
Datum: 04.12.2003
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 Sa 900/03
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2003:1204.4SA900.03.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Paderborn, 1 Ca 1651/02
Nachinstanz: Bundesarbeitsgericht, 2 AZR 17/04 Revision zurückgewiesen
04.11.2004
Schlagworte: Übergabe einer Kündigung in Kopie statt im Original
Normen: §§ 126, 127, 130, 611, 623 BGB
Leitsätze:

1. Eine Kündigungserklärung nach § 623 BGB muß nicht nur in der vorgeschriebenen Form „erstellt“, sondern im allgemeinen auch in dieser Form „zugegangen“ sein. Es reicht deshalb nicht aus, daß das Schriftstück dem Adressaten nur zum Durchlesen überlassen wird. Die bloße (Möglichkeit der) Kenntnisnahme des Inhalts genügt nicht, vielmehr muß der Adressat die (alleinige) Verfügungsgewalt über das Schriftstück erlangt haben.

2. Für die gewillkürte Schriftform im Sinne des § 127 BGB ist anerkannt, daß diese unter besonderen Umständen auch durch Aushändigung einer unbeglaubigten Fotokopie der ordnungsgemäß unterzeichneten Originalurkunde gewahrt werden kann, wenn dem Empfänger in Anwesenheit des Erklärenden (oder dessen Vertreters) eine Fotokopie der Erklärung übergeben wird und eine sofortige Einsicht in das unterschriebene Original möglich ist (BAG v. 20.08.1998 - 2 AZR 603/97, AP Nr. 5 zu § 127 BGB).

3. Diese Grundsätze lassen sich auf den Fall der gesetzlichen Schriftform nach § 126 Abs. 1 BGB übertragen, wenn dem Arbeitnehmer versehentlich das Original des Kündigungs-

schreibens zur Empfangsbestätigung vorgelegt und ihm nach Unterzeichnung eine Fotokopie zum Verbleib ausgehändigt wird. Der Arbeitnehmer kann sich in einem solchen Fall sofort an Ort und Stelle davon überzeugen, daß die Fotokopie mit dem Original übereinstimmt. Die Übergabe der Fotokopie steht bei einer solchen Fallgestaltung, was den Schutz des Empfängers anbelangt, dem Original gleich.

4. Der Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung, der nach heutigem Verständnis zusammen mit dem Vergütungsanspruch eine Einheit bildet und in der Bündelung dieser Berechtigungen den Hauptanspruch des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis im Sinne des § 611 BGB ausmacht (LAG Hamm v. 05.05.1983 - 8 Sa 255/83, EzA § 102 BetrVG 1972 Nr. 52), kann - wenn die Wirksamkeit der Kündigung festgestellt wird - nicht mehr mit Erfolg geltend gemacht werden.

Rechtskraft: Die Revision wird zugelassen.

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Paderborn vom 10.04.2003 - 1 Ca 1651/02 - wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 16.200,00 € festgesetzt.

Tatbestand	1
Die Parteien streiten um die Rechtswirksamkeit zweier ordentlicher Kündigungen sowie den Anspruch des Klägers auf Weiterbeschäftigung.	2
Der Beklagte ist der durch Beschluß des Amtsgerichts Paderborn vom 01.07.2002 (2 IN 225/02) über das Vermögen der Firma W2xxx M2xxx GmbH bestellte Insolvenzverwalter. Die Insolvenzschriftnerin hatte Produktionswerke in D3xxxxx, P2xxxxxxx, A2xxxxx und W4xxxxx. Im Werk W4xxxxx war der am 04.08.1967 geborene, ledige Kläger, der einem Kind gegenüber unterhaltsverpflichtet ist, als Holzmechaniker zu einem monatlichen Bruttolohn von zuletzt 2.700,00 € beschäftigt.	3
Am 15.08.2002 schloß der Beklagte mit den vier "Standortbetriebsräten" und dem bei der Insolvenzschriftnerin gebildeten Gesamtbetriebsrat einen Interessenausgleich, in dem u.a. die Schließung des Werkes W4xxxxx vorsah. Nach Abschluß des Interessenausgleichsverfahrens unterzeichnete der Beklagte am 28.08.2002 die Kündigungsschreiben für 166 Arbeitnehmer. Diesen wurden die Kündigungsschreiben vom	4

Betriebsratsvorsitzenden F2xxxx und vom Betriebsleiter H2xxx am 29.08.2002 übergeben. Bei der Übergabe hatten die beiden Handelnden einen Stapel mit Originalkündigungsschreiben und einen Stapel mit Kopien. Bei 138 Arbeitnehmern wurde der handschriftliche Vermerk

Empfangsbestätigung: 5

29. Aug. 2002 6

auf die Kopie des Kündigungsschreibens gesetzt und sodann von dem einzelnen Arbeitnehmer, dem Betriebsratsvorsitzenden F2xxxx und dem Betriebsleiter H2xxx unterzeichnet. Danach wurde das Originalkündigungsschreiben dem Arbeitnehmer ausgehändigt. In 28 Fällen, zu denen auch der Kläger gehörte, steht der handschriftliche Vermerk 7

Empfangsbestätigung: 8

29. Aug. 2002 9

nicht auf der Kopie, sondern auf dem Originalkündigungsschreiben. Der Kläger hat seine Unterschrift auf dem Originalkündigungsschreiben unter der des Betriebsratsvorsitzenden gesetzt, unter ihm hat der Betriebsleiter H2xxx unterschrieben. Ihm wurde sodann die Kopie des Kündigungsschreibens ausgehändigt. 10

Gegen die Kündigung seines Arbeitsverhältnisses unter Einhaltung der Drei-Monats-Frist des § 113 InsO zum 30.11.2002 hat sich der Kläger mit Klageschrift vom 05.09.2002, bei dem Arbeitsgericht am 17.09.2002 eingegangen, zur Wehr gesetzt. Gleichzeitig hat er einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung geltend gemacht. In seinem Schriftsatz vom 15.10.2002, welcher dem Beklagten im Gutetermin vom gleichen Tage übergeben worden ist, hat der Kläger erstmals den ordnungsgemäßen Zugang des Kündigungsschreibens wie folgt in Abrede stellen lassen: 11

Hinsichtlich der Kündigung bestreiten wir bereits deren ordnungsgemäßen Zugang. Die Originalkündigung ist zu keinem Zeitpunkt in den Herrschaftsbereich des Klägers gelangt. und dementsprechend auch zu keinem Zeitpunkt wirksam geworden. 12

Zwar wurde dem Kläger die Originalkündigung zunächst vorgelegt, mit der Bitte, diese zu unterschreiben. Im Anschluß daran wurde die Kündigung jedoch sofort wieder "eingezogen" und der Kläger erhielt lediglich eine Ablichtung davon. 13

Nach dem Rechtsgedanken des § 130 BGB geht eine verkörperte Willenserklärung unter Anwesenden aber nur dann zu, wenn sie auch in den Herrschaftsbereich des Empfängers gelangt (vgl. Palandt, 61. Aufl., § 130 Rn. 13). Da dem Kläger die Originalkündigung zu keinem Zeitpunkt übergeben, sondern nur vorgelegt und wieder weggenommen wurde, kann man nicht davon sprechen, daß sie in seinen Herrschaftsbereich gelangt ist. 14

Daraufhin kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis des Klägers vorsorglich mit Schreiben vom 29.10.2002 nach Anhörung des Betriebsrats nochmals zum 31.01.2003. Hiergegen hat sich der Kläger mit Schriftsatz vom 08.11.2002, beim Arbeitsgericht am 11.11.2002 eingegangen, zur Wehr gesetzt. 15

Der Kläger hat sich darauf berufen, daß die Kündigung vom 28.08.2002 mangels ordnungsgemäßen Zugang bereits rechtsunwirksam sei, weil ihm das Original nicht 16

übergeben, sondern nur zur Empfangsbestätigung vorgelegt und

dann wieder weggenommen worden sei. Im Übrigen hat er die Betriebsratsanhörung und die Massenentlassungsanzeige als nicht ordnungsgemäß bestritten. Er hat die Sozialauswahl als fehlerhaft gerügt, weil der Beklagte nicht die Arbeitnehmer sämtlicher W6xxx (W4xxxxx, P2xxxxxxx, D3xxxxx und A2xxxxx) mit einbezogen habe. Es habe Teilbetriebsübergänge gegeben, die vormalig im Werk W4xxxxx gefertigten Produkte würden nunmehr in anderen Werken hergestellt. Aus diesen Gründen seien beide Kündigungen rechtsunwirksam und der Beklagte zur Weiterbeschäftigung verpflichtet. 17

Der Kläger hat beantragt, 18

1. festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung des Beklagten vom 28. August 2002 nicht beendet worden ist, sondern fortbesteht, 19

2. festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung des Beklagten vom 29. Oktober 2002 nicht beendet worden ist, sondern fortbesteht, 20

3. den Beklagten zu verurteilen, ihn zu den bisherigen Arbeitsbedingungen als gewerblicher Arbeitnehmer tatsächlich weiterzubeschäftigen, 21

4. den Beklagten zu verurteilen, an ihn folgende Beträge zu zahlen: 22

a) 3.202,85 € brutto nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 1. Oktober 2002 abzüglich des für den Zeitraum vom 1. September 2002 bis zum 30. September 2002 an ihn gezahlten Arbeitslosengeldes in Höhe von 1.137,30 €, 23

b) 3.202,85 € brutto nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 1. November 2002 abzüglich des für den Zeitraum vom 1. Oktober 2002 bis zum 31. Oktober 2002 an ihn gezahlten Arbeitslosengeldes in Höhe von 1.175,21 €, 24

c) 3.202,85 € brutto nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 1. Dezember 2002 abzüglich des für den Zeitraum vom 1. November 2002 bis zum 30. November 2002 an ihn gezahlten Arbeitslosengeldes in Höhe von 1.137,30 €. 25

Der Beklagte hat beantragt, 26

die Klage abzuweisen. 27

Er hat sich darauf berufen, daß die erste Kündigung gemäß Schreiben vom 28.08.2002 wegen Betriebsstillegung des Werkes W4xxxxx, welche sukzessive innerhalb eines Auslaufzeitraums von etwa vier Monaten erfolgt sei, sozial gerechtfertigt sei und habe das Arbeitsverhältnis des Klägers gemäß § 113 Abs. 1 InsO zum 30.11.2002 aufgelöst. Die Betriebsratsanhörung sei am 14.08.2002 erfolgt, und zwar unter Übergabe der kompletten Personalliste des Werkes W4xxxxx. Auf die erforderliche Massenentlassungsanzeige hin habe das Arbeitsamt Nienburg mit Bescheid vom 29.10.2002 die Sperrfrist auf den 25.11.2002 festgelegt. Der Kläger könne sich nicht darauf berufen, daß der Zugang der Kündigung nicht ordnungsgemäß gewesen sei. Ihm sei – wie seine Empfangsbestätigung belege – die Originalkündigung gem. § 130 BGB zugegangen. Die Tatsache, daß er die Kündigung nach Kenntnisnahme vom direkten Inhalt an den Betriebsratsvorsitzenden F2xxxx und den Betriebsleiter H2xxx zurückgegeben und nur die Kopie der Kündigung einbehalten habe, stehe dem ordnungsgemäßen Zugang des Originals nicht entgegen. Die Regelungen des § 130 BGB erforderten nicht den dauerhaften Verbleib des Schriftstücks 28

beim Erklärungsempfänger.

Sollten gegen die erste Kündigung die erhobenen Zugangsbedenken durchgreifen, dann sei das Arbeitsverhältnis des Klägers jedenfalls durch die zweite Kündigung gemäß Schreiben vom 29.10.2002 spätestens mit Ablauf des 31.01.2003 beendet worden (§ 113 Abs. 1 InsO). Die Mitwirkungsrechte des Betriebsrats (§§ 102, 111, 112 BetrVG) seien beachtet worden. Die Kündigung sei nach erfolgter Betriebsschließung des Werkes W4xxxxx sozial gerechtfertigt. Eine unternehmensweite soziale Auswahl habe nicht durchgeführt zu werden brauchen, da das Werk W4xxxxx selbständig gewesen sei. 29

Das Arbeitsgericht Paderborn hat durch Urteil vom 10.04.2003 (1 Ca 1651/02) wie folgt für Recht erkannt: 30

Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger folgende Beträge zu zahlen: 31

a) 3.202,85 Euro brutto nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.10.2002 abzüglich gezahlten Arbeitslosengeldes in Höhe von 1.137,30 Euro, 32

b) 3.202,85 Euro brutto nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.11.2002 abzüglich gezahlten Arbeitslosengeldes in Höhe von 1.175,21 Euro, 33

c) 3.202,85 Euro brutto nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 01.12.2002 abzüglich gezahlten Arbeitslosengeldes in Höhe von 1.137,30 Euro. 34

Im übrigen wird die Klage abgewiesen. 35

Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits zu 4/5, der Beklagte zu 1/5. 36

Der Streitwert wird auf 16.200,00 Euro festgesetzt. 37

Zur Begründung hat es im wesentlichen ausgeführt, die schriftliche Kündigungserklärung vom 28.08.2002 sei dem Kläger in wirksamer Weise zugegangen. Für den Zugang einer durch Schriftform verkörperten Willenserklärung gelte, daß die Willenserklärung wirksam werde, wenn sie durch Übergabe in den Herrschaftsbereich des Empfängers gelangt sei. Dieses sei hier nach dem eigenen Vortrag des Klägers geschehen. Die Kündigungserklärung sei ihm ausgehändigt worden. Nach der Quittierung des Empfangs habe er zwar das Originalkündigungsschreiben sofort wieder an den Betriebsratsvorsitzenden F2xxxx und an den Betriebsleiter H2xxx zurück gegeben, ihm sei lediglich eine Kopie des Kündigungsschreibens verblieben, dieses sei aber unschädlich. Der Zugang einer Willenserklärung unter Anwesenden setze nämlich nicht den dauerhaften Verbleib der Willenserklärung beim Erklärungsempfänger voraus. 38

Die Kündigung sei im übrigen wegen Betriebsstillegung sozial gerechtfertigt, formale Mängel seien im übrigen nicht festzustellen. Da die Kündigung das Arbeitsverhältnis des Klägers zum 30.11.2002 fristgerecht (§ 113 InsO) aufgelöst habe, sei der Weiterbeschäftigungsantrag des Klägers ebenfalls abzuweisen. Hingegen seien ihm die Lohnansprüche für die Monate September bis November 2002 unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges zuzusprechen gewesen. 39

Gegen das ihm am 08.05.2003 zugestellte Urteil hat der Kläger am Montag, den 10.06.2003, Berufung eingelegt und diese am 08.07.2003 begründet. 40

Er hält das angefochtene Urteil für rechtsfehlerhaft, weil es fälschlicherweise vom ordnungsgemäßen Zugang des Kündigungsschreibens vom 28.08.2003 ausgegangen sei. Da das Original ihm nur zur Unterschriftsleistung vorgelegt und dann wieder weggenommen worden sei, sei es zu keinem Zeitpunkt in seinen Herrschaftsbereich gelangt. Dies sei lediglich mit der Kopie geschehen, die aber nicht den Voraussetzungen des § 623 BGB genüge. Die Rüge im Schriftsatz vom 15.10.2002 sei weder verspätet noch treuwidrig. Bei seiner Prozeßbevollmächtigten sei er erstmals am 02.09.2002 gemeinsam mit seinem Bruder T1xxxxxx R1xxxx zu einem Besprechungstermin zwecks Klageerhebung erschienen. In diesem Besprechungstermin seien der Prozeßbevollmächtigten lediglich die von beiden Mandanten gefertigten Kopien der Kündigungsschreiben vom 28.08.2002 vorgelegt worden. Tatsächlich habe sein Bruder T1xxxxxx R1xxxx jedoch das Originalkündigungsschreiben erhalten, lediglich er, der Kläger, habe nur eine Kopie bekommen. Hierüber sei aber bei Klageerhebung nicht gesprochen worden, da die der Anwältin vorgelegten Kündigungsschreiben, bei denen es sich um Kopien gehandelt habe, keine Unterschiede zeigten. Erst als er am 14.10.2002 ein weiteres Mal zu einer Besprechung bei seiner Prozeßbevollmächtigten erschienen sei, sei mit ihm erstmalig über die Problematik gesprochen worden, daß einige Mitarbeiter des Werkes W4xxxxxx der Insolvenzschuldnerin eine Kopie und andere das Original des Kündigungsschreibens erhalten hätten. Der Besprechungstermin sei jedoch nicht wegen dieser Problematik vereinbart gewesen, sondern weil er ein Zeugnis mit Datum des 31.08.2002 erhalten habe, mit dessen Inhalt er nicht einverstanden gewesen sei. Seine Prozeßbevollmächtigte hätte jedoch wenige Tage zuvor von Arbeitskollegen, die sie als Mandanten vertreten habe, erfahren, daß einige Mitarbeiter des Werkes W4xxxxxx der Insolvenzschuldnerin nicht das Original, sondern eine Kopie des Kündigungsschreibens ausgehändigt bekommen hätten. Dies sei für seine Prozeßbevollmächtigte Anlaß gewesen, mit ihm hierüber zu sprechen. Nachdem er dann erklärt habe, ebenfalls eine Kopie erhalten zu haben, sei aus diesem Grunde mit Schriftsatz vom 15.10.2002 erstmals der Zugang des Kündigungsschreibens als nicht ordnungsgemäß gerügt worden. Die Kündigung sei wegen fehlerhafter Sozialauswahl sozial nicht gerechtfertigt.

Der Kläger beantragt,

42

unter Abänderung des am 10.06.2003 verkündeten Urteils des Arbeitsgerichts Paderborn, 43 Az. 1 Ca 1651/02,

1. festzustellen, daß das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung des Beklagten vom 28.08.2002 beendet worden ist, sondern fortbesteht; 44
2. festzustellen, daß das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung des Beklagten vom 29.10.2002 beendet worden ist, sondern fortbesteht; 45
3. den Beklagten zu verurteilen, den Kläger zu den bisherigen Arbeitsbedingungen als gewerblichen Arbeitnehmer tatsächlich weiterzubeschäftigen; 46
4. den Wert des Streitgegenstandes festzusetzen. 47

Der Beklagte beantragt,

48

die Berufung kostenpflichtig abzuweisen und den Wert des Streitgegenstandes festzusetzen. 49

Er verteidigt das angefochtene Urteil und trägt ergänzend vor, gemäß § 130 BGB erfolge der Zugang einer verkörperten Willenserklärungen unter Anwesenden durch Aushändigung des 50

Schriftstücks an Empfänger. Nach allgemeiner Rechtsprechung stellt er "die körperliche Übergabe eines Schriftstücks an den Empfänger die intensivste Form seines Zugangs dar." Indem das Originalkündigungsschreiben dem Kläger ausgehändigt worden sei, um dieses durchlesen zu können und sodann am unteren Abschnitt des Schreibens zu unterzeichnen, sei eine körperliche Übergabe des Schriftstücks in der vorgenannten Form gegeben. Es wäre ja nicht nachvollziehbar, aus welchen Gründen der wirksame Zugang durch die Übergabe des Schriftstücks rückwirkend dadurch vereitelt werden sollte, daß der Kläger das Originalkündigungsschreiben nach Kenntnisnahme des Inhalts und Unterzeichnung der Empfangsbestätigung wieder zurückgegeben und nicht dauerhaft einbehalten habe. Der Begriff der "Verfügungsgewalt" erfordere im Rahmen des § 130 BGB lediglich, daß die schriftliche Erklärung in eine gewisse räumliche Beziehung zum Empfänger verbracht werde, so daß dieser innerhalb seines Machtbereichs bzw. seiner Verfügungsgewalt von der Erklärung Kenntnis nehmen könne. Zielrichtung sei mithin die Möglichkeit der Kenntnisnahme. Es sei zwischen den Parteien unstreitig, daß der Kläger vom Inhalt der Originalkündigung habe Kenntnis nehmen können und dieses auch getan habe. Soweit der Kläger vortrage, er habe die Verfügungsgewalt über das Originalkündigungsschreiben nicht gehabt, da der Betriebsratsvorsitzende F2xxxx und der Betriebsleiter H2xxx dies durch die Forderung der unmittelbaren Rückgabe verhindert hätten, sei dies nicht richtig. Es sei für den Kläger jederzeit möglich gewesen, die Originalkündigung einzubehalten und den Empfang der Kündigung auf der Kopie zu unterzeichnen. Hierbei sei zu berücksichtigen, daß nicht etwa sämtlichen Arbeitnehmern des Werkes W4xxxxx dauerhaft nur die Kopie der Kündigung übergeben worden sei. Vielmehr sei dies lediglich bei weiteren 27 Arbeitnehmern von insgesamt 166 Arbeitnehmern des Werkes W4xxxxx der Fall gewesen. Es handele sich daher offensichtlich um ein Versehen des Betriebsratsvorsitzenden F2xxxx und des Betriebsleiters H2xxx. Ferner sei unter dem Grundsatz von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB zu berücksichtigen, daß es vom Kläger treuwidrig sei, sich erstmalig mit Schriftsatz vom 15.10.2002 auf die Rechtsunwirksamkeit der Kündigung wegen fehlerhaften Zugangs zu berufen. Er habe erstmals nach mehr als sechs Wochen nach Erhalt der Kündigung diesen angeblichen Mangel gerügt. Es habe für ihn jedoch die Pflicht bestanden, sich unverzüglich, und nicht erst nach geraumer Zeit, auf den von ihm behaupteten Formmangel zu berufen. Der Kläger habe mithin sein Recht zur Rüge des von ihm vorgetragenen Formmangels verwirkt, so daß damit nicht mehr gehört werden könne. Die ausgesprochene Kündigung sei auch wegen Betriebsstillegung sozial gerechtfertigt, die soziale Auswahl sei gewahrt, denn es habe sich bei dem Werk W4xxxxx um einen eigenständigen Betrieb gehandelt. Im Übrigen könne es nicht als grob fehlerhaft angesehen werden, daß er, der Beklagte, die vergleichbaren Arbeitnehmer der Betriebe in P2xxxxxxx, A2xxxxx und D3xxxxx nicht mit in die Sozialauswahl einbezogen habe. Die Voraussetzungen für einen Betriebsteilübergang lägen nicht vor.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf den mündlich vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze sowie auf die zu den Gerichtsakten gereichten Urkunden Bezug genommen.

51

Entscheidungsgründe

52

Die aufgrund entsprechender Beschwer statthafte, form- und fristgerecht eingelegte sowie rechtzeitig ordnungsgemäß begründete Berufung des Klägers hat keinen Erfolg und führt deshalb zur Zurückweisung des Rechtsmittels.

53

Die Kündigung des Beklagten gemäß Schreiben vom 28.08.2002 ist dem Kläger am 29.08.2002 zugegangen und hat dessen Arbeitsverhältnis wegen Stillegung des Werkes

54

W4xxxxx fristgerecht mit Ablauf des 30.11.2002 mit der Folge aufgelöst, daß dem Kläger darüber hinaus kein Weiterbeschäftigungsanspruch mehr gegen den Beklagten zusteht.

1. Eine Kündigung ist eine einseitige, empfangsbedürftige und bedingungsfeindliche Willenserklärung, die ein Dauerschuldverhältnis für die Zukunft beenden soll und deshalb insoweit eindeutig sein muß. Seit Einfügung des § 623 BGB durch Art. 2 ArbGBeschlG bedarf jede Kündigung eines Arbeitsverhältnisses der Schriftform. Damit handelt es sich bei der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses seit Inkrafttreten des Arbeitsgerichtsbeschleunigungsgesetzes vom 30.03.2000 (BGBl. I S. 333, 335) am 01.05.2000 (Art. 5 ArbGBeschlG) um eine "verkörperte" Willenserklärung (siehe zum Ausdruck Staudinger/*Dilcher*, 12. Aufl., § 130 BGB Rn. 9). Bestimmt eine Tarifnorm, daß Kündigungen schriftlich vereinbart werden "sollen", so handelt es sich bloß um eine deklaratorische Formvorschrift, die lediglich der Beweissicherung oder Klarstellung dient (BAG v. 10.12.1970 – 2 AZR 99/70, AP Nr. 39 zu § 3 KSchG) 55

1951 [A. Hueck]; BAG v. 10.06.1988 – 2 AZR 7/88, AP Nr. 5 zu § 1 BeschFG 1985 = EzA § 1 BeschFG 1985 Nr. 5 [Oetker] = NZA 1989, 21). Im Gegensatz 56

dazu stellt die gewählte Gesetzesformulierung "bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform" klar, daß es sich bei § 623 BGB um eine konstitutive Formvorschrift handelt (Berscheid, ZInsO 2000, 208; Müller-Glöge/v. Senden, AuA 2000, 199, 200; Preis/Gotthardt, NZA 2000, 348, 349; Trittin/Backmeister, DB 2000, 618, 621), deren Nichteinhaltung zwingend zur Unwirksamkeit führt (so zu konstitutiven Tarifnormen BAG v. 09.02.1972 – 4 AZR 149/71, AP Nr. 1 zu § 4 BAT). 57

1.1. Für die Erfüllung der Schriftform des § 623 BGB gilt § 126 BGB. Danach verlangt "Schriftform" den eigenhändig geschriebenen Namen des Unterzeichners unter seiner Erklärung (§ 126 Abs. 1 BGB). Die Kündigung ist nur dann wirksam erklärt, wenn sie dem Arbeitnehmer in der Form des § 623 BGB im Original zugeht (juris-PK-Weth, Stand: 27.11.2003, § 623 BGB Rn. 29). Mit anderen Worten, eine Kündigungserklärung nach § 623 BGB muß nicht nur in der vorgeschriebenen Form "erstellt", sondern auch "zugegangen" sein (BGH v. 04.07.1986 – V ZR 41/86, WM 1986, 1419 = ZMR 1987, 56; zust. Müller-Glöge/v. Senden, AuA 2000, 199, 202). 58

1.2. Eine gegenüber der abwesenden Arbeitsvertragspartei erklärte schriftliche Kündigung ist nach § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB zugegangen, sobald sie in verkehrsüblicher Art in die tatsächliche Verfügungsgewalt des Empfängers oder eines anderen, der ihn in der Empfangnahme von Briefen vertreten konnte, gelangt und ihm in dieser Weise die Möglichkeit der Kenntnisnahme verschafft ist (grundlegend BAG v. 16.01.1976 – 2 AZR 619/74, AP Nr. 7 zu § 130 BGB; ferner BAG v. 12.12.1996 – 2 AZR 803/95, RzK III 1a Nr. 78 = RzK III 1e Nr. 21; BAG v. 12.12.1996 – 2 AZR 809/95, AiB 1998, 113 [Hinrichs]). Diese Grundsätze sind für das Wirksamwerden einer Willenserklärung unter Anwesenden entsprechend anwendbar (BAG v. 16.02.1983 – 7 AZR 134/81, AP Nr. 22 zu § 123 BGB [Hersche]). 59

1.2.1. Abgegeben ist eine verkörperte Willenserklärung erst durch Überreichung an den anwesenden Empfänger, wirksam wird die abgegebene 60

Willenserklärung erst in dem Zeitpunkt, in dem sie dem Empfänger im Sinne des § 130 Abs. 1 BGB zugeht. § 130 Abs. 1 BGB stellt den allgemeinen, die gesamte Lehre vom Abschlusse des Rechtsgeschäfts beherrschenden Grundsatz auf, daß der Erklärende nicht gebunden sein soll, solange er in der Lage ist, über das die Erklärung enthaltene Schriftstück selbst zu 61

verfügen, wohl aber, sobald der Adressat die tatsächliche Verfügungsgewalt über das Schriftstück erlangt hat (RG v. 27.10.1905 – VII 7/05, RGZ 61, 414, 415). Wenn in Anwendung dieses Grundsatzes der Absender berechtigt ist, das bereits einem Boten oder der Post übergebene Schriftstück zurückzunehmen, und so den Zugang des Kündigungsschreibens verhindern kann (BAG v. 08.04.2003 – 2 AZR 515/02, AP Nr. 133 zu § 102 BetrVG 1972 = BAGReport 2003, 336 [Düwell]), so muß auch unter Anwesenden der Erklärende berechtigt sein, die unterschriebene Kündigung zurückzuhalten und selbst die dem Anwesenden dargereichte Urkunde zurückzuziehen, solange dieser sie nicht ergriffen oder sonst in seine Verfügungsgewalt gebracht hat (so zur Bürgschaftserklärung RG v. 27.10.1905 – VII 7/05, RGZ 61, 414, 415 f.).

1.2.2. Hieraus wird teils gefolgert, dies sei dann der Fall, wenn dem Adressaten das Schriftstück zum Empfang angeboten werde, weil er dann in der Lage sei, vom Inhalt der Erklärung Kenntnis zu nehmen (RGRK/Krüger-Nieland, 12. Aufl., § 130 BGB Rz. 32; ähnl. Erman/Palm, 10. Aufl., § 130 BGB Rn. 17). Bei einer in einem Schriftstück verkörperten Kündigungserklärung wird die Kündigung mit Aushändigung des Schriftstücks an den Erklärungsempfänger wirksam, ohne daß es darauf ankommt, ob der Empfänger das ihm übergebene Schreiben tatsächlich liest oder den Brief ungeöffnet an den Überbringer zurückgibt (LAG Sachsen v. 11.02.2003 – 7 Sa 292/02, juris KARE600008561) oder gar die Entgegennahme des Schreibens verweigert (RG v. 29.03.19905 – V 445/04, RGZ 60, 334, 336), denn ausreichend für den Zugang im Sinne des § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB ist, daß er ohne weiteres Kenntnis vom Inhalt des Schreibens hätte erlangen können. Es soll ausreichen, daß das Schriftstück dem Adressaten nur zum Durchlesen überlassen wird, es sei denn, dem Empfänger sei die für ein Verständnis nötige Zeit nicht verblieben (Soergel/Hefermehl, 13. Aufl., §130 BGB Rn. 20). Teils wird angenommen, die bloße

62

(Möglichkeit der) Kenntnisnahme des Inhalts genüge nicht, vielmehr müsse der Adressat die (alleinige) Verfügungsgewalt über das Schriftstück erlangt haben (MüKo/Einsele, 4. Aufl., § 130 BGB Rn. 27). Der Erklärende müsse sich der verkörperten Willenserklärung entäußert haben, was nicht der Fall sei, wenn er sie dem Empfänger sofort wieder wegnehme (Soergel/Hefermehl, 13. Aufl., §130 BGB Rn. 20).

63

1.2.3. Es ist als Zwischenergebnis festzuhalten, daß eine verkörperte Willenserklärung unter Anwesenden nur dann zugeht (und damit entsprechend § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB wirksam wird), wenn sie durch Übergabe in den Herrschaftsbereich des Empfängers gelangt (so bereits RG v. 23.09.1913 – II 263/13, RGZ 83, 104, 106; zust. Hübner, BGB AT, 2. Aufl., § 34 II 2, Rn. 733). So soll eine verkörperte Willenserklärung bereits mit dem Niederlegen auf dem gemeinsamen Wohnzimmertisch in die tatsächliche Verfügungsgewalt des Empfängers gemäß § 130 BGB übergeht (BGH v. 21.02.1996 – IV ZR 297/94, NJW-RR 1996, 641 = WM 1996, 1273). Begründet wird diese Auffassung damit, daß die körperliche Übergabe eines Schriftstücks an den Empfänger die intensivste Form seines Zugangs darstellt (BGH v. 15.06.1998 – II ZR 40/97, LM Nr. 9 zu § 246 AktG 1965 = MDR 1998, 1171 = NJW 1998, 3344 = ZAP ERW 1998, 13x [Limmer] = ZIP 1998, 1392). Nach der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung muß das Kündigungsschreiben in verkehrsüblicher Art in die tatsächliche Verfügungsgewalt des Empfängers gelangen, und für den Empfänger muß unter gewöhnlichen Umständen eine Kenntnisnahme zu erwarten sein (BAG v. 13.07.1989 – 2 AZR 571/88, RzK I 8h Nr. 6).

64

1.3. Bei Anwendung dieser Grundsätze ist zunächst festzuhalten, daß dem Kläger nach seiner eigenen Protokollerklärung am Donnerstag, dem 29.08. 2002, im Büro des Betriebsleiters, wo an einem Tisch der Betriebsleiter H2xxx und der Betriebsratsvorsitzende

65

F2xxxx saßen und jeweils einen Stapel Kündigungsschreiben vor sich liegen hatten, das "Original" des Kündigungsschreibens vorgelegt worden ist. Er sollte darauf den Empfang bestätigen, was er auch getan hat. Es sind keine Anhaltspunkte dafür vorgetragen worden oder sonst ersichtlich, daß der Kläger (und seine Arbeitskollegen) die Empfangsbe-

stätigung "blind" unterschreiben sollte, ohne lesen zu können, was er unterzeichnet. Damit hatte er zwar Gelegenheit und Zeit, den Inhalt des Kündigungsschreibens durch Durchlesen zur Kenntnis zu nehmen, aber er hat die Verfügungsgewalt über das Schriftstück nicht *dauerhaft* erlangt, so daß es ihm nicht in "verkehrsüblicher" Art und Weise zugegangen ist. Darauf, ob es dem Kläger freigestanden hat, das Original mitzunehmen und die Kopie zu quittieren, wie der Beklagte vortragen läßt, kommt es nicht an.

66

1.3.1. Läßt man den bloß vorübergehenden Verbleib des Kündigungsschreibens beim Empfänger für eine Entäußerung durch den Erklärenden nicht genügen lassen, dann ist allerdings folgendes zu bedenken: Für die gewillkürte Schriftform im Sinne des § 127 BGB ist anerkannt, daß diese unter besonderen Umständen auch durch Aushändigung einer unbeglaubigten Fotokopie der ordnungsgemäß unterzeichneten Originalurkunde gewahrt werden kann, wenn dem Empfänger in Anwesenheit des Erklärenden (oder dessen Vertreters) eine Fotokopie der Erklärung übergeben wird und eine sofortige Einsicht in das unterschriebene Original möglich ist (*BAG v. 20.08.1998 – 2 AZR 603/97, AP Nr. 5 zu § 127 BGB = NJW 1999, 596 = NZA 1998, 1330*). Zur Begründung heißt es, es müsse zur Erfüllung der gewillkürten Schriftform ausreichen, wenn dem Erklärungsempfänger in Anwesenheit des Erklärenden in einem Gerichtstermin eine nicht beglaubigte Fotokopie der bei der Gerichtsakte befindlichen, die Schriftform erfüllende Originalurkunde überreicht werde, denn auch eine solche Form der Erklärung verwirkliche den durch die Vereinbarung der Schriftform bezweckten Schutz des Erklärungsempfängers voll, weil dieser die Authentizität der schriftlichen Erklärung sofort nachprüfen könne. Auch der Schutzgedanke der Vollständigkeit der Erklärung sei ebenso gewahrt wie der Übereilungsschutz. Die Überreichung der das Original wiedergebenden Fotokopie in Anwesenheit des Erklärenden schließe desweiteren aus, daß es sich bei der nicht noch einmal handschriftlich unterzeichneten Kopie lediglich um einen Entwurf oder gar um eine Fälschung handle. Allein durch die Anwesenheit des Erklärenden bei der Übergabe der Fotokopie und das Vorhandensein des Originals in der Gerichtsakte stehe hier die Fotokopie, was den Schutz des Erklärungsempfängers anbelange, dem Original gleich (*BAG v.*

67

20.08.1998 – 2 AZR 603/97, AP Nr. 5 zu § 127 BGB = NJW 1999, 596 = NZA 1998, 1330). Liegt eine sonst ordnungsgemäße schriftliche Erklärung vor und fehlt dieser nur die Unterschrift, so kann der Empfänger trotz vereinbarter Schriftform die nicht unterschriebene Erklärung gelten lassen. Erweckt für den Empfänger das Fehlen der Unterschrift den Anschein, als habe der Erklärende die Unterschrift nur versehentlich unterlassen, die Erklärung jedoch abgegeben, so kann für den Empfänger je nach den Umständen die Pflicht bestehen, die Erklärung unverzüglich zurückzuweisen, wenn er sie nicht gegen sich gelten lassen will (*Flume, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., § 15 II 2 b, Seite 259*). Dies muß insbesondere in einem Fall gelten, in dem bei Übergabe der Fotokopie der Erklärung dem Empfänger eine sofortige Einsicht in das unterschriebene Original möglich ist. Der Empfänger handelt in einem derartigen Fall treuwidrig (§ 242 BGB), wenn er von diesen Aufklärungsmöglichkeiten nicht Gebrauch macht oder die Erklärung wegen Nichteinhaltung der vereinbarten Form unverzüglich zurückweist, sondern sich erst geraume Zeit nachher auf den Formmangel beruft (*BGH v. 21.02.1996 – IV ZR 297/94, NJW-RR 1996, 641 = WM 1996, 1273; BAG v. 20.08.1998 – 2 AZR 603/97, AP Nr. 5 zu § 127 BGB = NJW 1999, 596 = NZA 1998, 1330*).

68

1.3.2. Diese Grundsätze lassen sich auf den Fall der gesetzlichen Schriftform nach § 126 Abs. 1 BGB in engen Grenzen übertragen. Zweck der Einführung der Schriftform für Kündigungen und Auflösungsverträge durch § 623 BGB ist es, der besonderen Bedeutung dieser Beendigungstatbestände Rechnung zu tragen und größtmögliche Rechtssicherheit herbeizuführen, in dem unergiebiges Rechtsstreitigkeiten mit zweifelhaften Beweisanträgen vermieden werden. Darüber hinaus schützt die Schriftform vor Übereilung beider Arbeitsvertragsparteien bei Beendigung ihrer Rechtsbeziehungen und beugt damit gleichzeitig der Gefahr der Umgehung zwingender Kündigungsschutzvorschriften vor (*Backmeister/Trittin*, Kündigungsschutz-gesetz mit Neben-gesetzen, 1. Aufl., Nachtrag § 623 BGB Rn. 14; *Berscheid*, Festschrift Uhlenbruck, 2000, S. 725, 729; *Däubler*, AiB 2000, 188, 189; *ErfK/Müller-Glöge*, 2. Aufl., § 623 BGB Rn. 3; *juris-PK/Weth*, Stand: 27.11.2003, § 623 BGB Rn. 4; *KR-Spilger*, 6. Aufl., § 623 BGB Rn. 18; *Müller-Glöge/v. Senden*, AuA 2000, 199; *Preis/Gotthardt*, NZA 2000, 348, 349; *Trittin/Backmeister*, DB 2000, 618, 621; *Uhlenbruck/Berscheid*, 12. Aufl., § 113 InsO Rn. 29; siehe auch *Richardi/Annuß*, NJW 2000, 1231, 1232; *Rolfs*, NJW 2000, 1227, 1228). Dieser Normzweck wird auch erfüllt, wenn dem Arbeitnehmer versehentlich das Original des Kündigungsschreibens zur Empfangsbestätigung vorgelegt und ihm nach Unterzeichnung eine Fotokopie zum Verbleib ausgehändigt wird. Der Arbeitnehmer kann sich in einem solchen Fall sofort an Ort und Stelle davon überzeugen, daß die Fotokopie mit dem Original übereinstimmt, was vorliegend besonders leicht war, da der Kündigungstermin eingerückt war. Die Übergabe der Fotokopie steht in einem solchen Falle, was den Schutz des Erklärungsempfängers anbelangt, dem Original gleich. Dies gilt zumindest dann, wenn das Original nach dem Durchlesen und Quittieren nicht bewußt zurückgefordert wird, sondern infolge einer Verwechslung der beiden Stapel das Original mit der Kopie vertauscht wird. Dies wird vorliegend dadurch belegt, daß das Wort "Empfangsbestätigung" nicht maschinell vorgegeben war, sondern handschriftlich (im Wechsel) vom Betriebsratsvorsitzenden F2xxxx oder vom Betriebsleiter H2xxx auf die Kündigungsschreiben geschrieben und dabei –entgegen dem normalen Lauf der Dinge – in 28 von 166 Fällen statt auf die Kopie auf das Original gesetzt worden ist. Entscheidend ist mithin, daß der Beklagte sich mittels der beiden Erfüllungsgehilfen des jeweils für die einzelnen Arbeitnehmer bestimmten Kündigungsschreibens durch dessen Übergabe (im Original) hat entäußert wollen. Daß sich nach einer Kaffeepause ein Fehler eingeschlichen hat, als die beiden Handelnden, nämlich der Betriebsratsvorsitzende F2xxxx und der Betriebsleiter H2xxx, in 28 von 166 Fällen die Stapel mit den Kündigungsschreiben verwechselt und danach – statt die Empfangsquittung auf die Kopie zu setzen – diese auf das Original gesetzt haben, spricht gegen ein *bewußtes* "Wegnehmen" oder "Zurückfordern" oder "Vorenthalten" des Originals. Mithin ersetzt vorliegend die Kopie –weil der Kläger diese Vorgehensweise nicht sofort zurückgewiesen hat, was unter Beachtung der Grundsätze des § 242 BGB nach Treu und Glauben geboten gewesen wäre – ausnahmsweise das Original. Damit ist die Kündigung des Beklagten gemäß Schreiben vom 28.08.2002 dem Kläger am 29.08.2002 zugegangen.

2. Eine Kündigung ist aus betriebsbedingten Gründen i.S.d. § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt, wenn dringende betriebliche Erfordernisse vorliegen, die zum Wegfall des Beschäftigungsbedarfs für einen oder mehrere Arbeitnehmer führen, keine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten bestehen und soziale Gesichtspunkte ausreichend berücksichtigt worden sind (Sozialauswahl). Vorliegend ist die Kündigung des Beklagten gemäß Schreiben vom 28.08.2002 wegen Stilllegung des Werkes W4xxxxx sozial gerechtfertigt. Wie sich aus § 15 Abs. 4 KSchG ergibt, kann in der Krise des Unternehmens die Betriebsstilllegung (V2xx/Teilstillegung) als geradezu "klassischer" Fall (*Hillebrecht*, ZIP 1985, 257, 261) eines berechtigten dringenden betrieblichen Erfordernisses i.S.d. § 1 Abs. 2 KSchG für eine betriebsbedingte Kündigung angesehen werden (*BAG v. 11.03.1998 – 2 AZR*

414/97, NZA 1998, 879 = ZIP 1998, 1284). Wegen Betriebsstillegung kann allerdings nicht gekündigt werden, wenn der bisherige Betriebsinhaber noch in Verhandlungen mit einem oder mehreren potentiellen Erwerbern über die Veräußerung des Betriebes oder Betriebsteils steht (BAG v. 09.02. 1994 – 2 AZR 666/93, NZA 1994, 686 = WPrax Heft 15/1994, S. 15 [Berscheid] = ZIP 1994, 1041; BAG v. 10.10.1996 – 2 AZR 477/95, NZA 1997, 251 = ZIP 1997, 122). Stillegung eines Betriebes und dessen Übergang schließen einander aus, denn sie lösen unterschiedliche Schutzregelungen zugunsten der Arbeitnehmer aus (BAG v. 27.07.1994 – 7 ABR 37/93, NZA 1995, 222 = ZIP 1995, 235).

2.1. Bei Zustandekommen eines Interessenausgleichs mit Namensliste wird vermutet, daß die Kündigung der bezeichneten Arbeitnehmer aufgrund einer Betriebsänderung nach § 111 BetrVG durch dringende betriebliche Erfordernisse, die im Falle einer Beendigungskündigung seiner Weiterbeschäftigung 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). Bei Zustandekommen eines Interessenausgleichs mit Namensliste beschränkt sich die Darlegungs und Beweislast des Erwerbers auf die "Vermutungsbasis", nämlich auf die tatbestandlichen Voraussetzungen der Vorschriften des § 125 Abs. 1 Satz 1 InsO (so zu § 1 Abs. 5 KSchG a.F. [1996])

LAG Köln v. 01.08.1997 – 11 Sa 355/97, LAGE § 1 KSchG Interessenausgleich Nr. 1 = NZA-RR 1998, 160; bestätigt durch BAG v. 07.05.1998 – 2 AZR 55/98, NZA 1998, 1110 = ZIP 1998, 1885; ferner LAG Hamm v. 02.09.1999 – 4 Sa 962/99, ZInsO 2000, 352; so zu § 125 InsO LAG Hamm v. 06.07.2000 – 4 Sa 233/00, ZInsO 2001, 336; LAG Hamm v. 06.07.2000 – 4 Sa 799/00, DZWIR 2001, 107 [Weisemann] = ZInsO 2000, 569):

– daß der Interessenausgleich wegen einer bestimmten Betriebsänderung rechtswirksam zustande gekommen ist,

– daß der Arbeitnehmer wegen der diesem Interessenausgleich zugrunde liegenden Betriebsänderung entlassen worden ist,

– ggf., daß der Arbeitnehmer einem bestimmten Betrieb oder Betriebsteil zugeordnet worden ist;

– daß der gekündigte Arbeitnehmer in diesem Interessenausgleich namentlich bezeichnet ist.

Bei Anwendung dieser Grundsätze ist festzustellen, daß der Vortrag des Beklagten diesen Anforderungen genügt; wirksame Rügen gegen das ordnungsgemäße Zustandekommen des Interessenausgleichs und/oder der Namensliste sind nicht erhoben worden. Der Kläger ist "wegen" der dem Interessenausgleich zugrunde liegenden Betriebsänderung entlassen worden und in der Namensliste betreffend das Werk W4xxxxx genannt.

2.2. Bei Zustandekommen eines Interessenausgleichs mit Namensliste kehrt sich im Kündigungsschutzprozeß, in dem nach bisherigem Recht der Insolvenzverwalter gem. § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG für das Vorliegen von dringenden betrieblichen Erfordernissen darlegungs und beweispflichtig war (BAG v. 23.03.1984 – 7 AZR 407/82, AuR 1984, 154; BAG v. 23.03.1984 – 7 AZR 409/82, ZIP 1984, 1524, 1525), die Darlegungs und Beweislast um (BAG v. 07.05.1998 – 2 AZR 536/97, NZA 1998, 933 = ZIP 1998, 1809; BAG v. 02.12.1999 – 2 AZR 757/98, NZA 2000, 531 = ZInsO 2000, 411 = ZIP 2000, 676).

2.2.1. Bei Zustandekommen eines Interessenausgleichs mit Namensliste hat der Arbeitnehmer bei einer Betriebs(teil)veräußerung im Insolvenzverfahren

eine "doppelte" Vermutung zu entkräften (so bereits *Berscheid*, AnwBl 1995, 8, 17; zust. LAG Hamm v. 04.06.2002 – 4 Sa 57/02, AR-Blattei ES 915 Nr. 21 = LAGReport 2003, 31 = ZInsO 2003, 52; LAG Hamm v. 04.06.2002 – 4 Sa 81/02, AR-Blattei ES 915 Nr.22 = InVo 2003, 106 = LAGReport 2003, 14 = NZA-RR 2003, 293 = ZInsO 2003, 47; zust. LAG Düsseldorf v. 23.01.2003 – 11/12 Sa 1057/02, LAGE § 125 InsO Nr. 3 = ZIP 2003, 817), nämlich

– daß die Kündigung seines Arbeitsverhältnisses nicht wegen des Betriebsübergangs erfolgt ist (§ 128 Abs. 2 InsO) und 81

– daß die Kündigung seines Arbeitsverhältnisses durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist (§ 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO). 82

Mit anderen Worten, der Arbeitnehmer muß bei Zustandekommen eines Interessenausgleichs i.S.d. § 125 InsO den Vollbeweis dafür erbringen, daß die Kündigung seines Arbeitsverhältnisses nicht "auf anderen Gründen" (§ 613a Abs. 4 Satz 2 BGB) –bspw. auf einem Sanierungs- oder Reorganisationskonzept – beruht (siehe dazu *Kraemer/Bertram*, Handbuch zur InsO, Lsbl., Fach 6, Kap. 3 Rn. 112), sondern einen Verstoß gegen § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB darstellt. Daher ist es möglich, die Teilstillegung unrentabler Betriebsteile und die dadurch verursachte Massenentlassung über einen zwischen dem Insolvenzverwalter und dem Betriebsrat vereinbarten Interessenausgleich mit Namensliste "abzusichern" (LAG Hamm v. 04.06.2002 – 4 Sa 57/02, AR-Blattei ES 915 Nr. 21 = LAGReport 2003, 31 = ZInsO 2003, 52; LAG Hamm v. 04.06.2002 – 4 Sa 81/02, AR-Blattei ES 915 Nr.22 = InVo 2003, 106 = LAGReport 2003, 14 = NZA-RR 2003, 293 = ZInsO 2003, 47). 83

2.2.2. Die dargestellte "doppelten" Vermutung hat der Kläger, der in der Namensliste des Werkes W4xxxxx genannt ist, vorliegend nicht widerlegen können. Bei der Regelung des § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO, auf die in § 128 Abs.2 InsO verwiesen wird, handelt es sich zwar nur um eine widerlegliche Vermutung i.S.v. § 46 Abs. 2 ArbGG i.V.m. § 292 Satz 1 ZPO, aber widerlegliche Vermutungen haben die Funktion von Beweislastregeln. Der bei widerleglichen Vermutungen offene Beweis des Gegenteils ist Hauptbeweis und erst dann geführt, wenn das Gericht vom Vorliegen eines Sachverhalts überzeugt ist, der das Gegenteil der Vermutung ergibt (*ArbG Berlin* v. 16.04.1997- 69 CA 84

49520/96, ZAP ERW 1998, 41 [*Berscheid*]; LAG Hamm v. 02.09.1999 – 4 Sa 962/99, ZInsO 2000, 352; LAG Hamm v. 06.07.2000 – 4 Sa 799/00, EzInsR § 125 InsO Nr. 3 = DZWIR 2001, 107 [*Weisemann*] = ZInsO 2000, 569). Diesen Anforderungen genügt der Sachvortrag des Klägers nicht einmal ansatzweise. Sein Vorbringen, es habe Teilbetriebsübergänge gegeben, die vormals im Werk W4xxxxx gefertigten Produkte würden nunmehr in anderen Werken hergestellt, reicht nicht einmal aus, den Vortrag des Beklagten zu erschüttern, geschweige denn die beiden aus dem Interessenausgleich vom 15.08.2002 folgenden Vermutungen zu widerlegen. 85

2.3. Der Interessenausgleich mit Namensliste im Sinne des § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO erleichtert die Massenentlassung, denn er ersetzt die Stellungnahme des Betriebsrats nach § 17 Abs. 3 Satz 2 KSchG (§ 125 Abs. 2 InsO). Auf die erforderliche Massenentlassungsanzeige hin hat zudem das Arbeitsamt Nienburg mit Bescheid vom 29.10.2002 die Sperrfrist auf den 25.11.2002 festgelegt. Wenn das Arbeitsamt auf die Massenentlassungsanzeige des Insolvenzverwalters eine Entscheidung über die festzusetzende Sperrfrist trifft, stellt es inzidenter fest, daß eine wirksame 86

Massenentlassungsanzeige vorlag. Durch die Bestandskraft des Verwaltungsaktes sind die Arbeitsgerichte gehindert, die Entscheidung des Arbeitsamtes im Kündigungsschutzprozeß nachzuprüfen und möglicherweise zu dem Ergebnis zu gelangen, die Massenentlassungsanzeige sei doch fehlerhaft gewesen (*LAG Hamm v. 24.04.2002 – 2 Sa 1847/01*, *LAGReport 2003*, 117 = *ZInsO 2002*, 788). Interessenausgleich mit Namensliste entbindet den Insolvenzverwalter jedoch nicht von der Betriebsratsanhörung zu den konkret auszusprechenden Kündigungen nach § 102 BetrVG (so zu § 1 Abs. 5 KSchG a.F. [1996] vor allem *LAG Düsseldorf v. 21.04.1998 – 3/11/18 Sa 1968/97*, *LAGE § 102 BetrVG 1972 Nr. 69*; ebenso *LAG Hamm v. 21.03.2002 – 4 Sa 1746/01*, *LAGReport 2002*, 214 = *ZInsO 2002*, 644). Gegen ein Redaktionsversehen spricht einerseits der Umkehrschluß aus dem Wortlaut des § 125 Abs. 2 InsO, wonach der Interessenausgleich mit Namensliste die Stellungnahme des Betriebsrats nach § 17 Abs. 3 Satz 2 KSchG ersetzt, und andererseits der unterschiedliche Regelungszweck beider Vorschriften (so zu § 1 Abs. 5 Satz 4 KSchG a.F. [1996])

BAG v. 20.05.1999 – 2 AZR 148/99, *NZA 1999*, 1039 = *ZInsO 1999*, 601 = *ZIP 1999*, 1647). 87
Der Kläger hat im Zusammenhang mit der Frage der ordnungsgemäßen Betriebsratsanhörung zwar erstinstanzlich mit Nichtwissen bestritten, jedoch diese Rüge nach dem Vortrag des Beklagten, die Betriebsratsanhörung sei am 14.08.2002 unter Übergabe der kompletten Personalliste des Werkes W4xxxxx erfolgt, nicht mehr aufrechterhalten.

2.4. Kommt bei einer Betriebsänderung (§ 111 BetrVG) ein Interessenausgleich mit namentlicher Benennung der zu kündigenden Arbeitnehmer zustande, dann kann die soziale Auswahl nur noch auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden (§ 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Hs. 1 InsO). Die Beschränkung des gerichtlichen Prüfungsrahmens auf grobe Fehlerhaftigkeit bezieht sich nicht nur auf die sozialen Indikatoren und deren Gewichtung selbst, sondern auf sämtliche Bestandteile der Sozialauswahl (*LAG Köln v. 01.08.1997 – 11 Sa 355/97*, *LAGE § 1 KSchG Interessenausgleich Nr. 1* = *NZA-RR 1998*, 160; *LAG Hamm v. 02.09.1999 – 4 Sa 962/99*, *ZInsO 2000*, 352). Die Festlegung des auswahlrelevanten Personenkreises der austauschbaren und damit vergleichbaren Arbeitnehmer ist der Grundstein für eine ordnungsgemäße Sozialauswahl. Bei Vorliegen eines Interessenausgleichs mit Namensliste ist die soziale Auswahl gemäß § 125 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 InsO grob fehlerhaft (*LAG Hamm v. 02.09.1999 – 4 Sa 962/99*, *ZInsO 2000*, 352; *LAG Hamm v. 05.06.2003 – 4/16 Sa 1976/02*, *ZInsO 2003*, 1060), wenn die Betriebsparteien 88

– den auswahlrelevanten Personenkreis der austauschbaren und damit vergleichbaren Arbeitnehmer willkürlich bestimmt oder nach unsachlichen Gesichtspunkten eingegrenzt haben, 89

– unsystematische Altersgruppen mit wechselnden Zeitsprüngen (bspw. in 12er, 8er und 10er Jahresschritten) gebildet haben, 90

– eines der drei sozialen Grundkriterien überhaupt nicht berücksichtigt oder zusätzlichen Auswahlkriterien eine überhöhte Bewertung beigemessen haben, 91

– die der Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten entgegenstehenden Gründen nicht nach sachlichen Gesichtspunkten konkretisiert haben. 92

Die Darlegungs- und Beweislast für die Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl liegt auch bei Massenentlassungen gemäß § 1 Abs. 3 Satz 3 Hs. 1 KSchG beim Ar- 93

beitnehmer, und zwar selbst dann, wenn diese die Folge einer Betriebsänderung nach §§ 111, 112a BetrVG sind. Zu beachten ist aber, daß der Insolvenzverwalter nicht nur bei Einzelkündigungen, sondern auch bei Massenentlassungen dem Arbeitnehmer auf dessen Verlangen hin die Gründe anzugeben hat, die zu der getroffenen sozialen Auswahl geführt haben (§ 1 Abs. 3 Satz 1 Hs. 2 KSchG). Vorliegend hat der Beklagte sich darauf berufen, *alle* Belegschaftsmitgliedern des Werkes W4xxxxx entlassen zu haben. Damit entfiel die Verpflichtung zur Auswahl der Arbeitnehmer unter sozialen Gesichtspunkten, denn eine solche kommt grundsätzlich dann nicht mehr in Betracht, wenn allen Arbeitnehmern gekündigt wird (BAG v. 10.10.1996 – 2 AZR 651/95, NJW 1997, 886 = NZA 1997, 92 = WiB 1997, 315 [Seitz]; BAG v. 07.03.2002 – 2 AZR 147/01, EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 116 = NZA 2002, 1111). Dies gilt auch bei Auflösung eines Gemeinschaftsbetriebes (BAG v. 13.09.1995 – 2 AZR 954/94, AP Nr. 72 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = NZA 1996, 307). Soweit der Kläger die Sozialauswahl als fehlerhaft gerügt, weil der Beklagte nicht die Arbeitnehmer sämtlicher Werke (W4xxxxx, P2xxxxxxx, D3xxxxx und A2xxxxx) mit einbezogen habe, greift die Rüge nicht durch, denn die Voraussetzungen für eine unternehmensbezogene Weiterbeschäftigungspflicht (vgl. dazu BAG v. 15.12.1994 – 2 AZR 320/94, AP Nr. 66 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAG v. 21.09.2000 – 2 AZR 385/99, AP Nr. 111 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung) sind vom Kläger nicht dargetan worden. Außerdem läßt sein Vortrag nicht erkennen, ob er an einem freien Arbeitsplatz hätte weiterbeschäftigt werden können bzw. welcher Arbeitnehmer aus den drei anderen Werken an seiner Stelle als weniger schutzwürdig hätte entlassen werden müssen.

3. Mithin ist die Kündigung des Beklagten gemäß Schreiben vom 28.08.2002 rechtswirksam und hat das Arbeitsverhältnis des Klägers wegen Stilllegung des Werkes W4xxxxx gemäß § 113 Abs. 1 Satz 1 InsO fristgerecht mit Ablauf des 30.11.2002 aufgelöst. Über die zweite Kündigung gemäß Schreiben des Beklagten vom 29.10.2002 brauchte mithin nicht mehr entschieden werden. Der Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung, der nach heutigem Verständnis zusammen mit dem Vergütungsanspruch eine Einheit bildet und in der Bündelung

95

dieser Berechtigungen den Hauptanspruch des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis im Sinne des § 611 BGB ausmacht (LAG Hamm v. 05.05.1983 – 8 Sa 255/83, EzA § 102 BetrVG 1972 Nr. 52; LAG Hamm v. 11.03.1999 – 4 Sa 34/98, ZInsO 1999, 424; LAG Hamm v. 11.03.1999 – 4 Sa 966/98, ZInsO 1999, 424; LAG Hamm v. 24.02.2000 – 4 Sa 1731/99, ZInsO 2000, 467), kann –wenn die Wirksamkeit der Kündigung festgestellt wird– nicht mehr mit Erfolg geltend gemacht werden. Der Weiterbeschäftigungsantrag setzt nämlich ein ungekündigtes Arbeitsverhältnis voraus (BAG v. 27.02.1985 – GS 1/84, NZA 1985, 702 = ZIP 1985, 1214). Die Klage mußte daher auch insoweit ohne Erfolg bleiben.

96

4. Nach alledem war die Berufung des Klägers gegen das arbeitsgerichtliche Urteil in vollem Umfang zurückzuweisen.

97

4.1. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

98

4.2. Der Wert des Streitgegenstandes war nach § 25 Abs. 1 GKG, § 9 BRAGO festzusetzen. Dabei waren der Kündigungsschutzantrag gegen die erste Kündigung nach § 12 Abs. 7 Satz 1 ArbGG mit dem Vierteljahreseinkommen des Klägers und der Kündigungsschutzantrag gegen die zweite Kündigung mit einem Monatsverdienst sowie der Weiterbeschäftigungsantrag nach §§ 3 ff. ZPO mit dem doppelten Monatsverdienst zu bewerten. Der Streitwertbeschuß hat mit der Urteilsformel verbunden werden können.

99

4.3. Die Revision war nach § 72 Abs. 1 ArbGG zuzulassen.

Berscheid	Wende	Kretzer	101
-----------	-------	---------	-----

/Woi. 102
