

3 Sa 364/21  
10 Ca 5972/20  
6 Ca 5965/20  
Arbeitsgericht Düsseldorf



Verkündet am 05.04.2022

Willms  
Regierungsbeschäftigte  
als Urkundsbeamtin der Ge-  
schäftsstelle

**LANDEsarBEITSGERICHT DÜSSELDORF  
IM NAMEN DES VOLKES**

**URTEIL**

In dem Rechtsstreit

des V. N., I. Straße 88, F.

**Kläger, Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagter**

**Prozessbevollmächtigte**

U. Rechtsanwälte Partnerschaft mbB, A. Hof 8, E.

**g e g e n**

1. die M. GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer B. H., D. Business Park 1, T., P.

**Beklagte, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin**

2. M. Europe Ltd., vertreten durch die Geschäftsführer B. C., S. I., E. Q. P. und O. T., U. N.

**Beklagte, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungsklägerin**

**Prozessbevollmächtigte**

zu 1. und 2. G. T. Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater Partnerschaft mbB, G.-Straße 1, C.

hat die 3. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 05.04.2022 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Klein als Vorsitzenden sowie die ehrenamtlichen Richter Ehrhardt und Diederich

für Recht erkannt:

- I. **Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 11.03.2021 – 10 Ca 5972/20 – teilweise abgeändert und festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 1) nicht durch die ordentliche Kündigung der Beklagten zu 1) vom 10.09.2020 aufgelöst worden ist.**
- II. **Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 15.03.2021 – 6 Ca 5965/20 – abgeändert und festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 2) nicht durch die ordentliche Kündigung der Beklagten zu 2) vom 10.09.2020 aufgelöst worden ist.**
- III. **Die Anschlussberufungen beider Beklagten werden zurückgewiesen.**
- IV. **Die Beklagten tragen die Kosten des Berufungsverfahrens zu je ½.**

**Die Kosten des Rechtsstreits in erster Instanz zu dem Aktenzeichen 10 Ca 5972/20 des Arbeitsgerichts Düsseldorf tragen der Kläger zu 21% und die Beklagte zu 1) zu 79%.**

**Die Kosten des Rechtsstreits in erster Instanz zu dem Aktenzeichen 6 Ca 5965/20 des Arbeitsgerichts Düsseldorf trägt die Beklagte zu 2) allein.**

- V. **Die Revision wird für die Beklagten hinsichtlich der Entscheidung zu den Berufungen des Klägers zugelassen. Nicht zugelassen wird die Revision, soweit die Anschlussberufungen der Beklagten zurückgewiesen worden sind.**

### **TATBESTAND:**

Die Parteien streiten im Berufungsrechtszug über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers mit der Beklagten zu 1) und des weiteren Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten zu 2) durch die von beiden Beklagten jeweils mit Schreiben vom 02.11.2020 ausgesprochenen außerordentlichen, fristlosen sowie durch die jeweils mit Schreiben vom 10.09.2020 ausgesprochenen ordentlichen Kündigungen.

Bei der Beklagten zu 1) handelte es sich um ein Flugunternehmen mit Sitz in T. (P.). Alleingeschafterin war die irische S. Holdings PLC. Die im Jahr 2020 neu gegründete Beklagte zu 2) hat ihren Sitz in N. und ist ebenfalls eine Fluggesellschaft der S. Gruppe. Ihre alleinige Geschafterin ist die H.Holding Limited, deren Alleingeschafterin wiederum die S. Holdings PLC ist. Der am 04.02.1970 geborene Kläger war bei der Beklagten zu 1) seit dem 05.11.2018 in einem Arbeitsverhältnis beschäftigt,

seit dem 22.01.2019 als Kapitän (Commander) gegen ein durchschnittliches Monatsbruttogehalt von zuletzt 8.400,- € an der Basis R.. Grundlage des Arbeitsverhältnisses war zunächst der Arbeitsvertrag vom 21.09.2018 (Blatt 20 f. der Akte). An diesen schloss sich der Vertrag vom 21.01.2019 an (Anlage K2, Blatt 22 ff. der Akte), der unter anderem unter Ziffer 13 (5) bestimmte, dass das Arbeitsverhältnis ausschließlich österreichischem Recht unterliegt, unter Ziffer 11 (1) den österreichischen Kollektivvertrag der Angestellten der M. GmbH für anwendbar erklärte und in Ziffer 2 (1) folgende Regelung zur Kündigung enthielt:

*„(1) Das Dienstverhältnis kann von beiden Vertragsparteien unter Einhaltung der kollektivvertraglichen Kündigungsfristen und Termine gekündigt werden. [...]“*

Der Kollektivvertrag der Angestellten der M. GmbH (gültig ab 01.08.2018, Anlage K3, Blatt 26 ff. der Akte) regelt in Abschnitt II („Sonderbestimmungen für das Bordpersonal“) unter Ziffer 2 („Kündigungsfrist“) Folgendes:

*„2.1 Das Dienstverhältnis zu Dienstnehmern des Cockpitpersonals kann, soweit in den jeweiligen Einzeldienstverträgen nichts anderes vereinbart ist, [...] sowohl von der Dienstgeberin als auch vom Dienstnehmer unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 3 Monaten zum Letzten eines jeden Kalendermonats gekündigt werden. [...]“*

Das für die Beklagte zu 1) von einem externen Dienstleister betriebene Operations Control Center (OCC) nebst Einsatzplanung („Rostering“) befand sich in X., verschiedene Funktionsträger der Beklagten zu 1), etwa der Director of Operations und andere für den Flugbetrieb vorgeschriebene „nominated persons“ hatten ihren Arbeitsort in T.. Die Beklagte zu 1) betrieb mindestens 24 in P. registrierte Flugzeuge des Modells Airbus A-320 von vier Basen aus (X., R., Q. und T.). In R. waren etwa 70 Piloten und zuletzt sechs oder sieben Flugzeuge stationiert, die zumindest wegen der in X. durchgeführten Wartung wechselten. Die Beklagte zu 1) hatte am Flughafen R. neben Parkplätzen und einem Schulungsraum einen Crewraum angemietet, in dem Schreibtische mit Telefon- und Telefaxanschlüssen eingerichtet waren. Einen Betriebsrat oder eine sonstige Personalvertretung gab es nicht. Die Beklagte zu 1) hatte am Standort R. den Status eines sog. „Home base carriers“, der mit bestimmten Privilegien, insbesondere betreffend Start- und Landerechten in der Nacht verbunden war. Voraussetzung für die Erteilung dieses Status durch das NRW-Verkehrsministerium ist das Vorhalten eines durch das Luftfahrtbundesamtes anerkannten Wartungsbetriebs am Flughafen R.. Diese Voraussetzung erfüllte die Beklagte zu 1) durch Beauftragung eines externen Dienstleisters. Zudem gab es am Standort R. einen „Base Captain“, zuständig für die Belange der Piloten, und einen „Base Supervisor“ für die Angelegenheiten der Kabinenbesatzungen. Die Bodenabläufe koordinierte und überwachte ein „Ground Operations Manager“.

Infolge der Ausbreitung der Covid19-Pandemie setzte die Beklagte zu 1) den Flugverkehr an den deutschen Standorten von Mitte März bis Ende Juni 2020 vollständig aus.

Im Mai 2020 nahm die Beklagte zu 1) Tarifverhandlungen mit der Gewerkschaft ver.di auf, welche nach ihren Angaben der Sicherung der Basis in R. dienen sollten.

Mit E-Mail vom 30.06.2020 informierte die Beklagte zu 1) ihre Arbeitnehmer über einen von ihr angestrebten Abschluss einer tarifvertraglichen Regelung („CLA/T&C's“) mit der Gewerkschaft ver.di wie folgt:

*„[...] M. hat [...] Verdi am 25. Mai unsere Vorschläge für einen neuen, kostengünstigeren CLA/T&C's vorgelegt (mit einem Zieldatum für eine Einigung am 21. Juni). [...]*

*Obwohl am Donnerstagnachmittag (2. Juli) ein abschließendes Treffen mit Verdi geplant ist, bedauern wir, Ihnen mitteilen zu müssen, dass wir, falls am Donnerstag keine endgültige Einigung mit Verdi und unmittelbar danach mit den R.er Piloten und dem Kabinenpersonal erzielt wird, wir die Basis E. zum Ende des aktuellen S20-Flugplans im Oktober schließen werden, was den Verlust aller Arbeitsplätze für Piloten und Kabinenpersonal zur Folge hätte. Unter diesen Umständen werden wir den Entlassungsprozess frühestens am Freitag, den 10. Juli einleiten.*

*Wenn ein neuer CLA/T&C's von unseren R.er Crews individuell akzeptiert und von Verdi vor dem 7. Juli unterzeichnet wird, würde uns dies dazu bewegen, die Schließung unserer R.er A320-Basis rückgängig zu machen. Der neue 3-Jahres-Vertrag beinhaltet:*

- *Deutsches Arbeitsrecht.*
- *Einen verbesserten 5/3-Dienstplan, der 33 zusätzliche freie Tage pro Jahr hervorbringt.*
- *Moderate Gehaltskürzungen von ca. 17% für Kapitäne und 5% für FOs.*

*Nach unserem abschließenden Treffen mit ver.di am Donnerstag werden wir Ihnen ein E-Mail-Update zukommen lassen, mit dem Sie Ihre Zustimmung zu der neuen Vereinbarung/T&C's bestätigen können. Wir hoffen, dass Sie und Ihre Pilotenkollegen diese wichtigen Änderungen akzeptieren werden, die notwendig sind, um die E.-Basis zu retten und den Verlust aller Arbeitsplätze der Besatzungen im Oktober zu vermeiden. [...]*

Ab dem 01.07.2020 nahm die Beklagte zu 1) den Flugverkehr eingeschränkt wieder auf, erbrachte aber fortan jedenfalls zu einem ganz überwiegenden Teil Flüge als sogenannte wet-lease-Leistungen für S. von den Stationierungsorten R., Q., T. und X. aus, vermietete also die ihr zur Verfügung stehenden Flugzeuge nebst Personal, Wartung und Versicherung. S. übernahm dazu ganz überwiegend die bisher von der Beklagten zu 1) gehaltenen „Slots“ (uhrzeitbezogene Start-/Landerechte an koordinierten Flughäfen wie R.).

In einer E-Mail vom 03.07.2020 führte die Beklagte zu 1) wie folgt aus:

*„Wir freuen uns, Ihnen mitteilen zu können, dass wir bei unserem letzten Treffen gestern Abend mit Verdi große Fortschritte erzielt haben. Wir fügen das endgültige Dokument bei, nachdem wir einige bedeutende, endgültige Zugeständnisse gemacht haben, um die Bedenken von Verdi in Bezug auf Kündigungsfristen (die sich aus dem Starttermin im März 18 ergeben) und Gehaltspunkte für bestehende Co-Piloten auszuräumen. Insbesondere wird für alle Piloten eine dreimonatige Kündigungsfrist gelten [...].*

*Mit unserer Zustimmung zu diesen Kernpunkten sind die letzten Hindernisse für eine Unterzeichnung durch Verdi am/vor Dienstag, den 7. Juli, beseitigt. Wir benötigen Ihre individuelle Zustimmung, um die neuen CLAT&C's umzusetzen, und werden Ihnen im Laufe des Tages eine Email zukommen lassen, mit der Sie Ihre Zustimmung am/vor Di. 7. Juli bestätigen können.*

*Die Zukunft der R.er Basis liegt nun in Ihren Händen, und wir bitten Sie dringend, Ihre individuelle Zustimmung zu den neuen CLA / T&C's zu bestätigen, die Vorrang vor Ihrem individuellen Vertrag haben werden. Wenn wir die Zustimmung sowohl von Verdi als auch von unseren E.-Besatzungen haben, dann werden wir die Pläne zur Schließung der R.er Basis zum 31. Oktober rückgängig machen und uns dafür einsetzen, dass die S.-Gruppe mehr Flüge unter der Woche anbietet, damit wir die maximale Anzahl von Arbeitsplätzen erhalten [...] können.“*

Parallel zu den Verhandlungen mit ver.di forderte die Beklagte zu 1) ihre in R. eingesetzten Piloten per E-Mail am 03.07., 04.07., 05.07., 06.07.2020, 08.07. und 09.07.2020 (deutsche Übersetzungen Blatt 778 ff. der Akte) auf, individuell dem „Eckpunktepapier für in Deutschland stationierte Piloten“ zuzustimmen, um den Standort R. vor einer Schließung zu bewahren. Die E-Mail vom 03.07.2020 lautet auszugsweise:

*"Bitte bestätigen Sie Ihr Einverständnis mit dem beigefügten Cornerstone Agreement CLA / T&Cs bis spätestens Dienstag, 07. Juli, 17.00 Uhr. Bitte antworten Sie auf diese E-Mail mit „Ich akzeptiere“, um die nachstehende Erklärung zu bestätigen. Alternative, geänderte oder zusätzliche Formulierungen werden nicht akzeptiert.*

*„Ich habe das Dokument über die neue Eckpunktevereinbarung CLA / T&Cs für die E.-Basis gelesen und akzeptiere es in vollem Umfang - die Bedingungen dieses Dokument zur Eckpunktevereinbarung CLA / T&Cs ersetzt die Bedingungen meines individuellen Vertrags ab dem 01. Juli 2020.“*

*Um die E.-Basis zu retten, ist es von entscheidender Bedeutung, dass Sie Ihre Zustimmung bis Dienstag, den 07. Juli 2020, 17.00 Uhr bestätigen, damit wird die geplante Schließung der E.-Basis rückgängig machen können.“*

In dem genannten Eckpunktepapier heißt es:

*„[...] Dieses Eckpunktepapier tritt am 1. Juli 2020 in Kraft, endet automatisch am 31. März 2023 [...] und gilt für alle in Deutschland stationierten, direktangestellten Piloten von M..*

*Ab dem 1. Juli 2020 wird M. das deutsche Arbeitsrecht auf alle in Deutschland direktangestellten Piloten von M. anwenden. Dies gilt nicht für bereits anhängige Gerichtsverfahren oder vor dem 01.07.2020 eingetretene Anlässe von Rechtsstreitigkeiten, [...] welche weiterhin österreichischem Recht unterliegen werden. M. hat den Betrieb im März 2018 aufgenommen, was den frühesten Arbeitsbeginn/Beginn der Betriebszugehörigkeit für alle Piloten für M. darstellt. Alle früheren Dienste/Betriebszugehörigkeiten oder Ansprüche (vor März 2018) sind für die aktuellen Arbeitsverhältnisse der Piloten mit M. rechtlich irrelevant.*

*Nach der Probezeit (6 Monate) können der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis eines Piloten jederzeit mit einer Frist von 3 Monaten (oder – falls diese länger ist – mit der auf der Basis der Betriebszugehörigkeit bei M. seit März 2018 anwendbaren gesetzlichen Kündigungsfrist) zum Fünfzehnten oder Monatsletzten kündigen. [...]"*

Wegen der Einzelheiten wird auf die zur Akte gereichte Kopie des Eckpunktepapiers (Anlage K5, Blatt 66 ff der Akte) Bezug genommen.

Mit E-Mail vom 06.07.2020 verlängerte die Beklagte zu 1) die Frist zur Annahme des Angebots aus der E-Mail vom 03.07.2020 bis zum 09.07.2020, 17 Uhr. Mit E-Mail vom 09.07.2020, 16:41 Uhr (Anlage K4, Blatt 63 der Akte), nahm der Kläger das Angebot an. Die Entgeltabrechnungen des Klägers ab August 2020 basierten auf dem Vergütungssystem des Eckpunktepapiers.

Am 09.07.2020 lehnte ver.di das Angebot der Beklagten zu 1) zum Abschluss des Eckpunktepapiers ab.

Mit E-Mail vom 10.07.2020 dankten die Geschäftsführer der Beklagten zu 1) für die fast vollständig erteilten Zustimmungen und brachten ihre Hoffnung auf einen Ausbau und Erfolg der Station R. zum Ausdruck.

Am 28.07.2020 gab die Beklagte zu 2) bekannt, dass sie im Spätherbst 2020 eine Basis in R. eröffnen werde. Mit E-Mail vom selben Tag (deutsche Übersetzung Blatt 789 f. der Akte) teilten die Geschäftsführer der Beklagten zu 1) dem Flugpersonal der Basis R. unter Beifügung einer Pressemitteilung mit, dass diese im Laufe des Jahres den Betrieb einstellen werde. Die M. Europe Ltd. werde aber diejenigen, die dem Eckpunktepapier zugestimmt hätten, einen inhaltsgleichen Arbeitsvertrag anbieten.

Mit Schreiben vom 20.08.2020 (deutsche Übersetzung Blatt 792 ff. der Akte) bot die Beklagte zu 2) dem Kläger den Abschluss eines Arbeitsvertrages mit Wirkung zum 15.09.2020 an. In dem Schreiben heißt es unter anderem:

*„[...] M. Europe Ltd bietet Ihnen die gleichen Bedingungen und Konditionen wie in Ihrem bestehenden Vertrag mit der M. GmbH, wie er durch Ihre Annahme des neuen E. CLA/T&Cs Dokuments vom 3. Juli geändert wurde, mit der Ausnahme, dass Sie innerhalb eines Jahres nach Ihrer Anstellung bei M. Europe*

*Ltd eine irische oder maltesische Lizenz erwerben müssen, um eine kontinuierliche Ausbildung zu ermöglichen.*

*Da M. Europe nun mit der Planung von OCC-Kursen für September beginnen muss, benötigen wir Ihre frühzeitige Annahme unseres Angebots, das die Bedingungen und Konditionen, die Sie derzeit bei der M. GmbH genießen, nicht berührt. Bitte bestätigen Sie die Annahme unseres Angebots bis Donnerstag, 27. August, 17.00 Uhr. Bitte antworten Sie auf die beigefügte E-Mail mit „Ich akzeptiere“, um die nachstehende Erklärung zu bestätigen. Alternative oder geänderte Formulierungen werden nicht akzeptiert.*

*Ich nehme dieses Angebot von M. Europe Ltd. zu denselben Konditionen an wie mein bestehender Arbeitsvertrag mit M. GmbH, der durch das neue CLA / T&Cs-Dokument vom 3. Juli, das diesen Vertrag ersetzt, geändert wurde. [...]“*

Mit E-Mail vom 27.08.2020, 15:27 Uhr (Anlage K25, Blatt 307 der Akte) nahm der Kläger das Angebot – wie auch ein Großteil der übrigen Mitarbeiter der Station R.– an.

Mit Pressemitteilungen vom 10.09.2020 verlautbarten sowohl die S. DAC als auch die Beklagte zu 1) die Schließung der Station R.. Die Beklagte zu 1) teilte dies den in R. stationierten Mitarbeitern per E-Mail vom gleichen Tag mit.

Unter dem 15.09.2020 kündigte die Beklagte zu 1) das Mietverhältnis mit dem Flughafen R. über die angemieteten Räumlichkeiten zum 31.10.2020.

Zwischenzeitlich hatte auch eine Vielzahl von Mitarbeitern der Beklagten zu 1) der Stationen X. und Q. ein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten zu 2) begründet. Diese nahm mit Beginn des Winterflugplans von den Stationen X. (mit drei bis vier Flugzeugen) und Q. (mit ein bis zwei Flugzeugen) eingeschränkt den Flugbetrieb auf und nutzt ehemals auf die Beklagte zu 1) registrierte Flugzeuge. Der Head of Training und stellvertretende Flugbetriebsleiter K. I., der Flugbetriebsleiter D. H. und der Director of Operations U. O., die zuvor für die Beklagte tätig waren, sind nunmehr für die Beklagte zu 2) tätig. Herr P. war Geschäftsführer bei der Beklagten zu 1) und sodann CEO der Beklagten zu 2). Zuvor bei der Beklagten in Deutschland stationierte Piloten sind nicht eingesetzt.

Am 28.09.2020 wurde der letzte kommerzielle Flug der Beklagten zu 1) vom Flughafen T. aus, am 19.10.2020 vom Flughafen R. aus durchgeführt.

Im Anschluss an den letzten Flug nach R. am 19.10.2020 ließ sich der Kläger mit weiteren Crewmitgliedern im Flugzeug der Beklagten zu 1) in Uniform gekleidet fotografieren. Sämtliche Crewmitglieder und auch der Kläger hielten dabei ihren ausgestreckten Mittelfinger in die Kamera. Alle Beteiligten trugen zudem keine Maske. Wegen des Fotos wird auf die Anlage K13 (Blatt 133 der Akte) Bezug genommen. Das Foto wurde auch Personen zugänglich gemacht, die auf demselben nicht zu sehen sind und an der Aktion nicht beteiligt waren.

Mit Schreiben vom 10.09.2020 kündigte die Beklagte zu 1) nach Erstattung einer Massenentlassungsanzeige bei der Agentur für Arbeit Düsseldorf (Bl. 172 ff. der Akte) die Arbeitsverhältnisse der in Deutschland beschäftigten Mitarbeiter. In dem an den Kläger adressierten Schreiben der Beklagten zu 1) vom 10.09.2020 (Anlage K 7, Blatt 86 f. der Akte), das ihm am 11.09.2020 zuzuging, heißt es auszugsweise (Fettdruck auch im Original):

„Liebe/r [...],

**hiermit kündigen wir das zwischen uns bestehende Arbeitsverhältnis unter Beachtung der für Ihr Arbeitsverhältnis geltenden Kündigungsfrist ordentlich fristgerecht zum nächstmöglichen Zeitpunkt, frühestens aber zum 31.10.2020.** Gemäß Ihrem Arbeitsvertrag beträgt die Kündigungsfrist 3 Monate, so dass Ihr Arbeitsverhältnis daher nach unserer Berechnung am 31. Dezember 2020 endet.

Bitte veranlassen Sie, dass Ihre Uniform, [...] und alle anderen Firmenunterlagen unverzüglich nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, spätestens aber bis zum 6. November 2020 entweder direkt an Ihren Base Kapitän oder an die M. GmbH zurückgegeben werden. [...]"

Die Kündigung war von den Geschäftsführern der Beklagten zu 1), den Herren H. und P., unterzeichnet.

In einer internen E-Mail an die Mitarbeiter vom selben Tag berief sich die Beklagte zu 1) auf eine geplante Schließung der Basis in R. zum 24.10.2020.

Ebenfalls mit Schreiben vom 10.09.2020 sprach die Beklagte zu 2) nach Erstattung einer Massenentlassungsanzeige bei der Agentur für Arbeit Düsseldorf (Blatt 172 ff. der Akte 6 Ca 5965/20 – ArbG Düsseldorf) Kündigungen gegenüber denjenigen Beschäftigten der Station R. aus, die auf die E-Mail vom 20.08.2020 zustimmend geantwortet hatten. In dem an den Kläger adressierten Schreiben der Beklagten zu 2) vom 10.09.2020 (Anlage K9, Blatt 92 f. der Akte 6 Ca 5965/20 – ArbG Düsseldorf), das ihm am 12.09.2020 zuzuging, heißt es (Fettdruck auch im Original):

„Liebe/r [...]

**hiermit kündigen wir das zwischen der M. Europe Ltd. und Ihnen zum 15. September 2020 eingegangene Arbeitsverhältnis unter Beachtung der für Ihr Arbeitsverhältnis geltenden Kündigungsfrist ordentlich fristgerecht zum nächstmöglichen Zeitpunkt.** Gemäß Ihrem Arbeitsvertrag beträgt die Kündigungsfrist 3 Monate, so dass Ihr Arbeitsverhältnis daher nach unserer Berechnung am 31. Dezember 2020 endet. [...]"

Die Kündigung war von Herrn P., einem der vier Directors der Beklagten zu 2), als „CEO“ unterzeichnet.

Mit Schreiben der Beklagten zu 1) vom 02.11.2020 (Anlage K 11, Blatt 137 f. der Akte), dem Kläger zugegangen am 05.11.2020, kündigte diese das Arbeitsverhältnis außerordentlich fristlos mit sofortiger Wirkung. Die Beklagte zu 2) kündigte das Arbeitsverhältnis gleichfalls mit dem Kläger am 05.11.2020 zugegangenem Schreiben vom 02.11.2020 (Anlage K 13, Blatt 139 f. der Akte 6 Ca 5965/20 – ArbG Düsseldorf) außerordentlich fristlos mit sofortiger Wirkung.

Mit seiner am 02.10.2020 bei dem Arbeitsgericht Düsseldorf eingegangenen und der Beklagten zu 1) am 15.10.2020 zugestellten und mit am 26.11.2020 bei Gericht eingegangenem Schriftsatz vom selben Tage hinsichtlich der außerordentlichen Kündigung erweiterten Klage hat sich der Kläger gegen die Kündigungen der Beklagten zu 1) vom 10.09. und 02.11.2020 gewandt. Mit einer ebenfalls am 02.10.2020 bei dem Arbeitsgericht Düsseldorf eingegangenen und der Beklagten zu 2) am 16.10.2020 zugestellten sowie gleichfalls mit am 26.11.2020 bei Gericht eingegangenem Schriftsatz vom selben Tage hinsichtlich der außerordentlichen Kündigung erweiterten Klage hat sich der Kläger gegen die Kündigungen der Beklagten zu 2) vom 10.09. und 02.11.2020 gewandt (– 6 Ca 5965/20 –). Er hat die Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigungen gerügt. Ein wichtiger Grund hierfür liege nicht vor. Bei dem Foto habe es sich um eine scherzhafte Geste vor dem Hintergrund gehandelt, dass sich in der Zentrale der Beklagten zu 1) in T. – dies unstrittig – das Wandbild einer älteren Dame befunden habe, welche dem Betrachter beide Mittelfinger entgegenstrecke; insoweit wird Bezug genommen auf die überreichten entsprechenden Fotografien Blatt 877 ff. der Akte. Mit der Aktion am 19.10.2020 sei keine Beleidigung verbunden und beabsichtigt gewesen, der ausgestreckte Mittelfinger sei nicht an die Beklagten gerichtet gewesen. Soweit man darin gleichwohl eine Pflichtverletzung sehe, sei jedenfalls als milderer Mittel eine Abmahnung vorrangig gewesen. Zu den ordentlichen Kündigungen hat der Kläger gerügt, diesen fehle es an der notwendigen Bestimmtheit, weil sich aus ihnen nicht zweifelsfrei ergebe, zu welchem Zeitpunkt sie das Arbeitsverhältnis beenden sollen. Dabei hat er darauf verwiesen, dass die Beklagten – unstrittig – in mehreren Güteterminen in Parallelsachen einen Vergleich mit Beendigungsdatum 31.12.2020 angeboten hätten unter Betonung, dies sei ein Entgegenkommen, weil die einschlägige Kündigungsfrist zum 15.12.2020 auslaufe. Weiterhin hat er die fehlende soziale Rechtfertigung, die vorgenommene soziale Auswahl und das Fehlen einer ordnungsgemäßen Massenentlassungsanzeige gerügt. Außerdem seien die Kündigungen nach § 613a Abs. 4 BGB unwirksam, da ein Betriebsübergang auf die Beklagte zu 2) vorliege. Ihm hätten bei der Beklagten zu 2) in Betracht kommende Arbeitsplätze im Ausland angeboten werden müssen. Betreffend die Kündigungen der Beklagten zu 2) hat der Kläger die Berechtigung des Herrn P. zur Einzelvertretung in Kündigungsangelegenheiten bestritten.

Der Kläger hat in dem Rechtsstreit gegen die Beklagte zu 1) (Arbeitsgericht Düsseldorf – 10 Ca 5972/20 –) zuletzt beantragt,

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen ihm und der Beklagten zu 1) durch die außerordentliche Kündigung vom 02.11.2020, zugegangen am 05.11.2020, nicht aufgelöst worden ist;
2. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen ihm und der Beklagten zu 1) nicht durch die ordentliche Kündigung der Beklagten zu 1) vom 10.09.2020 mit Ablauf des 31.12.2020 aufgelöst worden ist;
3. die Beklagte zu 1) zu verurteilen, ihn entsprechend des Arbeitsvertrages vom 21.01.2019 sowie des zwischen den Parteien vereinbarten „Eckpunktepapiers für in Deutschland stationierte Piloten“ bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens als Flugkapitän weiter zu beschäftigen;

sowie in dem Rechtsstreit gegen die Beklagte zu 2) mit dem erstinstanzlichen Aktenzeichen 6 Ca 5965/20,

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen ihm und der Beklagten zu 2) durch die außerordentliche Kündigung vom 02.11.2020, zugegangen am 05.11.2020, nicht aufgelöst worden ist;
2. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen ihm und der Beklagten zu 2) nicht durch die ordentliche Kündigung der Beklagten zu 2) vom 10.09.2020 mit Ablauf des 31.12.2020 aufgelöst worden ist;
3. hilfsweise für den Fall des Obsiegens mit dem Antrag zu 2. die Beklagte zu 2) zu verurteilen, ihn bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens als Flugkapitän weiter zu beschäftigen.

Die Beklagten haben jeweils beantragt,

**die Klage abzuweisen.**

Sie haben die Auffassung vertreten, ihre Kündigungen seien wirksam. Das gelte zunächst bereits für die fristlosen Kündigungen. Bei dem Zeigen des ausgestreckten Mittelfingers im Anschluss an den letzten für die Beklagte zu 1) durchgeführten Flug im Flugzeug in der Uniform der Beklagten zu 1) handele es sich um eine beleidigende Geste gegenüber der Beklagten zu 1) als Arbeitgeberin des Klägers, welche sich gegenüber der Beklagten zu 2) fortsetze und auswirke. Aber auch ungeachtet dessen, ob die Geste auf dem Foto als Botschaft gegenüber der Beklagten zu 1) als Arbeitgeberin zu verstehen sei, stelle das abgebildete Verhalten eine schwerwiegende Verletzung der Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis dar. Das Zeigen des Mittelfingers im Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit als Kapitän sei ein inakzeptables Verhalten.

Dem Kläger, als Kapitän ranghöchster Mitarbeiter der Besatzung eines Flugzeuges, komme eine Vorbildfunktion zu. Hinzu komme, dass das Foto im Anschluss Dritten und damit einem Kreis zugänglich gemacht worden sei, der über diejenigen der an der Aktion Beteiligten hinausgehe. Zudem habe bei der Beklagten zu 1) seit Mitte Juni 2020 – insoweit unstrittig – eine Anweisung an alle Besatzungsmitglieder zum Tragen von Masken bestanden. Gegen diese COVID-19-Hygienemaßnahmen habe der Kläger ebenfalls verstoßen. Die Beklagte zu 1) hat darüber hinaus zur ordentlichen Kündigung behauptet, sie habe am 27.07.2020 die Entscheidung getroffen, den gesamten Flugbetrieb in Deutschland, also auch die Station R. spätestens zum Ende der Sommersaison, also mit dem 31.10.2020 vollständig einzustellen. Die S. DAC habe nach Behauptung beider Beklagten Anfang September 2020 aufgrund hoher Flughafengebühren und Bodenabfertigungskosten entschieden, keine Flüge mehr ab R. anzubieten. Daraufhin habe die Beklagte zu 2) ihre Planung revidiert, am Flughafen R. eine Station zu eröffnen. In der Konsequenz dieser Entwicklung hätten beide Beklagte die betriebsbedingten Kündigungen ausgesprochen. Die Kündigungen seien insbesondere hinreichend bestimmt. Die Formulierung, dass zum nächstmöglichen Zeitpunkt gekündigt werden solle, verdeutliche ihren Willen, die Kündigung unter Wahrung der objektiv zutreffenden Frist auszusprechen, falls sie bei der Berechnung einem Fehler unterlägen (Seite 18 der Klageerwiderung der Beklagten zu 1) vom 23.12.2020, Blatt 165 der Akte; Seite 14 der Klageerwiderung der Beklagten zu 2) vom 23.12.2020, Blatt 165 der Akte 6 Ca 5965/20). Die Beklagte zu 2) hat sich zur Frage der sozialen Rechtfertigung ihrer Kündigung unter anderem darauf berufen, der Kläger habe die Wartezeit des § 1 Abs. 1 Satz 1 KSchG nicht erfüllt. Vorbeschäftigungszeiten bei der Beklagten zu 1) seien nicht anzurechnen.

Mit Urteil vom 11.03.2021 hat das Arbeitsgericht im Rechtsstreit 10 Ca 5972/20 der gegen die Beklagte zu 1) gerichteten Klage zum Klageantrag Ziffer 1 stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen. Gegen das beiden Parteien am 26.03.2021 zugestellte Urteil hat der Kläger am 26.04.2021 Berufung eingelegt und diese – nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 28.06.2021 – mit einem an diesem Tag beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründet. Die Berufungsbegründung ist der Beklagten zu 1) am 30.06.2021 zugestellt worden. Nach erfolgter Verlängerung der Berufungserwiderungsfrist bis 27.08.2021 hat sie mit beim Landesarbeitsgericht am 27.08.2021 eingegangenen Schriftsatz Anschlussberufung eingelegt und diese zugleich begründet.

Mit Urteil vom 15.03.2021 hat das Arbeitsgericht im Rechtsstreit 6 Ca 5965/20 der gegen die Beklagte zu 2) gerichteten Klage zum Klageantrag Ziffer 1 stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen. Gegen das dem Kläger am 13.04.2021 und der Beklagten zu 2) am 16.04.2021 zugestellte Urteil hat der Kläger am 12.05.2021 Berufung eingelegt und diese – nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 13.07.2021 – mit einem an diesem Tag beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründet. Die Berufungsbegründung ist der Beklagten zu 2) am

19.07.2021 zugestellt worden. Nach erfolgter Verlängerung der Berufungserweiterungsfrist bis 16.09.2021 hat sie mit beim Landesarbeitsgericht am 16.09.2021 eingegangenen Schriftsatz Anschlussberufung eingelegt und diese zugleich begründet.

Mit Beschluss vom 08.10.2021 (Blatt 648 ff. der Akte) hat das Berufungsgericht nach Anhörung der Parteien die Berufung zum Rechtsstreit 6 Ca 5965/20 (Aktenzeichen der Berufung: 10 Sa 425/21) zu dem führenden Verfahren aus dem Rechtsstreit 10 Ca 5972/20 (3 Sa 364/21) zur gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung verbunden.

Mit seinen Berufungsbegründungen wiederholt und vertieft der Kläger seinen erstinstanzlichen Vortrag. Die von den Beklagten ausgesprochene Kündigungen seien unwirksam. Fehlerhaft habe das Arbeitsgericht die Kündigungen als hinreichend bestimmt angesehen. Der zweite Satz der Kündigungsschreiben stelle eine reine Wissenserklärung dar. Allein der erste Satz enthalte eine Willenserklärung, bei der es allerdings ihm überlassen werde, die zutreffende Frist zu errechnen. In Betracht zu ziehen seien dabei der bei der Beklagten zu 1) geltende Kollektivvertrag, der Dienstvertrag, das Eckpunktepapier sowie § 622 BGB. Letzterer erlaube infolge des individuell vereinbarten Eckpunktepapiers eine Kündigung bereits zum 15.12.2020, während eine solche nach dem aufgrund der Bezugnahmeklausel im vorangegangenen Dienstvertrag auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Kollektivvertrag nur zum 31.12.2020 möglich gewesen sei. Dass sich die Beklagten an den Inhalt der Wissenserklärung binden lassen wollten, sei nicht hinreichend erkennbar. Das Arbeitsgericht habe zudem verkannt, dass die Beklagte zu 1) ihn aufgrund der Besonderheiten des vorliegenden Sachverhalts im Ausland hätte beschäftigen müssen. Für die Frage der Weiterbeschäftigungspflicht seien alle Flugzeuge der Beklagten zu 1) zu berücksichtigen. Zwischen den Beklagten habe zudem ein gemeinsamer Betrieb bestanden. Im Verhältnis zur Beklagten zu 2) sei das Kündigungsschutzgesetz jedenfalls kraft vertraglicher Vereinbarung anwendbar gewesen. Bei der Beklagten zu 2) habe im Zusammenwirken mit der Beklagten zu 1) durch Einsatz von Leiharbeitnehmern eine treuwidrige Stellenbesetzung stattgefunden. Zudem sei die Massenentlassungsanzeige der Beklagten zu 1) wegen fehlender Einzelvertretungsberechtigung des diese unterzeichnenden Geschäftsführers unwirksam, die der Beklagten zu 2) wegen fehlender Einzelvertretungsberechtigung des diese unterzeichnenden Directors. Unter demselben Mangel leide eine den jetzigen Prozessbevollmächtigten von der Beklagten zu 1) erteilte Vollmacht. Die seitens der Beklagten zu 2) den jetzigen Prozessbevollmächtigten erteilte Vollmacht stamme von einem Zeitpunkt nach der Erstattung der Massenentlassungsanzeige.

Die Anschlussberufungen der Beklagten hält der Kläger für nicht begründet. Insoweit verteidigt er die angefochtenen Urteile unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens. Die Aktion mit dem Mittelfinger habe sich am Ende des letzten Fluges spontan ergeben. Es sei sicherlich eine Schnapsidee gewesen, jedoch müsse man sie vor dem Hintergrund sehen, dass die Mitarbeiter wegen Corona ihre Jobs verloren hätten. Da habe sich Frust aufgestaut. Gegen den Arbeitgeber oder die Geschäftsführung habe sich die Aktion, die von ihm auch nicht initiiert worden sei, nicht

gerichtet. Was andere möglicherweise daraus in späteren Chats gemacht hätten, könne er nicht beurteilen. Das Flugzeug sei zum Zeitpunkt des Fotos bereits – unstrittig – am Boden gewesen. Die Passagiere hätten die Maschine verlassen und diese sei komplett ausgestellt und bereits an das Bodenpersonal übergeben gewesen. Im Verhältnis zur Beklagten zu 2) liege zudem ein außerdienstliches Verhalten des Klägers vor.

Der Kläger beantragt,

1. **das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 11.03.2021 – Az. 10 Ca 5972/20 – teilweise abzuändern und festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht durch die ordentliche Kündigung der Beklagten zu 1) vom 10.09.2020 mit Ablauf des 31.12.2020 aufgelöst worden ist;**
2. **das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 15.03.2021 – Az. 6 Ca 5965/20 – teilweise abzuändern und festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht durch die ordentliche Kündigung der Beklagten zu 2) vom 10.09.2020 mit Ablauf des 31.12.2020 aufgelöst worden ist;**
3. **die Anschlussberufungen der Beklagten zurückzuweisen.**

Die Beklagten beantragen,

**die jeweils gegen sie gerichtete Berufung zurückzuweisen.**

Die Beklagte zu 1) beantragt zudem im Wege der Anschlussberufung,

**das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 11.03.2021 – Az. 10 Ca 5972/20 – teilweise abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen.**

Die Beklagte zu 2) beantragt im Wege der Anschlussberufung,

**das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 15.03.2021 – Az. 6 Ca 5965/20 – teilweise abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen.**

Sie verteidigen die angefochtenen Urteile, soweit mit ihnen die Klage hinsichtlich der ordentlichen Kündigungen abgewiesen worden ist, unter Bezugnahme auf den erstinstanzlichen Vortrag. Zur Frage der Bestimmtheit der Kündigungen verweisen sie auf ein Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 16.06.2021 (– 10 Sa 122/21 –). Ferner verweisen sie auf eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 12.07.2007

(– 2 AZR 492/05 –), aus der sich ergebe, dass die in § 622 Abs. 2 BGB niedergelegten Kündigungstermine nicht disponibel seien. Dementsprechend müsse man die Klausel im Eckpunktepapier so verstehen, dass jeweils nur zum Monatsende gekündigt werden könne, da die Klausel nicht nur für seit weniger als zwei Jahren beschäftigte Mitarbeiter, sondern auch für Arbeitnehmer mit längeren Kündigungsfristen gelte. Jedenfalls sei insofern im Rahmen einer AGB-Kontrolle die sog. Blue-Pencil-Regel anzuwenden. Die Kündigungen seien nicht an den Anforderungen des § 1 KSchG zu messen, da dessen Anwendungsbereich nicht eröffnet sei. Die Beklagte zu 1) habe in Deutschland keinen Betrieb im Sinne der §§ 23, 24 KSchG unterhalten. Im Übrigen seien sie aufgrund fehlender Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten sozial gerechtfertigt; solche im Ausland seien nicht zu berücksichtigen. Sie bestreiten zudem, dass von der Beklagten zu 1) gekündigte Piloten später von der Beklagten zu 2) eingestellt worden seien. Es handle sich vielmehr um Piloten, welche zwar von der Beklagten zu 1) eingestellt worden seien, mit denen vertraglich jedoch eine Beschäftigung außerhalb Deutschlands vereinbart gewesen sei. Sie hätten zunächst eine Trainingsphase absolviert, welche dann aufgrund der Pandemie unterbrochen worden sei. Erst im Jahr 2021 hätten sich sodann Beschäftigungsmöglichkeiten bei der Beklagten zu 2), und zwar nicht an einer deutschen Basis, ergeben. Freie Arbeitsplätze bei der Beklagten zu 1) habe es im Zeitraum der Schließung der R.er Basis nicht gegeben. Die Massenentlassungsanzeige sei wirksam erstattet worden. Da es sich nicht um eine Willenserklärung handele, komme es auf eine Vertretungsbefugnis nicht an. Die Bundesagentur als Adressatin habe eine fehlende Vertretungsmacht auch nicht gerügt. Zudem sei der unterzeichnende Geschäftsführer von dem Mitgeschäftsführer zur Abgabe der Erklärung bevollmächtigt gewesen. Daneben sei die Massenentlassungsanzeige durch die dazu bevollmächtigten jetzigen Prozessbevollmächtigten bei der Bundesagentur eingereicht worden.

Mit ihren Anschlussberufungen wenden sich die Beklagten gegen die jeweilige Stattgabe der Kündigungsschutzklage im Hinblick auf die außerordentlichen Kündigungen vom 02.11.2020. Der Vorfall vom 19.10.2020, von dem die Geschäftsführung am 25.10.2020 Kenntnis erlangt habe, begründe einen wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses. Hierzu nehmen die Beklagten zunächst Bezug auf ihren erstinstanzlichen Sachvortrag. Sowohl im Hinblick auf die Geste des Zeigens des Mittelfingers als auch im Hinblick auf den Verstoß gegen Hygienevorschriften stehe der Kläger als Kapitän besonders in der Verantwortung, weshalb seine Pflichtverletzung auch besonders schwer wiege. Der Kläger habe davon ausgehen müssen, dass das Foto „viral“ gehen würde. Eine Abmahnung komme in dieser Konstellation nicht mehr in Betracht. Sollte der Kläger sich mit seinen gegen die ordentlichen Kündigungen gerichteten Anträgen durchsetzen, bestehe zudem eine Wiederholungsgefahr. Beiden Beklagten sei vor diesem Hintergrund die Weiterbeschäftigung des Klägers nicht mehr zumutbar.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Sitzungsniederschriften beider Instanzen Bezug genommen.

## **ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:**

### **A.**

Die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte folgt aus Art. 66 Abs. 1, 20 Abs. 1, 21 Abs. 1 Buchst. b Ziff. i Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 (EUGVVO). Es handelt sich bei den arbeitsgerichtlichen Klagen um zivilrechtliche Streitigkeiten iSv. Art. 1 Abs. 1 Satz 1 EUGVVO (BAG 07.05.2020 – 2 AZR 692/19 – juris RN 16). Der für die Anwendung der EUGVVO erforderliche Auslandsbezug besteht, weil die Beklagten ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat haben. Als Arbeitgeber mit Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats können sie in einem anderen Mitgliedstaat vor dem Gericht des Ortes, an dem oder von dem aus ihr Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet oder zuletzt gewöhnlich verrichtet hat, verklagt werden (Art. 20 Abs. 1, 21 Abs. 1 Buchst. b Ziff. i EUGVVO). Der Kläger hat seine Arbeit für die Beklagte zu 1) von R. aus verrichtet. Er hat von dort aus seine Flugdienste regelmäßig begonnen und dort wieder beendet. Entsprechendes sollte auch für seine Arbeit bei der Beklagten zu 2) gelten. Da er für diese noch keine Arbeit verrichtet hat, sind bereits aus diesem Grund die Voraussetzungen des Art. 21 Abs. 1 Buchst. b Ziff. i EUGVVO erfüllt (EuGH 25.02.2021 – C-804/19 [Markt24] – RN 39 ff.).

### **B.**

Die Berufungen des Klägers sind zulässig, insbesondere bereits vor der Verbindung der Rechtsstreite unter Beachtung der Vorgaben der §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG in Verbindung mit § 520 ZPO form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden. Gleichfalls zulässig, weil form- und fristgerecht innerhalb der Berufungserwiderungsfrist eingelegt und begründet worden sind die Anschlussberufungen beider Beklagten.

### **C.**

Die nach der Verbindung nunmehr einheitliche Berufung ist auch in der Sache begründet, wohingegen die Anschlussberufungen unbegründet sind. Die zulässigen und form- und fristgerecht im Sinne der §§ 13, 4, 7 KSchG erhobenen Klagen sind insgesamt begründet, weil die außerordentlichen Kündigungen der Beklagten vom 02.11.2020 mangels hinreichenden Kündigungsgrundes und die ordentlichen Kündigungen vom 10.09.2020 mangels hinreichender Bestimmtheit unwirksam sind.

1. Auf die Arbeitsverhältnisse des Klägers zu den Beklagten findet aufgrund der von ihnen getroffenen Rechtswahl gemäß Art. 3 Abs. 1, 8 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 (Rom I-VO) deutsches Recht Anwendung. Gemäß Art. 12 Abs. 1 lit. d Rom I-VO folgen die Regelungen über das Erlöschen von Verpflichtungen aus einem Vertrag und somit auch das Recht seiner Kündigung einschließlich

des allgemeinen Kündigungsschutzes grundsätzlich dem Recht des Staates, das auf den Arbeitsvertrag Anwendung findet (BAG 24.08.1989 – 2 AZR 3/89 –).

Im Eckpunktepapier haben der Kläger und die Beklagte zu 1) Anfang Juli 2020 die in ihrem ursprünglichen Arbeitsvertrag vereinbarte Anwendung österreichischen Rechts zugunsten des deutschen Rechts derogiert. Im Eckpunktepapier ist u. a. vereinbart, dass die Beklagte zu 1) ab dem 01.07.2020 das deutsche Arbeitsrecht auf alle ihre in Deutschland direkt angestellten Piloten anwendet. Zudem wurde in den Anfang Juli 2020 zwischen dem Kläger und der Beklagten zu 1) gewechselten E-Mails vereinbart, dass das Eckpunktepapier ab dem 01.07.2020 die bisherigen Bedingungen und Konditionen ersetzt bzw. an deren Stelle tritt. Art. 3 Abs. 2 Satz 1 Rom I-VO gestattet es den Parteien, eine einmal getroffene Rechtswahl jederzeit wieder abzuändern (MüKoBGB/Martiny, 8. Aufl. 2021, Rom I-VO Art. 3 RN 77; BeckOGK/Wendland, Stand 01.09.2021, Rom I-VO Art. 3 RN 202). Anhaltspunkte für eine Unwirksamkeit dieser ändernden Rechtswahlvereinbarung auf der Grundlage des gewählten deutschen Rechts (Art. 3 Abs. 5 Rom I-VO iVm. Art. 10 Abs. 1 Rom I-VO; s.a. BeckOGK/Wendland, Stand 01.09.2021, Rom I-VO Art. 3 RN 209) bestehen nicht, wobei im Hinblick auf den gewöhnlichen Aufenthaltsort des Klägers in Deutschland davon gemäß Art. 10 Abs. 2 Rom I-VO keine Abweichung veranlasst ist. Das deutsche Recht sieht im Übrigen für abändernde Rechtswahlklauseln keine Form vor (BGH 22.01.1997 – VII ZR 339/95 – RN 31; BeckOK/Spickhoff, Stand 01.08.2021 VO (EG) 593/2008 Art. 3 RN 33). Die Rechtswahl entspricht dabei im Hinblick auf den vereinbarten Einsatzort des Klägers in R. außerdem der objektiven Anknüpfung gemäß Art. 8 Abs. 2 ROM I-VO (in diesem Sinne wohl BAG 20.12.2012 – 2 AZR 481/11 –; EuGH 14.09.2017 – C-168/16 –; HWK/Tillmanns 9. Aufl. Rom I-VO Art. 9 RN 19 mwN). Eine gesonderte Klauselkontrolle für vorformulierte Rechtswahlklauseln kommt nicht in Betracht. Insoweit wird über Art. 8 I Rom I-VO ein spezifisch kollisionsrechtlicher Schutz vor den Folgen einer Rechtswahl verwirklicht (ErfK/Schlachter, 22. Aufl. 2022, Art. 3, 8, 9 VO (EG) 593/2008 RN 6).

Auch die Wirksamkeit der Kündigungen der Beklagten zu 2) beurteilt sich nach deutschem Recht. Insoweit gilt im Ergebnis nichts anderes als für die Kündigungen der Beklagten zu 1). Der Kläger und die Beklagte zu 2) haben auf der Grundlage des Schreibens vom 20.08.2020 ein Arbeitsverhältnis zu denselben Bedingungen und Konditionen vereinbart, wie sie in dem Arbeitsverhältnis mit der Beklagten zu 1) bestanden. Dazu gehört auch die im Eckpunktepapier getroffene Rechtswahl. Demgemäß gilt deutsches Recht auch im Verhältnis des Klägers zur Beklagten zu 2).

Unabhängig von Vorstehendem gehen die Parteien in beiden Tatsacheninstanzen in den von ihnen angeführten Rechtsgrundlagen übereinstimmend von der Anwendbarkeit deutschen Rechts aus (vgl. zu einer – gemäß Art. 3 Abs. 2 Rom I-VO auch nachträglich möglichen – Rechtswahl BGH 19.01.2000 – VIII ZR 275/98 – RN 28; BGH 09.06.2004 – I ZR 266/00 – RN 36 mwN; BeckOGK/Wendland, Stand 01.09.2021, Rom I-VO Art. 3 RN 131 ff; 179 ff.; zur stillschweigenden nachträglichen Rechtswahl Ferrari, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2018, VO (EG)

593/2008 Art. 3 RN 43). Hiermit ist im Übrigen auch ein etwaiges Schriftformerfordernis für den Wechsel aus dem österreichischen Vertrag stillschweigend abbedungen (vgl. dazu BeckOGK/Wendland Stand 01.09.2021, Rom I-VI Art. 3 RN 210; sogar für eine mögliche Heilung ursprünglicher Formnichtigkeit durch Statutenwechsel Ferrari, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2018, VO (EG) 593/2008 Art. 3 RN 46; MüKoBGB/Martiny, 8. Aufl. 2021, Rom I-VO Art. 3 RN 81).

2. Die nach § 4 KSchG formulierten Klageanträge sind zulässig. Zwar rügt der Kläger hinsichtlich der ordentlichen Kündigungen nicht nur, dass die fraglichen Kündigungen sozial ungerechtfertigt oder aus anderen Gründen rechtsunwirksam sind, sondern vorgelagert, es lägen mangels hinreichender Bestimmtheit der Kündigungserklärung keine wirksamen Kündigungen vor. Eine Kündigungsschutzklage ist jedoch auch „statthaff“, wenn die Parteien darüber streiten, ob eine Formulierung in einem dem Arbeitnehmer zugegangenen, vom Arbeitgeber unterzeichneten Schreiben – wie letzterer meint – als Kündigungserklärung zu verstehen ist (Niemann, NZA 2019, 65, 67). Dies gilt umso mehr, wenn wie hier nicht die Frage im Streit steht, ob der Arbeitgeber eine Kündigung erklärt hat, sondern ob die Erklärung am Mangel der Unbestimmtheit leidet.

Die gegen die ordentlichen Kündigungen gerichteten Kündigungsschutzanträge bedürfen der Auslegung und sind dieser allerdings auch ohne Weiteres zugänglich, soweit jeweils die Feststellung der Nichtbeendigung des Arbeitsverhältnisses „mit Ablauf des 31.12.2020“ beantragt wird. Hierbei handelt es sich nicht um einen eigenständig zur Entscheidung gestellten Antragsbestandteil, vielmehr kommt der Nennung dieses Datums erkennbar keine eigenständige Bedeutung zu. Dies hat der Klägervertreter in der mündlichen Berufungsverhandlung auf Frage des Gerichts ausdrücklich bestätigt, es ergibt sich im Wege der Auslegung allerdings auch von Beginn des Rechtsstreits an bereits daraus, dass schon mit der Klageschrift ausdrücklich die fehlende Bestimmtheit der Kündigungen gerügt worden ist. Zentraler Bestandteil dieser Rüge war und ist die Ansicht des Klägers, die Kündigungen seien unwirksam, weil sich ihnen der Beendigungstermin nicht mit der notwendigen Bestimmtheit entnehmen lasse. Dann macht es erkennbar keinen Sinn, die Nichtbeendigung (allein oder speziell) zum 31.12.2020 feststellen zu lassen. Ein die Anträge dahingehend beschränkendes Verständnis würde dem Grundsatz der rechtsschutzgewährenden Auslegung widersprechen, wonach Anträge unter Berücksichtigung des aus der Klagebegründung erkennbaren Prozessziels auszulegen sind (vgl. BAG 27.01.2022 – 6 AZR 564/20 – juris RN 16 ff.; BAG 19.11.2015 – 6 AZR 559/14 – juris RN 16 ff.; vgl. ferner zur Problematik der Angabe von Beendigungsterminen in Kündigungsschutzanträgen Hamacher, Antragslexikon Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2019, „Kündigung“ Rn. 22). Der Kläger hat an seinem Prozessziel, die Nichtauflösung seiner Arbeitsverhältnisse durch die Kündigungen in jeder Hinsicht – und mithin nicht beschränkt auf einen Kündigungstermin 31.12.2020 – festgestellt wissen zu wollen, von Beginn des Prozesses an zu keiner Zeit Zweifel aufkommen lassen. Die Datumsangabe in den Feststellungsanträgen ist somit irrelevant, was sich unter anderem gerade aus der von Beginn an erhobenen Rüge der Unbestimmt-

heit der Kündigungen ergibt. Der Kläger begehrt bei verständiger und rechtsschutzgewährender Auslegung erkennbar die Feststellung, dass die Kündigungen das jeweilige Arbeitsverhältnis überhaupt nicht auflösen.

**3.** Die gegen die außerordentlichen Kündigungen der Beklagten vom 02.11.2020 gerichteten Kündigungsschutzanträge sind begründet. Die Voraussetzungen für den Ausspruch einer außerordentlichen, fristlosen Kündigung liegen aufgrund des Vorfalls vom 19.10.2020 weder im Arbeitsverhältnis des Klägers zur Beklagten zu 1) noch erst recht im Arbeitsverhältnis zur Beklagten zu 2) vor. Das Arbeitsgericht hat den Kündigungsschutzanträgen insoweit daher zu Recht stattgegeben. Die Angriffe der Anschlussberufungen der Beklagten vermögen ein abweichendes Ergebnis nicht zu rechtfertigen.

**a)** Nach § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses selbst bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht mehr zugemutet werden kann. Dafür ist zunächst zu prüfen, ob der Sachverhalt ohne seine besonderen Umstände "an sich", das heißt typischerweise als wichtiger Grund geeignet ist, eine außerordentliche fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Alsdann bedarf es der Prüfung, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Falls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist oder nicht (BAG vom 31.07.2014 - 2 AZR 407/13, juris, Rz. 25; BAG vom 08.05.2014 - 2 AZR 249/13, juris, Rz. 16; BAG vom 21.11.2013 - 2 AZR 797/11, juris, Rz. 15; BAG vom 21.06.2012 - 2 AZR 694/11, juris, Rz. 20; BAG vom 09.06.2011 - 2 AZR 323/10, juris, Rz. 14; BAG vom 10.10.2010 - 2 AZR 541/09, juris, Rz. 30).

Als wichtiger Grund kann neben der Verletzung vertraglicher Hauptpflichten auch die schuldhafte Verletzung von Nebenpflichten "an sich" geeignet sein (BAG vom 31.07.2014 - 2 AZR 407/13, juris, Rz. 26; BAG vom 08.05.2014 - 2 AZR 249/13, juris, Rz. 19; BAG vom 27.01.2011 - 2 AZR 825/09, juris, Rz. 29). Nach § 241 Abs. 2 BGB ist jede Partei des Arbeitsvertrags zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen ihres Vertragspartners verpflichtet. Diese Regelung dient dem Schutz und der Förderung des Vertragszwecks. Der Arbeitnehmer hat seine Arbeitspflichten so zu erfüllen und die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden Interessen des Arbeitgebers so zu wahren, wie dies von ihm unter Berücksichtigung seiner Stellung und Tätigkeit im Betrieb, seiner eigenen Interessen und der Interessen der anderen Arbeitnehmer des Betriebs nach Treu und Glauben verlangt werden kann (BAG vom 31.07.2014 - 2 AZR 407/13, juris, Rz. 26; BAG vom 08.05.2014 - 2 AZR 249/13, juris, Rz. 19).

**b)** Eine in diesem Sinne erhebliche Pflichtverletzung stellen ua. grobe Beleidigungen des Arbeitgebers oder seiner Vertreter und Repräsentanten oder von Arbeitskollegen dar (BAG 18.12.2014 – 2 AZR 265/14 – juris RN 16; BAG 27.09.2012 – 2 AZR 646/11 – juris RN 22; BAG 07.07.2011 – 2 AZR 355/10 – juris RN 14).

Die Geste des ausgestreckten Mittelfingers, die der Kläger mit anderen Mitarbeitern zusammen im Anschluss des letzten Fluges nach R. am 19.10.2020 photographisch festhalten ließ und die unstreitig, wenn auch nicht auf Veranlassung oder durch Mitwirkung des Klägers hieran über WhatsApp Dritten zur Kenntnis gelangte, stellt jedoch keine ihm nachweisbare Beleidigung seines Arbeitgebers oder von dessen Geschäftsführung dar. Diese in den Raum gestellte Interpretation durch die Beklagten hat keine Grundlage im unstreitigen und von ihnen selbst vorgetragenen Sachverhalt.

Bei der insoweit notwendigen Ermittlung des Aussagegehalts der Geste des ausgestreckten Mittelfingers sind ihr Kontext und die sonstigen erkennbaren Begleitumstände zu berücksichtigen (vgl. BAG 18.12.2014 – 2 AZR 265/14 – juris RN 25 zu schriftlichen Äußerungen; ferner BAG 07.07.2011 – 2 AZR 355/10 – juris RN 15). Maßgeblich für die Deutung einer in der Geste liegenden, ehrabschneidenden Äußerung ist weder die subjektive Absicht des sich Äußernden noch das subjektive Verständnis potentiell von ihr Betroffener, sondern der Sinn, den sie nach dem Verständnis eines unvoreingenommenen und verständigen Publikums hat (BVerfG 25.10.2012 – 1 BvR 901/11 – juris RN 20; BVerfG 12.05.2009 – 1 BvR 2272/04 – juris RN 31; BAG 18.12.2014 – 2 AZR 265/14 – juris RN 25). Mehrdeutige Äußerungen dürfen wegen eines möglichen Inhalts nicht zu nachteiligen Folgen führen, ohne dass eine Deutung, die zu einem von der Meinungsfreiheit gedeckten Ergebnis führen würde, mit schlüssigen, überzeugenden Gründen ausgeschlossen worden ist (BVerfG 12.05.2009 – 1 BvR 2272/04 – juris RN 31; BAG 18.12.2014 – 2 AZR 265/14 – juris RN 25; BAG 31.07.2014 – 2 2 AZR 505/13 – juris RN 46).

Danach ist hier festzustellen, dass die Annahme, dass die Geste des Klägers und der anderen Mitarbeiter am 19.10.2020 sich konkret beleidigend gegen ihren Arbeitgeber oder dessen (gesetzliche) Vertreter richten sollte, mangels vorgetragener oder sonst ersichtlicher hierfür sprechender, stichhaltiger Anhaltspunkte spekulativ ist. Die Einlassung des Klägers, es habe sich um eine spontane Aktion am Ende des letzten Fluges aus dem Frust heraus gehandelt, wegen Corona den Job zu verlieren, ist mindestens ebenso plausibel, aus Sicht der Berufungskammer angesichts der Begleitumstände und Ursachen der Schließung der Basis R. sogar deutlich plausibler als eine an den Arbeitgeber gerichtete Geste, der ja weder für die Corona-Pandemie und ihre Auswirkungen auf den Flugverkehr verantwortlich gemacht werden kann noch erkennbar gemacht wird. Dass dieser oder seine Geschäftsführung Adressat der Geste sein sollten, ist nicht ersichtlich. Das Foto gibt zu einer solchen Annahme keinen Anlass. Sollten andere Mitarbeiter als der Kläger dem Foto später in Chats einen entsprechenden Aussagegehalt gegeben haben, kann dem Kläger dieser Aussagegehalt nicht als sein eigener entgegeng gehalten werden. Eine entsprechende Äußerung oder Deutung des

Fotos und der Aktion ergeben sich aus dieser selbst und mithin auch aus dem Verhalten des Klägers am 19.10.2020 nicht.

Eine Beleidigung des Arbeitgebers oder seiner Geschäftsführung ist als Kündigungsgrund mithin nicht feststellbar.

**c)** Zwar kann allerdings das unzweifelhaft in der Aktion und Geste vom 19.10.2020 liegende unangemessene Verhalten des Klägers – er selbst bezeichnet es zutreffend im Nachhinein als „Schnapsidee“ – insbesondere aufgrund seiner herausgehobenen Funktion als Flugkapitän gleichfalls eine schwerwiegende Nebenpflichtverletzung begründen. Diesbezüglich ist dem Arbeitsgericht allerdings in jeder Hinsicht beizupflichten, dass dieser Pflichtverstoß hätte abgemahnt werden können und müssen und nicht unmittelbar zur Kündigung führen durfte.

Das deutsche Kündigungsrecht kennt keine absoluten Kündigungsgründe, vielmehr ist immer in jedem Einzelfall eine umfassende Interessenabwägung erforderlich (BAG 10.06.2010 – 2 AZR 541/09 – juris RN 16). Außerdem ist zu prüfen, ob vorrangig als milderer Mittel der Ausspruch einer Abmahnung in Betracht kommt. Beruht die Vertragspflichtverletzung auf steuerbarem Verhalten des Arbeitnehmers, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sein künftiges Verhalten schon durch die Androhung von Folgen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses positiv beeinflusst werden kann. Ordentliche und außerordentliche Kündigung wegen einer Vertragspflichtverletzung setzen deshalb regelmäßig eine Abmahnung voraus. Einer solchen bedarf es nach Maßgabe des auch in § 314 Abs. 2 i.V.m. § 323 Abs. 2 BGB zum Ausdruck kommenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur dann nicht, wenn bereits ex ante erkennbar ist, dass eine Verhaltensänderung in Zukunft auch nach Abmahnung nicht zu erwarten steht, oder es sich um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass selbst deren erstmalige Hinnahe dem Arbeitgeber nach objektiven Maßstäben unzumutbar und damit offensichtlich - auch für den Arbeitnehmer erkennbar - ausgeschlossen ist (BAG 20.11.2014 – 2 AZR 651/13 – juris RN 22; BAG 23.10.2014 – 2 AZR 865/13 – juris RN 47; BAG 25.10.2012 – 2 AZR 495/11 – juris RN 16).

Danach ist hier festzustellen, dass es sich bei dem dem Kläger vorzuhaltenden, unangemessenen Verhalten, welches aufgrund der getragenen Uniform und der Größe des beteiligten Personenkreises von Beginn an die Gefahr in sich trug, dass das Foto zum einen mit der Beklagten zu 1) in Verbindung gebracht wird und zum anderen über den Kreis der unmittelbar Beteiligten hinaus Verbreitung finden dürfte – wie es dann ja auch geschehen ist – zwar um ein solches handelte, das mithin eine Rufschädigung des Arbeitgebers nach sich ziehen konnte. Es handelte sich aber um ein steuerbares Verhalten und dass der Kläger sich nicht durch den Ausspruch einer Abmahnung würde steuern lassen, ist weder ersichtlich noch wird es nachvollziehbar begründet. Nicht allein dann, wenn er ohnehin aufgrund der ordentlichen Kündigungen ausscheiden würde, ist eine Wiederholungsfahr nicht ersichtlich, sondern auch darüber hinaus. Erkennbar handelte es sich um eine einmalige Aktion, denn dass derlei Verhalten beim Kläger bereits früher feststellbar gewesen wäre, tragen die Beklagten nicht vor. Der

von dem Kläger als Grund genannte Frust ist durchaus nachvollziehbar, jedenfalls als Motivation unwiderlegt. Dass man sich dann zu einem einmaligen Fehlverhalten hinreißen lässt, begründet zwar eine Pflichtverletzung, aber keine Wiederholungsgefahr. Es ist also davon auszugehen, dass der Kläger sich durch eine Abmahnung hätte zur Ordnung rufen lassen und sich künftig seinem Berufsstand entsprechend wieder angemessen verhalten würde. Die Pflichtverletzung wiegt auch nicht dermaßen schwer, dass ihre erstmalige Hinnahme durch den Arbeitgeber bereits – für den Kläger erkennbar – ausgeschlossen war. Insoweit sollte man auf Beklagtenseite sprichwörtlich „die Kirche im Dorf lassen“. Unstreitig zeigte die Beklagte zu 1) selbst in ihrer Firmenzentrale in T. mit dem Wandphoto der älteren Dame mit ausgestreckten Mittelfingern – ungeachtet der Einstufung jenes Photos als Kunstobjekt – jedenfalls ein recht spannendes Verhältnis zu derlei Gesten. Dass sie dann ein Photo von Mitarbeitern mit gleicher Geste, das wie bereits ausgeführt nicht erkennbar gegen sie oder ihre Geschäftsführung gerichtet ist, als derart schwerwiegende Pflichtverletzung ansehen würde, dass dies direkt zur fristlosen Kündigung führt, war nach objektiven Maßstäben weder offensichtlich noch erst recht für den Kläger erkennbar.

**d)** Auch der dem Kläger vorzuhaltende Verstoß gegen die COVID-19-Hygieneregeln stellt zwar eine schwerwiegende Pflichtverletzung dar, berechtigt jedoch nicht unmittelbar zur fristlosen Kündigung. Auch insoweit war der Ausspruch einer Abmahnung vorrangig.

Die Verletzung von Abstands- und anderen Schutzregeln im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie wie hier der Anordnung zum Tragen einer Maske, beruht gleichfalls auf steuerbarem Verhalten. Sie ist als solche noch nicht derart gewichtig, dass sie für den Arbeitnehmer ex ante erkennbar sofort zur Kündigung führen müsste und auch die erstmalige Hinnahme durch den Arbeitgeber nach objektiven Maßstäben ausgeschlossen wäre (vgl. zur Abmahnbarkeit von Verstößen gegen COVID-19-Hygieneregeln auch bereits LAG Düsseldorf 27.04.2021 – 3 Sa 646/20 – juris RN 56 ff., 59). Dabei ist zu berücksichtigen, dass es sich nach der unwiderlegten Einlassung des Klägers um eine spontane Aktion im Anschluss an den letzten Flug am 19.10.2020 handelte und er wie auch die anderen Mitarbeiter frustriert waren, wegen Corona ihre Arbeitsplätze zu verlieren. Richtig ist, dass gleichwohl die Verletzung der Hygieneregeln zum Schutz vor einer Corona-Infektion einen gewichtigen Pflichtverstoß begründete, denn damit wurde die Gefahr einer Ansteckung – zwar nicht für Passagiere und andere unbeteiligte Dritte, da diese sich nicht mehr im Flugzeug befanden, wohl aber – für die an der Aktion beteiligten Beschäftigten deutlich gesteigert. Gerade der Kläger als Kapitän und damit in besonders herausgehobener Stellung Verantwortlicher hätte das nicht zulassen, geschweige denn sich daran beteiligen dürfen. Andererseits entsprang der Verstoß eben keiner grundsätzlichen, gegen die Hygieneregeln gerichteten Einstellung des Klägers – das behaupten selbst die Beklagten nicht –, sondern beruhte auf einer spontanen Frustrabbau-Aktion. Die damit offenkundige Einmaligkeit des Pflichtverstoßes rechtfertigt auch hier durchaus die Annahme, dass dem Verstoß hinreichend durch den Ausspruch einer Abmahnung hätte begegnet werden können. Es ist nichts dafür ersichtlich oder vorgetragen, dass der Kläger sich dadurch nicht hätte

leiten lassen. Der Pflichtverstoß, der dadurch, dass insbesondere Kunden und andere an der Aktion nicht beteiligte Dritte nicht betroffen waren, zwar nicht zu einem geringfügigen, aber eben auch nicht mehr zu einem unverzeihlichen Vergehen wird, hätte abgemahnt werden können und damit auch vor Ausspruch einer Kündigung abgemahnt werden müssen. Auch hier war weder offensichtlich noch insbesondere für den Kläger ex ante erkennbar, dass die Beklagten eine andere Würdigung vornehmen und unmittelbar zur fristlosen Kündigung als Reaktion schreiten würden.

**e)** Erweist sich nach den vorstehend wiedergegebenen Gründen die außerordentliche Kündigung der Beklagten zu 1) als unwirksam, in deren Diensten der Kläger die Pflichtverletzung begangen hat, gilt dies erst Recht für die außerordentliche Kündigung der Beklagten zu 2), für die sich sein Verhalten als außerdienstliches Verhalten darstellt. Dieses hat zwar durchaus auch Bezug zu dem mit ihr bestehenden Arbeitsverhältnis, begründet dort aber ebenso wenig eine außerordentliche Kündigung wie in dem unmittelbarer betroffenen Arbeitsverhältnis mit der Beklagten zu 1).

**f)** Eine Umdeutung der unwirksamen Kündigungen vom 02.11.2020 in ordentliche Kündigungen kommt nicht in Betracht. Die – insoweit vorrangig zu prüfende – Auslegung der Kündigungsschreiben in diesem Sinne scheitert daran, dass die Beklagten nach dem Wortlaut der Kündigungsschreiben vom 02.11.2020 eben ausdrücklich nur „außerordentlich fristlos mit sofortiger Wirkung“ gekündigt haben und damit auch nur erkennbar so kündigen wollten.

Vor dem Hintergrund, dass sie ordentlich ja bereits zuvor – wenn auch aus Sicht der Berufungskammer unwirksam – mit Schreiben vom 10.09.2020 gekündigt hatten, fehlen die erforderlichen Anhaltspunkte in der Kündigungserklärung selbst oder ihren Begleitumständen zur Annahme einer konkludent hilfsweise ordentlich erklärten Kündigung.

Die Umdeutung in einem solchen Sinne scheidet ebenfalls aus. Die Beklagten haben sich auf eine solche auch weder in erster noch in zweiter Instanz berufen. Sie ist zwar ungeachtet dessen auch von Amts wegen zu prüfen, jedoch nur auf der Grundlage des vorgetragenen und der Entscheidung somit zugrunde zu legenden Sachverhalts (vgl. APS/Biebl, 6. Aufl., § 13 KSchG Rn. 40 mwN). Voraussetzung der Umdeutung einer unwirksamen außerordentlichen in eine ordentliche Kündigung ist unter anderem, dass diese dem hypothetischen, dem Arbeitnehmer erkennbaren Willen des Arbeitgebers entspricht (BAG 15.11.2001 – 2 AZR 310/00 – juris RN 19 ff.; BAG 03.12.1987 – 2 AZR 462/87 – juris RN 21 ff.; APS/Biebl, 6. Aufl., § 13 KSchG Rn. 37). Dieser ist hier schon nicht erkennbar. Die Beklagten haben sich zu keiner Zeit auf eine Umdeutung berufen oder in anderer Weise betont oder zum Ausdruck gebracht, dass sie die Kündigungen vom 02.11.2020 notfalls auch als ordentliche Kündigungen umgedeutet wissen wollen (vgl. hierzu BAG 03.12.1987 – 2 AZR 462/87 – juris RN 31). Im Gegenteil haben sie sich in den Anschlussberufungsbegründungen jeweils auf Seite 14 ausdrücklich für den Fall der Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigungen – allein – auf die ordentlichen Kündigungen vom 10.09.2020 und die durch diese

geltend gemachte Beendigung der Arbeitsverhältnisse „zum 31.12.2020“ berufen. Der Umstand, dass die Beklagten hier vor der außerordentlichen bereits eine ordentliche Kündigung ausgesprochen hatten, spricht mangels anderer, hier weder vorgetragener noch ersichtlicher Umstände zusätzlich gegen die Annahme eines hypothetischen Umdeutungswillens bzgl. der späteren fristlosen Kündigungen (vgl. auch insoweit BAG 03.12.1987 – 2 AZR 462/87 – juris RN 32).

**4.** Auch die gegen beide Beklagte hinsichtlich der ordentlichen Kündigungen vom 10.09.2020 gerichteten Kündigungsschutzanträge sind begründet. Den Kündigungserklärungen der Beklagten vom 10.09.2020 fehlt es an der rechtlich erforderlichen Bestimmtheit. Dies führt zu ihrer Unwirksamkeit. Die erkennende Berufungskammer schließt sich insoweit den Feststellungen an, die bereits von der 13. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf zu den identisch formulierten Kündigungen in den dortigen Parallelfällen getroffen wurden (u.a. LAG Düsseldorf 17.03.2022 – 13 Sa 362/21).

**a)** Eine hinsichtlich des Beendigungszeitpunkts nicht hinreichend bestimmte Kündigung ist unwirksam (BAG 21.10.1981 – 7 AZR 407/79 – juris RN 9). Eine fehlende Bestimmtheit führt dazu, dass nicht erkennbar wird, zu welchem Datum eine Kündigung wirken würde, wenn der Arbeitnehmer sie nicht angreift. Auch sozialrechtlich ist erforderlich, dass zweifelsfrei feststeht, zu welchem Datum das Arbeitsverhältnis enden soll, nämlich zu wann die Meldung als „arbeitssuchend“ erfolgen muss und wann die Frist des § 38 Abs. 1 SGB III beginnt.

Bei der Auslegung einer Kündigung ist nicht allein auf ihren Wortlaut abzustellen. Zu würdigen sind auch alle Begleitumstände, die dem Erklärungsempfänger bekannt waren und die für die Frage erheblich sein können, welchen Willen der Erklärende bei Abgabe der Erklärung hatte. Die Vorschriften der §§ 305 ff. BGB finden keine Anwendung, weil einseitige Rechtsgeschäfte des Verwenders keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten (vgl. nur BAG 20.06.2013 – 6 AZR 805/11 – juris RN 13 mwN). Der Erklärungsempfänger muss bei Zugang der Kündigung aus dem Wortlaut und den Begleitumständen derselben erkennen können, wann das Arbeitsverhältnis enden soll (BAG 20.01.2016 – 6 AZR 782/14 – juris RN 15; BAG 10.04.2014 – 2 AZR 647/13 – juris RN 15 ff.). Dafür genügt im Fall einer ordentlichen Kündigung regelmäßig die Angabe des Kündigungstermins oder der Kündigungsfrist. Das Erfordernis der Bestimmtheit einer ordentlichen Kündigung verlangt vom Kündigenden nicht, den Beendigungstermin als konkretes kalendarisches Datum ausdrücklich anzugeben. Es reicht aus, wenn der gewollte Beendigungstermin für den Kündigungsempfänger zweifelsfrei bestimmbar ist (BAG 10.04.2014 – 2 AZR 647/13 – juris RN 16). Es muss sich aus der Kündigungserklärung ergeben, zu welchem Zeitpunkt das Arbeitsverhältnis beendet werden soll (BAG 15.12.2005 – 2 AZR 148/05 – juris RN 24), und zwar ohne dass der Arbeitnehmer über den Kündigungstermin „rätseln“ muss (BAG 01.09.2010 – 5 AZR 700/09 – juris RN 27; BAG 15.05.2013 – 5 AZR 130/12 – juris RN 20). Ein Hinweis auf die maßgeblichen gesetzlichen oder tariflichen Regelungen reicht aus, wenn der Erklärungsempfänger dadurch unschwer ermitteln kann, zu welchem Termin das Arbeitsverhältnis enden soll. Auch eine Kündigung zum nächstzulässigen Termin

ist möglich, wenn dem Erklärungsempfänger die Dauer der Kündigungsfrist bekannt oder für ihn bestimmbar ist (BAG 20.01.2016 – 6 AZR 782/14 – juris – RN 16; BAG 20.06.2013 – 6 AZR 805/11 – juris RN 15). Sie ist typischerweise dahin zu verstehen, dass der Kündigende die Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu dem Zeitpunkt erreichen will, der sich bei Anwendung der einschlägigen gesetzlichen, tarifvertraglichen und/oder vertraglichen Regelungen als rechtlich frühestmöglicher Beendigungstermin ergibt. Der vom Erklärenden gewollte Beendigungstermin ist damit objektiv eindeutig bestimmbar. Dies ist jedenfalls dann ausreichend, wenn die rechtlich zutreffende Frist für den Kündigungsadressaten leicht feststellbar ist und nicht umfassende tatsächliche Ermittlungen oder die Beantwortung schwieriger Rechtsfragen erfordert (BAG 20.01.2016 – 6 AZR 782/14 – juris RN 16; BAG 10.04.2014 – 2 AZR 647/13 – juris RN 17 mwN). Eine Kündigung ist hingegen nicht hinreichend bestimmt, wenn in der Erklärung mehrere Termine für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses genannt werden und für den Erklärungsempfänger nicht erkennbar ist, welcher Termin gelten soll (BAG 20.01.2016 – 6 AZR 782/14 – juris RN 15; BAG 10.04.2014 – 2 AZR 647/13 – juris RN 18 mwN). Gleiches gilt nach der Auffassung der Berufungskammer, wenn nach gehöriger Auslegung aus Sicht des Erklärungsempfängers mehrere Termine als gewollt möglich bleiben.

Bei der Angabe eines Zeitpunkts, zu dem die Kündigung wirken soll, handelt es sich grundsätzlich nur um eine Aus- bzw. Folgewirkung der Entscheidung, dass überhaupt gekündigt wird. Die Frist ist deshalb in der Regel nur ein Berechnungsfaktor. Die Angabe des Kündigungstermins ist damit regelmäßig eher eine "Wissenserklärung". Besonders deutlich wird dies in den Fällen, in denen der Kündigende zudem betont, dass die Wiedergabe eines Datums, zu dem das Arbeitsverhältnis enden soll, aus einer vorangegangenen Berechnung folgt – zB. durch die Formulierung "Hiermit kündige ich Ihnen ordentlich zum nächst zulässigen Termin. Das ist meines Wissens der (konkrete Zeitpunkt)" (BAG 15.12.2005 – 2 AZR 148/05 – RN 27 f.).

**b)** Nach diesen Grundsätzen erweist sich die Kündigung der Beklagten zu 1) als nicht hinreichend bestimmt und damit unwirksam.

**(1)** Die Kündigung wird im ersten Satz „unter Beachtung der für Ihr Arbeitsverhältnis geltenden Kündigungsfrist ordentlich fristgerecht zum nächstmöglichen Zeitpunkt“ erklärt. Wie dargelegt ist eine solche Formulierung typischerweise dahin zu verstehen, dass der Kündigende die Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu dem Zeitpunkt erreichen will, der sich bei Anwendung der einschlägigen gesetzlichen, tarifvertraglichen und/oder vertraglichen Regelungen als rechtlich frühestmöglicher Beendigungstermin ergibt. Dass ihr Wille darauf gerichtet war, hat die Beklagte zudem dadurch hervorgehoben, dass sie diesen frühestmöglichen Termin dahingehend eingeschränkt hat, dass dieser „frühestens“ der 31.10.2020 sein sollte. Mit der Formulierung „frühestens zum“ sichert sich die Beklagte zu 1) damit gegen eine kürzere Frist als den 31.10.2020 ab, was sinnlos wäre, wenn sie sich uneingeschränkt an das im zweiten Satz genannte spätere Datum binden wollte. Dass der Wille der Beklagten zu 1) dahin ging, zum „nächstmöglichen“ Termin zu kündigen, ergibt sich ebenso daraus, dass die Beklagte

zu 1) den ersten Satz des Kündigungsschreibens durch Fettdruck hervorgehoben hat. Auch im Rechtsstreit hat die Beklagte zu 1) selbst argumentiert, die Formulierung, dass zum nächstmöglichen Zeitpunkt gekündigt werden solle, verdeutliche ihren Willen, die Kündigung unter Wahrung der objektiv zutreffenden Frist auszusprechen, falls sie bei der Berechnung einem Fehler unterliege (Seite 18 der Klageerwiderung vom 23.12.2020, Bl. 165 der Akte).

Zuletzt hatte die Beklagte zu 1) dem Kläger mit E-Mail vom 03.07.2020 eine Vertragsänderung dahingehend angeboten, dass die Vertragsbedingungen des Eckpunktepapiers seine bisherigen Vertragsbedingungen ersetzen. Dieses Angebot hat der Kläger mit E-Mail vom 09.07.2020 fristgerecht angenommen. Das Eckpunktepapier sieht eine Kündigungsfrist von drei Monaten zum Fünfzehnten oder Monatsletzten vor. Zu den Begleitumständen, die dem Erklärungsempfänger bekannt sind, gehören in der Regel auch die aktuell geltenden Vertragsbedingungen, auf welche die Beklagte zu 1) im zweiten Satz zudem ausdrücklich Bezug nimmt. Dies gilt umso mehr, weil hier seit der Vertragsänderung bei Zugang der Kündigung erst gut zwei Monate verstrichen waren. Da dem Kläger die Kündigung der Beklagten zu 1) am 11.09.2020 zugegangen ist, war für ihn ersichtlich, dass der durch diese Kündigung zu bewirkende frühestmögliche Kündigungstermin auf der Grundlage des geltenden Arbeitsvertrages der 15.12.2020 war. Zu den bei der Auslegung zu berücksichtigenden Begleitumständen gehört auch, dass dem Kläger bekannt war, dass die Beklagte zu 1) den Flugbetrieb spätestens zum 31.10.2020 einstellen wollte. Für ihn war damit ersichtlich, dass sie seine Arbeitsleistung ab November 2020 nicht mehr benötigte, zu dem sie ihn im zweiten Absatz der Kündigung zur Rückgabe der Uniform und der Firmenunterlagen aufgefordert hatte. Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte zu 1) – die nach eigenem Bekunden die Station R. aus wirtschaftlichen Erwägungen schließen wollte – ihm auch in Ansehung der finanziellen Lage der Flugunternehmen in Pandemie-Zeiten mit einer längeren als der erforderlichen Frist kündigen, ihm also ein halbes Monatsgehalt „schenken“ wollte, hatte der Kläger nach den genannten Begleitumständen nicht. Darauf, ob sich die Beklagte zu 1) der Möglichkeit einer Kündigung zum 15.12.2020 bewusst war, kommt es entgegen ihrer Ansicht nicht an. Aus dem ersten Satz des Kündigungsschreibens war jedenfalls ihr Wille erkennbar, auch eine ihr ggfs. unbekannt kurze Kündigungsfrist zu nutzen, sofern diese nicht zu einer Beendigung vor dem 31.10.2020 führte. Hätte sie ausschließlich zum 31.12.2020 als einem ihr – unterstellt – allein bewussten Datum kündigen wollen, wäre die vorgelagerte Erklärung, zum nächstmöglichen Termin zu kündigen, gänzlich überflüssig. Gedanklich lässt sich daher die Wendung „zum nächstmöglichen Zeitpunkt, frühestens aber zum 31.10.2020“ im ersten Satz durch die Formulierung „zum 15.12.2020“ ersetzen.

Eine Kollision der vertraglichen Kündigungsfrist mit der Regelung des § 622 Abs. 2 Nr. 1 BGB besteht nicht. Das Arbeitsverhältnis des Klägers mit der Beklagten zu 1) bestand bei Ausspruch der Kündigung noch keine zwei Jahre, so dass nach § 622 Abs. 1 BGB eine Frist von vier Wochen zum Fünfzehnten oder zum Ende eines Kalendermonats galt. Eine einheitliche, von der Dauer der Betriebszugehörigkeit unabhängige einzelvertragliche Kündigungsfrist genießt so lange Anwendungsvorrang,

bis sie schließlich mit einer für den Arbeitnehmer günstigeren Frist gemäß der Stufenregelung des § 622 Abs. 2 Satz 1 BGB kollidiert (offen gelassen von BAG 29.01.2015 – 2 AZR 280/14 – juris RN 17; siehe auch BAG 12.07.2007 – 2 AZR 699/05 – juris RN 40 und BAG 12.07.2007 – 2 AZR 492/05 – juris RN 41 für den Fall einer Kündigung, die entgegen der gesetzlichen Lage zwar mit längerer Frist, aber nicht zum gesetzlich vorgesehenen Termin ausgesprochen wird). Allerdings obliegt es dem Kläger als Erklärungsempfänger nach den vorstehend unter C.4.a) dargelegten Grundsätzen ohnehin nicht, sich mit der diffizilen Rechtsfrage zu beschäftigen, ob abweichend von dieser rechtlichen Beurteilung durch die erkennende Berufungskammer nicht doch die vertragliche Vereinbarung von Beginn an unwirksam ist oder – wie die Beklagte meint – im Rahmen einer AGB-Kontrolle und in Anwendung der Blue-Pencil-Rechtsprechung, deren Kenntnis einem juristischen Laien nun wirklich nicht abverlangt werden kann, dahingehend aufrechterhalten bleibt, dass der Passus „zum Fünfzehnten oder“ gestrichen wird. Es handelt sich insoweit keinesfalls um einen bloßen „Rechenschritt“ (vgl. hierzu BAG 15.05.2013 – 5 AZR 130/12 – juris RN 20). Jedenfalls konnte der Kläger auch aufgrund der Erwähnung des Arbeitsvertrages nicht ausschließen, dass die Beklagte zu 1) sich mit dem ersten Satz der Kündigung auf eine arbeitsvertraglich zulässige Beendigung zum 15.12.2020 berufen wollte.

**(2)** Im zweiten Satz des Kündigungsschreibens formuliert die Beklagte zu 1) hingegen, gemäß dem Arbeitsvertrag betrage die Kündigungsfrist 3 Monate, so dass das Arbeitsverhältnis daher nach ihrer Berechnung am 31.12.2020 ende. Damit stellte sie den Kläger vor die Frage, ob statt des sich aus dem ersten Satz ergebenden Kündigungstermins der 31.12.2020 gelten sollte.

Die Verwirrung vermehrte sie noch dadurch, dass die Beklagte zu 1) als arbeitsvertragliche Kündigungsfrist mindestens ungenau, wenn nicht sogar fehlerhaft „3 Monate“ angab, so dass der Kläger in Verbindung mit dem genannten Datum für möglich halten konnte, dass der „Berechnung“ eine aus seiner Sicht falsche Frist von drei Monaten zum Monatsende zugrunde lag. Durch die Wendung „nach unserer Berechnung“ hätte die Beklagte zu 1) dann zudem auch für den rechtlich nicht gebildeten Kläger hinreichend deutlich gekennzeichnet, dass es sich um eine Wissens-, nicht um eine Willenserklärung handelte, so dass es auch für ihn erkennbar beim 15.12.2020 als gewolltem Beendigungstermin verblieben wäre.

Für den Kläger war aufgrund der genannten Ungenauigkeit in der Angabe der arbeitsvertraglichen Kündigungsfrist allerdings nicht hinreichend sicher erkennbar, dass die Beklagte zu 1) derart von einer falschen Kündigungsfrist ausgegangen war und es bei der Kündigung zum „nächstmöglichen Termin“ verbleiben sollte. Es konnte auch sein, dass sie in Kenntnis der arbeitsvertraglichen Frist mit der Nennung des 31.12.2020 womöglich einem späten Zugang der Kündigung Rechnung tragen oder jedenfalls einem Streit über den Zugang aus dem Weg gehen wollte. Für den Kläger ebenfalls denkbar war, dass die Beklagte zu 1) die Kündigungsfrist einhalten wollte, welche sich unter Außerachtlassung der Vereinbarung des Eckpunktepapiers ergeben würde. Dass der Kläger als rechtlicher Laie ein solches Verhalten der Beklagten zu 1) für

möglich erachten konnte, folgt daraus, dass die Parteien die Vertragsänderung vereinbart hatten, um die Schließung der Station R. zu vermeiden, welche nun gerade der Grund für die Kündigung war. Auch benennt die Beklagte in Satz 2 des Kündigungsschreibens eine angebliche arbeitsvertragliche Frist, die nicht mit der des Eckpunktepapiers übereinstimmt. Unter Außerachtlassung der Vereinbarung des Eckpunktepapiers wäre aufgrund des vorangegangenen Dienstvertrages vom 21.01.2019 österreichisches Recht anwendbar; nach Ziffer 2 (1), 11 (1) dieses Dienstvertrages in Verbindung mit Abschnitt II Ziffer 2.1 des Kollektivvertrages für die Angestellten der M. GmbH – gültig ab 01.08.2018 - könnte die Beklagte zu 1) zudem „unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten zum Letzten eines jeden Kalendermonats“ kündigen. Bei Anwendung dieser Regelung ergäbe sich also der 31.12.2020 als rechtlich möglicher Kündigungstermin.

Indem die Beklagte in Satz 2 der Kündigung ungenaue, nämlich gerade das nach ursprünglichem Vertrags- bzw. Kollektivvertragsinhalt und im Juli 2020 neu vereinbartem Eckpunktepapier unterschiedlich geregelte Ende der Kündigungsfrist verschweigende Angaben gemacht hat, ließ sie den Kläger als juristisch nicht geschulten Erklärungsempfänger im Unklaren darüber, wie die Kündigungsfrist „zum nächstmöglichen Zeitpunkt“ zu bestimmen wäre. Was unter dem „nächstmöglichen Zeitpunkt“ bei Zugang der Kündigung zu verstehen war, konnte der Kläger aufgrund der unübersichtlichen Vertragslage nicht im Wege eines einfachen Rechenschritts ermitteln. Zutreffend weist er im vorliegenden Verfahren darauf hin, dass bei der Ermittlung des rechtlich zulässigen (nächstmöglichen) Kündigungstermins internationales Privatrecht, zwei vertragliche Rechtswahlklauseln, österreichisches und deutsches Kündigungsfristenrecht sowie ggfs. auch noch kollektivrechtliche Fragen zu berücksichtigen waren. Keineswegs war die rechtlich zutreffende Kündigungsfrist somit für den Kündigungsadressaten leicht, insbesondere ohne die Beantwortung schwieriger Rechtsfragen feststellbar (vgl. hierzu nochmals BAG 20.01.2016 – 6 AZR 782/14 – juris RN 16; BAG 10.04.2014 – 2 AZR 647/13 – juris RN 17 mwN). Dass die Beklagte zu 1) sie im Kündigungsschreiben gleichfalls nicht vollständig und damit – jedenfalls nach ihrer rechtlichen Beurteilung – zum entscheidenden Aspekt der Kündigungsfrist (3 Monate zum Fünfzehnten oder Monatsletzten einerseits oder 3 Monate ausschließlich zum Monatsletzten andererseits) offengelegt hat, führt dazu, dass sie das Risiko der Ermittlung und Beurteilung der rechtlichen Grundlagen zur Bestimmung des zutreffenden Kündigungstermins auf den Kündigungsempfänger abgewälzt hat. Das genügt den Anforderungen an die Bestimmtheit einer Kündigungserklärung nicht.

**(3)** Auf der Grundlage des ersten Satzes der Kündigung ergab sich für den Kläger daher eine Kündigung zum 15.12.2020, nach dem zweiten Satz hingegen eine solche zum 31.12.2020, ohne dass er sicher sein konnte, dass Letzteres auch in dem Fall gewollt war, dass eine Kündigung zu einem früheren Termin möglich war. Dass die Beklagte zu 1) im ersten Satz der Kündigung etwa nur unverbindlich mitgeteilt hätte, sie habe die Absicht, zum nächstmöglichen Termin zu kündigen, sie lege sich jedoch mit dem zweiten Satz verbindlich auf den 31.12.2020 fest, wird einer Auslegung des Kündigungsschreibens nicht gerecht. Dagegen spricht bereits der Umstand, dass der

erste Satz fett gedruckt ist, sein Inhalt also von der Beklagten zu 1) hervorgehoben wurde. Im zweiten Satz macht sie mit den Worten „daher“ und „Berechnung“ klar, dass es sich nur um die Mitteilung einer nach ihrer Ansicht bestehenden Rechtslage handelt, also eine bloße Wissenserklärung. Ansonsten wäre die Erwähnung des „nächstmöglichen“ Zeitpunkts im ersten Satz auch schlicht überflüssig. Die Beklagte zu 1) hat entgegen ihrer Auffassung gerade nicht eine Kündigung zu einem festen Termin ausgesprochen verbunden mit der Erklärung, hilfsweise solle diese zum nächstmöglichen Termin wirken. Nach Auffassung der Berufungskammer hat die Beklagte zu 1) damit mindestens nicht in hinreichender Deutlichkeit erklärt, ob sie sich auch bei einem – wie hier – früheren Zugang der Kündigung und der rechtlich maßgeblichen Kündigungsfrist nicht auf eine Beendigung zum 15.12.2020 berufen bzw. keine solche aussprechen wollte. Sie hat sich mit der Nennung des in Satz 2 genannten Datums damit nicht in der erforderlichen Eindeutigkeit für dieses Datum als maßgeblich entschieden.

Auch die Überlegung, ob es sich für den Kläger ersichtlich um ein standardisiertes Kündigungsschreiben handelt, führt hier nicht weiter. Zwar sprechen hierfür verschiedene Umstände wie etwa die Tatsache, dass dem Kläger bekannt war, dass die Beklagte zu 1) allen Mitarbeitern der Station R. kündigte, sowie womöglich die Formulierung des Zeitpunktes der Rückgabe der Uniform etc. Andererseits bezieht sich die Beklagte im Kündigungsschreiben ausdrücklich auf den Arbeitsvertrag des Klägers. Eine hinreichende Klarheit war für den Kläger also auch insoweit nicht zu gewinnen.

Selbst wenn man davon ausginge, dem Kläger wäre der Charakter des Kündigungsschreibens als ein für eine Vielzahl von Fällen standardisiertes hinreichend deutlich erkennbar, ergibt sich keine hinreichende Bestimmtheit des Kündigungstermins. Es wäre zwar ein kleines, aber kein hinreichendes Indiz dafür, die Beklagte habe die sich in jedem Einzelfall abzuleitende „nächstmögliche“ Frist gewollt, und bei der mitgeteilten Berechnung sei ihr ein Fehler unterlaufen.

Damit lassen sich der Kündigungserklärung nach gehöriger Auslegung mehrere Termine für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses entnehmen, ohne dass für den Kläger als Erklärungsempfänger erkennbar war, welcher Termin gelten sollte. Dies stellt nach den oben dargestellten Grundsätzen einen Mangel in der Bestimmtheit dar und führt damit zur Unwirksamkeit der Kündigung. Ein zweifelsfreies Ergebnis – ohne „rätseln“ zu müssen – war für den Kläger dem Kündigungsschreiben nicht zu entnehmen. Entgegen der Auffassung der Beklagten folgt dies nicht aus einer „Aufspaltung“ der Kündigungserklärung, sondern daraus, dass sich ihr gegensätzliche Kündigungstermine entnehmen lassen, ohne dass sich hinreichend ergibt, welcher gewollt ist.

**(4)** Anderes gilt auch nicht deshalb, weil der ausdrücklich genannte Termin 31.12.2020 die Kündigungsfrist auf jeden Fall wahrte. Eine solche Auffassung verkennt, dass die Beklagte gerade keine Kündigung zu einem bestimmten Datum ausgesprochen hat verbunden mit einer solchen zum nächstzulässigen Termin, sondern eine solche zum nächstzulässigen Termin und gleichzeitig zu einem späteren, ohne das Verhältnis bei-

der Erklärungen klarzustellen. Ihre Darstellung, sie habe „ein errechnetes Datum konkret benannt und nur zusätzlich die Formulierung ergänzt, dass das Arbeitsverhältnis zum nächstmöglichen Termin gekündigt werden soll, falls sie bei der Berechnung einem Fehler unterliege“, stellt die Dinge auf den Kopf. Im Übrigen hätte der Kläger auch dann unter Klärung einer schwierigen Rechtslage die Frage beantworten müssen, ob das errechnete Datum fehlerhaft war und ob die Beklagte zu 1) nur dann den „nächstmöglichen“ Termin nehmen wollte, wenn sie sich zuungunsten des Klägers verrechnet hätte. § 305c Abs. 2 BGB ist wie dargelegt auf Kündigungserklärungen nicht anzuwenden.

**(5)** Die Berufungskammer hat erwogen, dass aufgrund der oben geschilderten Grundsätze die Kündigung bei Betrachtung allein des ersten Satzes als unbestimmt einzustufen wäre (anstatt als eine solche zum 15.12.2020). Denn auch die Auffassung, die „nächstmögliche“ Frist sei für den Kläger nicht leicht feststellbar gewesen, sondern habe umfassende tatsächliche Ermittlungen und die Beantwortung schwieriger Rechtsfragen erfordert, ist durchaus gut vertretbar. Immerhin war das Arbeitsverhältnis durch eine gravierende Vertragsänderung unter Wechsel des geltenden Rechts und eine für ihn undurchsichtige, schwierig zu beurteilende Rechtslage (siehe oben unter (2) am Ende) geprägt. Hinzu traten die oben geschilderten Rechtsfragen bezogen auf die Wechselwirkung zwischen der im Eckpunktepapier genannten Frist und der Regelung des § 622 Abs. 2 BGB.

Folgt man dem, führt auch diese rechtliche Beurteilung zu Satz 1 der Kündigung notwendig zur Annahme der Unbestimmtheit der gesamten Kündigungserklärung. Denn die dann dem ersten, fett gedruckten Satz innewohnende Unbestimmtheit hätte die Beklagte zu 1) mit der Wissenserklärung des zweiten Satzes nicht beseitigt. Sie hätte damit dem Kläger lediglich ihre Rechtsansicht zu der schwierigen Bestimmung der maßgeblichen Kündigungsfrist mitgeteilt, ohne sich hierauf festzulegen. Hinzu treten die oben geschilderten Verwerfungen aufgrund der ungenauen bzw. fehlerhaften Angabe der Kündigungsfrist im zweiten Satz des Kündigungsschreibens. Eine Kündigung „jedenfalls zum erwähnten Datum des 31.12.2020“ etwa in dem Sinn, dass diese erfolgen solle, wenn die Kündigungserklärung im ersten Satz unbestimmt sei, hat die Beklagte zu 1) entgegen ihrer Auffassung damit gerade nicht erklärt.

**(6)** Entgegen der Ansicht der Beklagten zu 1) handelt es sich bei der vorzunehmenden Auslegung auch nicht um eine Rechtsfrage, die stets zu einem letztlich eindeutigen Ergebnis führen muss. Damit verkennt sie, dass sich nicht die Frage stellt, wie ein Gericht in Kenntnis aller maßgeblichen Tatsachen und der gesamten einschlägigen Rechtsnormen die Kündigungserklärung auszulegen hätte. Vielmehr ist maßgeblich, ob der Kläger als Kündigungsempfänger der Kündigung einen jedenfalls bestimmmbaren Kündigungstermin entnehmen konnte.

**(7)** Erfolglos beruft sich die Beklagte zu 1) auf die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 16.06.2021 (– 10 Sa 122/21 –). Dieses hat angenommen, die explizite Benennung eines Datums mit versehentlich zu lang gewählter Kündigungsfrist

stelle bei der Auslegung den überwiegenden Gesichtspunkt dar. Der Argumentation des Gerichts, die gesamte Kündigung mangels Bestimmtheit unwirksam werden zu lassen, entspreche „erst recht nicht dem tatsächlichen Willen“ der dortigen Arbeitgeberin, vermag sich die erkennende Kammer nicht anzuschließen. Es geht mangels Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB nicht darum, dass sich die Beklagte zu 1) an dem späteren Datum festhalten lassen muss. Eine Überlegung etwa dahingehend, der Erklärungsempfänger müsse dem Umstand, dass ein Datum ausdrücklich genannt wird, entnehmen, dieses sei gewollt, wenn die Kündigung sich ansonsten nicht als hinreichend bestimmt erweisen sollte, wird den geltenden Auslegungsmaßstäben nicht gerecht. Auch hatte die Arbeitgeberin in der vom Landesarbeitsgericht Hamm entschiedenen Sache anders als hier mit der Formulierung gekündigt „hilfsweise fristgerecht zum nächstmöglichen Termin, das ist der 30. April 2020“. Der Umstand, dass es sich bei dem ausdrücklich genannten Datum nur um eine Wissenserklärung handelt, tritt im vorliegend zu entscheidenden Sachverhalt deutlicher zutage.

**(8)** Entgegen der Ansicht der Beklagten zu 1) führt die Auffassung der Berufungskammer nicht dazu, dass ein Arbeitgeber Arbeitsverhältnisse, bei denen die Kündigungsfrist von mehreren gesetzlichen, tariflichen oder vertraglichen Regelungen beeinflusst sein kann, „nie wirksam kündigen“ könnte. Die Kammer verlangt einem Arbeitgeber, der aufgrund schwierig zu beurteilender Rechtslage keine Sicherheit über die zutreffende Kündigungsfrist hat, nichts Unzumutbares ab. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Beklagte zu 1) diese Unsicherheit selbst verursacht und damit zu verantworten hat. Entscheidend kommt hinzu, dass ein Arbeitgeber bei bestehender Unsicherheit eine Kündigung schlicht zu dem frühesten Datum aussprechen kann, das rechtlich ernsthaft in Betracht kommt, allerdings begrenzt auf das Datum, zu dem er das Arbeitsverhältnis frühestens beenden will. Hat er mit einem so ermittelten Datum rechtlich zu kurz gegriffen, schadet das nicht. Die Kündigung kann er hilfsweise zum nächstzulässigen Termin erklären; in der Regel wird diese Folge ohnehin durch Auslegung oder Umdeutung zu gewinnen sein. Der Arbeitnehmer muss diese Form der Unsicherheit hinnehmen, da er sich in seinem praktischen Handeln ohnehin auf den ausdrücklich genannten Termin einstellen muss; unter diesen Umständen kommt es nicht darauf an, ob es ihm ohne Schwierigkeiten möglich ist, die Kündigungsfrist der hilfsweise erklärten ordentlichen Kündigung zu ermitteln (BAG 20.01.2016 – 6 AZR 782/14 – juris RN 18; BAG 23.05.2013 – 2 AZR 54/12 – juris RN 50). Anderes gilt, wenn der Arbeitgeber eine Kündigung zu einem bestimmten Termin und zugleich oder hilfsweise zu einem rechtlich zulässigen *früheren* Termin ausspricht. Hier geht es gerade nicht um die Auflösung eines Konflikts zwischen einer zu einem bestimmten Termin erklärten Kündigung mit der rechtlich geltenden längeren Frist.

**(9)** Zusammengefasst stellt sich die Sach- und Rechtslage zur Überzeugung der Berufungskammer also wie folgt dar: Der erste, fett gedruckte Satz der Kündigung stellt den Kläger vor die Aufgabe, den „nächstmöglichen“ Kündigungstermin zu ermitteln. Nimmt man an, nach den geschilderten Auslegungsmaßstäben müsse er dafür allein in seinen zuletzt vereinbarten Arbeitsvertrag sehen, bedeutete es lediglich einen ein-

fachen Rechenschritt, um aus der dem einbezogenen Eckpunktepapier zu entnehmen den Frist von drei Monaten zum Fünfzehnten oder Monatsletzten und dem ihm bekannten Zugang der Kündigung den 15.12.2020 als gewollten Kündigungstermin zu ermitteln. Die Eindeutigkeit dieses Zwischenergebnisses hätte die Beklagte zu 1) dann allerdings wie unter (2) dargelegt mit den Formulierungen im zweiten Satz zerstört. Nimmt man hingegen an, aufgrund der Begleitumstände des Kündigungsausspruchs erfordere schon die Bestimmung des „nächstmöglichen“ Kündigungstermins im ersten Satz umfassende tatsächliche Ermittlungen und die Beantwortung schwieriger Rechtsfragen, hätte die Beklagte zu 1) die insoweit bestehende Unbestimmtheit der Kündigung durch die im zweiten Satz zusätzlich gestiftete Verwirrung nicht beseitigt. In beiden Fällen ist das Ergebnis die Annahme der Unbestimmtheit und damit der Unwirksamkeit der Kündigung.

**c)** Entsprechendes gilt auch für die Kündigung der Beklagten zu 2).

**(1)** Insoweit ist vorab festzuhalten, dass mit dem zwischen den Parteien geschlossenen Arbeitsvertrag ein Arbeitsverhältnis unabhängig davon begründet worden ist, ob ein solches nicht bereits auf der Grundlage eines Betriebsübergangs bestand oder bestehen würde. Eine derartige Vereinbarung ist nämlich nur dann aufgrund des Versuchs einer Umgehung des § 613a Abs. 1 BGB nach § 134 BGB nichtig, wenn es Grund und Ziel der Vereinbarung ist, zu verhindern, dass der künftige Betriebserwerber in sämtliche Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis eintritt. Dafür bestehen keine Anhaltspunkte.

**(2)** Zwar fehlt der Kündigung der Beklagten zu 2) die Wendung „frühestens aber zum 31.10.2020“. Das ändert aber nichts daran, dass die Kündigung einen nicht aufgelösten Widerspruch zwischen dem Inhalt des ersten Satzes und des im zweiten Satz genannten Datums enthält. Insoweit gelten die obigen Ausführungen zur Kündigung der Beklagten zu 1), soweit sie nicht auf die genannte Wendung gestützt sind.

Nach dem zwischen den Parteien geschlossenen Arbeitsvertrag sollten für das Arbeitsverhältnis die „gleichen Bedingungen und Konditionen“ wie die des bestehenden Vertrages mit der Beklagten zu 1) gelten. Für den Kläger ergab sich insoweit zudem noch die weitere Unsicherheit, dass für ihn unklar sein konnte, ob die Beklagte zu 2) auch die bei der Beklagten zu 1) verbrachte Dienstzeit anerkennen wollte. Immerhin hat sich die Beklagte zu 2) im Rechtsstreit darauf berufen, der Kläger habe die Wartezeit des § 1 Abs. 1 Satz 1 KSchG nicht erfüllt. Offensichtlich verneinte sie auch trotz der gegebenen Umstände das Vorliegen eines Betriebsübergangs, da sie den Arbeitnehmern, die das Eckpunktepapier nicht akzeptiert hatten, kein Angebot unterbreitete. Es handelte sich jedenfalls um eine Kündigung vor dem vereinbarten Vertragsbeginn, für welche die Kündigungsfrist einer vereinbarten Probezeit anzuwenden ist (BAG 25.03.2004 – 2 AZR 324/03 –). Nach dem Eckpunktepapier betrug die Probezeit 6 Monate; eine Kündigungsfrist ist für diese im Papier nicht bestimmt. Nach der wohl subsidiär geltenden Regelung des § 622 Abs. 3 BGB wäre daher eine Frist von 2 Wo-

chen einzuhalten gewesen. Die Erklärung einer Kündigung zum nächstmöglichen Termin bedeutete für den Kläger aufgrund der Unklarheit bezogen auf die maßgebliche Beschäftigungszeit nicht bloß eine Rechenaufgabe.

Wie bei der Beklagten zu 1) bestand für den Kläger auch keinerlei Anhaltspunkt, die Beklagte wolle das Arbeitsverhältnis erst zu einem späteren Zeitpunkt kündigen, als rechtlich möglich. Im Gegenteil kündigte sie das Arbeitsverhältnis bereits vor dem vereinbarten Beginn, und zwar weil sie die geplante Eröffnung einer Station in R. nicht umsetzen wollte.

#### **D.**

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 64 Abs. 6 ArbGG, 525, 91 Abs. 1, 92 Abs. 1, 97 ZPO. Das Gericht hat die Revision für die Beklagten gemäß § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG hinsichtlich der Entscheidung über die Berufungen des Klägers zugelassen. Hinsichtlich der Entscheidung über die Anschlussberufungen der Beklagten wird die Revision hingegen nicht zugelassen, denn insoweit liegt weder eine entscheidungserhebliche Divergenz noch die Klärung von Rechtsfragen mit grundsätzlicher Bedeutung vor; vielmehr handelt es sich insoweit um eine Einzelfallentscheidung auf der Grundlage und in Anwendung der gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung.

#### **RECHTSMITTELBELEHRUNG:**

Gegen dieses Urteil kann von den Beklagten im Umfang der Zulassung

**REVISION**  
eingelegt werden.

Für die klagende Partei und für die Beklagten, soweit es die Entscheidung über ihre Anschlussberufungen betrifft, ist gegen dieses Urteil ein Rechtsmittel nicht gegeben. Insoweit wird wegen der Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde auf § 72a ArbGG verwiesen.

Die Revision muss **innerhalb einer Notfrist\* von einem Monat** schriftlich oder in elektronischer Form beim

Bundesarbeitsgericht  
Hugo-Preuß-Platz 1  
99084 Erfurt  
Fax: 0361 2636-2000

eingelegt werden.

Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.

Für Rechtsanwälte, Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihr zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse besteht ab dem 01.01.2022 gem. §§ 46g Satz 1, 72 Abs. 6 ArbGG grundsätzlich die Pflicht, die Revision ausschließlich als elektronisches Dokument einzureichen. Gleiches gilt für vertretungsberechtigte Personen, für die ein sicherer Übermittlungsweg nach § 46c Abs. 4 Nr. 2 ArbGG zur Verfügung steht.

Die Revisionsschrift **muss** von einem **Bevollmächtigten** eingelegt werden. Als **Bevollmächtigte** sind nur zugelassen:

1. Rechtsanwälte,
2. Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,
3. Juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in Nummer 2 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt, und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In den Fällen der Ziffern 2 und 3 müssen die Personen, die die Revisionsschrift unterzeichnen, die Befähigung zum Richteramt haben.

Eine Partei, die als Bevollmächtigter zugelassen ist, kann sich selbst vertreten.

Die elektronische Form wird durch ein elektronisches Dokument gewahrt. Das elektronische Dokument muss für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet und mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 46c ArbGG nach näherer Maßgabe der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (ERVV) v. 24. November 2017 in der jeweils geltenden Fassung eingereicht werden. Nähere Hinweise zum elektronischen Rechtsverkehr finden sich auf der Internetseite des Bundesarbeitsgerichts [www.bundesarbeitsgericht.de](http://www.bundesarbeitsgericht.de).

**\* eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.**