

Aktenzeichen: 8 AZR 167/99
Bundesarbeitsgericht 8. Senat

Urteil vom 24. Februar 2000
- 8 AZR 167/99 -

I. Arbeitsgericht
Frankfurt am Main

Urteil vom 22. Februar 1996
- 13 Ca 3080/95 -

II. Hessisches
Landesarbeitsgericht

Urteil vom 11. Dezember 1998
- 3 Sa 1566/96 -

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

Entscheidungsstichwort:

Widerspruch bei Betriebsteilübergang - Soziale Auswahl - Anhörung des Betriebsrats

Gesetz:

KSchG § 1; BGB § 613 a; BetrVG § 102

Leitsätze:

1. Hält der Arbeitgeber eine Sozialauswahl vor Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung wegen des Widerspruchs des Arbeitnehmers gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses für überflüssig, so hat er die sozialen Gesichtspunkte vergleichbarer Arbeitnehmer auch nicht vorsorglich dem Betriebsrat mitzuteilen (*im Anschluß an die ständige Rechtsprechung des BAG zur "subjektiven Determinierung" der Betriebsratsanhörung, vgl. nur Urteil vom 26. Oktober 1995 - 2 AZR 1026/94 - BAGE 81, 199, 203 f.*).

2. Das Unterbleiben einer Sozialauswahl indiziert in diesem Falle nicht die ungenügende Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte, wenn der gesamte Bereich "Informationssysteme und technische Dienste" ausgliedert wurde und dem Arbeitnehmer aner kennenswerte Gründe für den Widerspruch nicht zur Seite standen.



BUNDEsarBEITSGERICHT



8 AZR 167/99
3 Sa 1566/96
Hessisches
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
24. Februar 2000

URTEIL

Metze, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund 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:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 11. Dezember 1998 - 3 Sa 1566/96 - wird zurückgewiesen.



Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

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

Der im Jahre 1946 geborene verheiratete Kläger ist von Beruf Maschinenbauingenieur und seit 1974 bei der Beklagten beschäftigt. Seit 1982 war er in dem etwa 100 Mitarbeiter umfassenden Zentralbereich „Informationssysteme und technische Dienste“ als EDV-Programmierer tätig. Er gehörte hier der Abteilung L-DAAB an und übernahm ab dem 1. Juni 1994 Aufgaben auf dem Gebiet Systemoperating (Arbeitsvorbereitung) der Abteilung L-DIIB.

Mit Schreiben vom 23. Dezember 1994 teilte die Beklagte dem Kläger mit, dessen Arbeitsbereich werde mit Wirkung vom 1. Februar 1995 auf die zur I.-Gruppe gehörende „IBO GmbH“ (künftig: IBO) übertragen. Der Kläger widersprach dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses am 12. Januar 1995 mit folgender Begründung:

„1974 wurde ich als Maschinenbautechniker/Konstrukteur in der Gruppe Normung der Ingenieurabteilung der L.-Technik eingestellt. Während dieser Tätigkeit vollendete ich mein Abendstudium als Maschinenbauingenieur und wechselte 1982 abteilungsintern in die Gruppe Datenverarbeitung als Programmierer für technische Berechnungsprogramme.

Diese Tätigkeit würde ich in Zukunft, nach Auskunft meines Vorgesetzten, nicht mehr ausüben können.

Als einzige Alternative bietet man mir eine Tätigkeit in der Arbeitsvorbereitung der Datenverarbeitung an. Diese hat weder mit meinem Beruf als Maschinenbauingenieur etwas gemein, noch entspricht sie meinen beruflichen Neigungen und Fähigkeiten.

Da ich in der mir angebotenen Stelle keine berufliche Perspektive sehe, bitte ich weiterhin als Ingenieur bei der L. beschäftigt zu werden.“



Am 23. März 1995 unterrichtete die Beklagte den Betriebsrat ua. wie folgt:

„wir beabsichtigen Herrn R., Pers.Nr. 369, fristgerecht zu kündigen. Zur Begründung dieser Kündigung tragen wir folgendes vor:

Herr R., geb. am 12.7.1946, verheiratet, keine Kinder, ist seit 1.4.1974 bei L. tätig. ... Anfang 1982 wurde er auf eigenen Wunsch in die Gruppe Datenverarbeitung übernommen. Bis Anfang 1994 arbeitete er in der Gruppe L-DAAB „Technische Berechnungssysteme“ im Bereich Informationssysteme. Bereits in der Vorphase des Outsourcings wurde durch die interne Analyse mit Hilfe von ADL klar, daß die von Herrn R. wahrgenommenen Aufgaben durch die Reorganisation entfallen würden. Daraufhin wurde ihm die Möglichkeit eingeräumt, in der Arbeitsvorbereitung (Gruppe „Systemoperating“) tätig zu werden. Dort ist er nun fast ein Jahr tätig, nach Aussage des zuständigen Gruppenleiters jedoch noch immer nicht voll einsatzfähig. Herr R. selbst hat in einem Gespräch mit Herrn Dr. K. Ende 1994 bestätigt, daß er sich für diese Aufgabe nicht als geeignet sieht.

Dieses Arbeitsgebiet wurde zum 1.3.1995 von der Firma IBO übernommen. Einem Übernahmeangebot von der Firma IBO hat Herr R. widersprochen.

Herr R. wurde zu diesem Termin zunächst als L.-Mitarbeiter für diese Tätigkeit in der Arbeitsvorbereitung an die Firma IBO befristet bis zum 30.9.1995 überstellt. Gleichzeitig wurde ihm zugesagt, daß L. seine Einsatzmöglichkeit auf einem vorhandenen freien Arbeitsplatz im Hause prüft.

Bisher hat sich jedoch keine Einsatzmöglichkeit für ihn - auch nicht befristet an Stelle eines MvD - ergeben. Die Vakanzen, die sich in der L. Ö. ergeben könnten - Projektleiter und Kalkulatoren - erfordern eine langjährige, tätigkeitsbezogene Berufserfahrung. Insoweit sehen wir auch nicht die Möglichkeit einer Umschulung für eine andere Tätigkeit in angemessener Zeit.

...

Da Herr R. im Rahmen des Outsourcings einen ihm angebotenen Arbeitsplatz nicht angenommen hat und er damit selbst seine Weiterbeschäftigung verhindert, ist auch keine weitere Sozialauswahl erforderlich. Eine freiwillige Aufhebungsvereinbarung im Rahmen des Sozialplanes hat er abgelehnt. Wegen der fehlenden Einsatzmöglichkeit bei L. ist daher die fristgerechte Kündigung des Arbeitsverhältnisses zum 31.10.1995 beabsichtigt.“

Der Betriebsrat widersprach der beabsichtigten Kündigung am 29. März 1995.



Mit Schreiben vom 31. März 1995, dem Kläger am selben Tage zugegangen, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis ordentlich zum 31. Oktober 1995. Im Hinblick auf den Widerspruch des Betriebsrats wird der Kläger weiterbeschäftigt.

Mit der am 12. April 1995 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat der Kläger geltend gemacht, die Kündigung sei nicht sozial gerechtfertigt. Sein Arbeitsplatz bei der Beklagten sei nicht entfallen, da kein Teilbetriebsübergang erfolgt und sein Arbeitsbereich von einem etwaigen Übergang auch nicht erfaßt sei. Die Beklagte könne ihn ohne weiteres in vielfältiger Weise anderweitig beschäftigen. Sie hätte eine soziale Auswahl durchführen müssen. Sein Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses beruhe nämlich auf sachlichen Gründen. Er sei nicht bereit gewesen, in einen betriebsratslosen Kleinbetrieb überzuwechseln. Auch sei unklar, was die Beklagte unter der „I.-Gruppe“ verstehe. Die Aufstiegs- und Entfaltungschancen bei der Beklagten seien wesentlich günstiger zu veranschlagen. Bei der Firma IBO hätten keine Einsatzmöglichkeiten entsprechend seinen Tätigkeiten bis zum 31. Mai 1994 bestanden. Er hätte bei der Firma IBO wie schon seit dem 1. Juni 1994 bei der Beklagten lediglich in der Arbeitsvorbereitung für die Datenverarbeitung im Schichtdienst tätig werden können. In der Abteilung L-DIIB sei er demgegenüber lediglich vorübergehend eingesetzt worden. Er habe für die entsprechenden Tätigkeiten keine hinreichenden fachlichen Vorkenntnisse besessen und sei nicht eingearbeitet worden. Deshalb sei seine Arbeitsleistung im Ergebnis zutreffend beanstandet worden. Am 30. November 1994 habe man ihm mündlich eröffnet, daß er auf seinen alten Arbeitsplatz in der Abteilung L-DAAB nicht zurückkehren, wegen seiner Leistungsschwäche aber auch nicht am Outsourcing teilnehmen könne.

Der Kläger hat ferner die Anhörung des Betriebsrats vor Ausspruch der Kündigung beanstandet. Die Beklagte hätte den Betriebsrat über die Sozialdaten des Klägers und vorsorglich über die Sozialauswahl unterrichten und darlegen müssen, weshalb sie den Widerspruch des Klägers gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses für sachwidrig halte.

Der Kläger hat beantragt

festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 31. März 1995 nicht beendet worden sei,

die Beklagte zu verurteilen, den Kläger zu unveränderten Bedingungen weiterzubeschäftigen.



Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat behauptet, der gesamte Betriebsteil Zentralbereich „Informationssysteme und technische Dienste“ einschließlich der Abteilungen L-DAAB und L-DIIB sei aufgrund von Verträgen auf die Firma IBO übergegangen. Sie habe deshalb keine Beschäftigungsmöglichkeit für den Kläger mehr. Der Widerspruch des Betriebsrats sei unbegründet, da kein für den Kläger in Betracht kommender Arbeitsplatz frei gewesen sei. Einer Sozialauswahl habe es nicht bedurft; denn der Widerspruch des Klägers gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses sei nicht von sachlichen Gründen gedeckt. Der Kläger sei mit den anderen betroffenen Arbeitnehmern rechtzeitig und umfassend über den geplanten Betriebsteilübergang unterrichtet worden. Er sei auch nicht nur vorübergehend in die Abteilung L-DIIB umgesetzt worden. Bei der Firma IBO habe ihn die gleiche Arbeitsaufgabe erwartet, der er bereits seit dem 1. Juni 1994 nachgegangen sei. Er habe bei ihr, der Beklagten, keineswegs bessere Chancen gehabt; sie habe vielmehr in großem Umfang Personal abbauen müssen. Deshalb sei auch nachträglich kein freier Arbeitsplatz für den Kläger gefunden worden.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat sie nach Vernehmung mehrerer Zeugen abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt der Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist nicht begründet. Das Landesarbeitsgericht hat im Ergebnis zu Recht entschieden, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 31. März 1995 zum 31. Oktober 1995 beendet worden ist.

I. Die Kündigung ist nicht gemäß § 102 Abs. 1 BetrVG unwirksam. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend angenommen, die Beklagte habe den Betriebsrat ordnungsgemäß angehört.

1. 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; BAG 6. Februar 1997 - 2 AZR 265/96 - AP BetrVG 1972 § 102 Nr. 85 = EzA BetrVG 1972 § 102 Nr. 96; BAG 3. September 1998 - 8 AZR 26/97 - nv., zu III 2 a der Gründe; KR-Etzel 5. Aufl. § 102 BetrVG Rn. 62 ff.*).

2. Dem wird die Anhörung vom 23. März 1995 gerecht.

a) Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Beklagte habe den Betriebsrat mit dem Schreiben vom 23. März 1995 vollständig über die Sozialdaten des Klägers unterrichtet, trifft zu. Sie wird auch von der Revision nicht beanstandet. Deshalb besteht ein Anhörungsmangel selbst dann nicht, wenn der Arbeitgeber die Sozialdaten des Arbeitnehmers bei einer (betriebsbedingten) Kündigung unabhängig von einer getroffenen sozialen Auswahl mitteilen muß (vgl. *KR-Etzel aaO § 102 BetrVG Rn. 58, 58 a*).

b) Hat sich der Arbeitgeber entschlossen, nicht nach sozialen Gesichtspunkten auszuwählen, ist die Betriebsratsanhörung nicht fehlerhaft, wenn er das dem Betriebsrat so mitteilt. Die Beklagte hat richtigerweise mitgeteilt, eine Sozialauswahl unterlassen zu haben. Einer „vorsorglichen Sozialauswahl“ im Rahmen der Betriebsratsbeteiligung bedurfte es nicht. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend ausgeführt, über eine nur abstrakt mögliche, aber unterbliebene Auswahl müsse nicht unterrichtet werden, diese sei für den Kündigungsentschluß gerade nicht maßgeblich gewesen. Das ist auch der Fall, wenn der Arbeitgeber annimmt, ein Auswahltatbestand zur personellen Konkretisierung der dringenden betrieblichen Erfordernisse liege überhaupt nicht vor, diese träfen einen bestimmten Arbeitnehmer unmittelbar (vgl. *BAG 16. Januar 1987 - 7 AZR 495/85 - EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 48; 30. Juni 1988 - 2 AZR 49/88 - RzK III 1 b Nr. 12; 15. Juni 1989 - 2 AZR 580/88 - BAGE 62, 116, 128 f.; 29. März 1990 - 2 AZR 369/89 - BAGE 65, 61, 70 f.; 26. Oktober 1995 - 2 AZR 1026/94 - BAGE 81, 199, 203 f.; 7. November 1996 - 2 AZR 720/95 - RzK III 1 b Nr. 26; KR-Etzel aaO § 102 BetrVG Rn. 62 f, 62 g*). 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 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. Der Kläger hatte im Schreiben vom 12. Januar 1995 als Begründung lediglich angegeben, keine berufliche Perspektive zu sehen und weiterhin als Ingenieur arbeiten zu wollen (was gar nicht seiner Tätigkeit entsprach). Das Landesarbeitsgericht hat ausgeführt, die Beklagte habe den Kläger entlassen, weil er seinen Arbeitsplatz infolge des Teilbetriebsübergangs und wegen seines Widerspruchs verloren habe und ein anderer freier Arbeitsplatz nicht vorhanden gewesen sei. Dieser Darstellung des maßgeblichen Kündigungssachverhalts ist der Kläger nicht entgegengetreten. Das Landesarbeitsgericht hat deshalb zu Recht angenommen, es bedürfe gegenüber dem Betriebsrat weder einer Bewertung des Widerspruchs als nicht sachgerecht noch einer Darlegung nachvollziehbarer Tatsachen hierzu. Die Beklagte hat das Erfordernis einer Sozialauswahl allein wegen der Tatsache des Widerspruchs verneint. Über diese ihrer Entscheidung zugrundeliegende rechtliche Beurteilung hat sie den Betriebsrat unterrichtet. Einer weiteren Begründung hierzu bedurfte es nicht.

3. Sonstige Gründe, die eine Fehlerhaftigkeit der Betriebsratsbeteiligung bewirken, werden vom Kläger nicht dargelegt und sind auch sonst nicht ersichtlich.

II. Einer 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). Entgegen der Auffassung der Revision kommt deshalb auch die allgemeinere Vorschrift des § 612 a BGB nicht zur Anwendung.

III. Die Kündigung ist nicht gemäß § 1 Abs. 1 KSchG rechtsunwirksam.

1. Das Landesarbeitsgericht hat hierzu ausgeführt:

Die Kündigung sei aus dringenden betrieblichen Erfordernissen gerechtfertigt (§ 1 Abs. 2 KSchG). Nach der Vernehmung des Zeugen A. stehe fest, daß die Abteilungen L-DAAB und L-DIIB als Bestandteile des Betriebsteils „Zentralbereich Informationssysteme und technische Dienste“ mit Wirkung ab 1. Februar 1995 rechtsgeschäftlich aufgrund eines Rahmenvertrages und diesen ausfüllender Einzelverträge auf die Firma IBO übergegangen seien. Dabei komme es nicht darauf an, daß die Abteilung L-DAAB schon vorher personell ausgedünnt gewesen sei; denn sie habe nicht lediglich Teile ihres Personals an die Firma IBO abgegeben, vielmehr seien sämtliche Leistungen der Abteilungen und das zur Zeit des Betriebsteilüberganges in ihr noch vorhandene Personal auf die Firma IBO übertragen worden. Deshalb sei der Arbeitsplatz des Klägers in der Abteilung L-DIIB auf die Firma IBO übergegangen. Sein früherer Arbeitsplatz in der Abteilung L-DAAB wäre am 1. Februar 1995 ebenfalls übergegangen, sei jedoch wegen der auf Dauer mangelnden Nachfrage nach den bis zum 31. Mai 1994 erbrachten Dienstleistungen schon vorher weggefallen; das habe der Zeuge Dr. K. glaubhaft bekundet. Es wäre nunmehr Sache des Klägers darzustellen, wie er sich eine anderweitige Beschäftigung auf einem freien Arbeitsplatz vorstelle. Mit seiner Bemerkung, die Beklagte könne ihn „ohne weiteres“ bzw. „in vielfältiger Weise“ weiterbeschäftigen, habe er seiner Darlegungslast nicht genügt.

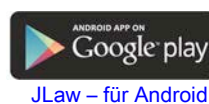
Die Kündigung sei auch nicht deshalb sozial ungerechtfertigt, weil die Beklagte eine Sozialauswahl unterlassen habe (§ 1 Abs. 3 KSchG); denn auf diesen Umstand dürfe sich der Kläger nicht berufen, weil sein Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses sachlich nicht begründet sei. Der widersprechende Arbeitnehmer handele rechtsmißbräuchlich, wenn er grundlos von seinem Widerspruchsrecht Gebrauch mache und den Arbeitsplatz aufs Spiel setze. Nach dem Inhalt des Widerspruchsschreibens vom 12. Januar 1995 und der Vernehmung des Zeugen W. stehe fest, daß der Kläger über den bevorstehenden Betriebsteilübergang hinreichend informiert gewesen sei. In Anbetracht des vom Zeugen Dr. K. herausgestellten Perso-



nalbedarfs der Firma IBO hätte der Kläger seinen seit dem 1. Juni 1994 innegehabten Arbeitsplatz dauerhaft behalten können, ohne eine Änderung der vertraglichen Arbeitsbedingungen befürchten zu müssen. Bei der Firma IBO mit 100 Mitarbeitern habe es sich nicht um einen „betriebsratslosen Kleinbetrieb“ gehandelt. Es sei Sache der Arbeitnehmer, einen Betriebsrat zu wählen. Der Kläger habe bei der Beklagten nicht etwa bessere berufliche Entwicklungsmöglichkeiten; denn die Beklagte habe seit mehreren Jahren durchgreifende Organisationsänderungen vorgenommen und eine Vielzahl von betriebsbedingten Kündigungen ausgesprochen. Der Zeuge W. habe dem Kläger schon im Herbst 1994 vor Augen geführt, bei der Beklagten sei ernsthaft keine berufliche Zukunft zu erwarten. Für eine die Sicherheit des Arbeitsverhältnisses tangierende geringere wirtschaftliche Leistungsfähigkeit oder persönliche Verlässlichkeit der Firma IBO gebe es keine greifbaren Anhaltspunkte. Nach den Zeugenaussagen sei dem Kläger auch nicht eine Teilnahme am Outsourcing verweigert oder als aussichtslos dargestellt worden. Es bleibe lediglich die Tatsache, daß die ab dem 1. Juni 1994 übertragene Arbeitsaufgabe gegenüber der vorherigen qualitativ anders gewesen sei, daß hierfür zusätzlicher Ausbildungsbedarf bestehe und der Kläger wie bereits seit dem 1. Juni 1994 weiter hätte im Schichtdienst arbeiten müssen. Als objektiver Widerspruchsgrund komme das nicht in Betracht. Die Zeugen Dr. K. und W. hätten betont, der Kläger wäre nach seinen intellektuellen Fähigkeiten in der Lage gewesen, sich in die neue berufliche Aufgabenstellung einzuarbeiten. Eine solche Anstrengung müsse bei der Situation auf dem deutschen Arbeitsmarkt von jedem Arbeitnehmer verlangt werden, insbesondere, wenn sie geeignet sei, eine zwar neue, aber wirtschaftlich nicht schlechter ausgestattete dauerhafte Beschäftigung zu gewährleisten. Die Unzumutbarkeit des Schichtdienstes sei ebenfalls nicht erkennbar. Da der Notwendigkeit der Einarbeitung und der Einhaltung anderer Arbeitszeiten die berufliche Existenz eines anderen Arbeitnehmers gegenüberstehe, könne die gebotene Güter- und Interessenabwägung nur zu dem Ergebnis führen, daß der Vermeidung der Entlassung des drittbetroffenen Arbeitnehmers der Vorrang gebühre.

2. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision im Ergebnis stand.

a) Die Revision tritt der Würdigung des Landesarbeitsgerichts nicht entgegen, daß ein rechtsgeschäftlicher Teilbetriebsübergang auf die Firma IBO stattgefunden habe, der die Abteilungen L-DAAB und L-DIIB umfaßt habe, und daß die Beklagte den Kläger deshalb nicht mehr wie bisher habe beschäftigen können. Soweit hierin tatsächliche Feststellungen aufgrund der Zeugenvernehmung liegen, ist der Senat mangels



zulässiger Verfahrensrügen des Klägers an diese gebunden (§ 561 Abs. 2 ZPO). Die rechtliche Schlußfolgerung des Landesarbeitsgerichts, der Arbeitsplatz des Klägers bei der Beklagten sei weggefallen, ist nicht zu beanstanden. Dabei kommt es, wie das Landesarbeitsgericht richtig sieht, nicht darauf an, ob der Arbeitsplatz des Klägers noch in der Abteilung L-DAAB oder schon endgültig in der Abteilung L-DIIB angesiedelt war. Aufgrund des wirksamen Widerspruchs des Klägers gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses ist dieses nicht auf die Firma IBO übergegangen (vgl. *nur Senatsurteil 19. März 1998 - 8 AZR 139/97 - BAGE 88, 196, zu I 2 der Gründe mwN*). Das Arbeitsverhältnis des Klägers ist bei der Beklagten geblieben.

Das Landesarbeitsgericht hat ohne Begründung angenommen, bei dem übergegangenen Zentralbereich „Informationssysteme und technische Dienste“ habe es sich um einen Betriebsteil im Sinne des § 613 a BGB gehandelt. Angesichts der Größe und Bedeutung des Zentralbereichs mit etwa 100 Arbeitnehmern und der offenbar ab Februar/März 1995 unveränderten Strukturen liegt diese Annahme durchaus nahe, obwohl nähere Tatsachen zur Organisation nicht vorgetragen worden sind. Der Kläger hat zu keinem Zeitpunkt das Vorliegen eines Betriebsteils bestritten. Das hätte er aber tun müssen, um eine Darlegungslast der Beklagten auszulösen. Deshalb kann angenommen werden, er wolle dem Übergang und damit Wegfall seines Arbeitsplatzes bei der Beklagten nicht auch deswegen entgegentreten, weil kein übergangsfähiger Betriebsteil vorgelegen habe.

b) Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht angenommen, daß für die Beklagte keine Möglichkeit einer anderweitigen Beschäftigung bestand. Insoweit hätte es dem Kläger oblegen darzulegen, wie er sich eine anderweitige Beschäftigung vorstellt, nachdem sein bisheriger Arbeitsplatz weggefallen war (vgl. *BAG 29. März 1990 - 2 AZR 369/89 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 50 = EzA KschG § 1 Soziale Auswahl Nr. 29, zu B II 4 der Gründe; BAG 17. September 1998 - 2 AZR 419/97 - AP BGB § 626 Nr. 148 = EzA BGB § 626 Unkündbarkeit Nr. 3, zu II 6 der Gründe*). Sein Vortrag, die Beklagte könne ihn ohne weiteres in vielfältiger Weise anderweitig beschäftigen, geht in der Tat über einfaches Bestreiten der fehlenden Beschäftigungsmöglichkeit nicht hinaus.

c) Die Kündigung ist nicht nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG sozial ungerechtfertigt. Der Kläger hat eine fehlerhafte Sozialauswahl nicht dargelegt.

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 Inhalt 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 berechtigte 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 Urteile vom 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*).

ee) Der Kläger hat nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts lediglich vorgetragen, die Beklagte habe keine Sozialauswahl durchgeführt. Das reicht als ordnungsgemäße Rüge nicht aus. Der Kläger hätte wenigstens behaupten müssen, ihm habe bei Durchführung einer Sozialauswahl nicht gekündigt werden dürfen, weil er sozial schutzwürdiger als vergleichbare Arbeitnehmer der Beklagten gewesen sei. Er hätte sich ggf. auf Unkenntnis der Verhältnisse berufen und Auskunft verlangen müssen. Sein Vortrag kann weder als Darlegung einer falschen Sozialauswahl noch als Auskunftsverlangen gegenüber dem Arbeitgeber verstanden werden, nachdem die

Beklagte von Anfang an einen Auswahltatbestand geleugnet und eine unterbliebene Auswahl eingeräumt hatte.

Der frühere Prozeßbevollmächtigte des Klägers hatte allerdings in der Klageschrift - formularmäßig - ausgeführt:

„Vorsorglich wird die nicht getroffene soziale Auswahl gerügt.
Die Beklagte wird aufgefordert, die Gründe anzugeben, die zu der getroffenen Auswahl geführt haben.“

Damit hatte der Kläger bereits erkannt und festgehalten, daß die Beklagte keine soziale Auswahl vorgenommen hatte. Wenn er dann Auskunft über die tatsächlichen Auswahlgründe („getroffenen Auswahl“) verlangte, bezog sich das eben nicht auf soziale Gesichtspunkte. Darauf konnte die Beklagte nur erwidern, sie habe überhaupt keine Auswahl vorgenommen. Hinzu kommt: Der frühere Prozeßbevollmächtigte des Klägers hat nach Zustellung der Klage die Prozeßvertretung niedergelegt. Der jetzige Prozeßbevollmächtigte ist auf diese Rüge nicht mehr zurückgekommen. Das arbeitsgerichtliche Urteil erwähnt sie nicht. Das Urteil des Landesarbeitsgerichts enthält nur die Feststellung, der Kläger habe die unterbliebene Sozialauswahl beanstandet. Es verweist nicht auf die Klageschrift. Der Kläger hat die fehlende Feststellung im Urteil des Landesarbeitsgerichts weder mit einem Tatbestandsberichtigungsantrag noch mit einer Verfahrensrüge angegriffen.

ff) Die Tatsache, daß soziale Gesichtspunkte bei der Kündigungsentscheidung entgegen § 1 Abs. 3 KSchG unstreitig nicht berücksichtigt worden sind, indiziert nicht ein fehlerhaftes Auswahlresultat. Der Kläger war seit 1982 in dem Zentralbereich „Informationssysteme und technische Dienste“ beschäftigt, der die elektronische Datenverarbeitung umfaßte. Da der gesamte Zentralbereich ausgegliedert wurde, liegt es nicht gerade nahe, daß die Beklagte vergleichbare Arbeitnehmer weiterbeschäftigt hat. Der Kläger hätte dies deshalb konkret behaupten oder einen entsprechenden Auskunftsanspruch geltend machen (und dessen Voraussetzungen darlegen) müssen. Das hat er - wie ausgeführt - nicht getan. Er hat auch nicht vorgetragen, er sei trotz der jahrelangen Tätigkeit als EDV-Programmierer noch mit Maschinenbauingenieuren in anderen Zentralbereichen vergleichbar gewesen. Dagegen, daß soziale Gesichtspunkte im Ergebnis nicht ausreichend berücksichtigt worden sind, spricht schließlich die Bewertung der Gründe, aus denen der Kläger die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit der Firma IBO abgelehnt hat: Das Landesarbeitsgericht hat ausgeführt, der Kläger hätte bei der Firma IBO weder einen Arbeitsplatzverlust noch eine Verschlechterung



der Arbeitsbedingungen befürchten müssen. Das läßt Rechtsfehler nicht erkennen und wird von der Revision auch nicht gerügt. Ebenso hat das Landesarbeitsgericht unan-gefochten festgestellt, der Kläger hätte nicht in einen Kleinbetrieb gewechselt und sei-ne Entwicklungsmöglichkeiten hätten sich nicht verschlechtert. Der Kläger konnte sein Anliegen, wieder mit Arbeiten wie vor dem 1. Juni 1994 betraut zu werden, durch den Widerspruch überhaupt nicht fördern; denn nach den Feststellungen des Landesar-beitsgerichts war sein früherer Arbeitsplatz in der Abteilung L-DAAB entweder wegge-fallen oder ebenfalls auf die Firma IBO übergegangen. Deshalb kommt es auf die Überlegungen des Landesarbeitsgerichts zur Zumutbarkeit der Arbeitstätigkeit des Klägers ab dem 1. Juni 1994 nicht weiter an. Eine Alternative hierzu für den Kläger bestand bei der Beklagten nicht. Sein Wunsch nach einer künftigen Verbesserung der Arbeitsbedingungen bei der Beklagten war weder im Rahmen des § 1 Abs. 3 KSchG schutzwürdig noch überhaupt realistisch. Der Kläger wäre demnach allenfalls dann sozial schutzbedürftiger gewesen, wenn vergleichbare sozial ganz erheblich besser gestellte Arbeitnehmer vorhanden gewesen wären. Das war nach dem Vortrag des Klägers nicht der Fall.

IV. Da ein sonstiger Unwirksamkeitsgrund weder geltend gemacht noch sonst ersichtlich ist, hat die am 31. März 1995 zugegangene Kündigung das Arbeitsverhältnis mit der siebenmonatigen Kündigungsfrist des § 622 Abs. 2 Nr. 7 BGB zum 31. Oktober 1995 aufgelöst. Der Kündigungsrechtsstreit ist damit rechtskräftig abgeschlossen; der auf vorläufige Weiterbeschäftigung gerichtete weitere Klageantrag fällt deshalb nicht mehr zur Entscheidung an.

V. Der Kläger hat gemäß § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten seiner erfolglosen Revi-sion zu tragen.

Ascheid

Dr. Wittek

Mikosch

E. Schmitzberger

Scholz



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

