

[64] bb) Die grobe Fehlerhaftigkeit ergibt sich aus dem Vergleich mit den Kollegen der Altersgruppe 1. Die im Folgenden genannten Produktionsmitarbeiter sind sozial weitaus stärker als der seit 1998 beschäftigte Kl., der 1960 geboren, verheiratet und zwei Kindern zum Unterhalt verpflichtet ist. Diese Arbeitnehmer hätten nach dem Inhalt der Verfahrensakten, welcher der revisionsgerichtlichen Beurteilung unterliegt (BAG, NZA 2013, 94 Rn. 26), vorrangig gekündigt werden müssen:

[65] (1) Im Bereich Channelgroup, dh der nach dem Interessenausgleich maßgeblichen Vergleichsgruppe, ist Herr P (geb. 1969, verheiratet, keine Kinder, seit 1995 beschäftigt) nur drei Jahre länger beschäftigt, aber knapp zehn Jahre jünger und ohne Unterhaltsverpflichtung für Kinder.

[66] (2) Im Bereich Härten ist Herr A (geb. 1971, verheiratet, zwei Kinder, seit 1999 beschäftigt) bei etwa gleicher Betriebszugehörigkeit als wesentlich jüngerer Kollege sozial weitaus stärker.

[67] (3) Im Bereich Instandhaltung ist Herr B (geb. 1980, verheiratet, ein Kind, seit 1997 beschäftigt) ca. 20 Jahre jünger und trägt die Unterhaltspflicht für nur ein Kind. Herr S (geb. 1979, ledig, kein Kind, seit 1995 beschäftigt) ist gleichermaßen jünger und ohne Unterhaltsverpflichtung.

[68] (4) Im Bereich Qualität ist Herr Q (geb. 1980, ledig, kein Kind, seit 1995 beschäftigt) offensichtlich sozial stärker.

[69] C. Die Kündigung erweist sich nicht aus anderen Gründen als unwirksam, so dass das Urteil des LAG auch ohne die Prüfung der Sozialauswahl aufgehoben und der Klage stattgegeben werden müsste (§ 563 III ZPO). Das Urteil des LAG ist folglich gem. §§ 562 I, 563 I 1 ZPO aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LAG zurückzuverweisen.

[70] I. Die Streitgegenständliche Kündigung ist nicht wegen des Betriebsübergangs gem. § 613 a IV 1 BGB unwirksam. Im Falle eines Betriebsübergangs erstreckt sich die Vermutung nach § 125 I 1 Nr. 1 InsO auch darauf, dass die Kündigung der Arbeitsverhältnisse nicht wegen des Betriebsübergangs erfolgt (§ 128 II InsO). Der Kl. hat diese gesetzliche Vermutung nicht widerlegt. Die Revision führt auch keinen Angriff gegen die durch Bezugnahme auf die arbeitsgerichtliche Entscheidung wiedergegebene Auffassung des LAG, wonach die Kündigung betriebsbedingt zu Sanierungszwecken auf Grund eines Erwerberkonzepts erfolgte. Diese Auffassung ist nicht zu beanstanden. Nach der Rechtsprechung des BAG verstößt eine Kündigung nicht gegen § 613 a IV 1 BGB, wenn sie im zeitlichen Zusammenhang mit einem Betriebsübergang betriebsbedingt auf Grund eines Erwerberkonzepts oder zur Durchführung von Rationalisierungen – gegebenenfalls zur Herstellung der Verkaufsfähigkeit – im Rahmen eines eigenen Sanierungskonzepts des Veräußerers erfolgt (BAG, NZA 2007, 387 Rn. 31; vgl. auch MüKoBGB/Müller-Glöge, 6. Aufl., § 613 a Rn. 192).

[71] II. Die Kündigung ist nicht gem. § 134 BGB nichtig, weil sie vor Erstattung der Massenentlassungsanzeige gem. § 17 I KSchG erklärt wurde (vgl. BAG, NZA 2013, 845 Rn. 31, 37; BAG, NZA 2013, 966 Rn. 42; BAG, NZA 2013, 1040 Os. = NJOZ 2013, 1232 Rn. 72). Das ArbG hat zu dieser Frage Beweis erhoben. Die Beweisaufnahme ergab, dass die Kündigung dem Kl. erst nach Erstattung der Anzeige übergeben wurde. Das LAG legte dies ebenso wie das ArbG seiner Entscheidung zu Grunde. Hiergegen erhebt die Revision keine Rügen. Sonstige Fehler des Anzeigeverfahrens wurden nicht geltend gemacht und sind nicht ersichtlich.

[72] III. Die Kündigung ist auch nicht nach § 102 I 3 BetrVG unwirksam. Das LAG hat die Betriebsratsanhörung wie das ArbG als ordnungsgemäß angesehen. Hiergegen erhebt die Revision keine Rüge. Ein Fehler ist auch nicht erkennbar.

[73] IV. Entscheidend ist somit die Rechtmäßigkeit der getroffenen Sozialauswahl.

[74] 1. Mangels hinreichender Feststellungen kann der Senat nicht selbst beurteilen, ob und aus welchem Grund die Schaffung einer ausgewogenen Altersstruktur hier trotz der dargestellten Bedenken veranlasst war. Folglich kann auch der Zuschnitt der konkreten Altersgruppen nicht beurteilt werden, da diese im Zusammenhang mit dem verfolgten Sanierungskonzept stehen. Den Bekl. ist gem. § 139 II ZPO Gelegenheit zur entsprechenden Ergänzung ihres Vortrags zu geben, da sie ersichtlich bislang davon ausgingen, dass die Berufung auf den Interessenausgleich ausreicht und ein gerichtlicher Hinweis auf die Darlegungslast bezüglich der sanierungsbedingten Erforderlichkeit der Altersgruppenbildung nicht erfolgte. Das LAG wird nach Stellungnahme der Parteien die Bildung von Altersgruppen nach § 10 AGG erneut beurteilen müssen. Ein willkürlicher Zuschnitt der Altersgruppen mit dem bloßen Ziel der Bevorzugung jüngerer Arbeitnehmer ist unangemessen und kann der gerichtlichen Kontrolle nicht standhalten (vgl. BAGE 142, 225 = NZA 2012, 1090 Rn. 30).

[75] 2. Hinsichtlich der nach den betrieblichen Bereichen vorgenommenen Sozialauswahl kann der Senat mangels entsprechender Feststellungen die Vergleichbarkeit der Produktionsmitarbeiter nicht beurteilen. Aus den genannten Gründen ist den Bekl. Gelegenheit zur Ergänzung ihres Vortrags zu geben.

[76] 3. Sollte es darauf ankommen, ob einzelne Arbeitnehmer zu Recht aus der Sozialauswahl herausgenommen wurden, wird das LAG zu beachten haben, dass auch insoweit der Maßstab der groben Fehlerhaftigkeit anzuwenden ist. Dies betrifft auch die vom Kl. angeführten Mitarbeiter R, W und H, die angeblich unberechtigt als Schichtführer eingeordnet wurden. Bezüglich des Kollegen D hat das LAG bereits rechtsfehlerfrei entschieden, dass grobe Fehlerhaftigkeit nicht vorliegt. Die Sozialdaten weichen im persönlichen Bereich nur geringfügig von denen des Kl. ab. Herr D ist 1961 geboren, verheiratet und unterhaltspflichtig für zwei Kinder. Er ist aber bereits seit 1989 und damit ca. neun Jahre länger als der Kl. beschäftigt.

Anm. d. Schriftlgt.: Mit der Kündigung in der Insolvenz beschäftigt sich *Lakies*, ArbRAktuell 2012, 366; zu aktuellen arbeitsrechtlichen Fragen in Krise und Insolvenz s. den Beitrag von *Nungeßer*, NZI 2013, 21; die aktuelle Rechtsprechung des BAG zum Insolvenzarbeitsrecht behandeln *Fuhlrott/Grönheim*, GWR 2013, 129. ■

Abschluss dreiseitiger Verträge vor Ausspruch der Kündigung

KSchG § 17 I 2

Arbeitnehmer, die bereits vor Ausspruch einer Kündigung dreiseitige Verträge unterschrieben haben, sind bei der Zahl der zu entlassenen Arbeitnehmer mitzuzählen und somit bei der Anzeigepflicht nach § 17 I KSchG zu berücksichtigen. (Leitsatz der Redaktion)

LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 23.10.2013 – 10 Sa 32/13 (Vorinstanz: ArbG Lörrach, Urt. v. 26.6.2013 – 3 Ca 528/12)

Zum Sachverhalt: Die Parteien streiten nach einem Teilvergleich im Berufungsverfahren noch über die Wirksamkeit einer betriebsbedingten Kündigung, insbesondere über die Frage, ob die Bekl. eine notwendige Massenentlassungsanzeige unterlassen hat.

Der Kl. ist seit Juni 1977 bei der Bekl. als Produktionshelfer, zuletzt an der Abfallpresse in Vollzeit beschäftigt. Sein durchschnittliches Einkommen pro Monat beträgt rund 2500 Euro brutto.

Die Bekl. stellt Berufsbekleidung und technische Textilien her. Sie beschäftigt im Werk La. 260 Arbeitnehmer, im Werk in Lö. 89 Arbeitnehmer. An beiden Standorten sind jeweils Betriebsräte gewählt, es ist ein Gesamtbetriebsrat gebildet. Der Gesamtbetriebsratsvorsitzende ist zugleich der Vorsitzende des Betriebsrats des Werks La. Der Kl. war im Werk La. beschäftigt.

Unter dem Datum vom 31.10.2012, unterzeichnet jedoch erst am 20.11.2012 schlossen die Bekl. und der Gesamtbetriebsrat eine „Betriebsvereinbarung über Interessenausgleich und Sozialplan“. Der Sozialplan sieht keine Abfindungen vor, sondern bietet denen von einer Kündigung betroffenen Arbeitnehmern den Übertritt in eine Transfergesellschaft an. Der Kl. ist auf der Namensliste der von einer Kündigung betroffenen Personen genannt. Die Namensliste der zu kündigenden Arbeitnehmer benennt insgesamt 44 Arbeitnehmer, davon 29 aus La. und 15 aus Lö. Mit insgesamt acht Arbeitnehmern aus der Namensliste aus dem Werk La. wurden vor Ausspruch der Kündigungen dreiseitige Verträge zum Übertritt in eine Transfergesellschaft abgeschlossen. Ohne zuvor eine Massenentlassung angezeigt zu haben, sprach die Bekl. mit Schreiben vom 30.11.2012 dem Kl. die ordentliche Kündigung zum 30.6.2013 aus. Das Kündigungsschreiben ging dem Kl. am selben Tag zu. Hiergegen wendete er sich mit seiner am 12.12.2012 erhobenen Kündigungsschutzklage, die der Bekl. am 2.1.2013 ausweislich des unterschriebenen Empfangsbekennnisses zugestellt wurde.

Der Kl. hat vor dem *ArbG* vorgetragen, die Kündigung sei unwirksam, weil sie zum einen sozial ungerechtfertigt sei und zum anderen der Betriebsrat vor Ausspruch der Kündigung nicht ordnungsgemäß angehört worden sei und auch keine Massenentlassung angezeigt worden sei. Die Bekl. könne sich darüber hinaus nicht auf § 1 V KSchG berufen, da die Form Vorschriften für den Interessenausgleich mit Namensliste nicht eingehalten worden seien. Der Kl. beruft sich außerdem auf einen tariflichen Sonderkündigungsschutz. Er hat, soweit Gegenstand dieser Entscheidung, beim *ArbG* beantragt:

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis durch die schriftliche Kündigung vom 30.11.2012 nicht aufgelöst worden ist.
2. Es wird festgestellt, dass das die Parteien verbindende Arbeitsverhältnis auch nicht durch andere Beendigungsgründe aufgelöst worden ist, sondern über den 30.6.2013 hinaus ungekündigt fortbesteht.
3. Die Bekl. wird verurteilt, den Kl. über den 30.6.2013 hinaus zu den bisherigen Arbeitsbedingungen als Produktionsmitarbeiter weiter zu beschäftigen.

Die Bekl. hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat vor dem *ArbG* vorgetragen, es lägen Gründe für eine Kündigung vor, da die Bekl. seit 2011 unter einem Auftragsrückgang leide. Am 5.10.2012 sei dem Betriebsrat die Personaliste übergeben worden und Arbeitgeber und Betriebsrat hätten sich am 15.10.2012 auf den Interessenausgleich mit der anhängenden Namensliste verständigt, der am 20.11.2012 unterschrieben worden sei, wobei die Namensliste von beiden Betriebsräten, der Interessenausgleich vom Gesamtbetriebsratsvorsitzenden unterschrieben worden sei. Daher seien der Interessenausgleich und die beigefügte Namensliste wirksam vereinbart. Der Betriebsrat sei ordnungsgemäß angehört worden. Eine Massenentlassungsanzeige sei nicht erforderlich gewesen. Die Agentur für Arbeit habe der Bekl. mündlich die Auskunft erteilt, Arbeitnehmer, mit denen die Bekl. vor Ausspruch der Kündigung Aufhebungsverträge geschlossen habe, seien bei der Berechnung des Schwellenwerts nach § 17 KSchG nicht mitzuzählen. Das beruhe darauf, dass die Arbeitnehmer, die den dreiseitigen Vertrag unterschrieben hätten, nicht arbeitslos geworden seien.

Das *ArbG* hat durch Urteil vom 26.6.2013 entschieden, dass das Arbeitsverhältnis durch die streitgegenständliche Kündigung nicht beendet wird, sondern fortbesteht. Es hat zur Begründung ausgeführt, die Bekl. habe es unterlassen, die erforderliche Massenentlassungsanzeige nach § 17 I KSchG zu erstatten. Diese sei erforderlich gewesen, denn bei der Berechnung der Zahl der Entlassungen seien auch die Arbeitnehmer zu berücksichtigen, die zuvor den dreiseitigen Vertrag mit dem Übertritt in

eine Transfergesellschaft unterzeichnet hätten. Das ergebe sich aus dem Wortlaut von § 17 I 2 KSchG. Die mündliche Auskunft des Mitarbeiters der Agentur für Arbeit sei falsch gewesen, aber rechtlich irrelevant.

Gegen das ihr am 11.7.2013 zugestellte Urteil hat die Bekl. Berufung eingelegt und diese sogleich begründet. Die Berufung hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen: I. Die nach § 64 II ArbGG an sich statthafte Berufung ist von der Bekl. form- und fristgerecht innerhalb der Fristen des § 66 II ArbGG eingelegt und begründet worden. Die Begründung der Berufung genügt den Anforderungen des § 520 III ZPO, weil sie sich mit den tragenden Gründen des arbeitsgerichtlichen Urteils auseinandersetzt.

Unschädlich ist, dass sich die Bekl. mit den ausgeurteilten Anträgen Nrn. 2 und 3 des Urteils nicht auseinandersetzt. Bezieht sich das Rechtsmittel auf mehrere Ansprüche im prozessualen Sinn, ist zu jedem Anspruch eine ausreichende Begründung zu geben. Fehlen Ausführungen zu einem Anspruch, ist das Rechtsmittel insoweit unzulässig. Anderes gilt, wenn die Begründetheit des einen Anspruchs denkbareweise von der des anderen abhängt (vgl. *BAGE* 68, 1 = *NZA* 1991, 812). Es genügt dann eine Auseinandersetzung mit der „Hauptbegründung“. So ist es auch, wenn die geltend gemachten Ansprüche zwar rechtlich selbstständig sind, das Gericht die Ansprüche aber wie voneinander abhängige Ansprüche behandelt hat. Auch dann genügt eine Rechtsmittelbegründung, die für das Rechtsmittelgericht und den Gegner erkennbar auch den nicht näher behandelten Anspruch einbezieht (vgl. zB *BAG*, *NZA* 2004, 1047).

II. Die Berufung ist jedoch unbegründet, denn das *ArbG* hat zu Recht entschieden, dass die streitgegenständliche Kündigung das Arbeitsverhältnis nicht beendet.

1. Das Kündigungsschutzgesetz findet auf das Arbeitsverhältnis der Parteien Anwendung, da seine Voraussetzungen in betrieblicher und persönlicher Hinsicht erfüllt sind. Die Kündigungsschutzklage wurde innerhalb der Frist des § 4 KSchG erhoben. Sie wurde auch demnächst iSv § 167 ZPO zugestellt. Zwar erfolgte die Zustellung erst am 2.1.2013. Darauf hat sich die Bekl. jedoch nicht berufen, so dass nach § 295 ZPO Heilung eingetreten ist. Im Übrigen hat diese Verzögerung der Zustellung nicht der Kl. zu vertreten, der seine Klage bereits am 12.12.2012 erhoben hatte.

2. Das *ArbG* ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Klage begründet ist, weil die Kündigung unwirksam ist und daher das Arbeitsverhältnis nicht zu beenden vermag. Die Kündigung ist unwirksam, weil die Bekl. die erforderliche Massenentlassungsanzeige nach § 17 I KSchG nicht erstattet hat. Das *ArbG* hat dies mit zutreffenden Erwägungen angenommen, auf die zur Vermeidung von Wiederholungen zunächst daher vollumfänglich Bezug genommen wird.

Zutreffend ist das *ArbG* insbesondere davon ausgegangen, dass für die Frage, wie viel Arbeitnehmer von den von der Bekl. geplanten Entlassungen nach § 17 I KSchG betroffen sind, auch die Arbeitnehmer mitzuzählen sind, die auf Veranlassung der Bekl. bereits vor Ausspruch der Kündigungen einen dreiseitigen Vertrag zwecks Aufhebung des Arbeitsverhältnisses zur Bekl. und Übertritt in die Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft unterzeichnet haben. Im Einzelnen:

a) Das *ArbG* hat zunächst zutreffend unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des *BAG* entschieden, dass ein Verstoß gegen die Anzeigepflicht nach § 17 I KSchG zur Unwirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung führt (*BAG*, *NZA* 2013, 845). Ferner ist das *ArbG* zu Recht davon ausgegangen, dass sich die Massenentlassungsanzeigepflicht hier allein auf den Betrieb in La. bezieht und nur die Zahl der hier

entlassenen Arbeitnehmer im Verhältnis zur Gesamtzahl der dort beschäftigten Arbeitnehmer für die Frage der Anzeigepflicht maßgeblich ist.

Die für die Entscheidung dieses Rechtsstreits maßgebliche Frage, ob bei der Ermittlung der Zahl der entlassenen Arbeitnehmer auch die Arbeitnehmer zu berücksichtigen sind, die vor Ausspruch der Kündigungen mit der Bekl. einen dreiseitigen Vertrag mit dem Ziel des Übertritts in eine Beschäftigung- und Qualifizierungsgesellschaft abgeschlossen haben, ist mit dem *ArbG* zu bejahen. Alle 29 Beschäftigte des Betriebs in La., die auf der vereinbarten Namensliste als zu entlassende Arbeitnehmer aufgeführt worden sind, sind unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem Ausspruch der Kündigungen in die Beschäftigung- und Qualifizierungsgesellschaft gewechselt sind oder eine Kündigung erhalten haben für die Frage der Anzeigepflicht nach § 17 I 1 Nr. 2 KSchG als entlassene Arbeitnehmer zu berücksichtigen. Nach § 17 I 2 stehen den Entlassungen andere Beendigungen des Arbeitsverhältnisses gleich, die vom Arbeitgeber veranlasst werden. Hierzu zählen nicht nur die Arbeitnehmer, die nach Ausspruch der Kündigung in eine Beschäftigung- und Qualifizierungsgesellschaft wechseln (*BAGE* 142, 202 = *NZA* 2012, 1029 Rn. 45), sondern auch die Arbeitnehmer, die bereits vor Ausspruch der Kündigung einen solchen dreiseitigen Vertrag, durch den das Arbeitsverhältnis mit der Bekl. bei gleichzeitiger Begründung eines neuen Arbeitsverhältnisses mit der Transfergesellschaft beendet wird, unterzeichnet haben. Die weitere Voraussetzung, dass dies auf Veranlassung des Arbeitgebers erfolgt ist, ist außer Streit, da diese Arbeitnehmer auf der Namensliste nach § 1 V KSchG als entlassene Arbeitnehmer aufgeführt waren.

aa) Ob Arbeitnehmer, die zu einer Transfergesellschaft wechseln und damit den Arbeitsmarkt – wenn überhaupt – nur verzögert belasten, bei der Berechnung des Schwellenwerts nach § 17 KSchG mitzuzählen sind, ist in der Fachliteratur umstritten (bejahend: *ErfK/Kiel*, 13. Aufl., § 17 KSchG Rn. 12; *APS/Moll*, 4. Aufl., § 17 KSchG Rn. 29; *Niklas/Koehler*, *NZA* 2010, 913; verneinend: *v. Hoyningen-Huene/Linck*, *KSchG*, 14. Aufl., § 17 Rn. 24). Eine Differenzierung danach, zu welchem Zeitpunkt dieser Übertritt in die Transfergesellschaft erfolgt, wird soweit ersichtlich in der Literatur bisher nicht diskutiert. Das *BAG* hat diese Frage in seiner Entscheidung vom 28.6.2012 (*BAGE* 142, 202 = *NZA* 2012, 1029 Rn. 44) offen gelassen. Geklärt ist lediglich, dass Aufhebungsverträge dann, aber auch nur dann als Entlassung iSd § 17 I KSchG zu berücksichtigen sind, wenn sie vom Arbeitgeber veranlasst sind.

bb) Der eindeutige Wortlaut des § 17 I 2 KSchG spricht zunächst dafür, dass auch die Arbeitnehmer, die vor Ausspruch der Kündigungen in eine Transfergesellschaft wechseln, für die Ermittlung der Zahl der entlassenen Arbeitnehmer mitzuzählen sind, wenn der Abschluss des dreiseitigen Vertrags auf Veranlassung des Arbeitgebers erfolgt ist. Der Wortlaut des § 17 I 2 KSchG differenziert nicht danach, ob die Arbeitnehmer, die in anderer Weise ihr Arbeitsverhältnis auf Veranlassung des Arbeitgebers beenden, danach arbeitslos werden oder nicht. Auch der Wortlaut der *RL* 98/59/EG (Massenentlassungsrichtlinie – *MERL*) differenziert in Art. 1 I UAbs. 2 nicht danach, ob diese Arbeitnehmer nach Abschluss eines Aufhebungsvertrags den Arbeitsmarkt belasten oder nicht.

cc) Für dieses Verständnis des § 17 I 2 KSchG spricht auch, dass im Zusammenhang des § 112 a I 2 *BetrVG* „das vom Arbeitgeber aus Gründen der Betriebsänderung veranlasste

Ausscheiden von Arbeitnehmern auf Grund von Aufhebungsverträgen“ als Entlassung gilt. Hier verbietet sich eine Differenzierung danach, ob der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zum Abschluss eines Aufhebungsvertrags wegen des zukünftigen Wegfalls seines Arbeitsplatzes vor oder nach der Aufnahme der Verhandlungen über einen Interessenausgleich und Sozialplan bewogen hat, denn andernfalls hätte der Arbeitgeber es in der Hand, durch den rechtzeitigen Abschluss von Aufhebungsverträgen, insbesondere im Zusammenhang mit attraktiven Abfindungsregelungen bei einem ausschließlichen Personalabbau nach § 112 a I *BetrVG* gegebenenfalls die Sozialplanpflicht zu umgehen.

dd) Es gibt auch keinen Grund für eine am Sinn und Zweck des § 17 I KSchG orientierte einschränkende Auslegung (teleologische Reduktion) mit dem Ziel, dass dreiseitige Verträge vor Ausspruch der Kündigungen nach § 17 I 2 KSchG nicht zu berücksichtigen sind.

Es ist Sinn und Zweck des § 17 KSchG, die sozioökonomischen Auswirkungen von Massenentlassungen aufzufangen und deshalb ua der Agentur für Arbeit die Möglichkeit zu geben, Maßnahmen zur Vermeidung oder Verzögerung von Belastungen des Arbeitsmarkts einzuleiten (*BAGE* 140, 261 = *NZA* 2012, 817 = *NJW* 2012, 2376 Rn. 45).

Der Abschluss eines dreiseitigen Vertrags zwecks Übertritts in eine Transfergesellschaft bietet in der Praxis aber keine Gewährleistung dafür, dass diese Arbeitnehmer nicht nach unter Umständen nur geringfügig längerer Zeit gleichwohl den Arbeitsmarkt belasten, weil sie in der Transfergesellschaft lediglich „geparkt“ worden sind. Es mag der Bekl. zuzugestehen sein, dass die von ihr beauftragte Transfergesellschaft es schafft, einen erheblichen Teil der Arbeitnehmer zu vermitteln und ihm die Arbeitslosigkeit zu ersparen. Ob dies gelingt, ist jedoch von vielen verschiedenen Faktoren, insbesondere konjunkturellen Gegebenheiten abhängig und nicht vorhersehbar. Darüber hinaus erschöpft sich der Zweck des § 17 KSchG auch nicht nur darin, der Agentur für Arbeit Gelegenheit zu geben, Vorkehrungen gegen die Arbeitslosigkeit der entlassenen Arbeitnehmer zu treffen. Vielmehr stehen nicht nur die Belastungen des Arbeitsmarkts durch die Entlassung im Vordergrund, sondern auch der individuelle Schutz der von Massenentlassungen betroffenen Arbeitnehmer (*KR-Weigand*, 10. Aufl., § 17 KSchG Rn. 8). Dieser Schutz der Arbeitnehmer wird jedoch vorrangig durch die Konsultationspflicht nach § 17 II KSchG gewährleistet, denn diese ermöglicht es dem Betriebsrat, durch Einflussnahme auf die Entscheidung des Arbeitgebers im Vorfeld Massenentlassungen zu verhindern. Das ergibt sich ausdrücklich aus Art. 2 II *MERL*, der als Zweck der Konsultationen die Möglichkeit, Massenentlassungen zu vermeiden oder zu beschränken, nennt. Würde man nunmehr die Arbeitnehmer, die bereits vor dem Ausspruch der Kündigungen auf Veranlassung des Arbeitgebers Aufhebungsverträge oder dreiseitige Verträge zwecks Übertritts in eine Transfergesellschaft abgeschlossen haben, nicht als Entlassungen verstehen, so könnte der Arbeitgeber die von § 17 II KSchG bzw. Art. 2 II *MERL* zum Schutz der Arbeitnehmer verlangte Konsultation der Arbeitnehmervertretung umgehen, obwohl die Gesamtzahl der Arbeitnehmer, die von den Entlassungsmaßnahmen betroffen sind, gleichwohl den in § 17 I KSchG genannten Anteil übersteigt. Das würde aber dem Zweck dieser Vorschrift zuwiderlaufen.

ee) Auch Praktikabilitätserwägungen sprechen für das vorliegende Verständnis des § 17 I 2 KSchG. Im Allgemeinen wird ein Arbeitnehmer einen ihm vom Arbeitgeber angetragenen Aufhebungsvertrag nur dann annehmen, wenn er ein Anschlussarbeitsverhältnis in Aussicht hat, so dass der Geset-

zeswortlaut losgelöst von dem Übertritt in eine Transfergesellschaft in der Praxis viele Fälle erfasst, in denen der Arbeitnehmer, der den Aufhebungsvertrag zwar auf Veranlassung des Arbeitgebers geschlossen hat, gleichwohl nicht in die Arbeitslosigkeit geht, sondern in ein neues Beschäftigungsverhältnis wechselt. Für die Frage der Berücksichtigung von Aufhebungsverträgen käme es dann im Einzelfall darauf an, ob der Arbeitnehmer bei Abschluss des Aufhebungsvertrags ein neues Arbeitsverhältnis schon eingegangen ist. Das müsste der Arbeitgeber in jedem Einzelfall eines von ihm veranlassten Aufhebungsvertrags ermitteln, wodurch eine zusätzliche Rechtsunsicherheit entsteht.

Die Arbeitnehmer, die bereits vor Ausspruch der Kündigungen dreiseitige Verträge unterschrieben hatten, waren folglich bei der Zahl der entlassenen Arbeitnehmer zu berücksichtigen, was zur Folge hat, dass die Bekl. eine Massenentlassungsanzeige nach § 17 I 1 Nr. 2 KSchG hätte erstatten müssen. Da dies unterblieben ist, ist die Kündigung unwirksam nach § 17 I KSchG iVm § 134 BGB.

Auf den Umstand, dass die Bekl. von der örtlichen Agentur für Arbeit eine gegenläufige Auskunft erhalten hat, kommt es nicht an, wie das ArbG in seinem Urteil auf S. 7 mit zutreffenden Erwägungen ausgeführt hat, auf die vollumfänglich Bezug genommen wird.

Das ArbG hat die Kündigung daher zu Recht als unwirksam erachtet und zutreffend entschieden, dass sie das Arbeitsverhältnis nicht beendet. Die Berufung der Bekl. war daher zurückzuweisen.

Anmerkung:

Um es vorweg zu nehmen, nicht nur die 10., sondern auch die 9. und 11. Kammer des LAG Baden-Württemberg, die im Hinblick auf das in Rede stehende Massenentlassungsverfahren auf Grund des Geschäftsverteilungsplans des Gerichts etwa zur gleichen Zeit mit gleich gelagerten Sachverhalten befasst waren, sind ebenso wie die 10. Kammer nicht nur im Ergebnis, sondern auch in ihren Begründungen zutreffend davon ausgegangen, dass § 17 I 2 KSchG auch die Mitberücksichtigung solcher Arbeitnehmer gebietet, die noch vor Ausspruch einer Kündigung aus dringenden betrieblichen Erfordernissen im Rahmen von dreiseitigen Verträgen in eine Transfergesellschaft wechseln.

Bekanntlich ist Ausgangspunkt jeder Rechtsanwendung der Gesetzeswortlaut. Der Gesetzeswortlaut des § 17 I 2 KSchG, der wiederum Folge einer Umsetzung der RL 98/59 (MERL) ist, bestimmt dazu, ohne eine zeitliche Vorgabe im Verhältnis zur Kündigung zu postulieren, dass den Entlassungen andere Beendigungen des Arbeitsverhältnisses gleichstehen, die vom Arbeitgeber veranlasst werden. Die arbeitgeberseitige Veranlassung war im vorliegenden Fall unstreitig und dürfte im Übrigen auch regelmäßig als gegeben anzunehmen sein.

Auch wenn es die 10. Kammer des LAG Baden-Württemberg nicht so deutlich ausspricht, wie die Vorinstanz, ergibt sich allein schon aus der Subsumtion des Wortlauts der in Rede stehenden Bestimmung, dass als andere Beendigungstatbestände bspw. Vorruhestandsregelungen, aber auch Wechsel in Transfergesellschaften im Sinne der Regelung in Betracht kommen (vgl. dazu ErfK/Kiel, 14. Aufl. 2014, § 17 KSchG Rn 12 mwN; APS/Moll, 4. Aufl., § 17 KSchG, Rn. 29). Auch Niklas/Koehler gehen in ihrer Abhandlung „Vermeidung von Problemen bei Massenentlassungsanzeigen“ (NZA 2010, 913) davon aus, dass auch Vereinbarungen, die den Übertritt auf einen anderen Arbeitgeber regeln, von der Norm erfasst werden.

Das BAG hat zu dieser Problematik bislang festgestellt, dass zu den Entlassungen iSv § 17 I 2 KSchG jedenfalls auch solche Arbeitnehmer zählen, bei denen zum Zeitpunkt der Massenentlassungsanzeige noch nicht feststeht, ob sie in eine Transfergesellschaft wechseln werden (vgl. BAG, NZA 2012, 1029 Rn. 44). Nicht geäußert hat sich das BAG demgegenüber zu der Frage, ob Mitarbeiter, die bereits vor dem Zeitpunkt der Abgabe einer etwaigen Massenentlassungsanzeige dreiseitige Verträge abgeschlossen haben, mit zu berücksichtigen sind.

Über den klaren Wortlaut hinaus, haben die Vorinstanzen, insbesondere das Berufungsgericht, offenbar rein fürsorglich eine zutreffende teleologische Reduktion dahingehend vorgenommen und unter Verweis auf eine andere Entscheidung des BAG vom 18.1.2012 (NZA 2012, 817 Rn. 45) gestützt, dass es dem Sinn und Zweck der Norm des § 17 KSchG entspricht, die sozioökonomischen Auswirkungen von Massenentlassungen aufzufangen und damit der Agentur für Arbeit die Möglichkeit zu geben, Maßnahmen zur Vermeidung oder Verzögerung von Belastungen des Arbeitsmarkts einzuleiten. Dem BAG genügt für die Mitberücksichtigung von Arbeitnehmern, zum Zeitpunkt der Abgabe der Massenentlassung allein die fehlende Absehbarkeit für die Arbeitsverwaltung in Bezug auf die Belastung des Arbeitsmarkts. Diese Sichtweise gebietet es aber aus der Sicht des Verfassers, dass selbst dann, wenn man die in Rede stehende Bestimmung überhaupt einer Auslegung für zugänglich erachten wollte, der Schutzzweck der Norm auch auf solche vorverlagerten Abschlüsse dreiseitiger Verträge zu erstrecken ist, wenn zumindest ein Zusammenhang mit der damit einhergehenden Betriebsänderung erkennbar ist.

Es kann im Übrigen nicht im Sinne des Gesetzgebers gelegen haben, die Frage einer Massenentlassungsanzeigepflicht der Disposition des Arbeitgebers zu überlassen. Man überlasse es damit dem Verhandlungsgeschick des Arbeitgebers, die Schwellenwerte des § 17 I Nrn. 1 bis 3 KSchG durch erfolgreiches und vorzeitiges Überleiten einer ausreichenden Anzahl von Arbeitnehmern in eine Transfergesellschaft zu unterlaufen.

Gegen eine anderweitige Auslegung der Norm spricht dabei auch die sowohl von dem Berufungsgericht vorgenommene, als auch die in der Kommentierung bei KR-Weigand (KündigungsR, 10. Aufl. 2013, § 17 Rn. 43 a) angesprochene Parallelerwertung zur Bestimmung des § 112 a I 2 BetrVG. Diese Bestimmung verfolgt einen ähnlichen Zweck wie § 17 I 2 KSchG und ist auch sprachlich ähnlich gestaltet. Auch diese Bestimmung verbietet eine Differenzierung danach, ob der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zum Abschluss eines Aufhebungsvertrags vor oder nach der Aufnahme von Verhandlungen über einen Interessenausgleich und Sozialplan bewogen hat.

Aus Sicht des Verfassers haben daher die 9., 10. und 11. Kammer des LAG Baden-Württemberg völlig zu recht diejenigen Mitarbeiter bei der Prüfung des Schwellenwerts mitberücksichtigt, die schon vor Abgabe einer Massenentlassungsanzeige (im vorliegenden Falle hatte der Arbeitgeber, in der Annahme dazu nicht verpflichtet gewesen zu sein, überhaupt keine Massenentlassungsanzeige vorgelegt) einen dreiseitigen Vertrag mit ihrem Arbeitgeber und einer Transfergesellschaft geschlossen haben. Zu bedauern ist, dass das BAG, obgleich die mit der Sache befassten Kammern des LAG Revision zugelassen hatten, seine bisherige Rechtsprechung in diesem Punkte nicht noch präzisieren konnte, da die Ar-

beitgeberseite die Berufungsentscheidung in Rechtskraft erwachsen ließ.

*Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht
Olaf Müller, Freiburg i. Br.*

Betriebsverfassungsrecht

Rechtliche Verhinderung eines Betriebsratsmitglieds an der Beschlussfassung

BetrVG §§ 25 I 2, 29 II 6

Orientierungssätze der Richterinnen und Richter des BAG:

1. Zur Einlegung eines Rechtsmittels gegen eine den Betriebsrat beschwerende Entscheidung durch einen ordnungsgemäß beauftragten Verfahrensbevollmächtigten bedarf es prinzipiell keiner gesonderten Beschlussfassung des Betriebsrats. Nach den auch im Beschlussverfahren geltenden Vorschriften des § 81 ZPO iVm § 46 II ArbGG ermächtigt die einmal erteilte Prozessvollmacht im Außenverhältnis – in den zeitlichen Grenzen des § 87 ZPO – zu allen den Rechtsstreit betreffenden Prozesshandlungen einschließlich der Einlegung von Rechtsmitteln. Nichts anderes gilt für die Einlegung einer Nichtzulassungsbeschwerde.
2. Beruht bereits die Beauftragung des Verfahrensbevollmächtigten nicht auf einer wirksamen Beschlussfassung des Betriebsrats, ist der Rechtsanwalt nicht wirksam vom Betriebsrat bevollmächtigt. Allerdings ist die ordnungsgemäße Erteilung der Anwaltsvollmacht nach dem auch im Beschlussverfahren anwendbaren § 88 II ZPO grundsätzlich nur auf Rüge eines Verfahrensbeteiligten zu prüfen. Wird die Erteilung der Vollmacht in Abrede gestellt, hat der Verfahrensbevollmächtigte seine Vollmacht nachzuweisen. Wird die ordnungsgemäße Beschlussfassung des Betriebsrats über die Bevollmächtigung bestritten, muss der Nachweis eines wirksamen Gremiumsbeschlusses geführt werden.
3. Ein Betriebsratsmitglied kann aus rechtlichen Gründen zeitweilig an der Wahrnehmung seines Amtes verhindert sein. Um eine solche „rechtliche Verhinderung“ handelt es sich bei Maßnahmen und Regelungen, die das Betriebsratsmitglied individuell und unmittelbar betreffen.
4. Es kann offen bleiben, ob an der Senatsrechtsprechung festzuhalten ist, dass die Mitwirkung eines rechtlich verhinderten Betriebsratsmitglieds stets zur Unwirksamkeit des unter seiner Beteiligung gefassten Betriebsratsbeschlusses führt.
5. Bei der Mitbestimmung des Betriebsrats bei personellen Einzelmaßnahmen nach § 99 BetrVG ist eine unmittelbare und individuelle Betroffenheit eines Betriebsratsmitglieds regelmäßig gegeben, wenn es gerade die Person ist, auf die sich ein Zustimmungersuchen des Arbeitgebers unmittelbar richtet. Geht es dagegen um einen Beschluss des Betriebsrats zur Einleitung eines Mitbestimmungssicherungsverfahrens nach § 101 BetrVG, genügt dies für sich gesehen nicht, das von der Maßnahme betroffene Betriebsratsmitglied als rechtlich verhindert anzusehen.

BAG, *Beschl. v. 6.11.2013 – 7 ABR 84/11 (Vorinstanz: LAG München, Beschl. v. 14.6.2011 – 7 TaBV 84/10)*

Zum Sachverhalt: Die Bet. streiten über die Aufhebung einer Maßnahme, die der Betriebsrat als eine mitbestimmungspflichtige Versetzung

ansieht, und über einen Unterlassungsanspruch. Die zu 2 beteiligte Arbeitgeberin betreibt in P. ein Logistikzentrum, in dem der zu 1 beteiligte, neunköpfige Betriebsrat gebildet ist. Der seit dem 10.11.1997 beschäftigte Arbeitnehmer S ist Mitglied des Betriebsrats. In seinem Arbeitsvertrag – noch mit der Rechtsvorgängerin der Arbeitgeberin geschlossen – heißt es unter „§ 1 Tätigkeit und Aufgabengebiet“ ua: „Die Firma stellt Herrn S als Mitarbeiter im Logistikzentrum/Wareneingang ein.“

Bis zum 8.2.2010 war Herr S damit betraut, die durch Spediteure angelieferte Ware an der Rampe entgegenzunehmen, anhand des Speditionsscheins zu überprüfen und vorzusortieren („Wareneingang/Warennahme“). Seit dem 9.2.2010 hat er auf Weisung der Arbeitgeberin die vorsortierte Ware auszupacken, auf Richtigkeit mittels Lieferschein zu kontrollieren und im EDV-System einzubuchen („Wareneingang/Buchen“ oder auch „Wareneingangsbuchung“). Bei der Zuweisung dieser – nach dem Vorbringen des Betriebsrats vor allem wegen des Auspackens der Ware körperlich anspruchsvolleren – Tätigkeit beteiligte die Arbeitgeberin den Betriebsrat nicht. Bei der Arbeitgeberin existieren interne Arbeitsanweisungen (AA), die zB im Anwendungsbereich „Inbound Operations“ eine „AA Warenannahme“ und einen „AA Wareneingang“ beinhalten.

Der Betriebsrat hat in dem vorliegenden Beschlussverfahren – soweit für die Rechtsbeschwerde noch von Bedeutung – vor allem die Aufhebung der aus seiner Sicht als Versetzung anzusehenden Zuweisung der Tätigkeit Wareneingang/Buchen an das Betriebsratsmitglied S verlangt. In der von Rechtsanwältin E in Vertretung für Rechtsanwältin W unterzeichneten Antragschrift vom 7.4.2010 ist ua ausgeführt: „Der Betriebsrat hat die Einleitung dieses Verfahrens und die Beauftragung der Rechtsanwältin K & Kollegen zur Einleitung des Verfahrens und der Vertretung bereits in den Sitzungen vom 6.4.2010 und 10.2.2010 ordnungsgemäß beschlossen. Im Bestreitensfalle wird dem Gericht die jeweilige Tagesordnung und das Protokoll der jeweiligen Betriebsratssitzung vorgelegt.“

Zuletzt hat der Betriebsrat – soweit für das Rechtsbeschwerdeverfahren noch von Interesse – sinngemäß beantragt, (1) der Arbeitgeberin aufzugeben, die Versetzung des Mitarbeiters S aufzuheben, (2) der Arbeitgeberin unter Androhung eines der Höhe nach vom Gericht festzusetzenden Ordnungsgeldes für jeden Fall der Zuwiderhandlung aufzugeben, es zu unterlassen, ohne vom Betriebsrat vorherige – erteilte, als erteilt geltende oder gerichtlich ersetzte – Zustimmung Mitarbeiter vom Arbeitsbereich Wareneingang/Warennahme in den Arbeitsbereich Wareneingang/Buchen zu versetzen, sofern nicht die Arbeitgeberin das Verfahren zur Feststellung der dringenden Erforderlichkeit nach Maßgabe von § 100 II BetrVG eingehalten hat.

Das ArbG hat die Anträge als unbegründet abgewiesen. Der Rüge der nicht ordnungsgemäßen Verfahrenseinleitung ist es ebenso wenig nachgegangen wie der Betriebsrat seine Ankündigung entsprechender Nachweise umgesetzt hat.

Der Betriebsrat hat gegen den arbeitsgerichtlichen Beschluss mit von Rechtsanwalt W unterzeichnetem Schriftsatz Beschwerde eingelegt. Nach Anzeige der Mandatsniederlegung der Rechtsanwältin K & Kollegen ist die Beschwerde mit von Rechtsanwalt S – von der Kanzlei S & Kollegen – unterschriebenem Schriftsatz begründet worden. Ausweislich des Protokolls des Anhörungstermins vor dem LAG am 8.3.2011 hat der Verfahrensbevollmächtigte der Arbeitgeberin – nach der Niederschrift eines widerrufenen Vergleichs – erklärt: „Ich bestreite, wie bereits erstinstanzlich vorgetragen, dass der Ast. einen ordnungsgemäßen Beschluss zur Verfahrenseinleitung getroffen hat.“

Im Anschluss an den Widerruf des Vergleichs hat Rechtsanwalt S als (damaliger) Verfahrensbevollmächtigter des Betriebsrats beantragt, Termin zur Fortsetzung der Anhörung zu bestimmen und als Anlage zu seinem Schriftsatz „den Verfahrenseinleitungsbeschluss vom 23.9.2010“ überreicht. Die Anlage ist eine Kopie des „Auszugs aus der Außerordentlichen Betriebsratssitzung“, die als „Datum“ der Sitzung den „23.9.2011“ und als Datum der Unterschrift des Betriebsratsvorsitzenden den „26.10.2010“ ausweist. Im Übrigen ist dem Auszug zu entnehmen, dass an der Betriebsratssitzung – neben fünf Mitgliedern und drei Ersatzmitgliedern des Betriebsrats – Herr S teilgenommen hat. Als Tagesordnungspunkt 6 ist in dem „Auszug aus der Außerordentlichen Betriebsratssitzung“ ua aufgeführt (in wörtlicher Wiedergabe): „Beschlussfassung über Einleitung von Beschwerde wegen des Beschlusses vom ArbG München mit dem Az. 2 BV 147/10 beim LAG München (II. Instanz) und die Beauftragung der Rechtsanwältin K & Kollegen mit der