
Datum: 18.06.2004
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 10. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 10 Sa 6/04
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2004:0618.10SA6.04.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Dortmund, 3 Ca 6143/02
Nachinstanz: Bundesarbeitsgericht, 6 AZN 747/04 Beschwerde zurückgewiesen
18.11.2004
Schlagworte: betriebsbedingte Kündigungsfreie
Unternehmerentscheidung Anforderungen an Darlegungslast des
Arbeitgebers, Überprüfbarkeit der Unternehmerent-
scheidung Zahlung von Mehrarbeit trotz Pauschalierungsabrede
Normen: § 1 Abs. 2 KSchG § 611 BGB Mehrarbeitsvergütung
Rechtskraft: Die Revision wird nicht zugelassen

Tenor:
Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts
Dortmund vom 20.11.2003 - 3 Ca 6143/02 - wird auf Kosten der
Beklagten zurückgewiesen.

Tatbestand

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer ordentlichen betriebsbedingten Kündigung
sowie um Vergütungsansprüche des Klägers aus Mehrarbeit. 2

Der am 01.02.13xx geborene Kläger ist ledig. Seit dem 01.07.1999 ist er bei der Beklagten,
die zuletzt ca. 400 Mitarbeiter beschäftigte, aufgrund eines schriftlichen Arbeitsvertrages vom
23./30.11.2000 (Bl. 10 ff.d.A.) zuletzt als "Manager Field & Facilities Operations/Data Center"
zu einem monatlichen Bruttoverdienst von zuletzt 5.368,56 EUR brutto tätig. 3

In Ziffer 2.4 des Arbeitsvertrages vom 23./30.11.2000 ist folgendes geregelt: 4

5

"Mit der Zahlung des Gehaltes sind alle Tätigkeiten abgegolten, die der Mitarbeiter aufgrund dieses Anstellungsvertrages zu leisten hat. Insbesondere sind eventuell anfallende Überstunden abgegolten. Gleiches gilt für Reisezeiten, die außerhalb der normalen Arbeitszeit anfallen."

Im Betrieb der Beklagten regelt eine mit dem Betriebsrat abgeschlossene Betriebsvereinbarung vom 22.05.2000 (Bl. 104 ff.d.A.) die Ausgestaltung der flexiblen Arbeitszeit, der Mehrarbeit und deren Vergütung. 6

Die Beklagte ist eine 100%ige Tochtergesellschaft der W2xxxxxx I2x., C2xxxxx, U2x, die sich auf dem Gebiet des Telekommunikationsmarkts betätigt. Neben der Beklagten existiert in Deutschland eine weitere Tochtergesellschaft der amerikanischen Muttergesellschaft, die M3x W2xxxxxx D1xxxxxxxxx GmbH mit Sitz in F1xxxxxxx. 7

Der Kläger war bei der Beklagten u.a. im Bereich des IDC - International Data Center - als Manager tätig. Bei dem International Data Center handelt es sich um ein Hosting-Servicecenter für sämtliche Telekommunikationsdienste der Kunden der Beklagten. Während die Beklagte ein derartiges Service-Center zunächst nur in D2xxxxxx betrieb, wurde im Jahre 2001 in Erwartung einer größeren Kundennachfrage der Kläger auch mit dem Aufbau eines Service Center in F1xxxxxxx betraut. Es war geplant, eine größere Anzahl von bis zu 18 Technikern einzustellen, deren Vorgesetzter der Kläger sein sollte. 8

Am 25.02.2002 hatte der Kläger einen schriftlichen "Antrag auf bezahlte Mehrarbeit" (Bl. 16 d.A.) für 400 Mehrarbeitsstunden gestellt. Dieser Antrag wurde am 06.03.2002 von dem Vorgesetzten des Klägers genehmigt. Die beantragten 400 Überstunden wurden vom Kläger tatsächlich abgeleistet. 9

Die Muttergesellschaft der Beklagten beantragte am 21.07.2002 Insolvenzschutz nach der amerikanischen Insolvenzordnung. Der nach amerikanischem Insolvenzrecht beschlossene Restrukturierungsplan sah vor, dass der W2xxxxxx-K2xxxxx rund 17000 Stellen abbauen musste. Auf die Beklagte entfielen hiervon ca. 100 einzusparende Stellen. Zur Umsetzung dieser Entscheidung schloss die Beklagte mit dem bei ihr bestehenden Betriebsrat am 24.09.2002 einen Interessenausgleich und Sozialplan ab (Bl. 166 ff.d.A.). 10

Von dem geplanten Stellenabbau war auch der Arbeitsplatz des Klägers betroffen. Mit Schreiben vom 24.09.2002 (Bl. 87, 240 d.A.) hörte die Beklagte den bei ihr bestehenden Betriebsrat zur beabsichtigten ordentlichen Kündigung des Klägers an. Der Betriebsrat widersprach der beabsichtigten Kündigung des Klägers mit Schreiben vom 27.09.2002 (Bl. 9 d.A.). 11

Mit Schreiben vom 27.09.2002 (Bl. 7 d.A.) kündigte die Beklagte das mit dem Kläger bestehende Arbeitsverhältnis ordentlich zum 31.12.2002. Das Kündigungsschreiben ging dem Kläger am 28.09.2002 zu. 12

Mit der am 09.10.2002 zum Arbeitsgericht erhobenen Klage machte der Kläger die Unwirksamkeit der Kündigung vom 27.09.2002 geltend. 13

Auf die von der Beklagten am 25.11.2002 erstattete Massenentlassungsanzeige (Bl. 67 d.A.) teilte die Bundesanstalt für Arbeit mit Bescheid vom 18.12.2002 (Bl. 66 d.A.) mit, dass die Entlassungen mit Ablauf des 31.12.2002 wie vorgesehen wirksam werden könnten. 14

Mit Schreiben vom 08.10.2002 (Bl. 5 ff.d.A.) hatte der Kläger einen Anspruch auf Abgeltung von insgesamt 510 Überstunden geltend gemacht. Da die Beklagte die abgeleisteten Überstunden nicht bezahlte, erweiterte der Kläger am 06.12.2002 seine Klage und verlangte insoweit die Zahlung von 510 Überstunden in Höhe von insgesamt 16.411,80 EUR brutto.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die von der Beklagten ausgesprochene Kündigung sei sozialwidrig. 16

Hierzu hat er behauptet, seine Tätigkeit als Manager des Data Center in D2xxxxxx und in F1xxxxxx sei nicht weggefallen. Vielmehr habe nach Auslaufen der Kündigungsfrist ein Mitarbeiter der M3x W2xxxxxx D1xxxxxxxxx GmbH, Herr P1xx H3xxxxx, genau diese Tätigkeit übernommen. Dieser leite nun das Data Center D2xxxxxx und das Data Center F1xxxxxx. Dies ergebe sich aus dem eigenen Organigramm der Beklagten (Bl. 109, 110 d.A.). Neben seiner ursprünglichen Tätigkeit als Leiter des D3xx Center D2xxxxxx sei ihm, dem Kläger, auch der Aufbau und die Leitung des Data Center F1xxxxxx übertragen worden. Zum Zeitpunkt des Zuganges der Kündigung seien im Bereich des Data Center F1xxxxxx außer ihm fünf Techniker beschäftigt gewesen. Nach Ablauf der Kündigungsfrist am 31.12.2002 sei die Leitung beider Data Center F1xxxxxx und in D2xxxxxx Herrn H3xxxxx übertragen worden. 17

Im Übrigen könne die Beklagte sich nicht auf ein fortlaufendes Defizit von mehreren Millionen Euro pro Monat berufen. Bereits im November 2002 und sodann ab Januar 2003 habe die Beklagte nämlich schon wieder positive Betriebsergebnisse aufgewiesen (Bl. 187 d.A.). 18

Der Kläger hat weiter behauptet, er sei neben seiner Tätigkeit als Leiter der Data Center D2xxxxxx und F1xxxxxx gemäß seinem Arbeitsvertrag als Manager im Bereich "Field Operations" für die Beklagte tätig gewesen. In diesem Bereich sei er für den Support bezüglich der Konfiguration von Netzkomponenten verantwortlich gewesen. Ferner sei er in diesem Bereich für die Wartungs- und Serviceverträge der technischen Standorte (Netzknoten) zuständig gewesen. Noch in den Monaten August 2002 und September 2002 habe er in seiner Funktion als "Manager Field Operations" "POP-Service-Dienstleistungsverträge" gekündigt. Schließlich seien ihm in diesem Bereich Herr K3xxxxxxxx und zwei bis drei Praktikanten unterstellt gewesen. Zwischenzeitlich sei die Abteilung umgenannt worden, sie heiße nun "LORC". 19

Der Kläger hat ferner die Auffassung vertreten, die Beklagte habe keine ordnungsgemäße Sozialauswahl durchgeführt. Er sei mit den technischen Managern R4xxxx, O2xxx, S4xxxx, D4xxxx, D5xx, M4xxxxxx und K1xxxxxxxx vergleichbar. 20

Darüber hinaus hätte die Beklagte die Sozialauswahl auch auf die Mitarbeiter der M3x W2xxxxxx D1xxxxxxxxx GmbH ausweiten müssen, beide Gesellschaften stellten einen einheitlichen Betrieb dar, sie stünden unter einheitlicher Leitung. Ihm selbst seien bei seiner Tätigkeit als Manager des Data Center F1xxxxxx Mitarbeiter der M3x W2xxxxxx D1xxxxxxxxx GmbH unterstellt gewesen, denen gegenüber er weisungsbefugt gewesen sei. 21

Schließlich habe er, der Kläger, auch einen Anspruch auf Bezahlung von insgesamt 510 Überstunden. Sein Antrag auf bezahlte Mehrarbeit für 400 Stunden vom 25.02.2002 sei von der Beklagten am 06.03.2002 genehmigt worden. Darüber hinaus habe er, der Kläger, weitere 110 vergütungspflichtige Stunden Mehrarbeit geleistet. 22

Der Kläger hat beantragt, 23

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht durch die ordentliche Kündigung der Beklagten vom 27.09.2002 beendet worden ist,

2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 20.514,75 EUR nebst 5 % Zinsen per anno über den jeweiligen Basiszinssatz seit dem 19.10.2002 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat die Kündigung vom 27.09.2002 für sozial gerechtfertigt gehalten. Aufgrund des Restrukturierungsplanes für das weltweite Unternehmen der Muttergesellschaft sei die Beklagte gezwungen gewesen, rund 100 Arbeitsplätze abzubauen, um eine Insolvenz zu verhindern. Hiervon sei auch der Arbeitsplatz des Klägers betroffen, der ersatzlos weggefallen sei. Der Kläger sei zuletzt für den Aufbau und die Leitung des Service Center F1xxxxxxx tätig gewesen. Nachdem der Aufbau des Service Center F1xxxxxxx unstreitig letztlich abgeschlossen sei, sei die Tätigkeit eines Managers für diesen Bereich weggefallen. Aufgrund der Insolvenz der Muttergesellschaft sei eine Neukundengewinnung nicht mehr möglich gewesen. Die Bestandskundenbetreuung hinsichtlich der Wartung und Reparatur könne von den Technikern allein durchgeführt werden, hierfür bedürfe es keiner gesonderten Managerfunktion mehr. Dies zeige sich allein daran, dass die Beklagte statt der geplanten 18 Techniker in diesem Bereich nur noch fünf Techniker beschäftige. Unrichtig sei auch, dass Herr P1xx H3xxxxx die Tätigkeiten des Klägers übernommen habe. Zwar sei zutreffend, dass Herr H3xxxxx die Mitarbeiter des Data Center D2xxxxxx fachlich und disziplinarisch leite. Die Beklagte habe aber die unternehmerische Entscheidung getroffen, die Managerstelle in D2xxxxxx abzubauen. Die Mitarbeiter in D2xxxxxx benötigten keinen eigenen Standortmanager mehr. Die Leitung des Service Center D2xxxxxx erfolge zentralisiert von einer anderen Konzerntochter.

Auch im Bereich "Field Operation" gebe es keine Beschäftigungsmöglichkeit mehr für den Kläger. Dieser Bereich sei geschlossen. Zuletzt sei der Kläger nur noch im Bereich Data Center tätig gewesen. Soweit der Kläger vortrage, dass Herr K3xxxxxxxxx als Junior-Techniker im Bereich "Field Operation" tätig gewesen sei, sei zwar richtig, dass Herr K3xxxxxxxxx als Techniker in diesem Bereich nach seinem Arbeitsvertrag eingestellt worden sei, er verrichte aber inzwischen andere Tätigkeiten.

Schließlich sei auch die Sozialauswahl ordnungsgemäß durchgeführt worden. Mit den vom ihm benannten Mitarbeitern sei der Kläger nicht vergleichbar. Diese Mitarbeiter seien zudem sozial schutzwürdiger. Auch mit Herrn P1xx H3xxxxx sei der Kläger nicht vergleichbar. Dieser koordiniere nämlich bei der M3x W2xxxxxx D1xxxxxxxxxx GmbH Wartungs- und Reparaturaufträge.

Die Beklagte und die M3x W2xxxxxx D1xxxxxxxxxx GmbH betrieben auch keinen gemeinsamen Betrieb. Es fehle an einem einheitlichen Leitungsapparat beider Unternehmen. Beide Gesellschaften unterhielten eigene Personalabteilungen. In beiden Unternehmen sei ein eigenständiger Betriebsrat gewählt worden.

Auch der Zahlungsanspruch des Klägers sei nicht begründet. Der Kläger könne die Bezahlung von Überstunden nicht verlangen. Dies ergebe sich bereits aus Ziffer 2.4 des Arbeitsvertrages. Eine Vereinbarung darüber, eventuelle Mehrarbeit des Klägers zusätzlich zu vergüten, sei nicht zustande gekommen. Kein Mitarbeiter der Beklagten in leitender Funktion erhalte eine Überstundenvergütung, eventuell abgeleistete Überstunden seien mit

der monatlich gezahlten Vergütung abgegolten. Im Übrigen sei der Kläger mit dem Kündigungsschreiben vom 27.09.2002 mit sofortiger Wirkung freigestellt worden. Nach der Bestimmung in Abschnitt 3., Ziffer 3. des Interessenausgleichs und Sozialplanes vom 24.09.2002 seien damit auch eventuelle Überstundenansprüche abgegolten.

Durch Urteil vom 20.11.2003 hat das Arbeitsgericht der Kündigungsschutzklage in vollem Umfang und dem Zahlungsantrag in Höhe von 400 Überstunden stattgegeben. Die darüber hinausgehende Zahlungsklage hat es abgewiesen. 33

Das Arbeitsgericht hat die Kündigung vom 27.09.2002 für sozial ungerechtfertigt gehalten und zur Begründung ausgeführt, dass nach dem Vorbringen der Beklagten nicht davon ausgegangen werden könne, dass eine bindende Unternehmerentscheidung vorliege, aufgrund deren Umsetzung das Beschäftigungsbedürfnis für den Kläger entfallen sei. Aus dem Vorbringen der Beklagten ergebe sich nicht, in welchem Umfang die Tätigkeit des Klägers zukünftig im Vergleich zum bisherigen Zustand weggefallen sei. Nach dem eigenen Vortrag der Beklagten ergebe sich, dass die Tätigkeiten des Klägers als solche, wenn auch in veränderter und möglicherweise verringerter Form, vorhanden seien. Dem Kläger stehe auch ein Anspruch auf Zahlung von 400 Überstunden aufgrund der ausdrücklichen Vereinbarung vom 25.02./06.03.2002 zu. Auf die Regelung in Ziffer 2.4 des Arbeitsvertrages und die Regelung in Ziffer 3. des Sozialplanes könne die Beklagte sich nicht berufen, da eine ausdrückliche Vereinbarung über bezahlte Mehrarbeit in Höhe von 400 Stunden vorliege. 34

Gegen das der Beklagten am 11.12.2003 zugestellte Urteil, auf dessen Gründe ergänzend Bezug genommen wird, hat die Beklagte am 02.01.2004 Berufung zum Landesarbeitsgericht eingelegt und diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 11.03.2004 mit dem am 09.03.2004 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründet. 35

Unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrages ist die Beklagte der Auffassung, sie habe bereits erstinstanzlich mit dem Zusammenbruch des Telekommunikationsmarktes und dem Insolvenzverfahren der Muttergesellschaft der Beklagten in den USA den Anlass für eine gestaltende Unternehmerentscheidung substantiiert dargestellt. Der Arbeitsplatz des Klägers sei ersatzlos fortgefallen. Eine Leitungsfunktion des Data Center in D2xxxxxx gebe es nicht mehr. Das in D2xxxxxx noch vorhandene Serviceteam werde übergeordnet verwaltet. Die Managementfunktionen, die der Kläger ausgeübt habe, gekennzeichnet durch Budgeterstellung, Finanzverantwortung, Buchhaltung, die Leitung von SAP-Prozessen sowie die disziplinarische und fachliche Leitung der Serviceteams in F1xxxxxx und D2xxxxxx, würden überhaupt nicht mehr wahrgenommen, die Leitung des Restteams in D2xxxxxx sei nicht mehr bei der Beklagten angesiedelt. Damit sei der Arbeitsbereich des Klägers entfallen. Übrig geblieben sei allein die fachliche Leitung des Serviceteams in D2xxxxxx, diese erschöpfe sich aber in einem wöchentlichen Telefonat bzw. einem Telefonat aus gegebenem Anlass. 36

Unrichtig sei auch, dass der Arbeitsplatz des Klägers deshalb in Fortfall geraten sei, weil Herr P1xx H3xxxxx von der M3x W2xxxxxx D1xxxxxxxxx GmbH nunmehr in den Betrieb der Beklagten integriert worden sei. Dies sei unzutreffend. Die Übertragung fachlicher Weisungsrechte auf andere Personen, auch auf Arbeitnehmer anderer Konzerngesellschaften, sei grundsätzlich zulässig. 37

Nahezu sämtliche Aufgaben, die der Kläger ausgeübt habe, wie der Aufbau des Data Centers in F1xxxxxx, Koordination von Neuinstallationen, Managementfunktionen wie Budgeterstellung, Finanzverantwortung, Buchhaltung, Leitung von SAP-Prozessen sowie die disziplinarische und fachliche Leitung der Serviceteams in F1xxxxxx und in D2xxxxxx, seien 38

entfallen. Von den ehemaligen Arbeitsaufgaben des Klägers sei lediglich die fachliche Leitung des Teams in D2xxxxxx übrig geblieben, die sich in einem wöchentlichen Telefonat bzw. Telefonat aus gegebenem Anlass erschöpfe und mit weniger als 5 % zu bewerten sei.

Auch die Tätigkeiten des Klägers in der Abteilung "Field Operations" seien weggefallen. 39
Dieser Bereich sei bereits Ende 2001 geschlossen worden. Der Mitarbeiter K3xxxxxxx habe zu diesem Zeitpunkt Tätigkeiten im Bereich des "LORC" übernommen. Dieser Bereich habe mit "Field Operations" überhaupt nichts zu tun gehabt. Der Kläger habe auch keinerlei Führungstätigkeiten gegenüber Herrn K3xxxxxxx gehabt. Der zuständige Manager für diesen Bereich sei vielmehr Herr F2xxxxxx, nicht der Kläger. Von der Arbeit des "LORC" habe der Kläger überhaupt keine Kenntnis gehabt.

Die Beklagte ist nach wie vor der Auffassung, dass ein gemeinsamer Betrieb zwischen ihr 40
und der Firma M3x W2xxxxxx D1xxxxxxxxx GmbH nicht vorliege. Ein einheitlicher Leitungsapparat im Hinblick auf die personelle und wirtschaftliche Führung liege nicht vor. Bei der Beklagten koordine der Country Manager, Herr Rechtsanwalt P2xxx R3xxxxxxx, die einzelnen Geschäftsbereiche und vertrete das Unternehmen der Beklagten in D1xxxxxxxxx nach außen; er sei als Prokurist für alle Personalentscheidungen verantwortlich und zuständig; er verhandle und unterschreibe Betriebsvereinbarungen für die Beklagte. Entsprechend nehme für die Firma M3x W2xxxxxx D1xxxxxxxxx GmbH deren Country Manager, Herr Rechtsanwalt F3xxxxxx I1xxx, die Verantwortlichkeiten bei dieser Gesellschaft wahr. Die Personalabteilung der Beklagten sei nicht für die Firma M3x W2xxxxxx D1xxxxxxxxx GmbH zuständig. Beide Betriebe hätten einen eigenständigen Betriebsrat. Die Beklagte habe eigene Arbeitsverträge, die sich von den Verträgen b4x M3x W2xxxxxx D1xxxxxxxxx GmbH deutlich unterschieden. Die M3x W2xxxxxx und die Beklagte hätten auch unterschiedliche Vergütungsmodelle, unterschiedliche Kündigungsfristen und unterschiedliche Sozialpläne.

Schließlich stehe dem Kläger auch die vom Arbeitsgericht zugesprochene 41
Überstundenvergütung nicht zu. Dies ergebe sich schon daraus, dass der Betriebsrat den geleisteten 400 Überstunden nicht zugestimmt habe. Aus der fehlenden Betriebsratszustimmung ergebe sich die Unwirksamkeit der Individualabsprache.

Im Übrigen sei der Kläger entsprechend den Bestimmungen des Sozialplanes freigestellt 42
worden, damit seien auch etwaige Überstundenansprüche abgegolten.

Die Beklagte beantragt, 43

das Urteil des Arbeitsgerichts Dortmund vom 20.11.2003 - 3 Ca 6143/02 - abzuändern und 44
die Klage insgesamt abzuweisen.

Der Kläger beantragt, 45

die Berufung zurückzuweisen. 46

Er verteidigt das erstinstanzliche Urteil und ist der Auffassung, dass dringende betriebliche 47
Erfordernisse die ausgesprochene Kündigung nicht rechtfertigen könnten. Die Beklagte habe nicht das Data Center in F1xxxxxx aufgegeben, das Data Center in F1xxxxxx existiere nach wie vor. Dies ergebe sich aus den eigenen Organigrammen der Beklagten (Bl. 109, 110 d.A.). Herr P1xx H3xxxxx leite sowohl das Data Center F1xxxxxx wie auch das Data Center D2xxxxxx. Ca. 30 Kunden der Beklagten mit ihren technischen Anschlüssen seien seinerzeit in das Data Center F1xxxxxx umgesiedelt worden. Die Beklagte habe nicht substantiiert

dargestellt, inwieweit die Managerfunktion des Klägers für die Data Center in D2xxxxxx und F1xxxxxx entfallen sei. Beide Bereiche seien nach wie vor vorhanden. Die disziplinarische und fachliche Leitung des Data Centers mache inzwischen mindestens einen Umfang von 50 % der Arbeitszeit des Zeugen H3xxxxx aus.

Darüber hinaus seien die Tätigkeiten des Klägers im Bereich "Field Operations" nicht weggefallen. Diese Abteilung existiere nach wie vor, sie sei lediglich in "LORC" umbenannt worden, dort sei nunmehr der Zeuge K3xxxxxxx beschäftigt, der dem Kläger unterstellt gewesen sei. Die Beklagte habe selbst vorgetragen, dass der Zeuge K3xxxxxxx als Techniker im Bereich "Field Operations" tätig sei. Noch im September 2002 sei der Kläger an einer Diskussion über die Prozesse in der Abteilung "LORC" involviert gewesen. Er, der Kläger, habe auch Urlaubsanträge für den Zeugen K3xxxxxxx unterschrieben. Unrichtig sei auch, dass die Abteilung "Field Operations" bereits Ende 2001 geschlossen worden sei. Immerhin seien im Februar/März 2002 noch Überstunden für den Kläger in diesem Bereich genehmigt worden. Ein Praktikant der Abteilung "Field Operations" habe sich noch im September 2002 per e-mail an den Kläger gewandt.

Schließlich habe das Arbeitsgericht dem Kläger auch zu Recht die Bezahlung von 400 bestätigten Mehrarbeitsstunden zugesprochen.

Im Übrigen wird auf den weiteren Inhalt der von den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst deren Anlagen ergänzend Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Berufung der Beklagten ist nicht begründet.

Zu Recht hat das Arbeitsgericht der Kündigungsschutzklage des Klägers sowie dem Zahlungsanspruch des Klägers in der ausgerichteten Höhe stattgegeben.

I

Die Unwirksamkeit der Kündigung vom 27.09.2002 zum 31.12.2002 ergibt sich aus § 1 Abs. 1 KSchG.

Sowohl die Beschäftigungszeit des Klägers im Betrieb der Beklagten als auch die Größe des Betriebes der Beklagten rechtfertigen die Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes, §§ 1 Abs. 1, 23 Abs. 1 KSchG. Die Kündigungsschutzklage ist auch rechtzeitig erhoben worden, § 4 KSchG.

Die Kündigung des Klägers vom 26.09.2002 ist sozial ungerechtfertigt, weil sie nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Klägers im Betrieb der Beklagten entgegenstehen, bedingt ist, § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG.

1. Dringende betriebliche Erfordernisse im Sinne des § 1 Abs. 1 KSchG liegen dann vor, wenn infolge eines Überhangs an Arbeitskräften für die Beschäftigung eines Arbeitnehmers wirtschaftlich kein Bedarf mehr vorhanden ist und andere Mittel unter Abwägung des Betriebes und der Belegschaft nicht zumutbar sind. Dringende betriebliche Erfordernisse sind dann gegeben, wenn es dem Arbeitgeber nicht möglich ist, der betrieblichen Lage durch andere Maßnahmen auf technischem, organisatorischem oder wirtschaftlichem Gebiet als durch eine Kündigung zu entsprechen. Die Kündigung muss wegen der betrieblichen Lage unvermeidbar sein. Dabei können sich betriebliche Erfordernisse für eine Kündigung im Sinne von § 1 Abs. 2 KSchG aus innerbetrieblichen Umständen (Unternehmerentscheidungen wie

z.B. Rationalisierungsmaßnahmen, Umstellung oder Einschränkung der Produktion) oder durch außerbetriebliche Gründe (z.B. Auftragsmangel oder Umsatzrückgang) ergeben. Diese betrieblichen Erfordernisse müssen "dringend" sein und eine Kündigung im Interesse des Betriebes notwendig machen. Beruft sich der Arbeitgeber auf außerbetriebliche oder innerbetriebliche Umstände, darf er sich nicht auf schlagwortartige Umschreibungen beschränken; er muss seine tatsächlichen Angaben vielmehr so im Einzelnen darlegen, dass sie vom Arbeitnehmer mit Gegentatsachen bestritten und vom Gericht überprüft werden können. Der Vortrag des Arbeitgebers muss erkennen lassen, ob durch eine innerbetriebliche Maßnahme oder durch einen außerbetrieblichen Anlass das Bedürfnis an der Tätigkeit des gekündigten Arbeitnehmers wegfällt. Bei Kündigungen aus innerbetrieblichen Gründen muss der Arbeitgeber darlegen, welche organisatorischen und technischen Maßnahmen er angeordnet hat und wie sich die von ihm behaupteten Umstände unmittelbar oder mittelbar auf die Beschäftigungsmöglichkeit für den gekündigten Arbeitnehmer auswirken. wegfällt. Von den Arbeitsgerichten ist insbesondere voll nachzuprüfen, ob eine derartige unternehmerische Entscheidung tatsächlich vorliegt. Auch wenn die Unternehmerentscheidung selbst nur dahingehend zu überprüfen ist, ob sie offenbar unvernünftig oder willkürlich ist, so unterliegt es stets der vollen Überprüfung, ob die Unternehmerentscheidung tatsächlich ursächlich für den vom Arbeitgeber geltend gemachten Beschäftigungswegfall ist (vgl. zuletzt: BAG, Urteil vom 17.06.1999 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 101 - unter II. 1. b) der Gründe; BAG, Urteil vom 20.09.2000 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 112 - unter III. 2. b) und d) aa) der Gründe; BAG, Urteil vom 18.01.2001 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 115;

BAG, Urteil vom 26.09.2002 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 124 - unter II. 1. a) der 59

Gründe; KR-Etzel, 7. Aufl., § 1 KSchG Rz. 519 ff., 534 ff.). 60

2. In Anwendung dieser Grundsätze ist das Arbeitsgericht zu Recht zu dem Ergebnis gelangt, dass weder außerbetriebliche noch innerbetriebliche Gründe die Kündigung des Klägers sozial rechtfertigen können. 61

Außerbetriebliche Gründe, die ursächlich zum Fall der Beschäftigungsmöglichkeit des Klägers geführt haben, hat die Beklagte selbst nicht geltend gemacht. 62

Die Kündigung des Klägers vom 26.09.2002 ist aber auch nicht aufgrund einer innerbetrieblichen Unternehmerentscheidung sozial gerechtfertigt. 63

a) Zur Begründung der aufgrund einer innerbetrieblichen Unternehmerentscheidung beruhenden Kündigung des Klägers hat die Beklagte vorgetragen, sie habe aufgrund des Zusammenbruches des Telekommunikationsmarktes und des Insolvenzverfahrens der Muttergesellschaft W2xxxxxx U2x ca. 100 Stellen abbauen müssen, hiervon sei auch die Managerstelle des Klägers betroffen. Die Entscheidung des Arbeitgebers, den Personalbestand auf Dauer zu reduzieren, gehört zu den sogenannten unternehmerischen Maßnahmen, die zum Wegfall von Arbeitsplätzen führen und damit den entsprechenden Beschäftigungsbedarf entfallen lassen können (BAG, Urteil vom 17.06.1999 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 101). Auch die Entscheidung des Arbeitgebers, eine bestimmte Betriebsabteilung stillzulegen oder eine Führungs- oder Hierarchieebene abzubauen, kann eine unternehmerische Entscheidung darstellen, die zum Wegfall des Beschäftigungsbedürfnisses führt und nur eingeschränkter Überprüfung durch die Arbeitsgerichte unterliegt. Reduziert sich jedoch eine Organisationsentscheidung des 64

Arbeitgebers zur Personalreduzierung praktisch auf den Kündigungsentschluss, sind diese beiden Unternehmerentscheidungen ohne Konkretisierung nicht voneinander zu unterscheiden. Je näher die eigentliche Organisationsentscheidung an den Kündigungsentschluss rückt, um so stärkere Anforderungen werden im Kündigungsprozess an die Darlegungslast des Arbeitgebers gestellt, der verdeutlichen muss, dass infolge der unternehmerischen Entscheidung ein Beschäftigungsbedürfnis für den Arbeitnehmer entfallen ist. Der Arbeitgeber muss dann substantiiert dartun, wie sich die Umsetzung seiner unternehmerischen Entscheidung auf die Beschäftigungsmöglichkeiten auswirkt. Dabei bedarf es der Konkretisierung der Organisationsentscheidung, damit geprüft werden kann, ob der Arbeitsplatz des betroffenen Arbeitnehmers tatsächlich weggefallen ist und die Entscheidung nicht offensichtlich unsachlich oder willkürlich ist (BAG, Urteil vom 17.06.1999 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 102; BAG, Urteil vom 27.09.2001 - AP KSchG 1969 § 14 Nr. 6; BAG, Urteil vom 26.09.2002 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 124). Der Arbeitgeber muss in derartigen Fällen insbesondere darlegen, in welchem Umfang die bisher vom Arbeitnehmer ausgeübten Tätigkeiten zukünftig im Vergleich zum bisherigen Zustand entfallen oder aufgrund einer Neuverteilung der bisher zugewiesenen Aufgaben weggefallen sind. Er muss aufgrund seiner unternehmerischen Vorgaben die zukünftige Entwicklung der Arbeitsmenge anhand einer näher konkretisierten Prognose darstellen und angeben, wie die anfallenden Arbeiten vom verbliebenen Personal ohne überobligationsmäßige Leistungen erledigt werden können.

b) Diesen Anforderungen wird das Vorbringen der Beklagten nicht gerecht. Dies hat das Arbeitsgericht zutreffend erkannt. Auch aus dem Berufungsvorbringen ergibt sich nicht mit der notwendigen Klarheit und Deutlichkeit, inwieweit das Beschäftigungsbedürfnis für den Kläger entfallen ist.

65

Wie das aufgrund der Insolvenz der Muttergesellschaft der Beklagten vorgegebene Restrukturierungskonzept, insbesondere in Bezug auf die bisherigen Tätigkeiten des Klägers konkret umgesetzt worden ist, hat die Beklagte nicht substantiiert dargelegt. Zwar hat sie behauptet, dass aufgrund des Wegfalls der wesentlichen Tätigkeiten des Klägers entschieden worden sei, dass es der Beschäftigung eines Managers nicht mehr bedürfe. Die früher dem Kläger als Manager obliegende Aufgabe der Leitung der Data Center in F1xxxxxxx und in D2xxxxxx seien auch nicht von dem Mitarbeiter P1xx H3xxxxx übernommen worden. Dieses der Beklagten ist aber schon unzutreffend, da, wie das Arbeitsgericht zu Recht herausgestellt hat, die Leitung des Data Center D2xxxxxx und des Data Center F1xxxxxxx nunmehr dem Mitarbeiter P1xx H3xxxxx von der M3x W2xxxxxx D1xxxxxxxxx GmbH obliegt. Dies ergibt sich aus dem von der Beklagten selbst Organigramm (Bl. 109, 110 d.A.). Nach Ziffer 1.1 des Arbeitsvertrages vom 23./30.11.2000 war der Kläger jedoch als Manager der Bereiche "Field & Facilities Operations sowie als Manager des "Data Center" eingestellt. Wann, in welchem Umfang und in welcher Weise diese Aufgaben, die dem Kläger vertraglich worden sind, weggefallen oder umverteilt worden sind, hat die Beklagte nicht substantiiert dargelegt. Es ist schon nicht vorgetragen worden, wann und zu welchem Zeitpunkt die Leitung des Data Center D2xxxxxx und des Data Center F1xxxxxxx dem Zeugen H3xxxxx übertragen worden ist. Einerseits behauptet die Beklagte, das Unternehmen habe entschieden, dass für Bestandskundenbetreuung Techniker ein Manager nicht mehr benötigt würde. Sie bestreitet auch, dass die Leitung des Data Center D2xxxxxx einen Umfang von 50 % der Arbeitszeit von Herrn H3xxxxx ausmache. Andererseits behauptet sie, dass von den ehemaligen Arbeitsaufgaben des Klägers lediglich die fachliche Leitung des Teams in D2xxxxxx übrig geblieben sei, die sich in einem wöchentlichen Telefonat bzw. Telefonat aus gegebenem Anlass erschöpfe und mit weniger als 5 % zu bewerten sei. Dieses Vorbringen kann nicht nachvollzogen werden. Soweit mit diesem

66

Vorbringen behauptet werden soll, dass der Kläger nur zu 5 % ausgelastet gewesen sein sollte, fehlt es an einem Vorbringen der Beklagten, womit der Kläger in der übrigen Zeit beschäftigt gewesen ist oder welche übrigen Tätigkeiten des Klägers in welchem Umfang umverlagert worden sind. Dass der Kläger im Jahre 2002 zuletzt nur noch zu 5 % ausgelastet und im Übrigen beschäftigungslos gewesen ist, behauptet die Beklagte selbst nicht. Dass lediglich 5 % der bisherigen Tätigkeiten des Klägers auf den Zeugen H3xxxxx übertragen worden sind, steht in unauflösbarem Widerspruch zu der unbestrittenen Tatsache, dass der Kläger bis zum Ausspruch der Kündigung vom 27.09.2002 vollzeitbeschäftigt gewesen ist.

Widersprüchlich ist es auch, dass nach den Behauptungen der Beklagten die Manageraufgaben des Klägers im Bereich "Field Operations" weggefallen sein sollen, weil dieser Bereich bereits Ende 2001 geschlossen worden sein soll. Demgegenüber sind jedoch noch im Februar/März 2002 u.a. wegen Ressourcenmangel im Bereich "Field Operations" 400 Stunden Mehrarbeit für den Kläger genehmigt worden.

Wenn es zutreffend ist, dass Herr P1xx H3xxxxx nur 5 % der Tätigkeiten des Klägers übernommen hat, bleibt unerfindlich, mit welchen Tätigkeiten der Kläger zuvor befasst gewesen ist, insbesondere weil nach den eigenen Behauptungen der Beklagten der Aufgabenbereich "Field Operations" bereits seit Ende 2001 vollständig entfallen sein soll.

Gerade in Anbetracht der Tatsache, dass dem Kläger nach dem Arbeitsvertrag Manageraufgaben in mehreren Teilbereichen oblagen, wozu auch die Leitung des unstreitig inzwischen aufgebauten Data Center F1xxxxxxx gehörte, war es unumgänglich, die Tätigkeiten des Klägers in den einzelnen Teilbereichen zum Zeitpunkt der Kündigungsentscheidung zu schildern und alsdann näher vorzutragen, welche von diesen Tätigkeiten ohnehin bisher weggefallen sind, welche übrigen Tätigkeiten in welcher Weise umverteilt worden sind. Daran fehlt es. Die Entscheidung der Beklagten, dass die Mitarbeiter des Service Center in D2xxxxxx keinen eigenen Standortmanager mehr benötigten, kann danach allein eine betriebsbedingte Kündigung des Klägers nicht rechtfertigen.

Nach alledem konnte offen bleiben, ob die Kündigung vom 27.09.2002 auch wegen einer nichtordnungsgemäßen Sozialauswahl unwirksam wäre, ob der Betrieb der Beklagten mit der Firma M3x W2xxxxxx D1xxxxxxxxx GmbH einen gemeinsamen Betrieb bildet und ob der Mitarbeiter H3xxxxx überhaupt einen Teil der Tätigkeiten des Klägers übernehmen konnte.

II

Das Arbeitsgericht hat auch dem Zahlungsantrag des Klägers zu Recht in Höhe von 400 Stunden Mehrarbeit stattgegeben.

1. Der Zahlungsanspruch in dem vom Arbeitsgericht stattgegebenen Umfang ergibt sich aus dem von der Beklagten ausdrücklich genehmigten Antrag des Klägers auf bezahlte Mehrarbeit vom 25.02./06.03.2002. Durch die Genehmigung dieses Antrages des Klägers hat die Beklagte mit dem Kläger vereinbart, dass dieser für 400 geleistete Arbeitsstunden eine Mehrarbeitsvergütung erhält. Dies ergibt sich bereits daraus, wie das Arbeitsgericht zutreffend erkannt hat, dass das Formular die Überschrift "Antrag auf bezahlte Mehrarbeit" trägt und dass die Anzahl der tatsächlich geleisteten Überstunden mit 400 beziffert worden ist. Eines derartigen Antrages hätte es nicht bedurft, wenn die Bezahlung von Mehrarbeit ohnehin nicht in Betracht gekommen wäre. Dass der Kläger 400 Stunden Mehrarbeit geleistet hat, ist von der Beklagten nicht bestritten worden.

67

68

69

70

71

72

73

74

2. Die Einwendungen der Beklagten gegenüber dem Zahlungsanspruch des Klägers greifen nicht durch.

a) Auf Ziffer 2.4 des Arbeitsvertrages vom 23./30.11.2000 kann die Beklagte sich nicht berufen. Zwar sind hiernach mit der Zahlung des Gehaltes auch eventuell anfallende Überstunden abgegolten. Eine derartige Vereinbarung ist zwar in der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte grundsätzlich für zulässig erachtet worden (vgl. zuletzt: LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 05.11.2002 - NZA-RR 2003, 242; ErfK/Preis, 4. Aufl., § 611 BGB Rz. 828). Es ist aber bereits zweifelhaft, ob die Pauschalvereinbarung in Ziffer 2.4 des Arbeitsvertrages einer Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff. BGB standhält, nicht zu unbestimmt und unklar ist und damit einen Verstoß gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB enthält (vgl. ErfK/Preis, §§ 305-310 BGB Rz. 88 f.; Hümmerich NZA 2003, 353 ff., 357). Ziffer 2.4 des Arbeitsvertrages steht dem Anspruch auf Bezahlung der 400 Mehrarbeitsstunden schon deshalb nicht entgegen, weil die Parteien am 25.02./06.03.2002 eine ausdrückliche vertragliche Vereinbarung über die Bezahlung der 400 Mehrarbeitsstunden getroffen haben.

75

b) Dem Zahlungsanspruch kann auch nicht entgegengehalten werden, dass der Kläger leitender Angestellter mit einer Pauschalvereinbarung wäre. Dafür, dass der Kläger leitender Angestellter gewesen ist, sind Anhaltspunkte nicht ersichtlich.

76

Dem Zahlungsanspruch steht auch nicht Abschnitt 3., Ziffer 3. des Sozialplanes vom 24.09.2002 entgegen. Zwar sind hiernach Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis im Rahmen der geplanten Betriebsänderung beendet wird, zeitnah und unter Fortzahlung der Bezüge und unter Anrechnung etwaigen Urlaubs, Resturlaubs oder sonstiger Freizeitabgeltungsansprüche unwiderruflich freizustellen. Der Kläger ist auch mit dem Kündigungsschreiben vom 27.09.2002 mit sofortiger Wirkung unwiderruflich "unter Fortzahlung seiner Bezüge und unter Anrechnung aller Urlaubs- oder Resturlaubsansprüche" freigestellt worden. Diese Freistellungserklärung ist aber nicht zur Abgeltung etwaiger Über- oder Mehrarbeitsstunden erfolgt. Nur dann, wenn die Beklagte den Kläger zur Abgeltung auch eventueller Mehrarbeitsstunden freigestellt hätte, wäre ein Zahlungsanspruch entfallen. Ein Vertragspartner, der von seiner Ersetzungsbefugnis Gebrauch macht, muss dies unmissverständlich erklären. Die Erklärung muss zwar nicht ausdrücklich abgegeben werden, sich aber aus den für den Erklärungsempfänger erkennbaren Umständen zweifelsfrei ergeben (BAG, Urteil vom 17.01.1995 - AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 15; BAG, Urteil vom 18.09.2001 - AP BGB § 611 Mehrarbeitsvergütung Nr. 37 m.w.N.). Eine Freistellung des Klägers zur Abgeltung auch der geleisteten Mehrarbeitsstunden ist aber gerade nicht erfolgt.

77

c) Schließlich kann sich die Beklagte auch nicht darauf berufen, der Betriebsrat habe den 400 Mehrarbeitsstunden des Klägers nicht zugestimmt. Dass die Beklagte etwaige Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates bei der Anordnung bzw. Genehmigung der 400 Mehrarbeitsstunden nicht beachtet hat, ist nicht dem Kläger anzulasten, sondern der Beklagten. Ordnet ein Arbeitgeber einseitig ohne Einhaltung des Mitbestimmungsrechtes des Betriebsrates Überstunden an, sind die betroffenen Arbeitnehmer zwar nicht verpflichtet, der Anordnung nachzukommen. Die Mitbestimmung ist Wirksamkeitsvoraussetzung. Leistet ein Arbeitnehmer aber trotzdem die geforderten Überstunden, so hat er dennoch Anspruch auf die entsprechende Vergütung. Die unter Verletzung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates zugesagte Überstundenvergütung muss, soweit vom Arbeitnehmer entsprechende Leistungen erbracht sind, auch bezahlt werden. Ein Arbeitgeber darf sich nicht auf sein eigenes rechtswidriges Verhalten berufen (BAG, Urteil vom 05.07.1976 - AP

78

AZO § 12 Nr. 10; BAG, Urteil vom 27.05.1993 - AP BGB § 611 Musiker Nr. 22;
Fitting/Engels/Schmidt/

Trebinger/Linsenmaier, BetrVG, 22. Aufl., § 87 Rz. 606; Wiese/GK-BetrVG, 7. Aufl., § 87 Rz. 421 und 125 m.w.N.). 79

III 80

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Die Beklagte hat die Kosten des erfolglos gebliebenen Rechtsmittels zu tragen. 81

Der Streitwert hat sich in der Berufungsinstanz aufgrund der teilweisen Klageabweisung durch das Arbeitsgericht, gegen die vom Kläger keine Berufung eingelegt worden ist, geändert. Für das Berufungsverfahren beträgt der Streitwert 32.195,68 EUR, § 25 GKG. Dabei ist der Wert des Feststellungsantrages mit drei Monatsverdiensten in Ansatz gebracht worden. Hinzuzurechnen war der Wert des vom Arbeitsgericht ausgeteilten Zahlungsantrages. 82

Für die Zulassung der Revision zum Bundesarbeitsgericht bestand nach § 72 Abs. 2 ArbGG keine Veranlassung. 83

Schierbaum	Seppelfricke	Roßhoff
------------	--------------	---------

 84

/N. 85