

Bundesarbeitsgericht

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

§§ 46 Abs 2 ,61a , 67 Abs 1 ArbGG; §§ ,132 Abs 1 , 282 Abs 2 , 296 Abs 2 ZPO; §§ 1 Abs 1 , 1 Abs 2 S 1 KSchG

- 1. Die den Vorwurf der groben Nachlässigkeit iSd. § 296 Abs. 2 ZPO begründenden Tatsachen müssen vom Gericht positiv festgestellt werden.**
- 2. Eine Zurückweisung nach § 296 Abs. 2 ZPO wegen Verstoßes gegen die allgemeine Prozessförderungspflicht gem. § 282 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO kommt im Grundsatz auch im arbeitsgerichtlichen Urteilsverfahren in Betracht.**
- 3. Grobe Nachlässigkeit iSd. § 296 Abs. 2 ZPO liegt vor, wenn eine Prozesspartei ihre Pflicht zur Prozessförderung in besonders gravierender Weise vernachlässigt, wenn sie also dasjenige unterlässt, was nach dem Stand des Verfahrens jeder Partei als notwendig hätte einleuchten müssen.**
- 4. Ob ein verspätetes Vorbringen auf grober Nachlässigkeit iSd. § 296 Abs. 2 ZPO beruht und daher zu Recht zurückgewiesen worden ist, ist vom Rechtsmittelgericht nach seinem Kenntnisstand zu beurteilen.**
- 5. Ein Arbeitsgericht kann ein Vorbringen der Beklagten nur dann nach § 61a Abs. 3 und Abs. 5 ArbGG zurückweisen, wenn der Beklagten zuvor eine hinreichend konkrete Auflage und sie gem. § 61a Abs. 6 ArbGG über die Folgen einer Versäumung der gesetzten Frist belehrt worden war.**

BAG, Urteil vom 11.6.2020 Az. : 2 AZR 400/19

Tenor:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 5. Oktober 2018 - 3 Sa 1630/17 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Tatbestand:

1

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung.

2

Die Beklagte betreibt eine Werbeagentur. Im Januar 2017 beschäftigte sie etwa 100 Arbeitnehmer. Der Kläger war bei ihr seit 1995 im Bereich Marktforschung tätig, zuletzt als deren Leiter und einziger Mitarbeiter.

3

Nach Anhörung des Betriebsrats kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 30. Januar 2017 zum 30. September 2017.

4

Hiergegen hat sich der Kläger rechtzeitig mit der vorliegenden Klage gewandt. Er hat gemeint, die Kündigung sei sozial nicht gerechtfertigt. Sie sei zudem wegen nicht ordnungsgemäßer Anhörung des Betriebsrats unwirksam.

5

Der Kläger hat - soweit im Revisionsverfahren von Interesse - beantragt:

1.

festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung der Beklagten vom 30. Januar 2017 beendet wird;

2.

hilfsweise für den Fall des Obsiegens mit dem Antrag zu 1. die Beklagte zu verurteilen, ihn bis zum rechtskräftigen Abschluss dieses Kündigungsschutzverfahrens als „Leiter Marktforschung“ weiterzubeschäftigen.

6

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Die Kündigung sei aus dringenden betrieblichen Erfordernissen sozial gerechtfertigt. Sie habe beschlossen, die Abteilung Marktforschung zu schließen und künftige Aufgaben in diesem Bereich an externe Dienstleister abzugeben.

7

Mit Beschluss vom 11. April 2017 hat das Arbeitsgericht der Beklagten aufgegeben, die betrieblichen Erfordernisse für die Kündigung bis zum 31. Mai 2017 nach im Einzelnen näher konkretisierten Gesichtspunkten darzulegen, sowie dem Kläger, hierauf bis zum 31. Juli 2017 zu erwidern. Mit Schriftsatz vom 5. September 2017 hat die Beklagte ergänzend zur Begründung der Kündigung vorgetragen. Mit im Kammertermin vom 11. September 2017 nachgelassenem Schriftsatz vom 22. September 2017 hat der Kläger den Vortrag der Beklagten aus dem Schriftsatz vom 5. September 2017 bestritten.

8

Das Arbeitsgericht hat der Klage unter Zurückweisung des Vorbringens der Beklagten im Schriftsatz vom 5. September 2017 als verspätet stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Diese verfolgt mit der Revision ihr Klageabweisungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

9

Die Revision der Beklagten ist begründet. Mit der gegebenen Begründung durfte das Landesarbeitsgericht ihre Berufung gegen das der Kündigungsschutzklage stattgebende arbeitsgerichtliche Urteil nicht zurückweisen. Dies führt zur Aufhebung des Berufungsurteils (§ 562 Abs. 1 ZPO) und zur Zurückverweisung der Sache zur

neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

10

I. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, der Sachvortrag der Beklagten im Schriftsatz vom 5. September 2017 bleibe gem. § 67 Abs. 1 ArbGG in der Berufungsinstanz ausgeschlossen, hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerhaft angenommen, das Arbeitsgericht habe das Vorbringen der Beklagten im Schriftsatz vom 5. September 2017 zu Recht gem. § 282 Abs. 2, § 296 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen.

11

1. Nach § 67 Abs. 1 ArbGG bleiben Angriffs- und Verteidigungsmittel, die im ersten Rechtszug zu Recht zurückgewiesen worden sind, im Berufungsverfahren ausgeschlossen. Gemäß § 296 Abs. 2 ZPO können Angriffs- und Verteidigungsmittel, die entgegen § 282 Abs. 1 ZPO nicht rechtzeitig vorgebracht oder entgegen § 282 Abs. 2 ZPO nicht rechtzeitig mitgeteilt werden, zurückgewiesen werden, wenn ihre Zulassung nach der freien Überzeugung des Gerichts die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würde und die Verspätung auf grober Nachlässigkeit beruht. § 282 Abs. 1 ZPO betrifft die hier nicht einschlägige Prozessförderungspflicht in der mündlichen Verhandlung. Nach § 282 Abs. 2 ZPO sind Anträge sowie Angriffs- und Verteidigungsmittel, auf die der Gegner voraussichtlich ohne vorhergehende Erkundigung keine Erklärung abgeben kann, vor der mündlichen Verhandlung durch vorbereitenden Schriftsatz so zeitig mitzuteilen, dass der Gegner die erforderliche Erkundigung noch einzuziehen vermag.

12

2. Eine Zurückweisung von Vorbringen nach § 296 Abs. 2 ZPO ist grundsätzlich auch in arbeitsgerichtlichen Bestandsschutzstreitigkeiten iSv. § 61a ArbGG möglich.

13

a) Eine Zurückweisung nach § 296 Abs. 2 ZPO wegen Verstoßes gegen die allgemeine Prozessförderungspflicht gem. § 282 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO kommt im Grundsatz auch im arbeitsgerichtlichen Urteilsverfahren in Betracht. Für das Verfahren vor dem Arbeitsgericht ergibt sich die Anwendbarkeit von § 282 Abs. 1 ZPO aus § 46 Abs. 2 ArbGG. § 282 Abs. 2 ZPO kann ebenfalls über § 46 Abs. 2 ArbGG Anwendung finden, setzt aber im Parteiprozess voraus, dass die Parteien nach § 129 Abs. 2 ZPO durch richterliche Anordnung aufgefordert worden sind, die mündliche Verhandlung schriftsätzlich oder durch zu Protokoll der Geschäftsstelle abzugebende Erklärungen vorzubereiten (zum Parteiprozess vor dem Amtsgericht vgl. BVerfG 27. November 1989 - 2 BvR 632/89 - zu II 1 der Gründe; aA Anders in Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle ZPO 78. Aufl. § 282 Rn. 15). Hier hat die Vorsitzende die Parteien mit Beschluss vom 11. April 2017 unter Fristsetzung zu Klageerwiderung und Replik aufgefordert. Darin lag zugleich die Anordnung iSv. § 129 Abs. 2 ZPO, die mündliche Verhandlung schriftsätzlich vorzubereiten (vgl. Stein/Jonas/Kern ZPO 23. Aufl. § 129 Rn. 16).

14

b) Der Zurückweisung von Parteivorbringen nach § 296 Abs. 2 ZPO steht in arbeitsgerichtlichen Bestandsschutzstreitigkeiten § 61a ArbGG nicht generell entgegen (vgl. BAG 14. März 2013 - 8 AZR 153/12 - Rn. 45; 2. März 1989 - 2 AZR 275/88 - zu IV 2 a der Gründe; Schwab/Weth/Korinth 5. Aufl. ArbGG § 56 Rn. 43; vgl. aber zum Verhältnis zu § 6 KSchG: BAG 20. September 2012 - 6 AZR 483/11 - Rn. 34; aA GMP/Schleusener 9. Aufl. § 56 Rn. 2; O/K/S/Künzl 6. Aufl. Rn. 251).

15

aa) Zwar hat § 296 Abs. 1 ZPO - vom Ausnahmefall des § 340 Abs. 3 Satz 3 ZPO abgesehen - neben § 56 Abs. 2 Satz 1 ArbGG und § 61a Abs. 5 ArbGG keinen Anwendungsbereich. Eine Fristsetzung nach § 275 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 und Abs. 4, § 276 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 und § 277 ZPO kommt im arbeitsgerichtlichen Verfahren nicht in Betracht (§ 46 Abs. 2 Satz 2 ArbGG). Eine entsprechende Anwendbarkeit von § 273 Abs. 2 Nr. 2 bis Nr. 4 ZPO scheidet ebenfalls aus, da § 56 Abs. 1 Nr. 1 ArbGG und § 61a Abs. 3 und Abs. 4 ArbGG insoweit speziellere Regelungen enthalten (aA Stein/Jonas/Thole ZPO 23. Aufl. § 296 Rn. 13).

16

bb) § 61a Abs. 5 ArbGG sperrt aber nicht die Zurückweisungsmöglichkeit nach § 296 Abs. 2 ZPO. Die Bestimmung tritt für arbeitsgerichtliche Bestandsschutzstreitigkeiten an die Stelle von § 296 Abs. 1 ZPO, enthält aber keine abschließende Präklusionsregelung, die auch einer Anwendbarkeit des § 292 Abs. 2 ZPO entgegenstünde. Es besteht kein Grund zur Annahme, die Sanktion des § 296 Abs. 2 ZPO für grob nachlässige Verstöße gegen die allgemeine Prozessförderungspflicht gem. § 282 Abs. 1 oder Abs. 2 ZPO sei bei den gem. § 61a ArbGG besonders eilbedürftigen Kündigungsverfahren generell ausgeschlossen. Daran ändert auch nichts, dass bei einer pflichtgemäßen Verfahrensförderung durch das Gericht die Voraussetzungen für eine Zurückweisung von Vorbringen nach § 296 Abs. 2 ZPO nur selten tatsächlich vorliegen dürften.

17

3. Das Landesarbeitsgericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, das Arbeitsgericht habe das Vorbringen der Beklagten im Schriftsatz vom 5. September 2017 zu Recht als verspätet iSv. § 282 Abs. 2 ZPO angesehen.

18

a) Die bloße Nichteinhaltung der Frist des § 132 Abs. 1 ZPO begründete allerdings noch keine Verspätung iSv. § 282 Abs. 2 ZPO (vgl. BGH 28. September 1988 - IVa ZR 88/87 - zu II 3 b der Gründe). Maßgeblich ist gem. § 282 Abs. 2 ZPO vielmehr, ob die Partei aus ihrer Sicht ex ante („voraussichtlich“) davon ausgehen konnte, der Gegner werde sich zu dem Vorbringen ohne vorhergehende Erkundigung erklären oder eine erforderliche Erkundigung noch vor der mündlichen Verhandlung einziehen können.

19

b) Das Landesarbeitsgericht ist rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass das Arbeitsgericht die Verspätung iSd. § 282 Abs. 2 ZPO nicht allein mit der Versäumung der Wochenfrist gem. § 132 Abs. 1 ZPO begründet hat. Dieses hat angenommen, das Vorbringen der Beklagten sei „unter Berücksichtigung der Vorgaben des § 132 Abs. 1 ZPO“ nicht so rechtzeitig erfolgt, dass der Kläger die erforderlichen Erkundigungen noch vor der mündlichen Verhandlung hätte einziehen können. Es ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Landesarbeitsgericht darin eine ausreichende Prüfung nach dem Maßstab von § 282 Abs. 2 ZPO gesehen hat. Das Berufungsgericht hat entgegen der Auffassung der Revision die Begründung des Arbeitsgerichts auch nicht durch eine andere ersetzt oder die Zurückweisung auf eine andere als die in der Vorinstanz angewandte Vorschrift gestützt. Es hat die Erwägungen des Arbeitsgerichts lediglich dahingehend ergänzt, dass auch die Beklagte, insbesondere wegen der im Schriftsatz enthaltenen Daten, nicht von der Rechtzeitigkeit des Vorbringens iSv. § 282 Abs. 2 ZPO habe ausgehen können.

20

4. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, das Arbeitsgericht habe zu Recht zugrunde gelegt, dass die Zulassung des Vorbringens die Erledigung des

Rechtsstreits iSv. § 296 Abs. 2 ZPO verzögert hätte, ist revisionsrechtlich ebenfalls nicht zu beanstanden.

21

a) Nach § 296 Abs. 2 ZPO ist allein maßgeblich, ob die Zulassung des Vorbringens nach der freien Überzeugung des dieses zurückweisenden Gerichts - hier also des Arbeitsgerichts - die Erledigung des Rechtsstreits verzögert hätte. Eine Verzögerung liegt vor, wenn das Verfahren bei Zulassung des verspäteten Vorbringens länger dauern würde als bei dessen Zurückweisung, wobei die zeitliche Verschiebung der Beendigung nicht ganz unerheblich sein darf (vgl. BAG 21. Mai 2019 - 2 AZR 574/18 - Rn. 17; 19. Mai 1998 - 9 AZR 362/97 - zu II 2 e der Gründe).

22

b) Eine Zulassung des Vorbringens der Beklagten hätte mit Blick auf die vom Kläger geltend gemachte Rechtsunwirksamkeit der Kündigung gem. § 1 Abs. 1 KSchG nach Überzeugung des Arbeitsgerichts die Anberaumung eines weiteren Kammertermins notwendig gemacht und damit das Verfahren nicht nur unerheblich verzögert.

23

5. Dahinstehen kann, ob die Vorinstanzen - konkludent - davon ausgehen durften, die Verletzung der Prozessförderungspflicht sei die alleinige Ursache der prognostizierten Verzögerung gewesen (vgl. dazu MüKoZPO/Prütting 6. Aufl. § 296 Rn. 119). Das ist zumindest fraglich, da bereits nach Eingang der Replik des Klägers vom 31. Juli 2017 Anlass bestanden haben könnte, der Beklagten zum Zweck der weiteren gerichtlichen Prozessförderung eine Frist zur Stellungnahme hierzu und ggf. zur Ergänzung ihres Vorbringens zu setzen.

24

6. Das Berufungsgericht durfte aber mit der gegebenen Begründung nicht annehmen, die Verspätung des Vorbringens der Beklagten im Schriftsatz vom 5. September 2017 habe auf grober Nachlässigkeit iSd. § 296 Abs. 2 ZPO beruht.

25

a) Grobe Nachlässigkeit iSd. § 296 Abs. 2 ZPO liegt vor, wenn eine Prozesspartei ihre Pflicht zur Prozessförderung in besonders gravierender Weise vernachlässigt, wenn sie also dasjenige unterlässt, was nach dem Stand des Verfahrens jeder Partei als notwendig hätte einleuchten müssen (BGH 24. September 2019 - VIII ZR 289/18 - Rn. 20; 10. Mai 2016 - VIII ZR 97/15 - Rn. 15; 2. September 2013 - VII ZR 242/12 - Rn. 13).

26

b) Die den Vorwurf begründenden Tatsachen müssen vom Gericht positiv festgestellt werden (BGH 10. Mai 2016 - VIII ZR 97/15 - Rn. 15; 2. September 2013 - VII ZR 242/12 - Rn. 13; nicht eindeutig hingegen: BGH 1. Oktober 1986 - I ZR 125/84 - zu III 1 der Gründe; 26. November 1984 - VIII ZR 217/83 - zu II 2 b cc der Gründe). Ob ein verspätetes Vorbringen auf grober Nachlässigkeit iSd. § 296 Abs. 2 ZPO beruht und daher zu Recht zurückgewiesen worden ist, ist vom Rechtsmittelgericht nach seinem Kenntnisstand zu beurteilen (BGH 10. Oktober 1984 - VIII ZR 107/83 - zu II 1 c bb der Gründe). Für das Vorliegen grober Nachlässigkeit besteht keine gesetzliche Vermutung (Bünnigmann in Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle ZPO 78. Aufl. § 296 Rn. 61 f.; Zöller/Greger ZPO 33. Aufl. § 296 Rn. 30). Allein eine Verspätung iSv. § 282 Abs. 2 ZPO berechtigt daher nicht zu der Annahme, sie beruhe auch auf grober Nachlässigkeit. § 296 Abs. 2 ZPO fordert keine „Entschuldigung“ seitens der Prozesspartei (BGH 10. Oktober 1984 - VIII ZR 107/83 - aaO; aA zu § 528

ZPO aF: BGH 13. Januar 1987 - VI ZR 280/85 - zu II 1 der Gründe; 5. Mai 1982 - VIII ZR 152/81 - zu 3 b der Gründe).

27

c) Danach fehlt es an vom Landesarbeitsgericht festgestellten Tatsachen, die die Annahme rechtfertigen, die Verspätung des Vorbringens der Beklagten im Schriftsatz vom 5. September 2017 habe auf grober Nachlässigkeit iSd. § 296 Abs. 2 ZPO beruht.

28

aa) Das Berufungsgericht hat gemeint, es sei Sache der Partei, die „entkräftenden“ Tatsachen zu behaupten und zu beweisen, „wenn - wie hier - die äußeren Umstände für eine grobe Nachlässigkeit sprechen“. Die Beklagte habe aber weder erst- noch zweitinstanzlich näher dargelegt, warum es zu der verspäteten Einreichung des Schriftsatzes lange nach dem letzten Schriftsatz des Klägers vom 31. Juli 2017 und unmittelbar vor dem Kammertermin am 11. September 2017 gekommen sei.

29

bb) Es hat damit keine Tatsachen positiv festgestellt, die den Vorwurf grober Nachlässigkeit iSd. § 296 Abs. 2 ZPO begründen.

30

(1) Dem Berufungsurteil lässt sich nicht entnehmen, welche „äußeren Umstände“ nach Auffassung des Landesarbeitsgerichts für eine grobe Nachlässigkeit der Beklagten sprachen. Der bloße Einschub „- wie hier -“ ist nicht geeignet, diese Tatsachen konkret festzustellen.

31

(2) Festgestellt hat das Landesarbeitsgericht lediglich solche Umstände, die die Verspätung iSv. § 282 Abs. 2 ZPO begründen. Dies genügt nicht für die Annahme, die Verspätung habe auch auf grober Nachlässigkeit beruht. Es ist zwischen der - objektiven - Verspätung iSv. § 282 Abs. 2 ZPO und dem Verschuldensgrad der groben Nachlässigkeit gem. § 296 Abs. 2 ZPO zu unterscheiden. Die Verspätung ist für sich genommen nicht gleichzusetzen mit grober Nachlässigkeit. Auch soweit das Landesarbeitsgericht von einer „erheblichen“ Verspätung spricht, wird weder deutlich, inwiefern hier eine ggf. qualitativ über die Voraussetzungen nach § 282 Abs. 2 ZPO hinausgehende Verspätung vorgelegen habe, noch, dass und weshalb dies die „äußeren Umstände“ seien, die für eine grobe Nachlässigkeit der Beklagten sprächen. Soweit das Berufungsgericht anführt, der fragliche Schriftsatz sei erst unmittelbar vor dem Kammertermin eingereicht worden, beschreibt es ebenfalls allein die Verspätung iSv. § 282 Abs. 2 ZPO, aber keinen darüber hinausgehenden Umstand. Ein solcher könnte zwar mit dem Zusatz „lange nach dem letzten Schriftsatz des Klägers vom 31. Juli 2017“ angesprochen sein. Das Landesarbeitsgericht begründet aber auch damit lediglich die „verspätete Einreichung des Schriftsatzes“ vom 5. September 2017, ohne darzulegen, inwiefern daraus auf eine grobe Nachlässigkeit der Beklagten zu schließen sei. Dies liegt auch schon deshalb nicht ohne weiteres auf der Hand, weil dem Kläger zur Stellungnahme auf den vorherigen Schriftsatz der Beklagten eine immerhin zweimonatige Frist eingeräumt worden war.

32

(3) Die erstinstanzliche Entscheidung enthält keine weitergehenden Feststellungen zu den die grobe Nachlässigkeit iSv. § 296 Abs. 2 ZPO begründenden Umständen, die sich das Landesarbeitsgericht zu eigen gemacht haben könnte.

33

cc) Seine Annahme, es sei ohne einen vorherigen Hinweis bzw. eine vorherige Aufklärungsverfügung des Gerichts „Sache der Partei“, entkräftende Tatsachen zu behaupten und zu beweisen, wenn die äußeren Umstände für eine grobe Nachlässigkeit sprechen, stellt zudem keine verfassungskonforme Anwendung von § 296 Abs. 2 ZPO dar.

34

(1) Die das rechtliche Gehör gem. Art. 103 Abs. 1 GG einschränkenden Präklusionsvorschriften des Zivilprozessrechts ziehen einschneidende Folgen für die Parteien nach sich und bewegen sich regelmäßig im grundrechtsrelevanten Bereich. Auslegung und Anwendung dieser Vorschriften durch die Fachgerichte unterliegen daher einer strengen verfassungsgerichtlichen Kontrolle (BVerfG 5. November 2008 - 1 BvR 1822/08 - zu 1 der Gründe).

35

(2) Um dem Rechnung zu tragen, muss das Gericht der Partei mitteilen, wenn es der Auffassung ist, äußere Umstände sprächen für eine grobe Nachlässigkeit iSv. § 296 Abs. 2 ZPO, und ihr Gelegenheit zur Äußerung hierzu und zur Geltendmachung „entkräftender“ Tatsachen geben. Auch im Interesse der vom Gesetzgeber bezweckten Prozessbeschleunigung ist eine Zurückweisung wegen grober Nachlässigkeit iSv. § 296 Abs. 2 ZPO allein deshalb, weil sich die Partei gegenüber solchen indiziellen äußeren Umständen nicht entlastet hat, nur zu rechtfertigen, wenn ihr das Gericht zuvor die Möglichkeit eingeräumt hat, sich zu den seines Erachtens für eine grobe Nachlässigkeit iSv. § 296 Abs. 2 ZPO sprechenden Tatsachen zu äußern (vgl. Weth in Die Zurückweisung verspäteten Vorbringens im Zivilprozess S. 35 f. und S. 280).

36

(3) Der Beklagten ist ein entsprechender Hinweis nach dem Akteninhalt nicht erteilt worden. Das Arbeitsgericht hat zwar ausgeführt, der Beklagtenvertreter habe „auch auf Nachfrage im Kammertermin“ nicht zu erklären vermocht, aufgrund welcher Umstände weder die mit Beschluss vom 11. April 2017 gesetzte noch die Frist gem. § 132 Abs. 1 ZPO gewahrt worden sei. Auch daraus ergibt sich aber nicht, dass die Beklagte darauf hingewiesen worden wäre, welche Tatsachen nach Auffassung des Gerichts für eine grobe Nachlässigkeit der Verspätung iSv. § 296 Abs. 2 ZPO sprachen.

37

dd) Im Übrigen hielte die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, die Beklagte habe die Verspätung „nicht genügend entschuldigt“, auch für sich genommen einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand.

38

(1) Das Landesarbeitsgericht hat gemeint, der die Verspätung des Schriftsatzes vom 5. September 2017 ankündigende Schriftsatz der Beklagten vom 4. September 2017 habe „keinerlei Entschuldigungsgründe (enthalten), sondern vor allem die Bitte, den für den nächsten Tag angekündigten Schriftsatz ausnahmsweise zu berücksichtigen“. Das steht im Widerspruch zum wiedergegebenen Inhalt des Schriftsatzes, die Beklagte habe darin vorgetragen, der angekündigte Schriftsatz sei am 4. September 2017 grundsätzlich fertig gewesen, gegen 17:00 Uhr sei ihrem Prozessbevollmächtigten aber aufgefallen, dass noch nicht alle Angaben zur Arbeitsauslastung vorgelegen hätten und zu der bei ihr um 17:35 Uhr erbetenen Rücksprache werde es erst am nächsten Tag kommen, weshalb dieser „Entschuldigungsschriftsatz“ gefaxt werde. Danach hätte sich die Beklagte durchaus auf Gründe für die Verspätung berufen und nicht nur eine - leere - Bitte vorgebracht.

39

(2) Das Berufungsgericht bemängelt darüber hinaus, nach dem Beklagtenvorbringen bleibe offen, weshalb der Schriftsatz nicht bereits am 4. September 2017 gegen 17:00 Uhr zumindest unvollständig und der vollständige Schriftsatz erst am 5. September 2017 um 23:45 Uhr übermittelt worden seien. Es fehlt indes jede Begründung, weshalb dies für seine Entscheidung von Bedeutung war.

40

(3) Soweit das Landesarbeitsgericht beanstandet, die Beklagte habe nicht erläutert, weshalb es ihr nicht insgesamt früher aufgefallen sei, dass ein weiterer Schriftsatz mit umfangreichen Angaben erforderlich sein würde, stellt es auf einen gegenüber der Begründung des Arbeitsgerichts abweichenden Bezugspunkt für die grobe Nachlässigkeit der Beklagten ab. Das Arbeitsgericht hatte angenommen, die Beklagte habe gegen ihre Pflicht zur Prozessförderung gem. § 282 Abs. 2 ZPO verstoßen, weil sie „unter Berücksichtigung der Vorgaben des § 132 Abs. 1 ZPO“ nicht so rechtzeitig vorgetragen habe, dass der Kläger die erforderliche Erkundigung zu dem Vorbringen noch vor der mündlichen Verhandlung einzuziehen vermochte. Dies lässt die Möglichkeit offen, dass es schon bei Vortrag unter Berücksichtigung der Frist des § 132 Abs. 1 ZPO keine Verletzung der Prozessförderungspflicht, sondern noch ausreichend Zeit zur Erkundigung für den Kläger angenommen hätte.

41

7. Das Landesarbeitsgericht hat überdies verkannt, dass sich der Entscheidung des Arbeitsgerichts nicht entnehmen lässt, ob und wie es das ihm gem. § 296 Abs. 2 ZPO zustehende Ermessen ausgeübt hat (zu diesem Erfordernis vgl. BVerfG 30. Januar 1985 - 1 BvR 876/84 - zu II 2 der Gründe, BVerfGE 69, 145). Dies ist wegen der weitreichenden Folgen einer Präklusion nicht entbehrlich. Eine Heilung durch eine eigene Ermessensentscheidung des Rechtsmittelgerichts ist nicht möglich (vgl. BGH 10. Mai 2016 - VIII ZR 97/15 - Rn. 16; 2. September 2013 - VII ZR 242/12 - Rn. 15), das Landesarbeitsgericht hat eine solche auch nicht versucht.

42

II. Das Berufungsurteil beruht auf der rechtsfehlerhaften Annahme, das Vorbringen der Beklagten im Schriftsatz vom 5. September 2017 bleibe gem. § 67 Abs. 1 ArbGG wegen der durch das Arbeitsgericht vermeintlich zu Recht erfolgten Zurückweisung nach § 282 Abs. 2, § 296 Abs. 2 ZPO auch im Berufungsverfahren ausgeschlossen.

43

1. Das Landesarbeitsgericht hat zumindest nicht ausgeschlossen, dass das Vorbringen der Beklagten im Schriftsatz vom 5. September 2017, ggf. zusammen mit ihrem weiteren Sachvortrag, geeignet war, die soziale Rechtfertigung der Kündigung vom 30. Januar 2017 zu begründen.

44

2. Es hat die Unwirksamkeit der Kündigung nicht noch auf andere Gründe gestützt.

45

III. Dies führt zur Aufhebung des Berufungsurteils (§ 562 Abs. 1 ZPO) und zur Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Die Aufhebung und Zurückverweisung umfasst die Entscheidung über den nur für den Fall des Obsiegens mit dem Kündigungsschutzantrag gestellten Hilfsantrag auf vorläufige Weiterbeschäftigung.

46

1. Das Berufungsurteil erweist sich nicht aus anderen Gründen als im Ergebnis richtig (§ 561 ZPO). Die bisherigen Feststellungen erlauben nicht die Annahme, die Beklagte habe den Betriebsrat vor der Kündigung nicht ordnungsgemäß angehört.

47

2. Ebenso wenig ist der Rechtsstreit zugunsten der Beklagten entscheidungsreif (§ 563 Abs. 3 ZPO). Der Senat kann nicht selbst abschließend entscheiden, ob die Kündigung vom 30. Januar 2017 sozial gerechtfertigt ist. Das ist nach dem Vorbringen der Beklagten zumindest nicht ausgeschlossen. Feststellungen zum Kündigungssachverhalt sind indes bislang nicht getroffen.

48

IV. Für das fortgesetzte Berufungsverfahren sind die folgenden weiteren Hinweise veranlasst:

49

1. Das Landesarbeitsgericht wird erneut über die soziale Rechtfertigung der Kündigung zu befinden haben, ohne dass das Vorbringen der Beklagten im Schriftsatz vom 5. September 2017 gem. § 67 Abs. 1 ArbGG ausgeschlossen bliebe.

50

a) Die Zurückweisung des Vorbringens gem. § 282 Abs. 2, § 296 Abs. 2 ZPO ist schon deshalb nicht zu Recht erfolgt, weil das Arbeitsgericht sein ihm insoweit zukommendes Ermessen nicht ausgeübt hat, jedenfalls sind die hierzu angestellten Erwägungen aus dem erstinstanzlichen Urteil nicht ersichtlich. Eine Ersetzung durch eine eigene Ermessensentscheidung des Landesarbeitsgerichts ist nicht möglich (Rn. 41).

51

b) Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend angenommen, das Arbeitsgericht habe das Vorbringen nicht gem. § 61a Abs. 5 ArbGG zurückweisen dürfen, eine Zurückweisung nach § 56 Abs. 2 ArbGG sei ohnehin von § 61a Abs. 5 ArbGG verdrängt.

52

aa) Es ist schon zweifelhaft, ob die Beklagte der mit Fristsetzung bis zum 31. Mai 2017 erteilten Auflage mit ihrem Schriftsatz vom 31. Mai 2017 nicht zunächst nachgekommen war und eine nähere Erläuterung der Umsetzbarkeit der behaupteten Auslagerung sämtlicher Marktforschungsaufgaben auf externe Dienstleister sowie Vortrag zu vom Kläger behaupteten, ihm außerhalb der Marktforschung übertragenen Aufgaben nicht erst durch dessen Erwidern vom 31. Juli 2017 veranlasst war. Eine Aufforderung zur Stellungnahme auf den Schriftsatz des Klägers vom 31. Juli 2017, der die Beklagte womöglich nicht fristgerecht nachgekommen wäre, ist - soweit ersichtlich - nicht ergangen.

53

bb) Jedenfalls hat das Landesarbeitsgericht zu Recht angenommen, dass eine ordnungsgemäße Belehrung über die Folgen der bis zum 31. Mai 2017 gesetzten Frist nach § 61a Abs. 6 ArbGG nicht feststellbar war.

54

(1) Das Arbeitsgericht konnte das Vorbringen der Beklagten nur dann nach § 61a Abs. 3 und Abs. 5 ArbGG zurückweisen, wenn der Beklagten zuvor eine hinreichend konkrete Auflage erteilt (vgl. BAG 25. März 2004 - 2 AZR 380/03 - zu B II 1 c ee der Gründe) und sie gem. § 61a Abs. 6 ArbGG über die Folgen einer Versäumung der

gesetzten Frist belehrt worden war. Die Belehrungspflicht besteht auch dann, wenn die Partei - wie hier - anwaltlich vertreten ist (zu § 56 Abs. 2 Satz 2 ArbGG: vgl. BAG 14. März 2013 - 8 AZR 153/12 - Rn. 45; 19. Mai 1998 - 9 AZR 362/97 - zu II 2 d der Gründe). Allerdings kann es bei anwaltlich vertretenen Parteien ausreichen, dass die Belehrung wörtlich oder sinngemäß den Gesetzeswortlaut wiedergibt (BAG 19. Mai 1998 - 9 AZR 362/97 - zu II 2 d bb der Gründe). Letzteres ist zB der Fall, wenn die gesetzlichen Fristen als Ausschlussfristen bezeichnet werden (BAG 19. Mai 1998 - 9 AZR 362/97 - zu II 2 d cc der Gründe).

55

(2) Eine den dargestellten Anforderungen genügende Belehrung hat das Landesarbeitsgericht zu Recht nicht feststellen können. Die Sitzungsniederschrift der Güteverhandlung vom 11. April 2017 weist nur aus, dass die „Parteien und ihre Vertreter“ über „die Rechtsfolgen einer Fristversäumung belehrt“ wurden. Das besagt nicht, welchen Inhalt die Belehrung hatte. In dem Auflagenbeschluss sind die maßgeblichen Rechtsvorschriften auch sonst weder wörtlich noch sinngemäß wiedergegeben.

56

2. Die - konkludente - Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Beklagte habe, sofern ihr Vorbringen im Schriftsatz vom 5. September 2017 nicht gem. § 67 Abs. 1 ArbGG ausgeschlossen bleibt, dringende betriebliche Erfordernisse iSv. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG vorgetragen, die einer Weiterbeschäftigung des Klägers über die Kündigungsfrist hinaus entgegenstanden, lässt keinen Rechtsfehler erkennen. Das Berufungsgericht wird zu prüfen haben, ob der Kläger das Vorbringen der Beklagten in erheblicher Weise bestritten hat. Bejahendenfalls wird es die angebotenen Beweise zu erheben haben.

57

3. Sollte das Landesarbeitsgericht nicht erneut zu dem Ergebnis kommen, die Kündigung sei sozial ungerechtfertigt, wird es zu prüfen haben, ob sie nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG mangels ordnungsgemäßer Anhörung des Betriebsrats unwirksam ist. Hierbei wird es zu beachten haben, dass die Beklagte mit Schriftsatz vom 27. September 2018 vorgetragen hat, die in der Klageerwiderung und im Schriftsatz vom 5. September 2017 angesprochene Option, einfache Aufgaben auch von anderen Mitarbeitern übernehmen zu lassen, sollten diese nicht ausgelastet sein, statt sie an externe Dienstleister zu vergeben, sei zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung von der Unternehmensführung noch nicht erwogen worden.