

Aktenzeichen: 2 AZR 402/91
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 19. Dezember 1991
- 2 AZR 402/91 -

I. Arbeitsgericht
Hamburg

Urteil vom 28. November 1989
- S 5 Ca 214/89 -

II. Landesarbeitsgericht
Hamburg

Urteil vom 12. November 1990
- 7 Sa 22/90 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein
Für die Fachpresse : Nein
Für das Bundesarchiv : Nein

Entscheidungsstichwort:

Betriebsbedingte Kündigung wegen beabsichtigter Schließung
einer Niederlassung

Gesetz:

KSchG § 1 Abs. 2, § 23

Leitsätze:

K e i n e



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 402/91

7 Sa 22/90 Hamburg

Verkündet am
19. Dezember 1991

Noll,
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

U r t e i l

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19. Dezember 1991 durch den Richter Triebfürst als Vorsitzenden, die Richter Bitter und Dr. Rost sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Roeckl und Walter für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des
Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 12. November
1990 - 7 Sa 22/90 - wird auf seine Kosten zurück-
gewiesen.

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

T a t b e s t a n d :

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentli-
chen Kündigung.

Der am 10. August 1938 geborene Kläger, verheiratet und
Vater zweier Kinder, wurde von der Beklagten aufgrund eines
schriftlichen Vertrages vom 30. August 1985 mit Wirkung vom
1. September 1985 angestellt. Sein Aufgabenbereich wurde in § 1
dieses Vertrages wie folgt umschrieben:

Aufbau einer Repräsentanz für die Interessen der
P -Gruppe in Portugal, verbunden mit nachhalti-
ger Akquisition von Ladungsmengen für die Flotte
der P Shipping. Akquisition von Umschlagmengen
für die eigenen Terminals in Köln und Hamburg
sowie die Durchführung von Competitive Befrach-
tungsgeschäften und Akquisition von Ladungen von
und nach spanischen Atlantikhäfen.

Die Beklagte beschäftigte einschließlich des Klägers ca.
zehn Mitarbeiter. Der Kläger war als einziger Mitarbeiter in Por-
tugal eingesetzt; er stellte später für die Beklagte dort eine
Sekretärin ein.

Der zunächst bis zum 31. August 1986 fest abgeschlossene
Vertrag wurde durch einen weiteren Vertrag vom 13. Mai 1986 fort-
geführt. Dieser wurde für die Zeit vom 1. September 1986 bis
31. August 1990 fest abgeschlossen mit der Maßgabe einer jeweils



zweijährigen Verlängerung, falls er nicht spätestens ein Jahr vor Ablauf schriftlich gekündigt werde.

Der Kläger zog, wie im Vertrag vorgesehen, mit seiner Familie nach Lissabon. In der Folgezeit fanden wegen seiner Tätigkeit in Portugal und des Ergebnisses seiner Bemühungen wiederholte Gespräche statt und wurde schriftlich korrespondiert. Mit Schreiben vom 9. September 1987 wies die Beklagte den Kläger darauf hin, daß die unternehmerischen und wirtschaftlichen Ziele aus ihrer Sicht bisher in keiner Weise erreicht worden seien. Sie führte einzelne Punkte auf, welche künftig verstärkt in Angriff zu nehmen seien.

Mit Schreiben vom 5. Oktober 1987 berichtete der Kläger seinerseits über Bemühungen über die von ihm betriebene Gründung einer portugiesischen Tochtergesellschaft der Beklagten sowie über weitere organisatorische Maßnahmen, wie den beabsichtigten Umzug in ein anderes Büro und die Einstellung einer Sekretärin. Mit Schreiben vom 19. Januar 1988 stellte die Beklagte unter Bezugnahme auf ihr Schreiben vom 9. September 1987 fest, daß sich in der Zwischenzeit keine neuen Ansatzpunkte ergeben hätten und sie nach wie vor in den Darlegungen und Ausführungen des Klägers die Grundkonzeption vermisse, die sie für eine längerfristige Zusammenarbeit als unbedingt notwendig erachte. Sie benannte wiederum verschiedene Grundsatzfragen mit der Aufforderung, hieran nun mit ganzer Kraft und vollem Einsatz zu arbeiten.



Der Kläger gab unter dem 18. April 1988 eine schriftliche Stellungnahme ab, in der er u.a. mitteilte, daß er nun in ein anderes Büro umgezogen sei und eine Mitarbeiterin eingestellt habe.

Im Spätsommer 1988 ließ die Beklagte ihren "Aufwand Niederlassung Portugal" feststellen. Die Berechnung schließt mit einer Summe von 686.389,20 DM.

Die Parteien entwickelten während der folgenden Monate noch einmal ein gemeinsames Konzept mit dem Ziel einer Ausweitung der Geschäfte der Beklagten und entsprechenden Akquisitionsbemühungen des Klägers.

Mit Schreiben vom 26. Juli 1989, dem Kläger zugegangen am 11. August 1989, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis fristgerecht zum 31. August 1990.

Unter dem 16. März 1990 schloß die Beklagte mit einer portugiesischen Schifffahrtsagentur in Lissabon einen Agenturvertrag für die Zeit ab 1. Juli 1990.

Mit seiner am 31. August 1989 eingegangenen Kündigungsschutzklage hat der Kläger die Unwirksamkeit der Kündigung geltend gemacht. Er hat die Auffassung vertreten, die Kündigung sei sozialwidrig. Er unterfalle nach der Gesamtzahl der von der Beklagten beschäftigten Mitarbeiter dem Kündigungsschutzgesetz. Es habe sich bei der von ihm betreuten Niederlassung in Portugal nicht um einen eigenständigen Betrieb gehandelt, sondern um einen unselbständigen Teil des Betriebes der Beklagten in Hamburg. Die



Niederlassung habe allein arbeitstechnische Ziele der Beklagten verfolgt. Der Zweck des Betriebes der Beklagten habe in einer optimalen Auslastung der eigenen Flotte sowie der firmeneigenen Terminals in Hamburg und Köln bestanden. Dies sei schon nach dem Arbeitsvertrag auch der Zweck der Niederlassung in Lissabon gewesen. Ihm sei danach als Ziel seiner Tätigkeit vorgegeben gewesen, mindestens ein Drittel der Ladungsmengen für diese Terminals zu gewinnen. Weitere Schwerpunkte seien die Akquisition von Ladungen für die eigene Flotte sowie die Zuführung von Geschäften aller Art gewesen.

Die Niederlassung in Lissabon sei auch organisatorisch in den Betrieb in Hamburg eingegliedert gewesen. Alle Abrechnungen seien über Hamburg gegangen. Die Befrachtungen seien ausschließlich im Namen und für Rechnung der Beklagten in Hamburg geführt worden. Die einzige Mitarbeiterin sei erst nach einer entsprechenden Anweisung aus Hamburg eingestellt worden. Die organisatorische Einbindung ergebe sich auch aus der vertraglich festgehaltenen monatlichen Berichtspflicht. Urlaub habe er nur nach Vorabstimmung mit der Geschäftsleitung durchführen können. Bei Anmietung des Büros seien ihm konkrete Vorgaben gemacht worden.

Mangels Vertretungsmacht habe er keine Handels- und Speditionsgeschäfte abschließen können. Eine eigene Buchhaltung vor Ort habe es nicht gegeben. Ihm sei allein die Überprüfung der Hafenkostenrechnungen geblieben. Die Beklagte habe also für sich in Anspruch genommen, die Art seiner Tätigkeit unter Einschluß von Präsenz, Reiseplänen und Kosten im Hinblick auf seine Aktivitäten von Hamburg aus abschließend zu entscheiden.



Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, das Kündigungsschutzgesetz finde auf das Arbeitsverhältnis des Klägers keine Anwendung. Dieser sei nicht in ihren Betrieb in Hamburg integriert gewesen. Dafür spreche neben der räumlichen Distanz zwischen Hamburg und Lissabon auch der Umstand, daß der Kläger völlig selbständig den wesentlichen Teil seiner Tätigkeit habe abwickeln können. Seine Aufgaben hätten nicht den arbeitstechnischen Zweck des Hamburger Betriebes verfolgt. Es liege auf der Hand, daß von Hamburg aus keine dauerhafte und vernünftige Akquisition sowie Interessenvertretung vor Ort in Portugal möglich sei. Der freien Entscheidung des Klägers sei es anheimgestellt gewesen, wo und auf welche Weise er ein Büro einrichte. Es habe auch an einer einheitlichen Organisation gefehlt. Der Kläger sei hinsichtlich der zeitlichen und sonstigen Abwicklung seiner Tätigkeiten frei gewesen. Er habe selbständig Personal einstellen dürfen.

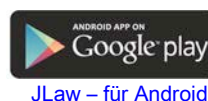
Die Kündigung sei jedenfalls sozial gerechtfertigt. Der Kläger habe völlig versagt und sich als total unfähig erwiesen. Er habe bisher keinen einzigen eigenen Vertrag akquiriert. Auch die in der Anstellung vorgesehenen drei Rundreisen pro Monat habe er nicht erfüllt. Es könne keine Rede davon sein, daß er irgendwelche Aufbauarbeiten geleistet habe.

Primärer betrieblicher Grund sei die völlige Unrentabilität des Büros in Lissabon gewesen. Während der gesamten Tätigkeitsdauer des Klägers in Lissabon habe das von ihm geleitete Büro



niemals Gewinne erwirtschaftet. Vielmehr seien ständig nur laufend höhere Verluste eingetreten, weil neben den unmittelbaren Kosten des Büros auch noch vielfach nicht kostendeckende Raten von dem Kläger ausgehandelt und kontrahiert worden seien. Über die Jahre sei ein Millionenverlust aufgelaufen, der für eine vergleichsweise kleine Firma wie sie mit rund zehn Mitarbeitern und einem erfolgsorientierten Gehaltssystem schlechthin nicht länger tragbar gewesen sei. Sie habe daher beschlossen, ihre bisherigen eigenen Aktivitäten in Portugal vollständig einzustellen und ihre Interessen von einer fremden Agentur auf Provisionsbasis in herkömmlicher Weise vertreten zu lassen. Diese Entscheidung sei am 26. Juli 1989 gefallen. Noch am gleichen Tage sei die Kündigung des Klägers unterzeichnet worden. Die Verhandlungsphase habe mehrere Monate gedauert, weil sich die Geschäftsführer nicht allzu häufig in Lissabon aufhielten und man erst einmal Erkundigungen am Markt habe einholen, Gespräche und Verhandlungen mit interessierten Agenturen führen und die Konditionen im einzelnen habe abstimmen müssen. Letztlich sei der Vertrag über die Vertretung ihrer Interessen mit einer Schifffahrtsagentur in Lissabon am 16. März 1990 unterzeichnet worden. Da der Kläger seit geraumer Zeit praktisch keine nennenswerten Leistungen mehr erbracht habe, sei der neue Agenturvertrag schon für die Zeit ab 1. Juli 1990 abgeschlossen worden.

Die Kündigung sei auch personenbedingt, weil der Kläger offensichtlich mangels entsprechender Eignung nicht in der Lage gewesen sei, organisatorisch und durch Aufbau entsprechender Kontakte zumindest nach mehreren Jahren einen kostendeckenden Be-



trieb zu schaffen. Eine solche fehlende Eignung stehe einer langfristigen Anstellung entgegen.

Auch liege ein verhaltensbedingter Kündigungsgrund vor, nämlich der fehlende Leistungswille des Klägers. Er sei unzählige Male nicht erreichbar gewesen und offensichtlich den Reizen des Lebens in südlichen Gefilden erlegen. Dabei könne offenbleiben, ob die Tatsache, daß er es nicht einmal geschafft habe, eine Hafenkostenabrechnung innerhalb von elf Monaten fertigstellen zu lassen, auf mangelndem Leistungswillen oder mangelnder Eignung beruhe. Da der Kläger grundsätzlich von seiner Ausbildung her in der Lage gewesen sei, für eine solche Abrechnung Sorge zu tragen, sprächen die Umstände mehr für einen fehlenden Leistungswillen.

Hilfsweise hat die Beklagte die Auflösung des Arbeitsverhältnisses beantragt. Sie hat dazu die Auffassung vertreten, der Kläger zähle zu den leitenden Angestellten, so daß es eines Auflösungsgrundes nicht bedürfe. Im übrigen sei eine gedeihliche Zusammenarbeit mit ihm aufgrund seines mangelnden Realitätssinnes nicht möglich.

Der Kläger hat die ihm gegenüber erhobenen Vorwürfe bestritten. Ihm könne nicht zum Vorwurf gemacht werden, daß das Büro in Lissabon keine Gewinne erwirtschaftet habe. In der Aufbauphase der Repräsentanz habe nicht mit der Erzielung von Gewinnen gerechnet werden können. Die Beklagte habe auch keine Umstände dargelegt, die einen Schluß auf eine fehlende Eignung rechtfertigen könnten. Der Vorwurf eines mangelnden Leistungswillens sei nicht

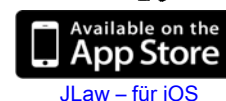
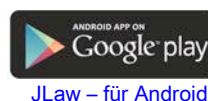


berechtigt. Den Großteil seiner Arbeitszeit habe er damit verbracht, neue Kunden zu akquirieren und die Geschäftstätigkeiten im Hafen zu überwachen. Dabei sei sein Tätigkeitsfeld nicht auf Lissabon beschränkt gewesen, vielmehr habe er in allen Häfen Portugals tätig sein sollen. Im übrigen fehle es an der erforderlichen Abmahnung.

Die Entscheidung zur Aufgabe der Niederlassung schon bei Ausspruch der Kündigung am 26. Juli 1989 werde bestritten. Zu dieser Zeit sei vielmehr noch im Gespräch gewesen, in Portugal eine Tochtergesellschaft zu gründen. Der Geschäftsführer K

der Beklagten habe noch in einem Gespräch am 26. September 1989 geäußert, die Repräsentanz in Lissabon solle nicht geschlossen werden, es sei klar, daß die P -Gruppe weiterhin in Portugal tätig sein solle. Wegen der angeblich zu hohen Kosten solle allerdings die Kostenstruktur geändert werden. Ihm sei ausdrücklich angeboten worden, die Funktion eines owners representative zu einem geringeren Gehalt wahrzunehmen. Die bürotechnische Abwicklung habe über eine Agentur erfolgen sollen. Dieses Gespräch habe er mit seinem Schreiben vom 5. Oktober 1989 gegenüber dem Geschäftsführer F der Beklagten bestätigt.

Der Abschluß des Agenturvertrages erst im März 1990 sei schon deshalb unerheblich, weil es für die Beurteilung der Wirksamkeit der Kündigung auf den Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung ankomme.



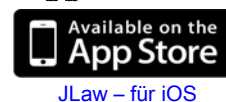
Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, das Landesarbeitsgericht die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die Revision des Klägers.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision ist nicht begründet.

Das Berufungsgericht hat in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise eine Sozialwidrigkeit der ausgesprochenen Kündigung verneint.

A. Das Landesarbeitsgericht ist von der Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes auf das Arbeitsverhältnis der Parteien ausgegangen. Es hat angenommen, bei der vom Kläger betreuten Niederlassung Lissabon habe es sich nicht um einen eigenständigen Betrieb gehandelt. Der Kläger sei vielmehr kündigungsrechtlich dem Betrieb der Beklagten in Hamburg als Arbeitnehmer zuzuordnen. Es müsse von einer Einheit der Organisation ausgegangen werden, weil ein einheitlicher Leitungsapparat vorhanden gewesen sei, welcher die Gesamtheit der für die Erreichung des arbeitstechnischen Gesamtzweckes eingesetzten Mittel gelenkt habe. Der Kläger habe mit seiner Tätigkeit in Lissabon arbeitstechnische Zwecke der Beklagten verfolgt. Die Beklagte habe nach den vertraglichen Beziehungen auch das Recht gehabt, jederzeit unmittelbar in Einzelheiten der arbeitstechnischen Leitung der Niederlassung Lissabon einzugreifen, sie habe hiervon auch Gebrauch gemacht.



Die Kündigung sei aber sozial gerechtfertigt. Die Beklagte habe zwar keine konkreten personen- oder verhaltensbedingten Gründe dargelegt. Die Kündigung sei aber aus dringenden betrieblichen Erfordernissen gerechtfertigt. Die Beklagte habe die unternehmerische Entscheidung getroffen, ihre Interessen in Portugal künftig von einer fremden Agentur vertreten zu lassen, nicht mehr von einem eigenen Angestellten. Der entsprechende Agenturvertrag sei zwar erst im März 1990 abgeschlossen worden. Aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme sei das Gericht jedoch davon überzeugt, daß eine entsprechende Entscheidung der Geschäftsleitung bereits vor Ausspruch der Kündigung getroffen worden sei. Das Vorliegen einer entsprechenden Planung im Zeitpunkt des Kündigungszugangs reiche hier aus für die Bejahung der Prognose, bei vernünftiger und betriebswirtschaftlicher Betrachtung sei von der Durchführung der Maßnahme bis zum Ablauf der Kündigungsfrist auszugehen.

Es komme nicht darauf an, daß bei Kündigungszugang noch keine konkrete Umsetzung dieses Beschlusses vorgelegen habe. Dies gelte gerade angesichts der sehr langen Kündigungsfrist von einem Jahr, welche hinreichend Zeit für die erforderlichen Maßnahmen geboten habe.

Der Arbeitsplatz des Klägers sei mithin weggefallen. Da eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit nicht bestehe, sei die Kündigung gerechtfertigt.

B. Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Überprüfung stand.



I. 1. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, der Kläger genieße Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz, da er im Sinne des § 23 KSchG dem Betrieb Hamburg zuzurechnen sei.

Hiergegen wendet sich die Revision des Klägers nicht, da er insoweit nicht beschwert ist. Das Landesarbeitsgericht hat trotzdem die Berufung zurückgewiesen, da die Kündigung sozial gerechtfertigt sei.

Die Frage, ob das Landesarbeitsgericht die Voraussetzungen des § 23 KSchG zu Recht als erfüllt angesehen hat – wofür vieles spricht –, kann dahingestellt bleiben. Auch bei Annahme eines entsprechenden Kündigungsschutzes ist jedenfalls die Beurteilung der Kündigung als sozial gerechtfertigt nicht zu beanstanden.

2. Die Entscheidung des Berufungsgerichts über die Sozialwidrigkeit einer Kündigung ist in der Revisionsinstanz nur beschränkt nachprüfbar. Bei der Frage der Sozialwidrigkeit einer Kündigung (§ 1 Abs. 2 KSchG) handelt es sich um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs, die vom Revisionsgericht nur darauf überprüft werden kann, ob das angefochtene Urteil den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm des § 1 KSchG Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat, ob es bei der gebotenen Interessenabwägung, bei der dem Tatsachenrichter ein Beurteilungsspielraum zusteht, alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat und ob es in sich widerspruchsfrei ist (ständige Rechtspre-



chung, vgl. BAGE 42, 151, 157 = AP Nr. 12 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung, zu B II der Gründe; BAGE 45, 146, 151 = AP Nr. 14 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit, zu B I der Gründe - jeweils m.w.N.).

Die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts lassen keinen derartigen Rechtsfehler erkennen.

3. Das Landesarbeitsgericht hat aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme und unter Berücksichtigung der unstreitigen Tatsachen festgestellt, die Geschäftsführer der Beklagten hätten den Beschluß gefaßt, die Interessen der Beklagten in Lissabon künftig durch eine fremde Agentur wahrnehmen zu lassen; dieser Beschluß sei vor der Kündigung des Klägers gefaßt worden.

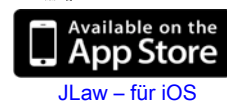
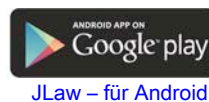
An diese tatsächliche Feststellung ist der Senat gem. § 561 ZPO gebunden. Die Revision des Klägers hat keine förmliche Verfahrensrüge - etwa der Verletzung des § 286 ZPO - erhoben. Sie rügt vielmehr allein die Verletzung materiellen Rechts im Rahmen der Würdigung der sozialen Rechtfertigung der Kündigung.

Soweit die Revision es als systematisch fehlerhaft beanstandet, der Sachvortrag erster Instanz sei hinsichtlich der angeblichen Übertragung der Interessen der Beklagten in Portugal auf eine Agentur nicht einlassungsfähig gewesen, die Beklagte habe erst in zweiter Instanz diesen neuen Sachvortrag für die Begründung beigebracht, liegt hierin keine Beweisrüge. Selbst wenn man dies so sehen wollte, wäre sie jedenfalls nicht begründet. Die



Beweiswürdigung des Berufungsgerichts ist durch das Revisionsgericht nur beschränkt überprüfbar. Dabei ist von § 286 ZPO auszugehen, der den Grundsatz der freien Beweiswürdigung für den Zivilprozeß normiert. Die Zivilgerichte sind danach in der Verwertung der Beweismittel grundsätzlich frei, woraus zugleich folgt, daß die Anwendung des § 286 ZPO durch die Tatsachengerichte vom Revisionsgericht nur auf die Wahrung der Voraussetzungen und Grenzen von § 286 ZPO hin überprüft werden kann. Der Senat kann daher insoweit lediglich prüfen, ob vom Landesarbeitsgericht der gesamte Inhalt der Verhandlung berücksichtigt worden ist, ob eine Würdigung aller erhobenen Beweise stattgefunden hat und ob die Beweiswürdigung in sich widerspruchsfrei sowie frei von Verstößen gegen die Denkgesetze und allgemeinen Erfahrungssätze ist (BAG Urteil vom 30. Mai 1984 - 4 AZR 146/82 - AP Nr. 2 zu § 21 MTL II, zu III 3 der Gründe).

Solche Verstöße hat die Revision nicht dargelegt. Sie sind auch nicht erkennbar. Die Beklagte hatte schon erstinstanzlich vorgetragen, für den Entschluß zur Kündigung habe u.a. eine Rolle gespielt, daß die von ihr bisher verfolgte Strategie einer eigenen Niederlassung in Lissabon aufgegeben werden und ihre Interessen zukünftig von einer fremden Agentur auf Provisionsbasis in herkömmlicher Weise vertreten werden sollten; sie werde ihre Niederlassung in Lissabon aus heutiger Sicht auflösen und andere Wege gehen. Mit Schriftsatz vom 3. August 1990 hatte sie zweitinstanzlich ausdrücklich weiter vorgetragen, die unternehmerische Entscheidung über die Aufgabe des eigenen Büros in Lissabon sei am 26. Juli 1989 gefallen; an diesem Tage sei beschlossen worden,



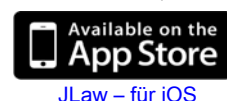
ihre Interessen künftig auf herkömmliche Weise über eine lokale Agentur vertreten zu lassen.

Hierüber hat das Landesarbeitsgericht sodann in zulässiger Weise Beweis erhoben durch Vernehmung des Zeugen H . Die Würdigung der Aussage H hält sich in dem dem Tatsachengericht obliegenden Beurteilungsrahmen.

Das Landesarbeitsgericht hat bindend (§ 561 ZPO) in gleicher Weise festgestellt, die beiden Gesellschafter seien im Herbst 1989 nach Portugal gefahren wegen Verhandlungen über einen Agenturvertrag. Zwischen den Parteien ist weiter nicht streitig der Abschluß des Agenturvertrages im März 1990. Der Kläger hat nach Vorlage des Agenturvertrages durch die Beklagte den Abschluß dieses Vertrages nicht bestritten; er hat nur einen dementsprechenden Beschluß der Beklagten schon bei Ausspruch der Kündigung in Abrede gestellt.

4. Auf der Grundlage dieser den Senat bindenden Feststellungen hat das Landesarbeitsgericht in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise die Kündigung für sozial gerechtfertigt gehalten.

a) Gemäß § 1 Abs. 2 KSchG ist eine Kündigung u.a. dann gerechtfertigt, wenn der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers dringende betriebliche Erfordernisse entgegenstehen. Ein solches dringendes betriebliches Erfordernis liegt vor, wenn die bisherige Einsatzmöglichkeit des Arbeitnehmers in Wegfall gerät und eine anderwei-



tige Beschäftigung auf einem freien Arbeitsplatz im selben Betrieb oder in einem anderen Betrieb desselben Unternehmens nicht besteht (ständige Senatsrechtsprechung, vgl. zusammenfassend BAGE 55, 262 = AP Nr. 42 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung).

b) Der Beschluß der Beklagten, die Wahrung ihrer Interessen in Portugal nicht mehr durch einen eigenen Angestellten zu betreiben, sondern eine Agentur zu beauftragen, führte zum Wegfall der bisherigen Beschäftigung des Klägers. Es handelte sich um eine Unternehmerentscheidung, welche nicht auf ihre Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit hin zu überprüfen ist, sondern nur darauf, ob sie offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist (BAGE 55, 262 = AP, aaO).

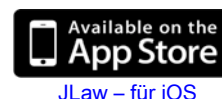
c) Für eine derartige ausnahmsweise unbeachtliche Entscheidung hat die Revision nichts vorgetragen. Sie ergibt sich noch nicht aus dem Umstand, daß Auslöser für die Entscheidung die Unzufriedenheit mit den Leistungen des Klägers war, der sich aus der Sicht der Beklagten als unfähig gezeigt hatte. Diese Unzufriedenheit war allenfalls Motiv für die unternehmerische Entscheidung, die Niederlassung ganz zu schließen und die Interessenvertretung einem Fremdunternehmen zu übertragen. Damit wird diese Entscheidung nicht willkürlich. Dies gilt um so mehr, als die Beklagte auf erhebliche Kosten hingewiesen hat, die ihr durch die Führung eines eigenen Büros in Lissabon entstanden sind. Auch vom Kläger wird im Ergebnis letztlich nicht bestritten, daß der wirtschaftliche Erfolg der Tätigkeit in Lissabon sich nicht im erwarteten Umfang eingestellt hat. Unmittelbar und entscheidend ursächlich



für den Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit war allein die Entscheidung, überhaupt keinen eigenen Mitarbeiter mehr in Lissabon einzusetzen. Selbst wenn der von der Beklagten behauptete mangelnde Erfolg nicht dem Kläger angelastet werden könnte, ändert sich nichts daran, daß die Beklagte diese Entscheidung getroffen hat. Die Frage, ob die wirtschaftliche Situation die Entscheidung erforderlich machte und ob die Einschaltung einer Fremdfirma sinnvoll ist, unterliegt nicht der gerichtlichen Prüfung.

d) Nichts anderes ergibt sich aus der Rechtsprechung des Senats zu den sog. Mischtatbeständen (Urteil vom 21. November 1985 - 2 AZR 21/85 - AP Nr. 12 zu § 1 KSchG 1969). Wird eine nach § 1 KSchG zu beurteilende ordentliche Kündigung mit einem Kündigungssachverhalt begründet, der mehrere in § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG geregelte Gründe berührt, richtet sich der Prüfungsmaßstab in erster Linie danach, aus welchem der im Gesetz genannten Bereiche die Störung kommt, die sich auf das Arbeitsverhältnis nachteilig auswirkt. Die sich unmittelbar auf das Arbeitsverhältnis auswirkende Störung war hier aber eben die Entscheidung der Beklagten, die Vertretung ihrer Interessen in Lissabon nicht mehr durch eigene Mitarbeiter wahrnehmen zu lassen. Dieser Tatbestand steht deshalb auch im Vordergrund der kündigungsrechtlichen Prüfung.

5. Das Landesarbeitsgericht hat es zu Recht als nicht entscheidend angesehen, daß der Agenturvertrag erst im März 1990 abgeschlossen wurde und damit erhebliche Zeit nach Ausspruch der Kündigung mit Schreiben vom 26. Juli 1989.



Für die Beurteilung der Kündigung maßgeblich ist der Zeitpunkt ihres Zugangs (BAG Urteil vom 15. August 1984 - 7 AZR 536/82 - AP Nr. 16 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit). Dies bedeutet aber nicht, daß eine betriebsbedingte Kündigung erst ausgesprochen werden kann, wenn die Beschäftigungsmöglichkeit tatsächlich bereits weggefallen ist. Der Arbeitgeber müßte sonst regelmäßig noch die Kündigungsfrist einhalten, obwohl bereits kein betriebswirtschaftliches Bedürfnis mehr an der Beschäftigung besteht. Wird die Kündigung auf die künftige Entwicklung der betrieblichen Verhältnisse gestützt, so kann sie vielmehr ausgesprochen werden, wenn die betrieblichen Umstände greifbare Formen angenommen haben und eine vernünftige, betriebswirtschaftliche Betrachtung die Prognose rechtfertigt, daß bis zum Auslaufen der einzuhaltenden Kündigungsfrist eine geplante Maßnahme durchgeführt ist und der Arbeitnehmer somit entbehrt werden kann (ständige Rechtsprechung seit BAGE 6, 1, 3 ff. = AP Nr. 1 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung, zu III 1 der Gründe). Dies hat der Senat in seinem Urteil vom 19. Juni 1991 - 2 AZR 127/91 - (EZA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 70) unter Bezugnahme auf seine ständige Rechtsprechung (s. dazu weitere Nachweise dort) noch einmal bestätigt. Er hat aaO zugleich klargestellt, daß "greifbare Formen" in diesem Sinne nicht nur und erst dann vorliegen, wenn bereits mit der Durchführung der beschlossenen betrieblichen Maßnahme begonnen ist. Ausreichend kann vielmehr auch eine im Zeitpunkt der Kündigung feststehende Planung sein, deren Durchführung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zum Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit führen wird. Der Begriff "greifbare Formen" kann also auch die Motivation der Betriebsänderungsabsicht und muß nicht notwendig schon die Durchführungsformen betreffen.



Das Merkmal "dringend" kann unter beiden Gesichtspunkten vorliegen (Senatsurteil vom 19. Juni 1991 - 2 AZR 127/91 -, aaO, zu II 2 der Gründe, m.w.N.).

Der Übertragung der in der Entscheidung vom 19. Juni 1991 (aaO) zu einer beabsichtigten Betriebsstillegung dargestellten Grundsätze auf den vorliegenden Fall steht nicht entgegen, daß es hier nicht um die Stillegung eines ganzen Betriebes geht, sondern "nur" um die Schließung einer Niederlassung. Die Prognoseproblematik bei künftiger Entwicklung der betrieblichen Verhältnisse ist in beiden Fällen die gleiche. Darauf hat schon das Landesarbeitsgericht zutreffend hingewiesen.

6. Das Landesarbeitsgericht hat demnach zu Recht darauf abgestellt, ob bei Zugang der Kündigungserklärung bereits eine ernsthafte und endgültige Absicht der Aufgabe der Niederlassung in Portugal bestand.

a) Das Landesarbeitsgericht hat einen entsprechenden Beschluß der Geschäftsführer der Beklagten für das Revisionsgericht bindend festgestellt. Wenn es diesen Beschluß hat ausreichen lassen für die Annahme eines dringenden betrieblichen Erfordernisses, hält sich das im Rahmen des ihm zustehenden Beurteilungsspielraums. Das Berufungsgericht hat nicht nur auf die reine Willensentscheidung abgestellt, sondern zusätzlich die besonderen Umstände des Falles in seine Würdigung einbezogen. Dabei hat es zu Recht vor allem die sehr lange Kündigungsfrist von einem Jahr hervorgehoben. Es bestand für die Beklagte ein ausreichender Zeitraum, die beabsichtigte Beauftragung einer Agentur bis zum

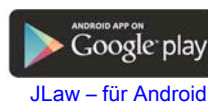


Ablauf der Kündigungsfrist in die Wege zu leiten. Andererseits mußte die Beklagte die Kündigung jetzt aussprechen, da sonst der Vertrag sich um weitere zwei Jahre verlängert hätte.

Auch vom Kläger wird nicht behauptet, die Aussicht, eine vertretungsbereite Agentur innerhalb Jahresfrist zu finden, sei von vorneherein so schlecht gewesen, daß ernstlich nicht mit dem Abschluß eines Agenturvertrages gerechnet werden konnte. Tatsächlich hat die Beklagte dann ja auch eine Agentur gefunden, die nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ihre Interessen ab 1. Juli 1990 wahrgenommen hat.

b) Das Landesarbeitsgericht hat für die Ernsthaftigkeit des Beschlusses weiter zu Recht den Umstand herangezogen, daß einer der Geschäftsführer der Beklagten bereits in dem Gespräch am 26. Juli - jedenfalls vor Ausspruch der Kündigung - beauftragt worden ist, Verbindung mit Agenturen in Portugal aufzunehmen und daß beide Geschäftsführer im Oktober deswegen nach Portugal gefahren sind.

c) Wenn das Landesarbeitsgericht unter Berücksichtigung dieser von ihm festgestellten Umstände ein dringendes betriebliches Erfordernis schon im Kündigungszeitpunkt bejaht hat, ist dem beizupflichten. Dabei ist gerade die Besonderheit der sehr langen Kündigungsfrist zu berücksichtigen. Wollte man den durch den Zeugen bestätigten Beschluß nicht ausreichen lassen, hätte die Beklagte letztlich nur durch den Beginn entsprechender Durchführungsaktivitäten bei Kündigungszugang - praktisch also durch den Abschluß eines Agenturvertrages jetzt schon - die Voraussetzungen einer in ihrem Sinne positiven betrieblichen Prognose schaffen



können. Für eine derartige Einschränkung der "greifbaren Formen" im Sinne der Senatsrechtsprechung (Urteil vom 19. Juni 1991 - 2 AZR 127/91 -, aaO) besteht kein Anlaß.

Der Arbeitnehmer ist entgegen der Auffassung der Revision auch nicht schutzlos, wenn für die Prognose ein ernstlicher Beschluß ausreicht. Den Nachweis eines solchen Beschlusses hat der Arbeitgeber zu führen, was bei reinen Willensentscheidungen nicht leicht ist. Hier hat das Landesarbeitsgericht aber - verfahrensrechtlich nicht angegriffen - eine solche Feststellung getroffen.

Es bleibt weiter festzuhalten, daß auch die vorangegangene Entwicklung durchaus die Feststellungen des Landesarbeitsgerichts stützt, es habe bereits bei Kündigungszugang eine ernstliche Absicht vorgelegen, eine Agentur einzuschalten. Die Beklagte hat wiederholt in der Vergangenheit ihre Unzufriedenheit mit den Verhältnissen in Portugal zum Ausdruck gebracht und darauf hingewiesen, daß sich die Ergebnisse bessern müßten. Daß eine derartige grundsätzliche Änderung eingetreten wäre, welche eine ernstliche Absicht als unglaublich erscheinen ließe, ist nicht ersichtlich.

7. Im Zeitpunkt des Kündigungszugangs war daher die Prognose gerechtfertigt, bis zum Ablauf der Kündigungsfrist werde die beabsichtigte unternehmerische Maßnahme - Übertragung der Interessenvertretung auf eine Agentur - durchgeführt und die Beschäftigungsmöglichkeit für den Kläger in Portugal entfallen sein.



a) Der Kläger behauptet selbst nicht, daß die Beklagte ihn auf einem anderen freien Arbeitsplatz hätte weiterbeschäftigen können. Dazu hätte er zumindest vortragen müssen, wie er sich eine eventuelle Beschäftigung in Deutschland vorstellte (BAG Urteil vom 3. Februar 1977 - 2 AZR 476/75 - AP Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAGE 47, 26 = AP Nr. 8 zu § 2 KSchG 1969). Das Landesarbeitsgericht weist zu Recht darauf hin, angesichts der nur etwa neun Mitarbeiter der Beklagten in Hamburg könne von einem anderweitigen Einsatz auch kaum ausgegangen werden.

b) Die Revision wendet sich zu Unrecht weiter gegen die Annahme dringender Gründe. Die Dringlichkeit des Ausspruchs der Kündigung zum streitbefangenen Zeitpunkt ergab sich aus dem Beschluß, eine fremde Agentur einzuschalten. Da der Kläger zum 31. August 1990 nur noch bis zum 31. August 1989 gekündigt werden konnte, andernfalls sein Arbeitsverhältnis bis zum 31. August 1992 fortbestanden hätte, lag die Dringlichkeit auf der Hand.

8. Die Revision rügt zu Unrecht auch eine vom Landesarbeitsgericht unterlassene Interessenabwägung. Ist eine Kündigung wegen dringender betrieblicher Erfordernisse an sich betriebsbedingt, kann sich eine Interessenabwägung allenfalls in seltenen Ausnahmefällen zugunsten des Arbeitnehmers auswirken (BAGE 55, 262 = AP Nr. 42 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung). Eine - zu- meist nur vorübergehende - Weiterbeschäftigung kann dem Arbeitgeber dann zuzumuten sein, wenn der Arbeitnehmer aufgrund schwerwiegender persönlicher Umstände besonders schutzbedürftig



ist. Solche Umstände hat der Kläger nicht vorgetragen. Die Tatsache des Familienumzuges nach Portugal ist kein derartiger Härtegrund. Der Kläger wußte bei Abschluß des Vertrages, daß dieser nicht auf Lebenszeit geschlossen wurde. Ein Versprechen oder ein begründetes Vertrauen darauf, die Beklagte werde die Firmenvertretung in Portugal auch über den 31. August 1990 hinaus - den ersten möglichen Kündigungsstermin - führen, ist nicht dargetan und nicht ersichtlich. Gerade der Ausschluß der Kündigung über einen Zeitraum von vier Jahren - einschließlich der Kündigungsfrist - und die lange Kündigungsfrist von einem Jahr trug den insoweit aner kennenswerten Interessen des Klägers Rechnung. Es lagen also keinerlei Gesichtspunkte vor, welche eine Interessenabwägung ausnahmsweise trotz "an sich gegebener" dringender betrieblicher Erfordernisse zugunsten des Klägers hätten beeinflussen können.

Das Landesarbeitsgericht hat danach die Sozialwidrigkeit der Kündigung zutreffend verneint.

Die unbegründete Revision ist dementsprechend mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Triebfürst

Bitter

Dr. Rost

Dr. Roeckl

J. Walter



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)