

Aktenzeichen: 2 AZR 320/94
Bundesarbeitsgericht 2. Senat

Urteil vom 15. Dezember 1994
- 2 AZR 320/94 -

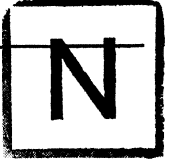
I. Arbeitsgericht
Kaiserslautern

Urteil vom 02. März 1993
- 5 Ca 932/92 -

II. Landesarbeitsgericht
Rheinland-Pfalz

Urteil vom 01. Dezember 1993
- 2 Sa 609/93 -

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



Entscheidungsstichwort:

Betriebsbedingte Kündigung; soziale Auswahl

Gesetz:

KSchG § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1, 2 b, Abs. 3; BGB § 315

Leitsätze:

1. Fallen in verschiedenen Betrieben eines Unternehmens Arbeitsplätze weg, und ist die Weiterbeschäftigung nur eines Arbeitnehmers auf einem freien Arbeitsplatz in einem dieser Betriebe möglich, so hat der Arbeitgeber bei der Besetzung des freien Arbeitsplatzes (§ 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 b KSchG) die sozialen Belange der betroffenen Arbeitnehmer zumindest nach § 315 BGB mitzuberücksichtigen.

2. Es bleibt offen, ob der Arbeitgeber bei einer derartigen Konkurrenz der Weiterbeschäftigungsansprüche von Arbeitnehmern verschiedener Betriebe eines Unternehmens nach § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 b KSchG eine Sozialauswahl entsprechend § 1 Abs. 3 KSchG vorzunehmen hat.



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



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

2 AZR 320/94

2 Sa 609/93 Rheinland-Pfalz

Verkündet am
15. Dezember 1994

Clobes,
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

U r t e i l

In Sachen

pp.

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 15. Dezember 1994 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Etzel, die Richter Bitter und Bröhl

- 2 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

sowie die ehrenamtlichen Richterinnen Nipperdey und Engel
für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des
Landesarbeitsgerichts Rheinland-Pfalz vom 1. De-
zember 1993 - 2 AZR 609/93 - wird auf Kosten der
Beklagten 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 :

Die 1952 geborene Klägerin war seit dem 17. August 1970 als
Sachbearbeiterin bei den US-Stationierungstreitkräften in der
Dienststelle " Brigade", P , beschäftigt. Auf
das Arbeitsverhältnis fand kraft einzelvertraglicher Bezugnahme
der Tarifvertrag für Arbeitnehmer bei den Stationierungstreit-
kräften im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland (TVAL II) Anwen-
dung. Die Klägerin erhielt eine Vergütung nach der VergGr. C 7.

Die Vereinigten Staaten von Amerika haben wegen Veränderung
der politischen Verhältnisse den Entschluß gefaßt, ihre Truppen-
stärke in Deutschland von 275.000 auf 92.200 Soldaten zu reduzie-
ren. Dies ermöglichte eine Einsparung von 13.000 Zivilbedienste-
ten. Nachdem der amerikanische Kongreß die Streichung von 13.000
Planstellen für Zivilbedienstete beschlossen hatte, entschied die
oberste Dienstbehörde der US-Stationierungstreitkräfte nach Be-
teiligung der Hauptbetriebsvertretung, wie die verbleibenden
Planstellen auf die einzelnen Dienststellen verteilt werden soll-
ten. Im Zuge dieser Einsparungsmaßnahmen wurde die Beschäfti-
gungsdienststelle der Klägerin zum 30. September 1992 aufgelöst.



Der Klägerin wurde deshalb mit Schreiben vom 29. September 1992 zum 31. März 1993 gekündigt.

Zum 1. April 1993 wurde am bisherigen Dienstort der Klägerin bei einer anderen Dienststelle der US-Stationierungstreitkräfte, der "P Community", eine der bisherigen Tätigkeit der Klägerin entsprechende Stelle der VergGr. C 7 frei. Diese Stelle wurde mit einem Arbeitnehmer des " Bataillon" besetzt, dem ebenfalls im Zuge der Truppenreduzierung gekündigt worden war. Dieser Arbeitnehmer ist sozial erheblich weniger schutzbedürftig als die Klägerin. Nach deren Vorbringen besteht bei Anwendung des bei den US-Stationierungstreitkräften geltenden mitbestimmten Punkteschemas zwischen beiden ein Unterschied von 22 Punkten. Eine Sozialauswahl unter Einschaltung des für eine Vergabe freier Arbeitsstellen an sich zuständigen regionalen Personalbüros in Kaiserslautern mit einer eigenen Personalabbauabteilung fand nicht statt. Dies geschah im Hinblick darauf, daß die "P Community" und das " Bataillon" eine gemeinsame Betriebsvertretung haben.

Die Klägerin hält die Kündigung für sozial ungerechtfertigt, weil sie auf die zum 1. April 1993 frei gewordene Stelle bei der "P Community" hätte umgesetzt werden müssen. Zwischen ihr und dem Mitarbeiter des " Bataillon" sei eine soziale Auswahl erforderlich gewesen.



Die Klägerin hat beantragt

festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 29. September 1992 nicht aufgelöst worden ist.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Auffassung vertreten, die Kündigung sei wegen Auflösung der Beschäftigungsdienststelle der Klägerin sozial gerechtfertigt. Die zum 1. April 1993 in P frei gewordene Stelle sei zu Recht dem Arbeitnehmer des " Bataillon" übertragen worden. Eine Sozialauswahl sei nicht erforderlich gewesen. Die Sozialauswahl erfolge betriebsbezogen und erstrecke sich nicht auf andere Betriebe des Unternehmens. Dem Betrieb entspreche die jeweilige Dienststelle im personalvertretungsrechtlichen Sinne. Im vorliegenden Fall sei Dienststelle die "P Community". Dieser sei das " Bataillon" zugeordnet, weil für beide eine gemeinsame Betriebsvertretung gebildet sei. Die vorhandene freie Stelle sei zuerst dem Arbeitnehmer der eigenen Dienststelle anzubieten gewesen. Dieses Verfahren entspreche auch einer internen Dienstanweisung.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben, das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.



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

Die Revision ist unbegründet.

A. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Kündigung sei sozial ungerechtfertigt, weil die zum 1. April 1993 zu besetzende Stelle bei der "P Community" der Klägerin und nicht dem Mitarbeiter des " Bataillon", habe angeboten werden müssen. Die Entscheidung, welchem Arbeitnehmer auf Unternehmens-ebene zur Vermeidung einer Kündigung ein freier Arbeitsplatz zuzuweisen sei, habe der Arbeitgeber danach zu treffen, welcher der zur Umsetzung oder Versetzung anstehenden Arbeitnehmer der schutzbedürftigere sei, falls beide die arbeitsplatzbezogenen Voraussetzungen erfüllten. Von ihrer Berufsausbildung und ihrer bisherigen Berufserfahrung her habe die Klägerin ebenso wie der andere Arbeitnehmer die subjektiven Voraussetzungen für den bei der " Community" zu besetzenden Arbeitsplatz erfüllt. Nach den Gesamtumständen sei auch davon auszugehen, daß sich der freie Arbeitsplatz im Rahmen der betrieblichen Umorganisation und damit bereits im Zeitpunkt der Kündigung ergeben habe. Sozial schutzbedürftiger als der Arbeitnehmer, dem die freie Stelle zuerkannt worden sei, sei aber unstreitig die Klägerin.

B. Dem ist zumindest im Ergebnis zu folgen. Die Kündigung der Beklagten ist sozial ungerechtfertigt und damit rechtsunwirksam (§ 1 Abs. 1 KSchG).

I. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, die Möglichkeit, die Klägerin an ihrem bisherigen Arbeitsplatz wei-



terzubeschäftigen, sei durch dringende betriebliche Erfordernisse (§ 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG) weggefallen.

Dringende betriebliche Erfordernisse im Sinne dieser Vorschrift liegen vor, wenn sich der Arbeitgeber zu einer organisatorischen Maßnahme entschließt, bei deren Umsetzung das Bedürfnis für die Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer entfällt (ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, vgl. Urteile vom 1. Juli 1976 - 2 AZR 322/75 - BAGE 28, 131, 133 = AP Nr. 2 zu § 1 KSchG 1969, zu II 2 der Gründe; vom 29. März 1990 - 2 AZR 369/89 - BAGE 65, 61, 68 = AP Nr. 50 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung, zu B II 1 der Gründe). Der Entschluß des Arbeitgebers zur Stilllegung eines Betriebes stellt eine derartige unternehmerische Entscheidung dar, die nicht auf ihre Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit zu überprüfen ist, sondern nur einer eingeschränkten Mißbrauchskontrolle unterliegt (vgl. BAG Urteil vom 27. September 1984 - 2 AZR 309/83 - BAGE 47, 13, 23 = AP Nr. 39 zu § 613 a BGB, zu B III 3 a der Gründe; BAG Urteil vom 27. Februar 1987 - 7 AZR 652/85 - BAGE 54, 215, 228 = AP Nr. 41 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung, zu II 3 a der Gründe).

Nach den nicht mit Verfahrensrügen angegriffenen und damit für den Senat nach § 561 ZPO bindenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts wurde die " Brigade", in der die Klägerin zuletzt beschäftigt war, zum 30. September 1992 aufgelöst. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, in der bisherigen Dienststelle habe damit keine Beschäftigungsmöglichkeit mehr für die Klägerin bestanden.



II. Das Landesarbeitsgericht hat auch zu Recht angenommen, daß die Klägerin nach § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 b KSchG grundsätzlich - ebenso wie der Arbeitnehmer des " Bataillon" - einen Anspruch hatte, auf dem freien Arbeitsplatz bei der " Community" weiterbeschäftigt zu werden.

1. Die aus Anlaß einer geplanten Betriebsstillegung ausgesprochene Kündigung ist nur dann durch ein dringendes betriebliches Erfordernis "bedingt", wenn der Arbeitgeber keine Möglichkeit hat, den Arbeitnehmer anderweitig zu beschäftigen. Dies folgt aus dem "ultima ratio-Grundsatz", dem vor allem bei der betriebsbedingten Kündigung maßgebliche Bedeutung zukommt (BAG Urteil vom 27. September 1984 - 2 AZR 62/83 - BAGE 47, 26, 31 = AP Nr. 8 zu § 2 KSchG 1969, zu B II der Gründe). Der nach der Generalklausel des § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG zu prüfende "ultima ratio-Grundsatz" ist in § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG normativ konkretisiert. Nach § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 b KSchG ist eine Kündigung dann sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz in demselben Betrieb oder einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann und der Betriebsrat frist- und formgerecht widersprochen hat. Entsprechendes gilt in der öffentlichen Verwaltung nach § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 b KSchG, wenn der Arbeitnehmer zwar nicht an einem anderen Arbeitsplatz in derselben Dienststelle, jedoch in einer anderen Dienststelle desselben Verwaltungszweiges an demselben Dienstort einschließlich seines Einzugsgebietes weiterbeschäftigt werden kann; die Gesamtheit der Dienststellen im umschriebenen Bereich sind dem Unternehmen im Bereich der Privatwirtschaft gleichgestellt (BAG Urteil vom



17. Mai 1984 - 2 AZR 109/83 - BAGE 46, 191, 200 f. = AP Nr. 21 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung, zu C II der Gründe). Seit dem Urteil vom 17. Mai 1984 (aaO) entspricht es ständiger Senatsrechtsprechung, daß die nachträglich in das Kündigungsschutzgesetz eingefügten Widerspruchstatbestände zugleich eine Verbesserung des individuellen Kündigungsschutzes bewirkt haben und daher auch ohne Widerspruch des Betriebsrats bzw. der Personalvertretung im Rahmen der Generalklausel des § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG zu berücksichtigen sind. Der Senat hat dieses Ergebnis zusätzlich damit begründet, die Versetzungsmöglichkeit sei arbeitgeberbezogen, weil für die Versetzungspflicht entscheidend sei, wer den Arbeitnehmer weiterbeschäftigen könne und nicht, wo er eingesetzt werden könnte (BAGE 46, 191, 206 = AP, aaO, zu C III 3 d cc der Gründe).

2. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht angenommen, daß sich die Prüfung anderweitiger Beschäftigungsmöglichkeiten bei den Stationierungsstreitkräften nach § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 b KSchG auf andere Dienststellen desselben Verwaltungszweiges an demselben Dienstort einschließlich seines Einzugsgebietes erstreckt. Da sich sowohl die bisherige Beschäftigungsdienststelle der Klägerin als auch die Dienststelle mit dem freien Arbeitsplatz an demselben Dienstort in P befinden, kommt es nicht darauf an, daß das Einzugsgebiet des Dienstortes nach § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 b KSchG anders abzugrenzen ist, als es der Definition des "Einzugsgebiets" in der Protokollnotiz zu Ziff. 3 des Abschn. I Anhang 0 zu § 44 Abs. 6 des auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren TVAL II entspricht. Es kann ebenfalls unerörtert bleiben, ob im



Hinblick auf den zwingenden Charakter des Kündigungsschutzgesetzes die Tarifpartner überhaupt rechtlich dazu in der Lage sind, den Kündigungsschutz einzelner Arbeitnehmer (z.B. durch die Festlegung einer Unkündbarkeit oder über die gesetzliche Regelung hinausgehender Weiterbeschäftigungspflichten des Arbeitgebers) auszudehnen mit der Folge, daß andere Arbeitnehmer, denen bei Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes nicht gekündigt werden dürfte, ihren Arbeitsplatz verlieren.

3. Bei der "P Community" war auch ein freier Arbeitsplatz vorhanden, auf dem die Klägerin weiterbeschäftigt werden konnte.

a) Die Möglichkeit anderweitiger Beschäftigung setzt das Vorhandensein eines "freien" Arbeitsplatzes voraus (ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts seit dem Urteil vom 13. September 1973 - 2 AZR 601/72 - BAGE 25, 278, 289 = AP Nr. 9 zu § 1 KSchG 1969, zu III 2 a der Gründe). Als frei sind Arbeitsplätze anzusehen, die zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung unbesetzt sind. Sofern der Arbeitgeber bei Ausspruch der Kündigung mit hinreichender Sicherheit vorhersehen kann, daß ein Arbeitsplatz bis zum Ablauf der Kündigungsfrist, z.B. auf Grund des Ausscheidens eines anderen Arbeitnehmers, zur Verfügung stehen wird, ist ein derartiger Arbeitsplatz ebenfalls als frei anzusehen (BAGE 65, 61 = AP, aaO; BAG Urteil vom 7. Februar 1991 - 2 AZR 205/90 - AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Umschulung, zu B II 1 a der Gründe). Auch ein Arbeitsplatz, der - wie im vorliegenden Fall - unmittelbar nach Ablauf der Kündigungsfrist zur Verfügung steht, ist als frei anzu-



sehen und damit als anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit zu berücksichtigen. In einem solchen Fall kann das Arbeitsverhältnis ebenso "nahtlos" fortgesetzt werden, wie wenn der andere Arbeitsplatz am letzten Tag der Kündigungsfrist frei wird. Eine andere, hier nicht zu entscheidende Frage ist es, ob und in welchem Umfang später frei werdende Stellen zu berücksichtigen sind (vgl. dazu das Senatsurteil vom 15. Dezember 1994 - 2 AZR 327/94 -, zur Veröffentlichung in der Fachpresse bestimmt).

b) Nach den für den Senat bindenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts (§ 561 ZPO) hat die im Zeitpunkt der Kündigung der Klägerin absehbare Möglichkeit bestanden, die Klägerin ab 1. April 1993 auf einem vergleichbaren, ihrer bisherigen Vergütungsgruppe C 7 entsprechenden Arbeitsplatz bei der "P Community" weiterzubeschäftigen. Da der Klägerin nach der Senatsrechtsprechung (BAGE 47, 26 = AP Nr. 8 zu § 2 KSchG 1969) vor Ausspruch einer Beendigungskündigung jedenfalls eine Änderungskündigung zu erklären gewesen wäre, kann dahinstehen, ob die Klägerin ohne Vertragsänderung in die "P Community" versetzt werden konnte.

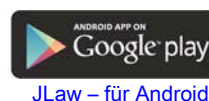
III. Dem Berufungsgericht ist auch im Ergebnis darin zu folgen, daß die Beklagte den freien Arbeitsplatz bei der "P Community" mit der Klägerin anstelle des Arbeitnehmers des "Bataillon" besetzen mußte.

1. Soll wegen Wegfalls der Beschäftigungsmöglichkeiten mehreren Arbeitnehmern gekündigt werden, steht dem Arbeitgeber aber nur ein Arbeitsplatz zur Verfügung, der mit einem dieser Arbeitnehmer



besetzt werden könnte, so stellt sich die Frage, nach welchen Kriterien der Arbeitgeber die Auswahlentscheidung zu treffen hat, welchem der Arbeitnehmer er kündigt und wen er weiterbeschäftigt. Diese Frage kann innerhalb eines Betriebes bzw. einer Dienststelle auftauchen, wenn z.B. in einem Betrieb zwei Arbeitsplätze wegfallen, und nur für einen der betroffenen Arbeitnehmer an einer anderen Stelle im Betrieb eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit besteht. Es können aber auch, so der vorliegende Fall, in einem Unternehmen bzw. in einer Verwaltung des öffentlichen Rechts die Arbeitnehmer verschiedener Betriebe bzw. Dienststellen miteinander um die Besetzung eines freien Arbeitsplatzes konkurrieren. Schließlich sind sogar, soweit eine konzernübergreifende Weiterbeschäftigungspflicht besteht, derartige Konstellationen in einem Konzern denkbar (vgl. dazu Senatsurteil vom 22. Mai 1986 - 2 AZR 612/85 - AP Nr. 4 zu 1 KSchG 1969 Konzern).

2. Fallen in einem Betrieb Beschäftigungsmöglichkeiten weg, besteht aber an einer anderen Stelle im Betrieb für einen Teil der betroffenen Arbeitnehmer eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit, so hat der Arbeitgeber, soweit die Arbeitnehmer fachlich und persönlich geeignet sind, durch eine Sozialauswahl nach den Grundsätzen des § 1 Abs. 3 KSchG zu entscheiden, welche der zur Kündigung anstehenden Arbeitnehmer er weiterbeschäftigt (Senatsurteil vom 10. November 1994 - 2 AZR 242/94 - zur Veröffentlichung in der Fachpresse vorgesehen; vgl. schon Senatsurteil vom 23. August 1990 - 2 AZR 57/90 - RzK I 7 b Nr. 10). Schließt der Arbeitgeber z.B. eine Betriebsabteilung, in der 40 Arbeitnehmer tätig sind, und bestehen gleichzeitig in einer anderen Betriebsabteilung Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten für zehn Arbeitnehmer, so lassen



zwar die betrieblichen Erfordernisse die Weiterbeschäftigung aller 40 Arbeitnehmer nicht zu. Betriebsbedingt sind aber nur 30 Kündigungen. Welche Kündigung betriebsbedingt ist, läßt sich erst nach einer Auswahlentscheidung bestimmen. Diese Auswahl ist nach den Grundsätzen des § 1 Abs. 3 KSchG zu treffen (ebenso z.B. RGRK-Weller, BGB, 12. Aufl., vor § 620 Rz 224).

Der Arbeitgeber kann die erforderliche Sozialauswahl auch nicht dadurch umgehen, daß er die freien Arbeitsstellen zunächst mit den Arbeitnehmern seiner Wahl besetzt und dann den anderen sozial schwächeren Arbeitnehmern mit der Begründung kündigt, eine Sozialauswahl sei nicht mehr möglich, weil keine freien Stellen mehr vorhanden seien (Senatsurteile vom 23. August 1990 - 2 AZR 57/90 - und vom 10. November 1994 - 2 AZR 242/94 -, jeweils aaO). Zwar ist bei der Beurteilung des Kündigungssachverhalts grundsätzlich auf den Kündigungszeitpunkt abzustellen. Dies bedeutet aber nicht, daß bei einer vorweggenommenen Stellenbesetzung durch den Arbeitgeber der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers entfiele. Erfolgen die Besetzung der freien Stelle und die Kündigung gleichermaßen uno actu aufgrund eines einheitlichen Entschlusses, so sind beide Erklärungen des Arbeitgebers bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 1 KSchG auch als Einheit zu würdigen. Der Arbeitgeber kann sich nach § 162 BGB nicht auf den von ihm durch die vorweggenommene Stellenbesetzung selbst verursachten Wegfall der freien Stellen im Kündigungszeitpunkt berufen.

3. Bislang wenig erörtert ist aber die Frage, ob die Grundsätze der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG auch dann zu berücksichtigen sind, wenn aufgrund der unternehmensbezogenen Weiterbe-



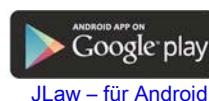
beschäftigungspflicht nach § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 b KSchG die Situation eintritt, daß mehrere Arbeitnehmer verschiedener Betriebe des Unternehmens um einen freien Arbeitsplatz in einem dieser Betriebe konkurrieren (vgl. Weller, ArbuR 1986, 225, 230; Kiel, Die anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit im Kündigungsschutz, S. 90 f.; Lück, Probleme der Sozialauswahl nach § 1 III KSchG, S. 14 ff.; von Hoyningen-Huene/Linck, DB 1993, 1185, 1189; LAG Düsseldorf Urteil vom 9. Juli 1993 - 9 (2) Sa 169/93 -, EzA-SD 1994 Nr. 21, 8).

a) Fälle wie der vorliegende sind nicht vergleichbar mit den Fallgestaltungen, in denen unter dem Schlagwort der Unzulässigkeit der betriebsübergreifenden "Austauschkündigung" in Rechtsprechung und Literatur nahezu einhellig eine betriebsübergreifende Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG abgelehnt wird (BAGE 48, 314 und Senatsurteil vom 26. Februar 1987 - 2 AZR 177/86 - AP Nr. 7 und 15 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl, st. Rspr.; KR-Becker, 3. Aufl., § 1 KSchG Rz 345; Stahlhacke/Preis, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 5. Aufl., Rz 661; Hueck/von Hoyningen-Huene, KSchG, 11. Aufl., § 1 Rz 434; Herschel/Löwisch, KSchG, 6. Aufl., § 1 Rz 215). Steht fest, daß für eine bestimmte Anzahl von Arbeitnehmern keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten bestehen, so dient die Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG der personellen Konkretisierung, welchen Arbeitnehmern zu kündigen ist. Sind in einem Betrieb die Beschäftigungsmöglichkeiten für eine bestimmte Anzahl von Arbeitnehmern weggefallen, und stehen dem Arbeitgeber weder in diesem Betrieb noch in einem anderen Betrieb seines Unternehmens freie Arbeitsplätze



zur Verfügung, auf denen er die betroffenen Arbeitnehmer weiterbeschäftigen könnte, so sind die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 KSchG gegeben, weil eine entsprechende Anzahl von Kündigungen durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist. Die personelle Auswahl der zu kündigenden Arbeitnehmer hat sodann nach § 1 Abs. 3 KSchG zu erfolgen. Diese Vorschrift ist nach ihrem Wortlaut und dem Gesamtzusammenhang des KSchG allein betriebsbezogen ausgerichtet. Der Arbeitgeber ist deshalb nicht verpflichtet, für den sozial schwächeren Arbeitnehmer, dessen Beschäftigungsmöglichkeiten fortgefallen sind, in einem anderen Betrieb seines Unternehmens dadurch einen Arbeitsplatz freizukündigen, daß er dort einen sozial stärkeren Arbeitnehmer entläßt.

b) Dies schließt aber noch nicht die Prüfung aus, ob in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem es nicht um eine Austausch Kündigung, sondern um die nach § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 b KSchG erforderliche Weiterbeschäftigung auf einem freien Arbeitsplatz in einem anderen Betrieb des Unternehmens geht, die Grundsätze der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG entsprechend anwendbar sind. Soweit im Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens noch freie Arbeitsplätze vorhanden sind, auf die ein Teil der Arbeitnehmer versetzt werden könnte, ist - jeweils für sich betrachtet - keine der Kündigungen i.S.v. § 1 Abs. 2 KSchG durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt. Welche Kündigungen nach § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt sind, läßt sich erst nach einer Auswahlentscheidung des Arbeitgebers beurteilen. Es ist zu fragen, ob diese Auswahlentscheidung, die der Senat bei der betriebsinternen Prüfung von Weiterbeschäftigungsmöglichkei-



ten den Grundsätzen des § 1 Abs. 3 KSchG unterstellt hat, auch im Rahmen der unternehmensbezogenen Weiterbeschäftigungspflicht des Arbeitgebers nach § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 b KSchG entsprechend § 1 Abs. 3 KSchG zu erfolgen hat.

c) Mit einer unmittelbaren Anwendung des § 1 Abs. 3 KSchG läßt sich die Berücksichtigung sozialer Belange bei der Auswahlentscheidung allerdings nicht begründen. Schon der Wortlaut macht dies deutlich. Die dringenden betrieblichen Erfordernisse i.S. des § 1 Abs. 2 KSchG, auf die Abs. 3 Bezug nimmt, müssen einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen. Auch § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG nimmt auf berechnigte betrieblliche Bedürfnisse Bezug, die die Weiterbeschäftigung bestimmter Arbeitnehmer bedingen. Die soziale Auswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG ist deshalb - wie bereits dargelegt - grundsätzlich betriebsbezogen, nicht unternehmensbezogen (vgl. z.B. Senatsurteil vom 22. Mai 1986 - 2 AZR 612/85 - AP Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969 Konzern).

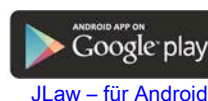
d) Es war jedoch zu erwägen, ob die entsprechende Anwendung des § 1 Abs. 3 KSchG geboten ist, wenn Weiterbeschäftigungsansprüche von Arbeitnehmern verschiedener Betriebe eines Unternehmens nach § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 b KSchG miteinander konkurrieren.

(1) Die Widerspruchstatbestände des § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG sind durch das BetrVG 1972 (BGBI. I, S. 13) und die Neufassung des BPersVG vom 15. März 1974 (BGBI. I, S. 693) in das Kündigungsschutzgesetz eingefügt worden, ohne daß § 1 Abs. 3 KSchG geändert worden wäre. Damit ist die ursprünglich rein individualrechtlich



konzipierte Grundsatznorm des § 1 KSchG mit kollektivrechtlichen Elementen des Kündigungsschutzes verknüpft worden. Ist nach § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 b KSchG eine Kündigung sozial ungerechtfertigt, wenn sie durch eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers im selben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens vermieden werden kann, so eröffnet dies die Möglichkeit, daß die Arbeitnehmer verschiedener Betriebe des Unternehmens nach § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 b KSchG einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung auf demselben Arbeitsplatz in einem dieser Betriebe haben. Nach welchen Kriterien der Arbeitgeber seine Auswahlentscheidung zu treffen hat, wem er den freien Arbeitsplatz zuweist, ist im KSchG nicht geregelt. Damit ist nachträglich durch die Einführung der Widerspruchstatbestände in § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 b KSchG eine Gesetzeslücke entstanden. Weder enthält die Neufassung des § 1 Abs. 2 KSchG eine gesetzliche Regelung der Konkurrenzsituation, noch hat der Gesetzgeber § 1 Abs. 3 KSchG, der von Anfang an betriebs- und nicht unternehmensbezogen gefaßt war, entsprechend angepaßt.

(2) Es muß auch davon ausgegangen werden, daß es sich um eine planwidrige Regelungslücke handelt. Bewerben sich zwei Arbeitnehmer verschiedener Betriebe des Unternehmens um denselben freien Arbeitsplatz in einem dieser Betriebe, so kann der Arbeitgeber, wenn er sich streng an die gesetzlichen Vorgaben des § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG hält, die erforderliche Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG nicht umgehen: Er muß dann beide Arbeitnehmer auf den freien Arbeitsplatz umsetzen. Dies führt dazu, daß der Arbeitsplatz doppelt besetzt ist, was nach § 1 Abs. 2 KSchG die be-



triebsbedingte Kündigung eines der beiden Arbeitnehmer erforderlich macht. Welchem der beiden Arbeitnehmer zu kündigen ist, bestimmt sich dann nach den Grundsätzen des § 1 Abs. 3 KSchG. Es ist kaum anzunehmen, daß der Gesetzgeber durch die ganz anders begründete fehlende Anpassung des § 1 Abs. 3 KSchG (Vermeidung der unternehmensübergreifenden Austausch Kündigung) bewirken wollte, daß soziale Gesichtspunkte überhaupt nicht zu berücksichtigen sind, wenn der Arbeitgeber ohne vorgeschaltete Versetzung sofort einem der beiden Arbeitnehmer kündigt.

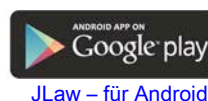
(3) Die Ausfüllung einer solchen Regelungslücke muß entsprechend den allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen in möglichst enger Anlehnung an das geltende Recht vorgenommen werden (BVerfGE 37, 81). Sie geschieht in der Regel durch Analogie. Kommen mehrere Möglichkeiten der Lückenausfüllung in Betracht, so ist anhand der Konsequenzen abzuwägen, welche der Alternativen am zweckmäßigsten und gerechtesten ist und sich am besten in den Gesamtzusammenhang der Rechtsordnung einfügt (BGHZ 80, 338; 82, 185).

(4) Eine analoge Anwendung der Grundsätze des § 1 Abs. 3 KSchG würde in Fällen wie dem vorliegenden dazu führen, daß vergleichbare Fallgestaltungen nicht unterschiedlich gelöst werden müßten. Versteht man § 1 Abs. 3 KSchG als eine Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips des Art. 20 GG (vgl. Gaul, NZA 1992, 673, 679), so scheint es wenig einleuchtend, daß bei einer innerbetrieblichen Konkurrenz zweier an sich zur Kündigung anstehender Bewerber um einen freien Arbeitsplatz eine Sozialauswahl vorzunehmen ist, der Arbeitgeber aber in einem Fall wie dem vorliegenden nach An-



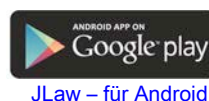
sicht der Revision seine Auswahl völlig frei von sozialen Erwägungen treffen darf. Bedenken gegen eine Analogielösung ergeben sich allerdings daraus, daß § 1 Abs. 3 KSchG von seinem Wortlaut her auf eine betriebsübergreifende Sozialauswahl nicht paßt: Während in einem Betrieb – so die ursprüngliche Konzeption des Kündigungsschutzgesetzes – nur die Interessen von Arbeitnehmer und Arbeitgeber gegeneinander abzuwägen sind, stehen dem Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers bei einer betriebsübergreifenden Sozialauswahl möglicherweise unterschiedliche Interessen der betroffenen Betriebe und des Gesamtunternehmens gegenüber, die nur schwer in Einklang zu bringen sind. Außerdem hat der Unternehmer bei seiner Entscheidung nicht nur die Mitbestimmungsrechte eines Betriebs- bzw. Personalrats zu beachten. Er muß vielmehr damit rechnen, daß die Betriebs- bzw. Personalräte der verschiedenen Betriebe durchaus unterschiedliche Interessen vertreten, daß also z.B. der Betriebsrat des Betriebs, in dem der freie Arbeitsplatz besteht, diesen Arbeitsplatz unbedingt mit einem betriebsinternen Bewerber zu besetzen versucht und der Besetzung der Stelle mit einem Externen widerspricht.

4. Es kann aber offenbleiben, ob in Fällen wie dem vorliegenden trotz dieser Bedenken eine entsprechende Anwendung des § 1 Abs. 3 KSchG geboten ist. Die sozialen Belange des Arbeitnehmers sind zumindest im Rahmen einer Überprüfung der Auswahlentscheidung des Arbeitgebers nach § 315 BGB entscheidend mitzuberücksichtigen. Im vorliegenden Fall führt dies, wie das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt hat, zu einer Unwirksamkeit der Kündigung, da die Entscheidung der Beklagten, dem Arbeitnehmer des "



Bataillon" den freien Arbeitsplatz zuzweisen, nicht der Billigkeit entspricht.

a) Auch wenn § 1 Abs. 3 KSchG nicht entsprechend angewandt wird, ist der Arbeitgeber in seiner Auswahlentscheidung nicht völlig frei und - wie die Revision geltend macht - berechtigt, soziale Belange der betroffenen Arbeitnehmer überhaupt nicht mitzuberücksichtigen. Erst die Auswahlentscheidung des Arbeitgebers konkretisiert, welche der beiden Kündigungen nach § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt ist. Beide Arbeitnehmer werden durch § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 b KSchG geschützt, so daß jeweils für sich genommen beide Kündigungen rechtsunwirksam wären. Die Auswahlentscheidung des Arbeitgebers konkretisiert deshalb den Inhalt einer Schutznorm zugunsten eines von mehreren Arbeitnehmern. Eine solche Entscheidung darf der Arbeitgeber nicht nach freiem Belieben, sondern nur nach billigem Ermessen i.S.v. § 315 Abs. 3 BGB treffen (Senatsurteil vom 10. November 1994 - 2 AZR 242/94 -, aaO, m.w.N.; vgl. BAG Urteil vom 25. Oktober 1994 - 3 AZR 987/93 -, n.v.). Die Grundsätze der Billigkeit sind gewahrt, wenn alle wesentlichen Umstände des Falles abgewogen und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt sind (BAG Urteil vom 23. Juni 1993 - 5 AZR 337/92 - AP Nr. 42 zu § 611 BGB Direktionsrecht). Es entspricht nicht der Billigkeit, wenn der Arbeitgeber bei der Anwendung der Schutznorm des § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 b KSchG lediglich unternehmerische Interessen verwirklicht. Die gesetzliche Wertung in § 1 Abs. 3 KSchG zeigt, daß die sozialen Belange der von einer Kündigung betroffenen Arbeitnehmer bei einer solchen Auswahlentscheidung nicht unberücksichtigt bleiben dürfen.



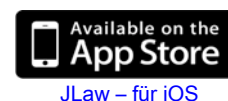
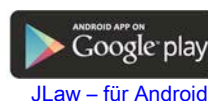
b) Auch wenn man nur diesen eingeschränkten Maßstab anwendet, ist die Kündigung rechtsunwirksam. Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts ist rechtlich nicht zu beanstanden (§ 315 Abs. 3 Satz 2 BGB). Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht die Klägerin für schutzwürdiger erachtet als den Arbeitnehmer des " - Bataillon". Nach den für den Senat bindenden (§ 561 ZPO) Feststellungen des Landesarbeitsgerichts ergibt ein Vergleich der Sozialdaten, daß die Klägerin nach dem bei den Streitkräften anwendbaren Punktesystem sozial ganz erheblich schwächer ist als der Arbeitnehmer, dem die freie Stelle zugewiesen worden ist. Die Revision erhebt insoweit auch keine Rügen.

c) Es ist auch revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, daß das Landesarbeitsgericht demgegenüber die von der Beklagten geltend gemachten betrieblichen Belange nicht als tragfähig angesehen hat. Auch wenn man die Arbeitgeberbelange über die Einschränkung des § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG hinaus berücksichtigt und dabei dem Umstand Rechnung trägt, daß auf Arbeitgeberseite sowohl Belange der einzelnen betroffenen Betriebe, als auch des Gesamtunternehmens eine Rolle spielen können, erweist sich die Auswahlentscheidung der Beklagten als unbillig. Nach den für den Senat bindenden (§ 561 ZPO) Feststellungen des Landesarbeitsgerichts erfüllte die Klägerin von ihrer Berufsausbildung und ihrer bisherigen Berufserfahrung her ebenso wie der andere Arbeitnehmer die subjektiven Voraussetzungen für den zu besetzenden Arbeitsplatz. Unter Eigungsgesichtspunkten bestand also keinerlei Veranlassung, der Klägerin den anderen Arbeitnehmer vorzuziehen. Es ist auch nach



dem vom Landesarbeitsgericht festgestellten Sachverhalt kein Anhaltspunkt dafür ersichtlich, daß irgendwelche betrieblichen Interessen der Dienststelle "P Community" eine Besetzung des freien Arbeitsplatzes mit der Klägerin als weniger wünschenswert hätten erscheinen lassen. Ohnehin ist der Arbeitsplatz nicht einem Arbeitnehmer der "P Community" selbst, sondern nur einem Arbeitnehmer des dieser personalvertretungsrechtlich zugeordneten "Bataillon" zugewiesen worden.

Soweit die Revision geltend macht, die Besetzung der Stelle mit einem dienststellenangehörigen Bewerber habe einer internen Dienstanweisung entsprochen, so ist dies ohne Belang. Durch eine derartige Selbstbindung konnte der individuelle Kündigungsschutz der Klägerin nicht eingeschränkt werden. Bloße dienststelleninterne Interessen mußten bei der Art der getroffenen Unternehmerentscheidung ohnehin von untergeordneter Bedeutung bleiben. Nimmt der Arbeitgeber - so der vorliegende Fall - einen unternehmensweiten Personalabbau vor und entscheidet in einer einheitlichen Unternehmerentscheidung darüber, wie die reduzierte Anzahl der Planstellen auf die einzelnen Betriebe verteilt werden soll, so stellt es keine entscheidende Besonderheit dar, daß der eine der zur Kündigung anstehenden Arbeitnehmer zufällig in demselben Betrieb des Unternehmens beschäftigt ist, in dem eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit entweder für den betriebsinternen oder für den betriebsfremden Arbeitnehmer besteht. Der Kündigungsgrund, der zum Wegfall der Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten für beide Arbeitnehmer geführt hat, besteht in einer unternehmensbezogenen Entscheidung des Unternehmers, Arbeitsplätze in erhebli-



chem Umfang abzubauen. Zur Durchsetzung dieser Unternehmerentscheidung ist nur die Kündigung der Arbeitnehmer erforderlich, für die unternehmensweit (§ 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 b KSchG) keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten bestehen. Es ist deshalb sachlich gerechtfertigt und entspricht auch der Billigkeit, von dem Unternehmer zu verlangen, auch die Auswahlentscheidung bei der Besetzung der übrigbleibenden Stellen unternehmensbezogen unter entscheidender Mitberücksichtigung sozialer Belange der betroffenen Arbeitnehmer vorzunehmen.

Auch soweit die Revision schließlich auf Schwierigkeiten hinweist, die Personaldaten der betroffenen Arbeitnehmer unternehmensweit abzugleichen, hat das Landesarbeitsgericht diesen Gesichtspunkt zu Recht unberücksichtigt gelassen. Bei den unternehmensweit durchgeführten Personaleinsparungsmaßnahmen war es möglich und zumutbar, unter Einschaltung des zentralen Personalbüros eine dienststellenübergreifende Auswahl der zu kündigenden Arbeitnehmer wenigstens in dem Fall vorzunehmen, daß es sich wie im Fall der Klägerin um vergleichbare Arbeitnehmer handelte, die am selben Dienort beschäftigt waren. Nach alledem hat das Landesarbeitsgericht im Ergebnis zutreffend erkannt, daß es allein billigem Ermessen entsprochen hätte, den freien Arbeitsplatz mit der sozial erheblich schutzbedürftigeren Klägerin zu besetzen.

Etzel

Bitter

Bröhl

Nipperdey

Engel



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

