

BUNDESARBEITSGERICHT Urteil vom 2.6.2005, 2 AZR 158/04**Betriebsbedingte Kündigung - Sozialauswahl****Leitsätze**

Die Sozialauswahl hat auch dann grundsätzlich betriebsbezogen zu erfolgen, wenn sich der Arbeitgeber ein betriebsübergreifendes Versetzungsrecht vorbehalten hat.

Tenor

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 9. Februar 2004 - 2 (10) Sa 982/03 - aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen betriebsbedingten Kündigung der Beklagten.
- 2 Der 1966 geborene Kläger (ledig, ohne Kinder) ist seit 1. Oktober 2000 bei der Beklagten als Verkaufsabteilungsleiter beschäftigt. Er bezog zuletzt ein Bruttogehalt von 2.914,36 Euro. Nach der Einarbeitung in einer anderen Filiale wurde er mit Eröffnung der Filiale in H am 1. Oktober 2001 in diese Filiale versetzt. Gemäß Ziff. 8 des Arbeitsvertrags ist die Beklagte berechtigt, dem Kläger nach Bedarf eine andere persönlich zumutbare Beschäftigung auch in einer anderen Betriebsstelle in angemessener Entfernung zur bisherigen Arbeitsstätte zuzuweisen. Vorgesetzter des Klägers in der Filiale H war der Filialleiter O, dem im Rahmen des vorgegebenen Budgets insbesondere die Einstellung von Arbeitnehmern, die Personalführung und die Entlassung von Arbeitnehmern in Zusammenarbeit mit der Personalleiterin der Zentrale oblag. Neben dem Kläger wurde in der Filiale H als weitere Verkaufsabteilungsleiterin Frau W beschäftigt, die für den Bereich Damenoberbekleidung zuständig war. Frau W war bereits seit 12 Jahren im Unternehmen der Beklagten beschäftigt, in H allerdings erst seit September 2002. Sie ist jünger als der Kläger und wie dieser ledig und kinderlos.
- 3 Wegen erheblicher Verluste in der Filiale in H entschloss sich die Beklagte, von den beiden Verkaufsabteilungsleiterstellen eine entfallen und die Funktion des Verkaufsabteilungsleiters für alle Abteilungen nur noch durch eine Person ausüben zu lassen. Die von der Beklagten getroffene Sozialauswahl fiel im Hinblick auf dessen kürzere Unternehmenszugehörigkeit zu Lasten des Klägers aus. Mit Schreiben vom 24. März 2003 kündigte die Beklagte deshalb dem Kläger zum 30. Juni 2003. Im August 2003 wurde die

Mitarbeiterin W auf eine Beförderungsstelle nach I versetzt. Nach der unbestritten gebliebenen Behauptung der Beklagten beruhte dies auf einer Entscheidung, die erst nach Ablauf der Kündigungsfrist des Klägers getroffen wurde.

- 4 Der Kläger hält die Kündigung für unwirksam. Er hat den ersatzlosen Wegfall seiner Stelle als Verkaufsabteilungsleiter im Bereich der Herrenkonfektion bestritten und dazu behauptet, seit dem 16. Juni 2003 sei der Mitarbeiter R als Verkaufsabteilungsleiter in seiner bisherigen Position tätig. Es habe jedenfalls kein dringendes betriebliches Erfordernis für seine Kündigung bestanden, da er auf mehrere andere gleichwertige Arbeitsplätze in verschiedenen Betriebsstätten der Beklagten hätte versetzt werden können. Die Beklagte habe sich auf Expansionskurs befunden und beabsichtigt, zahlreiche weitere Filialen im gesamten Bundesgebiet zu eröffnen. Im Umkreis von 100 km von seinem bisherigen Arbeitsort hätten zumindest fünf freie gleichwertige Arbeitsplätze bestanden. Die Personalplanung werde bei der Beklagten schon ca. sechs Monate vor Eröffnung einer Filiale vorgenommen.
- 5 Jedenfalls habe die Beklagte keine zutreffende Sozialauswahl vorgenommen. Bei der Mitarbeiterin W hätte nicht auf deren Unternehmenszugehörigkeit, sondern auf ihre erheblich kürzere Betriebszugehörigkeit abgestellt werden müssen. Dies hätte ergeben, dass sie deutlich weniger schutzbedürftig gewesen sei als er. Außerdem hätte die Beklagte die Sozialauswahl nicht auf die Filiale in H beschränken dürfen. Da soweit ersichtlich alle Verträge mit Verkaufsabteilungsleitern eine entsprechende Versetzungsklausel wie in seinem Vertrag enthalten hätten, hätte die Beklagte die Sozialauswahl auf alle Verkaufsleiter in anderen Betriebsstellen in angemessener Entfernung zu seiner bisherigen Arbeitsstätte ausdehnen müssen. Er sei sozial schutzbedürftiger als etwa die Mitarbeiterin M in der Filiale in B (zehn Jahre jünger als er, seit 6. August 2001 beschäftigt) und die Mitarbeiterin H in der Filiale W (elf Jahre jünger als er und seit 1. Februar 2001 im Unternehmen beschäftigt).
- 6 Der Kläger hat beantragt
- 7 festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten vom 24. März 2003, zugegangen am 24. März 2003 nicht aufgelöst worden ist.
- 8 Die Beklagte hat zur Stützung ihres Klageabweisungsantrags vorgetragen, die Einsparung einer Verkaufsabteilungsleiterstelle in ihrer Filiale H sei erforderlich geworden, weil sie angesichts der negativen betriebswirtschaftlichen Ergebnisse dieser Filiale beschlossen habe, den Filialbetrieb nicht mehr als City-Haus mit Bekleidung gehobener Qualität zu betreiben, sondern in ein Mode-Center umzuwandeln. In Mode-Centern vertreibe sie Bekleidung niedrigerer Qualität in größerer Stückzahl zu entsprechend niedrigeren Preisen und beschäftige dafür weniger Personal. Die Stelle des Klägers sei nicht wiederbesetzt worden, der Mitarbeiter R sei als einfacher Verkäufer tätig und nicht mit den Leitungsfunktionen eines Verkaufsabteilungsleiters betraut. Freie

Stellen, auf die der Kläger im Unternehmen hätte versetzt werden können, seien bei Ausspruch der Kündigung nicht vorhanden gewesen. Auch die getroffene betriebsbezogene Sozialauswahl sei nicht zu beanstanden, da die Mitarbeiterin W nach ihren Sozialdaten erheblich schutzbedürftiger als der Kläger gewesen sei.

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

Entscheidungsgründe

- 10 Die Revision ist begründet. Es lässt sich noch nicht abschließend beurteilen, ob die Kündigung der Beklagten das Arbeitsverhältnis aufgelöst hat. Dies führt zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landesarbeitsgericht.
- 11 I. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Kündigung sei sozialwidrig, da die Beklagte die erforderliche soziale Auswahl nicht richtig getroffen habe. Gehe man davon aus, dass die einzelnen Filialen der Beklagten einen eigenen Betrieb im Sinne des Kündigungsschutzgesetzes darstellten, so sei trotzdem eine auf den Betrieb in H bezogene Sozialauswahl nicht ausreichend gewesen. D Beklagte hätte vielmehr die Sozialauswahl auf alle vergleichbaren Arbeitsplätze für Verkaufsabteilungsleiter in angemessener Entfernung von H erstrecken müssen. Dies ergebe sich daraus, dass sich die Beklagte die Versetzung der Verkaufsabteilungsleiter in andere Filialen in entsprechendem Umfang arbeitsvertraglich vorbehalten habe. Das betriebsübergreifende Versetzungsrecht der Beklagten führe im Rahmen der Sozialauswahl zu einem ebenfalls betriebsübergreifenden Pool vergleichbarer Arbeitnehmer. Sonst hätte die Beklagte die Möglichkeit, etwa bei einer Schließung von Filialen durch vorhergehende Versetzungen selbst zu bestimmen, wen die Kündigung letztlich treffen solle. Gegenüber den in B und W beschäftigten Mitarbeiterinnen M und H sei der Kläger sozial schutzbedürftiger. Der Vergleichbarkeit stehe auch nicht entgegen, dass diese Arbeitnehmerinnen in den Abteilungen Damenoberbekleidung, der Kläger hingegen in der Herrenkonfektior tätig gewesen sei.
- 12 II. Dem folgt der Senat nicht. Die Begründung des Landesarbeitsgerichts trägt das angefochtene Urteil nicht. Die Revision rügt zutreffend eine Verletzung des § 1 Abs. 3 KSchG. Die führt zur Zurückverweisung, da das Landesarbeitsgericht die Sozialwidrigkeit der Kündigung im Übrigen nicht geprüft hat.
- 13 1. Die Ausführungen des Berufungsgerichts zu der Frage, ob die Kündigung rechtsunwirksam ist, weil der Arbeitgeber bei der Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer soziale Gesichtspunkte nicht ausreichend berücksichtigt hat, unterliegen nur einer beschränkten revisionsrechtlichen Nachprüfung. Der Begriff der ausreichenden Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte ist ebenso wie der der Sozialwidrigkeit ein unbestimmter Rechtsbegriff (BAG 26. Februar

1987 - 2 AZR 177/86 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 15 EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 24) . Auch dem eingeschränkte Prüfungsmaßstab wird das angefochtene Urteil allerdings nicht gerecht.

- 14 2. Nach § 1 Abs. 3 KSchG ist die vom Arbeitgeber zu treffende Sozialauswahl streng betriebsbezogen und entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts auch bei einer entsprechenden Ausweitung des Direktionsrechts des Arbeitgebers grundsätzlich nicht unternehmensbezogen. Nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG ist die Kündigung ua. dann sozial ungerechtfertigt, wenn sie nicht durch dringende *betriebliche* Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers *in diesem Betrieb* entgegenstehen, bedingt ist. Die Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG hat dabei die Funktion festzulegen, welchen von mehreren vergleichbaren Arbeitnehmern des Betriebs die Kündigung zu treffen hat, wenn das dringende betriebliche Erfordernis nur der Weiterbeschäftigung eines von diesen Arbeitnehmern entgegensteht. Auch der Wortlaut des § 1 Abs. 3 KSchG knüpft an die dringenden *betrieblichen* Erfordernisse des § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG an und stellt in der sogenannten Leistungsträgerregelung des § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG ebenfalls auf *betriebliche* Interessen des Arbeitgebers ab. Der danach eindeutig aus Wortlaut, Sinn und Zweck und Gesamtzusammenhang des § 1 KSchG herzuleitenden Betriebsbezogenheit der sozialen Auswahl steht auch nicht die Regelung des § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG entgegen, wonach betriebs- und dienststellenübergreifend Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten für die zur Kündigung anstehenden Arbeitnehmer zu prüfen sind. Diese Ausnahmeregelung entspricht dem ultima-ratio-Grundsatz und betrifft nur freie Arbeitsplätze. Würde man auch die Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG ganz oder teilweise auf den Unternehmensbereich ausdehnen, so würde dies notwendigerweise zu Austauschkündigungen führen. Besteht in einem der Betriebe eines Unternehmens ein dringendes betriebliches Erfordernis, etwa die Personalstärke an den gesunkenen Arbeitsanfall anzupassen, so kann dies grundsätzlich nur die Kündigung gegenüber Arbeitnehmer dieses Betriebes sozial rechtfertigen. Dafür, im Wege der Sozialauswahl für die zur Kündigung anstehenden Arbeitnehmer in einem anderen Betrieb des Unternehmens Arbeitsplätze freizukündigen, besteht kein dringendes, auf deren Beschäftigungsbetrieb bezogenes Erfordernis, das eine Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG sozial rechtfertigen könnte.

15

a) Die ständige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (26. Februar 1987 - 2 AZR 177/86 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 15 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 24; 14. Oktober 1982 - 2 AZR 568/80 - BAGE 41, 72; 22. Mai 1986 - 2 AZR 612/85 - AP KSchG 1969 § 1 Konzern Nr. 4 = EzA KSchG § Soziale Auswahl Nr. 22) und die fast einhellige Lehre (APS/Kiel 2. Aufl. § 1 KSchG Rn. 663 ff.; KR-Etzel 7. Aufl. § 1 KSchG Rn. 608, ErfK/Ascheid 4. Aufl. § 1 KSchG Rn. 479; Bütetisch Die Sozialauswahl S. 67 ff.; teilweise abweichend Berkowsky NZA 1996 290, 291 ff.) gehen deshalb zutreffend von der Betriebsbezogenheit der sozialen Auswahl aus und nehmen an, Arbeitnehmer anderer

Betriebe eines Unternehmens oder eines Konzerns seien grundsätzlich nicht in die Sozialauswahl einzubeziehen. Eine Sozialauswahl, die vergleichbare Arbeitnehmer mehrerer, möglicherweise weit auseinander liegender Betriebe des Unternehmens einbezieht, würde die Vorbereitung eines Kündigungsentschlusses durch den Arbeitgeber und dessen Nachprüfung durch die Gerichte ohne ausreichende gesetzliche Grundlage über Gebühr erschweren und darüber hinaus zu nur schwer lösbaren Problemen im Rahmen der Beteiligung des Betrieb/Personalrats bei derartigen Maßnahmen führen.

- 16 b) Auch die vom Landesarbeitsgericht angeführten Argumente ermöglichen keine abweichende Beurteilung. Das vertraglich vereinbarte Versetzungsrecht stellt nur ua. klar, dass der Arbeitnehmer bei dringenden betrieblichen Erfordernissen, die seine Weiterbeschäftigung in seinem Beschäftigungsbetrieb entgegenstehen, auf einem freien Arbeitsplatz in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterzubeschäftigen ist (ebenso § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG). Eine "Sozialauswahl" mit der Pflicht des Arbeitgebers, für den Arbeitnehmer einen besetzten Arbeitsplatz in einem anderen Betrieb des Unternehmens freizukündigen, obwohl für die Kündigung dieses Arbeitnehmers unmittelbar kein dringendes betriebliches Erfordernis besteht, lässt sich durch diese Versetzungsklausel nicht rechtfertigen. Soweit das Landesarbeitsgericht bei einer derartigen Vertragsgestaltung mit weitgehenden Versetzungsrechten des Arbeitgebers Missbrauchsmöglichkeiten sieht, rechtfertigen diese nicht ein Abweichen von der Betriebsbezogenheit der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG. Eine Unternehmerentscheidung, die rechtsmissbräuchlich lediglich das Ziel hat, die Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG zu umgehen, ist willkürlich und damit unbeachtlich (vgl. § 162 BGB). Sie kann kein dringendes betriebliches Erfordernis zur Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG darstellen. Einem - hier bisher vom Landesarbeitsgericht nicht festgestellten - missbräuchlichen Verhalten des Arbeitgebers lässt sich deshalb auch ohne die vom Landesarbeitsgericht befürwortete Ausdehnung des § 1 Abs. 3 KSchG begeben.

17

Wenn das Landesarbeitsgericht schließlich darauf abhebt, auch bei der Bewertung der Sozialdaten im Rahmen des § 1 Abs. 3 KSchG stelle die Rechtsprechung auf die Unternehmens- und nicht auf die Betriebszugehörigkeit ab, so rechtfertigt dies gleichfalls nicht eine andere Abgrenzung des Kreises vergleichbarer Arbeitnehmer, als in § 1 Abs. 3 KSchG vorsieht. Die Revision weist zutreffend darauf hin, dass mit dem sozialen Gesichtspunkt der "Betriebszugehörigkeit" das Kriterium der Treue zum Arbeitgeber bewertet werden soll. Daher ist es angemessen, wie bei der Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG auch insoweit auf die Unternehmenszugehörigkeit abzustellen (*BAG 6. Februar 2003 - 2 AZR 623/01 - EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 51*). Ob darüber hinaus Ausnahmefälle denkbar sind, in denen die konkrete Vertragsgestaltung (zB fortlaufende rotierende Beschäftigung der Arbeitnehmer einer bestimmten Führungsebene in allen Betrieben eines Unternehmens) eine betriebsübergreifende Sozialauswahl erfordert, ist hier nicht zu entscheiden, da für das

Vorliegen eines solchen Ausnahmefalls nichts vorgetragen ist.

- 18 3. Von seinem rechtlichen Ausgangspunkt her konsequent hat das Landesarbeitsgericht die Sozialwidrigkeit der Kündigung im Übrigen nicht geprüft und dazu keine Feststellungen getroffen. So ist insbesondere offen geblieben, ob die verschiedenen Filialen der Beklagten - wofür allerdings nach den bisherigen Feststellungen vieles spricht - selbstständige Betriebe bilden. Ebenso ist offen geblieben, ob ein dringendes betriebliches Erfordernis zur Kündigung des Klägers bestand oder ob die Beklagte den bisher vom Kläger in gehalten Arbeitsplatz zeitnah mit einem anderen Arbeitnehmer besetzt hat. Da dem Tatsachengericht insoweit ein Beurteilungsspielraum zusteht und auch keine hinreichenden Feststellungen zum Kündigungssachverhalt vorliegen, führt dies zur Zurückverweisung.

Rost

Bröhl

Eylert

Bensinger

Claes