



**LANDESARBEITSGERICHT DÜSSELDORF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

**URTEIL**

In dem Rechtsstreit

K. T., L. weg 2, P.,

**- Kläger und Berufungsbeklagter -**

**Prozessbevollmächtigte:** Rechtsanwälte Grüter u. a.,  
Angerstr. 14 - 16, 47051 Duisburg,

**g e g e n**

N. + X. J. GmbH, vertreten durch die Geschäftsführer H. T.  
und B. P., C. str. 7, M.,

**- Beklagte und Berufungsklägerin -**

**Prozessbevollmächtigte:** Rechtsanwälte CMS Hasche, Sigle u. a.,  
Kranhaus 1 / Im Zollhafen 18, 50678 Köln,

hat die 16. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf  
auf die mündliche Verhandlung vom 19.02.103  
durch die Richterin am Arbeitsgericht Buschkröger als Vorsitzende  
sowie den ehrenamtlichen Richter Russin und den ehrenamtlichen Richter  
Schmitz

**für R e c h t erkannt:**

- 1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Solingen vom 04.09.2012 – 2 Ca 111/12 lev – abgeändert und die Klage abgewiesen.**
- 2. Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger.**
- 3. Die Revision wird zugelassen.**

## TATBESTAND:

Die Parteien streiten über eine Kündigung. Der Kläger war bei der Beklagten seit dem 12.08.2003 als Geschäftsführer zuletzt auf Basis eines Geschäftsführervertrages vom 13.08.2007 (Bl. 19 ff. d. A.) beschäftigt. Die Beklagte beschäftigt ca. 60 Mitarbeiter. Der Kläger ist 58 Jahre alt und verheiratet. Sein Jahresbruttogehalt betrug zuletzt 217.200,00 €.

Gesellschafterin der Beklagten waren zu 50 % die Ehefrau des Klägers sowie zu 50 % der weitere Geschäftsführer Q.. Aufgrund einer Erkrankung des Geschäftsführers Q., der Ende 2009 verstarb, sowie aufgrund eines Kapitalbedarfs entschieden sich die Gesellschafter, ihre Gesellschaftsanteile zu verkaufen. Im Jahr 2009 kam es hierzu zur Aufnahme von Verhandlungen mit der N.+X. Process Industries GmbH (im weiteren N.). Diese führte eine due-diligence-Prüfung durch. Zwischen den Parteien sind der Umfang dieser Prüfung sowie der Beitrag des Klägers und seiner damaligen Mitarbeiter hierzu streitig.

Im Jahr 2007 erwirtschaftete die Beklagte einen Überschuss von 204.800 €, im Jahr 2008 von 63.568,78 €, im Jahr 2009 von 2.558,41 € .

Am 01.07.2010 übermittelte der damalige kaufmännische Leiter der Beklagten J. an die N. eine Unternehmensbewertung (Bl. 162 d. A.), aus der sich ein prognostizierter Gewinn vor Steuern und Zinsen (Ebit) für 2010 von 482.000,00 €, für 2011 von 720.000,00 €, für 2012 von 820.000,00 € sowie für 2013 von 910.000,00 € ergab. Per Juni 2010 erstellte der Kläger einen Lagebericht (Bl. 164 ff. d. A.), in der er eine Plan-Gewinn- und Verlustrechnung erstellte, die ein geplantes EBIT per 31.12.2010 von 492.385,00 € auswies.

Am 19.07.2010 unterzeichneten die Gesellschafter und die N. ein Memorandum of Understanding, in dem sie einen Unternehmenswert von 3.850.000,00 € auf Basis eines fiktiven Ergebnisses vor Steuern und Zinsen (Ebit) von 700.000,00 € festlegten (Bl. 158 f. d. A.).

Am 25.08.2010 teilten die Rechtsberater der N. mit, dass sie der Auffassung seien, dass eine Steuerhinterziehung seitens der Beklagten begangen worden sei (Bl. 228 ff. d. A.). Vor diesem Hintergrund erstattete der Kläger eine Selbstanzeige.

Mit notariellem Vertrag vom 10.09.2010 (Bl. 629 ff. d. A.), an dem auch der Kläger als Vertragspartei beteiligt war, verkauften die Gesellschafter ihre Anteile an der Beklagten an die N.. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass für die Berechnung des Kaufpreises maßgeblich war, dass sie von einem erreichbaren Ergebnis vor Steuern und Zinsen (Ebit) von 700.000,00 € ausgingen. Weiterhin wurde vereinbart, dass ein Teil des Kaufpreises später aufgrund der wirtschaftlichen Entwicklung der Beklagten gezahlt wurde (sog. „Earn-Out-Klausel“).

In § 9 „Weitere Tätigkeit von Herrn T.“ ist folgendes geregelt:

1. *Der bisherige Geschäftsführer Herr K. T. wird sein Geschäftsführeramts auf erste Anforderung des Erwerbers niederlegen.*
2. *Herr K. T. 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) zur Verfügung steht, es sei denn, der Erwerber bzw. das Unternehmen beendet den Dienstvertrag mit Herrn T. einvernehmlich vorzeitig (...) oder Herr T. wird vom Erwerber bzw. vom Unternehmen als Prokurist abberufen oder der zwischen Herrn T. und dem Unternehmen bestehende Dienstvertrag wird von dem Unternehmen auf einen Zeitpunkt vor dem 31.12.2012 gekündigt.*
3. *Der bisherige Geschäftsführerdienstvertrag von Herrn T. 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 von Herrn T. als Prokurist bezieht. (...)*
4. *Des Weiteren wird zwischen dem Erwerber und Herrn T. vereinbart, dass dieser auch in seiner Stellung als Prokurist bis zum einvernehmlichen Abschluss der Earn-Out-Regelung ein unbeschränktes Informations- und Einsichtsrecht in Bezug auf alle Angelegenheiten und Unterlagen des Unternehmens behält. (...)*

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

Ende September legte der Steuerberater G. den geänderten Zwischenabschluss per 31.07.2010 vor (Bl. 172 ff. d. A.). Aus diesem ergab sich ein Fehlbetrag von 551.188,93 €. Im Zusammenhang mit dem Zwischenabschluss sowie im Hinblick auf einen hohen Bilanzposten „unfertige Leistungen“ von 951.916,41 € kam es zu Nachfragen und Schadensersatzforderungen der N., die diese mit Schreiben vom 11.10.2010 und 18.10.2010 (Bl. 786 ff. d. A.) geltend machte. In einer Besprechung am 28.10.2010 wurde zu einem Projekt des Kunden C. C. E. festgestellt, dass die Werthaltigkeit der unfertigen Leistungen glaubhaft nachgewiesen werden konnte, für zwei weitere Projekte könne dieses noch nicht abschließend festgestellt werden. Für eine weitere Position „Projektvorleistungen“ könne deren Werthaltigkeit noch nicht abschließend beurteilt werden, der Kläger ginge aber von ihrer Werthaltigkeit aus. Bei weiteren Projekten werde davon ausgegangen, dass es sich um nicht in der Bilanz aktivierbare Vertriebskosten handle. Vorbehaltlich dieser Feststellungen könne die Übernahmebilanz per 31.07.2010 genehmigt werden. Auf dieser Basis veränderten die Gesellschafter der Beklagten und die N. den Kaufpreis. Schließlich wurde am 05.11.2010 ein Änderungsvertrag abgeschlossen (Bl. 339 ff. d. A.). In diesem ist unter anderem geregelt:

*„3. Im Übrigen besteht zwischen den Veräußerern zu 1.) und 2.) einerseits und dem Erwerber andererseits Einigkeit,*

- a) dass sämtliche Einwendungen des Erwerbers gegen die überarbeitete und von den Parteien durch Unterzeichnung bestätigte Übernahmebilanz zum 31.07.2010, insbesondere diejenigen aus dem Schreiben des Erwerbers vom 11.10.2010 durch die am heutigen Tag vereinbarten Vertragsänderungen vorbehaltlich der nachfolgenden Regelung unter lit. c) vollumfänglich erledigt sind und*
- b) weiterhin die seitens des Erwerbers mit Schreiben vom 18.10.2010 geltend gemachten Ansprüche durch die am heutigen Tag vereinbarten Vertragsänderungen vorbehaltlich der nachfolgenden Regelungen unter lit. c) vollumfänglich erledigt*

*sind; unberührt bleiben jedoch Ansprüche des Erwerbers, soweit sie nicht in dem Schreiben vom 18.10.2010 ausdrücklich angesprochen sind, und*

- c) das Besprechungsprotokoll (Anlage 1) mit seinen Feststellungen zu potentiellen Auswirkungen auf den Jahresabschluss 2010 ebenfalls Teil der Vertragsänderung wird.*

Mit Gesellschafterbeschluss vom 18.11.2010 berief die Beklagte den Kläger als Geschäftsführer ab und verlieh ihm Gesamtprokura. Als Geschäftsführer wurden Herr Dr. M., auch Geschäftsführer der N., sowie Herr H. T., Prokurist und kaufmännischer Leiter der N., bestellt. Beide behielten ihren Dienstsitz bei der N. in T.. Herrn T. wurde die Zuständigkeit für den kaufmännischen Bereich übertragen. An ihn berichtete der damalige kaufmännische Leiter der Beklagten Herr J.. Herr Dr. M. war bis zu seiner Abberufung für den operativen Bereich zuständig. An ihn berichtete der Kläger. Zwischen den Parteien ist streitig, ob die weiteren Führungskräfte der Beklagten an den Kläger berichteten.

Am 18.11.2010 übermittelte der Geschäftsführer Dr. M. dem Kläger eine Zielstruktur (Bl. 478 d. A.), in der der Kläger als Teil der Geschäftsführung aufgeführt war.

Auf Intervention des Klägers teilte die Beklagte mit Schreiben vom 18.12.2010 (Bl. 298 f. d. A.) mit, es habe sich bei der Gesamtprokura um ein Versehen der Rechtsabteilung des Konzerns gehandelt und erteilte dem Kläger Einzelprokura. Es kam im weiteren Verlauf des Arbeitsverhältnisses zu Konflikten über die Kompetenzen des Klägers.

In diesem Zusammenhang teilte der Geschäftsführer dem Kläger in dem Schreiben vom 18.12.2010 im Hinblick auf eine bereits vorliegende Unterschriftenregelung folgendes mit:

*„Hier gibt es keinen Raum für Diskussionen. Ein global agierender Konzern hat einige feste Regeln, die zum einen den Konzern, zum anderen aber auch die Mitarbeiter schützen. Das Vieraugenprinzip und die Doppelunterschrift bei Geschäftsvorfällen gilt bis hoch zum Sprecher der Geschäftsleitung der N.+X.-Group.*

*Wenn Sie die aktuelle Unterschriftenregelung analysieren, dann ist nur in folgenden Fällen die zusätzliche Unterschrift eines Geschäftsführers notwendig (also von Herrn T. oder mir):*

- *Angebote und Verträge über 5.000 T€ (das dürfte eher unwahrscheinlich sein)*
- *Bestellungen und Werkverträge über 2.500 T€ (das ist auch eher unwahrscheinlich)*
- *Geplante Investitionen ab 5.000 € und ungeplante Investitionen ab 2.500 € (jeweils pro Einzelinvestition) (Sie schlagen vor und wir entscheiden ohnehin gemeinsam)*
- *Diverse arbeitsrechtliche Themen (Aufhebungsverträge, Kündigungen, Erteilung von Handlungsvollmachten – Sie schlagen vor, wir entscheiden gemeinsam)*
- *(...)“*

Mit E-Mail vom 26.01.2011 übermittelte der Geschäftsführer Dr. M. dem Kläger eine neue Unterschriftenregelung (Bl. 300 ff. d. A.), nach der der Kläger als verantwortliche Führungskraft gemeinsam mit einem Sachbearbeiter Angebote und Kundenverträge bis 1.000.000,00 € sowie Bestellungen und Werkverträge bis 250.000,00 € mit einem Sachbearbeiter unterzeichnen durfte sowie Investitionen bis 50.000,00 € bzw. 25.000,00 €. Weiterhin durfte er Arbeitsverträge, Aufhebungsverträge und Kündigungen mit einem Sachbearbeiter unterzeichnen.

Am 02.02.2011 übermittelte der Geschäftsführer Dr. M. dem Kläger eine Darstellung zu den Berichtslinien (Bl. 480 f. d. A.), aus sich ergab, dass der kaufmännische Leiter an den Geschäftsführer Verwaltung und Finanzen T. berichten sollte, der Kläger an den Geschäftsführer Technik/Vertrieb Dr. M., alle anderen Mitarbeiter sollten an den Kläger berichten.

Mit E-Mail vom 25.02.2011 (Bl. 474 d. A.) teilte der Geschäftsführer Dr. M. dem Kläger mit:

*„Kein N. Mitarbeiter hat ein Weisungsrecht für N.+X. J.. Einzige Ausnahme sind Herr T. und ich, kraft unser doppelten Organstellung. (...) Warum fragen Sie nach der Gültigkeit des Schreibens vom 02.02.11? Es gibt hier keine gegenteiligen Anweisungen“.*

Mit E-Mail vom 02.05.2011 (Bl. 482f. d. A.) teilte der Geschäftsführer Dr. M. dem Kläger mit:

*(...)*

*4. Die globalen Berichtslinien in der Gesellschaft sind seit Anfang des Jahres definiert. Herr T. ist kaufmännischer GF. Nach dem Ausscheiden von Herrn J. berichtet Herr Kanne fachlich an Herrn T., disziplinarisch verbleibt er bei N.+X. Process Industries. Ich bin GF Technik und Vertrieb. Sie berichten zu mir (und an niemanden anderes). Alle bei der N.+X. J. angestellten Mitarbeiter berichten an Sie. Zur weiteren inhaltlichen Entwicklung des Unternehmens hatte ich Sie unlängst gebeten, ein Organigramm vorzuschlagen. Diesem Vorschlag sehe ich noch entgegen.“*

Mit E-Mail vom 02.08.2011 (Bl. 312 d. A.) teilte der Geschäftsführer Dr. M. dem Kläger mit, dass Einstellung und Entlassung von Mitarbeitern im jeden Fall der Zustimmung der Geschäftsleitung bedürften.

Laut dem berichtigten Jahresabschluss (Bl. 82 ff. d. A.) erlitt die Beklagte im Jahr 2010 einen Verlust von 2.169.499,40 €, laut dem Jahresabschluss für das Jahr 2011 (Bl. 120 ff. d. A.) einen Verlust von 1.299,029,65 €. Im März 2011 kam es zu einem unvorhergesehenen Liquiditätsbedarf der Beklagten von 350.000,00 €, der durch die N. ausgeglichen wurde. Im Jahr 2011 kam es aufgrund der wirtschaftlichen Lage zu betriebsbedingten Kündigungen.

Im Jahr 2011 übernahm die N. aufgrund einer Shared-Services-Vereinbarung vom 31.03.2011 (Bl. 79 ff. d. A.) die betriebswirtschaftliche Federführung im Bereich Finanzen und Controlling. Bereits zum 01.01.2011 wurden hierzu SAP-IT-Systeme eingeführt. Im Rahmen der Shared-Services-Vereinbarung übernahm der Mitarbeiter Kanne der N. Leitungsaufgaben im kaufmännischen Bereich der Beklagten. Der kaufmännische Leiter J. verließ das Unternehmen. Die Beklagte beendete im späteren auch das Arbeitsverhältnis mit der

Assistentin der Geschäftsführung und Personalleiterin Kohle und verlagerte Personalaufgaben auf die N..

Die Beklagte bietet als Dienstleister Ingenieurleistungen in Großprojekten an. Dabei erbringt sie Leistungen vor Ort beim Kunden, aber auch interne Leistungen. Aufgrund der Projektdauer werden in erheblichem Maße Vorleistungen erbracht. Diese werden als unfertige Leistungen als Aktivposten in der Bilanz verbucht. Die Mitarbeiter im Außendienst erfassen ihre Stunden, die dann den Projekten zugebucht werden; weitere intern geleistete Stunden werden diesen Projekten auch zugebucht. Hierfür wurde durch den Kläger bzw. den kaufmännischen Leiter J. eine Liste geführt, auf deren Basis die unfertigen Leistungen gebucht wurden. Die Leistungen werden im späteren dem Kunden in Rechnung gestellt. Zwischen den Parteien ist streitig, ob in diesem Zusammenhang auch Stunden, die nicht von den Kunden bezahlt werden mussten, auf die Projekte gebucht wurden mit der Folge, dass sie als Forderung die Aktivseite der Bilanz erhöhen.

Mit Schreiben vom 10.01.2012 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis zum 31.12.2012 und stellte den Kläger frei (Bl. 24 f. d. A.). Mit Gesellschafterbeschlüssen vom 09.01.2012 (Bl. 868 ff. d. A.) entzog sie ihm die Prokura, beruf - jeweils mit Wirkung zum 11.01.2012 - den Geschäftsführer Dr. M. ab und bestellte Herrn B. P..

Im Internetauftritt der Beklagten waren zu dieser Zeit drei Stellen ausgeschrieben. Es wird auf die Ausschreibungen Bezug genommen (Bl. 336 ff. d. A.).

Mit seiner am 26.01.2012 beim Arbeitsgericht Solingen eingegangenen Klage wendete sich der Kläger gegen die Kündigung.

Der Kläger hat das Vorliegen einer unternehmerischen Entscheidung bestritten. Die Beklagte verhalte sich widersprüchlich, da der Geschäftsführer Dr. M. - insoweit unstreitig - den Kläger noch am 09.01.2012 in einer Mitteilung zu einem Meeting der Führungskräfte erwähnt habe (Bl. 314 d. A.).



Der Kläger hat weiterhin behauptet, die betriebs- und verhaltensbedingten Gründe seien vorgeschoben, um ihn los zu werden. Die Beklagte habe von Anfang an nicht beabsichtigt, ihm die Leitung der Beklagten zu übertragen. Dieses ergebe sich bereits daraus, dass die Beklagte ihm zunächst die vertraglich zugesagte Einzelprokura nicht erteilt habe sowie aus der Unterschriftenregelung. Mitarbeiter der Beklagten hätten sich teilweise tagtäglich über das Tagesgeschäft informiert und dem Kläger diverse Weisungen erteilt. Seine unternehmerischen und kaufmännischen Kompetenzen seien unzulässig begrenzt worden. Aufgrund der ihm auferlegten rechtsgeschäftlichen Vertretungsbeschränkungen sei es ihm nicht zum Vorwurf zu machen, dass er sich Weisungen einhole. Er habe die Beklagte nie operativ geführt und sei nie Teil der Geschäftsleitung gewesen. Faktisch habe er zum Führungskreis der Abteilungsleiter gehört, mit denen er daher auch hierarchisch vergleichbar und austauschbar sei. Die Mitarbeiter würden sich gegenseitig vertreten und nähmen gemeinsam organisatorische und Vertriebsaufgaben wahr. Mit ihnen sei daher eine Sozialauswahl vorzunehmen. Bezüglich der Sozialdaten wird auf die Darstellung des Klägers im Schriftsatz vom 14.05.2012 (Bl. 272 ff. d. A.) Bezug genommen.

Zudem könne er aufgrund seiner Kenntnisse als CAD-Konstrukteur bzw. CAD-Systembetreuer auf den ausgeschriebenen Arbeitsplätzen weiterbeschäftigt werden. Darüber hinaus habe die Beklagte - insoweit unstreitig - dem Mitarbeiter C., der 2011 das 65. Lebensjahr vollendet hat, die Weiterbeschäftigung angeboten.

Er habe sich im Rahmen der Kaufvertragsverhandlungen nichts zu Schulden kommen lassen. Die wirtschaftlichen Verhältnisse in 2010 hätten bei der Kaufentscheidung der N. und der Kaufpreisfindung überhaupt keine Rolle gespielt. Zudem habe es sich bei dem Lagebericht um Planzahlen gehandelt. Die Beklagte habe schließlich eine intensive Due-Diligence-Prüfung über die Jahre 2007 - 2010 vorgenommen. Es sei abwegig, dass die Kaufpreisfindung allein auf den Planzahlen für 2010 beruhe.

Weiterhin habe er keine Manipulationen vorgenommen. Sämtliche Verbuchungen von unfertigen Leistungen seien berechtigt im Rahmen von Aufträgen erfolgt und mit der Vertragsergänzung vom 05.11.2010 erledigt worden. Diese Erledigung beziehe sich auch auf den Kläger. Soweit sich die Beklagte selbst entschieden habe, die Vergütung von Kunden nicht einzufordern, sei ihm dieses nicht zuzurechnen.

Der Kläger hat beantragt

festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung der Beklagten vom 10.01.2012 zum 31.12.2012 aufgelöst wird.

Die Beklagte hat beantragt

die Klage abzuweisen.

Sie stützt die Kündigung auf betriebs- und hilfsweise auf verhaltensbedingte Gründe.

Die Beklagte hat behauptet, sie habe sich Anfang Januar entschieden, wieder einen Geschäftsführer zu installieren, der vor Ort tätig sei und das operative Geschäft leite. Anlass sei zum einen das Verhalten des Klägers, das zu den verhaltensbedingten Gründen geführt habe, gewesen. Sie habe das Vertrauen in den Kläger verloren. Gleichzeitig habe sich aber auch die Konstruktion eines wie ein Geschäftsführer tätigen Prokuristen nicht bewährt. Zudem verbessere die Leitung des operativen Geschäfts durch einen „echten“ Geschäftsführer auch den Außenauftritt gegenüber den Kunden.

Sie habe den Kläger im November 2010 als Geschäftsführer abberufen müssen, da eine Strafbarkeit wegen einer Steuerhinterziehung mit ihren Konzernrichtlinien für Anforderungen an Geschäftsführer nicht zu vereinbaren sei.

Der Kläger habe folgende Aufgaben übernommen:

- disziplinarische Führung der Vertriebsmitarbeiter
- Steuerung des Vertriebs, insbesondere die Akquise von Neukunden und die Pflege des Altkundenbestands
- Angebotswesen
- Überwachung der laufenden Projekte
- Sichtung von Bewerbungen und Führen von Vorstellungsgesprächen
- Einstellung von Personal in formaler Abstimmung mit der Geschäftsleitung
- Überprüfung von Gehältern und Gehaltsanpassungen
- Disziplinarmaßnahmen bis hin zur Kündigung von Mitarbeitern
- Freigabe von Schulungsmaßnahmen im Rahmen des genehmigten Budgets

Der Kläger habe aber die ihm übertragene Aufgabe nicht erfüllt, vielmehr habe er ständig bei der Geschäftsführung um Weisungen ersucht. Sie habe den Kläger nicht in seinen Kompetenzen beschnitten. Die Unterschriftenregelung habe allein der Kontrolle nach dem Vier-Augen-Prinzip gedient. Der Kläger habe im Anschluss auch mehrere Mitarbeiter eingestellt und auch Kündigungen ausgesprochen. Sie habe sich entschieden, die Personalkompetenz im August 2011 zu beschränken, nachdem der Kläger trotz roter Zahlen zu viel Personal eingestellt habe und Vorschläge zum Personalabbau gemacht habe, die mit geltendem Recht nicht zu vereinbaren seien.

Vom 10.01. - 13.01.2012 habe die bisherige Geschäftsführung Dr. M. die Aufgaben des Klägers übernommen, ab dem 13.01.2012 Herr P..

Der Kläger sei mit den Abteilungsleitern, die er als Führungskreis bezeichnet, bereits hierarchisch nicht zu vergleichen. Im Übrigen seien diese auch untereinander nicht austauschbar. Herr C. führe seine bisherige Aufgabe als Leiter

Projektmanagement fort, vielmehr sei er durch eine Neueinstellung weiter entlastet.

Die im Internet ausgeschriebenen Stellen seien nicht tatsächlich frei, sondern dienten lediglich der Marktbeobachtung. Schließlich wurde bei der Beklagten im November und Dezember 2011 – unstreitig - Kurzarbeit geleistet. Der Kläger verfüge zudem nicht über die geforderten Qualifikationen. Seine CAD- und IT-Kenntnisse seien veraltet. Zudem seien die Stellen aufgrund der hohen Gehaltsdifferenz zum aktuellen Gehalt des Klägers nicht zumutbar.

Darüber hinaus habe sich der Kläger bereits im Rahmen der Verkaufsverhandlungen massiver Pflichtverletzungen schuldig gemacht. Er habe durch die Vorlage des viel zu positiven Lageberichts am 14.07.2010 die Beklagte über die Zahlen für 2010 getäuscht. Der Kläger habe die Zahlen bis Mai 2010 als Ist-Zahlen bezeichnet. Sie habe diesen Bericht ausschlaggebend ihrer endgültigen Entscheidung zugrunde gelegt.

Darüber hinaus habe der Kläger verantwortlich gemeinsam mit Herrn J. dafür gesorgt, dass Arbeitsstunden als unfertige Leistungen gebucht worden seien, die nicht werthaltig seien, weil sie dem Kunden nicht in Rechnung gestellt werden könnten. Dadurch sei die Aktivseite der Übergabebilanz per 31.07.2010 massiv verfälscht worden. Dieses gehe weit über den Gegenstand der Nachverhandlungen im Oktober/November 2010 hinaus. Die als Projektvorleistungen gebuchten Stunden seien gegenüber dem Auftraggeber nicht durchsetzbar gewesen und hätten daher nicht als Aktivposten in der Bilanz gebucht werden dürfen. Man habe bereits am 20.12.2010 einen Posten von 421.866,59 € festgestellt. Es möge zwar sein, dass es sich um eine gängige Praxis bei der Beklagten gehandelt habe, spätestens nach den Nachverhandlungen sei der Kläger aber offenbarungspflichtig gewesen, dass noch weitere Posten als die konkret verhandelten existieren. Sie habe in 2010 letztendlich unfertige Leistungen in Höhe von über 948.000,00 € korrigieren müssen.

Das Arbeitsgericht hat mit Urteil vom 04.09.2012 (Bl. 492 ff. d. A.) der Klage stattgegeben. Es stützt die Entscheidung im Wesentlichen darauf, dass der Vortrag der Beklagten in sich widersprüchlich sei. Zwar sei die unternehmerische Entscheidung nur einer Missbrauchskontrolle unterworfen, die Beklagte habe aber nicht konkret vorgetragen, wer die unternehmerische Entscheidung getroffen habe. Die Beklagte könne die Aufgaben des Klägers, der wie ein Geschäftsführer tätig gewesen sei, nicht einfach so wieder auf einen „echten“ Geschäftsführer übertragen. Bezüglich der verhaltensbedingten Gründe fehle es an einer Abmahnung. Aufgrund der Erledigungsklausel im Vertrag vom 05.11.2010 könne sich die Beklagte auch nicht auf das Fehlverhalten berufen. Die Beklagte habe von Anfang an nicht beabsichtigt, den Kläger wie einen Geschäftsführer tätig werden zu lassen.

Das Urteil wurde der Beklagten am 25.10.2012 zugestellt. Sie hat mit Schriftsatz vom 02.11.2012, bei dem Landesarbeitsgericht am 02.11.2012 eingegangen, Berufung eingelegt und diese mit Schriftsatz vom 24.12.2012, bei dem Landesarbeitsgericht am 24.12.2012 eingegangen, begründet.

Die Beklagte wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen. Sie rügt, das Arbeitsgericht habe überspannte Anforderung an die unternehmerische Entscheidung gestellt und sie fehlerhaft als vorgeschoben bezeichnet. Ihr Vorliegen ergebe sich bereits aus der Unterschrift beider Geschäftsführer unter der Kündigung sowie der unmittelbaren Umsetzung der Entscheidung. Darüber hinaus habe das Arbeitsgericht nicht gewürdigt, dass Motiv für den Entschluss nicht nur das Verhalten des Klägers, sondern auch wirtschaftliche Gründe seien. Das Gericht habe zudem verkannt, dass mit dem Änderungsvertrag vom 05.11.2010 keine Erledigung der streitigen Punkte gegenüber dem Kläger eingetreten sei. Darüber hinaus sei aufgrund der Schwere des Vorwurfes keine Abmahnung erforderlich gewesen.

Die Beklagte trägt ergänzend vor, sie habe eine generelle Umstrukturierung dahingehend vorgenommen, dass sie zunächst die Controllinginstrumente auf das Konzernsystem umgestellt habe und diese Aufgaben auf die N. übertragen

habe. Im späteren seien auch die Personalangelegenheiten auf diese übertragen worden. Das Konstrukt des Prokuristen in der operativen Leitung habe sich nicht als erfolgreich erwiesen. Herr Dr. M. und Herr T. hätten diesen Beschluss Anfang Januar gefasst. Herr P. habe alle Aufgaben mit Ausnahme der Überprüfung der Gehälter und Gehaltsanpassungen, was Herr T. übernehme, übernommen. Im Übrigen werde Herr P. - wie auch der Kläger - bei Bedarf durch die Mitarbeiter der zweiten Unternehmensebene unterstützt.

Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts sei daher die unternehmerische Entscheidung lediglich ein Teilstück einer Restrukturierungsmaßnahme. Sie sei aber auch als Einzelfallmaßnahme gerechtfertigt, da die Verlagerung von Aufgaben auf die Geschäftsführerebene eine zu akzeptierende unternehmerische Entscheidung sei.

Der Kläger habe mit der Verbuchung der unfertigen Leistungen massiv gegen Bilanzierungsvorschriften verstoßen und sich damit sogar strafbar gemacht. Sie habe daher keine Abmahnung aussprechen müssen.

Zudem könne sich der Kläger auch nicht auf die Erledigungsklausel im Vertrag vom 05.11.2010 berufen, da sich diese nicht auf den Kläger bezogen habe und sich zudem auch nicht auf seine arbeitsvertraglichen Verpflichtungen beziehe. Zudem habe sie sich auch hier auf Angaben des Klägers verlassen müssen.

Mit Schriftsatz vom 13.02.2013 hat die Beklagte als Kündigungsgrund nachgeschoben, dass der Kläger in einem vor dem Landgericht Köln durch die Beklagte unter anderem gegen ihn geführten Schadensersatzprozess mit Schriftsatz vom 18.05.2012 eine Aufstellung über im Jahr 2010 erfasste halbfertige Leistungen vorgelegt hat, die Anfang 2011 dem Steuerberater für die Bilanzerstellung zur Verfügung gestellt worden ist. Es handelt sich dabei um die in diesem Verfahren als Anlage K35 durch den Kläger vorgelegten Unterlagen (Bl. 803 ff. d. A.).

Die Beklagte trägt hierzu vor, sie habe zunächst keinen Anlass gehabt, an der Berechtigung dieser Stunden zu zweifeln, habe dann im Januar 2013 doch eine Überprüfung vorgenommen. Dabei sei sie zu dem Ergebnis gekommen, dass von den dort angegebenen 5.562,85 Stunden lediglich 644,31 Stunden tatsächlich erbracht worden seien, von denen 376 Stunden aufgrund paralleler Kurzarbeit nicht aktivierbar seien. Es bestehe der Verdacht, dass der Kläger die weiteren Stunden schlicht erfunden habe. Auch vor diesem Hintergrund sei die Kündigung berechtigt.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Solingen vom 04.09.2012  
- 2 Ca 111/12 lev - abzuändern und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Er verteidigt das Urteil des Arbeitsgerichts. Er rügt, der Vortrag der Beklagten bleibe in Bezug auf die unternehmerische Entscheidung weiterhin im Vagen. Die von ihr geschilderten Abläufe seien so nicht nachvollziehbar.

Zudem habe die Beklagte die Umverteilung der Aufgaben des Klägers nicht substantiiert dargestellt. Von Anfang an seien alle personellen Vorgänge nur nach Abstimmung mit der Geschäftsführung erfolgt. Durch die Unterschriftenregelung vom 18.12.2010 sei der unternehmerischen Handlungsfreiheit des Klägers ein Riegel vorgeschoben worden.

Die Beklagte selbst habe bereits vor Juli 2010 im Rahmen von Business Cases einen Unternehmenswert von mindestens 3.493.000,00 € ermittelt (Bl. 713 ff. d. A.). Vor diesem Hintergrund könne es ihr auf die Planzahlen aus Juli 2010 nicht angekommen sein. Der Kläger vertritt zudem die Auffassung, die Beklagte habe das Recht, eine Kündigung auf den Vorwurf der Bilanzmanipulation und der falschen Mitteilung von Geschäftszahlen zu stützen, verwirkt.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die zu den Akten gereichten Schriftsätze Bezug genommen.

Das Gericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung des Zeugen Dr. M.. Es wird Bezug auf das Protokoll der Sitzung vom 19.02.2013 genommen.

### **ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE**

A. Die Berufung der Beklagten ist zulässig. Sie ist insbesondere unter Beachtung der Vorgaben der §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG in Verbindung mit § 520 ZPO form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden.

B. Die Berufung der Beklagten ist auch begründet. Das Arbeitsverhältnis der Parteien hat durch die Kündigung vom 10.01.2012 zum 31.12.2012 sein Ende gefunden.

I. Auf das Arbeitsverhältnis findet das Kündigungsschutzgesetz unstreitig Anwendung. Der Kläger ist seit mehr als sechs Monaten als Arbeitnehmer bei der Beklagten beschäftigt, diese beschäftigt ständig mehr als zehn Arbeitnehmer.

II. Die Kündigung gilt nicht als wirksam, §§ 4, 7 KSchG. Der Kläger hat innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung eine Kündigungsschutzklage beim Arbeitsgericht eingereicht.

III. Die Kündigung ist auch sozial gerechtfertigt. Die Beklagte stützt die Kündigung vornehmlich auf betriebsbedingte, hilfsweise auch auf verhaltensbedingte Gründe.

1. Die Kündigung ist durch ein dringendes betriebliches Erfordernis i. S. d. § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG gerechtfertigt.



a) Dringende betriebliche Erfordernisse für eine Kündigung i. S. d. § 1 Abs. 2 KSchG können sich aus innerbetrieblichen oder außerbetrieblichen Gründen ergeben. Innerbetriebliche Gründe liegen vor, wenn sich der Arbeitgeber zu einer organisatorischen Maßnahme entschließt, bei deren Umsetzung das Bedürfnis für die Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer entfällt. In diesem Fall ist die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit dieser Unternehmerentscheidung von den Arbeitsgerichten inhaltlich nicht zu überprüfen. Es ist nicht Sache der Arbeitsgerichte, dem Arbeitgeber eine "bessere" oder "richtigere" Unternehmenspolitik vorzuschreiben und damit in die Kostenkalkulation des Arbeitgebers einzugreifen. Die Gestaltung eines Betriebes, die Frage, ob und in welcher Weise sich jemand wirtschaftlich betätigen will, ist Bestandteil der grundrechtlich geschützten unternehmerischen Freiheit, wie sie sich aus Art. 2 Abs. 1, Art. 12 und Art. 14 GG ableiten lässt (grundlegend BAG, Urteil vom 26.02.2002, 2 AZR 636/01, NZA 2003, 549 Rn. 18). Zu der verfassungsrechtlich garantierten unternehmerischen Freiheit gehört grundsätzlich auch das Recht des Unternehmers, sein Unternehmen aufzugeben, selbst darüber zu entscheiden, welche Größenordnung es haben soll und festzulegen, ob bestimmte Arbeiten weiter im eigenen Betrieb ausgeführt oder an Subunternehmer vergeben werden sollen (BAG, Urteil vom 26.09.2002, 2 AZR 636/01, NZA 2003, 549 Rn. 18; BAG, Urteil vom 17.06.1999, 2 AZR 522/98, NZA 2000, 378, Rn. 14; BAG, Urteil vom 05.02.1998, 2 AZR 227/97, NZA 1998, 771 Rn. 23; BAG, Urteil vom 12.11.1998, 2 AZR 91/98, NZA 1999, 471 Rn. 18 ).

Die unternehmerische Freiheit gilt jedoch nicht schrankenlos. Die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG schützt nicht nur die unternehmerische Freiheit, sondern gewährt auch einen Mindestbestandsschutz für den Arbeitnehmer. Zwar ist mit der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufswahlfreiheit kein unmittelbarer Schutz gegen den Verlust des Arbeitsplatzes aufgrund privater Disposition verbunden. Insofern obliegt dem Staat aber eine aus dem Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG folgende Schutzpflicht, der sowohl der Gesetzgeber als auch die Gerichte Rechnung tragen müssen. Der verfassungsrechtlich gebotene Mindestbestandsschutz für ein Arbeitsverhältnis strahlt auf die Auslegung und Anwendung der Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes aus. Die Gerichte

haben von Verfassungs wegen zu prüfen, ob von ihrer Anwendung im Einzelfall das Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG berührt wird. Trifft das zu, dann haben die Gerichte die Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes im Lichte der Grundrechte auszulegen und anzuwenden (BVerfG, Urteil vom 08.07.1997, 1 BvR 2111/94, 1 BvR 195/95, 1 BvR 2189/95 NZA 1997, 992 Rn. 47).

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgericht ist daher bei der Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes auf an sich "freie" Unternehmerentscheidungen stets eine eingeschränkte Prüfung des unternehmerischen Konzepts vorzunehmen, da bei einer schrankenlosen Hinnahme jeglicher unternehmerischen Entscheidung als bindend für den Kündigungsschutzprozess der Kündigungsschutz der Arbeitnehmer teilweise leerlaufen würde. Besteht etwa die Unternehmerentscheidung allein in dem Entschluss, einem oder mehreren Arbeitnehmern zu kündigen, so kann diese Entscheidung des Arbeitgebers, was schon aus dem Kündigungsschutzgesetz folgt, nicht "frei" sein. Je näher die eigentliche Organisationsentscheidung an den Kündigungsentschluss rückt, umso stärkere Anforderungen werden etwa an die Darlegungslast des Arbeitgebers gestellt, der verdeutlichen muss, dass infolge der unternehmerischen Entscheidung ein Beschäftigungsbedürfnis für den Arbeitnehmer entfallen ist (grundlegend BAG, Urteil vom 17.06.1999, 2 AZR 141/99, NZA 1999, 1098 Rn. 13). Außerdem findet eine Missbrauchskontrolle statt. Die unternehmerische Entscheidung ist stets daraufhin zu überprüfen, ob sie offensichtlich unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist (BAG, Urteil vom 24.05.2012, 2 AZR 124/11, Rn. 21; BAG, Urteil vom 23.02.2012, 2 AZR 548/10 Rn. 17; BAG, Urteil vom 26.09.2002, 2 AZR 636/01; BAG, Urteil vom 30.04.1987, 2 AZR 154/86). Nachzuprüfen ist aber, ob die fragliche Entscheidung tatsächlich umgesetzt wurde und dadurch das Beschäftigungsbedürfnis für einzelne Arbeitnehmer entfallen ist (BAG, Urteil vom 23.02.2012, 2 AZR 548/10, Rn. 17; BAG, Urteil vom 16.12.2010, 2 AZR 770/09, Rn. 13).

Der Arbeitsplatz des Klägers ist weggefallen. Die Beklagte hat eine unternehmerische Entscheidung dahingehend getroffen, dass künftig statt eines

Geschäftsführers am Sitz der Muttergesellschaft und eines Prokuristen vor Ort mit jeweiliger Zuständigkeit für die Leitung des operativen Geschäfts wieder ein Geschäftsführer die Leitung des operativen Geschäfts vor Ort übernehmen soll.

aa) Die Beklagte hat eine unternehmerische Entscheidung getroffen. Die Unternehmerentscheidung, auf die kündigungrechtlich abzustellen ist, bedarf grundsätzlich keiner bestimmten Form. Sie setzt bei einer juristischen Person regelmäßig keinen formell wirksamen Beschluss des im Innenverhältnis zuständigen Gremiums voraus (LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 23.02.2012, 10 Sa 503/11, Rn. 28; BAG, Urteil vom 07.07.2005, 2 AZR 399/04, Rn.38, BAG, Urteil vom 05.04.2001, 2 AZR 696/99, Rn. 21). Es genügt, wenn in einer juristischen Person derjenige, der dazu die tatsächliche Macht hat, eine entsprechende Unternehmerentscheidung trifft und ihre Durchsetzung greifbare Formen angenommen hat (LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 23.02.2012, 10 Sa 503/11, Rn. 28).

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht für die Kammer fest, dass als Ergebnis eines längeren Überlegungsprozesses die Geschäftsführer T. und Dr. M. in der ersten Januarwoche des Jahres 2012 die Entscheidung getroffen haben, die operative Leitung der Beklagten durch einen Geschäftsführer vor Ort übernehmen zu lassen. Der Zeuge hat zwar in seiner Aussage keine konkrete Angabe zum Datum dieser Entscheidung gemacht, er hat sie aber zeitlich dahingehend hinreichend konkretisiert, dass er angegeben hat, dass Herr T. und er die Weihnachtsfeiertage genutzt hätten, um mögliche Handlungsalternativen zu überdenken und dass sie sich in der ersten Woche des Jahres 2012, mithin denknotwendig vor der Kündigung entschieden hätten, wieder einen Geschäftsführer als Leiter des operativen Geschäfts einzusetzen.

Die Aussage war glaubhaft. Der Zeuge war glaubwürdig. Für die Kammer war nachvollziehbar, dass der Zeuge nicht mehr angeben konnte, an genau welchem Tag die Entscheidung getroffen worden ist. Die Entscheidung ist nicht dokumentiert worden, so dass er auf entsprechende Informationen nach über einem Jahr nicht mehr zurückgreifen konnte. Der Zeuge war aber in der Lage, die Abläufe, die zu der unternehmerischen Entscheidung geführt hatten, nach-

vollziehbar zu schildern und die zeitliche Lage der unternehmerischen Entscheidung zeitlich einzuschränken auf die Arbeitstage der ersten Woche 2012 (in Baden-Württemberg 02. - 05.01.2012). Er hat hierzu angegeben, dass die Geschäftsführer ab Oktober 2011 Überlegungen zu weiteren konzeptionellen Änderung angestrengt hatten, um der defizitären Lage der Beklagten zu begegnen, dass sie mehrere Handlungsalternativen entwickelt hatten und dass nach einer jeweiligen Überlegungsphase über Weihnachten und Neujahr eine Entscheidung fallen sollte.

Gegen die Glaubhaftigkeit der Aussage spricht aus Sicht der Kammer auch nicht, dass der Kläger noch am 03.01.2012 zu einem Kick-Off-Meeting gemeinsamen mit anderen Führungskräften der Beklagten durch den Zeugen eingeladen wurde und dass er auch in einer E-Mail vom 09.01.2012 noch behandelt wurde, als sei bzw. werde er weiterhin im Unternehmen tätig sein. Die Beklagte hat insoweit angegeben, was der Zeuge auch in seiner Vernehmung bestätigt hat, dass sie vor Übergabe der Kündigung und Freistellung des Klägers Aufsehen vermeiden wollte. Es ist nachvollziehbar, dass dieses entstanden wäre, wenn der Kläger zu einem Treffen der Führungskräfte der Beklagten nicht eingeladen worden wäre, von dessen Ansetzung er aber von anderen Mitarbeitern erfahren hätte.

Die Kammer hatte keinen Anlass, an der Glaubwürdigkeit des Zeugen zu zweifeln. Der Zeuge hat zwar weiterhin als Geschäftsführer der Alleingesellschafterin der Beklagten ein Interesse am Ausgang dieses Prozesses und hat diesen in erster Instanz aktiv als Vertreter der Beklagten begleitet. Die Kammer geht sogar davon aus, dass wesentliche Informationen für die Erstellung der seitens der Beklagten zur Gerichtsakte gereichten Schriftsätze unmittelbar durch den Zeugen vermittelt worden sind. Dieses schmälert aber nicht seine Glaubwürdigkeit.

Das Vorliegen einer unternehmerischen Entscheidung hat sich auch dadurch manifestiert, dass mit Gesellschafterbeschlüssen vom 09.01.2012 nicht nur der Kläger, sondern auch der Geschäftsführer Dr. M. abberufen und Herr P. zum Geschäftsführer berufen wurde. Die Schaffung der gesellschaftsrechtlichen

Voraussetzungen durch die Ernennung von Herrn P. sowie die Abberufung des Klägers sowie des Geschäftsführers Dr. M. ist Teil der Umsetzung der unternehmerischen Entscheidung. Durch die zeitnahe Durchführung der gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierung wird auch verdeutlicht, dass diesem eine Entscheidung vorausgegangen sein muss.

bb) Die unternehmerische Entscheidung hält auch einer Missbrauchskontrolle stand.

Die Missbrauchskontrolle hat sich unter anderem daran zu orientieren, dass durch die Wertung der Willkür und des Missbrauchs der verfassungsrechtlich geforderte Bestandsschutz nicht unangemessen zurückgedrängt wird (BAG, Urteil vom 26.09.2002, 2 AZR 636/01 Rn. 20).

Allerdings kann in Fällen, in denen die Organisationsentscheidung des Arbeitgebers und sein Kündigungsentschluss praktisch deckungsgleich sind, die ansonsten berechnete Vermutung, die fragliche Entscheidung sei aus sachlichen Gründen erfolgt, nicht unbesehen greifen. In diesen Fällen muss der Arbeitgeber vielmehr konkrete Angaben dazu machen, wie sich seine Organisationsentscheidung auf die Einsatzmöglichkeiten der Arbeitnehmer auswirkt (BAG, Urteil vom 16.12.2010, 2 AZR 770/09 Rn. 14; BAG, Urteil vom 18.03.2010, 1 AZR 337/08 Rn. 20; BAG, Urteil vom 10.07.2008, 2 AZR 1111/06 Rn. 31).

Die Beklagte hat sich entschieden, die Aufgaben des Klägers, die er nach der Vereinbarung der Parteien übernehmen sollte, und die unstrittig in den klassischen Aufgabenbereich eines Geschäftsführers gehören, auch wieder durch einen Geschäftsführer durchführen zu lassen. Damit wird der Arbeitsplatz des Klägers von der Stufe Prokurist mit Aufgaben eines Geschäftsführers nicht nur inhaltlich, sondern auch funktional wieder auf die Ebene des Geschäftsführers gehoben. Damit hat sie das Profil des Arbeitsplatzes verändert, ohne dass sich inhaltlich an den Anforderungen des Arbeitsplatzes etwas geändert hat.

Gestaltet der Arbeitgeber lediglich Arbeitsabläufe um, ohne dass sich die Tätigkeit inhaltlich ändert, und ist der bisherige Stelleninhaber aufgrund seiner

Fähigkeiten und Ausbildung in der Lage, die künftig anfallenden Arbeiten zu verrichten, so ist eine auf betriebliche Gründe gestützte Kündigung sozial nicht gerechtfertigt (BAG, Urteil vom 24.05.2012, 2 AZR 124/11 Rn. 26; BAG, Urteil vom 10.11.1994, 2 AZR 242/94 Rn. 20). Das gleiche gilt, wenn der Arbeitgeber die auf dem Arbeitsplatz bislang zu verrichtende Tätigkeit um zusätzliche Aufgaben erweitert, der dadurch veränderte Arbeitsplatz aber nach Bedeutung und Verantwortung nicht um so viel anspruchsvoller ist, dass insgesamt ein anderer Arbeitsbereich entstanden wäre (BAG, Urteil vom 24.05.2012, 2 AZR 124/11 Rn. 26; BAG, Beschluss vom 30.08.1995, 11 ABR 11/95 Rn. 36).

Allerdings ist hier zu berücksichtigen, dass die Beklagte nicht das Anforderungsprofil an die Stelle im Hinblick auf eine Qualifikation geändert hat, sondern vielmehr die Stelle mit einer gesellschaftsrechtlichen Funktion, nämlich der Stellung als Geschäftsführer, verbunden hat.

Unabhängig davon ist nicht nur der Arbeitsplatz des Klägers durch Herrn P. eingenommen worden. Dieser soll zwar nach der unternehmerischen Entscheidung mit Ausnahme von personalpolitischen Aufgaben die Arbeitsaufgaben des Klägers übernehmen und ersetzt diesen damit. Gleichzeitig ersetzt er aber auch den bislang in T. ansässigen Geschäftsführer für den operativen Bereich Dr. M. und vereinigt damit die nach den Vereinbarungen der Parteien ursprünglich zwischen dem Kläger und Herrn Dr. M. geteilte Funktion als Geschäftsführer am Konzernsitz mit eher kontrollierenden Aufgaben und als Prokurist mit Geschäftsführungsaufgaben am Sitz der Beklagten. Beide Funktionen sind nunmehr als Geschäftsführer mit Verantwortung für das operative Geschäft am Sitz der Beklagten vereinigt. Damit findet nicht nur eine reine Aufwertung der Stelle dadurch statt, dass die Aufgaben wieder durch einen Geschäftsführer übernommen werden, sondern auch eine Veränderung der Aufgabenstellung.

Darüber hinaus dient die unternehmerische Entscheidung nicht allein dazu, das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger aufgrund seiner Person zu beenden. Sie ist nach Auffassung der Kammer von einem Motivbündel getragen. Die Beklagte hat dazu vorgetragen, dass ihr Vertrauen in den Kläger an sich bereits im Rah-

men der Vertragsverhandlungen nach Vorlage der Übergabebilanz zum 31.07.2010 erschüttert worden ist und dass es durch die Vorgänge betreffend die Verbuchung von unfertigen Leistungen im Jahr 2010 und deren Aufarbeitung weiter erschüttert wurde. Darüber hinaus hatte sie – entgegen anderer Erwartungen aller Parteien dieses Rechtsstreits – sich mit einem negativen Unternehmensergebnis für das Jahr 2010 und der negativen Entwicklung im Jahr 2011 auseinanderzusetzen und hierfür Gegenmaßnahmen anzustrengen. Nach Angabe des Zeugen wurde eine Ursache der wirtschaftlichen Krise auch darin gesehen, dass sich das Konzept, einen Prokuristen mit dem operativen Geschäft vor Ort zu betrauen und lediglich seitens der operativen Geschäftsführung vornehmlich überwachende Aufgaben wahrzunehmen, nicht bewährt hat. Allein die Tatsache, dass eine Unzufriedenheit mit der Leistung des Klägers verbunden mit einem Vertrauensverlust in die unternehmerische Entscheidung mit eingeflossen ist, führt nicht zu ihrer Missbräuchlichkeit, soweit damit weitere organisatorische Änderungen verbunden sind. Dieses ist – wie zuvor festgestellt – der Fall.

Die Entscheidung ist auch nicht dadurch missbräuchlich, dass sie unmittelbar im Januar 2012 und damit vor Auslaufen der Earn-Out-Vereinbarung der N. und der früheren Gesellschafter der Beklagten umgesetzt werden sollte. Zwar war nach dem übereinstimmenden Vortrag der Parteien eine Zwecksetzung der Fortsetzung der Tätigkeit des Klägers, dass dieser im Interesse der früheren Gesellschafter weiter im Unternehmen tätig ist, um für eine positive weitere Entwicklung und damit entsprechende Kaufpreiszahlen zu sorgen. Die Regelung in § 9 des Gesellschaftskaufvertrages vom 10.09.2010 über die weitere Tätigkeit des Klägers bei der Beklagten bindet nur diesen. Im Vertrag vom 10.09.2010 ist ausdrücklich geregelt, dass der Kläger sich verpflichtet, bis zum 31.12.2012 zur Verfügung zu stehen, soweit er dazu gesundheitlich in der Lage ist, das Arbeitsverhältnis nicht aufgehoben oder aber von der Beklagten gekündigt wird. Damit ist deutlich, dass ein Kündigungsrecht der Beklagten nicht ausgeschlossen war.

Darüber hinaus berührt eine vorzeitige Umsetzung der unternehmerischen Entscheidung nicht die hier zur Entscheidung anstehende Frage, ob die Kündigung

das Arbeitsverhältnis zum 31.12.2012 beendet hat. Der Kläger hätte zweifelsohne aufgrund des bestehenden Arbeitsverhältnisses nach § 611 BGB einen Anspruch auf Beschäftigung bis zum 31.12.2012 gehabt. Die weiteren zur Sicherung des Anspruchs auf weitere Kaufpreiszahlungen dienenden Einsichtsrechte gemäß § 9 Abs. 4 des Kaufvertrages vom 10.09.2012 sind im Übrigen bereits an die gesellschaftsrechtliche Stellung als Prokurist geknüpft und nicht an den Bestand des Arbeitsverhältnisses.

Der Beklagten ist es auch nicht aus dem Gesichtspunkt der Bedingungsverteilung, § 162 Abs. 2 BGB, verwehrt, sich auf ihre unternehmerische Entscheidung zu berufen. Der Kläger war Geschäftsführer der Beklagten. Diese hatte ihn im November 2010 nach ihrem Vortrag aus Compliancegesichtspunkten abberufen, um ihn dann in der Position des Prokuristen mit Geschäftsführungsaufgaben zu beschäftigen und hat sich nunmehr entschieden, wieder einen Geschäftsführer zu installieren, wodurch das Beschäftigungsbedürfnis für den Kläger entfallen soll. Zwar entfällt das Beschäftigungsbedürfnis im Wesentlichen dadurch, dass der Kläger nicht mehr Geschäftsführer ist und die Beklagte nunmehr die Aufgaben wieder durch einen Geschäftsführer erledigen lassen will. Wäre der Kläger jedoch Geschäftsführer geblieben, so hätte er gemäß § 14 Abs. 1 KSchG keinen Kündigungsschutz genossen; die Beklagte hätte daher den Anstellungsvertrag ohne weiteres kündigen können. Durch die Abberufung als Geschäftsführer hat der Kläger daher einen höheren sozialen Schutz erlangt.

cc) Die Beklagte hat ihre unternehmerische Entscheidung auch umgesetzt. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht für das Gericht fest, dass Herr P. bereits ab dem 11.01.2012, mithin einen Tag nach Freistellung des Klägers, die Leitung des operativen Geschäfts vor Ort übernommen hat.

Läuft die unternehmerische Entscheidung letztlich nur auf den Abbau einer Hierarchieebene hinaus verbunden mit einer Umverteilung der dem betroffenen Arbeitnehmer bisher zugewiesenen Aufgaben, bedarf es dementsprechend näherer Darlegungen, damit geprüft werden kann, ob der Beschäftigungsbedarf für den betroffenen Arbeitnehmer tatsächlich entfallen und die Entscheidung



weder offensichtlich unsachlich noch willkürlich ist. Der Arbeitgeber muss konkret erläutern, in welchem Umfang und aufgrund welcher Maßnahmen die bisher von dem betroffenen Arbeitnehmer ausgeübten Tätigkeiten für diesen zukünftig entfallen. Er muss die Auswirkungen seiner unternehmerischen Vorgaben auf die zukünftige Arbeitsmenge anhand einer schlüssigen Prognose konkret darstellen und angeben, wie die anfallenden Arbeiten vom verbliebenen Personal ohne überobligationsmäßige Leistungen erledigt werden können (BAG, Urteil vom 24.05.2012, 2 AZR 124/11 Rn. 23; BAG, Urteil vom 23.02.2012, 2 AZR 548/10 Rn. 18; BAG, Urteil vom 13.02.2008, 2 AZR 1041/06 Rn. 16; BAG, Urteil vom 10.10.2002, 2 AZR 598/01, Rn. 44).

Die Beklagte hat die Aufgaben des Klägers auf Herrn P. übertragen. Dieses steht nach der Beweisaufnahme zur Überzeugung der Kammer fest. Der Zeuge Dr. M. hat angegeben, dass Herr P. bereits am 11.01.2012 in das operative Geschäft der Beklagten „eingestiegen“ ist und sich in die Organisation eingearbeitet hat. Auch insofern erschien die Aussage des Zeugen glaubhaft und glaubwürdig. Zur Glaubwürdigkeit des Zeugen ist bereits ausgeführt worden. Einen Anlass dazu, dass diese Angaben nicht glaubhaft waren, bestand für die Kammer nicht. Insbesondere gab es für die Kammer keine Anhaltspunkte dafür, dass eine andere Person als Herr P. die Aufgaben des Klägers übernommen hat.

Die Kammer konnte dabei auch von den seitens der Beklagten geschilderten Aufgaben des Klägers ausgehen. Die Beklagte hat konkret vorgetragen, welche Aufgaben der Kläger als Prokurist übernommen hat und dass Herr P. diese nunmehr ausführt. Der Kläger hat dieses bestritten, ohne konkret vorzutragen, welche Aufgaben ihm stattdessen übertragen worden sind. Zwischen den Parteien war vereinbart, dass der Kläger auch nach Abberufung als Geschäftsführer und Ernennung zum Prokuristen weiterhin im Rahmen seines Geschäftsführerdienstvertrages tätig sein sollte. Unstreitig ist, dass dem Kläger weiterhin die operative Leitung des Betriebs der Beklagten übertragen sein sollte. Der Kläger hat nach der Übernahme der Gesellschaftsanteile durch die N. die kaufmännische Leitung unstreitig nicht mehr innegehabt. Diese wurde

durch den Geschäftsführer T. und eine direkte Berichtslinie zwischen ihm und dem kaufmännischen Leiter J. und im späteren durch die Übertragung von Controllingaufgaben auf die N. im Rahmen der Shared-Services-Vereinbarung wahrgenommen.

Soweit der Kläger behauptet, er habe nach der Übernahme der Gesellschaftsanteile durch die N. aber auch keinerlei operative Verantwortung mehr innegehabt, so ist sein Vortrag nicht nachvollziehbar. Zwar hat die Beklagte dem Kläger nach seiner Abberufung als Geschäftsführer zunächst nur Gesamtprokura erteilt, was gegen die Regelung im Gesellschaftskaufvertrag vom 10.09.2010 verstieß; dieses vertragswidrige Verhalten hat sie aber unverzüglich nach einer entsprechenden Rüge durch den Kläger mit einer Entschuldigung korrigiert.

Eine Beschneidung der Kompetenzen des Klägers ist auch nicht in den Unterschriftenregelungen der Beklagten zu sehen. Bereits aus der mit Schreiben vom 26.01.2011 übergebenen Unterschriftenregelung ergibt sich, dass die Entscheidungsbefugnis des Klägers nicht durch die erforderliche Mitunterzeichnung durch einen Sachbearbeiter eingeschränkt ist. In der Unterschriftenregelung selbst ist immer ein Mitarbeiter als Verantwortlicher bzw. Führungskraft und der andere als Ersteller bzw. Sachbearbeiter gekennzeichnet. In 6.2 der Unterschriftenregelung ist geregelt, dass um Rechtssicherheit herzustellen bzw. Missbrauch zu unterbinden, festgelegte Dokumente von einer zweiten Person unterschrieben werden. Ein derartiges Vier-Augen-Prinzip schränkt jedoch eine Entscheidungsbefugnis nicht ein, sondern dient vielmehr lediglich Kontrollzwecken (vgl. BAG, Beschluss vom 16.04.2002, 1 ABR 23/01 Rn. 30; vorgehend und konkreter LAG Hamm, Beschluss vom 09.01.2001, 13 TaBV 72/00 Rn. 42). Aus der Unterschriftenregelung ergibt sich viel mehr, dass der Kläger berechtigt war, in erheblichem Volumen, ohne dass er die Zustimmung der Geschäftsführer einholen musste, Verträge für die Beklagte abzuschließen. Bis August 2011 war er auch berechtigt, Arbeitsverhältnisse zu begründen und zu beenden. Damit liegt eine weitreichende Handlungsfreiheit vor, die den Kläger berechtigt hat, das operative Geschäft zu leiten.

Soweit sich der Kläger darauf beruft, er habe ständig Weisungen erhalten, so wird nicht klar, inwiefern die ihm nach dem Vortrag der Beklagten übertragenen Aufgaben dadurch beeinträchtigt wurden bzw. er in seiner Kompetenz beschnitten wurde. Unabhängig davon hat die Beklagte vorgetragen, dass der Kläger ständig Weisungen erbeten hat, was sie ihm letzten Endes auch als Führungsschwäche angelastet hat.

Die Beklagte hat gegenüber dem Kläger mit Schreiben vom 02.02.2011, 25.02.2011 sowie 02.05.2011 ausdrücklich erklärt, dass alle Mitarbeiter außerhalb des kaufmännischen Bereichs an ihn zu berichten haben. Woraus sich entgegen diesen klaren Erklärungen eine tatsächliche andere Gestaltung ergibt, ist nicht vorgetragen.

Durch die Beschränkung der Kündigungsbefugnis im August 2011 ist zwar dem Kläger eine Kompetenz genommen worden. Es ist damit aber immer noch nicht ersichtlich, dass der Kläger ohne die Kündigungskompetenz nicht in der Lage war, das operative Geschäft der Beklagten zu führen, insbesondere die von der Beklagten vorgetragene disziplinarische Führung der Vertriebsmitarbeiter, die Steuerung des Vertriebs wie etwa die Kundenakquise oder die Projektsteuerung. Das eigentliche operative Geschäft besteht vornehmlich aus diesen Tätigkeiten, da durch sie Aufträge akquiriert und erledigt werden.

Damit hat Herr P. die Aufgaben des Klägers im Rahmen seiner Funktion als Geschäftsführer vollständig übernommen. Soweit der Kläger rügt, die Beklagte habe nicht substantiiert zur Aufgabenübertragung auf Herrn P. vorgetragen, so folgt die Kammer diesem nicht. Die Beklagte hat die Aufgaben des Klägers, die auf Herrn P. übertragen werden, konkret benannt. Soweit sie darauf hingewiesen hat, dass dieser Unterstützung durch die Führungskräfte der nächsten Ebene erhält, hat sie ausdrücklich erwähnt, dass dieses ebenso beim Kläger der Fall war. Es dürfte auch natürlich sein, dass die operative Leitung durch die nächste Führungsebene Zuarbeit erhält. Diesem ist der Kläger nicht substantiiert entgegengetreten.

Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Aufgaben des Klägers auf andere Mitarbeiter übertragen worden sind. Soweit der Kläger vorgetragen hat, die Beklagte habe Herrn C. die Weiterarbeit mit Aufgaben im Bereich Vertrieb und Personal angeboten, sagt nichts darüber aus, ob es sich konkret um Aufgaben des Klägers handelt. Außerdem ist nicht ersichtlich, dass die Beklagte dem Mitarbeiter tatsächlich Aufgaben des Klägers übertragen hat. Vielmehr hat die Beklagte vorgetragen, dass sie Herrn C. seinerseits von Aufgaben entlastet hat, da sie auf seiner Position eine Überforderung gesehen hat.

Der bisherige Arbeitsplatz des Klägers als Leiter des operativen Geschäfts mit der Vertretungsberechtigung als Einzelprokurist ist damit weggefallen.

b) Der Kläger kann sich nicht auf freie Arbeitsplätze im Unternehmen der Beklagten berufen. Gemäß § 1 Abs. 2 S. 2 KSchG ist eine Kündigung nicht sozial gerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz in demselben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann. Wenn die Möglichkeit besteht, den Arbeitnehmer auf einem anderen freien Arbeitsplatz gegebenenfalls auch zu geänderten (schlechteren) Arbeitsbedingungen weiter zu beschäftigen, ist eine ordentliche Beendigungskündigung nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ausgeschlossen (BAG, Urteil vom 05.06.2008, 2 AZR 107/07 Rn. 17). Das Angebot einer Weiterbeschäftigung zu geänderten (schlechteren) Bedingungen kann lediglich in Extremfällen unterbleiben (z. B. bei einer völlig unterwertigen Beschäftigung; vgl. BAG, Urteil vom 21.04.2005, 2 AZR 132/04 Rn. 32).

Die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit auf einem anderen Arbeitsplatz im oben genannten Sinne muss für den Arbeitnehmer geeignet sein. Dies setzt voraus, dass ein freier vergleichbarer (gleichwertiger) Arbeitsplatz oder ein freier Arbeitsplatz zu geänderten (schlechteren) Arbeitsbedingungen tatsächlich vorhanden ist und der Arbeitnehmer über die hierfür erforderlichen Fähigkeiten und Kenntnisse verfügt (BAG, Urteil vom 05.06.2008, 2 AZR 107/07 Rn. 17; BAG, Urteil vom 24.06.2004, 2 AZR 326/03 Rn. 37). Der Arbeitnehmer muss unter

Berücksichtigung angemessener Einarbeitungszeiten den Anforderungen des neuen Arbeitsplatzes entsprechen. Dabei unterliegt die Gestaltung des Anforderungsprofils für den freien Arbeitsplatz der lediglich auf offenbare Unsachlichkeit zu überprüfenden Unternehmerdisposition des Arbeitgebers (Hessisches LAG, Urteil vom 06.03.2012, 19 Sa 1342/11 Rn. 33). Es obliegt dabei dem Arbeitnehmer darzulegen, wie er sich eine anderweitige Beschäftigung vorstellt, wenn sein bisheriger Arbeitsplatz weggefallen ist. Erst danach muss der Arbeitgeber erläutern, weshalb eine Beschäftigung auf einem freien Arbeitsplatz nicht möglich war (BAG, Urteil vom 18.10.2012, 6 AZR 41/11 Rn. 50; BAG, Urteil vom 01.03.2007, 2 AZR 650/05 Rn. 21). Bestreitet der Arbeitnehmer diesen Vortrag lediglich, so ist kein Beweis zu erheben, weil sich der Arbeitnehmer nicht hinreichend substantiiert auf den Vortrag des Arbeitgebers eingelassen hat. Vielmehr muss der Arbeitnehmer nunmehr mit entsprechendem Substantiierungsgrad konkret darlegen, in welchem Betrieb und in welcher Abteilung die von ihm behauptete Weiterbeschäftigungsmöglichkeit bestehen soll (APS-Dörner/Vossen § 1 KSchG Rn. 111).

Der Kläger beruft sich insoweit auf die bei der Beklagten im Dezember 2011/ Januar 2012 ausgeschriebenen Stellen.

Es kann dahinstehen, ob – wie die Beklagte behauptet – die Stellen tatsächlich nicht besetzt werden sollten und die Ausschreibung nur der Marktbeobachtung diene. Jedenfalls ist nicht ersichtlich, dass der Kläger aufgrund seiner Kenntnisse in der Lage war, die ausgeschriebenen Stellen einzunehmen, auch nicht nach einer angemessenen Einarbeitungszeit.

Im Einzelnen:

aa) Bei der ausgeschriebenen Stelle als CAD-Konstrukteur hat die Beklagte als bevorzugte Fähigkeiten („preferred skills“) eine abgeschlossene Techniker-ausbildung im Bereich Versorgungstechnik sowie umfassende CAD-Kenntnisse AutoCAD, idealerweise mit Zusatz ACAD-DUCT oder ADT 2006 angegeben. Die Beklagte selbst ist berechtigt, das Anforderungsprofil einer neu zu beset-

zenden Stelle festzulegen. Es gibt keinen Anlass dafür, dass das von ihr verlangte Profil nicht mit der ausgeschriebenen Position in Einklang steht.

Der Kläger erfüllt das gewünschte Anforderungsprofil der Stelle nicht. Es ist auch nicht ersichtlich, dass er aufgrund anderer Berufserfahrung auch ohne die formale Qualifikation über entsprechende Kenntnisse verfügt.

Der Kläger verfügt unstreitig nicht über eine Techniker Ausbildung. Darüber hinaus ist auch nicht ersichtlich, dass der Kläger zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung (noch) über umfassende CAD-Kenntnisse verfügte. Zwar hat der Kläger, ohne dieses weiter zu substantiieren, vorgetragen, er sei bis 2003 freiberuflich als CAD-Konstrukteur und CAD-Systembetreuer tätig gewesen. Die letzten Nachweise über Schulungen und Fortbildungen, die der Kläger vorgelegt hat, entstammen jedoch aus dem Jahr 1992 und waren daher im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung fast 20 Jahre alt. Die Beklagte hat insoweit nachvollziehbar gerügt, dass bereits nicht ersichtlich sei, dass der Kläger über aktuelle CAD-Kenntnisse verfügt. Selbst wenn man unterstellt, dass der Kläger im Jahr 2003 bis zur Aufnahme seiner Tätigkeit für die Beklagte über intensive CAD-Kenntnisse verfügt, so sind diese Kenntnisse mittlerweile durch den technischen Fortschritt und die stetige Weiterentwicklung aller IT-Systeme veraltet. Zudem vermag die Kammer nicht zu beurteilen, inwieweit diese Kenntnisse überhaupt noch präsent sind.

Darüber hinaus ist auch nicht ersichtlich, welche für die Beklagte zumutbaren Fortbildungen i. S. d. § 1 Abs. 2 S. 3 KSchG in Betracht kämen, um ihn für diesen Arbeitsplatz zu qualifizieren bzw. seine Kenntnisse auf den aktuellen Stand zu bringen.

Im Weiteren verfügt der Kläger auch nicht über eine Techniker Ausbildung im Bereich der Versorgungstechnik. Es ist auch nicht konkret vorgetragen, dass der Kläger im Rahmen seiner beruflichen Biographie vergleichbare Kenntnisse erworben hat. Der Kläger hat zwar im Rahmen seiner Berufungserwiderung vorgetragen, dass er über Ingenieurbüros für diverse Großunternehmen gear-

beitet hat. Seine Ausführung, dass die technische Gebäudeausrüstung bei Planungsarbeiten im Anlagenbau stets berührt werde und oftmals von Konstrukteuren des Maschinenbaus ausgeführt werde, lässt jedoch keinen Schluss über die Kenntnisse des Klägers zu.

Der Kläger hat zwar das Unternehmen geleitet und war mindestens seit 2009 auch für die Leitung des technischen Bereichs zuständig. Dieses lässt aber nicht den Schluss zu, dass er auch in der Lage ist, die technische Umsetzung der Aufträge selbst durchzuführen. Zweifelsohne verfügt der Kläger auch aufgrund seiner leitenden Tätigkeit über technische Kenntnisse, die über Grundkenntnisse hinausgehen. Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger in der Lage wäre, selbst die Detailplanungen zu übernehmen, sind durch diesen nicht vorgetragen worden.

bb) Entsprechendes gilt auch für die ausgeschriebene Stelle als Techniker/Konstrukteur 2D/3D. Die Beklagte verlangt nach ihrem Anforderungsprofil für diese Stelle ein abgeschlossenes Studium der Verfahrenstechnik, Versorgungstechnik oder aber im Maschinenbau, über das der Kläger nicht verfügt. Soweit die Beklagte ausdrücklich als Alternativqualifikation mehrjährige praktische Kenntnisse der Rohrleitungsmontage fordert, liegt kein Vortrag dazu vor, dass der Kläger über diese verfügt, genauso wenig wie über langjährige Erfahrung in der Aufstellungs- und Rohrleitungsplanung von chemischen Produktionsanlagen. Zwar handelt es sich bei einem Teil der von dem Kläger genannten Kunden seiner bisherigen Arbeit- bzw. Auftraggeber um Unternehmen der chemischen Industrie (I., T., C.). Der Kläger hat jedoch nicht konkret dazu vorgetragen, welche Tätigkeiten er dabei übernommen hat. Die Kammer vermag daher nicht festzustellen, ob der Kläger über entsprechende Erfahrungen und Kenntnisse verfügt, die ihn befähigen, die Planung der komplexen Anlagen über alle Planungsphasen durchzuführen.

Auch hier ist darauf hinzuweisen, dass die Kammer davon ausgeht, dass der Kläger über Kenntnisse in diesem Bereich bereits aufgrund seiner Führungsaufgabe bei der Beklagten verfügt. Es kann jedoch nicht festgestellt wer-

den, dass die Kenntnisse so vertieft sind, dass eine komplette Planung durch ihn durchgeführt werden kann.

cc) Dieses gilt auch für die durch die Beklagte ausgeschriebene Stelle als Leitender Ingenieur Anlagen- und Rohrleitungsplanung. Die von der Beklagten geforderten formellen Qualifikationen bzw. Anforderungen an die praktische Erfahrung sind deckungsgleich mit der ausgeschriebenen Stelle als Konstrukteur. Lediglich als zusätzliche Aufgabe kommen Führungsverantwortung sowie strategische Aufgaben wie die Entwicklung von Konzepten sowie die Weiterentwicklung der Tools und Standards für die Anlagenplanung dazu.

Wie bereits zuvor festgestellt, ist nicht ersichtlich, dass der Kläger über die entsprechenden praktischen Kenntnisse im Bereich der Rohrleitungsplanung verfügt.

Die Beklagte war daher nicht verpflichtet, ihm die ausgeschriebenen Stellen im Wege der Änderungskündigung anzubieten.

c) Die soziale Rechtfertigung der Kündigung ist auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Beklagte im Rahmen der Sozialauswahl soziale Gesichtspunkte nicht ausreichend berücksichtigt hat. Nach § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG ist eine Kündigung trotz Vorliegens dringender betrieblicher Erfordernisse i. S. d. § 1 Abs. 2 KSchG sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des Arbeitnehmers die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter, die Unterhaltspflichten und die Schwerbehinderung des Arbeitnehmers nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat. Der Arbeitgeber hat in die Sozialauswahl diejenigen Arbeitnehmer einzubeziehen, die miteinander vergleichbar sind. Vergleichbar sind Arbeitnehmer, die nach arbeitsplatzbezogenen Merkmalen aufgrund ihrer Fähigkeiten und Kenntnisse sowie nach dem Inhalt der von ihnen vertraglich geschuldeten Aufgaben austauschbar sind (BAG, Urteil vom 22.03.2012, 2 AZR 167/11 Rn. 19; BAG Urteil vom 15.12.2011, 2 AZR 42/10 Rn. 41; BAG, Urteil vom 23.10.2008, 2 AZR 163/07 Rn. 64). Der Kreis der in die soziale Auswahl einzubeziehenden vergleichbaren Arbeitnehmer



bestimmt sich zunächst nach der ausgeübten Tätigkeit. Dies gilt nicht nur bei einer Identität der Arbeitsplätze, sondern auch dann, wenn der Arbeitnehmer aufgrund seiner Tätigkeit und Ausbildung eine andersartige, aber gleichwertige Tätigkeit ausführen kann. Die Notwendigkeit einer kurzen Einarbeitungszeit steht einer Vergleichbarkeit nicht entgegen (BAG, Urteil vom 05.06.2008, 2 AZR 907/06 Rn. 25; BAG, Urteil vom 31.05.2007, 2 AZR 306/06 Rn. 35; BAG, Urteil vom 02.06.2005 2 AZR 480/04 Rn. 28; BAG, Urteil vom 23.11.2004, 2 AZR 23/04 Rn. 46). An einer Vergleichbarkeit fehlt es jedoch, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer aufgrund des zugrunde liegenden Arbeitsvertrags nicht einseitig auf den anderen Arbeitsplatz um- oder versetzen kann (BAG, Urteil vom 05.06.2008, 2 AZR 907/06 Rn. 18; BAG, Urteil vom 02.06.2005, 2 AZR 480/04 Rn. 28).

Dabei hat der Arbeitgeber gemäß § 1 Abs. 3 S. 1 2. Halbs. KSchG auf Aufforderung des Arbeitnehmers zunächst die Grundlagen seiner Sozialauswahl mitzuteilen. Die Erfüllung dieser Mitteilungspflicht führt prozessual zu einer abgestuften Darlegungs- und Beweislast. Bei Unkenntnis der für die Sozialauswahl rechtserheblichen Tatsachen genügt der Arbeitnehmer zunächst seiner Darlegungslast, wenn er pauschal die soziale Auswahl beanstandet und den Arbeitgeber auffordert, die Gründe mitzuteilen, die ihn zu der Auswahl veranlasst haben. Im Umfang seiner materiell-rechtlichen Auskunftspflicht geht damit die Darlegungslast auf den Arbeitgeber über. Als auskunftspflichtige darlegungsbelastete Partei hat der Arbeitgeber sodann die Gründe darzulegen, die ihn (subjektiv) zu der von ihm getroffenen Auswahl veranlasst haben. Kommt der Arbeitgeber der ihm hinsichtlich seiner subjektiven Auswahlüberlegungen obliegenden Darlegungslast vollständig nach, so hat der Arbeitnehmer wieder die volle Darlegungs- und Beweislast für eine objektiv fehlerhafte Auswahlentscheidung (BAG, Urteil vom 31.05.2007, 2 AZR 276/06 Rn. 34; BAG, Urteil vom 24.05.2005, 8 AZR 398/04 Rn. 39; zuletzt Hessisches LAG, Urteil vom 11.06.2012, 17 Sa 1374/11 Rn. 41).

Die Beklagte ist ihrer Auskunftsverpflichtung über die von ihr vorgenommenen Sozialauswahl nachgekommen, in dem sie in der Klageerwiderung vom

12.03.2012 mitgeteilt hat, dass aus ihrer Sicht keine vergleichbaren Arbeitnehmer beschäftigt würden. Dementsprechend oblag es dem Kläger, konkret im Rahmen seiner Möglichkeiten darzulegen, inwiefern andere Mitarbeiter mit ihm vergleichbar sind.

Dieser Anforderung wird der Sachvortrag des Klägers nicht gerecht. Der Kläger hat insoweit vorgetragen, dass er mit den Mitarbeitern des sogenannten Führungskreises vergleichbar sei. Unstreitig ist zwischen den Parteien, dass an sich vereinbart war, dass der Kläger wie ein Geschäftsführer das operative Geschäft der Beklagten leiten sollte, ohne die formelle Geschäftsführerstellung inne zu haben. Der Kläger hat behauptet, faktisch sei er von dieser Position demontiert worden und hierarchisch in den Kreis der Führungskräfte eingeordnet worden. Aufgrund welchen tatsächlichen Handelns der Beklagten dieses der Fall sein soll, ist nicht ersichtlich. Die Beklagte hat durch den Geschäftsführer Dr. M. gegenüber dem Kläger drei Mal erklärt, dass die Mitarbeiter dieses Führungskreises mit Ausnahme des kaufmännischen Leiters J. an ihn zu berichten hätten. Dieses spricht deutlich gegen eine hierarchische Gleichstellung dieser Mitarbeiter. Vor diesem Hintergrund ist eine hierarchische bzw. horizontale Vergleichbarkeit nicht erkennbar.

Darüber hinaus hat die Beklagte vorgetragen, dass der Kläger auch inhaltlich die Aufgaben der Mitarbeiter als Projektleiter, Vertriebsleiter, Abteilungsleiter und Personalleiterin/Assistentin der Geschäftsführung nicht wahrnehmen kann und dass diese Mitarbeiter auch untereinander nicht austauschbar sind. Mit diesem Vorbringen hat sich der Kläger auch nicht weiter auseinandergesetzt.

d) Auch eine abschließende umfassende Interessenabwägung als Ausdruck des dem Kündigungsschutz inhärenten Verhältnismäßigkeitsprinzip führt nicht zu einem anderen Ergebnis. Die ordentliche Kündigung stellt das adäquate Mittel dar, um auf den Wegfall des Arbeitsplatzes zu reagieren. Die Beklagte hat eine zu akzeptierende unternehmerische Entscheidung getroffen. Demgegenüber ist kein Interesse des Klägers ersichtlich, das so weit überwiegt, dass sich die Kündigung unter abschließender Würdigung als unwirksam

erweist. Weder die Betriebszugehörigkeit noch das Lebensalter des Klägers fallen insoweit ins Gewicht. Vielmehr spricht die Zusage des Klägers im Gesellschafts Kaufvertrag vom 10.09.2010, zumindest bis zum 31.12.2012 zur Verfügung zu stehen, dass für beide Parteien nach diesem Termin eine Überlegung anstand, ob der Kläger weiterhin dem Unternehmen zur Verfügung stehen soll. Dieses wurde durch die Kündigung vom 10.01.2012 überholt.

2. Auf die Frage der sozialen Rechtfertigung aufgrund von verhaltensbedingten Gründen kam es daher nicht an.

II. Die Kündigung verstößt auch nicht gegen das Maßregelungsverbot, § 612 a Abs. 1 BGB. Nach dieser Vorschrift darf ein Arbeitgeber einen Arbeitnehmer bei einer Vereinbarung oder einer Maßnahme nicht benachteiligen, weil der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Rechte ausgeübt hat. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist das Maßregelungsverbot nur dann verletzt, wenn zwischen der Benachteiligung und der Rechtsausübung ein unmittelbarer Zusammenhang besteht. Die zulässige Rechtsausübung muss der tragende Grund, also das wesentliche Motiv für die benachteiligende Maßnahme sein (BAG, Urteil vom 21.09.2011, 7 AZR 150/10 Rn. 35; BAG, Urteil vom 17.03.2010, 5 AZR 168/09 Rn. 28; BAG, Urteil vom 18.09.2007, 3 AZR 639/06 Rn. 27; BAG, Urteil vom 14.03.2007, 7 AZR 96/06 Rn. 34; BAG, Urteil vom 06.11.2003, 2 AZR 690/02 Rn. 34; so zuletzt auch LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 17.10.2012, 15 Sa 1109/12 Rn. 30).

Insoweit vermag das Gericht bereits nicht festzustellen, welche Rechtsausübung des Klägers durch die Kündigung sanktioniert worden sein soll. Der Kläger trägt insoweit nicht konkret vor, welches rechtmäßige Verhalten seinerseits die Beklagte zu dem Kündigungsentschluss geführt hat. Der zwischen den Parteien seit Übernahme der Gesellschaftsanteile durch die N. schwelende Konflikt über die Rolle des Klägers in der neuen Struktur bietet keinen Anlass dazu, eine Maßregelung des Klägers durch die Beklagte festzustellen.

III. Die Kündigung vom 10.01.2012 hat das Arbeitsverhältnis daher unter Einhaltung der im Geschäftsführerdienstvertrag vom 13.08.2007 vereinbarten Kündigungsfrist von sechs Monaten zum Jahresende zum 31.12.2012 beendet.

C. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 97 ZPO.

D. Die Revision war gemäß § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG zuzulassen. Die Kammer hat der Frage, ob die hier vorgenommene unternehmerische Entscheidung, das Konstrukt eines Prokuristen mit Geschäftsführungsaufgaben nach Abberufung als Geschäftsführer und Wiedereinführung der Geschäftsführerposition, einer Missbrauchskontrolle standhält, grundsätzliche Bedeutung beigemessen.

### **RECHTSMITTELBELEHRUNG**

Gegen dieses Urteil kann von der klagenden Partei

#### **REVISION**

eingelegt werden.

Für die beklagte Partei ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss **innerhalb einer Notfrist\* von einem Monat** schriftlich beim

Bundesarbeitsgericht  
Hugo-Preuß-Platz 1  
99084 Erfurt  
Fax: 0361-2636 2000

eingelegt werden.

Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.

Die Revisionschrift **muss** von einem **Bevollmächtigten** unterzeichnet sein. Als **Bevollmächtigte** sind nur zugelassen:

1. Rechtsanwälte,
2. Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere

Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,

3. Juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in Nummer 2 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In den Fällen der Ziffern 2 und 3 müssen die Personen, die die Revisionsschrift unterzeichnen, die Befähigung zum Richteramt haben.

Eine Partei, die als Bevollmächtigter zugelassen ist, kann sich selbst vertreten.

**\* eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.**

Buschkröger

Russin

Schmitz

Ausgefertigt:

(Wilden)  
Regierungsbeschäftigte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle