

**3 Sa 471/15**  
3 Ca 2264/14  
(ArbG Kempten)

Verkündet am: 03.12.2015

Gapp  
Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle



## **Landesarbeitsgericht München**

Im Namen des Volkes

### **URTEIL**

In dem Rechtsstreit

A.  
A-Straße, A-Stadt

- Kläger und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte:

B.  
B-Straße, B-Stadt

gegen

Firma C.  
C-Straße, A-Stadt

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:

D.  
D-Straße, D-Stadt

hat die 3. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 19. November 2015 durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht Dr. Eulers und die ehrenamtlichen Richter Köhler und Wischhöfer

für Recht erkannt:

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Endurteil des Arbeitsgerichts Kempten vom 15.04.2015 – 3 Ca 2264/14 – abgeändert und insgesamt wie folgt gefasst:

Die Klage wird abgewiesen.

2. Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
3. Die Revision wird zugelassen.

### **Tatbestand:**

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen betriebsbedingten Kündigung.

Der am 00.00.0000 geborene, verheiratete und drei Kindern zum Unterhalt verpflichtete Kläger wurde bei der Beklagten aufgrund des Arbeitsvertrags vom 16.05.1994 seit dem 16.05.1994 als Metallarbeiter in der Abteilung Lackiererei eingestellt. Der Tarifvertrag der Bayerischen Metallindustrie und künftige Änderungen des Tarifvertrages wurden zum Inhalt des Arbeitsvertrages bestimmt. Nach dem Arbeitsvertrag war je nach Eignung des Klägers bzw. der anfallenden Arbeit eine Versetzung an einen anderen Arbeitsplatz möglich. Der Kläger war zunächst als Hilfsarbeiter in der Abteilung Spritzlackiererei eingesetzt. Im Lauf der Jahre hat er seine Kenntnisse und Fertigkeiten in der Lackiererei derart erweitert, dass er die Vergütungsgruppe EG 05 des Entgelttarifvertrages der Metall- und Elektroindustrie in Bayern erreicht hat. Die Entgeltgruppe 05 ist nach dem Entgelttarifvertrag die unterste Facharbeiterentgeltgruppe. Bei der dortigen Arbeitsaufgabe handelt es sich um eine Arbeitsaufgabe, die Entscheidungen bei der Arbeitsausführung

voraussetzt und daher Kenntnisse und Fertigkeiten erfordert, wie sie in der Regel durch eine einschlägige, mindestens dreijährige abgeschlossene Berufsausbildung bzw. einschlägige zweijährige abgeschlossene Berufsausbildung und längere zusätzliche fachspezifische Erfahrung bzw. auf andere Weise erworben werden. Zuletzt erhielt der Kläger eine monatliche Bruttovergütung von xxx € in Form eines verstetigten Akkordlohns.

Bei der Beklagten, die unter anderem Baumaschinen und Hydraulikgeräte fertigt und im Herbst 2014 ca. 290 Arbeitnehmer beschäftigt, ist ein Betriebsrat gebildet. Mit dem Betriebsrat wurde jeder einzelne im Unternehmen vorhandene Arbeitsplatz zur Eingruppierung nach dem Entgelttarifvertrag der Bayerischen Metall- und Elektroindustrie bewertet.

Mit Schreiben vom 29.09.2014 teilte die Beklagte dem Kläger und den anderen in der Lackiererei beschäftigten Arbeitnehmern mit, dass beabsichtigt sei, die Lackiererei auszulagern und ab 01.01.2015 die gesamten zur Lackiererei gehörenden Räume inklusive der vorhandenen Betriebseinrichtungen an die Fa. E. zu verpachten. Diese Maßnahme stelle einen Betriebsübergang gemäß § 613 a BGB dar, weshalb das Arbeitsverhältnis des Klägers wie das der anderen, in der Lackiererei inklusive Schleifen, Strahlen und Waschhalle beschäftigten Arbeitnehmer auf die Fa. E. übergehe. Von den 23 in der Lackiererei beschäftigten Arbeitnehmern widersprachen der Kläger mit Schreiben vom 20.10.2014 und 15 weitere Arbeitnehmer dem Betriebsübergang. Mit Schreiben vom 22.10.2014 (Anlage B1 = Bl. 28 d. A.) informierte die Beklagte den Betriebsrat über die beabsichtigte Kündigung des Klägers unter Angabe der Unterhaltungspflicht für zwei Kinder und folgendem Kündigungsgrund:

„Nach Wegfall der Lackiererei können wir keinen Arbeitsplatz anbieten. Es ist kein Mitarbeiter vergleichbar.“

In der Sitzung vom 23.10.2014 stimmte der Betriebsrat der beabsichtigten Kündigung des Klägers und der weiteren Arbeitnehmer der Lackiererei, die dem Betriebsübergang widersprochen hatten, zu. Daraufhin kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis des Klägers mit Schreiben vom 24.10.2014 ordentlich zum 31.05.2015. Seit dem 01.01.2015 sind die genannten Tätigkeitsbereiche der Lackiererei nebst zugehöriger Räume und Betriebsmit-

tel an die Fa. E. verpachtet. Der Kläger arbeitet seit dem 09.01.2015 für die Dauer der Kündigungsfrist und anschließend aufgrund befristeter Arbeitsverträge für den Betriebsübernehmer zu den Bedingungen seines Arbeitsvertrages mit der Beklagten.

Am 19.01.2015 hörte die Beklagte den Betriebsrat erneut zu einer beabsichtigten ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses an, in dessen Anlage 1 es auszugsweise heißt:

„...“

Es ist nunmehr beabsichtigt, wegen desselben Kündigungssachverhalts – Wegfall des Arbeitsplatzes – nochmals eine vorsorgliche ordentliche betriebsbedingte Kündigung auszusprechen. Diese Kündigung erscheint sicherheitshalber angebracht, weil sich in den Erörterungen im Zusammenhang mit den anhängigen Kündigungsschutzverfahren ergeben hat, dass möglicherweise über die Richtigkeit der pauschalen Angabe in den Anhörungsschreiben vom 22.10.2014 die lautete:

„Es ist kein Mitarbeiter vergleichbar“

gestritten werden kann und sich darauf das prozessuale Risiko ergeben könnte, dass das Arbeitsgericht unabhängig von der materiellen Rechtslage, wegen einer objektiv unter Umständen falschen Angabe in der Betriebsratsanhörung die Kündigungen allein aus diesem formalen Gesichtspunkt als unwirksam ansehen könnte.

Die möglicherweise vergleichbar gewesenen Mitarbeiter spielen im Rahmen der Sozialauswahl heute jedoch keine Rolle mehr. Im Rahmen der bereits ausgesprochenen bzw. auszusprechenden Kündigungen wurde beschlossen, diesen zwei Mitarbeitern ebenfalls zu kündigen (die Anhörungsschreiben gemäß § 102 BetrVG gehen dem Betriebsrat mit gleicher Post zu), weil nach jetziger Erkenntnis die Firma verpflichtet ist, die Arbeitsplätze dieser Mitarbeiter zwei Arbeitnehmern anzubieten, welche tariflichen Alterskündigungsschutz genießen.“

Mit Schreiben vom 28.01.2015 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis des Klägers nochmals unter Einhaltung einer ordentlichen Kündigungsfrist zum 31.08.2015. Hierüber

führen die Parteien ein weiteres Kündigungsschutzverfahren vor dem Arbeitsgericht Kempten (3 Ca 327/15).

Gegen die hier streitgegenständliche, ihm am 24.10.2014 übergebene Kündigung vom selben Tage hat der Kläger am 11.11.2014 Kündigungsschutzklage vor dem Arbeitsgericht Kempten erhoben. Die Kündigung sei nicht sozial gerechtfertigt. Es fehle an einer unternehmerischen Entscheidung zum Abbau des Personalüberhangs der 16 Arbeitnehmer, die dem Betriebsübergang widersprochen hätten. Auch beschäftige die Beklagte in vielen Abteilungen Leiharbeiter auf Arbeitsplätzen, auf denen der Kläger rechtlich und tatsächlich tätig werden könne. Darüber hinaus hat der Kläger die soziale Auswahl gerügt und die Beklagte aufgefordert, die Sozialauswahl offenzulegen und hierbei Namen und Sozialdaten vergleichbarer Arbeitnehmer zu nennen. Dies beziehe sich insbesondere auf die Arbeitnehmer der Abteilungen Montage, Endmontage, KTL, Zuschnitt und Lager, die mit dem Kläger vergleichbar seien. Vergleichbar seien u.a. die Mitarbeiter N. B., D. S., G. B., S., F. G., A. N., C. M., S. H., M. D., G. S. und die Arbeitnehmer der Endmontage, die zwar ursprünglich zur Lackiererei gehört, aber vor dem Betriebsübergang abgetrennt worden sei. Schließlich hat der Kläger die Ordnungsgemäßheit der Betriebsratsanhörung bestritten. Dem Betriebsrat seien falsche Sozialdaten mitgeteilt worden. Der Kläger habe drei und nicht zwei unterhaltspflichtige Kinder. Darüber hinaus sei die Betriebsratsanhörung aufgrund ihrer Unvollständigkeit, insbesondere hinsichtlich der Sozialauswahl, nicht geeignet gewesen, den Betriebsrat in die Lage zu versetzen, eine Stellungnahme zur beabsichtigten Kündigung abzugeben.

Der Kläger hat erstinstanzlich unter Rücknahme des allgemeinen Feststellungsantrags und des Weiterbeschäftigungsantrags beantragt:

Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 24.10.2014 nicht beendet wird.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage kostenfällig abzuweisen.

Die Kündigung sei sozial gerechtfertigt. Der Arbeitsplatz des Klägers sei aufgrund des Teilbetriebsübergangs der Lackiererei weggefallen. Andere freie Arbeitsplätze seien zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung nicht vorhanden gewesen. Die Leiharbeitnehmer seien ausschließlich zum Ausgleich von Arbeitsspitzen und zur Vertretung von Arbeitnehmern eingesetzt, so dass kein dauerhafter freier Arbeitsplatz zur Verfügung stände. Eine Sozialauswahl sei nicht geboten gewesen, weil der Kläger nicht mit anderen Arbeitnehmern vergleichbar sei. Die anderen Arbeitnehmer seien entweder in einer anderen Entgeltgruppe eingruppiert, genössen tariflichen Altersschutz oder verfügten über besondere Qualifikationen, die der Kläger nicht habe. Der Betriebsrat sei vor Ausspruch der Kündigung ordnungsgemäß angehört worden. Ausweislich der Betriebsratsanhörung sei die Beklagte keineswegs davon ausgegangen, keine Sozialauswahl im Betrieb durchführen zu müssen. Allerdings hätten keine vergleichbaren Arbeitnehmer festgestellt werden können, was dem Betriebsrat mitgeteilt worden sei. Dem Betriebsrat sei die Tatsache des bevorstehenden Teilbetriebsübergangs aus vorangegangener Information hinreichend bekannt gewesen. Er habe auch Kenntnis von dem Umstand gehabt, dass der Arbeitsplatz des Klägers ersatzlos weggefallen sei. Nach dem Grundsatz der subjektiven Determination sei die Betriebsratsanhörung nicht zu beanstanden.

Durch Endurteil vom 14.04.2015 – 3 Ca 2264/14 – hat das Arbeitsgericht Kempten dem Kündigungsschutzantrag stattgegeben, weil die Kündigung nach § 102 Abs. 1 BetrVG unwirksam sei. Zwar habe der Arbeitgeber nach dem Grundsatz der subjektiven Determination lediglich den aus seiner Sicht maßgeblichen Kündigungssachverhalt mitzuteilen, wie dieser seinem Kündigungsentschluss zugrunde liege. Jedoch diene die Anhörung dazu, den Betriebsrat in die Lage zu versetzen, diejenigen Kündigungstatsachen, auf die der Arbeitgeber abstelle, in Bezug auf ihre Stichhaltigkeit zu überprüfen und auf ihrer Grundlage eine eigene Bewertung der beabsichtigten Kündigung vorzunehmen. Diesen Zweck könne die Anhörung nur erfüllen, wenn der Arbeitgeber dem Betriebsrat mitteile, auf welcher rechtlichen und tatsächlichen Grundlage er die Sozialauswahl durchgeführt habe und wie er zu dem Ergebnis gelangt sei, dass im Betrieb keine Arbeitnehmer vorhanden seien, die mit dem Kläger vergleichbar wären. Lediglich dann, wenn der Arbeitgeber überhaupt keine Sozialauswahl durchgeführt hätte, sei er ausnahmsweise zu weiteren Angaben nicht verpflichtet. Da die Beklagte dem Betriebsrat mit dem Hinweis, eine Vergleichbarkeit von Arbeitnehmern sei nicht vorhanden, nur das Ergebnis, nicht aber die

vorangestellten Überlegungen hierzu mitgeteilt habe, liege eine ordnungsgemäße Betriebsratsanhörung nicht vor.

Gegen dieses, ihrem Prozessbevollmächtigten am 07.05.2015 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 21.05.2015 Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 07.08.2015 am 07.08.2015 begründet.

Der Betriebsrat sei zu der streitgegenständlichen Kündigung ordnungsgemäß angehört worden. Die Mitteilung an den Betriebsrat, es sei kein Mitarbeiter vergleichbar, sei ausreichend gewesen. Der Arbeitgeber sei nicht zur Unterrichtung des Betriebsrats über diejenigen Erwägungen verpflichtet, die zu dem Schluss geführt hätten, dass vergleichbare Arbeitnehmer nicht vorhanden seien. Eine solche Informationspflicht sei aus § 102 Abs.1 BetrVG nicht abzuleiten, weil dem Betriebsrat nur „die Gründe für die Kündigung mitzuteilen“ seien. Die Informationspflicht zu den Gründen einer tatsächlich durchgeführten Sozialauswahl und zu dem Fall, dass eine Sozialauswahl mangels vergleichbarer Arbeitnehmer nicht durchzuführen sei, sei verschieden. Im Übrigen wäre eine solche Unterrichtung nahezu unmöglich, weil sich die Erwägungen zwangsläufig auf alle Arbeitnehmer des Betriebes beziehen müssten, mit der Folge, dass die Anhörung zu nicht vergleichbaren Arbeitnehmern umfangreicher wäre als zu vergleichbaren Arbeitnehmern. Zudem könne der Betriebsrat, der aufgrund der Bewertung der Arbeitsplätze im Unternehmen diese bestens kenne, selbst überprüfen, inwiefern eine Vergleichbarkeit gegeben sei bzw. welche Arbeitsplätze aus seiner Sicht noch in Betracht kämen. Sollte die Beklagte fälschlicherweise einen vergleichbaren Mitarbeiter übersehen haben, wäre deshalb nicht die Betriebsratsanhörung unwirksam, sondern zu prüfen, ob ein vom jeweiligen Kläger aufgezeigter vergleichbarer Mitarbeiter sozial stärker sei und vor dem Kläger zu kündigen gewesen wäre. Dies betreffe die materielle Begründetheit der Kündigungsschutzklage und sei keine Frage der Betriebsratsanhörung.

Tatsächlich sei eine Sozialauswahl mangels vergleichbarer Arbeitnehmer nicht durchzuführen gewesen. Zeitgleich zur beabsichtigten Kündigung des Klägers sei der Betriebsrat zur beabsichtigten Kündigung der weiteren, in der EG 05 beschäftigten Arbeitnehmer der Lackiererei ohne Endmontage angehört worden. Dies betreffe die Mitarbeiter F., S., A. S., A. H., C. A., C. A. und S., für die die Anhörungsschreiben als Anlage BK 1 bis BK 7 vorge-

legt werden. Die Arbeitnehmer K. C. und N. G. hätten Sonderkündigungsschutz nach § 85 SGB IX genossen und es hätte zunächst die Zustimmung des Integrationsamtes eingeholt werden müssen, weshalb die Betriebsratsanhörung zunächst zurückgestellt worden sei. Dem Betriebsrat sei daher bekannt gewesen, dass sämtliche, mit dem Kläger in der Lackiererei vergleichbaren Mitarbeiter, die dem Betriebsübergang widersprochen hätten, ebenfalls gekündigt werden sollten.

Weitere vergleichbare Arbeitsplätze habe es nicht gegeben.

Die in der Endmontage verbliebenen Arbeitnehmer seien nicht mit Lackieren, sondern mit Montieren befasst. Die dortigen Arbeitsplätze seien in die EG 4c eingruppiert und deshalb, bezogen auf das Facharbeiterniveau des Klägers, der mit der EG 5b vergütet werde, nicht gleichwertig.

Darüber hinaus fehle es an einer Vergleichbarkeit im Verhältnis zu anderen, in die EG 05 eingruppierten Arbeitsbereiche, weil der Kläger nicht über die dort verlangte zwei- oder dreijährige Berufsausbildung bzw. nicht über die langjährige, zumindest mehrjährige Tätigkeit in den jeweiligen Bereichen verfüge. Insoweit wird für die Darstellung der Beklagten zu den Arbeitsbereichen 1.0.04 bis 8.2.04 Bezug auf Seite 20 – 23 der Berufungsbegründung (= Bl. 151 – 154 d. A.) genommen.

Auch die vom Kläger benannten Mitarbeiter seien nicht mit ihm vergleichbar. Die Arbeitnehmer B., S., B., S., G., N., S., D. und S. seien in die EG 03 bis 04 eingruppiert. Der Arbeitnehmer C. sei Metallfacharbeiter (Schlosser) und als solcher unter Eingruppierung in die EG 05b beschäftigt, während der Kläger weder Metallfacharbeiter sei noch über entsprechende Kenntnisse verfüge. Soweit der Kläger einzelne Bereiche angegeben habe, gebe es ebenfalls keine vergleichbaren Arbeitnehmer: In der Abteilung Montage gebe es nur Facharbeiterstellen, die eine Ausbildung in einem metallverarbeitenden Beruf oder auf andere Weise erworbene Kenntnisse und Fähigkeiten voraussetzten, über die der Kläger nicht verfüge. Die Tätigkeiten in der Endmontage nach dem Lackieren seien eingruppiert in die EG 4c und damit geringwertiger. Die Tätigkeiten in der Abteilung KTL seien eingruppiert in die EG 03 und damit deutlich geringwertiger. Die Tätigkeiten im Lager seien mit Ausnahme des Arbeitsbereiches 6.2.04 entweder niedriger oder deutlich höher ein-



gruppiert. Der Arbeitsbereich 6.2.04 erfordere neben einer kaufmännischen Ausbildung SAP-Kenntnisse und Kenntnis der Office-Programme. Hierüber verfüge der Kläger nicht und könne die Kenntnisse auch nicht innerhalb zumutbarer Frist erlangen. Die Tätigkeiten im Zuschnitt seien in die EG 04 oder EG 05 eingruppiert. Soweit die EG 05 betroffen sei, erfordere die konkrete Tätigkeit Kenntnisse als Metallfacharbeiter. Im Bereich der Dreherei handele es sich um Stellen für Metallfacharbeiter, eingruppiert in die EG 4c bzw. EG 05 - je nach konkreter Tätigkeit - und erforderten Metallfacharbeiterkenntnisse bzw. eine entsprechende Ausbildung. Bei der Abteilung KTL und Tauchgrundierung handele es sich um dieselbe Abteilung. KTL heiße „kathodische Tauchlegierung“. Die in der Anhörung vom 19.01.2015 genannten zwei Arbeitnehmer, die mit dem Kläger „möglicherweise“ vergleichbar gewesen seien, müsse die Beklagte nicht benennen, weil die Beklagte nach wie vor der Auffassung sei, dass es keine vergleichbaren Mitarbeiter gebe. Insofern bestehe auch keine Pflicht, die Mitarbeiter zu benennen.

Die Kündigung sei auch nicht aus anderen Gründen unwirksam.

Der Arbeitsplatz des Klägers sei mit dem unstreitigen Wegfall der Lackiererei mit Ablauf des 31.12.2014 weggefallen. Einer weiteren unternehmerischen Entscheidung zur Beseitigung des Arbeitskräfteüberhangs hätte es nicht bedurft. Es seien auch keine freien Arbeitsplätze bei der Beklagten vorhanden gewesen. Der Kläger habe keinen konkreten, mit einem Leiharbeiter besetzten Arbeitsplatz benannt. Im Übrigen handle es sich bei diesen mit Leiharbeitnehmern besetzten Arbeitsplätzen um Metallfacharbeiter-Arbeitsplätze, für die der Kläger nicht qualifiziert sei, und die nicht als frei im kündigungrechtlichen Sinne anzusehen seien, weil die Leiharbeiter nur zum Ausgleich von Arbeitsspitzen bzw. als Krankheits- und Urlaubsvertretung eingesetzt würden. Insoweit wird auf die Ausführungen der Beklagten in der Berufungsbegründung (S. 11 – 18 = Bl. 142 – 149 d. A.) Bezug genommen.

Die Beklagte beantragt:

1. Das Urteil des Arbeitsgerichts Kempten vom 15.04.2015, Az: 3 Ca 2264/14, wird abgeändert.
2. Die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen,

und verteidigt das erstinstanzliche Urteil. Bei einer betriebsbedingten Kündigung sei die Mitteilung über die Überlegungen des Arbeitgebers zur Sozialauswahl grundsätzlich Bestandteil der ordnungsgemäßen Beteiligung des Betriebsrats. Auch habe die Beklagte in ihrer Anhörung vom 19.01.2015 gezeigt, dass es selbst aus ihrer Sicht zwei Mitarbeiter gegeben habe, die zum Zeitpunkt der hier streitgegenständlichen Kündigung zumindest „möglicherweise“ mit dem Kläger vergleichbar gewesen seien. Dies hätte sie dem Betriebsrat in der Anhörung vom 22.10.2014 mitteilen müssen. Im Übrigen fordere der Kläger die Beklagte auf, die Namen, Sozialdaten, Tätigkeiten und Eingruppierung der beiden Mitarbeiter offen zu legen. Auch erstaune es, dass die gekündigten Arbeitnehmer der Lackiererei, die völlig inhomogen in die Entgeltgruppen 03 bis 05 eingruppiert gewesen seien, nicht mit einem einzigen der weiteren 272 Arbeitnehmer der Beklagten vergleichbar gewesen sein sollen. In der Vergangenheit habe es kurzfristige und dauerhafte Fluktuation zwischen der Lackiererei und anderen Abteilungen gegeben.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die Schriftsätze der Beklagten vom 07.08.2015 (Bl. 132 – 164 d. A.) und vom 05.10.2015 (Bl. 193 – 194 d. A.), den Schriftsatz des Klägers vom 17.09.2015 (Bl. 183 – 191 d. A.) sowie auf die Sitzungsniederschrift vom 19.11.2015 (Bl. 196 – 197 d. A.) Bezug genommen.

## Entscheidungsgründe:

Die Berufung ist zulässig und begründet.

### I.

Die nach § 64 Abs. 1, Abs. 2 lit. c) ArbGG statthafte Berufung ist form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, §§ 519, 520 ZPO.

### II.

Die Berufung ist auch begründet. Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist durch die Kündigung der Beklagten vom 24.10.2014 aufgelöst worden. Sie ist nicht rechtsunwirksam gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG und § 1 Abs. 1 bis 3 KSchG.

1. Die Kündigung ist nicht nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG rechtsunwirksam.

a) Nach § 102 Abs. 1 BetrVG ist der Betriebsrat vor jeder Kündigung zu hören, wobei ihm der Arbeitgeber die Gründe für die Kündigung mitzuteilen hat.

Nach ständiger Rechtsprechung des BAG steht die nicht ordnungsgemäße Anhörung der unterbliebenen Anhörung des Betriebsrats gleich (vgl. BAG, Urteil vom 24.02.2000 – 8 AZR 167/99 – NZA 2000, 764 unter I.1. der Gründe). Dabei ist die Mitteilung der Kündigungsgründe nach § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG „subjektiv determiniert“. Der Arbeitgeber muss nur die Umstände mitteilen, die seinen Kündigungsentschluss tatsächlich bestimmt haben. Teilt der Arbeitgeber objektiv kündigungsrechtlich erhebliche Tatsachen dem Betriebsrat deshalb nicht mit, weil er darauf die Kündigung nicht oder zunächst nicht stützen will, ist die Anhörung zwar ordnungsgemäß erfolgt, dem Arbeitgeber ist es aber verwehrt, im Kündigungsschutzprozess Gründe nachzuschieben, die über die Erläuterung des mitgeteilten Sachverhalts hinausgehen. Der Arbeitgeber kommt seiner Unterrichtungspflicht erst dann nicht mehr nach, wenn er aus seiner Sicht dem Betriebsrat bewusst eine unrichtige oder unvollständige Sachverhaltsdarstellung unterbreitet (vgl. BAG, Urteil vom 12.08.2010 – 2 AZR 945/08 – NZA 2011, 460, Rn. 18 m.w.N.).

Bei einer betriebsbedingten Kündigung ist die Mitteilung über die Überlegungen des Arbeitgebers zur Sozialauswahl grundsätzlich Bestandteil der ordnungsgemäßen Beteiligung des Betriebsrats. Beruft sich der Arbeitgeber auf eine Auswahl nach sozialen Kriterien, hat er die in seine Auswahl *einbezogenen* Arbeitnehmer und deren Sozialdaten, die Auswahlkriterien und seinen Bewertungsmaßstab anzugeben. Nicht ausreichend sind pauschale, schlag- oder stichwortartige Angaben. Dabei genügt er seiner Mitteilungspflicht, wenn er die für ihn subjektiv erheblichen Auswahlüberlegungen darlegt. Ergibt sich aus seiner Auskunft, dass er nicht alle nach dem Gesetz maßgeblichen Sozialdaten oder ungeeignete Kriterien berücksichtigt hat oder dass die von ihm beachteten Kriterien im Kündigungsschutzprozess bei objektiver Würdigung noch einer weiteren Konkretisierung bedürfen, kann die Unterrichtung gleichwohl ausreichend sein, wenn für den Betriebsrat erkennbar ist, dass der Arbeitgeber eine Sozialauswahl für überflüssig gehalten hat, etwa weil nach dessen Ansicht kein mit dem zu kündigenden Arbeitnehmer vergleichbarer Mitarbeiter (mehr) vorhanden sein soll, oder weil er allen Arbeitnehmern kündigen will (vgl. erneut BAG, Urteil vom 12.08.2010 – 2 AZR 945/08 – a.a.O., Rn. 19 m.w.N.).

**b)** Gemessen an den dargestellten Grundsätzen hat die Beklagte den Betriebsrat mit Schreiben vom 22.10.2014 ordnungsgemäß im Sinne des § 102 Abs. 1 BetrVG zur beabsichtigten ordentlichen betriebsbedingten Kündigung vom 24.10.2014 angehört.

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist die Betriebsratsanhörung nicht fehlerhaft, wenn sich der Arbeitgeber entschlossen hat, nicht nach sozialen Gesichtspunkten auszuwählen, und er „das dem Betriebsrat so mitteilt.“ (vgl. BAG, Urteil vom 24.02.2000 – 8 AZR 167/99 – a.a.O., unter I.2.b) der Gründe; Urteil vom 16.01.1987 – 7 AZR 49/85 – BeckRS 1987, 30719846, unter I.2. der Gründe; Urteil vom 12.08.2010 – 2 AZR 945/08 – a.a.O., Rn. 19; Urteil vom 09.09.2010 – 2 AZR 936/08 – NJOZ 2011, 707, Rn. 16; ebenso Linck in Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 16. Aufl. 2015, § 124, Rn. 28; Mestwerdt/Zimmermann in Gallner/Mestwerdt/Nägele, Kündigungsschutzrecht, 5. Aufl. 2015, § 1, Rn. 819 m.w.N. zur Rechtsprechung; Fitting, BetrVG, 27. Aufl. 2014, § 102, Rn. 31; Braasch in Düwell, BetrVG, 4. Aufl. 2014, § 102, Rn. 59; Thüsing in Ricardi, 14. Aufl. 2014, § 102, Rn. 68; Bachner in Däubler/Kittner/Klebe/Wedde, BetrVG, 14. Aufl. 2013, § 102, Rn. 108; KR/Etzel, 10. Aufl. 2013, § 102, Rn. 62j und 62l; anderer Ansicht: LAG

München, Urteil vom 08.07.2015 – 5 Sa 414/15 – nicht veröffentlicht; LAG München, Urteil vom 02.07.2015 – 2 Sa 424/15 – nicht veröffentlicht). Über eine abstrakt mögliche, tatsächlich aber unterbliebene Auswahl muss der Arbeitgeber den Betriebsrat nicht unterrichten, weil sie für seinen Kündigungsentschluss nicht maßgeblich ist (vgl. schon LAG Hessen, Urteil vom 11.12.1998 - 3 Sa 1566/96 - BeckRS 1998, 30874866). Der nötige kollektive Schutz wird dadurch bewirkt, dass der Betriebsrat der Kündigung in einem solchen Fall nach § 102 Abs. 3 Nr. 1 BetrVG mit der Begründung widersprechen kann, der Arbeitgeber habe den ausfallrelevanten Personenkreis zu eng gezogen oder eine Sozialauswahl sei zu Unrecht völlig unterlassen worden (vgl. Mestwerdt/Zimmermann, a.a.O.). Dem individuellen Schutz des Arbeitnehmers wird dadurch Rechnung getragen, dass im Streit um die soziale Rechtfertigung der Kündigung solche Kündigungsgründe nicht berücksichtigt werden können, zu denen der Betriebsrat nicht angehört worden ist (vgl. BAG, Urteil vom 24.02.2000 – 8 AZR 167/99 – a.a.O., unter I.2.b) der Gründe).

Die Betriebsratsanhörung begegnet deshalb keinen Bedenken nach § 102 Abs. 1 BetrVG, weil sich die Beklagte darauf beschränkt hat, dem Betriebsrat mitzuteilen, dass kein Mitarbeiter vergleichbar sei.

Die Betriebsratsanhörung ist auch nicht deshalb unwirksam, weil dem Betriebsrat die Unterhaltspflichten für zwei Kinder, wie sie sich aus der Lohnsteuerkarte des ergeben haben, und nicht die Unterhaltspflichten für drei Kinder, wie sie tatsächlich bestehen sollen, mitgeteilt worden sind. Da die Mitteilungspflicht subjektiv bestimmt ist, genügt es, wenn der Arbeitgeber die ihm bekannten Sozialdaten angibt, auch wenn diese objektiv nicht zutreffen (vgl. Raab in GK-BetrVG, 10. Aufl. 2014, § 112, Rn. 76).

**2.** Die Kündigung ist nicht nach § 1 Abs. 1 KSchG rechtsunwirksam, weil sie nicht sozial gerechtfertigt im Sinne des § 1 Abs. 2 und Abs. 3 KSchG ist.

**a)** Die Kündigung ist durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Klägers entgegenstehen, bedingt, § 1 Abs. 2 KSchG. Die Beklagte hat sich unstreitig entschlossen, ab 01.01.2015 die Lackiererei nicht mehr selbst zu betreiben, sondern an die Firma E. zu verpachten. Dies ist auch unstreitig mit Wirkung zum 01.01.2015 umgesetzt worden. Mit der Umsetzung der Entscheidung entfiel die Möglich-

keit, den Kläger auf seinem bisherigen Arbeitsplatz weiter zu beschäftigen. Einer erneuten unternehmerischen Entscheidung bedurfte es nicht, weil der bisherige Arbeitsplatz des Klägers nicht dadurch wieder an die Beklagte zurückfällt, dass der Kläger dem Betriebsübergang widerspricht.

Die Beklagte konnte die Kündigung auch nicht durch andere, mildere Maßnahmen vermeiden. Ein freier Arbeitsplatz, auf dem der Kläger weiterbeschäftigt werden konnte, ist nach den unbestritten gebliebenen Darlegungen der Beklagten nicht vorhanden. Insbesondere hat die Beklagte vorgetragen, dass die Leiharbeitnehmer lediglich bei Auftragspitzen und zur Vertretung im Krankheits- und Urlaubsfall eingesetzt werden. Dem ist der Kläger nicht entgegengetreten.

**b)** Die Kündigung ist nicht wegen einer unzureichenden sozialen Auswahl unwirksam.

**aa)** Nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG ist auch eine aus dringenden betrieblichen Erfordernissen ausgesprochene Kündigung sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des Arbeitnehmers soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat.

Dabei hat der Arbeitgeber in die Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG diejenigen Arbeitnehmer einzubeziehen, die objektiv miteinander vergleichbar sind. Vergleichbar sind Arbeitnehmer, die – bezogen auf die Merkmale des Arbeitsplatzes – sowohl aufgrund ihrer Fähigkeiten und Kenntnisse als auch nach dem Inhalt der von ihnen vertraglich geschuldeten Aufgaben austauschbar sind. Dies ist nicht nur bei identischen Arbeitsplätzen der Fall, sondern auch dann, wenn der Arbeitnehmer aufgrund seiner Tätigkeit und Ausbildung die zwar andere, aber gleichwertige Tätigkeit ausüben kann. An der Vergleichbarkeit fehlt es demgegenüber, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer aus Rechtsgründen nicht einseitig auf den fraglichen anderen Arbeitsplatz um- oder versetzen kann (vgl. BAG, Urteil vom 20.06.2013 – 2 AZR 271/12 – NZA 2013, 837, Rn. 12 m.w.N.).

Aufgrund der materiell-rechtlichen Wirkung des Auskunftsanspruchs des Arbeitnehmers aus § 1 Abs. 3 Satz 1, 2. Hs KSchG und den aus § 138 ZPO fließenden prozessualen Grundsätzen ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts die Darle-

gungs- und Beweislast zur sozialen Auswahl zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber abgestuft (vgl. ausführlich Eylert in Schwarze/Eylert/Schrader, Kündigungsschutzgesetz 2011, § 3, Rn. 467 mit zahlreichen Nachweisen zur Rechtsprechung): Bei Unkenntnis der für die Sozialauswahl rechtserheblichen Tatsachen genügt der Arbeitnehmer seiner Darlegungslast, wenn er pauschal die soziale Auswahl beanstandet und den Arbeitgeber auffordert, die Gründe mitzuteilen, die ihn zu der Auswahl veranlasst haben. Im Umfang seiner materiell-rechtlichen Auskunftspflicht geht damit die Darlegungslast auf den Arbeitgeber über. Als auskunftspflichtige, darlegungsbelastete Partei hat der Arbeitgeber sodann die Gründe darzulegen, die ihn (subjektiv) zu der von ihm getroffenen Auswahl veranlasst haben. Kommt der Arbeitgeber der ihm hinsichtlich seiner subjektiven Auswahlüberlegungen obliegenden Darlegungslast vollständig nach, so hat der Arbeitnehmer wieder die volle Darlegungs- und Beweislast für eine objektiv fehlerhafte Auswahlentscheidung. Es kann sich aber u. U. bereits aus den Angaben des Arbeitgebers ergeben, dass das Auswahlverfahren objektiv nicht den gesetzlichen Anforderungen der sozialen Auswahl entsprochen hat (z.B. Verkennung des auswahlrelevanten Personenkreises). Der Arbeitgeber muss dann näher darlegen, dass trotz Durchführung eines gegen § 1 Abs. 3 KSchG verstoßenden Auswahlverfahrens gleichwohl der gekündigte Arbeitnehmer nach dem Maßstab des § 1 Abs. 3 KSchG nicht fehlerhaft ausgewählt worden ist. Es reicht aus, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer mitteilt, welche anderen Arbeitnehmer er für vergleichbar hält und in die Sozialauswahl mit einbezogen hat. Wenn allen diesen Arbeitnehmern gekündigt und keinem die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses angeboten wurde, hat er bereits durch Nennung der Namen und den Hinweis darauf, dass alle anderen Arbeitnehmer nicht vergleichbar sind, dem Kläger Auskunft über die von ihm zugrunde gelegten Auswahlkriterien, deren Gewichtung und die Namen der seiner subjektiven Auffassung nach in die Auswahl einzubeziehenden Arbeitnehmer erteilt (vgl. BAG, Urteil vom 21.05.2015 – 8 AZR 409/13 – BeckRS 2015, 72506, Rn. 62 m.w.N.).

**bb)** Danach hat der Kläger unter Berücksichtigung des Vorbringens der Beklagten nicht konkret dargelegt, welchen Arbeitsplatz er hätte besetzen können und welche weiteren Arbeitnehmer im Rahmen der sozialen Auswahl hätten berücksichtigt werden müssen.

Die Beklagte hat im Berufungsverfahren dargelegt, dass alle mit EG 05 vergüteten Arbeitnehmer der übergegangenen Lackiererei ebenfalls gekündigt worden sind. Sie hat des

weiteren ausgeführt, dass der Kläger auf den mit EG 05 vergüteten Arbeitsplätzen der Arbeitsbereiche 1.0.04 bis 8.2.04 nicht eingesetzt werden könne, weil er nicht über die dort erforderliche drei- oder zweijährige Berufsausbildung verfüge bzw. eine langjährige, zumindest mehrjährige Tätigkeit im jeweiligen Bereich aufweise. Darüber hinaus hat die Beklagte dargelegt, warum eine Vergleichbarkeit mit den namentlich vom Kläger bezeichneten Arbeitnehmern nicht gegeben sei. Schließlich hat sie ausgeführt, warum in den seitens des Klägers angegebenen Abteilungen Montage, Endmontage nach Lackieren, KTL, Zuschnitt und Lager keine vergleichbaren Arbeitnehmer beschäftigt werden, nämlich weil sie entweder geringwertiger vergütet werden oder der Kläger nicht die erforderliche berufliche Qualifikation innehat. Der Kläger hat diese Angaben nicht bestritten und konnte auf Nachfrage in der mündlichen Verhandlung vom 19.11.2015 unter Berücksichtigung des Beklagtenvortrags auch keinen vergleichbaren Arbeitnehmer benennen.

Die Beklagte war vor dem Hintergrund dieser Darlegungen nicht verpflichtet mitzuteilen, welche zwei Arbeitnehmer „möglicherweise“ in die soziale Auswahl im Herbst 2014 hätten einbezogen werden müssen, denen sie im Januar 2015 kündigte, um ihre Arbeitsplätze zwei Arbeitnehmern mit tariflichem Alterskündigungsschutz anzubieten. Dem Kläger war es aufgrund der im Berufungsverfahren gegebenen Informationen möglich zu begründen, warum er mit Arbeitnehmern einer bestimmten Gruppe vergleichbar ist (vgl. BAG, Urteil vom 05.12.2002 – 2 AZR 697/01 – AP KSchG 1969, § 1 „Soziale Auswahl“ Nr. 60 unter B.I.3.b) bb) der Gründe). Er konnte mitteilen, welchen Arbeitsplatz er begehrt und wann und wie er für die dort ausgeübte Tätigkeit die erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten erworben hat. Insofern ist durch die Auskunft der Beklagten zu möglichen vergleichbaren Arbeitsplätzen die Darlegungs- und Beweislast wieder auf den Kläger zurückgefallen, so dass die Beklagte zu weiteren Angaben nicht verpflichtet war. Die abgestufte Darlegungs- und Beweislast soll lediglich ein Informationsdefizit des grundsätzlich darlegungs- und beweisbelasteten Arbeitnehmers ausgleichen, nicht aber den Arbeitgeber verpflichten, etwaige rechtliche Bedenken über die Vergleichbarkeit von Arbeitsplätzen und Arbeitnehmern im Prozess offen zu legen.

**cc)** Die Beklagte war nicht aus betriebsverfassungsrechtlichen Gründen gehindert, zur sozialen Auswahl vorzutragen, auch wenn die Betriebsratsanhörung hierzu keine Information enthielt. Ein gegen § 102 BetrVG verstoßendes Nachschieben von Kündigungsgrün-



den liegt nicht vor, weil die Beklagte den bisherigen Kündigungssachverhalt, sie habe mangels Vergleichbarkeit keine Sozialauswahl durchführen müssen, lediglich konkretisiert und sich der Kern des Kündigungsgrundes dadurch nicht verändert hat (vgl. Mestwerdt/Zimmermann in Gallner/Mestwerdt/Nägele, Kündigungsschutzrecht, 5. Aufl. 2015, § 1 KSchG, Rn. 819). Auch ist zu berücksichtigen, dass der Arbeitgeber im Prozess erst auf entsprechende Rüge des Arbeitnehmers zur Sozialauswahl substantiiert vortragen muss. Die Beklagte durfte deshalb zur Vergleichbarkeit der Arbeitnehmer vortragen, ohne durch die Betriebsratsanhörung „präkludiert“ zu sein (ebenso BAG, Urteil vom 09.09.2010 – 2 AZR 936/08 – NJOZ 2011, 707, Rn. 48). Hierdurch entsteht auch kein Widerspruch zu den Ausführungen im Rahmen des § 102 Abs. 1 BetrVG. Die Beklagte durfte zwar ihren Vortrag um Ausführungen zur Vergleichbarkeit ergänzen. Hätte sich dabei ein vergleichbarer Arbeitsplatz gefunden, wäre es ihr jedoch nicht möglich gewesen darzulegen, dass die Sozialauswahl wegen schwächerer Sozialkriterien dennoch ausreichend gewesen sei, denn insoweit wäre der Betriebsrat nicht angehört worden.

### III.

Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, §§ 91 Abs. 1, 269 Abs. 3 ZPO i.V.m. § 64 Abs. 6 ArbGG.

### IV.

Die Revision war gemäß § 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG im Hinblick auf die abweichenden Entscheidungen des LAG München (Urteil vom 08.07.2015 – 5 Sa 404/15 – und vom 02.07.2015 – 2 Sa 424/15 –) zuzulassen.

## **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen dieses Urteil kann der Kläger Revision einlegen.

Für die Beklagte ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss innerhalb einer Frist von einem Monat eingelegt und innerhalb einer

Frist von zwei Monaten begründet werden.

Beide Fristen beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung des Urteils.

Die Revision muss beim

Bundesarbeitsgericht  
Hugo-Preuß-Platz 1  
99084 Erfurt

Postanschrift:  
Bundesarbeitsgericht  
99113 Erfurt

Telefax-Nummer:  
0361 2636-2000

eingelegt und begründet werden.

Die Revisionsschrift und die Revisionsbegründung müssen von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Es genügt auch die Unterzeichnung durch einen Bevollmächtigten der Gewerkschaften und von Vereinigungen von Arbeitgebern sowie von Zusammenschlüssen solcher Verbände

- für ihre Mitglieder
- oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder

oder

von juristischen Personen, deren Anteile sämtlich in wirtschaftlichem Eigentum einer der im vorgenannten Absatz bezeichneten Organisationen stehen,

- wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt
- und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In jedem Fall muss der Bevollmächtigte die Befähigung zum Richteramt haben.

Zur Möglichkeit der Revisionseinlegung mittels elektronischen Dokuments wird auf die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht vom 09.03.2006 (BGBl. I, 519 ff.) hingewiesen. Einzelheiten hierzu unter <http://www.bundesarbeitsgericht.de>.

Dr. Eulers

Köhler

Wischhöfer