

# BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 422/13  
16 Sa 1652/12  
Landesarbeitsgericht  
Düsseldorf

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
31. Juli 2014

## URTEIL

Jatz, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 31. Juli 2014 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Kreft, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Berger, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Niemann sowie den ehrenamtlichen Richter Dr. Bartz und die ehrenamtliche Richterin Alex für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 19. Februar 2013 - 16 Sa 1652/12 - wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über eine ordentliche Kündigung ihres Vertragsverhältnisses. Die Beklagte stützt sie auf betriebliche Erfordernisse und auf Gründe im Verhalten des Klägers. 1

Die im Jahr 2003 gegründete Beklagte betreibt Planung, Konstruktion und EDV-Anwendung im industriellen Anlagenbau. Ihr Sitz ist L. Der Kläger war ursprünglich einer ihrer zwei einzelvertretungsberechtigten, ab dem Jahr 2010 war er ihr alleiniger Geschäftsführer. Gesellschafter der Beklagten im Jahr 2010 waren die Ehefrau des Klägers und die Gemeinschaft der Erben des ursprünglichen Mitgeschäftsführers je zur Hälfte. Die Beklagte beschäftigt zwischen 50 und 60 Arbeitnehmern. Ein Betriebsrat ist im Betrieb nicht gewählt. 2

Mit notariellem Vertrag vom 27. September 2010 verkauften die damaligen Gesellschafter - vertreten durch den Kläger - ihre Anteile an der Beklagten an die M GmbH (M) mit Sitz in S. Als „Basisbetrag für die Kaufpreisermittlung“ wurde eine Summe festgelegt, die auf einem von beiden Seiten angenommen bestimmten Gewinn der Beklagten beruhte. Dem wiederum lagen eine Bewertung der Beklagten durch ihren damaligen kaufmännischen Leiter und ein Lagebericht des Klägers zugrunde. Nach Maßgabe einer im Vertrag vereinbarten „earn-out“-Klausel sollte ein Teil des Kaufpreises in seiner Höhe von der tatsächlichen künftigen Entwicklung der Beklagten abhängen. 3

In II. § 9 des Kaufvertrags wurde zur weiteren Tätigkeit des Klägers vereinbart: 4

„1. [Der Kläger] wird sein Geschäftsführeramt auf erste

Anforderung des Erwerbers niederlegen.

2. [Der Kläger] sichert dem Erwerber und - im Sinne eines echten Vertrages zugunsten Dritter - dem Unternehmen zu, dass er mindestens bis zum 31.12.2012 weiterhin als Prokurist (Einzelprokurist) dem Unternehmen zur Verfügung steht, es sei denn ...
3. Der bisherige Geschäftsführerdienstvertrag [des Klägers] mit allen zwischenzeitlich vorgenommenen Anpassungen und Zusatzvereinbarungen wird unter Beibehaltung aller darin festgelegten Konditionen und Arbeitszeitregelungen mit der Maßgabe fortgeführt, dass er sich zukünftig auf die Diensttätigkeit [des Klägers] als Prokurist bezieht. Ausgenommen hiervon ist der Zeitraum der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, die nur noch für die Dauer von 9 Monaten gewährt werden wird. ...
4. Des Weiteren wird zwischen dem Erwerber und [dem Kläger] vereinbart, dass dieser auch in seiner Stellung als Prokurist bis zum einvernehmlichen Abschluss der Earn-Out-Regelungen ein unbeschränktes Informations- und Einsichtsrecht in Bezug auf alle Angelegenheiten und Unterlagen des Unternehmens behält. ...“

Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass der Kläger das operative Geschäft der Beklagten weiterhin leiten sollte. 5

Noch im September 2010 legte der damit betraute Steuerberater einen „geänderten Zwischenabschluss auf den 31. Juli 2010“ über die Beklagte vor. Aus ihm ergab sich ein Fehlbetrag von mehreren hunderttausend Euro. Nach dem Vorbringen der Beklagten beruhte dieser insbesondere darauf, dass hinter einem in Verantwortung des Klägers auf Aktivseite angebrachten Bilanzposten Forderungen standen, die sich größtenteils als nicht werthaltig erwiesen. Verhandlungen zwischen den Parteien des Kaufvertrags führten am 5. November 2010 zu einem Änderungsvertrag. 6

Mit Beschluss vom 18. November 2010 berief die M den Kläger als Geschäftsführer der Beklagten ab. Statt seiner wurden zwei ihrer eigenen Mitarbeiter - einer ihrer Geschäftsführer und ihr kaufmännischer Leiter - zu Geschäftsführern berufen. Der Kläger erhielt im Dezember 2010 Einzelpro- 7

kura. In den Folgemonaten kam es zu Unstimmigkeiten und mehrfachen Klarstellungen über die internen Befugnisse des Klägers. Dieser wandte sich insbesondere gegen das Erfordernis einer von der Beklagten - wegen des konzernweit geltenden Vier-Augen-Prinzips - verlangten zweiten Unterschrift.

Nach dem berichtigten Jahresabschluss für 2010 betrug der Verlust der Beklagten über 2,1 Mio. Euro. Ab April 2011 übernahm die M bei ihr die betriebswirtschaftliche Federführung für den Bereich Finanzen und Controlling. 8

Mit Beschluss vom 9. Januar 2012 entzog die M dem Kläger intern die Prokura. Mit zwei weiteren Beschlüssen vom selben Tag berief sie mit Wirkung zum 11. Januar 2012 ihren eigenen Geschäftsführer als Geschäftsführer der Beklagten ab und bestellte statt seiner - als zweiten Geschäftsführer - einen anderen ihrer Mitarbeiter. 9

Mit Schreiben vom 10. Januar 2012 kündigte die Beklagte das Vertragsverhältnis mit dem Kläger zum 31. Dezember 2012 und widerrief ihm gegenüber die Prokura. Zugleich stellte sie ihn - widerruflich - von seinen Arbeitspflichten frei. 10

Mit der vorliegenden Klage wehrt sich der Kläger gegen die Kündigung. Er hat die Ansicht vertreten, dringende betriebliche Erfordernisse, die eine Kündigung bedingten, hätten nicht vorgelegen. Die Beklagte habe eine einschlägige unternehmerische Entscheidung jedenfalls nicht vor Abgabe der Kündigungserklärung getroffen. Soweit sie behauptet habe, der neue Geschäftsführer habe seine - des Klägers - Aufgaben übernommen, sei das unrichtig. Er selbst sei nie „wirklich“ Mitglied der Geschäftsleitung der Beklagten, sondern eine von deren insgesamt sieben hierarchisch gleichberechtigten Führungskräften gewesen. Diese verträten sich trotz jeweils spezieller Aufgaben gegenseitig und seien untereinander austauschbar. Er sei zudem sozial schutzwürdiger als einige von ihnen. Zumindest habe die Beklagte ihm eine der zeitgleich ausgeschriebenen Stellen eines CAD-Konstrukteurs, eines Technikers/Konstrukteurs 2D/3D und eines Ingenieurs Anlagen- und Rohrleitungsplanung anbieten müssen. Andere Kündigungsgründe seien nicht gegeben. Seine Vertragspflichten im Rahmen der Bilanzerstellung und Kaufverhandlungen habe er nicht verletzt. 11

Der Kläger hat beantragt 12  
festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende  
Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten vom  
10. Januar 2012 nicht aufgelöst worden ist.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat behauptet, 13  
die M als ihre Gesellschafterin habe sich Anfang Januar 2012 dazu entschlos-  
sen, wieder einen Geschäftsführer zu bestellen, der vor Ort tätig sei und das  
operative Geschäft persönlich leite; die seinerzeit berufenen Geschäftsführer  
seien beide faktisch in S verblieben. Anlass für diese Entscheidung sei zum  
einen das Verhalten des Klägers gewesen, zu dem das Vertrauen verloren ge-  
gangen sei, zum anderen der Umstand, dass sich die „Konstruktion“ aus formell  
bestellten Geschäftsführern und einem wie ein Geschäftsführer tätigen Proku-  
risten nicht bewährt habe. Die Leitung des operativen Geschäfts durch einen  
„echten“ Geschäftsführer verbessere nicht zuletzt ihren Außenauftritt gegenüber  
den Kunden.

Der Kläger habe als Prokurist unverändert herausgehobene Leitungsaufgaben 14  
wahr genommen. Er sei verantwortlich gewesen für die disziplini-  
sche Führung der Vertriebsmitarbeiter, für die Steuerung des Vertriebs, insbe-  
sondere die Akquise von Neukunden und die Pflege des Altkundenbestands, für  
das Angebotswesen und die Überwachung der laufenden Projekte, für die Sich-  
tung von Bewerbungen und das Führen von Vorstellungsgesprächen, für die  
Einstellung von Personal, die Überprüfung von Gehältern und Gehaltsanpas-  
sungen, für Disziplinarmaßnahmen bis hin zur Kündigung von Mitarbeitern und  
für die Freigabe von Schulungsmaßnahmen im Rahmen des genehmigten Bud-  
gets. Sämtliche Mitarbeiter bis auf ihren kaufmännischen Leiter hätten an ihn  
berichtet. Der Kläger habe seine Aufgaben allerdings nicht sehr kompetent er-  
füllt, sondern häufig um Weisungen nachgesucht. Da er im Jahr 2011 einerseits  
zuviel Personal eingestellt, andererseits rechtswidrige Vorschläge zum Perso-  
nalabbau unterbreitet habe, habe sie Einstellungen und Entlassungen ab Au-  
gust 2011 von der Zustimmung ihrer Geschäftsführer abhängig gemacht.

Die Aufgaben des Klägers hätten vom 10. bis 13. Januar 2012 der abberufene, von da an der neu bestellte Geschäftsführer übernommen. Mit ihren sechs Abteilungsleitern sei der Kläger hierarchisch nicht vergleichbar. Diese seien auch nicht untereinander austauschbar. Die im Internet ausgeschriebenen Stellen seien nicht wirklich zu besetzen gewesen. Die Ausschreibungen hätten der Marktbeobachtung gedient. Zudem verfüge der Kläger nicht über die geforderten Qualifikationen. 15

Im Übrigen sei die Kündigung durch Gründe im Verhalten des Klägers während der Kaufverhandlungen vom September 2010 bedingt. 16

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat sie abgewiesen. Mit seiner Revision begehrt der Kläger die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung. 17

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision ist nicht begründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Bei Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes erweist sich die ausgesprochene Kündigung als durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt. Der Arbeitsplatz des Klägers ist durch die Übertragung seiner Aufgaben auf einen der Geschäftsführer der Beklagten entfallen. Auf mögliche Gründe in seinem Verhalten kommt es nicht an. 18

I. Die Klage ist nicht begründet. Die Kündigung vom 10. Januar 2012 ist rechtswirksam. Das gilt auch dann, wenn sie der sozialen Rechtfertigung nach Maßgabe des Kündigungsschutzgesetzes bedarf. 19

1. Gemäß § 1 Abs. 1 KSchG ist - nach Ablauf der Wartefrist - die Kündigung des Arbeitsverhältnisses gegenüber einem Arbeitnehmer rechtsunwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist. Der personelle Geltungsbereich des Gesetzes ist folglich auf Arbeitnehmer beschränkt. Ob der Kläger Arbeitnehmer ist, vermag der Senat nicht abschließend zu beurteilen. 20

a) Der Status des Klägers als Arbeitnehmer steht nicht deshalb fest, weil 21  
ersichtlich sowohl beide Parteien als auch die Vorinstanzen vom Bestehen eines Arbeitsverhältnisses ausgegangen sind. Der Senat ist an die übereinstimmende Rechtsauffassung der Parteien nicht gebunden. Die Gerichte können auch zu Gunsten einer Partei von deren Rechtsmeinung abweichen (*BAG 11. Dezember 2007 - 1 ABR 73/06 - Rn. 28*). Das Landesarbeitsgericht wiederum hat keine tatsächlichen Feststellungen getroffen, die die Arbeitnehmereigenschaft des Klägers auswiesen und Bindungswirkung nach § 559 Abs. 2 ZPO auslösten. Zwar hat es in den Gründen seiner Entscheidung ausgeführt: „Auf das Arbeitsverhältnis findet das Kündigungsschutzgesetz unstreitig Anwendung. Der Kläger ist seit mehr als sechs Monaten als Arbeitnehmer bei der Beklagten beschäftigt ...“. Darin liegt jedoch keine den Senat hinsichtlich des Arbeitnehmerstatus bindende Tatsachenfeststellung.

aa) Dies ist nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil konkrete Tatsachen, 22  
die einer entsprechenden rechtlichen Beurteilung zugrunde lägen, nicht explizit festgestellt worden sind. Die Parteien können bestimmte Tatsachen durch allgemein gebräuchliche, einfache rechtliche Ausdrücke in den Rechtsstreit einführen, wenn diese den Teilnehmern des Rechtsverkehrs geläufig sind und das Vorliegen entsprechender tatsächlicher Umstände mit ihnen in Verbindung gebracht wird. Die Parteien lösen auch auf diese Weise eine Erklärungspflicht der Gegenseite gemäß § 138 Abs. 2 ZPO aus (*BAG 6. November 2007 - 1 AZR 862/06 - Rn. 13, BAGE 124, 323; BGH 19. März 2004 - VZR 104/03 - BGHZ 158, 295; Zöller/Greger ZPO 29. Aufl. § 138 Rn. 2*). Im Gebrauch des betreffenden Rechtsbegriffs durch das Landesarbeitsgericht kann dann die komprimierte Feststellung der mit ihm regelmäßig verbundenen Tatsachen iSv. § 559 Abs. 2 ZPO zu erblicken sein.

bb) Es muss nicht entschieden werden, ob dies für die Begriffe „Arbeitsverhältnis“ und „Arbeitnehmer“ in Frage kommt. Im Streitfall ist nicht zu erkennen, dass der Kläger den Ausdruck „Arbeitnehmer“ zur Beschreibung seines Rechtsstatus je in diesem tatsächlichen Sinne gebraucht hätte. Sein dienstrechtlicher Status spielte in seinen Schriftsätzen keine spezifische Rolle. Die 23

Beklagte hatte keinen Anlass, der Verwendung des Arbeitnehmerbegriffs durch den Kläger entgegenzutreten. Unter dieser Voraussetzung kommt dem Gebrauch der Rechtsbegriffe in den Urteilsgründen des Landesarbeitsgerichts Bindungswirkung iSv. § 559 Abs. 2 ZPO nicht zu.

b) Materiell-rechtlich ist Arbeitnehmer, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist (*BAG 15. Februar 2012 - 10 AZR 301/10 - Rn. 13; 14. März 2007 - 5 AZR 499/06 - Rn. 13*). Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Arbeitnehmer ist nach § 84 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 HGB derjenige Mitarbeiter, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann (*BAG 25. Mai 2005 - 5 AZR 347/04 - zu I der Gründe mwN, BAGE 115, 1*). Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Letztlich kommt es für die Beantwortung der Frage, welches Rechtsverhalten im konkreten Fall vorliegt, auf eine Gesamtwürdigung aller maßgeblichen Umstände des betreffenden Falls an. Der jeweilige Vertragstyp ergibt sich dabei aus dem wirklichen Geschäftsinhalt, nicht aus der Bezeichnung ihres Vertragsverhältnisses durch die Parteien (*BAG 20. Mai 2009 - 5 AZR 31/08 - Rn. 19*).

24

aa) Grundlage der vertraglichen Beziehung zwischen den Parteien waren ursprünglich der „Geschäftsführervertrag“ vom 13. August 2003 und das „Protokoll zur Gesellschafterversammlung“ vom 31. Januar 2006. Nach § 1 Nr. 1 des Vertrags führt der Kläger die Geschäfte der Beklagten mit der erforderlichen Sorgfalt „nach Maßgabe der Gesetze, dieses Vertrages und des Gesellschaftsvertrages“. Nach Nr. 2 der Abrede ist der Kläger als Geschäftsführer „in der Gestaltung seiner Arbeitszeit frei“. In § 6 heißt es: „Der Geschäftsführer hat Anspruch auf einen Jahresurlaub von 30 Arbeitstagen. Kann der Geschäftsführer seinen Jahresurlaub nicht nehmen, weil die Interessen der Gesellschaft entgegenstehen, so ist der Urlaubsanspruch abzugelten. Die Urlaubsabgeltung bemisst sich nach der Höhe des Festgehalts“. Dies sind Regelungen, die den „Geschäftsführervertrag“ vom 13. August 2003 prima facie als Dienstvertrag

25

iSv. § 611 BGB und nicht - was rechtlich möglich wäre (*EuGH 11. November 2010 - C-232/09 - [Danosa] Slg. 2010, I-11405; BAG 26. Mai 1999 - 5 AZR 664/98 - zu III 1 der Gründe*) - als Arbeitsvertrag ausweisen.

bb) In § 9 Nr. 3 des Kaufvertrags vom 10. September 2010 wurde mit Blick auf die Person des Klägers vereinbart, dass „der bisherige Geschäftsführerdienstvertrag ... unter Beibehaltung aller darin festgelegten Konditionen und Arbeitszeitregelungen mit der Maßgabe fortgeführt wird, dass er sich zukünftig auf die Diensttätigkeit [des Klägers] als Prokurist bezieht“. Lediglich der Lohnfortzahlungszeitraum sollte von zwölf auf neun Monate verkürzt sein. Nach § 9 Nr. 4 des Vertrags sollte der Kläger auch als Prokurist ein unbeschränktes Recht auf Einsicht in „alle Angelegenheiten und Unterlagen des Unternehmens“ behalten.

26

cc) Danach ist es nicht ausgeschlossen, dass der Kläger von der Beklagten auch nach seiner Abberufung als Geschäftsführer nicht als „Arbeitnehmer“, sondern weiterhin auf der Grundlage eines Dienstvertrags als „freier Dienstnehmer“ beschäftigt wurde. An seinem Tätigkeitsbereich, seinen Aufgaben und im äußeren Ablauf seiner Arbeit hat sich aufgrund des Wechsels vom Geschäftsführer zum einzelvertretungsberechtigten Prokuristen offenbar nichts geändert. Die Parteien wollten übereinstimmend - das hat das Landesarbeitsgericht ausdrücklich festgestellt -, dass der Kläger weiterhin das operative Geschäft der Beklagten leite. Das sollte er ersichtlich sowohl in fachlicher als auch in dienstrechtlicher Hinsicht zu unveränderten Bedingungen tun können, also auch als Prokurist gleichsam „organschaftlich“. Die spätere Vorgabe, für bestimmte rechtsgeschäftliche Erklärungen eine zweite Unterschrift einzuholen, gilt nach dem unwidersprochenen Vorbringen der Beklagten auch für die höchste Leitungsebene. Aus dem bisherigen Parteivortrag erschließt sich nicht, worin dennoch die für den Arbeitnehmerstatus erforderliche persönliche Abhängigkeit des Klägers liegen und wie sie rechtlich begründet worden sein sollte. Seine gehobenen Aufgaben kann man sowohl als Arbeitnehmer als auch als freier Dienstnehmer wahrnehmen. Für die Annahme, die Parteien hätten (konkudent) vereinbart, der Kläger solle unabhängig vom materiell-rechtlichen Status in je-

27

dem Fall wie ein Arbeitnehmer behandelt werden, zumindest Kündigungsschutz genießen, fehlt es gleichermaßen an tatsächlichen Grundlagen.

2. Der objektiv zutreffende dienstrechtliche Status des Klägers kann für das Ergebnis dahinstehen. Die Klage ist auch dann unbegründet, wenn der Kläger mit seiner Abberufung als Geschäftsführer oder aufgrund späterer Abreden wie ein Arbeitnehmer zu behandeln sein sollte. Die Kündigung der Beklagten vom 10. Januar 2012 hat ein mögliches Arbeitsverhältnis der Parteien aufgelöst. Zwar gilt dann das Kündigungsschutzgesetz. Die Kündigung ist jedoch iSv. § 1 Abs. 2 des Gesetzes sozial gerechtfertigt. 28

a) Auf ein Arbeitsverhältnis der Parteien findet gemäß § 1 Abs. 1, § 23 Abs. 1 Satz 3 seiner Vorschriften das Kündigungsschutzgesetz Anwendung. Der Kläger war seit über acht Jahren bei der Beklagten beschäftigt, wenn die Zeit seiner Tätigkeit als Geschäftsführer mitgerechnet wird; als Prokurist war er es zumindest seit über einem Jahr. Die Beklagte beschäftigte zu Beginn des Jahres 2012 mindestens 50 Arbeitnehmer. 29

b) Die Kündigung vom 10. Januar 2012 ist gemäß § 1 Abs. 2 KSchG durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt, die einer Weiterbeschäftigung des Klägers im Betrieb entgegenstehen. 30

aa) Dringende betriebliche Erfordernisse iSv. § 1 Abs. 2 KSchG liegen vor, wenn die Umsetzung einer unternehmerischen (Organisations-)Entscheidung auf der betrieblichen Ebene spätestens mit Ablauf der Kündigungsfrist zu einem voraussichtlich dauerhaften Wegfall des Bedarfs an einer Beschäftigung des betroffenen Arbeitnehmers führt. Diese Prognose muss schon im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung objektiv berechtigt sein (*BAG 23. Februar 2010 - 2 AZR 268/08 - Rn. 17, BAGE 133, 240; 7. Juli 2005 - 2 AZR 399/04 - zu II 4 d dd der Gründe*). Ein dringendes „betriebliches“ Erfordernis, das einer Weiterbeschäftigung entgegensteht, ist gegeben, wenn die Arbeitskraft des Arbeitnehmers im Betrieb nicht mehr gefordert ist. Der Arbeitgeber ist grundsätzlich nicht gehalten, nicht mehr benötigte Arbeitsplätze und Arbeitskräfte weiterhin zu besetzen bzw. zu beschäftigen. Dabei kommt es de lege lata nicht darauf an, ob 31

die dem Wegfall des Beschäftigungsbedürfnisses zugrunde liegende unternehmerische (Organisations-)Entscheidung ihrerseits - etwa aus wirtschaftlichen Gründen - „dringend“ war oder die Existenz des Unternehmens auch ohne sie nicht gefährdet gewesen wäre (*BAG 20. Juni 2013 - 2 AZR 379/12 - Rn. 20, BAGE 145, 265*). In diesem Sinne ist die unternehmerische Entscheidung zur Umorganisation mit Blick auf Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG bis zur Grenze der offensichtlichen Unsachlichkeit, Unvernunft oder Willkür frei. Für eine beschlossene und tatsächlich durchgeführte unternehmerische Organisationsentscheidung spricht dabei die Vermutung, dass sie aus sachlichen - nicht zuletzt wirtschaftlichen - Gründen getroffen wurde und nicht auf Rechtsmissbrauch beruht (*BAG 20. Juni 2013 - 2 AZR 379/12 - aaO; 29. März 2007 - 2 AZR 31/06 - Rn. 24*).

bb) Danach war die Kündigung vom 10. Januar 2012 durch ein dringendes betriebliches Erfordernis bedingt, das einer Weiterbeschäftigung des Klägers im Betrieb entgegenstand. Bei Zugang der Kündigungserklärung war die Prognose berechtigt, spätestens bis zum Ablauf der Kündigungsfrist am Jahresende 2012 werde ein Bedarf an einer Beschäftigung des Klägers nicht mehr bestehen; das ist ausreichend. 32

(1) Der Beschäftigungsbedarf muss bei Zugang der Kündigung nicht schon tatsächlich entfallen sein. Für die Wirksamkeit der Kündigung genügt es, dass jedenfalls die Entwicklungen, die für den künftigen Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit maßgeblich sind, zu diesem Zeitpunkt feststehen, also abschließend geplant sind, und dass die Erwartung berechtigt ist, sie würden sich bis zum Ablauf der Kündigungsfrist realisiert haben (*BAG 23. Februar 2010 - 2 AZR 268/08 - Rn. 17, 18, BAGE 133, 240*). In diesem Sinne muss der betreffende Kausalverlauf zwar noch nicht beendet, aber bei Kündigungszugang doch bereits in Gang gesetzt worden sein. 33

(2) Hängt der Wegfall des Arbeitsbedarfs von unternehmerisch-organisatorischen Maßnahmen des Arbeitgebers ab, die bei Zugang der Kündigung faktisch noch nicht umgesetzt worden sind, müssen folglich zumindest die Absicht und der Wille des Arbeitgebers, diese Maßnahmen vorzunehmen, 34

schon vorhanden und abschließend gebildet worden sein. Andernfalls lässt sich im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung - auf den es dafür unverzichtbar ankommt - nicht hinreichend sicher prognostizieren, es werde bis zum Ablauf der Kündigungsfrist tatsächlich zum Wegfall des Beschäftigungsbedarfs kommen. Eine Kündigung, die erklärt wurde, ohne dass bei ihrem Zugang bereits festgestanden hätte, aufgrund welcher Maßnahme des Arbeitgebers es zum Arbeitsplatzverlust kommen werde, ist nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse, sondern nur durch den Kündigungsentschluss des Arbeitgebers bedingt. Der bloße Kündigungswille des Arbeitgebers wiederum ist kein Grund, der eine Kündigung iSv. § 1 Abs. 2 KSchG sozial rechtfertigen könnte. Dazu bedarf es eines Grundes außerhalb der Kündigung selbst, also eines Grundes, der dem Kündigungsentschluss seinerseits zugrunde liegt. Im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung muss damit die unternehmerische Entscheidung, die zum Wegfall des Beschäftigungsbedarfs führen soll, tatsächlich bereits getroffen worden sein (vgl. BAG 20. Februar 2014 - 2 AZR 346/12 - Rn. 16, 18; 7. Juli 2005 - 2 AZR 399/04 - zu II 4 a und II 4 d dd der Gründe). Der Arbeitgeber muss schon in diesem Zeitpunkt endgültig und vorbehaltlos zur Vornahme einer Maßnahme entschlossen sein, die, wenn sie tatsächlich durchgeführt wird, bis zum Ablauf der Kündigungsfrist den Arbeitsplatzverlust zur Folge hat (BAG 20. Februar 2014 - 2 AZR 346/12 - Rn. 18; 23. Februar 2010 - 2 AZR 268/08 - Rn. 18, BAGE 133, 240).

(3) Der fragliche Entschluss unterliegt keinem Formzwang. Auch bei einem mehrköpfigen Entscheidungsgremium, das letztlich nur gemeinsam entscheiden kann, bedarf es dazu in der Regel keines förmlichen Beschlusses. Es genügt, dass ein einzelnes Gremiumsmitglied den betreffenden Entschluss vorbehaltlos gefasst hat und - etwa aufgrund von Erfahrungswerten - fest damit zu rechnen war, die übrigen Mitglieder würden sich dem anschließen (vgl. BAG 7. Juli 2005 - 2 AZR 399/04 - zu II 4 d dd der Gründe). 35

(4) Da der Arbeitgeber gemäß § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG die Tatsachen zu beweisen hat, die die Kündigung bedingen, hat er die tatsächlichen Grundlagen 36

für die Berechtigung der Prognose, bis spätestens zum Ablauf der Kündigungsfrist werde ein Beschäftigungsbedarf entfallen sein, von sich aus schlüssig vorzutragen. Zu diesen Tatsachen gehört der schon bei Kündigungszugang getroffene endgültige Entschluss zur Vornahme einer Maßnahme, die zu einem solchen Wegfall führen werde. Wie substantiiert der Vortrag zu erfolgen hat, hängt von der Einlassung des Arbeitnehmers ab. Zunächst genügt es, wenn der Arbeitgeber - zumindest konkludent - behauptet, er habe seine entsprechende Entscheidung schon vor Zugang der Kündigung getroffen. Wenn der Arbeitnehmer dies mit - in der Regel zunächst ausreichendem - Nichtwissen bestreitet, wird der Arbeitgeber nähere tatsächliche Einzelheiten darlegen müssen, aus denen unmittelbar oder mittelbar geschlossen werden kann, er habe die entsprechende Absicht bereits im Kündigungszeitpunkt endgültig gehabt. Geht es dabei um den inneren Zustand einer einzelnen Person, wird sich das Gericht die Überzeugung von der Wahrheit der Behauptung - wie stets - nach § 286 ZPO bilden müssen. Wenn sich die innere Tatsache nicht in irgendeiner Weise nach außen manifestiert hat, wird es auf die genaue Darlegung des inneren Willensbildungsprozesses der betreffenden Person, die Schlüssigkeit ihrer Angaben und ggf. ihre Glaubwürdigkeit ankommen.

(5) Bei Zugang der Kündigung vom 10. Januar 2012 stand zu erwarten, dass der Bedarf an einer Weiterbeschäftigung des Klägers spätestens bei Ablauf der Kündigungsfrist Ende Dezember 2012 entfallen wäre. 37

(a) Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hatte die Beklagte am 9. Januar 2012 - schriftlich niedergelegt - beschlossen, dem Kläger die Procura zu entziehen, den Geschäftsführer der M als ihren Geschäftsführer abzurufen und statt seiner einen anderen Mitarbeiter der M als Geschäftsführer zu ernennen. Noch im Kündigungsschreiben vom 10. Januar 2012 stellte sie den Kläger von seinen Arbeitspflichten - wenn auch nicht dauerhaft unwiderruflich - frei. 38

(b) Damit hatte sich der Wille der Beklagten, dem Kläger die Befugnis zur internen Geschäftsleitung und zur Vertretungsbefugnis nach außen zu entziehen und einen neuen, stärker vor Ort präsenten und den Kläger funktional er- 39

setzenden Geschäftsführer zu berufen, im Kündigungszeitpunkt bereits deutlich manifestiert. Mit der sofortigen Freistellung des Klägers hat die Beklagte zudem einen Teil ihres Konzepts mit Zugang der Kündigung unmittelbar umgesetzt.

(c) Das Landesarbeitsgericht hat ein Übriges getan und durch Vernehmung des abberufenen Geschäftsführers Beweis über die Behauptung der Beklagten erhoben, dieser und ihr zweiter Geschäftsführer hätten „Anfang Januar 2012 den Entschluss gefasst“, bei ihr „statt eines Prokuristen als Leitung des operativen Geschäfts wieder einen Geschäftsführer für die operative Leitung vor Ort einzusetzen“. Es hat sodann für wahr erachtet, dass eine solche unternehmerische Entscheidung in den ersten Januartagen 2012 tatsächlich getroffen worden ist. Den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts ist der Kläger mit einer Verfahrensrüge nicht entgegengetreten. 40

(d) Der Beschluss der Beklagten, die Aufgaben des Klägers dem neu berufenen Geschäftsführer zu übertragen, ließ - wenn das Vorhaben tatsächlich umgesetzt würde - den Bedarf an einer Beschäftigung des Klägers entfallen. Zwar würden nicht die Aufgaben des Klägers als solche wegfallen. Sie sollten mit dem neuen Geschäftsführer aber nicht einem anderen Arbeitnehmer übertragen werden - dies liefe auf eine regelmäßig unwirksame „Austauschkündigung“ hinaus, weil der Bedarf an der Beschäftigung von Arbeitnehmern auf diese Weise nicht geringer würde -, sondern sie sollten in der Person des neuen Geschäftsführers künftig von einem „Nicht-Arbeitnehmer“ wahrgenommen werden. Der Kläger hat nicht etwa behauptet, auch der neue Geschäftsführer sei dienstrechtlich in Wahrheit als Arbeitnehmer anzusehen - ungeachtet der Frage nach der Erheblichkeit solchen Vorbringens. Damit würde sich folglich der Bedarf an der Beschäftigung von Arbeitnehmern verringern und der Arbeitsplatz des Klägers entfallen. 41

(e) Eine solche Entscheidung des Arbeitgebers ist rechtlich nicht zu beanstanden. Die dem Arbeitnehmer durch Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleistete Freiheit der Berufswahl bietet keinen unmittelbaren Schutz gegen den Verlust des Arbeitsplatzes aufgrund privater Dispositionen (*BAG 20. Juni 2013 - 2 AZR 379/12 - Rn. 23, BAGE 145, 265*). Dem Arbeitgeber ist es kündigungsschutz- 42

rechtlich nicht verwehrt, Tätigkeiten, die bisher von Arbeitnehmern geleistet wurden, künftig (echten) freien Mitarbeitern oder Mitgliedern seiner Vertretungsorgane, die keine Arbeitnehmer sind, zu übertragen (*BAG 13. März 2008 - 2 AZR 1037/06 - Rn. 14, 30; 20. März 2003 - 8 AZR 97/02 - zu II 2 b der Gründe, BAGE 105, 338*). Dies war die vom Landesarbeitsgericht festgestellte Absicht der Beklagten.

(f) Die Absicht und Entscheidung der Beklagten ist nicht rechtsmissbräuchlich. 43

(aa) Eine unternehmerisch-organisatorische Entscheidung des Arbeitgebers hat die Vermutung für sich, dass sie aus sachlichen Gründen erfolgt. Rechtsmissbrauch ist die Ausnahme. Er ist deshalb - in aller Regel mit Hilfe von Indizien - vom Arbeitnehmer darzulegen und ggf. zu beweisen (*BAG 13. März 2008 - 2 AZR 1037/06 - Rn. 29 mwN*). 44

(bb) Der Kläger hat in diesem Zusammenhang vorgebracht, in Wahrheit sei es der Beklagten nicht um eine neue Konzeption gegangen, die in ihrer Konsequenz zum Wegfall seines Arbeitsplatzes führe, sondern allein darum, ihn - den Kläger - „abzubauen“, gleich in welcher Funktion. Er sei der Beklagten „im Weg“ gewesen, insbesondere im Hinblick auf einen Schadensersatzprozess, den - unstreitig - ihre Alleingesellschafterin gegen ihn vor dem Landgericht führe. 45

(cc) Demgegenüber hat das Landesarbeitsgericht als erwiesen angenommen, der Beklagten sei es um die Wahrnehmung der Leitungsaufgaben durch einen auch förmlich als solcher bestellten, vor Ort tätigen Geschäftsführer gegangen. Auf diese Weise habe sie ihrer unerwartet negativen wirtschaftlichen Entwicklung im Jahr 2011 entgegenwirken wollen. Das Konzept, einen Prokuristen mit dem operativen Geschäft vor Ort und die meist ortsabwesenden Geschäftsführer mit vornehmlich überwachenden Aufgaben zu betrauen, habe sich aus Sicht der Beklagten nicht bewährt. Dem ist der Kläger mit zulässigen Verfahrensrügen nicht entgegengetreten. 46

- (dd) Die Feststellungen des Landesarbeitsgerichts lassen rechtsmissbräuchliche Motive der Beklagten nicht erkennen. Deren Entscheidung, die Aufgaben des Klägers ihrem neu bestellten Geschäftsführer zu übertragen, beruhte auf sachadäquaten Erwägungen. Ihre zugleich bestehende, erkennbare Unzufriedenheit mit den Leistungen des Klägers stellt diese Beurteilung nicht in Frage. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, auch unter diesem Aspekt sei die Aufgabenübertragung nicht rechtsmissbräuchlich, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Entscheidung der Beklagten wäre selbst dann sachbezogen und objektiv nachvollziehbar, wenn sie ihre Unzufriedenheit mit dem Kläger immerhin zum Anlass genommen hätte, ihr neues Konzept mit seiner Übertragung der Leitungsaufgaben auf die Geschäftsführerebene zu entwickeln und umzusetzen. Im Übrigen entsprach die beabsichtigte Konstruktion derjenigen, die noch gut ein Jahr zuvor mit dem Kläger selbst als Geschäftsführer bestanden hatte. 47
- (g) Die Beklagte hat ihren Organisationsentschluss tatsächlich umgesetzt. 48
- (aa) Das Landesarbeitsgericht hat als Ergebnis seiner Beweisaufnahme festgestellt, der neu bestellte Geschäftsführer habe ab dem 11. Januar 2012 - einem Tag nach der Freistellung des Klägers - die Leitung des operativen Geschäfts der Beklagten vor Ort auch faktisch übernommen. Einzig dieser und nicht (zusätzlich) ein sonstiger Mitarbeiter habe von da an sämtliche Funktionen wahrgenommen, die bislang dem Kläger übertragen gewesen seien. Der Kläger sei dem entsprechenden, ins Einzelne gehenden Vorbringen der Beklagten nicht substantiiert entgegengetreten. 49
- (bb) Die dagegen gerichtete Verfahrensrüge ist nicht berechtigt. Der Kläger hält dem Landesarbeitsgericht vor, es habe seinen Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt, weil es seinen Vortrag übergegangen habe, ihm seien sämtliche kaufmännischen Befugnisse, die Informationswege und das Controlling längst entzogen gewesen. Demgegenüber ist das Landesarbeitsgericht unter B. III. 1. a) cc) seiner Entscheidungsgründe gerade davon ausgegangen, der Kläger habe die kaufmännische Leitung der Beklagten nicht mehr inne gehabt. 50

Es hat lediglich angenommen, er habe weiterhin die operative Verantwortung für deren Geschäfte getragen und wahrgenommen.

cc) Der Kläger konnte nicht auf einem anderen freien Arbeitsplatz iSv. § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG weiterbeschäftigt werden. Das hätte vorausgesetzt, dass ein Arbeitsplatz zu gleichwertigen oder schlechteren Bedingungen tatsächlich frei gewesen wäre und er über die für die entsprechende Tätigkeit erforderlichen Fähigkeiten und Kenntnisse verfügte (*vgl. BAG 5. Juni 2008 - 2 AZR 107/07 - Rn. 17 mwN*). Das war nicht der Fall. 51

(1) Der Kläger hat sich in diesem Zusammenhang auf die von der Beklagten zu Ende des Jahres 2011 ausgeschriebenen Stellen berufen. 52

(2) Demgegenüber hat das Landesarbeitsgericht festgestellt, dass der Kläger - ungeachtet der Frage, ob sie überhaupt besetzt werden sollten - für keine der drei Stellen die erforderlichen Fähigkeiten und Kenntnisse besaß. Dies gelte insbesondere mit Blick auf die verlangte Techniker Ausbildung bzw. das vorausgesetzte Studium des Maschinenbaus, der Verfahrens- oder der Versorgungstechnik. Mit Recht ist das Landesarbeitsgericht dabei - unausgesprochen - davon ausgegangen, dass es Sache des Arbeitgebers ist, das Profil neu zu besetzender Stellen und die mit ihm verbundenen Anforderungen an Ausbildung und Fähigkeiten der künftigen Stelleninhaber festzulegen. 53

(3) Die in diesem Zusammenhang erhobenen Einwände des Klägers sind unbeachtlich. Dieser tritt den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht mit einer zulässigen Verfahrensrüge iSv. § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b ZPO, sondern mit Ausführungen zum richtigen Verständnis des in den Ausschreibungen verwendeten Begriffs „bevorzugte Fähigkeiten“ und mit dem Vorwurf entgegen, die Beklagte habe nicht dargelegt, warum er in die Aufgaben nicht habe eingearbeitet oder entsprechend habe fortgebildet werden können. Zu beiden Punkten hatte er bis dahin Vortrag nicht gehalten. Mit beidem kann er in der Revisionsinstanz nicht mehr gehört werden. 54

- c) Die aufgrund dringender betrieblicher Erfordernisse iSv. § 1 Abs. 2 KSchG erklärte Kündigung vom 10. Januar 2012 ist nicht wegen einer fehlerhaften Sozialauswahl gemäß Abs. 3 der Vorschrift sozial ungerechtfertigt. Der Kläger, den nach § 1 Abs. 3 Satz 3 KSchG insoweit die Darlegungslast trifft, hat Fehler bei der Sozialauswahl nicht schlüssig aufgezeigt. 55
- aa) Die Beklagte hat vorgetragen, der Kläger sei mit einem ihrer sechs Abteilungsleiter - den Mitgliedern des von ihm so bezeichneten „Führungskreises“ - wegen seiner hierarchisch deutlich höheren Stellung nicht vergleichbar. 56
- bb) Dieses Vorbringen ist nach dem Inhalt des für die Befugnisse des Klägers weiterhin maßgebenden Geschäftsführervertrags, angesichts des Umstands, dass beide Parteien davon ausgingen, der Kläger solle das operative Geschäft der Beklagten weiterhin leiten, und des unwidersprochenen Vorbringens der Beklagten, sämtliche Mitarbeiter mit Ausnahme ihres kaufmännischen Leiters hätten an den Kläger berichtet, ohne Weiteres schlüssig und plausibel. Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht angenommen, es sei unter diesen Umständen Sache des Klägers gewesen darzulegen, weshalb er sich in hierarchischer Hinsicht in Wirklichkeit vom Kreis der übrigen Führungskräfte nicht unterschieden habe. Das Vorbringen des Klägers lässt stattdessen jede konkrete Beschreibung der Aufgaben und Tätigkeiten vermissen, die er selbst und die die von ihm als vergleichbar angesehenen Mitarbeitern tatsächlich wahrgenommen haben. 57
- d) Ob auch Gründe im Verhalten des Klägers die Kündigung iSv. § 1 Abs. 2 KSchG bedingen, kann dahinstehen. 58
- II. Die Kündigung vom 10. Januar 2012 ist nicht aus Gründen außerhalb des KSchG unwirksam. 59
1. Unwirksamkeitsgründe aus § 242 BGB, die nicht schon von § 1 KSchG erfasst wären, oder solche aus §§ 134, 138 BGB sind nicht ersichtlich. 60
2. Ebenso wenig sind die Voraussetzungen des § 612a BGB gegeben. Die Kündigung ist keine Reaktion der Beklagten darauf, dass der Kläger ihr ge- 61

genüber seine Rechte ausgeübt hätte. Einen solchen Zusammenhang hat das Landesarbeitsgericht zu Recht verneint. Es fehlt bereits an schlüssigem Vorbringen des Klägers.

III. Nach § 97 ZPO hat der Kläger die Kosten seiner erfolglosen Revision zu tragen. 62

Kreft

Niemann

Berger

Alex

Bartz