gegen die Wahrheitspflicht möglich (vgl. BGH 23. Juni 1989 - V ZR 125/88 - NJW 1989, 2756; 10. Januar 1985 - III ZR 93/83 - NJW 1985, 1841; Jauernig Zivilprozessrecht 29. Aufl. § 25 VI 2). Dies wird von den Parteien nicht beanstandet. 20

III. Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tat- 21



sachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Die erforderliche Überprüfung, ob ein gegebener Lebenssachverhalt einen wichtigen Grund in diesem Sinne darstellt, vollzieht sich zweistufig: Im Rahmen von § 626 Abs. 1 BGB ist zunächst zu prüfen, ob ein bestimmter Sachverhalt ohne die besonderen Umstände des Einzelfalls als wichtiger Kündigungsgrund an sich geeignet ist. Liegt ein solcher Sachverhalt vor, bedarf es der weiteren Prüfung, ob die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile zumutbar ist oder nicht (*st. Rspr. etwa Senat 7. Juli 2005 - 2 AZR 581/04 - BAGE 115, 195, 199; 27. April 2006 - 2 AZR 386/05 - BAGE 118, 104, 109*).

Der in § 626 Abs. 1 BGB verwandte Rechtsbegriff des wichtigen Grundes ist ein unbestimmter Rechtsbegriff. Seine Anwendung durch die Tatsachengerichte kann im Revisionsverfahren nur daraufhin überprüft werden, ob das Berufungsgericht den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat und ob es alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände, die für oder gegen die außerordentliche Kündigung sprechen, widerspruchsfrei beachtet hat (*st. Rspr. etwa Senat 19. April 2007 - 2 AZR 180/06 - AP BGB § 174 Nr. 20; 29. November 2007 - 2 AZR 1067/06 -, jeweils mwN*).

IV. Das Berufungsurteil hält auch diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab nicht stand. Ob die Beklagte aufgrund schwerwiegender Pflichtverletzungen des Klägers im Geschäftsführerdienstverhältnis mit der A GmbH berechtigt war, das Arbeitsverhältnis der Parteien aus wichtigem Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB zu kündigen, steht noch nicht fest.

1. Das Landesarbeitsgericht geht im Ausgangspunkt zutreffend davon aus, dass ein erhebliches Fehlverhalten des Arbeitnehmers gegenüber einem anderen, mit dem Arbeitgeber konzernrechtlich verbundenen Unternehmen



dann eine außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus wichtigem Grund an sich rechtfertigen kann, wenn das Arbeitsverhältnis durch das Fehlverhalten konkret und erheblich beeinträchtigt wird (*zur ordentlichen Kündigung vgl. bereits Senat 20. September 1984 - 2 AZR 233/83 - AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 13 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 14*). Soweit sich das Verhalten des Arbeitnehmers im Verhältnis zu dem anderen Konzernunternehmen zugleich im Arbeitsverhältnis als schwerwiegende Vertragsverletzung darstellt, kann ein die fristlose Kündigung an sich rechtfertigender, verhaltensbedingter Grund in Betracht kommen. Auch kann das Verhalten für die Frage der Eignung des Arbeitnehmers erheblich werden. Es kann sich im Fall grober Verfehlungen dahin auswirken, dass der Arbeitgeber nicht mehr mit einer sachgerechten Arbeitsvertragserfüllung durch den Arbeitnehmer rechnen kann (*vgl. BAG 17. Februar 1982 - 7 AZR 663/79 -*) und damit einen personenbedingten Grund zur Kündigung darstellen (*vgl. bspw. Senat 23. September 1976 - 2 AZR 309/75 - BAGE 28, 176, 185 f.*).

2. Dabei ist allerdings zu beachten, dass die Rechte und Pflichten des Arbeitnehmers nicht bereits durch die Konzernbindung des Arbeitgebers als solche berührt werden (*vgl. Senat 20. September 1984 - 2 AZR 233/83 - AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 13 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 14; APS/Preis 3. Aufl. Grundlagen C. Rn. 88*). Begründet der Arbeitnehmer neben dem mit seinem Arbeitgeber bestehenden Arbeitsverhältnis ein weiteres Dienst- oder Arbeitsverhältnis mit einem anderen, rechtlich selbständigen Konzernunternehmen, stellen sich Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers in dem anderen Rechtsverhältnis nicht schon aufgrund der Konzernbindung der Unternehmen als Vertragsverletzungen in seinem (Stamm-)Arbeitsverhältnis dar (*vgl. Windbichler Arbeitsrecht im Konzern S. 152*). Etwas anderes kann jedoch dann gelten, wenn das Tätigwerden des Arbeitnehmers bei verschiedenen Konzernunternehmen, beispielsweise aufgrund entsprechender arbeitsvertraglicher Pflichtenumschreibung, Anrechnungsabreden und dergleichen, in einem Zusammenhang steht. Besteht eine derartige Verknüpfung, hängt es in erster Linie von dem Inhalt der getroffenen Vereinbarungen ab, ob und inwieweit ein pflicht-

25



widriges Verhalten des Arbeitnehmers im Verhältnis zu einem mit seinem (Stamm-)Arbeitgeber verbundenen anderen Konzernunternehmen als Arbeitsvertragsverletzung im (Stamm-)Arbeitsverhältnis kündigungsrelevant werden kann (vgl. dazu auch die Wertungen des Senats im Urteil vom 20. September 1984 - 2 AZR 233/83 - aaO; zum Fall einer Abordnung bei zugrunde liegender arbeitsvertraglicher Verpflichtung des Arbeitnehmers, im Bereich des Konzerns tätig zu werden: KR/Fischermeier 8. Aufl. § 626 BGB Rn. 127).

3. Hiervon ausgehend vermag der Senat dem Landesarbeitsgericht bereits in der Bewertung des wichtigen Grundes „an sich“ nicht zu folgen, soweit es diesen im Hinblick auf eine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung bejaht hat. 26

a) Zwar standen aufgrund der erfolgten Entsendung des Klägers durch die Beklagte zur A GmbH, um dort als Geschäftsführer tätig zu werden, das Geschäftsführerdienstverhältnis und das Arbeitsverhältnis des Klägers nicht beziehungslos nebeneinander. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, aus den Regelungen der Entsendungsvereinbarung ergebe sich eine arbeitsvertragliche Verpflichtung des Klägers gegenüber der Beklagten, seine vorgesehene Tätigkeit als Geschäftsführer der A GmbH ordnungsgemäß und unter Beachtung der Zustimmungserfordernisse zu erbringen, mit der Folge, dass Vertragsverletzungen in diesem Bereich unmittelbar auch als arbeitsvertragliche Pflichtverletzungen anzusehen seien, geht allerdings zu weit. Nicht jeder Verstoß des Klägers gegen seine Pflichten aus dem Geschäftsführerdienstvertrag stellt sich in Anbetracht der Entsendung des Klägers zugleich als eine Verletzung des fortbestehenden Arbeitsvertrags mit der Beklagten dar. 27

aa) Die Auslegung der Entsendungsvereinbarung vom 30. April/29. Juni 2004 durch das Landesarbeitsgericht unterliegt jedenfalls einer Überprüfung durch das Revisionsgericht, ob die Rechtsvorschriften über die Auslegung (§§ 133, 157 BGB) richtig angewandt worden sind, ob dabei gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstoßen und der Tatsachenstoff nicht vollständig verwertet wurde oder ob eine gebotene Auslegung unterlassen worden ist (Senat 3. Juli 2003 - 2 AZR 437/02 - AP BGB § 626 Verdacht strafbarer 28



Handlung Nr. 38 = EzA KSchG § 1 Verdachtskündigung Nr. 2; 17. September 1998 - 2 AZR 725/97 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 36 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 36). Auch dieser eingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfung hält die Auslegung nicht stand. Der Senat kann die Vereinbarung ausnahmsweise selbst auslegen, da der entscheidungserhebliche Sachverhalt vollständig festgestellt ist und kein weiteres tatsächliches Vorbringen zu erwarten ist (st. Rspr., vgl. etwa Senat 24. November 2005 - 2 AZR 614/04 - BAGE 116, 254, 263).

bb) Die Vereinbarung über die Entsendung des Klägers enthält keine konkrete Regelung im Sinne der vom Landesarbeitsgericht angenommenen arbeitsvertraglichen Verpflichtung. Sie bestimmt vielmehr, dass für die Dauer des mit der A GmbH bestehenden (Geschäftsführer-)Anstellungsverhältnisses der Arbeitsvertrag mit der Beklagten (Bank) ruht, wobei die Parteien dies hinsichtlich der beiderseitigen Hauptpflichten ausdrücklich nochmals klargestellt haben. Soweit sich die Entsendungsvereinbarung zur Fortgeltung arbeitsvertraglicher Nebenpflichten verhält, handelt es sich hierbei um „übliche“ Nebenpflichten aus dem Arbeitsverhältnis wie beispielsweise die Schweigepflicht und die Pflicht zur Wahrung des Datenschutzes. Dies spricht, wie auch die Verpflichtung der Beklagten, den Arbeitsvertrag nach Beendigung des Geschäftsführerdienstvertrags wieder vollständig aufzunehmen, und die Bindung des Widerrufs der Entsendung an eine Ankündigungsfrist von sechs Monaten, für eine grundsätzlich gewollte Trennung der sich aus den jeweiligen Rechtsverhältnissen ergebenden Leistungspflichten. Allein der Umstand, dass die ordnungsgemäße Erfüllung der Geschäftsführerdienstpflichten des Klägers bei der A GmbH im Interesse der Beklagten gelegen haben mag, reicht nicht aus, um von einer äquivalenten arbeitsvertraglichen Verpflichtung des Klägers auszugehen. Dagegen streitet nämlich das gegenläufige Interesse des Klägers, sich den Arbeitsplatz bei der Beklagten unabhängig vom Schicksal des Geschäftsführerdienstverhältnisses zu erhalten. Dementsprechend haben die Parteien die in § 6 der Entsendungsvereinbarung verankerte „Rückkehroption“ des Klägers auch nicht davon abhängig gemacht, aus welchem Grund der Geschäftsführerdienstvertrag sein Ende gefunden hat.

29

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



- b) Auch der Auffassung des Landesarbeitsgerichts, in der nicht ordnungsgemäßen Ausführung seiner Geschäftsführerpflichten liege ohne Weiteres ein erheblicher Verstoß des Klägers gegen seine arbeitsvertragliche Rücksichtnahmepflicht (§ 241 Abs. 2 BGB), vermag sich der Senat nicht anzuschließen. Die bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts lassen einen dahingehenden Schluss nicht zu. 30
- aa) Zwar kann ein die Kündigung nach § 626 Abs. 1 BGB an sich rechtfertigender Grund auch in einer erheblichen Verletzung arbeitsvertraglicher Nebenpflichten, insbesondere einer Verletzung der vertraglichen Rücksichtnahmepflichten iSv. § 241 Abs. 2 BGB, liegen (*vgl. etwa Senat 8. November 2007 - 2 AZR 528/06 - EzA BGB 2002 § 626 Nr. 19; 2. März 2006 - 2 AZR 53/05 - AP BGB § 626 Krankheit Nr. 14 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 16*). 31
- bb) Dem Landesarbeitsgericht ist grundsätzlich auch darin zuzustimmen, dass die in § 241 Abs. 2 BGB verdeutlichte Verpflichtung der Arbeitsvertragsparteien zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Vertragsteils ungeachtet der getroffenen Ruhensvereinbarung fortgilt. Dem steht nicht entgegen, dass die Entsendungsvereinbarung einzelne, fortgeltende Nebenpflichten ausdrücklich benennt, die sich - wie etwa die Verschwiegenheitspflicht und die Pflicht zum Datenschutz - aus der Rücksichtnahmepflicht ableiten. Der Regelung unter § 3 Abs. 1 der Entsendungsvereinbarung sollte, wie der vorausgehenden Außerkraftsetzung der im Synallagma stehenden Hauptpflichten zu entnehmen ist, im Hinblick auf das vereinbarte Ruhen des Arbeitsverhältnisses ersichtlich nur eine klarstellende Bedeutung zukommen. 32
- cc) Allerdings sind die aus dem Gebot zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Vertragsteils (§ 241 Abs. 2 BGB) abzuleitenden Nebenpflichten schon nach dem Wortlaut des Gesetzes eng mit dem Inhalt des Schuldverhältnisses verknüpft (*Schaub/Linck ArbR-Hdb. 12. Aufl. § 55 Rn. 3; Gotthardt Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform 2. Aufl. Rn. 32 ff.*). Daraus folgt, dass Rücksichtnahmepflichten, auch wenn sie - anders als Nebenleistungspflichten - in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit der 33



Hauptleistungspflicht stehen, gleichwohl nicht in einem freien Raum stehen, sondern nur in Bezug auf das Arbeitsverhältnis und seinen Zweck Handlungs- oder Unterlassungspflichten auslösen können (vgl. *ErfK/Preis* 9. Aufl. § 611 BGB Rn. 708). Ruht das Arbeitsverhältnis mit den sich aus ihm ableitenden Hauptleistungspflichten, folgt aus der Rücksichtnahmepflicht für den Arbeitnehmer somit vor allem die Verpflichtung, das Wiederaufleben des Arbeitsverhältnisses nicht zu gefährden und sich weiterhin gegenüber dem Arbeitgeber loyal zu verhalten (vgl. auch *Sauerzapf Ruhendes Arbeitsverhältnis und grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung im Konzern* S. 105).

dd) Damit lässt es sich - auch in Anbetracht der vereinbarten Entsendung - aber nicht vereinbaren, wenn das Landesarbeitsgericht einen Verstoß gegen das arbeitsvertragliche Rücksichtnahmegebot mit der pauschalen Begründung bejaht hat, nur eine ordnungsgemäße Tätigkeit durch den Kläger habe den Interessen der Beklagten entsprochen. Zwar wurde der Kläger von der Beklagten an die A GmbH zur Verrichtung der Geschäftsführertätigkeiten entsandt. Welches konkrete (eigene) Interesse die Beklagte aber damit verband, lässt sich den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht entnehmen. Hinzu kommt, dass das „Entsendungsinteresse“ der Beklagten jedenfalls keinen Bezug zum Pflichtenkreis des ruhenden Arbeitsverhältnisses der Parteien aufweist. Die Ausübung der Geschäftsführertätigkeit des Klägers bei der A GmbH erfolgte nicht aufgrund des mit der Beklagten geschlossenen Arbeitsvertrags, der selbst keinen Konzernvorbehalt enthält, sondern aufgrund der neben dem Arbeitsvertrag geschlossenen Entsendungsvereinbarung.

34

ee) Die sich aus § 241 Abs. 2 BGB ableitende Pflicht des Arbeitnehmers, den Arbeitgeber nicht zu schädigen bzw. in den Grenzen der Möglichkeiten des Arbeitnehmers Schaden von ihm abzuwenden (vgl. *dazu nur Senat* 11. März 1999 - 2 AZR 427/98 - AP BGB § 626 Nr. 150 = EzA BGB § 626 nF Nr. 177), besteht zwar grundsätzlich auch im ruhenden Arbeitsverhältnis fort. Der Arbeitnehmer hat auch während dieser Zeit besonders schädigende Verhaltensweisen zu unterlassen (vgl. etwa *Hager Das ruhende Arbeitsverhältnis* S. 254). Dafür, dass das dem Kläger zum Vorwurf gemachte Verhalten aufgrund der

35



Einbindung der Beklagten in den Konzern der B AG - in für den Kläger vorhersehbarer Weise - geeignet gewesen sein könnte, der Beklagten einen wirtschaftlichen Schaden zuzufügen, ergeben sich aber aus dem bisher festgestellten Sachverhalt keine genügenden Anhaltspunkte.

4. Ob die vermeintlichen Pflichtverletzungen des Klägers der Beklagten im Hinblick auf einen von ihr behaupteten Vertrauensverlust und Eignungsmangel einen wichtigen Grund zur Kündigung gaben, steht noch nicht fest. Das Landesarbeitsgericht hat insoweit nicht alle fallrelevanten Gesichtspunkte berücksichtigt und hiervon ausgehend auch nicht die notwendigen Feststellungen getroffen. 36

a) Soweit die Beklagte geltend macht, der Kläger habe aufgrund seines Verhaltens bei der A GmbH seine Vertrauenswürdigkeit und damit auch seine Eignung verloren, die bei der Beklagten zu verrichtende Tätigkeit eines Bereichsleiters auszuüben, beruft sie sich auf einen personenbedingten Grund zur Kündigung. Unter diesem Gesichtspunkt kommt ein wichtiger Grund zur Kündigung iSd. § 626 Abs. 1 BGB in Betracht, wenn schwere Verfehlungen, insbesondere Straftaten des Arbeitnehmers außerhalb des dienstlichen Bereichs bei objektiver Betrachtung die Prognose rechtfertigen, der Arbeitnehmer werde seine Arbeitsaufgaben künftig nicht mehr zuverlässig oder ordnungsgemäß erfüllen (*vgl. zur ordentlichen Kündigung Senat 18. Januar 2007 - 2 AZR 731/05 - BAGE 121, 32, 34; 20. Mai 1988 - 2 AZR 682/87 - BAGE 59, 32, 44; v. Hoyningen-Huene/Linck KSchG 14. Aufl. § 1 Rn. 595; Stahlhacke/Preis 9. Aufl. Rn. 741*). Da es nicht Zweck der personenbedingten - ebenso wenig wie der verhaltensbedingten - Kündigung ist, den Arbeitnehmer für ein Fehlverhalten zu sanktionieren, kommt es für ihre Rechtfertigung als wichtiger Grund maßgeblich darauf an, ob der Arbeitnehmer auch in der Zukunft seine Arbeitsleistung ganz oder teilweise nicht erbringen kann, also auch mit künftigen erheblichen Vertragsstörungen zu rechnen ist (*Stahlhacke/Preis 9. Aufl. Rn. 1196 mwN*). 37

b) Eine solche negative Zukunftsprognose hat das Landesarbeitsgericht im Streitfall mit der Begründung verneint, der Vorwurf der „Eigenmächtigkeit“, 38



der zur Kündigung des Geschäftsführerdienstverhältnisses geführt habe, sei im Verhältnis zur A GmbH anders zu bewerten als im Arbeitsverhältnis mit der Beklagten. Während der Kläger bei der A GmbH eigenverantwortlich und weisungsfrei habe entscheiden können, sei er als Bereichsleiter bei der Beklagten weisungsgebunden tätig. Im Rahmen dieser weisungsgebundenen Tätigkeit habe der Kläger aber bisher weder seine Kompetenzen überschritten, noch den Vorstand übergangen, so dass mit künftigen Vertragsstörungen im Vertragsverhältnis mit der Beklagten nicht zu rechnen sei.

Zwar halten sich diese Ausführungen des Landesarbeitsgerichts grundsätzlich noch im tatrichterlichen Beurteilungsspielraum, soweit es um die Bewertung eines grob fahrlässigen Verhaltens des Klägers geht. Das Landesarbeitsgericht durfte berücksichtigen, dass Pflichtverletzungen des Klägers, die den Leistungsbereich des Geschäftsführerdienstverhältnisses betreffen, wegen einer unterschiedlichen Pflichtenstruktur der Rechtsverhältnisse nicht zwingend vergleichbare Vertragsverletzungen im Arbeitsverhältnis indizieren. Dies gilt grundsätzlich auch im Fall gravierender Schlechtleistungen und unter Einbeziehung einer bei der Beklagten eingenommenen Führungsposition. Im Übrigen stellt der Umstand, dass der Kläger jahrelang als Bereichsleiter beurlaubungsfrei tätig war, ein deutliches Indiz dafür dar, dass es dem Kläger in seiner Tätigkeit als weisungsgebundener Arbeitnehmer ohne Weiteres gelungen ist, trotz bestehender Entscheidungsspielräume seine Tätigkeit weisungsgemäß auszuüben.

39

Damit hat das Landesarbeitsgericht den Sachverhalt jedoch nicht vollständig und ausreichend gewürdigt. Es hat wesentliches, von ihm selbst als durchaus entscheidungserheblich angesehenes Vorbringen der Beklagten, nämlich zur vorsätzlichen Täuschung des Aufsichtsrats der A GmbH und zur Umdeklarierung Revitalisierungen betreffender Vorgänge zu Instandhaltungsmaßnahmen, nicht berücksichtigt, da seiner Auffassung nach der Vorwurf der vorsätzlichen Missachtung von Zustimmungserfordernissen und einer bewussten Täuschung über den wahren Charakter der geplanten Baumaßnahmen dem Betriebsrat nicht mitgeteilt wurde. Diese Würdigung des Landesarbeitsgerichts findet jedoch in der Betriebsratsanhörung keine Stütze.

40



aa) Das vom Landesarbeitsgericht angenommene Verwertungsverbot besteht, wie die Revision zu Recht rügt, nicht. Der Betriebsrat war über den Kündigungsgrund, insbesondere das dem Kläger unterstellte vorsätzliche Handeln, ausreichend unterrichtet. Entsprechendes kann - soweit der Kläger, was nicht festgestellt ist, leitender Angestellter wäre - für die Anhörung eines bestehenden Sprecherausschusses gelten, da die Beklagte beide Gremien parallel und mit im Wesentlichen gleichlautenden Schreiben unterrichtet hat (*zur entsprechenden Anwendung der für die Unterrichtung des Betriebsrats nach § 102 Abs. 1 BetrVG geltenden Grundsätze für das Verfahren nach § 31 Abs. 2 SprAuG: Senat 27. September 2001 - 2 AZR 176/00 - AP KSchG 1969 § 14 Nr. 6 = EzA KSchG § 14 Nr. 6*).

41

bb) Der Arbeitgeber hat dem Betriebsrat die Gründe für seine Kündigungsabsicht derart mitzuteilen, dass die Arbeitnehmervertretung ohne zusätzliche eigene Nachforschungen in der Lage ist, selbst die Stichhaltigkeit der Kündigungsgründe zu prüfen und sich ein Bild zu machen. Da das Anhörungsverfahren nach § 102 Abs. 1 BetrVG nicht darauf abzielt, die Wirksamkeit der beabsichtigten Kündigung zu überprüfen, sondern sich darauf beschränkt, im Vorfeld der Kündigung auf die Willensbildung des Arbeitgebers Einfluss zu nehmen, sind an die Mitteilungspflicht des Arbeitgebers bei der Anhörung nicht dieselben Anforderungen zu stellen wie an die Darlegungslast im Kündigungsschutzprozess. Es gilt der Grundsatz der sog. subjektiven Determinierung, nach der die Arbeitnehmervertretung immer dann ordnungsgemäß angehört worden ist, wenn der Arbeitgeber ihr die aus seiner Sicht tragenden Umstände unterbreitet hat (*vgl. etwa Senat 27. September 2001 - 2 AZR 236/00 - BAGE 99, 167, 177*). Somit kann sich der Arbeitgeber im Prozess zwar nicht auf Kündigungsgründe oder für einen Kündigungssachverhalt wesentliche Umstände berufen, die er dem Betriebsrat nicht mitgeteilt hat (*Senat 11. April 1985 - 2 AZR 239/84 - BAGE 49, 39, 45; 7. November 1996 - 2 AZR 720/95 - RzK I 10g Nr. 7*). Unbeschränkt zulässig ist aber eine bloße Erläuterung der dem Betriebsrat mitgeteilten Kündigungsgründe im Kündigungsschutzprozess (*vgl. Senat 11. April 1985 - 2 AZR 239/84 - BAGE 49, 39, 50; 7. November 1996 - 2 AZR 720/95 - aaO*). In einem solchen Fall bleibt nämlich der

42



Kündigungsgrund bestehen und wird nur - gemessen an den prozessualen Darlegungsanforderungen (§ 138 ZPO) - substantiiert (vgl. KR/Etzel 8. Aufl. § 102 BetrVG Rn. 70 mwN).

cc) Die Beklagte hat den Betriebsrat jedenfalls ausreichend über ein aus ihrer Sicht vorliegendes vorsätzliches Handeln des Klägers unterrichtet. So hat die Beklagte in der dem Anhörungsschreiben an den Betriebsrat beigefügten Anlage 1 geschildert, dass aus ihrer Sicht die vom Kläger an den Objekten Stresemannstraße und Forst-/Gritznerstraße geplanten Baumaßnahmen zum Ziel hatten, die Objekte als marktfähige Appartementshäuser umzugestalten und damit als sog. Revitalisierungen anzusehen seien. Sie hat sich weiter (*unter 2 g*) ausdrücklich darauf berufen, der Kläger habe in diesem Zusammenhang „vorsätzlich, zumindest aber grob fahrlässig“ gegen Zustimmungspflichten von Aufsichtsrat sowie I/LP und damit auch gegen seine Geschäftsführerpflichten verstoßen. Weiter hat die Beklagte mitgeteilt, dem Kläger sei das System der Risikoabschirmung durch die Freistellungskette bestens bekannt gewesen, insbesondere sei die operative Umsetzung des Systems von ihm ganz wesentlich selbst organisiert und aufgebaut worden. Außerdem hat die Beklagte den Betriebsrat darauf hingewiesen, dass der Kläger mit Schreiben vom 24. Mai 2005 gegenüber der I und auf Nachfrage mit Schreiben vom 15. Juni 2005 nochmals gegenüber der LP mitgeteilt habe, dass es sich um Instandhaltungsmaßnahmen handele, obgleich tatsächlich Revitalisierungsmaßnahmen geplant gewesen seien. Damit hatte die Beklagte aber den Vorwurf eines „vorsätzlichen Handelns“ des Klägers nicht lediglich ohne Tatsachenbasis in den Raum gestellt, sondern auch die aus ihrer Sicht diesen Vorwurf tragenden Tatsachen mitgeteilt. Dass der Vortrag hierzu noch nicht bereits so vertieft wurde wie im vorliegenden Kündigungsschutzprozess, ist unschädlich. Die Beklagte war auf das Bestreiten der Kündigungsgründe durch den Kläger hin berechtigt und verpflichtet, den Vorwurf einer vorsätzlichen Missachtung der Zustimmungsvorbehalte näher zu substantiieren. Soweit die Beklagte daher ihr Vorbringen zusätzlich damit untermauert hat, der Kläger habe intern die eigentlich geplanten Revitalisierungsmaßnahmen als Instandhaltungsmaßnahmen falsch deklariert bzw. kaschiert und hierfür konkrete Beispiele benannt hat, handelte

43

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



es sich dabei, auch unter Berücksichtigung der Komplexität des Kündigungssachverhalts, um eine zulässige Erläuterung der dem Betriebsrat mitgeteilten Kündigungsgründe und kein nach § 102 Abs. 1 BetrVG unzulässiges Nachschieben eines neuen Kündigungssachverhalts. Entsprechendes gilt für die Behauptungen zu einer Täuschung des Aufsichtsrats in der Sitzung vom 14. Juni 2005 und der Motivation des Klägers für seine Vorgehensweise im Hinblick auf die Verwirklichung eines von ihm favorisierten Wohnraumkonzepts.

c) Die unvollständige Würdigung des Sachverhalts durch das Landesarbeitsgericht führt zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 ZPO). Der Senat kann nicht selbst entscheiden, ob die Kündigung aus wichtigem Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB begründet ist. Dies schon deshalb, weil dem Landesarbeitsgericht dabei ein tatrichterlicher Beurteilungsspielraum zukommt und der Senat nicht seine eigene Wertung an die Stelle der Abwägung des Landesarbeitsgerichts setzen kann. Zudem fehlt es auch an erforderlichen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts, die der Senat nicht selbst treffen kann. Eines Eingehens auf die von der Revision erhobenen Verfahrensrügen bedarf es deshalb nicht. 44

d) Das Landesarbeitsgericht wird somit die fristlose Kündigung unter dem Gesichtspunkt eines personenbedingten Grundes neu zu bewerten und die erforderlichen Tatsachen festzustellen haben. Dabei wird es davon ausgehen können, dass das Vorbringen der Beklagten, der Kläger habe Zustimmungserfordernisse bei der A GmbH vorsätzlich missachtet und über sein Vorhaben, Revitalisierungen durchzuführen, bewusst getäuscht, indem er Akten zu Instandhaltungsmaßnahmen umdeklariert habe, - als wahr unterstellt - eine schwerwiegende Verletzung der Geschäftsführerplichten des Klägers darstellt. Davon, dass dies für die Eignung des Klägers als Bereichsleiter Bedeutung gewinnen kann, ist das Landesarbeitsgericht in seiner Urteilsbegründung selbst ausgegangen. Ein vorsätzliches Hinwegsetzen des Klägers über Kompetenzregeln würde nicht nur, wie ein grob fahrlässiges Verhalten, die Leistungsfähigkeit des Klägers in Zweifel ziehen, sondern hätte unmittelbar Einfluss auf seine Vertrauenswürdigkeit und Zuverlässigkeit. 45



Das Landesarbeitsgericht wird daher die konkreten Auswirkungen einer vorsätzlichen Missachtung der Geschäftsführerdienstplichten auf das Arbeitsverhältnis zu prüfen und zu bewerten haben, inwieweit hieraus eine erhebliche Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen der Beklagten resultiert. Eine derartige Beeinträchtigung kann sich bei einer gehobenen Führungskraft auch daraus ergeben, dass eine sonst gebotene Überwachung des Arbeitnehmers nur schwer möglich oder aber, worauf sich die Beklagte ausdrücklich berufen hat, nicht zumutbar wäre. Angesichts des Vorbringens der Beklagten, es habe zunächst kein geeigneter Arbeitsplatz für den Kläger zur Verfügung gestanden, wird das Landesarbeitsgericht auf das Tätigkeitsbild einer dem Kläger auf der Bereichsleitererebene im Rahmen des Versetzungsvorbehalts zuzuweisenden Tätigkeit abstellen können, soweit an diese Tätigkeiten, was das Maß an Eigenständigkeit und Verantwortung anbelangt, einheitliche Kriterien anzulegen sind.

46

Schließlich wird das Landesarbeitsgericht eine abschließende Interessenabwägung vornehmen müssen.

47

5. Eine Zurückverweisung an das Landesarbeitsgericht ist auch nicht entbehrlich. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts stellt sich nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

48

a) Das Landesarbeitsgericht hat sich - von seinem Standpunkt aus konsequent - nicht mit der Frage auseinandergesetzt, ob die Beklagte die Kündigungserklärungsfrist des § 626 Abs. 2 BGB gewahrt hat. Dies wird ggf. nachzuholen sein. Es spricht allerdings viel dafür, dass die Wirksamkeit der Kündigung nicht an der Zweiwochenfrist scheitert. Der Kläger hat lediglich behauptet, dass früher erlangte Kenntnisse von Vertretern der A GmbH der Beklagten aufgrund konzernrechtlicher Verflechtungen zuzurechnen seien, allein aus diesem Grunde sei die Frist des § 626 Abs. 2 BGB nicht eingehalten. Kenntnisse anderer Personen als der kraft Gesetzes kündigungsbefugten Mitglieder des Vorstands der Beklagten können dieser nur ausnahmsweise zugerechnet werden. Für einen solchen Ausnahmefall liegen keinerlei Anhaltspunkte vor.

49



- b) Das Landesarbeitsgericht hat dahinstehen lassen, ob die Beklagte vor der Kündigung nach § 102 Abs. 1 BetrVG den Betriebsrat - oder, soweit relevant: nach § 31 Abs. 2 SprAuG einen bestehenden Sprecherausschuss - ordnungsgemäß angehört hat (*vgl. Senat 27. September 2001 - 2 AZR 176/00 - AP KSchG 1969 § 14 Nr. 6 = EzA KSchG § 14 Nr. 6*). Auch diese Prüfung wird das Landesarbeitsgericht im Rahmen der Zurückverweisung ggf. nachholen müssen, da nicht alle erforderlichen Tatsachen feststehen. 50
6. Sollte sich im Rahmen der Zurückverweisung die außerordentliche fristlose Kündigung erneut als unwirksam herausstellen, wird das Landesarbeitsgericht noch über die ordentliche Kündigung zu entscheiden haben. 51
7. Der Zurückverweisung unterliegt auch der in der Revision mit angefallene Hilfsantrag des Klägers. 52

Rost

Schmitz-Scholemann

Berger

Bartz

K. Schierle

