



Willms
Regierungsbeschäftigte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

LANDESARBEITSGERICHT DÜSSELDORF
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

In dem Rechtsstreit

des K. E., H. Straße 12, I.,

- Kläger und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. G. und N.,
N.-X.-Platz 10, N.,

g e g e n

1. die F. Beratung und Vertrieb AG, vertreten durch den Vorstand, I. D., P. C.,
T. T. und I. T., W. platz 2, E.,

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte O. LLP,
C. Straße 28, N.,

2. die F. Group AG, vertreten durch den Vorstand Dr. N. S., Dr. D. K., Dr. V.
N., B. N., Dr. D. N. und Dr. N. T.-C., W. platz 2, E.,

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte O. LLP,
C. Straße 28, N.,

hat die 3. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf

auf die mündliche Verhandlung vom 03.07.2018
durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Klein als Vorsitzenden
sowie die ehrenamtliche Richterin Sontheim-Leven
und den ehrenamtlichen Richter Weilbier

für R e c h t erkannt:

- I. Die Berufungen der Beklagten zu 1. und 2. gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 26.05.2017 – Az.: 11 Ca 5645/16 – werden einschließlich der hilfsweise gestellten Auflösungsanträge zurückgewiesen.**
- II. Die Beklagten zu 1. und 2. tragen die Kosten des Berufungsverfahrens zu je 50%.**
- III. Die Revision wird nicht zugelassen.**

T A T B E S T A N D:

Die Parteien streiten über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers durch die ordentliche Kündigung der Beklagten zu 1. vom 28.09.2016 zum 31.03.2017 sowie über in der Berufungsinstanz erstmals gestellte Auflösungsanträge beider Beklagten.

Die Beklagten sind in der Versicherungsbranche tätig und zählen zur F.-Gruppe. Die F.-Gruppe ist ein Teil des N. S. (N. Re)-Konzerns. Die Unternehmen der F.-Gruppe bilden mit der Beklagten zu 2. als Teilkonzernspitze mit Sitz in E. einen sog. „Konzern im Konzern“. Beide Beklagte beschäftigen regelmäßig weit mehr als 10 Arbeitnehmer im Sinne des § 23 Abs. 1 KSchG, bei der Beklagten zu 1. sind zudem sowohl ein Betriebsrat als auch ein Sprecherausschuss der leitenden Angestellten vorhanden.

Der am 28.11.1965 geborene, verheiratete und gegenüber zwei Kindern unterhaltspflichtige Kläger ist seit dem 01.01.1997 im Konzern der Beklagten beschäftigt. Auf der Grundlage des noch mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten zu 1. abgeschlossenen schriftlichen Arbeitsvertrages vom 14.08.2009 (Blatt 13 ff. der Akte) nebst Nachtragsvereinbarung vom 20.10.2013 (Blatt 96 ff. der Akte) war er zuletzt als Leiter der Regionaldirektion Makler L. E. (N. D) gegen ein Jahresbruttogehalt von mehr als 120.000,- € bei der Beklagten zu 1. beschäftigt. Der Arbeitsvertrag verweist dabei unter § 1 (2) wegen der Befugnisse des Klägers auf

einen Kompetenzrahmen, wegen dessen Inhalts auf die Anlage B2 zum Schriftsatz der Beklagten vom 23.02.2017 (Blatt 86 ff. der Akte) Bezug genommen wird. Unter § 1 (3) des Arbeitsvertrages ist weiter geregelt, dass der Kläger leitender Angestellter gemäß § 5 Abs. 3 und 4 BetrVG sei und innerhalb seines Zuständigkeitsbereichs im Rahmen der Personal- und Stellenplanung der F. berechtigt sei, selbständig Einstellungen und Entlassungen vorzunehmen. Zudem war dem Kläger (Gesamt-) Prokura für die Beklagte zu 1. erteilt und dies auch im Handelsregister eingetragen worden.

Als Leiter der Regionaldirektion Makler L. E. (N. D) waren dem Kläger 11 Mitarbeiterkapazitäten zugeordnet, wobei die Parteien über den Umfang der ihm diesbezüglich zustehenden Personalkompetenzen allerdings ebenso wie über den tatsächlichen Status als leitender Angestellter streiten.

Am 14.08.2016 schloss die Beklagte zu 2. zugleich handelnd im Namen der Beklagten zu 1. mit dem Konzernbetriebsrat einen Interessenausgleich zum Projekt Vertrieb (auszugsweise vorgelegt als Anlage B4 zum Schriftsatz der Beklagten vom 23.02.2017, Blatt 100 ff. der Akte). Danach wurde der F. Maklervertrieb mit sieben Vertriebsdirektionen zum 01.01.2017 neu strukturiert. Der angestellte Außendienst wurde in den Vertrieb Personenversicherung und in den Maklervertrieb Schaden-/Unfallversicherung mit jeweils unterschiedlicher Vorstandszuordnung überführt. Insgesamt wurden die bisherigen sieben Vertriebsdirektionen zu drei Vertriebsdirektionen am Standort E. zusammengeführt. Die hierarchisch darunter angesiedelten bisherigen 26 Regionaldirektionen wurden an den Standorten I., E., L. und N. zu 11 Regionaldirektionen zusammengeführt. In der Folge ist – unstreitig – die bisher von dem Kläger geleitete Regionaldirektion Makler L. E. (N. D) in der neuen Organisation so nicht mehr vorhanden und die bisherige Stelle des Klägers als ihr Leiter mithin weggefallen. Streitig ist zwischen den Parteien allerdings, ob damit auch das Beschäftigungsbedürfnis für den Kläger vollständig weggefallen ist – so die Behauptung der Beklagten – oder ob die von ihm geleitete Regionaldirektion lediglich in die neue Maklerdirektion E. (N. D) überführt worden ist und er deren Leitung auch in der neuen Struktur hätte übernehmen können – so die Behauptung des Klägers.

Mit Schreiben vom 19.09.2016 hörte die Beklagte zu 1. parallel sowohl den Sprecherausschuss (Anlage B17 zum Schriftsatz der Beklagten vom 17.05.2017, Blatt 452 ff. der Akte) als auch vorsorglich den Betriebsrat (Anlage B17 zum Schriftsatz der Beklagten vom 17.05.2017, Blatt 460 ff. der Akte) zur beabsichtigten Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger an.

Der Sprecherausschuss ließ die Stellungnahmefrist verstreichen, während der Betriebsrat der Kündigung mit Schreiben vom 23.09.2016 (Blatt 167 f. der Akte) widersprach.

In den im Text im Wesentlichen und insbesondere zu den hier streitgegenständlich bedeutsamen Aussagen gleichlautenden Anhörungsschreiben vom 19.09.2016 heißt es unter „3.2. Wegfall des Beschäftigungsbedarfes im Einzelnen“ wörtlich wie folgt:

„3.2.1. *Der Mitarbeiter ist im Außendienst leitender Angestellter und als solcher als Leiter der RD E. L. (N. D) im F. Maklervertrieb tätig. Diese RD wird mit Wirkung zum 01.01.2017 aufgelöst. Die bislang in der RD E. L. (N. D) wahrgenommenen Aufgaben für die Betreuung von ungebundenen Vertriebspartnern werden auf die Maklerdirektion Mitte (N. D) am Standort E. verlagert und dort mit den im Interessenausgleich beschriebenen Mitarbeiterkapazitäten und Anforderungsprofilen geführt.*

Aufgrund dieser Maßnahme wird die Stelle des Mitarbeiters als Leiter der RD E. L. (N. D) wegfallen.

3.2.2. *Eine auf die RD E. L. (N. D) bezogene Sozialauswahl, deren Leiter der Mitarbeiter ist, war mangels vergleichbarer Arbeitnehmer nicht erforderlich.*

Mit Blick auf die geplante Verlagerung der Aufgaben haben wir für die Besetzung der Leiterstelle der neuen OE Maklerdirektion Mitte (N. D, Zielbild) eine Sozialauswahl gemäß § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG (Dauer der Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Unterhaltungspflichten, Schwerbehinderung) unter den vergleichbaren Mitarbeitern vorgenommen. Dabei haben uns an folgender Gewichtung orientiert: [...]

Die in die Sozialauswahl mit einbezogenen Mitarbeiter finden Sie in der

- Anlage 1 -

mit den maßgeblichen und für die Sozialauswahl relevanten Sozialdaten, soweit diese uns bekannt sind; bei deren Bewertung haben wir uns an der o.a. Gewichtung orientiert.

Der derzeitige Leiter der RD E. Industrie (MIPA D / MIKA D) des F. Maklervertriebes, Herr B. F., war nicht mit in die Sozialauswahl einzubeziehen, da dessen Arbeitsverhältnis einvernehmlich aufgehoben wurde.

Der betroffene Mitarbeiter, zu dessen Kündigung wir Sie hier anhören, konnte sich bereits aufgrund der ermittelten Sozialpunkte nicht durchsetzen.

3.2.3. *Das Ergebnis der Sozialauswahl war überdies aus folgendem Grund unerheblich:*

Es ist zu konstatieren, dass dem Mitarbeiter die Eignung für die Leitung der künftigen Maklerdirektion Mitte (N. D) fehlt. Ausschlaggebendes Kriterium für diese Entscheidung war unter anderem eine veränderte Strategie der F., den Maklervertrieb an das Segment Schaden/Unfall heranzurücken. Weiterhin war zu berücksichtigen, dass das Industriegeschäft die Produktionsergebnisse im Schaden-/Unfallversicherungsgeschäft deutlich dominiert. Diesbezüglich sind gute Vernetzungen zu firmenverbundenen Vermittlern und Großmaklern sowie in das Segment Schaden/Unfall erforderlich. Der in Aussicht genommene Kandidat zeichnet sich durch langjährige gute Vernetzungen zu firmenverbundenen Vermittlern und Großmaklern aus und kann ausgezeichnete Verbindungen ins Segment Schaden/Unfall vorweisen, die er aus seiner aktuellen Position als Leiter der Vertriebsdirektion Makler Industrie (VME D) mitbringt.

Nachdem der betroffene Mitarbeiter, zu dessen Kündigung wir Sie hier anhören, nicht über vergleichbare Expertise in der Zusammenarbeit mit dem Segment Schaden/Unfall und den gerade in dem Geschäftsfeld wesentlichen Produkten in Bezug auf das Industriegeschäft verfügt, die auch nicht in zumutbarem Zeit- und Kostenrahmen erlernbar sind, war er bei der Vergabe der Stelle als Leiter der Maklerdirektion Mitte (N. D) nicht zu berücksichtigen.

Anderweitige freie Arbeitsplätze sind nicht vorhanden. [...]“

In der in den Anhörungen in Bezug genommenen und ihnen beigefügten Anlage 1 (Blatt 459 bzw. 467 der Akte) sind mit ihren jeweiligen Sozialdaten aufgeführt

- der Kläger als Leiter der Regionaldirektion E. L. (N. D) im F. Maklervertrieb,
- Herr L. M. T. als Leiter der Regionaldirektion N. Industrie (N./MIKBMA) im F. Maklervertrieb,
- Herr I. I. als Leiter der Regionaldirektion N. L. (N. MA) im F. Maklervertrieb.

Nach der Berechnung der Beklagten kamen aus dieser Vergleichsgruppe Herr I. auf 94 Punkte, der Kläger auf 83 Punkte und Herr T. wiederum auf deutlich weniger Punkte als der Kläger.

Letztlich übertragen wurde die Stelle des Leiters der Maklerdirektion Mitte in (N. D) weder dem Kläger noch einem der beiden anderen in der Anlage 1 genannten Arbeitnehmer, sondern Herrn T., der bislang als Vertriebsdirektor tätig war. Herrn

I. war die Stelle zu keiner Zeit angeboten worden. Er erhielt vielmehr bereits unter dem 15.09.2016 von der Beklagten zu 1. ein schriftliches Vertragsangebot zum Abschluss einer Vorruhestandsvereinbarung (Blatt 883 f. der Akte), welches er am 05.10.2016 als „Einverstanden“ unterzeichnete. Herrn T. wiederum wurde später eine Stelle als Leiter Maklerbetreuung (MSUB1 D) übertragen.

Dem Kläger hingegen wurde gekündigt, und zwar mit Schreiben der Beklagten zu 1. vom 28.09.2016 ordentlich mit Wirkung zum 31.03.2017 (Blatt 19 der Akte). Mit Wirkung ab 01.10.2016 wurde er zudem freigestellt. Zum 01.01.2017 ging sein Arbeitsverhältnis im Wege des Betriebsübergangs auf die Beklagte zu 2. über, die in erster Instanz allerdings noch nicht Partei des Rechtsstreits geworden ist.

Mit seiner am 11.10.2016 bei dem Arbeitsgericht Düsseldorf eingegangenen und der Beklagten zu 1. am 17.10.2016 zugestellten Kündigungsschutzklage hat der Kläger die Kündigung gerichtlich angegriffen und deren fehlende soziale Rechtfertigung ebenso wie weitere Wirksamkeitsmängel gerügt, darunter eine nicht ordnungsgemäße Anhörung sowohl des Betriebsrats als auch des Sprecherausschusses. Insbesondere seien in den Anhörungen lediglich Angaben zu einer Art Pseudo-Sozialauswahl gemacht worden, mit denen die Gremien irreführt worden seien. Der Kläger hat die Ansicht vertreten, entgegen der Angaben im Arbeitsvertrag kein leitender Angestellter gewesen zu sein und hierzu unter anderem behauptet, über keine Einstellungs- und/oder Entlassungsbefugnis verfügt zu haben. Auch das Vorliegen der weiteren Kriterien für eine zumindest betriebsverfassungsrechtliche Einordnung als leitender Angestellter hat er bestritten. Darüber hinaus hat er das Vorliegen betriebsbedingter Kündigungsgründe und hier konkret den ersatzlosen Wegfall des Beschäftigungsbedürfnisses für seine Person bestritten. Seine bisherige Regionaldirektion sei nicht aufgelöst, sondern vielmehr in die Maklerdirektion E. N. D überführt worden. Dort hätte er als Leiter weiterbeschäftigt werden können, die hierfür erforderlichen Anforderungen erfülle er. Er hat auf die „Vereinbarung im Rahmen des F. Strategieprogramms“ zwischen der Beklagten zu 2., dabei zugleich für die Beklagte zu 1. handelnd, und dem Konzernbetriebsrat vom 14.08.2016 verwiesen, wonach betriebsbedingte Kündigungen nicht mit einem Beendigungsdatum vor dem 31.12.2017 erklärt würden (Blatt 379 ff. der Akte), und auch daraus die Rechtsfolge der Unwirksamkeit der ihm gegenüber erklärten Kündigung abgeleitet.

Der Kläger hat erstinstanzlich beantragt,

1. **festzustellen, dass die Kündigung seines Arbeitsverhältnisses vom 28.09.2016 unwirksam ist und das Arbeitsverhältnis über den 31.03.2017 hinaus fortbesteht;**
2. **die Beklagte zu verurteilen, ihn nach dem 31.03.2017 als Regionaldirektor Makler E. der Beklagten weiter zu beschäftigen.**

Die Beklagte zu 1. hat beantragt,

die Klage abzuweisen,

Die Beklagte zu 1. hat die Auffassung vertreten, die Kündigung vom 28.09.2016 sei sozial gerechtfertigt und auch im Übrigen rechtswirksam. Die Kündigung sei durch ein dringendes betriebliches Erfordernis gerechtfertigt. Sie hat behauptet, ausweislich des Interessenausgleichs vom 14.08.2016 zusammen mit der Beklagten zu 2. eine unternehmerische Entscheidung getroffen zu haben, die zum Wegfall des Beschäftigungsbedürfnisses für den Kläger geführt habe. Durch die Zusammenführung der bisherigen 26 Regionaldirektionen zu 11 Regionaldirektionen sei zum einen die bisherige Regionaldirektion Makler L. E. (N. D) des Klägers und damit auch seine entsprechende Stelle zum 01.01.2017 weggefallen. Mit dem Kläger im Rahmen einer Sozialauswahl vergleichbare Arbeitnehmer gebe es nicht, da er als Leiter der Regionaldirektion hierarchisch sämtlichen dort tätigen Mitarbeitern übergeordnet gewesen sei. Als freie Stelle habe für den Kläger allein die Leiterstelle der neuen Organisationseinheit Maklerdirektion Mitte (N. D) in Betracht gezogen werden können. Der Kläger verfüge jedoch nicht über die hierfür erforderlichen Voraussetzungen. Die Stelle setze besondere Qualifikationen voraus, über welche der Kläger nicht verfüge. Im Rahmen des Projekts Vertrieb habe sie sich entschieden, den Maklervertrieb an das jeweilige Segment, hier Schaden/Unfall, heranzurücken. Da das Industriegeschäft die Produktionsergebnisse im Schaden-/ Unfallversicherungsgeschäft deutlich dominiere, erfordere die Position als Leiter der neuen Maklerdirektion Mitte (N. D) sehr gute Vernetzungen zu firmengebundenen Vermittlern und Großmaklern sowie in das Segment Schaden/Unfall. Der Kläger verfüge nicht über ausreichende Vernetzungen und langjährige Kontakte, speziell im Industriebereich. Zudem sei er nicht der sozial schutzwürdigste Arbeitnehmer, da Herr I. bei der von ihr durchgeführten Sozialauswahl nach dem von ihr angewendeten Schema 94 Punkte, der Kläger hingegen lediglich 83 Punkte erreicht habe. Den Sprecherausschuss und den Betriebsrat habe sie jeweils unter dem 19.09.2016 ordnungsgemäß unter Berücksichtigung des Grundsatzes der subjektiven Determination angehört. Rechtlich erforderlich sei ohnehin nur die Sprecherausschussanhörung gewesen, denn

– so die Ansicht der Beklagten zu 1. – der Kläger sei leitender Angestellter gewesen. Hierzu hat sie behauptet, er habe sowohl nach den vertraglichen Vereinbarungen als auch nach den ihm eingeräumten Kompetenzen und Vollmachten, hier unter anderem auch der Prokura, sowohl Einstellungs- als auch Entlassungsbefugnis gehabt. Außerdem sei er befugt gewesen, über die Vergütungshöhe zu verhandeln und diese festzulegen sowie Aufhebungsverträge zu verhandeln. Im Vermittlerbereich sei er berechtigt gewesen, Verträge mit externen Vermittlern abzuschließen und zu beenden. Er habe Personal- und Budgetverantwortung in Höhe mehrerer Millionen Euro gehabt. Dementsprechend gelange schließlich auch die Vereinbarung mit dem Konzernbetriebsrat vom 14.08.2016, auf die der Kläger sich für einen besonderen Kündigungsschutz berufen habe, nicht zur Anwendung. Wäre sie anwendbar, führe sie auch nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung, sondern lediglich zu einem späteren Beendigungsdatum.

Mit Urteil vom 26.05.2017 hat das Arbeitsgericht Düsseldorf unter Abweisung der Klage im Übrigen festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers nicht durch die Kündigung der Beklagten zu 1. vom 28.09.2016 aufgelöst worden ist. Zur Begründung hat das Arbeitsgericht im Wesentlichen ausgeführt, die Kündigung sei sozial ungerechtfertigt. Der Sachvortrag zu ihrer Begründung genüge den Anforderungen an eine betriebsbedingte Kündigung nicht, denn es sei weder ersichtlich, dass die Tätigkeit des Klägers an sich weggefallen sei noch sei substantiiert dargelegt worden, wie die Umverteilung der Tätigkeit funktioniere. Mit der von der Beklagten vorgetragenen Verlagerung der Aufgaben der bisherigen Regionaldirektion E. L. des Klägers auf die neue Maklerdirektion Mitte in E. seien die Tätigkeiten des Klägers nicht entfallen. Sie seien lediglich verlagert worden, der Beschäftigungsbedarf sei also noch vorhanden. Wer nunmehr welche Aufgaben des Klägers ausführe bzw. übernommen habe, sei nicht dargelegt worden, inwiefern die entsprechenden Mitarbeiter aufgrund welcher Maßnahmen die Arbeiten übernehmen könnten, ebenso wenig. Der gegen die Beklagte zu 1. gerichtete Weiterbeschäftigungsantrag des Klägers hingegen sei unbegründet, da das Arbeitsverhältnis unstreitig zum 01.01.2017 auf die Beklagte zu 2. übergegangen sei. Zudem sei unstreitig, dass die Stelle, wie sie im Antrag benannt sei, so nicht mehr existiere.

Das Urteil ist der Beklagten zu 1. über ihre Prozessbevollmächtigten am 06.06.2017 zugestellt worden. Mit am 26.06.2017 bei dem Landesarbeitsgericht Düsseldorf eingegangenen Anwaltsschriftsatz hat sie hiergegen Berufung eingelegt, die sie – nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist durch Be-

schluss vom 20.07.2017 bis zum 07.09.2017 – mit am 07.09.2017 bei dem Landesarbeitsgericht eingegangenen Anwaltsschriftsatz begründet hat. Zugleich mit der Berufungsbegründung ist auch die Beklagte zu 2. dem Rechtsstreit auf Seiten der Beklagten zu 1. als Partei beigetreten und hat sich den gesamten bisherigen Vortrag der Beklagten zu 1. zu eigen gemacht.

Die Beklagten machen unter Wiederholung und Vertiefung des erstinstanzlichen Vorbringens der Beklagten zu 1. im Wesentlichen geltend, entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts seien der Arbeitsplatz und das Beschäftigungsbedürfnis für den Kläger mit der Auflösung der von ihm bislang geleiteten Regionaldirektion E. L. (N. D) entfallen. Dass die bislang vom Kläger wahrgenommenen Aufgaben noch bestünden und der Maklerdirektion Mitte zugeordnet worden seien, sei irrelevant. Denn die Aufgaben bildete nicht den Schwerpunkt der Tätigkeit des Leiters der Maklerdirektion Mitte. Dieser liege vielmehr auf dem Industriegeschäft, das der Kläger bislang nicht betreut habe. Die Stelle des Leiters N. D. erfordere sehr gute Vernetzungen zu firmenverbundenen Vermittlern und Großmaklern sowie in das Segment Schaden/Unfall. Der Kläger verfüge nicht über ausreichende Vernetzungen und langjährige Kontakte speziell im Industriebereich. Er habe diese Stelle daher nicht übernehmen können. Selbst wenn er für die Stelle geeignet gewesen wäre, wäre er aus sozialen Gesichtspunkten nicht zu berücksichtigen gewesen. Denn unter den in Betracht kommenden Mitarbeitern habe Herr I. mit 94 Punkten die höchste Punktzahl erreicht. Da Herr I. einvernehmlich ausgeschieden sei, sei die Stelle dann mit Herrn T. besetzt worden, der mit 86 ebenfalls mehr Punkte als der Kläger gehabt habe. Die Anhörung von Sprecherausschuss bzw. Betriebsrat seien im Rahmen der zu beachtenden subjektiven Determination und des Kenntnisstandes der Beklagten im Zeitpunkt von Anhörungen und Kündigung ordnungsgemäß erfolgt. Die Gremien seien über die Sozialdaten des Klägers, die Hintergründe der Kündigung, über die Auswahl nach sozialen Kriterien im Rahmen etwaig zu besetzender freier Stellen sowie über potentielle Kandidaten und nicht anzubietende Stellen informiert worden. Weder zum Zeitpunkt der Anhörungen noch zum Zeitpunkt der Kündigung habe festgestanden, dass Herr I. das ihm unterbreitete Vorruhestandsangebot annehmen werde. Er habe es erst am 05.10.2016 unterzeichnet. Dass Herr T. in der Anlage 1 nicht aufgeführt worden sei, liege darin begründet, dass dort nur die mit dem Kläger vergleichbaren Leiter von Regionaldirektionen aufgeführt worden seien, aus deren Einheiten Aufgaben in die neu geschaffene Regionaldirektion Maklerdirektion Mitte verlagert worden seien. Herr T. sei aber Vertriebsdirektor und nicht Regionaldirektor einer Regionaldirektion gewesen, aus der Aufgaben in die Einheit N. D. verlagert worden seien. Zudem sei er hierarchisch über dem Kläger gestanden. Der Umstand, dass er und nicht Herr I., der sozial am schutzwürdigs-

ten gewesen sei und daher die Stelle hätte bekommen müssen, die Stelle erhalten habe, habe daran gelegen, dass Herr I. nach Anhörung der Gremien und nach Ausspruch der Kündigung einer einvernehmlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses zugestimmt und auch Herr T. sich mit der Beklagten zu 1. auf eine andere Lösung geeinigt habe. Weitere mit dem Kläger vergleichbare Mitarbeiter seien nicht mehr vorhanden gewesen, so dass Herr T. zum Zuge gekommen sei, da ihm auf seiner Hierarchieebene keine freie und geeignete Stelle habe angeboten werden können. Die Gremienanhörung sei dementsprechend widerspruchsfrei gewesen und habe Herrn T. zurecht nicht berücksichtigt. Mit diesem hätten noch Gespräche über eine Altersteilzeit stattgefunden, so dass im September 2016 eine Übertragung der Stelle des Leiters N. D auf ihn noch kein Thema gewesen sei. Erst nachdem er am 06.12.2016 das Angebot auf einen Altersteilzeitvertrag abgelehnt habe, sei ihm nachfolgend die Stelle N. D übertragen worden. Die Beklagten sind unverändert der Ansicht, der Kläger sei aufgrund ihm erteilter Einstellungs- und Entlassungsbefugnis leitender Angestellter und stellen vor diesem Hintergrund nunmehr hilfsweise einen Auflösungsantrag. Dabei sind sie der Ansicht, dass sowohl die Beklagte zu 1. (weiterhin) als auch infolge des nach der Kündigung, aber vor Ablauf der Kündigungsfrist eingetretenen Betriebsübergangs die Beklagte zu 2. hierfür aktivlegitimiert sei. Der Parteibeitritt der Beklagten zu 2. sei auch ohne Zustimmung des Klägers in der Berufungsinstanz zulässig. Aus Sicht der Beklagten zu 2. könne ihr zudem eine etwaige Unwirksamkeit der von der Beklagten zu 1. ausgesprochenen Kündigung wegen nicht ordnungsgemäßer Gremienanhörung als Betriebserwerberin im vorliegenden Verfahren nicht entgegen gehalten werden.

Die Beklagten zu 1. und 2., beantragen,

das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 26.05.2017 – 11 Ca 5645/16 – abzuändern und die Klage abzuweisen;

hilfsweise, das zunächst bestehend zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 1., mit Wirkung zum 01.01.2017 auf die Beklagte zu 2. übergegangen, gemäß §§ 9, 10 KSchG gegen Zahlung einer angemessenen Abfindung zum Ablauf des 31.03.2017 aufzulösen.

Der Kläger beantragt,

die Berufungen der Beklagten zu 1. und 2. zurückzuweisen.

Er verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens auch zu den weiteren geltend gemachten Unwirksamkeitsgründen. Er hält daran fest, dass er nicht über die nach § 14 Abs. 2 KSchG erforderliche Personalkompetenz verfügt habe, so dass schon deshalb die Auflösungsanträge der Beklagten ohne Auflösungsgrund, den es nicht gebe, ohne Erfolg bleiben müssten. Im Übrigen sei die Kündigung bereits wegen nicht ordnungsgemäßer Anhörung des Betriebsrats bzw. des Sprecherausschusses unwirksam und dies müsse sich auch die Beklagte zu 2., deren Parteibeitritt er allerdings unabhängig hiervon widerspricht, entgegenhalten lassen. Er ist der Ansicht, die Mitbestimmungsgremien seien von der Beklagten zu 1. widersprüchlich und auch unter Berücksichtigung der subjektiven Determination mit unzutreffenden Angaben angehört worden. Herrn I. sei die Stelle des Leiters N. D zu keiner Zeit angeboten worden und das habe, so die Behauptung des Klägers, daran gelegen, dass bereits vor dem 19.09.2016 klar und der Beklagten zu 1. auch bewusst gewesen sei, dass Herr I. das Unternehmen verlassen werde. Er habe am 16.06.2016 ein Vorruhestandsangebot erhalten. Hierüber sei man sich zwar noch nicht unmittelbar einig geworden, am 15.09.2016 habe jedoch ein Telefonat mit dem Vertriebsvorstand T. stattgefunden, in dem man sich einig geworden sei. Unter diesem Datum sei Herrn I. daher auch ein entsprechend abgeänderter und beklagenseits bereits unterzeichneter Vorruhestandsvertrag übersandt worden. Dass er ihn erst nach Erhalt Anfang Oktober gegengezeichnet habe, ändere nichts daran, dass spätestens seit 15.09.2016 klar gewesen sei, dass er in Vorruhestand gehen werde. Zu keiner Zeit habe die Übernahme der Stelle N. D durch ihn daher auch nur ansatzweise zur Diskussion gestanden. Indem er kommentarlos in die Sozialauswahl gegenüber den Gremien einbezogen und als sozial schutzwürdigster Mitarbeiter dargestellt worden sei, begründe eine bewusste Irreführung von Betriebsrat wie auch Sprecherausschuss.

Wegen des weiteren Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze beider Parteien nebst Anlagen in erster und zweiter Instanz sowie auf die Sitzungsniederschriften Bezug genommen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I.

Die Berufung der Beklagten ist zulässig. Sie ist angesichts des Streits der Parteien über eine Kündigung und den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses statthaft gemäß § 64 Abs. 1, Abs. 2 lit. c) ArbGG. Ferner ist sie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden.

1. Das gilt uneingeschränkt für die Berufung der Beklagten zu 1., die innerhalb der Fristen des § 66 Abs. 1 ArbGG eingelegt und begründet worden ist.

2. Es gilt aus Sicht der Berufungskammer aber auch für den Parteibeitritt der Beklagten zu 2. in der Berufungsinstanz und deren am 07.09.2017 eingelegter Berufung.

a. Der Auflösungsantrag unterliegt mit § 9 Abs. 1 Satz 3 KSchG einer spezialgesetzlichen und vorrangig anzuwendenden Regelung, wonach die Antragstellung durch Arbeitnehmer und Arbeitgeber auch noch bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz möglich ist. Das führt nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts unter anderem dazu, dass auch die nicht durch das erstinstanzliche Urteil beschwerte Partei noch bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz einen Auflösungsantrag im Wege der Anschlussberufung stellen kann. Die der Zulässigkeit des Anschlussrechtsmittels nach Ablauf der Berufungserwiderungsfrist eigentlich entgegenstehende Regelung des § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO wird durch die spezialgesetzliche Regelung des § 9 Abs. 1 Satz 3 KSchG verdrängt und auch eine Zurückweisung zur Begründung des Antrags neu eingebrachten Sachvorbringens nach § 67 ArbGG kommt nicht in Betracht (BAG vom 11.07.2013 – 2 AZR 241/12, juris, Rz. 13; BAG vom 03.04.2008 – 2 AZR 720/06, juris, Rz. 11; ebenso Stahlhacker/Preis/Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 11. Auflage, Rn. 2094).

Da insbesondere § 9 Abs. 1 Satz 3 KSchG auch im Übrigen die zivilprozessualen Regelungen zur Zulässigkeit des (Anschluss-) Rechtsmittels überlagert, der Antrag beispielsweise formgerecht auch noch zu Protokoll in der letzten mündlichen Berufungsverhandlung gestellt und begründet werden kann, wird weitergehend teilweise die Ansicht vertreten, er unterliege aufgrund seiner spezialgesetzlichen Regelung nicht der Einordnung als Berufung oder Anschlussberufung und den auf diese Rechtsmittel bezogenen Zulässigkeitsvoraussetzungen, sondern allein den in § 9 KSchG normierten Sonderregelungen (LAG Niedersachsen vom

04.06.2004 – 10 Sa 198/04, juris, Rz. 77 ff.; KR/Spilger, 11. Auflage, § 9 KSchG Rn. 117).

b. Der letztgenannten Ansicht steht aus Sicht der erkennenden Berufungskammer zwar entgegen, dass auch § 9 Abs. 1 Satz 3 KSchG ein entsprechendes Rechtsmittel der Berufung voraussetzt, innerhalb dessen die Antragstellung für einen Auflösungsantrag dann bestimmten Sonderregelungen unterliegt, die das Berufungsrecht überlagern. Soweit solche Überlagerungen nicht vorliegen, finden die allgemeinen zivilprozessualen Vorschriften zur Berufung und Anschlussberufung aber weiterhin Anwendung.

Die vollständig in erster Instanz obsiegende Partei kann daher ohne Rechtsmittel des Gegners keinen Auflösungsantrag in den Berufungsrechtszug bringen. Liegt allerdings wie hier eine form- und fristgerecht eingelegte Berufung der im Kündigungsschutzverfahren unterlegenen Beklagten zu 1. vor, kann bei einem infolge Betriebsübergangs eingetretenen Wechsel in der Arbeitgeberstellung der Betriebserwerber – hier die Beklagte zu 2. – dem Rechtsstreit auch noch in der Berufungsinstanz als Partei beitreten und aus eigenem Recht einen Auflösungsantrag stellen (so auch LAG L. vom 15.02.2002 – 4 (2) Sa 575/01, juris, Rz. 211; Berkowsky, NZI 2006, 81, 83; a.A. LAG Baden-Württemberg vom 24.05.2018 – 17 Sa 105/17, juris, Rz. 64 ff.).

c. Das kann im vorliegenden Fall zwar nur im Wege der Anschlussberufung geschehen und als solche ist die erst mit der Berufungsbegründung der Beklagten zu 1. erklärte Berufung nebst Parteibeitritt der Beklagten zu 2. dementsprechend auszulegen. Stellt eine Partei Anträge in einem durch das Hauptrechtsmittel einer anderen Partei eröffneten Berufungsverfahren, ist dies nur im Rahmen einer Anschlussberufung möglich (LAG Baden-Württemberg vom 24.05.2018 – 17 Sa 105/17, juris, Rz. 63). Der Behandlung als Anschlussrechtsmittel steht § 9 KSchG nicht entgegen, denn die Norm bedingt keine prozessuale Besserstellung der Beklagten zu 2. gegenüber einem Arbeitgeber, der – in erster Instanz unterlegen – nach Ablauf der eigenen Rechtsmittelfrist innerhalb der Erwidernungsfrist auf die Berufung der Gegenpartei einen Auflösungsantrag stellt oder weiterverfolgt und dann damit beispielsweise auch dem Risiko der Wirkungslosigkeit seines Anschlussrechtsmittels nach § 524 Abs. 4 ZPO ausgesetzt wäre.

d. Der in zweiter Instanz erfolgte Parteibeitritt und die Anschlussberufung der Beklagten zu 2. sind entgegen der Ansicht des Klägers auch ohne seine Zustimmung – die er ausdrücklich verweigert hat – zulässig. Nicht nur die Frist des § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO wird nämlich durch § 9 Abs. 1 Satz 3 KSchG spezialgesetzlich überlagert. Vielmehr muss in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem

nach Ausspruch und Zugang der Kündigung, aber noch vor dem Ablauf der Kündigungsfrist und damit dem Auflösungszeitpunkt gemäß § 9 Abs. 2 KSchG aufgrund eines Betriebsübergangs nach § 613a BGB ein Wechsel in der Arbeitgeberstellung eintritt, der Betriebserwerber als neuer Arbeitgeber ebenso wie der vormalige Betriebsinhaber prozessual in die Lage versetzt werden, den Auflösungsantrag nach § 9 KSchG zu stellen. Soweit ein solcher Parteibeitritt üblicherweise in der Berufungsinstanz und speziell im Rahmen einer Anschlussberufung nicht mehr für zulässig erachtet wird (vgl. BGH vom 04.04.2000 – VI ZR 264/99, juris, Rz. 14; Thomas/Putzo, ZPO, 38. Auflage, Vorbem § 50 Rn. 26; Zöller/Heßler, ZPO, 32. Auflage, § 524 Rn. 18 m.w.N. für den Fall der Klageerweiterung gegen Dritte im Rahmen einer Anschlussberufung) und § 524 ZPO von einer Anschließung an das fremde Rechtsmittel der Gegenpartei ausgeht, während die Beklagte zu 2. sich hier dem Hauptrechtsmittel der Beklagten zu 1. anschließt, die nicht ihre Gegenpartei ist, werden die entgegenstehenden zivilprozessualen Regelungen durch § 9 Abs. 1 Satz 3 KSchG spezialgesetzlich überlagert.

Denn im Falle des nach Kündigungszugang, aber vor dem Auflösungszeitpunkt eintretenden Betriebsübergangs und damit Wechsels der Arbeitgeberstellung ist „Arbeitgeber“ im Sinne des § 9 KSchG der Betriebserwerber und nicht mehr der Veräußerer (BAG vom 20.03.1997 – 8 AZR 769/95, juris, Rz. 24; LAG Baden-Württemberg vom 24.05.2018 – 17 Sa 105/17, juris, Rz. 108; LAG L. vom 15.02.2002 – 4 (2) Sa 575/01, juris, Rz. 211; Berkowsky, NZI 2006, 81, 83). Damit fehlt dem Betriebsveräußerer für Auflösungsanträge mit einem Auflösungszeitpunkt nach dem Betriebsübergang im Falle der Antragstellung des Arbeitnehmers die Passivlegitimation (BAG vom 20.03.1997 – 8 AZR 769/95, juris, Rz. 26) und im Falle der eigenen Antragstellung die Aktivlegitimation (LAG Düsseldorf vom 23.05.2018 – 1 Sa 762/17, juris, Rz. 113 ff.; LAG Baden-Württemberg vom 24.05.2018 – 17 Sa 105/17, juris, Rz. 108; LAG L. vom 15.02.2002 – 4 (2) Sa 575/01, juris, Rz. 212). Diese hat vielmehr für den arbeitgeberseitigen Auflösungsantrag nunmehr allein noch der Betriebserwerber (LAG Düsseldorf vom 23.05.2018 – 1 Sa 762/17, juris, Rz. 117; LAG L. vom 15.02.2002 – 4 (2) Sa 575/01, juris, Rz. 211; Berkowsky, NZI 2006, 81, 83; offengelassen in der Entscheidung des BAG vom 24.05.2005 – 8 AZR 246/04, AP Nr. 282 zu § 613a BGB, in der es um einen Auflösungszeitpunkt vor dem Betriebsübergang ging). Denn es geht um Fortbestand oder Auflösung des Arbeitsverhältnisses allein noch mit diesem. Die beantragte Auflösung des Arbeitsverhältnisses käme nur noch dem Erwerber zugute, der Veräußerer könnte hiervon bezogen auf den maßgeblichen Zeitpunkt nach § 9 Abs. 2 KSchG, wenn er nach dem Betriebsübergang liegt, in keiner Weise mehr nachteilig betroffen werden. Die (entsprechende) Anwendung der §§ 265 Abs. 2, 325 Abs. 1 ZPO kommt gleichfalls nicht in Betracht, wenn wie hier der Auflösungsantrag erst nach dem Betriebsübergang rechtshängig wird.

Da § 9 Abs. 1 Satz 3 KSchG dem Arbeitgeber nicht nur einen Anspruch auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses unter bestimmten weiteren Voraussetzungen und damit die Aktivlegitimation zur eigenen Antragstellung zuspricht, sondern eine entgegenstehende zivilprozessuale Regelungen überlagernde Sonderregelung dahingehend enthält, dass der „Arbeitgeber“ diesen Antrag noch bis zum Schluss der mündlichen Berufungsverhandlung stellen kann, ist hieraus zu folgern: Kündigt der Betriebsveräußerer und findet während des Kündigungsschutzrechtsstreits mit ihm, aber noch vor Ablauf der Kündigungsfrist ein Betriebsübergang statt, muss dem Erwerber als neuem „Arbeitgeber“ der Parteibeitritt zwecks Stellens eines Auflösungsantrages möglich sein. Das gilt aufgrund der Sonderregelung in § 9 Abs. 1 Satz 3 KSchG auch noch in der Berufungsinstanz und im Wege der – über § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO hinaus – noch bis zum Schluss der letzten mündlichen Berufungsverhandlung zulässigen Anschlussberufung (ebenso LAG L. vom 15.02.2002 – 4 (2) Sa 575/01, juris, Rz. 211; Berkowsky, NZI 2006, 81, 83; a.A. LAG Baden-Württemberg vom 24.05.2018 – 17 Sa 105/17, juris, Rz. 64 ff).

Soweit das LAG Baden-Württemberg dies mit der Begründung anders sieht, es liege eine unzulässige eventuelle subjektive Klagehäufung vor, mag dies an der Antragstellung im dortigen Verfahren gelegen haben; entsprechende Bedenken bestehen im vorliegenden Verfahren bei der hier gegebenen Antragstellung nicht. Dass – wie das LAG Baden-Württemberg weiter ausführt (a.a.O., Rz. 69) – die Ausdehnung des Rechtsstreits auf eine weitere Partei erst in der Berufungsinstanz Ausnahmecharakter hat, sieht auch die erkennende Kammer nicht anders. Soweit dort dann weiter argumentiert wird, die Parteierweiterung müsse zusätzlich den allgemeinen Anforderungen an einen Parteiwechsel gemäß §§ 263, 264 i.V.m. 533 ZPO genügen, überzeugt dies nicht. Vielmehr ist hier weder die Zustimmung des Klägers erforderlich noch im Falle der Verweigerung ein rechtsmissbräuchliches Verhalten zu prüfen, denn das Beitrittsrecht und die Zulässigkeit des Anschlussrechtsmittels folgen unmittelbar aus der Sonderregelung des § 9 Abs. 1 Satz 3 KSchG und überlagern entgegenstehende Normen des allgemeinen Zivilprozessrechts. Nur so wird die gesetzliche Anordnung vollständig umgesetzt und effektiver Rechtsschutz gewährleistet. Denn ließe man anderenfalls den Parteibeitritt des Betriebserwerbers und dessen Anschlussrechtsmittel nicht zu, spricht aber – zu Recht – dem Veräußerer die Aktivlegitimation für den Auflösungsantrag ab, liefe in Sachverhaltskonstellationen wie der vorliegenden das arbeitgeberseitige Auflösungsrecht nach § 9 Abs. 1 Satz 2, 3 KSchG leer.

II.

Die mithin zulässigen Berufungen der Beklagten zu 1. und 2. sind allerdings nicht begründet. Das Arbeitsgericht Düsseldorf hat der Kündigungsschutzklage im Ergebnis zu Recht stattgegeben. Offen bleiben kann, ob dem Arbeitsgericht in seiner Beurteilung der sozialen Rechtfertigung zu folgen ist, ebenso bedarf die Streitfrage, ob der Kläger leitender Angestellter im Sinne des § 14 Abs. 2 KSchG und/oder des § 5 Abs. 3, 4 BetrVG war, keiner Entscheidung. Denn die Kündigung ist bereits wegen nicht ordnungsgemäßer Anhörung sowohl des Betriebsrats als auch des Sprecherausschusses in jedem Falle nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG oder aber § 31 Abs. 2 Satz 3 SprAuG unwirksam. Das wiederum führt – unabhängig davon, dass der Beklagten zu 1. darüber hinaus die Aktivlegitimation für einen Auflösungsantrag fehlt – ohne Weiteres zur Unbegründetheit der Auflösungsanträge beider Beklagten.

Im Einzelnen:

1. Die form- und fristgerecht im Sinne der §§ 4, 7 KSchG erhobene Kündigungsschutzklage ist begründet. Die ordentliche Kündigung der Beklagten zu 1. vom 28.09.2016 ist rechtsunwirksam. Unabhängig von der Frage ihrer sozialen Rechtfertigung und unabhängig auch von der Frage, ob der Kläger nun leitender Angestellter im Sinne von § 5 Abs. 3, 4 BetrVG war oder nicht, ist sie wegen nicht ordnungsgemäßer, weil bewusst irreführender Unterrichtung beider hier in Betracht kommender Mitarbeitervertretungsgremien unwirksam.

Egal welchen Status man dem Kläger im für die Überprüfung ihrer Wirksamkeit maßgeblichen Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung vom 28.09.2016 zuspricht, bedurfte diese Kündigung in jedem Falle zuvor der ordnungsgemäßen Anhörung entweder des Sprecherausschusses – so die Ansicht der Beklagten – oder des Betriebsrates – so die Ansicht des Klägers. Sowohl bei Annahme des Status des Klägers als leitender Angestellter gab es mit dem Unternehmenssprecherausschuss der Beklagten zu 1. unbestritten das dann für den Kläger zuständige Mitbestimmungsgremium im Sinne der §§ 20 Abs. 4, 31 SprAuG als auch im Falle des Fehlens der Eigenschaft des leitenden Angestellten mit dem Betriebsrat für die Regionaldirektion Makler E. L. gemäß § 102 BetrVG. Die Beklagte zu 1. hat vorsorglich beide im jeweiligen Falle zuständigen Gremien mit den inhaltlich – soweit hier von Belang – gleichlautenden Schreiben vom 19.09.2016 angehört.

Beide Anhörungen unterliegen allerdings den gleichen Wirksamkeitsmängeln, so dass unabhängig von der Statusfrage in der rechtlichen Folge die Unwirksamkeit der Kündigung vom 28.09.2016 festzustellen ist.

a. Nach § 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ist der Betriebsrat vor jeder Kündigung zu hören. Nach § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG sind ihm dabei von dem Arbeitgeber die Gründe für die Kündigung mitzuteilen. Eine ohne vorherige Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung ist nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam. Das gilt in ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts gleichermaßen für die nicht ordnungsgemäß erfolgte Anhörung (BAG vom 22.09.2016 – 2 AZR 700/15, juris, Rz. 25; BAG vom 23.02.2012 – 2 AZR 773/10, juris, Rz. 30; BAG vom 22.09.1994 – 2 AZR 31/94, juris, Rz. 23 m.w.N.). Der notwendige Inhalt der Unterrichtung gemäß § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG richtet sich nach Sinn und Zweck der Anhörung. Dieser besteht darin, den Betriebsrat in die Lage zu versetzen, sachgerecht, dh. ggf. zugunsten des Arbeitnehmers auf den Kündigungsentschluss des Arbeitgebers einzuwirken. Der Betriebsrat soll die Stichhaltigkeit und Gewichtigkeit der Kündigungsgründe überprüfen und sich über sie eine eigene Meinung bilden können. Die Anhörung soll dem Betriebsrat nicht die selbständige - objektive - Überprüfung der rechtlichen Wirksamkeit der beabsichtigten Kündigung, sondern ggf. eine Einflussnahme auf die Willensbildung des Arbeitgebers ermöglichen (BAG vom 22.09.2016 – 2 AZR 700/15, juris, Rz. 25; BAG vom 16.07.2015 – 2 AZR 15/15, juris, Rz. 14; BAG vom 23.10.2014 – 2 AZR 736/13, juris, Rz. 22).

Der Inhalt der Unterrichtung nach § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG ist deshalb grundsätzlich – worauf auch die Beklagten zu Recht hinweisen – subjektiv determiniert. Der Arbeitgeber muss dem Betriebsrat die Umstände mitteilen, die seinen Kündigungsentschluss tatsächlich bestimmt haben. Dem kommt der Arbeitgeber dann nicht nach, wenn er dem Betriebsrat einen schon aus seiner eigenen Sicht unrichtigen oder unvollständigen Sachverhalt unterbreitet. Schildert er dem Betriebsrat bewusst einen solchen irreführenden Kündigungssachverhalt, der sich bei der Würdigung durch den Betriebsrat zum Nachteil des Arbeitnehmers auswirken kann, ist die Anhörung unzureichend und die Kündigung unwirksam (BAG vom 22.09.2016 – 2 AZR 700/15, juris, Rz. 26; BAG vom 16.07.2015 – 2 AZR 15/15, juris, Rz. 15 f.; BAG vom 23.10.2014 – 2 AZR 736/13, juris, Rz. 14).

Eine zwar vermeidbare, aber unbewusst erfolgte, „bloß“ objektive Fehlinformation führt dagegen für sich genommen nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Arbeitgeber bei größerer Sorgfalt die richtige Sachlage hätte erkennen können. Maßgeblich ist vielmehr, ob er subjektiv gutgläubig ist und ob trotz objektiv falscher Unterrichtung dem Sinn und Zweck der Betriebsratsanhörung Genüge getan ist (BAG vom 16.07.2015 – 2 AZR 15/15, juris, Rz. 17).

An einer ordnungsgemäßen Unterrichtung über die Kündigungsgründe fehlt es wiederum, wenn der Arbeitgeber dem Betriebsrat für dessen Beurteilung bedeutsame, zuungunsten des Arbeitnehmers sprechende, objektiv unzutreffende Tatsachen mitteilt, von denen er selbst durchaus für möglich hält, dass sie nicht der Wahrheit entsprechen. Denn dann handelt es sich nicht um eine unbewusste Fehlinformation. Der Arbeitgeber ist nicht gutgläubig. Er stellt vielmehr seinen Kenntnisstand bewusst als umfassender dar, als er es in Wirklichkeit ist. Er nimmt damit in Kauf, den Betriebsrat in unzutreffender Weise zu unterrichten (BAG vom 16.07.2015 – 2 AZR 15/15, juris, Rz. 18).

Die subjektive Überzeugung des Arbeitgebers von der Relevanz oder Irrelevanz bestimmter Umstände ist für den Umfang der Unterrichtung nach § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG dann nicht maßgeblich, wenn dadurch der Zweck der Betriebsratsanhörung verfehlt würde. Der Arbeitgeber darf ihm bekannte Umstände, die sich bei objektiver Betrachtung zugunsten des Arbeitnehmers auswirken können, dem Betriebsrat nicht deshalb vorenthalten, weil sie für seinen eigenen Kündigungsentschluss nicht von Bedeutung waren (BAG vom 22.09.2016 – 2 AZR 700/15, juris, Rz. 27; BAG vom 16.07.2015 – 2 AZR 15/15, juris, Rz. 19; BAG vom 23.10.2014 – 2 AZR 736/13, juris, Rz. 15). In diesem Sinne ist die Betriebsratsanhörung - ausgehend vom subjektiven Kenntnisstand des Arbeitgebers - auch objektiv, dh. durch Sinn und Zweck der Anhörung determiniert (BAG vom 22.09.2016 – 2 AZR 700/15, juris, Rz. 27; BAG vom 16.07.2015 – 2 AZR 15/15, juris, Rz. 19).

Den vorstehenden Grundsätzen der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts schließt sich die erkennende Berufungskammer an. Schon immer hat im Übrigen gegolten, dass es den Grundsatz der subjektiven Determination nicht betrifft, wenn der Arbeitgeber den Betriebsrat bewusst irreführend informiert. Das umfasst auch die irreführende Information durch Verschweigen wesentlicher Umstände, wobei der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast für die nicht bewusste Irreführung des Gremiums trägt (BAG vom 22.09.1994 – 2 AZR 31/94, juris, Rz. 26 ff., 28, 31).

Diese Grundsätze finden gleichermaßen bei der Sprecherausschussanhörung nach § 31 Abs. 2 SprAuG Anwendung (BAG vom 27.09.2001 – 2 AZR 176/00, juris, Rz. 31), so dass sich in der rechtlichen Beurteilung bei inhaltlich gleicher Anhörung beider Gremien keine Unterschiede ergeben.

b. In Anwendung der vorstehenden Grundsätze ist im vorliegenden Fall festzustellen, dass die Anhörung sowohl des Betriebsrates als auch die des Unter-

nehmenssprecherausschusses bewusst widersprüchlich und irreführend und damit nicht ordnungsgemäß erfolgt sind, so dass die Kündigung vom 28.09.2016 allein deswegen bereits unwirksam ist.

Denn unter 3.2.2. wird beiden Gremien zunächst mitgeteilt, dass für die Besetzung der freien Stelle als Leiter der Maklerdirektion Mitte (N. D) eine Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG „unter den vergleichbaren Mitarbeitern“ vorgenommen worden sei. Umfänglich wird zu den Sozialauswahlkriterien ausgeführt und zu den in die Sozialauswahl einbezogenen, also vergleichbaren Mitarbeitern auf die Anlage 1 verwiesen. Dann wird weiter ausgeführt, der Kläger habe sich aufgrund seiner geringeren Sozialpunktezah nicht durchsetzen können. Im Kontext mit der Anlage 1 konnte das aus dem Empfängerhorizont der angehörten Gremien nur bedeuten, dass er sich gegenüber Herrn I. als dem vergleichbaren Mitarbeiter mit der höchsten Punktzahl nicht durchsetzen konnte. Wenn die Beklagte zu 1. dann weiter unter 3.2.3. ausführt, das Ergebnis der Sozialauswahl sei überdies unerheblich, da dem Kläger die Eignung für die Leiterstelle N. D fehle, stellt sich zwar bereits dies insoweit als widersprüchlich dar, als man bei von vornherein fehlender Eignung für eine in Aussicht genommene Stelle keine Sozialauswahl mit den „vergleichbaren“ Mitarbeitern vornimmt. Denn die Vergleichbarkeit richtet sich ja gerade auch danach, dass alle in die Auswahl einbezogenen Mitarbeiter die Eignung für die Stelle mit sich bringen. Da die Beklagte zu 1. dann zwar weiter zu den Anforderungen an die Stelle ausführt und dazu, inwiefern „der in Aussicht genommene Kandidat“ diese erfülle, zum Kläger außer der pauschalen Absprache der entsprechenden Eignung jedoch mit keinem Wort mehr spezifiziert, warum ihm die entsprechende Eignung fehlen soll, sondern vielmehr davon spricht, dass er nicht über eine dem „in Aussicht genommenen Kandidaten“ vergleichbare Expertise verfüge, bleibt offen, ob die Beklagte zu 1. sich insoweit auf § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG berufen will oder wie sie angesichts der zuvor umfänglichen Ausführungen zur Sozialauswahl nebst Beifügung einer Anlage mit vergleichbaren Arbeitnehmern verstanden werden möchte.

Selbst wenn man diesen Mangel der Anhörungen, obgleich mit ihm bereits eine erhebliche Irreführung der Gremien einhergeht, noch nicht als erheblich einstuft, gilt das aber nicht mehr hinsichtlich der Frage, wer denn nunmehr der „in Aussicht genommene Kandidat“ sein soll. Aus dem Kontext der Ausführungen der Beklagten zu 1. kann man hier auf den ersten Blick eigentlich nur Herrn I. in Betracht ziehen. Er ist von den drei einzigen zu der Besetzung der Leiterstelle N. D namentlich genannten Mitarbeitern derjenige mit der höchsten Sozialpunktezah, also der sozial Schwächste. So hat offensichtlich auch der Betriebsrat die Beklagte zu 1. verstanden, der in seiner Stellungnahme eben auf Herrn I. verweist,

der seiner Kenntnis nach in Vorruhestand gehe und daher als einziger schützenswerterer Mitarbeiter das Unternehmen verlasse, so dass der Kläger zum Zuge zu kommen habe.

Unabhängig von der Frage, ob der Beklagten zu 1. nun zum Zeitpunkt der Anhörung der Gremien und zum Zeitpunkt des Zugangs der nachfolgenden Kündigung bekannt war, dass Herr I. das Unternehmen verlassen würde, weil er sich mündlich bereits am 15.09.2016 mit dem Vorstand der Beklagten zu 1. auf den ihm unter gleichem Datum dann schriftlich übermittelten Vorruhestandsvertrag geeinigt hat, wie der Kläger es substantiiert behauptet und die Beklagten es nur einfach und damit in einer ihrer Darlegungs- und Beweislast nicht genügenden Weise bestreiten, ist entscheidend, dass Herrn I. zu keiner Zeit die Leiterstelle N. D angeboten worden ist. Er kam mithin zu keiner Zeit für die Beklagte zu 1. für diese Stelle in Betracht. Dafür spricht auch, dass der nicht namentlich benannte „in Aussicht genommene Kandidat“, zu dem die Beklagten bezeichnenderweise nicht einmal in der mündlichen Verhandlung am 03.07.2018 angeben konnten, wer damit zumindest nach ihrer subjektiven Einschätzung im Zeitpunkt der Gremienanhörung gemeint sein sollte, nach den Angaben im Anhörungsschreiben bislang Leiter einer Vertriebsdirektion sein sollte, was für Herrn I. unstreitig nicht zutraf.

Es ist widersprüchlich und irreführend, den Gremien umfänglich Angaben zu einer Sozialauswahl zu machen, die tatsächlich zu keiner Zeit irgendeine Relevanz für die Besetzung der den Gremien mitgeteilten freien Stelle haben sollte. Damit täuschte die Beklagte zu 1. ihre Gremien, was noch dadurch verschärft wurde, dass sie nebulös dann weitere Angaben zu einem für die Stelle in Aussicht genommenen Kandidaten macht, der angeblich besser als der Kläger geeignet sei, ohne diesen Kandidaten – im Unterschied zu den in die Sozialauswahl einbezogenen Mitarbeitern – namentlich zu benennen.

Der namenlos „in Aussicht genommene Kandidat“, wegen dessen besserer Eignung angeblich das Ergebnis der Sozialauswahl unerheblich sein sollte, wird lediglich an einer Stelle kurz in seiner bisherigen Funktion beschrieben (Vertriebsdirektor Makler Industrie - VME D). Daraus leitet der Kläger ab, die Beklagte zu 1. habe bereits zum Zeitpunkt von Anhörung und Kündigung Herrn T. für die Stelle in Aussicht genommen. Dafür spricht neben dem Umstand, dass er sie später auch bekam, dass die Beklagten ihn im Schriftsatz vom 18.05.2018, Seite 7 (Blatt 861 der Akte), selbst als derzeitigen Stelleninhaber bezeichnen und ausführen, dass er in seiner vormaligen Position Vertriebsdirektor Makler Industrie gewesen sei, also eben die Position besetzt hat, die in den Anhörungen zur Beschreibung des „in Aussicht genommenen Kandidaten“ genutzt worden ist. Da

die Beklagten jedoch auch auf ausdrückliche Nachfrage in der mündlichen Verhandlung am 03.07.2018 erklärt haben, dass zum Zeitpunkt der Gremienanhörungen eine Übertragung der Stelle N. D auf Herrn T. „kein Thema“ gewesen sei, sondern mit ihm bis Anfang Dezember 2016 über eine Altersteilzeit gesprochen worden sei, kann auch insofern nur von einer weiteren Irreführung der Gremien ausgegangen werden. Denn entweder mussten diese aufgrund der nur indirekten Angabe zum in Aussicht genommenen Kandidaten auf Seite 7 der Anhörungen („Leiter der Vertriebsdirektion Makler Industrie“ statt namentlicher Benennung) ohnehin davon ausgehen, dass damit der in der Anlage 1 mit den meisten Punkten benannte Herr I. gemeint sei. Oder sie haben aus den undurchsichtigen Ausführungen in den Anhörungsschreiben über die Positionsangabe des Leiters der Vertriebsdirektion auf Herrn T. als in Aussicht genommenen Kandidaten geschlossen. In beiden Fällen wären sie irregeleitet worden, da die Beklagte zu 1. nach ihrem Sachvortrag keinen der beiden zum Zeitpunkt der Anhörungen für die Stelle N. D in Aussicht genommen haben will. Damit entsprachen alle aus dem objektiven Empfängerhorizont möglichen Interpretationen der Erklärung der Beklagten zu 1. nicht ihrem Willen. Da dieser das Anhörungsverfahren subjektiv determiniert, kann hier nur von einer Irreführung der Gremien ausgegangen werden. Denn das was mitgeteilt wurde, entsprach nicht der der Kündigungsabsicht zugrundeliegenden Willensbildung der Beklagten zu 1.

Wie diese genau ausgesehen haben mag, wer also nun der „in Aussicht genommene Kandidat“ gewesen sein soll, wenn es offenbar keine der beiden vorgeannten Personen war, konnten die Beklagtenvertreter im Termin am 03.07.2018 auf Nachfrage nicht mitteilen. Hierauf kommt es letztlich auch angesichts der übrigen Erklärungen und des unstreitigen Vortrags der Parteien nicht mehr an.

Dass die Irreführung der Gremien nicht bewusst geschehen wäre, hätten die Beklagten unter Beweisantritt vortragen müssen. Hieran fehlt es. Bei einem derart deutlichen Auseinanderfallen von der Kündigung zugrunde liegendem Beweggrund und Mitteilung gegenüber Betriebsrat und Sprecherausschuss hätte es zudem einer eingehenden und schlüssigen Erklärung hierfür bedurft, die aber gleichfalls fehlt. Dabei war die ordnungsgemäße Gremienanhörung bereits seit der mündlichen Berufungsverhandlung vom 23.03.2018 ein zentraler Gegenstand des Verfahrens und die Bedenken der Kammer diesbezüglich bekannt.

Unabhängig von der Statusfrage des Klägers bleibt mithin festzustellen, dass sowohl Betriebsrat als auch Sprecherausschuss nicht ordnungsgemäß angehört worden sind. Dies führt selbst – hier eher gerade – unter Berücksichtigung des Grundsatzes der subjektiven Determination des Anhörungsverfahrens zur Unwirksamkeit der Kündigung der Beklagten zu 1. vom 28.09.2016.

2. Vor diesem Hintergrund kommt die Auflösung des Arbeitsverhältnisses nach §§ 9 Abs. 1 Satz 2, 14 Abs. 2 Satz 2 KSchG nicht in Betracht. Ungeachtet der der Beklagten zu 1. ohnehin insoweit fehlenden Aktivlegitimation – siehe hierzu bereits die Ausführungen unter I. der Entscheidungsgründe – sind sowohl ihr Auflösungsantrag (auch) als auch der Antrag der Beklagten zu 2. unbegründet. Erneut kann die Statusfrage hinsichtlich des Klägers und mithin die Frage dahingestellt bleiben, ob ein Auflösungsantrag gegen ihn als leitender Angestellter im Sinne von § 14 Abs. 2 KSchG keiner weiteren Angabe von Auflösungsgründen bedarf.

Denn sowohl für den Auflösungsantrag unmittelbar nach § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG als auch für den Antrag nach § 14 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG gilt, dass nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, der die Berufungskammer folgt und auf deren Begründung zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen verwiesen wird, ein Arbeitgeber die Auflösung des Arbeitsverhältnisses nur verlangen kann, wenn die Unwirksamkeit der Kündigung allein auf der Sozialwidrigkeit, nicht jedoch auf anderen Gründen im Sinne des § 13 Abs. 3 KSchG beruht, soweit diese anderen Unwirksamkeitstatbestände den Zweck verfolgen, dem Arbeitnehmer einen zusätzlichen Schutz zu verschaffen (BAG vom 22.09.2016 – 2 AZR 700/15, juris, Rz. 34; BAG vom 31.07.2014 – 2 AZR 434/13, juris, Rz. 44; BAG vom 28.08.2008 – 2 AZR 63/07, juris, Rz. 27 ff. mit umfangreichen Nachweisen zum Streitstand und umfänglicher Auseinandersetzung mit der Gegenposition im Schrifttum; BAG vom 27.09.2001 – 2 AZR 176/00, juris, Rz. 44 zur Anwendbarkeit auch bei Auflösungsanträgen gegenüber leitenden Angestellten; BAG vom 25.11.1993 – 2 AZR 517/93, juris, Rz. 27; vgl. auch HWK/Thies, 8. Auflage, § 9 KSchG Rn. 12; ErfK/Kiel, 18. Auflage, § 14 KSchG Rn. 19, § 9 KSchG Rn. 10).

Da die Unwirksamkeitstatbestände sowohl der fehlerhaften Betriebsratsanhörung nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG (hierzu BAG vom 28.08.2008 – 2 AZR 63/07, juris, Rz. 41) als auch der fehlerhaften Anhörung des Sprecherausschusses nach § 31 Abs. 2 Satz 3 SprAuG (hierzu BAG vom 27.09.2001 – 2 AZR 176/00, juris, Rz. 29 ff., 44) auch dem Schutz des betroffenen Arbeitnehmers dienen, ist bei ihrem Eingreifen dem Arbeitgeber von vornherein die Auflösung nach § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG, auch in Verbindung mit § 14 Abs. 2 Satz 2 KSchG verwehrt. Das gilt auch bei der Antragstellung durch die Beklagte zu 2., denn entgegen ihrer Ansicht wird sie nicht als Betriebserwerberin benachteiligt, wenn ihr Fehler in dem von der Beklagten zu 1. durchgeführten Anhörungsverfahren bei ihrer eigenen Antragstellung nach §§ 14 Abs. 2 Satz 2, 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG

entgegen gehalten werden. Die Beklagte zu 2. kann hier keinen gesetzlichen oder sonstigen rechtlichen Schutz für sich in Anspruch nehmen, bei der Stellung eines Auflösungsantrages besser gestellt zu werden als der kündigende Betriebsveräußerer, die Beklagte zu 1. Das gilt ebenso im Anwendungsbereich des § 14 Abs. 2 Satz 2 KSchG, der den Arbeitgeber gegenüber dem leitenden Angestellten lediglich hinsichtlich der Begründungspflicht für den Auflösungsantrag, nicht aber hinsichtlich der übrigen Anforderungen aus § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG privilegiert. Jedes andere rechtliche Ergebnis bedeutete im Gegenteil eine Schlechterstellung nicht nur des Betriebsveräußerers gegenüber dem Erwerber, für die es keinen Grund gibt, sondern vor allem und entscheidend eine solche des von einem Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmers. Ohne jeden erkennbaren Grund verlöre dieser mit der Ansicht der Beklagten zu 2. einen gewichtigen Teil seines kündigungsschutzrechtlichen Bestandsschutzes. Das ist schon mit § 13 Abs. 3 KSchG nicht vereinbar, mit dem Sinn und Zweck des § 613a BGB ebenso wenig.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 64 Abs. 6 ArbGG, 525, 97 Abs.1, 100 Abs. 1 ZPO. Danach haben die Beklagten die Kosten des von ihnen ohne Erfolg betriebenen Berufungsverfahrens je zur Hälfte zu tragen.

IV.

Die Entscheidung über die Nichtzulassung der Revision beruht auf § 72 Abs. 1 ArbGG. Ein Zulassungsgrund nach § 72 Abs. 2 ArbGG liegt nicht vor, insbesondere betrifft die Entscheidung weder entscheidungsrelevante Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne von § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG noch liegt eine Divergenz im Sinne von § 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG vor.

Soweit hinsichtlich der Zulässigkeit des Parteibeitritts der Beklagten zu 2. und ihrer (Anschluss-)Berufung eine Divergenz zu der Entscheidung des LAG Baden-Württemberg vom 24.05.2018 vorliegt und damit sicherlich ebenso wie auch zur Aktivlegitimation für den Auflösungsantrag Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung angesprochen sind, sind diese nicht entscheidungserheblich. Das wäre nur der Fall, wenn bei einer anderen Beantwortung der angesprochenen Rechtsfragen eine für die Beklagten oder für den Kläger günstige Entscheidung getroffen worden wäre (vgl. BAG vom 15.10.2012 – 5 AZN 1958/12, juris, Rz. 15; BAG vom 23.07.1996 – 1 ABN 18/96, juris, Rz. 8 ff.). Das ist hier nicht der Fall, denn die Entscheidung zur Zulässigkeit des Parteibeitritts und der Anschlussberufung

der Beklagten zu 2. war für diese ohnehin schon günstig. Der hierdurch allein beschwerte Kläger hat aufgrund der danach festgestellten Unbegründetheit der Berufungen beider Beklagten den Rechtsstreit gewonnen. Eine günstigere Entscheidung hätte auch bei abweichender Zulässigkeitsbeurteilung also für ihn nicht getroffen werden können. Zur Frage der Aktivlegitimation der Beklagten verhält es sich im Ergebnis ebenso. Für die Beklagte zu 2. ist die hier vertretene Ansicht ohnehin günstig, für die Beklagte zu 1. zwar nicht, aber da das Urteil insoweit auch ihr gegenüber (doppelt) damit begründet worden ist, dass bei festgestellter Unwirksamkeit der Kündigung mangels ordnungsgemäßer Gremienanhörung kein arbeitgeberseitiger Auflösungsantrag in Betracht kommt, liegt insoweit keine Entscheidungserheblichkeit vor. Die die Entscheidung letztlich tragende Begründung der Unwirksamkeit der Kündigung wahlweise nach §§ 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG wie auch § 31 Abs. 2 Satz 3 SprAuG und des damit einhergehenden Ausschlusses der Möglichkeit des arbeitgeberseitigen Auflösungsantrages beruht auf der Anwendung der Grundsätze der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts im konkreten Einzelfall und begründet keine Revisionszulassung. Das gilt auch für die zuletzt von der Beklagten zu 2. aufgeworfene Frage, ob sie als Betriebserwerberin den Auflösungsantrag nur unter denselben Voraussetzungen wie der Veräußerer stellen könne. Die Antwort auf diese Rechtsfrage ist derart offenkundig, dass jedenfalls die Klärungsbedürftigkeit als Voraussetzung der grundsätzlichen Bedeutung (vgl. hierzu Ulrich in: Schwab/Weth, ArbGG, 5. Auflage, § 72 Rn. 26) fehlt. Nicht jede Rechtsfrage, die noch nie von dem Bundesarbeitsgericht beantwortet worden ist, ist deswegen bereits eine solche von grundsätzlicher Bedeutung.

RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen dieses Urteil ist ein Rechtsmittel nicht gegeben.

Wegen der Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde wird auf § 72a ArbGG verwiesen.

Klein

Sontheim-Leven

Weilbier

Beglaubigt

Willms
Regierungsbeschäftigte

