

Landesarbeitsgericht Düsseldorf, 12 Sa 132/07

Datum: 18.04.2007
Gericht: Landesarbeitsgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 12. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 12 Sa 132/07

Vorinstanz: Arbeitsgericht Mönchengladbach, 4 Ca 2358/06
Schlagworte: Aushändigung einer Kündigungskopie - sozialauswahlrelevante "Aufwertung" einer Abteilung zum Betrieb
Normen: § 1 Abs. 3, § 17, § 23 KSchG, § 126, § 130, § 623 BGB
Sachgebiet: Arbeitsrecht
Leitsätze:
1. Eine Kündigung ist dem Arbeitnehmer nicht in der gesetzlich vorgeschriebenen Schriftform zugegangen, wenn ihm das Kündigungsschreiben lediglich in Kopie übergeben wird. Dass dem Empfänger anlässlich der Übergabe der Kopie das Originalschreiben zur Ansicht und nicht zur Mitnahme vorgelegt wird ("Nur gucken, nicht anfassen"), genügt nicht für die in § 130 Abs. 1 BGB präsumierte Erlangung der Verfügungsgewalt.

2. Der Arbeitgeber kann nicht dadurch, dass er aus Anlass der Stilllegung einer Abteilung diese zum selbständigen "Betrieb" aufwertet, die kündigungsschutzgesetzliche Privilegierung reklamieren, dass die Sozialauswahl grundsätzlich betriebsbezogen ist und sich auch bei unternehmensweiter Versetzungsklausel nicht auf andere Betriebe erstreckt.

Hinweis der Kammer: Parallelsache zu 12 Sa 461/07 (Urteil vom 27.06.2007)

Tenor: Unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Mönchengladbach vom 14.12.2006 wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die Kündigung der Beklagten vom 25.07.2006 aufgelöst worden ist.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.

Die Revision wird nicht zugelassen.

GRÜNDE :

1

A. Die Parteien streiten über die Rechtswirksamkeit einer ordentlichen, mit Schreiben vom 25.07.2006 erklärten Kündigung, zu deren sozialen Rechtfertigung sich die Beklagte auf betriebsbedingte Gründe beruft. Die Klägerin beanstandet vor allem die Sozialauswahl wegen Nichtberücksichtigung der im Versand weiterbeschäftigten Mitarbeiter sowie die fehlende Schriftform der Kündigung, weil ihr am 26.07.2006 nicht das Originalschreiben, sondern eine Kopie mitgegeben

worden sei. Die Beklagte hält der Rüge nach § 1 Abs. 3 KSchG entgegen, dass es sich bei Versand und Wareneingang um einen anderen, eigenständigen Betrieb gehandelt habe. Sie sieht die Schriftform nach § 623, § 126 BGB für gewahrt an, weil der Klägerin anlässlich der Übergabe der Kündigung Gelegenheit geben worden sei, das auf den Büroschreibtisch des Zeugen D. gelegte Originalschreiben zu lesen und mit der daneben gelegten Fotokopie zu vergleichen.

2

Die Klägerin, am 18.11.1953 geboren, verheiratet, ist seit dem 28.03.1990 als gewerbliche Arbeitnehmerin bei der Beklagten beschäftigt. Die Tätigkeit der Klägerin ist in einem von der Beklagten unter dem 04.10.2006 erstellten Zwischenzeugnis (Bl. 93 GA) beschrieben worden. In § 1 Abs. 2 des Arbeitsvertrages vom 28.03.1990 behielt sich die Beklagte vor, die Klägerin ihren Fähigkeiten entsprechend auch in anderen Bereichen des Unternehmens ... einzusetzen.

3

Die Beklagte befasste sich an ihrem Standort O., T. weg 8, im wesentlichen mit der Produktion von Ordnern sowie in dem auf der gegenüber liegenden Straßenseite gelegenen Gebäude mit dem Versand der in ihrem Werk in Ungarn hergestellten oder von Dritten zugekauften Produkte. Die Produktion, die von dem Zeugen D. geleitet wurde, war im Erdgeschoss des Gebäudes T. weg 8 untergebracht und umfasste zuletzt ca. 20 Maschinenbediener, darunter die Klägerin. Weiterhin rechnet die Beklagte u.a. diverse kaufmännische Mitarbeiter, deren kaufmännischer Leiter K. war, dem Produktionsbereich zu (Seite 4 des Schriftsatzes vom 12.12.2006). Der Produktionsleiter D. und der kaufmännischer Leiter K. unterstanden dem Bereichsleiter S. Im Versand waren ca. 4 bis 5 Arbeitnehmer beschäftigt, etwa dieselbe Anzahl von Arbeitnehmern war in dem zum Versand gehörenden Wareneingang tätig. Der Versandbereich wurde von dem Bereichsleiter A. geleitet, der sein Büro in der 1. Etage des Gebäudes T. weg 8 hatte. Bis Oktober 2005 kann es zu einem gelegentlichen Austausch von Mitarbeitern zwischen Produktion und Versand; danach stellte die Beklagte einen derartigen Personalwechsel ein.

4

In der 1. Etage des Gebäudes T. weg 8 befanden sich neben Räumlichkeiten für zwei andere zur Gruppe gehörenden Unternehmen auch das Büro des Geschäftsführers, das Sekretariat, Einkauf, IT, Lohnbuchhaltung, Controlling und ein Teil der Personalabteilung. Der andere Teil der Personalabteilung und der Vertrieb befanden sich in der Niederlassung F.. Dem Geschäftsführer der Beklagten waren die Bereichsleiter unmittelbar nachgeordnet, so die Bereichsleiter für Produktion, Versand, Finanzen und IT.

5

In der Nacht vom 10. auf den 11.07.2006 brannte die Produktionshalle ab. Inwieweit Löschwasser die Produktionsmaschinen beschädigte, ist streitig. Die Beklagte produziert seither nicht mehr in O.. Monate später hat sie nach dem Versand den Standort O. insgesamt aufgegeben.

6

Mit anwaltlichem Schreiben vom 18.07.2006 (Bl. 30 GA) und Anzeige vom 20.07.2005 (Bl. 76 ff. GA) wurde der Agentur für Arbeit die in der Produktion beabsichtigte Massenentlassung angezeigt. Unter dem 24.07.2006 (Bl. 80 f. GA) und 10.08.2006 (Bl. 32 GA) äußerte sich die Agentur für Arbeit zu der Anzeige.

7

Laut Protokoll der Gesellschafterversammlung vom 24.07.2006 (Bl. 49 GA) beschloss die Beklagte die endgültige Einstellung der Produktion in O..

8

Am 25.07.2006 fertigte die Beklagte die für die Mitarbeiter der Produktion bestimmten Kündigungsschreiben aus. Nachdem sie feststellte, dass in Kündigungsschreiben ein falsches Beendigungsdatum angegeben war, übermalte sie mit Tipp-Ex das Datum und setzte handschriftlich das neue Datum ein. Von allen Kündigungsschreiben fertigte sie anschließend eine Fotokopie. Das Originalschreiben unterscheidet sich von der Kopie u.a. in dem farblichen Logo

9

und dem mit Kugelschreiber getätigten Schriftzug des Geschäftsführers.

Gegen 9.00 Uhr morgens am 26.07.2006 unterrichtete der Geschäftsführer der Beklagten die Mitarbeiter in einer Ansprache von der Entscheidung, die Produktion nicht wieder aufzunehmen und alle Arbeitsverhältnisse kündigen zu müssen.

Anschließend übergaben der Bereichsleiter S. und der Produktionsleiter D. in dessen Büro insgesamt 21, nacheinander hereingerufenen Mitarbeitern, darunter der Klägerin, die Kündigung. Dieser Vorgang pflegte sich wie folgt abzuspielen: Herr S. legte das Originalkündigungsschreiben sowie die Fotokopie auf dem Schreibtisch dergestalt, dass der Mitarbeiter, der sich an dem Schreibtisch setzen sollte, beide Schreiben lesen konnte. Herr S. und Herr D. führten mit dem Mitarbeiter ein kurzes Gespräch. Dabei ließen sie sich von dem Mitarbeiter auch den Kündigungszugang auf beiden Schreiben quittieren. Anschließend faltete Herr S. die Kopie zusammen, steckte sie in einen Umschlag und gab den Umschlag dem Mitarbeiter mit.

10

Bei der Klägerin verhielt sich die Übergabe anders. Ob die Klägerin sich an den Schreibtisch setzte, ist streitig. Jedenfalls verweigerte sie die Quittierung des Zugangs, woraufhin die Zeugen sowohl auf das Originalschreiben (Bl. 82 GA) als auch auf die Kopie (Bl. 5 GA) handschriftlich den Vermerk unter Zeugen übergeben setzten, datierten und unterzeichneten. Der Klägerin wurde in einem Umschlag das kopierte Kündigungsschreiben mitgegeben.

11

Am 03.08.2006 hat die Klägerin beim Arbeitsgericht Mönchengladbach Kündigungsschutzklage eingereicht. Sie hat die Betriebsbedingtheit der Kündigung bestritten, die Sozialauswahl gerügt und geltend gemacht, dass die Kündigung nicht vom Geschäftsführer der Beklagten unterzeichnet, sondern nur paraphiert worden sei. Mit Schriftsatz vom 31.10.2006 hat sie weiterhin vorgetragen, dass es sich bei dem am 26.07.2006 übergebenen Kündigungsschreiben nicht um das Original, sondern um eine Kopie gehandelt habe.

12

Die Klägerin hat beantragt,

13

1.

14

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die betriebsbedingte Kündigung der Beklagten vom 25.07.2006, zugegangen am 26.07.2006, nicht mit Ablauf des 31.01.2007 sein Ende finden wird;

15

2.

16

für den Fall des Obsiegens mit Klageantrag zu Ziffer 1 die Beklagte zu verurteilen, die Klägerin zu unveränderten Arbeitsbedingungen als gewerbliche Arbeitnehmerin weiterzubeschäftigen bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzprozesses.

17

Die Beklagte hat beantragt,

18

die Klage abzuweisen.

19

Sie hat behauptet, dass die Kündigung vom Geschäftsführer mit vollem Namenszug unterzeichnet sei, und die Ansicht vertreten, dass im Büro des Zeugen D. am 26.07.2006 das Kündigungsschreiben der Klägerin im Original zugegangen sei. Da aufgrund des Brandes keine Geschäftsbögen mehr vorhanden gewesen seien und die mit Tipp-Ex berichtigten und anschließend vom Geschäftsführer unterzeichneten Originalschreiben optisch nicht mehr den Anforderungen der Beklagten entsprachen, seien die Fotokopien angefertigt worden. Die Klägerin habe im Büro ausreichend Zeit gehabt, das Originalschreiben durchzulesen. Danach habe sie die Quittierung verweigert.

20

Die Kündigung sei, so hat die Beklagte weiter vorgetragen, durch dringende betriebliche Erfordernisse i.S.v. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG bedingt gewesen. Nachdem sie sich zur dauerhaften Einstellung der Produktion in O. entschlossen

21

habe, habe für die Klägerin keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit bestanden. Sie ist der Auffassung der Klägerin, dass es sich bei Produktion und Versand um zwei Abteilungen eines Betriebes handele, und dem Hinweis auf das Zwischenzeugnis und auf andere Umstände entgegen getreten und hat für ihre gegenteilige Ansicht angeführt, dass die Leitung der Produktion und des Versandes verschiedenen Bereichsleitern übertragen gewesen sei. Diese seien selbständig einstellungs- und abmahnungsberechtigt gewesen. Herr S. habe Ende November 2005 14 Produktionsmitarbeiter entlassen und nach 5 Kündigungsschutzklagen 7 Vergleiche geschlossen. Nach Oktober 2005 seien zwischen Produktion und Versand keine Arbeitnehmer mehr ausgeliehen worden.

Das Arbeitsgericht hat am 14.12.2006 durch Vernehmung der Zeugen S. und D. Beweis erhoben und durch Urteil vom selben Tag die Klage abgewiesen. Mit der form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung greift die Klägerin das Urteil, auf das hiermit zur weiteren Darstellung des Sach- und Streitstandes verwiesen wird, in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht an. 22

Sie beantragt, 23

unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Mönchengladbach vom 14.12.2006 (4 Ca 2358/06), festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die betriebsbedingte Kündigung der Beklagten vom 25.07.2006, zugeworfen am 26.07.2006, nicht mit Ablauf des 31.01.2007 sein Ende gefunden hat. 24

Die Beklagte beantragt, 25

die Berufung zurückzuweisen. 26

Beide Parteien wiederholen und ergänzen ihr erstinstanzliches Vorbringen. Wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst hierzu überreichten Anlagen und auf den übrigen Akteninhalt Bezug genommen. 27

B. Die mit Schreiben vom 25.07.2006 erklärte Kündigung ist rechtsunwirksam und hat das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgelöst. Daher ist unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils der Klage stattzugeben. 28

I. Die Kündigung ist nicht bereits wegen Verstoßes gegen §§ 17 ff. KSchG 29

unwirksam. Die Beklagte gab unter dem 20.07.2005 die Massentlassungsanzeige nach § 17 KSchG gegenüber der zuständigen Agentur für Arbeit ab. Die Anzeige ging am selben Tag bei der Agentur laut dem Antwortschreiben vom 24.07.2005 ein. Erst später, am 26.07.2006, erklärte die Beklagte gegenüber 21 Arbeitnehmern der Produktion, darunter der Klägerin, die Kündigungen. Da mangels anderer Anhaltspunkte auch im Vortrag der Klägerin davon auszugehen ist, dass bei der Beklagten ein Betriebsrat nicht gewählt war, entfiel die Durchführung des Konsultationsverfahrens nach Art. 2 EGRL 98/59 vom 20.07.1998 (vgl. EuGH, Urteil vom 27.01.2005, C-188/03[Junk], NJW 2005, 1099, BAG, Urteil vom 13.07.2006, 6 AZR 198/06, NZA 2007, 25, KR/Weigand, 8. Aufl., § 17 KSchG Rz. 55a). Die Beklagte war daher nicht gehindert, nach Abgabe der Massentlassungsanzeige ihren Arbeitnehmern zu kündigen.

Die Klägerin hat in der Berufung keine Einwände gegen Zeitpunkt, Form und Inhalt der Massentlassungsanzeige erhoben und die Kündigung auch nicht nach § 17 KSchG beanstandet. 30

II. Die Betriebsbedingtheit der Kündigung steht ebenfalls außer Frage. Zu den 31

dringenden betrieblichen Erfordernissen, die nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG eine Kündigung sozial rechtfertigen können, gehören die ernsthafte und endgültige Stilllegung des gesamten Betriebs, einer Betriebsabteilung oder eines Betriebsteils durch den Arbeitgeber. Dabei ist von einer Stilllegung auszugehen, wenn der Arbeitgeber seine Stilllegungsabsicht unmissverständlich äußert, allen Arbeitnehmern des Betriebs oder Betriebsteils kündigt, die Betriebsmittel, über die

er verfügen kann (Räumlichkeiten, Maschinen usw.) aufgibt und die betreffende Betriebstätigkeit vollständig einstellt (vgl. BAG, Urteil vom 24.08.2006, 8 AZR 317/05, AP Nr. 152 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung).

Im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigungen hatte die Beklagte den definitiven Entschluss gefasst, die Produktion in O. nicht wiederaufzunehmen. Ihre Stilllegungsabsicht hatte greifbare Formen angenommen, die in der Massenentlassungsanzeige, dem Gesellschafterbeschluss vom 24.07.2006 und den Geschehnissen am 26.07.2006 zum Ausdruck kamen. Zudem bestätigt die nachträgliche Entwicklung die beabsichtigte Aufgabe der Produktion in O.. Zwar ist es, weil maßgebender Zeitpunkt für die Beurteilung der sozialen Rechtfertigung einer Kündigung der Kündigungszeitpunkt ist, im Grundsatz unerheblich, ob die Umsetzung des unternehmerischen Vorhabens plangemäß stattfindet oder nicht. Jedoch lässt sich an der nachfolgend eingetretenen betrieblichen Lage verifizieren, ob die unternehmerische Organisationsentscheidung ernsthaft und endgültig und von einer betriebswirtschaftlich vernünftigen Prognose getragen war (BAG, Urteil vom 27.11.2003, 2 AZR 48/03, AP Nr. 64 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl, Kammerurteile vom 21.08.2002, 12 Sa 538/02, n.v., vom 07.05.2003, LAGE Nr. 66 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung, vom 25.08.2004, LAGE Nr. 46 zu § 1 KSchG Soziale Auswahl).

32

Gemessen an diesen Prüfungsmaßstäben ist fraglich, ob die Klägerin in erster Instanz nicht bereits die Darlegungslast der Beklagten überdehnt hat, wenn sie die Stilllegung der Produktion in Abrede stellte (vgl. zur Vortragslast des Arbeitgebers BAG, Urteil vom 18.10.2006, 2 AZR 434/05, DB 2007, 810). In der Berufungsbegründung hat die Klägerin nicht weiter bestritten, dass im Kündigungszeitpunkt die Stilllegung der Produktion beschlossen gewesen sei. Es sind auch keine Umstände ersichtlich, die an der vorhanden gewesenen Stilllegungsabsicht der Beklagten zweifeln lassen könnten.

33

III. Die Kündigung ist nach § 1 Abs. 3 KSchG sozial ungerechtfertigt, denn die Beklagte hat den für die Sozialauswahl zu berücksichtigenden auswahlrelevanten Personenkreis fehlerhaft bestimmt, indem sie bei der Auswahl der Klägerin zur Kündigung nicht die im Versand beschäftigten Mitarbeiter einbezogen hat. Danach ist mangels anderer Anhaltspunkte davon auszugehen, dass die Klägerin sozial deutlich schutzwürdiger ist als andere, im Versand weiterbeschäftigte Mitarbeiter.

34

1. Nach höchstrichterlicher Spruchpraxis (BAG, Urteil vom 02.03.2006, 2 AZR 23/05, NZA 2006, 1350), der die Kammer folgt (LAG Düsseldorf, Urteil vom 13.07.2005, 12 Sa 616/05, LAGE Nr. 51 zu § 1 KSchG Soziale Auswahl), bestimmt sich der Kreis der in die soziale Auswahl einzubeziehenden vergleichbaren Arbeitnehmer in erster Linie nach arbeitsplatzbezogenen Merkmalen, also zunächst nach der ausgeübten Tätigkeit. Dies gilt nicht nur bei einer Identität der Arbeitsplätze, sondern auch dann, wenn der Arbeitnehmer auf Grund seiner Tätigkeit und Ausbildung eine andersartige, aber gleichwertige Tätigkeit ausführen kann. Die Notwendigkeit einer kurzen Einarbeitungszeit (alsbaldige Substituierbarkeit) steht der Vergleichbarkeit nicht entgegen (qualifikationsmäßige Austauschbarkeit). An einer Vergleichbarkeit fehlt es jedoch, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht einseitig auf den anderen Arbeitsplatz um- oder versetzen kann (arbeitsvertragliche Austauschbarkeit).

35

An der qualifikationsmäßigen Austauschbarkeit der Klägerin bestehen keine Zweifel. Sie war ausweislich des Zwischenzeugnisses (Bl. 93 GA) vom 01.01.2002 bis zum 31.12.2003 im Versand eingesetzt gewesen und bewältigte dort ihre Aufgaben zur vollen Zufriedenheit .

36

37

Danach ist davon auszugehen, dass die Klägerin, der sehr gute Arbeitsergebnisse und sehr schnell angeeignete Fachkenntnisse bescheinigt wurden, im Jahr 2006

- ohne weiteres im Versand auszuübende Tätigkeiten hätte verrichten können.
Die arbeitsvertragliche Austauschbarkeit der Klägerin ergibt sich aus § 1 Abs. 2 des Arbeitsvertrages und der praktizierten Versetzung zwischen Produktion und Versand. 38
2. Nach der BAG-Rechtsprechung ist die Sozialauswahl betriebsbezogen und erstreckt sich auch im Falle einer unternehmensweiten Versetzungsklausel grundsätzlich nicht auf andere Betriebe des Unternehmens . Eine betriebsübergreifende Sozialauswahl kann danach nur ausnahmsweise, bei rechtsmissbräuchlicher Umgehungsabsicht, stattfinden (BAG, Urteil vom 02.06.2005, 2 AZR 158/04, NJW 2005, 3446, 15.12.2005, 6 AZR 199/05, NJW 2006, 1757, KR/Griebeling, § 1 KSchG Rz. 608). 39
- a) Die Beklagte hat geltend gemacht, dass es sich bei Produktion und Versand/Wareneingang um unterschiedliche eigenständige Betriebe gehandelt habe. Diese Beurteilung, der die Vorinstanz gefolgt ist, vermag die Kammer nicht zu teilen. Vielmehr stellte der Standort O. einen (Gesamt)Betrieb dar. 40
- b) Unter Betrieb ist die organisatorische Einheit von Arbeitsmitteln zu verstehen, mit deren Hilfe der Arbeitgeber allein oder in Gemeinschaft mit seinen Arbeitnehmern mit Hilfe von technischen und immateriellen Mitteln einen bestimmten arbeitstechnischen Zweck fortgesetzt verfolgt, der nicht nur in der Befriedigung von Eigenbedarf liegt. Von Betrieben zu unterscheiden sind Betriebsteile, die gegenüber dem Hauptbetrieb organisatorisch unselbständig sind und eine Teilfunktion von dessen arbeitstechnischem Zweck wahrnehmen. Betriebsteile zeichnen sich dadurch aus, dass sie über einen eigenen Arbeitnehmerstamm, eigene technische Hilfsmittel und eine durch die räumliche und funktionale Abgrenzung vom übrigen Betrieb bedingte relative Selbständigkeit verfügen. Andererseits fehlt ihnen aber ein Leitungsapparat, um insbesondere in personellen oder sozialen Angelegenheiten wesentliche Entscheidungen selbständig treffen zu können. Eine Betriebsabteilung ist ein räumlich und organisatorisch abgegrenzter Teil eines Betriebs oder eines Betriebsteils, der eine personelle Einheit erfordert, dem eigene technische Betriebsmittel zur Verfügung stehen und der eigene Betriebszwecke verfolgt, die Teil des arbeitstechnischen Zwecks des Gesamtbetriebs sind oder in einem bloßen Hilfszweck für den arbeitstechnischen Zweck des Gesamtbetriebs bestehen können (BAG, Urteil vom 17.11.2005, 6 AZR 118/05, NZA 2006, 370, Urteil vom 22.09.2005, 2 AZR 544/04, NZA 2006, 558, Urteil vom 21.06.1995, 2 AZR 693/94, EzA Nr. 14 zu § 23 KSchG). 41
- c) Gemessen an diesen Grundsätzen sind Produktion und Versand Organisationseinheiten des in O. unterhaltenen Gesamtbetriebs der Beklagten gewesen. Sie erfüllen alle Merkmale des Begriffs der Betriebsabteilung , waren insbesondere räumlich und organisatorisch abgegrenzt, verfügten über eigene technische Betriebsmittel und verfolgten eigene arbeitstechnische Zwecke und bildeten eine personelle Einheit, die gekennzeichnet war durch die ihnen zugeordneten Arbeitnehmer und Leitungspersonen. Dabei ist die räumliche Nähe der Organisationseinheiten in O. zwar nicht ein Merkmal, aber ein Indiz für das Vorliegen eines einheitlichen Betriebs (vgl. BAG, Beschluss vom 23.09.1982, 6 ABR 42/81, EzA Nr. 3 zu § 1 BetrVG 1972). Der Umstand, dass Produktion und Versand verschiedenartige Aufgaben gestellt waren, indiziert nicht die Existenz zweier selbständiger Betriebe, sondern ist zunächst gerade und nur ein Abgrenzungskriterium der Betriebsabteilung von den übrigen Teilen des Betriebs. Ebenso wenig macht die Tatsache, dass ab Oktober 2005 Mitarbeiter zwischen Produktion und Versand nicht mehr ausgeliehen wurden, diese Einheiten zu Betrieben , sondern gehört auch in einem Gesamtbetrieb zu den möglichen Maßnahmen der personellen Organisation und Personalplanung und führung. 42

Die Relativität des separierten Personaleinsatzes zeigt sich überdies daran, dass die Produktionsmitarbeiter bis zum Kündigungstermin monatelang mit Restarbeiten oder mit anderen Arbeiten weiterbeschäftigt wurden (Seite 5 f. des Schriftsatzes der Beklagten vom 06.11.2006). Inwieweit mit diesen Restarbeiten Betriebszwecke der (stillgelegten) Produktion verfolgt wurden, wird von der Beklagten in beiden Instanzen nicht näher dargestellt. Darüber hinaus gab es eine arbeitstechnische Verknüpfung zwischen Wareneingang und Produktion, wenn Produktionsmitarbeiter ihre Ware beim Warenausgang abholten (Seite 4 des Schriftsatzes der Beklagten vom 12.12.2006, Seite 4 des Schriftsatzes der Klägerin vom 04.12.2006). Ausgehend davon, dass von der Beklagten zugestanden Produktion und Versand bis November 2005 Teile eines Gesamtbetriebs waren, hätte es im Rahmen der abgestuften Darlegungs- und Beweislast seitens der Beklagten der nachvollziehbaren Darstellung von Veränderungen gefordert, die über eine gewisse personelle Verselbständigung hinaus (keine Mitarbeiterausleihe mehr, Einsetzung der Bereichsleiter S. und A.) die bisherigen Abteilungen zu eigenständigen Betrieben werden ließ. Der Vortrag der Beklagten zu diesem Punkt ist in beiden Instanzen unergiebig geblieben.

43

Mit dem Vortrag zur Einstellungs-, Abmahnungs- und Kündigungsbefugnis des Bereichsleiters S. zeigt die Beklagte zwar einen Umstand auf, der als Anzeichen für die organisatorische Selbständigkeit der Produktion in eine Gesamtschau einfließen kann. Die Befugnis zu personellen Einzelmaßnahmen machte die Bereichsleiter jedoch zunächst nur zu leitenden Angestellten i.S.v. § 5 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BetrVG (vgl. auch KR/Rost, § 14 KSchG Rz. 29/32), stellte lediglich einen Ausschnitt aus dem Gesamtspektrum der personellen und sozialen Angelegenheiten dar und hat begrenzte Aussagekraft, denn dadurch, dass Arbeits- und Führungsaufgaben, Funktionen und Zuständigkeiten auf eine untere Ebene (Bereich) delegiert werden, entsteht nicht bereits ein eigenständiger Betrieb. So besaßen Produktion und Versand keine eigene Verwaltung, sondern die für sie wahrzunehmenden Verwaltungsaufgaben wurden durch andere Organisationseinheiten (Personalabteilung, Lohnbuchhaltung, IT usw.) übernommen. Es bestanden vielfältige arbeitstechnische Verknüpfungen und organisatorische Abhängigkeiten zu anderen, insbes. administrativen Bereichen. Die den Bereichsleitern S. und A. übertragene Leitungs- und Organisationsbefugnis waren nur die eines Abteilungsleiters und machte daher die Bereiche nicht zu eigenständigen Betrieben. Anzumerken ist, dass die dem Bereichsleiter S. zugeschriebene selbständige Entlassungsbefugnis am 26.07.2006 nicht sichtbar wurde. Alle Kündigungsschreiben hatte der Geschäftsführer, der persönlich den Mitarbeitern der Produktion seine Entscheidung, die Produktion aufzugeben, bekannt gegeben hatte, unterzeichnet. Der Bereichsleiter S. trat mit dem Produktionsleiter D. praktisch nur als das die Kündigungsübergabe ausführende Organ auf.

44

d) Das erstinstanzliche Urteil hat ausgeführt, dass es vorliegend nicht auf den betriebsverfassungsrechtlichen Betriebsbegriff ankomme, sondern dem Kündigungsschutzgesetz ein eigener Betriebsbegriff zugrunde liege. Dieser richtige Ansatz darf freilich nicht den Blick dafür verstellen, dass der kündigungrechtliche Betriebsbegriff weitgehend vom Betriebsverfassungsgesetz geprägt wird (BAG, Urteil vom 03.06.2004, 2 AZR 386/03, NJW 2005, 90). Zudem ist es im allgemeinen unabweisbar, bei der Definition des Betriebsbegriffs, auf die jeweilige Regelungsmaterie und deren normativen Schutzzweck zu beachten (vgl. z.B. zu EGRL 75/129 EuGH, Urteil vom 07.09.2006, C-187/05, NZA 2006, 1087, zu § 15 Abs. 5 KSchG BAG, Urteil vom 02.03.2006, 2 AZR 83/05, NZA 2006, 988, zu § 1 BetrVG Fitting, BetrVG, 23. Aufl., § 1 Rz. 61, § 4 Rz. 1). Das Bundesverfassungsgericht hat bezogen auf die Kleinbetriebsklausel den

45

kündigungsrechtlichen Betriebsbegriff ebenfalls (verfassungskonform) nach dem gesetzlichen Schutzzweck ausgelegt (BVerfG, Beschluss vom 27.01.1998, NJW 1998, 1475). Um kündigungsrechtlichen Schutz geht es indessen nicht nur bei der Privilegierung des Kleinbetriebs nach § 23 Abs. 1 Satz 2 u. 3 KSchG, sondern oberhalb der Schwellenwerte des §23 KSchG auch bei der Sozialauswahl, weil die Bildung des auswahlrelevanten Personenkreises vom jeweiligen Zuschnitt des Beschäftigungsbetriebs abhängen und damit für die Wirksamkeit der Kündigung maßgebend sein kann (vgl. auch SPV/Preis, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9. Aufl., Rz. 888). Unter diesem Aspekt liegt nahe, die Konsequenzen der betriebsbezogenen Sozialauswahl (BAG, Urteil vom 02.06.2005, a.a.O.) an dem Schutzinteresse des Arbeitgebers auszurichten, dass eine Sozialauswahl, die vergleichbare Arbeitnehmer mehrerer, möglicherweise weit auseinander liegender Betriebe des Unternehmens einbezieht, die Vorbereitung eines Kündigungsentschlusses durch den Arbeitgeber und dessen Nachprüfung durch die Gerichte ohne ausreichende gesetzliche Grundlage über Gebühr erschweren und darüber hinaus zu nur schwer lösbaren Problemen im Rahmen der Beteiligung des Betriebs-/Personalrats bei derartigen Maßnahmen führen (würde) . Bei räumlich eng verbundenen Organisationseinheiten ist ein derart ausgeprägtes Schutzinteresse nicht ohne weiteres gegeben. Vielmehr geht oftmals in diesen Fällen

und so auch im Streitfall das Interesse des Arbeitgebers nicht darüber hinaus, die mit jeder Sozialauswahl verbundenen Lästigkeiten und Belastungen zu vermeiden. Dieses Interesse hat grundsätzlich hinter dem Bestandsschutzinteresse der gekündigten Arbeitnehmer zurückzustehen. Daher sind kündigungsrechtlich an die Aufspaltung des Gesamtbetriebs in mehrere kleinere Betriebe besondere Anforderungen zu stellen und durch eine entsprechende Verteilung der Darlegungs- und Beweislast abzusichern (vgl. BVerfG vom 27.01.1998, a.a.O.).

46

In Anwendung dieser Maßstäbe liegt die Annahme noch ferner, dass Produktion und Versand eigenständige Betriebe seien.

47

IV. Des weiteren mangelt es der streitbefangenen Kündigung an der Schriftform nach § 623, § 126 BGB. Sie ist auch aus diesem Grund unwirksam.

48

1. Das Arbeitsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass der Arbeitnehmer den Schriftformmangel der Kündigung nicht innerhalb der Dreiwochenfrist geltend zu machen braucht (§ 4 Satz 1 KSchG), sondern dies auch später tun kann (ErfK/Müller-Glöge, 7. Aufl., § 623 BGB Rz. 24, SPV/Vossen, Rz. 1723a, KR/Spilger, § 623 BGB Rz. 214).

49

2. Es kann dahin stehen, ob der Schriftzug auf dem Kündigungsschreiben die Absicht der vollen Unterschriftsleistung erkennen lässt und sich als Wiedergabe eines Namens darstellt.

50

51

Nach ganz herrschender Auffassung setzt eine Unterschrift ein aus Buchstaben einer üblichen Schrift bestehendes Gebilde voraus, das nicht lesbar zu sein braucht. Erforderlich, aber auch genügend ist das Vorliegen eines die Identität des Unterschreibenden ausreichend kennzeichnenden individuellen Schriftzuges, der einmalig ist, entsprechende charakteristische Merkmale aufweist, sich als Wiedergabe eines Namens darstellt und die Absicht einer vollen Unterschriftsleistung erkennen lässt. Handzeichen, die allenfalls einen Buchstaben verdeutlichen, sowie Unterzeichnungen mit einer Buchstabenfolge, die erkennbar als bewusste und gewollte Namensabkürzung erscheint, stellen demgegenüber keine formgültige Unterschrift dar. Ob ein Schriftzeichen eine Unterschrift oder lediglich eine Abkürzung (Handzeichen, Paraphe) darstellt, beurteilt sich nach dem äußeren Erscheinungsbild. Dabei ist ein großzügiger Maßstab anzulegen, sofern die Autorenschaft gesichert ist (BGH, Vers.-Urteil vom 15.11.2006, WM 2007, 426;

ferner BAG Urteil 20.09.2006, 6 AZR 82/06, EzA-SD 2007, Nr. 6, 5 ff.).

Das Arbeitsgericht hat aus dem äußeren Erscheinungsbild des Schriftzugs des Geschäftsführers auf dem Kündigungsschreiben auf das Vorliegen einer vollen Namensunterschrift geschlossen. Den gut begründeten Erwägungen des erstinstanzlichen Urteils ist hinzuzufügen, dass der Schriftzug dem auf dem Protokoll der Gesellschafterversammlung (Bl. 49 GA) weitgehend entspricht. Geringfügige Unterschiede lassen sich dadurch erklären, dass die Unterzeichnung der 21 Kündigungsschreiben in schneller Abfolge geschah und daher die einzelne Unterschrift weniger exakt ausgefallen sein mag. Im übrigen lässt es die Klägerin für ihre gegenteilige Behauptung an konkret nachvollziehbarem Vortrag und z.B. der Vorlage von Schriftstücken mit einer anderen Unterschrift des Geschäftsführers fehlen.

52

3. Das Originalkündigungsschreiben ist der Klägerin nicht i. S. v. § 130 BGB zugegangen. Dies hat zur Konsequenz, dass die Kündigung wegen Formmangels nach § 623, § 126 Abs. 1 BGB unwirksam ist.

53

a) Die Kündigung bedarf gemäß § 623 BGB zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Sie muss daher gemäß § 126 Abs. 1 BGB vom Erklärenden eigenhändig unterschrieben und da es sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handelt in dieser Form auch dem Erklärungsempfänger gemäß § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB zugehen.

54

Unzureichend ist dabei der Zugang einer Fotokopie der unterschriebenen Urkunde oder eines Auszuges aus dem Vertrag. Erforderlich ist vielmehr der Zugang der mit der Originalunterschrift versehenen Urkunde (OLG Düsseldorf, Urteil vom 20.03.2001, ZMR 2002, 35 ff.).

55

Es entspricht allgemeiner Auffassung, dass eine verkörperte Willenserklärung unter Anwesenden zugeht, wenn sie durch Übergabe in den Herrschaftsbereich des Empfängers gelangt. Der Zugang ist erfolgt, wenn der Erklärungsempfänger die tatsächliche Verfügungsgewalt über das die Erklärung enthaltene Schriftstück erlangt hat (BAG Beschl. v. 07.01.2004, 2 AZR 388/03, ZInsO 2005, 671, BGH, Urteil vom 21.02.1996, NJW-RR 1996, 641 [Niederlegen eines Schriftstücks auf den gemeinsamen Wohnzimmertisch]), wenn die Erklärung durch Übergabe in den Herrschaftsbereich des Empfängers gelangt ist (BAG, Urteil vom 04.12.1986, 2 AZR 33/86, n.v.).

56

57

b) Das Arbeitsgericht hat es unter Hinweis auf das BAG-Urteil vom 04.11.2004 (2 AZR 17/04, NJW 2005, 1533) für den Zugang ausreichen lassen, dass das Originalschreiben derart auf den Büroschreibtisch des Zeugen D. gelegt wurde, dass ein in den Raum gerufener Arbeitnehmer, wenn er an dem Schreibtisch Platz nahm, das Schreiben (und die daneben gelegte Kopie) durchlesen und verstehen konnte. Diesen Sachverhalt hat das Arbeitsgericht auf Grund der Aussagen der Zeugen S. und D. festgestellt. Die gegen diese Feststellung gerichteten Bedenken resultieren zum einen daraus, dass nach den Aussagen offen geblieben ist, ob die Klägerin (was sie bestreitet) sich an den Schreibtisch setzte, und die Aufforderung, sie solle das (Kündigungsschreiben) lesen und den Erhalt quittieren (was die Klägerin verweigerte), von der Klägerin so verstanden werden musste, dass sie im Stehen beide Schreiben lesen und ggf. das mit Tipp-Ex und handschriftlich geänderte Originalschreiben mit der Kopie abgleichen sollte. Auch weist das Sitzungsprotokoll vom 14.12.2006 auf eine unterschiedliche Schilderung der Geschehenabfolge durch die Zeugen hin. Nach den Bekundungen des Zeugen S. wurde die Klägerin zunächst darüber informiert, dass sie sich arbeitsuchend melden müsse, anschließend wurde mit ihr über das Zeugnis gesprochen und ihr schließlich nach der dann verweigerten Quittierung die zusammengefaltete Kopie in einem Umschlag übergeben. Der Zeuge D. hat demgegenüber ausgesagt, dass

im Anschluss an die verweigerte Quittierung die Klägerin über die Pflicht belehrt wurde, sich bei der Arbeitsagentur zu melden und mit ihr noch das Zeugnis angesprochen wurde.

c) Die Kammer hat davon abgesehen, die Zeugen zu vernehmen, um sich ein eigenes Bild von der Glaubhaftigkeit ihrer Bekundungen zu machen. Auch wenn man den erstinstanzlich festgestellten Sachverhalt zugrunde legt, ist nach Auffassung der Kammer kein Zugang i. S. v. § 130 Abs. 1 BGB gegeben. Denn die Klägerin erhielt die Verfügungsgewalt über das Originalkündigungsschreiben auch nicht vorübergehend, sondern musste selbst wenn sie sich an den Schreibtisch gesetzt hätte nach den Umständen davon ausgehen, dass das Schreiben auf dem Schreibtisch des Zeugen D. liegen und damit in der Verfügungsgewalt der Beklagten bleiben sollte und ihr, der Klägerin, lediglich die Gelegenheit gegeben war, es zu lesen. Ein solches Erklärungsverhalten der Beklagten (Angucken ja, Anfassen nein) stellt keine Übergabe bzw. Aushändigung und keine Aufgabe der Verfügungsgewalt dar. Diesem Befund steht nicht entgegen, dass die Arbeitnehmer den Erhalt der Kündigung auch auf dem Originalschreiben quittieren sollten. Vielmehr geht daraus, dass die Empfangsbestätigung auf das von der Beklagten zurückgehaltene Originalschreiben gesetzt werden sollte, verstärkt hervor, dass die Beklagte das Originalschreiben auch wegen der Dokumentation des Kündigungsausspruchs nicht aus der Hand geben wollte.

58

d) Das Bundesarbeitsgericht hat im Urteil vom 04.11.2004 (a.a.O.) herausgestellt, dass Zugang unter Anwesenden nicht erfordert, dass die Verfügungsgewalt über das Schriftstück dauerhaft erlangt sein müsse. Indessen gibt das Urteil nicht das Erfordernis auf, dass das Schriftstück in die Verfügungsgewalt Herrschaftsbereich des Empfängers gelangen muss. Wenn das Urteil für den Zugang einer verkörperten Erklärung unter Anwesenden die Aushändigung und Übergabe des Schriftstücks und den Umstand, dass überhaupt durch Übergabe in den Herrschaftsbereich des Empfängers gelangt, genügen lässt, dann fehlt es anders als in dem vom BAG entschiedenen Fall vorliegend an einer Aushändigung und Übergabe. Im selben Sinn hat das BAG im Beschluss vom 07.01.2004 (a.a.O.) erkannt, dass unter Anwesenden eine verkörperte Kündigungserklärung dem Erklärungsempfänger zugeht, wenn das Kündigungsschreiben übergeben, d.h. in seinen Herrschaftsbereich gelangt ist, wenn der Erklärungsempfänger die tatsächliche Verfügungsgewalt über das die Erklärung enthaltene Schriftstück erlangt hat.

59

In beiden vorgenannten Entscheidungen wird ausdrücklich an das RG-Urteil vom 27.10.1905, RGZ 61, 414 f. angeknüpft. Dort ist wörtlich ausgeführt:

60

Abgegeben wird die schriftliche Erklärung erst durch die Überreichung an den anwesenden oder die Absendung an den abwesenden Gläubiger. Wirksam wird die abgegebene Erklärung erst in dem Zeitpunkt, in dem sie dem Gläubiger im Sinne des § 130 BGB zugeht, in dem der Gläubiger die tatsächliche Verfügungsgewalt über das die Erklärung enthaltene Schriftstück erlangt. Zwar bezieht sich der § 130 BGB nach seinem Wortlaute nur auf Erklärungen gegenüber Abwesenden; er ist jedoch auch auf Erklärungen und Anwesenden anwendbar. Der § 130 stellt den allgemeinen, die gesamte Lehre vom Abschlusse der Rechtsgeschäfte beherrschenden Grundsatz auf, dass der Erklärende nicht gebunden sein soll, solange er in der Lage ist, über das die Erklärung enthaltene Schriftstück selbst zu verfügen, wohl aber, sobald der Adressat die tatsächliche Verfügungsgewalt über das Schriftstück erlangt hat. Wenn in Anwendung dieses Grundsatzes der Absender berechtigt ist, das bereits einem Boten oder der Post übergebene Schriftstück zurückzunehmen, so muss auch unter Anwesenden der Erklärende berechtigt sein, die unterschriebene Urkunde zurückzuhalten und selbst die dem Adressaten dargereichte Urkunde zurückzuziehen, solange dieser

61

sie nicht ergriffen oder sonst in seine Verfügungsgewalt gebracht hat. Darüber besteht auch in der Literatur kein Streit. Streitig ist, ob das Zugehen in diesem Sinne genügt, ob nicht unter Anwesenden noch die Kenntnisnahme des Adressaten von dem Inhalte hinzukommen muss, eine Frage, auf die einzugehen vorliegendfalls kein Anlass besteht. Auch der Beklagte will anscheinend das Erfordernis des Zugehens nicht bestreiten, da er seinen Anspruch gerade auf die Behauptung stützt, der Bürgschaftsschein habe dem Direktor R. zur Verfügung gestanden .

Prüft man diese Behauptung im Lichte der vorstehenden rechtlichen Gesichtspunkte, so ist klar, dass sie in dem eigenen Vorbringen des Beklagten keine Stütze findet. In dem Augenblick, als im Nebenzimmer der Schuss fiel, soll die Klägerin im Begriffe gewesen sein, den Schein dem Direktor R. zu übergeben. Folglich hatte sie ihre eigene Verfügungsmacht noch nicht aufgegeben. Danach soll die Urkunde auf dem Tische liegen geblieben sein. Daraus folgt aber mit nichten, dass sie dem Direktor R. zur Verfügung stand. Dies ließe sich vielleicht sagen, wenn die Klägerin die Urkunde vor dem Genannten niedergelegt hätte, in der unverkennbaren Absicht, sie ihm zu überlassen. Diese Absicht macht auch ohne weiteres voraussetzen sein bei der Niederlegung vor dem Adressaten. Ganz anders, wenn die Klägerin den Schein auf ihrem eigenen Platze liegen ließt, als sie sich in der Bestürzung über den gefallenen Schuss erhob. So gut wie beim Fallen des Schusses die bereits ausgestreckte Hand zurückziehen konnte, so gut konnte sie dem Direktor die Wegnahme der Urkunde untersagen. Dieser hatte kein Recht, die daliegende Urkunde als ihm übergeben anzusehen; denn er konnte nicht annehmen, dass die Wegnahme auch jetzt noch, bei der gänzlich veränderten Sachlage, dem Willen der Klägerin entspreche. Er hat denn auch die Urkunde nicht an sich genommen. Nach alledem hat der Beklagte keinen Vorgang behauptet, aus dem entnommen werden könnte, dass die Klägerin die Urkunde dem Direktor R. zur Verfügung gestellt habe; und es dann deshalb von einer wirksam gewordenen Bürgschaftserklärung der Klägerin keine Rede sein. Demnach erweist sich auch der auf die Bürgschaft gestützte Widerklageantrag als unbegründet.

62

Zwar weist der vom Reichsgericht entschiedene Fall Besonderheiten auf, so dass die Ausführungen im Urteil vom 27.10.1905 ebenso wenig wie die im BAG-Urteil vom 04.11.2004 auf den Streitfall nicht ohne weiteres übertragbar sind. Es spricht aber auch vorliegend nichts dafür, dass die Beklagte in der erkennbaren Absicht, das Originalkündigungsschreiben den Arbeitnehmern zu überlassen, das Schreiben auf dem Büroschreibtisch des Produktionsleiters D. platzierte und dass die Arbeitnehmer das Recht hatten, das Schreiben als ihnen übergeben anzunehmen und an sich zu nehmen. Die Arbeitnehmer mussten vielmehr davon ausgehen, dass die Beklagte die Verfügungsgewalt über das Schreiben behalten wollte und es nur zum Lesen bzw. zur Quittierung des Kündigungserhalts auf dem Schreibtisch lag. Daher nahmen die Arbeitnehmer das Originalschreiben auch nicht an sich.

63

e) Hinzu kommt folgender Gesichtspunkt. Das gesetzliche Schriftformerfordernis des § 623 BGB hat vor allem auch Beweisfunktion. Zu der Identitäts- und Echtheitsfunktion tritt die Verifikationsfunktion: Der Empfänger der Erklärung soll die Möglichkeit haben, am Original zu überprüfen, ob die Erklärung echt und der Text von der Unterschrift gedeckt ist (Verifikationsfunktion). In diesem Sinn schützt die Schriftform des § 623 BGB den Kündigungsempfänger auch dann, wenn ihm zwar das persönliche Schriftstück übergeben wird, jedoch in seiner Abwesenheit erstellt und von einer anderen Person als dem Übergebenden unterzeichnet worden ist (vgl. BAG, Urteil 20.09.2006, 6 AZR 82/06, EzA-SD 2007, Nr. 6, 5). Diese Verifikationsfunktion ist zumal bei einem mit Tipp-Ex und handschriftlich

64

veränderten Schreiben nach Auffassung der Kammer nicht gewährleistet, wenn das Schreiben dem Empfänger nicht ausgehändigt wird.

4. Die Klägerin handelt nicht treuwidrig, wenn sie sich auf den Schriftformmangel beruft. 65

Nach zutreffender Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (Urteil vom 16.09.2004, 2 AZR 659/03, NJW 2005, 844) kann ein Formmangel nach § 623 BGB nur ausnahmsweise wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) für unbeachtlich erachtet werden. Im allgemeinen ist es die Sache des Erklärenden, selbst dafür zu sorgen dass das gesetzliche Schriftformerfordernis gewahrt wird. So stellt etwa die Tatsache, dass der Empfänger eine formwidrig erklärte Kündigung widerspruchslos hinnimmt und sich erst später auf den Formmangel beruft, noch keinen Verstoß gegen Treu und Glauben dar (BAG, Urteil vom 19.05.1988, 2 AZR 596/87, NZA 1989, 461). Anders liegen die Dinge vor allem in den Fällen, in denen der Erklärende sich mit der Berufung auf den Formmangel zu eigenem vorhergehenden Verhalten in Widerspruch setzen würde (venire contra factum proprium). Wann besondere Umstände die Rechtsausübung als treuwidrig erscheinen lassen, ist unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zu entscheiden (BAG, Urteil vom 16.01.2003, 2 AZR 653/01, EzA Nr. 3 zu § 242 BGB 2002 Kündigung, vgl. BAG, Urteil vom 16.09.2004, a.a.O., Urteil vom 18.02.1992, 9 AZR 118/91, EzA Nr. 1 zu § 1 BUrlG Verwirkung, ArbG Düsseldorf, Urteil vom 03.05.1995, 4 Ca 6437/94, n.v., Palandt/Heinrichs, BGB, 66. Aufl., § 125 Rz. 16).

66

Nach diesen Maßstäben wäre die Berufung der Klägerin auf den Formmangel selbst dann nicht treuwidrig, wenn sie was angesichts der verweigeren Quittierung nicht der Fall ist die Kündigung widerspruchslos hingenommen hätte. Hinzu kommt, dass ein Arbeitgeber damit rechnen muss, dass der Arbeitnehmer ein nicht ausgehändigtes, mit Tipp-Ex und handschriftlich geändertes Originalschreiben im Nachhinein als formfehlerhaft rügt. Die Klägerin musste der Beklagten auch nicht zugute halten, dass es aufgrund des Brandes keine Geschäftsbögen mehr gegeben habe, um die Kündigungen neu auszudrucken (Seite 5 des Schriftsatzes vom 23.11.2006, Seite 3 des Schriftsatzes vom 06.11.2006). Abgesehen davon, dass zwischen Brand und Kündigung zwei Wochen lagen und in dieser Zeit Geschäftsbögen neu hätten gedruckt werden können und auch nicht erkennbar ist, weshalb aus der Niederlassung F. keine (Ersatz-)Geschäftsbögen beschafft werden konnten, wäre es ein Leichtes gewesen, so wie die Originalkündigungsschreiben fotokopiert wurden, im Wege des Kopiervorganges neue Geschäftsbögen zu fertigen und zum Ausdruck der abgeänderten Kündigungen zu verwenden.

67

Der Bereichsleiter S., in der mündlichen Verhandlung am 18.04.2007 befragt, hat der Kammer Gründe für seine andere Vorgehensweise nicht plausibel machen können.

68

b) Die Berufung auf den Schriftformmangel verstößt auch unter dem Gesichtspunkt der Verwirkung nicht gegen Treu und Glauben. 69

(11) Nach zutreffender Spruchpraxis des Bundesarbeitsgerichts (BAG, Urteil vom 15.12.2005, 2 AZR 148/05, NJW 2006, 2284; vgl. Urteil vom 24.05.2006, 7 AZR 365/05, LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 07.06.2005, 3 Sa 17/05, n.v.) ist das Klagebegehren verwirkt, wenn der Anspruchsteller die Klage erst nach Ablauf eines längeren Zeitraums erhebt (Zeitmoment) und dadurch ein Vertrauenstatbestand beim Anspruchsgegner geschaffen wird, dass er gerichtlich nicht mehr belangt werde. Das Erfordernis des Vertrauensschutzes muss das Interesse des Berechtigten an der sachlichen Prüfung des von ihm behaupteten Anspruchs derart überwiegen, dass dem Gegner die Einlassung auf die nicht

70

innerhalb angemessener Frist erhobene Klage nicht mehr zumutbar ist. Wann das Zeitmoment erfüllt ist, lässt sich nicht durch eine schematisierende Betrachtungsweise ermitteln, sondern nur für den Einzelfall klären.

Diese Voraussetzungen der Prozessverwirkung sind vorliegend nicht erfüllt. Es fehlt an dem für die Prozessverwirkung erforderlichen Zeit- und Umstandsmoment. Der Beklagten ist zuzumuten, sich im Rahmen eines Rechtsstreits auf das Klagebegehren einzulassen und hiergegen zu verteidigen.

71

(22) Darüber hinaus kann auch das Recht als solches verwirken, sich auf die Unwirksamkeit einer Kündigung und den (Fort)Bestand eines Arbeitsverhältnisses zu berufen (KR/Rost, § 7 KSchG Rz. 36 ff. m.w.N.). Ob und wann der Zeitablauf zur Verwirkung eines Rechts führen kann, inwieweit besondere Umstände sowohl im Verhalten des Berechtigten als auch des Verpflichteten hinzutreten müssen und zwischen Zeitmoment und Umstandsmoment eine Wechselwirkung besteht (BAG, Urteil vom 12.12.2006, 9 AZR 747/06, DB 2007, 579), braucht für den Streitfall nicht vertieft zu werden. Nachdem die Klägerin innerhalb der Dreiwochenfrist Kündigungsschutzklage erhoben hatte, musste die Beklagte jedenfalls für die Dauer des Verfahrens in erster Instanz damit rechnen, dass die Klägerin weitere Unwirksamkeitsgründe geltend machen und so im Schriftsatz vom 31.10.2006 geschehen sich insbesondere die in Parallelverfahren erhobene Rüge, dass nur das Kündigungsschreiben lediglich in Kopie übergeben wurde, sich zu eigen machen würde.

72

C. Die Kosten des Rechtsstreits hat nach § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO die Beklagte zu tragen.

73

Für die Zulassung der Revision an das Bundesarbeitsgericht hat die Kammer nach Prüfung der gesetzlichen Zulassungsgründe (§ 72 Abs. 2 ArbGG) keine Veranlassung gesehen. Dem Rechtsstreit kann insbesondere weder eine grundsätzliche Bedeutung beigemessen werden, noch sind die Voraussetzungen für eine Divergenzrevision ersichtlich. Hinsichtlich der Einzelheiten der Nichtzulassungsbeschwerde wird die Beklagte auf § 72 a ArbGG hingewiesen.

74

Dr. Plüm Löcherer Franken

75
