

Aktenzeichen: 7 AZR 752/77

LAG Baden-Württemberg
(Freiburg)

Urteil des BAG vom 26. Oktober 1979

Für das Nachschlagewerk: Ja

Für die Fachpresse: Ja

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Gesetz: BetrVG §§ 1, 4, 5, 19, 102, 105; KSchG §§ 1, 9, 13;
BGB §§ 140, 626; ZPO §§ 263, 264 Nr. 2, 269, 306;
ArbGG §§ 61 a, 64 Abs. 8

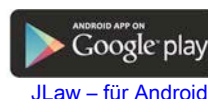
Leitsätze:

1. Im Falle einer unwirksamen außerordentlichen Kündigung kann nur der Arbeitnehmer, nicht dagegen der Arbeitgeber einen Antrag auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung stellen. Hat der Arbeitgeber vorsorglich ordentlich gekündigt oder sich auf die Umdeutung einer außerordentlichen Kündigung in eine ordentliche Kündigung berufen (§ 140 BGB), so kann er für den Fall einer sich ergebenden Sozialwidrigkeit der (vorsorglich erklärten oder mittels Umdeutung anzunehmenden) ordentlichen Kündigung die Auflösung des Arbeitsverhältnisses zum Ablauf der Kündigungsfrist begehren.
2. Zur Nichtweiterverfolgung eines zunächst gestellten Auflösungsantrages im Sinne des § 9 KSchG bedarf es keiner Einwilligung des Prozeßgegners (in Fortführung von BAG AP Nr. 8 zu § 7 KSchG).

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

7 AZR 752/77

8 Sa 3/76 Baden-Württemberg (Freiburg)

Verkündet am
26. Oktober 1979

gez. Zeuner,
Regierungshauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 26. Oktober 1979 durch den Vorsitzenden Richter Bichler, die Richter Dr. Jobs und Dr. Becker sowie die ehrenamtlichen Richter Kerrmann und Dr. Kammann für Recht erkannt:

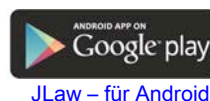
1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 25. Mai 1977 - 8 Sa 3/76 - insoweit aufgehoben, als das Arbeitsverhältnis zum 22. Mai 1974 gegen Zahlung einer Abfindung von 20.100,-- DM aufgelöst und über die Kosten entschieden worden ist.
2. Die Revision der Beklagten wird zurückgewiesen.
3. Die Beklagte trägt die Kosten der Berufung und der Revision.

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
[\(mobile App\)](#)



Tatbestand:

Der Kläger war seit dem 20. Juni 1955 bei der Beklagten beschäftigt, und zwar seit dem 1. Oktober 1971 als Geschäftsstellenleiter der Organisationsbezirksdirektion in F mit einem Monatsgehalt von zuletzt 3.350,-- DM brutto.

Am 1. Mai 1974 verursachte der Kläger auf der Fahrt vom Büro zu seiner Wohnung unter Alkoholeinfluß einen Autounfall. Dem Kläger wurde wegen dieses Vorfalls die Fahrerlaubnis bis zum 4. März 1975 entzogen; außerdem wurde er zu einer Freiheitsstrafe von 2 Monaten mit Bewährung verurteilt.

Mit einem dem Kläger am gleichen Tage ausgehändigten Schreiben vom 22. Mai 1974 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis fristlos, hilfsweise fristgerecht. Eine Anhörung des Betriebsrates erfolgte nicht.

Der Kläger hält sowohl die fristlose als auch die vorsorglich erklärte fristgerechte Kündigung gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG für unwirksam. Er sei nicht als leitender Angestellter i. S. des § 5 Abs. 3 BetrVG anzusehen. Die Beklagte habe ihm keinerlei unternehmerische Entscheidungsbefugnisse eingeräumt; zur selbständigen Einstellung und Entlassung sei er ebenfalls nicht berechtigt gewesen. Im übrigen sei die fristlose Kündigung auch mangels Vorliegens eines wichtigen Grundes i. S. des § 626 Abs. 1 BGB unwirksam. Da die Beklagte ihn zu keiner Zeit wegen angeblichen Alkoholmißbrauchs abgemahnt habe, sei das Arbeitsverhältnis auch nicht durch die vorsorglich erklärte fristgerechte Kündigung aufgelöst worden.

Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien weder durch die fristlose Kündigung noch durch die vorsorglich erklärte fristgerechte Kündigung vom 22. Mai 1974 aufgelöst worden ist;
2. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger ab 1. Juni 1974 das monatliche Gehalt in Höhe von 3.350,-- DM brutto abzüglich der von der Barmer Ersatzkasse erbrachten Leistungen zu zahlen;
3. das Arbeitsverhältnis der Parteien gegen Zahlung einer angemessenen Abfindung zum 31. Dezember 1974 aufzulösen.

- 3 -

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat vorgetragen, aufgrund des Entzuges der Fahrerlaubnis sei der Kläger außerstande gewesen, seine arbeitsvertraglichen Pflichten zu erfüllen. Der von ihm verursachte Verkehrsunfall sei kein einmaliges Ereignis, sondern das Endergebnis einer langen Entwicklung. Der Kläger habe in den vergangenen Jahren trotz mehrfacher Abmahnungen seine Pflichten infolge überhöhten Alkoholgenusses wiederholt grob verletzt. Einer Anhörung des Betriebsrates vor Ausspruch der Kündigung habe es nicht bedurft, da der Kläger sowohl nach dem Anstellungsvertrag als auch aufgrund der tatsächlichen Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses leitender Angestellter i. S. des § 5 Abs. 3 BetrVG gewesen sei.

Das Arbeitsgericht hat nach durchgeführter Beweisaufnahme durch Teil-Urteil der Feststellungsklage stattgegeben und das Arbeitsverhältnis des Klägers zum 31. Dezember 1974 gegen Zahlung einer Abfindung von 20.100,- DM aufgelöst. Es hat ausgeführt, sowohl die außerordentliche als auch die vorsorglich erklärte ordentliche Kündigung seien wegen fehlender Anhörung des Betriebsrats gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG unwirksam, da der Kläger nicht als leitender Angestellter i. S. des § 5 Abs. 3 BetrVG anzusehen sei.

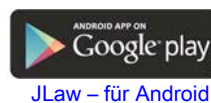
Gegen dieses Urteil hat die Beklagte Berufung eingelegt. Sie hat die Ansicht vertreten, das Arbeitsgericht habe verkannt, daß der Kläger sowohl aufgrund des Anstellungsvertrages als auch aufgrund des ihm übertragenen Aufgabenbereiches leitender Angestellter i. S. des § 5 Abs. 3 BetrVG gewesen sei. Abgesehen davon, daß der Arbeitsvertrag vom 1. Oktober 1971 den Hinweis auf die leitende Angestellteneigenschaft enthalte, habe sich der Kläger auch als solcher gefühlt und sich an den Wahlen für die Sprecherausschüsse beteiligt. Der Kläger habe nicht nur unternehmerische Aufgaben wahrgenommen, sondern auch eine typische Vorgesetztenstellung gehabt, denn er habe zu den übrigen Angestellten in einem sog. Gegnerbezug gestanden. Aufgrund seiner Dienststellung sowie seines Arbeitsvertrages vom 1. Oktober 1971 in Verbindung mit der Stellenbeschreibung vom 18. August 1972 habe dem Kläger auch das Recht zur Einstellung und Entlassung von Mitarbeitern zugestanden. Daß der Kläger nur in zwei Fällen von dieser Befug-

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

- 4 -



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



- 4 -

nis Gebrauch gemacht habe, ändere nichts an der rechtlichen Beurteilung. Die Vorgesetzteneigenschaft sei dem Kläger auch nicht durch das Schreiben vom 10. Dezember 1973, wonach er alle finanziellen Aufwendungen vorher rechtzeitig mit dem Leiter der Filialdirektion habe abstimmen müssen, beschnitten worden, da "Abstimmen" nicht mit "Weisungsgebundenheit" gleichgesetzt werden könne. Als Organisationsbezirksleiter sei es seine Aufgabe gewesen, die Organisation auf- und auszubauen, die Geschäftsvorgänge kundennah abzuwickeln, die Akquisition des Neugeschäfts zu verstärken, vorhandene Versicherungsbestände abzusichern und weniger ergiebige Agenturen zu kündigen. Alle ihm zufallenden Aufgaben habe der Kläger im Rahmen der Richtlinien in eigener Zuständigkeit und Verantwortung zu erledigen gehabt. Insoweit habe er einen beachtlichen Entscheidungsspielraum gehabt. Zwar habe der Kläger nicht der Unternehmensleitung angehört; als Leiter der Organisations-Bezirksdirektion habe er jedoch Entscheidungen gefällt, die das Unternehmen betroffen hätten. Selbst für den Fall, daß der Kläger nicht als leitender Angestellter i. S. des § 5 Abs. 3 BetrVG zu betrachten sei, begründe dies nicht die Unwirksamkeit der Kündigung gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG. Die mit weniger als fünf wahlberechtigten Arbeitnehmern ausgestattete Organisations-Bezirksdirektion in F sei als selbständiger Betrieb anzusehen. Sie könne weder als Betriebsteil der Zentrale in H noch der Filialdirektion M betrachtet werden. Hieran ändere auch nichts der Umstand, daß sich die wahlberechtigten Arbeitnehmer in F an der M Betriebsratswahl beteiligt hätten. Es könne allenfalls angenommen werden, daß die Arbeitnehmer der Organisations-Bezirksdirektion F und die in F beschäftigten Arbeitnehmer der Filialdirektion M zum Zwecke der Betriebsratswahl eine betriebliche Einheit bilden. Ein solcher Betriebsrat sei jedoch nicht gewählt worden.

Die Beklagte hat weiterhin die Ansicht vertreten, daß das Verhalten des Klägers einen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung darstelle. Da der Kläger in einem Kleinbetrieb i. S. des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG beschäftigt gewesen sei, gelange das Kündigungsschutzgesetz im Streitfall nicht zur Anwendung.

- 5 -



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



- 5 -

Die Beklagte hat in der Berufungsinstanz hilfsweise beantragt, das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung aufzulösen.

Der Kläger hat seinen Auflösungsantrag in der Berufungsinstanz nicht mehr gestellt. Auf das Vorbringen der Beklagten hat er im wesentlichen folgendes erwidert: Die Organisations-Bezirksdirektion F sei kein selbständiger Betrieb, sondern lediglich ein Betriebsteil der Filialdirektion M. Die Angestellten der Organisationsgeschäftsstellen in F, K und S hätten deshalb auch an den Betriebsratswahlen der Filialdirektion M teilgenommen. Die Mitarbeiter der Organisations-Bezirksdirektion F und die in F beschäftigten Angestellten der Filialdirektion M seien in gemeinsamen Büroräumen untergebracht. Das Bestehen einer Betriebsgemeinschaft äußere sich in der gegenseitigen Urlaubsvertretung, im gemeinsamen Mittagstisch sowie in gemeinsamen Betriebsausflügen. Entgegen der Ansicht der Beklagten könne er auch nicht als leitender Angestellter i. S. des § 5 Abs. 3 BetrVG angesehen werden. Als Leiter der Organisationsgeschäftsstelle habe er zuvor eine gewisse Selbständigkeit gehabt, indem er im betriebsorganisatorischen Bereich bestimmte Fragen, wie etwa die Gewährung von Provisionsgarantien an Agenten sowie die Einstellung von Außendienstangestellten mit der Hauptverwaltung in H direkt aushandeln durfte. Eine völlige Entscheidungsfreiheit habe er auch schon vor der Vorstandsanweisung vom 10. Dezember 1973 nie gehabt. Bei wichtigen Entscheidungen sei er stets auf die Zustimmung der Filialdirektion oder der Zentrale angewiesen gewesen. Er habe weder Generalvollmacht noch Prokura gehabt; er habe auch keine unternehmerischen Teilaufgaben wahrgenommen. Spätestens mit dem Schreiben vom 10. Dezember 1973 seien seine Befugnisse dahin eingeschränkt worden, daß er lediglich Vorschläge unterbreiten konnte. Zum Zeitpunkt der Kündigung habe er auch keine Einstellungs- und Entlassungsbefugnis mehr besessen. Vor dem Schreiben vom 10. Dezember 1973 habe er jeweils vor Einstellungen die Zustimmung der Direktion in H eingeholt und nach diesem Zeitpunkt, und zwar bei der einzigen Einstellung - der des Herrn R - auch die des Leiters der Filialdirektion M.

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

- 6 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung der Beklagten das Teil-Urteil des Arbeitsgerichts abgeändert und das Arbeitsverhältnis der Parteien gegen Zahlung einer Abfindung von 20.100,-- DM netto zum 22. Mai 1974 aufgelöst. Im übrigen hat es die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Diese Entscheidung hat es u.a. wie folgt begründet: Die Kündigung vom 22. Mai 1974 sei bereits wegen Verletzung des § 102 BetrVG unwirksam. Der Betriebsrat hätte zu der beabsichtigten Kündigung gehört werden müssen, weil der Kläger kein leitender Angestellter gewesen sei. Als zuständiger Betriebsrat für die nach § 102 BetrVG durchzuführende Anhörung sei der von den Organisationsgeschäftsstellen F, K und S sowie der Filialdirektion M gewählte Betriebsrat in Betracht gekommen. Es könne dahingestellt bleiben, ob die Kündigung auch aus anderen Gründen (§ 13 Abs. 1 und § 1 Abs. 2 KSchG) unwirksam sei. Das Arbeitsverhältnis der Parteien könne gleichwohl aufgrund des von dem Kläger im ersten Rechtszug gestellten Auflösungsantrages, den dieser mangels Einwilligung der Beklagten nicht wirksam zurückgenommen habe, zum Zeitpunkt der fristlosen Kündigung (22. Mai 1974) gegen Zahlung einer Abfindung von 20.100,-- DM netto aufgelöst werden.

Gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts haben beide Parteien Revision eingelegt. Während der Kläger sich mit der Revision gegen die Auflösung des Arbeitsverhältnisses zum 22. Mai 1974 gegen Zahlung der vom Landesarbeitsgericht auf 20.100,-- DM netto festgesetzten Abfindung wendet, verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren sowie ihren hilfsweise in der Berufungsinstanz gestellten Auflösungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten ist unbegründet; die Revision des Klägers ist begründet.

A) Revision der Beklagten

I. Das Landesarbeitsgericht ist ohne Rechtsfehler davon ausgegangen, daß die Beklagte den für die Organisations-Bezirksdirektion F zuständigen Betriebsrat nach § 102 Abs. 1 BetrVG sowohl vor Ausspruch der fristlosen als auch der vorsorglich er-



- 7 -

klärten fristgerechten Kündigung des Klägers anhören mußte, weil der Kläger kein leitender Angestellter im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG ist.

1. Entgegen der Ansicht der Beklagten war der von den wahlberechtigten Arbeitnehmern der Organisations-Bezirksdirektionen F, K und S sowie der Filialdirektion M gemeinsam gewählte Betriebsrat für die Dauer seiner Amtszeit das für die Arbeitnehmer der Organisations-Bezirksdirektion F zuständige betriebsverfassungsrechtliche Vertretungsorgan.

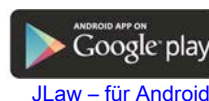
a) Es kann offenbleiben, ob die gemeinsame Betriebsratswahl in Verkennung des betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriffs erfolgt ist. Dies gilt insbesondere für die Frage, ob bei dieser Wahl die Organisations-Bezirksdirektion in F zu Unrecht als unselbständiger Betriebsteil (vgl. § 4 BetrVG 1972) angesehen worden ist. Die Verkennung des Betriebsbegriffes führt regelmäßig nicht zur Nichtigkeit, sondern nur zur Anfechtbarkeit einer darauf beruhenden Betriebsratswahl (ständige Rechtsprechung: zuletzt BAG, 17. Januar 1978 - 1 ABR 71/76 - [demnächst] AP Nr. 1 zu § 1 BetrVG 1972 [auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung bestimmt]; BAG, 11. April 1978 - 6 ABR 22/77 - = AP Nr. 8 zu § 19 BetrVG 1972; BAG 15, 235 = AP Nr. 6 zu § 3 BetrVG). Eine solche Anfechtung hat innerhalb der hierfür vorgesehenen Frist von zwei Wochen (§ 19 Abs. 2 BetrVG) zu erfolgen. Fehlt es - wie hier - an einer Anfechtung oder ist diese nicht fristgerecht erfolgt, so ist der in Verkennung des Betriebsbegriffes gewählte Betriebsrat für die Dauer seiner Amtszeit das rechtmäßig fungierende betriebsverfassungsrechtliche Vertretungsorgan. Eine entsprechende kollektivrechtliche Bindungswirkung besteht sowohl für die Belegschaft als auch für den Arbeitgeber. Es ist deshalb beispielsweise unzulässig, während der Amtszeit eines für mehrere Betriebsteile gebildeten Betriebsrates einen eigenen Betriebsrat für einen Betriebsteil mit der Begründung zu wählen, dieser Betriebsteil sei selbständig i. S. des § 4 BetrVG (vgl. BAG, 11. April 1978, aaO). Auf seiten des Arbeitgebers äußert sich die im Falle einer fehlenden oder nicht rechtzeitigen Wahlanfechtung eintretende kollektivrechtliche Bindungswirkung darin, daß der möglicherweise in Verkennung des Betriebsbegriffes gewählte Betriebsrat gleich-

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

- 8 -



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

wohl als gesetzlich zuständiges Vertretungsorgan in Betracht kommt.

b) Eine Anwendung dieser Grundsätze führt im Streitfall zu dem Ergebnis, daß der - möglicherweise unter Verkennung des betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriffes gebildete - einheitliche Betriebsrat als das gesetzlich zuständige betriebsverfassungsrechtliche Vertretungsorgan für die in diesen Betriebs- teilen beschäftigten Arbeitnehmer anzusehen ist. Diese Zuständigkeit hatte die Beklagte auch im Rahmen von Anhörungsverfahren im Sinne des § 102 BetrVG oder bei Unterrichtungen gemäß § 105 BetrVG zu beachten.

2. Eine Anhörung des für die Organisations-Bezirksdirektion zuständigen Betriebsrates gemäß § 102 BetrVG war auch im vorliegenden Fall erforderlich, weil der Kläger kein leitender Angestellter im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG ist.

a) Im Rahmen eines Kündigungsprozesses ist bei Streit über die Rechtsstellung des Arbeitnehmers als Vorfrage zu klären, ob ein Arbeitnehmer leitender Angestellter gewesen ist und der Arbeitgeber deshalb den Betriebsrat nicht nach § 102 Abs. 1 BetrVG anzuhören brauchte (vgl. BAG AP Nr. 5 zu § 102 BetrVG 1972 /auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung bestimmt7 und BAG AP Nr. 13 zu § 102 BetrVG 1972). Dabei trägt der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast dafür, daß die von ihm einzuleitende Anhörung des Betriebsrates nach § 102 Abs. 1 BetrVG deswegen unterbleiben durfte, weil es um die Kündigung eines leitenden Angestellten im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG geht, bei dem eine Verletzung der Mitteilungspflicht nach § 105 BetrVG nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung führt.

b) Wie selbst die Beklagte einräumt, hat das Landesarbeitsgericht im Ausgangspunkt den Begriff des leitenden Angestellten im Sinne des § 5 Abs. 3 BetrVG nicht verkannt. Es hat seiner Würdigung die Grundsätze zugrunde gelegt, die der Erste Senat für die Bestimmung des Begriffes des leitenden Angestellten entwickelt hat (vgl. die zusammenfassenden Darstellungen in BAG AP Nr. 12, 15 und 16 zu § 5 BetrVG 1972). Danach gilt für die Auslegung des § 5 Abs. 3 BetrVG folgendes:



Die Tätigkeit des Angestellten muß auf die Leitung des Unternehmens gerichtet sein, also vornehmlich eine unternehmerische Tätigkeit anstelle des Unternehmers darstellen. Es ist nicht erforderlich, daß sich die unternehmerische Tätigkeit in räumlicher und fachlicher Hinsicht auf das gesamte Unternehmen erstreckt. Es genügt auch die Wahrnehmung unternehmerischer Teilaufgaben, wenn sie nicht nur auf einen schmalen Bereich erbracht werden und der Angestellte dabei maßgeblichen Einfluß auf die Führung des Betriebes ausübt, indem er selbst die Entscheidungen trifft oder aufgrund einer Schlüsselposition Vorschläge macht, die die Unternehmensleitung nur insgesamt annehmen oder verwerfen kann. Wenn er auf eine Zusammenarbeit in einem Team gleichberechtigter Mitarbeiter angewiesen ist, muß ihm ein eigener erheblicher Entscheidungsspielraum verbleiben, d. h. er muß die Möglichkeit haben, entweder Vorschläge durchsetzen oder ihnen wirksam widersprechen zu können. Erforderlich ist weiter eine sogenannte "Interessenpolarität" zwischen den unter § 5 Abs. 3 BetrVG fallenden Angestellten und den übrigen Arbeitnehmern. Neben diesen allgemeinen Erfordernissen für die Erfüllung des Oberbegriffes des leitenden Angestellten müssen zugleich auch die Voraussetzungen einer der Tatbestandsgruppen des § 5 Abs. 3 Nr. 1 - 3 BetrVG gegeben sein.

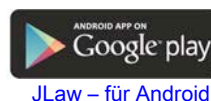
c) Von diesen Grundsätzen ist das Landesarbeitsgericht bei der Prüfung, ob der Kläger als leitender Angestellter anzusehen ist, ausgegangen. Auch die Anwendung dieser Grundsätze auf den vom Landesarbeitsgericht festgestellten Sachverhalt ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

Da es sich bei den Abgrenzungsmerkmalen um unbestimmte allgemeine Rechtsbegriffe handelt, hat das Tatsachengericht einen nicht unwesentlichen Beurteilungsspielraum. Das Revisionsgericht kann nur nachprüfen, ob die Bewertungsmaßstäbe im Rahmen einer Gesamtwürdigung vertretbar angewandt und alle wesentlichen Tatsachen ohne Verstoß gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze berücksichtigt worden sind (vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 5 BetrVG 1972 /zu IV 2 der Gründe/ - auch zum Abdruck in der Amtlichen Sammlung bestimmt).

Bei dieser eingeschränkten Überprüfung sind die von der Beklagten ausschließlich in materiell-rechtlicher Hinsicht erhobenen Rügen unbegründet. Im einzelnen gilt folgendes:



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



- 10 -

d) Da der Kläger weder Generallvollmacht noch Prokura hatte, könnten im Streitfall allenfalls die Tatbestandsgruppen der Nrn. 1 und 3 des § 5 Abs. 3 BetrVG in Betracht kommen, wenn er die allgemeinen Voraussetzungen des Oberbegriffes des leitenden Angestellten erfüllt haben würde und darüber hinaus im wesentlichen eigenverantwortlich Aufgaben wahrzunehmen hatte.

Das Landesarbeitsgericht hat im Rahmen des ihm zustehenden Beurteilungsspielraumes mit vertretbaren Erwägungen begründet, daß es im Streitfall bereits an den allgemeinen Erfordernissen für die Erfüllung des Oberbegriffs des leitenden Angestellten fehlt. Dabei hat es ohne Rechtsfehler angenommen, daß die von dem Kläger als Leiter der Organisations-Bezirksdirektion wahrzunehmenden Aufgaben keineswegs schon als unternehmenbezogene Leitungsaufgaben angesehen werden können, mit Hilfe derer der Kläger maßgeblichen Einfluß auf die wirtschaftliche, kaufmännische, organisatorische und sonstige Führung des Unternehmens ausübt. Daß die Tätigkeit des Klägers für die gesamte Unternehmensleitung nur von geringer Bedeutung gewesen ist, zeigt sich darin, daß nach dem unbestrittenen Vortrag des Klägers in der Organisations-Bezirksdirektion F nur 1 v.H. des gesamten Kundenstammes betreut wird. Angesichts dieses geringfügigen Geschäftsvolumens ist die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, wonach es an einer maßgeblichen Einflußnahme auf die unternehmerische Gesamtleitung fehlt, rechtlich nicht zu beanstanden.

Das Landesarbeitsgericht ist weiterhin mit vertretbaren Erwägungen davon ausgegangen, daß dem Kläger bei der Ausübung seiner Aufgaben kein eigener erheblicher Entscheidungsspielraum verblieben ist. Für eine derartige Beurteilung spricht insbesondere der Inhalt des Schreibens vom 10. Dezember 1973, wonach der Kläger "alle Geschäftsvorgänge, die finanzielle Aufwendungen zur Folge haben, in jedem Fall vorher rechtzeitig mit dem Leiter der Filialdirektion abzustimmen hat." Selbst wenn man zugunsten der Beklagten davon ausgeht, daß damit kein generelles Zustimmungserfordernis des Leiters der Filialdirektion M festgelegt werden sollte, fehlt es wegen des ausnahmslos geltenden vorherigen Abstimmungserfordernisses des Klägers an der Einräumung eines eigenen erheblichen Entscheidungsspielraums.

- 11 -



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



Da es bereits an zwei wesentlichen Merkmalen für die Erfüllung des Oberbegriffes des leitenden Angestellten fehlt, kann es dahingestellt bleiben, ob sich der Kläger gegenüber den in der Organisations-Bezirksdirektion F beschäftigten drei Arbeitnehmern in einer sogenannten "Interessenpolarität" befunden hat. Auf die hilfsweise angestellten Erwägungen des Landesarbeitsgerichts, wonach der Kläger keiner der Tatbestandsgruppen des § 5 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 3 BetrVG unterfällt, kommt es daher nicht entscheidend an, so daß diese Frage hier ebenfalls offenbleiben kann.

II. Die Revision der Beklagten ist auch insoweit unbegründet, als sie sich auf den von ihr erstmals in der Berufungsinstanz hilfsweise gestellten Auflösungsantrag bezieht.

1. Der von der Beklagten in der Berufungsinstanz gestellte Auflösungsantrag ist insoweit unzulässig, als hiermit die Auflösung für den Fall der Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung begehrt wird. Nach § 13 Abs. 1 Satz 3 1. Halbs. KSchG hat das Gericht auf Antrag des Arbeitnehmers im Falle der Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung das Arbeitsverhältnis aufzulösen und den Arbeitgeber zur Zahlung einer angemessenen Abfindung zu verurteilen, wenn dem Arbeitnehmer die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zuzumuten ist. Damit hat der Gesetzgeber § 9 Abs. 1 KSchG mit der Maßgabe für anwendbar erklärt, daß nur der Arbeitnehmer, nicht dagegen der Arbeitgeber den Antrag auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung stellen kann (vgl. BAG, 15. März 1978 - 5 AZR 831/76 - = AP Nr. 45 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag /Zu III der Gründe7). Eine unwirksame außerordentliche Kündigung sieht der Gesetzgeber als eine besonders schwerwiegende Pflichtverletzung des Arbeitgebers an mit der Folge, daß er ihm die Möglichkeit verwehrt, seinerseits einen Auflösungsantrag zu stellen (vgl. die Begründung zum Entwurf eines KSchG, BT-Drucks. Nr. I/2090 S. 15).

Hat dagegen der Arbeitgeber - wie hier - vorsorglich zugleich eine ordentliche Kündigung erklärt, so ist er dazu berechtigt, für den Fall der Sozialwidrigkeit dieser Kündigung nach Maßgabe des § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG die Auflösung zum Ab-



lauf der Kündigungsfrist zu begehren. Der Anwendungsbereich der zuletzt genannten Bestimmung erstreckt sich nämlich auch auf solche Fälle, bei denen das Gericht eine vorsorglich erklärte ordentliche Kündigung oder eine im Wege der Umdeutung (§ 140 BGB) anzunehmende ordentliche Kündigung für sozialwidrig hält.

2. Selbst wenn man zugunsten der Beklagten davon ausgeht, daß diese eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses lediglich für den Fall der Sozialwidrigkeit der vorsorglich erklärten ordentlichen Kündigung begehrt, ist ein derartiger Auflösungsantrag mangels schlüssiger Darlegung von Auflösungstatsachen unbegründet.

a) Der vorliegende Fall erfordert keine Stellungnahme zu der im Schrifttum (vgl. Hueck, KSchG, 9. Aufl., § 9 Anm. 13, 14; Herschel/Steinmann, KSchG, 5. Aufl., § 7 Anm. 5 b; Auffarth/Müller, KSchG, § 11 Anm. 26; Auffarth, DB 1969, 528 Fußn. 5; Neumann, AR-Blattei, Kündigungsschutz VI E I 2) streitigen Frage, ob der Arbeitgeber auch dann die Auflösung des Arbeitsverhältnisses begehren kann, wenn eine ordentliche Kündigung aus anderen Rechtsgründen (etwa wie hier gemäß § 102 BetrVG) unwirksam ist. Auf diese Frage käme es im Streitfall nur dann an, wenn die Beklagte insoweit der ihr obliegenden Darlegungslast genügt hätte.

Nach der Entscheidung des Zweiten Senats vom 30. September 1976 (AP Nr. 3 zu § 9 KSchG 1969 /auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung bestimmt) gehört zur Schlüssigkeit des Auflösungsantrages des Arbeitgebers der Vortrag von greifbaren Tatsachen, die so beschaffen sein müssen, daß sie eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit nicht erwarten lassen. Dabei dürfen nur solche Tatsachen berücksichtigt werden, die der darlegungspflichtige Arbeitgeber vorgebracht hat; selbst offenkundige Tatsachen müssen außer Betracht bleiben, wenn sie von der darlegungspflichtigen Partei nicht aufgegriffen worden sind.

b) Diesen Voraussetzungen, die an die Begründung eines Auflösungsantrages zu stellen sind, entspricht das Vorbringen der Beklagten nicht.

Die Beklagte hat zur Begründung ihres hilfsweise gestellten Auflösungsantrages lediglich auf die Kündigungsgründe sowie auf die vom Kläger im vorliegenden Rechtsstreit erhobenen "Anschuld-

gungen" hingewiesen. Als Auflösungsstatsachen können zwar auch Gründe geeignet sein, die die Kündigung selbst nicht rechtfertigen (vgl. BAG 9, 131 /I33 f.7 = AP Nr. 7 zu § 7 KSchG sowie BAG, 30. September 1976, aa0). Dann müssen jedoch vom Arbeitgeber noch zusätzliche Tatsachen vorgetragen werden, die so beschaffen sein müssen, daß sie eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit nicht erwarten lassen. Der pauschale Hinweis der Beklagten auf angebliche "Anschuldigungen" des Klägers im Verlauf des vorliegenden Rechtsstreits reicht für eine schlüssige Darlegung von Auflösungsstatsachen nicht aus.

B) Revision des Klägers

Die Revision des Klägers ist begründet.

Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht das Arbeitsverhältnis der Parteien aufgrund des von dem Kläger im ersten Rechtszug gestellten, in der Berufungsinstanz nicht mehr aufrechterhaltenen Auflösungsantrages zum 22. Mai 1974 gegen Zahlung einer Abfindung von 20.100,-- DM netto aufgelöst. Entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts ist die Nichtweiterverfolgung eines Auflösungsantrages nicht als teilweise Klagerücknahme im Sinne des § 269 ZPO, sondern als eine ohne Einwilligung des Prozeßgegners zulässige Beschränkung des Klageantrages im Sinne des § 264 Nr. 2 ZPO anzusehen.

I. Zur Begründung seines Rechtsstandpunktes hat das Landesarbeitsgericht im wesentlichen folgendes ausgeführt: Obwohl der Auflösungsantrag grundsätzlich bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz zurückgenommen werden könne (Hueck, aa0, § 9 Anm. 15), sei dies dennoch nicht ohne weiteres möglich. Entgegen der vom Bundesarbeitsgericht (BAG AP Nr. 8 zu § 7 KSchG; vgl. auch Auffarth/Müller, aa0, § 7 Anm. 4) vertretenen Auffassung, liege in der Rücknahme des Auflösungsantrages kein teilweiser Klageverzicht (§ 306 ZPO), sondern eine teilweise Klagerücknahme (§ 269 ZPO), die, sofern sie nach Beginn der Verhandlung zur Hauptsache erklärt werde, der Einwilligung des Beklagten bedürfe (Nikisch, Arbeitsrecht, 3. Aufl., 1. Bd., S. 789; Neumann, AR-Blattei "Kündigungsschutz VI" unter D II; Hueck, aa0, § 9 Anm. 15). Da die Beklagte die Einwilligung zu



der vom Kläger erklärten Rücknahme des Auflösungsantrages ausdrücklich verweigert habe, sei diese unwirksam mit der Folge, daß das Arbeitsverhältnis aufgrund des von dem Kläger im ersten Rechtszuge gestellten Auflösungsantrages zum Zeitpunkt der fristlosen Kündigung aufzulösen sei.

II. Abgesehen davon, daß ein fortbestehender Auflösungsantrag des Klägers mangels schlüssiger Darlegung von Auflösungsstatsachen i. S. des § 9 Abs. 1 Satz 1 KSchG unbegründet wäre, ist die Ansicht des Landesarbeitsgerichts insoweit nicht zu billigen, als es in der Nichtweiterverfolgung des Auflösungsantrages eine nach § 269 ZPO zu beurteilende teilweise Klagerücknahme gesehen hat, die zu ihrer Wirksamkeit der Einwilligung der Beklagten bedürfte.

1. In dem Urteil vom 28. Januar 1961 (AP Nr. 8 zu § 7 KSchG) hat der Zweite Senat entschieden, daß in der Zurücknahme eines Auflösungsantrages durch eine Partei grundsätzlich ein teilweiser Klageverzicht i. S. des § 306 ZPO zu sehen sei, der nicht der Einwilligung des Prozeßgegners bedürfe. Zur Begründung dieses Rechtsstandpunktes hat der Zweite Senat seinerzeit ausgeführt, durch die Rücknahme ihres Auflösungsantrages gebe eine Partei den ganzen Umständen nach jedenfalls regelmäßig zu erkennen, daß sie ihn überhaupt fallen lassen wolle.

Im Schrifttum (vgl. Nikisch, aaO, S. 789; Neumann, aaO, unter D II; Hueck, aaO, § 9 Anm. 15) wird demgegenüber teilweise die Auffassung vertreten, daß im Wege der Auslegung ermittelt werden müsse, ob in der Nichtweiterverfolgung des Auflösungsantrages durch eine Partei eine teilweise Klagerücknahme (§ 269 ZPO) oder ein teilweiser Klageverzicht (§ 306 ZPO) liege.

2. In Fortführung der Entscheidung des Zweiten Senats vom 28. Januar 1961 (aaO), wonach es wegen des in der Nichtweiterverfolgung eines Auflösungsantrages regelmäßig liegenden teilweise Klageverzichtes i. S. des § 306 ZPO keiner Einwilligung des Prozeßgegners bedarf, geht der erkennende Senat von folgenden Grundsätzen aus:

a) Bei einem Auflösungsantrag i. S. des § 9 Abs. 1 KSchG handelt es sich um ein eigenständiges prozessuales Institut des Kündigungsschutzrechts. Dies zeigt sich darin, daß nach § 9 Abs. 1

Satz 3 KSchG (in den Fällen einer sozialwidrigen ordentlichen Kündigung) beide Arbeitsvertragsparteien bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz den Antrag auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses stellen können, ohne daß es dabei einer Einwilligung des Prozeßgegners oder einer Zulassung des Gerichts wegen Sachdienlichkeit (§ 263 ZPO) bedarf. Der spezialgesetzliche Regelungscharakter dieser Bestimmung steht im Einklang mit der besonderen Interessenlage der Parteien im Kündigungsschutzprozeß. Da die Gründe, die für oder gegen eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses sprechen, oft erst im Laufe des Kündigungsrechtsstreits auftreten, soll es jedem Arbeitsvertragspartner freistehen, eigenständig, d.h. ohne das Erfordernis prozessualer Mitwirkungshandlungen seitens des Prozeßgegners oder des Gerichts, darüber zu entscheiden, ob er eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung begehren soll. Bei der außerordentlichen Kündigung ist diese alleinige Entscheidungsbefugnis darüberhinaus allein dem Arbeitnehmer vorbehalten (§ 13 Abs. 1 Satz 3 KSchG). Durch den Verzicht auf die bei einer Klageänderung (§ 263 ZPO) zu berücksichtigenden Merkmale der Einwilligung des Prozeßgegners oder der Sachdienlichkeit ist klargestellt, daß die Entscheidung der Arbeitsvertragspartner über das Auflösungsbegehren keinerlei prozessualen Beschränkungen unterliegt. Der aufgezeigte Sinn und Zweck des § 9 Abs. 1 Satz 3 KSchG gebietet es, nicht nur die Entscheidung, den Auflösungsantrag zu stellen, sondern auch die Entscheidung, diesen nicht weiterzuverfolgen, dem jeweiligen Arbeitsvertragspartner einzuräumen, ohne ihn hieran durch prozessuale Mitwirkungshandlungen des Prozeßgegners zu hindern.

Die zivilprozessualen Institute der teilweisen Klagerücknahme (§ 269 ZPO) oder des teilweisen Klageverzichts (§ 306 ZPO) passen nicht auf den allein nach Maßgabe des § 9 KSchG zu beurteilenden Auflösungsantrag, weil es sich bei der Auflösung des Arbeitsverhältnisses um einen unselbständigen, nicht abtrennbaren Teil des Streitgegenstandes handelt (vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 301 ZPO). Es ist daher etwa unzulässig, über die Sozialwidrigkeit der Kündigung durch ein Teilurteil vorab zu entscheiden und die Entscheidung über die Auflösung einem Schlußurteil vorzubehalten



(vgl. BAG, aaO). Ebenso ist es unzulässig, das Auflösungsbegehren im Wege einer eigenständigen Klage anhängig zu machen. Eine teilweise Klagerücknahme oder ein teilweiser Klageverzicht müßte sich jedoch auf einen selbständigen und abtrennbaren Teil des Streitgegenstandes beziehen (vgl. Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, ZPO, 37. Aufl., § 269 Anm. 1 B 2 A und § 306 Anm. 2 B; Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, 11. Aufl., § 131 I 3 /S. 6837; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, 19. Aufl., § 271 Anm. I 1 und § 306 Anm. III 1; Thomas-Putzo, ZPO, 10. Aufl., § 269 Anm. 2 und § 306 Vorbem. vor a) in Verbindung mit § 307 Anm. 1 c; Wieczorek, ZPO, 2. Aufl., § 306 Anm. B II b 4). Unter Beachtung der in § 9 Abs. 1 Satz 3 KSchG zum Ausdruck gekommenen gesetzgeberischen Wertung, wonach das Auflösungsbegehren ohne Beachtung der für eine Klageänderung nach § 263 ZPO erforderlichen Voraussetzungen bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz geltend gemacht werden kann, ist davon auszugehen, daß es sich insoweit um einen besonderen Anwendungsfall einer "Erweiterung oder Beschränkung des Klageantrages" im Sinne des § 264 Nr. 2 ZPO handelt. Der Umstand, daß in § 9 Abs. 1 Satz 3 KSchG lediglich der Fall der Erweiterung (des Feststellungs- auf das Auflösungsbegehren), nicht dagegen der umgekehrte Fall der Beschränkung (auf das ursprüngliche Feststellungsbegehren) gesetzlich geregelt ist, erfordert angesichts der Gleichheit der Interessenlage keine unterschiedliche rechtliche Beurteilung. Der in § 9 Abs. 1 Satz 3 KSchG zum Ausdruck gekommene Grundgedanke, wonach die Entscheidung über die Stellung eines Auflösungsantrages (bis zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz) keinerlei prozessualen Beschränkungen unterworfen ist, trifft gleichermaßen auch für den Fall der Nichtweiterverfolgung des Auflösungsbegehrens zu. Für eine prozessuale Gleichbehandlung beider Fallkonstellationen spricht im übrigen die in § 264 Nr. 2 ZPO angeordnete Gleichsetzung von Erweiterung und Beschränkung des Klageantrages. Da diese Bestimmung nicht nur auf quantitative, sondern auch auf qualitative Erweiterungen und Beschränkungen des Klageantrages anzuwenden ist (vgl. BGH LM Nr. 13 zu § 264; Rosenberg-Schwab, aaO, § 131 I 3 /S. 6837; Stein-Jonas-Schumann-Leipold, aaO, § 268 Anm IV 3, 4), begegnet es keinen Bedenken, den Regelungsgehalt dieser Vorschrift auch bei der prozessualen Behandlung der Stellung bzw.



Nichtweiterverfolgung von Auflösungsanträgen i. S. des § 9 Abs. 1 KSchG zu berücksichtigen.

Eine derartige prozessuale Betrachtungsweise trägt darüber hinaus auch dem Umstand Rechnung, daß nach dem Willen des Gesetzgebers Kündigungsrechtsstreitigkeiten in besonderem Maße zu beschleunigen sind (vgl. §§ 61 a, 64 Abs. 8 ArbGG 1979). Streitigkeiten über die Frage einer etwa erforderlichen Einwilligung des Prozeßgegners würden zu einer Verzögerung der Kündigungsverfahren führen und damit der Zielvorstellung des Gesetzgebers zuwiderlaufen.

b) Eine Anwendung dieser Grundsätze führt im Streitfall zu dem Ergebnis, daß der Kläger dazu berechtigt war, ohne Einwilligung der Beklagten den im ersten Rechtszug gestellten Auflösungsantrag bis zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz fallen zu lassen.

Entgegen der Ansicht der Beklagten ist es rechtlich unbeachtlich, daß der Kläger das Fallenlassen seines Auflösungsantrages selbst als teilweise Klagerücknahme bezeichnet hat. Da es sich bei der Nichtweiterverfolgung eines Auflösungsantrages (§ 9 KSchG) um eine nicht der Einwilligung des Prozeßgegners unterliegende qualitative Antragsbeschränkung im Sinne des § 264 Nr. 2 ZPO handelt, kommt es nicht darauf an, welche Bezeichnung die Partei hierfür gewählt hat.

3. Mangels Vorliegens eines Auflösungsantrages seitens des allein antragsberechtigten Klägers (§ 13 Abs. 1 Satz 3 KSchG) bedarf es im Streitfall keiner Stellungnahme zu der vom Landesarbeitsgericht weiterhin entschiedenen Frage, ob der Arbeitnehmer in den Fällen, in denen eine außerordentliche oder ordentliche Kündigung aus anderen Gründen i. S. des § 13 Abs. 3 KSchG unwirksam ist, die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung begehren kann. Dies gilt ebenso für die weitere Frage, ob an der seitherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. BAG 5, 354 = AP Nr. 11 zu § 13 KSchG; AP Nr. 1 zu § 398 ZPO) festzuhalten ist, wonach im Falle der Auflösung eines Arbeitsverhältnisses bei fristloser Kündigung gemäß § 11 Abs. 1 Satz 3 KSchG als Zeitpunkt der Auflösung der Tag der Kündigung festzuhalten ist.