

Bundesarbeitsgericht
Urt. v. 18.10.2000, Az.: 2 AZR 465/99

Kündigung: Vorgesetzter über 5Mitarbeiter ist kein Leitender

Ist ein „Regionaldirektor“ Vorgesetzter über lediglich 5 Mitarbeiter und ist er nicht berechtigt, selbständig Arbeitnehmer einzustellen oder zu entlassen, so handelt es sich nicht um einen Leitenden Angestellten, der ohne soziale Auswahl entlassen werden könnte.

Quelle: Wolfgang Büser

**Betriebsbedingte Kündigung; Vertragliche Einschränkung des Kündigungsrechts des Arbeitgebers;
Antrag auf gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses eines Betriebsleiters**

Gericht: BAG

Entscheidungsform: Urteil

Datum: 18.10.2000

Referenz: JurionRS 2000, 10217

Aktenzeichen: 2 AZR 465/99

ECLI: [keine Angabe]

Verfahrensgang:

vorgehend:

I. ArbG Köln

19 Ca 5488/96 - Urteil vom 16. November 1998

II. LAG Köln

12 Sa 146/99 - Urteil vom 18. Juni 1999

Rechtsgrundlagen:

§ 1 KSchG

§ 9 Abs. 1 S. 2 KSchG

§ 14 Abs. 2 KSchG

§ 133 BGB

§ 157 BGB

§ 615 BGB

Fundstellen:

BAGE 96, 95 - 123

ARST 2001, 112

AuA 2007, 412-413 (Kurzinformation)

AuA 2001, 574

BB 2001, 580 (amtl. Leitsatz)

DB 2001, 652-654 (Volltext mit amtl. LS)

FA 2001, 90

FAr 2001, 90

MDR 2001, 574-575 (Volltext mit amtl. LS)

NZA 2001, 437-445 (Volltext mit amtl. LS)

Personal 2001, 331

Personal 2001, 518

PERSONAL 2001, 518

PERSONAL 2001, 331

PP 2001, 25

SAE 2001, 239

BAG, 18.10.2000 - 2 AZR 465/99

Amtlicher Leitsatz:

Der Antrag des Arbeitgebers auf gerichtliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses eines Betriebsleiters gegen Abfindung bedarf der Begründung, wenn dieser nicht zur selbständigen Einstellung oder Entlassung von Arbeitnehmern berechtigt ist oder wenn die Ausübung einer solchen Befugnis keinen wesentlichen Teil seiner Tätigkeit ausmacht und somit seine Stellung nicht prägt.

Hinweise des Senats:

zugleich Fortführung der Rechtsprechung BAG 5. Oktober 1995 - 2 AZR 269/95 - BAGE 81, 86

Tenor:

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 18. Juni 1999 - 12 Sa 146/99 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.
2. In Abänderung der Kostenentscheidung der Urteile des Arbeitsgerichts Köln vom 16. November 1998 und vom 11. August 1997 - 19 Ca 5488/96 - hat auch die Kosten des 1. Rechtszuges allein die Beklagte zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand:

- 1 Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung, einen Auflösungsantrag des Arbeitgebers und über Ansprüche aus Annahmeverzug.
- 2 Der am 15. August 1941 geborene, gegenüber einem Kind unterhaltspflichtige Kläger ist Diplomkaufmann. Die Beklagte beschäftigt ihn in ihrem Versicherungsunternehmen seit dem 1. August 1971. Der Kläger war zunächst als Vorstandsassistent tätig und übernahm dann verschiedene Aufgaben im Innendienst sowie gelegentlich im Außendienst. 1982 übertrug die Beklagte ihm die Position des Organisationsleiters für den Bezirk Hamburg. Aus diesem Anlaß schlossen die Parteien am 16. Juni 1982 einen Vertrag, der ua. folgende Regelungen enthält:

- 3 "§ 1
- 4 Herr S. ist nach Auffassung des Vorstandes leitender Angestellter in der G. im Sinne von § 5 Abs. 3 des Betriebsverfassungsgesetzes . . .
- 5 § 3
- 6 1. Das Aufgabengebiet des leitenden Angestellten ergibt sich aus seiner Stellenbeschreibung oder aus einzelvertraglichen Bestimmungen.
- 7 2. Der leitende Angestellte unterliegt nicht den Bestimmungen des Tarifvertrags für das private Versicherungsgewerbe, der Arbeitsordnung der G. und sonstigen zwischen dem Vorstand und dem Betriebsrat abgeschlossenen Betriebsvereinbarungen, es sei denn, daß derartige Regelungen ausdrücklich auch mit den leitenden Angestellten vereinbart worden sind.
- 8 3. Eine Versetzung innerhalb der G. und eine Änderung seines bisherigen Aufgabengebiets sollen unter Wahrung der berechtigten Interessen des leitenden Angestellten erfolgen . . .
- 9 § 5
- 10 1. Die mit dem leitenden Angestellten vereinbarten Bezüge sind Jahresbezüge. Es ist vorgesehen, daß jährlich zusätzlich eine Sondervergütung gezahlt wird. Die Höhe der Bezüge und der Sondervergütung bestimmt der Vorstand mit Zustimmung des Aufsichtsrats nach billigem Ermessen.
- 11 2. Die Bezüge werden in zwölf gleichen Teilen, jeweils am Ende des Monats, . . . gezahlt.
- 12 3. Die Bezüge und die Sondervergütung werden jährlich vom Vorstand daraufhin überprüft, ob sie unter Berücksichtigung von Dienststellung, Dienstalter und Leistung des leitenden Angestellten und im Hinblick auf die im privaten Versicherungsgewerbe üblicherweise gezahlten Gehälter angemessen sind. Gegebenenfalls werden sie neu festgesetzt . . .
- 13 § 12
- 14 1. Das Arbeitsverhältnis endet
- 15 1. 1. durch Zeitablauf mit Ende des Monats, in dem der leitende Angestellte sein 65. Lebensjahr vollendet;
- 16 1. 2. an dem Termin, zu dem der leitende Angestellte . . . vorzeitig in den Ruhestand versetzt wird . . .
- 17 1. 3. durch Kündigung. Die Kündigung bedarf der Schriftform.
- 18 2. Die Kündigungsfrist beträgt für beide Vertragspartner sechs Monate zum Ende eines Kalendervierteljahres.
- 19 3. Dem leitenden Angestellten kann nur aus einem wichtigen Grund gekündigt werden. Im übrigen finden auf das Dienstverhältnis . . . die Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes Anwendung.
- 20 § 13
- 21 Sollte die G. einschneidende rechtliche und/oder organisatorische Veränderungen vornehmen, die den Arbeitsplatz des leitenden Angestellten wesentlich beeinflussen, wird sie die Interessen des

leitenden Angestellten in einem Sozialplan gebührend berücksichtigen.

22 § 14

23 1. Sollte die G. aus den in § 13 genannten oder aus anderen Gründen das Arbeitsverhältnis mit dem leitenden Angestellten aufkündigen, gewährt sie ihm in Höhe des nach dem Versorgungsvertrag erworbenen Anspruchs ein sofort beginnendes Ruhegeld, wenn er das 55. Lebensjahr vollendet und mindestens 20 Jahre in ihren Diensten gestanden hat . . .

24 § 15

25 Gesetzesbestimmungen, die für den leitenden Angestellten günstiger sind als Vorschriften dieses Dienstvertrags, gehen diesem vor. "

26 Am 16. Juni 1982 erteilte die Beklagte dem Kläger eine Vollmacht, die ihn dazu ermächtigte, die sich aus seinem Arbeits- und Aufgabenbereich als Organisationsleiter gemäß den "Aufgaben des Organisationsbüros" ergebenden Schriftstücke zu unterzeichnen. Nicht berechtigt war der Kläger, verbindliche Einstellungszusagen für Bewerber abzugeben, Bezügeerhöhungen, Kündigungen und sonstige vertragliche Änderungen für Außendienstmitarbeiter zu erklären und Verträge aller Art einzugehen.

27 Im Jahr 1989 bildete die Beklagte als Repräsentanz in Hamburg eine Regionaldirektion. Der Kläger wurde zu deren Leiter ernannt. Er erhielt die Aufgabe, deren Organisation aufzubauen und den Vertrieb zu steuern. In der ihm erteilten "Vollmacht des Regionaldirektors" heißt es:

28 "1. Der Regionaldirektor ist bevollmächtigt, unter Beachtung der Richtlinien der G.

29 a) Agenturverträge mit neuen, seiner Regionaldirektion zugeordneten Bezirksdirektoren/Geschäftsstellenleitern/Generalagenten abzuschließen,

30 b) Ausbildungs- und Vermittlungsverträge mit neuen, seiner Regionaldirektion zugeordneten Kundenberatern abzuschließen,

31 c) derartige Verträge während ihrer Laufzeit durch Vereinbarung . . . oder . . . durch einseitige Erklärung zu ändern,

32 d) Agenturverträge bzw. Ausbildungs- und Vermittlungsverträge durch Aufhebungsvertrag zu beenden oder

33 e) Agenturverträge bzw. Ausbildungs- und Vermittlungsverträge . . . zu kündigen . . .

34 Soweit sich die unter den Buchstaben a) bis e) aufgeführten Rechtsgeschäfte auf Geschäftsstellenleiter und Kundenberater beziehen, die einer Bezirksdirektion zugeordnet sind, bedarf der Regionaldirektor der Mitwirkung des zuständigen Bezirksdirektors, soweit sie sich auf ihm zugeordnete Bezirksdirektoren/Generalagenten beziehen, bedarf der Regionaldirektor der Mitwirkung des für ihn zuständigen Organisationsdirektors. "

35 In einer "Beschreibung der Anforderungen an die Persönlichkeit des Regionaldirektors der G. G. " wies die Beklagte unter anderem darauf hin, daß der Regionaldirektor besonders bei der Führung der Selbständigen im Außendienst auch über viel taktisches Geschick verfügen müsse, um so immer wieder ausgleichende Kraft zwischen den Interessen der Mitarbeiter des Außendienstes und den Interessen der Zentrale sein zu können. In der Region sei der Regionaldirektor der Impulsgeber und das Vorbild für seine Mitarbeiter. Daraus leite sich seine Autorität ab, die Geschicke der Region zu steuern. Er müsse in ganz besonderem Maß qualifiziert sein. Zu den erforderlichen fachlichen Kenntnissen gehörten die Kenntnis der Produktpalette und des Dienstleistungsangebotes des G.

Konzerns. In der "Stellenbeschreibung Regionaldirektor" der Beklagten ist festgelegt, daß der Regionaldirektor die ihm zugeteilte Region in Eigenverantwortung führt. Weiter ist angeführt:

- 36 ". . . Er ist der Repräsentant der G. G. in seiner Region. In dieser Funktion vertritt er die G. G. nach außen. Die G. sieht den Regionaldirektor als "Teil-Unternehmer" vor Ort . . .
- 37 Der Regionaldirektor führt in Eigenverantwortung seine ihm zugeteilte Region. Er sorgt für eine optimale und effiziente Ausschöpfung des regionalen Marktpotentials. Er ist verantwortlich für die Erreichung der seine Region betreffenden Beiträge zu den Unternehmenszielen.
- 38 Dazu gehören vor allem
- 39 - Ausschöpfung des regionalen Marktpotentials
- 40 - Ausbau der regionalen Außendienstorganisation . . .
- 41 - Führung, Entwicklung und Förderung des Außendienstes seiner Region und der unterstellten Mitarbeiter des Innendienstes . . .
- 42 - Akquisition
- 43 - Steuerung und Überwachung der akquisitorischen Aktivitäten der Organisationseinheiten seiner Region
- 44 - Unterstützung der akquisitorischen Aktivitäten der Organisationseinheiten seiner Einheiten
- 45 - Anbahnung und Pflege von Großkunden bzw. -geschäften. "
- 46 Zu dem Punkt "Mitarbeiterführung" ist ua. folgendes festgelegt:
- 47 "Einstellung von Bezirksdirektoren, Organisationsleitern, Generalagenten und Verkaufsförderern in Abstimmung mit dem Organisationsdirektor"
- 48 Zu den Kompetenzen des Regionaldirektors gehörte das "Einstellen und Entlassen der Bezirksdirektoren, Generalagenten . . . und Verkaufsförderer seiner Region in Abstimmung mit dem OD. "
- 49 Während seiner Tätigkeit als Organisationsleiter und Regionaldirektor unterzeichnete der Kläger weder einen Arbeitsvertrag noch eine Kündigung. Seit Mai 1995 bezog er monatlich ein Bruttogrundgehalt von 10. 360, 17 DM, leistungsorientierte Bezüge, auf die die Beklagte monatlich einen Vorschuß in Höhe von 2. 500, 00 DM brutto leistete, vermögenswirksame Leistungen von 78, 00 DM sowie eine Spesenpauschale von 232, 00 DM.
- 50 Nachdem die Beklagte im Verlauf des Jahres 1994 zu der Einschätzung gelangte, daß die Leistungen des Klägers immer schlechter geworden seien, kündigte sie Ende des Jahres 1994 seine Ablösung als Regionaldirektor an. Seit dieser Zeit bis Ende des Jahres 1995 führte Verhandlungen über eine einvernehmliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses scheiterten. Das Angebot, selbständig im Außendienst der Beklagten tätig zu werden, schlug der Kläger aus. Zum 1. März 1995 wurden ihm die Aufgaben des Regionaldirektors entzogen und als "Sonderaufgabe" die Ausarbeitung eines Argumentationspapiers für die Umstellung auf ein Provisionssystem und die konzeptionelle Begleitung eines Kennzahlensystems zur Führung einer Niederlassung und der Vertriebsseinheiten übertragen. Seit Oktober 1995 wurde der Kläger freigestellt. Auf Grund der Ergebnisse einer im Mai 1996 durchgeführten Revision kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis wegen des Vorwurfs von Abrechnungsunregelmäßigkeiten mit Schreiben vom 7. Juni 1996 aus

wichtigem Grund. Mit Schreiben vom 11. Juli 1996 sprach sie eine auf denselben Sachverhalt gestützte Verdachtskündigung aus. Die Vorinstanzen haben rechtskräftig festgestellt, daß das Arbeitsverhältnis durch diese Kündigungen nicht aufgelöst wurde.

- 51** Im Konzern der Beklagten wurde 1996 beschlossen, das aus 24 Regionaldirektionen bestehende Vertriebsnetz der Beklagten mit dem aus 47 sogenannten Filialdirektionen bestehenden Vertriebsnetz eines anderen Konzernunternehmens, der G. bank VVaG (im folgenden: GVB), zu vereinigen. Anlässlich der Verhandlungen mit den beiden zuständigen Gesamtbetriebsräten sagte die Beklagte mit einem Rundschreiben vom 17. Dezember 1996 unter Bezugnahme auf ein Schreiben des Vorstandes vom 13. Dezember 1996 den Arbeitnehmern zu, wegen der Vereinheitlichung des Vertriebes würden keine betriebsbedingten Kündigungen ausgesprochen. Für Führungskräfte würden individuelle Regelungen gelten. In Hamburg wurden die Regionaldirektion der Beklagten (29 selbständige Versicherungsagenten, neben dem Kläger fünf Angestellte, jährliche Beitragseinnahmen 37, 2 Mio. DM, davon 15, 6 Mio. DM im Bereich Sachversicherung, 21, 3 Mio. DM im Bereich Lebensversicherung und 0, 3 Mio. DM im Bereich Krankenversicherung) und die Filialdirektion der GVB (40 Agenten, 14 Angestellte, jährliche Beitragseinnahmen 43, 5 Mio. DM, davon 33, 3 Mio. DM Sachversicherung, 9, 8 Mio. DM Lebensversicherung und 0, 4 Mio. DM Krankenversicherung) zu einem als Vertriebsdirektion bezeichneten Gemeinschaftsbetrieb der Beklagten und der GVB zusammengeschlossen.
- 52** Zum Leiter der Vertriebsdirektion bestellt wurden weder der Nachfolger des Klägers als Regionaldirektor noch der bisherige Filialdirektor der GVB, der ein Jahr später altersbedingt ausschied, sondern der am 14. Januar 1960 geborene T. N. Dieser hatte seine Tätigkeit im Januar 1985 als Versicherungssachbearbeiter begonnen. Er schloß im Jahr 1987 sein Studium zum Versicherungsfachwirt erfolgreich ab und wurde nach verschiedenen Einsätzen im Innen- und Außendienst und weiteren Schulungen im Januar 1993 Organisationsleiter und im Januar 1996 Bezirksdirektor. Seit Oktober 1995 arbeitete er maßgeblich an der Erstellung des neuen Agenturkonzeptes mit. Er schloß einen Anstellungsvertrag mit der GVB und der Beklagten gemeinsam.
- 53** Mit Schreiben vom 29. Oktober 1996 teilte die Beklagte dem Sprecherausschuß mit, sie beabsichtige, das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger erneut zu kündigen. Weiter heißt es in dem Schreiben:
- 54** "Den Grund für die Kündigung wollen Sie bitte dem Entwurf des beiliegenden Kündigungsschreibens entnehmen. Es handelt sich vorliegend um eine ordentliche Kündigung. Wir sind der Meinung, daß die Neustrukturierung der Vertriebswege den Tatbestand des § 13 des Arbeitsvertrages . . . erfüllt und insoweit ein Sonderkündigungsrecht gemäß § 14 des Dienstvertrages ausgelöst wird. "
- 55** Mit Schreiben vom 31. Oktober 1996 unterrichtete die Beklagte den Betriebsrat, sie beabsichtige das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger erneut zu kündigen und teilte weiterhin mit:
- 56** "Den Entwurf eines Kündigungsschreibens fügen wir bei. Aus diesem Schreiben ergibt sich der Grund der Kündigung. Der Arbeitsplatz von Herrn S wird zum 1. Januar 1997 definitiv wegfallen. Wir sind der Meinung, daß Herr S. leitender Angestellter im Sinne des § 5 Abs. 3 Betriebsverfassungsgesetz ist . . . Lediglich aus Gründen äußerster Vorsorge möchten wir Sie gemäß § 102 Abs. 2 BetrVG ebenfalls zu der beabsichtigten Kündigung anhören und Ihnen Gelegenheit geben, Ihre Bedenken gemäß § 102 Abs. 2 Satz 1 innerhalb einer Frist von einer Woche schriftlich mitzuteilen. "
- 57** Der Sprecherausschuß äußerte mit Schreiben vom 4. November 1996 Bedenken gegen die Kündigung. Der Betriebsrat hielt sich für nicht zuständig und erklärte am 1. November 1996, er nehme nicht Stellung.
- 58** Mit Schreiben vom 12. November 1996 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis "gemäß § 14 dieses Arbeitsvertrages . . . unter Gewährung einer sozialen Auslauffrist . . . zum 30. Juni 1997". Zur

Begründung verwies sie auf die geplante Neuordnung der Vertriebswege. Ab 1. Januar 1997 werde es keine Regionaldirektion Hamburg mehr geben. Bei der zu treffenden Personalauswahl für die Leitung der Vertriebsdirektion habe sie sich entschlossen, die Position nicht durch den Kläger wahrnehmen zu lassen. Bei der Umstrukturierung handele es sich um eine Veränderung im Sinne von § 13 des Arbeitsvertrages. Außer dem Kläger entließ die Beklagte keinen ihrer ehemaligen Regionaldirektoren. Einem Teil von ihnen übertrug sie Vertriebsdirektionen, den anderen Teil beschäftigte sie in den Vertriebsdirektionen in untergeordneter Funktion weiter.

- 59** Gegen die Kündigung erhob der Kläger die vorliegende Kündigungsschutzklage; darüber hinaus fordert er, soweit noch von Interesse, Vergütung für die Zeit von Juli 1997 bis Mai 1999. Seit dem 26. März 1997 bezieht der Kläger Arbeitslosengeld in Höhe von 759, 00 DM pro Woche.
- 60** Der Kläger hat ua. eine ordnungsgemäße Anhörung von Sprecherausschuß und Betriebsrat bestritten und die Auffassung vertreten, er sei nicht leitender Angestellter gewesen. Zur selbständigen Entscheidung über personelle Maßnahmen sei er nicht befugt gewesen. Die Kündigung verstoße gegen die §§ 11 bis 15 des Arbeitsvertrages. Auch den Regionaldirektoren hätten die Betreuung von Großkunden und Repräsentationsaufgaben obliegen. Er sei für die Stelle des Vertriebsdirektors uneingeschränkt geeignet. Die Aufgaben hätten sich durch die Umstrukturierung nicht geändert und seien unabhängig vom Umsatzvolumen. Er habe keine Akzeptanzprobleme im Außendienst gehabt. Herr Nowotny sei nicht besser qualifiziert. Die Beklagte habe gegen die Grundsätze der Sozialauswahl verstoßen.
- 61** Der Kläger hat, soweit für das Revisionsverfahren von Interesse, beantragt,
- 62** festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 12. November 1996 nicht beendet worden ist;
- 63** den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 12994, 85 DM brutto abzüglich übergegangenen Arbeitslosengeldes in Höhe von 3415, 50 DM nebst 4 % Zinsen aus dem sich hieraus ergebenden Nettoestbetrag seit dem 1. 8. 1997 zu zahlen;
- 64** den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 12994, 85 DM brutto abzüglich an die Bundesanstalt für Arbeit für August 1997 übergegangener Beträge an Arbeitslosengeld in Höhe von 3289, - DM nebst 4% Zinsen aus dem sich hieraus ergebenden Nettoestbetrag seit dem 1. 9. 1997 zu zahlen;
- 65** den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 12994, 85 DM brutto abzüglich an die Bundesanstalt für Arbeit für September 1997 übergegangener Beträge an Arbeitslosengeld in Höhe von 3289, - DM nebst 4% Zinsen aus dem sich hieraus ergebenden Nettoestbetrag seit dem 1. 10. 1997 zu zahlen;
- 66** den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 12994, 85 DM brutto abzüglich an die Bundesanstalt für Arbeit für Oktober 1997 übergegangener Beträge an Arbeitslosengeld in Höhe von 3289, - DM nebst 4% Zinsen aus dem sich hieraus ergebenden Nettoestbetrag seit dem 1. 11. 1997 zu zahlen;
- 67** den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 12994, 85 DM brutto abzüglich an die Bundesanstalt für Arbeit für November 1997 übergegangener Beträge an Arbeitslosengeld in Höhe von 3289, - DM nebst 4% Zinsen aus dem sich hieraus ergebenden Nettoestbetrag seit dem 1. 12. 1997 zu zahlen;
- 68** den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 12994, 85 DM brutto abzüglich an die Bundesanstalt für Arbeit für Dezember 1997 übergegangener Beträge an Arbeitslosengeld in Höhe von 3289, - DM nebst 4% Zinsen aus dem sich hieraus ergebenden Nettoestbetrag seit dem 1. 1. 1998 zu zahlen;
- 69** den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 12994, 85 DM brutto abzüglich an die Bundesanstalt für Arbeit für Januar 1998 übergegangener Beträge an Arbeitslosengeld in Höhe von 3289, - DM nebst 4% Zinsen aus dem sich hieraus ergebenden Nettoestbetrag seit dem 1. 2. 1998 zu zahlen;

- 70** den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 12994, 85 DM brutto abzüglich an die Bundesanstalt für Arbeit für Februar 1998 übergegangener Beträge an Arbeitslosengeld in Höhe von 3289, - DM nebst 4% Zinsen aus dem sich hieraus ergebenden Nettorestbetrag seit dem 1. 3. 1998 zu zahlen;
- 71** den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 12994, 85 DM brutto abzüglich an die Bundesanstalt für Arbeit für März 1998 übergegangener Beträge an Arbeitslosengeld in Höhe von 3289, - DM nebst 4% Zinsen aus dem sich hieraus ergebenden Nettorestbetrag seit dem 1. 4. 1998 zu zahlen;
- 72** den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 12994, 85 DM brutto abzüglich an die Bundesanstalt für Arbeit für April 1998 übergegangener Beträge an Arbeitslosengeld in Höhe von 3289, - DM nebst 4% Zinsen aus dem sich hieraus ergebenden Nettorestbetrag seit dem 1. 5. 1998 zu zahlen;
- 73** den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 12994, 85 DM brutto abzüglich an die Bundesanstalt für Arbeit für Mai 1998 übergegangener Beträge an Arbeitslosengeld in Höhe von 3289, - DM nebst 4% Zinsen aus dem sich hieraus ergebenden Nettorestbetrag seit dem 1. 6. 1998 zu zahlen;
- 74** den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 12994, 85 DM brutto abzüglich an die Bundesanstalt für Arbeit für Juni 1998 übergegangener Beträge an Arbeitslosengeld in Höhe von 3289, - DM nebst 4% Zinsen aus dem sich hieraus ergebenden Nettorestbetrag seit dem 1. 7. 1998 zu zahlen;
- 75** den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 12994, 85 DM brutto abzüglich an die Bundesanstalt für Arbeit für Juli 1998 übergegangener Beträge an Arbeitslosengeld in Höhe von 3289, - DM nebst 4% Zinsen aus dem sich hieraus ergebenden Nettorestbetrag seit dem 1. 8. 1998 zu zahlen;
- 76** den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 12994, 85 DM brutto abzüglich an die Bundesanstalt für Arbeit für August 1998 übergegangener Beträge an Arbeitslosengeld in Höhe von 3289, - DM nebst 4% Zinsen aus dem sich hieraus ergebenden Nettorestbetrag seit dem 1. 9. 1998 zu zahlen;
- 77** den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 12994, 85 DM brutto abzüglich an die Bundesanstalt für Arbeit für September 1998 übergegangener Beträge an Arbeitslosengeld in Höhe von 3289, - DM nebst 4% Zinsen aus dem sich hieraus ergebenden Nettorestbetrag seit dem 1. 10. 1998 zu zahlen;
- 78** den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 12994, 85 DM brutto abzüglich an die Bundesanstalt für Arbeit für Oktober 1998 übergegangener Beträge an Arbeitslosengeld in Höhe von 3289, - DM nebst 4% Zinsen aus dem sich hieraus ergebenden Nettorestbetrag seit dem 1. 11. 1998 zu zahlen.
- 79** Mit Klageerweiterung in der Berufungsinstanz hat der Kläger ferner beantragt:
- 80** der Beklagte wird verurteilt, für November 1998 an den Kläger DM 13. 380, 00 brutto abzüglich an die Bundesanstalt für Arbeit für November 1998 übergegangener Beiträge an Arbeitslosengeld in Höhe von DM 3. 289, 00 nebst 4 % Zinsen aus dem sich hieraus ergebenden Nettorestbetrag seit dem 01. 12. 1998 zu zahlen;
- 81** der Beklagte wird verurteilt, für Dezember 1998 an den Kläger DM 13. 380, 00 brutto abzüglich an die Bundesanstalt für Arbeit für Dezember 1998 übergegangener Beiträge an Arbeitslosengeld in Höhe von DM 3. 289, 00 nebst 4 % Zinsen aus dem sich hieraus ergebenden Nettorestbetrag seit dem 01. 01. 1999 zu zahlen;
- 82** der Beklagte wird verurteilt, für Januar 1999 an den Kläger DM 13. 380, 00 brutto abzüglich an die Bundesanstalt für Arbeit für Januar 1999 übergegangener Beiträge an Arbeitslosengeld in Höhe von DM 3. 289, 00 nebst 4 % Zinsen aus dem sich hieraus ergebenden Nettorestbetrag seit dem 01. 02. 1999 zu zahlen;
- 83** der Beklagte wird verurteilt, für Februar 1999 an den Kläger DM 13. 380, 00 brutto abzüglich an die Bundesanstalt für Arbeit für Februar 1999 übergegangener Beiträge an Arbeitslosengeld in Höhe

von DM 3. 289, 00 nebst 4 % Zinsen aus dem sich hieraus ergebenden Nettoestbetrag seit dem 01. 03. 1999 zu zahlen;

- 84** der Beklagte wird verurteilt, für März 1999 an den Kläger DM 13. 380, 00 brutto abzüglich an die Bundesanstalt für Arbeit für März 1999 übergegangener Beiträge an Arbeitslosengeld in Höhe von DM 3. 289, 00 nebst 4 % Zinsen aus dem sich hieraus ergebenden Nettoestbetrag seit dem 01. 04. 1999 zu zahlen;
- 85** der Beklagte wird verurteilt, für April 1999 an den Kläger DM 13. 380, 00 brutto abzüglich an die Bundesanstalt für Arbeit für April 1999 übergegangener Beiträge an Arbeitslosengeld in Höhe von DM 3. 289, 00 nebst 4 % Zinsen aus dem sich hieraus ergebenden Nettoestbetrag seit dem 01. 05. 1999 zu zahlen;
- 86** der Beklagte wird verurteilt, für Mai 1999 an den Kläger DM 13. 380, 00 brutto abzüglich an die Bundesanstalt für Arbeit für Mai 1999 übergegangener Beiträge an Arbeitslosengeld in Höhe von DM 3. 289, 00 nebst 4 % Zinsen aus dem sich hieraus ergebenden Nettoestbetrag seit dem 01. 06. 1999 zu zahlen.
- 87** Die Beklagte hat beantragt,
- 88** die Klage abzuweisen und hilfsweise das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung, die in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, aufzulösen.
- 89** Die Beklagte hat behauptet, der Arbeitsplatz des Klägers als Regionaldirektor sei durch die Umstrukturierung weggefallen. Bei der Position des Vertriebsdirektors handele es sich um eine gänzlich neue Beförderungsstelle mit qualitativ anderer Funktion. Dies ergebe sich allein schon aus der Zusammenführung der Aufgaben der Regionaldirektion und der Filialdirektion. Die geänderte Größe habe zu einer neuen Ausrichtung der Position geführt. Gegenüber dem Regionaldirektor habe der Vertriebsdirektor die Verantwortung für das Geschäftsfeld der Firmenkunden und selbständigen Kunden. Der Vertriebsdirektor konzentriere sich ausschließlich auf die Akquisition und Betreuung gewerblicher Kunden, während er das Geschäft mit Privatkunden seinen Mitarbeitern überlasse. Demgegenüber sei der Kläger als ehemaliger Regionaldirektor weder mit der Großkundenakquisition noch mit der Großkundenbetreuung befaßt gewesen. Ihm habe lediglich der Aufbau der Organisation und die Steuerung der Vertriebsergebnisse obliegen. Seine Tätigkeit habe sich auf die Führung des Außendienstes beschränkt. Großkundenbetreuung verlange, daß der Vertriebsdirektor versicherungsrechtliche und versicherungstechnische Qualifikationen habe. Er benötige Qualifikationen in den wesentlichen Versicherungsaspekten und müsse in der Lage sein, in Kontakten mit den Großkunden die versicherungstechnischen Aspekte aufzunehmen und zu erläutern, auch wenn für Einzelfragen Spezialisten herangezogen werden könnten. Der bei weitem überwiegende Schwerpunkt liege im Sachversicherungsbereich. Der Kläger habe die diesbezüglichen Erfahrungen und Kenntnisse nicht, da er langjährig schwerpunktmäßig im Lebensversicherungsbereich tätig gewesen sei. Der Vertriebsdirektor habe mehr als bisher der Regionaldirektor die Verantwortung für die Entwicklung und die Steuerung seiner Vertriebsdirektion und der Agenten. Durch Zusammenlegung hätten sich nicht nur die Anzahl der zu führenden Personenagenturen erhöht, sondern auch die Anforderungen im Hinblick auf die Ausrichtung der Agenturen auf spezielle Geschäftsfelder und Zielgruppen, die Qualifizierung in verkäuferischer Hinsicht sowie die Agenturberatung. Dies verlange Qualifikationen, die sich deutlich von denjenigen der Regionaldirektorenstelle unterschieden. Der einfachen Agenturbetreuung sei der Kläger bereits in der Vergangenheit nicht gerecht geworden. Die Agenturen hätten sich teilweise geweigert, mit ihm zusammenzuarbeiten. Die gesamten Betreuungsversuche des Klägers seien durch Nichtakzeptanz seitens der Betroffenen geprägt gewesen. Weiterhin repräsentiere der Vertriebsdirektor nicht nur die Beklagte, sondern auch die GVB. Eine Repräsentation nach außen durch den Kläger habe bisher nicht stattgefunden. Der Regionaldirektor sei im Innenverhältnis zum Außendienst tätig geworden, während der Vertriebsdirektor unmittelbaren Kundenkontakt habe. Diese Repräsentationsaufgabe beinhalte in besonderer Weise, daß gestiegene Kenntnisse gerade auch im Sachversicherungsbereich eingesetzt würden, daß Verständnis für die spezifischen

Kundenbelange entwickelt und daß Geschick im Umgang mit Menschen gezeigt werde. Diese Eigenschaften hätten beim Regionaldirektor im Hintergrund gestanden. Der Kläger habe gleichwohl selbst bei den wenigen Repräsentations- und Kundenbetreuungsangelegenheiten Probleme gehabt, die auf eine Ungeeignetheit im Umgang mit Menschen schließen ließen.

- 90 Sie, die Beklagte habe sich entschlossen, die Vertriebsdirektorenstellen mit Personen zu besetzen, die einen bestimmten Werdegang innerhalb des Konzerns absolviert hätten. Voraussetzung sei nicht nur eine überdurchschnittliche fachliche Eignung hinsichtlich des versicherungstechnischen know-how und eine entsprechende Führungsqualifikation, sondern auch die Erfüllung eines bestimmten Anforderungsprofils hinsichtlich der persönlichen Entwicklung. Der Bewerber müsse in unterschiedlichen Abteilungen und Funktionen des Konzerns zum Einsatz gelangt sein und dort mit Erfolg Erfahrungen gesammelt haben. So werde zB eine Innendiensttätigkeit genauso gefordert wie eine Tätigkeit an verschiedenen Außendienststandorten bzw. in der Hauptverwaltung. Der Kläger erfülle diese Voraussetzungen im Gegensatz zu Herrn Nowotny nicht. Es stehe auch kein anderer geeigneter Arbeitsplatz zur Verfügung. Im Außendienst seien keinerlei Stellen zu besetzen. Vergleichbare Arbeitsplätze im Innendienst gebe es nicht. Die üblicherweise freiwerdenden Stellen seien allesamt deutlich schlechter dotiert.
- 91 Zum Auflösungsantrag hat die Beklagte die Ansicht vertreten, der Kläger sei als Betriebsleiter leitender Angestellter gewesen. Der Antrag bedürfe daher gemäß § 14 Abs. 2 KSchG keiner Begründung. Der Kläger sei sowohl im Außen- als auch im Innenverhältnis zur Einstellung und Entlassung von Arbeitnehmern berechtigt gewesen. Die Formulierung der Stellenbeschreibung des Regionaldirektors, dergemäß Einstellungen "in Abstimmung" mit dem Organisationsdirektor vorzunehmen sind, dürfe nicht dahingehend mißverstanden werden, daß diese zustimmungsbedürftig gewesen seien. Der Kläger sei dadurch lediglich verpflichtet worden, interne Richtlinien zu beachten. Dies ändere nichts an der letztendlichen Entscheidungskompetenz des Regionaldirektors; sein Wort habe das entscheidende Gewicht gehabt. Nicht ausschlaggebend sei, ob der Kläger Einstellungen oder Entlassungen tatsächlich vorgenommen habe.
- 92 Der Kläger hat beantragt,
- 93 den Auflösungsantrag zurückzuweisen.
- 94 Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht haben, soweit revisionsrechtlich von Interesse, der Klage stattgegeben und den Auflösungsantrag zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag und hilfsweise ihren Auflösungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe

- 95 Die Revision der Beklagten ist unbegründet. Die Vorinstanzen haben mit Recht dem Klagebegehren entsprochen (§ 1 KSchG , § 615 BGB) und den Auflösungsantrag der Beklagten zurückgewiesen (§§ 9 , 14 KSchG).
- 96 I. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Kündigung scheitere nicht bereits an § 12 Ziff. 3 des Arbeitsvertrages. Im Zusammenhang betrachtet bedeute die Regelung der §§ 13, 14 des Arbeitsvertrages, daß eine betriebsbedingte Kündigung, wenn auch nur in bestimmten, eng begrenzten Fallkonstellationen, möglich sein solle. Die Kündigung sei jedoch sozial ungerechtfertigt. Zwar sei durch die Umorganisation eine Beschäftigungsmöglichkeit als Regionaldirektor weggefallen. Im Fall der Verlagerung von Beschäftigungsmöglichkeiten im Konzern sei die Kündigung des bisherigen Arbeitsplatzinhabers aber nicht gerechtfertigt, wenn die zu verrichtende Tätigkeit überwiegend gleichgeblieben und der Arbeitnehmer insoweit hinreichend persönlich und fachlich geeignet sei. Diese Voraussetzungen lägen vor. Die Stelle des Vertriebsdirektors umfasse die bisher vom Kläger verrichtete Arbeit. Hinzugekommen sei die bislang dem Filialdirektor zugewiesene Tätigkeit. Das so entstandene Aufgabengebiet beinhalte gegenüber der früheren Tätigkeit des Klägers nichts grundlegend Neues. Es sei größer geworden. Außerdem hätten sich die

Gewichte der einzelnen Sparten verschoben. Diese quantitative Änderung bedeute aber keinen qualitativen Sprung. Jedenfalls habe die darlegungs- und beweisbelastete Beklagte dies nicht plausibel und nachvollziehbar vorgetragen. Konkrete Fehlleistungen des Klägers habe die Beklagte nicht dargelegt. Die Sozialauswahl mit Herrn N. falle zugunsten des Klägers aus, da er hinsichtlich aller Sozialdaten schützenswerter sei. Angesichts der wesentlich geringeren Berufserfahrung würden aus dem Vortrag der Beklagten auch die von dieser behaupteten Fähigkeiten von Herrn N. nicht ersichtlich.

- 97** Der Kläger sei nicht leitender Angestellter im Sinne von § 14 Abs. 2 Kündigungsschutzgesetz, so daß der Auflösungsantrag einer Begründung bedürft hätte, an der es fehle. Der Kläger habe die erforderliche Befugnis zur selbständigen Einstellung oder Entlassung von Arbeitnehmern nicht gehabt. Die Vergütungsansprüche seien unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges gerechtfertigt.
- 98** II. Dem folgt der Senat im Ergebnis und überwiegend in der Begründung.
- 99** 1. Mit Recht hat das Landesarbeitsgericht die streitige Kündigung vom 12. November 1996 für unwirksam erachtet.
- 100** a) Bei dieser Kündigung handelt es sich um eine ordentliche Kündigung. Zwar folgt dies nicht zwingend aus dem Wortlaut der Kündigungserklärung. Der Angabe, es werde eine Kündigung "gemäß § 14 dieses Arbeitsvertrages . . . unter Gewährung einer sozialen Auslaufzeit . . . zum 30. Juni 1997" ausgesprochen, könnte auch die Bedeutung einer außerordentlichen Kündigung mit Auslaufzeit beigemessen werden. Die Beklagte hat jedoch im Verlauf des Rechtsstreits regelmäßig betont, sie habe eine ordentliche betriebsbedingte Kündigung im Sinne von § 1 KSchG erklärt. Überdies wurden Sprecherausschuß und Betriebsrat nur zu einer ordentlichen Kündigung angehört. In dem an den Sprecherausschuß gerichteten Anhörungsschreiben vom 29. Oktober 1996 ist ausdrücklich von einer ordentlichen Kündigung die Rede. In dem an den Betriebsrat gerichteten Schreiben vom 31. Oktober 1996 fehlt zwar eine entsprechende Angabe. Auch der Betriebsrat mußte aber davon ausgehen, daß es sich um eine ordentliche Kündigung handeln sollte, da in dem Schreiben nicht von einer außerordentlichen Kündigung die Rede ist, sondern ohne nähere Erläuterung auf die Erklärungsfrist von § 102 Abs. 2 Satz 1 BetrVG verwiesen wurde.
- 101** b) Entgegen der vom Kläger in den Vorinstanzen vertretenen Auffassung stehen die im Arbeitsvertrag getroffenen Regelungen einer betriebsbedingten ordentlichen Arbeitgeberkündigung nicht grundsätzlich entgegen. Vielmehr kann der Würdigung des Landesarbeitsgerichts im Ergebnis gefolgt werden. Dabei braucht nicht abschließend entschieden zu werden, ob es sich bei den auslegungsbedürftigen Regelungen der §§ 12 bis 14 des Arbeitsvertrages um nichttypische Vereinbarungen handelt, deren Auslegung im Revisionsverfahren nur beschränkt überprüft werden kann (vgl. nur Senat 25. Februar 1998 - 2 AZR 279/97 - BAGE 88, 131, 138), oder ob es insoweit um typische Vertragsklauseln geht, die wie Rechtsnormen im Sinne von § 73 Abs. 1 ArbGG revisibel sind (vgl. nur Senat 20. Juni 1985 - 2 AZR 427/84 - AP BetrVG 1972 § 112 Nr. 33 = EzA KSchG § 4 Ausgleichsquittung Nr. 1, zu B I 2 der Gründe). Auch eine umfassende Überprüfung durch den Senat führt zu keinem anderen Ergebnis.
- 102** Hinsichtlich der Bedeutung der §§ 12 bis 14 des Arbeitsvertrages ist ein übereinstimmender Parteiwille nicht festgestellt. Der Wortlaut der Regelungen ist nicht eindeutig, da einerseits der Begriff des wichtigen Grundes verwandt, andererseits jedoch ein Recht der Beklagten zur ordentlichen Kündigung nicht ausdrücklich ausgeschlossen wurde. Der objektive Zweck der Klauseln spricht allerdings gegen einen Ausschluß des ordentlichen Kündigungsrechtes der Beklagten. Die Beschränkung auf eine Kündigung aus wichtigem Grund enthält vielmehr eine Einschränkung der ordentlichen Kündigung gegenüber den §§ 1, 2 KSchG.
- 103** Der Senat ist mit Urteil vom 25. Februar 1998 (BAGE 88, 131, 139 ff.) bei der Auslegung einer vergleichbaren, allerdings in einem befristeten Arbeitsvertrag enthaltenen nichttypischen Regelung ebenfalls zu diesem Ergebnis gelangt. Er ist davon ausgegangen, daß die Verwendung des

Begriffes "wichtiger Grund" zwar zunächst für eine dem feststehenden Begriff von § 626 Abs. 1 BGB entsprechende Bedeutung spreche. Auf Grund der Befristung habe jedoch das Recht zur ordentlichen und nicht das zur außerordentlichen Kündigung gesondert geregelt werden müssen. Die Bezeichnung der einzuhaltenden Frist als Kündigungs- und nicht als Auslaufrist deute auf eine ordentliche Kündigung hin. Überdies führe die Vereinbarung einer Kündigungsfrist für den gesetzlichen Kündigungsgrund von § 626 Abs. 1 BGB, der gerade die Unzumutbarkeit der Einhaltung einer Kündigungsfrist voraussetzt, zu einer perplexen Regelung. Ein solcher Parteiwille könne nicht unterstellt werden. Diese Überlegungen gelten hier, obwohl es sich nicht um einen befristeten Arbeitsvertrag handelt, entsprechend. Auch die weiteren Umstände stützen dieses Ergebnis.

- 104** Nicht zutreffend ist allerdings die Auffassung der Beklagten, schon das aus § 14 des Arbeitsvertrages deutlich werdende Recht zur betriebsbedingten Kündigung in den Fällen des § 13 habe die Bedeutung, daß eine betriebsbedingte Kündigung nur am Maßstab von § 1 KSchG zu messen sei und daß § 12 Ziff. 3 Satz 1 des Arbeitsvertrages nur verhaltens- und personenbedingte Kündigungen erfaßt. Für eine Differenzierung zwischen betriebsbedingten Kündigungsgründen einerseits und personen- und verhaltensbedingten andererseits spricht angesichts der einheitlichen Fassung von § 12 Ziff. 1. 3, 2, 3 Satz 1 des Arbeitsvertrages nichts. Im Fall des Ausschlusses des Rechtes zur ordentlichen Kündigung verbleibt dem Arbeitgeber nämlich unter eingeschränkten Voraussetzungen ein Recht zur außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung (ständige Senatsrechtsprechung, vgl. etwa Urteil 17. September 1998 - 2 AZR 419/97 - AP BGB § 626 Nr. 148 = EzA BGB § 626 Unkündbarkeit Nr. 3).
- 105** Auf ein der Beklagten verbliebenes Recht zur ordentlichen Kündigung deutet jedoch hin, daß in § 12 Ziff. 1. 3, 2 ausdrücklich für beide Vertragspartner ein Kündigungsrecht mit einer Kündigungsfrist - nicht Auslaufrist - von sechs Monaten zum Quartalsende vorgesehen wurde. Es besteht kein Anhaltspunkt, daß die Parteien auch das Recht des Klägers zur ordentlichen Kündigung ausschließen wollten. Nimmt man einen solchen Ausschluß des Kündigungsrechts der Beklagten an, würde die für beide Seiten geltende Klausel für den Kläger eine völlig andere Bedeutung haben als für die Beklagte, nämlich einerseits eine Abweichung von der ordentlichen gesetzlichen Kündigungsfrist, andererseits die Regelung einer sozialen Auslaufrist enthalten. Dies würde weiter dazu führen, daß die Beklagte auch im Fall der Unzumutbarkeit einer befristeten Vertragsfortsetzung im Sinne von § 626 Abs. 1 BGB eine mindestens halbjährige Kündigungsfrist einhalten müßte. Eine solche Regelung wäre nicht nur perplex, sondern gesetzeswidrig. Das Recht zur außerordentlichen Kündigung ist nach ganz herrschender Meinung als solches unabdingbar. Auch bei einem für den Arbeitgeber unkündbaren Arbeitsverhältnis bleibt das Recht zur fristlosen Kündigung bestehen (vgl. etwa BAG 19. Dezember 1974 - 2 AZR 565/73 - BAGE 26, 417, 422 [BAG 19.12.1974 - 2 AZR 565/73]; 18. Dezember 1980 - 2 AZR 980/78 - AP BGB § 174 Nr. 4 = EzA BGB § 174 Nr. 4, zu II 4 a der Gründe; KR-Fischermeier 5. Aufl. § 626 BGB Rn. 57, 59; ErfK/Müller-Glöge § 626 BGB Rn. 238, 239; Stahlhacke/Preis/Vossen Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis 7. Aufl. Rn. 467, 468; Kittner/Däubler/Zwanziger KSchR 4. Aufl. § 626 BGB Rn. 238). Da im Zweifel nicht anzunehmen ist, daß die Arbeitsvertragsparteien eine rechtswidrige oder nichtige Vereinbarung treffen wollten (BAG 20. August 1996 - 9 AZR 471/95 - BAGE 84, 17, 20) [BAG 20.08.1996 - 9 AZR 471/95], spricht auch dies gegen einen Ausschluß der ordentlichen Kündigung und für eine Verschärfung der Anforderungen an eine ordentliche Kündigung gegenüber §§ 1, 2 KSchG.
- 106** c) Die somit nicht schon nach § 12 Ziff. 3 des Arbeitsvertrages unwirksame ordentliche Kündigung ist nicht sozial gerechtfertigt im Sinne von § 1 Abs. 1, Abs. 2 KSchG. Um so weniger kann sie auf einen wichtigen Grund im Sinne von § 12 Ziff. 3 Satz 2 des Arbeitsvertrages gestützt werden.
- 107** aa) Die Anwendbarkeit der Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes ergibt sich bereits aus der Regelung von § 12 Ziff. 3 Satz 2 des Arbeitsvertrages, so daß es auf die Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 KSchG nicht ankommt.
- 108** Der Kläger wahrte mit der am 22. November 1996 eingereichten Klage auch die Frist von § 4 Abs. 1 KSchG. Die Klage wurde zwar erst am 6. Januar 1997 zugestellt. Die gemäß § 253 Abs. 1, § 261 Abs. 1 ZPO zur Klageerhebung an sich erforderliche Zustellung wurde jedoch durch die Einreichung

der Klage gemäß § 270 Abs. 3 ZPO ersetzt, da der Kläger hier mit der Einreichung der Klageschrift alles zur Gewährleistung einer alsbaldigen Zustellung Erforderliche getan hatte. Die Verzögerung der Zustellung beruhte allein auf vom Kläger nicht zu vertretenden gerichtlichen Gründen, nämlich darauf, daß die erste Zustellungsverfügung vom 3. Dezember 1996 nicht ausgeführt und die Sache an eine andere Kammer abgegeben wurde.

- 109** bb) Die die ordentliche Kündigung sozial rechtfertigenden, einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehenden dringenden betrieblichen Erfordernisse im Sinne von § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG setzen voraus, daß das Bedürfnis für die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entfallen ist. Dies kann auf einer unternehmerischen Entscheidung zur Umstrukturierung des gesamten oder von Teilen eines Betriebes oder einzelner Arbeitsplätze beruhen. Eine solche Entscheidung unterliegt gemäß der Senatsrechtsprechung nur einer Mißbrauchskontrolle. Sie ist lediglich dahingehend zu überprüfen, ob sie offenbar unvernünftig oder willkürlich ist und ob sie tatsächlich ursächlich für den vom Arbeitgeber geltend gemachten Beschäftigungswegfall ist (BAG 10. November 1994 - 2 AZR 242/94 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 65 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 77, zu B I 1 der Gründe; 5. Oktober 1995 - 2 AZR 269/95 - BAGE 81, 86, 97) [BAG 05.10.1995 - 2 AZR 269/95] .
- 110** Gestaltet der Arbeitgeber bei im wesentlichen gleichbleibender Tätigkeit einen Arbeitsplatz so um, daß dieser zu einer Beförderungsstelle wird, entfällt nicht ohne weiteres der bisherige Beschäftigungsbedarf. Der Kündigungsschutzrechtliche Bestandsschutz gewährt dem Arbeitnehmer zwar regelmäßig keinen Anspruch auf Beförderung. Hat der Arbeitgeber hingegen für eine bestimmte Tätigkeit eine Einstellungsentscheidung getroffen und bleibt die Tätigkeit im wesentlichen bestehen, liegen allein aufgrund einer Umwidmung dieser Stelle in eine Beförderungsstelle keine dringenden betrieblichen Erfordernisse vor (BAG 10. November 1994 aaO, zu B I 2 der Gründe; 5. Oktober 1995 aaO, 100 f.). Voraussetzung ist allerdings, daß der Arbeitnehmer seinen Fähigkeiten und seiner Vorbildung nach geeignet ist, die Arbeitsleistung auf dem umgestalteten Arbeitsplatz zu erbringen. Die Gestaltung des Anforderungsprofils unterliegt der lediglich auf offenbare Unsachlichkeit zu überprüfenden unternehmerischen Disposition des Arbeitgebers (BAG 10. November 1994 aaO, zu B I 3 der Gründe; 5. Oktober 1995 aaO, 98 f.). Die Höhe der Vergütung kann insbesondere bei Vergütungssystemen identischer Tarifvertragsparteien indizielle Bedeutung für die Vergleichbarkeit der Stellen haben. In erster Linie kommt es aber auf die Tätigkeitsmerkmale an (BAG 5. Oktober 1995 aaO, 102).
- 111** Aus diesen Grundsätzen hat auch der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts mit Beschluß vom 30. August 1995 (- 1 ABR 11/95 - AP BetrVG 1972 § 99 Versetzung Nr. 5 = EzA BetrVG 1972 § 99 Nr. 130, zu II A II 3 b bb der Gründe) abgeleitet, daß es entscheidend darauf ankommt, ob die Anforderungsprofile der alten und der neuen Tätigkeiten überwiegend vergleichbar sind. Die neue Stelle dürfe nach Bedeutung und Verantwortung nicht so viel anspruchsvoller sein, daß insgesamt ein wesentlich anderer Arbeitsbereich entsteht. Davon könne auszugehen sein, wenn die neue Stelle mit erheblich erweiterten Leitungsbefugnissen ausgestattet ist, nicht dagegen, wenn schon bisher vorhandene Kompetenzen nur geringfügig erweitert werden. Maßgeblich sei die Tätigkeit als solche und nicht deren Bezeichnung im Stellenplan. Entscheidend sei, ob die Stelle eine Qualifikation voraussetze, die der Arbeitnehmer nach seiner Vor- und Ausbildung nicht erfülle und auch nach zumutbarer Umschulung oder Fortbildung im Sinne von § 1 Abs. 2 Satz 3 KSchG nicht erreichen könne.
- 112** An dieser Rechtsprechung, der die Literatur überwiegend folgt (so etwa Stahlhacke/Preis/Vossen aaO Rn. 653; Kittner/Däubler/Zwanziger aaO § 1 KSchG Rn. 275 d; Löwisch KSchG 8. Aufl. § 1 Rn. 273; HaKo-Gallner KSchG § 1 Rn. 616, 686; für eine weitergehende Berücksichtigung von Beförderungsstellen HK-Dorndorf/ Weller KSchG 3. Aufl. § 1 Rn. 909; kritisch Hueck/von Hoyningen-Huene KSchG 12. Aufl. § 1 Rn. 397 a), hält der Senat fest.
- 113** cc) Der Würdigung des Landesarbeitsgerichts zufolge trat durch die neugeschaffene Stelle des Vertriebsdirektors gegenüber der bisherigen Aufgabe des Regionaldirektors keine grundlegende Änderung ein. Dies ist im Ergebnis revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Das Landesarbeitsgericht hat weder den Rechtsbegriff der sozialen Rechtfertigung verkannt noch bei der

Unterordnung des Sachverhalts Denkgesetze oder Erfahrungssätze verletzt, und es hat den Sachverhalt widerspruchsfrei gewürdigt (vgl. zu diesem Maßstab der revisionsrechtlichen Überprüfung Senat 17. Juni 1999 - 2 AZR 141/99 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 101 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 102, zu II 1 a der Gründe). Die Revisionsangriffe greifen im Ergebnis nicht durch.

- 114** (1) Entgegen der Auffassung der Revision und der des Landesarbeitsgerichts bei der Prüfung der Sozialauswahl geht es hier allerdings nicht um die Frage eines konzernweiten Kündigungsschutzes. Die Beklagte blieb über den 31. Dezember 1996 hinaus Mitinhaberin des neu geschaffenen Gemeinschaftsbetriebes. Sie behielt damit die Befugnis zur (nunmehr gemeinsamen) Disposition über den Personaleinsatz. Daher muß sie sich fortbestehende Beschäftigungsmöglichkeiten als in ihrem Betrieb bestehende Möglichkeiten zur Weiterbeschäftigung zurechnen lassen. Im Gemeinschaftsbetrieb sind Beschäftigungsmöglichkeiten im gesamten Betrieb zu berücksichtigen (BAG 13. Juni 1985 - 2 AZR 452/84 - AP KSchG 1969 § 1 Nr. 10 = EzA KSchG § 1 Nr. 41, zu A II 2 b cc, 3 b der Gründe; KR-Etzel aaO § 1 KSchG Rn. 560). Hier entstand kein völlig neuer Betrieb. Durch die Vereinigung der beiden Betriebe wurde die Kontinuität der zu erbringenden arbeitstechnischen Aufgaben nicht unterbrochen.
- 115** (2) Dementsprechend handelte es sich entgegen der Auffassung der Revision auch bei der Stelle des Vertriebsdirektors nicht allein wegen der Fusion von Regional- und Filialdirektion um eine neue Stelle. Durch die Zusammenlegung zweier ehemals selbständiger Betriebe entfällt die Stelle eines Betriebsleiters. Die verbleibende ist ohne gravierende Umstrukturierung des Anforderungsprofils jedoch keine neue Stelle, sondern setzt die bisherige Leitungsfunktion fort. Dies belegt die Kontrollüberlegung, daß auch im Fall der Vergrößerung eines Betriebes, etwa durch die Bildung zusätzlicher Abteilungen, die Position des Betriebsleiters nicht ohne weiteres zu einer neuen Stelle wird. Daran ändert auch nichts, daß nunmehr die GVB und die Beklagte gemeinsam die Arbeitgeberstellung ausüben. Dementsprechend hat das Landesarbeitsgericht zu Recht angenommen, daß die quantitative Steigerung des zu verwaltenden Versicherungsvolumens und der Beschäftigtenzahl nicht zwingend eine wesentliche Änderung des Anforderungsprofils nach sich ziehen.
- 116** (3) Bereits auf der Grundlage des Tatsachenvortrags der Beklagten in den Vorinstanzen nicht nachvollziehbar ist die Würdigung der Revision, der Kläger habe als Regionaldirektor den Betrieb einer Lebensversicherung geleitet, der Vertriebsdirektor müsse nunmehr einen gemeinsamen Betrieb einer Lebens- und einer Sachversicherung leiten; dessen für die Sachversicherung zuständiger Leiter stehe einem dem Kläger fremden Unternehmensbereich vor. Der Umsatz im Sachversicherungsgeschäft machte 1996 immerhin 42% des Gesamtumsatzes der Regionaldirektion (15, 6 Mio. DM von 37, 2 Mio. DM insgesamt) aus. Bei der Filialdirektion war der Anteil der Sachversicherung mit 77% zwar höher (33, 3 Mio. DM von 43, 5 Mio. DM insgesamt). Bei einer Addition der Zahlen aus dem Jahr 1996 läge der Sachversicherungsanteil bei der Vertriebsdirektion jedoch lediglich bei 61%. Daß eine Erhöhung des Sachversicherungsanteils gegenüber der Regionaldirektion um etwa 1/5 des Gesamtumsatzes zu einer derartigen qualitativen Änderung des Anforderungsprofils führen soll, daß von einem wesentlich anderen Arbeitsbereich auszugehen ist, erschließt sich ohne weitergehende Begründung seitens der Beklagten nicht. Eine solche hat das Landesarbeitsgericht aber nicht festgestellt.
- 117** (4) Ohne durchgreifende Rechtsfehler hat das Landesarbeitsgericht weiter angenommen, daß die Beklagte einem Einsatz des Klägers als Vertriebsdirektor entgegenstehende Anforderungen nicht hinreichend dargelegt hat.
- 118** Hinsichtlich der Betreuung von Großkunden ist es zunächst widersprüchlich, wenn gemäß der "Beschreibung der Anforderungen an die Persönlichkeit des Regionaldirektors" herausgehobene Fähigkeiten verlangt werden (Bl. 6 - 10 des Handbuches) und zu den drei Aufgaben des Regionaldirektors als "Teil-Unternehmer" vor Ort (Bl. 51 des Handbuchs) im Bereich der Akquisition ausdrücklich die "Anbahnung und Pflege von Großkunden bzw. -geschäften" genannt wird (Bl. 53 des Handbuchs), andererseits ohne nähere Erläuterung dem Kläger entsprechende Fähigkeiten abgesprochen werden. Hinzu kommt, daß die Beklagte nicht greifbar erläutert hat, was sie unter

Großkunden versteht und welche spezifischen, sich von der sonstigen Kundenbetreuung unterscheidenden Anforderungen deren Betreuung stellt. Ebensovienig wird aus ihrem vom Landesarbeitsgericht festgestellten Sachvortrag deutlich, welche konkreten versicherungsrechtlichen und -technischen Zusatzqualifikationen dem Kläger fehlen und welche persönlichen Defizite des Klägers bestehen. Gemäß der zutreffenden Würdigung des Landesarbeitsgerichts wäre auf Grund des sehr pauschalen Vortrags der Beklagten eine Erhebung der von der Beklagten angebotenen Beweise eine unzulässige Ausforschung gewesen. Ein Beweisantritt ist nicht zulässig, wenn die zu beweisenden Tatsachen nicht bestimmt angegeben werden (BAG 15. Dezember 1999 - 5 AZR 566/98 - AP HGB § 84 Nr. 9 = EzA BGB § 611 Arbeitnehmerbegriff Nr. 78, zu II 2 a aa der Gründe).

- 119** Auf die weitere Argumentation des Landesarbeitsgerichts, dem Vortrag der Beklagten sei nicht zu entnehmen, aus welchen Gründen der Kläger nicht jedenfalls nach zumutbaren Umschulungs- und Fortbildungsmaßnahmen im Sinne von § 1 Abs. 2 Satz 3 KSchG in der Lage sein soll, eventuelle Defizite auszugleichen, ist die Revision gar nicht eingegangen. Gerade bei einer Einschränkung des Rechts zur ordentlichen Kündigung gegenüber dem Maßstab von § 1 KSchG hat sich jedoch der Arbeitgeber in besonderem Maße um eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zu bemühen. Dies entspricht der ständigen Senatsrechtsprechung für die außerordentliche betriebsbedingte Kündigung im Fall des Ausschlusses des ordentlichen Kündigungsrechts des Arbeitgebers (etwa 5. Februar 1998 - 2 AZR 227/97 - BAGE 88, 10, 19; 17. September 1998 - 2 AZR 419/97 - AP BGB § 626 Nr. 148 = EzA BGB § 626 Unkündbarkeit Nr. 3, zu II 6 der Gründe) und gilt bei einer das Recht zur ordentlichen Kündigung nicht ausschließenden, aber einschränkenden arbeitsvertraglichen Regelung wie der sich aus den §§ 12 Ziff. 1, 3, 13, 14 des Arbeitsvertrages ergebenden entsprechend.
- 120** (5) Die Verfahrensrüge der Revision, wonach das Landesarbeitsgericht den auf den Seiten 6 bis 8 des Tatbestandes des Berufungsurteils wiedergegebenen Sachvortrag der Beklagten und die entsprechenden Beweisantritte übergangen habe, ist gemäß § 554 Abs. 3 Nr. 3 ZPO zulässig. Zwar hat die Revision die verletzte Rechtsnorm nicht gemäß § 554 Abs. 3 Nr. 3 a ZPO bezeichnet; es wird aber deutlich, daß eine Verletzung von § 286 ZPO gerügt werden soll. Weiter hat die Revision die den Mangel ergebenden Tatsachen durch Verweis auf die entsprechenden Aktenteile gemäß § 554 Abs. 3 Nr. 3 b ZPO angegeben und erläutert, daß eine Beweiserhebung den Vortrag der Beklagten bestätigt hätte.
- 121** Diese Rüge ist jedoch nicht begründet. Das Landesarbeitsgericht hat, wie sich aus der Aufnahme in den Tatbestand und der eingehenden Erörterung in den Entscheidungsgründen ergibt, den entsprechenden Vortrag der Beklagten gewürdigt. Es ist lediglich zu dem - zutreffenden - Ergebnis gekommen, daß dieser Vortrag nicht schlüssig ist. Dies ist aber eine Frage des materiellen Rechts und nicht des Verfahrensrechts.
- 122** (6) Bereits unzulässig ist dagegen die Rüge, das Landesarbeitsgericht habe Verfahrensrecht verletzt, weil es angenommen habe, die Beschreibung des Anforderungsprofils an den Vertriebsdirektor im Schriftsatz vom 27. Juli 1998 sei zu unbestimmt, um beurteilen zu können, welche Kenntnisse und Erfahrungen konkret vom Vertriebsdirektor verlangt werden; das Landesarbeitsgericht hätte vielmehr insoweit die unternehmerische Entscheidung der Beklagten hinnehmen müssen. Damit bezeichnet die Revision weder eine verletzte Rechtsnorm des Verfahrensrechts noch die die Verletzung begründenden Tatsachen; sie rügt vielmehr in Wahrheit eine unzutreffende Anwendung des materiellen Rechts.
- 123** Auch als Sachrüge greift dieser Einwand der Revision jedoch nicht durch. Die fraglichen Formulierungen (überdurchschnittliche fachliche Eignung hinsichtlich des versicherungstechnischen know-how, entsprechende Führungsqualität, Einsatz in unterschiedlichen Abteilungen und Funktionen im Konzern, und zwar im Innendienst und an verschiedenen Außendienststandorten bzw. in der Hauptverwaltung) sind rein pauschal gehalten und hinsichtlich der konkreten Anforderungen weitgehend nichtssagend. Weder werden die konkret verlangten fachlichen und persönlichen Eigenschaften und Qualifikationen deutlich, noch ist erkennbar, inwiefern die ebenfalls mit Wechseln etwa zwischen Innen- und Außendienst verbundene Laufbahn des Klägers die

geforderten unterschiedlichen Erfahrungen nicht vermitteln konnte.

- 124** Das Landesarbeitsgericht hat damit ohne durchgreifende Revisionsrüge festgestellt, daß das von der Beklagten dargelegte Anforderungsprofil einer Beschäftigung des Klägers als Vertriebsdirektor nicht entgegensteht. Unerheblich ist, ob Herr N. - etwa auf Grund seines Studienabschlusses als Versicherungsfachwirt und seiner Ausbildung in der Hauptverwaltung - besser qualifiziert ist. Dies würde am Fortbestehen einer geeigneten, gegenüber dem alten Arbeitsplatz des Klägers nicht wesentlich geänderten Weiterbeschäftigungsmöglichkeit nichts ändern. Auf Leistungsmängel könnte die Beklagte allenfalls eine personen- oder verhaltensbedingt begründete Kündigung stützen. Will der Arbeitgeber mit einer von ihm behaupteten Unternehmerentscheidung trotz fortbestehender Beschäftigungsmöglichkeit im Betrieb einen bisher beschäftigten Arbeitnehmer durch einen anderen, ebenfalls seinem Direktionsrecht unterstehenden Arbeitnehmer ersetzen, handelt es sich um eine unzulässige Austausch Kündigung (vgl. BAG 26. September 1996 - 2 AZR 200/96 - BAGE 84, 209, 214) [BAG 26.09.1996 - 2 AZR 200/96] .
- 125** (7) Da es sich bei der Position des Vertriebsdirektors nach den nicht durchgreifend angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts letztlich nicht um eine andere Stelle handelte, geht der Hinweis der Revision, gemäß § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 b KSchG sei der Arbeitgeber nicht zu einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers auf einem anderen Arbeitsplatz zu besseren Bedingungen verpflichtet, ins Leere. Im übrigen ließe sich dem Vorbringen der Beklagten auch nicht entnehmen, daß Sprecherausschuß und/oder Betriebsrat über ein anderes Anforderungsprofil und die nach Auffassung der Beklagten unzureichende Qualifikation des Klägers für die Tätigkeit des Vertriebsdirektors ausreichend unterrichtet gewesen wären. Im Entwurf des Kündigungsschreibens heißt es nur, die Beklagte habe sich bei der zu treffenden Personalauswahl dazu entschlossen, diese Position nicht durch den Kläger wahrnehmen zu lassen. Welche Erwägungen dieser Entscheidung zugrunde lagen, wird daraus nicht einmal ansatzweise deutlich.
- 126** dd) Es kommt hinzu, daß die Beklagte selbst eingeräumt hat, auf Grund der üblichen Fluktuation hätten geringerwertige unbesetzte Arbeitsplätze im Innendienst zur Verfügung gestanden. Der Kläger habe es indessen, so das Vorbringen der Beklagten, im Unterschied zu anderen ehemaligen Regionaldirektoren, die als Gruppenleiter weiterbeschäftigt wurden, abgelehnt, eine Besitzstandseinbuße hinzunehmen. Auf Grund des ultima ratio-Grundsatzes wäre die Beklagte jedoch verpflichtet gewesen, dem Kläger eine solche Stelle unter Beibehaltung der bisherigen Vergütung anzubieten und gegebenenfalls anstelle der Beendigungskündigung eine entsprechende Änderungskündigung auszusprechen.
- 127** Besteht eine zumutbare Weiterbeschäftigungsmöglichkeit auf einem freien Arbeitsplatz zu geänderten Arbeitsbedingungen, muß der Arbeitgeber von sich aus dem Arbeitnehmer die Weiterbeschäftigung anbieten. Unterläßt er dies, ist eine gleichwohl erklärte Beendigungskündigung sozial ungerechtfertigt. Aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist abzuleiten, daß der Arbeitgeber immer nur von dem im Einzelfall mildesten ihm zumutbaren Mittel Gebrauch machen darf, auch bei der Auswahl des dem Arbeitnehmer zur Abwendung einer Beendigungskündigung unterbreiteten Änderungsangebotes (Senat 26. Januar 1995 - 2 AZR 428/94 - BAGE 79, 169, 174 f. [BAG 26.01.1995 - 2 AZR 428/94]). Enthält das Angebot mehrere Vertragsänderungen, muß jede einzelne der angebotenen Änderungen gerechtfertigt sein (BAG 7. Juni 1973 - 2 AZR 450/72 - BAGE 25, 213, 221 f. [BAG 07.06.1973 - 2 AZR 450/72] ; 6. März 1986 - 2 ABR 15/85 - BAGE 51, 200, 216 [BAG 06.03.1986 - 2 ABR 15/85] ; KR-Rost 5. Aufl. § 2 KSchG Rn. 106 d). Bei einer vom Arbeitgeber angestrebten Änderung von Tätigkeit und Vergütung muß die Vergütungsänderung nur dann nicht selbständig gerechtfertigt sein, wenn sich die Höhe der Vergütung aus einem Vergütungssystem, etwa einem Lohn- und Gehaltstarifvertrag ergibt, mit dem für die Eingruppierung maßgeblich auf die jeweiligen Tätigkeitsmerkmale abgestellt wird (sogenannte Vergütungsautomatik; Senat 21. Juni 1995 - 2 ABR 28/94 - BAGE 80, 185, 192) [BAG 21.06.1995 - 2 ABR 28/94] .
- 128** Hier war die Beklagte ihrem eigenen Vortrag nach nicht bereit, den Kläger unter Wahrung seines Besitzstandes auf einer anderen Stelle, etwa als Gruppenleiter, weiterzubeschäftigen. Sie erwartete von ihm, eine Weiterbeschäftigung "auf abgesenktem, reduzierten Niveau" zu akzeptieren. Dazu war

der Kläger nicht verpflichtet. Die Beklagte hat keinen Umstand aufgezeigt, der über die Tätigkeitsänderung hinaus weitere, für den Kläger ungünstigere Vertragsänderungen und insbesondere die Reduzierung der Vergütung hätte rechtfertigen können. Auf Grund der einzelvertraglichen Vergütungsabrede handelte es sich nicht um einen Fall der Vergütungsautomatik. Auf Umstände, die nach der einschlägigen Senatsrechtsprechung zu einer vergütungsreduzierender Änderungskündigung berechtigen könnten (vgl. etwa BAG 20. August 1998 - 2 AZR 84/98 - AP KSchG 1969 § 2 Nr. 50 = EzA KSchG § 2 Nr. 31; 20. Januar 2000 - 2 ABR 40/99 - AP BetrVG 1972 § 103 Nr. 40 = EzA KSchG § 15 nF Nr. 49), hat die Beklagte sich nicht berufen. Allein der Gesichtspunkt der Gleichbehandlung mit anderen, auf derselben Ebene der Betriebshierarchie beschäftigten Arbeitnehmern rechtfertigt eine Reduzierung der arbeitsvertraglich vereinbarten Vergütung nicht (BAG 28. April 1982 - 7 AZR 1139/79 - BAGE 38, 348, 354 [BAG 28.04.1982 - 7 AZR 1139/79] ; 1. Juli 1999 - 2 AZR 826/98 - AP KSchG 1969 § 2 Nr. 53 = EzA KSchG § 2 Nr. 35, zu II 2 d der Gründe). Das gilt hier um so mehr, als nach dem Zweck der Regelungen der §§ 12 bis 14 des Arbeitsvertrages dem Kläger ein besonderer, über das sich aus dem Kündigungsschutzgesetz ergebende Niveau hinausgehender Schutz von Bestand und Inhalt des Arbeitsverhältnisses gewährleistet sein sollte.

- 129** ee) Nach alledem bestand auch entgegen der Würdigung des Landesarbeitsgerichts und der Revision kein Anlaß für eine Sozialauswahl im Sinne von § 1 Abs. 3 KSchG . Insoweit kann dahinstehen, ob vor dem Zeitpunkt des Betriebszusammenschlusses die Sozialauswahl auf die einzelnen, noch selbständigen Betriebe beschränkt blieb, wie es für den Fall eines Betriebsübergangs überwiegend angenommen wird (ErfK/Ascheid § 1 KSchG Rn 516; Hueck/von Hoyningen-Huene aaO § 1 Rn. 440; HK-Dorndorf aaO § 1 Rn. 1036; jeweils mit weiteren Nachweisen), oder ob jedenfalls nach dem Zustandekommen der Fusionsentscheidung die Sozialauswahl betriebsübergreifend durchzuführen ist (so für den Fall des Betriebsübergangs Kittner/ Däubler/Zwanziger aaO § 1 KSchG Rn 440 mwN).
- 130** Bei einer allein auf die Regionaldirektion bezogenen Sozialauswahl konnte Herr N. schon deshalb nicht einbezogen werden, weil er zum Kündigungszeitpunkt nicht zu deren Arbeitnehmern gehörte. Bei einer die Filialdirektion umfassenden Auswahl ist er nicht zu berücksichtigen, weil er zu diesem Zeitpunkt mit dem Kläger nicht vergleichbar war. Der zur Sozialauswahl durchzuführende Vergleich erstreckt sich nur auf dieselbe Ebene der Betriebshierarchie (Senat 7. Februar 1985 - 2 AZR 91/84 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 9 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 20, zu IV 1 a der Gründe; 7. April 1993 - 2 AZR 449/91 (B) - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 22 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 30, zu II 5 a der Gründe). Der Kläger und Herr N. befanden sich bei Kündigungsausspruch nicht auf derselben Hierarchieebene. Herr N. wurde in einer dem Betriebsleiter untergeordneten Position beschäftigt, während der Kläger Betriebsleiter war. Als solcher war er zwar suspendiert; ein anderer Arbeitsplatz war ihm nach dem Auslaufen der Sonderaufgabe aber nicht zugewiesen worden. Erst recht war eine einvernehmliche Änderung der Position nicht zustandegekommen. Damit erübrigte sich eine Sozialauswahl mangels Vergleichbarkeit, was bereits das Arbeitsgericht richtig gesehen hat.
- 131** 2. Der Auflösungsantrag der Beklagten ist unabhängig von der Wirksamkeit der Anhörung des Sprecherausschusses bzw. des Betriebsrats (vgl. dazu BAG 9. Oktober 1979 - 6 AZR 1059/77 - BAGE 32, 122) nicht begründet.
- 132** a) Allerdings läßt sich entgegen der vom Kläger erstinstanzlich vertretenen Auffassung den Regelungen der §§ 12 bis 15 des Arbeitsvertrages nicht eine die Rechte der Beklagten gemäß § 9 Abs. 1 Satz 2 , § 14 Abs. 2 KSchG abbedingende Abrede entnehmen. Zwar könnte die Aufzählung der Möglichkeiten der Beendigung des Arbeitsverhältnisses in § 12 Ziff. 1 des Arbeitsvertrages, das die Möglichkeit der gerichtlichen Auflösung nicht enthält, und § 15 des Arbeitsvertrages, demgemäß dem Arbeitsvertrag für den Kläger günstigere gesetzliche Bestimmungen vorgehen, so verstanden werden. In § 12 Ziff. 3 Satz 2 des Arbeitsvertrages ist jedoch vorgesehen, daßüber die Verschärfung der Anforderungen an den Kündigungsgrund gemäß § 12 Ziff. 3 Satz 1 hinaus das Kündigungsschutzgesetz anzuwenden ist. Dieser Verweis geht als spezielle Regelung § 15 vor. Zu den demnach anwendbaren Vorschriften gehören die Regeln über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Wenn trotz dieses uneingeschränkten Verweises auf das

Kündigungsschutzgesetz etwas anderes hätte gelten sollen, hätte es einer entsprechenden Klarstellung bedurft.

- 133** b) Im Ergebnis zu Recht hat das Landesarbeitsgericht jedoch unter gemäß § 543 Abs. 1 ZPO zulässiger Bezugnahme auf die Würdigung des Arbeitsgerichts angenommen, daß der Auflösungsantrag einer Begründung bedurft hätte. Der Kläger unterfiel nicht § 14 Abs. 2 KSchG .
- 134** Nach dieser Regelung ist § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG auf Geschäftsführer, Betriebsleiter und ähnliche leitende Angestellte, soweit diese zur selbständigen Einstellung oder Entlassung von Arbeitnehmern berechtigt sind, mit der Maßgabe anzuwenden, daß der Auflösungsantrag des Arbeitgebers keiner Begründung bedarf. Zugunsten der Beklagten kann davon ausgegangen werden, daß der Kläger Betriebsleiter war. Auch bei Betriebsleitern ist der Auflösungsantrag jedoch nur bei Vorliegen der vorstehend bezeichneten Personalkompetenz begründungsfrei. An einer hinreichenden Kompetenz des Klägers in diesem Sinne fehlte es.
- 135** aa) Ob der Satzteil ". . . soweit diese zur selbständigen Einstellung oder Entlassung von Arbeitnehmern berechtigt sind" nur auf ähnliche leitenden Angestellte oder auch auf Geschäftsführer und Betriebsleiter zu beziehen ist, ist streitig (befürwortend etwa BFH 20. Dezember 1961 - VI 24/61 U - BFHE 74, 188; LAG Baden-Württemberg 13. Februar 1992 - 11 Sa 79/91 - LAGE KSchG § 14 Nr. 2; KR-Rost aaO § 14 KSchG Rn. 27; Hueck/von Hoyningen-Huene aaO § 14 Rn. 19; HK-Dorndorf aaO § 14 Rn. 23; Kittner/Däubler/Zwanziger aaO § 14 KSchG Rn. 21 a; Bader/Bram/Dörner/Wenzel KSchG Stand Juni 2000 § 14 Rn. 31; ablehnend zB Löwisch aaO § 1 Rn. 19; Kaiser AR-Blattei SD 70. 2 Rn. 36 bis 40; Rumler Der Kündigungsschutz leitender Angestellter S 28 - 31; ErfK/Ascheid § 14 KSchG Rn. 10; KPK-Bengelsdorf KSchG 2. Aufl. § 14 Rn. 16; Knorr/Bichlmeier/Kremhelmer Handbuch des Kündigungsschutzrechts 4. Aufl. Kap. 13 Rn. 220; HaKo-Pfeiffer aaO § 14 Rn. 17). Der Senat ist mit Urteil vom 25. November 1993 (- 2 AZR 517/93 - BAGE 75, 153, 160 f. [BAG 25.11.1993 - 2 AZR 517/93]) davon ausgegangen, daß ein Betriebsleiter, der die in § 14 Abs. 2 Satz 1 KSchG angesprochene Einstellungs- oder Entlassungsbefugnis besitzt, regelmäßig § 14 Abs. 2 KSchG unterfällt, ohne zu entscheiden, ob eine derartige Personalbefugnis zwingende Voraussetzung für die Anwendbarkeit von § 14 Abs. 2 KSchG ist.
- 136** Die Frage ist zu bejahen. Der Gesetzeswortlaut, den Vertreter beider Ansichten zur Begründung heranziehen (KR-Rost aaO § 14 Rn. 37; HK-Dorndorf aaO § 14 Rn. 23; Löwisch aaO § 14 Rn 17; ErfK/Ascheid § 14 KSchG Rn. 10; KPK-Bengelsdorf aaO § 14 Rn. 16), ist nicht eindeutig. Rein sprachlich ist sowohl die Auslegung, daß die Worte "soweit diese . . ." allein auf "ähnliche leitende Angestellte" bezogen sind, als auch ein Bezug auf alle drei genannten Personengruppen möglich. Die Entstehungsgeschichte der Regelung spricht dagegen eindeutig für die erstgenannte Auslegung (dies einräumend Rumler aaO S 30).
- 137** Die heute geltende Fassung geht auf das Erste Gesetz zur Bereinigung arbeitsrechtlicher Vorschriften vom 14. August 1969 (BGBl. I S 1106) zurück. Nach der Gesetzesbegründung sollten die bisher gemäß § 12 c KSchG 1951 von dessen Geltungsbereich ausgenommenen leitenden Angestellten in den Geltungsbereich einbezogen werden, gleichzeitig dem Arbeitgeber aber eine erleichterte Möglichkeit zur Auflösung von deren Arbeitsverhältnissen gewährt werden (BR-Drucks. 705/68 S 9). Dabei sollte die bisherige Rechtslage hinsichtlich der Rechtsfolgen, nicht aber hinsichtlich der Tatbestandsvoraussetzungen geändert werden. Mit § 12 KSchG 1951 wiederum wurde gemäß der Gesetzesbegründung der Regelung von § 12 Abs. 2 BRG 1920 gefolgt (BT-Drucks. 1. Wahlperiode Nr. 2090 S 15). § 12 Abs. 2 BRG hatte folgenden Wortlaut:
- 138** "Nicht als Angestellte im Sinne dieses Gesetzes gelten die Vorstandsmitglieder und gesetzlichen Vertreter von juristischen Personen und von Personengesamtheiten des öffentlichen und privaten Rechtes, ferner die Geschäftsführer und Betriebsleiter, soweit sie zur selbständigen Einstellung oder Entlassung der übrigen im Betrieb oder in der Betriebsabteilung beschäftigten Arbeitnehmer berechtigt sind oder soweit ihnen Prokura oder Generalvollmacht erteilt ist. "

- 139** Dem Wortlaut dieser Regelung nach war die Personalkompetenz eindeutig auf Geschäftsführer und Betriebsleiter bezogen. Zweck der Norm war eine möglichst weite Ausdehnung des Kreises der Wahlberechtigten (vgl. dazu schon Flatow Reichsarbeitsblatt Nichtamtlicher Teil 1921 S. 380, 381; RAG 13. Juli 1929 - RB 6/29 - RAGE 4, 155, 158; Feig/Sitzler BRG 11. und 12. Aufl. (1928) § 12 Anm. 5; Mansfeld BRG (1930) § 12 Anm. 3 b 2 a). Da mit den Kündigungsschutzgesetzen 1951 und 1969 sowohl die Begrifflichkeit als auch der Gesetzeszweck weiterverfolgt wurde, ist auch bei diesen Regelungen davon auszugehen, daß die Personalkompetenz auf Geschäftsführer und Betriebsleiter ebenso wie auf sonstige leitende Angestellte bezogen ist. Dies wird dadurch unterstrichen, daß letztere ähnliche leitende Angestellte sein müssen (so zutreffend Rumler aaO S 30).
- 140** Dem läßt sich nicht entgegenhalten, auch der im letzten Teilsatz von § 12 Abs. 2 BRG enthaltene, in den Kündigungsschutzgesetzen 1951 und 1969 dem Wortlaut nach nicht aufgegriffene Regelungsgehalt gelte fort. Entgegen der Ansicht von Kaiser (aaO Rn. 39) besteht kein konkreter Anhaltspunkt für ein Redaktionsversehen. Im Gegenteil spricht der Umstand, daß mit § 14 Abs. 2 KSchG trotz vielfacher Novellierungen des Kündigungsschutzgesetzes eng an der Begrifflichkeit von § 12 Abs. 2 BRG festgehalten wurde, während im Betriebsverfassungsgesetz eine wesentlich andere, differenziertere Regelung geschaffen wurde, dafür, daß mit § 14 Abs. 2 KSchG an der Erforderlichkeit der Personalkompetenz von Betriebsleitern festgehalten werden sollte.
- 141** Auch seit der Schaffung des BRG und des Kündigungsschutzgesetzes 1951 eingetretene rechtstatsächliche Änderungen, insbesondere eine zurückgehende Ausstattung gehobener Angestellter mit Personalbefugnissen, rechtfertigt keine andere Auslegung (so aber Rumler aaO S 28 - 31; Kaiser aaO Rn. 40). Die Beschränkung des Kreises der § 14 Abs. 2 KSchG unterfallenden leitenden Angestellten entspricht vielmehr der vorstehend dargelegten Intention der mit der Materie nacheinander befaßten Gesetzgeber. Das Anknüpfen an die Kompetenz zur selbständigen Einstellung und Entlassung von Arbeitnehmern ist hinsichtlich der Gewährung eines begründungsfreien Auflösungsrechtes nach wie vor ein sachgerechtes Differenzierungskriterium. Im Betriebsverfassungsrecht war eine Erweiterung des Begriffs der leitenden Angestellten über diejenigen mit Personalkompetenz hinaus auf Grund der betriebsverfassungsrechtlichen Interessengegensätze wesentlich eher geboten als im Kündigungsschutzrecht im Rahmen der §§ 9 , 10 , 14 KSchG . Daß der Gesetzgeber insoweit § 5 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2, 3 , Abs. 4 BetrVG entsprechende Änderungen unterlassen hat, trägt dem erkennbar Rechnung. Nach der entgegengesetzten Ansicht fehlt überdies jedes Abgrenzungskriterium. Solche Kriterien sind aber erforderlich, weil - gerade in Kleinbetrieben - nicht jeder Betriebsleiter über eine die Anwendung von § 14 Abs. 2 KSchG rechtfertigende Verantwortung verfügt. Die nur geringe Anzahl veröffentlichter Entscheidungen deutet im übrigen darauf hin, daß gerade bei sonstigen gehobenen Angestellten Arbeitgebern anderweitige Beendigungsmöglichkeiten in hinreichendem Maß zur Verfügung stehen.
- 142** bb) Das Landesarbeitsgericht ist im Ergebnis zu Recht davon ausgegangen, daß die Personalverantwortung des Klägers nicht den Anforderungen des § 14 Abs. 2 Satz 1 KSchG entsprach. Es kann dahinstehen, ob der Kläger, wie von der Revision gerügt, entgegen den Feststellungen der Vorinstanzen tatsächlich bei der Einstellung und Entlassung von Arbeitnehmern auch im Innenverhältnis selbständig handeln konnte; auf die entsprechenden Verfahrens- und Sachrügen kommt es nicht an. § 14 Abs. 2 KSchG ist jedenfalls deshalb nicht anwendbar, weil Einstellungs- oder Entlassungsbefugnisse die Stellung des Klägers nicht wesentlich prägen.
- 143** Nach allgemeiner Ansicht muß die Befugnis zur eigenverantwortlichen Einstellung oder Entlassung ebenso wie bei den leitenden Angestellten im Sinne von § 5 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BetrVG (vgl. BAG 11. März 1982 - 6 AZR 136/79 - AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 28 = EzA BetrVG 1972 § 5 Nr. 41, zu B 1 der Gründe mwN) eine bedeutende Anzahl von Arbeitnehmern erfassen, worauf bereits das Arbeitsgericht hingewiesen hat. Ein nur eng umgrenzter Personenkreis genügt nicht (so bereits zu § 12 c KSchG 1951 BAG 28. September 1961 - 2 AZR 428/60 - BAGE 11, 278, 284) [BAG 28.09.1961 - 2 AZR 428/60] . Vielmehr muß die Personalkompetenz einen wesentlichen Teil der Tätigkeit des Angestellten ausmachen (ganz herrschende Meinung, vgl. etwa LAG Baden-Württemberg 13. Februar 1992 aaO; KR-Rost aaO § 14 KSchG Rn. 29, 32; Hueck/von Hoyningen-Huene aaO § 14 Rn. 23, 24; Löwisch aaO § 1 Rn. 24; Kittner/Däubler/Zwanziger aaO § 14 KSchG Rn. 24;

- 144** Davon kann hier nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht die Rede sein. Gemäß der eigenen Darstellung der Beklagten waren dem Kläger nur fünf Arbeitnehmer unterstellt. Auf die darüber hinaus betreuten Versicherungsagenten kommt es nicht an, da diese unstreitig selbständige Versicherungsvertreter und damit nicht Arbeitnehmer im Sinne von § 14 Abs. 2 Satz 1 KSchG waren. Dafür, daß die Einstellungs- und Entlassungskompetenzen gegenüber den wenigen dem Kläger unterstellten Angestellten seine Tätigkeit in irgendeiner Weise prägte, ergibt sich aus den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nichts. Auch die tatbestandlichen Verweisungen sind insoweit unergiebig, da die Beklagte in diese Richtung in den Vorinstanzen nichts vorgetragen hat. Sie vertrat im Gegenteil die unzutreffende Auffassung, es komme auf die tatsächliche Ausübung der Befugnis zur Einstellung oder Entlassung nicht an.
- 145** c) Die Feststellung des Landesarbeitsgerichts, es fehle an einer Begründung des Auflösungsantrages im Sinne von § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG, hat die Revision nicht angegriffen. Soweit sich die Beklagte erstinstanzlich noch auf Auflösungsgründe berufen hatte, hat dies offenbar schon das Arbeitsgericht für nicht ausreichend erachtet und nicht berücksichtigt. Da die Beklagte dies weder zweit- noch drittinstanzlich moniert hat, kann nicht davon ausgegangen werden, daß sie an diesen Ausführungen festhalten wollte. Dazu hätte es zumindest einer Rüge in den Rechtsmittelinstanzen bedurft.
- 146** 3. Angesichts des Fortbestehens des Arbeitsverhältnisses sind auch die Zahlungsanträge begründet. Das Landesarbeitsgericht hat, ohne daß dies von der Revision angegriffen wird, auf der Grundlage der Senatsrechtsprechung (19. April 1990 - 2 AZR 591/89 - BAGE 65, 98; 24. Oktober 1991 - 2 AZR 112/91 - AP BGB § 615 Nr. 50 = EzA BGB § 615 Nr. 70; 24. November 1994 - 2 AZR 179/94 - BAGE 78, 333) zutreffend angenommen, daß sich die Beklagte in dem Zeitraum von Juli 1997 bis Mai 1999 im Annahmeverzug (§§ 293, 296 BGB) befand und daher gemäß § 615 Satz 1 BGB die vereinbarte Vergütung zu erbringen hat. Was die Höhe der Ansprüche angeht, hat die Beklagte diese schon zweitinstanzlich und sodann auch mit der Revision nicht mehr in Zweifel gezogen; insoweit sind die Ansprüche außer Streit (§ 138 Abs. 3 ZPO).
- 147** III. Bei der Verteilung der erstinstanzlichen Kosten ist auch der Gegenstand des Teilurteils vom 11. August 1997 zu berücksichtigen. Daran hindert nicht, daß das Arbeitsgericht bereits mit dem Teilurteil vom 11. August 1997 eine Teilkostenentscheidung getroffen hat, die auf Grund der Zurückweisung der Berufung gegen dieses Urteil durch das Landesarbeitsgericht formell rechtskräftig geworden ist. Diese Entscheidung ist nämlich nicht in materielle Rechtskraft erwachsen. Urteile, die so unbestimmt sind, daß auch durch Auslegung nicht ermittelt werden kann, welcher prozessuale Anspruch in welchem Umfang entschieden werden sollte, erlangen keine innere Rechtskraft im Sinne von § 322 Abs. 1 ZPO (BGH 6. März 1952 - IV ZR 80/51 - BGHZ 5, 240, 244 ff. [BGH 06.03.1952 - IV ZR 80/51]; 22. Mai 1984 - VI ZR 228/82 - NJW 1984, 2346, 2347) [BGH 22.05.1984 - VI ZR 228/82]. Dies ist bei einer in einem Teilurteil enthaltenen Kostenentscheidung regelmäßig der Fall. Mit einem Teilurteil kann grundsätzlich keine Kostenentscheidung verbunden werden, da sich die Kosten der einzelnen Verfahrensstadien nicht trennen lassen und bei Erlaß des Teilurteils nicht feststeht, in welchem Umfang die Parteien jeweils obsiegen und unterliegen und wie demzufolge die Kosten zu verteilen sind. Eine Kostenentscheidung ist erst möglich, wenn die Verteilung der Kostentragungspflicht endgültig feststeht (BGH 29. Mai 1956 - VI ZR 205/55 - BGHZ 20, 397, 399 [BGH 29.05.1956 - VI ZR 205/55]; 6. März 1952 aaO, 251; Stein/Jonas/Bork ZPO 21. Aufl. § 91 Rn. 7).
- 148** Der Wert des Gegenstandes des Schlußurteils beträgt 206. 919, 78 DM. Dies ergibt sich aus folgenden Positionen:
- 149** - 38. 814, 51 DM gemäß § 12 Abs. 7 Satz 1 ArbGG, wobei ein Monatsgehalt von 12. 938, 17 DM (10. 360, 17 DM + 2. 500, 00 DM + 78, 00 DM) zugrundegelegt ist;
- 150** - 12. 938, 17 DM für den Weiterbeschäftigungsantrag;

151 - 155. 167, 10 DM für die Zahlungsanträge erster Instanz.

152 Dies ergibt zusammen mit dem Wert des Teilurteils von 125. 514, 36 DM einen Gesamtwert für die erste Instanz von 332. 434, 14 DM. Davon unterlag der Kläger nur hinsichtlich der Zahlungsklage in Höhe von 650, 97 DM und mit dem Weiterbeschäftigungsantrag. Die erstinstanzlichen Kosten werden deshalb gemäß § 92 Abs. 2 ZPO insgesamt der Beklagten auferlegt, da die Zuvielforderung verhältnismäßig geringfügig war und mangels Gebührensprung keine besonderen Kosten veranlaßte. Dem steht § 308 Abs. 1 ZPO nicht entgegen. Das Rechtsmittelgericht hat über die gesamten Kosten des Rechtsstreits zu entscheiden (Stein/Jonas/Bork aaO § 97 Rn. 7). Dabei sind die Kostenentscheidungen der Vorinstanzen von Amts wegen zu überprüfen (Zöller/ Herget ZPO 22. Aufl. § 97 Rn. 6). Der Rechtsmittelführer muß gemäß § 308 Abs. 2 ZPO eine Verschlechterung der Kostenentscheidung in der Rechtsmittelinstanz hinnehmen (BGH 14. Juli 1981 - VI ZR 35/79 - MDR 1981, 928).

153

Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.