
Datum: 28.11.2012
Gericht: Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper: 2. Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 2 Sa 920/12
ECLI: ECLI:DE:LAGHAM:2012:1128.2SA920.12.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Minden, 1 Ca 1352/11
Nachinstanz: Bundesarbeitsgericht, 7 AZN 512/13, 24.07.13 Berufung zurückgenommen

Tenor:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Minden vom 07.04.2012 - 1 Ca 1352/11 - wird zurückgewiesen, soweit das Arbeitsgericht die Unwirksamkeit der Kündigung vom 27.09.2011 festgesellt hat.

Soweit das Arbeitsgericht die Beklagte zur Weiterbeschäftigung der Klägerin verurteilt hat, wird das Urteil des Arbeitsgerichts Minden insoweit abgeändert und die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden der Klägerin zu 50 % und der Beklagten zu 50 % auferlegt.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

- | | |
|--|---|
| Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer von der Beklagten aus betriebsbedingten Gründen ausgesprochenen ordentlichen Beendigungskündigung. | 1 |
| Die Beklagte plant und verkauft Raumsysteme und beschäftigt 13 Arbeitnehmer. | 2 |
| Die 1966 geborene, ledige Klägerin ist seit dem 20.09.2010 bei der Beklagten als Technische Angestellte in Vollzeit zu einem Monatsverdienst von zuletzt 3.500,00 EUR brutto auf der Grundlage des schriftlichen Vertrages vom 20.09.2010 (Bl. 4 ff.) beschäftigt, der u.a. folgende | 3 |
| | 4 |

Regelung enthält:

§ 4	5
Art und Umfang der Tätigkeit:	6
„Frau I wird als Technische Zeichnerin/Konstrukteurin im gesamten Bereich der Konstruktion neu eingestellt. Ihre Tätigkeit umfasst insbesondere das Erstellen von Zeichnungen; Erstellen von Stücklisten und Einzelteilzeichnungen für die Fertigung, sowie alle damit verbundenen Arbeiten nach Vorgabe des Abteilungsleiters und der Geschäftsleitung. Frau I wird ergänzend zu Projekten im Vertrieb mit herangezogen.“	7
Mit dem eigentlichen Vertrieb der Produkte der Beklagten mit entsprechendem Kundenkontakt war die Klägerin nicht befasst. Vielmehr war sie zusammen mit der weiteren technischen Zeichnerin X in der Auftragsbearbeitung damit beschäftigt, auf der Grundlage zuvor erstellter Zeichnungen per Hand Stücklisten zu erstellen, die dann zusammen mit diesen vorher erstellten Planungszeichnungen die Grundlage für die Fertigung der Beklagten bilden.	8
Die seit 1998 tätige Mitarbeiterin X hatte jedenfalls eine 2/3-Stelle. Die den zu fertigenden Stücklisten zugrunde liegenden Angebotszeichnungen und Planungen werden von den fünf bei der Beklagten tätigen Konstrukteuren T, U, S, C sowie Frau P mit Hilfe des bei der Beklagten eingesetzten HiCAD 3D-Programms erstellt. Die Beklagte besitzt für die Nutzung dieses HiCAD-Programms nur fünf Lizenzen, sodass dieses Konstruktionsprogramm weder der Klägerin ihrer Kollegin X zur Verfügung stand.	9
Neben ihrer eigentlichen Aufgabe der Stücklistenerstellung vertrat und entlastete die Klägerin auch die Mitarbeiterin T1 während deren Urlaubs und des schwangerschaftsbedingt aufgetretenen Vertretungsbedarfs. Die Mitarbeiterin T1 war als Architektin im Vertriebsinnendienst tätig und war u.a. auch für die Betreuung der Telefonzentrale zuständig. Ab Mitte Mai 2011 wurde die Arbeitszeit der Vollzeitkraft T1 aufgrund eines ärztlichen Attestes auf täglich vier Stunden reduziert. Ob und in welchem Umfang dann die Klägerin ab Mitte Mai 2011 diese Telefonzentrale übernahm, wird von den Parteien unterschiedlich dargestellt.	10
Ab Mitte Mai 2011 war die Klägerin u.a. auch mit der Ablage des Vertriebs betraut, führte vom 04.02. bis zum 04.05.2011 den Terminplan der Beklagten, ehe dies deren Geschäftsführer selbst übernahm, als Urlaubsvertretung wurde ihr im Juli 2011 die Montageplanung übertragen und im Juni 2011 wurde sie zeitweise zur Ausarbeitung von Angeboten für den Vertrieb eingesetzt.	11
Zum 22.08.2011 stellte die Beklagte die Mitarbeiterin I1 (mittlerweile Ehefrau des Mitarbeiters U), die gelernte Industriekauffrau ist, zu einem Monatsgehalt von 2.250,00 EUR mit einem befristeten Arbeitsvertrag zur Vertretung für die Zeit des Mutterschutzes und der mindestens dreijährigen Elternzeit der Frau T1 ein. Die Beklagte bezeichnet Frau I1 als „Sekretariatsmitarbeiterin“, bzw. „Verkaufssachbearbeiterin“, bzw. „Sekretärin“, die rein „administrative“ Aufgaben, wie Schreibarbeiten, Telefondienst, Statistiken, Ablage und allgemeine Verwaltungsarbeiten für ihren gesamten Betrieb, damit auch für ihren Vertrieb erledigt. Wegen der Beschreibung der Aufgaben der Mitarbeiterin T1 auf deren „Vertriebsinnendienststelle“ wird auf Seiten 13 und 14 des Schriftsatzes der Klägerin vom 23.01.2012 (Bl. 68 f. d.A.) verwiesen.	12

Ob die Mitarbeiterin T1 der Beklagten bereits Ende Juni mitteilte, dass sie für drei Jahre in Elternzeit gehen werde und ob die Beklagte mit der Mitarbeiterin I1 bereits am 18.07.2011 einen schriftlichen Arbeitsvertrag abschloss, ist zwischen den Parteien streitig.

Aufgrund entsprechender Vertragsgespräche vom Ende September 2011 erhöhte die Beklagte die Arbeitszeit der Mitarbeiterin X durch Arbeitsvertrag vom 04.10.2011 (Bl. 35 d.A.) auf eine Vollzeitstelle bei einem Monatsgehalt von 2700,00 €.

Mit Schreiben vom 27.09.2011 (Bl. 7 d.A.), das der Klägerin am 28.09.2011 zugeing, erklärte die Beklagte die Kündigung ihres Arbeitsverhältnisses zum 31.10.2011.

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, dass die Kündigung ihres Arbeitsverhältnisses sozial ungerechtfertigt sei, weil die Beklagte jedenfalls keine ordnungsgemäße Sozialauswahl durchgeführt habe. Dass die Beklagte die unternehmerische Entscheidung getroffen haben soll, einen von zwei Arbeitsplätzen in der Auftragsvorbereitung zu streichen und ihr Arbeitsplatz aufgrund einer solchen Entscheidung weggefallen sein soll, hat die Klägerin bestritten und behauptet, dass der wahre Grund für die Kündigung ihres Arbeitsverhältnisses die unberechtigte Unzufriedenheit der Beklagten mit ihrer Leistung gewesen sei.

Die Klägerin hat außerdem vorgetragen, dass die Beklagte auch nicht ausreichend dargelegt habe, wieso ihr Arbeitsplatz aufgrund einer unternehmerischen Entscheidung der Beklagten vollständig weggefallen sein soll, obwohl sie erst im Jahr 2010 eingestellt worden sei, in dem die Beklagte nach eigenem Vorbringen lediglich 440 Aufträge zu bearbeiten gehabt habe, während im September 2011 der Auftragsbestand schon bei 427 gelegen habe. Dem Zahlenmaterial der Beklagten könne nicht ansatzweise entnommen werden, dass ihr Arbeitsplatz weggefallen sei, zumal die Stückzahl im Jahr 2010 von 440 im gesamten Jahr geringer gewesen sei als im Jahr 2011, in dem bis September bereits 427 Aufträge, nach der als Anlage B 4 eingereichten Aufstellung sogar 527 im gesamten Jahr eingegangen seien. Darüber hinaus habe die Beklagte die Begründung für die Kündigung im Laufe des Prozesses gewechselt.

Die Klägerin hat darüber hinaus die Ansicht vertreten, sie hätte aufgrund der Regelung in § 4 ihres Arbeitsvertrages auch im Vertrieb eingesetzt werden können, wo sie selbst auch bereits tätig gewesen sei und für den die Beklagte nun die Mitarbeiterin I1 neu eingestellt habe. Die Klägerin hat insoweit die Ansicht vertreten, sie sei auch mit den Mitarbeitern C, T,U und P vergleichbar, deren Arbeiten der Erstellung von Zeichnungen und Planungen mit dem HiCAD-Programm sie nach einer Einarbeitungszeit von maximal vier Wochen ebenfalls übernehmen könne, zumal sie sehr wohl Kenntnisse in der Arbeit mit 3D-Programmen habe. Insoweit hat die die Klägerin auch auf den Mitarbeiterin I2 der Beklagten hingewiesen, der erst seit dem 01.05.2011 bei der Beklagten beschäftigt ist und seit Mitte August 2011 auch in Tätigkeiten des Vertriebs eingearbeitet worden sein sollte. Dass sie im Vertrieb hätte eingesetzt werden können, folge bereits daraus, dass ihr noch im Februar 2001 von dem Vertriebsleiter N eine Mitarbeit im Vertrieb angeboten worden sei. Dieses Angebot sei vor dem Hintergrund erfolgt, dass sowohl dem Geschäftsführer der Beklagten M als auch dem Vertriebsleiter N aufgrund einer gemeinsamen Tätigkeit bei der Firma H in der Zeit vom März 1986 bis März 1990, wo sie als Konstrukteurin gearbeitet habe, ihre Arbeitsweise und die Qualität ihrer Arbeit bekannt gewesen sei.

Die Klägerin hat schließlich auch die Ansicht vertreten, sei jedenfalls deswegen unwirksam, weil ihr anstelle einer Beendigungskündigung zunächst im Wege einer Änderungskündigung die Stelle der Frau I1 hätte angeboten werden müssen, da sie deren Arbeitsaufgaben erledigen könne und auch bereits erledigt habe.

Die Klägerin hat beantragt,	20
festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 27.09.2011 nicht aufgelöst worden ist,	21
festzustellen, dass das zwischen den Parteien geschlossene Arbeitsverhältnis auch nicht durch anderen Beendigungstatbestände endet, sondern unverändert zu den bisherigen Bedingungen auch über den 31.10.2011 hinaus fortbesteht und	22
die Beklagte zu verurteilen, sie bis zum rechtskräftigen Abschluss des vorliegenden Rechtsstreits zu den bisherigen Bedingungen als Konstrukteurin oder/und Vertriebsmitarbeiterin gemäß den Bedingungen des Arbeitsvertrages vom 20.09.2010 weiter zu beschäftigen.	23
Die Beklagte hat beantragt,	24
die Klage abzuweisen.	25
Die Beklagte hat behauptet, sie habe im August 2011 nach einer Auswertung ihres Terminplans der Aufträge des Jahres 2011 (Bl. 34 d.A.) festgestellt, dass die Klägerin als Vollzeitkraft lediglich 35,75 %, ihre Kollegin X als 2/3-Kraft hingegen 64,25 % der anfallenden Arbeiten, d.h. der zu erstellenden Stücklisten, erledigt habe. Ausgehend von dieser Feststellung habe sie im August 2011 aufgrund innerbetrieblicher organisatorischer Überlegungen die unternehmerische Rationalisierungsentscheidung getroffen, bei gleichbleibender Auftrags- und Arbeitslage einen Teil der beiden in der Auftragsbearbeitung vorhandenen Arbeitsplätze einzusparen und dort nur noch eine Vollzeitstelle vorzuhalten, da die in der Auftragsvorbereitung anfallende Arbeit von einer Mitarbeiterin im Rahmen einer Vollzeitstelle zu bewältigen sei. Die Beklagte hat dabei als Grund dafür, dass die Klägerin mit ihrer Vollzeitstelle weniger als die Hälfte der Arbeit ihrer Kollegin X geschafft habe, vermutet, dass die Arbeitsleistungen der Klägerin unter dem Durchschnitt gelegen haben könnten. Dass die Mitarbeiterin X nach Aufstockung ihrer Arbeitszeit in der Lage sei, die zuvor von der Klägerin in der Auftragsbearbeitung erledigten Arbeiten ohne weiteres und ohne Anfall von Überstunden zu bewältigen, folge aus dem mit Schriftsatz vom 07.03.2012 als Anlage überreichten Terminplan (Bl. 97 ff. d.A.) Denn dessen Spalte 12 könne ohne weiteres entnommen werden, dass - bis auf einzelne, von Herrn C für Sonderanfertigungen erstellte Stücklisten - alle weiteren ausschließlich von Frau X erstellt worden seien.	26
Die Beklagte hat darüber hinaus behauptet, zur Zeit ihrer unternehmerischen Entscheidung sei weder im Vertrieb noch anderweitig ein Arbeitsplatz für die Klägerin frei gewesen. Kenntnisse im Umgang mit den 3D HiCAD-Programmen habe die Klägerin nicht und könne sie auch nicht kurzfristig erwerben, so dass sie insbesondere auch nicht auf dem Arbeitsplatz der Frau P im Bereich der Konstruktion eingesetzt werden könnte.	27
Die Beklagte hat schließlich die Auffassung vertreten, sie sei nicht gehalten gewesen, der Klägerin zuvor die Stelle der Frau I1 als Sekretärin mit einem um 1/3 niedrigeren Gehalt anzubieten, da dies von vornherein für sie unzumutbar gewesen wäre, abgesehen davon, dass im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung am 27.09.2011 dieser Arbeitsplatz nicht mehr frei, sondern bereits seit dem 22.08.2011 besetzt gewesen sei.	28
Das Arbeitsgericht hat mit Urteil vom 17.04.2012 den allgemeinen Feststellungsantrag mangels Feststellungsinteresses als unzulässig abgewiesen, der Kündigungsschutzklage stattgegeben und die Beklagte zur Weiterbeschäftigung der Klägerin verurteilt. Zur	29

Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, die von der Beklagten behauptete unternehmerische Entscheidung zum Wegfall des Arbeitsplatzes der Klägerin in der Abteilung „Auftragsbearbeitung“ dürfte zwar der letztlich nun vorzunehmenden gerichtlichen Missbrauchskontrolle standhalten und von der Klägerin hinzunehmen sei. Im Ergebnis dürfte auch die von der Beklagten getroffene soziale Auswahl letztlich nicht zu beanstanden sein. Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin sei allerdings jedenfalls deswegen sozial ungerechtfertigt und damit unwirksam, weil die von der Beklagten behaupteten dringlichen Erfordernisse tatsächlich nicht „dringend“ gewesen seien. Ausgehend von dem das Kündigungsrecht beherrschenden ultima ratio-Prinzip sei eine ordentliche betriebsbedingte Beendigungskündigung nur dann wirksam, wenn und soweit die Möglichkeit der Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers auf einem anderen, freien, vergleichbaren Arbeitsplatz, gegebenenfalls zu veränderten, d.h. schlechteren Arbeitsbedingungen, eventuell auch nach zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen nicht bestehe. Davon ausgehend sei die Beklagte gehalten gewesen, der Klägerin im Wege der Änderungskündigung jedenfalls die Weiterbeschäftigung auf dem Arbeitsplatz der Mitarbeiterin T1 anzubieten, für deren Vertretung die Mitarbeiterin I1 am 22.08.2011 neu eingestellt worden sei. Dieser Arbeitsplatz sei entgegen der Auffassung der Beklagten im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung, d.h. Ende September 2009, noch frei im Sinne der höchstrichterlichen Rechtsprechung gewesen. Denn der Arbeitgeber könne sich nach dem Rechtsgedanken des § 162 BGB nicht auf einen von ihm selbst treuwidrig durch eine vorgezogene Stellenbesetzung verursachten Wegfall freier Arbeitsplätze im Kündigungszeitpunkt berufen. Er habe es nicht in der Hand, den Kündigungsschutz eines Arbeitnehmers dadurch leerlaufen zu lassen, dass er zunächst einen freien Arbeitsplatz besetze und später eine Beendigungskündigung wegen einer fehlenden Weiterbeschäftigungsmöglichkeit erkläre. Ein treuwidriges, weil rechtsmissbräuchliches Verhalten liege dabei insbesondere dann vor, wenn für den Arbeitgeber zum Zeitpunkt der Stellenbesetzung eine auslaufende Beschäftigungsmöglichkeit für den später gekündigten Arbeitnehmer bereits absehbar gewesen sei bzw. sich ihm die Möglichkeit einer Weiterbeschäftigung habe aufdrängen müssen. Da die Beklagte nach ihren eigenen Behauptungen die unternehmerische Entscheidung nach der im August 2011 vorgenommenen Auswertung getroffen habe, habe sie genau zu dieser Zeit auch gewusst, dass die Mitarbeiterin T1 schwanger sei, in Mutterschutz gehen und anschließend für mindestens drei Jahre Elternzeit beanspruchen werde. Darauf, dass sich es dabei um eine administrative Tätigkeit als „Sekretärin/Sekretariatsmitarbeiterin“ im (Vertriebs-)Innendienst zu einem Gehalt von lediglich 2.250,-- Euro gehandelt habe, was für die Klägerin von vornherein unzumutbar gewesen sein solle, könne sich die Beklagte nicht berufen. Da insoweit die Klägerin zu entscheiden gehabt habe, ob sie ein mit dieser Gehaltseinbuße verbundenes Angebot angenommen hätte. Der Arbeitgeber selbst dürfe ein mögliches Änderungsangebot allenfalls in „Extremfällen“ unterlassen, wenn er nämlich bei vernünftiger Betrachtung nicht mit einer Annahme des neuen Vertragsangebots durch den Arbeitnehmer rechnen könnte und ein derartiges Angebot vielmehr beleidigenden Charakter gehabt hätte. Diese Voraussetzungen lägen aber nicht vor. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Entscheidungsgründe des erstinstanzlichen Urteils Bezug genommen.

Gegen das am 14.05.2012 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 13.04.2012 Berufung eingelegt und begründet. Zur Begründung der Berufung trägt die Beklagte vor, dass entgegen der Annahme des Arbeitsgerichts zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin am 27.09.2011 kein anderweitiger freier Arbeitsplatz vorhanden gewesen sei. Denn zu diesem Zeitpunkt sei der Arbeitsplatz von der Mitarbeiterin T1 bereits seit langem besetzt gewesen, weil die Mitarbeiterin I1 ihre Tätigkeit bei ihr bereits am 22.08.2011 aufgenommen habe. Da die Mitarbeiterin T1 bereits im Juli 2011 die Elternzeit

im Anschluss an das Ende des Mutterschutzes angekündigt habe, habe sie bereits im Juli 2011 die Entscheidung über die Besetzung des Arbeitsplatzes von Frau T1 getroffen. Dabei habe sie den Arbeitsplatz der Mitarbeiterin T1 nicht 1:1 wiederbesetzt, sondern entschieden, die bisherige Stelle zu streichen und den Arbeitsplatz in der Weise zu verändern, dass nur noch eine Vertriebsfachbearbeiterin eingesetzt werde, deren Aufgabe im Wesentlichen in Sekretariats- und Schreibarbeiten bestehe. Nachdem sich die Mitarbeiterin I1 um die neugeschaffene Stelle beworben habe, sei mit ihr bereits am 18.07.2011 ein Arbeitsvertrag abgeschlossen worden, der als Beschäftigungsbeginn den 22.08.2011 vorsehe. Erst nach Abschluss dieses Arbeitsvertrages habe sie im August 2011 die unternehmerische Entscheidung getroffen, die zum Wegfall des Arbeitsplatzes der Klägerin geführt habe. Denn sie habe während des Urlaubs der Arbeiterin X festgestellt, dass die Klägerin in der Zeit vom 09. bis zum 22. August lediglich 16 Aufträge von im Jahresdurchschnitt 47 eingehenden und im August 2011 tatsächlich eingegangenen 42 Aufträgen bearbeitet habe. Da dies bereits auf den ersten Blick nicht mit der Tatsache in Einklang zu bringen gewesen sei, dass die Klägerin als Vollzeitkraft, die Mitarbeiterin X hingegen lediglich als 2/3-Kraft beschäftigt gewesen sei, habe sie eine Auswertung veranlasst, die sie mit der Anlage B 1 zum Schriftsatz vom 12.01.2012 überreicht habe. Im Hinblick auf diese Auswertung habe sie die Anzahl der von Frau X im Rahmen eines 2/3-Arbeitsverhältnisses erstellte Anzahl von 237 Stücklisten auf ein Vollzeitarbeitsverhältnis hochgerechnet, so dass davon auszugehen gewesen sei, dass im Rahmen eines Vollzeitarbeitsverhältnisses rund 360 Stücklisten erstellt würden. Da somit davon auszugehen gewesen sei, dass bei Aufstockung des Arbeitsverhältnisses von Frau X um 1/3 auf eine Vollzeitstelle diese den gesamten Arbeitsanfall im Bereich der Auftragsbearbeitung bewältigen können, sei mit Zustimmung der Mitarbeiterin X deren Stelle auf eine Vollzeitstelle aufgestockt worden mit der Folge, dass aufgrund der getroffenen Entscheidung für die Weiterbeschäftigung der Klägerin kein Bedarf mehr bestanden habe. Die Behauptung der Klägerin, sie habe trotz Vollzeitbeschäftigung 1/3 weniger an Stücklisten bearbeitet als die in Teilzeit beschäftigte Mitarbeiterin X, weil sie zahlreiche weitere Aufgaben zu erledigen gehabt habe, sei unzutreffend und bereits in der ersten Instanz bestritten worden, was auch in der Berufungsinstanz wiederholt werde. Eingehende Telefonate seien von Frau X ebenso entgegengenommen worden wie von der Klägerin, wobei diese eine besondere Eifrigkeit bei der Entgegennahme von Telefonaten entfaltet habe, ohne dass dies ihre Aufgabe gewesen sei. Darauf komme es letztlich jedoch nicht an, weil entscheidend sei, dass sie anhand der von ihr vorgenommenen Auswertung festgestellt habe, dass eine unternehmerische Entscheidung aufgrund eines Arbeitsplatzüberhangs zutreffend gewesen sei, gleichviel welche Aufgaben die Klägerin zu diesem Zeitpunkt auch erledigt habe. Die Entscheidung, die Stelle der Klägerin entfallen zu lassen und die Stelle der Mitarbeiterin X um 1/3 aufzustocken, führe betriebswirtschaftlich zur Einsparung einer ganzen Stelle, so dass diese Entscheidung von den Arbeitsgerichten zu akzeptieren sei. Eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit auf einem freien Arbeitsplatz bestünde nicht, da es in ihrem Betrieb zum Zeitpunkt des Kündigungsausspruchs keine freien Arbeitsplätze gegeben habe. Der von der Arbeitnehmerin I1 besetzte Arbeitsplatz sei in die soziale Auswahl nicht einzubeziehen gewesen, weil es sich insoweit um keine vergleichbare Beschäftigungstätigkeit gehandelt habe. Die Mitarbeiterin X sei dagegen im Verhältnis zu der Klägerin sozial schutzwürdiger, so dass eine fehlerhafte soziale Auswahl der Kündigung ebenfalls nicht entgegenstehen könne.

Die Beklagte beantragt,

31

das Urteil des Arbeitsgerichts Minden vom 10.04.2012 – 1 Ca 1352/11 – abzuändern und die Klage abzuweisen.

32

33

Die Klägerin hat die zunächst eingelegte Anschlussberufung zurückgenommen und beantragt,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

34

Die Klägerin trägt vor, dass das Arbeitsgericht in seinem Urteil offengelassen habe, ob im Hinblick auf die angegriffene Kündigung von einer unternehmerischen Entscheidung ausgegangen werden könne, die zum Wegfall eines Arbeitsplatzes geführt habe. Nach ihrer unveränderten Auffassung fehle es insoweit an einer substantiierten Darlegung einer solchen unternehmerischen Entscheidung, wobei auch die dargelegten Zeitpunkte bestritten würden. Darüber hinaus hat die Klägerin weiterhin bestritten, dass es bei der Beklagten eine als solche zu bezeichnende Abteilung „Auftragsbearbeitung“ gegeben habe. Tatsächlich würden die Mitarbeiter der Beklagten in zwei Abteilungen eingesetzt, und zwar Konstruktion/Technik und Vertrieb. Da es keine eigenständige Abteilung „Auftragsbearbeitung“ gegeben habe, könne auch nicht prozentual auf eine Bearbeitungszahl in dieser Abteilung abgestellt werden, weil es sich dabei zum einen um eine ausschließlich leistungsbezogene Kenngröße handele, zum anderen die Anzahl der Aufträge im Bereich der Auftragsbearbeitung seit ihrer Einstellung gestiegen sei, so dass sie nicht allein Basis einer Organisationsentscheidung sein könne, zumal sie auch zahlreiche andere Aufgaben erledigt habe. Darüber hinaus folge auch aus dem bisher unstreitigen Vorbringen, dass die Mitarbeiterin X eine wöchentliche Arbeitszeit von 30 Stunden gehabt habe, sodass das Verhältnis der beiden Arbeitszeitverpflichtungen richtigerweise 3/4 zu 4/4 betrage. Da die Beklagte bei der Darlegung der behaupteten unternehmerischen Entscheidung offensichtlich von falschen Zahlen ausgegangen sei, sei die behauptete unternehmerische Entscheidung bereits bei einer summarischen Überprüfung nicht nachvollziehbar. Der ausgesprochenen betriebsbedingten Kündigung stehe auch eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit entgegen, da zum einen weiterhin bestritten werde, dass die Mitarbeiterin I1 bereits am 18.07.2011 einen Arbeitsvertrag unterzeichnet habe. Zum anderen sei dies rechtlich unbeachtlich, da das Arbeitsverhältnis mit Frau I1 jedenfalls erst dann begründet worden sei, nachdem die Entscheidung zur Kündigung ihres Arbeitsverhältnisses zumindest in Erwägung gezogen worden sei. Denn ansonsten hätte die Beklagte schon fast dingnotwendig die Klägerin nach der Möglichkeit gefragt, bestimmte von Frau T1 im Bereich des Vertriebes erledigte Arbeiten zu übernehmen. Bemerkenswert sei auch die Tatsache, dass sie nach dem Erhalt der Kündigung ein persönliches Gespräch mit dem Geschäftsführer der Beklagten gesucht habe, um den Hintergrund der Kündigung zu erfahren und die Möglichkeit einer Einigung zu versuchen. Bei diesem Gespräch sei in keiner Weise auf eine unternehmerische Entscheidung der Umorganisation hingewiesen worden. Die Wirksamkeit der Kündigung scheitere jedenfalls daran, dass zum Zeitpunkt der Kündigung ihres Arbeitsverhältnisses die Mitarbeiterin I1 noch nicht die sechsmonatige Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG erfüllt habe, so dass zunächst diese Mitarbeiterin hätte gekündigt werden müssen.

35

Zwischen den Parteien ist beim Arbeitsgericht Minden (3 Ca 960/12) ein weiteres Kündigungsschutzverfahren anhängig, das eine Kündigung der Beklagten vom 10.07.2012 zum Gegenstand hat.

36

Wegen des Parteivorbringens im Übrigen wird auf den vorgetragenen Inhalt der Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

37

Entscheidungsgründe

38

Die zulässige Berufung der Beklagten ist unbegründet, soweit das Arbeitsgericht die Unwirksamkeit der Kündigung vom 27.09.2011 festgestellt hat. Soweit dagegen das

39

Arbeitsgericht die Beklagte zur Weiterbeschäftigung verurteilt hat, ist die Berufung begründet.

- I. 40
- Das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien ist entgegen der Rechtsansicht der Beklagten 41 nicht durch die streitgegenständliche Kündigung vom 27.09.2011 aufgelöst worden. Denn das Arbeitsgericht hat im Ergebnis zu Recht entschieden, dass diese Kündigung mangels Vorliegens eines dringenden betrieblichen Erfordernisses für eine Beendigungskündigung im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG nicht sozial gerechtfertigt und damit unwirksam ist.
- Ob die Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin entsprechend der Annahme des 42 Arbeitsgerichts und der von der Klägerin auch in der Berufungsinstanz vertretenen Ansicht jedenfalls deswegen unwirksam ist, weil der Klägerin vor Ausspruch der Beendigungskündigung nicht eine Änderungskündigung bezogen auf den Arbeitsplatz angeboten worden ist, der von der neu eingestellten Mitarbeiterin I1 besetzt wird, kann offen bleiben. Denn die streitgegenständliche Kündigung ist auch dann unwirksam, wenn zugunsten der insoweit darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten unterstellt wird, dass im Zeitpunkt des behaupteten Abschlusses des Arbeitsvertrages mit der Mitarbeiterin I1 am 18.07.2011 noch nicht absehbar gewesen ist, dass der Arbeitsplatz der Klägerin wegfallen werde, da die Entscheidung insoweit erst Ende August 2011 nach dem Urlaub der Klägerin getroffen worden sei.
- Vorliegend beruft sich die Beklagte zur Rechtfertigung der von ihr ausgesprochenen 43 Kündigung ausdrücklich darauf, dass die Streichung der von der Klägerin besetzten Stelle nicht wegen eines Auftragsrückgangs, sondern bei gleichbleibender Auftragslage aufgrund innbetrieblicher organisatorischer Überlegungen im Rahmen einer organisatorischen Rationalisierungsentscheidung getroffen worden sei.
- Dringende betriebliche Erfordernisse für eine Kündigung im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG 44 können sich aus innerbetrieblichen oder außerbetrieblichen Gründen ergeben. Eine Kündigung aus innerbetrieblichen Gründen, auf die sich die Beklagte ausdrücklich beruft, ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgericht, der die Berufungskammer folgt, sozial gerechtfertigt, wenn sich der Arbeitgeber zu einer organisatorischen Maßnahme entschließt, bei deren innerbetrieblicher Umsetzung das Bedürfnis für die Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer entfällt. Eine unternehmerische Organisationsentscheidung kann dabei auch in der Bestimmung der Zahl der Belegschaftsmitglieder liegen, mit denen die im Betrieb anfallende Arbeitsmenge erledigt werden soll. Von den Arbeitsgerichten voll nachzuprüfen ist, ob eine derartige unternehmerische Entscheidung tatsächlich vorliegt und ob sie sich betrieblich auch dahingehend auswirkt, dass der Beschäftigungsbedarf für den gekündigten Arbeitnehmer entfallen ist bzw. entfällt, die unternehmerische Entscheidung also für den vom Arbeitgeber behaupteten Wegfall des Beschäftigungsbedürfnisses ursächlich ist. Dagegen ist die unternehmerische Entscheidung nicht auf ihre sachliche Rechtfertigung oder ihre Zweckmäßigkeit zu überprüfen, sondern nur darauf, ob sie offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist (vgl. BAG, Urt. v. 10.07.2008 - 2 AZR 1111/06, NZA 2009, 312; Urt. v. 06.07.2006 - 2 AZR 442/05, NZA 2007, 139).
- In den Fällen, in denen – wie im vorliegenden Fall - die Organisationsentscheidung des 45 Arbeitgebers und sein Kündigungsentschluss praktisch deckungsgleich sind, kann die ansonsten berechnete Vermutung, die fragliche Entscheidung sei aus sachlichen Gründen erfolgt, nicht unbeschadet greifen. Läuft demnach die unternehmerische Entscheidung auf den Abbau eines einzelnen Arbeitsplatzes hinaus verbunden mit einer Umverteilung der dem

betroffenen Arbeitnehmer bisher zugewiesenen Aufgaben, muss der Arbeitgeber konkret erläutern, in welchem Umfang und aufgrund welcher Maßnahmen die bisher vom gekündigten Arbeitnehmer ausgeübten Tätigkeiten für diesen zukünftig entfallen. Da die Kündigungsentscheidung selbst nach dem Gesetz nicht frei, sondern an das Vorliegen von Gründen gebunden ist, muss der Arbeitgeber in solchen Fällen seine Entscheidung hinsichtlich ihrer organisatorischen Durchführbarkeit und hinsichtlich ihrer Nachhaltigkeit ("Dauer") verdeutlichen, damit das Gericht prüfen kann, ob sie im Sinne der oben gekennzeichneten Rechtsprechung offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich, also missbräuchlich ausgesprochen worden ist. Der Arbeitgeber muss danach die Auswirkungen seiner unternehmerischen Vorgaben und Planungen auf das erwartete Arbeitsvolumen anhand einer schlüssigen Prognose im Einzelnen darstellen und angeben, wie die anfallenden Arbeiten vom verbliebenen Personal ohne überobligationsmäßige Leistungen, d.h. im Rahmen ihrer vertraglich geschuldeten regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit erledigt werden können. Denn nur bei einem solchen Vorbringen kann geprüft werden, ob die Entscheidung den dargestellten Voraussetzungen genügt. Dass der Arbeitgeber zur organisatorischen Durchführbarkeit und Nachhaltigkeit der unternehmerischen Entscheidung vortragen muss, ist weder Selbstzweck noch darf es dazu dienen, dass die Gerichte in die betrieblichen Organisationsabläufe eingreifen. Der Sinn eines solchen Vorbringens besteht darin, einen Missbrauch des Kündigungsrechts auszuschließen. Vermieden werden sollen betriebsbedingte Kündigungen, die zu einer rechtswidrigen Überforderung oder Benachteiligung des im Betrieb verbleibenden Personals führen. Vermieden werden soll außerdem, dass die unternehmerische Entscheidung lediglich als Vorwand benutzt wird, um Arbeitnehmer aus dem Betrieb zu drängen, obwohl Beschäftigungsbedarf und Beschäftigungsmöglichkeit fortbestehen und lediglich die Arbeitsvertragsinhalte und die gesetzlichen Kündigungsschutzbestimmungen als zu belastend angesehen werden (vgl. BAG, Urt. v. 24.05.2012 - 2 AZR 124/11, NZA 2012, 1223; Urt. v. 23.02.2012 - 2 AZR 548/10, NJW 2012, 2747; Urt. v. 13.02.2008 - 2 AZR 1041/06, NZA 2008, 819).

Ausgehend von diesen Grundsätzen ist die auf Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin gerichtete Kündigung der Beklagten vom 27.09.2011 nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG bedingt und damit unwirksam. 46

Die Beklagte kann sich zur Rechtfertigung der streitgegenständlichen Kündigung nicht mit Erfolg darauf berufen, dass aufgrund einer von ihr Ende September 2001 getroffenen unternehmerischen Entscheidung, die von den Arbeitsgerichten auf ihre Zweckmäßigkeit hin nicht überprüfbar ist, der Arbeitsplatz der Klägerin auf Dauer weggefallen, sodass eine Beendigungskündigung auch nach Berücksichtigung des grundsätzlichen Vorrangs der Änderungskündigung wirksam ist. 47

Die Beklagte hat zur Rechtfertigung der Kündigung zunächst in der Klageerwiderung vom 24.11.2011 vorgetragen, dass sie „aufgrund der bestehenden und zukünftig zu erwartenden Auftragssituation und des daraus im Bereich der Auftragsvorbereitung anfallenden Arbeitsvolumens entschieden habe, von den zwei in der Auftragsvorbereitung vorhandenen Arbeitsplätzen einen Teil einzusparen“. Sie habe sich entschieden „diesen Bereich auf eine Stelle zu reduzieren“. Da die Mitarbeiterin X in Teilzeit beschäftigt gewesen sei, habe sie entschieden, zum Zwecke der Reduzierung der Arbeitsplätze das Teilzeitarbeitsverhältnis der Mitarbeiterin X auf Vollzeit aufzustocken und das Arbeitsverhältnis der Klägerin nach Durchführung der sozialen Auswahl zu kündigen. In dem weiteren Schriftsatz vom 12.01.2012 hat die Beklagte dann ausdrücklich vorgetragen, dass die Kündigung nicht wegen Auftragsrückgangs bezogen auf den Arbeitsplatz der Klägerin, sondern ausschließlich wegen der getroffenen Rationalisierungsentscheidung, in der Auftragsvorbereitung nur noch eine 48

Vollzeitstelle einzurichten, ausgesprochen worden ist. Ob es sich dabei entsprechen der Ansicht der Klägerin um widersprüchliches Vorbringen hinsichtlich des Kündigungsgrundes handelt, kann offen bleiben. Denn die Kündigung der Beklagten vom 27.09.2011 ist auch dann unwirksam, wenn davon ausgegangen wird, dass sie im September 2011 nicht nur die Entscheidung getroffen hat, den Bereich der Auftragsvorbereitung bezogen auf den Umfang der Arbeitszeit auf eine Stelle zu reduzieren, was wegen der Möglichkeit von zwei Teilzeitbeschäftigungen einer Beendigungskündigung ausgehend von dem Vorrang der Änderungskündigung entgegen stehen würde, sondern bereits vor Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin die „unternehmerische Entscheidung“ getroffen hat, im Bereich der Auftragsvorbereitung wegen der beschlossenen Reduzierung des Arbeitszeitumfangs nur noch eine „Vollzeitstelle“ einzurichten.

Die Entscheidung des Arbeitgebers in einem bestimmten Aufgabenbereich eine Stelle zu streichen und damit auch die Entscheidung der Beklagten, im Bereich der Auftragsvorbereitung im Hinblick auf das vorhandene Arbeitsvolumen künftig nur noch eine Stelle vorzuhalten ist zwar eine unternehmerische Entscheidung, die aber wegen ihrer Nähe zum Kündigungsentschluss selbst zur ihrer sozialen Rechtfertigung einer konkreten Darlegung der Durchführbarkeit und Dauerhaftigkeit nach den oben dargestellten Grundsätzen bedarf. Ob die Beklagte der ihr insoweit obliegenden Darlegungs- und Beweislast unter Berücksichtigung des Vorbringens der Klägerin zu den gestiegenen Stückzahlen nach ihrer Einstellung und ihrer Verpflichtung zur Verrichtung anderweitiger Tätigkeiten entsprechend § 4 des Arbeitsvertrages nachgekommen ist, kann offen bleiben. Offen bleiben kann dabei insbesondere, ob die von der Beklagten behauptete unternehmerische Entscheidung der Aufstockung der Arbeitszeit der Mitarbeiterin X um 1/3 entsprechend der Ansicht der Klägerin auch deshalb nicht nachvollziehbar ist, weil die Mitarbeiterin X nach dem unbestritten Vorbringen der Klägerin in der Berufungsinstanz tatsächlich 30 Wochenstunden gearbeitet hat und daher eine $\frac{3}{4}$ Kraft war, die Beklagte deshalb von einer falschen Berechnungsgrundlage ausgegangen ist und schon aus diesem Grunde den vollständigen Wegfall ihres Arbeitsplatzes nicht schlüssig dargelegt hat. Denn die Kündigung vom 27.09.2011 ist auch nach dem Vorbringen der Beklagten unwirksam.

49

Die Entscheidung des Arbeitgebers, künftig in einem bestimmten Arbeitsbereich nicht nur Arbeit für nur eine Vollzeitstelle vorzusehen, sondern gleichzeitig bei der bisherigen Beschäftigung von zwei Kräften in diesem Bereich, nur noch eine Vollzeitstelle in der Weise vorzuhalten, dass die Arbeitszeit der bisherigen Teilzeitkraft auf eine Vollzeitstelle aufgestockt wird, während die bisherige Vollzeitkraft unter Berufung auf den Wegfall ihres Arbeitsplatzes nach Berücksichtigung der Sozialauswahl entlassen wird, stellt nach Ansicht der Kammer jedenfalls keine freie unternehmerische Entscheidung in dem Sinne dar, dass sie keiner weiteren Darlegung mehr bedarf. Ob der Arbeitgeber dabei darlegen muss, wieso der Ausspruch der Kündigung, die auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der bisherigen Vollzeitkraft gerichtet ist, durch dringende betriebliche Erfordernisse im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG bedingt ist, obwohl der Beschäftigungsbedarf als solcher nicht auf Dauer vollständig weggefallen ist (vgl. LAG Hamm, Urt. v. 26.09.1996 - 8 Sa 162/96, juris, zur Umwandlung einer Vollzeitstelle in zwei Halbeitzstellen keine unternehmerische Entscheidung und LAG Nürnberg, Urt. v. 23.02.2006 - 5 Sa 224/05, juris zur Umwandlung einer Teilzeitstelle in eine Vollzeitstelle), kann ebenfalls dahingestellt bleiben. Denn die Beklagte hat insoweit lediglich pauschal vorgetragen, dass sie die Entscheidung getroffen hat, eine „Vollzeitstelle“ einzurichten, was nach Ansicht der Kammer nicht reicht, um die darauf gestützte Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin zu rechtfertigen, die bisher in Vollzeit beschäftigt war und deren Arbeitsplatz allein wegen der beschlossenen Reduzierung des Arbeitsumfangs im Bereich der Auftragsvorbereitung nicht vollständig

50

weggefallen ist. Anderenfalls könnte der Arbeitgeber auch ohne weitere Begründung die Kündigung der Arbeitsverhältnisse mit zwei Halbtagskräften unter Berufung darauf erklären, dass er die Entscheidung getroffen hat, künftig nur noch eine Vollzeitkraft zu beschäftigen oder umgekehrt, was mit dem grundsätzlich durch § 1 KSchG bezweckten Bestandsschutz nicht zu vereinbaren wäre. Kann nämlich ein Arbeitgeber ein Teilzeitverlangen einer Vollzeitkraft nach § 8 TzBfG bzw. eine beantragte Aufstockung der Arbeitszeit einer Teilzeitkraft nach § 9 TzBfG nicht ohne weiteres mit der pauschalen Begründung ablehnen, dass er nach seinem organisatorischem Konzept nur Teilzeitkräfte bzw. nur Vollzeitkräfte beschäftigen wolle (vgl. dazu BAG, Urt. v. 15.08.2006 - 9 AZR 8/06, NZA 2007, 255 zum § 9 TzBfG und BAG, Urt. v. 08.05.2007 - 9 AZR 1112/06, NJW 2007, 3661; LAG Köln, Urt. v. 02.04.2008 - 7 Sa 864/07, NZA-RR 2009, 66 zu § 8 TzBfG), so muss dies erst Recht dann gelten, wenn der Arbeitgeber nicht nur die Erfüllung eines geltend gemachten Anspruchs auf Aufstockung bzw. Verringerung der Arbeitszeit mit einer arbeitszeitorganisatorischer Begründung pauschal ablehnt, sondern eine bereits bestehende Rechtsposition des Arbeitnehmers durch den Ausspruch eine Beendigungskündigung beseitigen will, obwohl auch eine Änderungskündigung möglich wäre. Dass die Weiterbeschäftigung der Klägerin als Teilzeitkraft nicht hinnehmbare betriebsorganisatorische Probleme aufwerfen würde, hat die Beklagte, die bisher im Bereich der Auftragsbearbeitung sowohl eine Vollzeit- als auch eine Teilzeitkraft beschäftigt hat, nicht dargelegt (vgl. dazu auch LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urt. v. 20.01.2009 - 5 Sa 198/08, juris).

Der Umstand, dass die Weiterbeschäftigung der Mitarbeiterin X nach der Aufstockung der Arbeitszeit und der Erhöhung der Vergütung von 2250 € auf 2700 € wirtschaftlicher vorteilhafter ist, als die Weiterbeschäftigung der Klägerin mit einer reduzierten Arbeitszeit und einer entsprechenden Reduzierung der bisherigen monatlichen Vergütung von 3500 € ist, reicht für die Annahme des dringenden betrieblichen Erfordernisses für den Ausspruch der Beendigungskündigung nicht aus. Da wirtschaftliche Gründe, insbesondere die Absicht allein, Lohnkosten im Betrieb oder in einem bestimmten Bereich zu senken, eine betriebsbedingte Kündigung nicht rechtfertigen kann (vgl. BAG, Urt. v. 12.11.1998 - 2 AZR 91/98, NZA 1999, 471; Urt. v. 12.12.1996 - 2 AZR 879/95, EzA § 2 KSchG Nr. 32). Die Beklagte kann sich auch nicht darauf berufen, dass eine Änderungskündigung mit dem Ziel der Reduzierung der bisherigen Arbeitszeit der Klägerin und einer entsprechenden Reduzierung der Vergütung für die Klägerin von vornherein nicht zumutbar gewesen wäre. Da insoweit die Klägerin zu entscheiden gehabt hätte, ob sie ein entsprechendes Angebot der Beklagten angenommen hätte.

Da das dringende betriebliche Bedürfnis im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG für die Beendigungskündigung vom 27.09.2011 bereits wegen Vorrang der Änderungskündigung fehlt und die Kündigung bereits aus diesem Grunde unwirksam ist, kommt es auf die Einhaltung nicht mehr darauf an, ob die Kündigung entsprechend der Ansicht der Klägerin jedenfalls an einer fehlerhaften sozialen Auswahl im Sinne des § 1 Abs. 3 KSchG scheitert.

Aus alldem folgt, dass die Berufung der Beklagten zurückzuweisen war, soweit das Arbeitsgericht die Unwirksamkeit der Kündigung der Beklagten vom 27.09.2011 festgestellt hat.

II.

Die Berufung der Beklagten ist dagegen begründet, soweit das Arbeitsgericht die Beklagte im Hinblick auf die Unwirksamkeit der Kündigung vom 27.09.2011 zu einer Weiterbeschäftigung verurteilt hat.

51

52

53

54

55

56

Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass die Beklagte am 10.07.2012 eine weitere Beendigungskündigung erklärt hat, die Gegenstand des beim Arbeitsgericht Detmold unter dem Az. 3 Ca 960/12 anhängigen Kündigungsschutzverfahrens ist, in dem die Parteien insbesondere über die Anwendbarkeit des KSchG nach § 23 KSchG streiten. Aufgrund dieser neuen Kündigung ist der Weiterbeschäftigungsanspruch der Klägerin, der Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist, erlöschen. Aufgrund dieser Folgekündigung kam es zu einer neuen, zusätzlichen Ungewissheit über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses. Denn diese Kündigung ist jedenfalls wegen des entstandenen Streits über die Anwendbarkeit des KSchG eine neue Kündigung, bei der ein anderer Sachverhalt streitentscheidend und die auch nicht offensichtlich unwirksam ist (vgl. dazu BAG, Urt. v. 19.12.1985 - 2 AZR 190/85, BAGE 50, 319 = AP BGB § 611 Beschäftigungspflicht; LAG Hessen, Urt. v. 06.03.2012 - 19 Sa 1342/11, juris). Da die Klägerin trotz des nachträglichen Wegfalls des Weiterbeschäftigungsanspruchs den Rechtsstreit in der Hauptsache insoweit nicht für erledigt erklärt, sondern die Zurückweisung der Berufung beantragt hat, war das Urteil des Arbeitsgericht Minden insoweit abzuändern und die Klage abzuweisen.

III. 57

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 1, 269 Abs. 3 ZPO. 58

Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 72 Abs. 2 ArbGG nicht vorliegen. 59