

BAG ( 2. Senat ), Urteil vom 10.11.1994 - 2 AZR 242/94 (2. Instanz: LAG Hamburg)

1. Gestaltet der Arbeitgeber den Arbeitsablauf um und verlagert bestimmte Arbeiten in eine andere Betriebsabteilung, so rechtfertigt dies allein nach § 1 Absatz 2 KSchG noch keine betriebsbedingte Kündigung der bisher mit diesen Arbeiten beschäftigten Arbeitnehmer; sind nach wie vor im wesentlichen die gleichen Arbeiten zu verrichten und die bisherigen Arbeitsplatzinhaber zur Erledigung dieser Arbeiten persönlich und fachlich geeignet, so ist eine betriebsbedingte Kündigung selbst dann nicht sozial gerechtfertigt, wenn es sich bei den neu eingerichteten Arbeitsplätzen in der anderen Betriebsabteilung um Beförderungsstellen handelt.
2. Verringert der Arbeitgeber gleichzeitig die Anzahl der Beschäftigungsmöglichkeiten, so hat er zwischen den betroffenen Arbeitnehmern, die nach der Umgestaltung des Arbeitsablaufs für eine Weiterbeschäftigung persönlich und fachlich geeignet sind, eine Sozialauswahl nach den Grundsätzen des § 1 Absatz 3 KSchG vorzunehmen.
3. Die erforderliche Sozialauswahl kann der Arbeitgeber nicht dadurch umgehen, dass er zuerst die verbleibenden Arbeitsplätze ohne Beachtung sozialer Gesichtspunkte besetzt und erst danach den nicht übernommenen Arbeitnehmern kündigt.
4. Diese Grundsätze gelten auch bei einer Verlagerung von Arbeiten in einen anderen Betrieb des Unternehmens (§ 1 Absatz 2 Nr. 1b KSchG).

Der 1937 geborene Kläger ist seit 1973 bei der Beklagten, einem großen Druck- und Verlagshaus, als Montierer/Fotosetzer - Fachkraft-Satz - tätig. Sein monatl. Bruttogehalt betrug zuletzt 5535 DM. Die Beklagte gliedert sich in verschiedene Unternehmensbereiche, u. a. den Unternehmensbereich Zeitschriften (UBZ) und den Unternehmensbereich Druck (UBD). Der UBD besteht aus einem Betrieb in I. mit ca. 2000 Arbeitnehmern und einem Betrieb in H. mit einem Betriebsteil Bildherstellung und einem Betriebsteil Satzherstellung, in dem zuletzt 47 Arbeitnehmer, darunter der Kläger, tätig waren.

In der Satzherstellung wurden Satzarbeiten wie Anzeigen- und Textseitenumbruch durch Fachkräfte der Druckindustrie erledigt. Dabei handelte es sich sowohl um Satzaufträge des UBZ für die von der Beklagten verlegten Zeitschriften (u. a.) als auch um Aufträge anderer Unternehmen wie der B. GmbH und der Firma E. Nach Darstellung der Beklagten war es schon seit geraumer Zeit technisch möglich, den Anzeigen- und Textseitenumbruch nicht in einer eigenen Satzabteilung im UBD, sondern in den Redaktionen mit den dort vorhandenen EDV-Systemen durchzuführen. Eine solche Verlagerung der Arbeiten in die Redaktionen unterlag aber rechtl. Schwierigkeiten. Zunächst galt der RTS-Tarifvertrag (Tarifvertrag über die Einführung und Anwendung rechnergesteuerter Textsysteme vom 20.03.1978), der derartige Arbeiten den Fachkräften der Druckindustrie vorbehielt. Später hatte sich die Beklagte durch entspr. Betriebsvereinbarungen gebunden. Nach Einführung eines neuen

rechnergesteuerten Redaktions- und Produktionssysteme entschloß sich die Beklagte schließl., im Verlauf des Jahres 1992 die Satzproduktion ihrer Verlagsobjekte von ihrer Setzerei in die Redaktionen zu überführen. Zum 31.12.1992 entzog der UBZ dem UBD die Aufträge für die Satzherstellung der verlagseigenen Produkte. Zum gleichen Zeitpunkt kündigten auch die Fremdverlage die der Satzherstellung erteilten Aufträge, weil auch sie die Satzherstellung in ihre Redaktionen verlagern wollten. Die Beklagte entschloß sich daher, den Betriebsteil Satzherstellung im UBD H. stillzulegen. Im Januar 1992 nahm sie mit dem Betriebsrat des UBD Verhandlungen über einen Interessenausgleich auf. Am 04.06.1992 stellte die angerufene Einigungsstelle das Scheitern der Verhandlungen fest und verabschiedete am 23.06.1992 einen Sozialplan.

Der Ganzseitenumbruch sollte nach Schließung des Betriebsteils Satzherstellung in den Redaktionen rechnergesteuert durch Schlußredakteure erfolgen. Die Beklagte richtete deshalb in den einzelnen Redaktionen des UBZ neun neue Arbeitsplätze für technische Schlußredakteure ein. Soweit die Beklagte schon vorher Schlußredakteure beschäftigte, hatten diese andere Arbeiten als den Ganzseitenumbruch zu erledigen. Nach einer Absprache mit dem zuständigen Betriebsrat sollten die für die Übernahme der Satzarbeiten in den Redaktionen des UBZ erforderl. Arbeitsplätze nur in der Satztechnik im UBD H. ausgeschrieben werden. Die rechtl. Voraussetzungen für eine Übernahme der Umbrucharbeiten durch die neuen Schlußredakteure schuf eine Ergänzung zu der einschlägigen Betriebsvereinbarung über die Einführung und Anwendung des rechnergesteuerten Redaktions- und Produktionssysteme bei der Beklagten, in der es u. a. heißt:

Das System wird zur Herstellung von Text-Ganzseiten mit markierten Bildflächen eingesetzt. Dabei werden die Fehlerbeseitigung, die Erstellung der Längenverbindlichkeit, die satzidentische Gestaltung und die Positionierungen der Texte und Bildflächen gemäß Layout erledigt.

Alle Mitarbeiter/innen erhalten vor Aufnahme der Produktion von Ganzseitenumbrüchen eine Einweisung/Schulung. Diese umfaßt die Handhabung des Redaktionssysteme im Anwendungsbereich

- Seitenaufbau/Positionierung von Texten gemäß Layout
- Aufbau und Wirkung von Makrobefehlen.

Von den 47 in der Satzherstellung im UBD H. beschäftigten Arbeitnehmern bewarben sich 22 auf die ausgeschriebenen Positionen eines technischen Schlußredakteurs. Am 12.06.1992 beendete die Beklagte das Bewerbungsverfahren für diese Stellen. Sie wählte nach ihrer Darstellung die neun Arbeitnehmer aus, die sich am ehesten für die Stellenbesetzung eigneten, ohne dabei eine soziale Auswahl vorzunehmen. Die Bewerbung des Klägers blieb unberücksichtigt, obwohl z. B. der Arbeitnehmer V. dem Betrieb erhebl.

kürzere Zeit angehörte und erhebl. jünger ist als der Kläger Von den Arbeitnehmern, die nicht als technische Schlußredakteure übernommen wurden, schlossen einige Aufhebungsverträge, gingen in Rente bzw. wurden wegen ihrer Mitgliedschaft im Betriebsrat in andere Abteilungen übernommen. Für die restl. Arbeitnehmer, darunter den Kl., leitete die Beklagte am 16.06.1992 das Anhörungsverfahren zur Kündigung ein. In der dem Betriebsrat übergebenen Liste mit den Sozialdaten der betroffenen Arbeitnehmern sind die neun Arbeitnehmer, die die Posten der Schlußredakteure erhalten sollten, nicht aufgeführt. Der Betriebsrat widersprach den beabsichtigten Kündigungen mit Schreiben vom 22.06.1992. Am 22./23.06.1992 beendeten die neun als Schlußredakteure ausgewählten Arbeitnehmer durch auf den 11.06.1992 rückdatierte Eigenkündigung ihre Arbeitsverhältnisse und schlossen neue Arbeitsverträge ab, nachdem der Betriebsrat des UBZ bereits am 15. 6. 1992 ihrer Einstellung zugestimmt hatte. Mit Schreiben vom 23.06.1993 wurde den restl. Arbeitnehmern, darunter dem Kläger, gekündigt.

Der Kläger hält die Kündigungen für sozialwidrig und behauptet, die neun in die Schlußredaktionen des UBZ versetzten Mitarbeiter übten, nur mit Hilfeanderer Techniken, nach wie vor die gleichen Tätigkeiten wie vor ihrer Versetzung aus. Auch wenn sie sich jetzt "technische Schlußredakteure" nennen dürften, hätten sie keinerlei Verantwortung und Freiheiten bei der Änderung von Texten oder dem Seitenaufbau und dürften auch nicht an den Texten herummanipulieren. Sie seien ledigl. für die Technik, nicht jedoch für den Inhalt der Texte verantwortl. Ihre jetzige Tätigkeit in den Schlußredaktionen sei gegenüber ihrer bisherigen Tätigkeit nicht als höherwertig anzusehen. Ledigl. die andere Gehaltsstruktur habe zu Einkommensverbesserungen geführt, die im übrigen bei Berücksichtigung aller Zuschläge nur geringfügig seien. Bei der Besetzung dieser Stellen hätte die Beklagte eine Sozialauswahl vornehmen müssen, die angesichts der unstreitigen Sozialdaten dazu geführt hätte, dass an seiner Stelle der Arbeitnehmer V. hätte entlassen werden müssen. Er sei auch ohne weiteres geeignet gewesen, die Position eines Schlußredakteurs einzunehmen. Dass die Beklagte selbst von seiner Eignung ausgegangen sei, ergebe sich daraus, dass die neun Arbeitsplätze unter allen Arbeitnehmern der Satzherstellung ausgeschrieben worden seien.

Auch die Betriebsratsanhörung sei fehlerhaft. Die Beklagte habe das Scheitern der Verhandlungen über den Interessenausgleich zum Anlaß genommen, nunmehr möglichst unter Ausschaltung des Betriebsrates des UBD H. Fakten zu schaffen, die die zuvor während der Verhandlungen über den Interessenausgleich angebotenen Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten für die betroffenen Arbeitnehmern hätten beseitigen sollen. Der Urlaub der Betriebsratsvorsitzenden sei ausgenutzt worden, den Betriebsrat des UBD H. zwar zu den Kündigungen anzuhören, ihm aber die wesentl. Fakten zu verschweigen. Gerade die Tatsache, dass zum Zeitpunkt der Anhörung die Besetzung der Schlußredakteursposten durch sozial stärkere Arbeitnehmer noch nicht abgeschlossen gewesen sei, sei dem Betriebsrat verschwiegen worden, indem diese Arbeitnehmer bei der Anhörung und in der Liste mit den Sozialdaten nicht erwähnt worden seien. Damit sei der Sachverhalt dem Betriebsrat gegenüber bewußt falsch dargestellt worden und die Beklagte

habe dem Betriebsrat durch bewußtes Verschweigen wichtiger Tatsachen praktisch die Möglichkeit genommen, sich für eine Sozialauswahl zugunsten der sozial schwächeren Arbeitnehmer einzusetzen, die wie er einen der Schlußredakteursposten auch hätten ausfüllen können.

Der Kläger hat - soweit für die Revisionsentscheidung noch von Interesse - beantragt festzustellen, dass sein Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten mit Schreiben vom 23.06.1992 nicht zum 31.12.1992 aufgelöst worden ist.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat behauptet, bei den neu eingerichteten Arbeitsplätzen für technische Schlußredakteure habe es sich um Beförderungsstellen gehandelt. Die Schlußredakteure benötigten nicht nur satztechnische, sondern auch grafische Fähigkeiten. Neben der Textbearbeitung und dem geometrischen Aufbau der Ganzseite obliege ihnen auch die Koordination und Ablieferung der Text- und Bildvorlagen. Sie hätten auch gewisse Freiheiten bei der Änderung von Texten, beim Seitenaufbau etc. In der bisherigen Satzherstellung sei es demgegenüber ledigl. um handwerkli. Tätigkeiten gegangen. Schon das erhebli. höhere Tarifgehalt für Redakteure zeige, dass es sich um echte Beförderungsstellen handele. Zu einer Beförderung des Klägers sei sie nicht verpflichtet gewesen. Deshalb sei auch eine Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten nicht in Betracht gekommen.

Die Betriebsratsanhörung sei nicht zu beanstanden. Der Sachverhalt hinsichtl. der Besetzung der Schlußredakteursposten sei dem Betriebsrat bei der Anhörung mündl. dargelegt worden. Die Sozialdaten der für die Besetzung der Stellen ausgewählten Arbeitnehmer hätten dem Betriebsrat vorgelegen.

Das ArbG hat die Klage abgewiesen. Das LAG hat nach dem Klageantrag erkannt. Die vom Senat zugelassene Revision der Beklagten hat Erfolg.

Aus den Gründen:

Das Berufungsurteil war aufzuheben und der Rechtsstreit an das LAG zurückzuverweisen, wobei der Senat von der Möglichkeit des § 565 Absatz 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht hat.

A. Das LAG hat angenommen, die Kündigung sei bereits deshalb unwirksam, weil die Beklagte die Schlußredakteursposten nicht aufgrund einer Sozialauswahl nach § 1 Absatz 3 KSchG besetzt habe. Eine Auslegung der Erklärungen und des Verhaltens der Beklagten aus der Sicht des Klägers ergebe, dass sich die Beklagte verpflichtet habe, die Auswahl unter den Bewerbern für die Besetzung der Schlußredakteursposten auch unter Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte und nicht allein nach unternehmerischen Interessen vorzunehmen. Dies ergebe sich vor allem aus der Ausschreibung der Stellen allein im Betriebsteil Satzherstellung. Außerdem habe die Beklagte bei der Anhörung des Betriebsrates zur Kündigung und in dem Kündigungsschreiben ausdrückl. darauf abgestellt, ihre Entscheidung sei unter Abwägung aller sozialen Gesichtspunkte der vergleichbaren

Arbeitnehmer und der betriebl. Bedürfnisse getroffen worden. Trotzdem habe sie ohne jegl. Begründung bei der Auswahlentscheidung soziale Gesichtspunkte überhaupt nicht berücksichtigt. Die Beklagte könne sich nicht darauf berufen, dass sie die fragl. Arbeitsplätze einen Tag vor der Kündigung des Klägers bereits besetzt habe. Die Frage der fachl. und persönl. Eignung des Klägers für die Arbeit eines technischen Schlußredakteurs sei ohne Belang, weil zunächst eine soziale Auswahl hätte erfolgen müssen, bevor § 1 Absatz 3 Satz 2 KSchG anwendbar gewesen sei. Insoweit sei auch der Sachvortrag der Beklagten nicht ausreichend. Es bleibe unklar, über welche grafischen Fähigkeiten der technische Schlußredakteur verfügen müsse und worin seine Freiheit bei Gestaltung von Seiten liegen könne.

B. Dem vermochte der Senat nicht zu folgen. Der vom LAG festgestellte Sachverhalt läßt keine abschließende Beurteilung zu, ob die Kündigung mangels ausreichender Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte (§ 1 Absatz 3 KSchG) sozial ungerechtfertigt und damit rechtsunwirksam ist. Die Beklagte hatte eine Sozialauswahl zwischen dem Kläger und dem als technischen Schlußredakteur weiterbeschäftigten Arbeitnehmer V. nur dann vorzunehmen, wenn die neun in die Schlußredaktionen des UBZ versetzten Mitarbeiter im wesentl. die gleichen Tätigkeiten aus- übten, die sie schon vor ihrer Versetzung verrichtet hatten und wenn der Kläger für einen Einsatz als technischer Schlußredakteur geeignet war. Insoweit hat das LAG jedoch keine tatsächl. Feststellungen getroffen.

I.1. Gemäß § 1 Absatz 2 KSchG ist eine Kündigung u. a. dann sozial ungerechtfertigt, wenn sie nicht durch dringende betriebl. Erfordernisse bedingt ist, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen. Trifft der Arbeitgeber die unternehmerische Entscheidung, eine bestimmte Abteilung seines Betriebes zu schließen, so ist diese Unternehmerentscheidung selbst zwar nicht auf ihre sachl. Rechtfertigung oder ihre Zweckmäßigkeit hin zu überprüfen, sondern nur darauf, ob sie offenbar unvernünftig oder willkür. ist (BAG 31, 157, 162 = AP Nr. AP KSCHG1969 § 1 6 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung [II 1b derGründe]; BAG 55, 262, 270 ff. = AP Nr. AP KSCHG1969 § 1 42 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung [III 2b, c der Gründe]). Vom Gericht voll nachzuprüfen ist aber, ob durch die innerbetriebl. Umsetzung dieser Unternehmerentscheidung das Bedürfnis für die Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer entfallen ist (BAG 65, 61 = AP Nr. AP KSCHG1969 § 1 50 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung).

Besteht die unternehmerische Entscheidung im wesentl. darin, eine Abteilung des Betriebes zu schließen und die dort bisher erledigten Arbeiten nach einer Umorganisation des Arbeitsablaufs einer anderen Abteilung zuzuordnen, so macht dies allein noch keine betriebsbedingte Kündigung der in der geschlossenen Abteilung bisher beschäftigten Arbeitnehmer erforderl. Bei einer derartigen Umgestaltung des Arbeitsablaufs fallen überhaupt keine Arbeitskapazitäten weg. Die bisher geleisteten Arbeiten fallen nach wie vor an und es besteht ein entspr. Beschäftigungsbedarf für die in der geschlossenen Abteilung freigesetzten Arbeitnehmer. Die Unternehmerentscheidung, die Arbeiten mit dem Ziel einer

Kosteneinsparung nach einer Umgestaltung des Arbeitsablaufs in eine andere Abteilung zu verlagern, hindert den Arbeitgeber nicht, die bisherigen Arbeitsplatzinhaber - soweit sie damit einverstanden sind - einfach in die neue Abteilung zu versetzen und sie dort ihre Arbeit verrichten zu lassen. Ein betriebl. Erfordernis zur Kündigung der betroffenen Arbeitnehmer kann sich deshalb bei im wesentl. gleichbleibender Tätigkeit nicht allein aus der Entscheidung des Arbeitgebers ergeben, bestimmte Arbeitsplätze umzugestalten und einer anderen Abteilung zuzuordnen.

2. Es stellt auch keinen betriebsbedingten Kündigungsgrund dar, wenn der Arbeitgeber bei im wesentl. gleichbleibender Tätigkeit den Arbeitsplatz eines Arbeitnehmers so umgestaltet, dass es sich nunmehr um eine Beförderungsstelle handelt. Wenn der Senat bisher von dem Grundsatz ausgegangen ist, das KSchG diene nur dem Bestandsschutz und gewähre dem Arbeitnehmer keinen Anspruch auf Beförderung (BAG 65, 61 = AP Nr. AP KSCHG1969 § 1 50 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; Urt. vom 07.02.1991 - 2 AZR 205/90 - AP Nr. AP KSCHG1969 § 1 1 zu § 1 KSchG 1969 Umschulung), so betraf dies nur Fälle, in denen die bisherigen Arbeitsmöglichkeiten für den Arbeitnehmer weggefallen waren und es um die Beschäftigung des Arbeitnehmers mit anderen Arbeiten ging. In derartigen Fällen ist die Eingrenzung des Arbeitnehmers auf den Bestandsschutz seines Arbeitsverhältnisses und der Ausschluß eines Beförderungsanspruchs durch das KSchG vorgegeben. Geht es um die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers auf einem zufällig gerade freien Arbeitsplatz, ggf. nach zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen (§ 1 Absatz 2 Satz 3 KSchG), so würde die unternehmerische Freiheit des Arbeitgebers beeinträchtigt, den Arbeitsplatz nach seinen Wünschen zu besetzen, wollte man dem Arbeitnehmer einen Beförderungsanspruch geben. Die Annahme einer vertikalen Vergleichbarkeit bei der Sozialauswahl nach § 1 Absatz 3 KSchG würde darüber hinaus zu einem durch das KSchG nicht gerechtfertigten Verdrängungswettbewerb führen.

Anders stellt sich die Rechtslage jedoch bei der nach § 1 Absatz 2 Satz 1 KSchG erforderl. Prüfung dar, ob ein dringendes betriebl. Erfordernis einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers im Betrieb entgegensteht. Fällt die von dem Arbeitnehmer bisher verrichtete Arbeit nicht weg, sondern wird vom Arbeitgeber ledigl. der Arbeitsablauf umgestaltet, so stellt dies für sich genommen kein betriebl. Erfordernis dar, dem Arbeitnehmer zu kündigen. Der Arbeitgeber hat hier seine Einstellungsentscheidung bereits getroffen und der ultima-ratio-Grundsatz des KSchG gebietet ihm, soweit möglich den bisherigen Arbeitsplatzinhaber weiterzubeschäftigen. Stellt z. B. ein Flugunternehmen seinen Flugzeugpark von Propellermaschinen auf Jets um (so der Ausgangsfall von BAG Urt. vom 07.05.1968 - 1 AZR 407/67 - BAG 21, 6 = AP Nr. AP KSCHG § 1 18 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung), so berechtigt dies den Arbeitgeber nicht, den bisher beschäftigten Piloten "betriebsbedingt" zu kündigen, um sich auf dem freien Arbeitsmarkt nach jüngeren, besser ausgebildeten und evtl. sogar geringer bezahlten Piloten umzusehen. Nichts anderes kann gelten, wenn der Arbeitgeber unter Beibehaltung bisheriger Arbeitskapazitäten den Arbeitsplatz zu einer Beförderungsstelle umgestaltet. Sonst hätte es der Arbeitgeber in der Hand, einem mißliebigen Arbeitnehmer betriebsbedingt mit der Begründung zu kündigen, auf eine

Beförderung auf seinen inzwischen aufgewerteten Arbeitsplatz habe er keinen Anspruch und andere Arbeitsmöglichkeiten seien nicht vorhanden. Das Arbeitsverhältnis des bisherigen Arbeitsplatzinhabers genießt insoweit Bestandsschutz. Da die Arbeitskapazität nach wie vor vorhanden ist, kann der Arbeitgeber die Kündigung dadurch vermeiden, dass er dem Arbeitnehmer die nunmehr höher zu bewertenden Arbeiten zuweist. Ein dringendes betriebl. Erfordernis zur Kündigung besteht deshalb nicht.

3. Eine betriebsbedingte Kündigung läßt sich allerdings nur dann vermeiden, wenn neben dem Fortbestehen bisheriger Beschäftigungsmöglichkeiten der Arbeitnehmer auch von seinen Fähigkeiten und seiner Vorbildung her geeignet ist, die Arbeitsleistung auf dem umgestalteten Arbeitsplatz zu erbringen. Es unterliegt grundsätzl. der freien unternehmerischen Entscheidung, das Anforderungsprofil für einen eingerichteten Arbeitsplatz festzulegen. Soweit die Erfüllung bestimmter Voraussetzungen für die sachgerechte Erledigung der Arbeitsaufgaben erforderl. ist, kann die unternehmerische Entscheidung nur daraufhin überprüft werden, ob sie offenbar unsachl. ist (vgl. BAG 55, 262 = AP Nr. AP KSCHG1969 § 1 42 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAG Ur. vom 23.08.1990 - 2 AZR 57/90 -, RzK I 7b Nr. 10). So ist die Entscheidung des Arbeitgebers, bestimmte Tätigkeiten nur von Arbeitnehmern mit besonderer Qualifikation ausführen zu lassen oder z. B. aus Sicherheitsgründen bei bestimmten Kontrollaufgaben ausreichende Sprachkenntnisse zu verlangen, grundsätzl. zu respektieren.

Dies verkennt das LAG, wenn es ausdrückl. ungeprüft läßt, ob der Kläger die erforderl. Kenntnisse und Fähigkeiten für die Arbeit eines technischen Schlußredakteurs mitbringt.

4. Ändert der Arbeitgeber die Arbeitsorganisation und es verbleiben gegenüber den früheren Beschäftigungsmöglichkeiten nur eine geringere Anzahl anders strukturierter Beschäftigungsmöglichkeiten, so hat der Arbeitgeber unter den Arbeitnehmern, die für die Arbeit auf den neu gestalteten Arbeitsplätzen persönl. und fachl. geeignet sind, eine Sozialauswahl nach § 1 Absatz 3 KSchG vorzunehmen (Senatsurt. vom 23.08.1990 - 2 AZR 57/90 - RzK I 7b Nr. 10). Wird z. B. eine Betriebsabteilung geschlossen, in der 40 Arbeitnehmer tätig sind und schafft der Arbeitgeber gleichzeitig in einer anderen Betriebsabteilung Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten für 10 Arbeitnehmer, so lassen zwar die betriebl. Erfordernisse die Weiterbeschäftigung aller 40 Arbeitnehmer nicht zu. Betriebsbedingt sind aber nur 30 Kündigungen. Welche Kündigung betriebsbedingt ist, läßt sich erst nach einer Auswahlentscheidung bestimmen. Diese Auswahl ist gemäß § 1 Absatz 3 KSchG zu treffen.

5. Geht es ledigl. um die Verlagerung von Arbeitskapazitäten von einer Abteilung in die andere, so ist eine Sozialauswahl nach § 1 Absatz 3 KSchG auch dann erforderl., wenn nicht ledigl. eine Verlagerung der Arbeiten in eine andere Abteilung desselben Betriebes erfolgt, sondern gleichzeitig mit der Umstrukturierung der Arbeitsplätze die Arbeiten in einen anderen Betrieb des Unternehmens verlagert werden. Nach § 1 Absatz 2 Nr. 1b KSchG ist die Kündigung sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer in einem anderen Betrieb des

Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann. Die bloße Verlagerung des Arbeitsplatzes in einen anderen Betrieb desselben Unternehmens stellt damit nach der Wertung des Gesetzgebers kein dringendes betriebl. Erfordernis zur Kündigung dar.

a) Soll wegen Wegfalls von Beschäftigungsmöglichkeiten mehreren Arbeitnehmern gekündigt werden, steht dem Arbeitgeber aber in einem anderen Betrieb des Unternehmens ein freier Arbeitsplatz zur Verfügung, der mit einem von diesen Arbeitnehmern besetzt werden könnte, so wird teilweise vertreten, dass dann eine Sozialauswahl entspr. § 1 Absatz 3 Satz 1 KSchG stattzufinden hat (LAG Düsseldorf Teilurt. vom 09.07.1993 - 9 (2) Sa 169/93 - EzA-SD 1994 Nr. 21, 8; Weller, ArbuR 1986, ARBUR Jahr 1986 Seite 225, ARBUR Jahr 1986 Seite 230; vgl. Ascheid, Kündigungsschutzrecht, Rz. 309).

b) Es kann hier dahinstehen, ob dem in dieser Allgemeinheit zu folgen ist. Es geht im vorl. Fall nicht darum, dass bei einem Wegfall von Beschäftigungsmöglichkeiten mehreren Arbeitnehmern gekündigt werden müsste und dies nur deshalb teilweise vermieden werden kann, weil zufällig in einem anderen Betrieb des Unternehmens in geringerem Umfang andere Arbeitsmöglichkeiten vorhanden sind. Werden hingegen ledigl. die vorhandenen Arbeitsplätze umstrukturiert und wird ihre Anzahl verringert, so geht es für die betroffenen Arbeitnehmer nicht um eine Weiterbeschäftigung auf einem anderen, sondern auf ihrem bisherigen Arbeitsplatz. Daher hat der Arbeitgeber, wenn die Arbeitskapazitäten in dem bisherigen Beschäftigungsbetrieb verbleiben, unter den betroffenen Arbeitnehmern eine Sozialauswahl vorzunehmen. Dieses Erfordernis der Sozialauswahl kann er nicht dadurch umgehen, dass er durch eine weitere unternehmerische Maßnahme zugleich die Arbeitsplätze in einen anderen Betrieb seines Unternehmens verlagert. Mit einer von der Rechtspr. bisher abgelehnten betriebsübergreifenden Sozialauswahl (vgl. Senatsurt. vom 26.02.1987 - 2 AZR 177/86 - AP Nr. AP KSchG1969 § 1 15 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl) hat dies nichts zu tun. Die Sozialauswahl findet ledigl. zwischen den Arbeitnehmern eines Betriebes statt.

6. Der Arbeitgeber hat es nicht in der Hand, den Kündigungsschutz des Arbeitnehmers dadurch leerlaufen zu lassen, dass er zunächst die umgestalteten Arbeitsplätze besetzt und dann erst den übrigen Arbeitnehmern kündigt (so schon Senatsurt. vom 23.08.1990 - 2 AZR 57/90 - RzK I 7b Nr. 10). Zu Recht hat das LAG hier § 162 BGB angewandt. Zwar ist bei der Beurteilung des Kündigungssachverhalts grundsätzl. auf den Kündigungszeitpunkt abzustellen. Dies bedeutet aber nicht, wie die Revision meint, dass bei einer vorweggenommenen Stellenbesetzung durch den Arbeitgeber der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers entfällt, weil bei isolierter Betrachtung der Sachlage im Kündigungszeitpunkt eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit nicht - mehr - besteht und auch eine Sozialauswahl nicht - mehr - vorgenommen werden kann. Erfolgen die Besetzung der freien Stelle und die Kündigung gewissermaßen uno actu aufgrund eines einheitl. Entschlusses, so sind beide Erklärungen des Arbeitgebers bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 1 KSchG auch als Einheit zu würdigen. Dies gilt sowohl bei der Prüfung, ob für den zu kündigenden



Arbeitnehmer im Betrieb oder Unternehmen andere Beschäftigungsmöglichkeiten bestehen, als auch für die Nachprüfung der erforderl. Sozialauswahl nach § 1 Absatz 3 KSchG.

a) Ist die bisherige Beschäftigungsmöglichkeit für einen Arbeitnehmer weggefallen, bestehen aber in dem Zeitpunkt, in dem der Arbeitgeber den Kündigungsentschluß faßt, für den zu kündigenden Arbeitnehmer andere Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten in demselben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens, so kann der Arbeitgeber diese Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten nicht dadurch zunichte machen, dass er die freien Stellen - etwa mit einem externen Bewerber - zuerst besetzt und erst dann die Kündigung ausspricht (§ 162 BGB).

b) Das gleiche gilt für die Sozialauswahl. Ist der Arbeitgeber nach § 1 Absatz 3 KSchG verpflichtet, nach sozialen Gesichtspunkten auszuwählen, welchen der zur Kündigung anstehenden Arbeitnehmer er auf einem freien Arbeitsplatz weiterbeschäftigt und wem er kündigt, so kann er nicht die Besetzung der freien Stellen vorziehen und sich dann auf den Standpunkt stellen, im Kündigungszeitpunkt sei infolge der durch ihn selbst vorgenommenen Stellenbesetzung kein vergleichbarer Arbeitnehmer mehr vorhanden gewesen, der für eine Sozialauswahl in Betracht gekommen sei.

c) Erst recht kann der Arbeitgeber die erforderl. Sozialauswahl nicht dadurch unterlaufen, dass er nach vollzogener Auswahlentscheidung ohne Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte mit den Arbeitnehmern, die er weiterbeschäftigen möchte, vereinbart, diese sollten selbst kündigen und würden unmittelbar im Anschluß an diese Kündigung den neuen Arbeitsvertrag erhalten. Der Arbeitgeber hat es nicht in der Hand, durch solche gezielten Maßnahmen die Sozialauswahl leerlaufen zu lassen (vgl. auch hier Senatsurt. vom 23.08.1990 - 2 AZR 57/90 - RzK I 7b Nr. 10).

II. Wendet man diese Grundsätze auf den vorl. Fall an, so ist noch keine abschließende Beurteilung möglich, ob die Wirksamkeit der Kündigung an der fehlerhaften Sozialauswahl scheitert.

1. Nach dem Vorbringen des Klägers hat die Beklagte ledigl. die nach wie vor anfallenden Satzarbeiten in einen anderen Teil ihres Unternehmens verlagert, und die in die Schlußredaktionen des UBZ versetzten Arbeitnehmer üben dort im wesentl. die gleichen Tätigkeiten aus, die sie schon vor ihrer Versetzung verrichtet haben; es handelt sich bei diesen Stellen von "technischen Schlußredakteuren" auch nicht um echte Beförderungsstellen, und die Eignung des Klägers, diese Arbeiten nach einer gewissen Einarbeitung zu verrichten, steht außer Frage. Trifft dieses Vorbringen des Klägers zu, so scheitert die Wirksamkeit der Kündigung der Beklagten an § 1 Absatz 3 KSchG, weil die Beklagte anstelle des Klägers den Arbeitnehmer V. hätte entlassen müssen.

Bestand die unternehmerische Entscheidung der Beklagten im wesentl. darin, die Satzproduktion der betriebseigenen Setzerei zu entziehen und einer andere Abteilung

zuzuordnen, so machte dies allein noch keine betriebsbedingte Kündigung der betroffenen Setzer erforderl., denn die bisher in der Abteilung Satzherstellung geleistete Arbeit fiel nach wie vor an und wurde nur nach einer Umgestaltung des Arbeitsablaufs einer anderen Abteilung zugeordnet. Auch wenn es sich bei den neu geschaffenen Positionen für Schlußredakteure um Beförderungsstellen handelte, stellte dies allein noch keinen Grund dar, der eine betriebsbedingte Kündigung erforderl. gemacht hätte. Der Kläger war auch nach seinem Vorbringen durchaus geeignet, einen der neuen Schlußredakteursposten einzunehmen. Damit war die Beklagte verpflichtet, unter den Arbeitnehmern, die sich um die neun Schlußredakteursstellen beworben hatten, insbesondere zwischen dem Kläger und dem Arbeitnehmer V., nach § 1 Absatz 3 KSchG eine Sozialauswahl vorzunehmen. Wegen § 162 BGB kann sich die Beklagte auch nicht darauf berufen, dass sie die Schlußredakteurspositionen unmittelbar vor Ausspruch der Kündigung des Klägers schon besetzt hatte. Im Hinblick auf die anstehende Entscheidung, welchen der in der Satzherstellung beschäftigten Arbeitnehmern gekündigt werden sollte, hat die Beklagte die zur Verfügung stehenden Arbeitsplätze für Schlußredakteure ausgeschrieben und dann unter den Arbeitnehmern, die sich wie der Kläger beworben hatten, eine Auswahl getroffen, wen sie weiterbeschäftigen wollte. Erst dann trat sie mit den ausgewählten Arbeitnehmern in Verhandlungen ein, die zu der vom LAG als merkwürdig bezeichneten Konstruktion führten, die alten Anstellungsverträge zu kündigen und sofort neue Verträge mit diesen Arbeitnehmern abzuschließen. Wie sich aus dem Antrag an den Betriebsrat des UBZ auf Zustimmung nach § 99 BetrVG ergibt, wurde dieses Verfahren offensichtl. gewählt, weil nach Ansicht der Beteiligten damit der Betriebsrat des abgebenden Betriebes der Umsetzung nicht zustimmen mußte. Durch solche selbst geschaffenen Fakten kann der Kündigungsschutz nicht umgangen werden.

War nach alledem, unterstellt man das Vorbringen des Klägers als richtig, nach § 1 Absatz 3 KSchG eine Sozialauswahl erforderl., so führt dies zur Unwirksamkeit der Kündigung. Nach den Feststellungen des LAG, gegen die die Revision keine Rügen erhoben hat, ist davon auszugehen, dass die Beklagte bei ihrer Auswahlentscheidung soziale Gesichtspunkte nicht ausreichend berücksichtigt hat. Zumindest der Arbeitnehmer V., auf den sich der Kläger beruft und der dem Betrieb erhebl. kürzere Zeit angehört und erhebl. jünger ist als der Kläger, ist sozial stärker als dieser und ihm hätte bei Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte anstatt des Klägers gekündigt werden müssen. Im übrigen hat auch der Betriebsrat aus diesem Grund der Kündigung widersprochen.

2. Sind demgegenüber, wie dies die Beklagte im Prozeß dargestellt hat, die Arbeitsmöglichkeiten für Setzer im UBD H. ersatzlos weggefallen und standen der Beklagten nach der Umgestaltung des Arbeitsablaufs in den Redaktionen nur noch Beschäftigungsmöglichkeiten zur Verfügung, die mit den bisher von den Setzern verrichteten Arbeiten nicht mehr vergleichbar waren, so war die Beklagte nicht verpflichtet, nach § 1 Absatz 3 KSchG eine Sozialauswahl vorzunehmen.

Unterscheidet sich der Arbeitsbereich der technischen Schlußredakteure wesentl. von dem früheren Arbeitsbereich der Setzer in der Satzherstellung (Terminüberwachung, eigenständige grafische Gestaltung, selbständige Änderungs- und Gestaltungsmöglichkeiten), so ist das bisherige Arbeitsgebiet des Klägers weggefallen und es waren im Zeitpunkt der Kündigung nur andersgeartete Beschäftigungsmöglichkeiten im Unternehmen vorhanden; insoweit handelte es sich nach Darstellung der Beklagten allerdings um Beförderungsstellen. Für diese Sachverhaltsgestaltung ist an dem Grundsatz festzuhalten, dass der Arbeitgeber bei Wegfall des bisherigen Arbeitsgebietes seines Arbeitnehmers nicht gehalten ist, diesem mit Rücksicht auf § 1 Absatz 3 KSchG (vgl. aber noch unten zu III) zur Vermeidung einer Beendigungskündigung eine freie "Beförderungsstelle" anzubieten (Senatsurt. vom 29.03.1990 - 2 AZR 369/89 - BAG 65, 61 = AP Nr. AP KSchG1969 § 1 50 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung).

3. Welche der beiden Sachverhaltsgestaltungen vorliegt, hat das LAG nicht festgestellt. Es fehlen insbesondere tatsächl. Feststellungen zu der früheren Tätigkeit der Setzer im UBD im Vergleich zu der Tätigkeit der technischen Schlußredakteure auf den neu eingerichteten Arbeitsplätzen. Dies wird nachzuholen sein. Es ist jedenfalls, wie die Revision zu Recht rügt, rechtsfehlerhaft, wenn das LAG die Anwendbarkeit des § 1 Absatz 3 KSchG allein aus dem Verhalten der Beklagten vor der Kündigung abgeleitet und dabei ausdrückl. das konkrete Anforderungsprofil der Schlußredakteurspositionen und die fachl. Eignung des Klägers für eine Arbeit als technischer Schlußredakteur unberücksichtigt gelassen hat.

4. Nach dem bisherigen Vorbringen der Beklagten spricht allerdings vieles dafür, dass die neun neu eingerichteten Schlußredakteursstellen "die für die Übernahme der Satzarbeiten in den Redaktionen des UBZ erforderl. Arbeitsplätze" darstellten - so ausdrückl. in dem Schreiben der Beklagten vom 12.06.1992 an den Betriebsrat des UBZ -, so dass davon auszugehen ist, dass die "technischen" Schlußredakteure im wesentl. die früher von den Setzern im UBD geleisteten Satzarbeiten zu übernehmen hatten. Die technische Umgestaltung des Arbeitsablaufs ist insoweit, zumindest nach dem bisherigen Parteivorbringen, nicht von entscheidendem Gewicht, denn schon im UBD erfolgten die Satzarbeitenunstreitig mittels EDV, so dass allenfalls eine Umstellung auf ein neues EDV-System erforderl. war. Auch die Versetzung in einen anderen Tarifbereich mit der Folge einer anderen tarifl. Eingruppierung (höheres tarifl. Grundgehalt als Redakteur, dafür Wegfall von Zulagen in erhebl. Höhe) stellt allein noch keine wesentl. Änderung der Arbeit dar. Es wird demgegenüber entscheidend darauf ankommen, ob der Beklagten der Nachweis gelingt, dass zu den bisherigen Tätigkeiten in der Satzherstellung wesentl. neue Aufgaben, nämlich typische Redakteurstätigkeiten hinzugekommen sind, so dass sich bei einer Gesamtbetrachtung eine wesentl. Änderung des Arbeitsbereichs feststellen läßt. Das bisherige Vorbringen der Beklagten ist insoweit nicht hinreichend konkret, um eine abschließende Bewertung der Tätigkeit der betreffenden Arbeitnehmer in der Satzherstellung im UBD und später in den Schlußredaktionen durch den Senat zu ermöglichen.

III. Auch wenn das LAG zu der Feststellung gelangt, bei den Schlußredakteurspositionen habe es sich um andersgeartete Beschäftigungsmöglichkeiten gehandelt, durfte die Beklagte allerdings auch bei dieser Sachverhaltsgestaltung soziale Gesichtspunkte nicht völlig unberücksichtigt lassen. Die Beklagte hat sich durch eine Absprache mit dem zuständigen Betriebsrat verpflichtet, die Schlußredakteursposten nur den zur Kündigung anstehenden Arbeitnehmern aus der Satzherstellung anzubieten, und entspr. auch die Ausschreibung durchgeführt. Damit hat sie sich den betroffenen Arbeitnehmern gegenüber selbst gebunden, die Kündigung nach Möglichkeit durch eine Versetzung in die Schlußredaktionen zu vermeiden. Die Auswahlentscheidung, welche Arbeitnehmer sie in deren Einverständnis letztl. in Ausübung ihres Direktionsrechts auf die begehrten Arbeitsplätze in den Redaktionen versetzte, durfte die Beklagte deshalb bei dieser Fallgestaltung nicht nach freiem Belieben, sondern nur nach billigem Ermessen i. S. von § 315 Absatz 3 BGB treffen (vgl. allgemein BAG 33, 71, 75 = AP Nr. AP BGB § 611 26 zu § 611 BGB Direktionsrecht [III 1 der Gründe]; BAG 47, 314, 321 = AP Nr. AP KSchG1969 § 6 zu § 2 KSchG 1969 [II 3b der Gründe]; BAG Ur. vom 23.06.1993 - 5 AZR 337/92 - AP Nr. AP BGB § 611 42 zu § 611 BGB Direktionsrecht [II 1 der Gründe]). Die Grundsätze der Billigkeit sind gewahrt, wenn alle wesentl. Umstände des Falles abgewogen und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt sind (BAG Ur. vom 23.06.1993 AP Nr. 42 zu § BGB § 611 BGB Direktionsrecht). Es entspricht nicht der Billigkeit, wenn der Arbeitgeber bei derartigen Versetzungs- bzw. Änderungsangeboten zur Vermeidung von Kündigungen ledigl. unternehmerische Interessen verwirklicht und z. B. allein darauf abstellt, welcher Arbeitnehmer aus einer Sicht am besten geeignet scheint. Die gesetzl. Wertung in § 1 Absatz 3 KSchG zeigt, dass die sozialen Belange der von einer derartigen Kündigung betroffenen Arbeitnehmer bei einer solchen Auswahlentscheidung jedenfalls nicht völlig unberücksichtigt bleiben dürfen. Dies hat die Beklagte offensichtl. selbst so gesehen, wenn sie noch im Anhörungsschreiben an den Betriebsrat und dem Kündigungsschreiben formuliert, die Kündigung erfolge unter Berücksichtigung aller sozialen Gesichtspunkte, wie z. B. Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Familienstand, Kinder etc., was nach dem vom LAG festgestellten Sachverhalt nicht zutraf. Danach hat die Beklagte bei ihrer Auswahlentscheidung die sozialen Belange des Klägers überhaupt nicht berücksichtigt. Dies würde gegen eine Billigkeit der getroffenen Auswahlentscheidung sprechen. Es ist aber andererseits rechtsfehlerhaft, wenn das LAG demgegenüber die Frage der fachl. Eignung des Klägers im Verhältnis zu den als Schlußredakteuren ausgewählten Arbeitnehmern völlig unberücksichtigt gelassen und deshalb insoweit den Sachverhalt nicht weiter aufgeklärt hat. Berücksichtigt man die Tatsache, dass der Kläger nach den unstreitigen Sozialdaten erhebl. schutzbedürftiger war als der von ihm benannte Arbeitnehmer V., so ist bei der Prüfung der Entscheidung der Beklagten auf ihre Billigkeit hin gerade wesentl., welche sachl. Gesichtspunkte die Beklagte dazu bewogen haben, den erhebl. jüngeren und kürzer im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer V. dem Kläger vorzuziehen. Die Beklagte wird insoweit ihren Sachvortrag zu präzisieren haben.

C. Das LAG wird ggf. auch der Frage weiter nachzugehen haben, ob eine den Anforderungen des § 102 BetrVG entspr. Betriebsratsanhörung vorlag. Hat die Beklagte, wie

der Kläger vorträgt, den Betriebsrat unter Ausnutzung des Urlaubs der Betriebsratvorsitzenden über den wesentl. Kündigungssachverhalt, insbesondere die noch nicht vollzogene Besetzung der neun Schlußredakteursstellen, bewußt falsch informiert, so könnte dies zur Unwirksamkeit der Betriebsratsanhörung führen (st. Senatsrechtspr., vgl. zuletzt Urt. vom 22.09.1994 - 2 AZR 31/94 - AP Nr. AP BETRVG1972 § 68 zu § 102 BetrVG 1972). Auch insoweit ist der streitige Sachverhalt unaufgeklärt. Die Beklagte behauptet, dem Betriebsrat sei bei der Anhörung auch der Sachverhalt hinsichtl. der Schlußredakteursposten mündl. im einzelnen dargelegt worden.