

Aktenzeichen: 2 AZR 109/99
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 17. Februar 2000
- 2 AZR 109/99 -

I. Arbeitsgericht
Erfurt

Urteil vom 10. Oktober 1997
- 10/5 Ca 4389/96 -

II. Thüringer
Landesarbeitsgericht

Urteil vom 30. November 1998
- 8 Sa 848/97 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein
Für die Fachpresse: Nein
Für das Bundesarchiv: Nein

Entscheidungsstichwort:

Betriebsbedingte Kündigung im öffentlichen Dienst

Gesetz:

KSchG § 2; § 1 Abs. 2; ThürHG §§ 7, 103, 105, 110

Leitsätze:

keine

Hinweise des Senats:

Fortsetzung der Senatsrechtsprechung zu "kw-Vermerken" bei Stellenplanreduzierungen im öffentlichen Dienst (vgl. Senatsurteil 18. November 1999 - 2 AZR 77/99 - zur Veröffentlichung vorgesehen).



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 109/99
8 Sa 848/97
Thüringer
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
17. Februar 2000

URTEIL

Anderl, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagter, Berufungskläger, Revisionsbeklagter,

hat der Zweite Senat aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 17. Februar 2000 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Etzel, die Richter am Bundesarbeitsgericht Brühl und Dr. Fischermeier sowie die ehrenamtlichen Richter Rosendahl und Dr. Bartel für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Thüringer Landesarbeitsgerichts vom 30. November 1998 - 8 Sa 848/97 - wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die im Zeitpunkt der Kündigung 37 Jahre alte Klägerin (verheiratet, ein Kind) ist nach ihrer Ausbildung als Diplomlehrerin seit 1984 bei dem beklagten Land bzw. seinem Rechtsvorgänger zunächst als wissenschaftliche Assistentin im Bereich Sprachpraxis Russisch und in der Folgezeit als Lektorin für Russisch im Institut für Slawistik Sprachzentrum der philosophischen Fakultät der Pädagogischen Hochschule Erfurt (PHE) beschäftigt. Ihr Bruttomonatsgehalt betrug zuletzt 5.538,67 DM. Der Beklagte hat der Klägerin mit Schreiben vom 23. September 1996 zum 31. März 1997 gekündigt mit der Begründung, aufgrund des Haushaltsgesetzes für das Haushaltsjahr 1996 seien an der PHE insgesamt 98 Stellen abzubauen; zur Umsetzung dieser Vorgabe des Haushaltsgesetzgebers sei eine grundlegende Umstrukturierung der PHE durch Erlass eines Personalbedarfsplans vorgenommen worden, wovon auch der Bereich betroffen sei, in dem die Klägerin bisher beschäftigt worden ist.

Grundlage der Kündigung des vom Thüringer Ministerium für Wissenschaft, Forschung und Kultur (MWFK) am 15. Juli 1996 im Wege der Ersatzvornahme erlassenen Personalbedarfsplans der PHE für die Zeit ab 1. Januar 1997 war der Landeshaushaltsplan 1997, Einzelplan 15, der im Zuge der Neustrukturierung der PHE den Wegfall von 98 Stellen vorsah, darunter 71 Stellen für Angestellte. Der Erlass dieses Personalbedarfsplans war nach Auffassung des Ministers nach § 112 Abs. 4 Ziff. 2 des Thüringischen Hochschulgesetzes (ThürHG) notwendig, nachdem es der Senat der PHE trotz ministerieller Androhung einer Ersatzvornahme mit Schreiben vom 24. Mai 1996 endgültig abgelehnt hatte, einen eigenen Personalstrukturplan entsprechend den Haushaltsansätzen für das Jahr 1997 zu erstellen. Nach der für Slawisten an der PHE bis zum 31. Dezember 1996 geltenden Personalstruktur waren 16 Stellen vorgesehen, nach dem ab dem 1. Januar 1997 für den akademischen Mittelbau geltenden Personalbedarfsplan waren es noch fünf ganze und zwei halbe Stellen.

Die Klägerin hat geltend gemacht, die im Landeshaushaltsplan 1997 vorgenommenen allgemeinen Einsparungen könnten keine betriebsbedingte Kündigung rechtfertigen, vielmehr bedürfe es einer konkreten, organisatorischen Umsetzung des Haushaltsansatzes, die nicht vorliege. Ihre Stelle im Sprachzentrum sei nicht weggefallen und nur sie könne unter Berücksichtigung ihrer Sprachkenntnisse und ihrer bisherigen Tätigkeit als Lektorin im Sprachzentrum sowie im Bereich des Instituts für Sla-



wistik diese Stelle unter fachlichen Aspekten einnehmen. Die Sozialauswahl sei hinsichtlich der sozial stärkeren Frau W fehlerhaft. Der Beklagte habe auch sein Angebot auf eine Teilzeitbeschäftigung nicht lediglich auf die beiden Arbeitnehmer beschränken dürfen, die nur eine Änderungskündigung erhalten hätten. Ebenso hätte der Beklagte die durch das Personalratsmitglied Frau M zum 1. April 1997 absehbar freigemachte Stelle in seine Überlegungen einbeziehen müssen.

Die Klägerin hat beantragt

festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis durch die ordentliche Kündigung vom 24. September 1996, zugegangen am 26. September 1996, nicht beendet wurde.

Der Beklagte hat zu seinem Klageabweisungsantrag vorgetragen, die Betriebsbedingtheit der Kündigung ergebe sich aus den Festlegungen des Haushaltsgesetzes 1996, des Landeshaushaltsplans 1997 sowie der Konkretisierung durch den Personalbedarfsplan der PHE. Die Verteilung der haushaltsrechtlich vorgegebenen Einsparungsmöglichkeiten in der neuen Personalstruktur seien nach sachlichen Gesichtspunkten erfolgt; so sei insbesondere in einigen Fächern wie Technik, Slawistik und Germanistik ein erheblicher Nachfragerückgang entstanden, der im Bereich Slawistik dazu geführt habe, daß über alle Fachsemester hinweg nur noch insgesamt fünf Studenten immatrikuliert seien. Dies bedeute nichts anderes, als daß das gesamte Pflichtangebot im Bereich Slawistik mit einem Lehrdeputat von 27,5 Semesterwochenstunden (SWS) abgedeckt werden könne. Demgegenüber bestehe selbst nach dem reduzierten Personalbestand laut Personalbedarfsplan 1997 und ohne Berücksichtigung der Stelle im Sprachzentrum noch eine Kapazität von 76 SWS und damit eine Überkapazität von nahezu 300%; für fünf Studenten stünden (ebenfalls ohne Berücksichtigung der Stelle im Sprachzentrum) noch immer vier Professoren und fünf Mitarbeiter des akademischen Mittelbaus zur Verfügung. Dies habe eine durchgreifende Änderung der Personalstruktur und den Wegfall der Stellen erforderlich gemacht, die unter Berücksichtigung der einschlägigen Studienordnungen und der darin vorgesehenen Veranstaltungen erfolgt sei.

Auch die Sozialauswahl sei korrekt erfolgt. Im Fall der Frau W sei von einer grundsätzlich erforderlichen Kündigung zunächst nur deshalb Abstand genommen worden, weil der Ehemann von Frau W im Verlauf des Erörterungsverfahrens verstorben sei. Ob ein Arbeitskräfteüberschuß durch Kündigungen oder Schaffung von Teilzeitstellen auszugleichen sei, sei freie Entscheidung des Arbeitgebers; abgesehen da-



von sei trotz intensiver Bemühungen keinerlei Bereitschaft der Arbeitnehmer erkennbar geworden, Teilzeitstellen anzunehmen. Die Stelle des Personalratsmitglieds M sei bei Ausspruch der Kündigung gegenüber der Klägerin nicht frei gewesen. Bei der Arbeitnehmerin M habe man eine Versetzung an eine andere Hochschule versucht. Es sei damals jedoch noch nicht absehbar gewesen, ob es tatsächlich zur Versetzung kommen würde, da dies sowohl von der Entscheidung von Frau M, als auch von deren Bewährung auf der konkreten Stelle abhängig gewesen sei. Als nach Ausspruch der Kündigung gegenüber der Klägerin die Versetzung tatsächlich erfolgt sei, sei praktisch zeitgleich die Versetzung der Mitarbeiterin D, die als Schwerbehinderte ebenfalls Sonderkündigungsschutz genieße, gescheitert und man habe die freiwerdende Stelle mit dieser Mitarbeiterin besetzen müssen.

Das Arbeitsgericht hat nach dem Klageantrag erkannt. Auf die Berufung des Beklagten hat das Landesarbeitsgericht die Klage abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe

Die Revision der Klägerin ist unbegründet.

I. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung - kurz zusammengefaßt - wie folgt begründet: Die Kündigung sei nicht sozialwidrig, sondern aus dringenden betrieblichen Erfordernissen gerechtfertigt. Aufgrund des verbindlichen Personalstrukturplans seien von ursprünglich 16 Stellen im Institut für Slawistik 10 Stellen entfallen, womit der Beschäftigungsbedarf für 10 Kräfte, darunter die Klägerin, entfallen sei. Es komme nicht darauf an, ob der Arbeitsplatz der Klägerin im Sprachzentrum weggefallen sei. Der vom Minister erlassene Personalstrukturplan habe den gesetzlich vorgesehenen Haushaltsansätzen Rechnung getragen, wobei das Gericht von der Rechtmäßigkeit der Ersatzvornahme als gültigem Hoheitsakt auszugehen habe. Wer demnach von dem fehlenden Beschäftigungsbedarf durch betriebsbedingte Kündigung betroffen sei, entscheide die Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten. Die diesbezügliche Sozialauswahl sei nicht zu beanstanden.

II. Dem folgt der Senat im Ergebnis und auch in Teilen der Begründung.

1. Die materielle Rüge, das Berufungsgericht habe zu Unrecht die Betriebsbedingtheit der Kündigung angenommen, greift nicht durch.



Inner- und außerbetriebliche Umstände begründen nur dann ein dringendes betriebliches Erfordernis iSd. § 1 Abs. 2 KSchG, wenn sie sich konkret auf die Einsatzmöglichkeit des gekündigten Arbeitnehmers auswirken. Es ist dabei nicht zu prüfen, ob ein bestimmter Arbeitsplatz weggefallen ist, sondern ob und in welchem Umfang das Beschäftigungsbedürfnis für den betreffenden Arbeitnehmer entfallen ist (*st. Rechtsprechung, BAG 30. Mai 1985 - 2 AZR 321/84 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 24 = EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 36, zu B II 1 der Gründe; 19. Mai 1993 - 2 AZR 584/92 - BAGE 73, 151 und 12. November 1998 - 2 AZR 91/98 - AP Nr. 51 aaO*).

a) Ein Beschäftigungsbedürfnis für die Klägerin ist aufgrund der Vorgaben im Haushaltsgesetz 1996 in Verbindung mit dem Thüringer Gesetz über die Feststellung des Landeshaushaltsplans für das Haushaltsjahr 1997 (*Thüringer Haushaltsgesetz 1997*) vom 16. Dezember 1996 (*Gesetz- und Verordnungsblatt für den Freistaat Thüringen vom 23. April 1996 S 305 - im Folgenden: Landeshaushaltsplan 1997*), Einzelplan 15 (*Stellenübersicht 42201 und 42501*) sowie dem Personalbedarfsplan der PHE entfallen, wobei der Wegfall von 27 Beamten- und 71 Angestelltenstellen, für die kw-Vermerke (bis 1996) ausgebracht waren (siehe Spalte 3 im Landeshaushaltsplan 1997), sich als Vollzug des Haushaltsgesetzes 1996 in Verbindung mit dem Landeshaushaltsplan 1997 und des zugrunde liegenden Kabinettsbeschlusses vom 19. September 1995 darstellt. Mit der Anordnung des Stellenwegfalls zum Ende des Haushaltsjahres 1996 durch den Landeshaushaltsplan 1997 war der Personalbedarfsplan für 1997, wie er durch das Thüringische Ministerium für Wissenschaft, Forschung und Kultur für die PHE im Wege der Ersatzvornahme für die Zeit ab 1. Januar 1997 nach den für den Senat nach § 561 ZPO verbindlichen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts erlassen worden war, bereits gebunden. Das Berufungsgericht hat daraus den Schluß gezogen, der vom Minister erlassene Personalbedarfsplan habe die gesetzlich vorgesehene, aber von der PHE nicht durchgeführte Personaleinsatzplanung und Verteilung der personellen Haushaltsansätze auf die einzelnen Institute ersetzt.

Soweit die Revision im wesentlichen nur geltend macht, die Arbeitsgerichte seien an diesen staatlichen Hoheitsakt deshalb nicht gebunden, weil es sich nicht um eine der Fachaufsicht des Landes (§ 110 Abs. 2 ThürHG) unterliegende Maßnahme der Mittelbewirtschaftung im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 1 iVm. § 105 Abs. 3 ThürHG, sondern um eine Maßnahme der Entwicklungsplanung im Sinne des § 103 Abs. 1 ThürHG, also eine Selbstverwaltungsangelegenheit, handele, ist dem nicht zu folgen.



Jedenfalls insoweit, als der Personalbedarfsplan die Vorgaben des Landeshaushaltsplans 1997 hinsichtlich der wegfallenden Stellen übernimmt, stellt er sich als Maßnahme der Mittelbewirtschaftung dar. Daran ändert sich auch nichts dadurch, daß in den Vermerken des MWFK aus Anlaß der HPR-Mitbestimmung die Erstellung einer „neuen Personalstruktur“ gefordert wird. Insofern verkennt die Revision selbst nicht, daß haushaltsrechtlich dafür Sorge zu tragen war, daß das vorhandene Personal den im Haushaltsplan ausgewiesenen Planstellen zugeordnet wird und nicht mehr Personen beschäftigt werden, als Haushaltsstellen vorhanden sind (§ 7 Abs. 2 Nr. 1, § 105 Abs. 3 ThürHG). Dem hatte das MWFK durch die Ersatzvornahme Rechnung zu tragen, indem der Personalstand dem Haushaltsansatz für 1997 anzupassen war. Im übrigen hat das Berufungsgericht zutreffend entschieden, daß die Arbeitsgerichte an die vorgenommene Ersatzvornahme als Hoheitsakt solange gebunden sind, als dieser nicht von der zuständigen Stelle oder vom Verwaltungsgericht auf eine Anfechtung hin - vom Falle der Nichtigkeit abgesehen, der ersichtlich nicht vorliegt - aufgehoben worden ist (vgl. BAG 23. Juni 1993 - 5 AZR 248/92 - AP ZPO § 128 Nr. 10, zu II 3 der Gründe und 24. Oktober 1996 - 2 AZR 895/95 - BAGE 84, 267).

b) Dieses Ergebnis entspricht auch der BAG-Rechtsprechung, wonach Stellenstreichungen in einem Haushaltsplan (BAG GS 28. November 1956 - GS 3/56 - BAGE 3, 245, 250 f.; BAG 3. Mai 1978 - 4 AZR 698/76 - BAGE 30, 272, 276; 21. Januar 1993 - 2 AZR 330/92 - AP MitbestG Schleswig-Holstein § 52 Nr. 1 = EzA KSchG § 2 Nr. 18) ebenso wie das Anbringen eines kw-vermerks an einer Personalstelle (BAG 6. September 1978 - 4 AZR 84/77 - AP KSchG 1969 § 1 Nr. 4 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 9) eine von den Gerichten nicht nachprüfbare Entscheidung darstellen, daß die bezeichnete Stelle für die einzelne Dienststelle entbehrlich ist. Dies setzt allerdings stets eine nach sachlichen Merkmalen genau bestimmte Stelle voraus, weil andernfalls nicht festgestellt werden kann, ob im konkreten Fall der ausgesprochenen Kündigung ein dringendes betriebliches Erfordernis bzw. mangelnder Bedarf zugrunde liegt (BAG GS 28. November 1956, aaO, zu III 2 der Gründe).

Richtig ist insoweit, daß weder das Haushaltsgesetz 1996 für sich genommen, noch der Landeshaushaltsplan 1997 isoliert betrachtet den Ausspruch der im Streit stehenden Kündigung hätten gemäß § 1 Abs. 2 KSchG rechtfertigen können, wie das BAG zu einer auf mangelnden Bedarf im Sinne des Abs. 4 Ziff. 2 EV (Anlage I Kapitel XIX) gestützten Kündigung entschieden hat (BAG 19. März 1998 - 8 AZR 626/96 - AP



Einigungsvertrag Anl. I Kapitel XIX Nr. 76 = EzA Einigungsvertrag Art. 20 Nr. 62). Zu den ähnlichen gesetzlichen Voraussetzungen des Abs. 4 Ziff. 2 EV hat das Bundesarbeitsgericht (aaO) entschieden, der im Haushaltsplan vorgesehene kw-Vermerk allein konkretisiere das Wegfallbedürfnis nicht auf bestimmte Stellen; vielmehr müsse ein auf den konkreten Stellenbedarf zugeschnittenes Konzept hinzukommen.

Genauso liegen die Dinge im Streitfall: Die im Haushaltsgesetz 1996 und im Landeshaushaltsplan 1997 enthaltenen Vorgaben wurden durch den im Wege der Ersatzvornahme auf die einzelnen Fakultäten der PHE zugeschnittenen Personalbedarf 1997 realisiert, indem der Personalstand für den Bereich Slawistik der philologischen Fakultät bezüglich der wissenschaftlichen Mitarbeiter ua. in der Literaturwissenschaft auf eine halbe Stelle in der Fachdidaktik ebenfalls auf eine halbe Stelle und der Lektoren in der Sprachpraxis/Landeskunde auf zwei Stellen festgelegt worden ist. Damit hat der Beklagte ein zum Zeitpunkt der Kündigung bestehendes Konzept dargestellt, wie das zukünftig zu erwartende Studentenaufkommen konkret stellenplanmäßig bedient werden soll, wobei gleichzeitig der kw-Vermerk aufgrund des Landeshaushaltsplans 1997 zeitlich im Sinne der Rechtsprechung (BAG 6. September 1979 - 4 AZR 84/77 - aaO), nämlich ab 1. Januar 1997, also noch vor Auslaufen der Kündigungsfrist fixiert wurde.

c) Der Beklagte hat das vorliegend außerdem noch dadurch verdeutlicht, daß er unwidersprochen vorgetragen hat, selbst nach dem reduzierten Personalbestand bestehe noch eine Überkapazität an Semesterwochenstunden und für fünf zu betreuende Studenten der Slawistik stünden immer noch vier Professorenstellen und fünf Stellen des akademischen Mittelbaus zur Verfügung. Angesichts dieser unstreitigen Zahlen liegt es auf der Hand, daß ein dringendes betriebliches Erfordernis für die Stellenreduzierung ausreichend dargetan ist. Die Verteilung des Bedarfs innerhalb der einzelnen Sparten der Slawistik (Sprachwissenschaft, Sprachzentrum, Literaturwissenschaft, Fachdidaktik, Sprachpraxis/Landeskunde sowie Sekretariat) ist Teil der behördlichen Organisationsentscheidung, die der Unternehmensentscheidung in der Privatwirtschaft entspricht und dementsprechend auch nur auf offenbare Unsachlichkeit oder Willkür zu überprüfen ist (vgl. dazu *Senatsurteile 25. April 1996 - 2 AZR 609/95 - und 17. Juni 1999 - 2 AZR 522/98 - zur Veröffentlichung vorgesehen, zu II 1 a der Gründe mwN*), ohne daß die Klägerin in dieser Hinsicht etwas zu der neuen Personalstruktur aufgrund des gesetzlichen Auftrages vorgetragen hat.



d) Ist demnach der Beschäftigungsbedarf für zehn wissenschaftliche Mitarbeiter ab 1. Januar 1997 entfallen, so waren unter den vergleichbaren Mitarbeitern, wie das Berufungsgericht weiter zutreffend ausgeführt hat, diejenigen betroffen, die es unter Berücksichtigung einer Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten (§ 1 Abs. 3 KSchG) traf. Der Haushaltsgesetzgeber muß sich nicht etwa in dem Sinne mit der konkreten Stelle befassen, daß er auch über die soziale Auswahl, also jede einzelne Planstelle, entscheidet; insoweit ist nicht die behördliche Organisationsentscheidung betroffen; vielmehr bleibt die sich aus dem Gesetz ergebende soziale Auswahl innerhalb der Grenzen eines ausreichenden Beurteilungsermessens der dafür zuständigen Verwaltung überlassen (vgl. dazu BAG 15. Juni 1989 - 2 AZR 580/88 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 18, zu II 2 e der Gründe und 19. März 1998 - 8 AZR 626/96 - aaO, zu II 2 b bb der Gründe).

2. Entgegen der Rüge der Revision ist auch die vom Beklagten getroffene Sozialauswahl nicht zu beanstanden.

a) Soweit die Klägerin in den Vorinstanzen geltend gemacht hat, der Beklagte habe den Kreis der in die Sozialauswahl einzubeziehenden Arbeitnehmer zu weit gezogen, aufgrund ihrer bisherigen Tätigkeit und ihrer Fähigkeiten sei mit ihr im Institut für Slawistik überhaupt kein Arbeitnehmer vergleichbar, hat das Berufungsgericht zutreffend darauf abgestellt, daß die Arbeitnehmer im Rahmen der Sozialauswahl miteinander vergleichbar sind, die angesichts ihrer bisherigen Aufgaben im Betrieb und angesichts ihrer beruflichen Qualifikation austauschbar sind, die der Arbeitgeber also kraft seines Direktionsrechts auf den anderen Arbeitsplatz versetzen kann (st. Rspr. Senatsurteil 29. März 1990 - 2 AZR 369/89 - BAGE 65, 61). Es ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht auf der Grundlage des von ihm festgestellten Sachverhalts (§ 561 ZPO) angenommen hat, keiner der vom Beklagten in die Sozialauswahl einbezogenen Arbeitnehmer habe einen Anspruch auf einen Einsatz in einem bestimmten Bereich des Instituts für Slawistik gehabt, der Beklagte hätte vielmehr die betreffenden Arbeitnehmer wechselseitig im gesamten Bereich dieses Instituts versetzen können. Die Revision erhebt insoweit auch keine Rügen.

b) Die Rüge, Frau K sei entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts in die Sozialauswahl einzubeziehen gewesen, weil die Klägerin bestritten habe, daß diese an mehreren Sitzungen des HPR teilgenommen habe und demnach als Ersatzmitglied nachwirkenden Kündigungsschutz gemäß § 15 Abs. 2 KSchG genossen habe, ist je-



denfalls unbegründet. Aufgrund der Anwesenheitsliste der HPR-Sitzung vom 23. Mai 1996 steht fest, daß Frau K als Angestelltenvertreterin für die PHE an der betreffenden Sitzung teilgenommen hat. Das entspricht auch dem Inhalt der von dem Beklagten vorgelegten Sozialdatenaufstellung innerhalb der Rubrik „besonderer Schutz“. Frau K hat damit am 23. Mai 1996 Personalratstätigkeit ausgeübt und schied daher als aktiv gewordenes Ersatzmitglied des HPR bei der Sozialauswahl aus dem auswahlrelevanten Personenkreis aus (vgl. *Senatsurteil 17. Juni 1999 - 2 AZR 456/98 - aaO, zu II 3 b der Gründe mwN*).

c) Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht hätte den erstinstanzlichen Vortrag der Klägerin zur fehlerhaften Sozialauswahl bezüglich der sozial stärkeren Frau W berücksichtigen müssen, ist ebenfalls unbegründet.

Das Berufungsgericht hat die Sozialauswahl zwischen der Klägerin und der Mitarbeiterin W nicht auf Auswahlfehler hin überprüft mit der Begründung, die Klägerin habe sich in der Berufungserwiderung nicht mehr darauf berufen, daß ein im Institut weiterbeschäftigter Mitarbeiter sozial stärker als sie sei und deshalb an ihrer Stelle hätte entlassen werden müssen. Im Hinblick auf die Arbeitnehmerin W trifft dies zu. Zwar ist das Arbeitsgericht in seinem Urteil auf die Rügen der Klägerin zur Sozialauswahl nicht eingegangen und das Berufungsgericht durfte deshalb nicht ohne weiteres annehmen, die konkreten Rügen der Klägerin zur Sozialauswahl seien fallen gelassen, wenn die Klägerin nach ihrem Obsiegen in erster Instanz diese Rüge nicht ausdrücklich wiederholte.

Nach dem Vorbringen der Klägerin in der Berufungsinstanz ist das Berufungsgericht jedoch ohne erkennbaren Rechtsfehler davon ausgegangen, daß die Rüge der fehlerhaften Sozialauswahl in Bezug auf Frau W nicht mehr aufrecht erhalten worden ist. Nach dem unbestrittenen Vorbringen der Beklagten stand auch Frau W zur Kündigung an, der Ausspruch der beschlossenen Kündigung ist jedoch auf ausdrücklichen Ministerentscheid hin zunächst zurückgestellt worden, weil der Ehemann von Frau W, die zwei Kinder zu versorgen hat, während der Erörterungen mit der Personalvertretung über die beabsichtigte Kündigung verstorben ist. Der Beklagte hat die Klägerin unter Darlegung dieses Sachverhalts ausdrücklich aufgefordert mitzuteilen, ob sie sich unter diesen Umständen noch auf eine fehlerhafte Sozialauswahl zwischen ihr und Frau W berufen wolle. Daraufhin hat die Klägerin lediglich noch in der Berufungsinstanz mitgeteilt, Frau W sei zwischenzeitlich ausgeschieden, „auch wenn dies für das Kündigungsschutzverfahren ohne Bedeutung“ sei. Wenn die Berufsbeantwortung



der Klägerin, die keine allgemeine Bezugnahme auf die erstinstanzlichen Schriftsätze enthält, nur allgemein „Mängel (in Bezug ...) auf die getroffene Sozialauswahl“ rügt, den Fall W in anderem Zusammenhang erwähnt und ansonsten zur Sozialauswahl nur ausführlich auf die Frage der Vergleichbarkeit aller Arbeitnehmer untereinander eingeht, so durfte das Berufungsgericht dieses Vorbringen dahingehend auslegen, daß die konkrete Rüge, die Klägerin sei im Rahmen der Sozialauswahl Frau W vorzuziehen gewesen, nicht mehr aufrecht erhalten wurde.

Es kann deshalb dahinstehen, ob bei einer an sich betriebsbedingten Kündigung wegen Wegfalls der Beschäftigungsmöglichkeiten, die der Arbeitgeber zur Vermeidung einer sozialen Härte (wegen eines Todesfalls der Familie des Betroffenen, evtl. Kündigung zur Unzeit, § 138 BGB) zunächst für eine gewisse Zeit aufschiebt, sich eine andere Arbeitnehmerin, bei der diese besonderen Umstände nicht vorliegen, darauf berufen kann, nunmehr müsse eine (erneute) Sozialauswahl vorgenommen werden mit dem Ergebnis, daß nunmehr sie - überzählig - anstatt der von dem Todesfall betroffenen Arbeitnehmerin weiterzubeschäftigen sei.

d) Auch der pauschale Hinweis der Revision auf das erstinstanzliche Vorbringen der Klägerin zur angeblichen Fehlerhaftigkeit des Angebotes auf Teilzeitbeschäftigung, beschränkt auf zwei Mitarbeiter, geht fehl. Wenn die Klägerin insoweit geltend macht, die Beklagte hätte die beiden Teilzeitstellen allen Mitarbeitern des Instituts anbieten müssen, so wird damit kein Fehler der vom Beklagten getroffenen Sozialauswahl aufgezeigt. Selbst wenn die Klägerin, was sie nicht einmal behauptet, auf einen entsprechenden Hinweis sich um eine der Teilzeitstellen bemüht hätte, hätte sich dadurch die vom Beklagten getroffene Sozialauswahl, die insoweit von der Klägerin auch nicht konkret beanstandet wird, nicht geändert und die beiden Teilzeitstellen hätten - wie geschehen - die Arbeitnehmer S und R (9 bzw. 10 Jahre länger als die Klägerin beschäftigt, 12 bzw. 15 Jahre älter als die Klägerin bei gleicher Kinderzahl) erhalten.

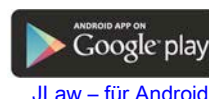
e) Was die Mitarbeiterin M anbelangt, so rügt die Revision zwar zu Recht, daß das Berufungsgericht das entsprechende Vorbringen der Klägerin nicht einfach übergehen durfte. In der Berufungserwiderung wird ausdrücklich das erstinstanzliche Vorbringen wiederholt, das frühere Personalratsmitglied Frau M sei zum 1. April 1997 an die TH Ilmenau gewechselt und dies sei für den Beklagten zum Zeitpunkt des Ausspruches der Kündigung voraussehbar gewesen. Damit hat die Klägerin, die im Rahmen der Sozialauswahl hinter Frau M wegen deren Sonderkündigungsschutz als Personalratsmitglied zurückstehen mußte, aufgezeigt, daß sie aus ihrer Sicht auf einem



anderen noch innerhalb der Kündigungsfrist freizumachenden Arbeitsplatz, nämlich auf der von Frau M freizumachenden Stelle weiterbeschäftigt werden konnte. Nachdem das Arbeitsgericht der Klage mit der Begründung stattgegeben hatte, es fehle schon am dringenden betrieblichen Erfordernis für die Kündigung, so daß es zB auf anderweitige Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten nicht mehr ankam, war es verfahrensfehlerhaft, wenn das Berufungsgericht trotz des konkreten Hinweises auf die Mitarbeiterin M im Berufungsverfahren die Prüfung unterlassen hat, ob die Klägerin auf dem von Frau M evtl. später freizumachenden Arbeitsplatz weiterbeschäftigt werden konnte. Das angefochtene Urteil ist insoweit auch von der Revision mit einer nach § 554 Abs. 3 Nr. 3 b ZPO zulässigen Verfahrensrüge angegriffen worden.

Diese Rüge ist jedoch unbegründet, weil nicht davon auszugehen ist, daß bei Ausspruch der Kündigung mit hinreichender Gewißheit absehbar war, daß Frau M noch während der Kündigungsfrist der Klägerin zur Versetzung anstand und deshalb einen für die Klägerin geeigneten Arbeitsplatz räumen würde. Zwar hatte schon der Hauptpersonalrat in seiner Stellungnahme zur Kündigungsabsicht darauf hingewiesen, wegen Wechsels eines Mitarbeiters (gemeint ist Frau M) von der PHE an die TH Ilmenau werde im Zeitraum der Kündigungsfrist der Klägerin im Institut für Slawistik eine Stelle frei. Dem war der Beklagte allerdings entgegengetreten und hatte behauptet, zwar sei bei der TH Ilmenau eine Stelle im akademischen Auslandsamt zu besetzen gewesen und Frau M werde deshalb kurzfristig dahin abgeordnet, um zu überprüfen, ob sie dem Anforderungsprofil der Stelle entspreche und diese Funktion wahrnehmen könne. Eine entsprechende Entscheidung sei jedoch noch nicht möglich, weil nicht sichergestellt sei, ob es tatsächlich zur Versetzung kommen werde, da dies sowohl von der Entscheidung von Frau M , als auch von der Bewährung auf der konkreten Stelle abhängt. Demgegenüber hat sich die Klägerin im Prozeß nur pauschal darauf berufen, die Versetzung von Frau M an die TH Ilmenau sei „absehbar“ gewesen.

Damit ist die Klägerin ihrer abgestuften Darlegungslast nicht nachgekommen. Folgt man dem Vorbringen des für die Unmöglichkeit einer anderweitigen Beschäftigung nach § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten, so war es diesem nicht zumutbar, von einer Kündigung der Klägerin abzusehen, weil die keinesfalls sichere Möglichkeit bestand, daß die Abordnung von Frau M auf eine fachfremde Stelle mit ganz anderem Anforderungsprofil an einer anderen, nicht am Ort gelegenen Hochschule in absehbarer Zeit zu einer Versetzung führte. Hätte der Beklagte mit Rücksicht auf diese Abordnung der Klägerin nicht gekündigt, so wäre zumindest für die nicht unerhebliche Dauer der Kündigungsfrist der Klägerin eine der Stellen



im Institut für Slawistik über den Beschäftigungsbedarf hinaus doppelt besetzt gewesen, wenn die Versetzung von Frau M aus irgendwelchen Gründen scheiterte. Dies gilt um so mehr, weil der Beklagte nach seinem unbestritten gebliebenen Vorbringen mit der Mitarbeiterin D, die ebenfalls als Schwerbehinderte Sonderkündigungsschutz genoß, eine weitere Arbeitnehmerin für eine Versetzung vorgesehen hatte, deren Erfolg ebenfalls nicht feststand und die auch später tatsächlich nicht zustande gekommen ist. Die Klägerin hat demgegenüber nichts dafür vorgetragen, daß die Versetzung von Frau M zur TH Ilmenau schon bei Ausspruch der Kündigung mit hinreichender Gewißheit feststand, die es gerechtfertigt hätte, schon im Kündigungszeitpunkt von einer anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeit auszugehen. Der bloße Hinweis, die Versetzung von Frau M habe sich schon bei Ausspruch der Kündigung „für den Beklagten abgezeichnet“, reicht dazu nicht aus.

Ein Wiedereinstellungsanspruch der Klägerin, als es bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Klägerin zur Versetzung von Frau M kam, kam zwar grundsätzlich in Betracht, ein solcher ist jedoch von der Klägerin nicht geltend gemacht worden wohl im Hinblick auf das unbestritten gebliebene Vorbringen des Beklagten, daß die durch die Versetzung von Frau M freigewordene Stelle mit der gegenüber der Klägerin sozial schutzbedürftigeren Mitarbeiterin D besetzt worden ist.

3. Soweit die Revision schließlich rügt, das Berufungsgericht hätte die erstinstanzlichen Ausführungen der Klägerin zur Personalratsbeteiligung berücksichtigen müssen, liegt schon keine nach § 554 Abs. 3 Nr. 3 b ZPO zulässige Verfahrensrüge vor. Wenn das Berufungsgericht das Vorbringen der Klägerin in der Berufungsinstanz zur Personalratsbeteiligung (die Berufungsbeantwortung enthält nur den Satz: „Die Mängel der Kündigung beziehen sich ... schließlich auf die Personalratsbeteiligung“) dahin wertet, in der Berufungsinstanz werde die ordnungsgemäße Anhörung des Personalrats nicht mehr substantiiert bestritten, so können sich die weiteren Ausführungen des Berufungsgerichts über die Befassung des Personalrats mit den Kündigungsgründen nur auf das erstinstanzliche Vorbringen der Klägerin zur Personalratsbeteiligung beziehen. Setzt sich aber das Berufungsurteil mit dem erstinstanzlichen Vorbringen der Klägerin zur Personalratsbeteiligung auseinander und kommt anhand der zu den Akten gegebenen Unterlagen zu dem Ergebnis, der Kündigungsgrund des Wegfalls des Beschäftigungsbedarfs wegen Umsetzung des Personalstrukturplanes sei dem Personalrat ordnungsgemäß mitgeteilt worden, so hätte eine ordnungsgemäße Verfahrensrüge nach § 554 Abs. 3 Nr. 3 b ZPO die genaue Bezeichnung der Teile des entsprechenden



erstinstanzlichen Vorbringens erfordert, die aus der Sicht der Revision vom Berufungsgericht nicht berücksichtigt worden sind. Daran fehlt es, der bloße pauschale Hinweis auf einen erstinstanzlichen Schriftsatz reicht dazu nicht aus.

Auch die Behauptung der Klägerin, dem Personalrat seien die vom Beklagten behaupteten Überlegungen über Lehrpläne, Lehrdeputate und Studentenzahlen nicht im einzelnen mitgeteilt worden, greift nicht durch und wird in der Revisionsinstanz auch nicht wiederholt. Wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, handelt es sich insoweit nur um Erläuterungen zum Kündigungsgrund, die auch ohne konkrete Mitteilung an den Personalrat prozeßrechtlich verwertbar sind. Abgesehen davon ist der Hauptpersonalrat schon im Vorfeld der Erstellung des Personalstrukturplans mehrfach darauf hingewiesen worden, die vorgesehene Personalausstattung im Fach Slawistik resultiere daraus, daß zur Zeit an der PHE in allen Studiengängen sowie über alle Semester insgesamt nur fünf Studenten eingeschrieben seien und eine Steigerung dieser Studentenzahlen in den nächsten Jahren nicht zu erwarten sei.

Etzel

Bröhl

Fischermeier

Rosendahl

Bartel

**JLaw – Gesetze und Urteile**Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile[\(mobile App\)](#)[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)