

Aktenzeichen: 2 AZR 241/04
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 21. April 2005
- 2 AZR 241/04 -

I. Arbeitsgericht
Berlin

Urteil vom 2. Oktober 2003
- 4 Ca 10253/03 -

II. Landesarbeitsgericht
Berlin

Urteil vom 10. März 2004
- 17 Sa 2575/03 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Entscheidungsstichworte:

Betriebsbedingte Kündigung - Sozialauswahl

Gesetz:

KSchG §§ 1, 15

Leitsatz:

Der Kreis der in die soziale Auswahl einzubeziehenden Arbeitnehmer ist nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der beabsichtigten Kündigung zu bilden. Arbeitnehmer, denen gegenüber eine ordentliche Kündigung in diesem Zeitpunkt auf Grund von Vorschriften des Sonderkündigungsschutzes ausgeschlossen ist, sind in diesen Personenkreis nicht einzubeziehen.

Dies gilt auch dann, wenn im Zeitpunkt der beabsichtigten Kündigung der Sonderkündigungsschutz voraussichtlich alsbald auslaufen wird und auf Grund der kurzen Kündigungsfrist das Arbeitsverhältnis des besonders geschützten Arbeitnehmers zu demselben Termin beendet werden könnte, zu dem auch das Arbeitsverhältnis des konkurrierenden, sozial schwächeren Arbeitnehmers gekündigt werden kann.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 241/04
17 Sa 2575/03
Landesarbeitsgericht
Berlin

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
21. April 2005

URTEIL

Anderl, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 21. April 2005 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Rost, die Richter am Bundesarbeitsgericht Bröhl und Schmitz-Scholemann sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Bartz und Dr. h.c. Walter für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 10. März 2004 - 17 Sa 2575/03 - aufgehoben.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung
- auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeits-
gericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen betriebsbedingten Kündigung und über einen Weiterbeschäftigungsanspruch.

Die Klägerin, geboren am 31. Dezember 1962, verheiratet, zwei Kindern unterhaltsverpflichtet, trat 1980 in die Dienste der Rechtsvorgängerin der Beklagten. Sie war zuletzt als Schauwerbegestalterin in dem Warenhaus der Beklagten in Berlin mit einer monatlichen Arbeitszeit von 108 Stunden tätig.

Neben der Klägerin waren in diesem Kaufhaus zwei weitere, jeweils vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer, Herr K und Herr A, als Schauwerbegestalter beschäftigt. Herr K, geboren am 30. August 1956, ist seit dem 21. April 1981 bei der Beklagten beschäftigt und nach den Angaben der Beklagten für ein Kind unterhaltsverpflichtet. Herr A, geboren am 15. Dezember 1948, ist seit dem 1. Januar 1994 bei der Beklagten tätig und hat keine unterhaltsberechtigten Kinder; er war bis längstens 31. Mai 2002 Mitglied des Betriebsrats.

Seit dem 1. März 2003 setzt die Beklagte für Dekorationsarbeiten in den von ihr deutschlandweit betriebenen Warenhäusern zentral gebildete „Visual-Merchandising-Teams“ ein, um auf diese Weise die Schaufenster einheitlich zu gestalten. Am 4. März 2003 schloss sie mit dem Betriebsrat des Warenhauses Berlin für den Bereich Merchandising eine Vereinbarung, in der es ua. heißt:

„...“

Durch den Einsatz des Zentralen Visual-Merchandising-Teams für die Gestaltung der Schaufenster entfällt ein Großteil der bisherigen Aufgaben. Es verbleibt lediglich das Anziehen der Figuren und Torsen im Verkauf, sowie der Aufbau von 2-3 Großaktionen im Displaybereich pro Jahr, sowie die Erstellung von Preisbeschilderungen. Mit den Dekorationsarbeiten durch die Zentrale, ist ein Wegfall von 1/3 des Arbeitsanfalles verbunden, damit entfällt 1 von 3 Arbeitsplätzen.“



Nach Anhörung des Betriebsrats, der der Kündigung widersprach, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Klägerin mit Schreiben vom 26. März 2003 zum 31. Oktober 2003.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, dringende betriebliche Erfordernisse stünden ihrer Weiterbeschäftigung nicht entgegen. Die Sozialauswahl sei fehlerhaft durchgeführt worden. Die Beklagte hätte nicht ihr (88 Punkte), sondern dem sozial weniger schutzbedürftigen Mitarbeiter A (76 Punkte) oder Herrn K kündigen müssen, dem zu Unrecht mehr Punkte als ihr, nämlich 96, zugebilligt worden seien. Der Sonderkündigungsschutz des Mitarbeiters A sei demnächst ausgelaufen, sodass ihm unter Berücksichtigung der für ihn geltenden kürzeren Kündigungsfrist mindestens zum selben Zeitpunkt wie ihr habe gekündigt werden können. Außerdem habe die Beklagte den Betriebsrat im Rahmen des Anhörungsverfahrens nicht ausreichend über die Umstände der Sozialauswahl unterrichtet.

Die Klägerin hat zuletzt beantragt,

1. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten vom 26. März 2003, ihr zugegangen am 28. März 2003, nicht beendet worden ist;
2. im Falle ihres Obsiegens mit dem Antrag zu 1., die Beklagte zu verurteilen, sie bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens zu unveränderten Bedingungen als Schauwerbegestalterin weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie hat die Auffassung vertreten, die Kündigung sei sozial gerechtfertigt, weil infolge des Einsatzes eines zentralen Merchandising-Teams auch in dem Warenhaus in Berlin der Beschäftigungsbedarf für einen Schauwerbegestalter weggefallen sei. Die Sozialauswahl sei zu Lasten der Klägerin ausgefallen, weil das Arbeitsverhältnis des Herrn A wegen des nachwirkenden Kündigungsschutzes für ehemalige Mitglieder des Betriebsrats zum maßgeblichen Zeitpunkt des Ausspruches der Kündigung nicht ordentlich habe gekündigt werden können. Dem Betriebsrat seien die Umstände der Sozialauswahl bereits vor Beginn des Anhörungsverfahrens bekannt gewesen.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter.



Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet.

A. Das Landesarbeitsgericht hat ausgeführt, die Kündigung sei sozial ungerechtfertigt, weil die Beklagte bei der Auswahl soziale Gesichtspunkte nicht ausreichend iSd. § 1 Abs. 3 KSchG beachtet habe. Die Beklagte habe das Arbeitsverhältnis des Herrn A kündigen müssen. Einer Vergleichbarkeit stehe die Teilzeitbeschäftigung der Klägerin ebenso wenig entgegen wie der im Zeitpunkt der Kündigung für Herrn A bestehende Sonderkündigungsschutz. Dieser habe spätestens am 31. Mai 2003 geendet. Bis zu diesem Zeitpunkt habe die Beklagte mit der Kündigung warten müssen. Das Arbeitsverhältnis des Herrn A hätte dann noch rechtzeitig vor dem oder zum 31. Oktober 2003 geendet.

B. Dem stimmt der Senat nicht zu. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung kann die Klage keinen Erfolg haben. Das Berufungsurteil erweist sich bisher auch nicht aus anderen Gründen als richtig. Da die Sache nicht zur Entscheidung reif ist, muss sie an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen werden (§ 563 ZPO).

I. Die Wirksamkeit der Kündigung scheitert nicht deshalb an den Grundsätzen der ordnungsgemäßen Sozialauswahl gem. § 1 Abs. 3 KSchG, weil die Beklagte verpflichtet gewesen wäre, das Arbeitsverhältnis mit Herrn A zu kündigen.

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats kommt es für die Beurteilung der sozialen Rechtfertigung einer Kündigung auf den Zeitpunkt des Kündigungszugangs an (*vgl. nur 27. November 2003 - 2 AZR 48/03 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 64 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 128, zu B I 1 der Gründe*). Allerdings schließt dies nicht aus, zum Kündigungszeitpunkt schon hinreichend sicher voraussehbare künftige Entwicklungen zu berücksichtigen (*19. Juni 1991 - 2 AZR 127/91 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 53 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 70, zu II 2 b der Gründe*). So muss der Arbeitgeber bei der Frage, ob der zu kündigende Arbeitnehmer zu gleichen oder geänderten Arbeitsbedingungen weiterbeschäftigt werden kann, auch solche Arbeitsplätze als „frei“ ansehen, die zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung zwar besetzt sind, deren Freiwerden bis zum Ablauf der Kündigungsfrist aber bei Ausspruch der Kündigung mit hinrei-



chender Sicherheit vorhersehbar ist (*BAG 15. Dezember 1994 - 2 AZR 327/94 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 67 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 75, zu B II 1 der Gründe*).

2. Auch in Fällen, in denen zwar bei Zugang der Kündigung noch die Möglichkeit der Beschäftigung besteht, aber die für den künftigen Wegfall des Beschäftigungsbedürfnisses maßgeblichen Entscheidungen bereits getroffen sind, kommt es darauf an, ob der Arbeitnehmer bis zum Kündigungstermin voraussichtlich entbehrt werden kann (*BAG 11. März 1998 - 2 AZR 414/97 - AP BetrVG 1972 § 111 Nr. 43 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 99; 5. April 2001 - 2 AZR 696/99 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 117 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 110; 12. April 2002 - 2 AZR 256/01 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 120 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 118*).

3. Diese Grundsätze gelten auch für die Frage, ob die Kündigung nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG sozial ungerechtfertigt ist (*vgl. BAG 27. November 2003 - 2 AZR 48/03 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 64 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 128*).

4. Dabei sind in die soziale Auswahl die Arbeitnehmer einzubeziehen, die von demselben dringenden betrieblichen Erfordernis betroffen sind. Aus dem auswahlrelevanten Personenkreis scheiden - trotz im Übrigen bestehender Vergleichbarkeit - solche Arbeitnehmer aus, bei denen eine ordentliche arbeitgeberseitige Kündigung auf Grund des Gesetzes ausgeschlossen ist. Gesetzliche Kündigungsverbote gehen dem allgemeinen Kündigungsschutz als spezialgesetzliche Regelungen vor (*Senat 17. Juni 1999 - 2 AZR 456/98 - BAGE 92, 79; APS/Kiel 2. Aufl. § 1 KSchG Rn. 691 mwN; KR-Etzel KSchG 7. Aufl. § 1 Rn. 664 mwN; Stahlhacke/Preis/Vossen Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis 8. Aufl. Rn. 1071 mwN*).

5. Danach war der Arbeitnehmer A nicht in die Sozialauswahl einzubeziehen. Von der Beklagten wurde geltend gemacht, mit dem Einsatz des zentral gebildeten „Visual-Merchandising-Teams“ zum 1. März 2003 sei ab diesem Zeitpunkt ein Drittel des Arbeitsanfalls weggefallen. Die Beklagte reagierte mit der Kündigung auf einen bereits eingetretenen Wegfall des Beschäftigungsbedarfs. Von dem dringenden betrieblichen Erfordernis, dem Wegfall des Beschäftigungsbedarfs für einen Arbeitnehmer ab März 2003 und einer damit verbundenen Kündigung im März 2003, war der Arbeitnehmer A nicht betroffen. Denn ihm gegenüber konnte im März 2003 eine ordentliche



Kündigung nicht erklärt werden. Ihm stand der Kündigungsschutz nach § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG jedenfalls bis in den Monat Mai 2003 zu.

6. Aus den Grundsätzen über den maßgeblichen Zeitpunkt der Beurteilung der Sozialwidrigkeit der Kündigung folgt das Landesarbeitsgericht zu Unrecht, der absehbare Wegfall des Sonderkündigungsschutzes des Arbeitnehmers A sei in der Weise zu berücksichtigen, dass die Kündigung nicht im März 2003 gegenüber der Klägerin, sondern nach Ablauf des Sonderkündigungsschutzes des Herrn A diesem gegenüber habe ausgesprochen werden müssen.

a) Im Unterschied zu den Fällen, in denen auch absehbare zukünftige Ereignisse bereits bei der Kündigung zu berücksichtigen sind, müsste die Beklagte im vorliegenden Fall den Ausspruch der Kündigung verschieben. Derartiges hat der Senat bisher nicht verlangt. Für eine solche Verpflichtung des Arbeitgebers findet sich auch im Gesetz keine Stütze.

b) Eine Verpflichtung des Arbeitgebers, in Fällen der vorliegenden Art den Kündigungsausspruch zu verschieben, würde voraussetzen, dass die - spätere - Kündigung in jedem Falle wirksam wäre. Das kann jedoch in dem früheren Zeitpunkt nicht sicher beurteilt werden. Denn absehbar ist in dem früheren Zeitpunkt nur der Wegfall des bisherigen Sonderkündigungsschutzes. Dies ist jedoch nur einer von mehreren Wirksamkeitserfordernissen. Nicht sicher vorhersehbar ist die Bewertung der rechtlichen Wirksamkeit eines Kündigungsausspruchs im späteren Zeitpunkt in seiner Gesamtheit. Unwägbar ist beispielsweise, wie zu dieser Zeit der vergleichbare Personenkreis zu bestimmen wäre oder ob andere vergleichbare Arbeitnehmer zu diesem Zeitpunkt unter ein gesetzliches Kündigungsverbot fallen.

c) Würde man der Auffassung des Landesarbeitsgerichts folgen, hätte der Arbeitgeber zunächst unter Berücksichtigung des gesetzlichen Sonderkündigungsschutzes zu prüfen, welchem Arbeitnehmer nach den Grundsätzen ordnungsgemäßer Sozialauswahl zu kündigen wäre. Die individuelle Kündigungsfrist des sozial am wenigsten schutzwürdigen Arbeitnehmers würde einen zufälligen Ausscheidenszeitpunkt festlegen. In einem zweiten Schritt müsste der Arbeitgeber prüfen, ob zu diesem Zeitpunkt unter Berücksichtigung der individuellen Kündigungsfristen der einzelnen Arbeitnehmer möglicherweise weitere Arbeitnehmer ausscheiden könnten, die nun wegen Wegfalls des Sonderkündigungsschutzes in die Sozialauswahl einzubeziehen wären. Dann müsste eine neue Sozialauswahl stattfinden. Insbesondere bei einer Vielzahl von ver-



gleichbaren Arbeitnehmern würde dies zu nicht mehr hinnehmbarer Rechtsunsicherheit führen.

II. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Das Landesarbeitsgericht hat zu den weiteren Streitfragen keine Feststellungen getroffen bzw. keine nähere Prüfung vorgenommen. Deshalb ist der Rechtsstreit nicht zur Entscheidung reif (§ 563 Abs. 3 ZPO). Mangels hinreichender Feststellungen kann der Senat nicht abschließend entscheiden, ob das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung vom 26. März 2003 aufgelöst wurde.

1. Das Landesarbeitsgericht hat nicht geprüft, ob zur Kündigung der Klägerin ein dringendes betriebliches Erfordernis iSd. § 1 Abs. 2 KSchG vorlag. In den insoweit dem Landesarbeitsgericht zukommenden Beurteilungsspielraum will der Senat nicht eingreifen (*Müller-Glöge in Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge ArbGG 5. Aufl. § 75 Rn. 36a*). Außerdem mangelt es an tatsächlichen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts (§ 563 ZPO). Der Vortrag der Beklagten zur unternehmerischen Entscheidung ist im Einzelnen umstritten. Insbesondere ist zwischen den Parteien der von der Beklagten behauptete Wegfall von Arbeitsaufgaben streitig.

2. Das Landesarbeitsgericht hat - konsequenterweise - nicht geprüft, ob ohne Berücksichtigung des Arbeitnehmers A die soziale Auswahl zwischen der Klägerin und Herrn K ordnungsgemäß erfolgt ist. Zwar hat die Beklagte nach der Anlage 1 zur „Gesamtbetriebsvereinbarung/Sozialplan“ die Klägerin mit 88 Punkten und den Arbeitnehmer K mit 96 Punkten bewertet. Insoweit hat jedoch die Klägerin gerügt, dass ihre zwei Kinder nicht berücksichtigt wurden, und bestritten, dass Herr K für ein Kind unterhaltsverpflichtet ist.

3. Das Landesarbeitsgericht hat in seinem Urteil auch nicht geprüft, ob die Kündigung wegen fehlerhafter Betriebsratsanhörung gem. § 102 BetrVG unwirksam war. Zwar hatte das Arbeitsgericht der Kündigungsschutzklage wegen Verstoßes gegen § 102 BetrVG stattgegeben. In der Berufungsinstanz wurde jedoch der Vortrag der Parteien dazu erweitert. Dem wird das Landesarbeitsgericht ggf. nachzugehen und dabei die Rechtsprechung des Senats (*vgl. 22. Januar 2004 - 2 AZR 111/02 - AP BetrVG 1972 § 112 Namensliste Nr. 1 = EzA KSchG § 1 Interessenausgleich Nr. 11*) zu berücksichtigen haben.



III. Da der Senat keine abschließende Entscheidung über die Kündigungsschutzklage treffen kann, war auch der Ausspruch des Landesarbeitsgerichts über die Weiterbeschäftigung aufzuheben und die Sache auch insoweit zurückzuverweisen.

Rost

Bröhl

Schmitz-Scholemann

Bartz

J. Walter



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)