

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

Gesetz: BetrVG 1972 § 5 Abs. 3, §§ 102, 105; KSchG § 9

Leitsätze:

K e i n e

Aktenzeichen: 2 AZR 290/75

Urteil des BAG vom 10. Juni 1976

LAG Hamburg



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 290/75

4 Sa 120/74 Hamburg

Verkündet am
10. Juni 1976

gez. Bittner,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 10. Juni 1976 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Gröninger, die Richter Hillebrecht und Dr. Jobs sowie die ehrenamtlichen Richter Fink und Dr. Hautmann für Recht erkannt:

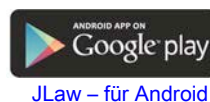
Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 26. Februar 1975 - 4 Sa 120/74 - wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten der Revision.

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



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



- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger ist Ingenieur für Maschinenbau und Fahrzeugtechnik. Seit dem 1. Februar 1969 war er als Geschäftsleitungsassistent bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten, der Firma W -Hörgeräte, Medizinische Apparatebau GmbH, tätig. In der Zeit von 1953 bis 1972 war der Vater des Klägers Geschäftsführer dieser Firma.

Mit Schreiben vom 22. Januar 1973 hat die Rechtsvorgängerin der Beklagten das Arbeitsverhältnis des Klägers zum 31. März 1973 gekündigt. Der Kläger hat Klage auf Feststellung erhoben, daß das Arbeitsverhältnis durch diese Kündigung nicht aufgelöst worden sei. Er hat weiter sein Gehalt für die Zeit bis zum 31. März 1974 nebst Zinsen eingeklagt. Der Kläger hat vorgetragen, die Kündigung sei weder fristgerecht erfolgt noch sozial gerechtfertigt. Er sei jahrelang als möglicher Nachfolger seines Vaters vorgesehen gewesen, habe seine Ausbildung entsprechend ausgerichtet und die ihm von seinem Vater übertragenen Aufgaben ordnungsgemäß und erfolgreich ausgeführt.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat zur Begründung ihrer Kündigung vorgetragen, dem Kläger sei nicht verbindlich zugesagt worden, daß er nach dem Ausscheiden seines Vaters zum Geschäftsführer bestellt werde. Er habe sich bei der Erledigung von praktischen Aufgaben als unfähig zur Leitung eines Betriebes erwiesen. Außerdem habe er die betriebsübliche Arbeitszeit nicht eingehalten, regelmäßig seinen Urlaub überzogen und keinerlei Schriftwechsel erledigt. Er habe keine vernünftige Arbeit geleistet und sei niemals im Betrieb gegenüber den Leitern der anderen Abteilungen und sonstigen Mitarbeitern mit der Funktion eines Betriebsleitungs-Assistenten betraut worden. Seine Tätigkeit habe praktisch darin bestanden, seinen Vater mit dem Dienstwagen von der Wohnung zum Betrieb und zurück zu fahren. Diese Umstände seien zunächst den verantwortlichen Herren der amerikanischen Muttergesellschaft der



- 3 -

Beklagten und ihrer Rechtsvorgängerin nicht bekannt gewesen, weil der Kläger von seinem Vater abgeschirmt worden sei. Im Januar 1972 habe ein Repräsentant der amerikanischen Muttergesellschaft dem Kläger mitgeteilt, daß er aufgrund seiner Unfähigkeit nicht Geschäftsführer werden könne und auch keine Grundlage mehr für eine Tätigkeit als Geschäftsleitungsassistent bestehe. Die Übernahme anderer Tätigkeiten habe der Kläger seinerzeit abgelehnt. Nur aus Rücksicht auf seinen Vater sei nicht schon damals eine Kündigung des Klägers ausgesprochen worden.

Das Arbeitsgericht hat durch Teilurteil der Kündigungsschutzklage stattgegeben. Dagegen hat die Beklagte Berufung eingelegt und hilfsweise weiter beantragt, das Arbeitsverhältnis gemäß § 9 KSchG aufzulösen. Nachdem der Kläger geltend gemacht hatte, der Betriebsrat sei vor seiner Kündigung nicht ordnungsgemäß angehört worden, hat die Beklagte im Berufungsverfahren hierzu folgendes vorgetragen:

Der Kläger sei als leitender Angestellter zu behandeln, weil er nach seiner Darstellung als Geschäftsleitungsassistent Aufgaben wahrgenommen habe, die ihm sein Vater zur selbständigen Bearbeitung übergeben habe. Das folge auch aus dem Inhalt eines von dem Vater des Klägers verfaßten Rundschreibens vom 11. Oktober 1971, wonach dem Kläger während der Abwesenheit seines Vaters die Leitung der Firma W anvertraut worden sei. Ihre Rechtsvorgängerin habe sich gleichwohl nicht damit begnügt, dem Betriebsrat die beabsichtigte Kündigung des Klägers nach § 105 BetrVG mitzuteilen, sondern den Betriebsrat hierzu nach § 102 BetrVG angehört. Im Laufe des Jahres 1972 sei im Betrieb allgemein bekannt gewesen, daß die amerikanische Muttergesellschaft im Zusammenhang mit der Pensionierung des Vaters des Klägers auch das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger beenden wollte. Bei einer Lohnverhandlung zwischen dem Betriebsrat und der Geschäftsleitung sei der Betriebsrat am 25. September 1972 noch einmal ausdrücklich darauf hingewiesen worden, daß der Kläger mit seinem Vater Ende des Jahres 1972 ausscheiden werde. Diese Mitteilung sei vom Betriebsrat



zustimmend aufgenommen worden. Unter diesen Umständen sei es überflüssig gewesen, dem Betriebsrat vor Ausspruch der Kündigung vom 22. Januar 1973 nochmals die Kündigungsabsicht mitzuteilen und erneut seine Stellungnahme einzuholen, weil sich zwischenzeitlich weder die tatsächlichen Verhältnisse noch die Haltung des Betriebsrates geändert hätten.

Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und den hilfsweise gestellten Auflösungsantrag abgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihre im Berufungsverfahren gestellten Anträge weiter, während der Kläger um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist unbegründet.

A. Hinsichtlich des Hauptantrages ist das angefochtene Urteil bereits deshalb zu bestätigen, weil die Rechtsvorgängerin der Beklagten den Betriebsrat vor Ausspruch der Kündigung nicht gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG angehört hat und die Kündigung vom 22. Januar 1973 aus diesem Grunde unwirksam ist.

I. Eine Anhörung des Betriebsrates zu der vom Kläger angegriffenen Kündigung war gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG erforderlich, weil der Kläger nach dem Vortrag der Beklagten nicht als leitender Angestellter im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG anzusehen ist.

1. Der Kläger hat sich zwar erst in der ersten Berufungsverhandlung vor dem Landesarbeitsgericht darauf berufen, die Kündigung sei schon wegen Verletzung des § 102 BetrVG unwirksam, und die Beklagte hat daraufhin in diesem Termin beantragt, das Vorbringen des Klägers als verspätet zurückzuweisen. Die Beklagte hat dann aber in ihrem Schriftsatz vom 17. Januar 1975 nicht nur vorsorglich, sondern ohne Vorbehalt Tatsachen vorgetragen, mit denen sie ihre Auffassung zu begründen versucht hat, daß der Kläger leitender Angestellter gewesen und außerdem eine ordnungsgemäße Anhörung



nach § 102 BetrVG erfolgt sei. Da aufgrund dieses Vortrages der Beklagten zu prüfen ist, ob der Betriebsrat zu der Kündigung des Klägers angehört worden ist oder die Anhörung nach § 105 BetrVG unterbleiben konnte, kommt es nicht darauf an, ob die Darstellung des Klägers als verspätet hätte zurückgewiesen werden können.

2. Im Rahmen einer Kündigungsschutzklage ist als Vorfrage auch zu klären, ob ein Arbeitnehmer leitender Angestellter ist und es deshalb keiner Anhörung des Betriebsrats nach § 102 Abs. 1 BetrVG bedurfte (vgl. das zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung und im Nachschlagewerk bestimmte Urteil des Ersten Senates vom 19. August 1975 - 1 AZR 613/74 - [demnächst] AP Nr. 5 zu § 102 BetrVG 1972). In diesem Zusammenhang ist der Arbeitgeber darlegungs- und beweispflichtig dafür, daß die von ihm einzuleitende Anhörung des Betriebsrates nach § 102 Abs. 1 BetrVG erfolgt ist oder ausnahmsweise unterbleiben konnte, weil es sich um einen leitenden Angestellten im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG handelte, bei dem die Verletzung der Informationspflicht nach § 105 BetrVG nicht zur Unwirksamkeit einer Kündigung führt.

3. Nach der Darstellung der damit insoweit darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten kann nicht davon ausgegangen werden, daß der Kläger als leitender Angestellter im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten beschäftigt war.

a) Der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts hat in seinem zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung und im Nachschlagewerk bestimmten Beschluß vom 9. Dezember 1975 - 1 ABR 80/73 - [demnächst] AP Nr. 11 zu § 5 BetrVG 1972 die Grundsätze für die Bestimmung des Begriffes des leitenden Angestellten zusammengefaßt, die er schon in früheren Entscheidungen aufgestellt hatte (vgl. BAG AP Nr. 1 bis 3 zu § 5 BetrVG 1972 - auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung bestimmt). Nach der Auffassung des Ersten Senates, der sich der erkennende Senat anschließt, gilt für die Auslegung des § 5 Abs. 3 BetrVG folgendes:



Der Gesetzgeber geht von einem vorgegebenen Begriff des leitenden Angestellten aus, der im Gesetz nicht definiert, sondern als bekannt vorausgesetzt wird. Zur Erfüllung des Oberbegriffes des leitenden Angestellten sind folgende Voraussetzungen erforderlich: Die Tätigkeit des Angestellten, die seiner Stellung das Gepräge gibt, muß auf die Leitung des Unternehmens bezogen sein, d.h. in erster Linie eine unternehmerische Tätigkeit anstelle des Unternehmers darstellen. Sie darf sich nicht nur in reinen Aufsichtsfunktionen erschöpfen. Die Einschaltung des Angestellten bei der rein arbeitstechnischen, "vorprogrammierten" Durchführung unternehmerischer Entscheidungen genügt nicht, weil es sich hierbei nicht mehr um Leitungsaufgaben handelt. Der Angestellte nimmt unternehmerische Aufgaben wahr, wenn er kraft seiner leitenden Funktion maßgeblichen Einfluß auf die wirtschaftliche, technische, kaufmännische, organisatorische, personelle oder wissenschaftliche Führung des Betriebs ausübt, und zwar entweder dadurch, daß er selbst die maßgeblichen Entscheidungen trifft oder kraft seiner sogen. Schlüsselfunktion die Voraussetzungen schafft, an denen die eigentliche Unternehmensführung nicht vorbeigehen kann. Ein leitender Angestellter muß zudem einen eigenen erheblichen Entscheidungsspielraum haben. Es muß weiter eine sogen. "Interessenpolarität" zwischen dem unter § 5 Abs. 3 BetrVG – Eingangshalbsatz – fallenden Angestellten und der Arbeitnehmerschaft, vertreten durch den Betriebsrat, bestehen. Neben diesen allgemeinen Erfordernissen für die Erfüllung des Oberbegriffs des leitenden Angestellten müssen zugleich auch noch die Voraussetzungen einer der Tatbestandsgruppen des § 5 Abs. 3 Nr. 1 bis 3 BetrVG gegeben sein.

b) Die Anwendung dieser Grundsätze führt im Streitfall unter Berücksichtigung des Vortrages der Beklagten zu dem Ergebnis, daß beim Kläger weder die allgemeinen Voraussetzungen für den Oberbegriff des leitenden Angestellten vorliegen, noch bei ihm eine der Tatbestandsgruppen des § 5 Abs. 3 Nr. 1 bis 3 BetrVG gegeben ist.



Nach dem Vortrag der Beklagten hat der Kläger wegen Unfähigkeit keinerlei produktive Arbeit geleistet. Im Januar und Februar 1972 soll ein Repräsentant der amerikanischen Konzernmutter festgestellt haben, daß für den Kläger in der Betriebsorganisation keine Position vorhanden sei. Er sei überzählig gewesen. Für die Position eines Geschäftsleitungsassistenten habe neben seinem Vater als Geschäftsführer überhaupt kein Aufgabenbereich bestanden.

Da der Kläger nach der Darstellung der Beklagten weder die in § 5 Abs. 3 Nr. 1 BetrVG umschriebenen Arbeitgeberfunktionen wahrzunehmen hatte, noch mit der in § 5 Abs. 3 Nr. 2 BetrVG vorgesehenen handelsrechtlichen Vertretungsmacht ausgestattet war, könnte allenfalls die Tatbestandsgruppe Nr. 3 in Betracht kommen. Auch das ist jedoch auszuschließen. Selbst unter Berücksichtigung des Umstandes, daß der Vater des Klägers ihm mit Rundschreiben vom 11. Oktober 1971 vorübergehend die Leitung des Unternehmens übertragen hatte, kann nicht davon ausgegangen werden, daß der Kläger aufgrund seines Arbeitsvertrages ständig einen beachtlichen Teilbereich der unternehmerischen Gesamtaufgaben wahrzunehmen hatte, die von besonderer Bedeutung für den Bestand und die Entwicklung des Unternehmens waren.

Es kann dahingestellt bleiben, ob der Kläger zeitweise im Oktober 1971 die Stellung eines leitenden Angestellten gehabt hat. Im Zeitpunkt der Kündigungserklärung bestand nämlich unstreitig keine derartige Vertretungsfunktion des Klägers mehr. Bei einer Gesamtwürdigung der von der Beklagten beschriebenen Tätigkeit des Klägers ist festzustellen, daß er jedenfalls nicht ständig und schwerpunktmäßig mit der Wahrnehmung spezifischer unternehmerischer Aufgaben betraut war und deshalb nicht als leitender Angestellter im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG angesehen werden kann.

Die Beklagte hat ihre Darlegungslast auch nicht dadurch erfüllt, daß sie weiter darauf hingewiesen hat, der Kläger habe vortragen lassen, er habe als Geschäftsleitungsassistent Aufgaben ausgeführt, die ihm sein Vater zur selbstän-

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



digen Bearbeitung übergeben habe. Den Vortrag des Klägers konnte die Beklagte sich schon deswegen nicht zu eigen machen, weil sie ausdrücklich mit Nichtwissen bestritten hat, ob dem Kläger von seinem Vater überhaupt Aufgaben gestellt worden seien und ob er diese zur Zufriedenheit erledigt habe. Im übrigen ist der Vortrag des Klägers, er sei von seinem Vater so eingesetzt worden, wie es ihm für die Erledigung der anstehenden Aufgaben und für die Vorbereitung auf eine eigenverantwortliche Tätigkeit notwendig und vertretbar erschienen sei, zu unsubstantiiert, um hieraus schließen zu können, daß der Kläger überwiegend Leitungsaufgaben wahrgenommen hat.

II. Da die Beklagte somit nicht dargetan hat, daß sie den Betriebsrat von der beabsichtigten Kündigung des Klägers nach § 105 BetrVG nur zu unterrichten brauchte, hängt die Wirksamkeit der Kündigung davon ab, ob sie den Betriebsrat nach § 102 BetrVG ordnungsgemäß angehört hat. Das ist bei zutreffender rechtlicher Würdigung des Vortrages der Beklagten nicht geschehen.

1. Die von der Beklagten geschilderte Einschaltung des Betriebsrates erfüllt nicht die Voraussetzungen, die nach der Rechtsprechung des Senates an eine ordnungsgemäße Anhörung nach § 102 BetrVG zu stellen sind (vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 102 BetrVG und das zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung und im Nachschlagewerk bestimmte Urteil des Senates vom 4. August 1975 - 2 AZR 266/74 - [demnächst] AP Nr. 4 zu § 102 BetrVG 1972). Eine wirksame Anhörung nach Maßgabe des § 102 Abs. 1 BetrVG setzt danach mindestens voraus, daß der Arbeitgeber dem Betriebsrat die Person des Arbeitnehmers, dem gekündigt werden soll, bezeichnet, die Art der Kündigung (ordentliche oder außerordentliche) und gegebenenfalls auch den Kündigungstermin angibt und weiter die Gründe für die Kündigung mitteilt. Ein Anhörungsverfahren genügt nur dann den gesetzlichen Voraussetzungen, wenn der Betriebsrat weiß, daß es wegen einer noch auszusprechenden Kündigung eingeleitet wird. Daran fehlt es, wenn der Arbeitgeber den Betriebsrat nachträglich lediglich über die Gründe einer ohne



Anhörung bereits ausgesprochenen Kündigung unterrichtet (vgl. das zur Veröffentlichung im Nachschlagewerk und in der Amtlichen Sammlung bestimmte Urteil des Senates vom 18. September 1975 - 2 AZR 594/74 - [demnächst] AP Nr. 6 zu § 102 BetrVG 1972). Auch wenn der Betriebsrat der Kündigung nachträglich zustimmt, kann dadurch die Unwirksamkeit der ohne vorherige Anhörung erfolgten Kündigung nicht geheilt werden (vgl. BAG AP Nr. 2 zu § 102 BetrVG 1972 [zu I 4b der Gründe]). Mit der kritischen Stellungnahme von Richardi (Anmerkung zu BAG AP Nr. 2 zu § 102 BetrVG 1972) hat sich der Senat zuletzt in dem Urteil vom 4. März 1976 - 2 AZR 15/75- [demnächst] AP Nr. 5 zu § 103 BetrVG 1972 (auch zur Veröffentlichung im Nachschlagewerk bestimmt) befaßt und die gegen die Rechtsprechung des Senates geäußerten Bedenken zurückgewiesen.

2. Nach dem vom Kläger nicht bestrittenen Vortrag der Beklagten hat ihre Rechtsvorgängerin bei Lohnverhandlungen mit dem Betriebsrat am 25. September 1972 darauf hingewiesen, der Kläger werde zusammen mit seinem Vater Ende des Jahres ausscheiden. Diese Mitteilung soll vom Betriebsrat zustimmend aufgenommen worden sein.

a) Bei diesem Sachverhalt fehlt es bereits an einer ordnungsgemäßen Einleitung des Anhörungsverfahrens. Dazu ist stets erforderlich, daß der Arbeitgeber den Betriebsrat um die Stellungnahme zu einer konkreten Kündigungsabsicht ersucht. Die von der Beklagten geschilderte Unterrichtung, der Kläger werde mit seinem Vater Ende des Jahres 1972 ausscheiden, läßt es offen, in welcher Form der Kläger "ausscheiden" sollte. Das konnte nach dieser zu allgemein gehaltenen Mitteilung sowohl durch eine Kündigung durch die Rechtsvorgängerin der Beklagten oder durch den Kläger selbst als auch im Rahmen eines Aufhebungsvertrages erfolgen. Außerdem stimmt der dem Betriebsrat mitgeteilte Ausscheidungsstermin (31. Dezember 1972) nicht mit dem Kündigungszeitpunkt (31. März 1973) überein. Es fehlt weiterhin an der erforderlichen Mitteilung der Kündigungsgründe.



b) Wie der Senat bereits in seinem Grundsatzurteil vom 4. August 1975 (aaO) entschieden hat, verletzt der Arbeitgeber seine Anhörungspflicht nach § 102 Abs. 1 BetrVG nicht nur, wenn er kündigt, ohne überhaupt an den Betriebsrat herangetreten zu sein, sondern auch dann, wenn er seine Mitteilungspflichten nicht richtig, insbesondere nicht ausführlich genug erfüllt. Im Streitfall hat die Rechtsvorgängerin der Beklagten gegenüber dem Betriebsrat weder eine konkrete Kündigungsabsicht geäußert, noch ihm die Art der Kündigung und die Kündigungsgründe mitgeteilt. Die damit ohne ordnungsgemäße Einleitung eines Anhörungsverfahrens gegenüber dem Kläger ausgesprochene ordentliche Kündigung ist daher nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam.

c) An dieser Rechtsfolge ändert auch nichts der Umstand, daß der Betriebsrat mit einem Ausscheiden des Klägers zum Jahresende 1972 einverstanden war. Diese Zustimmung ist nicht zu einer bestimmten Form der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erteilt worden und ersetzt damit nicht die nach § 102 Abs. 1 BetrVG vorgeschriebene Anhörung des Betriebsrates zu einer Kündigung durch den Arbeitgeber. Entgegen der Auffassung der Revision hätte es keine leere Förmerei bedeutet, wenn der Betriebsrat vor Ausspruch der Kündigung ordnungsgemäß angehört worden wäre. Im Zeitpunkt des mit dem Betriebsrat geführten Gespräches (25. September 1972) war es nämlich noch unklar, ob der Kläger aufgrund eines Auflösungsvertrages, einer Arbeitgeber- oder einer Arbeitnehmerkündigung zum Jahresende ausscheiden würde. Es ist zudem überhaupt keine dieser Gestaltungsmöglichkeiten gewählt worden, sondern die Rechtsvorgängerin der Beklagten hat mit dem Ausspruch der Kündigung bis Anfang 1973 gewartet.

d) Auch die von der Beklagten vorgelegte Stellungnahme des Betriebsrates vom 21. November 1974, wonach ein gemeinsames Ausscheiden des Klägers mit seinem Vater ganz im Sinne des Betriebsrates gelegen habe, führt zu keiner anderen rechtlichen Beurteilung. Selbst wenn man darin eine Billigung der mit Schreiben vom 21. Januar 1973 erklärten ordent-

lichen Kündigung sehen könnte, wäre eine solche nachträgliche Zustimmung nach der Rechtsprechung des Senates unerheblich (vgl. BAG AP Nr. 2 zu § 102 BetrVG).

B. Die Revision ist auch insoweit unbegründet, als sie ihren Hilfsantrag auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses weiter verfolgt.

I. Das Landesarbeitsgericht hat den Auflösungsantrag mit folgender Begründung zurückgewiesen:

Die Beklagte habe diesen Antrag zwar nicht besonders begründet. Die Kammer habe aber den Antrag und die Berufungsbegründung dahin ausgelegt, daß die Beklagte der Auffassung sei, daß im Falle der Unwirksamkeit der Kündigung das Arbeitsverhältnis aus den in der Berufungsbegründung genannten Gründen aufgelöst werden solle. Diese Gründe seien jedoch nicht geeignet, den Antrag der Beklagten zu rechtfertigen. Im Hinblick auf den wenig konkreten Vortrag der Beklagten sowie unter Berücksichtigung der Gesamtumstände sei der Beklagten die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger durchaus zumutbar. Das Arbeitsverhältnis könne in gutem Einvernehmen fortgesetzt werden, wenn sich die Beklagte entschlösse, ordnungsgemäß das Aufgabengebiet des Klägers im einzelnen genau festzulegen.

II. Wie der Revision zuzugeben ist, bleibt es zweifelhaft, ob das Landesarbeitsgericht die Bedeutung des § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG verkannt hat, indem es darauf abgestellt hat, ob der Beklagten die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist. Auf das Merkmal der Zumutbarkeit kommt es nur für den vom Arbeitnehmer nach § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG gestellten Auflösungsantrag an, während beim Auflösungsantrag des Arbeitgebers zu prüfen ist, ob Gründe vorliegen, die eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit nicht erwarten lassen.

III. Die angefochtene Entscheidung ist aber auch insoweit jedenfalls im Ergebnis rechtlich nicht zu beanstanden, weil die Beklagte mit ihrem Auflösungsantrag aus folgenden Gründen nicht durchdringen kann:



1. Zweifelhaft ist zunächst schon, ob der Arbeitgeber auch dann einen Auflösungsantrag nach § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG stellen kann, wenn die Kündigung wegen Verletzung des § 102 BetrVG und damit bereits aus anderen Gründen im Sinne des § 13 Abs. 3 KSchG unwirksam ist. Das wird von der im Schrifttum herrschenden Auffassung verneint (vgl. Hueck, KSchG, 9. Aufl., § 9 Anm. 14; Herschel-Steinmann, KSchG, 5. Aufl., § 7 Anm. 5 e und Neumann, AR-Blattei, Kündigungsschutz VI, Die Kündigungsabfindung, Abschn. E I 2; a.A.: Auffarth-Müller, KSchG, § 11 Anm. 26, und Auffarth, DB 1974, 528 Fußn. 5).

2. Diese grundsätzliche Rechtsfrage braucht im Streitfall nicht entschieden zu werden. Auch wenn man zugunsten der Beklagten unterstellt, daß sie an sich berechtigt ist, die Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu beantragen, bleibt die Revision erfolglos, weil die Beklagte ihren Antrag nicht ausreichend begründet hat.

a) Nach der Neufassung des § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG ist der Arbeitgeber in vollem Umfange darlegungs- und beweispflichtig für das Vorliegen der Gründe, die einer künftigen gedeihlichen Zusammenarbeit entgegenstehen sollen (vgl. Hueck, aaO, § 9 Anm. 5; Hofmann, ZFA 1970, 63 [82], und Neumann, aaO, Abschn. C II). Der Arbeitgeber ist aufgrund der ihm obliegenden Darlegungslast gehalten, im einzelnen die Tatsachen dafür vorzutragen, aus denen sich ergeben soll, daß eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit nicht mehr zu erwarten ist.

Im Grundsatz können zwar auch Kündigungsgründe, die die Kündigung nicht zu rechtfertigen vermögen, für die Begründung des Auflösungsantrages ausreichen (vgl. BAG AP Nr. 2 zu § 7 KSchG und BAG 9, 131 = AP Nr. 7 zu § 7 KSchG). Eine einfache Bezugnahme auf nicht ausreichende Kündigungsgründe genügt aber regelmäßig nicht, weil nicht ohne weiteres ersichtlich ist, weshalb die Vorfälle, die sich in der Vergangenheit ereignet haben, einer den Betriebszwecken dienlichen weiteren Zusammenarbeit entgegenstehen sollen. Dafür müssen viel-

mehr konkrete Tatsachen angeführt werden, weil eine auf die Zukunft ausgerichtete Prognose erforderlich ist (vgl. Hueck KSchG, aaO, § 9 Anm. 19).

Geringere Anforderungen an die Darlegungslast des Arbeitgebers können allenfalls dann gestellt werden, wenn es sich um Kündigungsgründe mit Dauerwirkung handelt. Diese Erleichterung kann jedoch der Beklagten nicht zugute kommen, sondern sie hätte die Auflösungsgründe näher darlegen müssen, weil sie in der Berufungsbegründung nur die angeblichen Pflichtverletzungen des Klägers, die er während der Geschäftsführertätigkeit seines Vaters begangen haben soll, geschildert hat. Nicht dargetan hat sie hingegen, daß zu besorgen sei, der Kläger werde auch nach der Unterstellung unter einen neuen Geschäftsführer und nach der Erteilung konkreter Arbeitsanweisungen sein beanstandetes Verhalten fortsetzen und dadurch einer gedeihlichen Zusammenarbeit entgegenwirken.

b) Zur Begründung des Auflösungsantrages kann auch nicht der Vortrag der Revision herangezogen werden, die Kündigung sei nur aus verhaltensbedingten, sondern auch aus betrieblichen Gründen erfolgt, weil der Kläger nach dem Ausscheiden seines Vaters überflüssig geworden sei und für ihn kein Aufgabenbereich mehr bestanden habe. Beim Auflösungsantrag des Arbeitgebers können nur Gründe berücksichtigt werden, die die Tätigkeit oder das Verhalten des Arbeitnehmers betreffen, nicht hingegen wirtschaftliche oder betriebliche Gründe (vgl. BAG AP Nr. 6 zu § 3 KSchG und AP Nr. 2 zu § 7 KSchG sowie Hueck, aaO, § 9 Anm. 19 mit weiteren Nachweisen).

3. Der Beklagten ist nach ihrer unzureichenden Begründung des Auflösungsantrages anzulasten, daß sie es versäumt hat, dem Kläger unter der neuen Geschäftsleitung zunächst Gelegenheit zu geben, seinen guten Willen und seine Fähigkeit zu beweisen, die ihm gestellten Aufgaben zu ihrer Zufriedenheit zu erledigen.

gez.: Dr. Gröninger

Hillebrecht

Dr. Jobs

