

Aktenzeichen: 8 AZR 391/03
Bundesarbeitsgericht 8. Senat

Urteil vom 28. Oktober 2004
- 8 AZR 391/03 -

I. Arbeitsgericht
Hamburg

Urteil vom 8. November 2002
- 3 Ca 233/02 -

II. Landesarbeitsgericht
Hamburg

Urteil vom 27. März 2003
- 2 Sa 109/02 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Entscheidungsstichworte:

Betriebsbedingte Kündigung - Sozialauswahl - Teilbetriebsübergang

Gesetze:

KSchG § 1 Abs. 2 und 3; BGB § 613a

Leitsatz:

Bei beabsichtigter Teilbetriebsstilllegung und Teilbetriebsübergang ist eine auf den gesamten Betrieb, einschließlich des später übergehenden Betriebsteils, bezogene Sozialauswahl durchzuführen.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



8 AZR 391/03
2 Sa 109/02
Landesarbeitsgericht
Hamburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
28. Oktober 2004

URTEIL

Diederich, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 28. Oktober 2004 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Hauck, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Wittek, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Laux sowie den ehrenamtlichen Richter Dr. Vesper und die ehrenamtliche Richterin Iskra 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 des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 27. März 2003 - 2 Sa 109/02 - aufgehoben.

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Hamburg vom 8. November 2002 - 3 Ca 233/02 - abgeändert:

Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht durch die Kündigung der Schuldnerin vom 23. Mai 2002 beendet worden ist.

Die Kosten des Rechtsstreits hat der Beklagte zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer betriebsbedingten Kündigung.

Der Kläger, der über eine Ausbildung als Stahlbauschlosser verfügt, war ab dem 1. Februar 1994 bei der F K GmbH (künftig: K GmbH) zunächst als Lagerist auf der Grundlage eines schriftlichen Arbeitsvertrages vom 17. Januar 1994 beschäftigt. Mit Wirkung ab dem 1. Oktober 1996 wurde dem Kläger durch Änderungsvertrag die Position des Lagerleiters des Unternehmens der K GmbH unter Beibehaltung der übrigen Vertragsbedingungen des Arbeitsvertrages vom 17. Januar 1994 übertragen; er erhielt zuletzt ein Bruttomonatsgehalt in Höhe von 2.300,81 Euro.

Die K GmbH, deren Geschäftsgegenstand der Vertrieb von Eisen-, Stahl-, Metall-Armaturen aller Art, Hydraulikanlagen von Schiffen sowie Ballast- und Regelanlagen ist, beschäftigte in der Regel mehr als fünf Arbeitnehmer ausschließlich der zur Ausbildung Beschäftigten; ein Betriebsrat war nicht eingerichtet. Der Sitz des Unternehmens befand sich an der Adresse L in H; in dem dort ansässigen Betrieb waren ursprünglich die Geschäftsbereiche „Armaturen“ und „Stahlhandel“, die Verwaltung und das Lager der K GmbH eingerichtet. Während im Geschäftsbereich „Armaturen“ Schiffsarmaturen eingekauft, produziert, eingelagert, vertrieben und auf Schiffen eingebaut wurden, befasste sich der Geschäftsbereich „Stahlhandel“ mit dem Vertrieb von Spezialstahl in großen Mengen sowie mit dem teilweisen Zuschnitt von Stahl für den jeweiligen Endkunden. Nach einer Erweiterung im Jahr 1997 wurde der Geschäftsbe-



reich „Stahlhandel“ ab dem 26. September 1997 räumlich ausgelagert und seither mit einem weiteren Lager nebst Büroräumen unter der Adresse I in H betrieben. Der Kläger wurde als Lagerleiter ganz überwiegend im Lager des Geschäftsbereiches „Armaturen“ eingesetzt, im Bereich „Stahlhandel“ waren im Lager der Lagermeister N sowie die Lagerarbeiter P, M, E und W tätig.

Mit Beschluss des Amtsgerichts Hamburg vom 13. März 2002 wurde über das Vermögen der K GmbH das vorläufige Insolvenzverfahren eröffnet und der Beklagte zum vorläufigen Insolvenzverwalter bestellt. Am 27. März 2002 beschloss die Geschäftsführung der K GmbH mit Zustimmung des Beklagten die Stilllegung des Geschäftsbereiches „Armaturen“ zum 31. Mai 2002. Dreizehn Mitarbeitern der K GmbH gegenüber wurde daraufhin bereits im März 2002 mit Zustimmung des Beklagten die Kündigung des Arbeitsverhältnisses ausgesprochen. Zeitgleich führte der Beklagte mit Interessenten Gespräche über eine übertragende Sanierung des Geschäftsbereiches „Stahlhandel“. Mit Schreiben vom 23. Mai 2002 kündigte die K GmbH sodann mit Zustimmung des Beklagten auch das mit dem Kläger bestehende Arbeitsverhältnis wegen „Stilllegung des Betriebsteiles Armaturen zum 31.05.2002 ... aus betriebsbedingten Gründen zum ... 31.08.2002“.

Der Geschäftsbereich „Stahlhandel“ wurde sodann am 1. Juni 2002 an die S GmbH veräußert, die auch die in diesem Geschäftsbereich beschäftigten Arbeitnehmer übernahm.

Mit Beschluss des Amtsgerichts Hamburg vom 3. Juni 2002 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der K GmbH (künftig: Schuldnerin) eröffnet und der Beklagte zum Insolvenzverwalter bestellt.

Mit seiner am 13. Juni 2002 bei dem Arbeitsgericht Hamburg eingegangenen Klage hat der Kläger Kündigungsschutz begehrt. Er hat die Auffassung vertreten, die streitgegenständliche Kündigung vom 23. Mai 2002 sei sozialwidrig und aus keinem der in § 1 Abs. 2, 3 KSchG genannten Gesichtspunkte gerechtfertigt. Dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung im Betrieb der Schuldnerin entgegenstünden, seien nicht gegeben. Eine Stilllegung des Gesamtbetriebes sei gerade nicht erfolgt, sondern der Geschäftsbereich „Stahlhandel“ werde nach erfolgtem Teilbetriebsübergang auf die S GmbH fortgesetzt. Vor Ausspruch der Beendigungskündigung habe die Schuldnerin ihn im Lager des Geschäftsbereiches „Stahlhandel“ auf einem freien Arbeitsplatz einsetzen müssen. Der vertragliche Einsatzort sei nicht auf den Geschäftsbereich „Armaturen“ beschränkt gewesen. Darüber hinaus werde die



fehlende Sozialauswahl vor Ausspruch der Kündigung gerügt. Diese sei nicht entbehrlich gewesen. In die soziale Auswahl hätten sämtliche Mitarbeiter der Geschäftsbereiche „Armaturen“ und „Stahlhandel“ einbezogen werden müssen, da die Sozialauswahl abteilungsübergreifend zu erfolgen habe. Bei den Geschäftsbereichen handele es sich nicht um jeweils selbständige Betriebe, sondern um Betriebsteile eines einheitlichen Betriebes. Die im Geschäftsbereich „Stahlhandel“ beschäftigten Arbeitnehmer N als Lagermeister sowie die Mitarbeiter P, M, E und W als Lagerarbeiter seien daher in die soziale Auswahl einzubeziehen gewesen. Auf Grund seiner Sozialdaten, insbesondere im Hinblick auf sein Lebensalter und die zurückgelegte Beschäftigungszeit im Betrieb der Schuldnerin, sei der Kläger zumindest sozial schutzwürdiger als der Lagermeister N. Die Kündigung sei auch deshalb unwirksam, weil sie wegen des Teilbetriebsübergangs des Geschäftsbereiches „Stahlhandel“ auf die S GmbH erfolgt sei.

Der Kläger hat zuletzt beantragt

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht durch die fristgemäße Kündigung der Schuldnerin vom 23. Mai 2002 zum 31. August 2002 endete.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Er hat die Auffassung vertreten, die ausgesprochene Kündigung sei sozial gerechtfertigt iSd. § 1 Abs. 2, 3 KSchG. Sie sei aus betriebsbedingten Gründen wegen der Stilllegung des Geschäftsbereiches „Armaturen“ erfolgt.

Lediglich der Geschäftsbereich „Stahlhandel“ sei lebensfähig gewesen. Nachdem es gelungen sei, für diesen Betriebsteil einen Erwerber zu finden, seien für den verbleibenden Betriebsteil „Armaturen“ wegen der vollständigen Betriebsstilllegung betriebsbedingte Kündigungen ausgesprochen worden. Das Arbeitsverhältnis des Klägers sei nicht übergegangen. Bei der Frage der Zuordnung des Arbeitnehmers sei auf den Schwerpunkt seiner Arbeitstätigkeit abzustellen und damit darauf, für welchen Betriebsteil er überwiegend tätig gewesen sei. Dies sei der Betriebsteil „Armaturen“ gewesen. Im Rahmen der Kündigung habe er daher auch nur mit den dort tätigen Mitarbeitern verglichen werden können. Wegen der vollständigen Stilllegung dieses Geschäftsbereiches sei eine Sozialauswahl jedoch obsolet gewesen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Klageantrag weiter.



Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers hat Erfolg. Die Vorinstanzen haben die Klage zu Unrecht abgewiesen. Die betriebsbedingte Kündigung des Beklagten vom 23. Mai 2002 hat das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht beendet.

I. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die mit Zustimmung des Beklagten erklärte Kündigung der Schuldnerin vom 23. Mai 2002 sei sozial gerechtfertigt und habe daher das Arbeitsverhältnis zum 31. August 2002 beendet. Es seien dringende betriebliche Gründe gegeben, die einer Weiterbeschäftigung des Klägers entgegenstünden (§ 1 Abs. 2 KSchG). Die Schuldnerin habe am 27. März 2002 die unternehmerische Entscheidung getroffen, den Betriebsteil Armaturen stillzulegen. Das Beschäftigungsbedürfnis für den Kläger, der in diesem Betriebsteil als Lagerleiter beschäftigt gewesen sei, sei mit der Stilllegungsentscheidung entfallen.

Die Kündigung sei auch nicht wegen einer fehlerhaften Sozialauswahl sozial ungerechtfertigt (§ 1 Abs. 3 KSchG). Im Zeitpunkt der Kündigung habe zwar noch der Betriebsteil Stahlhandel bei der Schuldnerin bestanden, in dem der Lagermeister N in einer vergleichbaren Position beschäftigt worden sei. Die soziale Auswahl sei auch grundsätzlich betriebsbezogen durchzuführen und der Arbeitnehmer N gegenüber dem Kläger weniger sozial schutzbedürftig gewesen. Die Kündigungsentscheidung hätte daher auf den Arbeitnehmer N fallen müssen. In Fällen der vorliegenden Art kollidierten jedoch zwei arbeitsrechtliche Schutzprinzipien, nämlich der Grundsatz der sozialen Auswahl und der Schutz der Arbeitnehmer vor Kündigungen im Falle eines Betriebsübergangs. Bei einem Teilbetriebsübergang sei der dem übergehenden Betriebsteil zuzuordnende Arbeitnehmer durch § 613a Abs. 4 BGB vor einer Kündigung geschützt. Es fehle daher an einer vergleichbaren rechtlichen Lage beider Arbeitnehmer im Zeitpunkt des Kündigungszugangs. Dies gelte jedenfalls dann, wenn sich die Stilllegungsentscheidung in Bezug auf den einen Betriebsteil und die Sanierungsentscheidung durch Übertragung des anderen Betriebsteiles auf einen Erwerber als einheitliches Konzept darstelle. Dafür spreche zudem, dass diese Lösung zu angemessenen praktischen Ergebnissen führe. Der Erwerber könne nur so klar überschauen, welche Arbeitnehmer er zu übernehmen habe; der bisherige Arbeitgeber könne nicht an einem Arbeitsverhältnis festgehalten werden, für das eine Beschäftigungsmöglichkeit nicht mehr bestehe. Mangels Zuordnung des Arbeitnehmers zu dem übergehenden Be-



triebsteil, gehe dessen Arbeitsverhältnis nicht auf den Erwerber über, sondern verbleibe bei dem Veräußerer.

II. Die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts halten einer revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand. Die Kündigung des Beklagten ist sozial ungerechtfertigt und damit rechtsunwirksam (§ 1 Abs. 1 KSchG).

1. Die Kündigung ist nicht bereits gemäß § 613a Abs. 4 BGB unwirksam. Sie ist nicht wegen des Übergangs eines Betriebes oder Betriebsteiles ausgesprochen worden. Wegen eines Betriebsübergangs im Sinne von § 613a BGB wird eine Kündigung dann ausgesprochen, wenn der Betriebsübergang die überwiegende Ursache der Kündigung bildet. Der Betriebsübergang muss Beweggrund für die Kündigung sein. Dabei ist ausschließlich auf die Verhältnisse im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung abzustellen (*Senat 21. Januar 1999 - 8 AZR 298/98 -*). Ein bevorstehender Betriebsübergang kann nur dann zur Unwirksamkeit der Kündigung führen, wenn die den Betriebsübergang ausmachenden Tatsachen im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung feststehen und bereits greifbare Formen angenommen haben (*Senat 21. Januar 1999 - 8 AZR 298/98 -*; *13. November 1997 - 8 AZR 295/95 - BAGE 87, 115 = AP BGB § 613a Nr. 169 = EzA BGB § 613a Nr. 154 mwN*).

Das Landesarbeitsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, ob überhaupt ein Teilbetriebsübergang iSd. § 613a Abs. 1 BGB vorliegt und die den Teilbetriebsübergang des Geschäftsbereiches „Stahlhandel“ ausmachenden Tatsachen bereits im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung am 23. Mai 2002 hinreichend konkrete Formen angenommen hatten. Dies kann jedoch dahinstehen, da die Kündigung vom 23. Mai 2002 schon deshalb nicht wegen eines Teilbetriebsübergangs iSd. § 613a Abs. 4 BGB am 1. Juni 2002 ausgesprochen wurde, weil der Kläger dem übergegangenen Betriebsteil „Stahlhandel“ nicht angehörte. Der Übergang eines Arbeitsverhältnisses setzt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts voraus, dass der betroffene Arbeitnehmer dem übertragenen Betriebsteil zugeordnet ist (*Senat 25. September 2003 - 8 AZR 446/02 - AP BGB § 613a Nr. 256 = EzA ZPO 2002 § 50 Nr. 2*; *8. August 2002 - 8 AZR 583/01 - EzA BGB § 613a Nr. 209*; *13. November 1997 - 8 AZR 375/96 - BAGE 87, 120 = AP BGB § 613a Nr. 170 = EzA BGB § 613a Nr. 156 mwN*). Dabei kommt es nicht darauf an, ob der verbleibende Restbetrieb fortgesetzt werden kann (*BAG 13. November 1997 - 8 AZR 375/96 - aaO*). Demnach sind nur die Arbeitsverhältnisse der in dem übertragenen Geschäftsbereich „Stahlhandel“ Beschäftigten übergegangen. Das Arbeitsverhältnis des Klägers gehörte nicht dazu, da er nach



objektiven Kriterien dem stillgelegten Geschäftsbereich „Armaturen“ zugeordnet war. Der Kläger war unstreitig ganz überwiegend im Geschäftsbereich „Armaturen“ als Lagerleiter beschäftigt; auf einen zeitweisen Einsatz im Geschäftsbereich „Stahlhandel“ kommt es nicht entscheidungserheblich an. Der Geschäftsbereich „Armaturen“ ist nicht auf das Nachfolgeunternehmen der S GmbH übergegangen, dieser wurde unstreitig stillgelegt. Die Arbeitsverhältnisse eines stillgelegten Betriebsteiles fallen jedoch nicht automatisch in den vom Arbeitgeber weitergeführten und einem späteren Betriebsübergang zugänglichen Bereich (*BAG 25. September 2003 - 8 AZR 446/02 - aaO*). Die Zuordnung zum Geschäftsbereich „Stahlhandel“ hätte demnach einer ausdrücklichen oder konkludenten Zuordnungsentscheidung der Schuldnerin bedurft. Eine solche liegt aber ersichtlich nicht vor.

2. Das Landesarbeitsgericht hat sodann auch zutreffend angenommen, dass die mit Zustimmung des Beklagten ausgesprochene Kündigung der Schuldnerin vom 23. Mai 2002 nicht bereits wegen des Fehlens eines Kündigungsgrundes iSd. § 1 Abs. 2 KSchG sozial ungerechtfertigt ist. Bei der Frage der Sozialwidrigkeit einer Kündigung (§ 1 Abs. 2 KSchG) handelt es sich um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs, die vom Revisionsgericht nur darauf überprüft werden kann, ob das Berufungsgericht den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm des § 1 KSchG Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat, ob es bei der gebotenen Interessenabwägung, bei der dem Tatsachenrichter ein Beurteilungsspielraum zusteht, alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat und ob es in sich widerspruchsfrei ist (*ständige Rechtsprechung; vgl. BAG 24. März 1983 - 2 AZR 21/82 - BAGE 42, 151, 157 = AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 12 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 21*). Diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält das Urteil des Landesarbeitsgerichts stand. Die Kündigung ist durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Klägers in dem Betrieb der Schuldnerin entgegenstehen, bedingt.

a) Dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen, können sich aus inner- oder außerbetrieblichen Gründen ergeben (*BAG 5. Dezember 2002 - 2 AZR 522/01 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 126 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 50; 24. Februar 2000 - 8 AZR 145/99 - EzS 2 (Abfindung) Nr. 107 mwN*). Eine Kündigung ist aus innerbetrieblichen Gründen sozial gerechtfertigt, wenn sich der Arbeitgeber zu einer organisa-



torischen Maßnahme entschließt, bei deren Umsetzung das Bedürfnis für die Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer entfällt (*BAG 5. Dezember 2002 - 2 AZR 522/01 - aaO mwN*). Von den Arbeitsgerichten voll nachzuprüfen ist, ob eine derartige unternehmerische Entscheidung tatsächlich vorliegt und durch ihre Umsetzung das Beschäftigungsbedürfnis für einzelne Arbeitnehmer entfallen ist. Dagegen ist die unternehmerische Entscheidung selbst nicht auf ihre sachliche Rechtfertigung oder ihre Zweckmäßigkeit zu überprüfen, sondern nur darauf, ob sie offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist (*BAG 5. Dezember 2002 - 2 AZR 522/01 - aaO mwN*).

Das Landesarbeitsgericht hat festgestellt, dass die Geschäftsführung der Schuldnerin am 27. März 2002 die unternehmerische Entscheidung getroffen hat, den Betriebsteil „Armaturen“ stillzulegen. Vor diesem Hintergrund hat das Landesarbeitsgericht angenommen, da der Kläger in diesem Betriebsteil als Lagerleiter beschäftigt gewesen sei, sei das Bedürfnis, ihn weiterzubeschäftigen, mit der Stilllegungsentscheidung entfallen. Dem kann nicht ohne weiteres gefolgt werden.

aa) Zum einen führt eine nur teilweise Stilllegung eines Betriebes nicht automatisch zur Annahme eines dringenden betrieblichen Erfordernisses iSd. § 1 Abs. 2 KSchG. Es ist zwar zutreffend, dass zu den dringenden betrieblichen Erfordernissen, die nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG einen Grund zur sozialen Rechtfertigung der Kündigung abgeben können, die Stilllegung des gesamten Betriebes, einer Betriebsabteilung oder eines Betriebsteiles durch den Arbeitgeber gehören (*BAG 27. November 2003 - 2 AZR 48/03 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 64 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 128, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen; 22. Januar 1998 - 8 AZR 243/95 - AP BGB § 613a Nr. 173 = EzA BGB § 613a Nr. 161*). Unter Betriebsstilllegung ist die Auflösung der zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestehenden Betriebs- und Produktionsgemeinschaft zu verstehen, die ihre Veranlassung und zugleich ihren unmittelbaren Ausdruck darin findet, dass der Unternehmer die bisherige wirtschaftliche Betätigung in der ernstlichen Absicht einstellt, die Verfolgung des bisherigen Betriebszwecks dauernd oder für eine ihrer Dauer nach unbestimmte, wirtschaftlich nicht unerhebliche Zeitspanne nicht weiter zu verfolgen (*BAG 27. November 2003 - 2 AZR 48/03 - aaO; 18. Januar 2001 - 2 AZR 514/99 - BAGE 97, 10 = AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 115 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 109; 9. Februar 1994 - 2 AZR 666/93 - AP BGB § 613a Nr. 105 = EzA BGB § 613a Nr. 116; 22. Mai 1986 - 2 AZR 612/85 - AP KSchG 1969 § 1 Konzern Nr. 4 = EzA KSchG § 1 Soziale Aus-*



wahl Nr. 22). Mit der Stilllegung des gesamten Betriebes entfallen alle Beschäftigungsmöglichkeiten. Bei einer Teilbetriebsstilllegung handelt es sich hingegen nur um eine Einschränkung des Betriebes, bei der zwar objektiv Beschäftigungsmöglichkeiten entfallen, die Beschäftigungsmöglichkeiten im verbleibenden Betriebsteil aber erhalten bleiben. Ist aber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers im fortgeführten Betriebsteil möglich, ist die Kündigung nicht wegen dringender betrieblicher Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, sozial gerechtfertigt.

bb) Zum anderen hat - entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts - allein der Entschluss der Schuldnerin zur teilweisen Betriebsstilllegung grundsätzlich nicht schon den Wegfall von Beschäftigungsmöglichkeiten zur Folge, sondern erst die Umsetzung desselben. Der Arbeitgeber ist allerdings nicht gehalten, eine Kündigung erst nach der Durchführung der (Teil-)Stilllegung auszusprechen. Es kommt auch eine Kündigung wegen beabsichtigter (Teil-)Stilllegung in Betracht. Wird die Kündigung auf die künftige Entwicklung der betrieblichen Verhältnisse gestützt, so kann sie ausgesprochen werden, wenn die betreffenden betrieblichen Umstände greifbare Formen angenommen haben. Solche greifbaren Formen liegen vor, wenn im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung auf Grund einer vernünftigen, betriebswirtschaftlichen Betrachtung davon auszugehen ist, zum Zeitpunkt des Kündigungstermins sei mit einiger Sicherheit der Eintritt eines die Entlassung erforderlich machenden betrieblichen Grundes gegeben (*BAG 27. November 2003 - 2 AZR 48/03 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 64 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 128, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen; 12. April 2002 - 2 AZR 256/01 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 120 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 118; 18. Januar 2001 - 2 AZR 514/99 - BAGE 97, 10 = AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 115 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 109; 10. Oktober 1996 - 2 AZR 477/95 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 81 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 87; 22. Mai 1997 - 8 AZR 101/96 - BAGE 86, 20 = AP BGB § 613a Nr. 154 = EzA BGB § 613a Nr. 149*).

b) Nach Maßgabe dieser Voraussetzungen ist das Landesarbeitsgericht im Ergebnis zutreffend davon ausgegangen, dass die Kündigung vom 23. Mai 2002 durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Klägers im Betrieb entgegenstehen, bedingt ist.



Im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung vom 23. Mai 2002 lag nicht nur ein Entschluss zur Teilbetriebsstilllegung vor, sondern es waren bereits hinreichend greifbare Anhaltspunkte dafür vorhanden, dass bei der Schuldnerin spätestens mit Ablauf der Kündigungsfrist am 31. August 2002 der Beschäftigungsbedarf für den Kläger entfallen würde. Gemäß den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts hatte die Schuldnerin mit Zustimmung des Beklagten am 27. März 2002 einen Stilllegungsbeschluss betreffend den Geschäftsbereich „Armaturen“ zum 31. Mai 2002 gefasst und sodann bereits im März 2002 ebenfalls mit Zustimmung des Beklagten dreizehn beschäftigten Mitarbeitern gekündigt. An diese Feststellungen des Landesarbeitsgerichts ist der Senat gebunden, da sie nicht durch eine zulässige und begründete Verfahrensrüge der Revision angegriffen worden sind (§ 559 Abs. 2 ZPO). Mit der Stilllegung des Geschäftsbereiches „Armaturen“ entfiel für die Schuldnerin die Möglichkeit, den Kläger als Lagerleiter dieses Geschäftsbereiches über den 31. Mai 2002 bzw. über den Ablauf der Kündigungsfrist am 31. August 2002 weiterzubeschäftigen. Eine weitere Tätigkeit der Schuldnerin bzw. eine Fortsetzung der Betriebstätigkeit durch den Beklagten (zB mit Abwicklungsarbeiten) über den 31. Mai 2002 bzw. 31. August 2002 hinaus im Geschäftsbereich „Armaturen“ hat der Kläger selbst nicht vorgetragen.

Die Schuldnerin konnte die Kündigung auch nicht durch andere Maßnahmen vermeiden. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht angenommen, dass für den Kläger im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung keine anderweitige Möglichkeit der Beschäftigung im verbliebenen Geschäftsbereich „Stahlhandel“ bestand. Eine Kündigung, die auf Grund einer zum Wegfall des bisherigen Arbeitsplatzes führenden organisatorischen Maßnahme ausgesprochen worden ist, ist zwar nur dann durch ein dringendes betriebliches Erfordernis „bedingt“, wenn der Arbeitgeber keine Möglichkeit hat, den Arbeitnehmer anderweitig zu beschäftigen. Dies folgt aus dem „ultima-ratio-Grundsatz“. Die Weiterbeschäftigung muss aber sowohl dem Arbeitnehmer als auch dem Arbeitgeber objektiv möglich und zumutbar sein. Dies setzt voraus, dass ein freier vergleichbarer (gleichwertiger) Arbeitsplatz oder ein freier Arbeitsplatz zu geänderten (schlechteren) Arbeitsbedingungen vorhanden ist und der Arbeitnehmer über die hierfür erforderlichen Fähigkeiten und Kenntnisse verfügt (*BAG 29. März 1990 - 2 AZR 369/89 - BAGE 65, 61 = AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 50 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 29*). Ein freier vergleichbarer Arbeitsplatz war im Geschäftsbereich „Stahlhandel“ bei der Gemeinschuldnerin unstreitig nicht gegeben, da dort als Lagerleiter der Arbeitnehmer N beschäftigt war. Darüber hinaus hat das Landesarbeitsgericht festgestellt, dass die Schuldnerin den Kläger auch nicht als LKW-Fahrer



oder Lagerarbeiter im Geschäftsbereich „Stahlhandel“ habe einsetzen müssen, da diese nicht gehalten gewesen sei, den Personalbestand aufzustocken. Das Landesarbeitsgericht hat damit gleichzeitig festgestellt, dass weitere freie Stellen in dem verbleibenden Geschäftsbereich nicht vorhanden waren, die der Kläger auf Grund seiner Kenntnisse und Fertigkeiten hätte besetzen können. An diese Feststellung ist der Senat in Ermangelung einer zulässigen und begründeten Verfahrensrüge der Revision ebenfalls gebunden (§ 559 Abs. 2 ZPO).

3. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts ist die Kündigung des Beklagten aber unwirksam, weil die Schuldnerin fehlerhaft eine gebotene Sozialauswahl unterlassen hat (§ 1 Abs. 3 KSchG).

a) Das Landesarbeitsgericht hat dazu ausgeführt, einer sozialen Auswahl iSd. § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG habe es seitens der Schuldnerin vor Ausspruch der Kündigung nicht bedurft, da es zwischen den Arbeitnehmern des stillzulegenden Betriebsteiles und des übergehenden Betriebsteiles an einer vergleichbaren rechtlichen Lage der Beschäftigten im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung fehlte. In Fällen der vorliegenden Art kollidierten zwei arbeitsrechtliche Schutzprinzipien, und zwar der Grundsatz der sozialen Auswahl im Rahmen des allgemeinen Kündigungsschutzes und der besondere Kündigungsschutz der Arbeitnehmer bei einem Betriebsübergang (§ 613a Abs. 4 BGB).

b) Dem folgt der Senat nicht. Nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG ist gemäß der ständigen Rechtsprechung vor Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung eine auf den gesamten Betrieb bezogene Sozialauswahl durchzuführen. Dies gilt auch dann, wenn ein Betriebsteil stillgelegt und der andere Betriebsteil auf einen Erwerber übertragen werden soll. Bei der betriebsbedingten Kündigung eines Arbeitnehmers des stillzulegenden Betriebsteiles ist daher bei der Sozialauswahl auch ein vergleichbarer Arbeitnehmer zu berücksichtigen, der zur Zeit der Kündigung dem später zu übertragenden Betriebsteil angehört. Dies folgt aus dem Schutzzweck der Sozialauswahl, den Arbeitsplatz des sozial schwächeren Arbeitnehmers zu erhalten. Die Regelung des § 613a Abs. 4 BGB, die ein Kündigungsverbot wegen des Betriebsübergangs vorsieht, steht dem nicht entgegen.

aa) Eine betriebsbedingte Kündigung ist nicht nur dann sozial ungerechtfertigt, wenn keine dringenden betrieblichen Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, vorliegen (§ 1 Abs. 2 Satz 1



KSchG). Selbst bei Vorliegen eines betriebsbedingten Kündigungsgrundes iSd. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG ist die Kündigung trotzdem sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des zu kündigenden Arbeitnehmers soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat (§ 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG aF). Abzustellen ist dabei vorliegend auf das Kündigungsschutzgesetz in der bis zum 31. Dezember 2003 geltenden Fassung.

bb) Die Pflicht zur Vornahme einer sozialen Auswahl besteht für alle betriebsbedingten Kündigungen im Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes (§§ 1, 23 KSchG). Das Kündigungsschutzgesetz findet im Insolvenzverfahren ebenfalls Anwendung mit der Folge, dass der Insolvenzverwalter grundsätzlich eine soziale Auswahl iSd. § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG vorzunehmen hat (*BAG 16. September 1982 - 2 AZR 271/80 - AP KO § 22 Nr. 4 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 18*). Die Verwertung des Vermögens des Schuldners und seine Verteilung unter die Gläubiger nach bestimmten Kriterien sprechen nicht dagegen, den Bestandsschutz des Kündigungsschutzgesetzes zu beachten. Die rechtliche Behandlung der von den ausgesprochenen Kündigungen betroffenen Arbeitnehmer kann im Einzelfall nicht davon abhängig sein, ob die Betriebsstilllegung im Rahmen einer Insolvenz durch den Insolvenzverwalter oder außerhalb der Insolvenz durch den Unternehmer selbst erfolgt. Ein sachlicher Grund für eine unterschiedliche Behandlung dieser Fallgruppen ist nicht ersichtlich (*BAG 16. September 1982 - 2 AZR 271/80 - aaO*).

cc) Nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG ist vor Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung eine Sozialauswahl durchzuführen. Die soziale Auswahl ist grundsätzlich auf alle vergleichbaren Arbeitnehmer eines Betriebes zu erstrecken. Im Unterschied zu der Möglichkeit der anderweitigen Beschäftigung bei demselben Arbeitgeber, die nach § 1 Abs. 2 KSchG auch unternehmensbezogen ausgestaltet ist, fehlt es an einer entsprechenden Regelung für den Bereich der sozialen Auswahl. Auf Grund dieser gesetzlichen Wertung ist für den Bereich der sozialen Auswahl von der grundsätzlichen Betriebsbezogenheit des individuellen Kündigungsschutzes auszugehen (*ständige Rspr. vgl. BAG 22. Mai 1986 - 2 AZR 612/85 - AP KSchG 1969 § 1 Konzern Nr. 4 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 22 mwN*). Eine Beschränkung der Sozialauswahl auf Arbeitnehmer eines Betriebsteiles oder einer Betriebsabteilung kommt nicht in Betracht. Zu dem auswahlrelevanten Personenkreis zählen daher grundsätzlich alle vergleichbaren Arbeitnehmer des Beschäftigungsbetriebes, ohne Rücksicht auf die Größe des Betriebes sowie ohne Rücksicht darauf, ob ihre Arbeitsplätze räumlich nahe bei-



einander liegen (*BAG 21. Juni 1995 - 2 AZR 693/94 - AP BetrVG 1972 § 1 Nr. 16 = EzA KSchG § 23 Nr. 14 mwN*).

dd) Die soziale Auswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG erstreckt sich innerhalb eines Betriebes auf die Arbeitnehmer, die miteinander vergleichbar sind. Vergleichbar sind die Arbeitnehmer, die austauschbar sind (*BAG 22. April 2004 - 2 AZR 244/03 - NZA 2004, 1389 mwN; 17. September 1998 - 2 AZR 725/97 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 36 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 36*). Nach der ständigen Rechtsprechung des Zweiten Senats des Bundesarbeitsgerichts bestimmt sich der Kreis der vergleichbaren Arbeitnehmer in erster Linie nach arbeitsplatzbezogenen Umständen, also vor allem nach der ausgeübten Tätigkeit. An einer Vergleichbarkeit fehlt es, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht einseitig auf den anderen Arbeitsplatz um- oder versetzen kann, dh. wenn eine anderweitige Beschäftigung des Arbeitnehmers nur nach einer Änderung der bisherigen Arbeitsbedingungen und damit nur durch Änderungsvereinbarung oder Änderungskündigung erfolgen kann (*BAG 22. April 2004 - 2 AZR 244/03 - aaO mwN; 17. September 1998 - 2 AZR 725/97 - aaO*). Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, eine Vergleichbarkeit der Arbeitnehmer dadurch herbeizuführen, dass er einem sozial schutzwürdigeren Arbeitnehmer eine Weiterbeschäftigung zu geänderten Arbeitsbedingungen anbietet, um ihm dadurch einen Arbeitsplatz zu verschaffen, der zur Zeit mit einem sozial besser gestellten Arbeitnehmer besetzt ist, dem dann nach sozialen Gesichtspunkten gekündigt werden müsste (*BAG 22. April 2004 - 2 AZR 244/03 - aaO mwN*).

c) Zu Unrecht hat das Landesarbeitsgericht angenommen, in den Fällen einer Teilbetriebsstilllegung und einer Übertragung von Betriebsteilen auf einen anderen Inhaber (§ 613a Abs. 1 BGB) stehe bei den dann durch die Teilbetriebsstilllegung bedingten Kündigungen einer auf den gesamten Betrieb bezogenen Sozialauswahl iSd. § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG das Kündigungsverbot des § 613a Abs. 4 BGB entgegen. Eine rechtliche Vergleichbarkeit der Beschäftigten in dem stillgelegten und dem später übergehenden Betriebsteil ist nicht ausgeschlossen.

aa) Das Kündigungsverbot des § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB schließt die Vergleichbarkeit der Arbeitnehmer in dem stillzulegenden und dem später übergehenden Betriebsteil nicht aus. Dies hat zur Folge, dass aus diesem Grund die Schuldnerin vor Ausspruch der Kündigung nicht von der Durchführung der betriebsbezogenen Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG absehen durfte. Denn entgegen der von dem Landes-



arbeitsgericht vertretenen Auffassung, dass der Regelung des § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB gegenüber der Vorschrift des § 1 Abs. 3 KSchG der Vorrang einzuräumen ist, stellt § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB gegenüber § 1 Abs. 3 KSchG gerade keine speziellere gesetzliche Regelung dar, auf Grund derer eine ordentliche arbeitgeberseitige betriebsbedingte Kündigung des von dem (Teil-)Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmers bereits kraft Gesetzes ausgeschlossen ist. Die Vorschrift des § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB ordnet lediglich ein Kündigungsverbot „wegen“ des Betriebsübergangs an (*ErfK/Preis § 613a BGB Rn. 150*). Die Vorschrift gewährt aber keinen absoluten Bestandsschutz gegen Kündigungen im Zusammenhang mit einem Betriebsübergang. Sie verbietet es nur, gerade den Betriebsübergang zum Anlass für eine Kündigung zu nehmen (*KR-Pfeiffer § 613a BGB Rn. 177*). Eine Kündigung erfolgt aber nur dann wegen des Betriebsübergangs, wenn dieser der tragende Grund, nicht nur der äußere Anlass für die Kündigung ist. Die Norm des § 613a Abs. 4 BGB hat gegenüber § 613a Abs. 1 BGB Komplementärfunktion. Sie soll als spezialgesetzliche Regelung des allgemeinen Umgehungsverbots verhindern, dass der in § 613a Abs. 1 BGB angeordnete Bestandsschutz durch eine Kündigung unterlaufen wird. Das Kündigungsverbot ist dann nicht einschlägig, wenn es neben dem Betriebsübergang einen sachlichen Grund gibt, der „aus sich heraus“ die Kündigung zu rechtfertigen vermag (*BAG 18. Juli 1996 - 8 AZR 257/94 - mwN*). Es schützt nicht vor Risiken, die sich jederzeit unabhängig vom Betriebsübergang aktualisieren können (*Erman/Edenfeld BGB § 613a Rn. 109; Willemsen ZIP 1983, 411, 413*) und führt insbesondere nicht zur Lähmung der als notwendig erachteten unternehmerischen Maßnahmen (*Ascheid NZA 1991, 873, 878 f.*). Das Recht des Arbeitgebers zur Kündigung aus anderen Gründen bleibt folglich unberührt. Dies wird durch § 613a Abs. 4 Satz 2 BGB ausdrücklich klargestellt. Die Vorschriften § 1 Abs. 3 KSchG und § 613a Abs. 4 BGB stehen demnach nicht in einem Spezialitätsverhältnis zueinander, sondern gleichwertig nebeneinander.

bb) Hätte die Schuldnerin eine soziale Auswahl iSd. § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG vor Ausspruch der Kündigung durchgeführt und gegenüber dem unstreitig mit dem Kläger vergleichbaren und sozial weniger schutzwürdigen Arbeitnehmer N eine ordentliche betriebsbedingte Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen der bevorstehenden Teilbetriebsstilllegung erklärt, hätte dieser nicht die Unwirksamkeit der ihm gegenüber ausgesprochenen Kündigung wegen eines Verstoßes gegen das Kündigungsverbot des § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB geltend machen können. Es kann dahinstehen, ob die übrigen Tatbestandsvoraussetzungen des § 613a Abs. 4 BGB gegeben wären. Denn der bevorstehende Teilbetriebsübergang wäre jedenfalls nicht der tragende Grund für



die Kündigung gewesen. Der Kündigungsgrund hätte in der Teilbetriebsstilllegung und dem damit verbundenen Wegfall von Beschäftigungsmöglichkeiten im gesamten Betrieb der Schuldnerin und dem Ergebnis der Sozialauswahl gelegen.

d) Da die Schuldnerin somit die auf den gesamten Betrieb bezogene Sozialauswahl unterlassen hat, ist die betriebsbedingte Kündigung vom 23. Mai 2002 nach § 1 Abs. 3 KSchG sozial ungerechtfertigt und damit unwirksam. Jedenfalls der vom Kläger benannte Lagermeister N aus dem erst am 1. Juni 2002 auf die S GmbH übergebenen Geschäftsbereich „Stahlhandel“ war unstreitig sozial weniger schutzwürdig als der Kläger.

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.

Hauck

Dr. Wittek

Laux

Vesper

R. Iskra

