

969

Aktenzeichen: 2 AZR 282/90

Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 29. November 1990
- 2 AZR 282/90 -

I. Arbeitsgericht
Darmstadt

Urteil vom 08. Februar 1989
- 5 Ca 448/88 -

II. Landesarbeitsgericht
Frankfurt am Main

Urteil vom 21. Dezember 1989
- 9 Sa 353/89 -

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

Entscheidungsstichwort:

Verhaltensbedingte Kündigung nach Ablehnung eines
Versetzungsgesuches

Gesetz:

KSchG § 1 Abs. 2; ZPO §§ 128, 129, 284

Leitsätze:

K e i n e

Hinweise des Senats:

Bestätigung der Senatsrechtsprechung zum Erfordernis einer
Verknüpfung des Versetzungsangebots mit der Inaussicht-
stellung einer Beendigungskündigung (BAGE 47, 26 = AP Nr. 8
zu § 2 KSchG 1969); unzulässiger Ausforschungsbeweis



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 282/90

9 Sa 353/89 Frankfurt am Main

Verkündet am
29. November 1990

Noll,
Reg.-Hauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 29. November 1990 durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Triebfürst und



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

Bitter sowie die ehrenamtlichen Richter Schulze und
Dr. Kirchner für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des
Landesarbeitsgerichts Frankfurt am Main vom
21. Dezember 1989 - 9 Sa 353/89 - wird auf ihre
Kosten zurückgewiesen.

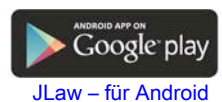
V o n R e c h t s w e g e n !

T a t b e s t a n d :

Der Kläger war seit dem 1. Januar 1973 bei der Beklagten be-
schäftigt und seit 1977 in D tätig. Er war in dem dort
von der Beklagten betriebenen Kaufhaus zuletzt als kaufmännischer
Geschäftsleiter für den Bereich Verkaufsservice eingesetzt, und
zwar aufgrund eines Anstellungsvertrages vom 21. Januar/25. Juli
1987. Nach § 1 Ziff. 3 dieses Anstellungsvertrages war der Kläger
dem Leiter der Region direkt unterstellt und sollte aus organisa-
torischen Gründen mit einer Ankündigungszeit von drei Monaten im
gesamten Bundesgebiet einschließlich West-Berlin einsetzbar sein.
Hinsichtlich der Vertragsdauer war in § 8 Abs. 2 geregelt, der
Vertrag gelte bis 31. Dezember 1988 und verlängere sich jeweils
um zwei Jahre, wenn er nicht sechs Monate vor Ablauf von einem
der beiden Vertragspartner schriftlich gekündigt werde. Der Neu-
fassung des Vertrages war eine Strukturänderung des Hauses
D vorausgegangen. Der bis dahin vorhandene sogenannte
erste Geschäftsführer entfiel; statt dessen wurden sogenannte
Fachcenter eingerichtet, die jeweils mit einem Leiter besetzt
waren. Daneben wurde die Abteilung Verkaufsservice geschaffen mit



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



einem kaufmännischen Leiter, in D also dem Kläger. Der Kläger hatte gegen eine in diesem Zusammenhang ausgesprochene Änderungskündigung Klage erhoben; die Parteien einigten sich jedoch auf eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu den Bedingungen des neuen Anstellungsvertrages, wobei es aufgrund einer Korrespondenz der Parteien zu einer Vereinbarung des Inhalts kam, daß die Bestimmung über die Einsetzbarkeit gemäß § 1 Ziff. 3 des Vertrages für den Zeitraum von mindestens drei Jahren gar nicht und auch danach nicht unter Außerachtlassung der persönlichen Belange des Klägers angewendet werden sollte.

Im Jahre 1988 stellte die Beklagte die Organisation der Kaufhäuser erneut um. Sie führte die Position eines Geschäftsführers ein. Der Kläger gehörte nach einem entsprechenden Auswahlverfahren zu den von der Beklagten für eine solche Position in Aussicht genommenen Kandidaten. Die Beklagte bot ihm im Juli 1988 die Übernahme des Kaufhauses in N an. Der Kläger lehnte dies unter Berufung auf die ihm zugesagte Unversetzbarkeit zunächst ab und begehrte die Übertragung der Leitung des D Kaufhauses. Insoweit ist zwischen den Parteien ein weiterer Rechtsstreit wegen einer entsprechenden Weiterbeschäftigung und einer von der Beklagten ausgesprochenen Suspendierung derzeit beim Bundesarbeitsgericht (- 5 AZR 272/90 -) anhängig.

Nach Anhörung des in D bestehenden Betriebsrates kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 6. September 1988 zum 31. Dezember 1990.



- 4 -

Mit seiner Klage hat sich der Kläger darauf berufen, die Beklagte müsse ihm die Stelle des Geschäftsführers des Kaufhauses in D übertragen. Schon deshalb fehle es an einem dringenden betrieblichen Erfordernis. Im übrigen genieße er Kraft tariflicher Regelung einen Schutz gegen eine ordentliche Kündigung. Zwar sei die hierfür erforderliche Beschäftigungszeit von 15 Jahren erst mit Ablauf des 31. Dezember 1988 erfüllt, die Beklagte handele jedoch treuwidrig, wenn sie weit vor dem an sich ausreichenden Zeitpunkt die Kündigung aussprache habe. Sie müsse sich daher so stellen lassen, als seien die Voraussetzungen für den Eintritt der tariflichen Kündigungserschwerung eingetreten, zumal er als nicht leitender Angestellter dem persönlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages unterfalle. Außerdem sei er als leitender Angestellter schon deshalb nicht zu betrachten, weil er zum Zeitpunkt der Kündigung aufgrund der Suspendierung seiner Funktionen enthoben worden sei.

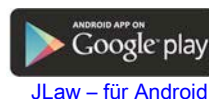
Der Kläger hat beantragt

festzustellen, daß das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 6. September 1988 zum 31. Dezember 1990 nicht aufgelöst werde, sondern darüber hinaus fortbestehe.

Die Beklagte hat mit ihrem Klageabweisungsantrag die Kündigung auf dringende betriebliche Erfordernisse gestützt: Die Position des kaufmännischen Geschäftsleiters sei aufgrund der durchgeführten Umorganisation im August 1988 entfallen. Dabei sei dem Kläger auch eine angemessene Position als Geschäftsführer des Hauses in N angeboten worden. Dagegen habe der Kläger



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



- 5 -

keinen Anspruch auf Übertragung der Position in D . Der tarifliche Sonderkündigungsschutz komme schon deshalb nicht zum Tragen, weil die erforderliche Dauer der Beschäftigungszeit nicht erfüllt sei; ein treuwidrig verfrühter Kündigungsausspruch liege nicht vor, denn der Arbeitsplatz sei jetzt entfallen. Abgesehen davon unterfalle der Kläger nicht dem Geltungsbereich des Tarifvertrages, weil er leitender Angestellter sei; in der Vergangenheit sei er immer als solcher behandelt worden. Die Anhörung des Betriebsrates sei nur im Hinblick darauf vorsorglich erfolgt, daß der Kläger zur Zeit der Kündigung suspendiert gewesen sei. Bei den Gesprächen mit dem Kläger wegen des Einsatzes in N im Juli/August 1988 müsse ihm deutlich gewesen sein, daß von ihrer Seite bei Ablehnung des Geschäftsführer-Angebots eine Kündigung ausgesprochen werde.

Der Kläger hat erwidert, er habe die Position in N nie definitiv abgelehnt, schon gar nicht am 29. Juli oder 3. August 1988, zumal bereits am 19. Juli 1988 diese Position an Herrn L vergeben worden sei.

Das Arbeitsgericht hat nach dem Klageantrag erkannt. Die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter, während der Kläger um Zurückweisung der Revision bittet.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision ist nicht begründet. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht entschieden, die Kündigung der Beklagten vom 6. September 1988 sei sozial nicht gerechtfertigt, § 1 Abs. 2 KSchG. Eine Beendigungskündigung war jedenfalls am 6. September 1988 - statt einer eventuellen Änderungskündigung - nicht dringend erforderlich.

I. Das Landesarbeitsgericht hat seine Entscheidung im wesentlichen wie folgt begründet: Die Kündigung sei sozial nicht gerechtfertigt (§ 1 Abs. 2 KSchG), weil zur Zeit der Kündigung noch nicht festgestanden habe, ob nicht eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für den Kläger zum Zeitpunkt des Auslaufs der Kündigungsfrist vorhanden gewesen sei. Der Fall sei insofern durch den Ausspruch der Kündigung weit vor dem Ablauf der Kündigungsfrist geprägt, wobei als Beurteilungspunkt für die soziale Rechtfertigung der 6. September 1988 maßgeblich sei. Auch wenn der bisherige Arbeitsplatz des Klägers aufgrund der Umorganisation entfallen sei, so habe die Beklagte eine Weiterbeschäftigung auf einem anderen freien Arbeitsplatz - gegebenenfalls zu geänderten Bedingungen - anbieten müssen, wobei die Beklagte selbst nicht einmal behauptet habe, zum 31. Dezember 1990 werde ein solcher freier Arbeitsplatz nicht vorhanden sein. Davon abgesehen lasse sich eine derartige Behauptung über einen Zeitraum von fast zweieinhalb Jahren im Voraus - schon gar nicht bei unternehmensbezogener Prüfungspflicht - treffen.



Zum 31. Dezember 1990 habe die Beklagte den Kläger gegebenenfalls auch im Wege des Direktionsrechts umsetzen können, weil zu diesem Zeitpunkt die Versetzungsklausel des Anstellungsvertrages nach Ablauf der vereinbarten Stillhaltefrist von drei Jahren wieder gelte. Auch das Angebot einer Geschäftsführertätigkeit in N entbinde die Beklagte nicht vom Angebot eines eventuell freien anderen Arbeitsplatzes zum 1. Januar 1991. Daß der Kläger im Falle des entgeltigen Wegfalls einer Beschäftigungsmöglichkeit in D und einer darauf gestützten Kündigung einen eventuell zum 1. Januar 1991 freien anderen Arbeitsplatz zur Vermeidung der Kündigung wenigstens unter Vorbehalt anzunehmen abgelehnt habe, behaupte die Beklagte selbst nicht. Damit habe weder festgestanden, daß keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit zum Ablauf der Kündigungsfrist vorhanden gewesen sei, noch daß der Kläger – vor die Alternative der Beendigungskündigung gestellt – die Übernahme eines anderen Arbeitsplatzes zum 1. Januar 1991 in den zahlreichen anderen Niederlassungen der Beklagten definitiv ablehnen würde. Die Kündigung sei mithin verfrüht ausgesprochen worden, ohne daß es noch darauf ankomme, ob nicht auch der besondere Kündigungsschutz des Manteltarifvertrages für den hessischen Einzelhandel zugunsten des Klägers eingreife, weil er unabhängig von der Suspendierung wohl kein leitender Angestellter gewesen sei.

II. Dem ist zumindest im Ergebnis beizutreten, wobei der Senat dahingestellt bleiben läßt, ob die Kündigung – wie das Berufungsgericht meint – verfrüht ausgesprochen ist. Sie war jedenfalls als Beendigungskündigung unter Beachtung des Gebots der Verhältnismäßigkeit der Mittel nicht als ultima ratio (vgl. BAGE 47,



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

26 = AP Nr. 8 zu § 2 KSchG 1969; siehe auch KR-Becker, 3. Aufl., § 1 KSchG Rz 144; KR-Hillebrecht, 3. Aufl., § 626 BGB Rz 189, 193; KR-Rost, 3. Aufl., § 2 KSchG Rz 106 a) geboten. Auch wenn man davon ausgeht, schon im September 1988 sei eine Beschäftigungsmöglichkeit für den Kläger als kaufmännischer Geschäftsführer in D aufgrund der erneuten Umstrukturierungsmaßnahme entfallen, so lag damit allein noch nicht ohne weiteres ein dringendes betriebliches Erfordernis i. S. des § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG für eine ordentliche Kündigung vor. Die betrieblichen Erfordernisse müssen vielmehr "dringend" sein, d. h. eine Kündigung im Interesse des Betriebes notwendig machen. Diese weitere Voraussetzung ist nur dann erfüllt, wenn es dem Arbeitgeber nicht möglich ist, der bei Ausspruch der Kündigung bestehenden betrieblichen Lage durch andere Maßnahmen technischer, organisatorischer oder wirtschaftlicher Art als durch eine (Beendigungs-) Kündigung zu entsprechen (Senatsurteil vom 7. Dezember 1978 - 2 AZR 155/77 - BAGE 31, 157, 161 = AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung, zu II 1 a der Gründe; BAG Urteil vom 17. Oktober 1980 - 7 AZR 675/78 - AP Nr. 10, aaO, zu 3 b der Gründe, m.w.N.). Da die Kündigung wegen der betrieblichen Lage "unvermeidbar" sein muß (BAG, aaO), wird durch das Merkmal der Dringlichkeit der betrieblichen Erfordernisse der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (ultima-ratio-Prinzip) für den Bereich der betriebsbedingten Kündigung konkretisiert (BAGE 47, 26 = AP, aaO).

1. Das Landesarbeitsgericht hat demgemäß im Ansatz zu Recht geprüft, ob es der Beklagten möglich gewesen ist, den Kläger nach dem Umstrukturierungskonzept anderweitig einzusetzen (BAGE 25,



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



278, 282 = AP Nr. 2 zu § 1 KSchG 1969, zu II 2 der Gründe). Unabhängig von den hierzu vom Landesarbeitsgericht angestellten Überlegungen scheitert die Kündigung daran, daß die Beklagte bei den Verhandlungen mit dem Kläger nicht unmißverständlich klargestellt hat, bei Ablehnung des Änderungsangebotes sei eine Kündigung beabsichtigt, wie dies in der Rechtsprechung des Senats gefordert wird (BAGE 47, 26, 40 = AP, aaO, zu B II 3 c dd der Gründe). Hierzu hat die Beklagte erstinstanzlich überhaupt nichts vorgetragen. Sie hat nur geltend gemacht, die Kündigung sei dringend erforderlich, weil nach der Ablehnung ihres Angebotes vom 12. Juli 1988 durch den Kläger eine andere Beschäftigungsmöglichkeit nicht ersichtlich sei; insbesondere habe der Kläger keinen Anspruch auf den Geschäftsführerposten in D . Auch in der Berufungsinstanz hat die Beklagte hierzu - insbesondere in der Berufungsbegründung - nichts vorgetragen. Offensichtlich im Hinblick auf Erörterungen im Termin vom 30. November 1989 vor dem Landesarbeitsgericht hat die Beklagte alsdann nach Schluß der mündlichen Verhandlung mit dem Schriftsatz vom 18. Dezember 1989 vortragen lassen, aus den Bekundungen der Zeugen P und Dr. M werde sich ergeben, daß dem Kläger "sehr wohl deutlich gewesen sein muß, daß von seiten der Berufungsklägerin eine Kündigung ausgesprochen werden wird". Man habe sich allerdings nicht darüber ausgelassen, welche Form der Kündigung ausgesprochen werde. Nachdem der Kläger vehement auf einer Beschäftigung in Darmstadt bestanden und sie, die Beklagte, wiederholt die Position in N erläutert habe, sei erklärt worden, es gebe nichts mehr zu verhandeln und zu diskutieren.



3. Selbst wenn man hiervon absieht und dieses Vorbringen prozessual berücksichtigt, so ist es unsubstantiiert: Die Beklagte trägt nicht konkret vor, dem Kläger sei unmißverständlich klar- gemacht worden, bei Ablehnung des N Angebotes werde eine Kündigung die Folge sein. Mit der Wendung, daß dem Kläger "klar gewesen sein muß ...", umgeht die Beklagte eine deutliche



Erklärung, was dem Kläger hinsichtlich der Folgen einer Ablehnung des N Angebotes erläutert worden sei. Was konkret die benannten Zeugen dem Kläger gesagt haben, wird nicht vorgetragen. Zu einer näheren Konkretisierung bestand umso mehr Veranlassung, als der Kläger immer wieder bestritten hatte, das N Angebot überhaupt definitiv abgelehnt zu haben. Deswegen läuft das Beweisangebot der Beklagten auf einen unzulässigen Ausforschungsbeweis (§ 284 ZPO) hinaus (vgl. dazu BAGE 40, 67 = AP Nr. 2 zu § 1 TVG Tarifliche Übung).

Im übrigen läßt die Beklagte nunmehr in der Revisionsinstanz (Schriftsatz vom 20. November 1990, S. 3 unten) vortragen, sie habe auf eine gegebenenfalls bestehende Kündigungsabsicht nicht hinweisen müssen. Dem Kläger, dem selbst als Personalleiter derartige Gespräche geläufig gewesen seien, sei "immer wieder in Person des Zeugen Dr. M gesagt worden", er möge seine ablehnende Entscheidung überdenken. Die Beklagte gesteht damit - was "immer wieder" bedeutet, wird zeitlich nicht präzisiert - ein, eine Kündigung nicht in Aussicht gestellt zu haben. Zu Recht weist der Kläger in diesem Zusammenhang darauf hin, die Beklagte habe dies deutlich machen müssen, zumal bei den Gesprächen am 29. Juli und 3. August 1988 die N Position schon an Herrn L vergeben worden sei. Ob letzteres zutrifft, kann ebenfalls dahingestellt bleiben. Fehlt es an einer Verknüpfung des Versetzungsangebotes mit der unmißverständlichen Inaussichtstellung einer Beendigungskündigung bei Ablehnung desselben - der Kläger hat dies immer bestritten -, so ist die ausgesprochene



Beendigungskündigung von vornherein nicht gerechtfertigt. Darauf, daß dem Kläger eine Überlegungsfrist von einer Woche eingeräumt worden sei, was (vgl. BAGE 47, 26 = AP, aaO) ebenfalls gefordert wird, beruft sich die Beklagte selbst nicht einmal. Die Beendigungskündigung kann daher unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt als ultima-ratio angesehen werden.

Hillebrecht

Triebfürst

Bitter

Schulze

Dr. Kirchner



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)