

Aktenzeichen: 2 AZR 314/06
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 8. November 2007
- 2 AZR 314/06 -

I. Arbeitsgericht
Essen

Urteil vom 13. Januar 2005
- 1 Ca 4192/04 -

II. Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Urteil vom 7. November 2005
- 14 Sa 370/05 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Entscheidungsstichworte:

Kündigungsschutz - Klagefrist

Gesetz:

KSchG §§ 4 ff.

Leitsatz:

Der tarifvertragliche oder arbeitsvertragliche Ausschluss der ordentlichen Kündigung zählt zu den Unwirksamkeitsgründen einer vom Arbeitgeber ausgesprochenen ordentlichen Kündigung, die gemäß §§ 4, 6 nF KSchG rechtzeitig prozessual geltend gemacht werden müssen.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 314/06
14 Sa 370/05
Landesarbeitsgericht
Düsseldorf

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
8. November 2007

URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 8. November 2007 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Rost, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Bröhl und Dr. Eylert sowie den ehrenamtlichen Richter Beckerle und die ehrenamtliche Richterin Pitsch für Recht erkannt:



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 7. November 2005 - 14 Sa 370/05 - wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer betriebsbedingten ordentlichen Kündigung. 1

Der 1950 geborene, verheiratete Kläger ist seit 1986 bei dem Beklagten, einem Berufsbildungswerk, als Ausbilder angestellt. Als staatlich geprüfter Elektrotechniker mit Ausbilderbefähigung wurde er zuletzt seit dem 1. März 2004 im Bereich „Kaufleute und Dienstleistungsberufe“ der Abteilung „Training“ eingesetzt und erzielte eine monatliche Bruttovergütung von 3.230,00 Euro. Nach § 2 des zwischen den Parteien geschlossenen Arbeitsvertrags gilt für das Arbeitsverhältnis der BFZ-Tarifvertrag in Verbindung mit dem Bundes-Angestelltentarifvertrag (BAT) und den ihn ergänzenden oder ändernden Tarifverträgen. 2

Nachdem bereits im Jahr 2003 ein Stellenabbau erfolgt war, sah ein Sanierungskonzept des Beklagten aus dem Jahr 2004 die Reduzierung des Personals von ca. 150 Arbeitnehmern auf rund 74 Vollzeitstellen bei einem verstärkten Einsatz von freien Mitarbeitern auf Honorarbasis vor, um flexibel auf Nachfrageschwankungen und Entwicklungen der Märkte reagieren zu können und damit auch Kosten zu sparen. Die bei dem Beklagten beschäftigten Arbeitnehmer im Bereich der Schulungen sollten vorrangig nur noch organisatorische Aufgaben wahrnehmen und für solche Unterrichtsmaßnahmen zuständig sein, bei denen Spezialwissen abzurufen ist. Im Hinblick auf diese Personalmaßnahmen schloss der Beklagte am 21. September 2004 mit dem Betriebsrat einen Interessenausgleich mit Sozialplan. Dem Interessenausgleich war eine von den Betriebsparteien unterzeichnete Namensliste als Anlage beigefügt. Den darin genannten 82 Mitarbeitern, darunter der Kläger, sollte ordentlich gekündigt werden, falls sie ein Angebot auf Übernahme in eine Transfergesellschaft für die Dauer von 12 Monaten ablehnten. Der Kläger lehnte das Angebot ab. Daraufhin kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis mit Zustimmung des Betriebsrats mit Schreiben vom 3



28. September 2004 zum 31. März 2005 ordentlich, hilfsweise außerordentlich mit sozialer Auslauffrist zum selben Termin. Von den zur Kündigung anstehenden Arbeitnehmern wechselten insgesamt 81 unter Aufhebung ihrer Arbeitsverhältnisse zum 1. Oktober 2004 in die Transfergesellschaft.

Der Kläger hat binnen drei Wochen nach Zugang der Kündigung Kündigungsschutzklage erhoben. Er hat die Auffassung vertreten, es lägen keine dringenden betrieblichen Erfordernisse für eine Kündigung vor, da der Beklagte nach wie vor Mitarbeiter benötige; der vorgesehene Einsatz freier Mitarbeiter erbringe keinerlei Kostenersparnis und sei offensichtlich unvernünftig. Im Übrigen habe der Auftragsrückgang seine Abteilung nicht betroffen und seine bisherige Tätigkeit sei nur teilweise weggefallen. Für die verbliebenen Aufgaben setze der Beklagte den Freiberufler St. ein. Auch dessen später erweiterten Aufgabenbereich könne er nach kurzer Einarbeitung übernehmen. Der Beklagte könne ihn im Übrigen auch in anderen Bereichen einsetzen, in denen er Arbeiten auf Honorarkräfte übertragen habe. Die Sozialauswahl sei fehlerhaft. Schließlich sei die Kündigung auch wegen Verstoßes gegen §§ 17 f. KSchG unwirksam, da der Beklagte keine Massenentlassungsanzeige vorgenommen habe, obwohl unter Berücksichtigung der mit anderen Arbeitnehmern abgeschlossenen Aufhebungsverträge der Schwellenwert der Vorschrift erreicht sei.

Der Kläger hat zuletzt beantragt,

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die Kündigung vom 28. September 2004 nicht zum 31. März 2005 beendet ist.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt und hierzu im Wesentlichen die Auffassung vertreten, die Kündigung sei wegen dringender betrieblicher Erfordernisse gerechtfertigt. Dem Kläger sei die Widerlegung der Betriebsbedingtheit der Kündigung nicht gelungen. Der Personalabbau sei durch den erheblichen Rückgang von Fördermitteln erforderlich geworden. Die Entscheidung, vermehrt Honorarkräfte einzusetzen, sei als Unternehmerentscheidung zu akzeptieren. Der flexible Einsatz von vergleichbaren Honorarkräften sei keinesfalls willkürlich, da er erheblich kostengünstiger sei, zumal keine Vor- oder Nachbereitung von Stundeneinheiten sowie Ausfallzeiten wie Urlaub und Krankheit zu vergüten seien. Ein Bedürfnis für die Weiterbeschäftigung des Klägers sei nicht gegeben. Die Teilnehmer seiner Kurse befänden sich seit Januar 2005 in betrieblichen Praktika und vom Kläger unterrichtete Stunden würden von den verbliebenen Arbeitnehmern N. und T. übernommen. Die vom Kläger ausgeführten



Arbeiten würden überhaupt nicht mehr angeboten und seien deshalb auch nicht von freien Mitarbeitern übernommen worden. Insbesondere habe der Mitarbeiter St. den Kläger nicht ersetzt, sondern sei als freier Mitarbeiter ausschließlich mit der Thematik „betriebswirtschaftliche Anwendungssoftware KHK“ beauftragt, über deren Kenntnisse der Kläger nicht verfüge. Der Kläger habe auch nicht darlegen können, dass die soziale Auswahl grob fehlerhaft gewesen sei. Diese sei ordnungsgemäß vollzogen worden. Die Kündigung sei nicht wegen Verstoßes gegen §§ 17 f. KSchG unwirksam. Eine Massenentlassungsanzeige sei nicht erforderlich gewesen, da bezogen auf den Kündigungstermin der Schwellenwert des § 17 Abs. 1 KSchG nicht erreicht worden sei. Zumindest sei ihm, dem Beklagten, Vertrauensschutz zu gewähren.

Das Arbeitsgericht hat die Kündigungsschutzklage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Kündigungsschutzantrag weiter. Er macht ua. geltend, die ordentliche Kündigung sei tariflich ausgeschlossen; die nachträgliche Einschränkung des von ihm bereits erreichten Kündigungsschutzes durch den Tarifvertrag vom 9. September 2004 stelle eine unzulässige Rückwirkung dar.

7

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet.

8

A. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Die Kündigung sei sozial gerechtfertigt. Der Kläger habe die Vermutung eines dringenden betrieblichen Erfordernisses gemäß § 1 Abs. 5 KSchG nicht widerlegt. Selbst wenn die Behauptung des Klägers zutrefte, der freie Mitarbeiter St. habe seine Tätigkeit - abgesehen von dem nicht mehr weitergeführten Teilbereich Informationstelekommunikation - auf Grund eines Honorarvertrages übernommen, bleibe es grundsätzlich dem Arbeitgeber überlassen, wie er sein Unternehmen zweckmäßig und kostengünstig am Markt verfolgen wolle. Eine unzulässige Austausch Kündigung liege nur vor, wenn der Mitarbeiter St. tatsächlich in einem Arbeitsverhältnis stehe. Dies sei nicht ersichtlich. Anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten habe der Kläger nicht schlüssig vorgetragen. Auch die Sozialauswahl sei nicht grob fehlerhaft. Soweit der Beklagte hinsichtlich der Massenentlassungsanzeige davon ausgegangen

9



sei, dass es auf den Zeitpunkt der Entlassung ankomme und - insoweit zutreffend - hierauf bezogen die Schwellenwerte nicht überschritten seien, genieße er jedenfalls Vertrauensschutz. Die Kündigung verstoße auch nicht gegen ein tarifliches Kündigungsverbot.

B. Dem folgt der Senat im Ergebnis und auch in Teilen der Begründung. Die 10
ordentliche betriebsbedingte Kündigung des Beklagten vom 28. September 2004 hat das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der tariflichen Kündigungsfrist zum 31. März 2005 beendet. Der Kläger kann sich nicht auf eine Unwirksamkeit der Kündigung wegen Verstoßes gegen ein tarifliches Kündigungsverbot berufen, da er diesen Unwirksamkeitsgrund nicht rechtzeitig iSd. § 6 KSchG geltend gemacht hat (I.). Die Kündigung ist auch sozial gerechtfertigt nach § 1 KSchG (II.). Sonstige Unwirksamkeitsgründe liegen ebenfalls nicht vor (III.).

I. Die Wirksamkeit der Kündigung scheitert nicht an einem tariflichen Ausschluss 11
der ordentlichen Kündigung. Der Kläger kann sich auf einen tariflichen Alterskündigungsschutz schon deshalb nicht berufen, weil er diesen Unwirksamkeitsgrund nicht rechtzeitig nach §§ 4, 6 KSchG geltend gemacht hat. Entgegen der von der Revision vertretenen Auffassung kommt es daher auf die Frage, ob die Tarifvertragsparteien die ursprüngliche tarifvertragliche Regelung zum Sonderkündigungsschutz wirksam abgeändert haben, nicht entscheidungserheblich an.

1. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien ist kraft einzelvertraglicher Verein- 12
barung der BFZ-TV als Haustarifvertrag des Beklagten anzuwenden, welcher in § 2 Abs. 1 die Anwendbarkeit des BAT regelt, soweit im BFZ-TV nichts anderes bestimmt ist. Auch § 2 Abs. 1 des Arbeitsvertrags verweist auf den BAT. Nach § 53 Abs. 3 BAT sind Angestellte, die eine Beschäftigungszeit von 15 Jahren aufweisen und das 40. Lebensjahr vollendet haben - vom Kläger erfüllt -, ordentlich unkündbar.

2. Die Bestimmung zum Sonderkündigungsschutz nach § 2 Abs. 1 BFZ-TV iVm. 13
§ 53 Abs. 3 BAT ist von den Tarifvertragsparteien allerdings durch § 1 Abs. 1 Satz 2 und 3 NotlagenänderungsTV vom 9. September 2004 iVm. § 3 Abs. 6 NotlagenTV vom 3. Februar 2004 erheblich modifiziert worden. Hiernach ist in der Zeit vom 15. September bis 31. Dezember 2004 eine Kündigung unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 6 Monaten zum Schluss eines Kalendervierteljahres unter bestimmten Voraussetzungen auch gegenüber Arbeitnehmern mit Sonderkündigungsschutz zulässig.



3. Der Kläger hat erstmals in der Revisionsbegründung Bedenken gegen die Wirksamkeit von § 3 Abs. 6 NotlagenTV idF von § 1 Abs. 1 Satz 2 und 3 NotlagenänderungsTV erhoben und sich damit auf die Unwirksamkeit der Kündigung wegen eines fortbestehenden tariflichen Alterskündigungsschutzes berufen. Nach § 6 KSchG ist dem Kläger jedoch eine Berufung auf den Unwirksamkeitsgrund des tariflichen Alterskündigungsschutzes verwehrt. Er kann - unabhängig von der Frage der Wirksamkeit der tariflichen Regelung - nicht mehr geltend machen, die ordentliche Kündigung sei nach § 2 Abs. 1 BFZ-TV iVm. § 53 Abs. 3 BAT ausgeschlossen gewesen.

14

a) Bis zum 31. Dezember 2003 musste ein Arbeitnehmer, der geltend machen wollte, eine Kündigung sei sozial ungerechtfertigt, gemäß § 4 aF KSchG innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung Klage beim Arbeitsgericht auf Feststellung erheben, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist. Hatte jedoch ein Arbeitnehmer innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung aus anderen als den in § 1 Abs. 2 und 3 KSchG bezeichneten Gründen im Klageweg geltend gemacht, es liege keine rechtswirksame Kündigung vor, so konnte er gemäß § 6 Satz 1 KSchG in diesem Verfahren bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz auch noch die Unwirksamkeit der Kündigung gemäß § 1 Abs. 2 und 3 KSchG geltend machen (*Senat 13. August 1987 - 2 AZR 599/86 - AP KSchG 1969 § 6 Nr. 3 = EzA BGB § 140 Nr. 12*). Die Regelung des § 6 aF KSchG bezweckte, den Arbeitnehmer, der zunächst die Unwirksamkeit der Kündigung aus anderen Gründen als der Sozialwidrigkeit im Sinne des KSchG geltend machte, vor Rechtsnachteilen zu bewahren, wenn er sich doch noch auf die Sozialwidrigkeit der Kündigung berufen wollte (*Senat 13. August 1987 - 2 AZR 599/86 - aaO; Stahlhacke/Preis/Vossen-Vossen Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis 9. Aufl. Rn. 1816*). Das konnte der Fall sein, weil er sich von der Berufung auf die Sozialwidrigkeit der Kündigung erst später einen positiven Ausgang des Prozesses versprach oder weil er auf die Möglichkeit, nach den §§ 9, 10 KSchG die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung zu verlangen, zurückgreifen wollte. § 6 aF KSchG wollte den häufig nicht rechtskundigen Arbeitnehmer nach Möglichkeit vor dem Verlust des Kündigungsschutzes aus formalen Gründen schützen, wenn er nur durch rechtzeitige Anrufung des Gerichts seinen Willen, die Wirksamkeit der Kündigung zu bekämpfen, genügend klar zum Ausdruck brachte (*Senat 13. August 1987 - 2 AZR 599/86 - aaO; 16. November 1970 - 2 AZR 33/70 - AP KSchG § 3 Nr. 38 = EzA KSchG § 3 Nr. 2*).

15



b) Nach § 6 Satz 1 KSchG in der zum 1. Januar 2004 erfolgten Neufassung durch Art. 1 Nr. 4 des Gesetzes zu Reformen am Arbeitsmarkt vom 24. Dezember 2003 (BGBl. I S. 3002) (im Folgenden: § 6 nF KSchG) kann sich ein Arbeitnehmer, der innerhalb der Klagefrist des § 4 KSchG die Rechtsunwirksamkeit einer Kündigung im Klagewege geltend gemacht hat, in diesem Verfahren bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz zur Begründung der Unwirksamkeit auch auf innerhalb der Klagefrist noch nicht geltend gemachte Gründe berufen. § 6 nF KSchG ist eine Folge der Ausdehnung der dreiwöchigen Klagefrist des § 4 Satz 1 nF KSchG auf alle Unwirksamkeitsgründe einer schriftlichen Kündigung (*BT-Drucks. 15/1204 S. 13; Stahlhacke/Preis/Vossen-Vossen Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis 9. Aufl. Rn. 1816a; KR-Friedrich 7. Aufl. § 6 KSchG Rn. 7; Löwisch/Spinner KSchG 9. Aufl. § 6 Rn. 1; Raab RdA 2004, 321*). § 6 nF KSchG ermöglicht dem Arbeitnehmer - wie bisher - die Erweiterung der Klage auf Feststellung der Sozialwidrigkeit der Kündigung, vorausgesetzt, dass die wegen Unwirksamkeit der Kündigung aus anderen Gründen erhobene Klage innerhalb der Dreiwochenfrist des § 4 KSchG eingereicht wurde (*KR-Friedrich aaO Rn. 7; APS-Ascheid 2. Aufl. § 6 KSchG Rn. 2*). Darüber hinaus umfasst die neue Regelung - wegen der Erstreckung der Klagefrist des § 4 nF KSchG auf sämtliche Unwirksamkeitsgründe - auch den umgekehrten Fall, dass der Arbeitnehmer form- und fristgerecht Klage gegen die von ihm als sozialwidrig angesehene Kündigung erhoben hat und nach Ablauf der Klagefrist weitere Unwirksamkeitsgründe nachschieben will, wie zB die unterbliebene oder mit Mängeln behaftete Anhörung des Betriebsrats (*KR-Friedrich aaO; Stahlhacke/Preis/Vossen-Vossen aaO; APS-Ascheid aaO; Löwisch/Spinner aaO Rn. 2; ErfK-Kiel 7. Aufl. § 6 KSchG Rn. 4*).

16

c) Auch der tarifvertragliche oder arbeitsvertragliche Ausschluss der ordentlichen Kündigung zählt dabei zu den Unwirksamkeitsgründen einer vom Arbeitgeber ausgesprochenen ordentlichen Kündigung und muss danach gemäß §§ 4 ff. nF KSchG rechtzeitig prozessual geltend gemacht werden (*BAG 29. März 2007 - 2 AZR 614/06 - Dreher/Schmitz-Scholemann in AnwaltKommentar Arbeitsrecht § 6 KSchG Rn. 8; Fornasier/Werner NJW 2007, 2729*).

17

d) Der Kläger hat in diesem Sinne den sonstigen Unwirksamkeitsgrund des tariflichen Alterskündigungsschutzes gemäß § 2 Abs. 1 BFZ-TV iVm. § 53 Abs. 3 BAT für die von ihm mit einer fristgerechten Kündigungsschutzklage nach § 4 nF KSchG angegriffene ordentliche Kündigung des Beklagten nicht rechtzeitig nach § 6 Satz 1 nF KSchG geltend gemacht.

18



aa) Er hat sich erstinstanzlich nicht auf einen ihm zustehenden Sonderkündigungsschutz berufen. In der Klageschrift hat der Kläger zwar auf die Änderung des NotlagenTV verwiesen und ausgeführt, „interessant“ sei hier § 1 Abs. 1 NotlagenänderungsTV. Damit hat der Kläger jedoch ausschließlich auf die Tarifnorm abgehoben, die den Ausspruch der ordentlichen Kündigung gegenüber alterskündigungsgeschützten Arbeitnehmern erlaubt. Er hat sich weder auf § 2 Abs. 1 BFZ-TV iVm. § 53 Abs. 3 BAT berufen noch die Wirksamkeit von § 1 Abs. 1 NotlagenänderungsTV iVm. § 3 Abs. 6 NotlagenTV in Frage gestellt. Er hat auch nicht bezweifelt, dass die tariflichen Voraussetzungen für eine ausnahmsweise zulässige ordentliche Kündigung vorliegen. Der Kläger hat also einen Verstoß gegen die tarifliche Unkündbarkeitsvorschrift des § 2 Abs. 1 BFZ-TV iVm. § 53 Abs. 3 BAT gerade nicht gerügt. Das Arbeitsgericht hat in den Gründen der erstinstanzlichen Entscheidung dementsprechend ohne erkennbaren Rechtsfehler festgestellt, dass der Kläger sich auf sonstige Unwirksamkeitsgründe nicht berufen hat.

19

bb) Auch im Berufungsverfahren hat der Kläger keinen tariflichen Sonderkündigungsschutz für sich in Anspruch genommen. Hierzu hätte, wenn der Kläger einen solchen geltend machen wollte, insbesondere deshalb Anlass bestanden, weil das Urteil des Arbeitsgerichts den unmissverständlichen Hinweis enthält, andere Kündigungsgründe (also beispielsweise ein besonderer Schutz gegen ordentliche Kündigungen) seien vom Kläger nicht geltend gemacht worden. Hätte der Kläger einen Ausschluss der ordentlichen Kündigung geltend machen wollen, hätte er zudem Anlass gehabt, sich mit der von dem Beklagten hilfsweise ausgesprochenen außerordentlichen Kündigung mit notwendiger Auslaufzeit auseinanderzusetzen. In der Berufungsbegründungsschrift hat der Kläger jedoch nur erneut darauf hingewiesen, die ursprüngliche Unkündbarkeitsregelung solle für den Fall einer Betriebsänderung entfallen, ohne die Rechtswirksamkeit der tariflichen Neuregelung anzuzweifeln. Zwar hat das Landesarbeitsgericht in den Gründen seiner Entscheidung vom 7. November 2005 Ausführungen zur Wirksamkeit und der Erfüllung der tatbestandlichen Voraussetzungen von § 1 Abs. 1 NotlagenänderungsTV iVm. § 3 Abs. 6 NotlagenTV gemacht. Dass dies auf Grund einer Berufung des Klägers auf tariflichen Alterskündigungsschutz hin erfolgt wäre, lässt sich jedoch weder den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts zum vorinstanzlichen Vortrag der Parteien noch sonst aus dem Akteninhalt entnehmen. Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Frage des tariflichen Sonderkündigungsschutzes Gegenstand der Erörterungen der mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht gewesen wäre und der Kläger sich hierbei auf diesen Unwirksamkeitsgrund für

20



die Kündigung berufen hätte. Entsprechendes findet sich weder im Protokoll zur mündlichen Verhandlung vom 13. Juni 2005 noch in der Terminsniederschrift zum letzten mündlichen Verhandlungstermin am 7. November 2005. Damit hat sich der Kläger erstmals in der Revisionsbegründung auf tariflichen Alterskündigungsschutz berufen, indem er Bedenken gegen die Wirksamkeit von § 1 Abs. 1 NotlagenänderungsTV iVm. § 3 Abs. 6 NotlagenTV erhoben hat. Dieser Zeitpunkt liegt jedenfalls außerhalb des von § 6 Satz 1 KSchG gesetzlich zulässigen Rahmens.

cc) Zwar ist nach § 6 Satz 2 nF KSchG das Arbeitsgericht verpflichtet, den Arbeitnehmer auf seine Rechte aus § 6 Satz 1 nF KSchG hinzuweisen. Welche Rechtsfolgen einer Verletzung der Hinweispflicht nach § 6 Satz 2 KSchG als Verfahrensfehler nach § 139 Abs. 2 ZPO durch das Arbeitsgericht zukommt, bedarf jedoch hier keiner Entscheidung; insbesondere kann offenbleiben, ob das Landesarbeitsgericht in einem derartigen Fall bei einer Geltendmachung sonstiger Unwirksamkeitsgründe in der Berufungsinstanz trotz des Zurückweisungsverbots des § 68 ArbGG das erstinstanzliche Urteil aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Arbeitsgericht zurückzuverweisen hat (so zu § 6 aF KSchG: Senat 30. November 1961 - 2 AZR 295/61 - BAGE 12, 75; zu § 6 nF KSchG: offen gelassen Senat 12. Mai 2005 - 2 AZR 426/04 - AP KSchG 1969 § 4 Nr. 53 = EzA KSchG § 4 nF Nr. 70; ErfK-Kiel KSchG 7. Aufl. § 6 KSchG Rn. 7; Stahlhacke/Preis/Vossen-Vossen Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis 9. Aufl. Rn. 1824; Löwisch/Spinner KSchG 9. Aufl. § 6 Rn. 13) oder ob es - wofür einiges sprechen mag - zu einer eigenen Entscheidung befugt ist (KR-Friedrich 7. Aufl. § 6 KSchG Rn. 38, von Hoyningen-Huene/Linck KSchG 14. Aufl. § 6 Rn. 15; Bayreuther ZfA 2005, 391; Bader NZA 2004, 65). Hier ist jedenfalls ein ausreichender Hinweis an den Kläger dadurch erfolgt, dass das Arbeitsgericht eindeutig festgestellt hat, andere Unwirksamkeitsgründe (außer § 1 KSchG und §§ 17 ff. KSchG) habe der Kläger erstinstanzlich nicht geltend gemacht. Dies hätte den Kläger zumindest veranlassen müssen, eine etwaige Geltendmachung des Unwirksamkeitsgrundes „ordentliche Unkündbarkeit“ in der Berufungsinstanz nachzuholen und ggf. einen Verstoß des Arbeitsgerichts gegen § 6 Satz 2 KSchG geltend zu machen. Auch dies ist nicht geschehen.

4. Auf die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts, mit denen es eine mögliche tarifliche Unkündbarkeit des Klägers geprüft hat, kommt es danach nicht mehr an.

21

22



- II. Die Kündigung ist auch nicht wegen mangelnder sozialer Rechtfertigung nach § 1 KSchG rechtsunwirksam. 23
1. Sie ist durch dringende betriebliche Erfordernisse, die der Weiterbeschäftigung des Klägers entgegenstehen, bedingt (§ 1 Abs. 2 KSchG). 24
- a) Auf die Kündigung ist § 1 Abs. 3 und 5 KSchG in der seit dem 1. Januar 2004 geltenden Fassung (BGBl. I 2003 S. 3002) anzuwenden. Nach § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG wird vermutet, dass die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse iSd. Abs. 2 bedingt ist, wenn bei der Kündigung auf Grund einer Betriebsänderung nach § 111 BetrVG die Arbeitnehmer, denen gekündigt werden soll, in einem Interessenausgleich zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat namentlich bezeichnet sind. 25
- b) Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG sind erfüllt, wie das Landesarbeitsgericht zutreffend festgestellt hat. Auch der Kläger macht Gegenteiliges nicht geltend. 26
- c) Der Kläger hat, wie das Landesarbeitsgericht ebenfalls zu Recht ausführt, die sich aus § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG ergebende gesetzliche Vermutung nicht widerlegt. 27
- aa) Der Beschäftigungsbedarf für den Kläger ist entfallen. Unstreitig wird der vom Kläger betreute Teilbereich Informationstelekommunikation nicht mehr fortgeführt. Soweit der Kläger geltend gemacht hat, im Übrigen werde seine Tätigkeit vom freien Mitarbeiter St. Auf Grund eines Honorarvertrags wahrgenommen, kann dahinstehen, ob und inwieweit diese Behauptung, der der Beklagte entgegengetreten ist, zutrifft. Sie widerlegt entgegen der Auffassung des Klägers die zu vermutende Betriebsbedingtheit der Kündigung nicht. Sie belegt auch nicht die Missbräuchlichkeit der vom Beklagten getroffenen unternehmerischen Entscheidung. Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht darauf hingewiesen, dass es bei einer innerbetrieblichen Umstrukturierungsmaßnahme im Hinblick auf betriebsbedingte Kündigungen dem Arbeitgeber überlassen bleiben muss, wie er sein Unternehmensziel möglichst zweckmäßig und kostengünstig am Markt verfolgt (vgl. Senat 9. Mai 1996 - 2 AZR 438/95 - BAGE 83, 127). Es ist nicht Sache der Arbeitsgerichte, dem Arbeitgeber eine „bessere“ betriebliche oder unternehmerische Organisationsstruktur vorzuschreiben (Senat 21. Februar 2002 - 2 AZR 556/00 - EzA KSchG § 2 Nr. 45; 9. Mai 1996 - 2 AZR 438/95 - aaO; 17. Juni 1999 - 2 AZR 522/98 - BAGE 92, 61). Vor diesem Hintergrund ist die Entscheidung des Beklagten, Teile der Tätigkeiten freien Mitarbeitern zu übertragen, nicht zu be- 28



anstanden. Eine unzulässige Austausch Kündigung läge lediglich dann vor, wenn die bislang von den Arbeitnehmern des Betriebs ausgeführten Tätigkeiten nicht zur selbständigen Erledigung auf einen Dritten übertragen worden wären (vgl. auch Senat 16. Dezember 2004 - 2 AZR 66/04 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 133 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 136).

Soweit der Kläger erstmals in der Revision ausführt, es dränge sich der Eindruck auf, bei den freien Mitarbeitern handele es sich in Wahrheit um Scheinselbstständige, ist er mit diesem neuen Sachvortrag in der Revisionsinstanz ausgeschlossen. Die Frage der Schlüssigkeit der diesbezüglichen Behauptungen des Klägers kann deshalb dahinstehen. Ohne Erfolg bleibt auch die weiter vom Kläger erhobene Rüge, das Landesarbeitsgericht habe seinen Vortrag übergangen, die Kosten für eine Honorarkraft betrügen monatlich 5.162,00 Euro im Gegensatz zu seinem eigenen Gehalt von 4.715,00 Euro brutto, weshalb die Entscheidung des Beklagten, freie Mitarbeiter einzusetzen, offensichtlich unvernünftig sei. Auch bei Berücksichtigung dieses - vom Beklagten in Abrede gestellten - Vortrags hätte die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts nicht anders ausfallen können. Der Kläger lässt bei seiner Argumentation außer Acht, dass unabhängig von einer reinen Kostenrechnung der Einsatz freier Mitarbeiter erhöhte Flexibilität mit sich bringen kann. Von einer rechtsmissbräuchlichen Unternehmerentscheidung kann deshalb keine Rede sein.

29

bb) Dass anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten bestanden hätten, hat der Kläger - wie vom Landesarbeitsgericht zu Recht angenommen - nicht dargelegt. Die Revision erhebt diesbezüglich auch keine Einwendungen mehr.

30

2. Die Ausführungen des insoweit gemäß § 69 Abs. 2 ArbGG auf die Entscheidungsgründe der erstinstanzlichen Entscheidung Bezug nehmenden Landesarbeitsgerichts zur Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 iVm. § 1 Abs. 5 Satz 2 KSchG lassen ebenfalls keinen Rechtsfehler erkennen. Der Kläger hat sich hiergegen bereits im Berufungsverfahren nicht mehr zur Wehr gesetzt. Auch die Revision rügt eine fehlerhafte Sozialauswahl nicht.

31

III. Die Kündigung ist auch nicht wegen Verstoßes des Beklagten gegen seine Pflichten aus § 17 KSchG rechtsunwirksam.

32



1. Unter „Entlassung“ iSd. § 17 Abs. 1 Satz 1 KSchG ist nach der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts der Ausspruch einer Kündigung zu verstehen (*Senat 6. Juli 2006 - 2 AZR 520/05 - AP KSchG 1969 § 1 Nr. 80 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 68; 23. März 2006 - 2 AZR 343/05 - BAGE 117, 281*). Das Landesarbeitsgericht hat für den Senat mangels zulässiger und begründeter Verfahrensrügen verbindlich festgestellt (§ 559 Abs. 2 ZPO), dass von den zur Kündigung anstehenden Arbeitnehmern des Beklagten insgesamt 81 zum 1. Oktober 2004 unter Aufhebung ihres Arbeitsverhältnisses zum 1. Oktober 2004 in die Transfergesellschaft gewechselt sind. Da nach § 17 Abs. 1 Satz 2 KSchG andere Beendigungen des Arbeitsverhältnisses, die vom Arbeitgeber veranlasst werden, den Entlassungen gleichstehen, hätte damit hinsichtlich der am 28. September 2004 zum 31. März 2005 ausgesprochenen Kündigung des Klägers gemäß § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 KSchG an sich eine anzeigepflichtige Massenentlassung vorgelegen.

33

2. Der Grundsatz des Vertrauensschutzes verbietet es aber im vorliegenden Verfahren, die streitige Kündigung wegen fehlender Massenentlassungsanzeige als unwirksam anzusehen (*vgl. Senat 23. März 2006 - 2 AZR 343/05 - BAGE 117, 281*). Denn bei Zugrundelegung der vom Senat erst am 23. März 2006 aufgegebenen Rechtsprechung zu § 17 KSchG erreichten zum 31. März 2005 die Entlassungen des Beklagten nicht den Schwellenwert des § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 KSchG, weil zu diesem Zeitpunkt nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts neben dem Kläger lediglich zwei Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis ausschieden. Der Beklagte durfte auf Grund der damals noch nicht aufgegebenen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts darauf vertrauen, dass er, wenn er eine Anzeige nach § 17 KSchG unterließ, sich dem Gesetz entsprechend verhielt (*Senat 6. Juli 2006 - 2 AZR 520/05 - AP KSchG 1969 § 1 Nr. 80 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 68; 23. März 2006 - 2 AZR 343/05 - aaO*). Auf die Frage, ob ein Verstoß gegen § 17 KSchG überhaupt zur Unwirksamkeit der Kündigung führt, kommt es damit nicht mehr an.

34

IV. Da bereits die ordentliche Kündigung das Arbeitsverhältnis beendet hat, war über die hilfsweise ausgesprochene außerordentliche Kündigung nicht mehr zu entscheiden.

35



V. Die Kosten der erfolglosen Revision hat der Kläger zu tragen (§ 97 ZPO).

Rost

Bröhl

Eylert

Beckerle

Pitsch



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
([mobile App](#))



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)