

Aktenzeichen: 6 AZR 249/05
Bundesarbeitsgericht 6. Senat

Urteil vom 20. September 2006
- 6 AZR 249/05 -

I. Arbeitsgericht
Köln

Urteil vom 6. Mai 2004
- 1 Ca 10429/03 -

II. Landesarbeitsgericht
Köln

Urteil vom 25. Februar 2005
- 11 Sa 767/04 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Massenentlassung in der Insolvenz - Betriebsübergang

Gesetze:

InsO aF § 113 Abs. 1 Satz 1; InsO §§ 119, 125, 128; BGB § 613a Abs. 1, Abs. 4 Satz 1; Manteltarifvertrag für die Arbeiter, Angestellten und Auszubildenden in der Metall- und Elektroindustrie Nordrhein-Westfalens vom 24. August 2001/11. September 2001 § 20 Nr. 4; KSchG § 1 Abs. 2, Abs. 3, §§ 6, 17; BetrVG § 102

Leitsätze:

keine



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



6 AZR 249/05
11 Sa 767/04
Landesarbeitsgericht
Köln

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
20. September 2006

URTEIL

Kaufhold, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

Beklagter, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 20. September 2006 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Fischermeier, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Armbrüster und



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Prof. Dr. Friedrich sowie den ehrenamtlichen Richter Oye und die ehrenamtliche Richterin Schilling für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 25. Februar 2005 - 11 Sa 767/04 - wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen betriebsbedingten Kündigung, die der beklagte Insolvenzverwalter auf Grund eines mit dem Betriebsrat abgeschlossenen Interessenausgleichs mit Namensliste erklärt hat. 1

Der am 21. November 1944 geborene, verheiratete Kläger war seit dem 19. August 1985 bei der Schuldnerin, die regelmäßig mehr als fünf Mitarbeiter beschäftigte, zu einem monatlichen Bruttoeinkommen von zuletzt ca. 2.500,00 Euro tätig. Der Arbeitsvertrag vom 20. August 1985 sieht eine Tätigkeit als Schweißer vor. 2

Auf das Arbeitsverhältnis finden die Tarifverträge für die Arbeiter, Angestellten und Auszubildenden der Eisen-, Metall-, Elektro- und Zentralheizungsindustrie NRW Anwendung. Der Kläger wurde zunächst als Schweißer eingesetzt. Seit dem 1. November 2001 wurde er aus gesundheitlichen Gründen im Pförtnerdienst beschäftigt. 3

Die Schuldnerin meldete mit Eigenantrag vom 21. Mai 2003 wegen Zahlungsunfähigkeit Insolvenz an. Das in Auftrag gegebene Rentabilitäts- und Liquiditätsplanungsgutachten der Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft P vom 31. Juli 2003 kam zu dem Ergebnis, dass eine Fortführung des Betriebs nur mit Sanierungsmaßnahmen möglich sei, die insbesondere eine Reduzierung der laufenden Personalkosten beinhalteten. Am 1. August 2003 wurden das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin eröffnet und der Beklagte zum Insolvenzverwalter bestellt. Dieser schloss mit dem Betriebsrat der Schuldnerin am 21. August 2003 einen Interessenausgleich mit Namensliste. Unter den 73 zu kündigenden Arbeitnehmern von insgesamt ca. 220 Mitarbeitern befand sich der Name des Klägers. In dem dem Interes- 4



senausgleich als Anlage 2 beigefügten Sanierungskonzept ist unter Ziffer 3 die Übernahme der Pförtnerfunktion durch den Versand bzw. das Versandlager und damit die Auflösung des bisherigen Pförtnerdienstes vorgesehen.

Die Mitarbeiter B und F aus der Produktion haben keine Kündigung erhalten. Der Mitarbeiter B, 45 Jahre alt, hat eine Betriebszugehörigkeit von 28 Jahren und ist nicht verheiratet. Herr F, 42 Jahre alt, hat eine Betriebszugehörigkeit von 25 Jahren und ist verheiratet. Im Versandlager wurde der Mitarbeiter C, 48 Jahre alt, mit einer Betriebszugehörigkeit von 11 Jahren und verheiratet, weiterbeschäftigt.

Wie 70 andere Arbeitnehmer wurde der Kläger ab dem 9. August 2003 von der Arbeitsleistung freigestellt. Mit Schreiben vom 21. August 2003 hörte der Beklagte den Betriebsrat zur beabsichtigten Kündigung des Klägers an. Der Betriebsrat teilte unter dem 21. August 2003 mit, zur beabsichtigten Kündigung werde keine Stellungnahme abgegeben. Mit Schreiben vom 26. August 2003 kündigte der Beklagte dem Kläger zum 30. November 2003. Der Kündigung war ein Begleitschreiben des Beklagten vom 25. August 2003 beigefügt, in dem der Kläger darüber informiert wurde, dass der Beklagte einen Investor gefunden habe, der bereit sei, das Unternehmen unter bestimmten Voraussetzungen fortzuführen. Der Einstieg des Investors sei - mit einer vorläufigen Vereinbarung - bereits für Anfang September 2003 geplant. Auch der Investor werde das Unternehmen nur mit reduziertem Mitarbeiterbestand fortführen können. Die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger sei daher auch nach einer Übernahme durch den Investor nicht möglich.

Mit Schreiben vom 27. August 2003 erstattete der Beklagte die Massenentlassungsanzeige beim Arbeitsamt. Dieses setzte mit Bescheid vom 10. November 2003 die Freifrist zur Durchführung der geplanten Entlassungen für den Zeitraum vom 29. September bis 27. Dezember 2003 fest. Zum 1. Dezember 2003 erfolgte die Veräußerung des Betriebes.

Mit der am 5. September 2003 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage macht der Kläger die Unwirksamkeit der Kündigung geltend.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die Kündigung sei wegen Betriebsübergangs erfolgt und daher unwirksam. Ein von dem Insolvenzverwalter selbst erarbeitetes Sanierungskonzept reiche zur Rechtfertigung der Kündigung nicht aus. Er sei mit den in der Produktion eingesetzten Mitarbeitern B und F vergleichbar. Weiter sei er vergleichbar mit dem im Versandbereich eingesetzten, hinsichtlich seiner Sozialdaten weniger schützenswerten Mitarbeiter C. In einem Zeitraum von maximal drei Mo-



naten könne er die Bedienung des computergestützten Lagerwirtschaftssystems erlernen. Sein Arbeitsvertrag stehe einem Einsatz außerhalb des Pfortnerdienstes nicht entgegen. Er sei auch ab dem 1. November 2001, soweit es im Einzelfall erforderlich gewesen sei, an verschiedenen Stellen im Betrieb und zum Teil über Wochen hinweg in der Produktion eingesetzt worden.

Der Kläger hat beantragt:

10

Es wird festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die Kündigung des Beklagten mit Schreiben vom 26. August 2003 nicht mit Ablauf des 30. November 2003 aufgelöst worden ist.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hat vorgetragen, die Fortführung des Unternehmens durch einen neuen Investor sei zum Zeitpunkt der Kündigung nicht definitiv absehbar gewesen. Darüber hinaus sei die Kündigung nicht wegen des Betriebsübergangs erfolgt, sondern zur Restrukturierung des Betriebes auf Grund des dem Interessenausgleich zugrunde liegenden Sanierungs- und Fortführungskonzepts. Trotz seiner früheren Schweißertätigkeit sei der Kläger mit den Mitarbeitern aus der Produktion nicht vergleichbar. Der Kläger sei zudem weniger schutzwürdig als die Mitarbeiter in der Kleinkesselfertigung. Der Versandmitarbeiter C beherrsche das computergesteuerte Lagerwirtschaftssystem. Der Kläger könne dies nicht im Zeitraum von drei Monaten erlernen. Zudem scheitere die Vergleichbarkeit des Klägers mit den Versandmitarbeitern daran, dass der Arbeitsvertrag des Klägers eine Beschäftigung im Versandbereich nicht zulasse.

11

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung des Beklagten die Klage abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt der Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

12

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist unbegründet.

13

I. Das Landesarbeitsgericht hat die Auffassung vertreten, die Kündigung vom 26. August 2003 sei wirksam. Sie sei nicht iSv. § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB wegen Betriebsübergangs erfolgt. Tragender Grund für die Kündigung sei die Sanierung des

14



Betriebes nach einem Sanierungskonzept des Beklagten gemäß dem Interessenausgleich gewesen. Der Kläger habe nicht hinreichend dargelegt, dass die Sozialauswahl grob fehlerhaft gewesen sei. Der Wirksamkeit der Kündigung stehe nicht entgegen, dass sie vor Erstattung der Massenentlassungsanzeige erklärt worden sei. Im Hinblick auf die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 27. Januar 2005 sei dem Beklagten Vertrauensschutz zu gewähren.

II. Die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts halten im Ergebnis und in wesentlichen Teilen der Begründung einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand. Das Arbeitsverhältnis des Klägers ist durch die Kündigung des Beklagten vom 26. August 2003 zum 30. November 2003 beendet worden. 15

1. Der Beklagte ist passivlegitimiert, obwohl in der Folgezeit ein Betriebsübergang stattgefunden hat. Hat der Arbeitnehmer fristgemäß Kündigungsschutzklage erhoben und findet anschließend ein Betriebsübergang statt, so kann der Prozess gegen den bisherigen Beklagten fortgesetzt werden (*BAG 16. Mai 2002 - 8 AZR 320/01 - AP InsO § 113 Nr. 9*). 16

2. Der tarifvertragliche Kündigungsschutz des Klägers nach § 20 Nr. 4 Manteltarifvertrag für die Arbeiter, Angestellten und Auszubildenden in der Metall- und Elektroindustrie Nordrhein-Westfalens vom 24. August 2001/11. September 2001 (MTV) steht dem Ausspruch einer ordentlichen Kündigung durch den Insolvenzverwalter nicht entgegen. 17

Nach § 20 Nr. 4 MTV kann Beschäftigten, die das 55., aber noch nicht das 65. Lebensjahr vollendet haben und dem Betrieb zehn Jahre angehören, nur noch aus wichtigem Grund gekündigt werden. Allerdings kann gem. § 113 Abs. 1 Satz 1 InsO aF (§ 113 Satz 1 InsO nF) ein Dienstverhältnis, bei dem der Schuldner der Dienstberechtigte ist, vom Insolvenzverwalter und vom anderen Teil ohne Rücksicht auf eine vereinbarte Vertragsdauer oder einen vereinbarten Ausschluss des Rechts zur ordentlichen Kündigung gekündigt werden. Dieses Kündigungsrecht kann nicht durch einzelvertragliche, tarifvertragliche oder sonstige kollektivrechtliche Vereinbarung ausgeschlossen werden (*Senat 17. November 2005 - 6 AZR 107/05 - AP InsO § 113 Nr. 19 = EzA InsO § 125 Nr. 4, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen*). Tarifvertraglich unkündbare Arbeitsverhältnisse sind daher im Insolvenzverfahren ordentlich kündbar (*vgl. BAG 19. Januar 2000 - 4 AZR 70/99 - AP InsO § 113 Nr. 5 = EzA InsO § 113 Nr. 10; Senat 16. Juni 2005 - 6 AZR 476/04 - AP ATG § 3 Nr. 13 = EzA KSchG*). 18



§ 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 137, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen). Der Gesetzeswortlaut sieht keine Ausnahme vor, aber auch die Entstehungsgeschichte und der Normzweck der Regelung sprechen gegen eine Einschränkung des Kündigungsrechts.

Der Gesetzgeber hat die Belange der Arbeitnehmer als einer Gruppe der Insolvenzgläubiger mit den Interessen der anderen Insolvenzgläubiger in Einklang gebracht. Das Entstehen von Masseschulden soll begrenzt werden, da der Insolvenzverwalter in der Regel keinen Beschäftigungsbedarf mehr hat und zu Lasten der anderen Gläubiger Ansprüche ohne eine Gegenleistung entstünden, wodurch diese wiederum in ihrem Grundrecht nach Art. 14 GG beeinträchtigt würden (*Senat 17. November 2005 - 6 AZR 107/05 - AP InsO § 113 Nr. 19 = EzA InsO § 125 Nr. 4, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen mwN*). Eine allzu lange Bindung an nicht mehr sinnvolle Arbeitsverhältnisse soll verhindert werden. Dem widersprechen (tarifvertragliche) Unkündbarkeitsklauseln (*vgl. BAG 19. Januar 2000 - 4 AZR 70/99 - AP InsO § 113 Nr. 5 = EzA InsO § 113 Nr. 10; Senat 22. September 2005 - 6 AZR 526/04 - AP UmwG § 323 Nr. 1 = EzA InsO § 113 Nr. 18, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen*). Die Sanierung eines Betriebes ist oft nur bei Erhalt oder Schaffung einer ausgewogenen Personalstruktur (*arg. § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO*) möglich, die auch die Entlassung eines Teils der älteren Arbeitnehmer erfordert. Der Ausschluss des Rechts zur ordentlichen Kündigung schützt in der Regel ältere Arbeitnehmer mit längerer Betriebszugehörigkeit. Eine personelle Überalterung des Betriebes ist sanierungsschädlich und widerspricht deshalb dem Gesetzeszweck (*vgl. BAG 19. Januar 2000 - 4 AZR 70/99 - aaO*). Gemäß § 119 InsO ist § 113 InsO im Voraus nicht abdingbar.

3. Die Kündigung ist nicht gemäß § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB unwirksam. 20

Nach § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB ist die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines Arbeitnehmers durch den bisherigen Arbeitgeber oder durch den neuen Inhaber wegen des Übergangs eines Betriebes oder eines Betriebsteils unwirksam. 21

Die streitgegenständliche Kündigung ist jedoch nicht wegen Betriebsübergangs erfolgt. 22

a) § 613a Abs. 4 BGB gilt auch im Insolvenzverfahren. Auch bei einer Betriebsveräußerung durch den Insolvenzverwalter greift zugunsten der Arbeitnehmer der Bestandsschutz nach § 613a Abs. 1 und Abs. 4 BGB ein (*vgl. BAG 26. Mai 1983* 23



- 2 AZR 477/81 - BAGE 43, 13; 20. März 2003 - 8 AZR 97/02 - BAGE 105, 338). Die früher streitige Frage hat der Gesetzgeber durch § 128 Abs. 2 InsO geklärt, wonach die Vermutung des § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO sich auch darauf erstreckt, dass die Kündigung der Arbeitsverhältnisse nicht wegen des Betriebsübergangs erfolgte (vgl. BAG 20. März 2003 - 8 AZR 97/02 - aaO).

b) Auf Grund der namentlichen Benennung des Klägers in der Namensliste des Interessenausgleichs wird nach § 128 Abs. 2 InsO vermutet, dass seine Kündigung nicht wegen Betriebsübergangs erfolgt ist. 24

Bei Zustandekommen eines Interessenausgleichs mit Namensliste iSv. § 125 Abs. 1 Satz 1 InsO wird vermutet, dass die Kündigung der bezeichneten Arbeitnehmer durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung in diesem Betrieb bzw. einem anderen Betrieb desselben Unternehmens entgegenstehen, bedingt ist (§ 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO). Im Falle eines Betriebsübergangs erstreckt sich diese Vermutung auch darauf, dass die Kündigung der Arbeitsverhältnisse nicht wegen des Betriebsübergangs erfolgt (§ 128 Abs. 2 InsO). Die Vermutungswirkung erstreckt sich lediglich auf eine im Interessenausgleich geregelte Betriebsänderung. Liegt keine Betriebsänderung vor, sondern handelt es sich in Wahrheit um einen (Teil-)Betriebsübergang, so greift § 125 InsO jedenfalls für die vom (Teil-)Betriebsübergang betroffenen Arbeitsverhältnisse nicht ein (BAG 28. August 2003 - 2 AZR 377/02 - BAGE 107, 221). 25

Die Voraussetzungen des § 125 Abs. 1 InsO sind erfüllt. Es liegt eine Betriebsänderung vor, derentwegen ein wirksamer Interessenausgleich zwischen dem Beklagten und dem Betriebsrat abgeschlossen wurde und in dem der Kläger namentlich als zu kündigender Arbeitnehmer aufgeführt ist. Der Kläger wurde zuletzt als Pfortner beschäftigt. Der Interessenausgleich sieht die Übernahme der Pfortnerfunktionen durch den Versand und das Versandlager vor. Damit ist der Kläger von den im Interessenausgleich genannten Maßnahmen betroffen. Die daraus folgende gesetzliche Vermutung, die Kündigung sei nicht wegen Betriebsübergangs erfolgt, kann vom Kläger widerlegt werden (§ 46 Abs. 2 ArbGG iVm. § 292 ZPO, vgl. BAG 29. September 2005 - 8 AZR 647/04 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 139 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 140). 26



- c) Der Kläger hat die gesetzliche Vermutung nicht widerlegt. Das Landesarbeitsgericht hat vielmehr zutreffend festgestellt, dass Grund für die Kündigung nicht der später erfolgte Betriebsübergang, sondern die Sanierung des Betriebes war. 27
- aa) Eine Kündigung erfolgt wegen des Betriebsübergangs, wenn dieser der tragende Grund, nicht nur der äußere Anlass für die Kündigung ist. § 613a Abs. 4 BGB hat gegenüber § 613a Abs. 1 BGB Komplementärfunktion. Die Norm soll als spezialgesetzliche Regelung des allgemeinen Umgehungsverbots verhindern, dass der in § 613a Abs. 1 BGB angeordnete Bestandsschutz durch eine Kündigung unterlaufen wird. Das Kündigungsverbot ist dann nicht einschlägig, wenn es neben dem Betriebsübergang einen sachlichen Grund gibt, der „aus sich heraus“ die Kündigung zu rechtfertigen vermag (*BAG 26. Mai 1983 - 2 AZR 477/81 - BAGE 43, 13; 18. Juli 1996 - 8 AZR 127/94 - BAGE 83, 302 mwN; 20. März 2003 - 8 AZR 97/02 - BAGE 105, 338*). 28
- bb) Die Kündigung wurde zum Zweck der Verwirklichung des im Interessenausgleich vom 21. August 2003 enthaltenen Sanierungskonzepts des Insolvenzverwalters erklärt. Dies ist ein sachlicher Grund, der unabhängig von einem angestrebten Betriebsübergang aus sich heraus die Kündigung rechtfertigt. 29
- aaa) Eine Kündigung durch den bisherigen Arbeitgeber wegen des Betriebsübergangs iSd. § 613a Abs. 4 BGB liegt vor, wenn sie damit begründet wird, der neue Betriebsinhaber habe die Übernahme eines bestimmten Arbeitnehmers, dessen Arbeitsplatz erhalten bleibt, deswegen abgelehnt, weil der „ihm zu teuer sei“ (*BAG 26. Mai 1983 - 2 AZR 477/81 - BAGE 43, 13; 20. März 2003 - 8 AZR 97/02 - BAGE 105, 338*). Auch die bloße Forderung des Erwerbers, die Belegschaft vor dem Betriebsübergang zu verkleinern, genügt nicht als sachlicher Grund, der aus sich heraus die Kündigung rechtfertigt (*BAG 20. März 2003 - 8 AZR 97/02 - aaO; APS/Steffan 2. Aufl. § 613a BGB Rn. 189; ErfK/Preis 6. Aufl. § 613a BGB Rn. 165*). 30
- bbb) Die Zulässigkeit einer Kündigung auf Basis eines Sanierungskonzepts auch im zeitlichen Zusammenhang mit einem Betriebsübergang wurde durch Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 20. März 2003 (- 8 AZR 97/02 - BAGE 105, 338) für den Fall bestätigt, dass der Betriebsveräußerer auf Grund eines Erwerberkonzepts Kündigungen ausspricht (*ebenso BAG 26. Mai 1983 - 2 AZR 477/81 - BAGE 43, 13; 18. Juli 1996 - 8 AZR 127/94 - BAGE 83, 302*). Hierfür spricht, dass es nicht Sinn und Zweck der Regelung des § 613a Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 BGB ist, auch bei einer auf Grund betriebswirtschaftlicher Gesichtspunkte voraussehbar fehlenden Beschäfti- 31



gungsmöglichkeit das Arbeitsverhältnis mit einem Arbeitnehmer noch einmal künstlich zu verlängern, bis der Erwerber selbst die Kündigung erklären kann. Es bedarf eines verbindlichen Konzepts oder Sanierungsplans des Erwerbers, dessen Durchführung im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung bereits greifbare Formen angenommen hat. Die Kündigungsmöglichkeit des Veräußerers besteht dabei - jedenfalls in der Insolvenz - sogar unabhängig davon, ob der Veräußerer selbst das Erwerberkonzept bei Fortführung des Betriebes hätte durchführen können (*BAG 20. März 2003 - 8 AZR 97/02 - BAGE 105, 338; aa noch BAG 26. Mai 1983 - 2 AZR 477/81 - aaO*).

ccc) Entgegen den Angriffen der Revision ist das Landesarbeitsgericht zutreffend davon ausgegangen, dass erst recht ein eigenes Sanierungskonzept des Veräußerers zur Verbesserung des Betriebes einen sachlichen Grund darstellen kann, der aus sich heraus die Kündigung zu rechtfertigen vermag. 32

(1) Eine Kündigung verstößt nicht gegen § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB, wenn sie jeder Betriebsinhaber - unabhängig von der Veräußerung - aus betriebsbedingten Gründen so hätte vornehmen dürfen (*Hanau FS Gaul 1992, 287, 290; ErfK/Preis 6. Aufl. § 613a BGB Rn. 164*). Der Betriebsinhaber ist durch § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB nicht gehindert, auch im Zusammenhang mit der Veräußerung eines Betriebes Rationalisierungen zur Verbesserung des Betriebes durchzuführen und zu diesem Zweck betriebsbedingte Kündigungen auszusprechen (*BAG 26. Mai 1983 - 2 AZR 477/81 - BAGE 43, 13; 18. Juli 1996 - 8 AZR 127/94 - BAGE 83, 302; Willemssen in Willemssen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen 2. Aufl. H Rn. 97*). Das Kündigungsverbot greift auch dann nicht ein, wenn das der betriebsbedingten Kündigung zugrunde liegende Konzept des Veräußerers ausschließlich dazu dient, den Betrieb verkaufsfähig zu machen (*vgl. BAG 18. Juli 1996 - 8 AZR 127/94 - aaO; Staudinger/Annuß (2005) § 613a BGB Rn. 352; Hillebrecht NZA 1989 Beil. 4, 10, 14*). Der Arbeitgeber kann den Betrieb und die Betriebsabläufe und damit auch die Zahl der vorhandenen Beschäftigungsmöglichkeiten (Arbeitsplätze) auf Grund seiner Unternehmerfreiheit grundsätzlich nach eigenem Ermessen gestalten, ohne insoweit einer arbeitsgerichtlichen Kontrolle unterworfen zu sein. Dabei spielt es für die kündigungsrechtliche Bewertung keine Rolle, ob es ihm um die langfristige Optimierung eigener unternehmerischer Tätigkeit oder auch oder gar ausschließlich darum geht, den Betrieb verkaufsfähig zu machen. § 613a Abs. 4 BGB steht somit der klassischen Sanierungskündigung auch im zeitlichen Umfeld eines Betriebsübergangs nicht entgegen (*vgl. Willemssen aaO Rn. 98*). Der Schutzzweck des § 613a BGB ist in diesen 33



Fällen nicht betroffen. Dieser liegt darin zu verhindern, dass bei der Übernahme der Belegschaft eine Auslese getroffen wird und Veräußerer und Erwerber den Betriebsübergang dazu benutzen, sich der besonders schutzbedürftigen älteren, schwerbehinderten, unkündbaren oder sonst sozial schwächeren Arbeitnehmer zu entledigen (*BAG 26. Mai 1983 - 2 AZR 477/81 - aaO*). § 613a Abs. 4 BGB schützt nicht vor Risiken, die sich jederzeit unabhängig vom Betriebsübergang aktualisieren können, und führt insbesondere nicht zur Lähmung der als notwendig erachteten unternehmerischen Maßnahmen (*BAG 18. Juli 1996 - 8 AZR 127/94 - aaO*; *20. März 2003 - 8 AZR 97/02 - aaO*; *Ascheid NZA 1991, 873, 878*).

- (2) Entgegen der Auffassung des Klägers ist somit die Möglichkeit des Auspruchs von Kündigungen im Zusammenhang mit beabsichtigten Betriebsübernahmen nicht auf den Fall der Kündigung auf Grund eines Erwerberkonzepts beschränkt. Im Gegenteil liegt bei der Umsetzung eines Konzepts des Veräußerers ohne weiteres ein eigenes betriebliches Erfordernis für den derzeitigen Betriebsinhaber vor, das die Kündigung unter der Voraussetzung des § 1 Abs. 2 KSchG rechtfertigen kann (*vgl. ErfK/Preis 6. Aufl. § 613a BGB Rn. 164*). Die Problematik, dass das der Kündigung zu Grunde liegende unternehmerische Konzept in der Sphäre des Erwerbers begründet ist, stellt sich hier gerade nicht. 34
- (3) Nach den bindenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts handelte es sich hier um ein eigenes Sanierungskonzept des Insolvenzverwalters. Unter Ziffer 3 des Sanierungskonzepts ist vorgesehen, dass der Versand gemeinsam mit dem Versandlager zukünftig die Pförtnerfunktionen übernimmt. Das Konzept geht auf ein Rentabilitäts- und Liquiditätsplanungsgutachten vom 31. Juli 2003 zurück, das eine Fortführung des Betriebes nur bei Durchführung von Sanierungsmaßnahmen als möglich ansah. Die Auflösung des bisherigen Pförtnerdienstes war Teil einer Umorganisation des Betriebes. § 613a BGB steht der Kündigung zum Zweck der Umsetzung dieser Rationalisierungsmaßnahme nicht entgegen. 35
- (4) Soweit der Beklagte den Kläger mit Begleitschreiben vom 25. August 2003 darüber informierte, er habe einen Investor gefunden, der bereit sei, das Unternehmen unter bestimmten Voraussetzungen fortzuführen, führt dies nicht zu einer anderen Bewertung. Auch wenn der Betriebserwerber die Durchführung des Sanierungskonzepts zur Voraussetzung für eine Betriebsübernahme gemacht haben oder sogar weitergehende Forderungen an einen Personalabbau gestellt haben sollte, ändert dies nichts 36



daran, dass die Kündigung des Klägers in Umsetzung des eigenen Konzepts des Insolvenzverwalters erfolgte. Auch ein unmittelbar bevorstehender Betriebsübergang hindert den Veräußerer nicht, Rationalisierungsmaßnahmen durchzuführen, solange er noch Betriebsinhaber ist.

d) Da die Kündigung jedenfalls nicht wegen Betriebsübergangs ausgesprochen wurde, hat das Landesarbeitsgericht zu Recht dahinstehen lassen, ob ein Betriebsübergang hinreichend absehbar war und greifbare Formen angenommen hatte. 37

4. Die Kündigung ist auch nicht gemäß § 1 Abs. 2 KSchG unwirksam. 38

§ 113 InsO enthält keinen selbständigen Kündigungsgrund der Insolvenz oder Sanierung. Das Kündigungsschutzgesetz ist auch bei einer Kündigung nach § 113 InsO zu beachten, wenn es nach seinem persönlichen und betrieblichen Geltungsbereich Anwendung findet (*BAG 5. Dezember 2002 - 2 AZR 571/01 - BAGE 104, 131; 16. Juni 2005 - 6 AZR 476/04 - AP ATG § 3 Nr. 13 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 137, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen*). 39

Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht ausgeführt, dass davon auszugehen ist, dass die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Klägers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist. Dies wird auf Grund der namentlichen Benennung des Klägers in der Namensliste des Interessenausgleichs nach § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO vermutet. Der beklagte Arbeitgeber oder der Insolvenzverwalter braucht zur Rechtfertigung der Kündigung keine weiteren Tatsachen vorzutragen (*BAG 28. August 2003 - 2 AZR 368/02 - AP InsO § 125 Nr. 1 = EzA InsO § 125 Nr. 1; Senat 17. November 2005 - 6 AZR 107/05 - AP InsO § 113 Nr. 19 = EzA InsO § 125 Nr. 4, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen*). Der Kläger hat keine der Vermutung widersprechende Tatsachen dargelegt. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend ausgeführt, dass das schlichte Bestreiten eines Kündigungsgrundes in der Klageschrift nicht genügt. 40

5. Die Kündigung ist nicht nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG iVm. § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO wegen fehlerhafter Sozialauswahl sozial ungerechtfertigt. 41

a) Dem Kläger ist entgegen der Auffassung des Beklagten die Geltendmachung der Unwirksamkeit der Kündigung wegen fehlerhafter Sozialauswahl nicht deshalb verwehrt, weil er sich erst nach Ablauf der Drei-Wochen-Frist des § 113 Abs. 2 InsO aF 42



auf eine grob fehlerhafte Sozialauswahl berufen hat. Der Kläger konnte sich gem. § 6 KSchG jedenfalls noch bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz zur Begründung der Unwirksamkeit der Kündigung auf andere, nicht innerhalb der Klagefrist geltend gemachte Gründe berufen (*vgl. Senat 16. Juni 2005 - 6 AZR 451/04 - EzA KSchG § 17 Nr. 15*).

b) Die Sozialauswahl ist jedoch nicht grob fehlerhaft iSv. § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO. 43

Auf Grund der namentlichen Benennung des Klägers in der Namensliste des Interessenausgleichs kann die soziale Auswahl des gekündigten Klägers nach § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden. 44

aa) Die Entscheidung des Berufungsgerichts über die Sozialwidrigkeit und die Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl einer Kündigung ist in der Revisionsinstanz nur beschränkt überprüfbar. Bei der Frage der ausreichenden Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte im Rahmen der sozialen Auswahl des zu kündigenden Arbeitnehmers (§ 1 Abs. 3 KSchG) geht es um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs, die vom Revisionsgericht nur darauf überprüft werden kann, ob das angefochtene Urteil den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhaltes unter die Rechtsnorm des § 1 KSchG Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat, ob es alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat und ob es in sich widerspruchsfrei ist. Dabei bezieht sich die Beschränkung des revisionsrechtlichen Prüfungsrahmens nicht nur auf die sozialen Indikatoren und deren Gewichtung, sondern auch auf die Bildung der auswahlrelevanten Gruppen. Dies gilt in gleicher Weise im Anwendungsbereich des § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO, der den § 1 Abs. 3 KSchG modifizierend ergänzt und bei der Nachprüfung der sozialen Auswahl den weiteren unbestimmten Rechtsbegriff der „grobe Fehlerhaftigkeit“ verwendet (*BAG 28. August 2003 - 2 AZR 368/02 - AP InsO § 125 Nr. 1 = EzA InsO § 125 Nr. 1 mwN*). 45

bb) Nach § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO kann die soziale Auswahl der zu kündigenden Arbeitnehmer nach § 1 Abs. 3 KSchG nur im Hinblick auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter und die Unterhaltungspflichten und auch insoweit nur auf grobe Fehlerhaftigkeit nachgeprüft werden; sie ist nicht als grob fehlerhaft anzusehen, wenn eine ausgewogene Personalstruktur erhalten oder geschaffen wird. Die gesetzliche Regelung reduziert den Umfang der gerichtlichen Überprüfung einer vom Insolvenzverwalter erklärten betriebsbedingten Kündigung. Mit der Beschränkung der 46



gerichtlichen Kontrolle auf „grobe Fehler“ wird zugleich der Prüfungsmaßstab gesenkt. Der Beurteilungsspielraum des Arbeitgebers bei der sozialen Auswahl wird zu Gunsten einer von Insolvenzverwalter und Betriebsrat vereinbarten Gesamtlösung erweitert. Dabei bezieht sich der Prüfungsmaßstab der groben Fehlerhaftigkeit nicht nur auf die sozialen Indikatoren und deren Gewichtung selbst, sondern auf die Sozialauswahl in jeder Hinsicht, also insbesondere auch auf die Bildung der auswahlrelevanten Gruppen (*BAG 28. August 2003 - 2 AZR 368/02 - AP InsO § 125 Nr. 1 = EzA InsO § 125 Nr. 1 mwN; Senat 21. Juli 2005 - 6 AZR 592/04 - AP BetrVG 1972 § 113 Nr. 50 = EzA InsO § 125 Nr. 2, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen; 17. November 2005 - 6 AZR 107/05 - AP InsO § 113 Nr. 19 = EzA InsO § 125 Nr. 4, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen*). Die soziale Rechtfertigung einer in Anwendung einer Namensliste ausgesprochenen betriebsbedingten Kündigung soll nur noch in Ausnahmefällen in Frage gestellt werden (*vgl. BAG 28. August 2003 - 2 AZR 368/02 - aaO*).

Grob fehlerhaft iSd. § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO ist eine soziale Auswahl nur, wenn ein evidenter, ins Auge springender schwerer Fehler vorliegt und der Interessenausgleich, insbesondere bei der Gewichtung der Auswahlkriterien, jede Ausgewogenheit vermissen lässt (*BAG 28. August 2003 - 2 AZR 368/02 - AP InsO § 125 Nr. 1 = EzA InsO § 125 Nr. 1; Senat 21. Juli 2005 - 6 AZR 592/04 - AP BetrVG 1972 § 113 Nr. 50 = EzA InsO § 125 Nr. 2, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen; 17. November 2005 - 6 AZR 107/05 - AP InsO § 113 Nr. 19 = EzA InsO § 125 Nr. 4, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen*). Bei der Gewichtung der Sozialdaten Dauer der Betriebszugehörigkeit, Dienstalter und Unterhaltungspflichten besteht keine Rangfolge zu Gunsten eines dieser Kriterien (*BAG 2. Dezember 1999 - 2 AZR 757/98 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 45 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 42; 5. Dezember 2002 - 2 AZR 549/01 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 59 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 49; 2. Juni 2005 - 2 AZR 480/04 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 75 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 63, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen*). Vielmehr ist es so, dass der Arbeitgeber nach der gesetzlichen Konzeption einen Wertungsspielraum haben soll. Dies gilt umso mehr, soweit die Sozialauswahl nach § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO nur auf grobe Fehlerhaftigkeit nachgeprüft werden kann (*Senat 21. Juli 2005 - 6 AZR 592/04 - AP BetrVG 1972 § 113 Nr. 50 = EZA InsO § 125 Nr. 2, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen*). Die Bewertung ist allerdings auch dann grob fehlerhaft, wenn bei der

47

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



Bestimmung des Kreises vergleichbarer Arbeitnehmer die Austauschbarkeit offensichtlich verkannt worden ist oder bei der Anwendung des Ausnahmetatbestandes des § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG die betrieblichen Interessen augenfällig überdehnt worden sind (vgl. Senat 17. November 2005 - 6 AZR 107/05 - aaO).

cc) Zwar trifft den Arbeitnehmer gemäß § 1 Abs. 3 Satz 3 1. Halbsatz KSchG die Darlegungs- und Beweislast für eine fehlerhafte Sozialauswahl. Der Arbeitgeber ist jedoch auch in den Fällen des § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 verpflichtet, dem Arbeitnehmer nach § 1 Abs. 3 Satz 3 1. Halbsatz KSchG auf dessen Verlangen die Gründe mitzuteilen, die zu der getroffenen sozialen Auswahl geführt haben. Insoweit besteht eine abgestufte Darlegungslast. Als Konsequenz aus der materiellen Auskunftspflicht des Arbeitgebers folgt, dass er auf Verlangen des Arbeitnehmers im Prozess substantiiert die Gründe vortragen muss, die ihn zu seiner Auswahl veranlasst haben. Erst nach Erfüllung der Auskunftspflicht trägt der Arbeitnehmer die volle Darlegungslast für die Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl (BAG 21. Februar 2002 - 2 AZR 581/00 - EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 10 zu § 1 Abs. 5 KSchG aF; 22. Januar 2004 - 2 AZR 111/02 - AP BetrVG 1972 § 112 Namensliste Nr. 1 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 11; Senat 17. November 2005 - 6 AZR 107/05 - AP InsO § 113 Nr. 19 = EzA InsO § 125 Nr. 4, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen mwN). Es reicht dabei nicht aus, dass er die gesetzliche Vermutung erschüttert, er muss vielmehr das Gegenteil beweisen. Der Prüfungsmaßstab der groben Fehlerhaftigkeit ändert an der Verteilung der Darlegungslast nichts (Senat 17. November 2005 - 6 AZR 107/05 - aaO).

48

dd) Der Kläger hat in der Klageschrift seinen Auskunftsanspruch geltend gemacht. Der Beklagte ist seiner Auskunftspflicht hinreichend nachgekommen. Er hat vorgetragen, der Kläger sei mit Mitarbeitern der Produktionsabteilung und dem Versand nicht vergleichbar. Er könne die computergesteuerten Maschinen in der Produktionsabteilung sowie das computergesteuerte Lagerwirtschaftssystem im Versand nicht bedienen und sei hierzu auch nach einer zumutbaren Einarbeitungszeit nicht in der Lage.

49

ee) Der Kläger hat keine grobe Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl in Bezug auf die in der Produktionsabteilung weiterbeschäftigten Arbeitnehmer B und F dargelegt. Die diesbezüglichen Ausführungen des Landesarbeitsgerichts lassen keinen Rechtsfehler erkennen und werden von der Revision nicht angegriffen.

50



- ff) Der Kläger hat auch keine grobe Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl in Bezug auf den im Versandbereich weiterbeschäftigten Mitarbeiter C dargelegt. 51
- (1) Vergleichbar sind die Arbeitnehmer, die austauschbar sind. Der Kreis der in die soziale Auswahl einzubeziehenden vergleichbaren Arbeitnehmer bestimmt sich in erster Linie nach arbeitsplatzbezogenen Merkmalen, also zunächst nach der ausgeübten Tätigkeit. Dies gilt nicht nur bei einer Identität der Arbeitsplätze, sondern auch dann, wenn der Arbeitnehmer auf Grund seiner Tätigkeit und Ausbildung eine andersartige, aber gleichwertige Tätigkeit ausführen kann. Die Notwendigkeit einer kurzen Einarbeitungszeit steht einer Vergleichbarkeit nicht entgegen („qualifikationsmäßige Austauschbarkeit“, BAG 2. Juni 2005 - 2 AZR 480/04 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 75 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 63, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen; 2. März 2006 - 2 AZR 23/05 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 81). Ferner muss der Arbeitgeber in der Lage sein, den Arbeitnehmer einseitig auf den anderen Arbeitsplatz umzusetzen bzw. zu versetzen („arbeitsvertragliche Austauschbarkeit“, vgl. BAG 2. Juni 2005 - 2 AZR 480/04 - aaO; 2. März 2006 - 2 AZR 23/05 - aaO; KR-Etzel 7. Aufl. § 1 KSchG Rn. 617, 621 mwN). 52
- (2) Der Kläger hat ohne weitere Begründung pauschal behauptet, er sei nach einer Einarbeitungszeit von längstens drei Monaten in der Lage, mit dem Lagerwirtschaftssystem zu arbeiten. Eine solche pauschale - von dem Beklagten bestrittene - Behauptung ist einer Beweisaufnahme nicht zugänglich. Der Kläger hätte seinen Vortrag näher konkretisieren und substantiieren müssen. Der Kläger hat bisher im Betrieb völlig andere Tätigkeiten ausgeübt. Vor seiner Tätigkeit als Pförtner hat er in der Produktion Schweißarbeiten und damit rein handwerkliche Tätigkeiten ausgeführt. Seine bisherigen Aufgaben im Betrieb lassen daher nicht darauf schließen, er sei in der Lage, verwaltende Tätigkeiten auszuführen. Vor diesem Hintergrund ist die bloße Behauptung einer Dauer der Einarbeitungszeit von höchstens drei Monaten nicht ausreichend. 53
- (3) Selbst wenn der Kläger in der Lage sein sollte, den Umgang mit dem Lagerwirtschaftssystem in der von ihm angegebenen Zeit zu erlernen, ist bei der Bestimmung des Kreises der vergleichbaren Arbeitnehmer die Austauschbarkeit nicht offensichtlich verkannt worden. Im Hinblick auf die bisherige Tätigkeit des Klägers musste von einer solchen Eignung nicht ausgegangen werden. Der Einsatz auf einem Arbeitsplatz im Versandbereich musste auch nicht erprobt werden. Der Kläger wurde nicht für 54



verwaltende Tätigkeiten eingestellt und hat auch nicht vorgetragen, er sei bei Einsätzen außerhalb des Pförtnerdienstes mit derartigen Arbeiten betraut worden.

(4) Der Kläger rügt mit der Revision, das Landesarbeitsgericht habe den Sachverhalt nicht hinreichend aufgeklärt. Er habe unter Beweisantritt bestritten, dass der Mitarbeiter C das computergestützte Lagerwirtschaftssystem im Versandlagerbereich tatsächlich im Kündigungszeitpunkt bedient habe. 55

Die darin liegende Rüge der Unterlassung einer gebotenen Beweiserhebung und einer mangelnden Sachaufklärung iSv. § 286 ZPO ist unbegründet. Der Kläger hat in dem von ihm in der Revision zitierten Schriftsatz vom 30. November 2004 (Seite 7 des Schriftsatzes) für die Tatsache, dass der Mitarbeiter C das System nicht bedient habe, keinen Beweis angeboten. Er hat lediglich Beweis angeboten für die Behauptung, er selbst sei in der Lage die Bedienung innerhalb von drei Monaten zu erlernen. 56

(5) Zudem hätte dem Kläger auf Grund der im Arbeitsvertrag festgelegten Tätigkeit als Schweißer eine Tätigkeit im Versand/Versandlager im Rahmen des Direktionsrechts nicht als Bediener des computergeschützten Lagerwirtschaftssystems zugewiesen werden können. Zwar wurde die Pförtnertätigkeit, die der Kläger zuletzt arbeitsvertraglich schuldete, in diesen Bereich verlagert, aber der Arbeitsvertrag steht einem Einsatz im Versand/Versandlager entgegen. 57

6. Die Kündigung ist nicht gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG unwirksam. 58

Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend angenommen, der Beklagte habe den Betriebsrat ordnungsgemäß angehört. Unter Bezugnahme auf den Interessenausgleich und die vorausgegangenen Verhandlungen wurde der Betriebsrat durch Anhörungsschreiben vom 21. August 2003 gesondert angehört. 59

7. Die Kündigung ist auch nicht wegen Verstoßes gegen die Anzeigepflicht nach § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 KSchG unwirksam. 60

a) Die Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 KSchG liegen vor. Der Beklagte hat mehr als 10 vH der insgesamt ca. 220 Arbeitnehmer im Betrieb gekündigt und sie damit iSd. § 17 Abs. 1 Satz 1 KSchG entlassen. Der Beklagte war daher verpflichtet, vor Ausspruch der Kündigung am 26. August 2003 die Massenentlassung bei der Agentur für Arbeit anzuzeigen. 61



Der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts hat mit Urteil vom 23. März 2006 (- 2 AZR 343/05 - AP KSchG 1969 § 17 Nr. 21, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen) entschieden, dass unter Entlassung iSd. § 17 Abs. 1 KSchG bei einer der Richtlinie RL 98/59/EG vom 20. Juli 1998 entsprechenden richtlinienkonformen Auslegung der kündigungsschutzrechtlichen Bestimmung die Erklärung der Kündigung zu verstehen ist. Der Senat hat damit seine bisher in ständiger Rechtsprechung vertretene Auffassung aufgegeben, Entlassung iSd. §§ 17, 18 KSchG sei nicht die Kündigungserklärung, sondern erst die damit beabsichtigte tatsächliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses (so noch BAG 18. September 2003 - 2 AZR 79/02 - BAGE 107, 318 mwN). Er ist dem Europäischen Gerichtshof gefolgt, der mit Urteil vom 27. Januar 2005 in der Rechtssache „Junk“ (- C-188/03 - [Junk] EuGHE I 2005, 903) entschieden hatte, die RL 98/59/EG sei dahingehend auszulegen, dass die Kündigungserklärung des Arbeitgebers das Ereignis sei, das als Entlassung gelte, und der Arbeitgeber Massenentlassungen erst nach Ende des Konsultationsverfahrens und nach der Anzeige der beabsichtigten Massenentlassung vornehmen dürfe.

62

b) Eine - wie hier - nach Ausspruch der Kündigung erstattete Massenentlassungsanzeige führt dennoch nicht zur Unwirksamkeit, wenn sich der Arbeitgeber berechtigterweise auf den auch bei einer Änderung der Rechtsprechung zu beachtenden Vertrauensschutz berufen kann. Zumindest bis zur Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 27. Januar 2005 durften die Arbeitgeber auf die bisherige ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und die durchgängige Verwaltungspraxis der Agenturen für Arbeit vertrauen (BAG 23. März 2006 - 2 AZR 343/05 - AP KSchG 1969 § 17 Nr. 21, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen). Dem hat sich der erkennende Senat mit Urteil vom 13. Juli 2006 (- 6 AZR 198/06 - ZIP 2006, 2396, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen) angeschlossen.

63

Der Grundsatz des Vertrauensschutzes verbietet es daher auch im vorliegenden Fall, die Kündigung vom 26. August 2003 als unwirksam anzusehen.

64



III. Der Kläger hat die Kosten des erfolglosen Revisionsverfahrens gem. § 97 Abs. 1 ZPO zu tragen.

Fischermeier

Dr. Armbrüster

Friedrich

Oye

M. Schilling



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)