

Aktenzeichen: 2 AZR 940/79

Bundesarbeitsgericht 2. Senat - Urteil vom 18. März 1982  
Az. 2 AZR 940/79

I. Arbeitsgericht - Teilurteil vom 9. Februar 1979  
Krefeld Az. 3 Ca 2267/78

II. Landesarbeitsgericht - Urteil vom 28. Mai 1979  
Düsseldorf Az. 23 Sa 450/79

---

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse: Nein

---

Entscheidungsstichwort:

Fristlose Kündigung wegen Verstoßes gegen Verschwiegenheitspflicht

Gesetz:

BGB § 626, §§ 125, 127; BetrVG 1972 §§ 1, 102; ZPO §§ 286,  
314, 320

Leitsätze:

K e i n e

Hinweise des Senats: Fristlose, hilfsweise ordentliche Kündigung eines in der Geschäftsleitung einer Beteiligungsgesellschaft beschäftigten Juristen wegen unbefugter Weitergabe von Ergebnissen einer Geschäftsführerbesprechung; Aufhebung der gewillkürten Schriftform für eine Nebenabrede (Verlängerung der Probezeit) durch mündliche Vereinbarung; Voraussetzungen für die Annahme eines einheitlichen Betriebs mehrerer Unternehmen.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 940/79

23 Sa 450/79 Düsseldorf

Verkündet am  
18. März 1982

Bittner,  
Amtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

# Im Namen des Volkes!

## Urteil

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 18. März 1982 durch den Richter Dr. Röhlsle als Vorsitzenden, die Richter Triebfürst und Dr. Weller sowie die ehrenamtlichen Richter Sickert und Dr. Peppler für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 28. Mai 1979 - 23 Sa 450/79 - aufgehoben, soweit es über die Berufung der Beklagten und die Kosten entschieden hat.
2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

V o n   R e c h t s   w e g e n   !

- 2 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

Tatbestand:

Die Beklagte ist eine Beteiligungsgesellschaft in der Rechtsform einer GmbH mit dem Sitz in K , deren Geschäftsführer die Herren Jan K (künftig: Herr K ) und Axel Ke sind. Sie ist an mehreren in- und ausländischen Gesellschaften beteiligt, darunter zu 100 % an der K GmbH in K , einer Produktionsgesellschaft.

Der verheiratete Kläger wurde gemäß schriftlichem Dienstvertrag vom 18. Oktober 1977 bei der Beklagten ab 1. Januar 1978 gegen ein Monatsgehalt von 7.000,-- DM brutto eingestellt. Der Vertrag enthält folgende, hier näher interessierende Bestimmungen:

- "1.1 Zunächst wird Herr Sch mit Schwerpunkt und in enger Abstimmung mit dem Vorsitzenden der Geschäftsführung sowie von diesem benannten Personen Absatz, Organisation und Marketing-Konzept verschiedener Produktlinien der K -Firmen untersuchen  
...  
Die Geschäftsführung behält sich aber ausdrücklich vor, Herrn Sch jederzeit, d.h. u.U. auch sehr kurzfristig mit anderen Funktionen, ggf. auch in Beteiligungsgesellschaften zu betrauen.
- 1.2 Er ist direkt der Geschäftsführung unterstellt.  
...
- 10.1 Dieser Vertrag ... wird für 6 Monate zunächst auf Probe abgeschlossen. Während dieser Probezeit kann er beiderseits jeweils mit Monatsfrist zum Monatsende gekündigt werden.
- 10.2 Nach Ablauf der Probezeit wird eine beiderseitige Kündigungsfrist von jeweils 6 Monaten zum 30. Juni jeden Jahres vereinbart.  
...
- 11.2 Änderungen oder Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen der Schriftform."

Die Beklagte beschäftigte einschließlich des Klägers nur zwei Angestellte. Ihre Geschäftsräume und diejenigen der K - GmbH befinden sich auf demselben Gelände. Schreib- und Sekretariatsarbeiten sowie der Telefondienst werden von Arbeitnehmern der K GmbH durchgeführt. Die K GmbH erhält hierfür von der Beklagten ein entsprechendes Entgelt.

- 3 -



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



- 3 -

Am 1. Juni 1978 übermittelte die Beklagte dem Kläger ein Schreiben des Geschäftsführers Jan K vom 31. Mai 1978, in dem eingangs auf die starke berufliche Belastung des Geschäftsführers sowie darauf hingewiesen wurde, daß eine vom Kläger übernommene Testaufgabe noch nicht erledigt und beiderseits die Abstimmung über seine Tätigkeit noch nicht optimal erfolgt sei. Anschließend heißt es dann:

"Gemäß dem mit Ihnen abgeschlossenen Anstellungsvertrag vom 18. Oktober 1977 endet an sich die Probezeit Ende des folgenden Monats. Mit dem heutigen Tage enden die innerhalb einer Probezeit üblichen kurzen Kündigungsfristen. ... Wir halten Sie unter den eingangs kurz skizzierten Umständen damit einverstanden, daß ... die Probezeit um maximal drei Monate verlängert wird, ...."

Am 30. August 1978 fand eine mehrstündige Geschäftsführersitzung der K GmbH statt, an der die beiden Geschäftsführer der Beklagten sowie die Geschäftsführer der K GmbH, Dr. Ko und M, teilnahmen und zu der auch der Kläger zugezogen wurde. U.a. wurde auch darüber gesprochen, ob im Falle des vollständigen Erwerbs der E - Kunststoffmaschinen GmbH in B (künftig: EKK), an der die Beklagte damals zu 49 % beteiligt war, neben dem jetzigen Geschäftsführer dieser Gesellschaft, Dr. Ku, ein weiterer Geschäftsführer bestellt werden solle.

Mit Schreiben vom 18. September 1978 kündigte die Beklagte dem Kläger fristlos. Sie wirft ihm vor, von den Erörterungen über eine Erweiterung der Geschäftsführung der EKK dem Geschäftsführer Dr. Ku Mitteilung gemacht und dadurch einen groben Vertrauensbruch begangen zu haben.

Mit der Klage wehrt sich der Kläger gegen diese Kündigung. Er hat beantragt festzustellen, daß die mit Schreiben der Beklagten vom 18. September 1978 ausgesprochene Kündigung unwirksam ist. Darüber hinaus hat er die Gehälter für November 1978 bis Juli 1979 in Höhe von jeweils 7.000,-- DM monatlich eingeklagt.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und zur Begründung vorgetragen:

Im Zeitpunkt der Geschäftsführersitzung vom 30. August 1978 seien die Verhandlungen über den vollständigen Erwerb der EKK sowie Vorverhandlungen über den möglichen Erwerb eines weiteren Unternehmens (Firma X) durch die EKK noch im Gange und keines-



- 4 -

falls schon beschlossene Sache gewesen. In der Sitzung sei in der Form eines Planspiels erörtert worden, ob für die EKK im Falle ihres Erwerbs ein zweiter Geschäftsführer bestellt werden solle und ob unter bestimmten Voraussetzungen hierfür auch der Kläger in Betracht kommen könne. Abschließend habe Herr K -

darauf hingewiesen, daß er diese Entscheidung nie ohne, geschweige denn gegen Dr. Ku treffen werde, und diese Fragen besonders vertraulich zu behandeln seien. Am folgenden Tag habe Dr. Ko auf seine Veranlassung hin alle Gesprächsteilnehmer, auch den Kläger, nochmals auf die besondere Vertraulichkeit dieser Angelegenheit hingewiesen.

Am 4. September 1978 habe Herr K dem Kläger u.a. erklärt, er traue ihm für den Fall, daß für die EKK ein zweiter Geschäftsführer bestellt werde, eine solche Funktion zu. Jedoch sei seine jetzige Stabsfunktion für das Unternehmen vorrangig. Am 5. September 1978 habe sich der Kläger gegenüber Dr. Ku dahin geäußert, es sei in Erwägung gezogen worden, bei der EKK einen zweiten Geschäftsführer einzusetzen. Dr. Ku sei hierüber empört gewesen und es habe Herrn K erhebliche Mühe gekostet, ihn davon zu überzeugen, daß ohne ihn keine solche Entscheidung getroffen werde. Der Kläger habe gewußt, daß Dr. Ku seit Gründung der EKK ihr alleiniger Geschäftsführer gewesen und sein Verbleiben in dieser Gesellschaft von entscheidender Bedeutung sei. Der Kläger habe aber seine Verschwiegenheitspflicht bewußt aus Karrieregründen verletzt, um sich des Einverständnisses von Dr. Ku mit seiner Bestellung als zweiter Geschäftsführer zu versichern und damit Herrn K zu dieser Maßnahme geneigt zu machen.

In jedem Fall sei aber die fristlose Kündigung als ordentliche zum 31. Oktober 1978 wirksam. Das Kündigungsschutzgesetz finde keine Anwendung, da bei ihr nur zwei Arbeitnehmer beschäftigt würden. Die Probezeit mit der Kündigungsfrist von einem Monat zum Monatsende sei bis 31. Oktober 1978 verlängert worden. Denn der Kläger habe dem Inhalt ihres Schreibens vom 31. Mai 1978 gegenüber dem zur Entgegennahme dieser Erklärung bevollmächtigten Dr. Ko zugestimmt.

Der Kläger hat erwidert: Herr K habe in der Unterredung vom 30. August 1978 den vollständigen Erwerb der EKK als

- 5 -



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



- 5 -

Faktum hingestellt und ohne Aussprache seine Absicht erklärt, deren Geschäftsführung zu erweitern und ihm, dem Kläger, die Stellung des zweiten Geschäftsführers zu übertragen. Er habe ihn beauftragt, in Abstimmung mit den übrigen Sitzungsteilnehmern einen Vorschlag zur organisatorischen Eingliederung der EKK in die K -Gruppe unter besonderer Berücksichtigung des weiter beabsichtigten Erwerbs der Firma X durch die EKK zu erarbeiten. Herr K habe nicht geäußert, daß besonders über diese Frage Stillschweigen zu bewahren sei und er die organisatorischen Fragen mit Dr. Ku zunächst vorab persönlich besprechen müsse und eine Entscheidung nur mit dessen Einverständnis treffen könne. Er sei auch am folgenden Tag nicht auf die besondere Vertraulichkeit dieser Frage hingewiesen worden.

Nach gemeinsamen Verhandlungen über die Aufnahme der Firma X Anfang September 1978 habe ihn Herr K beauftragt, nunmehr mit Dr. Ku endgültig die Übernahme der Firma X sowie die organisatorische Eingliederung der EKK in die K -Gruppe vorzubereiten. Diesen Auftrag habe er am 4. September 1978 wiederholt und hierbei erklärt, seine Absicht, ihn als zweiten Geschäftsführer bei der EKK einzusetzen, aufgegeben zu haben.

In Durchführung dieses Auftrags habe er am 5. September 1978 mit Dr. Ku verhandelt. Da er gewußt habe, daß Dr. Ku in diesem Punkt sehr empfindlich sei, habe er jeden Zweifel darüber ausräumen wollen, daß Dr. Ku in seiner Person eine "Konkurrenz" erwachse. Deshalb habe er beiläufig hinzugefügt, daß Herr K

ursprünglich erwogen hatte, ihn als zweiten Geschäftsführer für die EKK einzusetzen, diesen Plan aber aufgegeben habe. Es habe somit kein Grund mehr zu einer Geheimhaltung bestanden. Er habe nicht aus egoistischen Motiven gehandelt.

Die Kündigung sei aber auch als ordentliche wegen Nichtanhörung des Betriebsrats der K GmbH, mit der die Beklagte einen einheitlichen Betrieb bilde, unwirksam und überdies auch sozial ungerechtfertigt. Beide Gesellschaften stünden unter der einheitlichen Leitung von Herrn K . Dem Inhalt des Schreibens vom 31. Mai 1978 über die Verlängerung der Probezeit habe er nicht zugestimmt. Dr. Ko habe ihm erklärt, er könne das Schreiben als erledigt betrachten. In gleicher Weise habe sich einige Tage später Herr K ihm gegenüber geäußert.



- 6 -

- 6 -

Außerdem sei die vertraglich vereinbarte Schriftform nicht gewahrt.

Das Arbeitsgericht hat durch Teilurteil festgestellt, daß die Kündigung vom 18. September 1978 als fristlose unwirksam ist, in eine fristgemäße Kündigung umgedeutet und hierdurch das Arbeitsverhältnis am 30. Juni 1979 sein Ende finden wird. Im übrigen hat es die Feststellungsklage abgewiesen.

Das Landesarbeitsgericht hat die von beiden Parteien im Umfang ihres Unterliegens hiergegen eingelegten Berufungen zurückgewiesen. Gegen dieses Urteil hat nur die Beklagte Revision eingelegt, mit der sie ihren Antrag auf völlige Klageabweisung weiterverfolgt. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

#### Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht, weil noch nicht abschließend beurteilt werden kann, ob für die fristlose Kündigung der Beklagten ein wichtiger Grund vorliegt.

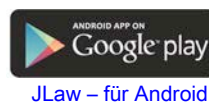
A. Das Landesarbeitsgericht hat die Kündigung der Beklagten als fristlose für rechtsunwirksam, als umgedeutete ordentliche Kündigung jedoch für wirksam erachtet, weil das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung finde. Es hat weiter angenommen, daß es zwischen den Parteien zu keiner Vereinbarung über die Verlängerung der Probezeit um weitere drei Monate gekommen sei und demgemäß am 18. September 1978 das Arbeitsverhältnis wirksam erst zum 30. Juni 1979 habe gekündigt werden können. Der Kläger hat gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts, soweit es seine weitergehende Feststellungsklage abgewiesen hat, keine Revision eingelegt. Deshalb beschränkt sich der Streitgegenstand des Revisionsverfahrens auf die Frage, ob das Arbeitsverhältnis der Parteien mit Zugang der fristlosen Kündigung am 18. September 1978, mit Ablauf der für die Probezeit vorgesehenen kurzen Kündigungsfrist zum 31. Oktober 1978 oder erst zum 30. Juni 1979 beendet worden ist.

B.I. Das Landesarbeitsgericht hat die Kündigung der Beklagten als fristlose wegen Fehlens eines wichtigen Grundes für unwirksam erachtet und dies im wesentlichen wie folgt begründet:

- 7 -



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



- 7 -

1. Ein Arbeitnehmer in der Stellung des Klägers müsse zwar besonders vertrauenswürdig sein, so daß sich bereits hieraus gewisse Anforderungen an seine Verschwiegenheitspflicht ergäben. Jedoch erscheine die dem Kläger zur Last gelegte Pflichtverletzung nicht so schwerwiegend, um eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen, die immer nur das allerletzte Mittel für den Arbeitgeber sein könne, ein Fehlverhalten des Arbeitnehmers zu ahnden. Sie wirke bei Angestellten in gehobener Stellung wie dem Kläger ähnlich diskriminierend wie eine Strafe. Der Arbeitnehmer verliere nicht nur seinen Arbeitsplatz, sondern werde praktisch außerstande gesetzt, noch eine einigermaßen vergleichbare Stellung zu erlangen. Deshalb könnten nur ganz bedeutende Vertragsverletzungen die fristlose Kündigung nach sich ziehen.

Der Kläger habe unstreitig Dr. Ku davon unterrichtet, daß beabsichtigt gewesen sei, ihm einen zweiten Geschäftsführer zur Seite zu stellen. Es möge fraglich sein, ob der Kläger nicht hätte erkennen können, daß Herr K unter keinen Umständen wünsche, Dr. Ku solle von Plänen oder auch nur Planspielen erfahren, bevor er mit ihm darüber gesprochen habe. Dem stehe jedoch die Behauptung des Klägers gegenüber, er habe angenommen, die Notwendigkeit, Dr. Ku von solchen Plänen noch nicht zu unterrichten, sei offensichtlich zumindest im Hinblick auf den ihm Anfang September 1978 erteilten Auftrag entfallen. Die Aussage des Zeugen Dr. Ko ergebe auch, daß solche Überlegungen nicht von vornherein als abwegig abgetan werden könnten. Danach habe sich die von Herrn K erbetene Vertraulichkeit nämlich auch auf Fragen der organisatorischen Eingliederung der EKK erstreckt. So mochte der Kläger davon ausgegangen sein, er könne nunmehr mit Dr. Ku im Hinblick auf die EKK alles, also auch eine etwaige Erweiterung der Geschäftsführung besprechen. Im Hinblick auf die kurze Beschäftigungszeit des Klägers und seine noch unzureichende Einführung in sein Aufgabengebiet hätte es somit nahegelegen, ihn jedenfalls nach dem 4. September 1978 darauf hinzuweisen, daß er auch jetzt noch über den Inhalt der Geschäftsführerbesprechung gegenüber Dr. Ku Stillschweigen bewahren müsse.

Unter Berücksichtigung dieser Umstände könne die Schlußfolgerung der Beklagten, der Kläger habe aus Karrieresucht einen



- 8 -

bewußten Vertrauensbruch begangen, nicht überzeugen. Sie habe zunächst bestritten, daß ein Gespräch des vom Kläger behaupteten Inhalts am 4. September 1978 überhaupt stattgefunden habe. Später habe sie dann den Inhalt dieses Gesprächs modifiziert in der Weise wiedergegeben, daß der Planspielcharakter der Überlegungen des Geschäftsführer K mehr in den Vordergrund gerückt worden sei. Bei diesem Wechsel des Sachvortrags sei jedoch nicht ersichtlich, aus welchen Gründen die Beklagte dem Kläger Karrieresucht als Motiv für sein Verhalten unterstelle. Ihr Vortrag rechtfertige allenfalls die Annahme eines möglicherweise sehr leichtfertigen Handelns, nicht aber eines besonders groben Vertrauensmißbrauchs des Klägers.

Bei dieser Sachlage habe die nach § 626 Abs. 1 BGB gebotene Interessenabwägung zugunsten des Klägers ausfallen müssen, zumal bloße Fahrlässigkeit keinen wichtigen Kündigungsgrund abgebe.

2. Dagegen sei die Kündigung nicht schon wegen Nichtanhörung des Betriebsrats unwirksam. Die Beklagte und die K GmbH stellten keinen einheitlichen Betrieb dar, da beide Gesellschaften unterschiedliche arbeitstechnische und darüber hinaus sogar unterschiedliche wirtschaftliche Zwecke verfolgten. Der bei der K GmbH bestehende Betriebsrat habe deshalb bei der Kündigung des Klägers nicht beteiligt werden müssen.

II. Die Ausführungen des Berufungsgerichts zum Fehlen eines wichtigen Grundes sind nicht frei von materiellen Rechtsfehlern.

1. Die Anwendung des § 626 Abs. 1 BGB durch das Berufungsgericht kann vom Revisionsgericht nur daraufhin nachgeprüft werden, ob der Rechtsbegriff des wichtigen Grundes verkannt ist. Dabei ist einmal darauf abzustellen, ob der Sachverhalt unabhängig von den Besonderheiten des Einzelfalles an sich einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung abgeben kann. Außerdem muß das Berufungsgericht alle vernünftigerweise in Betracht kommenden Umstände des Einzelfalles daraufhin abgewogen haben, ob es dem Kündigenden unzumutbar gewesen ist, das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist fortzusetzen. Insofern erstreckt sich die Überprüfung durch das Revisionsgericht darauf, ob alle wesentlichen Umstände berücksichtigt, bei der Interessenabwägung vollständig und widerspruchsfrei gegenein-

ander abgewogen worden sind und das Berufungsgericht hierbei nicht gegen Denk- oder allgemeine Erfahrungssätze verstoßen hat (vgl. BAG vom 17. August 1972 - 2 AZR 415/71 - BAG 24, 401, 407 = AP Nr. 65 zu § 626 BGB [zu III 1 der Gründe] und vom 26. August 1976 - 2 AZR 977/75 - AP Nr. 68 zu § 626 BGB [zu I 1 der Gründe]). Auch dieser eingeschränkten Nachprüfung hält das angefochtene Urteil nicht stand.

2. a) Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe seiner Entscheidung den unrichtigen Erfahrungssatz zugrundegelegt, daß Angestellte in der Stellung des Klägers nach fristloser Entlassung praktisch keine vergleichbare Anstellung mehr fänden und deshalb nur ganz bedeutende Vertragsverletzungen eine solche Maßnahme rechtfertigen könnten. Hier ist zuzugeben, daß eine solche generelle und insbesondere auch zeitlich unbegrenzte Prognose nicht zu belegen ist. Die Beurteilung der künftigen Berufsaussichten auch eines fristlos entlassenen Angestellten in gehobener Position hängt von den Umständen des Falles, unter anderem auch von den persönlichen Verhältnissen des Angestellten (z.B. Lebensalter, bisherige berufliche Laufbahn) ab. Ferner kann bei Angestellten in hervorgehobener Vertrauensstellung auch schon eine einmalige und in ihren Auswirkungen verhältnismäßig geringfügige Verletzung der Verhaltenspflichten im Vertrauensbereich geeignet sein, einen wichtigen Kündigungsgrund abzugeben (vgl. - für Dienstverpflichtete - BAG vom 2. Juni 1960 - 2 AZR 91/58 - BAG 9, 263, 268 = AP Nr. 42 zu § 626 BGB [zu V 1 der Gründe]).

Indessen ist zweifelhaft, ob im Streitfall das Berufungsgericht von diesen abstrakten Grundsätzen ausgegangen ist. Hierfür sprechen zwar die zu Beginn der Entscheidungsgründe des Berufungsurteils enthaltenen, vorstehend unter B I 1 wiedergegebenen Ausführungen über Voraussetzungen und Wirkungen der fristlosen Entlassung mit dem Kläger vergleichbarer Angestellter. Sie werden jedoch durch den Hinweis auf die sich aus der Stellung des Klägers ergebende besondere Vertrauenswürdigkeit und die deshalb an seine Verschwiegenheitspflicht zu stellenden Anforderungen sowie durch die Würdigung der besonderen Umstände des vorliegenden Falles in gewisser Weise wieder relativiert. Diese Frage braucht jedoch nicht abschließend beantwortet zu werden, weil bei der Interessenabwägung wesentliche Umstände nicht widerspruchsfrei gewürdigt worden sind und dem Berufungsgericht



insoweit ein durchgreifender materieller Rechtsfehler unterlaufen ist.

b) Das Berufungsgericht hat in tatsächlicher Hinsicht festgestellt, der Kläger habe - unstreitig - Dr. Ku erklärt, es sei beabsichtigt gewesen, ihm einen zweiten Geschäftsführer zur Seite zu stellen. Es ist mithin davon ausgegangen, daß der Kläger Dr. Ku von einem bereits wieder aufgegebenen Plan der Bestellung eines weiteren Geschäftsführers für die EKK, d.h. also davon unterrichtet hat, daß von dieser organisatorischen Maßnahme insgesamt und nicht nur bezogen auf die Person des Klägers Abstand genommen worden sei. Damit steht jedoch die Erwägung des Berufungsgerichts in unvereinbarem Widerspruch, der Kläger habe sich zu dieser Information im Hinblick auf den ihm von Herrn K Anfang September 1978 erteilten Auftrag für berechtigt halten dürfen, nunmehr auch mit Dr. Ku die sich aus der Eingliederung der EKK in die Unternehmensgruppe der Beklagten ergebenden organisatorischen Fragen zu besprechen. Denn durch diesen Auftrag konnte sachbezogen nur die Besprechung von bestehenden oder zumindest noch in Betracht gezogenen, nicht jedoch die Information über einmal erwogene, aber bereits wieder aufgegebene Pläne gemeint gewesen sein.

c) Bereits auf diesem Widerspruch, der einen materiellen Rechtsfehler im Rahmen der Anwendung des Rechtsbegriffs des wichtigen Grundes darstellt und deshalb auch ohne ausdrückliche Rüge der Revision zu berücksichtigen ist (§ 559 Abs. 2 Satz 1 ZPO), beruht auch das angefochtene Urteil. Denn es ist nicht auszuschließen, daß das Berufungsgericht die Frage des Vorliegens eines wichtigen Grundes ohne diesen Rechtsfehler im Rahmen seines tatrichterlichen Beurteilungsspielraums zuungunsten des Klägers beantwortet hätte.

Das Berufungsgericht hat es zunächst als fraglich bezeichnet, ob der Kläger nicht hätte erkennen können, daß Herr K - unter keinen Umständen eine Unterrichtung des Geschäftsführers Dr. Ku über die Erweiterung der Geschäftsführung der EKK betreffende Pläne oder auch nur Planspiele wünschte; es hat hierbei auf die schon längere Zeit währende Zusammenarbeit zwischen dem Kläger und Dr. Ku sowie dessen besondere Empfind-

- 11 -

lichkeit hingewiesen. Es hat ihm dann den Anfang September 1978 erteilten Auftrag zugute gehalten und keine ausreichenden Anhaltspunkte für einen aus Karrieresucht begangenen bewußten Vertrauensmißbrauch des Klägers gefunden, sondern allenfalls die Annahme eines sehr leichtfertigen Handelns für gerechtfertigt erachtet. Entfällt aber der dem Kläger erteilte Auftrag als sachbezogener Grund für die Information des Geschäftsführers Dr. Ku mit dem vom Berufungsgericht festgestellten Inhalt, so beeinflußt dies zumindest den Grad der von ihm als möglich unterstellten Leichtfertigkeit des Klägers und damit das Gewicht seines Fehlverhaltens. Denn es liegt nunmehr die Überlegung nahe, ob für den Kläger nicht offensichtlich war, daß er den Inhalt der Geschäftsführerbesprechung vom 30. August 1978 auch weiterhin vor Dr. Ku geheimzuhalten hatte. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Behauptung der Beklagten, der das Berufungsgericht nicht nachgegangen ist, zutrifft, daß Herr K in jener Besprechung insbesondere die Erweiterung der Geschäftsführung der EKK lediglich als Planspiel erörtern ließ. Die grundlose und leichtfertige Preisgabe dieser Überlegungen konnte die Zusammenarbeit mit Dr. Ku gefährden, mit dem die EKK nach der Aussage des Zeugen Dr. Ko stand und fiel. Sie ist deshalb an sich geeignet, einen wichtigen Kündigungsgrund abzugeben, insbesondere wenn die Kündigungsfrist von sechs Monaten zur Jahresmitte einzuhalten war.

III. 1. Dieser Rechtsfehler nötigt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht, weil die Wirksamkeit der fristlosen Kündigung der Beklagten noch nicht abschließend beurteilt werden kann. Ob ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung vorliegt, kann der Senat auch deshalb nicht selbst entscheiden, weil Umstände zu berücksichtigen sind, die das Berufungsgericht zum Teil, wie etwa den genauen Inhalt der Geschäftsführerbesprechung vom 30. August 1978 in bezug auf die mit der Übernahme der EKK zusammenhängenden Fragen, noch nicht gewürdigt hat. Die für die Beurteilung des Verhaltens des Klägers und die nach § 626 Abs. 1 BGB gebotene Interessenabwägung maßgebenden Umstände stehen noch nicht lückenlos fest (vgl. BAG vom 27. September 1957 - 1 AZR 493/55 - AP Nr. 7 zu § 13 KSchG).

2. Die Revision kann dagegen nicht deshalb zurückgewiesen werden, weil die Kündigung wegen fehlender Anhörung des Betriebsrats der



- 12 -

K GmbH gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG unwirksam ist und das angefochtene Urteil sich somit aus anderen Gründen als richtig darstellt (§ 563 ZPO). Dies hat das Berufungsgericht, entgegen der vom Kläger auch noch in der Revisionsinstanz vertretenen Auffassung, richtig gesehen.

Zwar können auch mehrere rechtlich selbständige Unternehmen einen einheitlichen Betrieb bilden. Dies setzt jedoch voraus, daß die beteiligten Unternehmen sich zu einer gemeinsamen Führung dieses Betriebes rechtlich verbunden haben, wie das Bundesarbeitsgericht gerade auch für das Verhältnis zwischen einer Beteiligungsgesellschaft und einer von ihr beherrschten Produktionsgesellschaft entschieden hat (Beschuß des Sechsten Senats vom 25. November 1980 - 6 ABR 108/78 - AP Nr. 2 zu § 1 BetrVG 1972 m.w.N.; vgl. ferner BAG vom 17. Januar 1978 - 1 ABR 71/76 - BAG 30, 12 = AP Nr. 1 zu § 1 BetrVG 1972). Danach ergibt sich eine Vereinbarung über die gemeinsame Führung eines Betriebes nicht bereits daraus, daß ein Unternehmen zentrale Verwaltungsaufgaben für das andere Unternehmen wahrnimmt, die mit den Verwaltungsaufgaben betrauten Arbeitnehmer in den Betriebsräumen des anderen Unternehmens arbeiten und die Geschäftsleitungen beider Gesellschaften aus denselben Personen bestehen. Denn unternehmerische Zusammenarbeit ist nicht identisch mit der arbeitstechnischen Erledigung der damit jeweils verbundenen Aufgabe. Von der einvernehmlichen Verfolgung von Unternehmenszielen kann deshalb nicht auf die Vereinbarung über die Erreichung arbeitstechnischer Zwecke geschlossen werden. Der Unternehmenszweck der einen Gesellschaft mag nicht ohne die bei der anderen Gesellschaft zusammengefaßten Verwaltungstätigkeiten durchführbar sein. Jedoch könnten diese Tätigkeiten auch auf einen Dritten, etwa ein Dienstleistungsunternehmen übertragen werden, so daß ihre Übernahme durch eine Gesellschaft keine konstitutive Bedeutung für die Frage erlangen kann, ob beide Gesellschaften deshalb einen einheitlichen Betrieb führen müssen. Die einheitliche Führung dieses Betriebes muß rechtlich und nicht nur faktisch, z.B. infolge Personenidentität der Geschäftsleitungen, sichergestellt sein.

Im Streitfall hat das Berufungsgericht somit für das Fehlen einer Betriebseinheit zutreffend darauf abgestellt,



daß die Beklagte und ihre Tochtergesellschaft verschiedene arbeits- technische Zwecke verfolgen. Auch wenn die Beklagte auf die von ihrer Tochtergesellschaft zu erbringenden Dienstleistungen angewiesen ist, bedeutet dies nicht notwendig eine rechtliche Vereinbarung über eine gemeinsame Führung eines Betriebes. Denn auch die Beklagte könnte diese Dienstleistungen einem dritten Unternehmen übertragen. Überdies besteht nicht einmal Personenidentität der Geschäftsleitungen beider Gesellschaften. Auch wenn Herr K als Mitgeschäftsführer der beklagten Beteiligungsgesellschaft Einfluß auf die Geschäftsführung der hundertprozentigen Tochtergesellschaft hat, läßt dies noch nicht den Schluß auf die Vereinbarung einer gemeinsamen Betriebsführung zu.

Der bei der K GmbH bestehende Betriebsrat ist deshalb für die bei der Beklagten beschäftigten Arbeitnehmer nicht zuständig und brauchte schon aus diesem Grunde zur Kündigung des Klägers nicht gehört zu werden.

IV. Für das erneute Verfahren vor dem Berufungsgericht weist der Senat auf folgendes hin:

1. Die Revision hat als Verfahrensfehler gerügt, das Berufungsgericht habe als Unkorrektheit des Klägers lediglich festgestellt, er habe unstreitig Dr. Ku von einer bereits aufgegebenen Absicht des Geschäftsführers K unterrichtet, einen weiteren Geschäftsführer für die EKK zu bestellen. Insoweit habe es den weitergehenden Sachvortrag der Beklagten übergangen, der Kläger habe gegenüber Dr. Ku von einer noch bestehenden Absicht der Beklagten gesprochen, nicht irgend jemandem, sondern dem Kläger diese Funktion zu übertragen. Der Kläger habe somit Dr. Ku gegenüber vorsätzlich die Unwahrheit gesagt, da er nach eigenem Vortrag gewußt habe, daß Herr K von diesem Plan bereits wieder abgerückt sei. Dies sei aber ein wesentliches Indiz für die weitere Behauptung der Beklagten, der Kläger habe entgegen der Annahme des Berufungsgerichts nicht fahrlässig, sondern aus eigennützigen Motiven vorsätzlich seine Verschwiegenheitspflicht verletzt.

Es kann dahingestellt bleiben, ob diese Rüge zulässig ist, nachdem das Berufungsgericht den von ihm zugrundegelegten Inhalt der Information des Klägers in den Entscheidungsgründen seines Urteils als unstreitig festgestellt hat, eine solche Feststellung



- 14 -

zum Tatbestand im Sinne des § 314 ZPO gehört und deshalb nur mit einem Tatbestandsberichtigungsantrag nach § 320 ZPO angegriffen werden kann (vgl. BAG vom 14. Juni 1967 - 4 AZR 282/66 - BAG 19, 342 = AP Nr. 13 zu § 91 a ZPO). Da die Sache bereits wegen der aufgezeigten materiellen Rechtsfehler zurückverwiesen werden muß, kann die Beklagte im erneuten Verfahren - in den Grenzen der §§ 528 ZPO, 67 ArbGG - dieses nach ihrer Behauptung übergangene Vorbringen in den Prozeß einführen bzw. wiederholen. Das Berufungsgericht müßte dann gegebenenfalls den von der Beklagten hierfür benannten Zeugen Dr. Ku vernehmen.

2. Bei der erneut vorzunehmenden Interessenabwägung kann das Berufungsgericht zugunsten des Klägers werten, daß der Beklagten durch das Verhalten des Klägers kein bleibender Schaden entstanden ist, sofern es, wie in der angefochtenen Entscheidung geschehen, berücksichtigt, daß die Beklagte erhebliche Mühe hatte, Dr. Ku zu beruhigen. Mißt es dem Umstand, daß tatsächlich das Verhältnis der Beklagten zu Dr. Ku nicht nachträglich getrübt wurde, größeres Gewicht bei als der zunächst eingetretenen Gefährdung der Interessen der Beklagten, so hält es sich damit im Rahmen des dem Tatrichter bei der Interessenabwägung zustehenden Beurteilungsspielraums. Entgegen der Ansicht der Revision ist den Ausführungen des angefochtenen Urteils nicht zu entnehmen, daß es von dem unzutreffenden Grundsatz ausgegangen ist, der Eintritt eines finanziellen Schadens sei Voraussetzung für das Vorliegen eines wichtigen Kündigungsgrundes.

3. Sollte das Berufungsgericht wiederum zu dem Ergebnis gelangen, daß die Kündigung der Beklagten als fristlose unwirksam ist, so reichen seine bisherigen Feststellungen nicht für die Annahme aus, die Probezeit sei am 30. Juni 1978 abgelaufen und das Arbeitsverhältnis habe demgemäß ordentlich nur noch mit der für die Folgezeit vereinbarten längeren Kündigungsfrist zum 30. Juni 1979 gekündigt werden können.

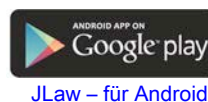
a) Das Landesarbeitsgericht hat hierzu im wesentlichen ausgeführt:

Die Verlängerung der Probezeitklausel stelle eine Nebenabrede dar, für die die Parteien generell Schriftform vereinbart hätten. Nur wenn diese deklaratorische Bedeutung habe, sei die Behauptung der Beklagten erheblich, daß die Nebenabrede mündlich

- 15 -



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



getroffen worden sei. Auf den Charakter der Schriftformklausel komme es jedoch nur an, wenn einwandfrei feststehe, daß eine mündliche Nebenabrede getroffen worden sei. Es müsse eine echte Aufhebung des Formzwangs von den Fällen unterschieden werden, in denen von einer Partei lediglich ein Entgegenkommen gezeigt worden sei, ohne daß damit der Wille zur vertraglichen Bindung bekundet worden wäre.

Der Kläger habe die von der Beklagten behauptete Einigung über die Verlängerung der Probezeit bestritten und zusätzlich noch ausgeführt, Herr K habe sich bei ihm dafür entschuldigt, daß das Schreiben überhaupt noch in der Welt sei. In der mündlichen Verhandlung vom 14. Mai 1979 habe Herr K erklärt, er könne dazu nichts sagen und müßte erst in seinem Kalender nachsehen, weil er jetzt plötzlich mit diesem Vortrag des Klägers konfrontiert worden sei. Im Zusammenhang mit der Tatsache, daß die Beklagte immerhin eine Bestellung des Klägers zum Mitgeschäftsführer der EKK erwogen habe, stelle diese Äußerung ein Indiz dafür dar, daß die Parteien eine Verlängerung der Probezeit nicht einvernehmlich beschlossen hätten. Denn es sei unwahrscheinlich, einen noch in der Probezeit befindlichen Arbeitnehmer in solche Überlegungen einzubeziehen. Deshalb erscheine der Vortrag der Beklagten, der Kläger habe die Verlängerung der Probezeit zustimmend zur Kenntnis genommen, nicht ausreichend für die Annahme, die Parteien hätten sich eindeutig auf die Verlängerung geeinigt. Der Vortrag lasse ebenso den Schluß zu, daß der Kläger allenfalls ein Entgegenkommen ohne rechtsgeschäftlichen Bindungswillen gezeigt habe.

b) Diese Ausführungen sind in wesentlichen Punkten rechtsfehlerhaft.

aa) Die Revision beanstandet zu Recht, das Berufungsgericht habe den Vortrag der Beklagten, der Kläger sei mit der Verlängerung der Probezeit einverstanden gewesen, für unschlüssig gehalten und den hierzu angetretenen Beweis auf Vernehmung des Geschäftsführers der K GmbH, Dr. Ko, nicht erhoben.

Die Beklagte hat in ihrer Berufungsbegründung vorgetragen und durch Vernehmung dieses Zeugen unter Beweis gestellt, daß der Kläger dem Inhalt des Schreibens vom 31. Mai 1978 zugestimmt habe und Dr. Ko zur Entgegennahme dieser Erklärung bevoll-



mächtigt gewesen sei. Darin liegt die eindeutige Behauptung, daß der Kläger mit der in diesem Schreiben angebotenen Verlängerung der Probezeit einverstanden war. Alle weiteren vom Berufungsgericht gewürdigten Umstände mögen gegen die Richtigkeit dieser Behauptung sprechen. Ihre Schlüssigkeit kann aber damit nicht in Frage gestellt werden.

Hat der Kläger dem Inhalt des Schreibens zugestimmt, so ist es auch nicht möglich, darin nur ein unverbindliches Entgegenkommen des Klägers etwa im Sinne einer positiven Duldung eines vertragswidrigen Zustandes zu sehen. Das Berufungsgericht mißversteht hier die von ihm in Bezug genommenen Ausführungen von Erman (Anm. zu AP Nr. 1 zu § 127 BGB [S. 3]) zur Unterscheidung zwischen "echter" Aufhebung des Formzwangs und bloßem Entgegenkommen ohne vertraglichen Bindungswillen. In der in DR 1943, 487 abgedruckten Entscheidung, auf die sich auch Erman (aaO) u.a. bezieht, hat das Reichsgericht Bedenken gegen die Möglichkeit einer Aufhebung des vertraglich vereinbarten Formzwangs durch schlüssige Handlung geäußert, jedoch hauptsächlich für den Fall, daß bei Bestehen einer Schriftformklausel eine Partei der anderen durch mündlich gemachte vorübergehende Zugeständnisse ohne Bindung für die Zukunft entgegenkomme. In einem solchen Fall liegt in der Tat keine auf Änderung des Vertrages gerichtete rechtsverbindliche Abmachung vor, worauf auch der Bundesgerichtshof (AP Nr. 2 zu § 127 BGB) zutreffend hingewiesen hat. Derartige Überlegungen könnten nur Platz greifen, wenn es um eine Aufhebung der Schriftform durch schlüssiges Verhalten, nicht aber, wie hier, um eine ausdrückliche Vereinbarung dieses Inhalts geht.

Für sie ist aber, worauf die Revision weiter zutreffend hinweist, im Streitfall auch deshalb kein Raum, weil sich nicht eine von einer Partei gewollte Vertragsänderung in ständig wiederkehrenden Erfüllungshandlungen aktualisiert, wie z.B. in der Weiterzahlung der bisherigen Bezüge trotz einer ab einem bestimmten Zeitpunkt vereinbarten Lohnerhöhung, sondern die Verlängerung der Probezeit lediglich die Weitergeltung einer erleichterten Kündigungsmöglichkeit zur Folge hat.

bb) Die Ausführungen des Berufungsgerichts, mit denen es die Schlüssigkeit des Vortrags der Beklagten in Zweifel zieht, stellen in Wahrheit eine vorweggenommene Beweiswürdigung dar, die unzulässig



ist. Erst nach Vernehmung des von der Beklagten angebotenen Zeugen hätte das Berufungsgericht die von ihm in Betracht gezogenen Umstände und auch das Prozeßverhalten der Beklagten und ihres Mitgeschäftsführers im Rahmen des ihm nach § 286 ZPO eingeräumten tatrichterlichen Ermessens berücksichtigen dürfen. Dies gilt auch für die Erklärungen des Mitgeschäftsführers im Termin vom 14. Mai 1979. Das Berufungsgericht hat diese lediglich als ein Indiz für das Fehlen einer rechtsverbindlich vereinbarten Probezeitverlängerung angesehen und sie damit als Element für seine unzulässige vorweggenommene Würdigung des Prozeßstoffs verwertet.

c) Hat der Kläger dem schriftlichen Verlängerungsantrag der Beklagten zugestimmt, so ist eine ausdrückliche mündliche Verlängerungsvereinbarung zustandegekommen. Darin liegt aber gleichzeitig ein ebenfalls formlos gültiges Abgehen von dem vertraglich vereinbarten Formerfordernis, jedenfalls für diese Abrede (vgl. BAG vom 4. Juni 1963 - 5 AZR 16/63 - AP Nr. 1 zu § 127 BGB m.w.N.; BGH AP Nr. 2 zu § 127 BGB). Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts wäre diese Vereinbarung auch dann wirksam, wenn die vertragliche Schriftformklausel, wofür ihr Wortlaut spricht, konstitutiven Charakter hat. Nur dann bedarf es überhaupt zur Wirksamkeit einer mündlichen Abrede einer vertraglichen Aufhebung des Formzwangs. Soll die vertragliche Schriftformklausel nur deklaratorische Bedeutung haben, d.h. lediglich der Beweissicherung dienen, ist eine mündliche Abrede ohnehin gültig; die Parteien können dann gegenseitig lediglich die Beurkundung verlangen (vgl. BAG vom 4. Juni 1963 und die Anm. von Erman hierzu, aaO).

d) Ist der Zeuge Dr. Ko , wie der Kläger in der Revisionsverhandlung vorgetragen hat, zwischenzeitlich verstorben, so muß die Beklagte für die Zustimmung des Klägers zu der Probezeitverlängerung allerdings andere geeignete Beweise antreten; die bloße Entgegennahme des Schreibens der Beklagten vom 31. Mai 1978 durch den Kläger reicht zum Nachweis hierfür nicht aus.

Dr. Röhsler

Triebfürst

Weller

Walter Sickert

Dr. Peppler

