

BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 656/08
13 Sa 244/08
Landesarbeitsgericht
Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
23. Februar 2010

URTEIL

Freitag, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 23. Februar 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Kreft, den Richter am Bundesarbeitsgericht Schmitz-Scholemann, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Berger sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. Roeckl und Schierle für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 13. Juni 2008 - 12 Sa 244/08 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung. 1

Die Beklagte ist ein Versicherungsunternehmen mit bundesweit ca. 58 Niederlassungen, sog. Vertriebsdirektionen. Sie unterhält an ihrem Sitz in H eine Hauptverwaltung (*sog. zentraler Innendienst*). In den Vertriebsdirektionen beschäftigte sie neben Außendienstmitarbeitern sog. Außendienstpartner (*ADP*), die jeweils unter der Leitung eines Außendienstpartner-Koordinators (*ADP-Ko*) standen. Deren Aufgabe war es, den Außendienst und den Vertriebsdirektor mit vor Ort zu erledigenden Verwaltungs- und Bürotätigkeiten zu unterstützen (*sog. dezentraler Innendienst*). 2

Der im April 1957 geborene Kläger ist ausgebildeter Versicherungskaufmann. Er ist seit 1973 bei der Beklagten tätig. Dabei war er zeitweise als Kundenberater eingesetzt. Zuletzt war er in der Vertriebsdirektion M, der etwa 80 Arbeitnehmer zugeordnet sind, als Außendienstpartner beschäftigt. Nebenberuflich ging er einer Außendiensttätigkeit auf Provisionsbasis nach. Er war außerdem bis zuletzt stellvertretender Vorsitzender des für die Vertriebsdirektion M gewählten Betriebsrats. 3

Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien finden aufgrund arbeitsvertraglicher Vereinbarung die Tarifverträge für das private Versicherungsgewerbe Anwendung. Nach § 4 des Manteltarifvertrags in der maßgebenden, seit 4

1. Januar 2006 geltenden Fassung (MTV) richtet sich die Vergütung der Angestellten des Innendienstes nach der Eingruppierung ihrer Tätigkeit in Gehaltsgruppen. Demgegenüber legt § 19 MTV für die Angestellten des Werbeaußendienstes ein Mindesteinkommen fest, auf das - soweit nichts anderes vereinbart ist - verdiente Provisionen anzurechnen sind.

Ein für die Angestellten des Innendienstes abgeschlossenes Rationalisierungsschutzabkommen (RSchA) in seiner maßgebenden, seit 1. Januar 2004 geltenden Fassung enthält in seinem § 5 Regelungen zur Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers bei Wegfall seines bisherigen Arbeitsplatzes. Nach § 7 Abs. 1 des Abkommens bedarf es zur Abgruppierung des Arbeitnehmers einer Änderungskündigung. Nach § 7 Abs. 2 hat der Arbeitgeber bei Mitarbeitern, die das 50. Lebensjahr vollendet haben und mindestens zehn Jahre ununterbrochen dem Unternehmen angehören, „im Einvernehmen mit der Arbeitnehmervertretung nach billigem Ermessen eine Gehaltssicherung zu treffen“ und ist „eine niedrigere tarifliche Eingruppierung“ nicht zulässig.

5

Die in den Vertriebsdirektionen beschäftigten Außendienstpartner waren ursprünglich in die Gehaltsgruppe VI MTV, die Koordinatoren in die Gehaltsgruppe VII MTV eingruppiert. Im Zuge einer Verlagerung von Verwaltungsaufgaben nach H wurden die Stellen im Jahr 2004 neu bewertet und jeweils um zwei Gehaltsgruppen herabgestuft. Aus diesem Anlass schloss die Beklagte mit dem Gesamtbetriebsrat eine besondere, über § 7 RSchA hinausgehende Vereinbarung zur Gehaltssicherung.

6

Nachdem der Kläger zunächst sein Einverständnis mit der beabsichtigten Umgruppierung angezeigt hatte, teilte ihm die Beklagte mit Schreiben vom 8. Juli 2004 mit, dass sie wegen des Widerspruchs einiger örtlicher Betriebsratsmitglieder entschieden habe, die „mit einem Sonderkündigungsschutz nach dem BetrVG ... versehenen Mitarbeiter“ für die Dauer des besonderen Kündigungsschutzes nicht „abzugruppieren“. Die zugleich erbetene ausdrückliche Zustimmung zur sofortigen einvernehmlichen Umgruppierung wurde vom Kläger verweigert. In der Folgezeit bezog er unver-

7

ändert Vergütung nach der Gehaltsgruppe VI MTV bei einem Bruttomonatsverdienst von 3.305,20 Euro.

Im Jahr 2007 entschied die Beklagte, ihren „dezentralen Innendienst“ zum 30. September 2007 bundesweit „zu schließen“ und dadurch etwa 300 Stellen abzubauen. Damit einhergehend beschloss sie, einen Teil der zuvor in den Vertriebsdirektionen ausgeführten Verwaltungstätigkeiten auf unterschiedliche Bereiche der Hauptverwaltung zu verlagern. Ein anderer Teil der Aufgaben, wie „Standardbürotätigkeiten“ zur Unterstützung des Vertriebsdirektors und „einfachste Büro- und Logistkarbeiten“, sollte spätestens ab 1. Oktober 2007 an einen externen Dienstleister vergeben werden. Sonstige Verwaltungstätigkeiten sollten ersatzlos entfallen. 8

Am 26. März 2007 vereinbarte die Beklagte mit dem Gesamtbetriebsrat einen Sozialplan, der ua. Regelungen über eine vorübergehende Verdienstsicherung beim Wechsel in den Werbeaußendienst enthält. 9

Mit Schreiben vom 29. März 2007 unterrichtete die Beklagte den Kläger über die anstehenden Veränderungen in seinem Arbeitsbereich. Zugleich bat sie um Mitteilung, ob er Interesse an einer möglichen Beschäftigung auf einem von mehreren in dem Schreiben genannten Arbeitsplätzen habe, ua. in einem Schadenszentrum oder im Außendienst. Für den Fall, dass er weder ein „eventuelles Arbeitsplatzangebot“, noch ein Angebot auf Abschluss eines Aufhebungsvertrags annehme, stellte sie eine betriebsbedingte Kündigung in Aussicht. 10

Durch Schreiben vom selben Tag bekundete der Kläger sein Interesse an einer Weiterbeschäftigung „im organisierenden Außendienst in der Vertriebsdirektion M“. Zugleich verwies er auf seine Bereitschaft, „über die Modalitäten einer Weiterbeschäftigung zu verhandeln“, soweit es zum endgültigen Wegfall des Arbeitsplatzes kommen sollte. 11

Der mit Schreiben vom 15. Juni 2007 nach § 102 BetrVG angehörte Betriebsrat der Vertriebsdirektion M war der Auffassung, die gegenüber dem Kläger beabsichtigte Beendigungskündigung bedürfe seiner Zustimmung nach § 103 BetrVG. Im Übrigen widersprach er der Kündigung mit der Begründung, 12

der Kläger könne eine Tätigkeit als „Außendienstmitarbeiter/Organisationsleiter“ in der Vertriebsdirektion übernehmen.

Mit Schreiben vom 26. Juni 2007 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis ordentlich zum 30. Juni 2008. Ab 1. Oktober 2007 stellte sie den Kläger von seiner Arbeitsleistung frei. 13

Der Kläger hat Kündigungsschutzklage erhoben und geltend gemacht, die Voraussetzungen des § 15 Abs. 5 KSchG lägen nicht vor. Jedenfalls sei die Beklagte ihrer Pflicht, ihn in eine andere Betriebsabteilung zu übernehmen, nicht nachgekommen. Geeignete Arbeitsplätze seien vorhanden gewesen, etwa die Stelle eines Bezirksdirektors oder die zum 1. Juli 2007 - unstrittig - neu geschaffene, mit einem anderen Arbeitnehmer besetzte Stelle einer „Nachwuchsführungskraft“. Zumindest hätte ihm die Stelle eines Agenturleiters im werbenden Außendienst angeboten werden müssen. Dabei habe er Anspruch auf eine dauerhafte Gehaltssicherung, der ihm sowohl auf der Grundlage der geltenden betrieblichen und tarifvertraglichen Regelungen wie auch nach § 15 KSchG zustehe. 14

Der Kläger hat beantragt 15
festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung vom 26. Juni 2007 nicht aufgelöst worden ist.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat geltend gemacht, die Voraussetzungen des § 15 Abs. 5 KSchG seien mit der Stilllegung des „dezentralen Innendienstes“ erfüllt. Eine Weiterbeschäftigung des Klägers in der Vertriebsdirektion M sei aus betrieblichen Gründen nicht möglich. Dort bestünden nur noch Arbeitsplätze, die - verglichen mit seiner zuletzt ausgeübten, nach der Tarifgruppe IV MTV zu bewertenden Tätigkeit - höherwertig seien. Das gelte insbesondere für die übertariflich dotierten Stellen des Bezirksdirektors und der „Nachwuchsführungskraft“. Diese Stellen seien zudem mit Führungsaufgaben verbunden bzw. auf eine dahingehende Qualifizierung gerichtet. Für die Stelle eines Agenturleiters ergebe sich die Höherwertigkeit aus der Möglichkeit, bis zu 7.500,00 Euro zu verdienen. Solche Stellen habe sie 16

dem Kläger nicht anbieten müssen. Unabhängig davon fehle ihm die erforderliche Eignung. Seiner Beschäftigung auf der Stelle eines Agenturleiters stehe zudem entgegen, dass er nicht bereit sei, die Tätigkeit zu den üblichen Bedingungen auszuüben.

Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Feststellungsbegehren weiter.

17

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Der Senat kann mangels ausreichender Tatsachenfeststellungen nicht abschließend beurteilen, ob das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung vom 26. Juni 2007 aufgelöst worden ist.

18

I. Die Revision ist nicht deshalb begründet, weil die Kündigung wegen fehlerhafter Anhörung des Betriebsrats nach § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG unwirksam wäre.

19

1. Da es sich bei der auf § 15 Abs. 5 KSchG gestützten Kündigung um eine ordentliche Kündigung handelt, hat die Anhörung des Betriebsrats nach § 102 BetrVG zu erfolgen (*BAG 3. April 1987 - 7 AZR 65/86 - zu B I der Gründe; KR/Etzel 9. Aufl. § 15 KSchG Rn. 95*). Einer Zustimmung des Betriebsrats gemäß § 103 BetrVG bedarf es nicht (*Senat 18. September 1997 - 2 ABR 15/97 - zu C II 2 a der Gründe, BAGE 86, 298*).

20

2. Für die Anhörung des Betriebsrats zu einer auf § 15 Abs. 5 KSchG gestützten Kündigung gelten die allgemeinen, zu § 102 BetrVG entwickelten Grundsätze. Die Mitteilungspflicht des Arbeitgebers ist subjektiv determiniert. Der Arbeitgeber muss dem Betriebsrat nicht alle objektiv kündigungserheblichen Tatsachen, sondern nur die aus seiner Sicht für die Kündigung ausschlaggebenden Umstände mitteilen (*st. Rspr., zuletzt Senat 23. Juni 2009*

21

- 2 AZR 474/07 - Rn. 34, AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 47 = EzA BGB 2002 § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 8; 13. März 2008
- 2 AZR 88/07 - Rn. 59, AP KSchG 1969 § 1 Nr. 87 = EzA KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 73; jeweils mwN). Eine aus Sicht des Arbeitgebers bewusst unrichtige oder unvollständige und damit irreleitende Darstellung führt zu einer fehlerhaften Anhörung des Betriebsrats (*Senat 23. Juni 2009 - 2 AZR 474/07 - mwN aaO*).

3. Danach ist die Betriebsratsanhörung nicht zu beanstanden. 22
- a) Die Beklagte hat den Betriebsrat mit Schreiben vom 15. Juni 2007 zur beabsichtigten Kündigung des Klägers angehört. Dabei hat sie sowohl dessen Tätigkeit als Außendienstpartner als auch die für seine Vergütung relevanten Gesichtspunkte mitgeteilt. Sie hat ausgeführt, dass die Stelle ihrer Auffassung nach einem „Stellenendwert nach der Tarifgruppe 40“ (= *Gehaltsgruppe IV MTV*) entspricht, der Kläger aber weiterhin nach der „Tarifgruppe 60“ (= *Gehaltsgruppe VI MTV*) vergütet werde, weil er „beim Umgruppierungsprozess im Jahre 2004 aufgrund seines Betriebsratsmandats nicht abgruppiert“ worden sei. Ferner hat sie den Betriebsrat über die ihrer Auffassung nach vorliegende Stilllegung einer Betriebsabteilung iSv. § 15 Abs. 5 KSchG informiert und sich dabei auf die Schließung des „dezentralen Innendienstes“ durch Verlagerung, Fremdvergabe und Wegfall der bisher von den Außendienstpartnern wahrgenommenen Aufgaben bezogen. 23
- b) Entgegen der Auffassung der Revision wurde der Betriebsrat auch über das Fehlen von Möglichkeiten zur (*Weiter-*)Beschäftigung des Klägers ausreichend unterrichtet. 24
- aa) Das gilt zunächst für die Möglichkeit, den Kläger iSv. § 15 Abs. 5 KSchG in eine andere Betriebsabteilung zu übernehmen. Die Beklagte hat mitgeteilt, die Weiterbeschäftigung des Klägers auf einem anderen Arbeitsplatz der Vertriebsdirektion M scheide aus. Dabei hat sie sowohl auf das Fehlen vergleichbarer Arbeitsplätze als auch darauf verwiesen, dass der Kläger keine Beschäftigung auf einem höherwertigen Arbeitsplatz verlangen könne. Dies 25

bezog sich ersichtlich auf sämtliche in der Vertriebsdirektion noch vorhandenen Arbeitsplätze. Es bedurfte deshalb keiner näheren Ausführungen zu der Möglichkeit, für den Kläger einen besetzten Arbeitsplatz „freizumachen“. Selbst wenn die Beklagte lediglich freie und nicht auch „freizumachende“ Arbeitsplätze berücksichtigt hätte, läge darin allenfalls eine objektiv und nicht auch eine subjektiv unvollständige Anhörung des Betriebsrats.

bb) Die Beklagte war nicht verpflichtet, den Betriebsrat über freie Arbeitsplätze in den Schadenszentren zu unterrichten. Dabei handelt es sich um Arbeitsplätze außerhalb der Vertriebsdirektion M, bezüglich derer die Beklagte der Ansicht war, dem Kläger fehle es an der erforderlichen Eignung und am Interesse. Besteht aus Sicht des Arbeitgebers keine Möglichkeit zur Weiterbeschäftigung in einem anderen Betrieb genügt er den Anforderungen des § 102 Abs. 1 BetrVG regelmäßig durch einen entsprechenden (*konkludenten*) Hinweis (*Senat 17. Februar 2000 - 2 AZR 913/98 - zu 2 c der Gründe, BAGE 93, 366; 29. März 1990 - 2 AZR 369/89 - zu B II 4 der Gründe, BAGE 65, 61*). Aus einem Betriebsratsmandat des Arbeitnehmers ergeben sich insoweit keine Besonderheiten (*vgl. APS/Linck 3. Aufl. § 15 KSchG Rn. 185b; KR/Etzel 9. Aufl. § 15 KSchG Rn. 93*). 26

II. Die Revision ist begründet, weil die bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts seine Entscheidung nicht tragen. Ob die Kündigung gemäß § 15 Abs. 5 iVm. Abs. 4 KSchG wirksam ist, lässt sich noch nicht beurteilen. 27

1. Es steht schon nicht fest, dass es sich bei dem bisherigen Arbeitsbereich des Klägers um eine Betriebsabteilung handelte. 28

a) Eine Betriebsabteilung iSv. § 15 Abs. 5 KSchG ist ein räumlich und organisatorisch abgegrenzter Teil des Betriebs, der eine personelle Einheit erfordert, dem eigene technische Betriebsmittel zur Verfügung stehen und der einen eigenen Betriebszweck verfolgt, auch wenn dieser in einem bloßen Hilfszweck für den arbeitstechnischen Zweck des Gesamtbetriebs besteht (*Senat 12. März 2009 - 2 AZR 47/08 - Rn. 21, AP KSchG 1969 § 15 Nr. 63 =* 29

EzA KSchG § 15 nF Nr. 63; 2. März 2006 - 2 AZR 83/05 - Rn. 15, BAGE 117, 178; 22. September 2005 - 2 AZR 544/04 - zu B II 4 der Gründe, AP KSchG 1969 § 15 Nr. 59 = EzA KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 141).

b) Von dieser Begriffsbestimmung ist erkennbar zwar auch das Landes- 30
arbeitsgericht ausgegangen. Es hat angenommen, der Kläger habe im sog.
dezentralen Innendienst gearbeitet, der als Betriebsabteilung der Vertriebs-
direktion M „einzustufen sei“. Es handele sich „um einen räumlich und
organisatorisch abgegrenzten Teil des Betriebes M, in dem Außendienstpartner
unter der Leitung von sogenannten Koordinatoren mit eigenen Betriebsmitteln
(z. B. PC) den Zweck verfolgten, Verwaltungs- und Büroarbeiten für den
Außendienst und die Vertriebsdirektoren zu erbringen.“

Für eine solche Annahme fehlt es aber an konkreten tatsächlichen 31
Feststellungen. Das Landesarbeitsgericht beschränkt sich, wie die Revision mit
Recht beanstandet, im Kern auf eine Wiederholung der abstrakten Merkmale
des Begriffs „Betriebsabteilung“. Welche konkreten, fallbezogenen Umstände
seine Schlussfolgerung rechtfertigen, bleibt weitgehend offen. Insbesondere
fehlt es an tatsächlichen Feststellungen, die erkennen ließen, worin die an-
genommene räumliche und organisatorische Abgrenzung der Gruppe der
Außendienstpartner von anderen Arbeitsbereichen der Vertriebsdirektion M
bestanden haben soll. Dies erschließt sich auch nicht aus dem Sachvortrag der
Parteien. Zwar hat die Beklagte - unwidersprochen - schriftsätzlich geltend
gemacht, der Arbeitsplatz der Außendienstpartner habe sich „in der Vertriebs-
direktion M“ befunden, während die Mitarbeiter des Außendienstes von ihrem
häuslichen Arbeitsplatz aus tätig seien. Diesen Ausführungen ist aber nicht zu
entnehmen, ob die behauptete räumliche Trennung zugleich auf den sog.
„organisierenden Außendienst“, bestehend aus dem Vertriebsdirektor, den
Betriebsdirektoren und der „Nachwuchsführungskraft“, zutraf. Entsprechendes
gilt mit Blick auf den von der Arbeitsgruppe verfolgten „Hilfszweck“ der „Unter-
stützung“ des Vertriebsdirektors und der Außendienstmitarbeiter durch „Er-
bringung von Verwaltungstätigkeiten“. Auch daraus ergibt sich keine hin-
reichend klare Abgrenzung der Arbeitsaufgaben der Außendienstpartner von

denjenigen der übrigen Mitarbeiter der Vertriebsdirektion, die es gerechtfertigt erscheinen ließe, von einer Verselbstständigung dieser Einheit im Sinne einer Betriebsabteilung zu sprechen. Immerhin hat der Kläger vorgetragen, zumindest zu einem Anteil von 10 vH habe seine Tätigkeit in der (*direkten*) Kundenberatung bestanden, soweit Kunden nämlich persönlich in der Vertriebsdirektion vorgesprochen oder telefonisch Nachfrage gehalten hätten; die Gegenstände der Beratungen seien allumfassend und nicht anders gestaltet gewesen, als sie von einem Außendienstmitarbeiter zu erledigen gewesen wären. Der Hinweis der Beklagten auf ausschließlich von der Gruppe der Außendienstpartner genutzte PCs genügt nicht, um davon auszugehen, diese hätten ihre Verwaltungstätigkeit mit eigenen Betriebsmitteln erbracht. Es ist, wie die Revision zu Recht rügt, schwer vorstellbar, dass sich die Außendienstpartner nicht noch weiterer Betriebsmittel bedient haben sollten.

2. Auch wenn zugunsten der Beklagten unterstellt wird, dass es sich bei der Arbeitseinheit der Außendienstpartner um eine Betriebsabteilung handelte, lassen die bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht die Annahme zu, die Beklagte habe diese Einheit iSv. § 15 Abs. 5, Abs. 4 KSchG stillgelegt. Zwar kann die Übertragung eines Teils der Aufgaben der Außendienstpartner auf in H beschäftigte Arbeitnehmer bei gleichzeitiger „Fremdvergabe“ eines weiteren Teils von Aufgaben und dem Wegfall bestimmter restlicher Tätigkeiten zur Stilllegung der Betriebsabteilung im Sinne einer dauerhaften Auflösung der betreffenden betrieblichen Einheit geführt haben. Im Hinblick auf die „Fremdvergabe“ bisher durch die Außendienstpartner verrichteter Aufgaben bedarf es aber einer sorgfältigen Prüfung, ob von einer Stilllegung oder nur von einer Verkleinerung dieses Bereichs auszugehen ist (*zur Abgrenzung vgl. BAG 17. November 2005 - 6 AZR 118/05 - Rn. 21, AP KSchG 1969 § 15 Nr. 60 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 64*). Ersteres wiederum setzt - um die Gefahr einer Austausch Kündigung auszuschließen - voraus, dass die „Fremdvergabe“ tatsächlich zur Aufgabe der Arbeitgeberstellung der Beklagten bei der Erledigung der betreffenden Arbeiten geführt hat (*vgl. Senat 18. September 2008 - 2 AZR 560/07 - Rn. 21, AP KSchG 1969 § 1 Nr. 89 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 162; KR/Etzel 9. Aufl.*

32

§ 15 KSchG Rn. 81). Dazu fehlt es an ausreichendem Vortrag. Die Beklagte macht lediglich geltend, zur Durchführung einzelner, weiterhin in der Vertriebsdirektion zu verrichtender „Vertriebsunterstützungs- und Logistikprozesse“ werde künftig „über eine externe Dienstleistungsgesellschaft (DLG) in jeder Vertriebsdirektion eine Stelle für Vertriebsunterstützung eingerichtet“; zusätzlich würden „über diese DLG“ je Vertriebsdirektion „zwei 400-Euro-Kräfte eingesetzt“. Ob und ggf. in welcher Weise sie selbst Einfluss auf die Ausführung dieser Aufgaben nimmt, erschließt sich daraus nicht.

3. Ebensovienig lässt sich abschließend beurteilen, ob es der Beklagten möglich war, den Kläger iSv. § 15 Abs. 5 Satz 1 KSchG in eine andere Abteilung der Vertriebsdirektion M zu übernehmen. 33

a) Anders als die Revision meint, fehlt es insoweit nicht schon an einlassungsfähigem Sachvortrag der Beklagten. Angesichts des engen Ausnahmetatbestands des § 15 Abs. 5 KSchG ist zwar der Arbeitgeber verpflichtet, von sich aus alle denkbaren Übernahmemöglichkeiten eingehend zu prüfen und Umfang und Ergebnis der Prüfung im Prozess substantiiert darzulegen (*BAG 25. November 1981 - 7 AZR 382/79 - zu III 1 der Gründe, BAGE 37, 128; KR/Etzel 9. Aufl. § 15 KSchG Rn. 134*). Dieser Darlegungslast ist die Beklagte aber mit ihrer Behauptung nachgekommen, in der Vertriebsdirektion M sei kein geeigneter Arbeitsplatz vorhanden gewesen, da sämtliche dort verbliebenen Tätigkeiten als höherwertig anzusehen seien. Dem konnten sowohl das Gericht als auch der Kläger entnehmen, wie die Beklagte ihre Prüfpflichten wahrgenommen hat und zu welchem Ergebnis sie gelangt ist. Soweit der Kläger diesen Behauptungen entgegen getreten ist, hat die Beklagte ihr Vorbringen durch konkreten Vortrag ergänzt und damit ihre Substantiierungspflicht (§ 138 Abs. 2 ZPO) erfüllt. 34

b) Ausgehend von den Erklärungen des Klägers in der Berufungsverhandlung vom 13. Juni 2008 beschränkt sich die Prüfung einer bestehenden Weiterbeschäftigungsmöglichkeit auf die Frage, ob der Kläger auf die Stellen des Bezirksdirektors, der „Nachwuchsführungskraft“ oder des Agenturleiters iSv. § 15 Abs. 5 Satz 1 KSchG zu übernehmen war. Der Kläger hat zu Protokoll 35

erklärt, er berufe sich für eine Weiterbeschäftigung ausschließlich auf die genannten Positionen.

c) Bei dieser Prüfung ist, wie das Landesarbeitsgericht zutreffend ausgeführt hat, davon auszugehen, dass nach § 15 Abs. 5 Satz 1 KSchG in der Regel keine Verpflichtung des Arbeitgebers besteht, dem Mandatsträger zur Vermeidung einer Kündigung die Beschäftigung auf einem höherwertigen Arbeitsplatz anzubieten. Das gilt selbst dann, wenn das Betriebsratsmitglied das Anforderungsprofil einer solchen Beförderungsstelle erfüllt. 36

aa) § 15 Abs. 5 Satz 1 KSchG verpflichtet den Arbeitgeber, dem Mandatsträger eine möglichst gleichwertige Stellung anzubieten. Der gleichwertige Arbeitsplatz in der anderen Abteilung muss - anders als im Fall des § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG - nicht frei sein. Ist ein gleichwertiger Arbeitsplatz vorhanden und mit einem nicht durch § 15 KSchG geschützten Arbeitnehmer besetzt, muss der Arbeitgeber grundsätzlich versuchen, den Arbeitsplatz durch Umverteilung der Arbeit, Ausübung seines Direktionsrechts oder ggf. durch Kündigung für den Mandatsträger freizumachen (*Senat 13. Juni 2002 - 2 AZR 391/01 - zu B I 3 a der Gründe, BAGE 101, 328; 18. Oktober 2000 - 2 AZR 494/99 - zu B I 1 a der Gründe, BAGE 96, 78*). Ist ein gleichwertiger Arbeitsplatz in der anderen Abteilung nicht vorhanden, ist der Arbeitgeber nach dem ultima-ratio-Grundsatz verpflichtet, dem Mandatsträger, bevor er ihm gegenüber eine Beendigungskündigung erklärt, die Beschäftigung auf einem geringerwertigen Arbeitsplatz anzubieten und hierzu ggf. eine Änderungskündigung auszusprechen (*Senat 2. März 2006 - 2 AZR 83/05 - Rn. 20, BAGE 117, 178; 28. Oktober 1999 - 2 AZR 437/98 - zu II 2 der Gründe, AP KSchG 1969 § 15 Nr. 44 = EzA KSchG § 15 nF Nr. 48*). 37

bb) Teilweise wird die Auffassung vertreten, die nach § 15 Abs. 5 KSchG bestehende Übernahmepflicht sei nicht auf gleich- oder geringerwertige Arbeitsplätze beschränkt. Bei Fehlen anderweitiger Beschäftigungsmöglichkeiten erstrecke sie sich auch auf höherwertige Arbeitsplätze. Um dem Betriebsratsmitglied im kollektiven Interesse die Beschäftigung zu sichern, sei danach zu fragen, ob der Mandatsträger aufgrund seiner fachlichen Quali- 38

fikation in der Lage sei, einen Arbeitsplatz in einer anderen Betriebsabteilung zu besetzen. Bei Vorliegen dieser Voraussetzungen sei der Arbeitgeber grundsätzlich verpflichtet, dem Betriebsratsmitglied den höherwertigen Arbeitsplatz anzubieten (*LAG Rheinland-Pfalz 13. November 2007 - 1 Sa 914/06 - Rn. 27, LAGE KSchG § 15 Nr. 20; Houben NZA 2008, 851, 855*).

cc) Diese Auffassung überzeugt nicht. Gegen eine Verpflichtung des Arbeitgebers, das Betriebsratsmitglied auf eine höherwertige, dh. eine Beförderungsstelle zu „übernehmen“, sprechen der Rechtscharakter des § 15 KSchG als nur bestandssichernde Bestimmung und das Verbot, Betriebsratsmitglieder wegen ihres Amtes zu begünstigen (*im Ergebnis bspw. auch AnwK-ArbR/Bröhl 2. Aufl. § 15 KSchG Rn. 62; KR/Etzel 9. Aufl. § 15 KSchG Rn. 127; HaKo-Fiebig 3. Aufl. § 15 KSchG Rn. 124; SPV/Vossen 10. Aufl. Rn. 1713; APS/Linck 3. Aufl. § 15 KSchG Rn. 185b; ErfK/Kiel 10. Aufl. § 15 Rn. 47; HWK/Quecke 4. Aufl. § 15 KSchG Rn. 64*). 39

(1) Im Rahmen des allgemeinen Kündigungsschutzes ist der Arbeitgeber regelmäßig nicht verpflichtet, dem Arbeitnehmer zur Vermeidung einer Beendigungskündigung eine Beförderungsstelle anzubieten (*Senat 21. September 2000 - 2 AZR 440/99 - zu III 2 d cc der Gründe, BAGE 95, 350; 7. Februar 1991 - 2 AZR 205/90 - zu B II 3 d der Gründe, BAGE 67, 198*). Etwas anderes kann nur in Ausnahmefällen gelten (*vgl. dazu Senat 10. Juli 2008 - 2 AZR 1111/06 - Rn. 37, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 181 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 16*). 40

(2) Für die Übernahmepflicht nach § 15 Abs. 5 Satz 1 KSchG gelten insoweit keine Besonderheiten. 41

(a) Weder dem Wortlaut der Norm noch den Gesetzesmaterialien (*vgl. die amtliche Begründung zur Vorläuferregelung des § 13 Abs. 2 und 3 KSchG 1951, RdA 1951, 58, 65*) lassen sich Anhaltspunkte für eine weitergehende Pflicht des Arbeitgebers entnehmen. 42

(b) Nach ihrem Sinn und Zweck schränkt § 15 KSchG die Kündigungs-
befugnisse des Arbeitgebers insbesondere im Interesse der personellen
Kontinuität des Betriebsrats ein. Das Kollegialorgan Betriebsrat soll nach
Möglichkeit vor einer personellen Auszehrung geschützt werden. Den Arbeit-
geber trifft nach § 15 Abs. 5 KSchG die Pflicht, das Arbeitsverhältnis in seinem
Bestand zu sichern und mit allen ihm zur Verfügung stehenden Mitteln für eine
angemessene Weiterbeschäftigung des Mandatsträgers zu sorgen (*Senat*
2. März 2006 - 2 AZR 83/05 - Rn. 17, BAGE 117, 178; 17. März 2005 - 2 ABR
2/04 - zu B II 4 d aa der Gründe, AP KSchG 1969 § 15 Nr. 58 = EzA KSchG
§ 15 nF Nr. 59). Bestandsschutz bedeutet grundsätzlich Erhaltung des Arbeits-
verhältnisses mit den bestehenden vertraglichen Verpflichtungen. Er verpflichtet
den Arbeitgeber nicht, den Arbeitnehmer zu für diesen deutlich günstigeren als
den vereinbarten Arbeitsbedingungen weiterzubeschäftigen. Für ein solches
- eingeschränktes - Verständnis der Übernahmepflicht spricht der vom Gesetz-
geber angestrebte Ausgleich zwischen dem Interesse der Belegschaft an der
Amtskontinuität des Betriebsrats einerseits und den berechtigten wirtschaft-
lichen Interessen des Arbeitgebers sowie seiner durch Art. 12 Abs. 1 GG
gewährleisteten Berufsausübungsfreiheit andererseits (*vgl. Senat*
18. September 1997 - 2 ABR 15/97 - zu C II 2 a der Gründe, BAGE 86, 298).
Dieser Ausgleich würde gestört, wenn es nicht der durch Art. 12 Abs. 1 GG
geschützten unternehmerischen Freiheit des Arbeitgebers überlassen bliebe zu
entscheiden, welche Hierarchieebenen er einrichtet, welches Anforderungsprofil
er für die höherwertigen Stellen festlegt und welche Arbeitnehmer er für ge-
eignet hält, die betreffenden Aufgaben wahrzunehmen (*vgl. Kiel FS Kreuz*
S. 211, 221).

43

(c) Hinzu kommt, dass Betriebsratsmitglieder nach § 78 Satz 2 Halbsatz 1
BetrVG wegen ihrer Tätigkeit nicht begünstigt werden dürfen. Das gilt nach § 78
Satz 2 Halbsatz 2 BetrVG auch für ihre berufliche Entwicklung. Auf eine solche
Begünstigung liefe es hinaus, wäre der Arbeitgeber verpflichtet, dem Betriebs-
ratsmitglied nur wegen der Stilllegung einer Betriebsabteilung eine Be-
förderungsstelle anzubieten. Damit würde der Mandatsträger eine Rechts-
position erlangen, die ihm bei ungefährdetem Fortbestand des Arbeitsverhält-

44

nisses nicht zugestanden hätte. Zudem bliebe der Arbeitgeber an die neuen vertraglichen Vereinbarungen auch über die Dauer des Sonderkündigungsschutzes hinaus gebunden. Für eine so weitreichende Besserstellung des Mandatsträgers bietet das Ziel der Sicherung der Amtskontinuität keine hinreichende Grundlage.

(d) Dazu stehen die Entscheidungen des Senats zum Verhältnis von § 78 Satz 2 BetrVG und § 15 KSchG im Fall einer (*Massen-*)Änderungskündigung zur Entgeltreduzierung (*vgl. Senat 7. Oktober 2004 - 2 AZR 81/04 - zu II 6 der Gründe mwN, BAGE 112, 148; 29. Januar 1981 - 2 AZR 778/78 - zu II 4 der Gründe, BAGE 35, 17*) nicht im Widerspruch. Dort ging es - anders als im vorliegenden Fall - nicht um die Frage, ob die Auslegung des Begriffs der „Übernahme“ zu einer auf Dauer angelegten Besserstellung des Betriebsratsmitglieds führen kann. 45

d) Die Heranziehung von § 5 RSchA führt zu keinem anderen Ergebnis. Nach § 5 Abs. 1 und Abs. 2 RSchA hat der Arbeitgeber dem von einer Rationalisierungsmaßnahme betroffenen Arbeitnehmer, sofern dessen Weiterbeschäftigung an seinem bisherigen Arbeitsplatz nicht möglich ist, eine Beschäftigung auf einem gleichwertigen Arbeitsplatz - vorrangig im selben Betrieb - anzubieten. Wenn auf diesem Weg die Beschäftigung des Arbeitnehmers nicht gesichert werden kann, greifen die Verpflichtungen des Arbeitgebers nach § 5 Abs. 3 und Abs. 4 RSchA zur Weiterbeschäftigung auf einem „geeigneten und zumutbaren“ Arbeitsplatz ein. Aus dem Stufenverhältnis der Regelungen folgt, dass es sich bei diesem „zumutbaren Arbeitsplatz“ um einen im Vergleich zu der bisherigen Stelle des Arbeitnehmers geringerwertigen Arbeitsplatz handelt. Dies wird bestätigt durch § 5 Abs. 8 RSchA, der auf den „angebotenen, geringer bewerteten Arbeitsplatz“ abstellt und für den Fall der Annahme eines solchen Angebots vorsieht, dass eine spätere Bewerbung des Arbeitnehmers auf einen - seiner früheren Stelle - gleichwertigen Arbeitsplatz unter bestimmten Voraussetzungen bevorzugt zu berücksichtigen ist. 46

e) Die bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts tragen in dessen nicht die Annahme, die vom Kläger bezeichneten Stellen des „Bezirks- 47

direktors“ und der „Nachwuchsführungskraft“ seien im vorstehenden Sinne als höherwertig anzusehen. Den Entscheidungsgründen lässt sich schon nicht hinreichend deutlich entnehmen, worauf es diese Annahme stützt. Die Beklagte hat sich darauf berufen, die Positionen seien deutlich höher dotiert als die bisher vom Kläger verrichtete Tätigkeit und dieser erfülle ihr Anforderungsprofil nicht. Beides hat der Kläger bestritten. Mit Recht hat er zudem geltend gemacht, die Gleich- bzw. Höherwertigkeit der fraglichen Stellen sei ausgehend von seiner Eingruppierung in die Gehaltsgruppe VI MTV zu beurteilen. Dies folgt, ohne dass es dabei auf die Frage der tarifgerechten Bewertung der vom Kläger zuletzt ausgeübten Tätigkeit ankäme, aus § 7 Abs. 1 RSchA iVm. den aus Anlass der Stellenneubewertung abgegebenen Erklärungen der Parteien. Nach § 7 Abs. 1 RSchA war für eine Abgruppierung im Zusammenhang mit der im Jahr 2004 durchgeführten Rationalisierungsmaßnahme eine Änderungskündigung oder - nach Unterrichtung der Arbeitnehmervertretung - Einvernehmen erforderlich. Eine Änderungskündigung hat die Beklagte nicht erklärt, sodass offenbleiben kann, ob diese mit Rücksicht auf § 15 Abs. 1 KSchG zulässig gewesen wäre. Seine Zustimmung zur Herabgruppierung hat der Kläger ausdrücklich verweigert.

f) Der Senat vermag zudem nicht abschließend zu beurteilen, ob die Beklagte dem Kläger ggf. ein Angebot zur Weiterbeschäftigung als Agenturleiter unterbreiten musste. 48

aa) Das Landesarbeitsgericht geht allerdings zutreffend davon aus, dass dem Kläger bei Übernahme einer solchen Tätigkeit keine dauerhafte Entgelt-sicherung zusteht und die Beklagte daher nicht verpflichtet war, ihm eine Beschäftigung zu einer solchen Bedingung anzubieten. 49

(1) Die Beklagte zahlt ihren im werbenden Außendienst beschäftigten Agenturleitern nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Landesarbeits-gerichts ein monatliches Festgehalt in Höhe von 1.780,00 Euro zzgl. variabler Vergütungsbestandteile. 50

(2) Ein Anspruch des Klägers auf Beibehaltung des von ihm zuletzt nach der Gehaltsgruppe VI MTV bezogenen Gehalts ergibt sich nicht aus den Regelungen in II. 1.2.1 des „Sozialplans zum Handlungsprogramm ‚Neue Volksfürsorge‘“. Dagegen spricht, dass die Vergütung der Mitarbeiter im werbenden Außendienst (*Angestellte im Sinne des Teils III des MTV*) nicht einem tariflichen Entgeltschema folgt. Im Hinblick darauf kann nicht von einem Einsatz „auf einer niedriger bewerteten Stelle“ gesprochen werden, an den die nach dem Sozialplan vorgesehene Entgeltsicherung anknüpft. Im Übrigen haben die Betriebsparteien unter I. 1.2.7 des Sozialplans für den Wechsel in den (Werbe-)Außendienst ein in sich geschlossenes Regelungssystem vereinbart. Nach Ablauf einer bestimmten Frist sollte sich die Vergütung erkennbar nur nach den für den werbenden Außendienst geltenden Regelungen richten. 51

(3) Etwas anderes ergibt sich nicht aus Nr. 4 des Abschlussprotokolls zum Sozialplan. Danach bleibt den Außendienstpartnern eine ihnen aus der Gesamtbetriebsvereinbarung vom 30. Januar 2004 zustehende Gehaltssicherung erhalten. Ob sich der Kläger darauf überhaupt berufen könnte, bedarf keiner Entscheidung. Auch das Abschlussprotokoll sieht jedenfalls für den Wechsel in den Außendienst in Nr. 11 eigenständige Regelungen zur Verdienstsicherung vor, die nach drei Monaten auslaufen. 52

(4) Ein Anspruch auf Entgeltsicherung folgt auch nicht aus § 7 Abs. 2 RSchA oder § 15 Abs. 5 KSchG. 53

Der persönliche Geltungsbereich des RSchA beschränkt sich nach seiner Präambel auf Arbeitnehmer, die als Mitarbeiter des Innendienstes unter Teil II des MTV fallen. Anknüpfungspunkt für die Entgeltsicherung gemäß § 7 Abs. 2 RSchA ist dabei die „Abgruppierung“ eines Arbeitnehmers und damit dessen veränderte Einstufung in die tarifliche Entgeltordnung. Dies zeigt, dass die Bestimmung für einen Wechsel vom Innendienst in den Werbeaußendienst, für den ein Entgeltschema nicht besteht, keine Geltung beansprucht. 54

§ 15 KSchG gewährt dem Mandatsträger zwar Bestandsschutz, nicht aber Arbeitsentgeltschutz für den Fall, dass er auf einen Arbeitsplatz übernommen wird, für den schlechtere oder völlig andere Bedingungen gelten. 55

bb) Das bedeutet nicht, dass die Beklagte davon absehen durfte, dem Kläger zur Vermeidung einer Beendigungskündigung die Weiterbeschäftigung als Agenturleiter zu üblichen Bedingungen im Rahmen einer Änderungskündigung anzubieten. 56

(1) Grundsätzlich muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer jede mögliche Beschäftigung, die er ihm nicht kraft seines Direktionsrechts zuweisen kann, von sich aus, ggf. mittels Änderungskündigung anbieten (*KR/Etzel 9. Aufl. § 15 KSchG Rn. 128*). Eine Änderungskündigung darf nur in „Extremfällen“ unterbleiben, wenn der Arbeitgeber bei vernünftiger Betrachtung nicht mit einer Annahme des neuen Vertragsangebots durch den Arbeitnehmer rechnen konnte, ein derartiges Angebot vielmehr beleidigenden Charakter gehabt hätte. Der Arbeitnehmer soll grundsätzlich selbst entscheiden können, ob er eine Weiterbeschäftigung unter ggf. erheblich verschlechterten Arbeitsbedingungen annimmt oder nicht (*st. Rspr., vgl. Senat 21. September 2006 - 2 AZR 607/05 - Rn. 34, AP KSchG 1969 § 2 Nr. 130 = EzA KSchG § 2 Nr. 62; 21. April 2005 - 2 AZR 132/04 - zu B II 4 c der Gründe, BAGE 114, 243*). Ein wesentliches Indiz für das Vorliegen einer „Extremsituation“ ist das Verhalten des Arbeitnehmers nach Ausspruch einer Beendigungskündigung und während des Kündigungsschutzprozesses. Beruft er sich nicht zeitnah auf eine ihm bekannte Beschäftigungsmöglichkeit, spricht vieles dafür, dass er selbst keine zumutbaren Weiterbeschäftigungsperspektiven mehr sieht und der Arbeitgeber ein entsprechendes Änderungsangebot nicht unterbreiten musste. Dies indiziert, dass der Arbeitnehmer das betreffende Angebot schon vor Ausspruch der Kündigung nicht - auch nicht unter Vorbehalt - angenommen hätte (*Senat 21. September 2006 - 2 AZR 607/05 - Rn. 46, aaO; 21. April 2005 - 2 AZR 132/04 - aaO*). Diese Grundsätze finden auch im Rahmen von § 15 Abs. 5 KSchG Anwendung (*KR/Etzel 9. Aufl. § 15 KSchG Rn. 128*). 57

(2) Danach erscheint fraglich, ob die Äußerung des Klägers, er verlange im Fall einer Beschäftigung als Agenturleiter eine Entgeltsicherung, so verstanden werden kann, dass er keinesfalls bereit sei, diese Tätigkeit zu den üblichen Bedingungen zu übernehmen. Dagegen spricht, dass er sich bereits in seinem 58

unmittelbar auf die Güteverhandlung vom 16. August 2007 folgenden Schriftsatz vom 10. Oktober 2007 darauf berufen hat, die Beklagte habe ihm ein entsprechendes Angebot zumindest im Wege einer Änderungskündigung unterbreiten müssen. Vor diesem Hintergrund ist nicht auszuschließen, dass seine Protokollerklärung lediglich der Bekräftigung seines Rechtsstandpunkts dienen sollte, ihm stehe eine solche Entgeltsicherung zu. Hinzu kommt, dass der Kläger zwischenzeitlich ein ihm im Wege der vorsorglichen Änderungskündigung unterbreitetes Angebot zur Beschäftigung als Agenturleiter zu üblichen Bedingungen unter dem Vorbehalt des § 2 KSchG angenommen hat.

(3) Sollten sich über die Prozesserkklärungen des Klägers hinaus keine weiteren Tatsachen feststellen lassen, aus denen sich klar und deutlich ableiten ließe, dass er ein entsprechendes Änderungsangebot noch nicht einmal unter Vorbehalt angenommen hätte, kann von der Entbehrlichkeit einer Änderungskündigung nicht ausgegangen werden. Es kommt dann darauf an, ob der Beklagten - wie von ihr geltend gemacht - eine Übernahme des Klägers auf einen solchen Arbeitsplatz aus anderen Gründen nicht möglich war. 59

III. Da der Senat die erforderlichen Tatsachenfeststellungen nicht selbst treffen kann, war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen. Dieses wird zunächst zu prüfen haben, ob die Arbeitseinheit, in der der Kläger beschäftigt war, die Voraussetzungen einer Betriebsabteilung iSv. § 15 Abs. 5 KSchG erfüllt. Dazu bedarf es weiteren Sachvortrags der Beklagten, der vorab Gelegenheit zu geben sein wird, ihn nachzuholen. Ggf. wird sich das Landesarbeitsgericht sodann mit den weiteren Punkten zu befassen und dafür die erforderlichen Feststellungen zu treffen haben. 60

Kreft

Schmitz-Scholemann

Berger

K. Schierle

Dr. Roeckl