

6 Sa 432/01

4 Ca 692/01 A

(Weiden)



IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

in dem Rechtsstreit

...

- ... -

Prozessbevollmächtigte: ...

g e g e n

...

- ... -

Prozessbevollmächtigte: ...

Die 6. Kammer des Landesarbeitsgerichts Nürnberg hat durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Nürnberg **V e t t e r** als Vorsitzenden sowie die ehrenamtlichen Richter **Jülicher** und **Knörrer** aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 27.08.2002

für Recht erkannt:

- I. Die Berufung des Beklagten gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts Weiden, Kammer Schwandorf, Gerichtstag Amberg vom 13.03.2001 – Az. 4 Ca 692/01 A – wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.
- II. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer betriebsbedingten Arbeitgeberkündigung.

Der Kläger ist seit 01.08.1965 bei der Beklagten beschäftigt. Er war zunächst Kundendienstmonteur, wurde seit 1987 oder 1988 als technischer Angestellter geführt und mit der Führung des von der Beklagten betriebenen Fachmarktes betraut. Zwischen den Parteien ist streitig, ob diese Tätigkeit 30 – 40% seiner Tätigkeit – so der Kläger – oder seine wesentliche Aufgabe – so die Beklagte – ausgemacht hat. Der Kläger erhielt zuletzt ein Bruttomonatsgehalt von 4.800,- DM monatlich. Im Betrieb der Beklagten waren im Kündigungszeitpunkt mehr als fünf Arbeitnehmer ständig beschäftigt.

Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 26.09.2000 mit Wirkung zum 30.04.2001. Sie begründete diese Kündigung mit der Schließung des defizitären Fachmarktes.

In seiner am 11.10.2000 beim Arbeitsgericht Weiden eingegangenen Klage macht der Kläger die Unwirksamkeit dieser Kündigung geltend. Er bestreitet das Vorhandensein von Kündigungsgründen und rügt die Anhörung des Betriebsrats als fehlerhaft.

Der Kläger hat daher vor dem Arbeitsgericht folgende Anträge gestellt:

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die Kündigung vom 26.09.2000 zum 30.04.2001 nicht beendet worden ist.
2. Für den Fall des Obsiegens gemäß Ziff. 1 wird die Beklagte verurteilt, den Kläger zu den bisherigen Arbeitsbedingungen als Angestellter weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

Sie ist der Meinung, das Arbeitsverhältnis sei durch die Kündigung aufgelöst worden. Sie habe den Fachmarkt wegen des dort erzielten Defizits schließen müssen. Die Betreuung dieses Fachmarktes habe den wesentlichen Teil der Tätigkeit des Klägers ausgemacht, so dass auch sein Arbeitsplatz entfallen sei. Die soziale Auswahl sei gewahrt, weil vergleichbare Mitarbeiter – Verkäufer – nicht beschäftigt seien. Der Betriebsrat sei ordnungsgemäß angehört worden; ihm seien die Kündigungsabsicht und der zugrunde liegende Sachverhalt erläutert worden. Der Betriebsrat habe der Kündigung zugestimmt.

Der Kläger hat geltend gemacht, er sei überwiegend mit Kundenberatung und -betreuung beschäftigt gewesen. Diese Tätigkeit falle auch nach Schließung des Fachmarktes nach wie vor an. Er sei früher Kundendienstmonteur gewesen und daher mit den noch beschäftigten Kundendienstmonteuren vergleichbar. Er habe technische und kaufmännische Kenntnisse; daher sei es ihm auch möglich, eine Tätigkeit im Büro mit Bestellungen, Angebotserstellungen und Prüfung von Rechnungen auszuüben. Er sei also mit den sozial weniger schutzwürdigen Arbeitnehmern K... und

G... vergleichbar, die erst 25 bzw. 30 Jahre alt und erst seit wenigen Jahren tätig seien.

Das Arbeitsgericht hat der Klage nach am 13.02.2001 durchgeführter mündlicher Verhandlung durch Endurteil vom 13.03.2001 in vollem Umfang stattgegeben.

Das Arbeitsgericht hat im wesentlichen ausgeführt, die streitgegenständliche Kündigung sei schon nach § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam. Die Beklagte habe zwar erklärt, der Betriebsrat sei ordnungsgemäß angehört worden, sie habe es aber versäumt, im einzelnen nachvollziehbar anzugeben, wann sie wem welche Tatsachen mitgeteilt habe. Die Kammer könne so nicht prüfen, ob die Mitteilungen ordnungsgemäß erfolgt seien.

Das Endurteil des Arbeitsgerichts ist dem Beklagtenvertreter ausweislich des Empfangsbekennnisses am 03.05.2001 zugestellt worden. Am 31.03.2001 ist durch Beschluss des Insolvenzgerichts Amberg das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Beklagten eröffnet worden. Der Beklagtenvertreter Rechtsanwalt W... wurde als Insolvenzverwalter eingesetzt. Dieser hat in seiner Eigenschaft als Insolvenzverwalter mit Schriftsatz vom 07.05.2001, beim Landesarbeitsgericht eingegangen am 09.05.2001, Berufung eingelegt. Er hat diese Berufung mit am 30.05.2001 beim Landesarbeitsgericht eingegangenem Schriftsatz vom 29.05.2001 begründet.

In der Berufung trägt der Insolvenzverwalter vor, entgegen der Ansicht des Erstgerichts sei die Kündigung wirksam. Der Betriebsrat sei mit Schreiben vom 25.09.2000 (Anlage BK 3 zur Berufungsbegründung, Bl. 83 d.A.) ordnungsgemäß angehört worden. Dem Betriebsrat sei die prekäre wirtschaftliche Situation damals bekannt gewesen, insbesondere auch durch die im Jahr 1999 verlängerte Betriebsvereinbarung vom 27.10.1997. Dem Betriebsrat seien die Kündigungsgründe nochmals mündlich am 25.09.2000 erläutert worden. Die Grundsätze der sozialen Auswahl seien nicht verletzt. Der Kläger sei im Jahr 1987 als technischer Angestellter übernommen worden. Er sei daher nicht mehr in der Lage, Tätigkeiten als Kundendienstmonteur auszuüben. Die Tätigkeiten der Angestellten K... und G... seien nicht mit der Tätigkeit im Fachmarkt vergleichbar. Die unternehmerische Entscheidung, den Fachmarkt zu schließen, sei nicht willkürlich gewesen und daher auch für die Gerichte als verbindlich anzusehen. Im übrigen fehle das Rechtsschutzbedürfnis, weil der Kläger inzwischen anderweitig beschäftigt sei.

Die Beklagte stellt als Berufungsklägerin daher im Berufungsverfahren folgende Anträge:

1. Das Urteil des Arbeitsgerichts Weiden vom 13.02.2001, Az. 4 Ca 692/01 A, wird aufgehoben.
2. Die Klage wird abgewiesen.
3. Der Kläger hat die Kosten beider Rechtszüge zu tragen.

Der Kläger beantragt,
die Berufung kostenpflichtig zurückzuweisen.

Der Kläger bezieht sich auf die Gründe des Ersturteils, denen er sich in vollem Umfang anschließt. Er meint, die Beklagte habe zumindest die Grundsätze der sozialen Auswahl verletzt. Er sei mit den Kundendienstmonteuren vergleichbar, beherrsche heute noch das Schweißen, Löten, Verpressen und Kleben von Werkstoffen und Me-

tallen. Außerdem habe er verschiedene Schulungen von Herstellerfirmen mitgemacht. Er beziehe sich insbesondere auf den A-Monteur J... W... und die Angestellten K... und G..., deren Tätigkeiten er ohne weiteres ausüben könne. Die Betriebsratsanhörung sei fehlerhaft, weil der Betriebsrat nicht ausreichend informiert gewesen sei und auch keine ordnungsgemäße Sitzung abgehalten habe.

Der Beklagte meint, der Kläger sei nicht mit den Monteuren vergleichbar, weil er deren praktische Fertigkeiten nicht mehr besitze. Es werde bestritten, dass er in der Lage sei, eine Heizungsanlage in vollem Umfang fachmännisch zu verlegen und anzuschließen. Es werde bestritten, dass der Kläger die Tätigkeiten der Mitarbeiter K... und G... ausüben könne.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf den Tatbestand des Ersturteils vom 13.03.2001 (Bl. 50 ff. d.A.), die Niederschrift über die mündliche Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht vom 27.08.2002 (Bl. 116 f. d.A.) und die zwischen den Parteien in der Berufungsinstanz gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

-

Entscheidungsgründe:

I.

Die Berufung ist zulässig. Sie ist statthaft, weil sie sich gegen ein arbeitsgerichtliches Urteil richtet, welches eine Bestandsstreitigkeit zum Streitgegenstand hatte (§ 64 Abs. 1, Abs. 2c ArbGG). Die Berufung ist auch in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet worden (§§ 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG, 518, 519 ZPO, 66 Abs. 1 S. 1 ArbGG, jeweils in der bis 31.12.2001 geltenden Fassung, vgl. § 26 Nr. 5 EG-ZPO). Der Beklagte war als Insolvenzverwalter gemäß § 80 InsO kraft Amtes zur Aufnahme des Prozesses und zur Einlegung der Berufung befugt.

II.

Die Berufung ist aber nicht begründet. Das Arbeitsgericht hat der Klage zu Recht stattgegeben. Das Arbeitsverhältnis ist durch die Kündigung vom 26.09.2000 nicht aufgelöst worden.

1. Dabei kann dahinstehen, ob die Kündigung bereits an § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG scheitert, weil der Betriebsrat nicht ordnungsgemäß angehört worden ist. Der Beklagte hat seinen Sachvortrag diesbezüglich in zweiter Instanz erstmals ergänzt, so dass insoweit noch Tatsachenfeststellungen erforderlich wären.
2. Die Kündigung scheidet jedoch an § 1 Abs. 3 KSchG. Hiernach ist eine Kündigung trotz Vorliegens betrieblicher Gründe sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl der Arbeitnehmer soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat.
 - a. Der Kläger hat die soziale Auswahl als fehlerhaft gerügt, hat sich neben dem A-Monteur W... insbesondere auf die sozial weniger schutzwürdigen Arbeitnehmer K... und G... berufen. Die Beklagte hat sich zur sozialen Schutzbedürftigkeit der genannten Arbeitnehmer nicht geäußert, hat lediglich deren Vergleichbarkeit mit dem Kläger bestritten. Damit hatte die Kammer nach § 138

Abs. 3 ZPO von der Richtigkeit der Angaben des Klägers in bezug auf die soziale Schutzbedürftigkeit der genannten Arbeitnehmer auszugehen.

- b. Der Kläger hat Vergleichbarkeit mit den genannten Arbeitnehmern behauptet, hat sich im einzelnen geäußert, er könne die Tätigkeit der Kundendienstmonteure ebenso wie die im einzelnen genannten Verwaltungstätigkeiten ausführen. Die Beklagte hat sich im einzelnen zu den Tätigkeiten eines Kundendienstmonteurs geäußert, hat die diesbezüglichen Fähigkeiten des Klägers im einzelnen unter Angaben von Tatsachen bestritten. Insoweit wäre nunmehr der Kläger weiter darlegungs- und beweispflichtig dafür, dass er diese Tätigkeiten ausführen könnte. Diesbezüglich dürfte die Vergleichbarkeit jedoch schon an anderen Gesichtspunkten scheitern. Der Kläger selbst trägt vor, er sei im Jahr 1988 zum Angestellten gemacht worden. Seine Tätigkeit war nicht mehr die eines Kundendienstmonteurs. Damit scheidet eine rechtliche Vergleichbarkeit mit den Kundendienstmonteuren wohl aus; die Beklagte wäre nicht mehr durch einseitige Anweisung befugt gewesen, den Kläger wieder mit Aufgaben eines Kundendienstmonteurs im Außendienst zu betrauen. Diese fehlende rechtliche Vergleichbarkeit steht einer Auswahlmöglichkeit jedoch entgegen (ständige Rechtsprechung des BAG, vgl. etwa BAG vom 17.09.1998 und vom 17.02.2000, EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nrn. 36 und 43). Anderes gilt jedoch im Hinblick auf die Angestellten K... und G.... Hier hat der Kläger aufgeführt, welche Tätigkeiten diese Angestellten verrichtet haben, und erläutert, dass er diese ohne Einarbeitung ebenfalls ausüben könne. Der Beklagte hat sich hierzu nicht im einzelnen geäußert. Er hat auch auf Nachfragen der Berufungskammer hierzu keine weiteren Angaben zu machen vermocht. Damit hat er seine Darlegungslasten aber nicht erfüllt. Auch im Bereich der Sozialauswahl gelten im Kündigungsprozess die Grundsätze der abgestuften Darlegungslast (ständige Rechtsprechung, vgl. nur KR-Etzel, Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsrecht, 6. Aufl. 2002, § 1 KSchG RdNrn. 683 ff.). Legt der Arbeitnehmer dar, dass und warum der Kreis der vergleichbaren Personen weiter zu ziehen ist, als der Arbeitgeber dies getan hat, dann muss der Arbeitgeber im einzelnen anführen, warum er den Arbeitnehmer nicht mit den genannten weiteren Personen für vergleichbar hält. Erst wenn er dies getan hat, muss der Arbeitnehmer weiter vortragen und gegebenenfalls Beweis führen. Vorliegend hat der Kläger konkret die Tätigkeiten der Angestellten K... und G... benannt. Der Beklagte hat sich hierzu nicht geäußert, hat nur bestritten. Damit ist die Darlegungspflicht verletzt, es ist von der Richtigkeit des klägerischen Vortrags auszugehen. Auch Anhaltspunkte für fehlende rechtliche Vergleichbarkeit sind nicht ersichtlich. Damit ist die Kündigung als sozial nicht gerechtfertigt anzusehen (§ 1 Abs. 3 KSchG).
1. Soweit der Beklagte geltend gemacht hat, das Rechtsschutzbedürfnis des Klägers an der Kündigungsschutzklage bzw. am Weiterbeschäftigungsanspruch sei deswegen entfallen, weil dieser eine anderweitige Beschäftigung aufgenommen habe, folgt die Kammer dem nicht. Der Gesetzgeber hat in § 12 KSchG ausdrücklich die Möglichkeit vorgesehen, dass der Arbeitnehmer zwischen dem weiterbestehenden und dem zwischenzeitlich begründeten Arbeitsverhältnis wählen kann. Ihm ist auch unbenommen, Weiterbeschäftigung während des Kündigungsschutzprozesses zu verlangen und sein anderweitig begründetes Arbeitsverhältnis wieder aufzugeben. Allenfalls trägt er das Risiko der Anrechenbarkeit arglistig unterlassenen anderweitigen Verdienstes (§ 615 S. 2 BGB in der bis 31.12.2001 geltenden Fassung). Weitere Einwendungen gegen den Weiterbeschäftigungsanspruch bis zur rechtskräftigen Ent-

scheidung über die Kündigung hat der Beklagte nicht erhoben. Die Weiterbeschäftigungspflicht ist allerdings begrenzt auf denjenigen Zeitpunkt, bis zu dem die Entscheidung über die Kündigung vom 26.09.2000 in Rechtskraft erwächst.

2. Der Beklagte hat die Kosten seines erfolglosen Rechtsmittels zu tragen (§§ 64 Abs.6 ArbGG, 97 ZPO).
3. Für die Zulassung der Revision bestand kein gesetzlich begründeter Anlass.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diese Entscheidung ist ein Rechtsmittel nicht gegeben. Auf § 72a ArbGG wird hingewiesen.

Vetter
Vorsitzender Richter
am Landesarbeitsgericht

Jülicher
Ehrenamtlicher
Richter

Knörrer
Ehrenamtlicher
Richter