

## **I. Schriftform**

### **1. Abwicklungsvertrag - vorzeitiges Ausscheiden - Schriftform**

**BAG 17. Dezember 2015 - 6 AZR 709/14 - EzA BGB 2002 § 623 Nr. 11**

#### **Amtlicher Leitsatz:**

Ein Abwicklungsvertrag kann für den Arbeitnehmer die Möglichkeit vorsehen, sein vorzeitiges Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis zu erklären. Eine solche Erklärung bedarf jedoch gemäß § 623 BGB zwingend der Schriftform.

#### **Nichtamtliche Orientierungssätze:**

1. In einem Abwicklungsvertrag kann dem Arbeitnehmer das Recht zum vorzeitigen Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis eingeräumt werden. Bei einer solchen Regelung bedürfen beide Parteien des Schutzes der grundsätzlich nicht abdingbaren Mindestkündigungsfrist des § 622 Abs. 1 BGB nicht. Dies entspricht auch dem Rechtsgedanken des § 12 KSchG.
2. Die Ausübung dieses vertraglichen Rechts zur vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses erfolgt durch Abgabe einer Kündigungserklärung und unterfällt dem Formzwang des § 623 BGB.
3. Eine per Telefax übermittelte Kündigungserklärung genügt nicht den Anforderungen des § 126 Abs. 1 BGB. Dabei ist unbeachtlich, dass nach Regelungen des Zivilprozessrechts die Übermittlung von Schriftstücken durch Telekopie ausreichend sein kann.

## **II. Zugang**

### **2. Kündigung - Zugang - Zugangsvereitelung - Klagefrist**

**BAG 26. März 2015 - 2 AZR 483/14 - EzA BGB 2002 § 130 Nr. 7**

#### **Amtliche Leitsätze:**

Keine

#### **Nichtamtliche Orientierungssätze:**

1. Eine verkörperte Willenserklärung geht unter Anwesenden zu und wird damit entsprechend § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB wirksam, wenn sie durch Übergabe in den Herrschaftsbereich des Empfängers gelangt. Es kommt nicht darauf an, ob der Empfänger die Verfügungsgewalt über das Schriftstück dauerhaft erlangt. Es genügt die Aushändigung und Übergabe, so dass für ihn die Möglichkeit der Kenntnisnahme besteht. Der Zugang einer verkörperten Willenserklärung unter Anwesenden ist auch dann bewirkt, wenn das Schriftstück dem Empfänger mit der für ihn erkennbaren Absicht, es ihm zu übergeben, anreichert und, falls er die Entgegennahme ablehnt, so in seiner unmittelbaren Nähe abgelegt wird, dass er es ohne Weiteres an sich nehmen

und von seinem Inhalt Kenntnis nehmen kann.

2. Verhindert der Empfänger durch eigenes Verhalten den Zugang einer Willenserklärung, muss er sich so behandeln lassen, als sei ihm die Erklärung bereits zum Zeitpunkt des Übermittlungsversuchs zugegangen. Nach Treu und Glauben ist es ihm verwehrt, sich auf den späteren tatsächlichen Zugang zu berufen, wenn er selbst für die Verspätung die alleinige Ursache gesetzt hat. Sein Verhalten muss sich dafür als Verstoß gegen bestehende Pflichten zu Sorgfalt oder Rücksichtnahme darstellen. Lehnt er grundlos die Entgegennahme eines Schreibens ab, muss er sich nach § 242 BGB jedenfalls dann so behandeln lassen, als sei es ihm im Zeitpunkt der Ablehnung zugegangen, wenn er im Rahmen vertraglicher Beziehungen mit der Abgabe rechtserheblicher Erklärungen durch den Absender rechnen musste.

3. Ein Arbeitnehmer muss regelmäßig damit rechnen, dass ihm anlässlich einer im Betrieb stattfindenden Besprechung mit dem Arbeitgeber rechtserhebliche Erklärungen betreffend sein Arbeitsverhältnis übermittelt werden. Der Betrieb ist typischerweise der Ort, an dem das Arbeitsverhältnis berührende Fragen besprochen und geregelt werden.

4. Eine verkörperte Willenserklärung geht unter Abwesenden iSv. § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB zu, sobald sie in verkehrsbüblicher Weise in die tatsächliche Verfügungsgewalt des Empfängers gelangt ist und für diesen unter gewöhnlichen Verhältnissen die Möglichkeit besteht, von ihr Kenntnis zu nehmen. Ob die Möglichkeit der Kenntnisnahme bestand, ist nach den „gewöhnlichen Verhältnissen“ und den „Gepflogenheiten des Verkehrs“ zu beurteilen. So bewirkt der Einwurf in einen Briefkasten den Zugang, sobald nach der Verkehrsanschauung mit der nächsten Entnahme zu rechnen ist. Dabei ist nicht auf die individuellen Verhältnisse des Empfängers abzustellen. Im Interesse der Rechtssicherheit ist vielmehr eine generalisierende Betrachtung geboten.

5. Anders als dann, wenn ein Brief ohne Wissen des Adressaten erst nach den üblichen Postzustellzeiten in dessen Hausbriefkasten eingeworfen wird, ist mit der Kenntnisnahme eines Schreibens, von dem der Adressat weiß oder annehmen muss, dass es gegen 17:00 Uhr eingeworfen wurde, unter gewöhnlichen Verhältnissen noch am selben Tag zu rechnen.

### **III. Bestimmtheit - Bestimmbarkeit**

#### **3. Bestimmtheit einer hilfsweise erklärten ordentlichen Kündigung**

**BAG 20. Januar 2016 - 6 AZR 782/14 - EzA BGB 2002 § 622 Nr. 13**

#### **Amtliche Leitsätze:**

Keine

#### **Nichtamtliche Orientierungssätze:**

1. Eine Kündigung muss als empfangsbedürftige Willenserklärung so bestimmt sein, dass der Empfänger Klarheit über die Absichten des Kündigenden erhält. Der Kündigungsadressat muss auch erkennen können, zu welchem Zeitpunkt das Arbeitsverhältnis aus Sicht des Kündigenden beendet sein soll. Im Fall einer ordentlichen Kündigung genügt regelmäßig die Angabe des Kündigungstermins oder der Kündigungsfrist.

2. Eine Kündigung „zum nächstzulässigen Termin“ ist möglich, wenn dem Erklärungsempfänger die Dauer der Kündigungsfrist bekannt oder für ihn bestimmbar ist. Letzteres ist der Fall, wenn die rechtlich zutreffende Frist für den Kündigungsadressaten leicht feststellbar ist und nicht umfassende tatsächliche Ermittlungen oder die Beantwortung schwieriger Rechtsfragen erfordert. Die maßgebliche Kündigungsfrist kann sich aus Angaben im Kündigungsschreiben oder aus einer vertraglich in Bezug genommenen tariflichen Regelung ergeben.

3. Wird eine ordentliche Kündigung nicht isoliert erklärt, sondern nur hilfsweise für den Fall der Unwirksamkeit einer außerordentlichen fristlosen Kündigung, ist der Kündigungsempfänger nicht im Unklaren darüber, wann das Arbeitsverhältnis nach der Vorstellung des Kündigenden enden soll. Die Beendigung soll dann offensichtlich bereits mit Zugang der fristlosen Kündigung erfolgen. Unter diesen Umständen kommt es nicht darauf an, ob es dem Kündigungsempfänger ohne Schwierigkeiten möglich ist, die Kündigungsfrist der hilfsweise erklärten ordentlichen Kündigung zu ermitteln.

## **IV. Gesetzliche Kündigungsfrist**

### **4. Kündigungsfrist - Günstigkeitsvergleich**

**BAG 29. Januar 2015 - 2 AZR 280/14 – EzA BGB 2002 § 622 Nr. 12**

#### **Sachverhalt:**

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung.

Die Beklagte erbringt medizinische Dienstleistungen im Bereich der Radiographie. Die Klägerin war bei ihr seit 1976 tätig. Im „Anstellungsvertrag für außertarifliche Angestellte“ vom 15. März 2005 heißt es in § 8 Nr. 1:

„Die Kündigungsfrist beträgt beiderseits sechs Monate zum 30. Juni oder 31. Dezember des Jahres.“

Mit Schreiben vom 19. Dezember 2012, der Klägerin am selben Tag zugegangen, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis „unter Wahrung der arbeitsvertraglichen Kündigungsfrist ordentlich zum 30. Juni 2013“.

Mit ihrer Klage hat die Klägerin sich rechtzeitig gegen die Kündigung gewandt. Die Kündigung sei sozial nicht gerechtfertigt. Im Übrigen habe sie die Frist von sieben Monaten zum Ende eines Kalendermonats aus § 622 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 BGB wahren müssen. Eine Umdeutung in eine Kündigung zum 31. Juli 2013 komme nicht in Betracht.

Die Beklagte hat gemeint, die Kündigung habe das Arbeitsverhältnis der Parteien zum 30. Juni 2013 aufgelöst. Die vertragliche Kündigungsfrist setze sich gegen die gesetzliche Regelung durch. Sie biete für die längere Zeit innerhalb eines Kalenderjahres den besseren Schutz.

Das Arbeitsgericht hat festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung - erst - zum 31. Juli 2013 aufgelöst worden sei. Die dagegen eingelegte Berufung der Klägerin hat das Landesarbeitsgericht zurückgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten hat es die Klage insgesamt abgewiesen. Die Revision der Klägerin führte zur Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung.

**Amtliche Leitsätze:**

Eine vertragliche Kündigungsfrist kann sich gegen die maßgebliche gesetzliche Kündigungsfrist nur durchsetzen, wenn sie in jedem Fall zu einer späteren Beendigung des Arbeitsverhältnisses führt. Es genügt nicht, dass die vertragliche Regelung für die längere Zeit innerhalb eines Kalenderjahres den besseren Schutz gewährt.

**Nichtamtliche Orientierungssätze:**

1. Die einzelvertragliche Vereinbarung einer bestimmten Kündigungsfrist und eines bestimmten Kündigungstermins ist in der Regel als Einheit zu betrachten. Für den Günstigkeitsvergleich zwischen vertraglicher und gesetzlicher Regelung ist dieses „Ensemble“ ins Verhältnis zur gesetzlichen Bestimmung zu setzen (Gesamtvergleich, auch Ensemble- oder Gruppenvergleich).
2. Der Günstigkeitsvergleich zwischen einzelvertraglicher und gesetzlicher Regelung hat abstrakt, dh. entweder schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses oder spätestens bei Eintritt des Arbeitnehmers in die einschlägige „Stufe“ des § 622 Abs. 2 BGB zu erfolgen. Es ist nicht auf die konkret ausgesprochene Kündigung abzustellen.
3. Eine einzelvertragliche Abrede ist nur dann günstiger als die gesetzliche Bestimmung, wenn sie in jedem Fall zu einer späteren Beendigung des Arbeitsverhältnisses führt. Es genügt nicht, dass die vertragliche Regelung für die längere Zeit innerhalb eines Kalenderjahres den besseren Schutz bietet.
4. Erweist sich ein einzelvertragliches „Ensemble“ nach vorstehenden Grundsätzen nicht als günstiger, findet die gesetzliche Regelung Anwendung. Es wird nicht die längere gesetzliche Kündigungsfrist mit den - eingeschränkten - vertraglichen Kündigungsterminen „kombiniert“.
5. Es bedarf keiner Entscheidung, ob eine einzelvertragliche Kündigungsfrist erst dann hinter die gesetzliche Regelung zurücktritt, wenn sie sich - auf einer späteren Stufe des § 622 Abs. 2 Satz 1 BGB - als ungünstiger erweist.

**V. Geltung des Kündigungsschutzgesetzes****5. Kleinbetriebsklausel - Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern**

**BAG 24. Januar 2013 - 2 AZR 140/12 – EzA KSchG § 23 Nr. 38**

**Pressemitteilung:**

Nach § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG gilt das Kündigungsschutzgesetz für nach dem 31. Dezember 2003 eingestellte Arbeitnehmer nur in Betrieben, in denen in der Regel mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt werden. Bei der Berechnung der Betriebsgröße sind auch im Betrieb beschäftigte Leiharbeitnehmer zu berücksichtigen, wenn ihr Einsatz auf einem „in der Regel“ vorhandenen Personalbedarf beruht. Dies gebietet eine an Sinn und Zweck orientierte Auslegung der gesetzlichen Bestimmung.

Der Kläger war seit Juli 2007 bei der Beklagten beschäftigt. Diese beschäftigte einschließlich des Klägers zehn eigene Arbeitnehmer. Im November 2009 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien fristgerecht. Mit seiner Kündigungsschutzklage hat der Kläger geltend gemacht, bei der Anzahl der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer seien auch die von der Beklagten eingesetzten Leiharbeiter zu berücksichtigen.

Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht haben die Klage abgewiesen, weil das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung finde. Die Revision des Klägers hatte vor dem Zweiten Senat des Bundesarbeitsgerichts Erfolg. Es ist nicht auszuschließen, dass im Betrieb der Beklagten mehr als zehn Arbeitnehmer iSd. § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG beschäftigt waren. Der Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern steht nicht schon entgegen, dass sie kein Arbeitsverhältnis zum Betriebsinhaber begründet haben. Die Herausnahme der Kleinbetriebe aus dem Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes soll der dort häufig engen persönlichen Zusammenarbeit, ihrer zumeist geringen Finanzausstattung und dem Umstand Rechnung tragen, dass der Verwaltungsaufwand, den ein Kündigungsschutzprozess mit sich bringt, die Inhaber kleinerer Betriebe typischerweise stärker belastet. Dies rechtfertigt keine Unterscheidung danach, ob die den Betrieb kennzeichnende regelmäßige Personalstärke auf dem Einsatz eigener oder dem entliehener Arbeitnehmer beruht.

Der Senat hat die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen. Es steht noch nicht fest, ob die im Kündigungszeitpunkt im Betrieb tätigen Leiharbeiter aufgrund eines regelmäßigen oder eines für den Betrieb „in der Regel“ nicht kennzeichnenden Geschäftsanfalls beschäftigt waren.

#### **Amtlicher Leitsatz:**

Bei der Bestimmung der Betriebsgröße iSv. § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG sind im Betrieb beschäftigte Leiharbeiter zu berücksichtigen, wenn ihr Einsatz auf einem „in der Regel“ vorhandenen Personalbedarf beruht.

#### **Nichtamtliche Orientierungssätze:**

1. Im Betrieb eingesetzte Leiharbeiter sind bei der Bestimmung der Betriebsgröße nach § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG mitzuzählen, soweit mit ihnen ein regelmäßiger Beschäftigungsbedarf abgedeckt wird.

2. Maßgebend ist die Beschäftigungslage, die im Allgemeinen für den Betrieb kennzeichnend ist. Dies gilt auch mit Blick auf Leiharbeiter. Es kommt nicht auf die zufällige tatsächliche Anzahl der Beschäftigten im Zeitpunkt des Kündigungszugangs an. Es bedarf vielmehr eines Rückblicks auf die bisherige personelle Stärke des Betriebs und einer Einschätzung seiner zukünftigen Entwicklung; Zeiten außergewöhnlich hohen oder niedrigen Geschäftsanfalls sind dabei nicht zu berücksichtigen.

### **6. Wartezeit - vorangegangenes Leiharbeitsverhältnis**

**BAG 20. Februar 2014 - 2 AZR 859/11 - EzA KSchG § 1 Nr. 66**

#### **Amtlicher Leitsatz:**

Zeiten, während derer ein Leiharbeiter in den Betrieb des Entleihers eingegliedert war,

sind in einem späteren Arbeitsverhältnis zwischen ihm und dem Entleiher regelmäßig nicht auf die Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG anzurechnen.

### **Nichtamtliche Orientierungssätze:**

1. Zeiten, die der Arbeitnehmer als Leiharbeiter in den Betrieb des Entleihers eingegliedert war, finden in einem späteren Arbeitsverhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und dem Entleiher bei der Berechnung der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG - vorbehaltlich des Vorliegens besonderer Umstände - keine Berücksichtigung. Das gilt auch dann, wenn sich das Arbeitsverhältnis nahtlos an die Überlassung anschließt und der Arbeitnehmer durchgängig in demselben Betrieb tätig war. Die sechsmonatige Wartezeit soll den Parteien des Arbeitsverhältnisses die Prüfung ermöglichen, ob sie sich auf Dauer vertraglich binden wollen. Dieser Zweck kann typischerweise nur erreicht werden, wenn der Arbeitgeber während der Beschäftigung des Arbeitnehmers nicht nur dessen Arbeitsleistung, sondern auch dessen sonstiges Verhalten zur ordnungsgemäßen Vertragserfüllung aus eigener Kenntnis beurteilen kann.

2. Auch § 3 Abs. 1 Nr. 3 Satz 4 AÜG schreibt nicht zwingend vor, dass Beschäftigungszeiten als Leiharbeiter auf die Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG anzurechnen sind, wenn dieser im Anschluss an die Überlassung im Wege eines „Drehtüreffekts“ ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher oder mit einem Unternehmen begründet, das mit dem Entleiher konzernrechtlich verbunden ist.

3. Der allgemeine Kündigungsschutz des § 1 KSchG ist nicht konzernbezogen ausgestaltet. Wird der Arbeitnehmer nach rechtlicher Beendigung seines Arbeitsverhältnisses zeitnah von einem Unternehmen eingestellt, das mit seinem früheren Arbeitgeber konzernrechtlich verbunden ist, folgt allein daraus nicht, dass Beschäftigungszeiten aus dem vorangegangenen Arbeitsverhältnis bei der Berechnung der Wartezeit im neuen Arbeitsverhältnis zu berücksichtigen sind.

4. Ein Wechsel des Vertragsarbeitgebers im Unternehmensverbund gibt allerdings regelmäßig Anlass zu der Prüfung, ob nicht eine - grundsätzlich zulässige - einzelvertragliche Vereinbarung über die Anrechnung von Vorbeschäftigungszeiten vorliegt. Einzelvertragliche Abreden dieser Art müssen nicht ausdrücklich getroffen sein. Sie können sich auch aus konkludentem Verhalten ergeben.

5. Veranlassen der frühere und der „neue“ Arbeitgeber den Arbeitnehmer gemeinsam zum Arbeitgeberwechsel, kann dies - neben dem Verzicht des „neuen“ Arbeitgebers auf eine Probezeit - ein Anhaltspunkt für eine konkludente Abrede über die Anrechnung von Vorbeschäftigungszeiten sein. Geschieht der Wechsel unter „Zwischenschaltung“ eines Leiharbeitsverhältnisses mit dem Ziel, den Verlust des Kündigungsschutzes herbeizuführen, kann der Arbeitnehmer nach dem Rechtsgedanken des § 162 BGB so zu stellen sein, als hätte er die Wartefrist bei dem „neuen“ Arbeitgeber bereits erfüllt.

## **VI. „Dringende betriebliche Erfordernisse“ iSd. § 1 Abs. 2 KSchG**

### **7. (Außerordentliche) betriebsbedingte Kündigung - Anhörung der Mitarbeitervertretung**

**BAG 22. Oktober 2015 - 2 AZR 650/14 - EzA BetrVG 2001 § 102 Nr. 35**

#### **Sachverhalt:**

Die 1967 geborene Klägerin war seit 1988 im Labor des M Hospitals in 2 H als medizinisch-

technische Laborassistentin (MTLA) tätig. Trägerin des Krankenhauses ist seit 1989 die Beklagte. Diese betreibt außerdem das F Hospital in B und das S Hospital in R. Aufgrund arbeitsvertraglicher Vereinbarung finden auf das Arbeitsverhältnis der Parteien die „Richtlinien für Arbeitsverträge in den Einrichtungen des Deutschen Caritasverbandes“ (AVR) in ihrer jeweils geltenden Fassung Anwendung.

Im Herbst 2012 beschloss die Beklagte, das Labor im M Hospital aufzulösen. Nach einem neu entwickelten „Labor-Konzept“ sollten Routine-Untersuchungen künftig durch das Labor des F Hospitals miterledigt werden. Notfallmäßig vorzunehmende Untersuchungen sollten über im M Hospital zu errichtende „POCT-Labore“ abgewickelt werden. Bei dem Point-of-Care-Testing (POCT) werden mittels spezieller Messsysteme Vitalparameter erfasst. Die dafür benötigten Geräte wurden in der Notaufnahme des M Hospitals installiert. Mit Schreiben vom 8. November 2012 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien außerordentlich unter Einhaltung einer Auslauffrist zum 30. Juni 2013.

Hiergegen hat sich die Klägerin rechtzeitig mit der vorliegenden Klage gewandt. Sie hat gemeint, eine außerordentliche Kündigung aus betrieblichen Gründen sei schon nach den AVR ausgeschlossen. Jedenfalls fehle es an einem wichtigen Grund. Weder seien ihre bisherigen Aufgaben entfallen noch habe die Beklagte dargetan, dass sie über andere freie Arbeitsplätze nicht verfüge. Geeignete Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten hätten durchaus bestanden, etwa in der Röntgenabteilung des M Hospitals. Nach einer Einarbeitungszeit von weniger als drei Monaten habe sie im Übrigen in verschiedenen weiteren - konkret bezeichneten - Bereichen des Hospitals beschäftigt werden können. Zumindest im Umfang von zwei bis drei Stunden täglich seien unterstützende Tätigkeiten bei der Bedienung der POCT-Geräte möglich gewesen. Auch in den beiden anderen Krankenhäusern hätten alternative Einsatzmöglichkeiten bestanden. Abgesehen davon habe die Beklagte bei der Sozialauswahl den relevanten Personenkreis verkannt. Die von ihr betriebenen Krankenhäuser stünden unter einheitlicher Leitung und bildeten gemeinsam mit dem M Hospital einen Betrieb im kündigungsrechtlichen Sinne. Zudem fehle es an einer ordnungsgemäßen Beteiligung der Mitarbeitervertretung. Dieser sei nicht erläutert worden, wie die Beklagte zu der Einschätzung gelangt sei, Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten bestünden nicht.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Die Kündigung sei nach den AVR zulässig und aus wichtigem Grund gerechtfertigt. Nach Schließung des Labors im M Hospital habe sie die Klägerin nicht mehr beschäftigen können. Als MTLA habe sie nicht eingesetzt werden können. Die Übertragung anderer Aufgaben im M Hospital scheide aus. Die „POCT-Labore“ bediene seit deren Einrichtung das Ambulanzpersonal. Zwar werde dieses dabei von zwei Mitarbeitern aus dem F Hospital unterstützt, die auch die Wartung und Instandhaltung der Geräte übernommen hätten. Der dafür anzusetzende Arbeitsaufwand belaufe sich aber höchstens auf eine Stunde täglich. Einer Sozialauswahl habe es nicht bedurft. Jedes der von ihr betriebenen Krankenhäuser bilde einen eigenständigen Betrieb. Zu einer „Freikündigung“ besetzter vergleichbarer Stellen sei sie nicht verpflichtet gewesen. Die Mitarbeitervertretung habe sie ordnungsgemäß beteiligt. Diese sei über den Kündigungsgrund ausreichend unterrichtet worden.

#### **Amtliche Leitsätze:**

Keine

#### **Nichtamtliche Orientierungssätze:**

1. Die ordnungsgemäße Beteiligung der kirchlichen Mitarbeitervertretung unterliegt in Rechtsstreitigkeiten

über das Bestehen oder Nichtbestehen eines privatrechtlich begründeten kirchlichen Arbeitsverhältnisses der Überprüfung durch die staatlichen Gerichte für Arbeitssachen.

2. Die Unterrichtung der Mitarbeitervertretung über die Gründe für eine beabsichtigte ordentliche (§ 30 Abs. 1 MAVO) oder außerordentliche (§ 31 Abs. 1 MAVO) Kündigung ist - wie die Anhörung des Betriebsrats nach § 102 Abs. 1 BetrVG - „subjektiv determiniert“. Der Dienstgeber braucht der Mitarbeitervertretung deshalb nur solche Kündigungsgründe mitzuteilen, die für seinen Kündigungsentschluss maßgebend sind. Beabsichtigt er, das Arbeitsverhältnis aus betriebsbedingten Gründen außerordentlich zu kündigen, weil jegliche Beschäftigungsmöglichkeit für den betroffenen Arbeitnehmer weggefallen sei, genügt er seiner Informationspflicht grundsätzlich dadurch, dass er das Ergebnis seiner dahingehenden Prüfung mitteilt. Einer näheren Erläuterung, aus welchen Gründen der Dienstgeber welche Stellen als für eine Weiterbeschäftigung ungeeignet verworfen hat, bedarf es zur Erfüllung der Pflichten aus § 30 Abs. 1, § 31 Abs. 1 MAVO nicht.

## **8. Betriebsbedingte Kündigung - unternehmerische Entscheidung - Fremdvergabe von Tätigkeiten**

### **BAG 20. November 2014 - 2 AZR 512/13 - EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 182**

#### **Sachverhalt:**

Die Beklagte betreibt unter einheitlicher Leitung mehrere Pflegeheime, Kindergärten, Kinder- und Jugendheime, ein Wohnheim und eine Schule. Der Kläger war bei ihr seit 1. April 2007 als Hausmeister „für den Bereich Seniorenresidenz T mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 20 Stunden“ angestellt. In ihren Einrichtungen beschäftigt die Beklagte regelmäßig mehr als zehn Arbeitnehmer.

Die Beklagte holte im März 2011 bei verschiedenen Drittfirmen Angebote über eine selbständige Erledigung der Hausmeisterdienste im Seniorenheim T ein. Mit Schreiben vom 29. Juni 2011 kündigte sie das Arbeitsverhältnis der Parteien ordentlich zum 31. Dezember 2011. Im September 2011 vergab sie die Tätigkeit zu einem festen Bruttopreis an einen der ursprünglichen Anbieter. Reparaturen und sonstige Arbeiten sollten ggf. nach besonderer Vereinbarung vergütet werden.

Der Kläger hat gegen die Kündigung fristgerecht Klage erhoben. Er hat die Auffassung vertreten, die Kündigung sei sozial ungerechtfertigt. Die Beklagte habe im Kündigungszeitpunkt allenfalls die vage Absicht gehabt, ein fremdes Unternehmen mit den Hausmeisterdiensten zu beauftragen. Ein Konzept, wie die betrieblichen Abläufe zukünftig gestaltet werden sollten, habe sie zu der Zeit noch nicht entwickelt. Im Übrigen sei die behauptete unternehmerische Entscheidung nicht von einem ordnungsgemäßen Beschluss ihrer Gesellschafter gedeckt. Die soziale Auswahl sei fehlerhaft. Er sei mit den in anderen Einrichtungen tätigen Hausmeistern vergleichbar und zumindest gegenüber einem der fraglichen Mitarbeiter sozial schutzbedürftiger.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat geltend gemacht, ihr Geschäftsführer habe in der 24. Kalenderwoche des Jahres 2011 auf der Grundlage dreier Angebote beschlossen, ab dem 1. Januar 2012 ein fremdes Unternehmen mit der Erledigung der bisher dem Kläger übertragenen Dienste zu beauftragen. Die Entscheidung, die zum fraglichen Termin auch tatsächlich umgesetzt worden sei, trage einem bestehenden Kostendruck Rechnung und sei weder unsachlich, noch unvernünftig oder willkürlich. Unschädlich sei, dass der Vertrag mit dem beauftragten Unternehmen erst im Herbst 2011 geschlossen worden sei und inhaltlich in einzelnen Punkten von dessen ursprünglichem Angebot abweiche. Einer sozialen Auswahl habe es nicht

bedurft. Der Kläger sei schon wegen der vertraglichen Festlegung seines Arbeitsorts auf T mit anderen Hausmeistern nicht vergleichbar. Zudem handele es sich bei jenen Arbeitnehmern um Vollzeitkräfte, die, anders als der Kläger, zusätzliche Tätigkeiten schuldeten. Selbst wenn der Kläger mit den Vollzeitkräften vergleichbar sein sollte, sei die soziale Auswahl im Ergebnis nicht zu beanstanden.

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihr Begehren weiter, die Klage abzuweisen. Die Revision hatte Erfolg und führte zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht.

#### **Amtliche Leitsätze:**

Keine

#### **Nichtamtliche Orientierungssätze:**

1. Die Entscheidung des Arbeitgebers, die Aufgaben eines Hausmeisters an ein Drittunternehmen zu vergeben, kann zu einer Verringerung des Arbeitskräftebedarfs und damit zu einem dringenden betrieblichen Erfordernis für eine ordentliche Kündigung iSv. § 1 Abs. 2 KSchG führen.

2. Hängt der Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeiten von einer unternehmerisch-organisatorischen Maßnahme ab, braucht diese bei Kündigungszugang noch nicht tatsächlich umgesetzt zu sein. Es reicht aus, wenn sich die künftige Entwicklung konkret und greifbar abzeichnet. Dafür müssen die Absicht und der Wille des Arbeitgebers, die Maßnahme vorzunehmen, schon vorhanden und abschließend gebildet worden sein. Andernfalls kann im Kündigungszeitpunkt nicht - wie erforderlich - hinreichend sicher prognostiziert werden, der Arbeitsplatz werde spätestens mit Ablauf der Kündigungsfrist entfallen sein.

3. Ein in diesem Sinne ernsthafter und endgültiger Entschluss zur Fremdvergabe von Tätigkeiten berechtigt den Arbeitgeber nicht in jedem Fall erst dann zur Kündigung, wenn er bereits einen Vertrag mit einem Drittunternehmen über die Durchführung der fraglichen Aufgaben geschlossen hat. Es reicht aus, wenn er - etwa auf der Grundlage bereits eingeholter Angebote - berechtigterweise annehmen durfte, die Kündigungsfrist biete ihm hierfür ausreichend Zeit.

4. Der Arbeitgeber ist - bis zur Grenze der Willkür - nicht gehindert, auch wirtschaftlich nicht zwingend notwendige Organisationsentscheidungen zu treffen. Es ist nicht Sache der Gerichte, ihm eine „bessere“ oder „richtigere“ betriebliche Organisation vorzuschreiben. Im Fall der Fremdvergabe kommt es deshalb grundsätzlich nicht darauf an, ob durch die Beauftragung des Drittunternehmens Kosten gespart werden.

### **9. Außerordentliche betriebsbedingte Kündigung - Outsourcing eines einzelnen Arbeitsplatzes**

#### **BAG 18. Juni 2015 - 2 AZR 480/14 - EzA BGB 2002 § 626 Unkündbarkeit Nr. 23**

#### **Amtliche Leitsätze:**

1. § 17 Nr. 6.2 MTV Stahl Ost schließt das Recht zur außerordentlichen Kündigung mit notwendiger Auslaufzeit aus betrieblichen Gründen weder komplett aus, noch bindet er es an das Vorliegen eines Sozialplans oder an die Zustimmung der Tarifvertragsparteien.

2. Der Arbeitgeber muss grundsätzlich auch dann nicht von einem „Outsourcing“ absehen, wenn dadurch einem Arbeitsverhältnis die Grundlage entzogen wird, das ordentlich nicht mehr kündbar ist. Die Vergabe der Aufgaben (nur) eines einzelnen - ordentlich unkündbaren - Arbeitnehmers an ein Drittunternehmen ist nicht schon per se rechtsmissbräuchlich.

### **Nichtamtliche Orientierungssätze:**

1. Die Revision muss grundsätzlich für jeden Streitgegenstand gesondert begründet werden. Eine eigenständige Begründung ist nur entbehrlich, wenn die Entscheidung über einen Streitgegenstand notwendig von der Entscheidung über einen anderen abhängt. Danach ist eine Revision regelmäßig hinsichtlich sämtlicher Kündigungsschutzanträge zulässig, wenn das Berufungsgericht ihnen allen stattgegeben hat und der Arbeitgeber einen ausreichenden Angriff bezüglich der zeitlich als erste greifen-den Kündigung führt.

2. § 17 Nr. 6.2 MTV Stahl Ost schließt das Recht zur außerordentlichen Kündigung mit notwendiger Auslaufzeit aus betrieblichen Gründen weder komplett aus, noch bindet er es an besondere Voraussetzungen. Der Arbeitgeber muss auch nicht einer ordentlichen betriebsbedingten Kündigung den Vorzug geben und deshalb nicht zunächst versuchen, einen Sozialplan abzuschließen oder die Zustimmung der Tarifvertragsparteien einzuholen.

3. Für eine beschlossene und durchgeführte „Outsourcing“-Maßnahme spricht die Vermutung, dass sie nicht auf Rechtsmissbrauch beruht. Das gilt auch dann, wenn von ihr lediglich der Arbeitsplatz eines einzelnen, ordentlich unkündbaren Arbeitnehmers betroffen ist.

4. Im Prozess hat der betreffende Arbeitnehmer die Tatsachen darzulegen und im Streitfall zu beweisen, aus denen sich ergeben soll, dass die getroffene Organisationsentscheidung rechtsmissbräuchlich war.

5. Die Tatsachengerichte sind grundsätzlich frei darin, welche Beweiskraft sie den - unstrittigen oder bewiesenen - Indizien für das Vorliegen von Rechtsmissbrauch im Einzelnen und in der Gesamtschau bei ihrer Überzeugungsbildung nach § 286 Abs. 1 ZPO beimessen.

## **10. Außerordentliche betriebsbedingte Kündigung - Rechtsmissbrauch - Widerspruch gegen Betriebsübergang - Gestellung - Antragstellung**

### **BAG 24. September 2015 - 2 AZR 562/14 - EzA BGB 2002 § 626 Unkündbarkeit Nr. 24**

#### **Sachverhalt:**

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung.

Der 1961 geborene Kläger wurde 1985 von der DP der DDR eingestellt. Sein Arbeitsverhältnis, das nach § 10 UTV iVm. § 7 TV Sonderregelungen iVm. § 26 MTV DT AG betriebsbedingt nur noch aus wichtigem Grund gekündigt werden kann, ging zum 1. Mai 2007 auf die Beklagte zu 2. über.

Die Beklagte zu 2. beschäftigte den Kläger als Call-Center-Agent zu den bei ihrer Betriebsvorgängerin geltenden Bedingungen weiter. Mit neu eingestellten Arbeitnehmern vereinbarte sie deutlich schlechtere Konditionen. Im Juli 2008 bot sie den übernommenen Mitarbeitern an, mit Wirkung zum 1. Januar 2009 neue Arbeitsverträge abzuschließen. Darin waren eine Verlängerung der Arbeitszeit, der Wegfall sämtlicher Sonderzahlungen und eine Absenkung der Vergütung bei Zahlung einer Besitzstandszulage bis zum Jahr 2012 vorgesehen. Das Angebot wurde von 44 Arbeitnehmern - unter ihnen der Kläger - abgelehnt (sog. Nein-Sager).

Bis mindestens zum Sommer 2009 konnten alle Mitarbeiter von ihren Arbeitsplätzen aus sowohl Backoffice-Tätigkeiten als auch Call-Center-Arbeiten verrichten. Sodann wurden die „Nein-Sager“ einem Bereich zugeordnet, in dem sie ausschließlich Backoffice-Tätigkeiten in Gleitzeit von 7:00 Uhr bis 20:00 Uhr im Zweischichtmodell auszuüben hatten. Im Call-Center-Bereich wurden in einem Großraumbüro mit Telefontätigkeiten im 24-Stunden-Takt die neu eingestellten Mitarbeiter sowie diejenigen übernommenen Arbeitnehmer beschäftigt, die sich mit der Änderung der Arbeitsverträge einverstanden erklärt hatten (sog. Ja-Sager).

Im Oktober 2009 entschied die Beklagte zu 2., ihren Betrieb zum 7. Dezember 2009 in diese beiden Bereiche förmlich aufzuspalten und die damit entstehenden eigenständigen Betriebe zum 1. Januar 2010 an die Beklagte zu 1. (Call-Center) und eine andere Gesellschaft (Backoffice) zu verpachten. In einer Betriebsvereinbarung verzichteten die künftigen Pächterinnen bis zum 31. Dezember 2010 darauf, betriebsbedingte Kündigungen gegenüber den von der Aufspaltung und Verpachtung betroffenen Arbeitnehmern zu erklären. Für die „Ja-Sager“ galt der Kündigungsverzicht bis zum 30. April 2012.

Mit Schreiben von Ende Dezember 2009 widersprach der Kläger - als einer von insgesamt elf Arbeitnehmern - dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die Pächterin des Betriebs Backoffice und bot seine Arbeitsleistung für die Zeit ab dem 1. Januar 2010 der Beklagten zu 1. an.

Mit E-Mail vom 20. Januar 2010 hörte die Beklagte zu 2. den nach den Betriebsübergängen bei der Beklagten zu 1. amtierenden Betriebsrat zu ihrer Absicht an, das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger betriebsbedingt außerordentlich mit Auslaufzeit, hilfsweise ordentlich zu kündigen. Der Betriebsrat nahm die E-Mail am 21. Januar 2010 zur Kenntnis. Er gab keine Stellungnahme ab.

Mit Schreiben vom 28. Januar 2010 kündigte die Beklagte zu 2. das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger wie geplant jeweils zum 31. August 2010. Das Kündigungsschreiben wurde zwei Mitarbeitern am 28. Januar 2010 übergeben und dem Kläger von diesen weisungsgemäß - erst - am 29. Januar 2010 überbracht.

Im Januar und März 2011 nahm die Pächterin des Betriebs Backoffice an zwei Ausschreibungen großer Unternehmen teil. Zum 31. Dezember 2012 legte sie ihren Betrieb still.

Im hiesigen Rechtsstreit hat der Kläger vorrangig ua. die Feststellung begehrt, dass zwischen ihm und der Beklagten zu 1. seit dem 1. Januar 2010 ein Arbeitsverhältnis bestehe. Hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit diesem Antrag hat er feststellen lassen wollen, dass das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten zu 2. durch deren Kündigungen vom 28. Januar 2010 nicht aufgelöst worden sei. Zur Begründung des Kündigungsschutzantrags hat er gemeint, die Beklagte zu 2. habe den Wegfall des Beschäftigungsbedarfs missbräuchlich herbeigeführt. Dazu hat er behauptet, diese habe ihren Betrieb nur aufgespalten, um im weiteren Fortgang den „Nein-Sagern“ kündigen zu können. Deren Zusammenfassung in einem - anschließend verselbständigten - Bereich sei nicht durch unterschiedliche Arbeitsbedingungen gerechtfertigt gewesen. Die Beklagte zu 2. habe von Anfang an beabsichtigt, den nach ihrer Ansicht unrentablen Betrieb Backoffice auf eine andere Gesellschaft zu übertragen und von dieser stilllegen zu lassen. Ihr damaliger Geschäftsführer habe erklärt, man wolle sich von den „Nein-Sagern“ trennen und wisse, wie man dies tun könne, obwohl sie besonderen Kündigungsschutz genossen. Selbst wenn die von der Beklagten getroffenen Organisationsentscheidungen hinzunehmen sein sollten, sei er wegen der „konzernrechtlichen Strukturen“ auf einem freien Arbeitsplatz bei der Beklagten zu 1. weiterzubeschäftigen. Zudem sei der Betriebsrat vor Ausspruch der Kündigungen nicht ordnungsgemäß angehört worden.

Der Kläger hat - soweit noch im Streit - beantragt festzustellen, dass die Kündigungen der Beklagten zu 2. vom 28. Januar 2010 das zwischen ihm und ihr bestehende Arbeitsverhältnis nicht zum 31. August 2010 beendet haben.

Die Beklagte zu 2. hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat gemeint, Betriebsaufspaltung und Verpachtungsentscheidung seien rechtlich nicht zu beanstanden. Dazu hat sie behauptet, die Änderungsangebote seien unterbreitet worden, weil die Vergütung und die sonstigen Arbeitsbedingungen der übernommenen Arbeitnehmer sich als nicht marktgerecht erwiesen hätten. Die „Nein-Sager“ seien in einem eigenen Arbeitsbereich „gebündelt“ und von den anderen Mitarbeitern getrennt eingesetzt worden, damit der Betriebsfrieden nicht beeinträchtigt werde. Den bei der Beklagten zu 1. residierenden Betriebsrat habe sie vor Ausspruch der Kündigungen - vorsorglich - ordnungsgemäß angehört.

Das Arbeitsgericht hat die Klage insgesamt abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht den Hauptanträgen stattgegeben. Auf die Revisionen beider Beklagten hat das Bundesarbeitsgericht mit Urteil vom 21. Februar 2013 (- 8 AZR 878/11 -) das erstinstanzliche Urteil hinsichtlich der Hauptanträge wiederhergestellt. Bezüglich des hilfsweise gestellten Kündigungsschutzantrags hat es den Rechtsstreit an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen. Dieses hat die Berufung nach neuer Verhandlung und Entscheidung auch insoweit zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Kündigungsschutzantrag weiter. Die Revision hatte keinen Erfolg

#### **Amtliche Leitsätze:**

1. Der scheinbar nur den Betriebserberwerber betreffende Antrag eines Arbeitnehmers festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis aufgrund eines Betriebsübergangs zum Erwerber besteht, kann zugleich gegen den Betriebsveräußerer gerichtet sein.
2. Hat nach dem möglichen Betriebsübergang der Veräußerer das Arbeitsverhältnis gekündigt und hat der Arbeitnehmer deshalb gegen ihn hilfsweise Kündigungsschutzklage erhoben, handelt es sich bei dieser in einem solchen Fall um eine objektive Eventualklage innerhalb eines zum Veräußerer bereits unbedingt bestehenden Prozessrechtsverhältnisses. Eine in subjektiver Hinsicht bedingte - unzulässige - Klagehäufung liegt dann nicht vor.
3. Ein Arbeitgeber, der keine eigenen Arbeitnehmer mehr beschäftigen will, ist zur Vermeidung einer außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung eines tariflich ordentlich unkündbaren Arbeitsverhältnisses grundsätzlich nicht verpflichtet, die Möglichkeit einer „Gestellung“ des betreffenden Arbeitnehmers an einen anderen Arbeitgeber zu sondieren.

#### **Nichtamtliche Orientierungssätze:**

1. Die Auslegung kann ergeben, dass der scheinbar allein den Erwerber betreffende Antrag festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis - aufgrund eines Betriebsübergangs - zu diesem besteht, zugleich gegen den Veräußerer gerichtet ist, wenn dieser sich einer gegenteiligen Rechtsposition berührt. Dann ist die für den Fall des Unterliegens mit dem allgemeinen Feststellungsantrag gegen den Veräußerer erhobene Kündigungsschutzklage in zulässiger Weise allein in objektiver Hinsicht bedingt.
2. Eine in subjektiver Hinsicht bedingt erhobene Klage ist unzulässig. Der Kläger kann sie dadurch zulässig machen, dass er sie in eine unbedingte Klage „umstellt“, also die unzulässige außerprozessuale Bedingung nachträglich fallen lässt. In dem „Erstarken“ zum Hauptantrag kann allerdings eine Klageerweiterung liegen, die den diesbezüglichen prozessualen Beschränkungen unterworfen ist.
3. Der Arbeitgeber muss zur Vermeidung einer außerordentlichen Kündigung weder auf eine beschlossene Organisationsmaßnahme verzichten noch diese mit dem Ziel „modifizieren“, dass

Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnisse tariflich ordentlich unkündbar sind, weiterbeschäftigt werden können. Deshalb ist er grundsätzlich nicht verpflichtet, eine „Personalgestellung“ - ggf. unter Zahlung der Differenzvergütung - in seine Überlegungen einzubeziehen, wenn er eigene Arbeitnehmer überhaupt nicht mehr beschäftigen möchte. Etwas Anderes kann sich aus einem besonders ausgestalteten Sonderkündigungsschutz ergeben.

4. Es muss nicht auf missbräuchlichen Erwägungen beruhen, dass ein Arbeitgeber diejenigen Arbeitnehmer, die eine Verschlechterung ihrer Arbeitsverträge abgelehnt haben, zunächst in einem Arbeitsbereich zusammenfasst, diesen Bereich sodann zu einem eigenen Betrieb selbstständig und ihn anschließend an ein anderes Unternehmen verpachtet.

5. Spaltet der Arbeitgeber seinen Betrieb, in dem ein Betriebsrat gewählt ist, in zwei Betriebe auf, die anschließend identitätswahrend auf andere Gesellschaften iSv. § 613a BGB übergehen, und widersprechen einzelne Arbeitnehmer dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses, ist zu ihrer beabsichtigten Kündigung durch den Veräußerer regelmäßig kein Betriebsrat anzuhören. Die beim Veräußerer verbleibenden Arbeitnehmer gehören aufgrund ihres Widerspruchs keinem Betrieb mehr an, für den übergangsweise ein vollmandatierter Betriebsrat iSv. § 21a BetrVG bestünde. Der vor der Betriebsaufspaltung amtierende Betriebsrat muss in der Regel auch nicht kraft eines Restmandats gemäß § 21b BetrVG beteiligt werden.

6. Eine Kündigung ist iSv. § 102 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 BetrVG nicht „verfrüht“ erklärt, wenn der Arbeitgeber sie zwar vor Ablauf der Frist zur Stellungnahme des Betriebsrats an eigene Arbeitnehmer übergibt, dies jedoch mit der Maßgabe verbindet, die Kündigung erst nach Fristablauf „zuzustellen“, und er zugleich sicherstellt, den Zugang noch verhindern zu können, falls er seinen Kündigungsentschluss aufgrund rechtzeitiger Einwände des Betriebsrats doch ändern sollte.

## **11. Weiterbeschäftigung auf befristetem Arbeitsplatz**

### **BAG 26. März 2015 - 2 AZR 417/14 – EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 183**

#### **Amtliche Leitsätze:**

1. Eine geheime Beratung und Abstimmung iSd. § 193 Abs. 1, § 194 GVG verlangt grundsätzlich die mündliche Beratung über den Streitgegenstand im Beisein sämtlicher beteiligten Richter. Eine Nachberatung im Wege einer Telefonkonferenz kann diese nicht ersetzen, sondern nur neben sie treten.

2. Im Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes muss der Arbeitgeber einem Arbeitnehmer, dessen bisheriger Arbeitsplatz weggefallen ist, eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit iSd. § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Buchst. b, Satz 3 KSchG - ggf. im Wege der Änderungskündigung - auch dann anbieten, wenn sein unternehmerisches Konzept dahin geht, den zeitlich ungewissen Beschäftigungsbedarf mit einem Arbeitnehmer abzudecken, der wirksam befristet (weiter)beschäftigt werden kann. Die Möglichkeit, mit einem Stellenbewerber wirksam eine Befristung zu vereinbaren, stellt kein beachtliches, tätigkeitsbezogenes Anforderungsprofil dar.

#### **Nichtamtliche Orientierungssätze:**

1. Aus § 193 Abs. 1 GVG ergibt sich, dass die Entscheidung eines Kollegialgerichts auf einer Beratung und Abstimmung der dazu berufenen Richter beruhen muss. Die einzuhaltende Verfahrensweise bestimmt § 194 GVG. Die mündliche Beratung im Beisein sämtlicher beteiligten Richter ist die Regel.

2. In geeigneten Fällen kann eine Nachberatung im Wege einer Telefonkonferenz zulässig sein, bei welcher jeder Teilnehmer zeitgleich mit jedem anderen Teilnehmer kommunizieren kann und alle Teilnehmer die gesamte Kommunikation mithören. Voraussetzung ist, dass alle beteiligten Richter mit dieser Verfahrensweise einverstanden sind und sichergestellt ist, dass jederzeit in eine mündliche Beratung im Beisein aller Richter eingetreten werden kann, falls einer von ihnen dies wünscht oder ein neuer Gesichtspunkt es erfordert. Eine Telefonkonferenz kann die mündliche Beratung bei gleichzeitiger Anwesenheit aller beteiligten Richter allerdings nicht ersetzen. Sie kann nur neben diese treten. Die erstmalige Beratung als einzige und eigentliche Grundlage für die Entscheidung über den Streitgegenstand muss zwingend im Beisein sämtlicher beteiligten Richter stattfinden.

3. Eine Nachberatung im Wege der Telefonkonferenz kommt etwa über nachgereichtes Vorbringen iSv. § 296a ZPO in Betracht. Dieses ist lediglich daraufhin zu prüfen, ob es Anlass zu einer Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung nach § 156 ZPO gibt. Ist in einem solchen Fall das Urteil im Anschluss an die mündliche Verhandlung im Beisein aller Richter schon inhaltlich beraten worden, kann über die Reaktion auf den nachgereichten Schriftsatz in einer Telefonkonferenz beraten werden. Sieht das Gericht keinen Anlass für eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung, verbleibt es bei dem bereits gefällten Urteil.

4. Dagegen muss Vorbringen, das rechtzeitig innerhalb einer nachgelassenen Frist erfolgt, gemäß § 283 Satz 2 ZPO bei der Entscheidung selbst berücksichtigt werden. Das »Nachschubrecht« verlängert den Schluss der mündlichen Verhandlung für das nachgelassene Vorbringen bis zum Ablauf der gewährten Frist.

5. Der Arbeitgeber muss einem nach § 1 KSchG geschützten Arbeitnehmer, dessen bisheriger Arbeitsplatz weggefallen ist, eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit iSd. § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Buchst. b, Satz 3 KSchG auch dann anbieten, wenn er den Arbeitsplatz nur vorübergehend einrichten und den zeitlich ungewissen Beschäftigungsbedarf mit einem Arbeitnehmer abdecken will, der wirksam befristet (weiter)beschäftigt werden kann. Die Möglichkeit, mit einem Stellenbewerber wirksam eine Befristung zu vereinbaren, stellt kein kündigungsschutzrechtlich beachtliches, tätigkeitsbezogenes Anforderungsprofil dar.

## **12. Betriebsbedingte Kündigung - freier Arbeitsplatz im Ausland - Versetzung**

### **BAG 24. September 2015 - 2 AZR 3/14 - EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 184**

#### **Sachverhalt:**

Die Beklagte betreibt eine Bank. Sie hat ihren Sitz in der Türkei. In Deutschland unterhielt sie mehrere Zweigstellen. Für diese war ein Betriebsrat gewählt. Der Kläger ist türkischer Staatsangehöriger. Er war seit 1991 bei der Beklagten und deren Rechtsvorgängerin in deren deutschem Betrieb beschäftigt, zuletzt als Leiter der Zweigstelle M. Da sie ihren Geschäftsbetrieb in Deutschland zum 30. April 2011 einstellte, wies die Beklagte dem Kläger für die Zeit ab dem 9. Mai 2011 die Tätigkeit des Leiters der Abteilung für Auslandsgeschäfte in einer Handelsfiliale in Istanbul zu. Dem kam der Kläger nicht nach.

Die Beklagte mahnte ihn unter dem 24. und 27. Mai 2011 wegen Arbeitsverweigerung ab. Mit Schreiben vom 31. Mai 2011 erklärte sie eine außerordentliche, hilfsweise ordentliche Kündigung.

Hiergegen hat der Kläger sich rechtzeitig mit der vorliegenden Klage gewandt. Er hat gemeint, soweit die Kündigungen auf Gründe in seinem Verhalten gestützt würden, seien sie schon deshalb unwirksam, weil die Beklagte ihm eine Tätigkeit in der Türkei nicht kraft ihres Direktionsrechts habe zuweisen können. Zur Vermeidung einer Beendigungskündigung aus betrieblichen Gründen habe sie allerdings gleichwohl eine Änderungskündigung mit dem Ziel erklären müssen, ihn als Leiter einer türkischen Filiale zu beschäftigen. Im Übrigen sei der Betriebsrat vor Ausspruch der Kündigungen nicht ordnungsgemäß angehört worden.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat gemeint, die Kündigungen seien wirksam, weil der Kläger sich beharrlich geweigert habe, die ihm zugewiesene Tätigkeit in der Türkei aufzunehmen. In diesem Zusammenhang hat die Beklagte behauptet, der nicht mehr aufzufindende Arbeitsvertrag mit dem Kläger enthalte eine von ihrer Rechtsvorgängerin standardmäßig verwendete einschlägige und nach AGB-Recht wirksame Versetzungsklausel.

Die ordentliche Kündigung sei jedenfalls durch dringende betriebliche Erfordernisse sozial gerechtfertigt. Sie sei nicht verpflichtet gewesen, den Kläger in der Türkei weiterzubeschäftigen. Entsprechende, ihm im März und April 2011 unterbreitete Angebote habe er abgelehnt. Eine im Januar 2012 mit dem Ziel der Beschäftigung als Abteilungsleiter in einer Handelsfiliale in Istanbul erklärte Änderungskündigung habe er nicht einmal unter Vorbehalt angenommen.

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Die Revision der Beklagten hatte Erfolg.

### **Amtliche Leitsätze:**

1. Die aus § 1 Abs. 2 Satz 2 und Satz 3 KSchG folgende Verpflichtung des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer zur Vermeidung einer Beendigungskündigung an einem anderen - freien - Arbeitsplatz zu beschäftigen, erstreckt sich grundsätzlich nicht auf Arbeitsplätze in einem im Ausland gelegenen Betrieb oder Betriebsteil des Unternehmens.

2. Eine über die Vorgaben des KSchG hinausgehende „Selbstbindung“ des Arbeitgebers zur Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in einem im Ausland gelegenen Betrieb des Unternehmens mag sich im Einzelfall aus § 241 BGB, aus § 242 BGB oder aus einem Verzicht auf den Ausspruch einer Beendigungskündigung ergeben können.

### **Nichtamtliche Orientierungssätze:**

1. Aus § 1 Abs. 2 Satz 2 und Satz 3 KSchG folgt die Verpflichtung des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer zur Vermeidung einer Beendigungskündigung an einem anderen - freien - Arbeitsplatz zu beschäftigen. Sie erstreckt sich grundsätzlich nicht auf Arbeitsplätze im Ausland.

2. Der Arbeitgeber ist grundsätzlich nicht gehalten, von einem ihm zustehenden Recht Gebrauch zu machen, wenn dies mit der Gefahr einhergeht, einen Rechtsstreit führen zu müssen. Die Pflicht zur Rücksichtnahme nach § 241 Abs. 2 BGB verlangt von ihm deshalb regelmäßig nicht, einen Arbeitnehmer auch gegen dessen Willen kraft Direktionsrechts ins Ausland zu versetzen, um eine Beendigungskündigung zu vermeiden.

3. Es ist nicht ohne Weiteres selbstwidersprüchlich, eine außerordentliche Kündigung auf die beharrliche Weigerung des Arbeitnehmers zu stützen, im Ausland tätig zu werden, und eine hilfsweise erklärte ordentliche Beendigungskündigung aus betrieblichen Erfordernissen damit zu begründen, dass er nicht auf einem freien Arbeitsplatz im Ausland weiterbeschäftigt werden müsse.

4. Durch erfolglose Versetzungsangebote und eine - unwirksame - Weisung zum Tätigwerden im Ausland verzichtet der Arbeitgeber grundsätzlich nicht auf den Ausspruch einer nach dem KSchG zulässigen betriebsbedingten Beendigungskündigung wegen der Stilllegung seines Betriebs in Deutschland.

## VII. Sozialauswahl

### 13. Betriebsbedingte Änderungskündigung - Sozialauswahl

**BAG 29. Januar 2015 - 2 AZR 164/14 - EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 87**

#### **Amtlicher Leitsatz:**

Im Rahmen der Sozialauswahl ist eine um drei Jahre längere Betriebszugehörigkeit nicht geeignet, drei Unterhaltspflichten aufzuwiegen, wenn der Unterhaltsverpflichtete seinerseits eine Betriebszugehörigkeit von immerhin sechs Jahren aufzuweisen hat.

#### **Nichtamtliche Orientierungssätze:**

1. Keinem der in § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG genannten Sozialkriterien kommt eine Priorität gegenüber den anderen zu. Vielmehr sind stets die individuellen Unterschiede zwischen den vergleichbaren Arbeitnehmern mit Blick auf die sog. Grunddaten zu berücksichtigen und abzuwägen. Bei der Gewichtung kommt dem Arbeitgeber ein Wertungsspielraum zu. Dieser führt dazu, dass nur deutlich schutzwürdigere Arbeitnehmer sich mit Erfolg auf einen Auswahlfehler berufen können.

2. Bei einer ordentlichen Änderungskündigung ist - unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer sie unter Vorbehalt angenommen hat oder nicht - zu prüfen, ob der Arbeitgeber, statt die Arbeitsbedingungen des gekündigten Arbeitnehmers zu ändern, diese Änderung einem anderen vergleichbaren Arbeitnehmer hätte anbieten können, dem sie eher zumutbar gewesen wäre. Auch hierfür sind grundsätzlich allein die gesetzlichen Auswahlkriterien maßgebend.

3. Bei der Prüfung der „ausreichenden“ Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte im Rahmen der Auswahl des zu kündigenden Arbeitnehmers besitzt das Berufungsgericht wegen der damit verbundenen Würdigung von Tatsachen einen Beurteilungsspielraum, so dass seine Entscheidung in der Revisionsinstanz nur beschränkt überprüfbar ist.

### 14. Betriebsbedingte Kündigung - Sozialauswahl - Namensliste - Altersgruppen

**BAG 26. März 2015 - 2 AZR 478/13 - EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 88**

#### **Sachverhalt:**

Die Klägerin ist seit 1992 als mechanische Helferin in der Magnetmontage bei der Beklagten beschäftigt.

Die Beklagte beschäftigte 798 Arbeitnehmer. Aufgrund eines erheblichen Auftragsrückgangs vereinbarte sie am 5. März 2009 mit dem Betriebsrat einen Interessenausgleich, der den „Abbau von 140 direkten und 82 indirekten Vollzeit Arbeitsplätzen“ vorsah. Nach einem am selben Tag abgeschlossenen „Sozialplan“ waren innerhalb der Gruppen vergleichbarer Arbeitnehmer eine Altersgruppe „bis 29 Jahre“ und sieben weitere Altersgruppen in Fünf-Jahres-Schritten zu bilden. Ferner wurde ein Punkteschema für die Gewichtung der gesetzlichen Auswahlkriterien aufgestellt. Die endgültige Sozialauswahl sollte unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls erfolgen; sofern die Betriebsparteien besondere Umstände ausmachten, sollte dies schriftlich dokumentiert werden. Für den Bereich Produktion und die dortigen „direkten“ Vollzeit Arbeits-

plätze wurde die soziale Auswahl innerhalb der Gruppe aller 368 - teilweise in Teilzeit beschäftigten - mechanischen Helferinnen und Helfer durchgeführt. Die Namen von 156 dieser Arbeitnehmer wurden auf eine mit dem Interessenausgleich fest verbundene Namensliste gesetzt. Darunter befand sich der Name der Klägerin. In der Altersgruppe, der sie angehörte (55 bis 59 Jahre), sollten die Arbeitsverhältnisse von 15 der 30 Arbeitnehmer gekündigt werden.

Mit Schreiben vom 27. März 2009 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien - nach Anhörung des Betriebsrats - ordentlich zum 30. September 2009.

Hiergegen hat die Klägerin sich mit ihrer Klage gewandt. Sie hat ua. die Ansicht vertreten, die vorgenommene Sozialauswahl sei grob fehlerhaft. Der „Sozialplan“ lege nicht fest, in welchem Umfang in den einzelnen Altersgruppen Kündigungen erfolgen sollten. Auch im Übrigen sei die getroffene Auswahl nicht nachvollziehbar. Die Kündigungen seien unabhängig von der erreichten Anzahl an „Sozialpunkten“ nach willkürlichen Kriterien ausgesprochen worden. So seien in ihrer Altersgruppe - unstreitig - zwei Arbeitnehmerinnen weiterbeschäftigt worden, die zehn bzw. zwanzig Punkte weniger aufgewiesen hätten als sie. Auch in anderen Altersgruppen seien zahlreiche ihr gegenüber sozial deutlich stärkere Mitarbeiter verschont geblieben.

Die Beklagte hat gemeint, die Sozialauswahl sei ordnungsgemäß erfolgt. Durch die Bildung von Altersgruppen habe die bestehende Personalstruktur gesichert werden sollen. In den Altersgruppen seien die Arbeitsverhältnisse von etwas mehr als 42 % der Arbeitnehmer gekündigt und rund 40 % der Arbeitsplatzkapazität abgebaut worden. Jedenfalls sei das Auswahlergebnis in Bezug auf die Klägerin nicht zu beanstanden. Diese habe in ihrer Altersgruppe nach „Sozialpunkten“ an zehntletzter Stelle gestanden. Ihr Arbeitsverhältnis sei damit in jedem Fall zu kündigen gewesen.

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Die Revision der Beklagten blieb ohne Erfolg.

#### **Amtliche Leitsätze:**

Keine

#### **Nichtamtliche Orientierungssätze:**

1. § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG gestattet die Vornahme der Sozialauswahl im Rahmen von Altersgruppen, wenn dies zur Sicherung einer ausgewogenen Altersstruktur der Belegschaft im betrieblichen Interesse liegt.
2. Eine solche Ausnahme von dem Grundsatz des § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG, dass die Sozialauswahl innerhalb der gesamten Gruppe vergleichbarer Arbeitnehmer stattzufinden hat, ist nur gerechtfertigt, wenn innerhalb der Vergleichsgruppe nach sachlichen Kriterien Altersgruppen gebildet werden, die prozentuale Verteilung der Belegschaft auf die Altersgruppen festgestellt und die Gesamtzahl der auszusprechenden Kündigungen diesem Proporz entsprechend auf die einzelnen Altersgruppen verteilt wird.
3. Die Beteiligung der einzelnen Altersgruppen an dem Personalabbau hat auch im Anwendungsbereich des § 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG streng proportional zu erfolgen.
4. Eine altersgruppenbezogene Sozialauswahl führt zu einem - groben - Auswahlfehler in Bezug auf den klagenden Arbeitnehmer, wenn ihre Voraussetzungen nicht vorliegen und inner-

halb der dann insgesamt zu betrachtenden Vergleichsgruppe ein in dem erforderlichen Maß weniger schutzbedürftiger Arbeitnehmer verschont bleibt.

### **Aus den Gründen:**

... II. Die Auswahl der Klägerin war sozial grob fehlerhaft im Sinne von § 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG.

1. Die Beklagte ist zu Unrecht davon ausgegangen, die Sozialauswahl sei unter Berücksichtigung der von den Betriebsparteien vereinbarten Altersgruppen vorzunehmen gewesen. ...

a) § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG gestattet in Abweichung von § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG die Vornahme der Sozialauswahl im Rahmen von Altersgruppen, wenn dies zur Sicherung einer ausgewogenen Altersstruktur der Belegschaft im berechtigten betrieblichen Interesse liegt. Das setzt voraus, dass die im konkreten Fall vorgenommene Altersgruppenbildung und die daraus abgeleiteten Kündigungsentscheidungen zur Sicherung der bestehenden Personalstruktur tatsächlich geeignet sind (*BAG 24. Oktober 2013 - 6 AZR 854/11 - Rn. 49, BAGE 146, 234; 19. Juli 2012 - 2 AZR 352/11 - Rn. 26, BAGE 142, 339*).

aa) Inwieweit Kündigungen Auswirkungen auf die Altersstruktur des Betriebs haben, welche Nachteile sich daraus ergeben und ob diese eine Abweichung von den Vorgaben des § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG rechtfertigen, hängt von den betrieblichen Verhältnissen ab und kann nicht abstrakt für alle denkbaren Fälle beschrieben werden. Der Arbeitgeber muss die Auswirkungen und möglichen Nachteile deswegen im Einzelnen darlegen, wenn er sich wegen der Sicherung der Personalstruktur auf § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG berufen will (*BAG 19. Dezember 2013 - 6 AZR 790/12 - Rn. 33; 15. Dezember 2011 - 2 AZR 42/10 - Rn. 65, BAGE 140, 169*). Zumindest dann, wenn - wie hier - die Anzahl der Entlassungen innerhalb der Gruppe vergleichbarer Arbeitnehmer im Verhältnis zur Anzahl aller Arbeitnehmer des Betriebs die Schwellenwerte des § 17 KSchG erreicht, kommen ihm dabei Erleichterungen zugute; ein berechtigtes betriebliches Interesse an der Beibehaltung der Altersstruktur wird unter dieser Voraussetzung - widerlegbar - indiziert (*BAG 24. Oktober 2013 - 6 AZR 854/11 - Rn. 54, BAGE 146, 234; 19. Juli 2012 - 2 AZR 352/11 - Rn. 28, BAGE 142, 339*).

bb) In jedem Fall muss die sich ergebende Verteilung der bislang Beschäftigten auf die gebildeten Altersgruppen ihre prozentuale Entsprechung in der Anzahl der in der jeweiligen Altersgruppe zu kündigenden Arbeitsverhältnisse finden (*BAG 19. Juli 2012 - 2 AZR 352/11 - Rn. 31, BAGE 142, 339; 22. März 2012 - 2 AZR 167/11 - Rn. 33*). Es müssen innerhalb des zur Sozialauswahl anstehenden Personenkreises - dh. innerhalb der Vergleichsgruppe - nach sachlichen Kriterien Altersgruppen gebildet (Schritt 1), die prozentuale Verteilung der Belegschaft auf die Altersgruppen festgestellt (Schritt 2) und die Gesamtzahl der auszusprechenden Kündigungen diesem Proportz entsprechend auf die einzelnen Altersgruppen verteilt werden (*Schritt 3; BAG 24. Oktober 2013 - 6 AZR 854/11 - Rn. 49, BAGE 146, 234; 15. Dezember 2011 - 2 AZR 42/10 - Rn. 60, BAGE 140, 169*).

b) Wird eine Altersgruppe stattdessen überproportional herangezogen, wird die bestehende Altersstruktur nicht „gesichert“, sondern verändert. Das hat zur Folge, dass nicht nur die Kündigungen unwirksam sind, die unter Beibehaltung des Altersgruppensystems über den eigentlich auf die Altersgruppe entfallenden Anteil hinausgehen (*aA Krieger/Reinecke DB 2013, 1906, 1911*). Vielmehr ist damit die gesamte Sozialauswahl nach Altersgruppen hinfällig und ist die fragliche Kündigung ohne dieses Privileg an § 1 Abs. 3 Satz 1, § 1 Abs. 5 KSchG zu messen.

Der entsprechende Fehler im Auswahlverfahren führt damit zwar nicht per se zur Unwirksamkeit der Kündigung. Jedoch erstreckt sich die Ergebniskontrolle nunmehr auf die gesamte Vergleichsgruppe, weil die Voraussetzungen der Ausnahmeregelung des § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG nicht - allesamt - erfüllt sind.

c) Die von der Beklagten getroffene Auswahl der Klägerin genügte nicht den Anforderungen an eine Sozialauswahl im Rahmen von Altersgruppen. Eine Abweichung von den Grundsätzen des § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG war deshalb nicht gerechtfertigt. Die Modifikation des Prüfungsmaßstabs durch § 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG ändert daran nichts.

aa) ...

bb) Die Beklagte hat die gebildeten Altersgruppen ... in nicht zu rechtfertigender Weise ungleichmäßig am Gesamtpersonalabbau beteiligt.

(1) Die Beklagte hat aus der Zahl der 368 Beschäftigten der Vergleichsgruppe und den 156 auszusprechenden Kündigungen eine Kündigungsquote von 42,4 % errechnet. In den Altersgruppen standen jedoch zwischen 37,29 % (35 bis 39 Jahre) und 58,33 % (60 bis 64 Jahre) der Arbeitnehmer zur Kündigung an. Diese Schwankungen lassen sich nicht durch rechnerische Rundungen erklären. ...

(2) ... Im Übrigen ist nicht feststellbar, dass in den Altersgruppen eine Auswahl anhand der gesetzlichen Sozialkriterien - zumal in deren Gewichtung durch das im „Sozialplan“ vereinbarte Punkteschema - tatsächlich vorgenommen worden wäre.

cc) Die Beteiligung der einzelnen Altersgruppen am Personalabbau hat auch im Anwendungsbereich des § 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG streng proportional zu erfolgen.

(1) Beteiligt der Arbeitgeber die Altersgruppen proportional unterschiedlich stark an dem Personalabbau, führt dies zu einer Veränderung der vorhandenen Altersstruktur. Eine solche stellt kein berechtigtes Interesse im Sinne von § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG dar. Diese Norm gestattet lediglich eine Sicherung der vorhandenen Personalstruktur. Mit diesem Ziel verstößt sie nicht gegen das unionsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung (*Art. 21 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union*) und dessen Ausgestaltung durch die Richtlinie 2000/78/EG (vgl. BAG 19. Dezember 2013 - 6 AZR 790/12 - Rn. 23 ff.; 15. Dezember 2011 - 2 AZR 42/10 - Rn. 46 ff., BAGE 140, 169). Eine Veränderung der Personalstruktur wird durch das nationale Recht nur im Anwendungsbereich des § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Halbs. 2 InsO ermöglicht. Die Schaffung einer ausgewogenen Altersstruktur ist allein durch das Ziel der Sanierung eines insolventen Unternehmens gerechtfertigt. ... Gestattete man demgegenüber auch im „nicht-insolvenzlichen“ Geltungsbereich des § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG eine disproportionale Beteiligung der Altersgruppen, könnten sich die Betriebsparteien willkürlich selbst über die nicht zu ihrer Disposition stehenden gesetzlichen Grundbedingungen der sozialen Auswahl hinwegsetzen (zu diesem Maßstab der groben Fehlerhaftigkeit vgl. BAG 19. Dezember 2013 - 6 AZR 790/12 - Rn. 44; 20. September 2012 - 6 AZR 483/11 - Rn. 22).

(2) In der Forderung nach einer streng proportionalen Beteiligung der Altersgruppen am Personalabbau ... liegt kein Widerspruch zu den Grundsätzen für die Annahme grober Fehlerhaftigkeit bei der Bildung der auswahlrelevanten Arbeitnehmergruppen (vgl. BAG 24. Oktober 2013 - 6 AZR 854/11 - Rn. 26, BAGE 146, 234; 15. Dezember 2011 - 2 AZR 42/10 - Rn. 38, BAGE 140, 169) und bei der Herausnahme einzelner Arbeitnehmer aus der Sozialauswahl gemäß § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG (vgl. BAG 10. Juni 2010 - 2 AZR 420/09 - Rn. 29). Dort werden

den Betriebsparteien Einschätzungs- und Ermessensspielräume in - oft schwierigen - Beurteilungs- oder Abwägungsfragen zugebilligt. Für solche Überlegungen ist im vorliegenden Zusammenhang kein Raum. Hier geht es um schlichte „Arithmetik“. Dementsprechend besteht bei der Sozialauswahl nach Altersgruppen im Sinne von § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG ein Gestaltungsraum lediglich bei der Festlegung der Gruppen (*Schritt 1*; vgl. BAG 15. Dezember 2011 - 2 AZR 42/10 - Rn. 65, aaO; 20. April 2005 - 2 AZR 201/04 - Rn. 17; zu § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO: BAG 19. Dezember 2013 - 6 AZR 790/12 - Rn. 50; 24. Oktober 2013 - 6 AZR 854/11 - Rn. 53, aaO). ...

2. Lagen die Voraussetzungen für eine Abweichung von den Grundsätzen der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG nicht vor, hatte die Sozialauswahl ohne Rücksicht auf Altersgruppen zu erfolgen (vgl. BAG 19. Dezember 2013 - 6 AZR 790/12 - Rn. 58; 19. Juli 2012 - 2 AZR 352/11 - Rn. 33, BAGE 142, 339). Bezogen auf die Gesamtgruppe der vergleichbaren Arbeitnehmer (sämtliche mechanischen Helfer) erweist sich die Auswahl der Klägerin als grob fehlerhaft. ...

## VIII. Massenentlassung

### 15. Massenentlassung - Änderungskündigung

**BAG 20. Februar 2014 - 2 AZR 346/12 – EZA KSchG § 17 Nr. 31**

#### **Amtlicher Leitsatz:**

Änderungskündigungen sind „Entlassungen“ im Sinne von § 17 KSchG. Das gilt unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer das ihm mit der Kündigung unterbreitete Änderungsangebot ablehnt oder - und sei es ohne Vorbehalt - annimmt.

#### **Nichtamtliche Orientierungssätze:**

1. Der Arbeitgeber, der sich zur Rechtfertigung einer ordentlichen Kündigung auf einen Rückgang des Beschäftigungsvolumens infolge eines verringerten Auftragsbestands beruft, muss darlegen, dass nicht nur eine kurzfristige Abwärtsbewegung vorliegt, sondern eine dauerhafte Auftragseinbuße zu erwarten ist. Die Möglichkeit einer „normalen“, im Rahmen des Üblichen liegenden Auftragschwankung muss prognostisch ausgeschlossen sein. Dazu bedarf es regelmäßig eines Vergleichs der maßgebenden Daten aus repräsentativen Referenzperioden.

2. Der Begriff der „Entlassung“ in § 17 Abs. 1 KSchG erfasst auch Änderungskündigungen. Diese zählen bei der Berechnung der für eine Anzeige maßgebenden Zahl zu entlassender Arbeitnehmer mit. Dafür kommt es nicht darauf an, ob von einer Änderungskündigung betroffene Arbeitnehmer das ihnen unterbreitete Änderungsangebot bei oder nach Zugang der Kündigungserklärung abgelehnt oder - ggf. unter dem Vorbehalt des § 2 KSchG - angenommen haben.

3. Hat der Arbeitgeber eine - unter Berücksichtigung erklärter Änderungskündigungen - erforderliche Anzeige gegenüber der Agentur für Arbeit nicht erstattet, ist eine der Anzeigepflicht unterliegende Beendigungskündigung wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot iSv. § 134 BGB unwirksam.

## 16. Ermittlung des Schwellenwerts

**EuGH 9. Juli 2015 - C-229/14 (Balkaya) - EzA EG-Vertrag 1999 Richtlinie 98/59 Nr. 7**

### Tenor:

1. Art. 1 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20. Juli 1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung oder Praxis entgegensteht, die bei der Berechnung der in dieser Vorschrift genannten Zahl von Arbeitnehmern ein Mitglied der Unternehmensleitung einer Kapitalgesellschaft wie das im Ausgangsverfahren in Rede stehende unberücksichtigt lässt, das seine Tätigkeit nach Weisung und Aufsicht eines anderen Organs dieser Gesellschaft ausübt, als Gegenleistung für seine Tätigkeit eine Vergütung erhält und selbst keine Anteile an dieser Gesellschaft besitzt.

2. Art. 1 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 98/59 ist dahin auszulegen, dass eine Person wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende, die im Rahmen eines Praktikums ohne Vergütung durch ihren Arbeitgeber, jedoch finanziell gefördert und anerkannt durch die für Arbeitsförderung zuständigen öffentlichen Stellen, in einem Unternehmen praktisch mitarbeitet, um Kenntnisse zu erwerben oder zu vertiefen oder eine Berufsausbildung zu absolvieren, als Arbeitnehmer im Sinne dieser Vorschrift anzusehen ist.

## 17. Betriebsbedingte Kündigung - Konsultationsverfahren - Massenentlassungsanzeige

**BAG 22. Februar 2015 - 2 AZR 955/13 - EzA KSchG § 17 Nr. 33**

### Sachverhalt:

Die Beklagte gehört zum TK-Konzern. Sie stellt Fahrzeuglenkungen her. Am 26. September 2007 vereinbarte sie mit dem Betriebsrat einen Interessenausgleich über die Stilllegung ihres seinerzeit mit fast 500 Arbeitnehmern besetzten Betriebs zum 31. Dezember 2012. Die Nrn. 4 und 5 des Interessenausgleichs lauten:

#### *„4. Beschäftigungsperspektiven*

Mit Schreiben vom 02.05.2007 hat die DCAG die Zusage gegenüber Teilen der Belegschaft von TKT erteilt, ihnen eine Beschäftigung im Werk 065 Dü oder in anderen Werken anzubieten. ...

Die T T AG hat mit Schreiben vom 24.09.2007 der Belegschaft der TKT die Zusage erteilt, denjenigen die nicht von der DCAG übernommen werden, ein Arbeitsplatzangebot innerhalb des TK-Konzerns, möglichst in der Region, zu unterbreiten.

Um MitarbeiterInnen, die eine berufliche Zukunft außerhalb des TK-Konzerns anstreben, einen Arbeitsplatzwechsel zu erleichtern, haben die Betriebsparteien bereits zum 02.02.2007 eine Betriebsvereinbarung zur Mobilität abgeschlossen.

#### *5. Personalabbau*

Soweit Beschäftigte weder bei der DCAG, noch im TK-Konzern oder bei einem anderen Unternehmen ein neues Arbeitsverhältnis eingehen, werden im Rahmen der in drei Phasen geplanten Betriebsschließung die Arbeitsverhältnisse durch fristgerechte betriebsbedingte Kündigungen beendet.“

Spätestens seit Februar 2012 fanden Gespräche zwischen der Beklagten und dem Betriebsrat über die anstehende Betriebsschließung sowie ua. die Verlängerung befristeter Arbeitsverhältnisse, die Verschiebung des geplanten Stilllegungszeitpunkts und die Bildung einer Transfergesellschaft statt. Zudem wurden die Stilllegung sowie mögliche Entlassungen im Rahmen der wöchentlichen sog. Regelkommunikation mit dem Betriebsrat und im Wirtschaftsausschuss thematisiert.

Mit Schreiben vom 16. März 2012 informierte die Beklagte den Betriebsrat über 155 „geplante anzeigepflichtige Entlassungen gem. § 17 KSchG“. Sie schilderte kurz den der „Anhörung“ zugrunde liegenden Sachverhalt - die im Interessenausgleich von 2007 vorgesehene Betriebsstilllegung zum 31. Dezember 2012 - und bat den Betriebsrat unter Bezug auf eine „die geforderten Angaben gem. § 17 (2) KSchG“ enthaltende Liste, eine Stellungnahme zur beabsichtigten Kündigung aller Arbeitnehmer abzugeben, die seinerzeit noch in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis standen.

Am 22. März 2012 erstattete die Beklagte eine Massenentlassungsanzeige. Dabei teilte sie - wie im Formular der Agentur für Arbeit als Möglichkeit vorgesehen - mit, dass eine Stellungnahme des Betriebsrats nachgereicht werde. Als eben solche leitete sie mit E-Mail vom 10. April 2012 ein Schreiben des Betriebsrats vom 3. April 2012 an die Agentur für Arbeit weiter. In diesem Schreiben heißt es ua.:

„Der Betriebsrat ... widerspricht den von Ihnen geplanten, anzeigepflichtigen Entlassungen von 155 Kolleginnen und Kollegen zum 31.12.2012.

*Begründung:*

Die von Ihnen beabsichtigten Kündigungen widersprechen den im Rahmen des Interessenausgleichs/Sozialplanes vom 26.09.2007 erteilten Zusagen und der Option der Verlängerung der Zusagen für Beschäftigung von der D C AG (heute D AG) und der T AG bis zum 31.12.2013. Insofern konnte der Betriebsrat bisher nicht feststellen, dass ausreichende Anstrengungen unternommen wurden, um das von der Kündigung bedrohte Stammpersonal bei der D AG oder der T AG in neue Arbeitsverhältnisse zu überführen. ...

Der Betriebsrat würde es entsprechend bevorzugen, mit Ihnen über jede(n) einzelne(n) Mitarbeiter(in) dahingehend zu beraten, welche Möglichkeiten für eine Weiterbeschäftigung bei D und/oder T bestehen und welche Qualifizierungsmaßnahmen eventuell erforderlich werden, damit auf diesem Weg auch Lösungen gefunden werden, die mit Recht als ‚sozialverträglich‘ bezeichnet werden können.

Vor diesem Hintergrund fordert der Betriebsrat Sie auf, von Ihrem Kündigungsvorhaben abzulassen und auf die Einhaltung der Beschäftigungszusagen von D und T hinzuwirken.“

Nachdem der Ablauf der Sperrfrist auf den 22. April 2012 festgesetzt worden war und sie den Betriebsrat gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG angehört hatte, kündigte die Beklagte zu 1. das Arbeitsverhältnis des Klägers ebenso zum 31. Dezember 2012 wie die Arbeitsverhältnisse 154 weiterer Arbeitnehmer. Die Vertragsverhältnisse bis dahin befristet beschäftigter Arbeitnehmer ließ sie auslaufen. Am 21. Dezember 2012 stellte sie die Produktion ein. Dienstleistungs- und Mietverträge endeten zum 31. Dezember 2012. Über diesen Tag hinaus wurden fünf Arbeitnehmer mit Abwicklungs- und Aufräumarbeiten beschäftigt.

Der Kläger hat gegen die Kündigung rechtzeitig Klage erhoben. Er hat die Ansicht vertreten, die Beklagte habe das Konsultationsverfahren nach § 17 Abs. 2 KSchG nicht durchgeführt und

keine ordnungsgemäße Massenentlassungsanzeige iSv. § 17 Abs. 3 KSchG erstattet. Im Übrigen verstoße die Kündigung gegen die Beschäftigungszusagen in Nr. 4 des Interessenausgleichs.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Kündigung als wirksam verteidigt. Das Verfahren nach § 17 Abs. 2 und Abs. 3 KSchG sei ordnungsgemäß durchlaufen worden. Mögliche sonstige Unwirksamkeitsgründe lägen nicht vor.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Die Revision des Klägers hatte Erfolg.

### **Amtlicher Leitsatz:**

Eine Stellungnahme nach § 17 Abs. 3 Satz 2 KSchG liegt nur vor, wenn sich der Erklärung entnehmen lässt, dass der Betriebsrat seine Beteiligungsrechte als gewahrt ansieht und er eine abschließende Meinung zu den vom Arbeitgeber beabsichtigten Kündigungen geäußert hat.

### **Nichtamtliche Orientierungssätze:**

1. Soweit die dem Arbeitgeber obliegenden Pflichten aus § 17 Abs. 2 Satz 2 KSchG mit denen nach § 111 BetrVG übereinstimmen, kann er sie gleichzeitig erfüllen. Er muss in diesem Fall hinreichend klarstellen, dass und welchen Pflichten er zeitgleich nachkommen will. Die Einleitung des Konsultationsverfahrens erfordert zumindest, dass dem Betriebsrat die Absicht des Arbeitgebers erkennbar ist, Massenentlassungen vorzunehmen.
2. Die Beratungen nach § 17 Abs. 2 Satz 2 KSchG müssen mit dem Betriebsrat erfolgen. Es genügen weder „Gespräche“ mit dem Wirtschaftsausschuss, noch reicht die Einholung persönlicher Äußerungen des Betriebsratsvorsitzenden.
3. Der Stellungnahme des Betriebsrats nach § 17 Abs. 3 Satz 2 KSchG muss sich entnehmen lassen, dass er seine Beteiligungsrechte als gewahrt ansieht. Auf dieser Grundlage muss der Betriebsrat eine abschließende Meinung zu den konkret beabsichtigten Kündigungen äußern.
4. Verweigert der Betriebsrat eine Stellungnahme oder entspricht die erfolgte Stellungnahme - womöglich - nicht den Anforderungen des § 17 Abs. 3 Satz 2 KSchG, kann der Arbeitgeber (vorsorglich) nach § 17 Abs. 3 Satz 3 KSchG vorgehen und so rechtssicher und rechtswirksam eine Massenentlassungsanzeige erstatten.

## **18. Konsultation mit dem Betriebsrat**

### **BAG 22. September 2016 - 2 AZR 276/16 - demnächst EzA zu KSchG § 17**

#### **Pressemitteilung:**

Ein Arbeitgeber darf das Konsultationsverfahren nach § 17 Abs. 2 KSchG als beendet ansehen, wenn der Betriebsrat keine weitere Verhandlungsbereitschaft über Maßnahmen zur Vermeidung oder Einschränkung von Massenentlassungen erkennen lässt.

Die Beklagte erbrachte Passagedienstleistungen an Flughäfen. Ihre einzige Auftraggeberin kündigte sämtliche Aufträge zu Ende März 2015. Nach dem Scheitern eines Interessenausgleichs im Dezember 2014 leitete die Beklagte ein Konsultationsverfahren nach § 17 Abs. 2 KSchG ein und entschied Ende Januar 2015, ihren Betrieb zum 31. März 2015 stillzulegen. Nach Erstattung einer Massenentlassungsanzeige (§ 17 Abs. 1 iVm. Abs. 3 KSchG) kündigte sie alle

Arbeitsverhältnisse. Die Beklagte entschloss sich, erneut Kündigungen zu erklären, nachdem einige Kündigungsschutzklagen wegen vermeintlicher Mängel im Verfahren nach § 17 KSchG erstinstanzlich erfolgreich gewesen waren. Sie leitete im Juni 2015 ein weiteres Konsultationsverfahren ein und beriet mit dem Betriebsrat über eine mögliche „Wiedereröffnung“ des Betriebs. Eine solche kam für sie allenfalls bei einer Absenkung der bisherigen Vergütungen in Betracht. Der Betriebsrat ließ keine Bereitschaft erkennen, an entsprechenden Maßnahmen mitzuwirken. Daraufhin kündigte die Beklagte - nach einer erneuten Massenentlassungsanzeige - die verbliebenen Arbeitsverhältnisse vorsorglich ein zweites Mal.

Die Klägerin hat sich fristgerecht gegen beide Kündigungen gewandt und hilfsweise einen Nachteilsausgleich (§ 113 Abs. 3 iVm. Abs. 1 BetrVG) verlangt. Das Landesarbeitsgericht hat beide Kündigungen für unwirksam erachtet.

Die Revision der Beklagten hatte vor dem Zweiten Senat des Bundesarbeitsgerichts teilweise Erfolg:

Die erste Kündigung ist gemäß § 17 Abs. 3 Satz 3 KSchG iVm. § 134 BGB nichtig. Die Beklagte hat in der diesbezüglichen Massenentlassungsanzeige den Stand der Beratungen mit dem Betriebsrat nicht korrekt dargelegt.

Hingegen ist die zweite Kündigung wirksam. Die Beklagte hat das erforderliche Konsultationsverfahren auch unter Beachtung der unionsrechtlichen Vorgaben ordnungsgemäß durchgeführt. Sie hat dem Betriebsrat alle erforderlichen Auskünfte erteilt, um auf ihren Entschluss, an der Betriebsstilllegung festzuhalten, einwirken zu können. Die Beklagte durfte die Verhandlungen als gescheitert ansehen. Da sie seit April 2015 keinen Betrieb mehr unterhielt, hat sie die zweite Massenentlassungsanzeige zu Recht bei der für den Unternehmenssitz zuständigen Agentur für Arbeit erstattet. Die zweite Kündigung war auch nicht aus anderen Gründen unwirksam. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Nachteilsausgleich. Die Beklagte hat den Betriebsrat ordnungsgemäß über die beabsichtigte Betriebsstilllegung unterrichtet und nach dem Scheitern ihrer Verhandlungen die Einigungsstelle angerufen.

## **19. Rügen bei Massenentlassung - Präklusion nach § 6 KSchG**

**BAG 20. Januar 2016 - 6 AZR 601/14 - EzA KSchG § 17 Nr. 35**

### **Amtliche Leitsätze:**

Die Pflicht zur Konsultation des Betriebsrats nach § 17 Abs. 2 KSchG und die in § 17 Abs. 1, Abs. 3 KSchG geregelte Anzeigepflicht gegenüber der Agentur für Arbeit sind zwei getrennt durchzuführende Verfahren, die in unterschiedlicher Weise der Erreichung des mit dem Massenentlassungsschutz nach § 17 KSchG verfolgten Ziels dienen und jeweils eigene Wirksamkeitsvoraussetzungen enthalten. Aus jedem dieser beiden Verfahren kann sich ein eigenständiger Unwirksamkeitsgrund für die im Zusammenhang mit einer Massenentlassung erfolgte Kündigung ergeben. Darum ist der Arbeitnehmer, der erstinstanzlich lediglich Mängel hinsichtlich des einen Verfahrens rügt, bei ordnungsgemäß erteiltem Hinweis in zweiter Instanz mit Rügen von Mängeln hinsichtlich des anderen Verfahrens präkludiert.

### **Nichtamtliche Orientierungssätze:**

1. Gemäß § 17 Abs. 1 KSchG sind alle maßgeblichen Entlassungen, die innerhalb von 30 Ka-

lendertagen erfolgen, zusammenzuzählen. Das gilt auch dann, wenn sie auf einem neuen, eigenständigen Kündigungsentschluss beruhen. Darum lösen alle weiteren Kündigungserklärungen, die innerhalb von 30 Tagen nach einer dem Arbeitnehmer erklärten Kündigung erfolgen, die Pflichten nach § 17 KSchG aus, sofern dadurch der maßgebliche Schwellenwert überschritten ist.

2. Das gilt nicht nur für Kündigungen, die im Zusammenhang mit einer weiteren Massenentlassung, etwa einer zweiten Kündigungswelle, erfolgen, sondern auch bei der Nachkündigung eines einzelnen Arbeitnehmers.

3. Erklärt der Arbeitgeber nach Erstattung der Massenentlassungsanzeige die darin angezeigte Kündigung, ist die durch die Anzeige eröffnete Kündigungsmöglichkeit verbraucht. Das gilt auch dann, wenn diese Kündigung später einvernehmlich zurückgenommen wird. Die Rücknahme führt nicht dazu, dass die Kündigung als nicht erklärt anzusehen ist.

4. § 6 Satz 1 KSchG eröffnet dem Arbeitnehmer die Möglichkeit, auch nach Ablauf der Frist des § 4 KSchG noch andere Unwirksamkeitsgründe in den Prozess einzuführen, auf die er sich zunächst nicht berufen hat. Diese Rügemöglichkeit ist jedoch bei ordnungsgemäßigem Hinweis nach § 6 Satz 2 KSchG auf die Zeit bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung in der ersten Instanz beschränkt, um dem Arbeitgeber alsbald Klarheit über den Bestand oder die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu verschaffen.

5. Das in § 17 Abs. 2 KSchG geregelte Konsultationsverfahren einerseits und die in § 17 Abs. 1, Abs. 3 KSchG geregelte Anzeigepflicht gegenüber der Agentur für Arbeit andererseits sind zwei getrennt durchzuführende Verfahren und stellen jeweils ein eigenständiges Wirksamkeitserfordernis für die im Zusammenhang mit einer Massenentlassung erfolgte Kündigung dar. Darum ist der Arbeitnehmer, der in der ersten Instanz lediglich Mängel hinsichtlich des einen Verfahrens geltend macht, mit Rügen von Mängeln des anderen Verfahrens in zweiter Instanz präkludiert, sofern ein ordnungsgemäßer Hinweis nach § 6 Satz 2 KSchG erfolgt ist.

6. Die Pflicht des Arbeitgebers, gemäß § 17 Abs. 3 Satz 2 KSchG der Anzeige die Stellungnahme des Betriebsrats beizufügen bzw. diese nach den in § 17 Abs. 3 Satz 3 KSchG geregelten Grundsätzen zu ersetzen, ist Teil des Anzeigeverfahrens.

## **20. Fehler bei der Unterrichtung des Betriebsrats**

**BAG 9. Juni 2016 - 6 AZR 405/15 - EzA KSchG § 17 Nr. 37**

### **Amtliche Leitsätze:**

Wird der Betriebsrat vor einer Massenentlassung im Rahmen des Konsultationsverfahrens entgegen § 17 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 und Nr. 3 KSchG nicht über die betroffenen Berufsgruppen unterrichtet, kommt eine Heilung dieses Verfahrensfehlers durch eine abschließende Stellungnahme des Betriebsrats in Betracht, wenn wegen einer Betriebsstilllegung die Entlassung aller Arbeitnehmer beabsichtigt ist und der Betriebsrat hierüber ordnungsgemäß unterrichtet wurde. Der Stellungnahme muss zu entnehmen sein, dass der Betriebsrat seinen Beratungsanspruch (§ 17 Abs. 2 Satz 2 KSchG) als erfüllt ansieht.

**Nichtamtliche Orientierungssätze:**

1. Das Konsultationsverfahren nach § 17 Abs. 2 KSchG steht selbständig neben dem Anzeigeverfahren nach § 17 Abs. 3 KSchG. Im Konsultationsverfahren soll der Betriebsrat konstruktive Vorschläge unterbreiten können, um die Massenentlassung zu verhindern oder jedenfalls zu beschränken. Zudem betreffen die Konsultationen die Möglichkeit, die Folgen einer Massenentlassung durch soziale Begleitmaßnahmen zu mildern.
2. Nach § 17 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 und Nr. 3 KSchG muss die Unterrichtung des Betriebsrats Angaben zu den Berufsgruppen der zu entlassenden und der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer enthalten. Werden die Angaben unterlassen, kommt eine Heilung dieses Verfahrensfehlers in Betracht, wenn wegen einer Betriebsstilllegung die Entlassung aller Arbeitnehmer beabsichtigt ist und der Betriebsrat hierüber ordnungsgemäß unterrichtet wurde. In einem solchen Fall kann der Betriebsrat schon wegen der offensichtlichen Betroffenheit aller Berufsgruppen zu dem Schluss kommen, ausreichend unterrichtet zu sein. Erklärt er nach der Beratung mit dem Arbeitgeber, dass er seinen Beratungsanspruch (§ 17 Abs. 2 Satz 2 KSchG) als erfüllt ansieht, bringt er damit zum Ausdruck, dass er bzgl. der beabsichtigten Massenentlassung und ihrer Folgen keine weiteren Vorschläge unterbreiten kann oder will und das Konsultationsverfahren als beendet ansieht. Durch eine solche Erklärung, die in einem Interessenausgleich enthalten sein kann, führt der Betriebsrat eine Heilung des Unterrichtungsmangels herbei.
3. Eine Frist von mindestens zwei Wochen zwischen der Unterrichtung des Betriebsrats nach § 17 Abs. 2 Satz 1 KSchG und den Entlassungen muss nicht eingehalten werden. Ein solches Erfordernis ergibt sich nicht aus § 17 Abs. 3 Satz 3 KSchG. Diese Norm legt lediglich den Zeitraum fest, den der Arbeitgeber verstreichen lassen muss, bevor er eine Anzeige ohne Stellungnahme des Betriebsrats erstatten darf. Gibt der Betriebsrat vor Ablauf von zwei Wochen nach seiner Unterrichtung eine ausreichende und abschließende Stellungnahme ab, kann der Arbeitgeber eine wirksame Massenentlassungsanzeige vornehmen und danach die Kündigungen erklären.

**IX. Gründe in der Person des Arbeitnehmers iSv. § 1 Abs. 2 KSchG****21. Krankheitsbedingte Kündigung - Betriebliches Eingliederungsmanagement****BAG 13. Mai 2015 - 2 AZR 565/14 - EzA KSchG § 1 Krankheit Nr. 61****Amtliche Leitsätze:**

Keine

**Nichtamtliche Orientierungssätze:**

1. Eine lang andauernde krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit in der unmittelbaren Vergangenheit stellt ein gewisses Indiz für die Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit in der Zukunft dar. Der Arbeitgeber genügt deshalb seiner Darlegungslast für eine negative Prognose zunächst, wenn er die bisherige Dauer der Erkrankung und die ihm bekannten Krankheitsursachen vorträgt.

2. Bei krankheitsbedingter dauernder Leistungsunfähigkeit ist in aller Regel ohne Weiteres von einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen auszugehen. Die völlige Ungewissheit einer Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit steht einer krankheitsbedingten dauernden Leistungsunfähigkeit gleich, wenn - ausgehend vom Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung - jedenfalls in den nächsten 24 Monaten mit einer Genesung nicht gerechnet werden kann.

3. Um darzutun, dass die Kündigung dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügt und ihm keine milderen Mittel zur Überwindung der krankheitsbedingten Störung des Arbeitsverhältnisses als die Beendigungskündigung offenstanden, muss der Arbeitgeber, der entgegen § 84 Abs. 2 SGB IX kein bEM durchgeführt hat, dessen objektive Nutzlosigkeit darlegen. Hierzu hat er umfassend und detailliert vorzutragen, warum - auch nach ggf. zumutbaren Umorganisationsmaßnahmen - weder ein weiterer Einsatz auf dem bisherigen Arbeitsplatz noch dessen leidensgerechte Anpassung oder Veränderung möglich gewesen wären und der Arbeitnehmer auch nicht auf einem anderen Arbeitsplatz bei geänderter Tätigkeit hätte eingesetzt werden können, warum also ein bEM in keinem Fall dazu hätte beitragen können, neuerlichen Krankheitszeiten bzw. der Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit entgegenzuwirken und das Arbeitsverhältnis zu erhalten.

4. Ist dem Arbeitnehmer eine Rente wegen voller Erwerbsminderung iSd. § 43 Abs. 2 SGB VI bewilligt worden, belegt dies allein nicht die objektive Nutzlosigkeit eines bEM.

## **22. Kündigung des Chefarztes eines katholischen Krankenhauses wegen Wiederheirat**

**BAG 28. Juli 2016 - 2 AZR 746/14 (A) - demnächst EzA zu § 611 BGB 2002 Kirchliche Arbeitnehmer**

### **Pressemitteilung:**

Die Beklagte ist Trägerin mehrerer Krankenhäuser und institutionell mit der römisch-katholischen Kirche verbunden. Der katholische Kläger war bei ihr seit dem Jahr 2000 als Chefarzt beschäftigt. Den Dienstvertrag schlossen die Parteien unter Zugrundelegung der vom Erzbischof von Köln erlassenen Grundordnung des kirchlichen Dienstes im Rahmen kirchlicher Arbeitsverhältnisse vom 23. September 1993 (GrO 1993). Nach deren Art. 5 Abs. 2 handelte es sich beim Abschluss einer nach dem Glaubensverständnis und der Rechtsordnung der Kirche ungültigen Ehe um einen schwerwiegenden Loyalitätsverstoß, der eine Kündigung rechtfertigen konnte. Die Weiterbeschäftigung war grundsätzlich ausgeschlossen, wenn der Loyalitätsverstoß von einem leitenden Mitarbeiter begangen wurde (Art. 5 Abs. 3 GrO 1993). Zu diesen zählen nach kirchlichem Recht auch Chefarzte.

Der Kläger heiratete nach der Scheidung von seiner ersten Ehefrau im Jahr 2008 ein zweites Mal standesamtlich. Nachdem die Beklagte hiervon Kenntnis erlangt hatte, kündigte sie das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 30. März 2009 ordentlich zum 30. September 2009. Hiergegen hat sich der Kläger mit der vorliegenden Kündigungsschutzklage gewandt. Er hat gemeint, seine erneute Eheschließung vermöge die Kündigung nicht zu rechtfertigen. Bei evangelischen Chefarzten bleibe eine Wiederheirat nach der GrO 1993 ohne arbeitsrechtliche Folgen.

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Das die Revision der Beklagten zurückweisende Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 8. September 2011 - 2 AZR 543/10 - hat das Bundesverfassungsgericht durch Beschluss vom 22. Oktober 2014 - 2 BvR 661/12 - aufgehoben und die Sache an das Bundesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts hat mit Beschluss vom heutigen Tage entschieden,

den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 AEUV um die Beantwortung von Fragen zur Auslegung von Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (*ABl. EG Nr. L 303 S. 16*) zu ersuchen. Für den Senat ist erheblich, ob die Kirchen nach dem Unionsrecht bei einem an Arbeitnehmer in leitender Stellung gerichteten Verlangen nach loyalen und aufrichtigem Verhalten unterscheiden dürfen zwischen Arbeitnehmern, die der Kirche angehören, und solchen, die einer anderen oder keiner Kirche angehören.

**Tenor:**

Der Gerichtshof der Europäischen Union wird gem. Art. 267 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) um die Beantwortung der folgenden Fragen ersucht:

1. Ist Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (RL 2000/78/EG) dahin auszulegen, dass die Kirche für eine Organisation wie die Beklagte des vorliegenden Rechtsstreits verbindlich bestimmen kann, bei einem an Arbeitnehmer in leitender Stellung gerichteten Verlangen nach loyalen und aufrichtigem Verhalten zwischen Arbeitnehmern zu unterscheiden, die der Kirche angehören, und solchen, die einer anderen oder keiner Kirche angehören?

2. Sofern die erste Frage verneint wird:

a) Muss eine Bestimmung des nationalen Rechts, wie hier § 9 Abs. 2 AGG, wonach eine solche Ungleichbehandlung aufgrund der Konfessionszugehörigkeit der Arbeitnehmer entsprechend dem jeweiligen Selbstverständnis der Kirche gerechtfertigt ist, im vorliegenden Rechtsstreit unangewendet bleiben?

b) Welche Anforderungen gelten gemäß Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 2 der RL 2000/78/EG für ein an die Arbeitnehmer einer Kirche oder einer der dort genannten anderen Organisationen gerichtetes Verlangen nach einem loyalen und aufrichtigen Verhalten im Sinne des Ethos der Organisation?

## **X. Gründe im Verhalten des Arbeitnehmers iSv. § 1 Abs. 2 KSchG und § 626 Abs. 2 BGB**

### **23. Außerordentliche Kündigung - beharrliche Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten BAG 19. Januar 2016 - 2 AZR 449/15 - EzA BGB 2002 § 626 Nr. 54**

**Amtliche Leitsätze:**

Keine

**Nichtamtliche Orientierungssätze:**

1. Der Arbeitnehmer braucht nach rechtskräftigem Obsiegen im Kündigungsschutzprozess seine Arbeitskraft grundsätzlich nicht von sich aus anzubieten. Er kann regelmäßig eine Arbeitsaufforderung des Arbeitgebers abwarten, die erkennen lässt, wann und wo die Arbeit aufgenommen werden soll.

2. Den Arbeitgeber trifft grundsätzlich keine Obliegenheit, bei der Arbeitsaufforderung die vom Arbeitnehmer künftig zu erledigenden Arbeitsaufgaben konkret zu bestimmen. Das gilt auch dann, wenn eine vor der Kündigung oder dem in ihr bestimmten Termin erfolgte Übertragung von Aufgaben unwirksam und der Arbeitnehmer deshalb berechtigt war, die Verrichtung der zuletzt konkret zugewiesenen Tätigkeiten zu verweigern. Solche Umstände entbinden den Arbeitnehmer - vorbehaltlich einer grundsätzlichen Bereitschaft des Arbeitgebers, ihn künftig vertragsgemäß einzusetzen - nicht von der Pflicht, sich zur vorgegebenen Zeit am mitgeteilten Ort einzufinden und seine Arbeitskraft überhaupt zur Verfügung zu stellen.

3. Die beharrliche Weigerung des Arbeitnehmers, einer im vorstehende Sinne wirksamen Arbeitsaufforderung Folge zu leisten, ist „an sich“ geeignet, eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen.

4. Der Arbeitgeber kann dem Arbeitnehmer Urlaub vorsorglich für den Fall gewähren, dass eine von ihm erklärte außerordentliche oder ordentliche Kündigung das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgelöst hat. Eine wirksame Freistellungserklärung für die Zeit nach Zugang der fristlosen Kündigung bzw. Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist liegt darin aber nur, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Urlaubsvergütung vor Antritt des Urlaubs zahlt oder vorbehaltlos zusagt.

## **XI. Verdachtskündigung**

### **24. Keine „ordentliche“ Verdachtskündigung - heimliche Videoüberwachung - „Zufallsfund“**

**BAG 21. November 2013 - 2 AZR 797/11 - EZA KSchG § 1 Verdachtskündigung Nr. 5**

#### **Amtlicher Leitsatz:**

Eine Verdachtskündigung ist auch als ordentliche Kündigung sozial nur gerechtfertigt, wenn Tatsachen vorliegen, die zugleich eine außerordentliche, fristlose Kündigung gerechtfertigt hätten.

#### **Nichtamtliche Orientierungssätze:**

1. Im Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes kann der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis - schon wegen der Gefahr, dass ein Unschuldiger getroffen wird - wegen des bloßen Verdachts einer Pflichtverletzung des Arbeitnehmers selbst ordentlich nur wirksam kündigen, wenn Tatsachen vorliegen, die auch eine außerordentliche, fristlose Kündigung gerechtfertigt hätten. Das gilt sowohl für die Anforderungen an die Dringlichkeit des Verdachts als auch für die Bewertung des Verhaltens, dessen der Arbeitnehmer verdächtig ist. Dieses muss - wäre es erwiesen - geeignet sein, dem Arbeitgeber einen Grund zur sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu geben.

2. Die Gerichte für Arbeitssachen sind auch dann nicht gehindert, die Wirksamkeit einer Kündigung unter dem Gesichtspunkt einer nachgewiesenen Tat zu überprüfen, wenn sich der Arbeitgeber für deren Begründung lediglich auf den Verdacht eines pflichtwidrigen Verhaltens

berufen hat. Maßgebend ist allein der objektive Sachverhalt, wie er sich dem Gericht nach Parteivorbringen und ggf. Beweisaufnahme darstellt.

3. Informationen und Beweismittel, die der Arbeitgeber mittels einer heimlich durchgeführten Videoüberwachung gewonnen hat, unterliegen nicht allein deshalb einem prozessualen Verwendungs- und Verwertungsverbot, weil der Zweck der Beobachtung nicht auf ihre Gewinnung gerichtet war. Auch bezogen auf einen sog. Zufallsfund muss aber das Interesse des Arbeitgebers an der prozessualen Verwendung und Verwertung der Daten und/oder Beweismittel höher zu gewichten sein als das Interesse des Arbeitnehmers an der Achtung seines durch Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG gewährleisteten allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Davon kann nur ausgegangen werden, wenn es um den Nachweis eines strafbaren Verhaltens oder einer ähnlich schwerwiegenden Pflichtverletzung des Arbeitnehmers geht und die Informationsbeschaffung und -verwertung selbst dann nicht unverhältnismäßig ist

## **25. Außerordentliche Verdachtskündigung - Berufsausbildungsverhältnis**

**BAG 12. Februar 2015 - 6 AZR 845/13 - EzA BBiG 2005 § 22 Nr. 1**

### **Amtlicher Leitsatz:**

Der dringende Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung des Auszubildenden kann einen wichtigen Grund zur Kündigung des Berufsausbildungsverhältnisses nach § 22 Abs. 2 Nr. 1 BBiG darstellen.

### **Nichtamtliche Orientierungssätze:**

1. Der dringende Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung des Auszubildenden kann einen wichtigen Grund zur Kündigung des Berufsausbildungsverhältnisses nach § 22 Abs. 2 Nr. 1 BBiG darstellen, wenn der Verdacht auch bei Berücksichtigung der Besonderheiten des Ausbildungsverhältnisses dem Auszubildenden die Fortsetzung der Ausbildung objektiv unzumutbar macht.

2. Der Auszubildende hat erst dann alles ihm Zumutbare zur Aufklärung des Sachverhalts getan, wenn er dem Auszubildenden Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat. Es ist dabei grundsätzlich nicht erforderlich, den Auszubildenden vor Durchführung einer Anhörung über den beabsichtigten Gesprächsinhalt zu unterrichten.

3. Die Anhörung kann den Auszubildenden unter Umständen allerdings erkennbar überfordern, sei es in psychischer Hinsicht oder wegen der Komplexität des Sachverhalts. Es entspricht dann der Rücksichtnahmepflicht des Auszubildenden, das Gespräch abubrechen und eine erneute Anhörung anzuberaumen, wenn der Auszubildende grundsätzlich zu einer inhaltlichen Auseinandersetzung mit den Verdachtsmomenten bereit ist.

4. Die Unterbrechung der Anhörung ist auch geboten, falls der Auszubildende die Beratung mit einem Rechtsanwalt oder einer sonstigen Vertrauensperson verlangt. Der Auszubildende ist jedoch nicht verpflichtet, den Auszubildenden auf diese Möglichkeit hinzuweisen.

5. Bei der Anhörung handelt es sich um eine Datenerhebung iSv. § 32 BDSG. Sie ist aber keine Überwachungs- oder Kontrollmaßnahme und unterfällt deshalb nicht § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG.

## XII. Änderungskündigung

### 26. „Überflüssige“ Änderungskündigung

**BAG 22. Oktober 2015 - 2 AZR 124/14 - EzA KSchG § 2 Nr. 93**

#### **Amtliche Leitsätze:**

1. Eine der Mitbestimmung unterliegende Maßnahme gilt nach § 38 Abs. 3 Satz 1 MVG-EKiR als gebilligt, wenn die Mitarbeitervertretung nicht innerhalb von zwei Wochen die Zustimmung schriftlich verweigert oder eine mündliche Erörterung beantragt. Eine Erklärung der Mitarbeitervertretung, die zwar abschließend ist, aber keine Zustimmung darstellt, bewirkt keinen vorzeitigen Eintritt der Fiktion.
2. Ein Mangel in der Kündigungserklärung kann auch dann zum Erfolg einer Änderungsschutzklage führen, wenn die Änderungskündigung „überflüssig“ war und der Arbeitnehmer das „Änderungsangebot“ unter Vorbehalt angenommen hat.

#### **Nichtamtliche Orientierungssätze:**

1. Die formale Stellung als Chefarzt und die Bezeichnung als „leitender Angestellter“ genügen nicht, um einen Beschäftigten als Mitarbeiter iSv. § 44 MVG-EKiR ansehen zu können. § 44 Abs. 2 Satz 2, § 4 Abs. 2 Satz 3 MVGEKiR besagen auch nicht, dass es allein auf die Vertragsgestaltung ankäme. Der Arbeitgeber, der sich auf den Status des Arbeitnehmers als leitender Mitarbeiter beruft, muss deshalb regelmäßig zur konkreten Durchführung des Arbeitsverhältnisses vortragen.
2. In Verfahren der eingeschränkten Mitbestimmung gilt die Zustimmung gemäß § 38 Abs. 3 Satz 1 MVG-EKiR als erteilt, wenn die Mitarbeitervertretung nicht innerhalb von zwei Wochen die Zustimmung aus einem der in § 41 Abs. 2 MVG-EKiR angeführten Gründe schriftlich verweigert oder eine mündliche Erörterung beantragt.
3. Das MVG-EKiR lässt aufgrund des dort normierten positiven Konsensprinzips eine Abkürzung der Äußerungsfrist und einen darauf beruhenden vorzeitigen Eintritt der Zustimmungsfiktion nicht zu. Der Dienstgeber darf deshalb selbst dann nicht vor Ablauf der Zweiwochenfrist des § 38 Abs. 3 Satz 1 MVG-EKiR kündigen, wenn die Mitarbeitervertretung zwar eine abschließende, aber keine zustimmende Erklärung abgegeben hat.
4. Ein Arbeitnehmer, der das Angebot auf Änderung seiner Arbeitsbedingungen gemäß § 2 Satz 1 KSchG unter dem Vorbehalt der sozialen Rechtfertigung angenommen hat, kann sich im Prozess regelmäßig darauf berufen, die Änderung der Vertragsbedingungen scheidet schon aus einem anderen Grund aus, der zur Unwirksamkeit der Kündigungserklärung führte. Das gilt auch dann, wenn die Kündigung (möglicherweise) „überflüssig“ war. Die Urteilsformel sollte dann entsprechend § 4 Satz 2 Alt. 2 KSchG lauten: *„Es wird festgestellt, dass die Änderungskündigung (des Arbeitgebers) vom (...) rechtsunwirksam ist.“*

### 27. Vorsorgliche Änderungskündigung

**BAG 17. Dezember 2015 - 2 AZR 304/15 - EzA KSchG § 2 Nr. 96**

#### **Amtlicher Leitsatz:**

Ordnet der Arbeitgeber eine Änderung der Arbeitsbedingungen im Wege des Direktionsrechts an und spricht er zusätzlich eine darauf bezogene Änderungskündigung für den Fall aus, dass

die Maßnahme nicht ohne eine Änderung des Arbeitsvertrags zulässig ist, kann der Arbeitnehmer - falls er zugleich die einseitige Maßnahme gerichtlich angreift - seinen Änderungsschutzantrag nach § 4 Satz 2 KSchG unter die Bedingung stellen, dass über diesen nur befunden wird, wenn es nach Auffassung des Gerichts für die streitgegenständliche Maßnahme einer Vertragsänderung bedarf.

### **Nichtamtliche Orientierungssätze:**

1. Klageanträge sind nach den für Willenserklärungen maßgeblichen Regeln (§§ 133, 157 BGB) auszulegen. Für das Verständnis eines Klageantrags ist deshalb nicht am buchstäblichen Wortlaut zu haften. Das Gericht hat den erklärten Willen zu erforschen, wie er sich aus der Klagebegründung, dem Prozessziel und der Interessenlage ergibt. Im Zweifel ist das gewollt, was nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist und der richtig verstandenen Interessenlage des Antragsstellers entspricht.

2. Der Arbeitgeber, der eine Änderungskündigung vorsorglich iSv. hilfsweise und nur für den Fall erklärt, dass seine Rechtsauffassung, er könne die beabsichtigte Änderung auch ohne Kündigung herbeiführen, in einem Rechtsstreit von den Arbeitsgerichten nicht geteilt werde, bekundet damit, die Kündigung solle nur gelten, wenn er nicht schon einseitig zu der von ihm beabsichtigten Veränderung berechtigt ist. In diesem Fall ist die Kündigung zulässigerweise unter eine auflösende sog. Rechtsbedingung gestellt.

3. Hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer einseitig angewiesen, künftig an einem anderen Arbeitsort tätig zu werden, und hat er außerdem nur „vorsorglich“ eine auf das gleiche Ziel gerichtete Änderungskündigung erklärt, kann der Arbeitnehmer neben einem Antrag auf Feststellung, die „Versetzung“ sei unwirksam, einen Änderungsschutzantrag gem. § 4 Satz 2 KSchG unter der (auflösenden) Bedingung stellen, dass es nach Auffassung des Gerichts keiner Vertragsänderung für die vom Arbeitgeber angestrebte Versetzung bedurfte. Die Antragstellung unter einer entsprechenden innerprozessualen Bedingung ist zulässig.

4. Mit der Entscheidung des Gerichts, ein solcher Hilfsantrag sei ihm nicht zur Entscheidung angefallen, weil die auflösende Bedingung, unter der er gestellt war, eingetreten sei, ist die der Rechtskraft iSd. § 322 Abs. 1 ZPO fähige Feststellung verbunden, es habe für die vom Arbeitgeber mit der Änderungskündigung angestrebte Änderung des Arbeitsorts keiner Vertragsänderung bedurft.

## **XIII. Betriebsratsanhörung**

### **28. Krankheitsbedingte Kündigung - Betriebsratsanhörung**

**BAG 16. Juli 2015 - 2 AZR 15/15 - EzA BetrVG 2001 § 102 Nr. 32**

#### **Amtlicher Leitsatz:**

Bei der Unterrichtung über die Gründe für eine beabsichtigte Kündigung nach § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG darf der Arbeitgeber ihm bekannte Umstände, die sich bei objektiver Betrachtung zugunsten des Arbeitnehmers auswirken können, dem Betriebsrat nicht deshalb vorenthalten, weil sie für seinen eigenen Kündigungsentschluss nicht von Bedeutung waren.

**Nichtamtliche Orientierungssätze:**

1. Das Verfahrenshindernis der doppelten Rechtshängigkeit ist von Amts wegen auch noch in der Revisionsinstanz zu beachten. Das bedeutet nicht, dass das Revisionsgericht zur Amtsermittlung verpflichtet wäre, solange ein das Hindernis begründender Sachverhalt weder behauptet, noch gerichtsbekannt oder erkennbar wahrscheinlich ist.

2. Der Inhalt der Unterrichtung nach § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG ist grundsätzlich subjektiv determiniert. Der Arbeitgeber muss dem Betriebsrat die Umstände mitteilen, die seinen Kündigungsentschluss tatsächlich bestimmt haben. Dem kommt er dann nicht nach, wenn er dem Betriebsrat einen schon aus seiner eigenen Sicht unrichtigen oder unvollständigen Sachverhalt unterbreitet. Dem steht es gleich, wenn der Arbeitgeber dem Betriebsrat für dessen Beurteilung bedeutsame, zuungunsten des Arbeitnehmers sprechende, objektiv unzutreffende Tatsachen mitteilt, von denen er selbst für möglich hält, dass sie nicht der Wahrheit entsprechen. Er stellt seinen Kenntnisstand in diesem Fall bewusst als umfassender dar, als er es in Wirklichkeit ist. Eine zwar vermeidbare, aber unbewusst und damit gutgläubig erfolgte, „bloß“ objektive Fehlinformation stellt dagegen für sich genommen keinen Verstoß gegen § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG dar.

3. Die subjektive Überzeugung des Arbeitgebers von der Relevanz oder Irrelevanz bestimmter Umstände ist für den Umfang der Unterrichtung nach § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG nicht maßgeblich, wenn dadurch der Zweck der Betriebsratsanhörung verfehlt würde. Dieser besteht darin, den Betriebsrat in die Lage zu versetzen, sachgerecht auf die Willensbildung des Arbeitgebers einzuwirken. Der Arbeitgeber darf daher ihm bekannte Umstände, die sich bei objektiver Betrachtung zugunsten des Arbeitnehmers auswirken können, dem Betriebsrat nicht deshalb vorenthalten, weil sie für seinen eigenen Kündigungsentschluss nicht von Bedeutung waren.

**29. Ordentliche Kündigung - Betriebsratsanhörung****BAG 18. Juni 2015 - 2 AZR 256/14 - EzA BetrVG 2001 § 102 Nr. 33****Amtliche Leitsätze:**

Keine

**Nichtamtliche Orientierungssätze:**

1. Im Rechtsstreit über die Wirksamkeit einer Verdachtskündigung sind nicht nur die dem Arbeitgeber im Kündigungszeitpunkt bekannten tatsächlichen Umstände von Bedeutung. Auch später bekannt gewordene Tatsachen, die den ursprünglichen Verdacht abschwächen oder verstärken, können jedenfalls dann berücksichtigt werden, wenn sie bei Kündigungszugang objektiv vorlagen. Das gilt auch für solche Umstände, die den Verdacht eines eigenständigen - neuen - Kündigungsvorwurfs begründen.

2. Im Anwendungsbereich von § 102 BetrVG ist ein Nachschieben von Kündigungsgründen, die dem Arbeitgeber bei Ausspruch der Kündigung zwar bereits bekannt waren, von denen er dem Betriebsrat aber keine Mitteilung gemacht hat, grundsätzlich unzulässig. Dagegen können Kündigungsgründe, die erst nachträglich bekannt geworden sind, bei Kündigungsausspruch aber bereits vorlagen, nachgeschoben werden, wenn der Betriebsrat - in analoger Anwendung von § 102 BetrVG - zu ihnen angehört worden ist. Das gilt unabhängig davon, ob zwischen dem ursprünglich angeführten und dem nachgeschobenen - neuen - Kündigungsgrund ein sachlicher und/oder zeitlicher Zusammenhang besteht.

3. Für die Beurteilung, ob ein nachgeschobener Sachverhalt dem Arbeitgeber schon im Kündigungszeitpunkt bekannt war, kommt es - wie bei § 626 Abs. 2 BGB - auf den Wissensstand des Kündigungsberechtigten an. Handelt es sich bei dem Arbeitgeber um eine juristische Person, ist grundsätzlich die Kenntnis des gesetzlich oder satzungsgemäß für die Kündigung zuständigen Organs maßgeblich. Sind für den Arbeitgeber mehrere Personen gemeinsam vertretungsberechtigt, genügt regelmäßig die Kenntnis schon eines der Gesamtvertreter.

4. Etwas Anderes kann dann gelten, wenn der Vertreter seinerseits in Handlungen gegen die Interessen des Arbeitgebers verstrickt ist und bei Offenlegung des Kündigungssachverhalts Nachteile für sich selbst befürchten müsste. Liegt objektiv eine solche Situation vor, ist es gerechtfertigt, für die Kenntnis des Arbeitgebers nicht auf den Wissensstand des „verstrickten“, sondern auf die Kenntnis eines „undolosen“ Vertreters oder Organmitglieds abzustellen.