

6 Sa 518/03

10 Ca 7134/02

(Nürnberg)



IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

in dem Rechtsstreit

A...

- ... -

Prozessbevollmächtigte: ...

g e g e n

Firma B...

- ... -

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 **Mrugalla** und **Adacker** aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 17.02.2004

für Recht erkannt:

- I. Die Berufung des Klägers gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 07.02.2003 - Az. 10 Ca 7134/02 - wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

- II. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer betriebsbedingten Arbeitgeberkündigung.

Der am 07.12.1958 geborene, verheiratete und für ein Kind unterhaltspflichtige Kläger war seit 04.02.1991 bei der Firma C... GmbH & Co. in deren Betrieb in D... als Arbeiter beschäftigt. Betriebszweck war die Herstellung von Ziegeln. Schriftliche Abmachungen über den genauen Inhalt der arbeitsvertraglichen Verpflichtungen bestanden nicht. Der Kläger erhielt zuletzt einen Stundenlohn von 26,02 DM brutto bei einer regelmäßigen Arbeitszeit von 38 Stunden. Im Beschäftigungsbetrieb, in dem zuletzt 43 Arbeitnehmer tätig waren, bestand im Kündigungszeitpunkt kein Betriebsrat.

Im benachbarten, etwa 13 km von D... entfernten Ort E... befindet sich ein weiteres Ziegelwerk. Dieses wurde von der Firma F... GmbH & Co. KG, Ziegel- und Sandsteinwerke geführt. Beide Firmen hatten zusammen mit anderen selbständigen Ziegelherstellungsfirmen einen gemeinsamen Absatz ihrer Produkte durchgeführt. Der Inhaber der Firma C..., war zuletzt auch an dieser in E... befindlichen Firma beteiligt. Er war im ersten Halbjahr 2001 auch als Geschäftsführer für beide Ziegelwerke tätig. Im Jahr 2001 war eine Reihe von Arbeitnehmern der C... im E... Betrieb tätig, unter anderem die Brüder G... und H... I.... Die genauen Einzelheiten dieser Beschäftigung sind ebenso wie ein Einsatz des Klägers selbst im Betrieb in E... zwischen den Parteien umstritten.

Die Beklagte pachtete mit Wirkung zum 01.07.2001 den D... Betrieb von der Firma C... Sie übernahm auch den Betrieb der Firma F... GmbH & Co. KG, Ziegel- und Sandsteinwerke in E....

Auf einer Belegschaftsversammlung am 13.07.2001 erläuterte die Beklagte ihre Absicht, den Betrieb in D... vollständig zu schließen. Sie kündigte sämtlichen ehemals bei der Firma C... beschäftigten Arbeitnehmern. Dem Kläger händigte sie ein von den in J... tätigen Personalleitern unterzeichnetes Kündigungsschreiben vom 13.07.2001 mit Wirkung zum 30.11.2001 aus (Anlage zur Klageschrift, Bl. 6 d.A.). Die Brüder I... beschäftigte sie später im Betrieb in E... weiter. Im Betrieb in D... hing kurzzeitig ein unter dem 24.07.2001 verfasstes Schreiben, betreffend eine interne Stellenausschreibung für drei Anlagenfahrer in der Ziegelei, einen Staplerfahrer und einen Produktionshelfer im Betrieb in E..., aus.

Mit seiner am 02.08.2001 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage selben Datums hat der Kläger die Unwirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung geltend gemacht. Er hat vorgetragen, die Beklagte habe versäumt, eine ordnungsgemäße Sozialauswahl durchzuführen. Sie habe nämlich die Mitarbeiter im Werk in E... nicht in diese Sozialauswahl einbezogen. Sie verwalte beide Werke zentral von ihrem Sitz in J... aus. Über Einstellungs- und Entlassungsfragen entscheide allein die Zentrale in J.... Auch seien schon in der Vergangenheit von der Arbeitgeberin in D... nach Belieben Mitarbeiter im Betrieb in E... eingesetzt worden, so dass die Sozialauswahl sich auf jeden Fall auf die dort beschäftigten Mitarbeiter erstrecke. Da die Kündigung unwirksam sei, sei die Beklagte verpflichtet, ihn bis zum Abschluss des Rechtsstreits weiterzubeschäftigen. Die Kündigung sei zudem wegen des zum 01.07.2001 erfolgten Betriebsübergangs ausgesprochen worden und verstoße daher gegen § 613a Abs. 4 BGB.

Der Kläger hat im Verfahren vor dem Arbeitsgericht daher zuletzt folgende Anträge gestellt:

1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht durch die Kündigung der Beklagten vom 13.07.2001 zum 30.11.2001 aufgelöst worden ist.
2. Für den Fall der Stattgabe des Antrags zu 1.) wird die Beklagte verurteilt, die Klagepartei zu unveränderten Bedingungen bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens arbeitsvertragsgemäß weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

-

Sie hat eingewandt, die Klage sei unbegründet. Die Kündigung sei aus dringenden betrieblichen Gründen sozial gerechtfertigt. Sie, die Beklagte, habe unmittelbar nach der Übernahme des D... Betriebes eine Wirtschaftlichkeitsprüfung angestellt. Sie habe hierbei festgestellt, dass es wirtschaftlich nicht sinnvoll sei, diesen Produktionsbetrieb weiterzuführen. Sie habe daher am 10.07.2001 durch ihren Geschäftsführer entschieden, den Betrieb in D... zum 21.12.2001 stillzulegen. Sie habe sämtlichen Arbeitnehmern die Kündigung ausgesprochen, dem Kläger und anderen Arbeitnehmern schon zum 30.11.2001, weil er als Arbeiter in der Produktion und Aufbereitung – Arbeitsgänge, die Tage vor der Herstellung der Ziegel abgeschlossen seien – schon zu diesem Zeitpunkt nicht mehr gebraucht worden sei. Aufgrund der längeren Kündigungsfristen habe sie für die abschließenden Arbeitsvorgänge noch über zwanzig Arbeitnehmer zur Verfügung gehabt.

Die Beklagte hat ausgeführt, die Durchführung einer Sozialauswahl sei nicht erforderlich gewesen, da sie allen Mitarbeitern des Betriebes in D... gekündigt habe. Die Mitarbeiter des E... Betriebs seien nicht vergleichbar, weil kein gemeinsamer Betrieb zwischen diesen beiden Organisationseinheiten, die bis 31.06.2001 auch von verschiedenen Unternehmen geführt worden seien, bestanden habe. Soweit Arbeitnehmer des einen für das andere Unternehmen tätig gewesen seien, habe dies auf einem Personalabstellungsvertrag beruht. Die Einsätze seien jeweils in Rechnung gestellt worden. Die Betriebe in D... und E... seien seit jeher von selbständigen Werksleitern geführt worden. Hieran habe sich bis zur Stilllegung des D... Betriebs nichts geändert. Unwirksamkeit nach § 613a Abs. 4 BGB scheidet aus, da der Stilllegungsentschluss nichts mit dem Betriebsübergang zu tun habe, sondern aus wirtschaftlichen Gründen ergangen sei. Auch der Weiterbeschäftigungsantrag sei unbegründet, zumal eine Interessenabwägung angesichts der Stilllegung selbst bei Unwirksamkeit der Kündigung vorliegend ein überwiegendes Interesse an der Nichtbeschäftigung ergebe.

Das Arbeitsgericht hat die Klage mit Endurteil vom 07.02.2003 abgewiesen. Es hat dies im wesentlichen damit begründet, die Beklagte habe innerbetriebliche Gründe für die Stilllegung des Betriebs zum 31.12.2001 vorgetragen. Der Kläger habe die Stilllegung nicht bestritten. Er habe nicht vorgetragen, wie er sich konkret die Weiter-

beschäftigung im Betrieb in E... vorstelle. Den Sachvortrag der Beklagten, die Werke in D... und E... seien jeweils als eigenständig anzusehen gewesen, habe der Kläger zuletzt nicht mehr bestritten, so dass er als zugestanden anzusehen sei. Danach erstrecke sich die soziale Auswahl nicht auf den – weiter bestehenden - Betrieb in E.... Ein Verstoß gegen § 613a Abs. 4 BGB sei nicht ersichtlich, weil nicht der Betriebsübergang, sondern die Stilllegung als solches Grund für die Kündigung gewesen sei.

Das Endurteil des Arbeitsgerichts ist den Klägervetretern ausweislich ihres Empfangsbekennnisses am 25.06.2003 zugestellt worden (Bl. 65 d.A.). Der Kläger hat mit Schriftsatz seiner Vertreter vom 17.07.2003, beim Landesarbeitsgericht eingegangen am selben Tag, Berufung eingelegt. Er hat diese Berufung mit am 25.08.2003 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz selben Tages begründet.

Der Kläger hat sich in der Berufung darauf gestützt, das Arbeitsgericht habe es versäumt, im Wege der Beweisaufnahme zu klären, ob ein Personalaustausch zwischen den Betrieben in D... und E... stattgefunden habe. Es habe sich um einen gemeinsamen Betrieb gehandelt, weil die Disposition der Arbeitskräfte und Einstellungen sowie Entlassungen für beide Betriebe zunächst durch den Geschäftsführer K... und ab 01.07.2001 von der Zentrale der Beklagten in J... aus gesteuert worden seien. Es habe aber auch eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit in E... gegeben. Der dortige Werkleiter L... habe die Besetzung von vier Arbeitsplätzen für notwendig gehalten und daher eine Stellenausschreibung initiiert. Er habe diesen Bedarf der Geschäftsführung in J... mitgeteilt. Die Stellenausschreibung sei im Betrieb in D... öffentlich ausgehängt und nach einiger Zeit wieder zurückgezogen worden. Die Geschäftsleitung in J... habe dem Werkleiter nämlich vorgegeben, Arbeitsspitzen mit Leiharbeitnehmern abzudecken. Es sei also ein freier Arbeitsplatz in E... vorhanden gewesen. Nach dem 01.07.2001 seien alle wesentlichen Entscheidungen von J... aus gefallen, selbst über Aufräumarbeiten, über die Demontage von Maschinen und die Stilllegung des Brennofens. Auch die Personalplanung habe von J... aus gemeinsam stattgefunden. Die Beklagte sei aufgrund der Nähe der beiden Betriebsstätten berechtigt gewesen, ihn durch einseitige Weisung im Werk E... einzusetzen, zumal die Fahrzeit mit öffentlichen Verkehrsmitteln unter einer Stunde gelegen habe. Er bestreite, dass die Stilllegungsabsicht erst nach der Betriebsübernahme gefasst worden sei. Er bestreite weiter, dass eine wirtschaftliche Notwendigkeit für die Stilllegung bestanden habe. Aus diesem Grund sei auch ein Verstoß gegen § 613a Abs. 4 BGB gegeben.

Der Kläger stellt als Berufungskläger daher in der Berufungsinstanz folgende Anträge:

- I. Auf die Berufung vom 17.07.2003 hin wird das Endurteil des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 07.02.2003, Az. 10 Ca 7134/02, abgeändert.
- II. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die beklagtenseitige Kündigung vom 13.07.2001 zum 30.11.2001 nicht aufgelöst ist.
- III. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger zu unveränderten Bedingungen bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens weiterzubeschäftigen.

IV. Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Die Beklagte und Berufungsbeklagte beantragt,
die Berufung kostenpflichtig zurückzuweisen.

Sie hält die Entscheidung des Arbeitsgerichts für zutreffend. Sie führt aus, der Kläger sei arbeitsvertraglich ausschließlich für die D... Ziegelei eingestellt gewesen und auch ausschließlich dort beschäftigt worden. Damit habe sich das Arbeitsverhältnis auf diesen Betrieb konkretisiert. Es sei unerheblich, ob einzelne Arbeitnehmer des D... Betriebs – und womöglich auch der Kläger – ab 01.07.2001 mit ihrem Einverständnis für wenige Tage in E... eingesetzt gewesen seien. Damit scheidet eine Vergleichbarkeit mit den Beschäftigten in E... von vornherein aus. Im übrigen sei ein gemeinsamer Betrieb der beiden Betriebsstätten in D... und E... nicht gegeben gewesen. Es sei kein einheitlicher Leitungsapparat vorhanden gewesen. Es sei weder vorgetragen noch ersichtlich, dass der Betriebsübergang Anlass für die Kündigung gewesen sei. Der Hinweis auf die Stellenausschreibungen trage nicht. Der Werkleiter in E... habe zwar am 23.07.2001 angenommen, dass ihm fünf Mitarbeiter fehlen würden, und dies dem Werkleiter für D... mitgeteilt. Daraufhin sei die Stellenausschreibung geschaltet worden. Wenige Tage später habe er aus der Zentrale erfahren, dass das Budget für das E... Werk keine neuen Stellen hergebe. Daraufhin sei die Ausschreibung unverzüglich entfernt worden. Tatsächlich seien keine neuen Mitarbeiter eingestellt worden.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht vom 17.02.2004 hat der Kläger Ablichtungen von Einsatzlisten ab dem 02.07.2001 vorgelegt und erklärt, aus diesen ergebe sich, dass er selbst in E... eingesetzt gewesen sei. Die Beklagte hat erklärt, sie könne sich hierzu nicht äußern, und beantragt, das Vorbringen als verspätet zurückzuweisen. Wenn überhaupt, könne es sich hierbei nur um einen freiwilligen Einsatz gehandelt haben. Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf den Tatbestand des Ersturteils vom 07.02.2003 (Bl. 52 ff. d.A.), die Niederschrift über die mündliche Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht vom 17.02.2004 (Bl. 139 ff. 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 (§ 64 Abs. 1 ArbGG). Die Zulässigkeit hinsichtlich des Feststellungsantrages ergibt sich aus § 64 Abs. 2 c) ArbGG. Im Hinblick auf den Beschäftigungsantrag übersteigt der Wert des Beschwerdegegenstandes insgesamt 600,- Euro (§ 64 Abs. 2 b) ArbGG). Die Berufung ist auch in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet worden (§§ 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG, 519, 520 ZPO, 66 Abs. 1 S. 1, S. 2 ArbGG).

II.

Die Berufung ist jedoch nicht begründet. Das Urteil des Arbeitsgerichts erweist sich als richtig. Es hat die Klage zu Recht abgewiesen. Die Berufungskammer folgt den sorgfältigen Erwägungen des Arbeitsgerichts, denen sie sich in vollem Umfang anschließt, so dass auf eine erneute, nur wiederholende Darstellung verzichtet werden kann (§ 69 Abs. 2 ArbGG). Nur ergänzend ist im Hinblick auf die in der Berufung von den Parteien vorgetragene Argumenten noch hinzuzufügen:

1. Die Kündigung ist als betriebsbedingt im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt. Die Beklagte hat im einzelnen unter Beweisantritt ihren Entschluss zur Stilllegung des Beschäftigungsbetriebes – oder Betriebsteiles – dargelegt. Sie hat dies mit Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten begründet. Der Kläger hat das Vorhandensein eines entsprechenden Beschlusses zur Stilllegung nicht bestritten, so dass diese Tatsache als zugestanden anzusehen ist (§ 138 Abs. 3 ZPO). Dafür spricht auch, dass die Beklagte unstreitig allen Arbeitnehmern, die im Betrieb – oder Betriebsteil – D... ursprünglich bei der Firma C... beschäftigt waren, die Kündigung ausgesprochen hat.
 - a. Der Kläger hatte ursprünglich erstmals in der Berufungsinstanz behauptet, entgegen dem Vortrag der Beklagten seien noch mindestens die Hälfte der Arbeitnehmer über den 28.02.2002 hinaus beschäftigt gewesen. Es kann dahinstehen, ob man diesem Vortrag ein „Bestreiten“ des Stilllegungsbeschlusses entnehmen kann. Der Kläger hat diesen Vortrag nämlich in der mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht nicht weiter aufrechterhalten (S. 2 der Niederschrift über die Verhandlung vom 17.02.2004, Bl. 140 d.A.). Soweit sich der Kläger darauf berufen hat, die Beklagte habe den Stilllegungsentschluss bereits vor der Pachtung des D... Betriebes gefasst, kann dies als richtig unterstellt werden. Die Kammer kann die Relevanz dieses Vorbringens nicht recht erkennen. Es besteht kein Zweifel, dass ein Betriebserwerber diesen mit der Absicht erwerben kann, ihn zu verändern oder sogar stillzulegen. Entscheidend ist, dass der Entschluss zur endgültigen Beendigung der betrieblichen Tätigkeit mit dieser Organisationseinheit vor Ausspruch der Kündigung bestand. Ob er längere Zeit vorher oder erst kurz vor Kündigungsausspruch gefasst wurde, ist rechtlich ohne jede Bedeutung.
 - b. Entgegen der Ansicht des Klägers kann offen bleiben, ob der Stilllegungsbeschluss einen eigenständigen Betrieb oder nur einen Betriebsteil betraf. Entscheidend ist, dass diese Entscheidung die endgültige Auflösung der betrieblichen Organisationsstruktur in D... betraf. Damit war auch der Arbeitsplatz des Klägers, der unstreitig in D... bestand, von der Stilllegung betroffen und weggefallen.
 - c. Entschließt sich der Arbeitgeber zu einer organisatorischen Maßnahme, bei deren innerbetrieblicher Umsetzung das Bedürfnis für die Weitebeschäftigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer entfällt, so ist die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit dieser Unternehmerentscheidung von den Arbeitsge-

richten inhaltlich nicht zu überprüfen. Die Gestaltung eines Betriebes, die Frage, ob und in welcher Weise sich jemand wirtschaftlich betätigen will, ist Bestandteil der grundrechtlich geschützten unternehmerischen Freiheit, wie sie sich aus Art. 2 Abs. 1, Art. 12 und Art. 14 GG ableiten lässt (so zuletzt BAG vom 26.09.2002, Az. 2 AZR 636/01, EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 124 unter II.1.b. der Entscheidungsgründe). Zu prüfen ist das unternehmerische Konzept nur darauf, ob es offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist, was etwa der Fall sein kann, wenn der Arbeitgeber ein Konzept zur Kostenreduzierung gewählt hat, das faktisch nicht zu Änderungen in betrieblichen Abläufen, jedoch zum Verlust des Arbeitsplatzes der Mitarbeiter führt, obwohl der Beschäftigungsbedarf nach wie vor fortbesteht (BAG vom 26.09.2002, a.a.O., unter II.1.e.cc. der Entscheidungsgründe).

- d. Anhaltspunkte dafür, dass die Entscheidung der Beklagten rechtsmissbräuchlich in diesem Sinne wäre, sind vom Kläger nicht vorgetragen und auch aus dem Akteninhalt nicht ersichtlich. Zum einen ist die betriebliche Organisationseinheit in D... – dies bestreitet auch der Kläger nicht – letztlich tatsächlich aufgelöst worden. Die unternehmerische Entscheidung der Beklagten hat sich nicht im Ausspruch von Kündigungen erschöpft, der Beschäftigungsbedarf ist nicht geblieben; die Beklagte hat vielmehr einen Teil der Produktion von Ziegeln – diejenige in D... - tatsächlich aufgegeben. Hierzu war sie grundsätzlich aufgrund ihrer unternehmerischen Freiheit befugt.
- e. Rechtsmissbräuchlichkeit ist nicht darin zu sehen, dass die Beklagte gerade den Betrieb – oder Betriebsteil – D..., nicht aber andere von ihr geführte Betriebe oder Betriebsteile geschlossen hat. Auch in der Entscheidung, welche Organisationseinheiten aufgegeben werden, ist der Arbeitgeber frei. Selbst wenn man unterstellen würde – hierfür genügt der Sachvortrag des Klägers nicht -, die Beklagte habe die D... Einheit deswegen geschlossen, weil für diese – anders als für die E... Einheit - kein Betriebsrat bestanden habe und weil sie daher die Kosten eines zwingenden Sozialplanes erspart habe, wäre dies nicht als rechtsmissbräuchlich anzusehen. Derartige wirtschaftliche Überlegungen sind als Motiv für den Arbeitgeber nicht treuwidrig. Die Arbeitnehmer hätten es selbst in der Hand gehabt, diese Konsequenz durch rechtzeitige Wahl eines Betriebsrats zu vermeiden. Anderes könnte allenfalls dann gelten, wenn der Arbeitgeber die Wahl eines Betriebsrats verhindert hätte oder wenn die Schließung des Betriebs Reaktion auf eine bevorstehende Betriebsratswahl gewesen wäre. Hierfür gibt es keinerlei Anhaltspunkte.
- f. Soweit der Kläger meint, die Beklagte habe den „Betrieb“ letztlich nicht stillgelegt, weil es sich um einen Gemeinschaftsbetrieb mit der E... Organisationseinheit gehandelt habe, kann die Kammer die rechtliche Relevanz dieses Vortrags nicht erkennen. Zum einen könnte es sich allenfalls bis zur Übernahme beider Betriebseinheiten ab 01.07.2001 um einen gemeinsamen Betrieb im Rechtssinn gehandelt haben: Ab 01.07.2001 war die Be-

klagte unstreitig Inhaber beider betrieblicher Einheiten. Zum zweiten kann auch das Vorliegen einer ursprünglich einheitlichen Organisation – wofür die vom Kläger vorgetragene Indizien wohl nicht ausreichen würden - als richtig unterstellt werden. Denn auch dann bliebe die Tatsache, dass die Beklagte die in D... bestehende Organisationseinheit – dann eben „Betriebsteil“ und nicht eigenständiger „Betrieb“ – aufgelöst hat. Die Organisationseinheit, in welcher der Kläger beschäftigt war, ist auch in diesem Fall weggefallen. Ob der Kläger daraus, dass nicht eine eigenständige Einheit, sondern nur der abtrennbare Teil einer Einheit entfallen ist, Rechte herleiten kann, ist nicht eine Frage des Wegfalls des Arbeitsplatzes, sondern ein Problem richtiger sozialer Auswahl im Sinne des § 1 Abs. 3 KSchG.

- g. Die Schließung des Betriebs – oder Betriebsteils – in D... war auch zum Ausspruch der streitgegenständlichen Kündigung vom 13.07.2001 mit Wirkung zum 30.11.2001 geeignet. Die Beklagte hat nachvollziehbar vorgetragen, dass und warum die Möglichkeit zur Beschäftigung eines Teils der Arbeitnehmer trotz erst im Dezember erfolgter Schließung bereits zum 30.11.2001 entfallen war. Sie hat sich darauf berufen, sie habe nur diejenigen Arbeitnehmer mit längerer Kündigungsfrist über den 30.11.2001 hinaus weiterbeschäftigt. Der Kläger hat auch diesen Sachvortrag der Beklagten nicht bestritten, so dass er als zugestanden anzusehen ist (§ 138 Abs. 3 ZPO). Zweifel an der Berechtigung der Beklagten, den Betrieb endgültig schließen zu dürfen, obwohl sie ihn von der Firma C... GmbH & Co. KG nur gepachtet hatte, hat auch der Kläger nicht geäußert. Damit bestehen an der sozialen Rechtfertigung der Kündigung keine Bedenken.
2. Mit Recht hat das Arbeitsgericht auch angenommen, die Kündigung scheitere trotz des Vorliegens betrieblicher Gründe nicht an fehlerhafter Sozialauswahl.
- a. Der Kläger hat sich im wesentlichen darauf berufen, die Beklagte hätte eine soziale Auswahl im Sinne des § 1 Abs. 3 KSchG mit den Kollegen in E... durchführen müssen. Er hat geltend gemacht, mit diesen Kollegen vergleichbar zu sein. Die Beklagte hat dies bestritten und sich im wesentlichen darauf berufen, es fehle an rechtlicher Umsetzbarkeit: Es sei weder Firma D... Ziegelwerke noch ihr möglich gewesen, den Kläger ohne seine Zustimmung dauerhaft von D... nach E... zu versetzen.
 - b. Eine fehlerhafte Sozialauswahl ist zunächst dann nicht gegeben, wenn es sich bei der Organisationseinheit in D... um einen eigenständigen Betrieb im Sinne des KSchG gehandelt hat. Hierauf hat das Arbeitsgericht zutreffend hingewiesen. Die soziale Auswahl ist nämlich - § 1 Abs. 2 KSchG verlangt Gründe, die einer Weiterbeschäftigung im „Betrieb“ entgegenstehen, auch § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG stellte in der bis 31.12.2003 geltenden Fassung auf „betriebliche“ Bedürfnisse ab – betriebs-, nicht unternehmensbezogen. Mit Recht hat das Arbeitsgericht ausgeführt, dass sich aus den Angaben des Klägers nicht genügend Anhaltspunkte für das Bestehen eines

„Betriebes" mit der Einheit in E... oder gar mit derjenigen in J... ergeben. Das von der Beklagten unbestritten vorgetragene Vorhandensein von Personalabstellungsverträgen zwischen den vor dem 30.06.2001 beteiligten Firmen spricht eher gegen eine gemeinsame Leitung. Letztlich kann dies jedoch dahinstehen, weil selbst bei einem einheitlichen „Betrieb" im Sinne des KSchG mit E... oder gar J... die soziale Auswahl nicht verletzt ist.

- c. Der Beklagten ist nämlich darin Recht zu geben, dass in die soziale Auswahl im Sinne des § 1 Abs. 3 KSchG nur solche Arbeitnehmer einzubeziehen sind, die tatsächlich austauschbar sind. Hierzu zählt auch, dass es dem Arbeitgeber gestattet sein muss, dem Arbeitnehmer die noch vorhandene Arbeit durch einseitige Anordnung zuzuweisen. Dies entspricht ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, das die sogenannte „vertikale" Vergleichbarkeit ablehnt (so schon BAG vom 10.11.1983, Az. 2 AZR 317/82, nicht veröffentlicht; BAG vom 15.06.1989, Az. 2 AZR 580/88, EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 27; umfangreiche Nachweise bei BAG vom 17.09.1998, Az. 2 AZR 725/97, EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 36). Dem folgt auch die Kammer. Trifft es also zu, dass dem Kläger der Arbeitsplatz in E... nicht einseitig zugewiesen werden konnte, stellt dies einen ausreichenden Grund dar, die Arbeitnehmer in E... nicht in die soziale Auswahl einzustellen.
- d. Vorliegend kann letztlich nicht geklärt werden, ob die arbeitsvertraglichen Verpflichtungen des Klägers sich auf einen Einsatz auch in E... erstreckt haben. Ein schriftlicher Arbeitsvertrag ist zwischen dem Kläger und der ursprünglichen Beschäftigungsfirma offenbar nicht abgeschlossen worden. Ursprünglich hatten die Vertragsparteien auch keinen Anlass, über die Einsatzmöglichkeit im E... Betrieb Vereinbarungen zu treffen, weil es sich hierbei lange Jahre um einen Konkurrenzbetrieb zur Firma C... gehandelt hatte. Auf Fragen des Gerichts hat der Kläger in der mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht erklärt, er hätte jederzeit in E... eingesetzt werden können – nicht aber an anderen Orten, etwa in J.... Damit geht er selbst nicht davon aus, dass eine allgemeine Versetzungsklausel bestanden hat. Ob eine Einsatzmöglichkeit in E... bestand, bleibt letztlich offen. Rückschlüsse aus § 106 GewO zu ziehen verbietet sich, weil diese Bestimmung erst mit dem 01.01.2003 und damit weit nach Ausspruch der Kündigung in Kraft getreten ist. Vieles spricht gegen eine Versetzungsmöglichkeit. Ohne das Vorhandensein von Versetzungsklauseln braucht sich der Arbeitnehmer im allgemeinen nämlich nicht an einen anderen Ort als denjenigen des Betriebes versetzen zu lassen (vgl. etwa Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 10. Aufl. 2003, § 45 Rn. 16; Preis in Erfurter Kommentar, 4. Aufl. 2004, § 611 BGB Rn. 806).
- e. Ist davon auszugehen, dass ohne konkrete vertragliche Absprachen eine einseitige Versetzungsmöglichkeit in einen anderen als den D... Betrieb nicht bestand, hindert schon dieser Umstand die Einbeziehung der Arbeitsplätze und Arbeitnehmer in E.... Bestenfalls bleibt diese Frage vorliegend offen. Dieses „Offenbleiben" einer einseitigen Versetzungsmöglichkeit geht

aber zu Lasten des Klägers. Nach § 1 Abs. 3 S. 3 KSchG ist der Arbeitnehmer darlegungs- und beweispflichtig für die Fehlerhaftigkeit der getroffenen Sozialauswahl. Unmittelbaren Beweis für die Einsatzpflicht auch in E... hat der Kläger nicht angeboten. Soweit er sich – reichlich spät – erstmals in der Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht am 17.02.2004 darauf berufen hat, er selbst sei in E... eingesetzt worden, bezieht sich dies allein auf einen Einsatz in den ersten Juli-Wochen 2001. In diesem Zeitpunkt hatte die Beklagte schon beide Betriebe/Betriebsteile übernommen. Dieser kurzzeitige Einsatz ist als Indiz für eine rechtliche Verpflichtung des Klägers, der Anordnung nachkommen zu müssen, nicht geeignet. Vorliegend geht es nämlich nicht um kurzzeitige Einsätze, sondern um – die Beschäftigungsmöglichkeit in D... ist gänzlich entfallen – einen dauerhaften Einsatz in E.... Auf die Zumutbarkeitsregeln in der Sozialversicherung kommt es hierbei nicht an. Zum anderen hat der Kläger den Einwand der Beklagten, er sei freiwillig zu einem solchen vorübergehenden Einsatz bereit gewesen, eine rechtliche Verpflichtung hierzu lasse sich daraus nicht entnehmen, nichts entgegenzusetzen vermocht.

3. Auch soweit sich der Kläger auf das Vorhandensein einer Einsatzmöglichkeit in E... beruft, sieht die Kammer hierfür keine Anhaltspunkte. Der Kläger hat sich hierfür in erster Linie auf die im D... Standort ausgehängte Stellenausschreibung berufen. Dies allein genügt jedoch nicht. Die Beklagte hat zum einen vorgetragen, der Werkleiter in E... habe die Erkenntnis, er benötige noch Arbeitnehmer, erst nach dem 13.07.2001 gefasst. Ist dies – vom Kläger nicht bestritten – aber richtig, dann war im Zeitpunkt des Ausspruches der Kündigung nicht von freien Arbeitsplätzen und Beschäftigungsmöglichkeiten in E... auszugehen. Dann wäre die Wirksamkeit der Kündigung hiervon nicht betroffen, dem Kläger stünde allenfalls ein – nicht geltend gemachter – Wiedereinstellungsanspruch gegen die Beklagte zu (BAG vom 27.02.1997, Az. 2 AZR 160/96, EzA § 1 KSchG Wiedereinstellungsanspruch Nr. 1). Vorliegend ist aber entgegen dem ersten, durch die Stellenausschreibung erweckten Anschein überhaupt nicht vom Vorhandensein freier Arbeitsplätze im E... Betriebsteil auszugehen. Die Beklagte hat im einzelnen vorgetragen, wie es zur Stellenausschreibung gekommen ist. Sie hat hierbei die Überlegungen des Werkleiters dargestellt. Sie hat erläutert, dass dieser nach der Meldung der Ausschreibung nach J... sofort die Mitteilung erhalten habe, er könne die ausgeschriebenen Stellen nicht besetzen, das unternehmerische Konzept sei anders. Der Kläger ist diesem Vorbringen nicht entgegengetreten, so dass es als zugestanden gilt (§ 138 Abs. 3 ZPO). Die Kammer hatte damit von der Richtigkeit dieses Vortrags auszugehen. Der Kläger selbst trägt aber vielfach vor, die Werkleiter in D... und E... hätten zumindest seit 01.07.2001 keinerlei Personalkompetenz gehabt, die Entscheidungen seien allein in der Zentrale in J... gefallen. Ist dies jedoch richtig, kommt es für die Frage, ob offene Stellen anzunehmen sind, nicht auf die Meinung des Werkleiters in E..., sondern allein auf diejenige der entscheidungsbefugten Personalabteilung in J... an. Diese hat jedoch auch nach den Behauptungen des Klägers niemals zu erkennen gegeben, dass sie eine Einsatzmöglichkeit von D... Arbeitnehmers in E... sehen würde. Damit sind Anhaltspunkte für eine Beschäftigungsmöglichkeit in der dortigen Betriebseinheit nicht erkennbar.

4. Nach alldem scheidet die Kündigung auch nicht an § 613a Abs. 4 BGB, wie das Arbeitsgericht zutreffend festgestellt hat. Das in dieser Bestimmung genannte Kündigungsverbot greift nur ein, wenn der Betriebsübergang das alleinige Motiv für die Kündigung ist. Vorliegend ist jedoch nicht der Betriebsübergang, sondern die Schließung der Organisationseinheit in D... Grund für die Kündigung. Es ist nicht ersichtlich, was dies mit dem zuvor erfolgten Übernahme des Betriebs zu tun haben soll.
5. Sonstige Gründe für die Unwirksamkeit der Kündigung sind weder geltend gemacht noch ersichtlich. Das Arbeitsverhältnis ist damit zum 30.11.2001 aufgelöst worden.
6. Da die Kammer von der wirksamen Auflösung des Arbeitsverhältnisses überzeugt ist, steht dem Kläger auch der geltend gemachte Weiterbeschäftigungsanspruch – unabhängig davon, dass es an der erforderlichen Konkretisierung dieses Klageantrages fehlt – nicht zu. Auch insoweit war die Berufung daher zurückzuweisen.
7. Der Kläger, Berufungskläger, hat die Kosten seines erfolglosen Rechtsmittels zu tragen (§§ 64 Abs. 6 ArbGG, 97 Abs. 1 ZPO).
8. Für die Zulassung der Revision bestand kein gesetzlich begründeter Anlass.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil ist ein Rechtsmittel nicht gegeben. Auf § 72a ArbGG wird hingewiesen.

Vetter, Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht

Mrugalla, Ehrenamtlicher Richter

Adacker, Ehrenamtlicher Richter