

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 554/08
5 Sa 174/05
Sächsisches
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
23. Februar 2010

URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin, Revisionsklägerin und
Anschlussrevisionsbeklagte,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter, Revisionsbeklagter und
Anschlussrevisionskläger,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen
Verhandlung vom 23. Februar 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bun-
desarbeitsgericht Kreft, den Richter am Bundesarbeitsgericht Schmitz-

Scholemann, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Berger sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Roeckl und Schierle für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Sächsischen Landesarbeitsgerichts vom 22. Mai 2008 - 5 Sa 174/05 - wird zurückgewiesen.

Die Anschlussrevision des Klägers gegen das Urteil des Sächsischen Landesarbeitsgerichts wird als unzulässig verworfen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens tragen der Kläger zu 1/3 und die Beklagte zu 2/3.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten - noch - über den Antrag der Beklagten, das Arbeitsverhältnis gemäß § 9 KSchG gegen Zahlung einer Abfindung aufzulösen. 1

Der im März 1940 geborene Kläger war seit 1. Dezember 1993 bei der Beklagten als Leiter des Rechts- und Ordnungsamts beschäftigt. Bei seinem Dienstantritt führte die Beklagte eine rechtliche Auseinandersetzung mit der R GmbH. Im Streit standen Verpflichtungen aus einem „Gestattungsvertrag“, der wechselseitige Ansprüche aus dem Betrieb von Bräunungsanlagen (*Solarien*) regelte, die in einem Hallenbad der Beklagten aufgestellt worden waren. Am 13. Dezember 1993 schrieben die von der Beklagten beauftragten Rechtsanwälte an die R GmbH, hinsichtlich des bestehenden Gestattungsvertrags sei entschieden worden, diesen unverändert bis zu seiner Beendigung fortzuführen. Eine Vertragsverlängerung komme nicht in Betracht. Mit Schreiben vom 17. Dezember 1993 nahm die R GmbH „das Angebot“ an. Am selben Tag kündigte der Kläger in Unkenntnis der vorstehenden Erklärungen namens der Beklagten den Gestattungsvertrag „vorsorglich fristlos“. Die R GmbH verklagte 2

daraufhin die Beklagte beim Landgericht Koblenz auf Zahlung von Erlösen aus dem Betrieb der Bräunungsanlagen in Höhe von knapp 68.000,00 DM. In dem Rechtsstreit ließ sich die Beklagte durch andere Rechtsanwälte vertreten. Der Kläger wurde mit der internen Bearbeitung des Vorgangs beauftragt. Mit Schreiben vom 16. August 1994 legte er gegenüber den neu beauftragten Anwälten seine Auffassung zur Rechtslage dar. Im Dezember 1994 legten diese das Mandat nieder. Zur Begründung beriefen sie sich auf divergierende Rechtsauffassungen zwischen ihnen und dem Kläger sowie die Nichtzahlung eines angeforderten Vorschusses. Der Kläger schaltete nunmehr andere Rechtsanwälte ein. Im März 1995 unterrichtete er den inzwischen neu gewählten Oberbürgermeister über den Fortgang des Verfahrens und einen zu erwartenden ungünstigen Prozessausgang in erster Instanz.

Am 3. August 1995 gab das Landgericht der Klage der R GmbH weitgehend statt. Das Urteil wurde den Prozessvertretern der Beklagten laut deren Empfangsbekanntnis am 7. August 1995 zugestellt. Mit „Hausbrief“ vom 30. August 1995 unterrichtete der Kläger den Oberbürgermeister über den Sachstand und empfahl unter Hinweis auf die am 7. September 1995 ablaufende Rechtsmittelfrist, gegen das Urteil des Landgerichts Berufung einzulegen. Mit Schreiben vom 5. September 1995 meldete er gegenüber den erstbeauftragten Rechtsanwälten, wie ebenfalls in seinem „Hausbrief“ empfohlen, Regressansprüche der Beklagten an. Außerdem fertigte er einen - vom Oberbürgermeister gebilligten - Entwurf für eine Klage gegen die als zweite beauftragten Rechtsanwälte, mit der das an diese bereits geleistete Honorar zurückgefordert werden sollte.

Mit Schreiben vom 11. September 1995 beanstandete der Kläger gegenüber einer Bürgerin deren Verhalten gegenüber einem Vollzugsbediensteten der Beklagten. Er kündigte an, bei erneuter Missachtung eines Halteverbots „über die Führerscheinstelle prüfen zu lassen“, ob sie die charakterliche Eignung „für die Teilnahme am motorisierten Straßenverkehr“ noch besitze. Auf eine Beschwerde der Betroffenen erteilte die Beklagte dem Kläger am 10. Oktober 1995 eine Ermahnung, mit der sie seine Ausführungen als überzogen beanstandete. Mit einer weiteren Ermahnung vom selben Tag

hielt sie dem Kläger vor, einen ihm unterstellten Bediensteten weisungswidrig nicht als Sachgebietsleiter für Gewerbeangelegenheiten eingesetzt zu haben.

Am 11. Oktober 1995 erstellten die jetzigen Prozessbevollmächtigten der Beklagten eine gutachterliche Stellungnahme zu den Rechtsmittelaussichten in Sachen RML GmbH und dem Vorgehen des Klägers in dieser Angelegenheit. Sie veranlasste die Beklagte, ihre gegen das Urteil des Landgerichts Koblenz eingelegte Berufung zurückzunehmen. 5

Durch „Hausbrief“ vom 12. Oktober 1995 und ergänzende mündliche Unterrichtung leitete die Beklagte gegenüber dem Personalrat das Mitwirkungsverfahren zu einer beabsichtigten ordentlichen Kündigung des Klägers ein. Am 19. Oktober 1995 äußerte der Personalrat Bedenken. 6

Mit Schreiben vom 24. Oktober 1995 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis fristgemäß zum 31. Dezember 1995. Sie berief sich auf Schlechtleistungen des Klägers im Zusammenhang mit der Bearbeitung des Falls R GmbH. Mit Schreiben vom 3. November 1995 entzog sie ihm mit sofortiger Wirkung seine Befugnisse als Amtsleiter und forderte ihn auf, diese Anordnung gemeinsam mit dem Oberbürgermeister in der Dienststelle bekannt zu geben. 7

Der Kläger hat Kündigungsschutzklage erhoben und seine Weiterbeschäftigung begehrt. Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen, hilfsweise, das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung zum 31. Dezember 1995 aufzulösen. 8

Mit Urteil vom 19. Februar 1999 hat das Arbeitsgericht der Klage ua. mit der Begründung stattgegeben, die Kündigung sei sozial ungerechtfertigt. Zugleich hat es die Beklagte zur Weiterbeschäftigung des Klägers verurteilt und ihren Auflösungsantrag abgewiesen. 9

Mit ihrer Berufung hat sich die Beklagte nur noch gegen ihre Verurteilung zur Weiterbeschäftigung des Klägers und gegen die Abweisung ihres Auflösungsantrags gewandt. Das Landesarbeitsgericht hat mit Urteil vom 5. Mai 2000 (- 10 Sa 247/99 -) der Berufung hinsichtlich des Weiterbeschäftigungsantrags stattgegeben, wegen des Auflösungsantrags hat es sie zurück- 10

gewiesen. Auf die nur für die Beklagte zugelassene Revision hat der Senat am 27. September 2001 (- 2 AZR 389/00 -) dieses Urteil teilweise aufgehoben und die Sache zur neuen Entscheidung über den Auflösungsantrag an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Mit Urteil vom 4. September 2003 (- 10 Sa 104/02 -) hat das Landesarbeitsgericht die Berufung der Beklagten erneut zurückgewiesen. Ebenfalls zurückgewiesen hat es eine Anschlussberufung des Klägers, mit der dieser ua. (*erstmals*) begehrt hatte festzustellen, dass die Kündigung vom 24. Oktober 1995 wegen Verstoßes gegen § 28 Abs. 3 SächsGemO unwirksam ist und (*erneut*) beantragt hatte, die Beklagte zu seiner Weiterbeschäftigung zu verurteilen. Auf die dagegen erhobene Verfassungsbeschwerde der Beklagten hat der Sächsische Verfassungsgerichtshof mit Beschluss vom 24. Februar 2005 das Berufungsurteil wegen Verletzung des Anspruchs auf Gewährung rechtlichen Gehörs insoweit aufgehoben, als es die Berufung der Beklagten zurückgewiesen hat, und die Sache in diesem Umfang zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

11

Die Beklagte hat zur Begründung ihres Auflösungsantrags geltend gemacht, eine gedeihliche Zusammenarbeit der Parteien sei nicht mehr zu erwarten gewesen. Der Kläger habe bei der Bearbeitung der Sache R GmbH seine Befugnisse als Amtsleiter überschritten und sei weiterhin nicht willens, dies einzugestehen. Er vertrete selbst abstruse Rechtsansichten kompromisslos. Eine vertrauensvolle Zusammenarbeit, die Dialogfähigkeit und eine objektive Würdigung gegenteiliger Rechtspositionen voraussetze, sei angesichts seiner „an Verblendung grenzenden Selbstherrlichkeit“ ausgeschlossen. Beleg für seine Uneinsichtigkeit seien auch mehrere Ablehnungsgesuche gegenüber verfahrensbeteiligten Richtern, die der Kläger stets dann angebracht habe, wenn deutlich geworden sei, dass diese seine Rechtsansichten nicht teilten. Dadurch habe er sich für die Tätigkeit eines beratenden Juristen in der öffentlichen Verwaltung als ungeeignet erwiesen. Zudem sei das Vertrauensverhältnis zur Dienststellenleitung und anderen Mitarbeitern ihrer Verwaltung irreparabel zerstört. Der Kläger habe die Weisungsbefugnis ihres früheren Oberbürgermeisters in Frage gestellt und sich illoyal verhalten, als er im

12

November 1995 eine „Petition“ mit teils beleidigendem Inhalt unter Umgehung des Dienstwegs - unstreitig - unmittelbar einzelnen Stadträten zugeleitet habe. Außerdem habe er den Oberbürgermeister laut eines Zeitungsartikels aus dem Jahr 1997 öffentlich angegriffen, indem er - unstreitig - bei einer Veranstaltung geäußert habe, die Stadträte sollten sich vom Oberbürgermeister nicht „mit fünf Worten abspeisen lassen“, sondern ggf. Akteneinsicht verlangen. Mit seiner schriftsätzlichen Äußerung: „... Die Verletzung einer Verhaltensnorm der SächsGemO ist ebenso ein Bruch des geschriebenen Rechts wie die Wegnahme einer fremden Sache in Zueignungsabsicht oder das Entleeren von Fäkalien in ein Gewässer“ habe er den Oberbürgermeister sogar einer Straftat bezichtigt. Hinzu kämen außergerichtliche Schreiben des Klägers aus den Jahren 2005 und 2006, mit denen er versucht habe, Druck auf sie auszuüben. Sie enthielten ehrenrührige Behauptungen über ihren amtierenden Oberbürgermeister. Mit Verweis auf einen auf den 6. August 1995 datierten „Hausbrief“ habe der Kläger ferner wider besseres Wissen behauptet, den damaligen Oberbürgermeister bereits vor dem 30. August 1995 über das erstinstanzliche Obsiegen der R GmbH informiert zu haben. Er habe dadurch dessen Glaubwürdigkeit in Frage stellen wollen. Dies sei als versuchter Prozessbetrug zu werten.

Die Beklagte hat zuletzt beantragt,

13

das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, zum Ablauf des 31. Dezember 1995 aufzulösen.

Der Kläger hat beantragt, den Auflösungsantrag abzuweisen. Er hat die Auffassung vertreten, das Begehren scheitere schon daran, dass die Kündigung vom 24. Oktober 1995 nicht nur sozialwidrig, sondern auch aus anderen Gründen unwirksam sei. Insbesondere habe die Beklagte es entgegen § 28 Abs. 3 SächsGemO versäumt, das im Fall einer Entlassung von Gemeindebediensteten zwingend erforderliche Einvernehmen mit dem Stadtrat herzustellen. Außerdem fehle es an einer objektiv ausreichenden Unterrichtung des Personalrats über die Kündigungsgründe; der Grundsatz der subjektiven Determiniertheit finde im Bereich der öffentlichen Verwaltung keine Anwendung.

14

Die Kündigung sei zudem sittenwidrig. Ebenso wenig lägen Auflösungsgründe vor. Die ins Persönliche gehenden Beschimpfungen im Zusammenhang mit seiner beratenden Tätigkeit in Sachen R GmbH entbehrten jeder Grundlage. Mangels Rückfragen des Oberbürgermeisters zu seinen schriftlichen Ausführungen habe er davon ausgehen dürfen, dass kein weiterer Beratungsbedarf bestanden habe. Dem Hausbrief vom 30. August 1995 seien inhaltsgleiche Briefe vom 6. August 1995 an den Oberbürgermeister und an den Verwaltungsausschuss vorangegangen. Der Vorwurf des Prozessbetrugs sei unberechtigt.

Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten erneut zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Auflösungsantrag weiter. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen. Im Wege der Anschlussrevision hat er ferner den Antrag angekündigt, das Berufungsurteil möge „insoweit abgeändert (werden), als im Tenor der mit dem Berufungsantrag verfolgte Auflösungsantrag nach KSchG § 9 wegen Unzulässigkeit zurückgewiesen wird“. In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat er beantragt, den Auflösungsantrag „wegen Verstoßes gegen § 28 Abs. 3 der Sächsischen Gemeindeordnung als unzulässig und unbegründet“ zurückzuweisen.

15

Entscheidungsgründe

Revision und Anschlussrevision haben keinen Erfolg.

16

A. Der Senat ist nicht an einer Überprüfung des Berufungsurteils gehindert. Der Einwand des Klägers, das Landesarbeitsgericht habe die Revision zu Unrecht zugelassen, ist unbeachtlich. Das Bundesarbeitsgericht ist an die Zulassung der Revision durch das Landesarbeitsgericht gebunden (§ 72 Abs. 3 ArbGG).

17

B. Die Revision der Beklagten ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat deren Berufung zu Recht zurückgewiesen. Ihr Auflösungsantrag ist unbegründet. Es liegen keine Auflösungsgründe iSv. § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG vor.

18

Ob die Kündigung vom 24. Oktober 1995 nicht nur mangels sozialer Rechtfertigung, sondern auch aus anderen Gründen iSv. § 13 Abs. 3 KSchG unwirksam ist, braucht daher nicht entschieden zu werden.

I. Nach § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG hat das Gericht das Arbeitsverhältnis auf Antrag des Arbeitgebers aufzulösen und diesen zur Zahlung einer angemessenen Abfindung zur verurteilen, wenn Gründe vorliegen, die eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht erwarten lassen. Diese Voraussetzung ist im Streitfall nicht gegeben. 19

1. Eine Auflösung scheidet nicht schon daran, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz - unstreitig - bereits beendet war. 20

a) Die Parteien gehen übereinstimmend davon aus, dass ihr Arbeitsverhältnis - sollte es nicht durch eine weitere ordentliche Kündigung der Beklagten vom 28. November 1995 schon zum 31. März 1996 aufgelöst worden sein - spätestens mit Ablauf des 31. März 2005 geendet hat. Der Kläger, der im März 2005 sein 65. Lebensjahr vollendete, ist mit Wirkung vom 1. April 2005 in den Ruhestand getreten und bezieht seither Regelaltersrente. 21

b) Nach § 9 Abs. 2 KSchG ist für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses der Zeitpunkt festzusetzen, an dem es bei sozial gerechtfertigter Kündigung - hier der 31. Dezember 1995 - geendet hätte. Daraus folgt, dass ein Antrag auf Auflösung nicht mehr gestellt werden kann, wenn das Arbeitsverhältnis zu diesem Zeitpunkt bereits aus anderen Gründen beendet war. Eine gerichtliche Auflösung kommt nur in Betracht, wenn das Arbeitsverhältnis zu dem gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Auflösungszeitpunkt noch bestanden hat. Andernfalls kann durch das Urteil nichts mehr gestaltet werden (*BAG 20. März 1997 - 8 AZR 769/95 - zu B II 4 b der Gründe, BAGE 85, 330*). Diese Voraussetzung ist erfüllt. Das Arbeitsverhältnis der Parteien hat jedenfalls nicht vor dem 31. Dezember 1995 geendet. 22

- c) Hat das Arbeitsverhältnis zwar erst nach dem gemäß § 9 Abs. 2 KSchG festzusetzenden Zeitpunkt, aber schon vor Erlass des Auflösungsurteils beendet, steht dies einer gerichtlichen Auflösung nicht entgegen (*BAG 24. Mai 2005 - 8 AZR 246/04 - zu II 2 der Gründe, BAGE 114, 362; Senat 17. September 1987 - 2 AZR 2/87 - zu II 2 a der Gründe, RzK I 11a Nr. 16*). Allerdings ist in einem solchen Fall ein anderer als der sonst vorgesehene Beurteilungszeitpunkt maßgeblich. Grundsätzlich ist die Begründetheit eines Auflösungsantrags nach den bei Erlass des Urteils vorliegenden Umständen zu beurteilen (*Senat 8. Oktober 2009 - 2 AZR 682/08 - Rn. 14, EzA KSchG § 9 nF Nr. 57; 23. Juni 2005 - 2 AZR 256/04 - zu II 2 b der Gründe, AP KSchG 1969 § 9 Nr. 52 = EzA KSchG § 9 nF Nr. 52*). Eine auf deren Grundlage anzustellende zukunftsgerichtete Prognose kann bei einer schon zuvor eingetretenen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr erfolgen. Daher ist die Prognose anhand der bis zur Beendigung eingetretenen Umstände zu erstellen und auf den Zeitraum zwischen dem Termin, zu dem die Kündigung gewirkt hätte, wenn sie sozial gerechtfertigt gewesen wäre, und dem Beendigungszeitpunkt zu erstrecken (*BAG 17. September 1987 - 2 AZR 2/87 - zu II 3 b der Gründe, aaO*).
- d) An dieser Rechtsprechung, die in der Literatur vielfach Zustimmung gefunden hat (*vgl. APS/Biebl 3. Aufl. § 9 KSchG Rn. 88; ErfK/Kiel 10. Aufl. § 9 KSchG Rn. 5; v. Hoyningen-Huene/Linck KSchG 14. Aufl. § 9 Rn. 41; SPV/Vossen 10. Aufl. 2010 Rn. 2102; aA Löwisch/Spinner KSchG 9. Aufl. § 9 Rn. 28*), hält der Senat auch in Anbetracht der im angefochtenen Urteil geäußerten Bedenken fest.
- aa) Das Landesarbeitsgericht meint, bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor einer Entscheidung über den Auflösungsantrag fehle es schon deshalb an Auflösungsgründen, weil eine Zusammenarbeit der Parteien, anders als § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG vorausgesetzt, in keinem Fall mehr „zu erwarten“ sei. Die Auffassung des Senats sei mit der Zukunftsbezogenheit des Auflösungsantrags nicht vereinbar und führe zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Differenzierung. Werde über den Auflösungsantrag noch kurz vor der

Beendigung entschieden, sei ein Prognosezeitraum von ggf. nur wenigen Tagen zugrunde zu legen. Demgegenüber komme es bei einer Entscheidung nach dem Beendigungszeitpunkt ggf. auf einen Zeitraum von mehreren Jahren an.

bb) Dieser Einwand überzeugt nicht. Er berücksichtigt nicht, dass gerade der Ausschluss einer Auflösungsmöglichkeit wegen anderweitiger Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu unbilligen Ergebnissen führen kann. So bliebe der Arbeitgeber auch bei Vorliegen von Auflösungsgründen grundsätzlich verpflichtet, dem Arbeitnehmer nach Maßgabe von § 615 BGB bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses Gehalt zu zahlen, während er andernfalls lediglich eine Abfindung in den Höchstgrenzen des § 10 KSchG zu zahlen hätte. Auch auf Seiten des Arbeitnehmers kann der Wegfall eines berechtigten Abfindungsanspruchs zu wirtschaftlichen Nachteilen führen. Dies könnte eine an der Vereitelung der Auflösung interessierte Partei dazu verleiten, den Prozess, soweit dies in ihrer Macht steht, über den Beendigungszeitpunkt hinaus zu verzögern, um daraus finanzielle Vorteile zu ziehen (*vgl. Senat 21. Januar 1965 - 2 AZR 38/64 - zu I 1 der Gründe, BAGE 17, 46*). Dem kann durch die vom Senat bevorzugte Lösung begegnet werden. Sie trägt überdies dem gesetzlichen Sanktionszweck der nach § 10 KSchG festzusetzenden Abfindung Rechnung (*vgl. ErfK/Kiel 10. Aufl. § 9 KSchG Rn. 5*) und entspricht der Methodik des Schadenersatzrechts (*Senat 21. Januar 1965 - 2 AZR 38/64 - aaO; Tschöpe FS Schwerdtner 217, 242 f.*).

2. Gleichwohl war das Arbeitsverhältnis nicht aufzulösen. Das Landesarbeitsgericht ist im Rahmen seiner das Urteil selbstständig tragenden (*Hilfs-*)Begründung rechtsfehlerfrei zu dem Ergebnis gelangt, auch bei einem Prognosezeitraum vom 1. Januar 1996 (*Ablauf der Kündigungsfrist*) bis zum 31. März 2005 (*spätestes Ende des Arbeitsverhältnisses*) fehle es an Auflösungsgründen iSv. § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG.

a) Das KSchG ist seiner Konzeption nach ein Bestandsschutz- und kein Abfindungsgesetz. An den Auflösungsgrund sind deshalb strenge Anforderungen zu stellen (*Senat 8. Oktober 2009 - 2 AZR 682/08 - Rn. 13 mwN,*

EzA KSchG § 9 nF Nr. 57; 10. Juli 2008 - 2 AZR 1111/06 - Rn. 42 ff., AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 181 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 163). Ein Auflösungsantrag kommt vor allem dann in Betracht, wenn während eines Kündigungsschutzprozesses zusätzliche Spannungen zwischen den Parteien auftreten, die eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses sinnlos erscheinen lassen (*Senat 8. Oktober 2009 - 2 AZR 682/08 - aaO; 12. Januar 2006 - 2 AZR 21/05 - Rn. 65, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 53 = EzA KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 67*).

b) Auflösungsgründe für den Arbeitgeber können solche Umstände sein, die das persönliche Verhältnis zum Arbeitnehmer, die Wertung seiner Persönlichkeit, seiner Leistung oder seiner Eignung für die ihm gestellten Aufgaben und sein Verhältnis zu den übrigen Mitarbeitern betreffen. Die Gründe, die eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen den Vertragspartnern nicht erwarten lassen, müssen nicht im Verhalten, insbesondere nicht im schuldhaften Verhalten des Arbeitnehmers liegen. Entscheidend ist, ob die objektive Lage die Besorgnis rechtfertigt, dass die weitere gedeihliche Zusammenarbeit mit dem Arbeitnehmer gefährdet ist (*Senat 8. Oktober 2009 - 2 AZR 682/08 - Rn. 15, EzA KSchG § 9 nF Nr. 57; 7. März 2002 - 2 AZR 158/01 - zu B II 2 b der Gründe, AP KSchG 1969 § 9 Nr. 42 = EzA KSchG § 9 nF Nr. 45*). In diesem Sinne als Auflösungsgrund geeignet sind etwa Beleidigungen, sonstige ehrverletzende Äußerungen oder persönliche Angriffe des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber, Vorgesetzte oder Kollegen (*Senat 23. Juni 2005 - 2 AZR 256/04 - zu II 2 c der Gründe mwN, AP KSchG 1969 § 9 Nr. 52 = EzA KSchG § 9 nF Nr. 52*).

c) Auch das Verhalten des Arbeitnehmers oder seines Prozessbevollmächtigten im Kündigungsschutzprozess kann die Auflösung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen. Dies gilt für vom Arbeitnehmer nicht veranlasste Erklärungen seines Prozessbevollmächtigten jedenfalls dann, wenn er sich diese zu eigen macht und sich auch nachträglich von ihnen nicht distanziert

(Senat 7. März 2002 - 2 AZR 158/01 - zu B II 2 c der Gründe, AP KSchG 1969 § 9 Nr. 42 = EzA KSchG § 9 nF Nr. 45).

Dabei ist zu berücksichtigen, dass Erklärungen im laufenden Kündigungsschutzverfahren durch ein berechtigtes Interesse des Arbeitnehmers gedeckt sein können. Die wertsetzende Bedeutung der Grundrechte ist auch auf der Rechtsanwendungsebene zu gewährleisten, wenn im Zuge der Anwendung verfassungsrechtlich unbedenklicher Normen grundrechtlich geschützte Positionen berührt werden (*BVerfG 15. April 2008 - 1 BvR 1793/07 - zu II 3 der Gründe mwN, NJW 2008, 2424*). Deshalb sind bei der Beurteilung, ob aufgrund von Äußerungen des Arbeitnehmers eine weitere gedeihliche Zusammenarbeit mit dem Arbeitgeber nicht mehr zu erwarten steht, die grundrechtlichen Rahmenbedingungen, insbesondere das Grundrecht auf Meinungsfreiheit, zu beachten. Der Grundrechtsschutz besteht unabhängig davon, ob eine Äußerung rational oder emotional, begründet oder grundlos ist, ob sie von anderen für nützlich oder schädlich, wertvoll oder wertlos gehalten wird. Er bezieht sich sowohl auf den Inhalt als auch auf die Form der Äußerung. Selbst eine polemische oder verletzende Formulierung entzieht einer Äußerung noch nicht den Schutz der Meinungsfreiheit (*BVerfG 16. Oktober 1998 - 1 BvR 1685/92 - zu II 2 a aa der Gründe, AP BGB § 611 Abmahnung Nr. 24 = EzA BGB § 611 Abmahnung Nr. 40; 10. Oktober 1995 - 1 BvR 1476/91 - zu C I 1 der Gründe, BVerfGE 92, 266*). Allerdings wird das Grundrecht auf Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG nicht schrankenlos gewährt, sondern durch die allgemeinen Gesetze und das Recht der persönlichen Ehre (*Art. 5 Abs. 2 GG*) beschränkt. Mit diesen muss es ggf. in ein ausgeglichenes Verhältnis gebracht werden (*BVerfG 15. April 2008 - 1 BvR 1793/07 - mwN, aaO; BAG 24. November 2005 - 2 AZR 584/04 - Rn. 26, AP BGB § 626 Nr. 198 = EzA BGB 2002 § 626 Nr. 13*).

31

Darüber hinaus ist gerade im Rahmen einer prozessualen Auseinandersetzung zu berücksichtigen, dass Parteien zur Verteidigung von Rechten schon im Hinblick auf das rechtliche Gehör (*Art. 103 GG*) alles vortragen dürfen, was als rechts-, einwendungs- oder einredebe gründender Umstand prozesserheblich sein kann (*BVerfG 11. April 1991 - 2 BvR 963/90 - zu*

32

C II 3 der Gründe, NJW 1991, 2074). Anerkannt ist insbesondere, dass ein Verfahrensbeteiligter auch starke, eindringliche Ausdrücke und sinnfällige Schlagworte benutzen darf, um seine Rechtsposition zu unterstreichen, selbst wenn er seinen Standpunkt vorsichtiger hätte formulieren können. Das gilt allerdings nur in den Grenzen der Wahrheitspflicht. Auch dürfen die Parteien nicht leichtfertig Tatsachenbehauptungen aufstellen, deren Unhaltbarkeit ohne Weiteres auf der Hand liegt (*BVerfG 11. April 1991 - 2 BvR 963/90 - aaO*).

d) Die Würdigung, ob nach diesen Maßstäben im Einzelfall die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gerechtfertigt ist, obliegt in erster Linie dem Tatsachengericht. Das Revisionsgericht kann aber nachprüfen, ob das Berufungsgericht die Voraussetzungen für den Auflösungsantrag verkannt und bei Prüfung der vorgetragene Auflösungsgründe alle wesentlichen Umstände vollständig und widerspruchsfrei berücksichtigt und gewürdigt hat (*vgl. Senat 8. Oktober 2009 - 2 AZR 682/08 - Rn. 16, EzA KSchG § 9 nF Nr. 57; 23. Juni 2005 - 2 AZR 256/04 - zu II 1 der Gründe, AP KSchG 1969 § 9 Nr. 52 = EzA KSchG § 9 nF Nr. 52*). Dem hält die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts stand. 33

aa) Zu Recht hat sich das Landesarbeitsgericht auf die Prüfung solcher Umstände beschränkt, die bis zum 31. März 2005 eingetreten waren. Erklärungen des Klägers, die dieser nach Beginn seines Ruhestands abgegeben hat, oder ihm insoweit zuzurechnende Äußerungen seiner Ehefrau sind ungeeignet, den Auflösungsantrag der Beklagten zu begründen. Das folgt daraus, dass die Begründetheit des Antrags in Fällen wie dem vorliegenden aus der Sicht des Zeitpunkts der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu beurteilen ist. Damit wäre eine - selbst eine nur unterstützende - Heranziehung von Vorfällen, die sich erst später ereignet haben, unvereinbar. Hinzu kommt, dass eine Verletzung nachvertraglicher Schutz- und Rücksichtnahmepflichten wegen einer nach Vertragsende veränderten Pflichtenstruktur keine sicheren Rückschlüsse auf die Möglichkeit einer gedeihlichen, an den Betriebszwecken orientierten Zusammenarbeit in einem noch aktiven Arbeitsverhältnis zuließe. 34

- bb) Dem Landesarbeitsgericht ist darin zuzustimmen, dass die interne Bearbeitung des Rechtsstreits mit der R GmbH der Beklagten keinen Grund für eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses gab. 35
- (1) Der Beklagten war es nicht schon verwehrt, zur Begründung ihres Auflösungsantrags auf solche Umstände zurückzugreifen, die sie zur Rechtfertigung ihrer sozial ungerechtfertigten Kündigung vom 24. Oktober 1995 angeführt hatte. Derartige Sachverhalte können jedenfalls dann zur Begründung eines Auflösungsantrags herangezogen werden, wenn der Arbeitgeber sich - wie hier - auch noch auf weitere Tatsachen beruft (*Senat 23. Oktober 2008 - 2 AZR 483/07 - Rn. 71 mwN, AP BGB § 626 Nr. 218*). 36
- (2) Das Landesarbeitsgericht hat das Verhalten des Klägers in Teilen als vertragswidrig angesehen. So hat es angenommen, der Kläger habe vor Kündigung des Gestattungsvertrags mit der R GmbH Rücksprache mit den bereits beauftragten Rechtsanwälten halten müssen. Außerdem habe er seine Kompetenzen überschritten, als er anschließend Rechtsanwälte selbst mandatiert habe. Ferner habe er den Oberbürgermeister verspätet über das Urteil des Landgerichts vom 3. August 1995 unterrichtet und in seinem „Hausbrief“ Bedenken des Gerichts gegen die von der Beklagten vertretene Rechtsauffassung nicht hinreichend Rechnung getragen. 37
- (3) Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht aber angenommen, dass solcherart Pflichtverletzungen einer den Betriebszwecken dienlichen Zusammenarbeit der Parteien deshalb nicht entgegenstanden, weil sie sich durch geeignete Weisungen der Beklagten hätten steuern lassen. 38
- (4) Auch der vom Kläger in Sachen R GmbH eingenommene Rechtsstandpunkt als solcher und die Konsequenz, mit der der Kläger ihn vertreten hat, sind kein Auflösungsgrund. Die von der Beklagten beauftragten Gutachter haben in ihrer Stellungnahme die Rechtslage als „kompliziert“ bezeichnet und gemeint, die Auffassung des Klägers könne jedenfalls nicht als „völlig abwegig“ bezeichnet werden. Das hat das Berufungsgericht mit nachvollziehbaren Argumenten ebenso gesehen. Die Erhebung einer Klage auf Rückzahlung von 39

Honorar gegen die zweitbeauftragten Rechtsanwälte war nicht völlig fernliegend. Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, dass diese bei Mandatsniederlegung ihren Vorschuss bereits erhalten hatten. Ein „überzogenes Vorgehen“ des Klägers kann ebenso wenig in der Erhebung von Schadensersatzforderungen gegenüber den ursprünglich beauftragten Rechtsanwälten gesehen werden. Immerhin war deren Schreiben vom 13. Dezember 1993 ein Grund, der aus Sicht des Landgerichts Koblenz zum Unterliegen der Beklagten im Rechtsstreit mit der R GmbH führte. Zudem waren die betreffenden Schritte mit dem Oberbürgermeister der Beklagten abgestimmt.

cc) Die Auflösung des Arbeitsverhältnisses war nicht mit Rücksicht auf das sonstige Verhalten des Klägers geboten. Zwar hat das Berufungsgericht dieses Verhalten als teilweise unverhältnismäßig, beleidigend oder illoyal qualifiziert. Auch hat es erkannt, dass es nicht ohne jede Auswirkung auf die Zusammenarbeit der Parteien im Prognosezeitraum geblieben wäre. Dennoch durfte es davon ausgehen, dass die Parteien aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls - etwa des teilweise fehlenden Bezugs zur Tätigkeit des Klägers und des Umstands, dass der Konflikt durch ein unverhältnismäßiges Vorgehen der Beklagten selbst mit hervorgerufen worden war - zu einer gedeihlichen Zusammenarbeit hätten zurückfinden können. 40

(1) Das Landesarbeitsgericht hat ausgeführt, das Schreiben des Klägers vom 11. September 1995 an eine Bürgerin sei unangemessen und überzogen gewesen. Ferner sei es als Ausdruck einer illoyalen Haltung gegenüber dem Oberbürgermeister zu bewerten, dass der Kläger zwar ständig seine Verpflichtungen gegenüber Stadtrat und Gemeinde betont, bei seiner Anhörung durch den Personalrat aber erklärt habe, Weisungen des Oberbürgermeisters nur unter dem Vorbehalt ihrer gerichtlichen Prüfung befolgen zu wollen. Entsprechendes gelte für die Äußerungen des Klägers, mit denen er in einem Zeitungsartikel zitiert worden sei. Es sei überzogen und unsachlich, wenn er das Vorgehen des Oberbürgermeisters mit dem Wort „abspeisen“ würdige und durch den Hinweis auf ein Verlangen nach Akteneinsicht Misstrauen säe. Auch habe er durch die Nichtbeachtung des Verwaltungswegs bei Einreichung seiner 41

Petition im November 1995 versucht, über die Mitglieder des Stadtrats in unlauterer Weise Druck auf die Verwaltung auszuüben. Unangemessen seien seine Ausführungen, mit denen er den dem Oberbürgermeister angelasteten Verstoß gegen § 28 Abs. 3 SächsGemO ohne Not mit Straftaten verglichen habe. Das belege, dass der Kläger nicht immer das rechte Maß finde, angemessen auf möglicherweise zu Recht von ihm beanstandete Situationen zu reagieren. Aus seinem Prozessverhalten, insbesondere der Begründung von Ablehnungsgesuchen gegenüber zuständigen Richtern aus dem März und Mai 2003 werde seine Eigenschaft deutlich, einem Anliegen in unverhältnismäßiger, teils aggressiver und beleidigender Art Ausdruck zu verleihen.

(2) Ob diese Würdigung dem Recht des Klägers auf freie Meinungsäußerung (*Art. 5 Abs. 1 GG*) und/oder seinem Petitionsrecht (*Art. 17 GG und Art. 35 SächsVerf iVm. § 12 SächsGemO*) ausreichend Rechnung trägt, kann dahinstehen. Auch wenn dies zugunsten der Beklagten unterstellt wird, musste das Landesarbeitsgericht dem Auflösungsantrag nicht stattgeben.

42

(a) Das fragliche Schreiben vom 11. September 1995 hat die Beklagte zum Anlass genommen, dem Kläger eine Ermahnung auszusprechen. Damit hat sie zu erkennen gegeben, dass dieser Vorfall aus ihrer Sicht einer weiteren gedeihlichen Zusammenarbeit nicht entgegen steht. Äußerungen des Klägers anlässlich prozessualer Ablehnungsgesuche hat das Landesarbeitsgericht zu Recht keine fallübergreifende Bedeutung beigemessen. Das gilt ebenso für eine in der rechtlichen Argumentation des Klägers mitschwingende „Überheblichkeit“. Aus der Art und Weise der Prozessführung eines als beratender Jurist beschäftigten Arbeitnehmers in einem eigenen Kündigungsrechtsstreit lässt sich nicht ohne Weiteres auf dessen Auftreten in Rechtsstreitigkeiten schließen, die er für seinen Arbeitgeber zu führen hat. Umstände, die eine andere Betrachtung rechtfertigen könnten, zeigt die Revision nicht auf. Das Landesarbeitsgericht hat sich - entgegen dem Vorbringen der Beklagten - auch mit einem Brief des Klägers an die Prozessbevollmächtigten in Sachen R GmbH auseinandergesetzt und - ohne dass dies revisionsrechtlich zu beanstanden wäre - gemeint, ihm komme kein zu verallgemeinerndes Gewicht zu. Auch die Vielzahl der

43

zwischen den Parteien geführten Rechtsstreitigkeiten und der Vorwurf der Revision, der Kläger habe selbst in aussichtsloser Lage Rechtsmittel gegen Entscheidungen der Vorinstanzen eingelegt, führt zu keinem anderen Ergebnis. Es steht dem Kläger frei, den Rechtsweg auszuschöpfen.

(b) Die Auffassung des Landesarbeitsgerichts, zu Lasten der Beklagten sei zudem zu berücksichtigen, dass diese mit der Kündigung und den sie begleitenden Umständen maßgeblich zu den Spannungen zwischen den Parteien beigetragen habe, ist nicht zu beanstanden. Sie beruht auf dem Gedanken, dass es dem Arbeitgeber nicht gestattet ist, sich auf von ihm selbst herbeigeführte Auflösungsgründe zu berufen (*vgl. Senat 2. Juni 2005 - 2 AZR 234/04 - zu II 2 e aa der Gründe, AP KSchG 1969 § 9 Nr. 51 = EzA KSchG § 9 nF Nr. 51; 7. März 2002 - 2 AZR 158/01 - AP KSchG 1969 § 9 Nr. 42 = EzA KSchG § 9 nF Nr. 45; KR/Spilger 9. Aufl. § 9 KSchG Rn. 56, 59*). Unter diesem Gesichtspunkt ist es vertretbar, dass das Landesarbeitsgericht die Kündigung - auch im Hinblick auf die umfangreichen Unterhaltspflichten des Klägers - als „rigide“ bewertet und dies damit begründet hat, weder habe der Kläger Kritik hinsichtlich seiner beratenden und prozessbegleitenden Tätigkeit erfahren, noch sei ihm ausreichend Gelegenheit zur Verhaltensänderung gegeben worden. Auch die Würdigung, in der Entbindung des Klägers von seiner Stellung als Amtsleiter liege eine unverhältnismäßige Reaktion, ist nicht zu beanstanden. Das gilt insbesondere angesichts des Verlangens, der Kläger möge seine Absetzung gemeinsam mit dem Oberbürgermeister in der Verwaltung bekannt geben. Zu Unrecht rügt die Beklagte, das Landesarbeitsgericht sei hinsichtlich dieser Erwägung der Verpflichtung zur Neubewertung des Sachverhalts nach der Aufhebung seines ersten Urteils durch den Sächsischen Verfassungsgerichtshof nicht ausreichend gerecht geworden. Auch wenn es Passagen aus dem aufgehobenen Urteil zu großen Teilen wörtlich wiederholt und lediglich eine vom Verfassungsgerichtshof bemängelte Passage ausgelassen hat, rechtfertigt dies nicht die Annahme, es habe den Sachverhalt keiner erneuten und eigenständigen rechtlichen Überprüfung unterzogen. Im Übrigen hat auch die Beklagte den Rechtsstreit nicht mit der gebotenen Sachlichkeit geführt, soweit sie dem langjährig als Rechtsanwalt tätigen Kläger die

44

fachliche Kompetenz abgesprochen und behauptet hat, er habe im Rechtsstreit mit der R GmbH „abstruse“ Rechtsauffassungen vertreten.

- (c) Die Einschätzung des Landesarbeitsgerichts, angesichts der Möglichkeit der Beklagten, auf das Verhalten des Klägers durch eindeutige Regelungen und sachliche Anweisungen steuernd einzuwirken, sei durchaus eine gedeihliche weitere Zusammenarbeit der Parteien zu erwarten gewesen, ist vertretbar. Ihr steht nicht entgegen, dass es bestimmte Verhaltensauffälligkeiten des Klägers dessen Persönlichkeitsstruktur zugeschrieben hat. Darin läge allenfalls dann ein Widerspruch, wenn es von einer mangelnden Steuerbarkeit des beanstandeten Verhaltens ausgegangen wäre. Das ist nicht der Fall. Ebenso wenig kann den Äußerungen des Klägers zum Weisungsrecht des Oberbürgermeisters entnommen werden, er sei nicht (*mehr*) gewillt, diese zu befolgen. Seine Äußerung, er werde künftige Weisungen ggf. gerichtlich überprüfen lassen, war erkennbar durch die unerwartete Konfrontation mit der Kündigungsabsicht der Beklagten bedingt und berechtigt nicht zu der Annahme, er werde sich auch bei Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses eindeutigen Regelungen und Anweisungen verschließen. Das entsprach im Übrigen der Einschätzung des Personalrats, der die Äußerung und Begleitumstände unmittelbar wahrgenommen hatte. 45
- dd) Das Landesarbeitsgericht hat kein entscheidungserhebliches Vorbringen der Beklagten übergangen oder fehlerhaft gewichtet. 46
- (1) Zu Unrecht rügt die Revision, es habe sich nicht mit der Beleidigung eines seinerzeit zuständigen Vorsitzenden Richters am Landesarbeitsgericht auseinandergesetzt. Die Entscheidungserheblichkeit der behaupteten Gehörverletzung ist nicht zu erkennen. 47
- (2) Soweit die Revision rügt, das Landesarbeitsgericht habe eine im Schriftsatz des Klägers vom 10. April 2003 enthaltene Äußerung über ihren Oberbürgermeister übergangen, derzufolge dieser „seine Kommunalerfahrung in einem Rechtssystem erworben hatte, bei dem die sogenannte sozialistische Gesetzlichkeit eine Nachgiebigkeit des Rechts für politische Ziele erforderte“, 48

hat sie es versäumt darzulegen, wann und wo sie diese Äußerung zum Gegenstand ihres Auflösungsbegehrens gemacht hatte.

(3) Auf Äußerungen des Klägers im Schriftsatz vom 18. April 2006 und in einer Eingabe an den Regierungspräsidenten vermag die Beklagte ihren Auflösungsantrag schon deshalb nicht zu stützen, weil sie die Zeit nach dem 31. März 2005, dem Ende des Prognosezeitraums, betreffen. 49

(4) Das Landesarbeitsgericht hat nicht den Regelungsgehalt des § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG als einer neben § 626 BGB bestehenden Lösungsmöglichkeit des Arbeitgebers verkannt, soweit es dem am 16. März 2005 verfassten Schreiben des Klägers wegen der alsbaldigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses keine Bedeutung mehr beigemessen hat. Das Schreiben war unmittelbar an den amtierenden Oberbürgermeister gerichtet. Eine Außenwirkung kam ihm nicht zu. Der Kläger befasste sich darin überwiegend mit aus seiner Sicht vorliegenden Amtspflichtverletzungen des Amtsvorgängers. Eine Mitverantwortung des Adressaten stellte er allenfalls unter dem Aspekt unterbliebener Mitarbeiterverantwortung „in den Raum“. Anders als die Beklagte meint, kann unter diesen Umständen nicht angenommen werden, das Schreiben habe sie trotz des unmittelbar bevorstehenden Endes des Arbeitsverhältnisses zu einer fristlosen Kündigung berechtigt und müsse daher erst recht als Auflösungsgrund taugen. 50

Unschädlich ist, dass sich das Landesarbeitsgericht nicht näher mit der Frage befasst hat, ob die Äußerungen des Klägers sein vorangegangenes Verhalten in einem anderen Licht erscheinen lassen. Der Kläger hat das Schreiben mit dem Hinweis darauf eingeleitet, dass er „am letzten Tag, an dem mich der Arbeitsvertrag den Bürgern dieser Stadt zum Einsatz für das Gemeinwohl verpflichtet, ... das Résumé ziehen (könne)“. Dies spricht dafür, dass er sich seiner Mäßigungspflicht im bestehenden Arbeitsverhältnis durchaus bewusst war und sie auch bei tatsächlicher Beschäftigung beachtet hätte. 51

(5) Ein Auflösungsgrund ergibt sich ebenso wenig aus dem Vorbringen des Klägers zur Erstellung des „Hausbriefs“ vom 30. August 1995, von dem er unter 52

Vorlage einer bereits auf den 6. August 1995 datierten Ausfertigung behauptete, ihn schon Anfang August dem Oberbürgermeister zugeleitet zu haben. Das Landesarbeitsgericht hat gemeint, insoweit fehle es an hinreichenden Indiztatsachen für einen vorsätzlich falschen Prozessvortrag des Klägers. Dem Gericht sei aus eigener Erfahrung bekannt, dass es seinerzeit (1995) bei der Verwendung einer bestimmten, auch von der Beklagten genutzten Software häufig zu programmtechnisch bedingten Fehlern bei Formatierungen und Datierungen gekommen sei. Dem Kläger habe - zumal sehr viel später - die (*richtige*) Datierung des Briefs auf den 30. August 1995 nicht mehr bewusst sein müssen. Die Rüge der Beklagten, das Landesarbeitsgericht habe diesen Gesichtspunkt nur nach einem ausdrücklichen richterlichen Hinweis berücksichtigen dürfen, ist unbegründet. Die Beklagte übersieht, dass sich der Kläger mit Schriftsatz vom 27. Juni 2006 auf mögliche programmtechnische Fehler bei der automatischen Erzeugung des Datums im „Hausbrief“ berufen hatte, ohne dass sie dem entgegen getreten wäre. Unter diesen Umständen stellt es keinen Verfahrensmangel dar, wenn das Landesarbeitsgericht das klägerische Vorbringen mit eigenem Wissen vergleicht. Seine Würdigung lässt nicht erkennen, dass es dabei die ausdrückliche Behauptung des Klägers, das Dokument am 6. August 1995 und nicht erst am 30. August 1995 erstellt zu haben, übergangen hätte. Es brauchte in den Entscheidungsgründen nicht auf alle Einzelheiten des Vorbringens der Parteien einzugehen, zumal die Behauptung des Klägers einen Irrtum auf seiner Seite nicht ausschließt. Die Beklagte führt im Übrigen selbst an, der Kläger habe in seinem Schriftsatz vom 20. August 2003 „klarstellend“ erklärt, seine Angaben zu einer „vermuteten Absendung des Hausbriefs nahe bei dem 6. August 1995“ seien „ein für Jedermann erkennbarer Irrtum“ gewesen. Der späteren Modifizierung dieses Vorbringens ist nicht zu entnehmen, dass der Kläger die Möglichkeit eines Irrtums nunmehr gänzlich ausschließen wollte.

II. Fehlt es an einem Auflösungsgrund iSv. § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG, kann offen bleiben, ob der Beklagten ein Auflösungsantrag überhaupt zu Gebote stand. Darauf, ob die Kündigung vom 24. Oktober 1995 aus sonstigen Gründen unwirksam war, wie der Kläger gemeint hat, kommt es nicht an.

53

1. Eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses auf Antrag des Arbeitgebers kommt nur in Betracht, wenn die Kündigung nicht auch aus einem anderen Grund als dem der Sozialwidrigkeit unwirksam ist (*Senat 28. Mai 2009 - 2 AZR 949/07 - Rn. 15; 28. August 2008 - 2 AZR 63/07 - Rn. 27, BAGE 127, 329*). Dabei führt das Vorliegen eines anderen Unwirksamkeitsgrundes iSv. § 13 Abs. 3 KSchG nicht zur Unzulässigkeit des Auflösungsbegehrens wegen Fehlens einer Prozessvoraussetzung. Es mangelt dem Begehren vielmehr an einer materiellen Voraussetzung des § 9 Abs. 1 KSchG wie beim Fehlen von Auflösungsgründen iSv. § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG auch. Auf eine bestimmte Prüfungsreihenfolge sind die Gerichte gesetzlich nicht festgelegt. Liegt nur eine der Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 KSchG nicht vor, ist der Auflösungsantrag des Arbeitgebers unbegründet. Einer Erörterung weiterer Voraussetzungen bedarf es dann nicht. 54

2. Etwas anderes ergibt sich im Streitfall auch nicht daraus, dass der Kläger beantragt hat, die Revision der Beklagten mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass ihr Auflösungsantrag „wegen Verstoßes gegen § 28 Abs. 3 der Sächsischen Gemeindeordnung als unzulässig und unbegründet“ abgewiesen werde. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Abweisung des Auflösungsantrags aus einem bestimmten rechtlichen Grund. Der Streitgegenstand bestimmt sich durch den Antrag und den zu seiner Begründung vorgetragene Lebenssachverhalt (*vgl. BAG 2. Oktober 2007 - 1 ABR 79/06 - Rn. 18 mwN, EzA ZPO 2002 § 559 Nr. 1*). In diesem Rahmen sind die Gerichte in der rechtlichen Beurteilung frei und nicht an die von den Parteien vorgebrachte rechtliche Begründung gebunden. Im Übrigen hat der Senat im vorliegenden Rechtsstreit bereits entschieden, dass die von § 28 Abs. 3 SächsGemO geforderte Herstellung des Einvernehmens mit dem Stadtrat keine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Kündigung gegenüber einem Gemeindebediensteten darstellt (*Urteil vom 27. September 2001 - 2 AZR 389/00 - zu II 5 der Gründe, AP KSchG 1969 § 9 Nr. 41 = EzA ZPO § 322 Nr. 13*). 55

C. Die Anschlussrevision des Klägers ist unzulässig. Der Kläger ist durch das Berufungsurteil nicht beschwert. 56

- I. Die Anschlussrevision stellt, obwohl nicht Rechtsmittel im eigentlichen Sinne, ein Angriffsmittel dar, mit dem der Anschlussrevisionskläger eine Abänderung der angefochtenen Entscheidung zu seinen Gunsten erstrebt (*BGH 11. März 1981 - GSZ 1/80 - zu II 2 b der Gründe, BGHZ 80, 146*). Dies setzt eine Beschwer des Anschlussrevisionsklägers durch das angefochtene Berufungsurteil voraus (*zB Senat 15. März 2001 - 2 AZR 141/00 - zu B IV der Gründe, AP KSchG 1969 § 4 Nr. 46 = EzA KSchG § 4 nF Nr. 61; 26. Januar 1995 - 2 AZR 355/94 - zu I 2 der Gründe, EzA BGB § 626 nF Nr. 155; BGH 31. Mai 1995 - VIII ZR 267/94 - zu II der Gründe mwN, LM ZPO § 556 Nr. 29*). 57
- II. Die Beschwer eines sich gegen den Auflösungsantrag des Arbeitgebers verteidigenden Arbeitnehmers ist nach den Grundsätzen zu bestimmen, die für die Beschwer einer beklagten Partei gelten. Es kommt darauf an, ob das angefochtene Urteil seinem Inhalt nach für ihn nachteilig ist, er also mit dem Rechtsmittel eine für ihn günstigere Entscheidung herbeiführen kann (*vgl. BGH 4. Mai 2000 - VII ZR 53/99 - zu I 3 der Gründe mwN, BGHZ 144, 242*). Das bestimmt sich allein nach dem rechtskraftfähigen Inhalt der angefochtenen Entscheidung (*BGH 16. April 1996 - XI ZR 302/95 - zu II 3 der Gründe, NJW-RR 1996, 828*). An einer Beschwer fehlt es, wenn sich das Rechtsmittel allein gegen die Urteilsbegründung wendet und die Partei dieselbe Entscheidung nur mit einer anderen Begründung erstrebt (*BGH 17. Dezember 2003 - IV ZR 28/03 - zu II 1 der Gründe mwN, NJW-RR 2004, 724; 2. Dezember 1982 - IVb ZR 638/80 - zu I 2 b der Gründe, BGHZ 82, 246*). 58
- III. Danach liegt auf Seiten des Klägers eine Beschwer nicht vor. 59
1. Der Kläger strebt zwar, wie er vor dem Senat klargestellt hat, mit der begehrten Abweisung des Auflösungsantrags als „unzulässig“ nicht etwa - zu seinen eigenen Lasten - ein bloßes Prozessurteil an. Er will vielmehr erreichen, dass das Auflösungsbegehren der Beklagten aus einem bestimmten Grund - wegen „sonstiger Unwirksamkeit“ der Kündigung vom 24. Oktober 1995 und insoweit va. wegen eines Verstoßes gegen § 28 Abs. 3 SächsGemO - abgewiesen wird. Hinsichtlich der Wirkung seiner materiellen Rechtskraft unterscheidet sich das angefochtene von dem erstrebten Urteil jedoch nicht. Die 60

Gründe für die Abweisung eines Auflösungsantrags nehmen an der Rechtskraft der Entscheidung nicht teil. Noch weniger sind sie etwa im Tenor des Urteils auszusprechen. Der Kläger hat mit der Abweisung des gegnerischen Auflösungsantrags durch das Landesarbeitsgericht voll obsiegt. Mehr könnte er mit seiner Revision nicht erreichen.

2. Der Kläger kann eine Beschwer durch das angefochtene Urteil nicht aus der Zurückweisung seiner Anschlussberufung durch das Urteil des Landesarbeitsgerichts vom 4. September 2003 herleiten. Dieses Urteil ist insoweit rechtskräftig. 61

D. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 iVm. § 92 ZPO. 62

Kreft

Schmitz-Scholemann

Berger

Dr. Roeckl

K. Schierle