



Milles
Regierungsbeschäftigte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

LANDEsarBEITsGERICHT DÜSSELDORF
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

In dem Rechtsstreit

des Herrn T. T., Am I. 12, N.,

- Kläger, Berufungsbeklagter und Berufungskläger-

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. B.,
L. damm 56, C.,

g e g e n

1. die F. Beratung und Vertrieb AG, vertreten durch den Vorstand, Herrn I. D., Herrn P. C., Herrn T. T., Herrn I. T., W. platz 2, E.,

- Beklagte, Berufungsklägerin und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte O. LLP,
C. Str. 28, N.,

2. die F. Group AG, vertreten durch den Vorstand Dr. N. S., Dr. D. K., Dr. V. N., B. N., Dr. D. N. und Frau Dr. N. T.-C., W. platz 2, E.,

- Beklagte, Berufungsklägerin und Berufungsbeklagte -

hat die 1. Kammer des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf
auf die mündliche Verhandlung vom 23.05.2018
durch die Präsidentin des Landesarbeitsgerichts Göttling als Vorsitzende sowie
die ehrenamtlichen Richter Klossek und Hartmann

für R e c h t erkannt:

Unter Zurückweisung der Berufungen der Beklagten zu 1. und 2. wird auf die Berufung des Klägers das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 24.07.2017 – 9 Ca 5771/16 – teilweise abgeändert und auch der Auflösungsantrag der Beklagten zu 2. zurückgewiesen.

Die erstinstanzlichen Kosten des Rechtsstreits haben der Kläger zu 14 % und die Beklagten zu je 43 %, die Kosten des Berufungsverfahrens die Beklagten je zur Hälfte zu tragen.

Die Revision wird für die Beklagten zu 1. und 2. nur zur Weiterverfolgung ihrer Auflösungsanträge zugelassen. Im Übrigen wird die Revision nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen betriebsbedingten Kündigung und über Auflösungsanträge der Beklagten.

Die Beklagten sind in der Versicherungsbranche tätig und zählen zur F.-Gruppe. Die F.-Gruppe ist ein Teil des N. S. (N. S.)-Konzerns. Die Unternehmen der F.-Gruppe bilden mit der Beklagten zu 2. als Teilkonzernspitze mit Sitz in E. einen sog. „Konzern im Konzern“.

Der am 11.12.1967 geborene, ledige, gegenüber einem Kind unterhaltspflichtige Kläger war gemäß Arbeitsvertrag vom 01.04.2010 unter Anrechnung seiner Dienstzeit bei der Rechtsvorgängerin ab dem 01.01.2004 im Außendienst im F. Maklervertrieb zunächst bei der F. Versicherungsgruppe AG als Leiter des Vertriebsbereiches Koordination Key Accounts mit Sitz in E. beschäftigt. Er leitete seit 2013 bei der Beklagten zu 1. die Vertriebsdirektion Makler Pools und Finanzvertriebe (VMG D) und bezog ein durchschnittliches Bruttojahresgehalt in Höhe von 247.973,11 Euro.

Als Leiter der Vertriebsdirektion Maklerpools und Finanzvertriebe trug der Kläger die Gesamtverantwortung für den Betrieb und die Entwicklung der Vertriebsdirektion sowie der angeschlossenen drei Regionaldirektionen Makler. Er war bundesweit tätig und hatte Gesamtprokura. Ihm waren 31,5 Mitarbeiterkapazitäten zugeordnet. Er verantwortete ein Fixkostenbudget von mehr als 2 Mio. Euro. Hinzu kam die Umsatzverantwortung bestehend aus Produktions- und Bestandsverantwortung. Die Produktionsverantwortung lag zuletzt bei über 10 Mio. Euro, die Bestandsverantwortung bei knapp 330 Mio. Euro.

Der Kläger wurde als leitender Angestellter geführt. Hierzu heißt es in § 1 Abs. 3 des Arbeitsvertrages wie folgt:

" Der Mitarbeiter ist leitender Angestellter gem. § 5 Abs. 3 u. 4 des Betriebsverfassungsgesetzes und innerhalb seines Zuständigkeitsbereichs im Rahmen der Personal- und Stellenplanung der F. berechtigt, selbständig Einstellungen und Entlassungen vorzunehmen. Zudem ist er berechtigt, eigenständig Vereinbarungen zur Zusammenarbeit mit ungebundenen Vermittlern im F. Maklervertrieb zu schließen und zu beenden. Er untersteht dem für den F. Maklervertrieb zuständigen Ressortleiter."

Der Arbeitsvertrag sieht weiter unter § 1 Abs. 2 Satz 5 vor, dass die Befugnisse des Klägers im sog. Kompetenzrahmen geregelt sind. Ausweislich Ziffer 3 des am 01.04.2010 geschlossenen zusätzlichen Vertrages war der Kompetenzrahmen seinerzeit noch in Bearbeitung. Nach dem später vorgelegten Kompetenzrahmen sind Leiter der Vertriebsdirektionen u.a. befugt, Mitarbeiter auszuwählen, Einstellungen im Rahmen der Stellenplanung durchzuführen, die Vergütungshöhe der Mitarbeiter unter Beachtung des geltenden Vergütungsrahmens bis zu einem Ziel von 75.000,00 Euro jährlich festzulegen und "in juristischer Abstimmung über V 5" ordentlich und außerordentlich zu kündigen.

Im F. Maklervertrieb wurden aufgrund einer Strategieentscheidung in den vergangenen Jahren kaum Neueinstellungen vorgenommen und wegen entsprechender Vereinbarungen mit den Mitbestimmungsgremien keine betriebsbedingten Kündigungen ausgesprochen. Der Kläger hat bei der Beklagten zu 1. eine Mitarbeiterin, seine Sekretärin, eingestellt. In seinem Bereich fielen bis auf eine außerordentliche Kündigung auch keine verhaltens- oder personenbedingten Kündigungen an.

Mit Schreiben vom 06.06.2016 stellte die Beklagte zu 1. den Kläger ab dem 01.07.2016 von der Arbeit frei.

Am 14.08.2016 schloss die Beklagte zu 2. zugleich handelnd im Namen der Beklagte zu 1. mit dem Konzernbetriebsrat einen Interessenausgleich zum Projekt Vertrieb. Danach wurde der F. Maklervertrieb mit insgesamt sieben Vertriebsdirektionen neu strukturiert. Der angestellte Außendienst wurde in den Vertrieb Personenversicherung und in den Maklervertrieb Schaden-/Unfallversicherung mit jeweils unterschiedlicher Vorstandszuordnung überführt. Dem Vertrieb Personenversicherung wurden zwei Vertriebsdirektionen Makler Personenversicherung (VMP D) und Finanzvertriebe und G. (VMF D) jeweils am Standort E. zugeordnet. Es wurden drei Vertriebsdirektionen und mehrere Regionaldirektionen aufgelöst. Neben dem Außendienst wurde auch der Innendienst nach den Produktbereichen Personenversicherung und Schaden-/Unfallversicherung getrennt und den jeweiligen Vorstandsressorts zugeordnet.

Zu der Vertriebsdirektion Makler Pools und Finanzvertriebe heißt es im Interessenausgleich unter D. IV. Ziffer 2.1.1:

„Die Betreuung von Finanzvertrieben und Maklerpools erfolgt weiterhin aus der Vertriebsdirektion Makler Pools (VMG D), die künftig als Vertriebsdirektion „Finanzvertriebe und G.“ (VMF D) mit Sitz am Standort E. angesiedelt ist. Am Standort E. wird VMF D eine neue Regionaldirektion unterstellt, welche den Ausbau der Geschäftsbeziehung zu G. vorantreibt (VMFA D). Pools, Finanzvertriebe und G. sind überwiegend in der Personenversicherung aktiv. Deren Betreuung in der Schaden-/Unfallversicherung verantwortet diese VD ebenfalls.“

Der neuen Vertriebsdirektion Finanzvertriebe und G. wurde in der Folgezeit eine weitere Regionaldirektion für die Bereiche DANV, Gruppen- und Verbände sowie das GKV-Geschäft unterstellt.

Am 19.09.2016 hörte die Beklagte zu 1. den Sprecherausschuss und vorsorglich auch den Betriebsrat zur Kündigung des Klägers an. Beide äußerten Bedenken wegen Mängeln bei der Sozialauswahl.

Mit Schreiben vom 28.09.2016 kündigte die Beklagte zu 1. das Arbeitsverhältnis des Klägers ordentlich mit Wirkung zum 31.03.2017.

In der Folgezeit wurde Leiter der neuen Vertriebsdirektion Finanzvertriebe und G. Herr L.. Leiter der neuen Vertriebsdirektion Makler Personenversicherung wurde Herr O.. Leiter des Maklervertriebs Schaden-/Unfallversicherung wurde Herr L..

Gegen die Kündigung seines Arbeitsverhältnisses wendet sich der Kläger mit seiner am 17.10.2016 beim Arbeitsgericht Düsseldorf eingegangenen und der Beklagten zu 1. am 21.10.2016 zugestellten Klage.

Der Kläger hat im Wesentlichen geltend gemacht:

Die Kündigung sei sozial ungerechtfertigt. Sein Arbeitsplatz sei durch die Umstrukturierung des F. Maklervertriebs nicht weggefallen. Die von ihm geleitete Vertriebsdirektion werde unverändert unter der neuen Bezeichnung VMF D weitergeführt. Die sog. "G." seien kein neuer Schwerpunkt der Vertriebsdirektion. Alle hierunter zu zählenden Vermittler seien auch bisher in der alten Direktion angebunden gewesen. Bei der neuen Einheit für die Bereiche DANV, Gruppen- und Verbände sowie das GKV-Geschäft handele es sich auch nur um ein Sammelsurium an Kleinseinheiten, die in der neuen Struktur eine Zuordnung benötigt hätten. Abgesehen davon könne er auf allen drei neu geschaffenen Vertriebsdirektionenstellen eingesetzt werden. Die dazu erforderlichen Qualifikationen bringe er mit, jedenfalls könne er sie erlernen. Auch käme ein Einsatz als Leiter einer Regionaldirektion in Betracht.

Im Laufe des Rechtsstreits ist das Arbeitsverhältnis des Klägers aufgrund eines Betriebsübergangs am 1.01.2017 auf die Beklagte zu 2. übergegangen. Die Beklagte zu 2. ist mit Schriftsatz vom 01.06.2017 - im Ergebnis mit Zustimmung des Klägers - dem Rechtsstreit auf Beklagtenseite beigetreten.

Der Kläger hat daraufhin erstinstanzlich zuletzt beantragt,

- 1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten zu 1. vom 28.09.2016 nicht zum 31.03.2017 aufgelöst worden ist,**
- 2. festzustellen, dass seine Freistellung zum 01.07.2016 mit Schreiben der Beklagten zu 1. vom 06.06.2017 unwirksam war,**
- 3. die Beklagte zu 2. zu verurteilen, ihn bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits zu den vertraglichen Arbeitsbedingungen weiter zu beschäftigen.**

Die Beklagte zu 1. hat beantragt,

1. die Klage abzuweisen,

gemäß Schriftsatz vom 15.03.2017 - dem Kläger zugegangen am 20.03.2017 -

2. das bis zum 31.12.2016 zu ihr bestandene Arbeitsverhältnis, das mit Wirkung zum 1.01.2017 auf die Beklagte zu 2. übergegangen ist, gem. §§ 9, 10 KSchG zum 31.03.2017 aufzulösen und sie zur Zahlung einer angemessenen Abfindung zu verurteilen.

Die Beklagte zu 2. hat beantragt,

1. die Klage abzuweisen,

2. das zunächst zwischen der Beklagten zu 1. und dem Kläger bestandene Arbeitsverhältnis, das mit Wirkung zum 1.01.2017 auf sie übergegangen ist, gem. §§ 9, 10 KSchG mit Wirkung zum 31.03.2017 aufzulösen und sie zur Zahlung einer angemessenen Abfindung zu verurteilen.

Die Beklagten haben zur Begründung der Kündigung insbesondere ausgeführt:

Die Kündigung sei durch ein dringendes betriebliches Erfordernis gerechtfertigt. Ausweislich des Interessenausgleichs vom 14.08.2016 hätten sie eine unternehmerische Entscheidung getroffen, die zum Wegfall des Beschäftigungsbedarfes für den Kläger geführt habe. Die Vertriebsdirektion VMF D habe ein stärkeres Personenversicherungsgeschäft, einen Schwerpunkt im Krankenversicherungsgeschäft erhalten und sei gekennzeichnet durch die Zusammenarbeit mit ungebundenen Vermittlern im Onlinegeschäft. Das Anforderungsprofil für diese Stelle erfülle der Kläger nicht. Der neue Vertriebsdirektor L. verfüge über eine engere fachliche Verdrahtung zu den Entscheidungsträgern, er habe starke Kenntnisse der DKV Produktwelt, verfüge über eine hohe Akzeptanz und Vernetzung im Kreis der Leitenden des Krankenversicherungssegments. Außerdem habe er tiefe Kenntnisse komplexer Versorgungswerke und besondere Kenntnisse über die vertrieblichen Besonderheiten der Markenführung. Herr L. sei besser geeignet, da er die erforderlichen Kenntnisse habe, im Verwaltungsrat der BIG Krankenkasse sei, ausreichende Erfahrungen im Kooperationsgeschäft habe und über die erforderlichen Kundenbeziehungen verfüge. Außerdem seien jahrelange Erfahrungen im Lebens- und Krankenversicherungsgeschäft erforderlich, prozessuale Kenntnisse der internen Abläufe, technische Affinität und hohe Affinität

zu modernen Technologien sowie hohe Vernetzung in der Startup Szene, Kenntnisse und Erfahrungen bei der Betreuung von Verbandskunden.

Die Stelle des Leiters Maklervertrieb Schaden-/Unfallversicherung (MSU D) sei höherwertig. Der Vertriebsdirektor berichte direkt an den Vorstandsvorsitzenden. Auch die Stelle des Leiters der Vertriebsdirektion Makler Personenversicherung (VMP D) habe nicht angeboten werden müssen. Auf dieser Stelle seien erforderlich exzellente Kenntnisse der Materie, jahrelange praktische Erfahrungen im Bereich der betrieblichen und privaten Altersversorgung sowie der privaten Krankenversicherung, außerdem jahrelange Erfahrung in der Beratung komplexer Versorgungswerke. Der jetzige Stelleninhaber O. sei als sog. Leistungsträger von der Sozialauswahl ausgenommen worden. Er sei Leiter eines Kompetenzteams gewesen und habe unter krisenhaften Anforderungen besondere Kenntnisse über die vertrieblichen Besonderheiten unter Beweis gestellt. Auch die Stellen als Leiter von Regionaldirektionen hätten dem Kläger nicht angeboten werden müssen, da sie entweder besetzt seien oder der Kläger dafür nicht geeignet sei. Eine Sozialauswahl habe mangels vergleichbarer Personen von vornherein nicht durchgeführt werden müssen. Im Übrigen seien die anderen Vertriebsleiter auch schutzwürdiger. Der Kläger habe nur 64 Sozialpunkte erreicht. Außer Herrn O., der weniger Sozialpunkte habe, hätten alle anderen Vertriebsdirektoren höhere Sozialpunkte mit der Folge, dass dem Kläger auch bei einer Sozialauswahl keine Weiterbeschäftigung hätte angeboten werden müssen.

Zur Begründung ihrer Auflösungsanträge haben die Beklagten vorgetragen:

Der Kläger sei leitender Angestellter i. S. v. § 14 Abs. 2 KSchG. Er sei Betriebsleiter, bei dem schon keine Personalbefugnisse erforderlich seien. Abgesehen davon verfüge er über Einstellungs- und Entlassungskompetenzen im Rahmen seines Zuständigkeitsbereichs und sei dort Letztentscheider. Andere Stellen würden lediglich im Rahmen der Abwicklung mit eingebunden. Der bestandene Mangel an Gelegenheiten für Personalentscheidungen könne an der grundsätzlich bestehenden Personalkompetenz nichts ändern.

Der Kläger hat beantragt,

die Auflösungsanträge der Beklagten zu 1. und 2. zurückzuweisen.

Er hat geltend gemacht:

Er sei kein leitender Angestellter i.S.v. § 14 Abs. 2 KSchG. Weder sei er Betriebsleiter gewesen noch habe er eigenständig einstellen oder entlassen dürfen. Er

habe keine bedeutungsvollen unternehmerischen Teilaufgaben eigenverantwortlich wahrgenommen. Die Verantwortung für Einstellungen und Entlassungen auch in seinem Zuständigkeitsbereich habe letztlich bei der Personalabteilung gelegen. Auch vor der Übernahme seiner Sekretärin nach Ende ihrer Ausbildung in ein Arbeitsverhältnis habe eine Abstimmung stattgefunden. Ebenso habe er zu der ausgesprochenen außerordentlichen Kündigung die Zustimmung einholen müssen. Für die Beklagte zu 2. sei er nie tätig gewesen, sodass er dort erst Recht kein leitender Angestellter sein könne.

Das Arbeitsgericht Düsseldorf hat mit seinem am 24.07.2017 verkündeten Urteil unter Abweisung der Klage im Übrigen dem Klageantrag zu 1. stattgegeben und auf den Antrag der Beklagten zu 2. das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer Abfindung von 247.973,11 Euro zum 31.03.2017 aufgelöst.

Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt:

Die streitgegenständliche Kündigung, zu der sowohl der Betriebsrat als auch der Sprecherausschuss ordnungsgemäß angehört worden seien, erweise sich als sozial ungerechtfertigt. Die Beklagte zu 1. habe bei der Prüfung von Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten auf freien Stellen soziale Gesichtspunkte nicht ausreichend berücksichtigt. Sie habe nicht schlüssig dargelegt, warum der Kläger für die Stellen als Leiter der Vertriebsdirektion VMF D oder VMP D ungeeignet sei. Es würden wegen der Änderung der Anforderungsprofile erhöhte Anforderungen an die Darlegungslast des Arbeitgebers gelten. Den Anforderungen hätten die Beklagten nicht genügt. Die Darstellung der Stellenprofile sei derart ungenau, dass nicht einmal die Überprüfung auf Willkür möglich sei. Auch sei nicht dargestellt, dass der Kläger die Aufgaben nicht nach einer Einarbeitungsphase hätte übernehmen können. Es könne auch nicht angenommen werden, dass es sich bei Herr O. um einen Leistungsträger handele. Die Darstellung, dass Herr O. Leiter eines Kompetenzteams gewesen sei und unter krisenhaften Anforderungen besondere Kenntnisse über die vertrieblichen Besonderheiten unter Beweis gestellt habe, gehe über einen pauschalen und schlagwortartigen Vortrag nicht hinaus. Die Sozialdaten von Herrn L. seien nicht vorgetragen worden.

Der Auflösungsantrag der Beklagten zu 1. sei wegen des zum 1.01.2017 erfolgten Betriebsübergangs mangels Rechtsschutzinteresses unzulässig, der Auflösungsantrag der Beklagten zu 2. begründet. Der Kläger sei leitender Angestellter i.S.v. § 14 Abs. 2 KSchG. Er verfüge über die erforderliche Personalkompetenz. Ein Mangel an Gelegenheiten, die vertraglich eingeräumten Kompetenzen auszuüben, führe nicht zum Verlust der Eigenschaft als leitender Angestellter.

Gegen das ihr am 17.08.2017 zugestellte Urteil haben die Beklagten mit einem am 18.09.2017 (Montag) beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese mit einem am 17.10.2017 eingegangenen Schriftsatz begründet. Der Kläger hat gegen das ihm ebenfalls am 17.08.2017 zugestellte Urteil mit einem beim Landesarbeitsgericht am 11.09.2017 eingegangenen Schriftsatz auch Berufung eingelegt und diese – nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 17.11.2017 - mit einem hier am 14.11.2017 eingegangenen Schriftsatz begründet.

Die Beklagten machen unter teilweiser Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vorbringens im Wesentlichen geltend:

Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts unterliege ihre Darlegungslast zur Rechtfertigung der streitgegenständlichen Kündigung keinen erhöhten Anforderungen. Sie hätten nicht das Aufgabenprofil des bisherigen Arbeitsplatzes des Klägers geändert, sondern im Rahmen der Umstrukturierung neue Stellen geschaffen. Sie seien daher berechtigt gewesen, die Stellen nach den bestehenden Notwendigkeiten zu gestalten und entsprechend zu beschreiben. Auch habe das Arbeitsgericht nicht hinreichend gewürdigt, dass die Stelle des Leiters der Vertriebsdirektion Finanzvertriebe und G. eine neue Schwerpunktsetzung hinsichtlich einer Neuausrichtung auf die Kooperation mit den gesetzlichen Krankenkassen sowie dem Firmen- und Verbandsgruppengeschäft im Segment Gesundheit erfahre. Auch soweit es um das G.-Geschäft gehe, handele es sich um einen neuen Schwerpunkt, der bislang nicht im Aufgaben- und Verantwortungsbereich des Klägers gelegen habe. Das Anforderungsprofil für den Leiter Vertriebsdirektion Finanzvertrieb und G. verlange eine enge fachliche Verdrahtung zu den Entscheidungsträgern im Segment Gesundheit und Kenntnisse im Bereich der Krankenversicherung, Kenntnisse zu den DKV-Produkten, vertiefte Kenntnisse von Versorgungswerken des eigenen Hauses und Wettbewerbern, bestehende Kundenbeziehungen in den Bereichen DANV und Verbands- und Gruppengeschäft sowie der gesetzlichen Krankenversicherung sowie technische Kenntnisse zur IT-seitigen Umsetzung der Vertriebs von Versicherungen über Online-Vergleichsportale. Das Anforderungsprofil für den Leiter Vertriebsdirektion Makler Personenversicherung verlange umfangreiche Erfahrungen und Kenntnisse in den Bereichen betriebliche Altersversorgung, private Altersversorgung und private Krankenversicherung sowie profunde Kenntnisse in großen und komplexen Versorgungswerken, insbesondere aber auch die Expertise in der Zusammenarbeit mit ungebundenen Vermittlern sowie im Onlinegeschäft. Zentrale Anforderung an die Position "Leiter Maklervertrieb Schaden-/Unfallversicherung" sei eine enge Verzahnung der Maklerbetreuung und der Zusammenarbeit mit Underwritern. Dies sei von besonderer Bedeutung, da perspektivisch Maklerbetreuer Kompetenzen

eines Underwriters erlangen und Underwriter stärker an die Betreuung von Maklern herangeführt werden sollten. Überdies sei diese Stelle höherwertig, da der Stelleninhaber direkt an den Vorstandsvorsitzenden berichte. Etwaige Änderungen, die nach Ablauf der Kündigungsfrist des Klägers eingetreten seien, seien nicht von Belang. Die Mitarbeiter, mit denen die neuen Stellen besetzt worden seien, verfügten über die entsprechenden Anforderungen und seien daher für die Positionen geeignet, der Kläger dagegen nicht. Herr L. könne im Übrigen auf 77 Sozialpunkte verweisen.

Das Arbeitsgericht hätte auch bereits dem hilfsweise gestellten Auflösungsantrag der Beklagten zu 1. stattgeben müssen. Trotz des Übergangs des Arbeitsverhältnisses auf die Beklagte zu 2. sei auch sie weiterhin für die Stellung eines Auflösungsantrages aktivlegitimiert.

Die Beklagten zu 1. und 2., beantragen,

das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 24.07.2017 – 9 Ca 5771/16 – teilweise abzuändern und die Klage abzuweisen.

Die Beklagte zu 1. beantragt weiter,

hilfsweise, das bis zum 31.12.2016 zu ihr bestandene Arbeitsverhältnis, das mit Wirkung zum 1.01.2017 auf die Beklagte zu 2. übergegangen ist, gem. §§ 9, 10 KSchG mit Wirkung zum Ablauf des 31.03.2017 aufzulösen und sie zur Zahlung einer angemessenen Abfindung zu verurteilen.

Der Kläger beantragt,

die Berufungen der Beklagten zu 1. und 2. zurückzuweisen.

Er verteidigt in der Berufungserwiderung das angefochtene Urteil, soweit das Arbeitsgericht von der Sozialwidrigkeit der Kündigung und der Unzulässigkeit des Auflösungsantrags der Beklagten zu 1. ausgegangen ist.

Mit seiner eigenen Berufung wendet der Kläger sich gegen die Auflösung seines Arbeitsverhältnisses auf Antrag der Beklagten zu 2. Er hält daran fest, dass er nicht über die nach § 14 Abs. 2 KSchG erforderliche Personalkompetenz verfügt habe.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 24.07.2017 – 9 Ca 5771/16 – teilweise abzuändern und den Auflösungsantrag der Beklagten zu 2. zurückzuweisen.

Die Beklagten zu 1. und 2., die klarstellen, dass sie im Berufungsverfahren nur ihre erstinstanzlich gestellten Auflösungsanträge weiterverfolgen, beantragen,

die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

Sie gehen weiter davon aus, dass der Auflösungsantrag gemäß § 14 Abs. 2 KSchG keiner Begründung bedarf.

Wegen des Vorbringens der Parteien im Einzelnen wird auf den mündlich vorgetragenen Inhalt der Akte ausdrücklich Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

A.

Die Berufungen der Beklagten zu 1. und 2. gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Düsseldorf vom 24.07.2017, gegen deren Zulässigkeit keinerlei Bedenken bestehen, sind unbegründet. Die Berufung des Klägers ist begründet.

I. Das Arbeitsgericht hat zu Recht und mit im Wesentlichen zutreffenden Erwägungen der Kündigungsschutzklage stattgegeben. Die ordentliche Kündigung der Beklagten zu 1. vom 28.09.2016 ist nämlich nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG sozial nicht gerechtfertigt und hat daher gem. § 1 Abs. 1 KSchG das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht rechtswirksam zum 31.03.2017 auflösen können.

1. Die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes, die Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG sowie die Mindestbetriebsgröße gem. § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG, sind unstrittig gegeben. Der Kläger hat mit der am 21.10.2016 erhobenen Klage (vgl. § 253 Abs. 1 ZPO iVm § 495 ZPO, § 46 Abs. 2 Satz 1 ArbGG) auch die dreiwöchige Frist des § 4 Satz 1 KSchG gewahrt. Die streitgegenständliche Kündigung ist ihm zwar bereits am 28.09.2016 zugegangen. Gem. § 167 ZPO iVm § 495 ZPO, § 46 Abs. 2 Satz 1 ArbGG ist für die

Fristwahrung aber der Eingang der Klage am 17.10.2016 maßgebend, da die Zustellung demnächst erfolgt ist.

2. Ein betriebsbedingter Kündigungsgrund i.S. von § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG lag zum insoweit allein maßgeblichen Zeitpunkt des Zugangs der streitgegenständlichen Kündigung am 28.09.2016 (vgl. hierzu nur: BAG 12.01.2006 – 2 AZR 179/05 – AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung, Nr. 52) entgegen der Auffassung der Beklagten nicht vor.

a. Dringende betriebliche Erfordernisse für eine Kündigung i.S. von § 1 Abs. 2 KSchG können sich aus innerbetrieblichen Gründen ergeben. Innerbetriebliche Gründe liegen vor, wenn sich der Arbeitgeber zu einer organisatorischen Maßnahme entschließt, bei deren Umsetzung das Bedürfnis für die Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer entfällt. Eine solche unternehmerische Entscheidung ist gerichtlich nicht auf ihre sachliche Rechtfertigung oder ihre Zweckmäßigkeit hin zu überprüfen, sondern nur darauf, ob sie offensichtlich unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist (BAG 24.05.2012 – 2 AZR 124/11 – Rn. 21; BAG 23.02.2012 – 2 AZR 548/10 – Rn. 17). Nachzuprüfen ist aber, ob die fragliche Entscheidung tatsächlich umgesetzt wurde und dadurch das Beschäftigungsbedürfnis für einzelne Arbeitnehmer entfallen ist (BAG 24.05.2012 – 2 AZR 124/11 – aaO; BAG 23.02.2012 – 2 AZR 548/10 – aaO).

b. Allerdings kann in Fällen, in denen die Organisationsentscheidung des Arbeitgebers und sein Kündigungsentschluss praktisch deckungsgleich sind, die ansonsten berechtigte Vermutung, die fragliche Entscheidung sei aus sachlichen Gründen erfolgt, nicht unbesehen greifen. Da die Kündigung nach dem Gesetz an das Vorliegen von Gründen gebunden ist, die außerhalb ihrer selbst liegen, muss der Arbeitgeber in solchen Fällen seine Entscheidung hinsichtlich ihrer organisatorischen Durchführbarkeit und zeitlichen Nachhaltigkeit verdeutlichen (BAG 16.12.2010 – 2 AZR 770/09 – AP KSchG 1969, § 1 Betriebsbedingte Kündigung, Nr. 186, Rn. 14). Daran fehlt es, wenn die zugrunde liegende unternehmerische Entscheidung lediglich Vorwand dafür wäre, bestimmte Arbeitnehmer aus dem Betrieb zu drängen, obwohl Beschäftigungsbedarf und Beschäftigungsmöglichkeiten objektiv fortbestehen (BAG 24.05.2012 – 2 AZR 124/11 – Rn. 22; BAG 23.02.2012 – 2 AZR 548/10 – Rn. 18).

c. Läuft die unternehmerische Entscheidung z.B. auf den Abbau einer Hierarchieebene oder die Streichung von Arbeitsplätzen hinaus verbunden mit einer Umverteilung der bisher zugewiesenen Aufgaben, muss der Arbeitgeber konkret erläutern, in welchem Umfang und aufgrund welcher Maßnahmen die bisher aus-

geübten Tätigkeiten zukünftig entfallen. Nur so kann geprüft werden, ob die Entscheidung den dargestellten Voraussetzungen genügt. Der Arbeitgeber muss 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 erledigt werden können (BAG 24.05.2012 – 2 AZR 124/11 – Rn. 23; BAG 23.02.2012 – 2 AZR 548/10 – Rn. 18).

d. Daran gemessen hat das Arbeitsgericht an die Darlegungslast der Beklagten zu 1. zu Recht erhöhte Anforderungen gestellt. Dabei macht es keinen Unterschied, ob sich die behauptete Umstrukturierung als Umgestaltung des bisherigen Arbeitsplatzes des Klägers oder als Abbau dieser Stelle bei gleichzeitiger Einrichtung eines neuen Arbeitsplatzes darstellt. In beiden Fällen liegt die Organisationsentscheidung nahe am Kündigungsentschluss. Hinzu kommt, dass nach dem eigenen Vorbringen der Beklagten zu 1. die bisherigen Aufgaben des Klägers weiterhin anfallen. Die Beklagte zu 1. musste deshalb aufzeigen, dass durch die Umstrukturierung der Leitungsebene im Zuständigkeitsbereich des Klägers tatsächlich ein anderer Arbeitsbereich entstanden ist.

e. Dem wird das Vorbringen der Beklagten nicht gerecht. Sie haben im Wesentlichen mit dem Hinweis auf die im Interessenausgleich vom 14.08.2016 vorgesehenen Umstrukturierungsmaßnahmen schon nicht hinreichend konkret dargelegt, dass das Beschäftigungsbedürfnis für den Kläger entfallen ist. Nach den Regelungen im Interessenausgleich, deren Umsetzung der Kläger auch nicht in Zweifel gezogen hat, wurden von den bisherigen sieben Vertriebsdirektionen drei aufgelöst und im Übrigen zu drei neuen Vertriebsdirektionen zusammengeführt. Während die bisherigen Vertriebsdirektionen sowohl Personenversicherungsgeschäft in allen Sparten wie auch Schaden- und Unfallversicherung abdeckten, fand grundsätzlich eine Trennung nach den Produktbereichen Personenversicherung und Schaden-/Unfallversicherung statt und es erfolgte eine neue Schwerpunktsetzung in einzelnen Bereichen. Die Betreuung von Finanzvertrieben und Maklerpools erfolgt allerdings weiterhin aus der bislang vom Kläger geleiteten Vertriebsdirektion Makler Pools, die nach den Regelungen des Interessenausgleichs weiter als Vertriebsdirektion „Finanzvertriebe und G.“ (VMF D) mit Sitz am Standort E. angesiedelt ist. Diese Vertriebsdirektion hat damit zunächst nur einen neuen Namen erhalten. Die Beklagte zu 1. hat selbst vorgetragen, dass die in der Vertriebsdirektion Makler Pools verorteten Aufgaben nunmehr in der neuen Vertriebsdirektion VMF D wahrgenommen werden. Die Aufgaben des Klägers werden damit weiter in der neuen Vertriebsdirektion erfüllt, und zwar ein-

schließlich der Betreuung der Pools und Finanzvertriebe in der Schaden-/Unfallversicherung. Eine Konzentration auf die Personenversicherung hat insoweit nicht stattgefunden, denn im Interessenausgleich heißt es ausdrücklich unter D. IV. Ziffer 2.1.1, Pools und Finanzvertriebe seien überwiegend in der Personenversicherung aktiv. Deren Betreuung in der Schaden-/Unfallversicherung verantwortet diese Vertriebsdirektion ebenfalls. Änderungen sind mithin insoweit keine festzustellen. Hinzugekommen sind allerdings nach dem Vortrag der Beklagten zwei Regionaldirektionen. Eine Regionaldirektion, welche den Ausbau der Geschäftsbeziehung zu G. einschließlich deren Betreuung in der Schaden-/Unfallversicherung vorantreiben soll (VMFA D), und eine weitere Regionaldirektion DANV/Verbände/GKV-Kooperationen, die insbesondere die Kooperationen mit gesetzlichen Krankenkassen und das Firmen- und Verbandgruppengeschäft in der Krankenversicherung forcieren soll. Aus dem vorgelegten Auszug aus dem Interessenausgleich ergibt sich zwar nur die neue Zuordnung der VMFA D, die Zuordnung der weiteren Regionaldirektion müsste danach zu einem späteren Zeitpunkt beschlossen worden sein. Wann und von wem die organisatorische Entscheidung getroffen worden ist, mag dahingestellt bleiben. Die Beklagte zu 1. hat jedenfalls schon versäumt, im Einzelnen aufzuzeigen, wie sich die Zuordnung der beiden Regionaldirektionen auf die Aufgaben des Vertriebsdirektors auswirken. Unklar ist, welche neuen Aufgaben dadurch tatsächlich auf den Vertriebsdirektor zukommen und in welchem – auch zeitlichen Verhältnis – sie zu den bisherigen, unverändert gebliebenen Aufgaben stehen. Dazu hätte insbesondere deshalb Veranlassung bestanden, weil die Beklagte zu 1. selbst in der Berufungsbegründungsschrift vorgetragen hat, die Vertriebsdirektion, die der Kläger geleitet habe, hätte einen wesentlichen Anteil innerhalb des Maklervertriebs eingenommen und sei von erheblicher unternehmerischer Bedeutung gewesen. In der Vertriebsdirektion Maklerpools-/Finanzbetriebe seien die bundesweit agierenden, namhaften und produktionsstärksten Makler betreut und gebündelt worden. Der Kläger sei als Leiter der Vertriebsdirektion für die sog. „Key-Accounts“ verantwortlich gewesen. Von den Beziehungen zu diesen größten und produktionsstärksten Maklern hin habe auch das wirtschaftliche „Wohl und Wehe“ des gesamten F. Maklervertriebs abgehangen. Aus dem Sachvortrag kann nur der Schluss gezogen werden, dass dieser nach wie vor bestehende wichtige Bereich wohl keine wesentlichen Einschränkungen wird hinnehmen können. Hinzukommt, dass der Kläger geltend gemacht hat, die unter „G.“ zu zählenden Vermittler seien auch bisher in der alten Direktion angebunden gewesen und bei den Bereichen DANV, Gruppen- und Verbände sowie GKV-Geschäft handele es sich nur um ein Sammelsurium an Kleinseinheiten, die in der neuen Struktur eine Zuordnung benötigt hätten. Auch dieser Vortrag hätte Veranlassung gegeben, die neuen Aufgaben konkret und hinsichtlich ihrer zeitlichen Erfordernisse zu beschreiben. Dem ist die Beklagte zu 1. auch nicht ansatzweise nachgekommen.

Sie hat sich nur pauschal auf die neuen Zuordnungen berufen, ohne die Auswirkungen auf die Arbeit für den Leiter der Vertriebsdirektion darzustellen.

f. Selbst wenn aber zugunsten der Beklagten davon ausgegangen würde, durch die Zuordnung der neuen Regionaldirektionen sei ein neuer Arbeitsbereich entstanden, hätte die Beklagte zu 1. - ungeachtet anderer Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten - jedenfalls nicht substantiiert aufgezeigt, dass eine Tätigkeit des Klägers als Leiter der Vertriebsdirektion Finanzvertriebe und G. mangels Eignung nicht in Betracht komme. Die Beklagte zu 1. hat sich darauf berufen, der Kläger erfülle nicht das geforderte Anforderungsprofil. Das von ihr für die vorgesehene Stelle vorgelegte Anforderungsprofil erweist sich aber als unschlüssig, sachlich nicht gerechtfertigt und damit willkürlich.

aa. Die Gestaltung des Anforderungsprofils für einen Arbeitsplatz unterliegt grundsätzlich der freien „unternehmerischen“ Disposition. Das Bestreben des Arbeitgebers, bestimmte Tätigkeiten - nach Möglichkeit - von Arbeitnehmern mit einer bestimmten Qualifikation ausführen zu lassen, ist grundsätzlich zu akzeptieren. Die Vorgabe kann von den Arbeitsgerichten nur auf offenbare Unsachlichkeit hin gerichtlich überprüft werden (BAG 27.07.2017 – 2 AZR 476/16 – Rn. 32; BAG 02.03.2017 – 2 AZR 546/16 – Rn. 23; BAG 22.10.2015 - 2 AZR 582/14 - Rn. 15; BAG 18.03.2010 - 2 AZR 337/08 - Rn. 19). Sind allerdings die betreffende Organisationsentscheidung und der Kündigungsentschluss des Arbeitgebers praktisch deckungsgleich, weil der Arbeitnehmer dem neuen Anforderungsprofil nicht genügt, kann die generelle Vermutung, dass eine unternehmerische Entscheidung auf sachlichen Gründen beruht, nicht unbesehen greifen. Der Arbeitgeber kann sich nicht lediglich auf seine Entscheidungsfreiheit berufen. Er muss vielmehr konkret darlegen, wie seine Entscheidung sich auf die tatsächlichen Möglichkeiten, den Arbeitnehmer einzusetzen, auswirkt und in welchem Umfang durch sie ein konkreter Änderungsbedarf entstanden ist (BAG 18.03.2010 - 2 AZR 337/08 - Rn. 20). Berufet sich der Arbeitgeber zur Rechtfertigung einer betriebsbedingten Kündigung auf eine Neubestimmung des Anforderungsprofils, muss er den zugrunde liegenden betrieblichen Anlass im Einzelnen darlegen. Die Entscheidung zur (*neuen*) Stellenprofilierung muss im Zusammenhang mit einer organisatorischen Maßnahme - ggf. im Zusammenhang mit einer Neuausrichtung der Geschäftstätigkeit - stehen, nach deren Durchführung sich die bisherigen Anforderungen an den Stelleninhaber ändern (BAG 18.03.2010 - 2 AZR 337/08 - aaO; BAG 10.07.2008 - 2 AZR 1111/06 - Rn. 31). Es muss sich bei einer geänderten Anforderung an die Qualifikation des Stelleninhabers nicht nur um eine „wünschenswerte Voraussetzung“ für die Ausführung der Tätigkeit, sondern um ein nachvollziehbares, arbeitsplatzbezogenes Kriterium für die Stellenprofilierung handeln (BAG 2.03.2017 – 2 AZR 546/16 – Rn. 23; BAG 10.07.2008

- 2 AZR 1111/06 - Rn. 26; BAG 7.07.2005 - 2 AZR 399/04 - zu II 4 c der Gründe). Die Änderung des Anforderungsprofils muss im Zusammenhang mit einer organisatorischen Maßnahme des Arbeitgebers stehen, die nach ihrer Durchführung angesichts eines veränderten Beschäftigungsbedarfs – etwa aufgrund von Änderungen des Arbeitsvolumens oder des Inhalts der Tätigkeit – auch die Anforderungen an den Arbeitsplatzinhaber erfasst (BAG 10.07.2008 – 2 AZR 1111/06 – Rdnr. 31, aaO). Gestaltet der Arbeitgeber lediglich Arbeitsabläufe um, ohne dass sich die Tätigkeit inhaltlich ändert, und ist der bisherige Stelleninhaber aufgrund seiner Fähigkeiten und Ausbildung in der Lage, die künftig anfallenden Arbeiten zu verrichten, so ist eine auf betriebliche Gründe gestützte Kündigung selbst dann nicht sozial gerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber die Änderung zum Anlass nimmt, die Stelle in eine "Beförderungsstelle" umzuwandeln (BAG 24.05.2012 – 2 AZR 124/11 – Rn. 26; ähnlich: BAG 10.11.1994 – 2 AZR 242/94 - AP KSchG 1969, § 1 Betriebsbedingte Kündigung, Nr. 65 zu B I 2 der Gründe). Das Gleiche gilt, wenn der Arbeitgeber die auf dem Arbeitsplatz bislang zu verrichtende Tätigkeit um zusätzliche Aufgaben erweitert, der dadurch veränderte Arbeitsplatz aber nach Bedeutung und Verantwortung nicht um so viel anspruchsvoller ist, dass insgesamt ein anderer Arbeitsbereich entstanden wäre (BAG 24.05.2012 – 2 AZR 124/11 – Rn. 26; BAG 30.08.1995 – 1 ABR 11/95 – AP BetrVG 1972, § 99 Versetzung, Nr. 5 zu A II 3 b bb der Gründe).

bb. Gemessen an diesen Grundsätzen erweist sich das von den Beklagten vorgelegte Anforderungsprofil als offenbar unrichtig.

(1) Die Beklagten tragen vor, der Stelleninhaber müsse folgende Fähigkeiten mitbringen:

- eine enge fachliche Verdrahtung zu den Entscheidungsträgern im Segment Gesundheit und Kenntnisse im Bereich der Krankenversicherung,
- Kenntnisse zu den DKV-Produkten,
- vertiefte Kenntnisse von Versorgungswerken des eigenen Hauses und Wettbewerbern,
- bestehende Kundenbeziehungen in den Bereichen DANV und Verbands- und Gruppengeschäft sowie der gesetzlichen Krankenversicherung,
- technische Kenntnisse zur IT-seitigen Umsetzung des Vertriebs von Versicherungen über Online-Vertriebsportale.

Diese Qualifikationsmerkmale haben nur einen eingeschränkten nachvollziehbaren Bezug zu den auszuführenden Arbeiten. Die Beklagten nennen nur die Anforderungen, die sie für notwendig halten, um die zwei neu zugeordneten Regionaldirektionen zu führen. Es werden dagegen keine Anforderungen genannt im

Hinblick auf die auch weiterhin erforderliche Betreuung der Maklerpools und Finanzvertriebe sowie im Hinblick auf die zu erfüllenden Leitungsaufgaben.

(2) Die Beklagten haben ausweislich der Erklärungen im letzten Termin zur mündlichen Verhandlung am 23.05.2018 zum Aufgabenprofil für den bislang vom Kläger wahrgenommenen Bereich mitgeteilt, es habe sich seit Arbeitsaufnahme des Klägers im Jahre 2010 auch nach seiner Ernennung zum Vertriebsdirektor Makler Pools/Finanzvertriebe bei der Beklagten zu 1. nicht wesentlich verändert, allenfalls hinsichtlich einer erheblich größeren Verantwortung für Produktionsziele. Zu den Aufgaben und damit auch zu den künftigen Aufgaben auf der Stelle des Leiters der Vertriebsdirektion Finanzvertrieb und G. gehörten:

- die Mitarbeiter des Vertriebsbereichs Koordination Key Account unter Einbeziehung von Zielvereinbarungen und regelmäßiger Durchführung von Entwicklungs- und Fördergesprächen zu führen,
- vakante Stellen des Vertriebsbereichs Koordination Key Account im Rahmen der Personal- und Stellenplanung unter Berücksichtigung der geltenden Richtlinien zu besetzen,
- innerhalb des Vertriebsbereichs Koordination Key Account durch Weiterbildungsmaßnahmen für eine systematische Nachwuchsförderung und Führungskräfteentwicklung zu sorgen,
- die Arbeitgeberfunktion gegenüber dem Betriebsrat wahrzunehmen,
- unter Berücksichtigung der vom zuständigen Ressortleiter gesetzten Ziele eigene Vertriebsstrategien für den Vertriebsbereich Koordination Key Account zu entwickeln und umzusetzen,
- die Versicherungsbestände der Vertriebsdirektion Makler durch eine Steigerung von Qualitätsgeschäft auszubauen,
- die vorgegebenen Vertriebsziele des Vertriebsbereichs Koordination Key Account auf die Mitarbeiter des Bereichs zu verteilen und diese zu erfüllen und umzusetzen,
- die Verbindungen zu Maklern und sonstigen freien Vermittlern zu pflegen und zu betreuen und diese bei der Gewinnung neuer Geschäftsbeziehungen zu unterstützen,
- neue zuverlässige und angesehene Geschäftspartner zu gewinnen und neue Zielgruppen und Geschäftsfelder aufzuspüren,
- Courtagezusagen mit neu gewonnenen Vermittlern im Rahmen der geltenden Richtlinien unter Beachtung der festgelegten Courtagesätze selbständig zu vereinbaren. Courtagezusagen mit anderen Versicherungsgesellschaften bedürfen der vorherigen Zustimmung mit dem zuständigen Ressortleiter,

- die Kostenentwicklung und Budgeteinhaltung des Vertriebsbereichs Koordination Key Account zu überwachen und gegebenenfalls steuernd einzugreifen,
- innerhalb seines Zuständigkeitsbereichs den F. Maklervertrieb innerhalb der F. Gruppe und in der Öffentlichkeit zu repräsentieren,
- seine persönliche Weiterbildung sicherzustellen,
- in Projekten, Ausschüssen und Arbeitskreisen der F. mitzuarbeiten,
- für die Einhaltung der gesetzlichen und tariflichen Vorschriften und Betriebsvereinbarungen im Vertriebsbereich Koordination Key Account zu sorgen,
- Die Koordination der Arbeitssicherheit im Vertriebsbereich Key Account sicherzustellen,
- den für den F. Maklervertrieb zuständigen Ressortleiter bei der Definition strategischer Rahmenbedingungen zu unterstützen,
- die Vertriebsdirektoren Makler konzeptionell, beispielsweise bei Courtagevereinbarungen oder der Ausgestaltung der Betreuungskonzepte für den angestellten Außendienst, zu unterstützen,
- die Kontakte zu den Key Accounts zu pflegen,
- den Markt in Bezug auf Key Accounts systematisch zu beobachten,
- die betreuten Partner bei der Repräsentation auf Messen, Ausstellungen, Kongressen und Tagungen zu unterstützen.

(3) All diese Aufgaben haben im vorgelegten Anforderungsprofil auch nicht ansatzweise Berücksichtigung gefunden. Angesichts der eigenen Aussagen der Beklagten zu der großen Bedeutung des Aufgabenbereichs ist das nicht nachvollziehbar. Die Beklagten haben diesen Widerspruch auch nicht aufgeklärt. Er erklärt sich nicht daraus, dass sie eine neue Schwerpunktsetzung auf der Stelle anstreben. Dabei mag den Beklagten eingeräumt werden, dass es ihrer unternehmerischen Entscheidung unterliegt, einhergehend mit der Umorganisation auf einzelnen Stellen neue bzw. andere Schwerpunkte festzulegen. Es ist deshalb auch nicht zu beanstanden, wenn sie eine höhere Kompetenz im Bereich Digitalisierung und Online-Geschäft sowie im Krankenversicherungsgeschäft wünschen. Dabei dürfen sie allerdings die Erfahrungen und Kenntnisse in dem bereits bestehenden Bereich Maklerpools und Finanzvertriebe nicht völlig unberücksichtigt lassen. Das Ausblenden aller Aspekte, die für die Erledigung des ganz überwiegend verbleibenden Teils der Aufgaben erforderlich sind, zeigt, dass das Anforderungsprofil aus unsachlichen Erwägungen zugeschnitten worden ist auf den neuen Stelleninhaber und um den Kläger als ungeeignet darstellen zu können. Der neue Stelleninhaber, Herr L., stammt nämlich aus dem Innendienst, sein bisheriges Aufgabengebiet ist mit dem des Klägers nicht vergleichbar und es ist nicht dargelegt worden, dass er über Erfahrungen in dem vom Kläger wahrgenommenen Aufgabenbereich im Außendienst verfügt. Es spricht damit

viel dafür, dass es den Beklagten schlicht darum ging, die Stelle einem von ihnen gewünschten Kandidaten zu übertragen.

3. Hat die Beklagte zu 1. nach alledem nicht schlüssig aufgezeigt, dass der Kläger für die Stelle als Leiter der Vertriebsdirektion Finanzvertrieb und G. ungeeignet gewesen ist, hätte sie ihn weiterbeschäftigen müssen und ihm Gelegenheit geben müssen, seine Kompetenzen in den neu zugeordneten Bereichen auszubauen, um die gewünschten neuen Schwerpunkte realisieren zu können. Die Beklagte zu 1. war unter Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte nicht gehalten, die Stelle anderen, gegenüber dem Kläger i.S.v. § 1 Abs. 3 KSchG schutzbedürftigeren Arbeitnehmern anzubieten. Im Kündigungszeitpunkt war damit die fragliche Position für den Kläger „frei“.

a. Unstreitig waren vor der Umstrukturierung sieben Vertriebsdirektoren im F. Maklervertrieb beschäftigt, während danach nur noch drei Vertriebsdirektorenposten zu besetzen waren.

b. Fallen für mehrere Arbeitnehmer Beschäftigungsmöglichkeiten weg und konkurrieren diese um eine geringere Zahl freier Arbeitsplätze beim Arbeitgeber, so ist grundsätzlich durch eine Sozialauswahl analog § 1 Abs. 3 KSchG zu entscheiden, gegenüber welchem Arbeitnehmer den Arbeitgeber die Weiterbeschäftigungsobliegenheit aus § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG trifft (vgl. BAG 12.08.2010 - 2 AZR 945/08 - Rn. 40; BAG 25.04.2002 - 2 AZR 260/01 - zu B III 2 b cc (1) der Gründe; KR/Griebeling/Rachor 11. Aufl. § 1 KSchG Rn. 546).

c. Im Streitfall hat die Beklagte zu 1. die neuen Stellen nicht nach den Grundsätzen der sozialen Auswahl vergeben. Die freien Stellen sind - bis auf die Vertriebsdirektorenstelle Makler Personenversicherung, die mit Herrn O. besetzt wurde, - nicht mit früheren Vertriebsdirektoren besetzt worden. Vielmehr sind die Stellen offensichtlich Kandidaten angeboten worden, die am besten geeignet erschienen. Das gilt auch für Herrn O., der trotz der ungünstigsten Punktzahl beim Vergleich der Sozialdaten den anderen früheren Vertriebsdirektoren mit der Begründung, er sei Leistungsträger, vorgezogen wurde.

d. Daraus folgt allerdings nicht schon, dass der Kläger sich ohne Weiteres auf die fragliche Beschäftigungsmöglichkeit berufen könnte. Dies ist nur der Fall, wenn im Kündigungszeitpunkt bei „richtigem“ Vorgehen zu seinen Gunsten eine Weiterbeschäftigungsobliegenheit bestanden hat. Hätte die Beklagte eine Auswahl anhand der Kriterien des § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG treffen müssen und die Weiterbeschäftigungsangebote für die drei neuen Vertriebsdirektionen – etwa im Wege von Änderungskündigungen – an die drei Vertriebsdirektionen mit der

höchsten sozialen Schutzwürdigkeit richten müssen, könnte der Kläger sich grundsätzlich auf den freien Arbeitsplatz im Bereich Finanzvertriebe und G. nicht berufen.

aa. Hat der Arbeitgeber eine nach § 1 Abs. 3 KSchG gebotene Sozialauswahl unterlassen, so ist die Kündigung des klagenden Arbeitnehmers zumindest dann nicht sozial ungerechtfertigt, wenn mit ihr - zufällig - eine im Ergebnis vertretbare Auswahlentscheidung getroffen wurde (BAG 21.05.2015 - 8 AZR 409/13 - Rn. 61). Auch wenn eine Sozialauswahl gar nicht oder methodisch fehlerhaft durchgeführt wurde, ist die Kündigung jedenfalls nicht aus diesem Grund unwirksam, wenn mit der Person des Gekündigten gleichwohl - zufällig - eine objektiv vertretbare Auswahl getroffen wurde (*bspw.* BAG 10.06.2010 - 2 AZR 420/09 - Rn. 19). Entsprechendes gilt, wenn eine Sozialauswahl zwar getroffen wurde, dem Auswahlverfahren aber methodische Fehler anhaften (BAG 7.07.2011 - 2 AZR 476/10 - Rn. 48). Der Arbeitgeber hat in solchen Fällen im Prozess die Möglichkeit aufzuzeigen, dass und aus welchen Gründen soziale Gesichtspunkte gegenüber dem klagenden Arbeitnehmer deshalb ausreichend berücksichtigt wurden, weil ihm selbst dann, wenn ein seitens des Arbeitnehmers gerügter Auswahlfehler unterblieben wäre, gekündigt worden wäre (grundlegend BAG 09.11.2006 - 2 AZR 812/05 - Rn. 23).

bb. Diese Erwägungen treffen sinngemäß auch auf die Auswahl der weiter zu beschäftigenden Arbeitnehmer zu. Gelingt es dem Arbeitgeber, aufzuzeigen, dass der klagende Arbeitnehmer bei gesetzeskonformem Vorgehen und bei ausreichender Beachtung sozialer Gesichtspunkte gleichermaßen von einer Beendigungskündigung betroffen gewesen wäre, wirkt sich ein möglicher Fehler im „Angebotsverfahren“ nicht aus (BAG 27.07.2017 – 2 AZR 476/16 – Rn.42).

cc. Der Fehler bei der Entscheidung, welchem Arbeitnehmer die Weiterbeschäftigung auf der Stelle des Vertriebsdirektors Finanzvertriebe und G. angeboten wird, hat sich entgegen der Auffassung der Beklagten auf das Auswahlergebnis im Fall des Klägers ausgewirkt. Die Beklagten haben nicht schlüssig aufgezeigt, dass der Kläger auch bei einer im Kündigungszeitpunkt ordnungsgemäß getroffenen Auswahlentscheidung von einer Beendigungskündigung betroffen gewesen wäre. Soweit die Beklagte zu 1. sich darauf beruft, alle anderen Vertriebsdirektoren hätten - bis auf Herrn O. - höhere Sozialpunkte erreicht und seien deshalb sozial schutzwürdiger als der Kläger, kommt es darauf nicht an. Eine soziale Auswahl zwischen den früheren sieben Vertriebsdirektoren hat die Beklagte zu 1. nicht durchgeführt. Nach dem Vortrag der Beklagten sind die Personen wegen der Betriebsbezogenheit der sozialen Auswahl, aber auch arbeits-

platzbezogen nicht miteinander vergleichbar und der Kläger ist dem nicht entgegengetreten. Fehlt es aber an der Vergleichbarkeit, scheidet eine soziale Auswahl zwischen den Vertriebsdirektoren aus. Dahingestellt bleiben konnte mithin ferner, ob Herr O. als Leistungsträger ohnehin aus dem Kreis der auswahlrelevanten Personen herausgenommen werden konnte. Auch eine soziale Auswahl zwischen dem Kläger und Herrn L. fand nicht statt. Denn auch insoweit kann nicht von vergleichbaren Mitarbeitern ausgegangen werden. Herr L. war vor seiner Ernennung zum Vertriebsdirektor im Innendienst tätig und schon von daher nicht mit dem Kläger aus dem Außendienst vergleichbar. Er gehörte nicht derselben Hierarchieebene an und es ist auch nicht vorgetragen worden, dass sein Arbeitsplatz überhaupt von den Umstrukturierungsmaßnahmen betroffen war. Dass Herr L. mit dem Kläger vergleichbar war, behauptet die Beklagte zu 1. selbst nicht. Damit war es auch im Ergebnis unerheblich, dass Herr L. mit 77 Punkten mehr Sozialpunkte vorweisen kann als der Kläger mit 64 Punkten.

II. Zu Recht hat das Arbeitsgericht auch den Auflösungsantrag der Beklagten zu 1., den sie erstmals mit Schriftsatz vom 15.03.2017 nach dem am 1.01.2017 erfolgten Betriebsübergang gestellt hat, zurückgewiesen. Es fehlt indes wegen der möglichen Rechtskrafterstreckung auf den Betriebserwerber (§§ 265 Abs. 2, 325 Abs. 1 ZPO) nicht schon an dem erforderlichen Rechtsschutzinteresse. Die Beklagte zu 1. war für den Auflösungsantrag allerdings nicht mehr aktivlegitimiert.

1. Nach der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 24.05.2005 (- 8 AZR 246/04 -) ist ein Arbeitgeber, der eine Kündigung vor einem Betriebsübergang ausgesprochen hat, trotz des Verlustes der Arbeitgeberstellung durch einen Betriebsübergang befugt, einen Auflösungsantrag zu stellen. Dies gilt zumindest dann, wenn der Auflösungszeitpunkt zeitlich vor dem Betriebsübergang liegt. Ob dies auch gilt, wenn der Auflösungszeitpunkt - wie im Streitfall - nach dem Betriebsübergang liegt, ist – soweit ersichtlich – bislang höchstrichterlich nicht entschieden.

2. Die Literatur geht weitgehend davon aus, dass der Betriebsveräußerer nach dem Betriebsübergang - abgesehen von der vom Bundesarbeitsgericht zugelassenen Ausnahme - für einen Auflösungsantrag nicht mehr aktivlegitimiert ist. (APS/Steffan § 613a BGB Rn. 255; ErfK/Preis § 613a BGB Rn. 176; HWK/Willemsen/Müller-Bonanni § 613a BGB Rn. 369a; HaKo/Wemheuer § 613a BGB Rn. 204; Däubler/Deiner/Zwanziger- *Zwanziger* § 613a BGB Rn. 300 a.A. AR-Bayreuther § 613a BGB Rn. 119).

3. Dem ist zuzustimmen. Mit einem nach Betriebsübergang gestellten Auflösungsantrag, der zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses erst nach dem Betriebsübergang führen würde, verfolgt der Betriebsveräußerer anders als in dem vom Bundesarbeitsgericht zugelassenen Fall keine eigenen Rechte. Die beantragte Auflösung des Arbeitsverhältnisses käme nur dem Betriebserwerber zu Gute. Hinzu kommt, dass der Arbeitgeber es anders als der Arbeitnehmer ohnehin nicht in der Hand hat, seine Aktivlegitimation dauerhaft zu erhalten, da er nicht mittels eines Widerspruchs den Übergang des Arbeitsverhältnisses im Wege eines Betriebsübergangs verhindern kann. Demgegenüber sind keine Anhaltspunkte dafür vorhanden, die es gebieten könnten, den Auflösungsantrag mit Wirkung gegenüber dem Erwerber zuzulassen.

4. Danach war die Beklagte zu 1. für den erst nach dem Betriebsübergang gestellten Auflösungsantrag nicht mehr aktivlegitimiert. Die Auflösung des Arbeitsverhältnisses hätte angesichts des Betriebsübergangs am 1.01.2017 vor dem Auflösungszeitpunkt nach § 9 Abs. 2 KSchG, dem Ablauf der Kündigungsfrist am 31.03.2017, keine Auswirkungen auf ihre Rechte und Pflichten, sondern nur noch Auswirkungen auf die Rechte und Pflichten der Beklagten zu 2. Dann kann aber auch die Beklagte zu 2. die Auseinandersetzung selbst führen.

III. Der Entscheidung des Arbeitsgerichts, das Arbeitsverhältnis des Klägers gegen Zahlung einer Abfindung zum 31.03.2017 auf Antrag der Beklagten zu 2. aufzulösen, folgt die Berufungskammer nicht. Der Auflösungsantrag der Beklagten zu 2. bedurfte einer Begründung. Der Kläger war bei der Beklagten zu 1. kein leitender Angestellter i.S.v. § 14 Abs. 2 S. 1 KSchG, sodass auch die Beklagte zu 2. sich nicht darauf berufen kann.

1. Nach § 14 Abs. 2 KSchG findet auf Geschäftsführer, Betriebsleiter und ähnlich leitende Angestellte, soweit diese zur selbständigen Einstellung oder Entlassung von Arbeitnehmern berechtigt sind, § 9 Abs. 1 S. 2 KSchG mit der Maßgabe Anwendung, dass der Antrag des Arbeitgebers auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses keiner Begründung bedarf.

a. Die Befugnis zur selbständigen Einstellung oder Entlassung muss entweder eine bedeutende Anzahl von Arbeitnehmern oder eine gewisse Anzahl bedeutender Arbeitnehmer erfassen. Entscheidend für das Gewicht der Personalkompetenz ist, welchen Stellenwert die Tätigkeit der Mitarbeiter, die der Betreffende einstellt oder entlässt, für das Unternehmen hat. Es kann auch dann ausreichend sein, wenn sich die personellen Entscheidungskompetenzen des Angestellten auf eine geschlossene Gruppe beziehen, die für das Unternehmen, insbesondere für dessen unternehmerischen Erfolg, von Bedeutung ist (BAG

19.04.2012 – 2 AZR 186/11 – Rn. 31; BAG 14.04.2011 – 2 AZR 167/10 – AP KSchG 1969 § 14 Nr. 12, Rn. 14).

b. Zur selbständigen Einstellung oder Entlassung i.S.v. § 14 Abs. 2 KSchG sind nur solche Arbeitnehmer berechtigt, deren entsprechende Befugnis nicht nur im Außen- sondern auch im Innenverhältnis besteht. Von einer Berechtigung zur selbständigen Einstellung kann nicht die Rede sein, wenn sie sich auf die Befugnis beschränkt, intern Vorschläge zu unterbreiten (BAG 19.04.2012 – 2 AZR 186/11 – Rn. 32; BAG 14.04.2011 – 2 AZR 167/10 – AP KSchG 1969 § 14 Nr. 12, Rn. 13).

c. Die Personalkompetenz muss einen wesentlichen Teil der Tätigkeit des Angestellten ausmachen und darf nicht „nur auf dem Papier stehen“. Sie muss tatsächlich ausgeübt werden (BAG 19.04.2012 – 2 AZR 186/11 – Rn. 33; BAG 14.04.2011 – 2 AZR 167/10 – AP KSchG 1969 § 14 Nr. 12, Rn. 15).

2. Die Anwendung dieser Grundsätze auf den Streitfall führt zu dem Ergebnis, dass der Kläger bei der Beklagten zu 1. nicht zur Personengruppe des § 14 Abs. 2 KSchG gehörte.

a. Dabei konnte dahingestellt bleiben, ob der Kläger schon als Betriebsleiter einzuordnen war, wie die Beklagten meinen, oder zu den ähnlich leitenden Angestellten i.S.v. § 14 Abs. 2 KSchG gehörte. Die erforderliche Einstellungs- oder Entlassungskompetenz muss nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. nur BAG 18.10.2000 - 2 AZR 465/99 – Rn. 130), der sich die erkennende Kammer anschließt, nicht nur bei ähnlich leitenden Angestellten vorhanden sein, sondern auch bei Geschäftsführern und Betriebsleitern.

b. An der erforderlichen Personalkompetenz fehlte es. Dabei mag der Kläger die Befugnis gehabt haben, die ihm unterstellten Mitarbeiter entsprechend dem Kompetenzrahmen, ungeachtet seiner rechtlichen Verbindlichkeit, einzustellen und zu entlassen. Die Personalverantwortung des Klägers hat aber nicht zu einem wichtigen Teilbereich seiner Führungsaufgaben gezählt. Sie hat keinen wesentlichen Teil seiner Tätigkeit ausgemacht. Hierfür kommt es nicht allein darauf an, welchen zeitlichen Anteil sie an der Tätigkeit hatte. Maßgebend ist, ob sie von wesentlicher Bedeutung für das Unternehmen und damit als Teil der Tätigkeit des Angestellten qualitativ erheblich war. Dies war beim Kläger nicht der Fall. Der Kläger hat seine Befugnisse im Ergebnis aufgrund der Strategieentscheidungen im F. Maklervertrieb und aufgrund der mit den Mitbestimmungsgremien getroffenen Vereinbarungen tatsächlich kaum ausgeübt bzw. von ihnen nur in geringem Umfang Gebrauch gemacht. Im fraglichen Zeitraum hat der Kläger wohl nur eine

Einstellung vorgenommen und eine Kündigung ausgesprochen. Bei dieser Lage ist nicht erkennbar, dass die Personalkompetenz, auch wenn sie ihm formal zugestanden haben sollte, neben seinen anderen Aufgaben überhaupt ins Gewicht gefallen ist.

c. Dem stehen auch die Stellenbeschreibung und die Einordnung des Klägers als leitender Angestellter nicht entgegen. Der Kläger war Mitglied der ersten Führungsebene und er mag leitender Angestellter im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes gewesen sein, woran die Berufungskammer im Ergebnis nicht zweifelt. Der Begriff des leitenden Angestellten i.S.v. § 5 Abs. 3, 4 BetrVG ist allerdings nicht deckungsgleich mit dem des leitenden Angestellten i.S.v. § 14 Abs. 2 KSchG. Hier stehen die Personalkompetenzen im Vordergrund und das Bundesarbeitsgericht hat in ständiger Rechtsprechung betont, dass gerade die Personalkompetenz prägend sein muss für das Aufgabengebiet des leitenden Angestellten i.S.d. § 14 Abs. 2 KSchG. Ausgehend von dieser Argumentation kann es dann aber keinen Unterschied machen, aus welchen Gründen eine solche Personalkompetenz nicht festgestellt werden kann. Nach der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 14.04.2011 - 2 AZR 167/10 - kann der Arbeitgeber sich nicht auf vertraglich eingeräumte Personalkompetenzen berufen, wenn er sie ihm tatsächlich vorenthält. Im Streitfall erscheint der Sachverhalt vergleichbar, wenn auf Unternehmensebene u.a. durch Strategieentscheidungen und kollektivrechtliche Regelungen Einstellungen und Entlassungen beschränkt werden. Das Ergebnis ist in beiden Fällen gleich. Die Personalentscheidungen in diesem Bereich haben nur noch eine ganz untergeordnete Bedeutung. Dann kann aber nach Auffassung der Berufungskammer auch in diesem Fall nicht von einer die Tätigkeit prägenden Kompetenz ausgegangen werden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die betrieblichen Vorgaben dazu führen, dass der Arbeitnehmer die Personalkompetenzen nicht nur vorübergehend kaum ausübt, sondern sie – wie im Streitfall - seit seiner Einstellung bei der Beklagten zu 1. im Jahre 2013 über Jahre hinweg kaum ausgeübt hat.

B.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 525 Satz 1 ZPO, § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG. Die Beklagten sind hinsichtlich des Kündigungsschutzantrags und mit ihren Auflösungsanträgen unterlegen. Sie haben damit das Berufungsverfahren insgesamt verloren und sind verpflichtet, die hier angefallenen Kosten je zur Hälfte zu tragen. Erstinstanzlich war bei der Kostenverteilung zusätzlich der Feststellungsantrag zu berücksichtigen, mit dem der Kläger unterlegen ist und den er in der Berufungsinstanz nicht mehr weiter verfolgt hat. Ausgehend von einem Streitwert für den Kündigungsschutzantrag in Höhe von drei Bruttomonatsverdiensten, für jeden Auflösungsantrag von einem Bruttomonatsverdienst und für den Feststellungsantrag von 80% eines Bruttoverdienstes (insgesamt 5,8 Bruttomonatsverdienste) bei Nichtberücksichtigung des erstinstanzlich hilfsweise gestellten Weiterbeschäftigungsantrags ergibt sich bei einem Unterliegen des Klägers im Umfang von 0,8 Bruttoverdiensten eine Kostenquote von 14%. Die verbleibenden Kosten waren zu gleichen Teilen den Beklagten aufzuerlegen.

Die Kammer hat hinsichtlich der Auflösungsanträge eine entscheidungserhebliche Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne des § 72 Abs. 2 Ziffer 1 ArbGG bejaht und entsprechend hierzu die Revision für die Beklagten zugelassen.

RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen dieses Urteil kann von den Beklagten zu 1) und 2)

REVISION

nur eingelegt werden zur Weiterverfolgung ihrer Auflösungsanträge.

Für die klagende Partei ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss **innerhalb einer Notfrist* von einem Monat** schriftlich oder in elektronischer Form beim

Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt
Fax: 0361-2636 2000

eingelegt werden.

Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.

Die Revisionsschrift **muss** von einem **Bevollmächtigten** unterzeichnet sein. Als **Bevollmächtigte** sind nur zugelassen:

1. Rechtsanwälte,
2. Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,
3. Juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in Nummer 2 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt, und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In den Fällen der Ziffern 2 und 3 müssen die Personen, die die Revisionsschrift unterzeichnen, die Befähigung zum Richteramt haben.

Eine Partei, die als Bevollmächtigter zugelassen ist, kann sich selbst vertreten.

Die elektronische Form wird durch ein elektronisches Dokument gewahrt. Das elektronische Dokument muss für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet und mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 46c ArbGG nach näherer Maßgabe der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (ERVV) v. 24. November 2017 in der jeweils geltenden Fassung eingereicht werden. Nähere Hinweise zum elektronischen Rechtsverkehr finden Sie auf der Internetseite des Bundesarbeitsgerichts www.bundesarbeitsgericht.de.

*** eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.**

Göttling

Klossek

Hartmann

Beglaubigt

Willms

Regierungsbeschäftigte

