

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 384/10
4 Sa 943/08
Landesarbeitsgericht
Köln

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
12. Mai 2011

URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungskläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Verhandlung vom
12. Mai 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Kreft,
den Richter am Bundesarbeitsgericht Schmitz-Scholemann, die Richterin am

Bundesarbeitsgericht Berger sowie die ehrenamtlichen Richter Baerbaum und Dr. Bartz für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 29. Januar 2010 - 4 Sa 943/08 - aufgehoben, soweit es ihre Berufung gegen die Entscheidung des Arbeitsgerichts Köln vom 29. April 2008 - 11 Ca 2902/07 - über die Feststellungsanträge des Klägers und hinsichtlich ihres Auflösungsantrags zurückgewiesen hat.
2. Die Sache wird im Umfang der Aufhebung zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten noch über die Wirksamkeit zweier fristloser, vorsorglich ordentlicher Kündigungen sowie über einen in der Berufungsinstanz hilfsweise gestellten Auflösungsantrag der Beklagten; dabei steht im Vordergrund die Frage, ob dem Kläger der besondere Kündigungsschutz nach § 18 Abs. 1 Satz 1 BEEG zuteil wird. 1

Der Kläger, promovierter Jurist, trat Anfang April 2000 in die Dienste der Beklagten. Er war zunächst als internationaler Direktor für Personalangelegenheiten (*Human Resources*) zuständig. 2

Mit Schreiben vom 31. Dezember 2003 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger unter Berufung auf betriebliche Gründe zum 30. Juni 2004. Als bald danach einigten sich die Parteien auf die Weiterbeschäftigung des Klägers als nationaler Personalleiter. 3

Am 28. Mai 2003 wurde der Kläger Vater eines Sohnes. Mit Schreiben vom 17. Januar 2005 beehrte er Elternzeit mit Elternteilzeitbeschäftigung im 4

Umfang von 30 Wochenstunden. Die Parteien einigten sich auf eine entsprechende Elternteilzeit bis zum 15. März 2007.

Seit dem 1. Januar 2006 war der Kläger unter Fortzahlung der Vergütung von der Arbeitsleistung freigestellt. 5

Mit Schreiben vom 15. August 2006 und vom 29. August 2006 sprach die Beklagte dem Kläger außerordentliche, hilfsweise ordentliche Kündigungen aus, deren Rechtsunwirksamkeit das Landesarbeitsgericht Köln mit Urteil vom 22. August 2007 rechtskräftig feststellte. 6

Im Mai 2007 wurde der Kläger Vater einer Tochter. Als voraussichtlicher Geburtstermin war der 6. Mai 2007 errechnet worden. Tatsächlich kam das Kind am 18. Mai zur Welt. 7

Mit Schreiben vom 14. März 2007, am selben Tage dem Geschäftsführer der Beklagten übergeben, beanspruchte der Kläger Elternzeit aus Anlass der bevorstehenden Geburt seiner Tochter für die Zeit vom 10. Mai 2007 bis zum 28. Februar 2010, und zwar „unter der Bedingung“, dass seinem gleichzeitig gestellten Antrag auf Elternteilzeit im Umfang von 30 Wochenarbeitsstunden entsprochen werde. 8

Mit Schreiben vom 16. März 2007, dem Kläger am gleichen Tag zugegangen, kündigte die Beklagte fristlos und hilfsweise fristgerecht zum nächstmöglichen Zeitpunkt. 9

Mit Schreiben vom 30. April 2007 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis erneut fristlos und vorsorglich fristgerecht. Zugleich lehnte sie den Antrag auf Elternteilzeit ab, weil das Arbeitsverhältnis bereits beendet sei und dem Begehren dringende betriebliche Gründe entgegenstünden. 10

Für keine der Kündigungen lag eine Zulässigkeitserklärung nach § 18 Abs. 1 Satz 2, Satz 3 BEEG vor. 11

Der Kläger hat mit seiner rechtzeitig erhobenen Klage die Auffassung vertreten, die Kündigungen seien wegen Verstoßes gegen § 18 BEEG unwirksam. Bei § 18 Abs. 1 Satz 1 BEEG sei für die achtwöchige Schutzfrist der 12

medizinisch errechnete Entbindungstermin maßgeblich und nicht eine uU spätere Geburt. Außerdem fehle es an Kündigungsgründen.

Der Kläger hat, soweit für die Revision noch von Bedeutung, beantragt 13

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien weder durch die mit Schreiben der Beklagten vom 16. März 2007 ausgesprochene fristlose noch durch die hilfsweise fristgerechte Kündigung beendet wird,
2. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien weder durch die mit Schreiben der Beklagten vom 30. April 2007 ausgesprochene fristlose noch durch die hilfsweise fristgerechte Kündigung beendet wird.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen, 14

hilfsweise, das Arbeitsverhältnis zum 30. September 2007 bzw. zum nächstmöglichen Zeitpunkt gegen Zahlung einer durch das Gericht zu erkennenden nach Maßgabe des § 10 KSchG festzusetzenden Abfindung aufzulösen, die 0,5 durchschnittliche Bruttomonatsgehälter pro Beschäftigungsjahr des Klägers bei der Beklagten jedoch nicht überschreiten sollte.

Sie hat die Auffassung vertreten, für keine der beiden Kündigungen bestehe Kündigungsschutz nach § 18 Abs. 1 BEEG. Die Mitteilung des Klägers über die Inanspruchnahme von Elternzeit vom 14. März 2007 habe unter einer aufschiebenden Bedingung, nämlich der Gewährung von Elternteilzeit gestanden. Da diese Bedingung durch ihre Ablehnung des Elternteilzeitbegehrens am 30. April 2007 nicht eingetreten sei, habe die Mitteilung zu keinem Zeitpunkt Wirksamkeit erlangt. Im Hinblick auf die Kündigung vom 16. März 2007 sei die in § 18 Abs. 1 Satz 1 BEEG gesetzlich normierte achtwöchige Frist für die Vorwirkung des besonderen Kündigungsschutzes überschritten. Ein wichtiger Grund iSd. § 626 Abs. 1 BGB liege vor. Der Kläger habe sie über Jahre getäuscht und ihr nicht unerheblichen Schaden zugefügt. Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, der Kläger sei leitender Angestellter iSd. § 14 Abs. 2 Satz 2 KSchG, so dass sie die Auflösung des Arbeitsverhältnisses ohne Angabe von Gründen verlangen könne. Im Übrigen lägen auch erhebliche Auflösungsgründe iSd. § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG vor. 15

Der Kläger hat beantragt, den Auflösungsantrag abzuweisen. Er hat geltend gemacht, er sei nicht leitender Angestellter und Auflösungsgründe lägen nicht vor. 16

Die Vorinstanzen haben nach den Klageanträgen erkannt und den Auflösungsantrag der Beklagten abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiter und beantragt hilfsweise weiterhin die Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch gerichtliches Urteil. 17

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet. Das Landesarbeitsgericht durfte mit der von ihm gegebenen Begründung weder den Kündigungsschutzanträgen stattgeben noch den Auflösungsantrag der Beklagten abweisen. Das Berufungsurteil ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO iVm. § 72 Abs. 5 ArbGG) und der Rechtsstreit ist an das Landesarbeitsgericht zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Nach den bisherigen Feststellungen kann der Senat nicht abschließend beurteilen, ob sich die Entscheidung aus anderen Gründen als richtig darstellt (§ 561 ZPO). Der Rechtsstreit ist nicht entscheidungsreif (§ 563 Abs. 3 ZPO). 18

A. Ob die Kündigungen das Arbeitsverhältnis aufgelöst haben, steht noch nicht fest. 19

I. Das Landesarbeitsgericht hat die Unwirksamkeit der Kündigung vom 16. März 2007 zu Unrecht mit einem Verstoß gegen § 18 BEEG begründet (1.). Die Kündigung ist auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts auch nicht unwirksam nach § 612a BGB iVm. § 134 BGB (2.). Ob die Voraussetzungen des § 626 BGB vorliegen oder eine soziale Rechtfertigung iSd. § 1 KSchG gegeben ist, vermag der Senat auf der Grundlage der bisher getroffenen Feststellungen nicht zu beurteilen (3.). 20

1. Nach § 18 Abs. 1 Satz 1 BEEG darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis ab dem Zeitpunkt, von dem an Elternzeit beantragt worden ist, höchstens aber acht Wochen vor Beginn der Elternzeit nicht kündigen (*Vorwirkung*). Darin liegt ein gesetzliches Verbot, das sich gegen die Kündigungserklärung selbst richtet. Eine Kündigung, die trotzdem erfolgt, ist nach § 134 BGB nichtig (*BAG 26. Juni 2008 - 2 AZR 23/07 - Rn. 20, AP BErzGG § 18 Nr. 11 = EzA BErzGG § 18 Nr. 9; 11. März 1999 - 2 AZR 19/98 - BAGE 91, 101, 103*). 21
- a) Das Kündigungsverbot des § 18 BEEG besteht grundsätzlich nur dann, wenn zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung sämtliche Anspruchsvoraussetzungen für die Elternzeit vorliegen. Zum Kündigungszeitpunkt müssen deshalb sowohl die Voraussetzungen des § 15 BEEG als auch die des § 16 BEEG erfüllt sein (*BAG 26. Juni 2008 - 2 AZR 23/07 - Rn. 23, aaO zu § 18 BErzGG*). Nach diesen gesetzlichen Vorgaben müssen alle Arbeitnehmer, die Elternzeit in Anspruch nehmen können, nicht nur die persönlichen Voraussetzungen gem. § 15 Abs. 1 BEEG erfüllen, sondern auch die Elternzeit schriftlich und ordnungsgemäß gegenüber ihrem Arbeitgeber verlangt haben (*BAG 26. Juni 2008 - 2 AZR 23/07 - Rn. 24, aaO; Hk-MuSchG/BEEG/Rancke 2. Aufl. § 18 BEEG Rn. 13*). 22
- b) Der Kläger hat Elternzeit gem. § 16 Abs. 1 Satz 1 BEEG nicht wirksam in Anspruch genommen. 23
- aa) Eine wirksame Inanspruchnahme von Elternzeit im Sinne dieser Bestimmung setzt zum einen das Verlangen der Elternzeit vom Arbeitgeber, und zwar spätestens sieben Wochen vor dem Zeitpunkt, von dem ab er verwirklicht werden soll, in schriftlicher Form voraus und zum anderen gleichzeitig mit diesem Verlangen die Erklärung, für welche Zeiträume Elternzeit in Anspruch genommen werden soll (*vgl. BAG 17. Februar 1994 - 2 AZR 616/93 - BAGE 76, 35, 42 zur Regelung des § 16 BErzGG*). 24
- (1) Damit dem Arbeitnehmer der besondere Kündigungsschutz nach § 18 Abs. 1 Satz 1 BEEG zukommt, muss das Verlangen in einem Zeitraum von höchstens acht Wochen vor Beginn der Elternzeit liegen. Erfolgt das Verlangen 25

früher, so ist der Kündigungsschutz nach § 18 Abs. 1 Satz 1 BEEG nicht bereits mit dem Verlangen gegeben, sondern setzt erst acht Wochen vor Beginn der Elternzeit ein (vgl. BAG 17. Februar 1994 - 2 AZR 616/93 - BAGE 76, 35, 41 zum BErzGG).

(2) Die Inanspruchnahme der Elternzeit ist von keiner Zustimmung des Arbeitgebers abhängig. Sie führt aufgrund des dem Arbeitnehmer eingeräumten Gestaltungsrechts unmittelbar zum Ruhen der sich aus dem Arbeitsvertrag ergebenden wechselseitigen Hauptpflichten (BAG 19. April 2005 - 9 AZR 233/04 - BAGE 114, 206, 211). 26

(3) Der Arbeitnehmer kann den Antrag auf Elternteilzeit gleichzeitig mit der Inanspruchnahme von Elternzeit stellen und diese Inanspruchnahme ihrerseits von der Bedingung abhängig machen, dass Elternteilzeit gewährt wird (BAG 15. April 2008 - 9 AZR 380/07 - BAGE 126, 276, 280). Der Anspruch auf Elternteilzeit kann also frühestens mit dem Verlangen von Elternzeit iSv. § 16 Abs. 1 Satz 1 BEEG erhoben werden (BAG 5. Juni 2007 - 9 AZR 82/07 - BAGE 123, 30, 37). 27

bb) Ausgehend von diesen Grundsätzen hat das Landesarbeitsgericht zu Unrecht den besonderen Kündigungsschutz des Klägers bejaht. 28

(1) Das Schreiben des Klägers vom 14. März 2007 genügt dem Erfordernis der Schriftlichkeit. Es enthält zudem eine Mitteilung, für welchen Zeitraum (10. Mai 2007 bis 28. Februar 2010) der Kläger die Elternzeit begehrt. Auch die siebenwöchige Frist vor Beginn der beantragten Elternzeit am 10. Mai 2007 nach § 16 Abs. 1 Satz 1 BEEG hat der Kläger eingehalten. 29

(2) Das Verlangen nach Elternzeit vom 14. März 2007 fällt in den Acht-Wochen-Zeitraum vor Beginn der Elternzeit nach § 18 Abs. 1 Satz 1 BEEG. Als Endtermin der Frist ist der Tag der prognostizierten Geburt maßgeblich, wenn dieser vor dem Tag der tatsächlichen Geburt liegt. 30

(a) Der Wortlaut des § 18 Abs. 1 Satz 1 BEEG ist allerdings nicht eindeutig. Er spricht nicht von Geburt, sondern von „Beginn der Elternzeit“. Dies rührt 31

daher, dass die Elternzeit sich nicht unmittelbar an die Geburt des Kindes anschließen muss, sondern auch erst im Anschluss an die ablaufende Mutterschutzfrist nach § 6 Abs. 1 MuSchG oder noch später genommen werden kann. Der Zeitpunkt der tatsächlichen Geburt ist damit nur der frühestmögliche Zeitpunkt für den Beginn der Elternzeit.

(b) Die Systematik des Gesetzes und der Zusammenhang mit den Vorschriften des Mutterschutzgesetzes sprechen dafür, dass es für die Frage des Beginns der Acht-Wochen-Frist und des Eingreifens des Kündigungsschutzes auf den ärztlich prognostizierten Beginn der Elternzeit ankommt. Der gesetzliche Kündigungsschutz nach dem BEEG bliebe im Zeitraum vor dem Beginn der Elternzeit zunächst in der Schwebe, wenn man die tatsächliche Niederkunft als maßgeblich für die Berechnung ansähe (*vgl. BAG 27. Oktober 1983 - 2 AZR 566/82 - zu A II 2 a der Gründe, AP MuSchG 1968 § 9 Nr. 14 = EzA MuSchG § 9 nF Nr. 25 zu § 9 MuSchG*). Fristenregelungen verlangen Rechtssicherheit. Bestimmt der Gesetzgeber eine Vorfrist und räumt er dem Arbeitnehmer ein innerhalb der Vorfrist auszuübendes Recht - hier auf das Geltendmachen von Elternzeit - ein, so muss die Vorfrist auch schon vor dem Tag, an dem sie endet, sicher berechnet werden können. Das aber setzt voraus, dass es nicht auf den tatsächlichen, sondern auf den voraussichtlichen Tag der Entbindung ankommt. In dieselbe Richtung weist auch die - in ähnlichem Zusammenhang stehende - Regelung des § 3 Abs. 2 MuSchG. Für die Berechnung des Beginns der in § 3 Abs. 2 MuSchG vorgesehenen Frist sieht § 5 Abs. 2 Satz 2 MuSchG bei Differenzen zwischen dem tatsächlichen Zeitpunkt der Entbindung und dem mutmaßlichen Tag der Entbindung die Prognose des Arztes als maßgeblich an.

(c) Diese Betrachtungsweise steht im Einklang mit der Rechtsprechung zu § 9 Abs. 1 MuSchG. Auch hier ist der mutmaßliche Schwangerschaftsbeginn maßgeblich. Der Berechnung ist der voraussichtliche Tag der Entbindung und eine mutmaßliche Schwangerschaftsdauer von 280 Tagen zugrunde zu legen (*BAG 7. Mai 1998 - 2 AZR 417/97 - BAGE 88, 357, 360*).

(d) Auch Sinn und Zweck des § 18 BEEG gebieten es, für den Beginn des achtwöchigen Schutzzeitraums auf den ärztlich prognostizierten Tag der Geburt

abzustellen. Werdende Mütter und ungeborene Kinder sind besonders schutzbedürftig und schutzwürdig. Den Staat trifft eine Schutzpflicht zugunsten des ungeborenen Lebens (*BVerfG 27. Oktober 1998 - 1 BvR 2306/96, 2314/96, 1108/97, 1109/97, 1110/97 - zu C III 2 b bb der Gründe, BVerfGE 98, 265*). Zeichnet sich eine Abweichung vom errechneten Geburtstermin ab, könnte - käme es auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Geburt an - ein Anreiz für die Eltern geschaffen werden, den Geburtstermin nicht nach medizinischen, sondern nach juristischen Gesichtspunkten zu beeinflussen. Das liefe dem Gesetzeszweck zuwider.

(3) Gleichwohl unterliegt die Kündigung vom 16. März 2007 nicht dem Verbot des § 18 Abs. 1 Satz 1 KSchG. Der Kläger war zu keinem Zeitpunkt in Elternzeit. Deshalb konnte er auch nicht den Kündigungsschutz im Vorwirkungszeitraum erwerben: Mangels Elternzeit fehlte es bereits an einem Anknüpfungspunkt für die Bestimmung eines Vorwirkungszeitraums. Der Kläger hat die Elternzeit unter der Bedingung der Gewährung der beantragten Elternzeit geltend gemacht. Die Beklagte hat die beantragte Elternteilzeit jedoch abgelehnt. Es kann dahinstehen, ob das Schreiben des Klägers vom 14. März 2007 im Sinne einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung zu verstehen ist. In keinem Fall hat das Verlangen des Klägers dazu geführt, dass er in Elternzeit gewesen wäre. Dies entsprach auch dem ausdrücklichen Willen des Klägers. Elternzeit wollte er gerade nicht in Anspruch nehmen, wenn es nicht zur Elternteilzeit käme. Handelte es sich um eine aufschiebende Bedingung, so traten die Rechtswirkungen, da die Bedingung ausgefallen ist, zu keinem Zeitpunkt ein (*vgl. Jauernig BGB 13. Aufl. § 158 Rn. 7*). Stand das Verlangen des Klägers unter der auflösenden Bedingung der Ablehnung des Teilzeitantrags, so war mit Ablehnung des Teilzeitantrags der Zustand wiederhergestellt, der vor dem Verlangen von Elternzeit bestand (*vgl. Jauernig BGB § 158 Rn. 8*). In keinem Fall war der Kläger in Elternzeit. § 18 Abs. 1 Satz 1 BEEG setzt dagegen voraus, dass tatsächlich Elternzeit genommen wird.

35

(4) Sinn und Zweck des § 18 BEEG gebieten keine Erweiterung seines Anwendungsbereichs über den Wortlaut hinaus. § 18 Abs. 1 BEEG unter-

36

scheidet hinsichtlich des Kündigungsschutzes zwischen den Zeiträumen vor Beginn und während der Elternzeit. So soll die Kündigungsschutzwirkung selbst dann nur ex nunc und nicht nachträglich ex tunc wegfallen, wenn die Elternzeit zB wegen einer Abrede gem. § 16 Abs. 3 Satz 1 Alt. 1 BEEG gar nicht tatsächlich in Anspruch genommen worden ist (*KR/Bader 9. Aufl. § 18 BEEG Rn. 23; DLW/Dörner 4. Aufl. D Rn. 444*). Die Fallkonstellation der vorzeitigen Beendigungsvereinbarung zwischen den Parteien ist mit dem hier vom Kläger gewählten Weg einer Bedingung nicht vergleichbar. Anders als in den Fällen des § 16 Abs. 3 Satz 1 Alt. 1 BEEG ist im Streitfall die Inanspruchnahme von Elternzeit nicht nachträglich wieder entfallen, sondern diese wurde gar nicht erst in Anspruch genommen. Der Arbeitnehmer, der sich - wie hier auch der Kläger - bewusst für den unsicheren Weg entscheidet, indem er die Entscheidung über die Inanspruchnahme der Elternzeit wegen der Verknüpfung mit der Gewährung von Elternteilzeit in die Hände des Arbeitgebers legt, ist nicht schutzwürdig.

2. Die Kündigung ist nicht gem. § 612a BGB iVm. § 134 BGB unwirksam. 37

a) § 612a BGB enthält ein Verbot der Maßregelung. Als „Maßnahmen“ im Sinne des Gesetzes kommen auch Kündigungen in Betracht. Voraussetzung ist, dass die Maßnahme eine Benachteiligung wegen einer zulässigen Rechtsausübung des Arbeitnehmers darstellt. Nach § 612a BGB darf der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer bei der Maßnahme nicht deshalb benachteiligen, weil er in zulässiger Weise seine Rechte ausübt. Das Maßregelungsverbot ist nur dann verletzt, wenn zwischen der Benachteiligung und der Rechtsausübung ein unmittelbarer Zusammenhang besteht. Die zulässige Rechtsausübung muss der tragende Grund, dh. das wesentliche Motiv für die benachteiligende Maßnahme gewesen sein. Es reicht nicht aus, dass die Rechtsausübung nur den äußeren Anlass für die Maßnahme bietet (*BAG 25. Mai 2004 - 3 AZR 15/03 - zu III 2 der Gründe, AP BetrAVG § 1b Nr. 5 = EzA BetrAVG § 1b Gleichbehandlung Nr. 1; 22. Mai 2003 - 2 AZR 426/02 - zu B III 2 b der Gründe, AP KSchG 1969 § 1 Wartezeit Nr. 18 = EzA BGB 2002 § 242 Kündigung Nr. 2; 12. Juni 2002 - 10 AZR 340/01 - BAGE 101, 312, 318*). 38

b) Nach diesen Grundsätzen liegt hier kein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot vor. Es ist nicht erkennbar, dass die Rechtsausübung des Klägers durch Inanspruchnahme von Elternzeit unter der Bedingung von Elternzeit das tragende Motiv der Beklagten für den Ausspruch der Kündigung gewesen ist. Die Beklagte hat am 31. Dezember 2003, 15. August 2006 und am 29. August 2006 bereits drei - wenn auch erfolglose - Kündigungen ausgesprochen und damit ihren Beendigungswillen zum Ausdruck gebracht. Zudem hat sie im Ablehnungsschreiben vom 30. April 2007 ausdrücklich betriebliche Gründe für die Verweigerung der Elternteilzeit genannt. 39

3. Ob die außerordentliche Kündigung die Voraussetzungen des § 626 BGB bzw. die hilfsweise ausgesprochene ordentliche Kündigung die des § 1 KSchG erfüllt, kann der Senat nicht entscheiden. Das Landesarbeitsgericht hat sich mit der Frage, ob ein sachlicher Kündigungsgrund vorliegt, bisher nicht auseinandergesetzt. Feststellungen sind nicht getroffen. Das führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht. 40

II. Sollte das Landesarbeitsgericht erneut auf die Unwirksamkeit der Kündigung vom 16. März 2007 erkennen, wird es bei der Beurteilung der Unwirksamkeit der Kündigung vom 30. April 2007 davon auszugehen haben, dass dem Kläger auch hinsichtlich dieser nicht der besondere Schutz des § 18 Abs. 1 BEEG zustand, wie aus den vorstehenden Erwägungen folgt. Die Kündigung vom 30. April 2007 ist auch nicht nach § 612a BGB iVm. § 134 BGB unwirksam. Auch insoweit wird auf die obigen Ausführungen (*Ziffer 12*) verwiesen. Ob die Kündigung sich als fristlose Kündigung nach § 626 BGB bzw. als hilfsweise ordentliche Kündigung gemessen an § 1 KSchG als wirksam erweist, kann der Senat auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen durch das Landesarbeitsgericht nicht beurteilen. 41

III. Da die Beklagte den Auflösungsantrag nach § 14 Abs. 2 Satz 2, § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG hilfsweise für den Fall gestellt hat, dass sich die streitgegenständlichen Kündigungen als sozialwidrig erweisen sollten, ist dem Senat 42

auch diesbezüglich eine Entscheidung nicht möglich. So sind insbesondere noch keine Feststellungen dazu getroffen, ob der Kläger - wie die Beklagte vorträgt - leitender Angestellter iSd. § 14 Abs. 2 Satz 1 KSchG ist. In diesem Fall bedürfte der Auflösungsantrag gem. § 14 Abs. 2 Satz 2 KSchG keiner Begründung.

Kreft

Berger

Schmitz-Scholemann

Baerbaum

Bartz