

Aktenzeichen: 2 AZR 369/89
Bundesarbeitsgericht 2. Senat Urteil vom 29. März 1990
- 2 AZR 369/89 -

I. Arbeitsgericht Urteil vom 28. Juni 1988
Köln - 17 Ca 2817/88 -

II. Landesarbeitsgericht Urteil vom 31. Mai 1989
Köln - 2 Sa 1076/88 -

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



Entscheidungsstichwort:

Grenzen der Versetzungspflicht und der sozialen Auswahl

Gesetz: KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung, § 1 Soziale
Auswahl; BetrVG 1972 § 102

Leitsätze:

1. Der Arbeitgeber ist bei Wegfall des bisherigen Arbeitsgebietes eines Arbeitnehmers nicht gehalten, ihm zur Vermeidung einer Beendigungskündigung eine freie "Beförderungsstelle" anzubieten.
2. Der Arbeitgeber ist nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG nicht verpflichtet, einem sozial schutzwürdigeren Arbeitnehmer eine Weiterbeschäftigung zu geänderten (günstigeren oder ungünstigeren) Bedingungen anzubieten, um für ihn durch Kündigung eines anderen sozial bessergestellten Arbeitnehmers, mit dem der Gekündigte erst durch die Vertragsänderung vergleichbar wird, eine Beschäftigungsmöglichkeit zu schaffen.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

2 AZR 369/89

2 Sa 1076/88 Köln

Verkündet am
29. März 1990

Noll,

Reg.-Hauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.



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



hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 7. Februar ¹⁹⁹⁰~~1988~~ durch den Vorsitzenden Richter Hillebrecht, die Richter Triebfürst und Dr. Ascheid sowie die ehrenamtlichen Richter Brocksiepe und Timpe für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 31. Mai 1989 - 2 Sa 1076/88 - wird auf seine 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 :

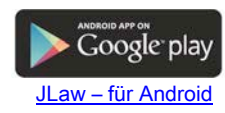
Der im Jahre 1940 geborene, verheiratete und einem Kind unterhaltsverpflichtete Kläger wurde aufgrund des Vertrages vom 25. April 1979 ab 1. Juni 1979 als "Sachbearbeiter für Steuerfragen in KS" eingestellt. Unter dem 20./22. August 1980 wurde ein neuer Anstellungsvertrag abgeschlossen, in dem der Kläger als außertariflicher Mitarbeiter (Vertragskreis A) qualifiziert wurde und verschiedene Arbeitsbedingungen verbessert wurden. Mit Schreiben vom 20. August 1980 erteilte ihm die Beklagte Handlungsvollmacht gemäß § 54 HGB. Der Kläger erhielt zuletzt ein Monatsgehalt von 6.100,-- DM brutto.

Vor seinem Betriebswirtschaftsstudium war der Kläger in der Zeit von 1967 bis 1973 in verschiedenen Betrieben als kaufmännischer Angestellter tätig. Schwerpunkte seines Studiums waren betriebswirtschaftliche Steuerlehre und internationales Steuerrecht. Die Diplomprüfung bestand er im Jahre 1978 mit der Note

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



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



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

"gut". Zwischen Juni 1981 und Februar 1988 nahm er an drei vom Studienwerk der Steuerberater in Nordrhein-Westfalen veranstalteten Fortbildungskursen zur Vorbereitung auf die Steuerberaterprüfung teil.

Der Kläger war in der bis zum 1. Oktober 1988 von Direktor D geleiteten Steuerabteilung (KS) tätig, die als Hauptabteilung organisiert war. Sie war untergliedert in die Abteilung Bilanzsteuerrecht und Ertragssteuern (KSB), bis Herbst 1988 geleitet von dem Angestellten O , und die Abteilung KSV, geleitet von dem Angestellten L .

Der Kläger hatte in der Abteilung KSB die Position KSBT inne und bearbeitete den Bereich des Auslandssteuerrechts. In derselben Abteilung war seit 1. Januar 1987 als weiterer Sachbearbeiter (Position KSBI) der 29 Jahre alte Angestellte S beschäftigt und ausschließlich mit Fragen des inländischen Steuerrechts befaßt. Er hat eine Ausbildung in der Finanzverwaltung mit dem Abschluß Diplom-Finanzwirt absolviert und war bei dem Finanzamt Lö in der Abteilung Vollstreckung beschäftigt gewesen. Unmittelbarer Vorgesetzter des Klägers und des Angestellten S war der Angestellte O .

Am 1. Oktober 1988 trat Direktor D in den Vorruhestand. Neuer Leiter der Abteilung KS wurde der Angestellte O .



Am 3. Dezember 1987 hatte der Aufsichtsrat der Beklagten einen Restrukturierungsplan beschlossen, der eine Personalreduzierung um etwa 28 % vorsah. Der Personalbestand sollte von 15.922 Arbeitnehmern (Stand: 31. Dezember 1987) bis zum 31. Dezember 1988 auf 11.442 Arbeitnehmer zurückgeführt werden.

Am 27. Januar 1988 schloß die Beklagte mit dem Gesamtbetriebsrat eine als Beschäftigungsplan/Interessenausgleich/Sozialplan bezeichnete Vereinbarung, in der u.a. "als letztes Mittel" betriebsbedingte Kündigungen mit Abfindungszahlungen vorgesehen waren.

Im Zusammenhang mit der Restrukturierung kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis des Klägers mit Schreiben vom 24. März 1988, dem Kläger am 25. März 1988 zugegangen, zum 30. September 1988 unter Berufung auf dringende betriebliche Erfordernisse. Der Betriebsrat hat der Kündigung zugestimmt.

Gegen diese Kündigung hat sich der Kläger mit der Klage gewandt. Er hat vorgetragen, die Beklagte könne sich nicht auf dringende betriebliche Erfordernisse berufen, weil in seinem Aufgabenbereich weiterhin Arbeiten anfielen. So sei er Ende Mai 1988 in Indien gewesen, um dort die im Zusammenhang mit einem Projekt der Beklagten aufgetretenen schwierigen steuerlichen Probleme zu klären.

Zudem seien soziale Gesichtspunkte nicht ausreichend beachtet worden. Der Angestellte S sei sozial wesentlich we-



niger schutzwürdig, da er jünger sei und keine Kinder habe. Er sei ohne weiteres in der Lage, dessen Aufgabenbereich zu übernehmen.

Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, daß das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 25. März 1988 nicht aufgelöst wird, sondern über den 30. September 1988 hinaus fortbesteht;
2. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluß des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten Bedingungen in der Steuerabteilung weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie hat vorge-
tragen, organisatorische Maßnahmen hätten zum Fortfall des Arbeitsplatzes des Klägers geführt. Aufgrund seiner Spezialisierung auf Auslandssteuerrecht sei der Kläger nicht in der Lage, in angemessener Zeit den Aufgabenbereich des für Inlandssteuerrecht eingestellten Mitarbeiters S zu übernehmen. Dieser verfüge über eine steuerlich breit gefächerte Ausbildung bei der Finanzverwaltung. Sein Aufgabenbereich umfasse u.a. die komplette Betreuung inländischer Tochtergesellschaften, die Formulierung von Einsprüchen, die Bearbeitung von Betriebsprüfungsanfragen, die Abwicklung von Investitionszulagen, die Erledigung von AO-Anfragen und die Bearbeitung von Leasingmodellen.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben.

Mit ihrer Berufung hat die Beklagte vorgetragen:



Die vom Kläger bisher wahrgenommenen Aufgaben seien wegen dramatischen Auftragsrückgangs fast völlig weggefallen. Verbleibende Aufgaben übertrage sie Rechtsanwälten und Steuerberatern in den jeweiligen Ländern und lasse die Durchführung dieser Aufträge von dem jeweiligen Abteilungsleiter überwachen.

Die Beklagte hat sich weiter darauf berufen, infolge der Personalreduzierung sei in der Steuerabteilung nicht nur die Stelle des Klägers, sondern auch diejenige des Angestellten S weggefallen. Schon deshalb könne der Kläger nicht geltend machen, im Rahmen der sozialen Auswahl hätte dieser entlassen werden müssen.

Dem Angestellten S sei nach dem Ausscheiden des Direktors D und der Beförderung des Angestellten O auf dessen Posten als Leiter der Hauptabteilung KS die bisherige Stelle des Angestellten O als Leiter der Abteilung Bilanzsteuerrecht und Ertragssteuern (KSB) übertragen worden. Sein neuer Aufgabenbereich umfasse die Erstellung von Steuererklärungen für sie und ihre Tochtergesellschaften, die Abfassung von Einsprüchen betreffend alle Steuergebiete des Konzerns, die Beantwortung von Betriebsprüfungsanfragen, die Beantragung der Investitionszulagen, die Mitwirkung bei Jahresabschlußarbeiten im Rahmen der Erstellung der Jahresbilanz, die steuerliche Würdigung von sog. Objektgesellschaften (Leasing), Unternehmenskäufen bzw. Verselbstständigungen, Umsetzung der ertragssteuerrechtlichen Regelungen der Steuergesetzgebung, Abfassung von Stellungnahmen zur beabsichtigten Steuerreform für die Verbände, Erörterung von



Steuerfragen mit der Finanzverwaltung sowie die Vertretung des Leiters der Hauptabteilung KS.

Es handele sich hierbei um selbständige, gestaltende Tätigkeiten, während der Kläger vorwiegend unselbständige Tätigkeiten ausgeübt habe. Dem Angestellten S sei mit der Leitung der Abteilung KSB im Vergleich zu der Stelle des Klägers eine Beförderungsstelle übertragen worden.

Dem entspreche die Arbeitsplatzbewertung. Der Arbeitsplatzwert des Leiters der Abteilung KSB liege bei 18, während die Position des Klägers einen Arbeitsplatzwert von 14 gehabt habe. Die bei ihr verwendeten Arbeitsplatzwertangaben lägen ungefähr beim doppelten Wert der Tarifgruppe. So lägen die Arbeitsplatzwerte 2 bis 12 im Bereich der Tarifgruppen K 1 bis K 6. Die Arbeitsplatzwertgruppe 13 umfasse Arbeitsplätze von Tarifangestellten, die zusätzlich eine übertarifliche Zulage erhielten. Die Arbeitsplatzwerte 14 und 15 seien den niedrigsten außertariflichen Angestellten zugeordnet, die Arbeitsplatzgruppen 16 und 17 den höchsten nicht leitenden AT-Angestellten. Im Bereich der Arbeitsplatzwerte 18 und höher seien die als leitende Angestellte zu betrachtenden AT-Angestellten angesiedelt.

Diesem Stellenwertvergleich habe auch die Vergütung entsprochen. Der Angestellte O habe in seiner früheren Position 1.200,-- DM mehr verdient als der Kläger. Zwar habe der Angestellte S nach seiner Beförderung zunächst nur 5.900,-- DM erhalten. Das hänge jedoch damit zusammen, daß er mit



seiner Einstellung bei einem verhältnismäßig niedrigen Gehalt einverstanden gewesen sei. Wäre er nicht zwischenzeitlich aufgrund eigener Kündigung Ende März 1989 aus ihrem Betrieb ausgeschieden, wäre sein Gehalt erheblich erhöht worden. Der neue Stelleninhaber werde eine Vergütung von 7.300,-- DM monatlich erhalten.

Nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist hat die Beklagte noch vorgetragen, die Beförderung des Angestellten S zum Leiter der Abteilung Bilanzsteuerrecht und Ertragssteuern sei schon im Zeitpunkt der Kündigung des Klägers vorgesehen gewesen. Er sei gerade im Hinblick auf diese Tätigkeit eingestellt worden.

Sie habe auch den Betriebsrat im Anhörungsverfahren von der bevorstehenden Beförderung des Angestellten S unterrichtet. Das ergebe sich aus dem von dem Angestellten O verfaßten Vermerk vom 21. März 1988, der den Hinweis enthalte, daß der Angestellte S als künftiger Abwesenheitsvertreter eingestellt worden sei. Dies bedeute nach dem betrieblichen Sprachgebrauch die Übertragung der Vertretung des Leiters der Hauptabteilung KS.

Sie sei im Rahmen der sozialen Auswahl nicht verpflichtet, den Kläger zu befördern. Zudem sei er aufgrund seiner jahrelangen Spezialisierung auf dem Gebiet des Auslandssteuerrechts nicht in der Lage, die begehrte Position auszufüllen. Er verfüge nicht über das für diese Stelle ebenfalls erforderliche Maß an Flexibilität und Durchsetzungsvermögen.



Hilfsweise müsse das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer angemessenen Abfindung aufgelöst werden, weil eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit der Parteien nicht zu erwarten sei. Der Kläger habe beim Arbeitsgericht eine einstweilige Verfügung beantragt, um seine Weiterbeschäftigung durchzusetzen und außerdem mehrere Vollstreckungsanträge nach § 888 ZPO gestellt. Zu ihrer Durchsetzung habe er unsachliche Angriffe gegen sie gerichtet und seine Anwesenheit in der Hauptverwaltung ausgenutzt, um gegen sie Stimmung zu machen.

Die Beklagte hat hilfsweise den Antrag gestellt,

das Arbeitsverhältnis zum 30. September 1988 aufzulösen und die Beklagte zu einer Abfindung zu verurteilen, deren Höhe in das Ermessen des Gerichtes gestellt wird.

Der Kläger hat beantragt, Berufung und Auflösungsantrag zurückzuweisen.

Er hat geltend gemacht, das neue Vorbringen der Beklagten zu der angeblichen Beförderung des Angestellten S und dem Fortfall von dessen alten Arbeitsplatzes sei wegen Verspätung zurückzuweisen. Außerdem sei die Beklagte mit diesem Vorbringen auch sachlich ausgeschlossen, weil sie davon den Betriebsrat nicht unterrichtet habe.

Er bestreite, daß im Zeitpunkt der Kündigung der angebliche Wegfall der Stelle des Angestellten S und die Übertragung des Postens des Angestellten O auf ihn auch nur geplant ge-



wesen sei. Im übrigen gehe es hierbei gar nicht um eine Beförderung. Dies folge schon daraus, daß der Angestellte auf der neuen Stelle weniger verdient habe als er.

Er sei durchaus befähigt, den neuen Aufgabenbereich des Angestellten S zu übernehmen. Zur Bewältigung seines Aufgabenbereichs mit dem Schwerpunkt Auslandssteuerrecht habe er umfassende Kenntnisse des inländischen Steuerrechts benötigt. Er hätte sonst die fachlichen Anforderungen gar nicht erfüllen können. Außerdem habe er seine Kenntnisse vom Inlandssteuerrecht über lange Zeiträume hinweg durch Fortbildungslehrgänge vertieft.

Er habe aufgrund seiner Ausbildung sogar eine höhere Qualifikation im deutschen und internationalen Steuerrecht als der Angestellte S .

Der Auflösungsantrag sei nicht begründet. Die von der Beklagten hierzu aufgestellten Behauptungen seien unzutreffend.

Das Landesarbeitsgericht hat nach Vernehmung der Zeugen Dü , Sch , W und O das Urteil des Arbeitsgerichts abgeändert und die Klage abgewiesen.

Mit der Revision erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des arbeitsgerichtlichen Urteils. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.



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 Berufungsgericht hat angenommen, die Kündigung sei nicht sozialwidrig. Zur Begründung hat es im wesentlichen ausgeführt:

Die Beklagte habe nach der Beförderung des Angestellten O zum Nachfolger des Direktors D und der Übernahme des Aufgabenbereichs des Angestellten O durch den Angestellten S auch für dessen bisherigen Aufgabenbereich keinen anderen Arbeitnehmer eingestellt. Nach dem Organisationschema bestünden die bisherigen Positionen für die beiden gehobenen Sachbearbeiter nicht mehr.

Die Personalreduzierung sei Folge einer unternehmerischen Maßnahme. Als solche gelte auch die Entscheidung, die aus dem Arbeitsbereich des Klägers noch weiterhin anfallenden Arbeiten ausländischen Rechtsanwälten oder Steuerberatern zu übertragen. Sie sei für das Gericht bindend, da ihre Zweckmäßigkeit nicht nachgeprüft werden könne und sie auch nicht willkürlich sei.

Eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit auf einem freien oder demnächst freiwerdenden Arbeitsplatz habe nicht bestanden.

Für die Beklagte sei vor Kündigungsausspruch absehbar gewesen, daß infolge des Ausscheidens von Direktor D im Herbst 1988 und des Aufrückens des Angestellten O in dessen



Position die Stelle des Angestellten O verfügbar sein werde. Gleichwohl sei die Beklagte nicht verpflichtet gewesen, den Kläger dort als Abteilungsleiter weiterzubeschäftigen. Die Verpflichtung des Arbeitgebers zur anderweitigen Beschäftigung des Arbeitnehmers erstrecke sich nur auf vergleichbare Positionen. Bei den in § 102 Abs. 3 Nr. 3 und 4 BetrVG normierten und zu § 1 Abs. 2 Nr. 1 und 2 KSchG in engem inneren Zusammenhang stehenden Widerspruchsgründen sei ebenfalls die Gleichwertigkeit der Arbeitsplätze vorausgesetzt. Eine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Weiterbeschäftigung auf einem höherwertigen Arbeitsplatz liefe auf die Begründung eines Beförderungsanspruchs hinaus, der dem Arbeitnehmer grundsätzlich nicht zustehe.

Der Beklagten habe kein vergleichbarer Arbeitsplatz für den Kläger zur Verfügung gestanden. Der Aufgabenbereich des Abteilungsleiters O sei im Vergleich zum früheren Arbeitsplatz des Klägers höherwertig. Er sei sein Vorgesetzter sowie Abwesenheitsvertreter des Hauptabteilungsleiters D gewesen und habe ein um 1.200,-- DM höheres Gehalt bezogen. Seine Stelle werde, wie der Kläger nicht bestritten habe, nach der internen Arbeitsplatzbewertung mit 18 Punkten um vier Punkte höher bewertet als die frühere Stelle des Klägers. Hiergegen spreche nicht, daß der Angestellte S auf dem neuen Posten 200,-- DM weniger erhalten habe als der Kläger auf seinem bisherigen Posten. Nach dem unwidersprochen gebliebenen Vortrag der Beklagten sei dies darauf zurückzuführen, daß mit dem Angestellten S ein verhältnismäßig niedriges Anfangsgehalt vereinbart worden sei. Ferner sei unbestritten geblieben, daß der Nachfolger des Angestellten S ein Gehalt von 7.300,-- DM erhalten werde.



Die Kündigung sei auch nicht wegen fehlerhafter Sozialauswahl unwirksam. Der Angestellte S scheide als Vergleichsperson aus. Eine Rechtspflicht der Beklagten, an seiner Stelle den Kläger zu befördern, habe auch im Rahmen der sozialen Auswahl nicht bestanden.

Die Beklagte sei aus betriebsverfassungsrechtlichen Gründen nicht daran gehindert, sich auf den Fortfall des bisherigen Arbeitsplatzes des Angestellten S zu berufen. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme sei davon auszugehen, daß die Beklagte den Personalausschuß nicht nur von der beabsichtigten Streichung des Arbeitsplatzes des Klägers, sondern auch von dem Nachrücken des Angestellten S in die Position des Abteilungsleiters in Kenntnis gesetzt habe. Unter anderem aus diesem Grunde sei der Angestellte S mit dem Kläger nicht vergleichbar.

Da die Kündigung durch dringende betriebliche Gründe sozial gerechtfertigt sei, habe der Kläger auch keinen Anspruch auf Weiterbeschäftigung nach Ablauf der Kündigungsfrist.

B. Dem Berufungsgericht ist im Ergebnis und im wesentlichen auch in der Begründung zu folgen.

I. Bei der Frage der Sozialwidrigkeit einer Kündigung handelt es sich um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffes. Sie kann vom Revisionsgericht nur daraufhin überprüft werden, ob das angefochtene Urteil den Rechtsbegriff selbst verkennt, ob es bei der Subsumtion Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze ver-



letzt und alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat und ob es in sich widerspruchsfrei ist (vgl. BAGE 48, 314, 319 = AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl, zu B I 1 der Gründe).

Dieser eingeschränkten Überprüfung hält das angefochtene Urteil stand.

II. Das Berufungsgericht ist ohne Rechtsfehler davon ausgegangen, daß für die dem Kläger ausgesprochene Kündigung ein dringendes betriebliches Erfordernis nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG vorgelegen hat.

1. Dringende betriebliche Erfordernisse für eine Kündigung im Sinne dieser Vorschrift können sich aus innerbetrieblichen Umständen (Unternehmerentscheidung wie Rationalisierungsmaßnahmen, Umstellung oder Einschränkung der Produktion) oder durch außerbetriebliche Gründe (z.B. Auftragsmangel, Umsatzrückgang) ergeben. Eine Kündigung ist aus innerbetrieblichen Gründen gerechtfertigt, wenn sich der Arbeitgeber im Unternehmensbereich zu einer organisatorischen Maßnahme entschließt, bei deren innerbetrieblicher Umsetzung das Bedürfnis für die Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer entfällt (BAGE 28, 131, 133 = AP Nr. 2 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung, zu II 2 der Gründe; BAGE 31, 157, 161 = AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung, zu II 1 a der Gründe). Vom Gericht voll nachzuprüfen ist, ob eine solche unternehmerische Entscheidung tatsächlich vorliegt und durch ihre Umsetzung das Beschäftigungsbedürfnis für einzelne Arbeitnehmer entfallen ist. Dagegen ist die Unternehmer-



entscheidung selbst nicht auf ihre sachliche Rechtfertigung oder ihre Zweckmäßigkeit zu überprüfen, sondern nur darauf, ob sie offenbar unvernünftig oder willkürlich ist (BAGE 31, 157, 162 = AP, aaO, zu II 1 b der Gründe; BAGE 55, 262, 270 ff. = AP Nr. 42 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung, zu III 2 b, c der Gründe).

2. Das Berufungsgericht hat aufgrund der mündlichen Verhandlung festgestellt, daß im Rahmen der Personalreduzierungsmaßnahmen der Beklagten in der Steuerabteilung die Stelle des Klägers und nach der Übernahme des Aufgabenbereichs des Angestellten O durch den Angestellten S im Herbst (1. Oktober) 1988 auch dessen bisherige Stelle weggefallen sei. Die Beklagte habe die früheren Stellen der beiden gehobenen Sachbearbeiter nicht mehr besetzt und die in dem früheren Arbeitsbereich des Klägers weiterhin noch anfallenden Aufgaben ausländischen Rechtsanwälten oder Steuerberatern übertragen. Diese von der Revision nicht mit Verfahrensrügen angegriffenen tatsächlichen Feststellungen sind für den Senat bindend (§ 561 Abs. 2 ZPO).

3. Wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, stellt auch die Übertragung der bei der Beklagten noch anfallenden Arbeiten aus dem früheren Aufgabenbereich des Klägers auf ausländische Rechtsanwälte und Steuerberater den Vollzug einer unternehmerischen Entscheidung dar, deren Zweckmäßigkeit gerichtlich nicht nachzuprüfen ist (vgl. zur Übertragung von bisher betriebsintern durchgeführten Arbeiten auf Drittunternehmer BAG Urteil vom 12. Oktober 1979 - 7 AZR 959/77 - AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1969



Betriebsbedingte Kündigung, zu III 1 der Gründe; BAGE 55, 262, 269 = AP, aaO, zu III 1, 2 der Gründe). Anhaltspunkte dafür, daß diese Maßnahme offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist, sind nicht ersichtlich. Auch die Revision erhebt insoweit keine Rügen.

4. Die Beklagte ist aus betriebsverfassungsrechtlichen Gründen nicht gehindert, sich auch auf den Wegfall der bisherigen Stelle des Angestellten S zu berufen.

Das Berufungsgericht hat dies damit begründet, nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme sei davon auszugehen, daß die Beklagte den Personalausschuß nicht nur von der beabsichtigten Streichung der Stelle des Klägers, sondern auch von dem Nachrücken des Angestellten S in die Position des bisherigen Abteilungsleiters O in Kenntnis gesetzt habe. Die Revision rügt als Verletzung des § 286 Abs. 1 ZPO, das Berufungsgericht habe damit noch keine Begründung für seine Feststellung gegeben, daß der Personalausschuß auch von dem Wegfall des bisherigen Arbeitsplatzes des Angestellten S unterrichtet worden sei, weil die Beförderung eines Mitarbeiters nicht zwangsläufig mit dem ersatzlosen Wegfall seiner bisherigen Stelle verbunden sei. Es kann dahinstehen, ob dem Berufungsgericht insoweit ein Verfahrensfehler unterlaufen ist, weil es aus materiell-rechtlichen Gründen auf die beanstandete Feststellung nicht ankommt.

Der Arbeitgeber kann sich zwar im Prozeß nicht auf Kündigungsgründe oder für den Kündigungssachverhalt wesentliche Um-



stände berufen, die er dem Betriebsrat nicht mitgeteilt hat (BAGE 34, 309 = AP Nr. 22 zu § 102 BetrVG 1972; BAG Urteil vom 11. April 1985 - 2 AZR 239/84 - AP Nr. 39 zu § 102 BetrVG 1972). Darum geht es jedoch bei dem Vortrag des Arbeitgebers zum Fehlen einer anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeit auf einem freien Arbeitsplatz nach dem Wegfall der bisherigen Beschäftigungsmöglichkeit des gekündigten Arbeitnehmers in der Regel nicht. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (Urteil vom 3. Februar 1977 - 2 AZR 476/75 - AP Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung, zu II 2 der Gründe; BAGE 47, 26, 41 ff. = AP Nr. 8 zu § 2 KSchG 1969, zu B II 3 d, bb der Gründe) trifft allerdings den Arbeitgeber gemäß § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG die Darlegungslast dafür, daß eine Kündigung wegen Wegfalls des bisherigen Arbeitsplatzes durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist, ohne daß eine andere Beschäftigung möglich oder zumutbar wäre. Der Umfang seiner Darlegungslast ist jedoch davon abhängig, wie sich der Arbeitnehmer auf die Begründung der Kündigung einläßt. Bestreitet er nur den Wegfall des Arbeitsplatzes, so genügt der allgemeine Vortrag des Arbeitgebers, wegen der betrieblichen Notwendigkeit sei eine Weiterbeschäftigung zu den gleichen Bedingungen nicht möglich. Es obliegt dann dem Arbeitnehmer darzulegen, wie er sich eine anderweitige Beschäftigung vorstellt, falls sein bisheriger Arbeitsplatz tatsächlich weggefallen sein sollte. Erst dann muß der Arbeitgeber eingehend erläutern, aus welchen Gründen eine Umsetzung nicht möglich gewesen wäre. In der Mitteilung an den Betriebsrat vom Wegfall des bisherigen Arbeitsplatzes wird deshalb zumeist der für den Betriebsrat erkennbare, wenn auch noch unsubstantiierte Hinweis liegen,



eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer bestehe nicht. Beruft sich der Arbeitnehmer dann im Prozeß auf eine solche Möglichkeit, so stellt der nunmehr erforderliche Vortrag des Arbeitgebers hierzu eine Konkretisierung des Kündigungsgrundes und kein Nachschieben eines neuen Kündigungssachverhalts dar. Die Pflicht des Arbeitgebers zur Begründung der Kündigung gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG geht jedenfalls nicht über seine Darlegungslast im Prozeß hinaus. Dies entspricht dem Urteil des Senats vom 15. Juni 1989 - 2 AZR 580/88 - (AP Nr. 18 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl, zu B II 3 b, cc der Gründe, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Gerichts bestimmt), zum Umfang der Begründungspflicht des Arbeitgebers nach § 102 Abs. 1 BetrVG im Rahmen der sozialen Auswahl. Danach muß der Arbeitgeber, der in Erfüllung seiner materiell-rechtlichen (subjektiven) Auskunftspflicht nach § 1 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 KSchG und der sich daraus ergebenden prozessualen Vortragslast für die soziale Auswahl (objektiv) erhebliche Umstände zunächst nicht mitgeteilt hat, weil er sie übersehen oder zu Unrecht für unerheblich gehalten hat, erst auf entsprechende Rüge des Arbeitnehmers im Prozeß substantiiert vortragen. In diesem Vortrag liegt deshalb nur eine Konkretisierung des bisherigen und kein nach § 102 Abs. 1 BetrVG unzulässiges Nachschieben eines neuen Kündigungssachverhalts.

5. Nach den für den Senat bindenden Feststellungen des Berufungsgerichtes ist durch die Verwirklichung des Restrukturierungsplans durch die Personalreduzierungsmaßnahmen der Beklagten eine Beschäftigungsmöglichkeit des Klägers in seinem bisherigen



Arbeitsbereich entfallen. Auch wenn durch außer- oder innerbetriebliche Gründe die bisherige Einsatzmöglichkeit eines Arbeitnehmers wegfällt, ist eine Kündigung jedoch nur dann durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt, wenn dem Arbeitgeber eine anderweitige Beschäftigung nicht möglich oder zumutbar ist (ständige Rechtsprechung des BAG, vgl. BAGE 25, 278, 282 = AP Nr. 2 zu § 1 KSchG 1969, zu II 2 der Gründe; BAGE 47, 26, 31 = AP, aaO, zu B II der Gründe; BAGE 55, 262, 266 = AP, aaO, zu I der Gründe).

a) Die Möglichkeit einer anderweitigen Beschäftigung in demselben Betrieb setzt zunächst das Vorhandensein eines "freien" Arbeitsplatzes voraus (vgl. BAGE 25, 278, 289 = AP, aaO, zu III 2 a der Gründe; BAG Urteil vom 7. Februar 1985 - 2 AZR 91/84 - AP Nr. 9 zu § 1 KSchG 1979 Soziale Auswahl, zu IV 2 b und 3 b der Gründe). Als frei sind solche 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. aufgrund des Ausscheidens eines anderen Arbeitnehmers zur Verfügung stehen wird, ist ein derartiger Arbeitsplatz ebenfalls als "frei" anzusehen (vgl. KR-Becker, 3. Aufl., § 1 KSchG Rz 307).

b) Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist der Arbeitgeber ferner im Rahmen des § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG zu einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers auf einem anderen freien vergleichbaren (gleichwertigen) Arbeitsplatz (vgl. BAGE



21, 221, 226 f. = AP Nr. 19 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung, zu 2 der Gründe) oder auf einem freien Arbeitsplatz zu geänderten (schlechteren) Arbeitsbedingungen (BAGE 47, 26, 32 f. AP, aaO, zu B II 1 b der Gründe) verpflichtet. Vergleichbar ist ein Arbeitsplatz, wenn der Arbeitgeber aufgrund seines Weisungsrechts den Arbeitnehmer ohne Änderung seines Arbeitsvertrages weiterbeschäftigen kann. Die Vergleichbarkeit der Arbeitsplätze hängt von der jeweiligen inhaltlichen Ausgestaltung des Arbeitsvertrages ab (KR-Becker, aaO).

6. Wendet man die vorstehend dargelegten Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so war die Beklagte zu einer anderweitigen Beschäftigung des Klägers in ihrem Betrieb nicht verpflichtet.

a) Nach den bindenden tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts ist neben der bisherigen Stelle des Klägers auch die bisherige Stelle des Angestellten S weggefallen. Eine Weiterbeschäftigung des Klägers auf dessen früheren Arbeitsplatz scheidet somit bereits aus diesem Grunde aus, auch wenn die beiden früheren Stellen vergleichbar gewesen sein sollten und der Kläger die bisherige Tätigkeit des Angestellten S hätte ausüben können.

b) Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, daß die neue Stelle des Angestellten S als Nachfolger des Angestellten O mit der bisherigen Stelle des Klägers als Sachbearbeiter nicht vergleichbar ist. Es hat auf das gegenüber dem Sachbearbeiter bestehende Weisungsrecht des Abteilungslei-



ters, seine Funktion als Abwesenheitsvertreter des Hauptabteilungsleiters, die nach dem innerbetrieblichen Bewertungssystem um vier Punkte höhere Einstufung des Abteilungsleiters gegenüber dem Sachbearbeiter und die höhere Bezahlung abgestellt. Dies alles sind Kriterien, die der Abteilungsleiterstelle gegenüber derjenigen des Sachbearbeiters sowohl sachbezogen nach der Funktion wie auch nach der Bewertung durch die Beklagte einen übergeordneten Rang verleihen. Zu Unrecht rügt die Revision, das Berufungsgericht habe nicht bedacht, daß die Beklagte den Kläger aufgrund der Gestaltung seines Anstellungsvertrages die Position des Abteilungsleiters ohne Vertragsänderung und damit im Rahmen ihres Direktionsrechts habe übertragen können. Sie verweist auf Ziff. 1 des Vertrages vom 20./22. August 1980. Darin hatte die Beklagte sich vorbehalten, das Tätigkeitsgebiet des Klägers zu ändern oder zu ergänzen oder ihm eine andere Tätigkeit innerhalb des Gesamtunternehmens und der Beteiligungsgesellschaften zu übertragen, und ferner den Kläger in den Kreis der außertariflichen Angestellten einbezogen. Die Revision zieht jedoch aus dieser Regelung zu Unrecht den Schluß, die Beklagte habe den Kläger auch für alle Arbeitsplätze vorsehen wollen, die mit einer Erweiterung seiner Aufgaben im Verhältnis zu den bisherigen Tätigkeiten verbunden seien und die er im Hinblick auf seine Ausbildung und berufliche Erfahrung einnehmen könnte. Der Kläger war nach dem ersten Satz der Ziff. 1 des Vertrages als "Sachbearbeiter Steuerfragen in KS" eingesetzt. Dies war das Tätigkeitsgebiet, das zu ändern oder zu ergänzen sich die Beklagte vorbehalten hatte. Ändern oder Ergänzen ist aber schon nach dem Wortlaut nicht mit Erweiterung im Sinne einer Verbesserung der Qualität des Arbeits-



bereichs und der Hebung der Funktion in der Betriebshierarchie gleichzusetzen. Gleiches gilt für den weiteren Vorbehalt, dem Kläger eine andere Tätigkeit innerhalb des Unternehmens zu übertragen. Dies wird ferner aus dem Zusammenhang des Vertragswerks deutlich, insbesondere aus der Vergütungsregelung, die keine Verbesserung für den Fall einer Änderung des Tätigkeitsbereichs oder der Tätigkeit im Rahmen des Vorbehalts vorsieht.

7. Eine Übertragung des bisher von dem Angestellten O bekleideten und mit Ablauf der gegenüber dem Kläger einzuhaltenden Kündigungsfrist freigewordenen Postens auf den Kläger könnte deshalb nur in Betracht gezogen werden, wenn der Arbeitgeber verpflichtet wäre, den Arbeitnehmer auch auf einem freien Arbeitsplatz zu besseren Bedingungen als bisher weiterzubeschäftigen. Eine solche Verpflichtung hat das Berufungsgericht zu Recht verneint, weil sie vom Regelungsgehalt des § 1 Abs. 2 KSchG nicht erfaßt wird.

a) Das Kündigungsschutzgesetz sieht als geschütztes Rechtsgut den Arbeitsplatz und die Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers an, die die Grundlagen seiner sozialen wirtschaftlichen Existenz bilden; es soll ihm diese Rechtsgüter in den Grenzen des sozial und wirtschaftlich Vertretbaren sichern (Begründung des Regierungsentwurfs zum KSchG, RdA 1951, 58, 63, unter "Allgemeines", 64 "Zu § 7"). Insoweit greift es in die unternehmerische Freiheit ein und sucht einen Ausgleich der gegenläufigen Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer herbeizuführen.



b) An diesem Normzweck hat das Bundesarbeitsgericht in seiner bisherigen Rechtsprechung die Auslegung des Gesetzes ausgerichtet und als geschütztes Rechtsgut das Arbeitsverhältnis mit seinem im Zeitpunkt der Kündigung bestehenden Inhalt angesehen, das in § 1 KSchG gegen seine Beendigung und in § 2 KSchG gegen die Änderung seines Inhalts geschützt werden soll.

aa) Soweit die Kündigung auf dringende betriebliche Erfordernisse im Sinne des § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG gestützt werden kann, hat es aus dem sich aus dem Gesetzeswortlaut ergebenden Grundsatz der Erforderlichkeit gefolgert, daß die Kündigung erst dann durch den betrieblichen Umstand bedingt ist, wenn für den Arbeitnehmer nicht nur die bisherige Beschäftigungsmöglichkeit weggefallen ist, sondern auch keine Weiterbeschäftigung auf einem anderen freien Arbeitsplatz möglich ist. Insoweit wurde zunächst auf vergleichbare (gleichwertige) anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten abgestellt (BAGE 21, 221 = AP, aaO). Die Erforderlichkeit einer Kündigung wurde ferner verneint, wenn zwar an sich betriebsbedingte Gründe vorlagen, der Arbeitgeber sich jedoch bei Ausspruch der Kündigung bereit erklärt hatte, die Kündigung zurückzunehmen, wenn der Arbeitnehmer mit einer Weiterbeschäftigung zu neuen (ungünstigeren) Bedingungen des Arbeitgebers einverstanden sein sollte (BAGE 21, 248, 255 = AP Nr. 20 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung, zu 2 der Gründe).

bb) Diese Rechtslage ist durch die in § 123 Nr. 1 BetrVG 1972 eingeführte Regelung des § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 b und Abs. 2 Satz 3 KSchG sachlich nicht geändert, soweit es um den Umfang der



anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeit auf einem freien Arbeitsplatz geht. Danach ist die Kündigung auch sozial ungerechtfertigt, wenn in Betrieben des Privatrechts der Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz in demselben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann (§ 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 b KSchG) oder seine Weiterbeschäftigung unter geänderten Arbeitsbedingungen möglich ist und er sein Einverständnis hierzu erklärt hat (§ 1 Abs. 2 Satz 3 KSchG). Der Gesetzgeber geht bei der Weiterbeschäftigung "an einem anderen Arbeitsplatz" "unter geänderten Arbeitsbedingungen" im Sinne von § 1 Abs. 2 Satz 1 und 2 Nr. 1 b KSchG ersichtlich davon aus, daß die Bedingungen auf dem "anderen Arbeitsplatz" gleichwertig sind, bzw. die "geänderten Arbeitsbedingungen" ungünstiger sind als die bisherigen. Für diese Auslegung des § 1 Abs. 2 Satz 3 KSchG spricht die Notwendigkeit des Einverständnisses des Arbeitnehmers mit den neuen Arbeitsbedingungen (vgl. dazu KR-Becker, aaO, § 1 KSchG Rz 392 und 400; KR-Etzel, 3. Aufl., § 102 BetrVG Rz 167 und 172; Fitting/Auffarth/Kaiser/Heither, BetrVG, 16. Aufl., § 102 Rz 46 und 49; Herschel/Löwisch, KSchG, 6. Aufl., § 1 Rz 270 in Verb. mit Rz 189; Hueck, KSchG, 10. Aufl., § 1 Rz 142).

cc) Nach der Rechtsprechung des Senats (BAGE 47, 26 = AP Nr. 8 zu § 2 KSchG 1969) folgt aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der für die betriebsbedingte Kündigung durch das Merkmal der "Dringlichkeit" der betrieblichen Erfordernisse in § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG konkretisiert wird, daß der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer vor jeder ordentlichen Beendigungskündigung von sich aus eine beiden Parteien zumutbare Weiterbeschäftigung auf einem



freien Arbeitsplatz auch zu geänderten Bedingungen anbieten muß. Wie sich aus dem Begründungszusammenhang des Urteils ergibt, ist der Senat hierbei von einer Beschäftigung zu im Verhältnis zur bisherigen Vertragsgestaltung für den Arbeitnehmer ungünstigeren Bedingungen ausgegangen.

c) Bei dieser Auslegung von § 1 Abs. 2 Satz 1 und 2 Nr. 1 b KSchG verbleibt der Senat wegen des darlegten Normzweckes. Die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers, Arbeitsplätze nach seinem Ermessen besetzen zu können, ist durch den gesetzlichen Bestandschutz eingeschränkt. Eine Verpflichtung, den Arbeitnehmer jedenfalls zur Vermeidung einer Beendigungskündigung zu besseren Arbeitsbedingungen weiterzubeschäftigen, kann auch aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht hergeleitet werden, weil dieser im Gesetz nach dem Verständnis des Senates nur insoweit konkretisiert ist, als das Arbeitsverhältnis in seinem bisherigen Bestand und Inhalt geschützt werden soll. Wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, würde eine darüber hinausgehende Beschäftigungspflicht im Ergebnis einen Anspruch auf Beförderung begründen, der nur bei einer entsprechenden - hier nicht vorliegenden - Vertragsgestaltung besteht (BAG Urteil vom 28. März 1973 - 4 AZR 271/72 - AP Nr. 2 zu § 319 BGB sowie vom 20. Juni 1984 - 4 AZR 276/82 - AP Nr. 58 zu § 611 BGB Dienstordnungs-Angestellte).

III. Das Berufungsgericht hat auch die soziale Auswahl der Beklagten zutreffend beurteilt.



1. Ist einem Arbeitnehmer aus dringenden betrieblichen Erfordernissen im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG gekündigt worden, so ist die Kündigung nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG trotzdem sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des Arbeitnehmers soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat. Die soziale Auswahl erstreckt sich innerhalb des Betriebes nur auf Arbeitnehmer, die miteinander verglichen werden können. Vergleichbar sind solche Arbeitnehmer, die austauschbar sind (insoweit allgemeine Meinung; vgl. Senatsurteile vom 16. September 1982 - 2 AZR 271/80 - AP Nr. 4 zu § 22 KO, zu B II 4 a der Gründe sowie vom 7. Februar 1985 - 2 AZR 91/84 - AP Nr. 9 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl, zu IV 1 der Gründe, jeweils m.w.N. aus dem Schrifttum).

2.a) Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. Senatsurteil vom 16. September 1982 - 2 AZR 271/80 - aaO) richtet sich die Vergleichbarkeit der in die soziale Auswahl einzubeziehenden Arbeitnehmer in erster Linie nach arbeitsplatzbezogenen Merkmalen und somit nach der bislang ausgeübten Tätigkeit. Es ist zu prüfen, ob der Arbeitnehmer, dessen Arbeitsplatz weggefallen ist, die Funktion des anderen Arbeitnehmers wahrnehmen kann. Das ist nicht nur bei Identität des Arbeitsplatzes, sondern auch dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer aufgrund seiner Fähigkeit und Ausbildung eine andersartige, aber gleichwertige Tätigkeit ausführen kann. Der Vergleich vollzieht sich insoweit auf derselben Ebene der Betriebshierarchie (sog. horizontale Vergleichbarkeit). Wie der Senat in dem Urteil vom 7. Februar 1985 betont hat, scheidet eine Vergleichbarkeit nach diesen Kriterien



nicht nur dann aus, wenn eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zu schlechteren Arbeitsbedingungen möglich ist. Dies gilt vielmehr in allen Fällen, in denen eine anderweitige Beschäftigung nur aufgrund einer Änderung der bisherigen Arbeitsbedingungen und damit nur durch Vertrag oder Änderungskündigung in Betracht kommt.

b) Bei Anwendung dieser Grundsätze ist der Kläger bereits deshalb mit dem Angestellten S in dessen neuer Position als Nachfolger des bisherigen Abteilungsleiters O nicht vergleichbar, weil für die Übertragung dieser Tätigkeit, wie bereits zur Frage der Betriebsbedingtheit ausgeführt, eine Änderung der bisherigen Arbeitsbedingungen und damit eine Vertragsänderung erforderlich gewesen wäre.

3. Die soziale Auswahl der Beklagten könnte demnach nur beanstandet werden, wenn in Abweichung von den bisherigen Grundsätzen auch Arbeitnehmer auf verschiedenen Ebenen der Betriebshierarchie als Vergleichspersonen in Betracht zu ziehen wären. Zu Recht hat das Berufungsgericht eine solche - im Schrifttum als vertikale Vergleichbarkeit bezeichnete - Erweiterung des auswahlrelevanten Personenkreises als mit dem geltenden Recht nicht vereinbar angesehen.

a) Im Schrifttum wird die vertikale Vergleichbarkeit bei einer Bereitschaft des zu kündigenden Arbeitnehmers, zu geänderten Arbeitsbedingungen eingesetzt zu werden, zum Teil für zulässig gehalten. Unterschiedliche Auffassungen bestehen unter den Befür-



wortern dieser Ansicht darüber, ob der Arbeitnehmer sein Einverständnis vor Ausspruch der Kündigung erklärt haben muß (Hillebrecht, VAA 1984, 117, 119; Meisel, BB 1963, 1058, 1061; Müller, DB 1975, 2130, 2134; Dänzer-Vanotti, ArbuR 1986, 126, 128; Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 6. Aufl., § 132 I 2 c, S. 924; ders. in NZA 1987, 217, 221) oder ob es ausreicht, wenn er sich unmittelbar danach entsprechend äußert (Berkowsky, Die betriebsbedingte Kündigung, 2. Aufl., Rz 190 ff.; Dudenbostel, DB 1984, 826, 828; Rost, ZIP 1982, 1396, 1402; wohl auch Hueck, aaO, § 1 Rz 125).

Grundsätzlich abgelehnt wird die vertikale Vergleichbarkeit von Boewer (NZA 1988, 1, 3), KR-Becker (aaO, Rz 348 a, a.A. in der Voraufgabe Rz 348), Färber (NZA 1985, 175, 176; ders. in SAE 1988, 149, 150), Herschel/Löwisch (KSchG, 6. Aufl., § 1 Rz 220), Jobs (DB 1986, 538, 539), MünchKomm-Schwerdtner, BGB, 2. Aufl., vor § 620 Rz 534; U. Preis, HAS § 19 Rz 145 und Schulin (Anm. zu BAG Urteil vom 7. Februar 1985 - 2 AZR 91/84 - EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 20).

b) Der Senat hat in dem Urteil vom 7. Februar 1985 - 2 AZR 91/84 - (aaO, zu IV 3 und 4 der Gründe) ausgesprochen, der Arbeitgeber sei jedenfalls nicht verpflichtet, von sich aus einem sozial schlechter gestellten Arbeitnehmer eine Weiterbeschäftigung zu geänderten (verschlechterten) Bedingungen anzubieten, um für ihn durch Kündigung eines anderen Arbeitnehmers, mit dem der Gekündigte erst durch die Vertragsänderung vergleichbar werde, eine Beschäftigungsmöglichkeit zu schaffen. Die in diesem



Urteil offen gelassene Frage, ob die nach arbeitsplatzbezogenen Merkmalen fehlende Vergleichbarkeit überhaupt durch eine entsprechende Bereitschaft des Arbeitnehmers hergestellt werden kann, ist jedoch grundsätzlich zu verneinen, weil eine solche Erweiterung des auswahlrelevanten Personenkreises zu einer gesetzwidrigen Umfunktionierung der sozialen Auswahl führt.

aa) Wie in dem vorstehend bezeichneten Urteil bereits dargelegt, vollzieht sich nach der Systematik des Kündigungsschutzgesetzes bei der betriebsbedingten Kündigung die Prüfung der Sozialwidrigkeit in zwei Abschnitten. Gemäß § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG muß durch ein dringendes betriebliches Erfordernis das Bedürfnis zur Weiterbeschäftigung eines Arbeitnehmers entfallen sein. Dies ist die erste Voraussetzung für die soziale Rechtfertigung einer Kündigung. Sie liegt immer vor, wenn keine Beschäftigungsmöglichkeit zu den bisherigen Arbeitsbedingungen mehr besteht. Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (ultima-ratio-Prinzip), der im Kündigungsschutzgesetz durch das Merkmal der "Dringlichkeit" konkretisiert wird, trifft dies, wie der Senat in dem Urteil vom 27. September 1984 (BAGE 47, 26 = AP, aaO) entschieden hat, auch dann zu, wenn für den Arbeitnehmer eine für beide Vertragsparteien zumutbare Weiterbeschäftigung auf einem freien Arbeitsplatz zu verschlechterten Bedingungen besteht. Auch bei dieser Konstellation sind allein die in der Sphäre des Arbeitgebers liegenden Umstände für den Wegfall der (bisherigen) Beschäftigungsmöglichkeit ursächlich. Sie wirken sich unmittelbar auf den Arbeitnehmer aus und berühren lediglich das Verhältnis zwischen ihm und dem Arbeitgeber, nicht dagegen die Arbeitsverhältnisse



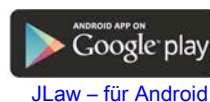
der übrigen auf dieser Ebene der Betriebshierarchie beschäftigten Arbeitnehmer. Ist der Arbeitnehmer mit den neuen Bedingungen einverstanden, kommt es zu keiner Kündigung.

bb) Wird einem Arbeitnehmer aus dringenden betrieblichen Erfordernissen im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG gekündigt, so ist die Kündigung nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG trotzdem sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des Arbeitnehmers soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat. Bereits der Wortlaut dieser Vorschrift deutet auf die Verschiedenartigkeit der Regelungsmaterien der beiden Bestimmungen hin. Danach entfällt bei fehlerhafter sozialer Auswahl nicht das dringende betriebliche Erfordernis. Vielmehr ist die Kündigung trotz Vorliegens eines solchen Erfordernisses ("trotzdem") sozial ungerechtfertigt. Der Senat hat dies in dem Urteil vom 7. Februar 1985 - 2 AZR 91/84 - (aaO, zu IV 3 b, bb der Gründe) dahin umschrieben, die soziale Auswahl habe funktional die Aufgabe einer personellen Konkretisierung der dringenden betrieblichen Erfordernisse. Es sei nur noch zu prüfen, welchem Arbeitnehmer gegenüber der Arbeitgeber das ihm aus betrieblichen Gründen zustehende Kündigungsrecht ausüben dürfe. Diese Entscheidung sei grundsätzlich nach sozialen Gesichtspunkten zu treffen. Ausnahmen hiervon aus Umständen in der betrieblichen Sphäre lasse das Gesetz nur im Rahmen des § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG zu, wenn aus den dort genannten Gründen die Weiterbeschäftigung eines bestimmten Arbeitnehmers erforderlich sei. Voraussetzung für das Kündigungsrecht ist somit zunächst das Vorliegen eines den Arbeitnehmer unmittelbar betreffenden dringenden betrieblichen



Erfordernisses nach Abs. 2 des § 1 KSchG; allein in dieser Vorschrift ist der Grundsatz der Erforderlichkeit und - durch das Tatbestandsmerkmal "dringend" - der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit konkretisiert. Wie Herschel/Löwisch (aaO, § 1 Rz 220) und U. Preis (aaO) zutreffend ausführen, bedeutet deshalb die Anerkennung der vertikalen Vergleichbarkeit eine dem Gesetzeswortlaut und -zweck widersprechende Übertragung der Grundsätze der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit auf das Verhältnis der Arbeitnehmer untereinander. Auf diese Grundsätze kann sich nach der Systematik der betriebsbedingten Kündigung der Arbeitnehmer nur gegenüber dem Arbeitgeber, nicht aber gegenüber den anderen Arbeitnehmern berufen. Da der Arbeitgeber in jedem Falle zunächst das Einverständnis des Arbeitnehmers mit den geänderten Arbeitsbedingungen einholen müßte, bliebe entgegen der gesetzlichen Konzeption der auswahlrelevante Personenkreis nicht auf den von dem betrieblichen Erfordernis unmittelbar betroffenen betrieblichen Bereich beschränkt, sondern würde durch eine Entscheidung des Arbeitnehmers auf andere Bereiche ausgedehnt. Für den Arbeitnehmer, der dann aus sozialen Gründen den Arbeitsplatz freimachen müßte, würde erst hierdurch und nicht durch die in der Sphäre des Betriebes liegenden Umstände ein Kündigungsgrund geschaffen.

cc) Zu diesen systematischen Gesichtspunkten kommen die in dem vorerwähnten Urteil weiter geschilderten praktischen Schwierigkeiten bei der Anerkennung der vertikalen Vergleichbarkeit.



Der Arbeitgeber müßte bei Einverständnis des unmittelbar von dem betrieblichen Umstand betroffenen Arbeitnehmers dem anderen Arbeitnehmer kündigen. Nimmt der unmittelbar betroffene Arbeitnehmer eine höherrangige Stelle in der Betriebshierarchie ein, so könnte es zudem zu einem "Veränderungswettbewerb nach unten" (Herschel/Löwisch und U. Preis, jeweils aaO) und zu mehreren Kündigungsprozessen kommen. Denn konsequenterweise müßte dann auch dem auf diese Weise in den auswahlrelevanten Personenkreis einbezogenen Arbeitnehmern das Recht eingeräumt werden, vom Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung auf einem geringerwertigen, von einem sozial weniger schutzwürdigen Arbeitnehmer besetzten Arbeitsplatz zu fordern.

dd) Die gleichen Bedenken bestehen bereits gegen die - hier in Frage stehende - Einbeziehung von Arbeitnehmern auf höherer Ebene der Betriebshierarchie in den auswahlrelevanten Personenkreis. Auch in diesem Falle würde die soziale Auswahl systemwidrig durch eine Entscheidung des Arbeitnehmers auf nicht unmittelbar von dem betrieblichen Erfordernis betroffene Arbeitnehmer ausgedehnt. Es könnte ebenfalls zu einem Kündigungsprozeß mit dem anstelle des unmittelbar betroffenen Arbeitnehmers gekündigten Arbeitnehmer und zu einem "Veränderungswettbewerb nach oben" sowie zu mehreren Kündigungsprozessen kommen, wenn dem unmittelbar Betroffenen auf mehreren Ebenen höherrangige Arbeitnehmer vorgesetzt sind. Auf zusätzliche Bedenken, wie sie auch von grundsätzlichen Befürwortern der vertikalen Vergleichbarkeit in diesem Bereich vorgebracht werden (vgl. Berkowsky, aaO, Rz 189; Dänzer-Vanotti, aaO, S. 128) kommt es deshalb nicht mehr an.



c) Aus allen diesen Gründen ist die vertikale Vergleichbarkeit zur Bestimmung des nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG auswahlrelevanten Personenkreis ohne Einschränkung abzulehnen. Daraus folgt für den vorliegenden Fall, daß der Angestellte S in seiner neuen Stellung als Vergleichsperson ausscheidet. Der insoweit nach § 1 Abs. 3 Satz 3 KSchG darlegungspflichtige Kläger hat keine weiteren für die soziale Auswahl in Betracht kommenden Arbeitnehmer benannt. Deshalb ist auch die Auswahlentscheidung der Beklagten rechtlich nicht zu beanstanden.

Hillebrecht

Triebfürst

Dr. Ascheid

Brocksiepe

Timpe



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](#)