

Bundesarbeitsgericht  
Zweiter Senat

Urteil vom 26. März 2015  
- 2 AZR 417/14 -  
ECLI:DE:BAG:2015:260315.U.2AZR417.14.0

I. Arbeitsgericht Ulm

Urteil vom 23. September 2013  
- 4 Ca 567/12 -

II. Landesarbeitsgericht  
Baden-Württemberg

Urteil vom 7. Mai 2014  
- 21 Sa 67/13 -

---

Für die Amtliche Sammlung: Ja

---

Entscheidungsstichworte:

Verfahrensfehler - Geheime Beratung - Betriebsbedingte Kündigung

Bestimmungen:

GVG § 193 Abs. 1, § 194; ZPO § 283 Satz 2; KSchG § 1 Abs. 2

Leitsätze:

1. Eine geheime Beratung und Abstimmung iSd. § 193 Abs. 1, § 194 GVG verlangt grundsätzlich die mündliche Beratung über den Streitgegenstand im Beisein sämtlicher beteiligten Richter. Eine Nachberatung im Wege einer Telefonkonferenz kann diese nicht ersetzen, sondern nur neben sie treten.

2. Im Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes muss der Arbeitgeber einem Arbeitnehmer, dessen bisheriger Arbeitsplatz weggefallen ist, eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit iSd. § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Buchst. b, Satz 3 KSchG - ggf. im Wege der Änderungskündigung - auch dann anbieten, wenn sein unternehmerisches Konzept dahin geht, den zeitlich ungewissen Beschäftigungsbedarf mit einem Arbeitnehmer abzudecken, der wirksam befristet (weiter)beschäftigt werden kann. Die Möglichkeit, mit einem Stellenbewerber wirksam eine Befristung zu vereinbaren, stellt kein beachtliches, tätigkeitsbezogenes Anforderungsprofil dar.

# BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 417/14  
21 Sa 67/13  
Landesarbeitsgericht  
Baden-Württemberg

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
26. März 2015

## URTEIL

Schmidt, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 26. März 2015 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Kreft, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Berger und Rachor sowie den ehrenamtlichen Richter Wolf und die ehrenamtliche Richterin Alex für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 7. Mai 2014 - 21 Sa 67/13 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

- Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen, auf dringende betriebliche Erfordernisse gestützten Kündigung. 1
- Die Beklagte betreut Kunden der G-Gruppe in allen Fragen der Sanitärtechnik. Sie beschäftigt rund 300 Arbeitnehmer. Die Klägerin war bei ihr seit November 2008 - zuletzt als Leiterin „Public & Media Relations“ - mit einer Arbeitszeit von 75 vH einer Vollzeitkraft beschäftigt. Ihre Dienststellung und ihr Aufgabenbereich ergaben sich aus einer Stellenbeschreibung vom 18. Januar 2011. 2
- Nach Anhörung des Betriebsrats kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Parteien mit Schreiben vom 18. Dezember 2012 zum 31. Januar 2013. Sie begründete dies mit der Entscheidung, den Bereich „Public & Media Relations“ „outzusourcen“. 3
- Dagegen hat die Klägerin rechtzeitig die vorliegende Klage erhoben. Sie hat die Auffassung vertreten, die Kündigung sei sozial nicht gerechtfertigt. Die von der Beklagten behauptete unternehmerische Entscheidung sei nicht in dieser Weise umgesetzt worden. Deshalb sei auch der Betriebsrat nicht ordnungsgemäß angehört worden. Außerdem habe die Beklagte ihr eine Weiterbeschäftigung zu geänderten Arbeitsbedingungen auf einer Stelle im Bereich „Social Media“ anbieten müssen. Diese Stelle sei im Dezember 2012 - befristet bis zum 31. Dezember 2013 - mit einer anderen Arbeitnehmerin besetzt wor- 4

den. Die für die Aufgabenerfüllung notwendigen Kenntnisse habe sie, die Klägerin, bei entsprechender Schulung binnen zwei Monaten erwerben können.

Die Klägerin hat beantragt

5

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 18. Dezember 2012 nicht aufgelöst wurde.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat gemeint, die Kündigung sei aus dringenden betrieblichen Erfordernissen sozial gerechtfertigt. Sie habe - so ihre Behauptung - im November 2012 die Entscheidung getroffen, die Aufgaben der Klägerin mit Wirkung zum 1. Januar 2013 zum Teil an ein Drittunternehmen zu vergeben und im Übrigen auf andere Mitarbeiter zu verteilen. Die fragliche Stelle im Bereich „Social Media“ habe der Klägerin schon deshalb nicht angeboten werden müssen, weil es sich um einen nur befristet und zudem für eine Vollzeitkraft eingerichteten Arbeitsplatz gehandelt habe. Ihre Entscheidung, diese Stelle nur befristet zur Verfügung zu stellen, sei auch im Rahmen des vorliegenden Kündigungsrechtsstreits beachtlich. Im Kündigungszeitpunkt sei nicht absehbar gewesen, ob für die Stelle ein dauerhafter Bedarf bestehe. Eine Befristung des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin nach § 14 Abs. 1 TzBfG sei nicht möglich gewesen. Es habe ihr nur der Weg einer Befristung des Arbeitsvertrags mit einer neu eingestellten Mitarbeiterin gemäß § 14 Abs. 2 TzBfG offen gestanden. Die Beklagte hat zudem behauptet, die Klägerin habe das Anforderungsprofil für die Stelle nicht erfüllt. Die Tätigkeit setze besondere Kenntnisse und Fähigkeiten im Bereich „Social Media“ und eine besondere Affinität zum Thema voraus. Daran fehle es der Klägerin. Sie sei außerdem nicht in der Lage, mit „Facebook“ und den dazu gehörigen „Werkzeugen“ sowie dem sog. CMS-System und zwei weiteren Programmen sicher umzugehen. Um die notwendigen Kenntnisse und Fähigkeiten zu erwerben, sei eine Einarbeitungszeit von mindestens sechs Monaten notwendig gewesen. Sie habe den Betriebsrat ordnungsgemäß unterrichtet. Der Vorgesetzte der Klägerin habe deren Aufgaben betreffend das PR- und Mediabudget in der Tat übernommen, selbst wenn sie teilweise extern vergeben worden seien. Jedenfalls habe sie den Betriebsrat nicht absichtlich über diesen Punkt getäuscht.

6

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit ihrer Revision be- 7  
gehrt die Beklagte weiterhin, die Klage abzuweisen. In diesem Zusammenhang  
rügt sie, das Landesarbeitsgericht habe über die von ihm verkündete Entschei-  
dung nicht korrekt beraten.

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision ist begründet. Die Beklagte rügt zu Recht, die angefochte- 8  
ne Entscheidung beruhe auf einer Verletzung von § 193 Abs. 1, § 194 GVG.  
Dies führt zu ihrer Aufhebung und zur Zurückverweisung an das Landesarbeits-  
gericht.

I. Das angefochtene Urteil ist entgegen § 193 Abs. 1, § 194 GVG nicht 9  
aufgrund geheimer Beratung und Abstimmung der zur Entscheidung berufenen  
Richter ergangen.

1. Aus § 193 Abs. 1 GVG ergibt sich, dass die Entscheidung eines Koll- 10  
legialgerichts auf einer Beratung und Abstimmung der dazu berufenen Richter  
beruhen muss. Die einzuhaltende Verfahrensweise bestimmt § 194 GVG.

a) Die mündliche Beratung im Beisein sämtlicher beteiligten Richter ist die 11  
Regel (*BAG 18. Januar 2012 - 7 ABR 72/10 - Rn. 63; BGH 20. April 2012  
- LwZR 5/11 - Rn. 8; 24. April 2009 - LwZR 3/08 - Rn. 8; 28. November 2008  
- LwZR 4/08 - Rn. 8*).

b) In geeigneten Fällen kann eine Nachberatung im Wege einer Telefon- 12  
konferenz zulässig sein, bei welcher unter der Leitung des Vorsitzenden jeder  
Teilnehmer von seinem Telefonapparat zeitgleich mit jedem anderen Teilneh-  
mer kommunizieren kann und alle Teilnehmer die gesamte Kommunikation mit-  
hören (*BGH 29. November 2013 - BLw 4/12 - Rn. 30, 33*). Voraussetzung ist,  
dass alle beteiligten Richter mit dieser Verfahrensweise einverstanden sind und  
sichergestellt ist, dass jederzeit in eine mündliche Beratung im Beisein aller  
Richter eingetreten werden kann, falls ein Richter dies wünscht oder ein neuer

Gesichtspunkt es erfordert (*BGH 29. November 2013 - BLw 4/12 - Rn. 33*). Die Telefonkonferenz kann die mündliche Beratung bei gleichzeitiger Anwesenheit aller beteiligten Richter allerdings auch dann nicht ersetzen. Sie kann - wie etwa bei der Beratung über einen nachträglich eingegangenen Schriftsatz - nur neben diese treten (*BGH 29. November 2013 - BLw 4/12 - aaO*). Die erstmalige Beratung als einzige und eigentliche Grundlage für die Entscheidung in der Hauptsache muss zwingend im Beisein sämtlicher beteiligten Richter stattfinden (*so auch BGH 29. November 2013 - BLw 4/12 - aaO*). Eine Nachberatung im Wege der Telefonkonferenz kommt damit nur dann in Betracht, wenn über den Streitgegenstand selbst bereits im Beisein aller Richter beraten worden ist.

c)        Ausnahmsweise kann eine Entscheidung auch in einem Umlaufverfahren, also im Wege einer schriftlichen Beratung und Abstimmung aufgrund eines Entscheidungsentwurfs, ergehen, wenn die beteiligten Richter mit diesem Verfahren einverstanden sind (*BAG 18. Januar 2012 - 7 ABR 72/10 - Rn. 63; BGH 20. April 2012 - LwZR 5/11 - Rn. 8; 24. April 2009 - LwZR 3/08 - Rn. 8; 28. November 2008 - LwZR 4/08 - Rn. 8; BSG 11. Februar 2000 - B 2 U 324/99 B -; BVerwG 23. September 1991 - 2 B 99/91 -*). Anerkannt ist dies etwa für Beschlüsse nach § 130a VwGO (*BVerwG 23. September 1991 - 2 B 99/91 -*) und § 153 Abs. 4 SGG (*BSG 11. Februar 2000 - B 2 U 324/99 B -*).

d)        Eine Abfrage der Meinungen der zur Entscheidung berufenen Richter in Einzeltelefonaten ist in jedem Fall unzureichend (*BGH 29. November 2013 - BLw 4/12 - Rn. 29; 24. April 2009 - LwZR 3/08 - Rn. 8; BSG 27. Mai 1971 - 8 RV 773/70 - zu II der Gründe*).

2.        Danach ist das angefochtene Urteil nicht aufgrund einer geheimen Beratung und Abstimmung iSd. § 193 Abs. 1, § 194 GVG gefällt worden.

a)        Über den Streitgegenstand selbst hat die Kammer zu keinem Zeitpunkt im Beisein aller Richter beraten.

aa)      Am Ende der öffentlichen Sitzung vom 26. März 2014 hat das Landesarbeitsgericht beschlossen, der Klägerin Gelegenheit zur Stellungnahme zu ei-

nem gegnerischen Schriftsatz bis zum 10. April 2014 zu gewähren. Termin zur Verkündung einer Entscheidung werde nach Ablauf der Frist von Amts wegen bestimmt. Dementsprechend hat es vor Fristablauf über die Hauptsache nicht beraten.

bb) Dass das Landesarbeitsgericht nicht schon vor Ablauf der gewährten Schriftsatzfrist über den Streitgegenstand selbst entschieden hat, entspricht den prozessualen Vorschriften. 18

(1) Gemäß § 283 Satz 2 ZPO muss eine Erwiderung, die rechtzeitig innerhalb der nachgelassenen Frist erfolgt, bei der Entscheidung berücksichtigt werden. Das „Nachschubrecht“ verlängert den Schluss der mündlichen Verhandlung für das nachgelassene Erwiderungsvorbringen bis zum Ablauf der gewährten Frist (*Zöller/Greger ZPO 30. Aufl. § 283 Rn. 1*). 19

(2) Anders ist dies bei nicht nachgelassenem, nach Schluss der mündlichen Verhandlung iSv. § 296a ZPO nachgereichtem Vorbringen. Dieses ist lediglich darauf hin zu prüfen, ob es Anlass zu einer Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung nach § 156 ZPO gibt. Ist in einem solchen Fall das Urteil im Anschluss an die mündliche Verhandlung im Beisein aller Richter schon inhaltlich beraten worden, kann über die Reaktion auf den nachgereichten Schriftsatz in einer Telefonkonferenz beraten werden. Sieht das Gericht keinen Anlass für eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung, verbleibt es bei dem bereits gefällten Urteil. 20

cc) Eine inhaltliche Entscheidung über den Streitgegenstand hat die Kammer erstmals am 11. April 2014 in einer Telefonkonferenz gefällt. Darin lag keine Beratung nach § 193 GVG. Auch nach der Telefonkonferenz vom 11. April 2014 hat bis zur Verkündung des Urteils am 7. Mai 2014 eine Beratung über den Streitgegenstand selbst im Beisein aller beteiligten Richter nicht mehr stattgefunden. Die Kammer hat am 6. Mai 2014 lediglich in einer weiteren Telefonkonferenz entschieden, die Verhandlung sei auch angesichts eines Schriftsatzes der Beklagten vom 2. Mai 2014 nicht wiederzueröffnen; es verbleibe „bei der bisher getroffenen Entscheidung am 11.4.2014“. 21

b) Das angefochtene Urteil ist nicht in zulässiger Weise im schriftlichen Umlaufverfahren gefällt worden. Zum einen ist fraglich, ob diese Form der Beratung für Urteile, die auf eine mündliche Verhandlung und unter Beteiligung von ehrenamtlichen Richtern ergehen, überhaupt in Betracht kommen kann. Dagegen bestehen erhebliche Bedenken. Die in der Rechtsprechung bislang anerkannten Fälle betrafen Beschlüsse nach § 130a VwGO und § 153 Abs. 4 SGG, die ohne mündliche Verhandlung und ohne Beteiligung von ehrenamtlichen Richtern ergehen. Zum anderen hat das Landesarbeitsgericht über den Streitgegenstand des angefochtenen Urteils schon tatsächlich gar nicht im Einverständnis aller beteiligten Richter im schriftlichen Umlaufverfahren beraten und abgestimmt. Zwar ist das schriftliche Urteil am 17. April 2014 an die ehrenamtlichen Richter gesandt und vor seiner Verkündung von allen beteiligten Richtern unterzeichnet worden. Es ist aber nichts dafür ersichtlich, dass dies der inhaltlichen Beratung und Abstimmung in der Sache und nicht ausschließlich dem Erfordernis einer Unterschrift durch sämtliche Kammermitglieder nach § 69 Abs. 1 Satz 1 ArbGG dienen sollte. Die Kammer hatte schon in der Telefonkonferenz am 11. April 2014 eine inhaltliche Entscheidung über den Streitgegenstand getroffen und an dieser auch in ihrer weiteren Telefonkonferenz am 6. Mai 2014 lediglich festgehalten.

II. Das angefochtene Urteil beruht iSd. § 73 Abs. 1 Satz 1 ArbGG auf dem Verfahrensfehler. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass es bei ordnungsgemäßer Beratung und Abstimmung anders ausgefallen wäre (*zu diesem Maßstab bei Verfahrensverstößen: BAG 23. Januar 1996 - 9 AZR 600/93 - zu I 2 c der Gründe, BAGE 82, 74; Düwell/Lipke/Düwell 3. Aufl. § 73 Rn. 51; ErfK/Koch 15. Aufl. § 73 ArbGG Rn. 10; GK-ArbGG/Mikosch Stand Dezember 2014 § 73 Rn. 90; Schwab/Weth/Ulrich 4. Aufl. ArbGG § 73 Rn. 62 mwN; für § 545 Abs. 1 ZPO vgl. BGH 26. April 1989 - I ZR 220/87 - zu II 2 a der Gründe; Zöller/Heßler ZPO 30. Aufl. § 545 Rn. 1*). So kommt insbesondere in Betracht, dass bei einer mündlichen Beratung im Beisein aller Richter angesichts der Schriftsätze der Parteien vom 7. und 9. April 2014 eine Fortsetzung der mündlichen Verhandlung zur weiteren Aufklärung des Sachverhalts beschlossen und



ein im Ergebnis für die Beklagte günstigeres Urteil gefällt worden wäre. Die Sache war daher an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen.

III. Was die neue Verhandlung und Entscheidung angeht, hat das Landesarbeitsgericht auf der Basis der bisherigen Feststellungen in der Sache selbst zutreffend entschieden. 24

1. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Kündigung vom 18. Dezember 2012 sei nicht iSv. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt, ist ohne Rechtsfehler. 25

a) Eine Kündigung ist nur dann iSd. § 1 Abs. 2 KSchG durch „dringende“ betriebliche Erfordernisse „bedingt“, wenn es dem Arbeitgeber nicht möglich ist, dem bei Ausspruch der Kündigung absehbaren Wegfall des bisherigen Beschäftigungsbedarfs durch andere Maßnahmen - technischer, organisatorischer oder wirtschaftlicher Art - als durch eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu entsprechen (*BAG 8. Mai 2014 - 2 AZR 1001/12 - Rn. 12*). Die Merkmale der „Dringlichkeit“ und des „Bedingtseins“ der Kündigung sind Ausdruck des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Er gebietet dem Arbeitgeber, vor einer Beendigungskündigung dem Arbeitnehmer von sich aus eine mögliche anderweitige Beschäftigung auf einem freien Arbeitsplatz, ggf. zu geänderten (gleichwertigen oder schlechteren) Bedingungen, anzubieten (*BAG 8. Mai 2014 - 2 AZR 1001/12 - aaO; 29. August 2013 - 2 AZR 809/12 - Rn. 22, BAGE 146, 37*). Entsprechendes gilt, wenn die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nach zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen möglich ist. Diese in § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Buchst. b, Satz 3 KSchG konkretisierte Kündigungsschranke gilt unabhängig davon, ob in dem Betrieb ein Betriebsrat besteht und dieser der Kündigung widersprochen hat (*BAG 8. Mai 2014 - 2 AZR 1001/12 - aaO; 29. August 2013 - 2 AZR 809/12 - aaO*). 26

aa) Als „frei“ sind grundsätzlich nur solche Arbeitsplätze anzusehen, die im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung unbesetzt sind (*BAG 25. Oktober 2012 - 2 AZR 552/11 - Rn. 29; 15. Dezember 2011 - 2 AZR 42/10 - Rn. 24, BAGE 140, 169*). Dem steht es gleich, wenn ein Arbeitsplatz bis zum Ablauf der 27

Kündigungsfrist frei wird (*BAG 25. Oktober 2012 - 2 AZR 552/11 - aaO; 1. März 2007 - 2 AZR 650/05 - Rn. 24*). Die Einbeziehung in der Vergangenheit liegender Umstände ist dann geboten, wenn der Arbeitgeber durch zweckvolle Festlegung des Kündigungszeitpunkts anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten, die noch kurze Zeit vorher auf der Hand lagen, durch eigenes Handeln ausschließt und dadurch den Kündigungsgrund selbst herbeiführt (*BAG 9. September 2010 - 2 AZR 493/09 - Rn. 22; 5. Juni 2008 - 2 AZR 107/07 - Rn. 16*). Es ist dem Arbeitgeber nach dem Rechtsgedanken des § 162 BGB verwehrt, sich auf den Wegfall von Beschäftigungsmöglichkeiten im Kündigungszeitpunkt zu berufen, wenn dieser Wegfall treuwidrig herbeigeführt wurde (*vgl. BAG 9. September 2010 - 2 AZR 493/09 - aaO; 25. April 2002 - 2 AZR 260/01 - zu B III 2 b bb der Gründe*). Ein treuwidriges, weil rechtsmissbräuchliches Verhalten liegt insbesondere dann vor, wenn für den Arbeitgeber zum Zeitpunkt einer Stellenbesetzung das Auslaufen der Beschäftigungsmöglichkeiten für den später gekündigten Arbeitnehmer bereits absehbar war (*BAG 9. September 2010 - 2 AZR 493/09 - aaO; 25. April 2002 - 2 AZR 260/01 - aaO*).

bb) Erfüllt der Arbeitnehmer das Anforderungsprofil der fraglichen Stelle, bedarf es grundsätzlich keiner weiter gehenden Prüfung, ob ihm die Tätigkeit zumutbar ist. Das gilt auch dann, wenn die Zuweisung eine Vertragsänderung erforderlich machen würde. Auch eine dann notwendige Änderungskündigung darf nur in „Extremfällen“ unterbleiben. Wenn dem Arbeitnehmer eine Tätigkeit auf dem freien Arbeitsplatz nicht objektiv schlechthin unzumutbar ist, soll grundsätzlich er selbst entscheiden können, ob er eine Weiterbeschäftigung unter veränderten, möglicherweise erheblich schlechteren Arbeitsbedingungen akzeptiert oder nicht (*BAG 8. Mai 2014 - 2 AZR 1001/12 - Rn. 13; 29. August 2013 - 2 AZR 809/12 - Rn. 23, BAGE 146, 37*). Beruft sich der Arbeitnehmer auf eine ihm bekannte Beschäftigungsmöglichkeit aber nicht zeitnah, spricht vieles dafür, dass auch er selbst darin keine zumutbare Beschäftigungsperspektive sieht und der Arbeitgeber ein entsprechendes Änderungsangebot nicht unterbreiten musste. Es spricht dann viel für die Annahme, dass der Arbeitnehmer das betreffende Angebot auch mit Blick auf eine drohende Beendigungskündi-

28

gung nicht angenommen hätte (*BAG 23. Februar 2010 - 2 AZR 656/08 - Rn. 57, BAGE 133, 226; 21. September 2006 - 2 AZR 607/05 - Rn. 46*).

cc) Darlegungs- und beweisbelastet für das Fehlen anderweitiger Beschäftigungsmöglichkeiten ist gemäß § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG der Arbeitgeber. Berufet sich der Arbeitnehmer auf eine andere Möglichkeit der Weiterbeschäftigung, muss der Arbeitgeber eingehend erläutern, aus welchen Gründen eine Umsetzung nicht in Betracht kam (*BAG 29. August 2013 - 2 AZR 809/12 - Rn. 24, BAGE 146, 37; 25. Oktober 2012 - 2 AZR 552/11 - Rn. 30*). 29

b) Danach ist das Landesarbeitsgericht auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen zu Recht davon ausgegangen, die Beklagte habe der Klägerin im Zusammenhang mit der Kündigung als milderer Mittel gegenüber einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Weiterbeschäftigung auf der ab 1. Januar 2013 eingerichteten Stelle im Bereich „Social Media“ anbieten müssen. 30

aa) Es hat im Ergebnis zutreffend angenommen, die Beklagte könne sich nach dem Rechtsgedanken des § 162 BGB nicht darauf berufen, dass diese Beschäftigungsmöglichkeit infolge der Besetzung der Stelle mit einer anderen Mitarbeiterin weggefallen sei. Unbefristet angestellte Arbeitnehmer, deren Arbeitsplatz entfällt, haben bei der Besetzung freier Stellen - auch wenn ihnen diese nur im Wege einer Änderungskündigung übertragen werden können - Vorrang nicht nur vor externen Bewerbern, sondern auch vor solchen Arbeitnehmern, deren Arbeitsverhältnis zeitgleich durch Befristung endet (*Gehlhaar DB 2008, 2831, 2832; aA für Auszubildende und befristet zur Probe angestellte Arbeitnehmer: Krause in vHH/L 15. Aufl. § 1 Rn. 787*). Zwar hatte die Beklagte das zunächst bis zum 31. Dezember 2012 befristete Arbeitsverhältnis mit der anderen Mitarbeiterin zum Zwecke ihres Einsatzes auf der Stelle im Bereich „Social Media“ bereits am 17. Dezember 2012 - und damit vor Erklärung der hier im Streit befindlichen Kündigung - bis Ende des Jahres 2013 verlängert. Dass die bisherige Beschäftigungsmöglichkeit der Klägerin zum 31. Dezember 2012 auslaufen würde, war ihr - der Beklagten - zu diesem Zeitpunkt aber bereits bekannt. Sie hatte die Entscheidung, die zum Wegfall des Arbeitsplatzes 31

der Klägerin führen würde, nach ihrem eigenen Vorbringen schon im November 2012 getroffen. Durch die Besetzung der Stelle im Bereich „Social Media“ mit der ursprünglich bis zum 31. Dezember 2012 befristet beschäftigten Mitarbeiterin hat die Beklagte den Ausschluss der Möglichkeit, die Klägerin dort weiter zu beschäftigen, selbst herbeigeführt, obwohl der Verlust von deren Stelle bereits absehbar war.

bb) Ein Angebot zur Weiterbeschäftigung der Klägerin auf der Stelle im Bereich „Social Media“ war nicht deshalb entbehrlich, weil nicht sicher war, ob es die Beschäftigungsmöglichkeit auch über den 31. Dezember 2013 hinaus gäbe. 32

(1) Die Beschäftigungsmöglichkeit bestand in jedem Fall elf Monate über den Ablauf der Kündigungsfrist am 31. Januar 2013 hinaus. Dies ist keine so kurze Zeit, dass der Beklagten angesichts der bisherigen Feststellungen eine Einarbeitung der Klägerin nicht zumutbar gewesen wäre. 33

(a) Die Klägerin hat behauptet, sie habe höchstens zwei Monate lang angelehrt werden müssen. Eine solche Zeitspanne war der Beklagten mit Blick auf eine bisherige Beschäftigungsdauer von vier Jahren zumutbar. Zwar kann bei der Beurteilung der Zumutbarkeit einer Einarbeitungszeit neben der bisherigen Betriebszugehörigkeit auch die zu erwartende zukünftige Dauer des Arbeitsverhältnisses zu berücksichtigen sein (vgl. *Kittner/Däubler/Zwanziger/Deinert KSchR 9. Aufl. § 1 KSchG Rn. 554*). Auch bei einem ggf. nur noch elf Monate fortbestehenden Beschäftigungsbedarf war jedoch eine Einarbeitungszeit von bis zu zwei Monaten nicht unverhältnismäßig. Für die Klägerin bestand nach der von der Beklagten behaupteten Umorganisation schon ab 1. Januar 2013 auf der bisherigen Stelle kein Beschäftigungsbedarf mehr. Sie hätte damit bereits ab diesem Zeitpunkt im Bereich „Social Media“ eingearbeitet und anschließend mindestens zehn Monate auf der Stelle eingesetzt werden können. 34

(b) Das Landesarbeitsgericht hat das Vorbringen der Beklagten, die erforderliche Einarbeitung der Klägerin hätte mindestens sechs Monate beansprucht, zu Recht als nicht hinreichend substantiiert erachtet. Die Beklagte hat zwar die für ein Tätigwerden auf der Position im Bereich „Social Media“ not- 35

wendigen Kenntnisse und Fähigkeiten benannt und behauptet, die Klägerin habe nicht über die fraglichen Qualifikationen verfügt. Nähere Angaben dazu, welche der geforderten Kenntnisse sich die Klägerin allenfalls in welcher Zeit und mit welchen Mitteln hätte aneignen können, fehlen aber. Angesichts der unstreitigen Vorbefassung der Klägerin mit dem Thema „Social Media“ ist nicht ersichtlich, weshalb sie eine mindestens sechsmonatige Einarbeitungszeit benötigt hätte. Das Landesarbeitsgericht hat außerdem aus eigener Sachkunde angenommen, die notwendigen Fertigkeiten hätten innerhalb kurzer Zeit in Eigenregie erlernt werden können. Eine Aufklärungs- oder Hinweistrüge hat die Beklagte diesbezüglich nicht erhoben.

(c) Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, auf das Interesse der Klägerin an dem Thema „Social Media“ komme es nicht entscheidend an, ist auf der Basis der bisherigen Feststellungen nicht zu beanstanden. Der Vortrag der Beklagten, Voraussetzung für die Wahrnehmung von Aufgaben in diesem Bereich sei eine besondere Affinität zum Thema, lässt nicht erkennen, warum dies einem Einsatz der Klägerin auf der Stelle nach einer Einarbeitungszeit hätte entgegen stehen können. 36

(d) Entgegen der Auffassung der Beklagten muss sich das Landesarbeitsgericht nicht deshalb an einer Erheblichkeit ihres Vorbringens zu Eignungsmängeln der Klägerin festhalten lassen, weil es dieser die Möglichkeit nachgelassen hat, darauf binnen bestimmter Frist zu erwidern. Dessen bedurfte es schon, um zu klären, ob etwa die von der Beklagten behauptete Dauer einer Einarbeitungszeit unstreitig würde. 37

(2) Das von der Beklagten geltend gemachte Interesse, die Stelle im Wege zulässiger Zeitbefristung bzw. deren Verlängerung nach § 14 Abs. 2 Satz 1 TzBfG ohne die mit einer Kündigung verbundenen Risiken besetzen zu können, ist im Verhältnis zur Klägerin nicht schutzwürdig. Der Umstand, dass ungewiss ist, ob die Möglichkeit einer Beschäftigung auf einer freien anderen Stelle über einen bestimmten Zeitraum hinaus bestehen wird, ändert nichts daran, dass diese Stelle einem nach § 1 KSchG geschützten und fachlich geeigneten Ar- 38

beitnehmer zur Vermeidung einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses angeboten werden muss.

(a) Ist schon im Kündigungszeitpunkt absehbar, dass der Beschäftigungsbedarf auf der freien Stelle nur für einen begrenzten Zeitraum besteht, kommt eine Änderungskündigung mit dem Angebot einer nur befristeten Weiterbeschäftigung des vom Wegfall seines bisherigen Arbeitsplatzes betroffenen, nach § 1 KSchG geschützten Arbeitnehmers in Betracht. Die nachträgliche Befristung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses im Wege einer - ohnehin erforderlichen - Änderungskündigung ist durch § 2 KSchG nicht ausgeschlossen. Deren soziale Rechtfertigung setzt - unter diesem Aspekt - voraus, dass sich die Befristung - gemessen am Maßstab des § 14 Abs. 1 TzBfG - ihrerseits als wirksam erweist (*BAG 16. Dezember 2010 - 2 AZR 576/09 - Rn. 36; 25. April 1996 - 2 AZR 609/95 - zu II 1 b der Gründe, BAGE 83, 82*). 39

(b) Liegt im Kündigungszeitpunkt - wie von der Beklagten geltend gemacht - ein Sachgrund iSd. § 14 Abs. 1 TzBfG für eine nur befristete Weiterbeschäftigung nicht vor, scheidet eine Änderungskündigung mit dem Ziel einer nur befristeten Weiterbeschäftigung zwar aus: Eine sachgrundlose Befristung wäre wegen der Zuvorbeschäftigung des Arbeitnehmers gemäß § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG ebenso unzulässig (*aA Löwisch in Löwisch/Spinner 10. Aufl. KSchG § 1 Rn. 365*). Das führt aber nicht zur Wirksamkeit der Beendigungskündigung. Das unternehmerische Konzept, einen zeitlich ungewissen Beschäftigungsbedarf mit einem Arbeitnehmer abzudecken, der wirksam befristet (weiter)beschäftigt werden kann, ist gegenüber dem nach § 1 KSchG geschützten Arbeitnehmer unbeachtlich (*offengelassen in BAG 25. April 1996 - 2 AZR 609/95 - zu II 1 c der Gründe, BAGE 83, 82; vgl. dazu Eckert DStR 1997, 1301*). Die Möglichkeit, mit dem Stellenbewerber wirksam eine Befristung zu vereinbaren, stellt kein beachtliches, tätigkeitsbezogenes Anforderungsprofil dar (*vgl. dazu BAG 10. Juli 2008 - 2 AZR 1111/06 - Rn. 27 mwN*). In der Sache zielt ein solches unternehmerisches Konzept vielmehr auf eine - unzulässige - Austauschündigung. Der Arbeitgeber ist im Verhältnis zu einem nach § 1 KSchG geschützten Arbeitnehmer nicht frei darin, den anderen Arbeitsplatz nur befristet zu besetzen. 40

Zwar ist er nicht verpflichtet, zur Vermeidung betriebsbedingter Kündigungen neue Arbeitsplätze zu schaffen (*BAG 17. März 2005 - 2 AZR 4/04 - zu B IV 2 a der Gründe; KR/Griebeling 10. Aufl. § 1 KSchG Rn. 221, 231; APS/Kiel 4. Aufl. § 1 KSchG Rn. 600; Gehlhaar DB 2008, 2831*). Besteht jedoch Beschäftigungsbedarf, ist dieser - unbeschadet eines möglichen Wegfalls in der Zukunft - bei der Prüfung alternativer Einsatzmöglichkeiten im Sinne von § 1 Abs. 2 Satz 3 KSchG zu berücksichtigen. Dadurch wird die unternehmerische Freiheit, einen Arbeitsplatz nur vorübergehend einzurichten, nicht berührt. Die kündigungsrechtlich gebotene Weiterbeschäftigung eines Arbeitnehmers, dessen bisheriger Arbeitsplatz weggefallen ist, auf einem nur befristet eingerichteten Alternativarbeitsplatz bedeutet nicht, dass die betreffende Stelle über die geplante Zeit hinaus aufrechterhalten werden müsste (*KR/Griebeling 10. Aufl. § 1 KSchG Rn. 221; Gehlhaar aaO*). Fällt sie weg und ist eine andere Beschäftigung nicht mehr möglich, kann der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis des zunächst weiterbeschäftigten Arbeitnehmers nunmehr - ggf. nach korrekter Sozialauswahl - betriebsbedingt kündigen. Der Einwand, die Unsicherheit über den Ausgang eines dann zu führenden Kündigungsschutzprozesses sei dem Arbeitgeber nicht zumutbar, ist nicht berechtigt. Das Risiko der Unwirksamkeit ist mit jeder Kündigung eines nach § 1 KSchG geschützten Arbeitsverhältnisses verbunden und ist bei einem tatsächlichen Wegfall von Beschäftigungsbedarf nicht gegeben.

cc) Dem Erfordernis einer Änderungskündigung steht nicht entgegen, dass die Klägerin in Teilzeit beschäftigt war, während die Position im Bereich „Social Media“ mit einer Vollzeitkraft besetzt werden sollte. Die Beklagte hat sich - soweit ersichtlich - nicht darauf berufen, eine Teilung der Stelle und ihre Besetzung zu zeitlich 75 vH mit der Klägerin sei nicht möglich gewesen. Überdies hätte sie in diesem Fall der Klägerin die Position im Bereich „Social Media“ in Vollzeit anbieten müssen. Darin läge nicht etwa das Angebot eines höherwertigen Arbeitsplatzes, auf das die Klägerin keinen Anspruch hätte, weil dies einer Beförderung gleichkäme (*vgl. dazu BAG 19. Mai 2010 - 5 AZR 162/09 - Rn. 37, BAGE 134, 296; 10. Juli 2008 - 2 AZR 1111/06 - Rn. 37*). Mit der Erhöhung der Arbeitszeit ist keine Beförderung verbunden.

41

dd) Ein Angebot zur Weiterbeschäftigung auf der Stelle im Bereich „Social Media“ war entgegen der Auffassung der Beklagten nicht deshalb entbehrlich, weil sie nicht damit zu rechnen brauchte, dass die Klägerin ein solches Angebot annähme. Für die Berechtigung einer solchen Prognose besteht kein Anhaltspunkt. Die Klägerin hat sich auf die Möglichkeit, auf der fraglichen Stelle weiterbeschäftigt zu werden, schon innerhalb der ihr gesetzten Frist zur Stellungnahme auf die Klageerwiderung und damit zu dem frühesten Zeitpunkt berufen, zu dem dies im Kündigungsschutzprozess veranlasst war. 42

2. Nach den bisherigen Feststellungen hält auch die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Kündigung sei nicht gemäß § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam, einer revisionsrechtlichen Prüfung stand. 43

a) Nach § 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ist der Betriebsrat vor jeder Kündigung zu hören. Der Arbeitgeber hat ihm gemäß § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG die Gründe für die Kündigung mitzuteilen. Eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung ist gemäß § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam. 44

aa) Für die Mitteilung der Kündigungsgründe gilt der Grundsatz der „subjektiven Determinierung“ (*BAG 23. Oktober 2014 - 2 AZR 736/13 - Rn. 14; 21. November 2013 - 2 AZR 797/11 - Rn. 24, BAGE 146, 303*). Der Arbeitgeber muss dem Betriebsrat die Umstände mitteilen, die seinen Kündigungsentschluss tatsächlich bestimmt haben (*BAG 23. Oktober 2014 - 2 AZR 736/13 - aaO; 21. November 2013 - 2 AZR 797/11 - aaO*). Dem kommt er dann nicht nach, wenn er dem Betriebsrat einen schon aus seiner eigenen Sicht unrichtigen oder unvollständigen Sachverhalt unterbreitet (*BAG 23. Oktober 2014 - 2 AZR 736/13 - aaO; 21. November 2013 - 2 AZR 797/11 - aaO*). Das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit soll im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat Offenheit und Ehrlichkeit gewährleisten und verbietet es, dem Betriebsrat Informationen zu geben bzw. ihm vorzuenthalten, aufgrund derer bzw. ohne die bei ihm ein falsches Bild über den Kündigungssachverhalt entstehen könnte (*BAG 31. Mai 1990 - 2 AZR 78/89 - zu II 1 a der Gründe*). Schildert der Arbeitgeber dem Betriebsrat bewusst und gewollt unrichtige oder unvollständige - und damit irreführende - Kündigungssachverhalte, ist die Anhö-



zung unzureichend und die Kündigung unwirksam (*BAG 31. Juli 2014 - 2 AZR 407/13 - Rn. 46; 10. April 2014 - 2 AZR 684/13 - Rn. 22; 24. Mai 1989 - 2 AZR 399/88 - zu II 2 c der Gründe*). Eine bloß vermeidbare oder unbewusste Fehlinformation führt dagegen noch nicht für sich alleine zur Unwirksamkeit der Betriebsratsanhörung (*vgl. BAG 21. November 2013 - 2 AZR 797/11 - Rn. 26, aaO; 12. September 2013 - 6 AZR 121/12 - Rn. 21; 22. September 1994 - 2 AZR 31/94 - zu II 3 b der Gründe, BAGE 78, 39*).

bb) Die Mitteilungspflicht des Arbeitgebers im Rahmen von § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG reicht nicht so weit wie seine Darlegungslast im Prozess (*BAG 23. Oktober 2014 - 2 AZR 736/13 - Rn. 22; 21. November 2013 - 2 AZR 797/11 - Rn. 27, BAGE 146, 303*). Die Anhörung des Betriebsrats soll diesem nicht die selbständige Überprüfung der Wirksamkeit der beabsichtigten Kündigung, sondern eine Einflussnahme auf die Willensbildung des Arbeitgebers ermöglichen (*BAG 23. Oktober 2014 - 2 AZR 736/13 - aaO; 31. Januar 1996 - 2 AZR 181/95 - zu II 2 der Gründe*). Sinn und Zweck des § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG ist es, den Betriebsrat in die Lage zu versetzen, sachgerecht auf den Arbeitgeber einzuwirken, dh. die Stichhaltigkeit und Gewichtigkeit der Kündigungsgründe zu überprüfen und sich über sie eine eigene Meinung zu bilden (*BAG 23. Oktober 2014 - 2 AZR 736/13 - aaO; 27. Juni 1985 - 2 AZR 412/84 - zu II 1 b der Gründe, BAGE 49, 136*). Den Kündigungsgrund hat der Arbeitgeber daher regelmäßig unter Angabe von Tatsachen so zu beschreiben, dass der Betriebsrat ohne zusätzliche eigene Nachforschungen die Stichhaltigkeit prüfen kann (*BAG 12. September 2013 - 6 AZR 121/12 - Rn. 21; 23. Februar 2012 - 2 AZR 773/10 - Rn. 30*).

b) Danach hat die Beklagte dem Betriebsrat den für sie maßgeblichen Kündigungssachverhalt hinreichend mitgeteilt. Sie hat angegeben, die Aufgaben der Klägerin würden zum 1. Januar 2013 teilweise an Drittunternehmen übertragen, teilweise intern neu verteilt. Sie hat anhand der bisherigen Stellenbeschreibung der Klägerin konkret aufgelistet, welche Teilaufgaben zukünftig von welchem Drittunternehmen oder welchem anderen Mitarbeiter wahrgenommen würden. Soweit sie dabei fehlerhaft dargestellt haben sollte, die Tätig-

keiten betreffend die „Verantwortung PR- und Mediabudget“ werde der Leiter Marketing übernehmen, während sie in Wirklichkeit ebenfalls einem - für die Übernahme anderer Aufgaben der Klägerin benannten - externen Unternehmen übertragen werden sollten, lag darin nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts keine bewusste Irreführung. Die objektiv unzutreffende Angabe hat den Kündigungssachverhalt nicht so verfälscht, dass dem Betriebsrat eine Stellungnahme zu den wahren Kündigungsgründen nicht möglich gewesen wäre. Der Kern des Kündigungsgrundes - der Wegfall der Stelle der Klägerin durch Fremdvergabe und Umverteilung auf andere Mitarbeiter - blieb unverändert. Eine andere Beurteilung käme in Betracht, wenn es für die Einschätzung des Betriebsrats, ob die Umorganisation so, wie sie geplant war, überhaupt praktisch durchführbar wäre, von erheblicher Bedeutung hätte sein können, ob der fragliche Aufgabenbereich von einem internen Mitarbeiter oder von einem Drittunternehmen übernommen werden sollte, weil dies etwa angesichts von Art oder Umfang der Tätigkeiten nicht gleichgültig wäre.

Kreft

Berger

Rachor

Alex

Wolf