

Aktenzeichen: 8 AZR 145/99
Bundesarbeitsgericht 8. Senat

Urteil vom 24. Februar 2000
- 8 AZR 145/99 -

I. Arbeitsgericht
Hamm

Urteil vom 16. September 1997
- 1 Ca 2650/96 L -

II. Landesarbeitsgericht
Hamm

Urteil vom 28. Januar 1999
- 8 Sa 2395/97 -

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

Entscheidungsstichwort:

**Widerspruch bei Betriebsteilübergang - Betriebsbedingte Kündigung -
Soziale Auswahl**

Gesetz:

BGB § 613 a; KSchG §§ 1, 4

Leitsätze:

k e i n e



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDEsarBEITSGERICHT



8 AZR 145/99
8 Sa 2395/97
Landesarbeitsgericht
Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
24. Februar 2000

URTEIL

Metze, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte zu 2), Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 24. Februar 2000 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Ascheid, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Wittek und Prof. Dr. Mikosch sowie die ehrenamtlichen Richter Schmitzberger und Dr. Scholz für Recht erkannt:



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Auf die Revision der Beklagten zu 2) wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 28. Januar 1999 - 8 Sa 2395/97 - aufgehoben.

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Hamm vom 16. September 1997 - 1 Ca 2650/96 L - wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten der Berufung und der Revision.

Von Rechts wegen !

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer auf dringende betriebliche Erfordernisse gestützten Kündigung der Beklagten zu 2), nachdem der Kläger dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf einen Betriebsteilerwerber widersprochen hat.

Der im Jahre 1949 geborene Kläger ist seit 1973 bei der Beklagten zu 2) als Kraftfahrer im Werksfernverkehr beschäftigt.

Die Beklagte zu 2) betreibt eine Möbelfabrikation. Bis Ende 1996 unterhielt sie einen eigenen Fuhrpark mit ca. 18 Lastwagen und ca. 38 Arbeitnehmern. Mit Vertrag vom 2. August 1996 veräußerte sie zum 1. Januar 1997 den gesamten Werksfernverkehrsfuhrpark einschließlich der Transportlogistik an eine A. R. T. GmbH (fortan: ART). Nach § 3 des Übernahmevertrages sollte diese ua. alle Fahrer mit sämtlichen Rechten und Pflichten aus dem bisherigen Vertragsverhältnis übernehmen. Der Kläger widersprach mit Schreiben vom 11. Oktober 1996 ohne Angaben von Gründen dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die ART.

Daraufhin hörte die Beklagte zu 2) den bei ihr bestehenden Betriebsrat zu einer beabsichtigten ordentlichen Kündigung des Klägers an. Zur Begründung führte sie aus, daß ihr auf Grund der Übertragung des Fuhrparks und des Widerspruchs des Klägers eine Weiterbeschäftigung als Fahrer nicht möglich sei. Andere freie Arbeitsplätze, auf denen der Kläger eingesetzt werden könne, seien nicht vorhanden. Der Betriebsrat widersprach der Kündigung unter Hinweis auf die Beschäftigung von Leiharbeitnehmern.

Mit Schreiben vom 11. Dezember 1996 kündigte die Beklagte zu 2) dem Kläger zum 31. Juli 1997. Im Briefkopf des Kündigungsschreibens befindet sich unter dem Logo "r. Gruppe" die Firmenbezeichnung "R.-Möbel Verwaltungsgesellschaft mbH", die



Firma der Beklagten zu 1), die nicht persönlich haftende Gesellschafterin der Beklagten zu 2) ist, aber denselben Sitz hat. Rechts neben dem Adreßfeld sowie unter der Unterschrift ist die Beklagte zu 2) mit ihrer früheren Firmierung "R. GmbH & Co." angegeben.

Mit der am 30. Dezember 1996 bei dem Arbeitsgericht eingegangenen und gegen die Beklagte zu 1), die R.-Möbel Verwaltungsgesellschaft mbH, gerichteten Klage hat der Kläger die Sozialwidrigkeit der Kündigung geltend gemacht. Nach der Rüge der Beklagten zu 1) hat der Kläger mit Schriftsatz vom 28. Mai 1997 die Berichtigung des Passivrubrums dahingehend beantragt, daß Beklagte die R. GmbH & Co. sei, welche nunmehr mit der Beklagten zu 2) infolge Verschmelzung identisch ist. Entsprechend des Beschlusses des Arbeitsgerichts vom 17. Juni 1997 sind der Beklagten zu 2) die Klageschrift sowie die gewechselten Schriftsätze am 23. Juni 1997 zugestellt worden. Zu Protokoll des Arbeitsgerichts hat der Kläger am 16. September 1997 sodann erklärt, die Klage richte sich sowohl gegen das in der Klageschrift benannte Unternehmen als Beklagte zu 1) sowie die R. GmbH & Co. als Beklagte zu 2).

Der Kläger hat vorgetragen, es gebe bei der Beklagten zu 2) noch Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten für ihn. Er könne nach seinen Kenntnissen und Fähigkeiten sowie seinem bisherigen Einsatz auch noch in der Versandabteilung beschäftigt werden. Das zeige allein der Einsatz von Leiharbeitnehmern. Auf einen Wegfall des Beschäftigungsbedürfnisses könne sich die Beklagte zu 2) schon wegen der fehlenden Unterrichtung des Betriebsrats nicht berufen.

Weiter hat der Kläger sich zur Begründung der Weiterbeschäftigungsmöglichkeit darauf berufen, daß die Beklagte fünf Arbeitnehmer des zur r.-Gruppe gehörenden Unternehmens A. KG in das Werk I übernommen habe. Die von den Mitarbeitern A., St., B., K. und S. besetzten Arbeitsplätze seien als frei anzusehen. Er sei nach seinen Kenntnissen und Fähigkeiten auch in der Lage, die von diesen Arbeitnehmern ausgeführten Maschinenführertätigkeiten auszufüllen.

Des weiteren hat der Kläger eine fehlerhafte Sozialauswahl geltend gemacht. Entgegen der Auffassung der Beklagten zu 2) schließe der Widerspruch gegen den Teilbetriebsübergang eine Sozialauswahl nicht aus. Der Widerspruch sei mit einem sachlichen Grund erfolgt. Dieser sei schon darin begründet, daß die ART zur Zeit des Widerspruchs noch nicht bestanden habe, woraus sich eine tatsächliche Unsicherheit ergebe. Des weiteren habe nicht ausgeschlossen werden können, daß Kombi-Verkehr zu fahren sei. Dies würde einen erheblichen Einschnitt in seine Lebensplanung und



sein Familienleben bedeuten. Wichtig sei ihm auch die Erhaltung der Tarifbindung gewesen, während bei der ART Abweichungen vom Tarifvertrag nicht hätten ausgeschlossen werden können. In die Sozialauswahl hätten zumindest die Mitarbeiter des Querverkehrs einbezogen werden müssen. Konkret benannt hat der Kläger nach der Offenlegung der Sozialdaten die Arbeitnehmer E., N. und P.. Auf deren konkrete Sozialdaten komme es seiner Ansicht nach jedoch nicht an, da die nachgeschobene Sozialauswahl nicht Gegenstand der Betriebsratsanhörung gewesen sei.

Der Kläger hat, soweit in der Revisionsinstanz noch von Bedeutung, beantragt

festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten zu 2) nicht durch die Kündigung vom 11. Dezember 1996 zum 31. Juli 1997 aufgelöst worden sei.

Die Beklagte zu 2) hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hält die Berufung schon für unzulässig, weil sie - die Beklagte zu 2) - nicht wirksam in den Prozeß einbezogen worden sei. Die Klagefrist nach § 4 KSchG sei ihr gegenüber nicht eingehalten. Auch in der Sache sei die Klage unbegründet. Nach dem Widerspruch des Klägers gegen den Teilbetriebsübergang bestehe für ihn keine Beschäftigungsmöglichkeit mehr.

Auf den Einsatz von Leiharbeitnehmern in der Versandabteilung könne der Kläger sich nicht berufen. Er sei dort nur während der Kündigungsfrist, unter anderem wegen Erkrankungen von Mitarbeitern beschäftigt worden. Aus dem Einsatz von Leiharbeitnehmern könne nicht auf einen dauerhaften Bedarf geschlossen werden. Mit den fünf von der A. KG übernommenen Arbeitnehmern sei der Kläger nicht vergleichbar, weil es sich um Fachkräfte handele, deren Tätigkeit der Kläger nicht ausüben könne.

Die Beklagte zu 2) sei zu keiner Sozialauswahl verpflichtet gewesen, weil der Kläger dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses ohne sachlichen Grund widersprochen habe. Insbesondere könne der Widerspruch nicht auf eine Verpflichtung zur Durchführung von Kombi-Verkehr gestützt werden, weil in der Fahrerbesprechung erklärt worden sei, daß diese nur auf freiwilliger Basis erfolge. Auch wenn eine Sozialauswahl hätte durchgeführt werden müssen, sei diese nach den mitgeteilten Sozialdaten nicht zu beanstanden.

Das Arbeitsgericht hat die Klage gegen beide Beklagten abgewiesen. Auf die allein gegen die Klageabweisung hinsichtlich der Beklagten zu 2) eingelegte Berufung des Klägers hat das Landesarbeitsgericht das Urteil des Arbeitsgerichts insoweit abge-



ändert und der Klage stattgegeben. Mit ihrer vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt die Beklagte zu 2) die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückweisung der Berufung des Klägers. Die Kündigung ist wirksam.

I. Das Landesarbeitsgericht hat die Unwirksamkeit der Kündigung im wesentlichen wie folgt begründet:

Der Kläger habe die Klagefrist des § 4 KSchG gewahrt. Die Klage sei von Anfang an gegen die Beklagte zu 2) gerichtet gewesen. Dies ergebe die Auslegung. Für diejenige Person, die die Klage entgegengenommen habe, sei durch die Beifügung des Kündigungsschreibens klar erkennbar gewesen, daß der Kläger Kündigungsschutzklage gegenüber derjenigen Partei habe erheben wollen, welche die angegriffene Kündigung ausgesprochen habe. Es sei für die Beklagte zu 2) klar erkennbar gewesen, daß die R. GmbH & Co. als Verfasserin des Kündigungsschreibens habe in Anspruch genommen werden sollen und die abweichende Angabe des Beklagtenrubrums auf die leicht mißzuverstehende Gestaltung des Briefbogens zurückzuführen sei. Dies gelte um so mehr als der Widerspruch gegen den Teilbetriebsübergang, den die Beklagte zu 2) akzeptiere, sich ebenfalls gegen die Beklagte zu 1) gerichtet habe.

Die Kündigung sei jedoch sozial ungerechtfertigt. Zwar bestehe auf Grund der Veräußerung keine Möglichkeit mehr für die Beklagte zu 2), den Kläger als Fahrer weiterzubeschäftigen und ein geeigneter freier Arbeitsplatz habe auch an anderer Stelle nicht bestanden. Hinsichtlich der Versandabteilung folge dies daraus, daß in dieser Abteilung ein entsprechender Beschäftigungsbedarf nach Ablauf der Kündigungsfrist nicht bestanden habe. Dem stehe auch der Einsatz der Leiharbeitnehmer nicht entgegen, da diese nur zu Aushilfszwecken eingesetzt worden seien und die Geschäftsleitung schon 1996 die Beschränkung des Einsatzes vorgegeben habe. Ein zusätzlicher Beschäftigungsbedarf ergebe sich auch nicht aus dem Umstand der Übernahme der fünf Arbeitnehmer der A. KG. Es handele sich allein um eine konzerninterne Verlagerung von Arbeitsplätzen. Auf diese komme es auch deshalb nicht an, weil sie erst nach Ausspruch der Kündigung erfolgt sei.

Die Kündigung scheitere aber an einer fehlerhaften Sozialauswahl. Dem Erfordernis der Sozialauswahl stehe nicht der Widerspruch des Klägers gegen den Be-



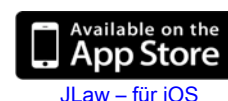
triebsübergang entgegen, denn dieser sei mit einem sachlichen Grund erfolgt, weil bei der ART mit der Anordnung von Kombi-Verkehr habe gerechnet werden müssen. In den Kreis der vergleichbaren Arbeitnehmer seien die Mitarbeiter der Versandabteilung einzubeziehen, da arbeitsvertraglich nicht allein Fahrtätigkeiten geschuldet gewesen seien. Gleichfalls seien die Fahrer des Querverkehrs einzubeziehen. Zwar erscheine nach der Benennung der Sozialdaten zweifelhaft, ob der Kläger Vorrang vor den aufgeführten Personen genieße. Darauf könne sich die Beklagte zu 2) aber nicht berufen. Sie sei mit ihrem Vorbringen präkludiert, weil sie dem Betriebsrat hierzu keine Angaben gemacht habe.

II. Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist durch die Kündigung des Beklagten zu 2) vom 11. Dezember 1996 zum 31. Juli 1997 aufgelöst worden.

1. Die Unwirksamkeit der Kündigung folgt nicht bereits daraus, daß der Kläger die Klagfrist gem. § 4 KSchG versäumt habe. Die Beklagte zu 2) verhält sich treuwidrig, wenn sie die gegen die R.-Möbel Verwaltungsgesellschaft mbH fristgerecht eingereichte Klage nicht gegen sich gelten lassen will. Die Kündigung wurde unter dem Briefkopf R.-Möbel Verwaltungsgesellschaft mbH ausgesprochen und unten im Auftrag der Beklagten zu 2) unterzeichnet. Im Geschäftsverkehr wird üblicherweise umgekehrt oben der Vertretene und unten der Vertreter angegeben. Die Beklagte zu 2) konnte beim Kläger durch die im Kündigungsschreiben im Briefkopf genannte R.-Möbel Verwaltungsgesellschaft mbH deshalb den Eindruck erwecken, diese habe als Arbeitgeber die Kündigung ausgesprochen. Sie muß daher nach Treu und Glauben auch die fristgerecht gegen die R.-Möbel Verwaltungsgesellschaft mbH gerichtete Klage gegen sich gelten lassen. Im übrigen war der Kündigungsschutzklage eine Kopie des Kündigungsschreibens beigelegt, so daß durch die Klage keine weiteren Zweifel über den beklagten Arbeitgeber entstehen konnten.

2. Die Kündigung ist nicht gem. § 102 Abs. 1 BetrVG unwirksam. Entgegen der Auffassung des Klägers hat die Beklagte zu 2) den Betriebsrat ordnungsgemäß angehört.

a) Nach § 102 Abs. 1 BetrVG ist der Betriebsrat vor jeder Kündigung zu hören. Der Arbeitgeber hat ihm die Gründe für die Kündigung mitzuteilen. Eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung ist unwirksam. Dabei steht nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts die nicht ordnungsgemäße An-



hörung der unterbliebenen Anhörung gleich. Die Unterrichtung muß nicht denselben Anforderungen genügen wie die Darlegung des Arbeitgebers im Kündigungsschutzprozeß. Nach dem Grundsatz der „subjektiven Determinierung“ hat der Arbeitgeber den aus seiner Sicht maßgeblichen Kündigungssachverhalt mitzuteilen (vgl. *nur BAG 15. November 1995 - 2 AZR 974/94 - AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 73 = EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 89; 6. Februar 1997 - 2 AZR 265/96 - AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 85 = EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 96; 3. September 1998 - 8 AZR 26/97 - nv., zu III 2 a der Gründe; KR-Etzel 5. Aufl. § 102 BetrVG Rn. 62 ff.*).

b) Hat sich der Arbeitgeber entschlossen, nach Widerspruch eines Arbeitnehmers nicht nach sozialen Gesichtspunkten auszuwählen, ist die Betriebsratsanhörung nicht fehlerhaft, wenn er das dem Betriebsrat so mitteilt. Die Beklagte zu 2) hat richtigerweise mitgeteilt, eine Sozialauswahl unterlassen zu haben. Einer „vorsorglichen Sozialauswahl“ im Rahmen der Betriebsratsbeteiligung bedurfte es nicht. Über eine nur abstrakt mögliche, aber unterbliebene Auswahl muß nicht unterrichtet werden, weil diese für den Kündigungsentschluß gerade nicht maßgeblich gewesen ist. Daran ändert nichts der Umstand, daß trotz des Widerspruchs des Klägers soziale Gesichtspunkte bei der Auswahl des Arbeitnehmers gemäß § 1 Abs. 3 KSchG zu berücksichtigen waren (vgl. *Senatsurteil 18. März 1999 - 8 AZR 190/98 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 41 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 40, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen, zu B II 2 der Gründe*). Aus welchen Gründen der Arbeitgeber die soziale Auswahl für überflüssig hält, ist nicht maßgebend. Auch muß er die Gründe dem Betriebsrat nicht mitteilen. Der Arbeitnehmer ist ausreichend dadurch geschützt, daß im Streit um die soziale Rechtfertigung der Kündigung solche Kündigungsgründe nicht berücksichtigt werden können, zu denen der Betriebsrat nicht angehört worden ist.

c) Die Beklagte zu 2) hat dem Betriebsrat auch im übrigen den für sie maßgeblichen Kündigungssachverhalt mitgeteilt. Sie mußte weder darlegen, weshalb der Kläger widersprochen hatte, noch warum sie den Widerspruch des Klägers für sachwidrig hielt. Die subjektive Begründung des Widerspruchs durch den Arbeitnehmer vor Kündigungsausspruch war für ihre Beurteilung der Kündigung und Entschlußfassung nicht maßgebend.

3. Der betriebsbedingten Kündigung steht § 613 a Abs. 4 BGB nicht entgegen. Diese Vorschrift schützt nur vor einer Kündigung wegen des Betriebsübergangs, greift



aber nicht ein, wenn der Arbeitnehmer dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses widersprochen hat und der Betriebsveräußerer das Fehlen einer Beschäftigungsmöglichkeit für den widersprechenden Arbeitnehmer wegen des Betriebsübergangs geltend macht (vgl. nur BAG 21. März 1996 - 2 AZR 559/95 - BAGE 82, 316, 326, zu IV 1 der Gründe; Senatsurteil 18. März 1999 - 8 AZR 190/98 - aaO, zu B II 1 der Gründe).

Wegen des vom Kläger erklärten Widerspruchs gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses kommt es nicht darauf an, ob die Veräußerung des Fuhrparks „Werksfernverkehr“ an die ART überhaupt einen Betriebsteilübergang darstellt, wie die Vorinstanzen ohne nähere Prüfung angenommen haben. Da ein übertragungsfähiger Betriebsteil eine gewisse organisatorische Selbständigkeit aufweisen muß, genügt es nicht, die Anzahl der Fahrzeuge und Arbeitnehmer des Fuhrparks „Werksfernverkehr“ festzustellen, ohne die Organisationsstruktur zu klären. Der Senat kann jedoch im folgenden zu Gunsten des Klägers von einem Betriebsteilübergang ausgehen.

4. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts ist die Kündigung nicht sozial ungerechtfertigt.

a) Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend angenommen, die Kündigung sei durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt (§ 1 Abs. 2 KSchG).

aa) Dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen, können sich aus inner- oder außerbetrieblichen Gründen ergeben (BAG 7. Dezember 1978 - 2 AZR 155/77 - BAGE 31, 157, 161, zu II 1 a der Gründe; 24. Oktober 1979 - 2 AZR 940/77 - BAGE 32, 150, 153 f., zu II 1 a der Gründe; 30. April 1987 - 2 AZR 184/86 - BAGE 55, 262, 265 f., zu I der Gründe). 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 (BAG 26. September 1996 - 2 AZR 200/96 - BAGE 84, 209, 212, zu II 2 a der Gründe mwN).

bb) Die Beklagte zu 2) hat sich entschlossen, den Werksfernverkehr nicht mehr selbst durchzuführen und deshalb den Fuhrpark zum 1. Januar 1997 an die ART zu veräußern. Mit dessen Umsetzung entfiel für die Beklagte zu 2) die Möglichkeit, den Kläger als Fahrer im Werksfernverkehr zu beschäftigen. Der Kläger ist nicht Arbeit-



nehmer der ART geworden, sondern auf Grund seines wirksamen Widerspruchs mit Schreiben vom 11. Oktober 1996 Arbeitnehmer der Beklagten zu 2) geblieben.

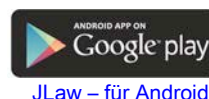
cc) Die Arbeitsgerichte können die unternehmerische Entscheidung nicht auf deren Zweckmäßigkeit oder sachliche Rechtfertigung, sondern nur auf die Einhaltung der äußersten Grenzen der offenbaren Unvernunft oder Willkür hin überprüfen (vgl. BAG 30. April 1987 - 2 AZR 184/86 - BAGE 55, 262, 271, zu III 2 c der Gründe). Insoweit bestehen gegen die Entscheidung der Beklagten zu 2), den Werksfernverkehr nicht mehr selbst durchzuführen, keine Bedenken.

b) Die Beklagte zu 2) konnte die Kündigung auch nicht durch andere Maßnahmen vermeiden. Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht angenommen, daß für die Beklagte zu 2) keine Möglichkeit einer anderweitigen Beschäftigung des Klägers bestand.

Eine solche Beschäftigungsmöglichkeit bestand für den Kläger nicht in der Versandabteilung. Dem steht nicht entgegen, daß er während des Laufs der Kündigungsfrist dort tatsächlich beschäftigt werden konnte und auch Überstunden geleistet hat. Maßgeblich ist, ob im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung auf Grund einer vernünftigen, betriebswirtschaftlichen Betrachtung davon auszugehen ist, daß mit einiger Sicherheit zum Zeitpunkt des Kündigungstermins eine Beschäftigungsmöglichkeit nicht gegeben sein wird (vgl. nur: BAG 10. Oktober 1996 - 2 AZR 477/95 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 81 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 87, zu II 1 b (1) der Gründe mwN).

Insoweit hat das Landesarbeitsgericht zutreffend ausgeführt, daß auf Grund der Planungen der Beklagten zu 2) ein zusätzlicher Beschäftigungsbedarf im Versandbereich nicht vorlag, vielmehr sogar nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ein Personalabbau von 20 Arbeitsplätzen geplant gewesen und zwischenzeitlich sogar vier Stellen abgebaut worden seien. Demgegenüber sei der Einsatz des Klägers nur wegen entsprechender Bedarfsspitzen erfolgt. Revisionsgegenrügen hat der Kläger dazu nicht erhoben. Gleiches gilt für den Einsatz von Leiharbeitnehmern, deren Einsatz nach unwidersprochenem Vortrag der Beklagten zu 2) lediglich zu Aushilfszwecken erfolgt sei.

Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht auch ausgeführt, daß der Umstand, daß die Beklagte zu 2) fünf Mitarbeiter der A. KG übernommen hat, einen zusätzlichen Beschäftigungsbedarf nicht begründet hat. Soweit die Beklagte zu 2) mit der A. KG verschmolzen worden ist, sind dadurch nur Arbeitsplätze verlagert, aber nicht neue



freie begründet worden. Im übrigen ist dies erst mehr als fünf Monate nach dem maßgeblichen Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung erfolgt.

c) Zu Unrecht hat das Landesarbeitsgericht jedoch angenommen, die Kündigung sei nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG sozial ungerechtfertigt. Die Beklagte zu 2) ist entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts nicht mit ihrem Vorbringen zur Sozialauswahl präkludiert.

aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts kann sich auch der Arbeitnehmer, dem ohne seinen Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses der Arbeitsplatz bei dem Übernehmer erhalten geblieben wäre, auf eine mangelhafte Sozialauswahl (§ 1 Abs. 3 KSchG) berufen. Das Gesetz gibt keine Handhabe, etwa im Falle eines Widerspruchs ohne vernünftigen Grund von einer Sozialauswahl ganz abzusehen. Die Prüfung der sozialen Schutzwürdigkeit aller vergleichbaren Arbeitnehmer hat jedoch die Tatsache zu berücksichtigen, daß der Arbeitnehmer seine bisherige Arbeitsmöglichkeit aus freien Stücken aufgegeben hat und erst dadurch ein dringendes betriebliches Erfordernis für die Kündigung geschaffen wurde. Der soziale Besitzstand des gekündigten Arbeitnehmers kann nicht unabhängig von den Gründen beurteilt werden, aus denen er die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit einem anderen Arbeitgeber ablehnt. Soll statt seiner einem anderen Arbeitnehmer gekündigt werden, der die Möglichkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht hat, müssen berechtigte Gründe des Arbeitnehmers vorliegen, der sich auf die soziale Auswahl zu Lasten des Arbeitskollegen beruft (*Senatsurteil 18. März 1999 aaO, zu B II 2 a der Gründe mwN*).

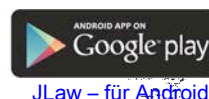
bb) Hierbei ist nicht ein großzügiger Maßstab zugunsten des widersprechenden Arbeitnehmers geboten (*so aber KR-Pfeiffer aaO § 613 a BGB Rn. 65, 65 a*). Eine echte Wahlfreiheit des Arbeitnehmers kann nur bestehen, wenn sie nicht zu Lasten eines - an sich unbeteiligten - Arbeitskollegen geht. Darin liegt keine Entwertung des Widerspruchsrechts. Vielmehr ist die rechtsgeschäftliche Abschlußfreiheit des Arbeitnehmers mit den berechtigten und schutzwürdigen Belangen der von dem Widerspruch betroffenen Arbeitskollegen in Einklang zu bringen. Das Kündigungsschutzgesetz schützt auch diese vor einem ungerechtfertigten Verlust des Arbeitsplatzes. Je geringer die Unterschiede hinsichtlich der sozialen Gesichtspunkte unter den vergleichbaren Arbeitnehmern sind, desto gewichtiger müssen die Gründe dafür sein, einen vom Betriebsübergang nicht betroffenen Arbeitnehmer zu verdrängen. Sind Bestand oder In-



halt des Arbeitsverhältnisses auch ohne Widerspruch des Arbeitnehmers ernsthaft gefährdet, kommt seiner Abschlußfreiheit gegenüber dem Bestandsschutz anderer Arbeitnehmer gleicher Rang im Rahmen einer sozialen Auswahl zu. Andererseits ergibt sich: Ist der widersprechende Arbeitnehmer sozial nicht ganz erheblich, sondern nur geringfügig schutzwürdiger als die vergleichbaren Arbeitnehmer, verdient er allenfalls dann den Vorrang, wenn seinem Widerspruch die berechnete Befürchtung eines baldigen Arbeitsplatzverlustes oder einer baldigen wesentlichen Verschlechterung seiner Arbeitsbedingungen bei dem Erwerber zugrundeliegt (*Senatsurteil 18. März 1999 aaO, zu B II 2 d der Gründe*).

cc) § 1 Abs. 3 KSchG fordert freilich nicht ein irgendwie geartetes Tätigwerden des Arbeitgebers, sondern nur ein „richtiges“ Ergebnis. Die Kündigung ist nicht nach § 1 Abs. 3 KSchG sozialwidrig, wenn der Arbeitnehmer im Kündigungsschutzprozeß die soziale Auswahl nicht oder nicht ordnungsgemäß rügt, indem er etwa nur das Unterbleiben eines Tätigwerdens beanstandet oder wenn schon nach seinem eigenen Sachvortrag im Ergebnis keine Verletzung sozialer Gesichtspunkte vorliegt. Dann bleibt unerheblich, inwieweit der Arbeitgeber sich im Kündigungsschutzprozeß auf soziale Auswahlüberlegungen stützen kann, die er nicht dem Betriebsrat im Rahmen der Beteiligung nach § 102 BetrVG mitgeteilt hatte.

dd) Nach § 1 Abs. 3 Satz 3 KSchG obliegt die Darlegungs- und Beweislast für Tatsachen, aus denen sich die Unrichtigkeit der Sozialauswahl ergibt, dem Arbeitnehmer. Dabei ist das Bundesarbeitsgericht in ständiger Rechtsprechung (*vgl. zB Urteil 15. Juni 1989 - 2 AZR 580/88 - BAGE 62, 116, 125 f., zu B II 3 b der Gründe*) von einer abgestuften Darlegungslast ausgegangen. Es ist zunächst Sache des Arbeitnehmers, die Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl darzulegen. Soweit der Arbeitnehmer nicht in der Lage ist darzulegen, welche vergleichbaren Arbeitnehmer bei der Beklagten beschäftigt sind, die in die Sozialauswahl einzubeziehen sind, und wie deren Sozialdaten sind, hat der Arbeitnehmer einen entsprechenden Auskunftsanspruch gegen den Arbeitgeber gemäß § 1 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 KSchG. Diese Verpflichtung des Arbeitgebers soll dem gekündigten Arbeitnehmer ermöglichen, die Erfolgsaussichten eines Kündigungsschutzprozesses abzuschätzen und den ihm gemäß § 1 Abs. 3 Satz 3 KSchG obliegenden Beweis für Auswahlfehler zu führen (*Senatsurteil 16. Juli 1998 - 8 AZR 284/97 - nv., zu II 2 c der Gründe*).



d) Das Landesarbeitsgericht hat der Beklagten zu 2) aufgegeben, die Namen und Sozialdaten vergleichbarer Personen mitzuteilen. Das hat die Beklagte zu 2) getan, woraufhin der Kläger lediglich die Mitarbeiter E., N. und P. namentlich als vergleichbar bezeichnet hat. Sofern der Kläger damit zum Ausdruck bringen will, diese seien sozial stärker und deshalb vorrangig zu kündigen, trifft dies nicht zu.

(aa) Hinsichtlich der Mitarbeiter N. und P. ergibt sich dies daraus, daß sie zwar eine Unterhaltspflicht weniger aufweisen, dafür aber 12 bzw. 3 Jahre älter sowie 11 bzw. 6 Jahre länger beschäftigt sind. Dann aber kann keine Rede davon sein, daß die Beklagte zu 2) die allein zu berücksichtigenden Sozialdaten Betriebszugehörigkeit, Alter und Unterhaltspflichten im Ergebnis nicht ausreichend berücksichtigt habe.

(bb) Hinsichtlich des Mitarbeiters Eickhölder fehlt es schon an der Vergleichbarkeit mit dem Kläger.

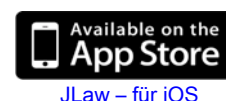
Daran fehlt es, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht einseitig auf einen anderen Arbeitsplatz um- oder versetzen kann. Dem steht nicht entgegen, daß grundsätzlich Arbeitnehmer vergleichbar sind, die austauschbar sind. Austauschbarkeit ist nicht nur bei vollständiger Identität der Arbeitsplätze, sondern auch dann zu bejahen, wenn der Beschäftigte auf Grund seiner bisherigen Aufgaben im Betrieb und angesichts seiner Qualifikation in der Lage ist, die andersartige, aber gleichwertige Arbeit eines Kollegen zu verrichten. An der Austauschbarkeit fehlt es jedoch, wenn es einer Änderungsvereinbarung oder einer -kündigung bedurft hätte (*BAG 17. September 1998 - 2 AZR 725/97 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 36 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 36; 29. März 1990 - 2 AZR 369/89 - BAGE 65, 61, 76, zu B III 2 a der Gründe*).

Der Kläger hat zwar behauptet, daß ihm auch Versandtätigkeiten zugewiesen werden könnten. Selbst wenn dies zutreffend sein sollte, kann daraus nicht die Schlußfolgerung gezogen werden, er sei auch mit dem Mitarbeiter E. vergleichbar. Dieser hat einen Änderungsvertrag mit der Beklagten zu 2) abgeschlossen, wonach er in der LKW-Reparatur und im Querverkehr tätig sein soll und dies schon seit dem 1. Februar 1996, also sechs Monate vor dem Abschluß des Veräußerungsvertrages geltend gemachten Betriebsübergang. Hierzu behauptet der Kläger weder, daß er nach seinem Arbeitsvertrag in der Werkstatt eingesetzt werden könnte noch daß er nach seinen Kenntnissen und Fähigkeiten hierzu in der Lage wäre.



e) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist die Beklagte zu 2) mit ihrem Vorbringen zur Sozialauswahl nicht präkludiert, weil sie insofern nicht den Betriebsrat angehört hat. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist ein Arbeitgeber, der eine Sozialauswahl nicht vorgenommen und deshalb den Betriebsrat nicht über objektiv vergleichbare Arbeitnehmer unterrichtet hat, nicht gehindert, nachträglich im Prozeß zu den Auswahlgesichtspunkten vorzutragen (vgl. BAG 29. März 1990 aaO mwN; zuletzt 7. November 1996 - 2 AZR 720/95 - RzK III 1 b Nr. 26).

Hat der Arbeitgeber eine Sozialauswahl nicht vorgenommen oder bei der getroffenen Sozialauswahl bestimmte Arbeitnehmer übersehen oder nicht für vergleichbar gehalten und deshalb insoweit dem Betriebsrat die für die soziale Auswahl (objektiv) erheblichen Umstände zunächst nicht mitgeteilt, so darf er auf entsprechende Rüge des Arbeitnehmers im Prozeß insoweit seinen Vortrag ergänzen, ohne daß darin ein nach § 102 BetrVG unzulässiges Nachschieben von Kündigungsgründen gesehen werden kann. Zwar kann sich der Arbeitgeber im Prozeß nicht auf Kündigungsgründe oder für einen Kündigungssachverhalt wesentliche Umstände berufen, die er dem Betriebsrat nicht mitgeteilt hat (BAG 18. Dezember 1980 - 2 AZR 1006/78 - BAGE 34, 309; 11. April 1985 - 2 AZR 239/84 - BAGE 49, 39). Darum geht es jedoch bei der Erweiterung der Gründe für die soziale Auswahl auf Arbeitnehmer, die der Arbeitgeber übersehen oder nicht für vergleichbar gehalten hat, nicht. Die objektive Darlegungs- und Beweislast für eine fehlerhafte Sozialauswahl obliegt zunächst dem Arbeitnehmer und nicht dem Arbeitgeber. Der Arbeitgeber muß in diesen Fällen für die soziale Auswahl objektiv erhebliche Umstände, die er ursprünglich nicht mitgeteilt hat, weil er sie übersehen oder zu Unrecht für unerheblich gehalten hat, erst auf eine 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 (BAG 29. März 1990 aaO; 7. November 1996 aaO).



III. Der Kläger hat gem. § 91 Abs. 1 ZPO die Kosten der Berufung und der Revision zu tragen.

Ascheid

Dr. Wittek

Mikosch

E. Schmitzberger

Dr. Scholz



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)