

Aktenzeichen: 2 AZR 720/95

Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 07. November 1996

- 2 AZR 720/95 -

I. Arbeitsgericht
Hamburg

Urteil vom 16. Juni 1994

- 14 Ca 205/92 -

II. Landesarbeitsgericht
Hamburg

Urteil vom 29. Juni 1995

- 2 Sa 103/94 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Für die Fachpresse : Nein

Für das Bundesarchiv : Nein

Entscheidungsstichwort:

Betriebsratsanhörung

Gesetz:

BetrVG § 102; KSchG § 1 Abs. 2; BGB §§ 242, 315; ZPO § 519
Abs. 3 Ziff. 2

Leitsätze:

K e i n e

Hinweise des Senats:

Zum Nachschieben objektiv erheblicher Umstände, die der Arbeitgeber dem Betriebsrat nicht mitgeteilt hat, weil er sie übersehen oder zu Unrecht für unerheblich gehalten hat.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 720/95

2 Sa 103/94 Hamburg

Verkündet am
7. November 1996

Bartel,
Reg.-Hauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

U r t e i l

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß § 128
Abs. 2 ZPO in der Sitzung am 7. November 1996 durch den Vor-
sitzenden Richter Dr. Etzel, die Richter Bröhl und
Dr. Fischermeier sowie die ehrenamtlichen Richter Strümper
und Thelen für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 29. Juni 1995 - 2 Sa 103/94 - aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

V o n R e c h t s w e g e n !

T a t b e s t a n d :

Der 1944 geborene, verheiratete Kläger war seit 1967 bei der Beklagten beschäftigt, zuletzt als technischer Arbeitsvorbereiter in der Satzproduktion. Nach Angaben des Klägers betrug sein letztes Bruttogehalt 8.387,02 DM monatlich.

Die Beklagte gliedert sich in verschiedene Unternehmensbereiche, u.a. den Unternehmensbereich Zeitschriften (UBZ) und den Unternehmensbereich Druck (UBD). Der UBD besteht aus einem Betrieb in Itzehoe und einem Betrieb in Hamburg mit einem Betriebsteil Bildherstellung (ca. 105 Arbeitnehmer) und einem Betriebsteil Satzherstellung, in dem zuletzt 47 Arbeitnehmer, darunter der Kläger, tätig waren. In der Satzherstellung wurden Satzarbeiten wie Anzeigen- und Textseitenumbruch durch Fachkräfte der Druckindustrie erledigt. Dabei handelte es sich sowohl um Satzaufträge des UBZ für die von der Beklagten verlegten Zeitschriften als auch um Aufträge anderer Unternehmen. Zum 31. Dezember 1992 entzog der UBZ dem UBD die Aufträge für die Satzherstellung der verlagseigenen Produkte. Zum gleichen Zeitpunkt kündigten auch die Fremdverlage die der Satzherstellung erteilten Aufträge. Die Beklagte entschloß sich daher, den Betriebsteil Satzherstel-

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

lung im UBD Hamburg stillzulegen. Im Januar 1992 nahm sie mit dem Betriebsrat des UBD Verhandlungen über einen Interessenausgleich auf. Am 4. Juni 1992 stellte die angerufene Einigungsstelle das Scheitern der Verhandlungen fest und verabschiedete am 23. Juni 1992 einen Sozialplan.

Zu Beginn der Interessenausgleichsverhandlungen wurde seitens der Geschäftsleitung darauf hingewiesen, im Bereich Bildherstellung des UBD Hamburg könnten durch vorruhestandsähnliche Regelungen Arbeitsplätze freigemacht werden. Es wurden zumindest fünf derartige vorruhestandsähnliche Regelungen getroffen. Der Kläger bewarb sich auf die freigewordenen Arbeitsplätze. Der Ganzseitenumbruch sollte nach Schließung des Betriebsteils Satzherstellung in den Redaktionen des UBZ rechnergesteuert durch Schlußredakteure erfolgen. Die Beklagte richtete daher in den einzelnen Redaktionen insgesamt neun zusätzliche Arbeitsplätze für technische Schlußredakteure ein. Nach einer Absprache mit dem Betriebsrat des UBZ sollten die für die Übernahme der Satzarbeiten in den Redaktionen des UBZ erforderlichen Arbeitsplätze nur im Betriebsteil Satzherstellung im UBD Hamburg ausgeschrieben werden, was auch geschehen ist. Von den 47 in der Satzherstellung im UBD Hamburg beschäftigten Arbeitnehmern bewarben sich 22 - unter ihnen der Kläger - auf die ausgeschriebenen Positionen. Die Beklagte wählte nach ihrer Darstellung unter den Bewerbern die neun Arbeitnehmer aus, die sich am ehesten für die Stellenbesetzung eigneten, ohne dabei eine soziale Auswahl vorzunehmen. Am 23. Juni 1992 unterschrieben diese Arbeitnehmer auf den 11. Juni 1992 datierte Schreiben, mit denen der Wechsel vom UBD zum UBZ erklärt wurde..



Von den Arbeitnehmern, die nicht als technische Schlußredakteure übernommen wurden, schlossen einige Aufhebungsverträge, gingen in Rente bzw. wurden wegen ihrer Mitgliedschaft im Betriebsrat in andere Abteilungen übernommen. Für die restlichen Arbeitnehmer, darunter den Kläger, leitete die Beklagte am 16. Juni 1992 das Anhörungsverfahren zur Kündigung ein. In dem Anhörungsbogen vom 16. Juni 1992 heißt es u.a.:

"Wir beabsichtigen unter Abwägung aller sozialen Gesichtspunkte (Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Familienstand, Kinder, Schwerbehinderteneigenschaft, Sonstiges) der vergleichbaren Arbeitnehmer (Arbeitsvorbereiter, Setzer, Hilfskräfte) und der berechtigten betrieblichen Bedürfnisse die Aufkündigung des bestehenden Arbeitsverhältnisses aus betriebsbedingten Gründen unter Wahrung der Arbeitnehmerschutzfrist zum 31. Dezember 1992. Als Anlage erhalten Sie eine Übersicht über die Sozialdaten der Mitarbeiter des Betriebes UBD Hamburg/ ."

In der genannten Liste mit den Sozialdaten erscheinen die neun vom UBZ übernommenen Mitarbeiter nicht. Mit Schreiben vom 22. Juni 1992 widersprach der Betriebsrat der beabsichtigten Kündigung. Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger mit Schreiben vom 23. Juni 1992 zum 31. Dezember 1992.

Der Kläger hält die Kündigung für sozialwidrig und macht geltend, er habe im UBD Hamburg in der Bildherstellung weiter beschäftigt werden können. Zudem sei die soziale Auswahl fehlerhaft. Er sei vergleichbar mit den Arbeitnehmern aus dem Bereich Bildherstellung. Zumindest der Arbeitnehmer L genieße aufgrund seines Lebensalters und seiner Betriebszugehörigkeit einen geringeren Sozialschutz als er. Auch bei den neun Versetzungen in den



- 5 -

UBZ hätte die Beklagte nach sozialen Kriterien vorgehen müssen, sie habe jedoch jüngere Mitarbeiter mit einer kürzeren Betriebszugehörigkeit - z.B. den Arbeitnehmer V - in den UBZ übernommen. Schließlich sei auch die Anhörung des Betriebsrates fehlerhaft. So habe die Beklagte den Betriebsrat nicht darüber informiert, warum die in der Bildherstellung durch Vorruhestandsvereinbarungen freigemachten Arbeitsplätze nicht wieder besetzt worden seien.

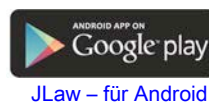
Der Kläger hat - soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung - beantragt

festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht durch die Kündigung vom 23. Juni 1992 beendet worden ist, sondern fortbesteht.

Die Beklagte hat zur Stützung ihres Klageabweisungsantrags vorgetragen, eine Weiterbeschäftigung des Klägers im UBD Hamburg in der Satzherstellung sei wegen der Stilllegung des Betriebsteils Satzherstellung ausgeschlossen. Eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für den Kläger in demselben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens habe nicht bestanden. Die von dem Kläger insoweit genannten Arbeitsplätze im Bereich der Bildherstellung und im UBZ seien im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung nicht frei gewesen. Die in der Bildherstellung beschäftigten Mitarbeiter hätten auch nicht in die Sozialauswahl einbezogen werden müssen, da deren Tätigkeiten nicht mit der Arbeit der Arbeitsvorbereiter vergleichbar seien. Die neun in den UBZ übernommenen Arbeitnehmer seien auf Beförderungsstellen gesetzt worden. Da ein Anspruch auf Beförderung nicht bestehe, könne sich der Kläger auf



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



diese Arbeitsplätze nicht berufen. Zudem seien die drei für den "S" " eingestellten Mitarbeiter fachlich deutlich qualifizierter als ihre gekündigten Kollegen, da diese drei Mitarbeiter schon während ihrer Tätigkeit im UBD Hamburg hauptsächlich die "S" "-Seiten bearbeitet hätten. Im Falle des Klägers komme hinzu, daß er jedenfalls die in der Stellenausschreibung geforderten persönlichen Voraussetzungen für eine Einstellung als Schlußredakteur im UBZ nicht erfüllt habe. Gerade die für Mitarbeiter in den Redaktionen unverzichtbare Fähigkeit zur Teamarbeit habe der Kläger aufgrund seines Verhaltens als Arbeitsvorbereiter in der Setzerei nicht erwarten lassen. Der Kläger habe in der Setzerei als jähzornig, ja sogar als Choleriker gegolten, der sich im Umgang mit Kollegen und Vorgesetzten häufig habe gehen lassen.

Auch die Betriebsratsanhörung sei ordnungsgemäß erfolgt. Da sie im Rahmen der Betriebsratsanhörung nur diejenigen Gesichtspunkte habe mitteilen müssen, auf die sie selbst die soziale Auswahl gestützt habe, sei es nur konsequent gewesen, wenn die neun in den UBZ eingestellten Mitarbeiter auf der dem Betriebsrat überreichten Liste gefehlt hätten. Außerdem sei der Betriebsrat durch seine Vorsitzende, die auch Beisitzerin der Einigungsstelle gewesen sei, kontinuierlich über den Fortgang der Verhandlungen unterrichtet worden. Dabei seien auch die Möglichkeiten erörtert worden, Kündigungen durch Versetzungen auf andere Arbeitsplätze zu vermeiden. Daß der Betriebsrat aufgrund der ihm gegenüber erteilten Informationen zu einer ordnungsgemäßen Beurteilung der beabsichtigten Kündigungen in der Lage gewesen sei, ergebe sich schon daraus, daß er sämtlichen Kündigungen unter Hinweis auf



unzutreffende Sozialauswahl, Möglichkeiten der Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz usw. widersprochen habe.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Ein Urteil mit Tatbestand und Entscheidungsgründen ist den Parteien erst nach Abschluß der Berufungsinstanz zugestellt worden. Die Berufung der Beklagten blieb - soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung - erfolglos. Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung (§ 565 ZPO).

A. Das Landesarbeitsgericht hat - kurz zusammengefaßt - angenommen: Die Berufung sei zulässig, obwohl sie durch die Beklagte ohne Kenntnis der Urteilsgründe des Arbeitsgerichts begründet worden sei. Sie sei auch begründet. Die Kündigung sei wegen nicht ordnungsgemäßer Betriebsratsanhörung unwirksam. Es liege eine bewußte und gewollte Fehlinformation des Betriebsrates durch die Beklagte vor. Die Beklagte habe hinsichtlich des Klägers keine soziale Auswahl durchgeführt. Gleichwohl habe sie dem Betriebsrat mitgeteilt, die Entscheidung zur Kündigung sei nach Abwägung aller sozialen Gesichtspunkte durchgeführt worden. Jedenfalls ergebe sich die Unwirksamkeit der Kündigung aus § 1 Abs. 2 KSchG. Die Beklagte sei unter dem Gesichtspunkt des unzulässigen Nachschiebens von Kündigungsgründen gehindert, zur Frage der Wahrung billigen Ermessens bei der Versetzung einzelner Mit-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw für iOS](#)

arbeiter in die Schlußredaktionen bzw. in den Bereich Bildbearbeitung weiter vorzutragen. Dies führe zu dem Ergebnis, daß mangels verwertbaren Vortrages der Beklagten davon auszugehen sei, die Besetzungsentscheidung in Bezug auf diese Stellen habe billigem Ermessen i.S.v. § 315 Abs. 3 BGB nicht entsprochen.

B. Die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts halten im Ergebnis den Angriffen der Revision nicht stand.

I. Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht die Berufung der Beklagten als zulässig angesehen. Die Zulässigkeit scheitert nicht daran, daß zum Zeitpunkt des Eingangs der Berufungsbegründung das erstinstanzliche Urteil zwar verkündet, den Parteien jedoch noch nicht in vollständiger Form zugestellt war. Zwar sieht § 519 Abs. 3 Ziff. 2 ZPO vor, daß die Berufungsbegründung die bestimmte Bezeichnung der im einzelnen anzuführenden Gründe der Anfechtung enthalten muß, was grundsätzlich eine Auseinandersetzung mit den Urteilsgründen des angefochtenen Urteils voraussetzt (allgemeine Meinung z.B. Thomas/Putzo, ZPO, 19. Aufl., § 519 Rz 22; Zöller/Grummer, ZPO, 20. Aufl., § 519 Rz 35; Germelmann/Matthes/Prütting, ArbGG, 2. Aufl., § 66 Rz 15). Die Rüge, ein seit Verkündung erst nach Ablauf von fünf Monaten zur Geschäftsstelle gelangtes erstinstanzliches Urteil sei als solches ohne Gründe anzusehen (§ 60 Abs. 4 ArbGG, § 551 Ziff. 7 ZPO), reicht jedoch als Berufungsbegründung i.S.v. § 64 Abs. 6 ArbGG, § 519 Abs. 3 Ziff. 2 ZPO aus (Senatsurteil vom 13. September 1995 - 2 AZR 855/94 - AP Nr. 12 zu § 66 ArbGG 1979). Ebenso kann es ausreichen, wenn sich die Berufungsbegründung vor Zustellung des erst-



instanzlichen Urteils und ohne Kenntnis von dessen Entscheidungsgründen mit diesen im Vorgriff hypothetisch auseinandersetzt (Senatsurteil vom 13. September 1995, aaO). Danach lag jedenfalls eine hinreichende Berufungsbegründung vor: Die Beklagte hat nicht nur den Verstoß gegen § 551 Ziff. 7 ZPO gerügt, sie hat sich in ihrer Berufungsbegründung darüber hinaus umfassend mit dem gesamten Streitstoff auseinandergesetzt. Nach Ablauf der Frist des § 551 Ziff. 7 ZPO war die Beklagte nicht verpflichtet, mit der Einlegung ihrer Berufung zuzuwarten, bis - im vorliegenden Fall nach Ablauf der 17 Monatsfrist des § 9 Abs. 5 Satz 4 ArbGG i.V.m. § 516 ZPO - das arbeitsgerichtliche Urteil mit Tatbestand und Entscheidungsgründen zugestellt war.

II. Zu Unrecht hat das Landesarbeitsgericht angenommen, die Kündigung sei, insbesondere wegen einer bewußten und gewollten Fehlinformation des Betriebsrates, gemäß § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam.

1. Nach einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Literatur (vgl. BAG Urteil vom 16. September 1993 - 2 AZR 267/93 - BAGE 74, 185, 194 = AP Nr. 62 zu § 102 BetrVG 1972, zu B II 4 der Gründe, m.w.N.; Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, 18. Aufl., § 102 Rz 25; KR-Etzel, 4. Aufl., § 102 BetrVG Rz 106) ist eine Kündigung nicht nur dann unwirksam, wenn der Arbeitgeber gekündigt hat, ohne den Betriebsrat zuvor überhaupt beteiligt zu haben, sondern auch dann, wenn der Arbeitgeber seiner Unterrichtungspflicht nach § 102 Abs. 1 BetrVG nicht richtig, insbesondere nicht ausführlich genug nachgekommen ist. Die Anhörung soll in



geeigneten Fällen dazu beitragen, daß es gar nicht zum Ausspruch einer Kündigung kommt. Sie hat über die reine Unterrichtung hinaus den Sinn, dem Betriebsrat Gelegenheit zu geben, seine Überlegungen zu der Kündigungsabsicht vorzubringen. An die Mitteilungspflicht im Anhörungsverfahren sind allerdings nicht dieselben Anforderungen zu stellen wie an die Darlegungslast des Arbeitgebers im Prozeß. Zudem gilt der Grundsatz der "subjektiven Determinierung", d.h. der Betriebsrat ist immer dann ordnungsgemäß angehört worden, wenn ihm der Arbeitgeber die aus seiner Sicht tragenden Umstände unterbreitet hat (BAG Urteil vom 15. November 1995 - 2 AZR 974/94 - AP Nr. 73 zu § 102 BetrVG 1972). Der für die Kündigung maßgebende Sachverhalt ist so zu umschreiben, daß der Betriebsrat ohne zusätzliche eigene Nachforschungen in die Lage versetzt wird, die Stichhaltigkeit der Kündigungsgründe zu prüfen und sich über eine Stellungnahme schlüssig zu werden. Eine pauschale, schlagwort- oder stichwortartige Schilderung des Sachverhalts reicht nicht aus (vgl. BAG Urteil vom 15. November 1995 - 2 AZR 974/94 -, aaO). Teilt der Arbeitgeber dem Betriebsrat objektiv kündigungsrechtlich erhebliche Tatsachen nicht mit, weil er die Kündigung darauf (zunächst) nicht stützen will oder weil er sie bei seinem Kündigungsentschluß für unerheblich oder entbehrlich hält, dann ist die Anhörung selbst ordnungsgemäß.

Um keine Frage der subjektiven Determinierung handelt es sich aber, wenn der Arbeitgeber dem Betriebsrat den Sachverhalt bewußt irreführend schildert, damit sich die Kündigungsgründe als möglichst überzeugend darstellen. Nach Sinn und Zweck des Anhörungsverfahrens ist eine bewußt und gewollt unrichtige oder un-



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



vollständige Mitteilung der für den Kündigungsentschluß des Arbeitgebers maßgebenden Kündigungsgründe wie eine Nichtinformation des Betriebsrates zu behandeln. Sie kann nicht nur in der Aufbereitung der mitgeteilten Tatsachen, sondern auch in der Weglassung gegen die Kündigung sprechender, den Arbeitnehmer entlastender Informationen bestehen und führt zur Unwirksamkeit der Kündigung entsprechend § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG, wenn die bewußt irreführend dargestellten bzw. weggelassenen Tatsachen nicht nur eine unzutreffende Ergänzung oder Konkretisierung des mitgeteilten Sachverhaltes bewirken. Der Arbeitgeber setzt durch eine derartige Darstellung den Betriebsrat außerstande, sich ein zutreffendes Bild von den Gründen für die Kündigung zu machen (vgl. BAG Urteil vom 22. September 1994 - 2 AZR 31/94 - BAGE 78, 39 = AP Nr. 68 zu § 102 BetrVG 1972, m.w.N.; Bitter, Festschrift für Stahlhacke, S. 61, 63 ff.).

2. Nach diesen Grundsätzen erweist sich die von der Beklagten durchgeführte Betriebsratsanhörung als ordnungsgemäß.

a) Die Beklagte hat den Betriebsrat mit dem Anhörungsschreiben vom 16. Juni 1992 vollständig über den aus ihrer Sicht für die Kündigung des Klägers maßgeblichen Sachverhalt informiert.

Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht festgestellt, daß dem Betriebsrat die Sozialdaten des Klägers, die Kündigungsart und der Kündigungstermin mitgeteilt worden sind. Darüber hinaus hat die Beklagte im Anhörungsschreiben in ausreichender Weise den Kündigungsgrund angegeben, wenn sie ausgeführt hat, der Bereich



Satztechnik im UBD Hamburg werde zum 31. Dezember 1992 geschlossen.

Entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts bedurfte es keiner Mitteilung der Auswahlgesichtspunkte, die die Beklagte bei der Besetzung der Stelle eines Dispositionsplaners im Bereich Bildherstellung und der neun Stellen für technische Schlußredakteure berücksichtigt hat. Zutreffend rügt die Revision, das Landesarbeitsgericht habe insoweit den Grundsatz der subjektiven Determinierung verkannt. Die Beklagte hat unstreitig vor Ausspruch der Kündigung keine Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten durchgeführt, weil sie davon ausging, die Arbeitnehmer in der Bildherstellung und der Schlußredaktion seien mit dem Kläger schon aufgrund ihrer Tätigkeit nicht vergleichbar. Hat die Beklagte aber keine soziale Auswahl vorgenommen, konnte sie dem Betriebsrat auch keine Auswahlgesichtspunkte mitteilen.

In der Mitteilung der Kündigungsabsicht an den Betriebsrat liegt der erkennbare Hinweis, eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer bestehe nicht (vgl. BAG Urteil vom 29. März 1990 - 2 AZR 369/89 - BAGE 65, 61, 70 = AP Nr. 50 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung, zu B II 4 der Gründe; KR-Etzel, 4. Aufl., § 102 BetrVG Rz 62 c). Warum keine Stelle mehr frei war und warum der Kläger nicht auf eine der ausgeschriebenen Stellen gesetzt wurde, war für den Kündigungsschluß der Beklagten unmittelbar ohne Belang und brauchte dem Betriebsrat damit ebenfalls nicht mitgeteilt zu werden.



b) Auch eine bewußte und gewollte Fehlinformation des Betriebsrates durch die Beklagte liegt nicht vor. Entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts hat die Beklagte dem Betriebsrat im Anhörungsschreiben vom 16. Juli 1992 nicht vorgetäuscht, sie habe in Bezug auf den Kläger eine soziale Auswahl durchgeführt. Zu Recht rügt die Revision, bei verständiger Würdigung des Anhörungsschreibens und der beigefügten Arbeitnehmerliste sei für den Betriebsrat erkennbar gewesen, daß die Beklagte zwischen dem Kläger und den Arbeitnehmern in der Bildherstellung bzw. in der Schlußredaktion keine Sozialauswahl durchgeführt hat.

Mit der Nennung der Berufsgruppen Arbeitsvorbereiter, Setzer und Hilfskräfte in Klammern hinter den Worten "vergleichbare Arbeitnehmer" hat die Beklagte zu erkennen gegeben, innerhalb welcher Berufsgruppen sie die Arbeitnehmer als vergleichbar ansah. Diese Abgrenzung hat sie in der beigefügten Arbeitnehmerliste noch dadurch verdeutlicht, daß sie die einzelnen Arbeitnehmer den jeweiligen Berufsgruppen zugeordnet hat. Die Arbeitnehmer der Bildherstellung, insbesondere auch die der Dispositionsplanung bildeten danach von den Arbeitsvorbereitern im Satz getrennte Berufsgruppen. Die neun in die Schlußredaktion gewechselten Arbeitnehmer hat die Beklagte in der dem Anhörungsschreiben beigefügten Arbeitnehmerliste nicht aufgeführt. Damit hat sie zu erkennen gegeben, daß diese Arbeitnehmer nach ihrer Auffassung nicht in eine Sozialauswahl einzubeziehen waren. Für eine Sozialauswahl mit dem Kläger in Betracht kamen somit ausweislich der Arbeitnehmerliste nur die vier weiteren Arbeitsvorbereiter im Satz. Diesen ist aber unstreitig ebenso wie dem Kläger gekündigt worden. Damit war für



den Betriebsrat erkennbar, daß hinsichtlich des Klägers aus der Sicht der Beklagten für eine Sozialauswahl kein Raum blieb.

III. Die Unwirksamkeit der Kündigung läßt sich auch nicht, wie das Landesarbeitsgericht angenommen hat, aus § 1 Abs. 2 KSchG herleiten mit der Begründung, mangels Betriebsratsanhörung dürfe die Beklagte im Prozeß zur Frage der Wahrung billigen Ermessens bei der Versetzung einzelner Mitarbeiter in die Schlußredaktionen bzw. in den Bereich Bildherstellung keine weiteren Tatsachen vortragen, und deshalb sei die Kündigung jedenfalls als sozialwidrig anzusehen.

1. Die Revision rügt insoweit zu Recht, daß die Argumentation des Berufungsgerichts schon in sich nicht schlüssig ist: Es ist ohne weitere Sachaufklärung gar nicht absehbar, ob es auf einen etwa nachgeschobenen Tatsachenvortrag der Beklagten zu einer Auswahlentscheidung zwischen dem Kläger und den Schlußredakteuren bzw. den Arbeitnehmern in der Bildherstellung überhaupt ankommt. Nur wenn die Beklagte eine - nach § 1 Abs. 3 KSchG bzw. nach §§ 242, 315 BGB - rechtlich gebundene Auswahlentscheidung zu treffen hatte, bevor sie die Arbeitsplätze in den Schlußredaktionen und in der Bildherstellung besetzte, kann es auf ihren weiteren Sachvortrag etwa zu den Sozialdaten der Stellenbewerber, die dem Kläger vorgezogen worden sind, ankommen. Gerade dies steht aber angesichts des bisher vom Landesarbeitsgericht festgestellten Sachverhalts nicht fest. Eine Sozialauswahl zwischen dem Kläger und den neu eingestellten Schlußredakteuren setzte zunächst einmal voraus, daß die Arbeit dieser Schlußredakteure, verglichen mit der bisherigen Tätigkeit des Klägers im UBD, dieselbe oder zu



mindest ganz überwiegend gleich geblieben ist (Senatsurteile vom 10. November 1994 - 2 AZR 242/94 - und vom 5. Oktober 1995 - 2 AZR 269/95 - AP Nr. 65 und 71 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung, letzteres auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen). Dies hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Auch zu der Vergleichbarkeit des Klägers mit dem in der Bildherstellung eingesetzten Arbeitnehmer L fehlen hinreichende tatrichterliche Feststellungen. Jedenfalls kam aber eine Beschäftigung des Klägers als Schlußredakteur bzw. Disponent in der Bildherstellung von vornherein nur dann in Betracht, wenn der Kläger für eine Besetzung dieser Stellen fachlich und persönlich geeignet war. Ohne entsprechende Tatsachenfeststellungen, insbesondere zu der Eignung des Klägers, stand damit überhaupt nicht fest, ob es auf die nach Ansicht des Berufungsgerichts unzulässigerweise durch die Beklagte nachgeschobenen Tatsachen zu einer Auswahlentscheidung ankommen konnte. Schon dies führt zur Aufhebung und Zurückverweisung (§ 565 ZPO), damit das Berufungsgericht die erforderlichen Tatsachenfeststellungen nachholen kann.

2. Selbst wenn aber die weitere Sachaufklärung ergibt, daß die Beklagte verpflichtet war, zwischen dem Kläger und den Schlußredakteuren bzw. dem Arbeitnehmer L eine Sozialauswahl vorzunehmen oder zumindest bei der Auswahlentscheidung die Grundsätze der §§ 242, 315 BGB zu berücksichtigen (vgl. dazu Senatsurteile vom 10. November 1994 und 5. Oktober 1995, aaO), besteht nicht das vom Landesarbeitsgericht angenommene Verwertungsverbot für nachträgliches Vorbringen der Beklagten zu Auswahlgesichtspunkten. Der Senat hat mehrfach darauf hingewiesen, daß die



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



Pflicht des Arbeitgebers zur Begründung der Kündigung gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG jedenfalls nicht über seine Darlegungslast im Prozeß hinausgeht und die prozessuale Förderungspflicht des Arbeitgebers, auch die z.B. im Rahmen der Sozialauswahl erheblichen Umstände, die er zu Unrecht für unerheblich gehalten hat, auf eine entsprechende Rüge des Arbeitnehmers hin substantiiert zu schildern, nicht durch aus § 102 BetrVG herzuleitende Verwerbungsverbote erschwert wird (Senatsurteile vom 15. Juni 1989 - 2 AZR 580/88 - BAGE 62, 116 = AP Nr. 18 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl und vom 29. März 1990 - 2 AZR 369/89 - BAGE 65, 61 = AP Nr. 50 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung). Daran ist festzuhalten.

a) Hat der Arbeitgeber bei der getroffenen Sozialauswahl bestimmte Arbeitnehmer übersehen oder nicht für vergleichbar gehalten und deshalb insoweit dem Betriebsrat die für die soziale Auswahl (objektiv) erheblichen Umstände zunächst nicht mitgeteilt, so darf er auf entsprechende Rüge des Arbeitnehmers im Prozeß insoweit seinen Vortrag ergänzen, ohne daß darin ein nach § 102 BetrVG unzulässiges Nachschieben von Kündigungsgründen gesehen werden kann. Zwar kann sich der Arbeitgeber im Prozeß nicht auf Kündigungsgründe oder für einen Kündigungssachverhalt wesentliche Umstände berufen, die er dem Betriebsrat nicht mitgeteilt hat (Senatsurteil vom 18. Dezember 1980 - 2 AZR 1006/78 - BAGE 34, 309 = AP Nr. 22 zu § 102 BetrVG 1972; BAG Urteil vom 11. April 1985 - 2 AZR 239/84 - BAGE 49, 39 = AP Nr. 39, aaO). Darum geht es jedoch bei der Erweiterung der Gründe für die soziale Auswahl auf Arbeitnehmer, die der Arbeitgeber übersehen oder nicht für vergleichbar gehalten hat, nicht. Die objektive Darlegungs- und



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Beweislast für eine fehlerhafte Sozialauswahl obliegt zunächst dem Arbeitnehmer und nicht dem Arbeitgeber. Der Arbeitgeber muß in diesen Fällen für die soziale Auswahl objektiv erhebliche Umstände, die er ursprünglich nicht mitgeteilt hat, weil er sie übersehen oder zu Unrecht für unerheblich gehalten hat, erst auf eine entsprechende Rüge des Arbeitnehmers im Prozeß substantiiert vortragen. In diesem Vortrag liegt deshalb nur eine Konkretisierung des bisherigen und kein nach § 102 Abs. 1 BetrVG unzulässiges Nachschieben eines neuen Kündigungssachverhalts (Senatsurteile vom 15. Juni 1989 und 29. März 1990, aaO).

b) Nichts anderes gilt bei einem ergänzenden Vorbringen des Arbeitgebers zum Fehlen einer anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeit auf einem freien Arbeitsplatz nach Wegfall der bisherigen Beschäftigungsmöglichkeit für den gekündigten Arbeitnehmer (Senatsurteil vom 29. März 1990, aaO). Zwar trifft den Arbeitgeber gemäß § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG die Darlegungslast dafür, daß eine Kündigung wegen Wegfalls des bisherigen Arbeitsplatzes durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist, ohne daß eine andere Beschäftigung möglich oder zumutbar wäre. Der Umfang der Darlegungslast ist jedoch davon abhängig, wie sich der Arbeitnehmer auf die Begründung der Kündigung einläßt. Bestreitet er nur den Wegfall des Arbeitsplatzes, so genügt der allgemeine Vortrag des Arbeitgebers, wegen der betrieblichen Notwendigkeit sei eine Weiterbeschäftigung zu den gleichen Bedingungen nicht möglich. Es obliegt dann dem Arbeitnehmer darzulegen, wie er sich eine anderweitige Beschäftigung vorstellt. Erst dann muß der Arbeitgeber eingehend erläutern, aus welchen Gründen eine Umsetzung nicht möglich gewesen wäre. In der Mitteilung an den Betriebsrat vom



Wegfall des bisherigen Arbeitsplatzes liegt - wie bereits dargelegt - regelmäßig der für den Betriebsrat erkennbare, wenn auch noch unsubstantiierte Hinweis, eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer bestehe nicht. Beruft sich der Arbeitnehmer dann im Prozeß auf eine solche Möglichkeit, so stellt der nunmehr erforderliche Vortrag des Arbeitgebers hierzu eine Konkretisierung des Kündigungsgrundes und kein Nachschieben eines neuen Kündigungssachverhalts dar.

c) Erst recht handelt es sich lediglich um eine Konkretisierung des bisherigen und kein nach § 102 Abs. 1 BetrVG unzulässiges Nachschieben eines neuen Kündigungssachverhalts, wenn der Arbeitgeber nicht zur Durchführung einer Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG verpflichtet war, sondern der Arbeitnehmer sich lediglich im Prozeß darauf beruft, die vom Arbeitgeber getroffene Auswahlentscheidung widerspreche den Grundsätzen der §§ 242, 315 BGB. Derartige Unwirksamkeitsgründe hat im Prozeß der Arbeitnehmer darzulegen und zu beweisen. Hat der Arbeitgeber dem Betriebsrat die aus seiner Sicht bestehenden Kündigungsgründe hinreichend dargelegt, so ist er seiner Pflicht aus § 102 BetrVG nachgekommen. Beruft sich dann der Arbeitnehmer im Prozeß darauf, die Kündigung sei etwa nach §§ 242, 315, 138 BGB rechtsunwirksam, so darf der Arbeitgeber auf dieses Vorbringen substantiiert erwidern, ohne daß es sich dabei um ein nach § 102 Abs. 1 BetrVG unzulässiges Nachschieben eines neuen Kündigungssachverhalts handeln würde. Da der Arbeitgeber bei der Betriebsratsanhörung regelmäßig noch gar nicht wissen kann, welche sonstigen Unwirksamkeitsgründe der Arbeitnehmer gegenüber der Kündigung geltend machen will, wäre der Arbeitgeber weitgehend rechtlos gestellt,



würde man ihm insoweit ergänzenden Sachvortrag abschneiden; eine lediglich vom Arbeitnehmer geltend gemachte Sittenwidrigkeit der Kündigung müßte dann im Regelfall zu einer Unwirksamkeit dieser Kündigung führen, weil dem Arbeitgeber eine substantiierte Stellungnahme zu dem vom Arbeitnehmer vorgetragenen Sachverhalt prozessual verwehrt wäre.

d) Zu Unrecht beruft sich der Kläger darauf, der Senat habe in seinem Urteil vom 26. Oktober 1995 (- 2 AZR 1026/94 - AP Nr. 35 zu Art. 20 Einigungsvertrag, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen) in einem vergleichbaren Fall das nachträgliche Vorbringen der Auswahlüberlegungen des Arbeitgebers nach §§ 242, 315 BGB als unzulässiges Nachschieben eines neuen Kündigungssachverhalts gewertet. Im Ausgangsfall dieser Entscheidung hatte der Arbeitgeber tatsächlich eine Auswahlentscheidung zwischen mehreren Arbeitnehmern getroffen. Auch aus seiner Sicht war er deshalb bei der Betriebsratsanhörung verpflichtet, dem Betriebsrat nach § 102 BetrVG die Auswahlüberlegungen mitzuteilen, was unterblieben war. Um den Fall, daß der Arbeitgeber bestimmte Arbeitnehmer bei seinen Auswahlüberlegungen nicht berücksichtigt hat, z.B. weil er sie nicht für vergleichbar hielt, und seinen Sachvortrag insoweit auf eine entsprechende Rüge des Arbeitnehmers im Prozeß ergänzt, ging es in dieser Entscheidung nicht.

3. Selbst wenn man im Einzelfall in dem ergänzenden Sachvortrag des Arbeitgebers zu Auswahlgesichtspunkten, die er dem Betriebsrat zunächst nicht mitgeteilt hat, weil er sie übersehen oder zu Unrecht für unerheblich gehalten hat, ein nach § 102 Abs. 1 BetrVG unzulässiges Nachschieben eines neuen Kündigungssachver-



halts sehen würde, würde dies nicht ohne weiteres zu dem vom Landesarbeitsgericht angenommenen Ergebnis führen, daß der Arbeitgeber mit diesem Vorbringen endgültig ausgeschlossen wäre. Da der Arbeitgeber erst auf eine entsprechende Rüge des Arbeitnehmers im Prozeß insoweit substantiiert vortragen muß, würde es sich bei dem ergänzenden Tatsachenvortrag des Arbeitgebers um Kündigungstatsachen handeln, die erst nach Ausspruch der Kündigung relevant geworden sind. Wie bei Kündigungsgründen, die der Arbeitgeber erst nach Ausspruch der Kündigung erfahren hat, ist deshalb ein Nachschieben jedenfalls dann zulässig, wenn der Arbeitgeber den Betriebsrat insoweit nachträglich angehört hat (KR-Etzel, 4. Aufl., § 102 BetrVG Rz 62 g). Darauf hat der Senat schon im Urteil vom 15. Juni 1989 (aaO) hingewiesen.

IV. Das Landesarbeitsgericht wird nach der Zurückverweisung anhand der in den Senatsurteilen vom 24. November 1994 und 5. Oktober 1995 (aaO) enthaltenen Hinweise zu prüfen haben, ob die Kündigung aus anderen Gründen rechtsunwirksam ist, insbesondere ob es sich bei den neun Redakteurstellen im UBZ nicht doch um vergleichbare Positionen handelte, so daß die Beklagte den Kläger, der nach seiner Darstellung dem Anforderungsprofil dieser Position genüge, zu Unrecht bei der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG nicht berücksichtigt hatte. Soweit der Kläger neben der Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung die Feststellung des Fortbestands seines Arbeitsverhältnisses beantragt hat, ergibt die Auslegung, daß es sich nur um ein unselbständiges Anhängsel zu seinem Kündigungsschutzantrag handelt (vgl. Senatsurteil vom



- 21 -

7. Dezember 1995 - 2 AZR 772/94 - AP Nr. 33 zu § 4 KSchG 1969,
auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen).

Etzel

Bröhl

Fischermeier

Strümper

Thelen



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)