

7 AZR 181/85

-----  
8 (4) Sa 132/82 Nürnberg

# Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
24. September 1986

Stöcker,

Amtsinspektorin  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

## Urteil

In Sachen

pp.

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 24. September 1986 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Seidensticker, die Richter Dr. Becker und Dr. Steckhan sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Johannsen und Kordus für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Nürnberg vom 26. Juli

1984 - 8 (4) Sa 132/82 - wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

V o n R e c h t s w e g e n !

T a t b e s t a n d :

-----

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen, auf betriebsbedingte Gründe gestützten Kündigung des beklagten Landes.

Der 1942 geborene Kläger war als Diplom-Biologe seit dem 16. Juli 1976 bei der J -Universität W im Sonderforschungsbereich "Biologie der Mundhöhle" beschäftigt, und zwar zunächst aufgrund von vier befristeten Arbeitsverträgen. Gegen die im letzten Arbeitsvertrag vom 29. Dezember 1978 zum 15. Juli 1981 vereinbarte Befristung des Arbeitsverhältnisses begehrte der Kläger mit der vorliegenden Klage zunächst die Feststellung, daß zwischen ihm und dem beklagten Land auch über den 15. Juli 1981 hinaus ein unbefristetes Arbeitsverhältnis bestehe. Daraufhin hat sich das beklagte Land nicht mehr auf die Befristung berufen und den Kläger mit Schreiben vom 18. September 1981 zur Wiederaufnahme seiner Tätigkeit aufgefordert. Hinsichtlich des Streites über die Wirksamkeit der Befristung haben die Parteien den Rechtsstreit in erster Instanz übereinstimmend für erledigt erklärt. In dem vorgenannten Schreiben vom 18. September 1981 kündigte das beklagte Land gleichzeitig das Arbeitsverhältnis ordentlich zum 31. Dezember 1981 und führte zur Begründung aus:

"Wie Ihnen sicherlich bekannt ist, endet mit Ablauf dieses Jahres der dreijährige Bewilligungszeitraum für die im Sonderforschungsbereich 92 betriebenen Forschungsprojekte. Nachdem eine Reihe von Teilprojekten, darunter auch das Teilprojekt J 4 (Kryotherapie des Knochens), innerhalb dessen Sie bislang tätig waren, im laufenden Finanzierungszeitraum einen gewissen Abschluß erfahren haben, kann mit deren weiteren Förderung durch die Deutsche Forschungs-Gemeinschaft nicht gerechnet werden. Da für Sie eine anderweitige Verwendungsmöglichkeit weder im Sonderforschungsbereich 92 noch innerhalb anderer Bereiche der Universität in Betracht kommt, muß das Arbeitsverhältnis leider zu dem genannten Zeitpunkt gelöst werden."

Mit seinem am 5. Oktober 1981 beim Arbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz hat der Kläger die Auffassung vertreten, die Kündigung sei sozial ungerechtfertigt. Sein Arbeitsplatz sei nicht weggefallen. Auch die Sozialauswahl sei unrichtig; das beklagte Land werde aufgefordert, dem Kläger die in die soziale Auswahl einbezogenen Personen und deren Sozialdaten mitzuteilen. Darüber hinaus hätten für den Kläger anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten bestanden. Er sei als Diplom-Biologe seit Jahren in der Forschung tätig und hierbei auch ständig mit Ausbildungsaufgaben betraut gewesen.

Der Kläger hat beantragt

festzustellen, daß die vom Beklagten mit  
Schreiben der J -Universität  
W vom 18. September 1981 zum 31. Dezember 1981 ausgesprochene Kündigung des zwischen den Parteien bestehenden Arbeitsverhältnisses rechtsunwirksam ist.

Das beklagte Land hat beantragt, die Klage abzuweisen. Es hat

im wesentlichen vorgetragen, die Kündigung sei durch dringende betriebliche Gründe bedingt. Der durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft drittmittelfinanzierte Arbeitsplatz des Klägers sei zum 1. Januar 1982 weggefallen, da von der Deutschen Forschungsgemeinschaft in dem gesamten Projektbereich, in dem der Kläger tätig gewesen sei, nur noch ein einziges Teilprojekt gefördert werde, für das nur noch eine BAT-V b-Stelle zur Verfügung stehe. Soweit im Zoologischen Institut eine Stelle nach Besoldungsgruppe HS 2 unbesetzt gewesen sei, habe dem Kläger dafür die nötige Qualifikation gefehlt. Eine zum 30. September 1981 freigewordene Assistentenstelle (Lehrstuhl für Zoologie I) diene der Heranbildung von wissenschaftlichem Nachwuchs; dementsprechend sei sie seit 16. Januar 1982 zur einen Hälfte mit der wissenschaftlichen Hilfskraft H und seit dem 22. Februar 1982 zur anderen Hälfte mit der wissenschaftlichen Hilfskraft M - besetzt. Soweit im Institut für Botanik und pharmazeutische Biologie mit botanischem Garten beim Lehrstuhl für pharmazeutische Biologie ab 1. Juli 1981 eine Stelle der Besoldungsgruppe HS 1/A 13 frei gewesen sei, habe man diese auf ausdrücklichen Wunsch des Lehrstuhlinhabers zum 1. August 1982 mit dem Biologen Dr. S besetzt; der Kläger sei überdies für diese Stelle nicht ausreichend qualifiziert.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Zur Begründung hat es unter anderem ausgeführt, die Kündigung erweise sich als rechtsunwirksam, da die Beschäftigung des Klägers auf einem anderen Arbeitsplatz möglich gewesen wäre. Die Universität sei verpflichtet gewesen, dem Kläger vor Ausspruch der Kündigung eine

Weiterbeschäftigung, wenn auch zu anderen Bedingungen, auf einer der freien Assistentenstellen im Zoologischen Institut anzubieten.

Auf die Berufung des beklagten Landes hat das Landesarbeitsgericht die Klage abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen erstinstanzlichen Klageantrag weiter. Das beklagte Land beantragt, die Revision zurückzuweisen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht ist rechtsfehlerfrei zu dem Ergebnis gelangt, daß die vom Beklagten erklärte Kündigung nicht sozial ungerechtfertigt ist (§ 1 Abs. 2 und 3 KSchG). Andere Unwirksamkeitsgründe sind weder vom Kläger geltend gemacht worden noch sonst ersichtlich.

1. Die Entscheidung des Berufungsgerichts über die Frage der Sozialwidrigkeit einer Kündigung ist im Revisionsverfahren nur beschränkt nachprüfbar. Bei der Frage der Sozialwidrigkeit handelt es sich um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs, die der Nachprüfung grundsätzlich nur dahin unterliegt, ob der Rechtsbegriff selbst verkannt ist, ob bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt und ob bei der Interessenabwägung alle wesentlichen Umstände des Einzelfalles berücksichtigt worden sind (ständige Rechtsprechung des BAG; vgl. etwa Urteil vom 12. Oktober 1979 - 7 AZR 959/77 - AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1969 Be-

triebsbedingte Kündigung; Urteil vom 15. Februar 1984 - 2 AZR 573/82 - BAGE 45, 146, 151 = AP Nr. 14 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit, zu B I der Gründe).

2. Von derartigen revisiblen Rechtsfehlern frei ist zunächst die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, der Arbeitsplatz des Klägers sei weggefallen.

a) Das Landesarbeitsgericht hat insoweit im wesentlichen ausgeführt, die durch die Kürzung der Zuwendungen der Deutschen Forschungsgemeinschaft ausgelöste Entscheidung des Beklagten, den Arbeitsplatz des Klägers einzusparen und die von ihm bisher erledigten Aufgaben auf wissenschaftliche Assistenten und Doktoranden zu verteilen, könne als gestaltende Unternehmerentscheidung gerichtlich auf ihre Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit nicht nachgeprüft werden, sondern allein daraufhin, ob diese Maßnahme offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich sei. Dafür hätten sich jedoch auch im Berufungsverfahren keinerlei Anhaltspunkte ergeben.

b) Diese Würdigung, gegen die sich auch die Revision nicht wendet, entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Kündigungsmöglichkeit bei drittmittelfinanzierten Arbeitsplätzen aufgrund eines Wegfalls der Drittmittelfinanzierung. Dabei kann der Rückgang des Drittmittelaufkommens eine betriebsbedingte Kündigung in einem Institut einer Universität rechtfertigen, wenn durch den Entschluß des Arbeitgebers, bestimmte Aufgaben - seien es drittmittelfinanzierte, seien es

andere - künftig nicht mehr bearbeiten zu lassen, der Arbeitsanfall so zurückgeht, daß für einen oder mehrere Arbeitnehmer das Bedürfnis zur Weiterbeschäftigung entfällt (vgl. BAGE 16, 134, 137 = AP Nr. 14 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung, zu III der Gründe; BAGE 31, 158, 161 = AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung, zu II 1 a der Gründe). Dies ist z.B. dann der Fall, wenn der Arbeitgeber den Rückgang der Drittmittel zum Anlaß nimmt, zum Zwecke der Kostenersparnis innerbetriebliche Veränderungen durchzuführen, durch die die Zahl der Arbeitsplätze verringert wird (vgl. BAGE 21, 248, 255 = AP Nr. 20 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung, zu 2 der Gründe). Dabei sind die organisatorischen Maßnahmen, die der öffentliche Arbeitgeber trifft, um erforderliche Einsparungen durchzuführen, nicht auf ihre Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit, sondern lediglich daraufhin nachzuprüfen, ob sie offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich sind (vgl. z.B. BAGE 32, 150 = AP Nr. 8 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; KR-Becker, 2. Aufl., § 1 KSchG Rz 294, 336 a). Werden beispielsweise durch den Haushaltsplan bestimmte, nach sachlichen Merkmalen bezeichnete Stellen für Betriebe oder Verwaltungen des öffentlichen Rechts gestrichen (vgl. dazu auch das unveröffentlichte Urteil des BAG vom 24. Oktober 1979 - 2 AZR 1007/77 -, das ebenfalls einen wissenschaftlichen Angestellten in einem Universitätsinstitut betrifft) oder werden im Zuge von Einsparungsmaßnahmen organisatorische Veränderungen durchgeführt, die dazu führen, daß bestimmte Arbeitsplätze fortfallen, so ist darin grundsätzlich ein betriebliches Erfordernis im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG zu sehen (vgl. BAGE GS 3, 245 = AP Nr. 20 zu § 1 KSchG; KR-Becker, 2. Aufl.,

§ 1 KSchG Rz 334, 336 a m.w.N.; vgl. auch Neumann, RdA 1979, 371 ff., 372, zu III).

3. Das Landesarbeitsgericht ist auch zutreffend zu dem Ergebnis gelangt, daß das beklagte Land keine zumutbare Möglichkeit hatte, den Kläger auf einem anderen freien Arbeitsplatz weiterzubeschäftigen und damit die Kündigung zu vermeiden.

a) Auch wenn das Bedürfnis zur Beschäftigung des Arbeitnehmers auf seinem bisherigen Arbeitsplatz durch eine bindende Unternehmerentscheidung wegfällt, ist eine Kündigung nur dann durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt, wenn dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers auf einem anderen Arbeitsplatz nicht möglich oder nicht zumutbar ist (vgl. BAG Urteil vom 3. Februar 1977 - 2 AZR 467/75 - AP Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAGE 31, 158, 162 = AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung, zu II 1 a der Gründe). Dabei muß der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine beiden Parteien zumutbare Weiterbeschäftigung auf einem freien Arbeitsplatz auch dann von sich aus anbieten, wenn die Weiterbeschäftigung nur zu geänderten Arbeitsbedingungen erfolgen kann; dem Arbeitnehmer anzubieten sind mithin auch bei einer ordentlichen Kündigung nicht nur solche Arbeitsplätze, mit deren Übernahme sich der Arbeitnehmer vor oder unmittelbar nach Ausspruch der Kündigung einverstanden erklärt hat (BAG Urteil vom 27. September 1984 - 2 AZR 62/83 - BAGE 47, 26 = AP Nr. 8 zu § 2 KSchG 1969). Ob allerdings ein freier Arbeitsplatz, d.h. eine dem Arbeitgeber zumutbare Weiterbeschäftigungsmöglichkeit



tatsächlich vorhanden war, beurteilt sich nach den im bereits angeführten Urteil vom 3. Februar 1977 dargestellten Grundsätzen der abgestuften Darlegungs- und Beweislast, nach denen im Falle einer Behauptung des Arbeitgebers, keine zumutbare Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer gehabt zu haben, zunächst der Arbeitnehmer darzulegen hat, wie er sich eine anderweitige Beschäftigung vorstellt. Demnach kommen für die arbeitsgerichtliche Prüfung, ob freie Arbeitsplätze zur Verfügung standen, nur die vom Kläger angezogenen drei Stellen im Zoologischen Institut, am Institut für Botanik und am Lehrstuhl für Zoologie I in Betracht.

b) Für die Stelle nach Besoldungsgruppe HS 2 am Zoologischen Institut und die Stelle nach Besoldungsgruppe HS 1/A 13 am Institut für Botanik erfüllte der Kläger schon nicht die Einstellungsvoraussetzungen. Dies ist zum einen, wie sich insbesondere aus dem vom Berufungsurteil verwendeten Plural ("Stellen") ergibt, vom Landesarbeitsgericht bindend festgestellt worden, ergibt sich aber auch unabhängig davon aus Art. 24 und 25 des BayHSchLG, die für eine unbefristete Einstellung die Promotion verlangen. Der Kläger ist nicht promoviert, er erstrebt aber nicht lediglich eine befristete, sondern entsprechend seinem Klagebegehren eine unbefristete Weiterbeschäftigung. Von den gesetzlichen Einstellungsvoraussetzungen kann der öffentliche Arbeitgeber entgegen der Ansicht der Revision auch dann nicht absehen, wenn es sich nicht um eine Neueinstellung, sondern um die Weiterbeschäftigung eines Arbeitnehmers handelt. Etwas anderes mag allenfalls dann gelten, wenn der Arbeitgeber bei dem Arbeit-

nehmer ein schutzwürdiges Vertrauen erweckt hatte, er werde ihn unabhängig vom Vorliegen der Eignungsvoraussetzung auf Dauer beschäftigen. Der Kläger war jedoch vom Beklagten nur befristet eingestellt worden und hatte ein unbefristetes Arbeitsverhältnis erst im Klagewege erreicht (vgl. zu einer ähnlichen Fallgestaltung BAG Urteil vom 26. Februar 1986 - 7 AZR 519/84 - nicht veröffentlicht, zu II 4 der Gründe).

Auf die Frage der fachlichen Qualifikation des Klägers kann es deshalb allein nicht ankommen. Schon aus diesem Grunde greift die Verfahrensrüge der Revision nicht durch, das Landesarbeitsgericht habe den vom Kläger angetretenen Sachverständigenbeweis über die fachliche Qualifikation des Klägers zu Unrecht nicht erhoben.

c) Die Assistentenstelle am Lehrstuhl für Zoologie I stand für den Kläger schon deshalb nicht zur Verfügung, weil sie zur einen Hälfte bereits am 16. Januar 1982 und zur anderen Hälfte am 22. Februar 1982 jeweils mit einem Doktoranden als wissenschaftliche Hilfskraft besetzt wurde. Die wenigen Wochen, in denen sie mithin frei war, müssen außer Betracht bleiben, weil, wenn dem Kläger nicht zum 31. Dezember 1981 gekündigt worden wäre, eine Kündigung erst zum 31. März 1982 möglich gewesen wäre. Von einem freien Arbeitsplatz im Sinne der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Bestehen einer anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeit kann aber nur gesprochen werden, wenn aus der Sicht des Kündigungszeitpunkts damit gerechnet werden kann, der Arbeitsplatz werde wenigstens bis zum nächstmöglichen späte-

ren Kündigungszeitpunkt (hier dem 31. März 1982) frei sein.

Dem beklagten Land war auch nicht zuzumuten, den Kläger bis zum 31. März 1982 auf dieser Stelle zu beschäftigen und die beiden wissenschaftlichen Hilfskräfte erst ab diesem Zeitpunkt einzustellen. Bei der Assistentenstelle handelt es sich um eine Stelle, die der Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses dient. Die Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses gehört zu den Aufgaben der Universität (vgl. auch Art. 2 Abs. 2 BayHSchG). Der Kläger war demgegenüber keine Nachwuchskraft, denn er war schon fünf Jahre an der Universität beschäftigt, ohne eine Promotion zum Abschluß gebracht zu haben. Abgesehen davon wollte der Kläger auch gar nicht anstelle der eingestellten wissenschaftlichen Hilfskräfte "Nachwuchs" sein. Vielmehr beruft er sich, wenn er auf die Möglichkeit seiner Beschäftigung bis zum 31. März 1982 abstellt, auf die Möglichkeit einer zeitweiligen Zwischenbeschäftigung, wie sich auch aus seiner Darlegung ergibt, die Kündigung sei "zur Unzeit" erfolgt, weil sie sich zumindest für einen gewissen Zeitraum noch hätte vermeiden lassen. Indessen hätte eine solche Zwischenbeschäftigung schon deshalb jedenfalls zu einer zeitweise zweckwidrigen Verwendung der Stelle und für diese Zeit zu einer völligen Zweckvereitelung geführt, weil eine sinnvolle Nachwuchsförderung während weniger Monate nicht möglich ist.

4. Verfehlt sind schließlich auch die Angriffe der Revision gegen die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, die Kündigung sei auch nicht gemäß § 1 Abs. 3 KSchG (fehlerhafte Sozialauswahl)

sozial ungerechtfertigt.

a) Unerläßliche Voraussetzung für eine Sozialauswahl und damit für das Eingreifen des § 1 Abs. 3 KSchG ist das Vorhandensein vergleichbarer Arbeitnehmer; hierfür ist grundsätzlich der Arbeitnehmer darlegungs- und beweispflichtig (§ 1 Abs. 3 Satz 3 KSchG). Vergleichbar sind alle Arbeitnehmer desselben Betriebes, die nach Maßgabe der ausgeübten Tätigkeit untereinander austauschbar sind (vgl. BAG Urteil vom 7. Februar 1985 - 2 AZR 91/84 - EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 20 m.w.N.). Daß solche Arbeitnehmer vorhanden gewesen seien, ist weder vom Landesarbeitsgericht festgestellt noch war es vom Kläger substantiiert behauptet worden. Fehlt es an der Vergleichbarkeit der Arbeitnehmer, so kommt es auf deren Sozialdaten nicht an. Schon deshalb kann die Revision nicht mit ihrer Verfahrensrüge durchdringen, das Landesarbeitsgericht hätte den Kläger auffordern müssen, diese Sozialdaten vorzutragen.

b) Im Entscheidungsfall unerheblich ist auch der Hinweis der Revision, der Kläger habe den Beklagten gemäß § 1 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 KSchG aufgefordert, die Gründe anzugeben, die zu der getroffenen sozialen Auswahl geführt hätten. Die an sich materiell-rechtliche Auskunftspflicht des § 1 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 KSchG wird prozessual nur erheblich im Rahmen einer abgestuften Verteilung der Darlegungslast: Im Umfang seiner materiell-rechtlichen Mitteilungspflicht hat der Arbeitgeber auch im Prozeß die Gründe darzulegen, die ihn zu der sozialen Auswahl veranlaßt haben; im übrigen verbleibt die Darlegungs- und Beweislast beim

Arbeitnehmer (vgl. grundlegend BAG Urteil vom 24. März 1983 - 2 AZR 21/82 - BAGE 42, 151 = AP Nr. 12 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAG Urteil vom 21. Dezember 1983 - 7 AZR 421/82 - AP Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl). Nur wenn sich aus der Auskunft des Arbeitgebers ergibt, daß er bei der Auswahl keine sozialen Gesichtspunkte, sondern ausschließlich betriebliche Belange berücksichtigt hat, spricht eine tatsächliche Vermutung dafür, daß die Auswahl auch im Ergebnis sozialwidrig ist (BAG Urteil vom 18. Oktober 1984 - 2 AZR 61/83 - AP Nr. 18 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung). Genügt der Arbeitgeber seiner Auskunftspflicht nicht, d.h. legt er die von ihm tatsächlich angestellten Auswahlüberlegungen nicht oder nicht vollständig dar, so ist der Arbeitnehmer von der ihm gemäß § 1 Abs. 3 Satz 3 KSchG obliegenden Darlegungs- und Beweislast insoweit befreit, als er ihr gerade aus diesem Grunde nicht genügen kann (BAG Urteil vom 21. Dezember 1983, aaO).

Aufgrund seiner Darlegungslast gemäß § 1 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 KSchG ist mithin der Arbeitgeber zur Darlegung des vergleichbaren Personenkreises und dessen Sozialdaten nur insoweit verpflichtet, als er diesen Personenkreis selbst bei seinen subjektiven Auswahlüberlegungen als vergleichbar angesehen und bestimmte Sozialdaten berücksichtigt hat. Daß der Beklagte dieser Darlegungslast hinsichtlich seiner subjektiven Auswahlüberlegungen nicht nachgekommen sei, hat der Kläger selbst nicht behauptet und ist dementsprechend auch vom Landesarbeitsgericht nicht festgestellt worden. Die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich einer im Ergebnis objektiv unrichtigen Sozialauswahl

verblieb mithin beim Kläger. Ihr ist der Kläger nicht nachgekommen, so daß die rechtliche Würdigung des Landesarbeitsgerichts sich auch insoweit jedenfalls im Ergebnis als zutreffend erweist.

Dr. Seidensticker      Dr. Becker      Dr. Steckhan  
                         Dr. Johannsen      Kordus