

ZAP

18 | 2020

Zeitschrift für die Anwaltspraxis

30. September

32. Jahrgang

ISSN 0936-7292

Herausgeber: Rechtsanwalt und Notar Dr. Ulrich Wessels, Präsident der Bundesrechtsanwaltskammer • Rechtsanwalt beim BGH Prof. Dr. Ekkehart Reinelt, Karlsruhe • Rechtsanwalt Martin W. Huff, Köln • Prof. Dr. Martin Henssler, Institut für Anwaltsrecht, Universität zu Köln • Rechtsanwältin und Notarin Edith Kindermann, Präsidentin des Deutschen Anwaltvereins • Rechtsanwalt und Notar Herbert P. Schons, Duisburg • Rechtsanwalt Norbert Schneider, Neunkirchen • Rechtsanwalt Dr. Hubert W. van Bühren, Köln **Begründet von:** Rechtsanwalt Dr. Egon Schneider



AUS DEM INHALT

Kolumne

ReNo-Ausbildungsstart: Jetzt erst recht und trotz Corona! (S. 931)

Anwaltsmagazin

Anwaltschaft nur teilweise zufrieden mit RVG-Anpassung (S. 932) • Restschuldbefreiungsverfahren wird verkürzt (S. 934) • Gesetz gegen Abmahnmissbrauch passiert Rechtsausschuss (S. 937)

Aufsätze

Börstinghaus, Rechtsprechungs- und Literaturübersicht zum Wohnraummietrecht (S. 951)

Horst, Die Auswirkungen von Energiewende und Klimaschutz im WEG- und Mietrecht (S. 963)

Holthausen, Basiswissen: Was der anwaltliche Berufsanfänger vom Arbeitsrecht wissen muss (S. 973)

Rechtsprechung

BAG: Anspruch des Betriebsrats nach Entgelttransparenzgesetz (S. 946)

BGH: Digitaler Gebrauch eines Ausweispapiers (S. 948)

OLG Zweibrücken: Vertretungsvorsorge bei fortdauernder Pandemielage (S. 950)

ZAP



Arbeitsrecht

Materielles Kündigungsschutzrecht

Basiswissen 2: Was der anwaltliche Berufsanfänger vom Arbeitsrecht wissen muss – Die betriebsbedingte Kündigung (Teil 2)

Von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht Dr. JOACHIM HOLTHAUSEN, Köln

Hinweis:

Der Beitrag ist in zwei Teile aufgeteilt: Teil 1 behandelt die Voraussetzungen der betriebsbedingten Kündigung sowie die Kündigungserklärung, die Kündigungsfrist, Sonderkündigungsschutztatbestände sowie die diversen Konstellationen des Kündigungsgrunds (Teil 1 des Beitrags ist in ZAP 2020, S. 867 ff./F. 17, S. 1415 ff. erschienen). In Teil 2 stellt der Verf. nachfolgend die außerordentliche betriebsbedingte Kündigung mit Auslauffrist, die betriebsbezogene Sozialauswahl, den Interessenausgleich, Auswahlrichtlinien sowie die Voraussetzungen der Massenentlassung und die Kurzarbeit vor.

Inhalt

- | | |
|--|--|
| IX. Außerordentliche betriebsbedingte Kündigung mit Auslauffrist | XII. Auswahlrichtlinien und Altersgruppenbildung |
| X. Betriebsbezogene Sozialauswahl (§ 1 Abs. 3 KSchG) | XIII. Massenentlassung |
| XI. Interessenausgleich mit Namensliste | XIV. Betriebsbedingte Kündigung und Kurzarbeit |
| | XV. Fazit |

IX. Außerordentliche betriebsbedingte Kündigung mit Auslauffrist

Eine auf betriebliche Gründe gestützte außerordentliche Kündigung kommt in Betracht, wenn die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung ausgeschlossen ist und dies dazu führt, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer andernfalls trotz Wegfalls der Beschäftigungsmöglichkeit noch für Jahre vergüten müsste, ohne dass dem eine entsprechende Arbeitsleistung gegenüberstünde. Der Arbeitgeber ist im Fall einer auf betriebliche Gründe gestützten außerordentlichen Kündigung in besonderem Maß verpflichtet, zu versuchen, die Kündigung durch geeignete andere Maßnahmen zu vermeiden. Besteht irgendeine Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis sinnvoll fortzuführen, wird er den Arbeitnehmer i.d.R. entsprechend einzusetzen haben. Erst wenn sämtliche denkbaren Alternativen ausscheiden, kann ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung vorliegen (BAG, Urt. v. 27.6.2019 – 2 AZR 50/19, NZA 2019, 1345). Den hohen materiell-rechtlichen Anforderungen an das Vorliegen eines wichtigen Grundes i.S.v. § 626 Abs. 1 BGB entsprechen die prozessualen Anforderungen an den Umfang der Darlegungen des Arbeitgebers. Dieser hat von sich aus darzutun, dass keinerlei Möglichkeit besteht, das Arbeitsverhältnis – ggf. zu geänderten Bedingungen und nach

Basiswissen 2: Arbeitsrecht

entsprechender Umschulung – sinnvoll fortzusetzen. Das **Fehlen jeglicher Beschäftigungsmöglichkeit** zählt bei der außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung zum „*wichtigen Grund*“ (BAG, Urt. v. 18.6.2015 – 2 AZR 480/14, NZA 2015, 1315).

X. Betriebsbezogene Sozialauswahl (§ 1 Abs. 3 KSchG)

Die betriebsbezogene Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG stellt bei einer ordentlichen Kündigung **zwingendes Recht** dar. Sie kann weder durch einzelvertragliche noch durch kollektivrechtliche Vereinbarungen abbedungen werden. Dies gilt im Ergebnis auch für außerordentliche Kündigungen aus betrieblichen Gründen (BAG, Urt. v. 27.6.2019 – 2 AZR 50/19, NZA 2019, 1345). Nach § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG ist die Kündigung trotz Vorliegens dringender betrieblicher Erfordernisse unwirksam, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des gekündigten Arbeitnehmers bestimmte soziale Gesichtspunkte nicht ausreichend berücksichtigt hat. Gemäß § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG sind in die soziale Auswahl nach S. 1 Arbeitnehmer nicht einzubeziehen, deren Weiterbeschäftigung, insb. wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen oder zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebs, im berechtigten betrieblichen Interesse liegt. Das Regelungsziel der Sozialauswahl besteht darin, zu einer gerechten Verteilung der verbliebenen Arbeitsplätze unter den Arbeitnehmern beizutragen (BAG, Urt. v. 31.5.2007 – 2 AZR 276/06, NZA 2008, 33). Es soll grds. dem Arbeitnehmer gekündigt werden, der auf das Arbeitsverhältnis am wenigsten angewiesen ist (BAG, Urt. v. 27.4.2017 – 2 AZR 67/16, NZA 2017, 902). Der Arbeitgeber hat in die Sozialauswahl diejenigen Arbeitnehmer einzubeziehen, die miteinander vergleichbar sind (sog. **auswahlrelevanter Personenkreis**). Dies sind Arbeitnehmer, die nach arbeitsplatzbezogenen Merkmalen aufgrund ihrer Fähigkeiten und Kenntnisse sowie nach dem Inhalt der von ihnen vertraglich geschuldeten Aufgaben austauschbar sind. Es geht darum, ob der unmittelbar kündigungsbedrohte Arbeitnehmer den fortbestehenden Arbeitsplatz desjenigen Arbeitnehmers übernehmen kann, den er für sozial weniger schützenswert hält und dessen Arbeitsverhältnis nicht gekündigt werden soll (BAG, Urt. v. 15.11.2011 – 2 AZR 42/10). Es findet eine horizontale, aber keine vertikale Vergleichbarkeitsprüfung statt. Weder hat der Arbeitnehmer i.R.d. Sozialauswahl einen Beförderungsanspruch, noch findet ein Verdrängungswettbewerb „*nach unten*“ statt. § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG verlangt vom Arbeitgeber die „*ausreichende*“ Berücksichtigung der dort aufgeführten Auswahlkriterien (Dauer der Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Unterhaltungspflichten und Schwerbehinderung). § 1 Abs. 3 KSchG ist nicht zu entnehmen, wie die genannten sozialen Gesichtspunkte zueinander ins Verhältnis zu setzen sind. Keinem Kriterium kommt eine Priorität gegenüber den anderen zu. Vielmehr sind stets die individuellen Unterschiede zwischen den vergleichbaren Arbeitnehmern und deren „*Sozialdaten*“ zu berücksichtigen und abzuwägen. Dabei braucht der Arbeitgeber nicht die „*bestmögliche*“ Sozialauswahl vorgenommen zu haben. Ebenso wenig ist entscheidend, ob das Arbeitsgericht dieselbe Auswahl getroffen hätte, wenn es eigenverantwortlich die sozialen Erwägungen hätte anstellen und die sozialen Grunddaten hätte gewichten müssen. Der dem Arbeitgeber einzuräumende **Wertungsspielraum** führt dazu, dass nur deutlich schutzwürdigere Arbeitnehmer sich mit Erfolg auf einen Auswahlfehler berufen können (BAG, Urt. v. 29.1.2015 – 2 AZR 164/14, NZA 2015, 426; BAG, Urt. v. 22.3.2012 – 2 AZR 167/11, NZA 2012, 1040). Aber auch dann, wenn der Arbeitgeber an eine Sozialauswahl gar nicht gedacht oder ausschließlich betriebliche Belange berücksichtigt hat, ist die Kündigung nicht per se sozialwidrig. Es spricht dann zwar eine tatsächliche Vermutung für die Sozialwidrigkeit der Kündigung, diese kann jedoch vom Arbeitgeber ausgeräumt werden, die Sozialauswahl kann durchaus zufällig richtig sein (BADER, NZA Beilage 2010, 85, 88; BAG, Urt. v. 8.10.2006 – 2 AZR 473/05, NZA 2007, 504). Personen, die keinen Kündigungsschutz nach § 1 Abs. 1 KSchG genießen, sind ebenso wie Arbeitnehmer mit gesetzlichem Sonderkündigungsschutz nicht in die Sozialauswahl einzubeziehen.

Die **Darlegungs- und Beweislast** für die Tatsachen, aus denen sich die Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl ergibt, liegt grds. beim Arbeitnehmer. Es ist zunächst Sache des Arbeitnehmers, die Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl darzulegen, sofern er über die erforderlichen Informationen verfügt. Soweit er hierzu nicht in der Lage ist und deswegen den Arbeitgeber zur Mitteilung der Gründe auffordert, die ihn zu der Auswahl veranlasst haben, hat dieser als Folge seiner materiellen Aus-

kunftpflicht gem. § 1 Abs. 3 S. 1 Hs. 2 KSchG auch im Prozess substantiiert vorzutragen. Seine sich aus der Mitteilungspflicht ergebende Vortragslast ist grds. auf die subjektiven, von ihm tatsächlich angestellten Auswahlüberlegungen beschränkt. Der Arbeitnehmer hat keinen Anspruch auf die vollständige Auflistung der Sozialdaten aller objektiv vergleichbaren Arbeitnehmer (BAG, Urt. v. 27.9.2012 – 2 AZR 516/11, NZA 2013, 559; BAG, Urt. v. 18.1.2007 – 2 AZR 796/05, AP Nr. 89 zu § 1 KSchG 1969). Kommt der Arbeitgeber der ihm hinsichtlich seiner subjektiven Auswahlüberlegungen obliegenden Darlegungslast vollständig nach, hat der Arbeitnehmer wieder die volle Darlegungs- und Beweislast für eine objektiv fehlerhafte Auswahlentscheidung.

Es kann sich aber unter Umständen bereits aus den Angaben des Arbeitgebers ergeben, dass das Auswahlverfahren objektiv nicht den gesetzlichen Anforderungen der sozialen Auswahl entsprochen hat (z.B. Verkennung des auswahlrelevanten Personenkreises). Bei einer derartigen Fallgestaltung braucht der Arbeitnehmer zunächst nichts weiter darzulegen, vielmehr spricht eine vom Arbeitgeber auszuräumende tatsächliche Vermutung dafür, dass auch die Auswahlentscheidung objektiv fehlerhaft und damit die Kündigung sozialwidrig ist. Der Arbeitgeber muss dann näher darlegen, dass trotz Durchführung eines gegen § 1 Abs. 3 KSchG verstoßenden Auswahlverfahrens gleichwohl der gekündigte Arbeitnehmer nach dem Maßstab des § 1 Abs. 3 KSchG nicht fehlerhaft ausgewählt worden ist.

Es reicht aus, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer mitteilt, welche anderen Arbeitnehmer er für vergleichbar hält und in die Sozialauswahl miteinbezogen hat. Wenn allen diesen Arbeitnehmern gekündigt und keinem die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses angeboten wurde, hat er bereits durch Nennung der Namen und den Hinweis darauf, dass alle anderen Arbeitnehmer nicht vergleichbar sind, dem Kläger Auskunft über die von ihm zugrunde gelegten Auswahlkriterien, deren Gewichtung und die Namen der seiner subjektiven Auffassung nach in die Auswahl einzubeziehenden Arbeitnehmer erteilt (BAG, Urt. v. 21.5.2015 – 8 AZR 409/13, NZG 2016, 35).

XI. Interessenausgleich mit Namensliste

Sind bei einer Kündigung aufgrund einer Betriebsänderung nach § 111 BetrVG die Arbeitnehmer, denen gekündigt werden soll, in einem Interessenausgleich namentlich bezeichnet, wird vermutet, dass die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse i.S.d. § 1 Abs. 2 KSchG bedingt ist. Die soziale Auswahl der Arbeitnehmer kann zudem nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden. Diese Erleichterungen verfolgen das Ziel, bei betriebsbedingten Kündigungen einer größeren Zahl von Arbeitnehmern eine **erhöhte Rechtssicherheit** zu erreichen. Der Eintritt der Rechtsfolgen des § 1 Abs. 5 S. 1 und S. 2 KSchG beruht auf der Erwägung, dass von der übereinstimmenden Beurteilung der Betriebsparteien, die sich in einem Interessenausgleich auf die Namen der zu kündigenden Arbeitnehmer verständigt haben, eine **hohe Gewähr für die Richtigkeit** ihrer Einschätzung ausgeht. Nach Vorstellung des Gesetzgebers sollen die Betriebsräte verstärkt in die Verantwortung für Betriebsänderungen i.S.v. § 111 BetrVG einbezogen werden sowie im Rahmen eines nicht durch Spruch der Einigungsstelle erzwingbaren Interessenausgleichs einen erhöhten Einfluss auf die Umsetzung der unternehmerischen Entscheidung und auf die Einzelheiten der Betriebsänderung gewinnen (BAG, Urt. v. 19.7.2012 – 2 AZR 386/11, NZA 2013, 333). Die durch § 1 Abs. 5 KSchG bewirkten nachteiligen Folgen der Namensliste für die kündigungsrechtliche Stellung der von ihr betroffenen Arbeitnehmer ist verfassungsrechtlich nur durch die Einflussnahmemöglichkeit des Betriebsrats auf die gesamte unternehmerische Maßnahme und ihre Folgen für die davon betroffenen Arbeitnehmer zu rechtfertigen (BAG, Urt. v. 27.9.2012 – 2 AZR 516/11, NZA 2013, 559).

Liegen die Voraussetzungen des § 1 Abs. 5 S. 1 KSchG vor, wird gem. § 292 ZPO die rechtliche Folge – das Vorliegen dringender betrieblicher Erfordernisse i.S.d. § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG – ohne weiteren Vortrag des Arbeitgebers **gesetzlich vermutet**. Diese Vermutung bezieht sich sowohl auf den Wegfall der bisherigen Beschäftigung als auch auf das Fehlen anderer Beschäftigungsmöglichkeiten im Betrieb. Gegen die Vermutung des § 1 Abs. 5 S. 1 KSchG ist nur der Beweis des Gegenteils zulässig (§ 292 ZPO). Der

Basiswissen 2: Arbeitsrecht

Arbeitnehmer muss deshalb darlegen und im Bestreitensfall beweisen, weshalb sein Arbeitsplatz trotz der Betriebsänderung noch vorhanden ist oder wo sonst im Betrieb oder Unternehmen er weiterbeschäftigt werden kann. Dabei muss er seine Kenntnismöglichkeiten ausschöpfen (BAG, Urt. v. 27.9.2012 – 2 AZR 516/11, a.a.O.).

XII. Auswahlrichtlinien und Altersgruppenbildung

Ist in einem Tarifvertrag, in einer Betriebsvereinbarung nach § 95 BetrVG oder in einer entsprechenden Richtlinie nach den Personalvertretungsgesetzen festgelegt, wie die sozialen Gesichtspunkte nach § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG im Verhältnis zueinander zu bewerten sind, kann die Bewertung nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden (§ 1 Abs. 4 KSchG). Der Wirksamkeit eines Punktesystems einer Auswahlrichtlinie steht nicht entgegen, dass es keine abschließende Einzelfallbetrachtung des Arbeitgebers vorsieht. Der Arbeitgeber braucht neben den im Gesetz (§ 1 Abs. 3 S. 1 KSchG) vorgeschriebenen Kriterien keine weiteren Gesichtspunkte zu berücksichtigen, weshalb ein Punktesystem keine individuelle Abschlussprüfung vorsehen muss. Arbeitgeber und Betriebsrat können Auswahlrichtlinien i.S.v. § 1 Abs. 4 KSchG später oder zeitgleich – etwa bei Abschluss eines Interessenausgleichs mit Namensliste – ändern. Setzen sich die Betriebsparteien in einem bestimmten Punkt gemeinsam über die Auswahlrichtlinie hinweg, gilt die Namensliste (BAG, Urt. v. 24.10.2013 – 6 AZR 854/11, NZA 2014, 46).

Die Vornahme einer Sozialauswahl kann gem. § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG im Rahmen von Altersgruppen erfolgen, wenn dies zur Sicherung einer ausgewogenen Altersstruktur der Belegschaft im berechtigten betrieblichen Interesse liegt. Dies setzt voraus, dass die im konkreten Fall vorgenommene Altersgruppenbildung und die daraus abgeleiteten Kündigungsentscheidungen zur Sicherung der bestehenden Personalstruktur tatsächlich geeignet sind. Die sich ergebende Verteilung der bislang Beschäftigten auf die gebildeten Altersgruppen muss ihre prozentuale Entsprechung in der Anzahl der in der jeweiligen Altersgruppe zu kündigenden Arbeitsverhältnisse finden. Es müssen innerhalb des zur Sozialauswahl anstehenden Personenkreises nach sachlichen Kriterien Altersgruppen gebildet, die prozentuale Verteilung der Belegschaft auf die Altersgruppen festgestellt und die Gesamtzahl der auszusprechenden Kündigungen diesem Proporz entsprechend auf die einzelnen Altersgruppen verteilt werden. Die Beteiligung der einzelnen Altersgruppen am Personalabbau hat auch im Anwendungsbereich des § 1 Abs. 5 S. 2 KSchG streng proportional zu erfolgen. Beteiligt der Arbeitgeber die Altersgruppen proportional unterschiedlich stark am Personalabbau, führt dies zu einer Veränderung der vorhandenen Altersstruktur. Eine solche stellt kein berechtigtes Interesse i.S.v. § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG dar (BAG, Urt. v. 26.3.2015 – 2 AZR 478/13, NZA 2015, 1122).

XIII. Massenentlassung

Die Vorschriften der §§ 17 und 18 KSchG zur Massenentlassung erweisen sich, wie nicht zuletzt die gerichtlichen Entscheidungen der jüngsten Vergangenheit belegen (BAG, Urt. v. 13.2.2020 – 6 AZR 146/19 „Air Berlin“, ZAP EN-Nr. 349/2020), immer öfter als Stolperstein ersten Grades (vertiefend SEIDEL/WAGNER, BB 2018, 692).

Die Freiheit des Arbeitgebers oder eines hinter ihm stehenden Dritten, zu entscheiden, ob und zu welchem Zeitpunkt Massenentlassungen erfolgen sollen, wird durch die **Massenentlassungsrichtlinie** (kurz: MERL) EGRL 59/98, deren Umsetzung § 17 Abs. 2 KSchG dient, nicht beschränkt. Die MERL bezweckt nur eine **Teilharmonisierung**. Sie überlässt es dem nationalen Recht, die materiell-rechtlichen Voraussetzungen festzulegen, unter denen der Arbeitgeber ggf. Massenentlassungen vornehmen kann oder nicht. Deshalb kann eine über das nach dem KSchG vorgesehene Maß hinausgehende Kontrolle der unternehmerischen Entscheidung nicht mittelbar über das Konsultationsverfahren erzwungen werden. Das gilt unabhängig davon, ob die Entscheidung „aus freien Stücken“ von dem Vertragsarbeitgeber getroffen oder ob sie ihm von einem beherrschenden Unternehmen „diktiert“ wird (BAG, Urt. v. 26.10.2017 – 2 AZR 298/16, ZAT 2017, 197). Durch die MERL und die sie begleitende Rechtsprechung des EuGH (vgl. etwa EuGH, Urt. v. 27.1.2005 – C-188/03 „Junk“, NZA 2005, 213) rückt aber zusehends der

individuelle Schutz der betroffenen Arbeitnehmer in den Fokus. Der **Geltungsvorrang europäischen Rechts** bei der Auslegung nationalen Rechts (§ 17 KSchG) führt dabei zu einem teilweise völlig neuen Verständnis einzelner Regelungen i.R.d. Verfahrens der Massenentlassung (Kündigungserklärung = Entlassung). Komplex und fehleranfällig ist die Bestimmung der Schwellenwerte nach § 17 Abs. 1 KSchG, da erhebliche Rechtsunsicherheiten bestehen, was („vom Arbeitgeber veranlasste Beendigungen des Arbeitsverhältnisses“ = ordentliche betriebsbedingte Beendigungs- und Änderungskündigungen, Aufhebungsverträge, Eigenkündigungen, dreiseitige Überleitungsverträge) und wer (Fremd-Geschäftsführer, Praktikanten, Leiharbeitnehmer) mitgezählt wird. Auch die Frage nach dem maßgeblichen Zeitpunkt der Entlassung ist für die rechtssichere Bestimmung des 30-Tage-Zeitraums und die Berechnung der erfassten Entlassungstatbestände von entscheidender Bedeutung (zum Ganzen SEIDEL/WAGNER, BB 2018, 692).

Die nach § 17 Abs. 1 KSchG erforderliche Massenentlassungsanzeige kann erst dann wirksam erstattet werden, wenn der Arbeitgeber im Zeitpunkt ihres Eingangs bei der Agentur für Arbeit bereits zur Kündigung entschlossen ist. Kündigungen im Massenentlassungsverfahren sind daher – vorbehaltlich der Erfüllung sonstiger Kündigungsvoraussetzungen – wirksam, wenn die **ordnungsgemäße Anzeige bei der zuständigen Agentur für Arbeit** eingeht, **bevor dem Arbeitnehmer das Kündigungsschreiben zugegangen** ist. Das Konsultationsverfahren soll dem Betriebsrat ermöglichen, konstruktive Vorschläge unterbreiten zu können, um die Massenentlassung zu verhindern oder jedenfalls zu beschränken bzw. die Folgen einer Massenentlassung durch soziale Begleitmaßnahmen zu mildern. Hingegen dient das Anzeigeverfahren gegenüber der Bundesagentur für Arbeit vornehmlich **beschäftigungspolitischen Zwecken**. Die Agentur soll rechtzeitig über eine bevorstehende Massenentlassung unterrichtet werden, um sich auf die Entlassung einer größeren Anzahl von Arbeitnehmern vorbereiten und ihre Vermittlungsbemühungen darauf einstellen zu können. Diese Unterschiede des Konsultations- und des Anzeigeverfahrens sind in den Vorgaben der EGRL 59/98 (MERL) angelegt. Nach dem Verständnis des EuGH ist die Anzeigepflicht zu erfüllen, bevor der Arbeitgeber durch die Mitteilung der Kündigung seiner Entscheidung, das Arbeitsverhältnis zu beenden, Ausdruck gegeben hat (EuGH, Urt. v. 27.1.2005 – C- 188/03, a.a.O.), nicht aber, bevor der Arbeitgeber seinen Kündigungsentschluss abschließend gefasst hat. Interne Willensbildungsprozesse spielen insoweit keine Rolle (BAG, Urt. v. 13.6.2019 – 6 AZR 459/18, NZA 2019, 1638).

Das **Konsultationsverfahren** ist vor Folgekündigungen dann noch einmal durchzuführen, wenn abermals ein Massenentlassungstatbestand vorliegt und (noch) eine beteiligungsfähige Arbeitnehmervertretung besteht. Der Arbeitgeber unterliegt im Konsultationsverfahren keinem Einigungszwang. Es reicht aus, wenn er mit dem ernstlichen Willen zur Einigung in die Verhandlungen mit dem Betriebsrat geht und ggf. bereit ist, dessen abweichende Vorschläge ins Kalkül zu ziehen und sich mit ihnen auseinanderzusetzen. Dem steht nicht entgegen, dass der Arbeitgeber die Vermeidung oder Einschränkung von Entlassungen von bestimmten Bedingungen abhängig macht. Auch eine absolute Verhandlungs(mindest)dauer ist weder nach nationalem noch nach Unionsrecht vorgeschrieben. Die Konsultationen sind ohne Einigung der Betriebsparteien beendet, wenn der Arbeitgeber annehmen darf, es bestehe kein Ansatz für weitere, zielführende Verhandlungen. Dem Arbeitgeber kommt in diesem Rahmen eine Beurteilungskompetenz zu, wann er den Beratungsanspruch des Betriebsrats als erfüllt ansieht. Das setzt indes voraus, dass er dem Betriebsrat zuvor alle zweckdienlichen Auskünfte i.S.d. § 17 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 KSchG erteilt hat, wobei es sich nach dem Verlauf der Beratungen richtet, welche Angaben des Arbeitgebers – noch oder nunmehr – als zweckdienlich anzusehen sind (BAG, Urt. v. 22.9.2016 – 2 AZR 276/16, NZA 2017, 175).

XIV. Betriebsbedingte Kündigung und Kurzarbeit

Kurzarbeit und eine betriebsbedingte Kündigung schließen sich zwar logisch nicht aus. Sie stehen aber – auch in Corona-Zeiten – in einem gedanklichen **Spannungsverhältnis**, das der Zweite Senat des BAG (BAG, Urt. v. 23.2.2012 – 2 AZR 548/10, NZA 2012, 852) wie folgt umschreibt:

„Ein dringendes betriebliches Erfordernis zur Beendigung eines Arbeitsverhältnisses i.S.d. § 1 Abs. 2 KSchG besteht nicht, wenn außer- oder innerbetrieblichen Umstände nicht zu einer dauerhaften Reduzierung des Arbeitskräftebedarfs im Betrieb führen. Der Arbeitgeber hat die Tatsachen näher darzulegen, aus denen sich ergeben soll, dass zukünftig auf Dauer mit einem reduzierten Arbeitsvolumen und Beschäftigungsbedarf zu rechnen ist. Das Vorliegen von möglicherweise nur kurzfristigen Produktions- oder Auftragschwankungen muss ausgeschlossen sein. Dem muss der Inhalt und die Substanz des Sachvortrags Rechnung tragen. Der Arbeitgeber hat den dauerhaften Rückgang des Arbeitsvolumens nachvollziehbar darzustellen, indem er die einschlägigen Daten aus repräsentativen Referenzperioden miteinander vergleicht. Wird Kurzarbeit geleistet, so spricht dies dafür, dass die Betriebsparteien nur von einem vorübergehenden Arbeitsmangel und nicht von einem dauerhaft gesunkenen Beschäftigungsbedarf ausgehen. Ein nur vorübergehender Arbeitsmangel wiederum kann eine betriebsbedingte Kündigung nicht rechtfertigen. Dieses aus der Kurzarbeit folgende Indiz kann der Arbeitgeber durch konkreten Sachvortrag entkräften. Entfällt die Beschäftigungsmöglichkeit für einzelne von der Kurzarbeit betroffene Arbeitnehmer aufgrund später eingetretener weiterer Umstände oder veränderter wirtschaftlicher und/oder organisatorischer Rahmenbedingungen auf Dauer, so kann trotz der Kurzarbeit ein dringendes betriebliches Erfordernis für eine Kündigung bestehen.“

XV. Fazit

Die **betriebsbedingte Kündigung** und ihre **soziale Rechtfertigung** bilden das Herzstück des allgemeinen Kündigungsschutzes. Ihre rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung ist immens. Auch im direkten und weiteren Rechtsumfeld der betriebsbedingten Kündigung gilt, dass das Europarecht und die Vorgaben des EuGH zunehmend an Bedeutung gewinnen. Das Recht der betriebsbedingten Kündigung wird darüber hinaus maßgeblich durch die immer im Fluss befindliche Rechtsprechung des BAG und der Landesarbeitsgerichte bestimmt. Sowohl anwaltliche Berater wie auch die rechtsunterworfenen Naturalparteien sind deshalb stets gut beraten, im Fall wichtiger Entscheidungen ihre Rechtsauffassung mit dem aktuellen Rechtsstand abzugleichen. Wer auf eine entsprechende sorgfältige, qualifizierte Prüfung verzichtet, geht hohe rechtliche und wirtschaftliche Risiken ein. Eine frühzeitige umfassende und qualifizierte Beratung wiegt deshalb ihre Kosten im Rahmen einer rechtssicheren, belastbaren Umsetzung der Kündigungsentscheidung in aller Regel sehr schnell auf.