

---

**Datum:** 14.06.2005  
**Gericht:** Landesarbeitsgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 19. Kammer  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 19 Sa 287/05  
**ECLI:** ECLI:DE:LAGHAM:2005:0614.19SA287.05.00

---

**Vorinstanz:** Arbeitsgericht Hamm, 1 Ca 2687/03 O  
**Nachinstanz:** Bundesarbeitsgericht, 2 AZR 482/05  
**Schlagworte:** Angabe der Anzahl der Unterhaltspflichten im Rahmen der Betriebsratsanhörung; Wirksamkeit einer betriebsbedingten Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit einer Fachkraft für Arbeitssicherheit trotz fehlender Zustimmung des Betriebsrates zur Abberufung als Fachkraft für Arbeitssicherheit nach § 9 Abs. 3 ASiG.

**Normen:** § 102 BetrVG, § 9 Abs. 3 ASiG

**Leitsätze:**

1. Die objektiv fehlerhafte Angabe der Zahl der Unterhaltspflichten führt bei einer betriebsbedingten Kündigung dann nicht zu einer Unwirksamkeit der Kündigung wegen fehlerhafter Anhörung des Betriebsrates nach § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG, wenn eine soziale Auswahl nach Ansicht des Arbeitgebers mangels Vergleichbarkeit des zu kündigenden Arbeitnehmers mit anderen Arbeitnehmern nicht vorzunehmen ist.
2. Die fehlende Zustimmung des Betriebsrates zur Abberufung einer Fachkraft für Arbeitssicherheit führt nach Wortlaut sowie Sinn und Zweck des § 9 Abs. 3 ASiG nicht zu Unwirksamkeit einer betriebsbedingten Kündigung.

**Rechtskraft:** Die Revision wird zugelassen

---

**Tenor:**

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Siegen vom 20.01.2005 - 1 Ca 2687/03 O - wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Kläger auferlegt.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 22.411,40 € festgesetzt.

---

## **Tatbestand**

- |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |   |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---|
| Die Parteien streiten um den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | 1 |
| Der am 17.08.1953 geborene, geschiedene und gegenüber drei Kindern unterhaltspflichtige Kläger war seit dem 01.10.1984 bei der Beklagten zuletzt zu einer monatlichen Bruttovergütung von durchschnittlich 4.482,28 € beschäftigt. Der Kläger, der zunächst als technischer Angestellter für die Beklagte tätig war, wurde seit dem 01.03.2001 als Leiter und einziger Mitarbeiter der Abteilung "Forschung und Entwicklung" beschäftigt. Grundlage des Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien ist der schriftliche Arbeitsvertrag vom 22.08.1984 (Bl. 4, 5 d. GA) sowie der Änderungsvertrag vom 16.02.2001 (Bl. 6 bis 7 d. GA) einschließlich der Stellenbeschreibung vom 16.06.2003. Der Kläger wurde außerdem mit Zustimmung des Betriebsrats zur Fachkraft für Arbeitssicherheit bestellt. | 2 |
| Mit Schreiben vom 11.11.2003 (Bl. 17 d. GA) leitete die Beklagte die Anhörung des Betriebsrates zu der beabsichtigten ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger unter Berufung auf eine Schließung der Abteilung "Forschung und Entwicklung" ein. Darüber hinaus wies sie den Betriebsrat darauf hin, dass die Tätigkeit als Sicherheitsfachkraft betriebsintern anderweitig vergeben werde. Der Betriebsrat widersprach der beabsichtigten Kündigung mit Schreiben vom 19.11.2003 unter Hinweis darauf, dass "das Amt der Sicherheitsfachkraft betriebsintern nicht gewährleistet" sei.                                                                                                                                                                                       | 3 |
| Mit Schreiben vom 26.11.2003 (Bl. 11 d. GA), das dem Kläger am 27.11.2003 zugeing, erklärte die Beklagte die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses zum 31.05.2004. Gegen diese Kündigung wehrt sich der Kläger mit seiner am 15.12.2003 beim Arbeitsgericht eingegangenen Kündigungsschutzklage vom selben Tage.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | 4 |
| Der Kläger hat das Vorliegen des dringenden betrieblichen Erfordernisses unter Hinweis darauf bestritten, dass sein Arbeitsplatz nach wie vor im Betrieb vorhanden sei. Darüber hinaus sei es der Beklagten möglich gewesen, ihn auf einem anderen, freien Arbeitsplatz weiterzubeschäftigen. In Betracht käme insoweit eine Beschäftigung als Personalsachbearbeiter oder als Produktmanager Gusstechnik, weil beide Arbeitsplätze bei Ablauf der Kündigungsfrist unbesetzt und ausgeschrieben gewesen seien. Außerdem sei es der Beklagten auch möglich gewesen, ihn zur Hälfte als Sicherheitsfachkraft weiterzubeschäftigen und ihn im Übrigen mit anderen Aufgaben zu betrauen.                                                                                                                | 5 |
| Der Kläger hat darüber hinaus die Ansicht vertreten, die Beklagte habe vor Ausspruch der Kündigung den Betriebsrat nicht ordnungsgemäß angehört, was insbesondere schon daraus folge, dass sie dem Betriebsrat mitgeteilt habe, dass er geschieden und gegenüber einem                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | 6 |
|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | 7 |

Kind unterhaltspflichtig sei, während er tatsächlich gegenüber drei Kindern Unterhaltspflichtigen habe. Darüber hinaus habe sie den Betriebsrat auch nicht darüber unterrichtet, dass die behauptete Schließung der Abteilung "Forschung und Entwicklung" eine Betriebsänderung sei, was einen Verstoß gegen § 111 BetrVG darstelle. Außerdem hat der Kläger die Ansicht vertreten, dass die ausgesprochene Kündigung wegen fehlerhafter sozialer Auswahl unwirksam sei, weil er mit den Arbeitnehmern S6xxxxxxx, R2xxxxxxx, R3xxxxxxx, H3xxxxxxx und W2xxx vergleichbar sei, die weniger sozial schutzwürdig seien.

Schließlich hat der Kläger die Ansicht vertreten, dass die Kündigung jedenfalls wegen der fehlenden Zustimmung des Betriebsrates unwirksam sei, die wegen seiner Tätigkeit als Sicherheitsfachkraft nach § 9 Abs. 3 Arbeitssicherheitsgesetzes (ASiG) i.V.m. § 87 BetrVG erforderlich gewesen sei.

Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 26.11.2003 – zugegangen am 27.11.2003 – zum 31.05.2004 nicht aufgelöst worden ist,
2. die Beklagte zu verurteilen, ihn für den Fall des Obsiegens mit dem Feststellungsantrag zu 1) zu den Bedingungen laut Arbeitsvertrag vom 22.08.1984 in Verbindung mit der "Veränderung des Anstellungsvertrages" vom 16.02.2001 als Leiter der Abteilung "Forschung und Entwicklung" bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über den Feststellungsantrag weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat behauptet, im Oktober 2003 sei von dem Geschäftsführer ihrer Komplementärin und dem Zeugen W2xxx beschlossen worden, die Abteilung "Forschung und Entwicklung" aus wirtschaftlichen Gründen mit Ablauf der Kündigungsfrist des Klägers zu schließen und künftig im Bedarfsfall Forschungs- und Entwicklungsarbeiten extern zuzukaufen. Seit Oktober 2003 seien in der Abteilung "Forschung und Entwicklung" auch keine neuen Projekte mehr in Angriff genommen, so dass der Kläger bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nur noch Restarbeiten erledigt habe.

Eine soziale Auswahl sei nicht erforderlich gewesen, weil es keine mit dem Kläger vergleichbaren Arbeitnehmer im Betrieb gegeben habe.

Eine Weiterbeschäftigung des Klägers, insbesondere als Personalsachbearbeiter oder als Produktmanager Gusstechnik, sei nicht möglich gewesen. Bei dem Arbeitsplatz als Personalsachbearbeiter handele es sich um eine wesentlich geringer vergütete Halbtagsstelle, die entsprechende Vorkenntnisse erfordere, die der Kläger als technischer Angestellter nicht habe. Die Weiterbeschäftigung des Klägers als Produktmanager Gusstechnik sei dagegen schon deswegen nicht geeignet, die Wirksamkeit der Kündigung in Frage zu stellen, weil es sich dabei nicht um einen Arbeitsplatz bei ihr, sondern bei einem Schwesterunternehmen handele. Schließlich scheide auch eine Weiterbeschäftigung als Sicherheitsfachkraft aus, weil die nach Auskunft der Berufsgenossenschaft für diese Tätigkeit durchschnittlich anfallenden 160 Stunden pro Jahr anderweitig vergeben würden, was mit dem Amt für Arbeitssicherheit auch abgestimmt worden sei. Eine Weiterbeschäftigung des Klägers allein als Fachkraft für Arbeitssicherheit sei ihr angesichts des geringen Umfangs dieser Tätigkeit nicht zumutbar.

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Auf eine fehlerhafte Anhörung des Betriebsrates könne sich der Kläger ebenfalls nicht berufen, weil sie den Betriebsrat vor Ausspruch der Kündigung ordnungsgemäß unter Angabe der auf der Lohnsteuerkarte des Klägers eingetragenen Sozialdaten angehört habe. Im Übrigen sei die Mitteilung der Sozialdaten gar nicht erforderlich gewesen, weil eine Sozialauswahl mangels Vergleichbarkeit des Klägers mit anderen Arbeitnehmern nicht durchzuführen gewesen sei. Schließlich scheitere die Wirksamkeit der Kündigung auch nicht an der fehlenden Zustimmung des Betriebsrates, weil die Kündigung der Fachkraft für Arbeitssicherheit nicht nach § 9 Abs. 3 ASiG zustimmungsbedürftig sei.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | 17 |
| Das Arbeitsgericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung des Zeugen W2xxx. Wegen des Inhalts und des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift der Kammerverhandlung vom 20.01.2005 (Bl. 65, 66 d. GA) Bezug genommen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | 18 |
| Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dass der Arbeitsplatz des Klägers nach dem Ergebnis der durchgeführten Beweisaufnahme aufgrund einer unternehmerischen Entscheidung, die keiner Zweckmäßigkeitskontrolle durch die Arbeitsgerichte unterliege, weggefallen sei. Hinsichtlich des Fehlens der anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeit, der Entbehrlichkeit der sozialen Auswahl und der ordnungsgemäßen Betriebsratsanhörung ist das Arbeitsgericht im Wesentlichen der Argumentation der Beklagten gefolgt und hat das Fehlen dieser Unwirksamkeitsgründe festgestellt. Schließlich scheitere die Wirksamkeit der Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger auch nicht an einer fehlenden Zustimmung des Betriebsrats nach § 9 Abs. 3 ASiG, weil diese Bestimmung nach ihrem Wortlaut sowie Sinn und Zweck jedenfalls auf eine betriebsbedingte Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit der Fachkraft für Arbeitssicherheit nicht anwendbar sei. | 19 |
| Gegen das am 03.02.2005 zugestellte Urteil des Arbeitsgerichts hat der Kläger am 17.02.2005 Berufung eingelegt und diese am 18.03.2005 begründet.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | 20 |
| Der Kläger greift das Urteil des Arbeitsgerichts unter Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens insgesamt an. Insbesondere vertritt der Kläger unter Bezugnahme auf arbeitsrechtliche Fachliteratur weiterhin die Ansicht, dass die ausgesprochene Kündigung jedenfalls wegen der fehlenden Zustimmung des Betriebsrates nach § 9 Abs. 3 ASiG unwirksam sei.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | 21 |
| Der Kläger beantragt,                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | 22 |
| das Urteil des Arbeitsgerichts Siegen vom 20.01.2005 – 1 Ca 2687/03 O – abzuändern und                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 23 |
| 1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 26.11.2003, zugegangen am 27.11.2003, zum 31.05.2004 nicht aufgelöst worden ist und                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | 24 |
| 2. die Beklagte zu verurteilen, ihn für den Fall des Obsiegens mit dem Feststellungsantrag zu den Bedingungen laut Arbeitsvertrag vom 22.08.1984 in Verbindung mit der Veränderung des Anstellungsvertrages vom 16.02.2001 als Leiter der Abteilung "Forschung und Entwicklung" bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über den Feststellungsantrag weiterzubeschäftigen                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 25 |
| Die Beklagte beantragt,                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 26 |
| die Berufung zurückzuweisen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | 27 |
| Die Beklagte verteidigt das Urteil des Arbeitsgerichts unter Bezugnahme auf ihr bisheriges Vorbringen sowie die erstinstanzlichen Entscheidungsgründe.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 28 |
|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | 29 |

Wegen des Parteivorbringens im Übrigen wird auf den vorgetragenen Inhalt der Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Niederschrift der Berufungsverhandlung vom 14.06.2005 (Bl. 101 bis 103 d. GA) Bezug genommen.

## **Entscheidungsgründe** 30

Die Berufung ist zulässig, hat jedoch in der Sache keinen Erfolg. 31

I 32

Die Berufung ist zulässig, sie ist gemäß § 64 Abs. 1, Abs. 2 c ArbGG statthaft. Sie wurde frist- und formgerecht eingelegt sowie ordnungsgemäß begründet, § 64 Abs. 6, 66 Abs. 1 ArbGG, §§ 519, 520 ZPO. 33

II 34

Die Berufung ist unbegründet. Das Arbeitsgericht hat zu Recht festgestellt, dass die Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger vom 27.11.2003 einer Wirksamkeitskontrolle standhält. 35

1. Entgegen der Ansicht des Klägers scheitert die Wirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung nicht bereits an einer fehlerhaften Anhörung des Betriebsrates nach § 102 BetrVG. 36

a) Eine Kündigung ist nach § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG nicht nur dann unwirksam, wenn der Betriebsrat vor deren Ausspruch überhaupt nicht angehört worden ist. Vielmehr steht auch eine inhaltlich fehlerhafte Anhörung des Betriebsrates der Wirksamkeit der Kündigung entgegen (BAG, Urteil vom 16.01.2003 – 2 AZR 707/01 – NZA 2003, 927; KR/Etzel, § 102 BetrVG Rdnr. 106 ff.; jeweils m.w.N.). Die Beklagte hat aber das Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG entgegen der Ansicht des Klägers ordnungsgemäß durchgeführt. 37

b) Eine ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrates nach § 102 BetrVG setzt bei einer betriebsbedingten Kündigung voraus, dass der Arbeitgeber den Betriebsrat über den konkreten Kündigungssachverhalt, die Kündigungsfristen und -termine sowie über die Sozialdaten des Arbeitnehmers so umfassend unterrichtet, dass der Betriebsrat auch ohne eigene Nachforschungen in der Lage ist, die Stichhaltigkeit der beabsichtigten Kündigung zu überprüfen (BAG, Urteil vom 13.05.2004 – 2 AZR 329/03 – NZA 2004, 1037; Urteil vom 11.12.2003 – 2 AZR 536/02 – BAG Report 2004, 187; KR/Etzel, § 102 BetrVG, Rdnr. 58 ff.; jeweils m.w.N.). Gemessen an diesen Kriterien hat die Beklagte die Anhörung des Betriebsrates ordnungsgemäß durchgeführt. 38

aa) Die Beklagte hat dem Betriebsrat in dem Anhörungsschreiben vom 11.11.2003 mitgeteilt, dass die Kündigung wegen Stilllegung der Abteilung "Forschung und Entwicklung" erfolgen soll, was eine ausreichende Unterrichtung über den Kündigungssachverhalt darstellt. Insoweit werden vom Kläger Fehler im Anhörungsverfahren nicht gerügt. 39

bb) Soweit der Kläger auch in der Berufungsinstanz weiterhin die Ansicht vertritt, die Anhörung des Betriebsrates sei deshalb fehlerhaft erfolgt, weil die Beklagte dem Betriebsrat lediglich mitgeteilt habe, dass er gegenüber einem Kind unterhaltspflichtig sei, während er tatsächlich drei unterhaltspflichtige Kinder habe, so verkennt er, dass diese objektiv falsche Angabe der Beklagten im vorliegenden Fall keine fehlerhafte Anhörung des Betriebsrates begründet. 40

(1) Ob der Arbeitgeber der Unterrichtungspflicht gegenüber dem Betriebsrat nach § 102 BetrVG hinsichtlich der Sozialdaten des Arbeitnehmers entsprechend der Ansicht der Beklagten bereits dann genügt, wenn er die Zahl der unterhaltspflichtigen Personen entsprechend den Eintragungen auf der Lohnsteuerkarte angibt, kann offen bleiben (vgl. dazu LAG Köln, Urteil vom 29.07.2004 – 5 Sa 63/04 – LAG Report 2004, 343; LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 10.08.2004 – 5 Sa 93/04 – NZA-RR 2004, 582; KR/Etzel, § 102 BetrVG, Rdnr. 58 b; jeweils m.w.N.). Denn das Arbeitsgericht hat zu Recht festgestellt, dass für eine ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrates vor Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger die Mitteilung der Sozialdaten nicht erforderlich war, so dass die unbewusste objektiv fehlerhafte Angabe der Beklagten keinen Anhörungsfehler begründet.

(2) Nach § 102 Abs. 1 S. 2 BetrVG muss der Arbeitgeber dem Betriebsrat diejenigen Gründe mitteilen, die nach seiner subjektiven Sicht die Kündigung rechtfertigen und für seinen Kündigungsentschluss maßgebend sind. Dementsprechend ist für eine ordnungsgemäße Anhörung des Betriebsrates bei einer betriebsbedingten Kündigung die Mitteilung der Sozialdaten des zu kündigenden Arbeitnehmers erforderlich, wenn der Arbeitgeber eine Sozialauswahl durchgeführt hat. Denn in diesem Fall benötigt der Betriebsrat diese Angaben, um ohne eigene Nachforschungen die Stichhaltigkeit der durchgeführten sozialen Auswahl beurteilen zu können. Ist dagegen der zu kündigende Arbeitnehmer nach Ansicht des Arbeitgebers mit keinem anderen Arbeitnehmer vergleichbar, so dass eine Sozialauswahl nach der subjektiven Sicht des Arbeitgebers nicht durchzuführen war, so braucht er den Betriebsrat bei einer betriebsbedingten Kündigung auch nicht über die Unterhaltspflichten des zu kündigenden Arbeitnehmers zu unterrichten. Denn diese Sozialdaten waren für den Kündigungsentschluss des Arbeitgebers unerheblich. Aus welchen Gründen der Arbeitgeber die soziale Auswahl für überflüssig hält, ist dabei nicht maßgeblich, so dass auch diese Gründe dem Betriebsrat nicht mitgeteilt werden müssen (BAG, Urteil vom 13.05.2004 – 2 AZR 329/03 – ZIP 2004, 1773; Urteil vom 27.09.2001 – 2 AZR 236/00 – BAGE 99, 167; KR/Etzel, § 102 Rdnr. 162 i; Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 5. Aufl. = ErfK-Hanau/Kania, § 102 BetrVG Rdnr. 9).

2. Die Wirksamkeit der betriebsbedingten Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger scheitert auch nicht daran, dass die Beklagte die nach § 9 Abs. 3 ASiG erforderliche Zustimmung des Betriebsrates zu seiner Abberufung als Fachkraft für Arbeitssicherheit nicht eingeholt hat. Denn auch insoweit hat das Arbeitsgericht im Ergebnis richtig entschieden, dass die vorherige Zustimmung des Betriebsrates zur Abberufung einer Fachkraft für Arbeitssicherheit nach dem Wortlaut sowie nach Sinn und Zweck des § 9 Abs. 3 ASiG keine Wirksamkeitsvoraussetzung einer betriebsbedingten Kündigung ist.

a. Ob und gegebenenfalls in welchen Fällen die fehlende und nicht ersetzte Zustimmung des Betriebsrates zur Abberufung einer Fachkraft für Arbeitssicherheit nach § 9 Abs. 3 ASiG zur Unwirksamkeit der Kündigung des Arbeitsverhältnisses führt ist allerdings bisher noch nicht abschließend geklärt.

aa. Teilweise wird in der Literatur die Auffassung vertreten, dass es sich bei der Abberufung als Fachkraft für Arbeitssicherheit einerseits und der individualrechtlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses andererseits um begrifflich und systematisch unterschiedliche Maßnahmen des Arbeitgebers handele, deren Wirksamkeit auch stets getrennt zu prüfen sei. Während für die Wirksamkeit der kollektivrechtlichen Abberufung der Fachkraft für Arbeitssicherheit die Zustimmung des Betriebsrates nach § 9 Abs. 3 ASiG erforderlich sei, sei für die Wirksamkeit der Kündigung als einer individualrechtlichen Maßnahme lediglich dessen Anhörung nach § 102 BetrVG erforderlich. Dementsprechend könne schon aufgrund des

eindeutigen Wortlauts des § 9 Abs. 3 ASiG, der sich nur auf die kollektivrechtliche Abberufung beziehe, nicht davon ausgegangen werden, dass die fehlende Zustimmung des Betriebsrates auch zur Unwirksamkeit der individualrechtlichen Kündigung führe. Die Gründe, die für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses maßgeblich gewesen seien, seien lediglich im Rahmen der Prüfung der Wirksamkeit der Kündigung nach § 1 KSchG bzw. § 626 BGB zu berücksichtigen. Anderenfalls würde man im Ergebnis zu einem erhöhten Kündigungsschutz für Fachkräfte für Arbeitssicherheit kommen, der im Gesetz nicht vorgesehen sei (so Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock, Kommentar zum BetrVG, 6. Aufl., § 87 BetrVG Rdnr. 379, 6. Aufl.; Galperin/Löwisch, Kommentar zum BetrVG, 6. Aufl., § 87 BetrVG Rdnr. 167; Blomeyer/Reichold SAE 1989, 296 ff.).

bb) Das Bundesarbeitsgericht (Urteil vom 24.03.1988 – 2 AZR 369/87 - NZA 1989, 60) hat diese Ansicht als zu formal abgelehnt, weil trotz des begrifflichen und systematischen Unterschiedes zwischen der Abberufung von dem Amt des Betriebsarztes, die ebenfalls nach § 9 Abs. 3 ASiG der Zustimmung des Betriebsrates bedarf, und der Beendigung des der Funktion als Betriebsarzt zugrundeliegenden Arbeitsverhältnisses der zwischen den beiden Rechtsakten bestehende innere und sachliche Zusammenhang nicht unberücksichtigt bleiben dürfe. Da der Arbeitgeber mit der Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Betriebsarzt zugleich auch den Zweck verfolge, den angestellten Arzt als Betriebsarzt abzu-berufen, sei die Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit einem Betriebsarzt bei fehlender und nicht ersetzter Zustimmung des Betriebsrates zu der Abberufung nach § 9 Abs. 3 ASiG nach Sinn und Zweck sowie der Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift wegen objektiver Gesetzesumgehung jedenfalls dann unwirksam, wenn die Kündigung auf Gründe gestützt werde, die sachlich mit der Tätigkeit als Betriebsarzt im untrennbaren Zusammenhang stünden. Dieser Ansicht des Bundesarbeitsgerichts hat sich eine Reihe von Autoren kommentarlos angeschlossen, ohne dazu Stellung zu nehmen, welche Auswirkung die fehlende Zustimmung zu der Abberufung auf eine Kündigung hat, die in keinem Zusammenhang mit der Amtstätigkeit steht (so z.B. Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzrecht, 7 Aufl. = KR/Friedrich § 13 KSchG Rdnr. 216 m; Richardi, Kommentar zum BetrVG, 9 Aufl., § 87 BetrVG Rdnr. 578; Fitting/ Engels/Schmidt/Trebinger/Linesemaier, Kommentar zum BetrVG, 22. Aufl., § 87 BetrVG Rdnr. 324; Münchener Handbuch für Arbeitsrecht, 2. Aufl. = MünchArbR/Wlotzke § 310 Rdnr. 54; Küttner/Griese, Personalhandbuch 2005, Betriebsarzt Rdnr. 20; Schaub, Arbeitsrecht-Handbuch, 11. Aufl., § 154 Rdnr. 42).

cc. Nach einer anderen Ansicht im Schrifttum ist das Vorliegen der Zustimmung des Betriebsrates zur Abberufung der Fachkraft für Arbeitssicherheit nach § 9 Abs. 3 ASiG stets zwingende Wirksamkeitsvoraussetzung der Kündigung des Arbeitsverhältnisses, ohne dass es darauf ankomme, aus welchem Grund die Kündigung erklärt werde (so MünchArbR/Matthes § 344 Rdnr. 31; Aufhäuser/Brunhöber/Igl, Handkommentar zum ASiG, 3. Aufl. = Hk-ASiG/Aufhäuser § 9 ASiG Rdnr. 6; Däubler in Kittner/Däubler/Zwanziger, Kommentar zum Kündigungsschutzrecht, 6 Aufl., § 9 ASiG Rdnr. 10; Klebe in Däubler/Kittner/Klebe, Kommentar zum BetrVG, 9 Aufl., § 87 BetrVG Rdnr. 190; Kittner/Zwanziger/Litzig, Arbeitsrecht, 2. Aufl., § 135 Rdnr. 34; Spinarke/Schork, Kommentar zum ASiG, 2. Aufl., Stand Februar 2005, § 9 ASiG Rdnr. 30 ff., 34; Bertzbach in Festschrift für Däubler, S. 158, 169; Großkommentar zum Kündigungsschutzrecht, 2 Aufl. = GK/Preis § 9 ASiG Rdnr. 13). Denn die Kündigung des Arbeitsverhältnisses beinhaltet notwendigerweise auch die Abberufung als Fachkraft für Arbeitssicherheit, weil mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses auch die Grundlage für die Bestellung und Tätigkeit als Fachkraft für Arbeitssicherheit wegfallen. Da aber die Mitbestimmung des Betriebsrates nach § 9 Abs. 3 ASiG der Stärkung der Unabhängigkeit der Fachkräfte für Arbeitssicherheit und des Vertrauensverhältnisses zwischen diesen und der Belegschaft diene, müsse auch der Be-

etriebsrat stets darüber mitbestimmen, ob die für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses vorgetragenen Gründe geeignet seien, auch die Beendigung der Tätigkeit als Fachkraft für Arbeitssicherheit, an der die Arbeitnehmer ein besonderes Interesse hätten, zu rechtfertigen. Anderenfalls läge eine Umgehung des § 9 Abs. 3 ASiG vor (so z.B. MünchArbR/Matthes, a.a.O., Rdnr. 31). Es sei darüber hinaus auch systemwidrig, die Auswirkung der fehlenden Zustimmung des Betriebsrates zu der Abberufung der Fachkraft für Arbeitssicherheit auf die Wirksamkeit der Kündigung von den Kündigungsgründen abhängig zu machen, weil auch bei anderen besonders geschützten Personengruppen, wie z.B. bei Betriebsratsmitgliedern, im Interesse ihrer Unabhängigkeit nicht nach den vorgebrachten Kündigungsgründen differenziert werde (so z.B. Bertzbach, a.a.O., S. 168). Folgt man dieser Auffassung, so wäre auch die betriebsbedingte Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger wegen Verstoßes gegen § 9 Abs. 3 ASiG unwirksam.

dd) Nach Ansicht der erkennenden Kammer widerspricht jedoch diese Ansicht dem eindeutigen Wortlaut des § 9 Abs. 3 ASiG und es ist mit Sinn und Zweck dieser Vorschrift nicht zu vereinbaren, wenn die Zustimmung des Betriebsrates zur Abberufung als Fachkraft für Arbeitssicherheit nach § 9 Abs. 3 ASiG stets als zwingende Wirksamkeitsvoraussetzung der Kündigung angesehen wird. 48

(1) Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 9 Abs. 3 ASiG bedarf allein die das Kollektivinteresse der Belegschaft betreffende Bestellung bzw. Abberufung der Fachkraft für Arbeitssicherheit der Zustimmung des Betriebsrates nach § 87 BetrVG, nicht dagegen die Kündigung als ein individualrechtliches Gestaltungsrecht des Arbeitgebers, bei der der Betriebsrat lediglich nach § 102 BetrVG anzuhören ist. Da das Amt der Fachkraft für Arbeitssicherheit von dem der Bestellung zugrunde liegenden Arbeitsverhältnis nach allgemeiner Ansicht zu trennen ist (BAG, Urteil vom 24.03.1988 – 2 AZR 369/87 – NZA 1989, 60; MünchArbR/Matthes, § 344 Rdnr. 28 ff.; Bertzbach a.a.O., S. 158, 160; Ehrich, Amt, Anstellung und Mitbestimmung bei betrieblichen Beauftragten, 1993, S. 8 ff.; 147 ff.; Bloesinger NZA 2004, 467, 468), lässt sich aus dem Wortlaut des § 9 Abs. 3 ASiG die Unwirksamkeit der Kündigung des Arbeitsverhältnisses bei fehlender Zustimmung des Betriebsrates zur Abbestellung als Fachkraft für Arbeitssicherheit nicht ableiten (vgl. auch BAG, Urteil vom 24.03.1988, unter C I 1 der Gründe). Vielmehr spricht der Wortlaut dieser Bestimmung eher für das Gegenteil, wie der Vergleich mit § 103 BetrVG zeigt. Denn diese Bestimmung regelt ausdrücklich, dass die außerordentliche Kündigung eines Betriebsratsmitglieds nur bei vorheriger Zustimmung des Betriebsrates oder deren Ersetzung durch das Arbeitsgericht möglich ist. 49

(21) Sinn und Zweck des § 9 Abs. 3 ASiG sprechen ebenfalls gegen die Unwirksamkeit einer betriebsbedingten Kündigung einer Fachkraft für Arbeitssicherheit wegen Fehlens der für die Abberufung erforderlichen Zustimmung des Betriebsrates nach § 9 Abs. 3 ASiG. 50

(a) Nach allgemeiner Ansicht dient das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nach § 9 ASiG i.V.m. § 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG der Stärkung der Unabhängigkeit der Amtsausübung und des Vertrauensverhältnisses zwischen den Fachkräften für Arbeitssicherheit und der Belegschaft (BAG, Urteil vom 24.03.1989, a.a.O., unter C I 4b bb der Gründe; MünchArbR/Matthes § 344 Rdnr. 31; Ehrich, a.a.O., S. 178, 183; Bloesinger NZA 2004, 467, 468). Diese Vorschrift bezweckt also nicht eine individualrechtliche Besserstellung der Fachkraft für Arbeitssicherheit, wie z.B. § 58 Abs. 2 Bundesimmissionsschutzgesetz, der eine ordentliche Kündigung des Immissionsschutzbeauftragten ausschließt, sondern hat ausschließlich kollektivrechtlichen Bezug, indem auf die Interessen der Belegschaft und die Unabhängigkeit der Amtsausübung abgestellt wird (vgl. BAG, Urteil vom 24.03.1989, a.a.O., unter B I 3b der Gründe; Ehrich, a.a.O., S. 178 ff.; Bloesinger NZA 2004, 467, 468). Dementsprechend kann 51



die fehlende Zustimmung des Betriebsrates zu der Abberufung der Fachkraft für Arbeitssicherheit nach § 9 Abs. 3 ASiG auch nur dann zur Unwirksamkeit der individualrechtlichen Kündigung führen, wenn dadurch der Schutzzweck des § 9 Abs. 3 ASiG umgangen wird (so auch Gemeinschaftskommentar zum BetrVG, 7. Aufl., = GK/Wiese § 87 BetrVG Rdnr. 655; Ehrich, a.a.O., S. 159 ff.; Anziger/Bieneck, Kommentar zum ASiG, 1998, § 9 ASiG Rdnr. 64; Bloesinger NZA 2004, 467 ff., der aber über den Schutzzweck des § 9 Abs. 3 ASiG hinaus stets eine Entlassungssperre entsprechend § 18 KSchG annimmt). Denn anderenfalls würde die Fachkraft für Arbeitssicherheit allein wegen einer betriebsverfassungsrechtlichen Pflichtwidrigkeit des Arbeitgebers einen verstärkten Bestandsschutz und damit einen Rechtsvorteil im Rahmen des Individualarbeitsverhältnisses erhalten, der weder nach dem Wortlaut noch nach Sinn und Zweck des § 9 Abs. 3 ASiG gerechtfertigt wäre.

(b) Dem kann auch nicht entgegen gehalten werden, dass das Abstellen auf eine Umgehung des § 9 Abs. 3 ASiG im Rahmen der Prüfung der Wirksamkeit der Kündigung systemwidrig sei, weil auch bei anderen besonders geschützten Personen, wie z.B. bei Betriebsratsmitgliedern, im Interesse ihrer Unabhängigkeit nicht nach den vorgebrachten Kündigungsgründen differenziert werde. Denn der individualrechtliche Kündigungsschutz der Betriebsratsmitglieder ist – anders als der der Fachkraft für Arbeitssicherheit – ausdrücklich in § 15 KSchG und § 103 BetrVG geregelt. Würde man die Wirksamkeit einer Kündigung der Fachkraft für Arbeitssicherheit stets von der vorherigen Zustimmung des Betriebsrates zu der Abberufung nach § 9 Abs. 3 ASiG abhängig machen, so würde dieser Personenkreis trotz Fehlens einer besonderen Kündigungsschutzbeschränkung im Ergebnis sogar besser gestellt als Betriebsratsmitglieder, deren ordentliche Kündigung in den Fällen des § 15 Abs. 4, 5 KSchG nur eine Anhörung des Betriebsrates nach § 102 BetrVG voraussetzt. 52

Aus alldem folgt, dass die fehlende Zustimmung des Betriebsrates zur Abberufung der Fachkraft für Arbeitssicherheit nicht zur Unwirksamkeit einer betriebsbedingten Kündigung führt, weil diese Kündigung in keinem Zusammenhang mit der Amtsausübung steht, so dass keine objektive Umgehung des Mitbestimmungsrechts des § 9 Abs. 3 ASiG vorliegt, die die Unwirksamkeit der betriebsbedingten Kündigung rechtfertigen könnte. 53

3. Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger ist durch dringende betriebliche Erfordernisse im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG bedingt. 54

a) Das Arbeitsgericht hat nach dem Ergebnis der durchgeführten Beweisaufnahme durch Vernehmung des Zeugen W2xxx festgestellt, dass die Beklagte vor Ausspruch der Kündigung die unternehmerische Entscheidung getroffen hat, die Abteilung "Forschung und Entwicklung" mit Ablauf der Kündigungsfrist des Klägers stillzulegen, was den Wegfall des bisherigen Arbeitsplatzes des Klägers zur Folge hatte. Einwendungen gegen diese Tatsachenfeststellung des Arbeitsgerichts werden vom Kläger in der Berufungsinstanz nicht vorgetragen, so dass mit dem Arbeitsgericht vom Wegfall des bisherigen Arbeitsplatzes des Klägers auszugehen ist. 55

b) Soweit der Kläger die Ansicht vertritt, die Stilllegungsmaßnahme sei willkürlich, weil dafür angesichts seiner langjährigen Betriebszugehörigkeit keine betriebliche Notwendigkeit bestanden habe, so verkennt er, dass die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit einer unternehmerischen Entscheidung, bei deren innerbetrieblicher Umsetzung das Bedürfnis für die Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer entfällt, von den Arbeitsgerichten inhaltlich nicht zu überprüfen ist. Denn es ist nicht Sache der Arbeitsgerichte, die das Risiko der unternehmerischen Betätigung nicht tragen, dem Arbeitgeber eine "bessere" oder "richtigere" Unternehmenspolitik vorzuschreiben und damit in die Kostenkalkulation des 56

Arbeitgebers einzugreifen (BAG, Urteil vom 26.09.2002 – 2 AZR 636/01 – BAGE 103, 31; Urteil vom 17.06.1999 – 2 AZR 141/99 – BAGE 92, 71). Dementsprechend konnte auch die Beklagte frei darüber entscheiden, ob sie die Weiterführung der Abteilung "Forschung und Entwicklung" zur Erreichung ihres Betriebszweckes für erforderlich hält oder nicht. Dies gilt vorliegend umso mehr, als nach der Aussage des Zeugen W2xxx, deren Richtigkeit vom Kläger nicht in Frage gestellt wird, in diesem Bereich während der zweieinhalbjährigen Tätigkeit des Klägers keine Erfolge erzielt worden sind.

c) Das Arbeitsgericht hat auch zu Recht festgestellt, dass dem dringenden betrieblichen Erfordernis für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger nicht die Möglichkeit einer Weiterbeschäftigung als Produktmanager Gusstechnik oder als Personalsachbearbeiter entgegenstand. Der Kläger setzt sich insoweit mit den Entscheidungsgründen des arbeitsgerichtlichen Urteils, die sich die Kammer zu Eigen macht, in der Berufungsinstanz nicht im Einzelnen auseinander, sondern trägt lediglich pauschal vor, er hätte als Personalsachbearbeiter oder Produktmanager weiterbeschäftigt werden können. Insbesondere trägt der Kläger nicht vor, dass es sich bei dem Arbeitsplatz "Produktmanager Gusstechnik" um einen freien Arbeitsplatz bei der Beklagten gehandelt hat, was Voraussetzung für das Bestehen einer anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeit ist. Der Kläger trägt auch nicht vor, dass er als technischer Angestellter die fachliche Qualifikation besaß, um die Tätigkeit als Personalsachbearbeiter verrichten zu können.

57

d) Zu Unrecht rügt der Kläger auch, dass das dringende betriebliche Erfordernis deshalb gefehlt habe, weil die Beklagte ihn mit der Hälfte seiner Arbeitszeit weiterhin als Fachkraft für Arbeitssicherheit beschäftigen und ihm im Übrigen zusätzliche Aufgaben übertragen könnte. Denn eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit steht nur dann dem dringenden betrieblichen Erfordernis entgegen, wenn die Beschäftigung des Arbeitnehmers auf einem bereits vorhandenen freien Arbeitsplatz möglich ist (BAG, Urteil vom 23.11.2004 – 2 AZR 24/04 – ZIP 2005, 1044; Urteil vom 25.04.2002 – 2 AZR 260/01 – NZA 2003, 605). Zur Schaffung eines neuen Arbeitsplatzes zur Vermeidung einer ordentlichen Kündigung ist dagegen der Arbeitgeber nicht verpflichtet (BAG, Urteil vom 11.05.2000 – 2 AZR 54/99 – NZA 2000, 1055; Urteil vom 21.06.1990 – 2 AZR 641/89 – JURIS; Urteil vom 21.02.1985 - 2 AZR 72/94 – JURIS; GK/K3xx, § 1 KSchG Rdnr. 600; KR/Etzel, § 1 KSchG Rdnr. 719). Dementsprechend war die Beklagte auch nicht verpflichtet, zur Vermeidung der Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger ihm zusätzlich zu der Tätigkeit als Fachkraft für Arbeitssicherheit neue Aufgaben zuzuweisen und damit einen bislang nicht vorhandenen Arbeitsplatz zu schaffen.

58

e) Das Fehlen des dringenden betrieblichen Erfordernisses für eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger kann auch nicht damit gerechtfertigt werden, dass der Kläger zukünftig ausschließlich als Fachkraft für Arbeitssicherheit beschäftigt werden könnte, was eine einvernehmliche Vertragsänderung bzw. eine Änderungskündigung nach § 2 KSchG voraussetzen würde. Denn auch insoweit hat das Arbeitsgericht zu Recht festgestellt, dass die Beklagte zu einer hauptamtlichen Beschäftigung des Klägers ausschließlich als Fachkraft für Arbeitssicherheit nicht verpflichtet ist. Im Übrigen hat der Kläger auch in der Berufungsinstanz nicht die Möglichkeit der Weiterbeschäftigung ausschließlich als Fachkraft für Arbeitssicherheit mit erheblich verminderter Arbeitszeit und Vergütung geltend gemacht, sondern die Ansicht vertreten, dass die Beklagte verpflichtet sei, ihm zusätzliche Aufgaben zu der Tätigkeit als Fachkraft für Arbeitssicherheit zuzuweisen, um so eine Vollzeitbeschäftigung zu ermöglichen.

59

4. Entgegen der Ansicht des Klägers ist die Kündigung seines Arbeitsverhältnisses auch nicht nach § 1 Abs. 3 KSchG wegen einer fehlerhaften sozialen Auswahl unwirksam. Denn auch insoweit hat das Arbeitsgericht zu Recht festgestellt, dass der Kläger aufgrund seiner Tätigkeit und seiner Stellung im Betrieb mit keinem anderen Arbeitnehmer vergleichbar war, der weniger schutzwürdig wäre.

a) Der Kreis der in die soziale Auswahl einzubeziehenden vergleichbaren Arbeitnehmer richtet sich in erster Linie nach arbeitsplatzbezogenen Merkmalen, also zunächst nach der ausgeübten Tätigkeit. Dies gilt nicht nur bei einer Identität der Arbeitsplätze, sondern auch dann, wenn der Arbeitnehmer aufgrund seiner Tätigkeit und Ausbildung eine andersartige, aber gleichwertige Tätigkeit ausführen kann. Die Notwendigkeit einer kurzen Einarbeitungszeit steht der Vergleichbarkeit nicht entgegen. An einer Vergleichbarkeit fehlt es dagegen, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht einseitig aufgrund des Direktionsrechts auf den anderen Arbeitsplatz um- oder versetzen kann (BAG, Urteil vom 05.12.2002 – 2 AZR 697/01 – NZA 2003, 849; Urteil vom 17.02.2000 – 2 AZR 142/99 – NZA 2000, 822). Die Darlegungs- und Beweislast für eine fehlerhafte soziale Auswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG einschließlich der Vergleichbarkeit der in die soziale Auswahl einzubeziehenden Arbeitnehmer trägt dabei der gekündigte Arbeitnehmer (BAG, Urteil vom 17.01.2002 – 2 AZR 15/01 – ARST 2002, 182; Urteil vom 05.12.2002 – 2 AZR 697/01 – NZA 2003, 849). Ausgehend von diesen Grundsätzen ist unter Berücksichtigung des Vorbringens des darlegungs- und beweisbelasteten Klägers eine fehlerhafte soziale Auswahl nicht feststellbar. 61

aa) Das Arbeitsgericht hat entsprechend dem Vorbringen der Beklagten festgestellt, dass die Arbeitnehmer R2xxxxxxx, R3xxxxxx und S7xxxxxxx aufgrund der ausgeübten Tätigkeit und ihrer Eingruppierung in die Vergütungsgruppe T 3 oder T 4 sowie ihrer Stellung im Betrieb mit dem Kläger, der als Leiter der Abteilung "Forschung und Entwicklung" tätig war und zuletzt eine Vergütung nach der Vergütungsgruppe T 6 erhielt, nicht vergleichbar und deshalb auch nicht in die soziale Auswahl einzubeziehen waren. Wieso der Kläger trotz der erheblichen Vergütungsdifferenz mit diesen Arbeitnehmern vergleichbar sein sollte, trägt er auch in der Berufungsinstanz nicht vor. Vielmehr macht er lediglich geltend, dass er erheblich sozial schutzwürdiger als diese Arbeitnehmer sei, deren Tätigkeiten er in der Vergangenheit auch verrichtet habe. Dies reicht aber für eine schlüssige Darlegung der Vergleichbarkeit mit diesen Arbeitnehmern und damit für eine fehlerhafte soziale Auswahl im Sinne des § 1 Abs. 3 KSchG nicht aus, weil es unerheblich ist, welche Tätigkeiten der Kläger in der Vergangenheit verrichtet hat. Entscheidend für die Vergleichbarkeit ist vielmehr, ob die Beklagte dem Kläger diese Tätigkeit aufgrund des Direktionsrechts im Zeitpunkt des Kündigungszugangs einseitig zuweisen konnte. Dass und weshalb die Beklagte ihm diese Tätigkeit kraft Direktionsrechts trotz der erheblichen Vergütungsdifferenz zuweisen könnte, ist weder ersichtlich noch vom Kläger vorgetragen worden, so dass insoweit von einer fehlenden Vergleichbarkeit auszugehen war. 62

bb) Mit dem Prokuristen und Produktmanager W2xxx ist der Kläger schon nach seinem eigenen Vorbringen in der Berufungsverhandlung nicht vergleichbar, weil es sich dabei um seinen Vorgesetzten handelt und die Vergleichbarkeit nur auf derselben Hierarchiestufe gegeben sein kann. 63

cc) Schließlich hat der Kläger auch die Vergleichbarkeit mit dem Leiter der Abteilung Arbeitsvorbereitung/Weiterverarbeitung H3xxxxxx, der außertariflich vergütet wird, nicht schlüssig dargelegt. Denn insoweit beruft er sich lediglich pauschal darauf, dass er auch diese Tätigkeiten verrichten könnte. Entscheidend für die Vergleichbarkeit im Rahmen des § 1 Abs. 3 KSchG ist aber nicht, ob der Arbeitnehmer bestimmte Tätigkeiten verrichten könnte, 64

sondern ob der Arbeitgeber ihm diese Tätigkeiten auch kraft Direktionsrechts einseitig zuweisen könnte, wobei der Arbeitnehmer keinen Anspruch auf eine Beförderungsstelle hat (BAG, Urteil vom 21.01.1999 – 2 AZR 624/98 – BB 1999, 1556; Urteil vom 05.10.1995 – 2 AZR 87/95 – JURIS).

5. Zu Recht hat das Arbeitsgericht auch entschieden, dass der vom Kläger geltend gemachte Verstoß gegen § 111 BetrVG nicht zur Unwirksamkeit der betriebsbedingten Kündigung führt, sondern nur einen Nachteilsausgleichsanspruch nach § 113 BetrVG begründen könnte. 65

Aus all dem folgt, dass die unter Einhaltung der Kündigungsfrist des § 622 Abs. 2 Nr. 6 BGB ausgesprochene Kündigung vom 27.11.2003 zum 31.05.2004 wirksam ist. 66

III 67

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO. 68

Die Revision war wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Auswirkung der fehlenden Zustimmung des Betriebsrates zur Abberufung einer Fachkraft für Arbeitssicherheit nach § 9 Abs. 3 Arbeitssicherheitsgesetzes auf die Wirksamkeit einer betriebsbedingten Kündigung nach § 72 Abs. 2 ArbGG zuzulassen. 69

|             |      |        |
|-------------|------|--------|
| Marschollek | Volz | Konkel |
|-------------|------|--------|

 70