

# ZAP

16 | 2020

## Zeitschrift für die Anwaltspraxis

26. August

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

Kürzlich in Berlin oder: Warum ist eine ausgewogene Besetzung von jur. Prüfungskommissionen so wichtig? (S. 835)

#### Anwaltsmagazin

Neuregelungen im August (S. 837) • Höhere Anwaltsvergütung in Sicht (S. 839) • BVerfG rügt unzureichende Richterbesoldung (S. 842)

#### Aufsätze

**Stollenwerk**, Rechtsprechungsübersicht zum Familienrecht (S. 851)

**Holthausen**, Basiswissen: Was der anwaltliche Berufsanfänger vom Arbeitsrecht wissen muss – Betriebsbedingte Kündigung (S. 867)

**Haas/Wolf**, Standardfälle der gesellschaftsrechtlichen und steuerrechtlichen Gestaltung (S. 873)

#### Rechtsprechung

BGH: Fristgerechte Schonfristzahlung auf Mietschulden (S. 843)

BAG: Unterrichtung des Betriebsrats bei außerordentlicher Kündigung (S. 847)

EuGH: Unzulässige Verarbeitung personenbezogener Daten durch Dienste von US-Anbietern (S. 850)

ZAP



# Arbeitsrecht

## Materielles Kündigungsschutzrecht

### Basiswissen 2: Was der anwaltliche Berufsanfänger vom Arbeitsrecht wissen muss – Die betriebsbedingte Kündigung (Teil 1)

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

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. In Teil 2 (demnächst in ZAP 2020) stellt der Verf. die außerordentliche betriebsbedingte Kündigung mit Auslauffrist, die betriebsbezogene Sozialauswahl, den Interessenausgleich, Auswahlrichtlinien sowie die Voraussetzungen der Massenentlassung und der Kurzarbeit vor.

#### Inhalt

- |  |   |
|--|---|
| I. Voraussetzungen des allgemeinen Kündigungsschutzes                      | 1. § 15 KSchG   |
| 1. Betrieblicher Geltungsbereich (§ 23 KSchG)                              | 2. § 17 MuSchG  |
| 2. Persönlicher Anwendungsbereich (§ 1 Abs. 1 KSchG und § 14 Abs. 2 KSchG) | 3. § 168 SGB IX   |
| II. Kündigungserklärung  | 4. § 613a Abs. 4 BGB  |
| III. Keine Wiederholungskündigung  | VII. Kündigungsgrund gem. § 1 Abs. 2 KSchG                                |
| IV. 3-Wochen-Klagefrist (§ 4 KSchG)  | 1. Dringendes betriebliches Erfordernis                                   |
| V. Anhörung des Betriebsrats vor Ausspruch der Kündigung (§ 102 BetrVG)    | 2. Außerbetrieblicher Grund   |
| VI. Sonderkündigungsschutz   | 3. Innerbetrieblicher Grund   |
|  | 4. Greifbare Form der Umsetzung   |
|  | VIII. Freier Arbeitsplatz im Unternehmen, Pflicht zur Weiterbeschäftigung |

#### I. Voraussetzungen des allgemeinen Kündigungsschutzes

##### 1. Betrieblicher Geltungsbereich (§ 23 KSchG)

Nach § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG gelten in Betrieben, in denen i.d.R. nicht mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt werden (BAG, Urt. v. 19.7.2016 – 2 AZR 468/15, NZA 2016, 1196), die Vorschriften des Ersten Abschnitts des KSchG mit Ausnahme von dessen §§ 4 bis 7, 13 Abs. 1 S. 1 und S. 2 nicht für Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis nach dem 31.12.2003 begonnen hat. Für das Überschreiten des **Schwellenwerts** gem. § 23 Abs. 1 S. 2 bzw. S. 3 KSchG trägt der Arbeitnehmer die **Beweislast**. Einer größeren Sachnähe des Arbeitgebers und etwaigen Beweisschwierigkeiten des Arbeitnehmers ist durch eine abgestufte Darlegungslast Rechnung zu tragen. Die einen Betrieb i.S.d. § 23 KSchG konstituierende **Leitungsmacht** wird dadurch bestimmt, dass der Kern der Arbeitgeberfunktionen in personellen und sozialen Angelegenheiten von derselben institutionalisierten Leitung im Wesentlichen selbstständig ausgeübt wird.

## Basiswissen 2: Arbeitsrecht

Entscheidend ist, wo schwerpunktmäßig über Arbeitsbedingungen und Organisationsfragen entschieden wird und in welcher Weise Einstellungen, Entlassungen und Versetzungen vorgenommen werden. Entsprechend der Unterscheidung zwischen „Betrieb“ und „Unternehmen“ in § 1 Abs. 1 KSchG ist der **Betriebsbegriff** auch in § 23 Abs. 1 KSchG nicht mit dem des Unternehmens gleichzusetzen (BAG, Urt. v. 2.3.2017 – 2 AZR 427/16, NZA 2017, 859).

## 2. Persönlicher Anwendungsbereich (§ 1 Abs. 1 KSchG und § 14 Abs. 2 KSchG)

Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses gegenüber einem Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden hat, ist rechtsunwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist. Die **Wartezeit** nach § 1 Abs. 1 KSchG ist von der für die Kündigungsfrist maßgeblichen Probezeit nach § 622 Abs. 3 BGB abzugrenzen. In der Praxis werden die Begrifflichkeiten oftmals fehlerhaft synonym verwandt. Für die Beurteilung der Frage, ob der Tag des Abschlusses des Arbeitsvertrags zur Wartezeit zu zählen ist, ist der **Wille der Vertragsparteien** maßgebend. Dieser ist gem. §§ 133, 157 BGB durch Auslegung zu ermitteln. § 187 BGB kann gem. § 186 BGB als Auslegungsregel herangezogen werden (BAG, Urt. v. 27.6.2002 – 2 AZR 382/01, NZA 2003, 377). § 193 BGB findet auf die Berechnung der Wartezeit i.S.v. § 1 Abs. 1 KSchG keine Anwendung. Der Zeitraum von sechs Monaten verlängert sich deshalb nicht, wenn sein letzter Tag auf einen Sonntag, einen allgemeinen Feiertag oder einen Sonnabend fällt (BAG, Urt. v. 24.10.2013 – 2 AZR 1057/12, NZA 2014, 725).

Nach § 14 Abs. 2 KSchG finden auf Geschäftsführer, Betriebsleiter und ähnliche leitende Angestellte, soweit diese **zur selbstständigen Einstellung oder Entlassung von Arbeitnehmern berechtigt** sind, die Vorschriften des Ersten Abschnitts des KSchG mit Ausnahme des § 3 KSchG Anwendung. § 9 Abs. 1 S. 2 KSchG findet mit der Maßgabe Anwendung, dass der Antrag des Arbeitgebers auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses keiner Begründung bedarf. Die Regelung schränkt den allgemeinen Kündigungs- und Bestandsschutz „echter“ leitender Angestellter erheblich ein. Der leitende Angestellte i.S.d. § 14 Abs. 2 KSchG muss die Rechtsmacht haben, den Arbeitgeber selbstständig im Außenverhältnis zu anderen Arbeitnehmern zu verpflichten. Das Gebot der Rechtssicherheit verbietet ein über den Wortlaut hinausgehendes Verständnis des § 14 Abs. 2 KSchG. Die formelle Berechtigung zum Abschluss von Arbeitsverträgen und zum Ausspruch von Kündigungen ist regelmäßig leichter festzustellen, während eine zuverlässige rechtliche Gewichtung informeller Einflüsse auf Personalentscheidungen schwierig sein wird (BAG, Urt. v. 14.4.2011 – 2 AZR 167/10, AP Nr. 12 zu § 14 KSchG 1969).

## II. Kündigungserklärung

Gemäß §§ 623, 126 BGB bedarf die betriebsbedingte Kündigung der **Schriftform**. Der **Zugang** der schriftlichen, formwirksamen Kündigungserklärung beim Arbeitnehmer ist für die Berechnung der 3-Wochen-Frist zur Erhebung der Kündigungsschutzklage nach § 4 KSchG maßgeblich und bedarf entsprechend sorgfältiger Prüfung. Bei einer Kündigung als **einseitigem Rechtsgeschäft** ist nach § 180 S. 1 BGB eine Vertretung ohne Vertretungsmacht unzulässig (BAG, Urt. v. 10.4.2014 – 2 AZR 684/13, NZA 2014, 1197). Nach § 174 S. 1 BGB ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, das ein Bevollmächtigter einem anderen gegenüber vornimmt, unwirksam, wenn der Bevollmächtigte eine Vollmachtsurkunde nicht vorlegt und der andere das Rechtsgeschäft aus diesem Grund unverzüglich zurückweist. Folge der Zurückweisung i.S.d. § 174 S. 1 BGB ist die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts. Eine Heilung oder Genehmigung nach § 177 BGB scheidet aus (BAG, Urt. v. 19.4.2007 – 2 AZR 180/06, AP Nr. 20 zu § 174 BGB). Die Zurückweisung einer Kündigungserklärung ist ohne das Vorliegen besonderer Umstände des Einzelfalls nicht mehr **unverzüglich** i.S.d. § 174 S. 1 BGB, wenn sie später als eine Woche nach der tatsächlichen Kenntnis des Empfängers von der Kündigung und der fehlenden Vorlegung der Vollmachtsurkunde erfolgt (BAG, Urt. v. 8.12.2011 – 6 AZR 354/10, NZA 2012, 495).

## III. Keine Wiederholungskündigung

Ist in einem Kündigungsrechtsstreit rechtskräftig (§ 322 Abs. 1 ZPO) entschieden, dass das Arbeitsverhältnis durch eine bestimmte Kündigung nicht aufgelöst worden ist, kann der Arbeitgeber eine erneute Kündigung nicht auf Kündigungsgründe stützen, die er schon zur Begründung der ersten Kündigung vorgebracht hat und die in dem ersten Kündigungsschutzprozess materiell geprüft worden

sind mit dem Ergebnis, dass sie die Kündigung nicht rechtfertigen können. Das Wiederholungsverbot für Kündigungen bei gleichbleibendem Kündigungsgrund lässt sich aus der Rechtsnatur der Kündigung als **Gestaltungserklärung** herleiten. Das Gestaltungsrecht ist nach einmaliger Ausübung verbraucht (BAG, Urt. v. 22.5.2003 – 2 AZR 485/02, AP Nr. 71 zu § 1 KSchG 1969).

#### IV. 3-Wochen-Klagefrist (§ 4 KSchG)

Die 3-Wochen-Klagefrist gem. § 4 KSchG ist eine prozessuale Frist, die materiell-rechtliche Wirkung hat. Will ein Arbeitnehmer erfolgreich geltend machen, eine schriftliche Kündigung (§ 623 BGB) sei sozial ungerechtfertigt oder aus anderen Gründen rechtsunwirksam, muss er gem. § 4 S. 1 KSchG innerhalb von drei Wochen nach dem Zugang der Kündigung Klage auf die Feststellung erheben, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst worden ist. Wird die Unwirksamkeit der Kündigung nicht rechtzeitig geltend gemacht, gilt sie gem. § 7 KSchG als von Anfang an rechtswirksam. Eine verspätet erhobene Kündigungsschutzklage muss als unbegründet abgewiesen werden (BAG, Urt. v. 18.12.2014 – 2 AZR 163/14, NZA 2015, 635).

#### V. Anhörung des Betriebsrats vor Ausspruch der Kündigung (§ 102 BetrVG)

Nach § 102 Abs. 1 S. 1 BetrVG ist der Betriebsrat vor jeder Kündigung zu hören. Gemäß S. 2 hat ihm der Arbeitgeber die Gründe für die Kündigung mitzuteilen. Nach S. 3 ist eine **ohne Anhörung** des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung **unwirksam**. Für die Mitteilung der Kündigungsgründe gilt der Grundsatz der „*subjektiven Determinierung*“. Der Arbeitgeber muss dem Betriebsrat die Umstände mitteilen, die seinen **Kündigungsentschluss tatsächlich bestimmt** haben. Dem kommt er dann nicht nach, wenn er dem Betriebsrat einen schon aus seiner eigenen Sicht unrichtigen oder unvollständigen Sachverhalt unterbreitet (BAG, Urt. v. 23.10.2014 – 2 AZR 736/13, NZA 2015, 476). Das **Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit** soll im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat Offenheit und Ehrlichkeit gewährleisten und verbietet es, dem Betriebsrat Informationen zu geben bzw. ihm vorzuenthalten, aufgrund derer bzw. ohne die bei ihm ein falsches Bild über den Kündigungssachverhalt entstehen könnte (BAG, Urt. v. 31.5.1990 – 2 AZR 78/89). Schildert der Arbeitgeber dem Betriebsrat bewusst und gewollt unrichtige oder unvollständige – und damit irreführende – Kündigungssachverhalte, ist die Anhörung unzureichend und die Kündigung unwirksam (BAG, Urt. v. 31.7.2014 – 2 AZR 407/13, NZA 2015, 621). Eine bloß vermeidbare oder unbewusste Fehlinformation führt dagegen noch nicht für sich allein zur Unwirksamkeit der Betriebsratsanhörung (BAG, Urt. v. 21.11.2013 – 2 AZR 797/11, NZA 2014, 243). Die Mitteilungspflicht des Arbeitgebers im Rahmen von § 102 Abs. 1 S. 2 BetrVG reicht nicht so weit wie seine Darlegungslast im Prozess. Die Anhörung des Betriebsrats soll diesem nicht die selbstständige Überprüfung der Wirksamkeit der beabsichtigten Kündigung, sondern eine Einflussnahme auf die Willensbildung des Arbeitgebers ermöglichen. Sinn und Zweck des § 102 Abs. 1 S. 2 BetrVG ist es, den Betriebsrat in die Lage zu versetzen, **sachgerecht auf den Arbeitgeber einzuwirken**, d.h. die Stichhaltigkeit und Gewichtigkeit der Kündigungsgründe zu überprüfen und sich über sie eine eigene Meinung zu bilden (BAG, Urt. v. 23.10.2014 – 2 AZR 736/13, a.a.O.). Den Kündigungsgrund hat der Arbeitgeber daher regelmäßig unter Angabe von Tatsachen so zu beschreiben, dass der Betriebsrat ohne zusätzliche eigene Nachforschungen die Stichhaltigkeit prüfen kann (BAG, Urt. v. 26.3.2015 – 2 AZR 417/14, NZA 2015, 1083). Es bedarf somit i.d.R. einer ordnungsgemäßen Einleitung des Anhörungsverfahrens, einer vollständigen und richtigen Unterrichtung sowie eines ordnungsgemäßen Abschlusses der Anhörung in Form einer Äußerung des Betriebsrats (Zustimmung, Widerspruch, keine Stellungnahme).

#### VI. Sonderkündigungsschutz

Stets ist einzelfallbezogen zu prüfen, ob ein besonderer Kündigungsschutz des Arbeitnehmers seiner betriebsbedingten (ordentlichen) Kündigung entgegensteht. Außer durch einen tariflichen Sonderkündigungsschutz kann die ordentliche betriebsbedingte Kündigung durch zahlreiche weitere Sondertatbestände ausgeschlossen werden, wie etwa beim Datenschutzbeauftragten (Art. 38 Abs. 3 S. 2 DS-GVO und § 6 Abs. 4 BDSG), dem Immissions- oder Gewässerschutzbeauftragten (§ 58 BImSchG, § 21f WHG) sowie dem Schwerbehindertenvertreter (§ 179 Abs. 3 SGB IX i.V.m. § 15 KSchG). Die in der Praxis bedeutsamsten Sonderschutztatbestände sind:

## Basiswissen 2: Arbeitsrecht

**1. § 15 KSchG**

Gemäß § 15 Abs. 1 S. 1 KSchG ist die Kündigung eines Mitglieds eines Betriebsrats, einer Jugend- und Auszubildendenvertretung, einer Bordvertretung oder eines Seebetriebsrats unzulässig, es sei denn, dass Tatsachen vorliegen, die den Arbeitgeber zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen, und dass die nach § 103 BetrVG erforderliche Zustimmung vorliegt oder durch gerichtliche Entscheidung ersetzt ist. Ersatzmitglieder eines nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 3 BetrVG gebildeten Betriebsrats können den nachwirkenden Sonderkündigungsschutz gem. § 15 Abs. 1 S. 2 KSchG genießen. Das folgt aus § 3 Abs. 5 S. 2 BetrVG (BAG, Urt. v. 27.6.2019 – 2 AZR 38/19, NZA 2019, 1427).

**2. § 17 MuSchG**

Die Kündigung gegenüber einer Frau ist nach § 17 MuSchG unzulässig:

1. während ihrer Schwangerschaft,
2. bis zum Ablauf von vier Monaten nach einer Fehlgeburt nach der 12. Schwangerschaftswoche und
3. bis zum Ende ihrer Schutzfrist nach der Entbindung, mindestens jedoch bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung, wenn dem Arbeitgeber zum Zeitpunkt der Kündigung die Schwangerschaft, die Fehlgeburt nach der 12. Schwangerschaftswoche oder die Entbindung bekannt ist oder wenn sie ihm innerhalb von zwei Wochen nach dem Zugang der Kündigung mitgeteilt wird.

**3. § 168 SGB IX**

Schwerbehinderte Menschen genießen nach §§ 2 Abs. 2, 168 SGB IX besonderen Kündigungsschutz (vgl. BAG, Urt. v. 16.5.2019 – 6 AZR 329/18, NZA 2019, 1198). Einen vergleichbaren besonderen Kündigungsschutz genießen auch Menschen mit einem Grad der Behinderung von mindestens 30, die nach § 2 Abs. 3 SGB IX einem schwerbehinderten Menschen von der Agentur für Arbeit gleichgestellt wurden.

**4. § 613a Abs. 4 BGB**

Nach § 613a Abs. 4 BGB ist die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines Arbeitnehmers durch den bisherigen Arbeitgeber oder durch den neuen Inhaber wegen des Übergangs eines Betriebs oder eines Betriebsteils unwirksam.

**VII. Kündigungsgrund gem. § 1 Abs. 2 KSchG**

Eine betriebsbedingte Kündigung des Arbeitgebers ist gem. § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG sozial gerechtfertigt, wenn sie durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen.

**1. Dringendes betriebliches Erfordernis**

Dringende betriebliche Erfordernisse i.S.v. § 1 Abs. 2 KSchG liegen vor, wenn die Umsetzung einer unternehmerischen (Organisations-)Entscheidung auf der betrieblichen Ebene spätestens mit Ablauf der Kündigungsfrist zu einem voraussichtlich dauerhaften, ersatzlosen Wegfall des Bedarfs an einer Beschäftigung des betroffenen Arbeitnehmers führt. Diese Prognose muss schon im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung objektiv berechtigt sein. Der bloße Kündigungswille des Arbeitgebers ist kein Grund, der eine Kündigung i.S.v. § 1 Abs. 2 KSchG sozial rechtfertigen könnte. Dazu bedarf es eines Grundes außerhalb der Kündigung selbst, also eines Grundes, der dem Kündigungsentschluss seinerseits zugrunde liegt. Im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung muss damit die **unternehmerische Entscheidung**, die zum Wegfall des Beschäftigungsbedarfs führen soll, tatsächlich bereits getroffen worden sein. Der Arbeitgeber muss schon in diesem Zeitpunkt endgültig und vorbehaltlos zur Vornahme einer Maßnahme entschlossen sein, die, wenn sie tatsächlich durchgeführt wird, bis zum Ablauf der Kündigungsfrist den Arbeitsplatzverlust zur Folge hat. Der Entschluss unterliegt keinem Formzwang. Auch bei einem mehrköpfigen Entscheidungsgremium, das letztlich nur gemeinsam entscheiden kann, bedarf es dazu i.d.R. keines förmlichen Beschlusses. Die dem Arbeitnehmer durch Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG gewährleistete Freiheit der Berufswahl bietet keinen unmittelbaren Schutz gegen den Verlust des Arbeitsplatzes aufgrund privater Dispositionen. Dem Arbeitgeber ist es kündigungsschutzrechtlich nicht verwehrt, Tätigkeiten, die bisher von Arbeitnehmern geleistet wurden, künftig (echten) freien Mitarbeitern oder Mitgliedern seiner

Vertretungsorgane, die keine Arbeitnehmer sind, zu übertragen (BAG, Urt. v. 31.7.2014 – 2 AZR 422/13, NZA 2015, 101). Ein dringendes „betriebliches“ Erfordernis, das einer Weiterbeschäftigung entgegensteht, ist gegeben, wenn die Arbeitskraft des Arbeitnehmers im Betrieb nicht mehr gefordert ist. Der Arbeitgeber ist grds. nicht gehalten, nicht mehr benötigte Arbeitsplätze und Arbeitskräfte weiterhin zu besetzen bzw. zu beschäftigen. Dabei kommt es de lege lata nicht darauf an, ob die dem Wegfall des Beschäftigungsbedürfnisses zugrunde liegende unternehmerische (Organisations-)Entscheidung ihrerseits – etwa aus wirtschaftlichen Gründen – „dringend“ war oder die Existenz des Unternehmens auch ohne sie nicht gefährdet gewesen wäre (BAG, Urt. v. 20.6.2013 – 2 AZR 379/12, NZA 2014, 139). In diesem Sinne ist die unternehmerische Entscheidung zur Umorganisation **bis zur Grenze der offensichtlichen Unsachlichkeit, Unvernunft oder Willkür** frei. Für eine beschlossene und tatsächlich durchgeführte unternehmerische Organisationsentscheidung spricht dabei die Vermutung, dass sie aus sachlichen – nicht zuletzt wirtschaftlichen – Gründen getroffen wurde und nicht auf Rechtsmissbrauch beruht (vgl. BAG, Urt. v. 20.11.2014 – 2 AZR 512/13, NZA 2015, 679; BAG, Urt. v. 31.7.2014 – 2 AZR 422/13, NZA 2015, 101).

Der Ausspruch einer Kündigung kann nach dem KSchG nicht allein durch die Berufung auf die unternehmerische Organisationsfreiheit begründet werden. Sie ist **nicht selbst Kündigungsgrund**, sondern sie beschreibt den Rahmen, in dem der Arbeitgeber frei ist, die Beschäftigung und das Zusammenwirken seiner Arbeitnehmer zu ordnen und aus dieser Ordnung dann den Bedarf an Arbeitskräften abzuleiten und durch den Abschluss und die Ausgestaltung von Verträgen oder durch Kündigungen zu realisieren. Die Kündigung muss sich an dieser vom Arbeitgeber selbst geschaffenen und von ihm im Kündigungsschutzprozess darzulegenden Arbeitsorganisation messen lassen. Besteht nach ihr der Beschäftigungsbedarf für Arbeitnehmer fort, ist die Kündigung nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt (BAG, Urt. v. 1.3.2007 – 2 AZR 650/05, AP Nr. 614 zu § 1 KSchG 1969, Betriebsbedingte Kündigung). Deshalb muss der Arbeitgeber außer- oder innerbetriebliche Gründe benennen (BAG, Urt. v. 23.4.2008 – 2 AZR 1110/06, NZA 2008, 939; BAG, Urt. v. 24.5.2012 – 2 AZR 124/11, NZA 2012, 1223), aufgrund deren Vorliegen und mit ihnen im Zusammenhang stehender Maßnahmen ein dauerhafter, ersatzloser Wegfall von Beschäftigungsbedarf zu verzeichnen ist.

## 2. Außerbetrieblicher Grund

Beispiele für einen außerbetrieblichen Grund sind: Absatzschwierigkeiten und -rückgang, Auftragsverluste, fehlende Anschlussaufträge oder Umsatzverluste. Die Begründung, die auf außerbetriebliche Gründe gestützt wird, passt regelmäßig nur auf sehr klare und überschaubare Sachverhalte (vgl. BADER, NZA-Beilage 2010, 85). Da der Arbeitgeber beim außerbetrieblichen Grund zwingend die **direkte Kausalität** zwischen Grund und behauptetem Wegfall des Beschäftigungsbedarfs **darlegen** muss, ergeben sich i.d.R. hohe Anforderungen i.R.d. ihn treffenden Substanziierungs-, Darlegungs- und Beweislast, woraus zwangsläufig nachteilige Prozessrisiken für ihn resultieren.

## 3. Innerbetrieblicher Grund

Deshalb greift der gut beratene Arbeitgeber besser auf einen innerbetrieblichen Grund zur sozialen Rechtfertigung der betriebsbedingten Kündigung zurück (vgl. BAG, Urt. v. 28.3.2017 – 2 AZR 551/16, NZA 2017, 985). Beispiele für einen innerbetrieblichen Grund sind etwa: Betriebsstilllegungen, Rationalisierungsmaßnahmen, Restrukturierungen, Organisationsänderungen, Streichungen oder Änderungen von Hierarchieebenen, die Einführung neuer Arbeitsabläufe und Produktionsmethoden, die Gestaltung oder Änderung des Anforderungsprofils und die Fremdvergabe von Tätigkeiten an Drittunternehmen.

## 4. Greifbare Form der Umsetzung

Hängt der Wegfall des Beschäftigungsbedarfs für einen Arbeitnehmer von einer unternehmerisch-organisatorischen Maßnahme des Arbeitgebers ab, braucht diese bei Zugang der Kündigung noch nicht tatsächlich umgesetzt zu sein. Es genügt, dass sie sich konkret und greifbar abzeichnet. Dazu müssen zumindest die Absicht und der Wille des Arbeitgebers, die Maßnahmen vorzunehmen, schon vorhanden und abschließend gebildet worden sein. Andernfalls lässt sich im Zeitpunkt der Kündigung nicht hinreichend sicher prognostizieren, es werde bis zum Ablauf der Kündigungsfrist tatsächlich zum Wegfall des Beschäftigungsbedarfs kommen. Der Arbeitgeber muss vor Zugang der Kündigung weder mit der

## Basiswissen 2: Arbeitsrecht

Verwirklichung seiner Organisationsentscheidung noch mit vorbereitenden Maßnahmen – etwa dem Vertragsschluss mit Drittunternehmen – begonnen haben. Es genügt, dass er berechtigterweise annehmen durfte, die laufende Kündigungsfrist biete ihm hierfür ausreichend Zeit (BAG, Urt. v. 20.11.2014 – 2 AZR 512/13, NZA 2015, 679).

Die Auswirkungen der unternehmerischen Entscheidung auf den Arbeitsplatz des gekündigten Arbeitnehmers müssen im Kündigungsrechtsstreit nachvollziehbar vom Arbeitgeber dargestellt und **bei Bestreiten** von ihm **bewiesen** werden (vgl. BADER, NZA-Beilage 2010, 85, 86). Für die Praxis ist zu empfehlen, bereits in dem Stadium der Vorüberlegungen und der Vorbereitung der Kündigung festzuhalten, wann welche Entscheidung getroffen worden ist und worauf die Prognose gestützt wird, dass zum Ende der Kündigungsfrist der entsprechende Arbeitskräftebedarf nicht mehr gegeben sein wird. Die unternehmerische Entscheidung muss im maßgeblichen Zeitpunkt des Kündigungszeitpunkts bereits vorliegen, und zu diesem Zeitpunkt muss etwa auch bereits feststehen, welche Umverteilungen der Arbeit stattfinden bzw. planungsgemäß bis zum Ende der Kündigungsfrist stattfinden werden. Etwaige Gremienbeschlüsse sollten daher zur späteren Verwendung im Kündigungsrechtsstreit dokumentiert werden, Ein-Mann-Entscheidungen sollten schriftlich niedergelegt und zum Zwecke der Sicherung des Nachweises des Zeitpunkts mit einem potenziellen Zeugen besprochen werden (BADER, NZA-Beilage 2010, 85, 87).

### VIII. Freier Arbeitsplatz im Unternehmen, Pflicht zur Weiterbeschäftigung

Eine ordentliche Beendigungskündigung ist nach dem Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** ausgeschlossen, wenn die Möglichkeit besteht, den Arbeitnehmer auf einem anderen freien Arbeitsplatz ggf. auch zu geänderten (schlechteren) Arbeitsbedingungen weiter zu beschäftigen (sog. **Vorrang der Änderungsvor der Beendigungskündigung** als Ultima Ratio). Die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit muss für den Arbeitnehmer geeignet sein. Der Arbeitnehmer muss unter Berücksichtigung angemessener Einarbeitungszeiten den Anforderungen des neuen Arbeitsplatzes entsprechen. Dabei unterliegt die Gestaltung des Anforderungsprofils für den freien Arbeitsplatz der lediglich auf offenbare Unsachlichkeit zu überprüfenden Unternehmerdisposition des Arbeitgebers. Ist im Zeitpunkt des Kündigungszugangs eine Beschäftigungsmöglichkeit nicht mehr vorhanden, wurde also ein freier Arbeitsplatz vor dem Zugang der Kündigung besetzt, so ist es dem Arbeitgeber gleichwohl nach dem Rechtsgedanken des § 162 BGB verwehrt, sich auf den Wegfall von Beschäftigungsmöglichkeiten im Kündigungszeitpunkt zu berufen, wenn dieser Wegfall treuwidrig herbeigeführt wurde (BAG, Urt. v. 5.6.2008 – 2 AZR 107/07, NZA 2008, 1180). Nach ständiger Rechtsprechung des BAG sind als „frei“ grds. solche Arbeitsplätze anzusehen, die **zum Zeitpunkt der Kündigung unbesetzt** sind. Dem steht es gleich, wenn der Arbeitsplatz **bis zum Ablauf der Kündigungsfrist frei** wird (BAG, Urt. v. 1.3.2007 – 2 AZR 650/05, AP Nr. 614 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung).

Im Kündigungsschutzprozess gilt im Hinblick auf die Möglichkeit der Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz eine **abgestufte Darlegungs- und Beweislast**. Der Arbeitgeber genügt zunächst seiner Darlegungslast, wenn er allgemein vorträgt, eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers sei nicht möglich. Auf nähere Darlegungen des Arbeitnehmers, wie er sich eine anderweitige Beschäftigung vorstellt, muss der Arbeitgeber dann eingehend erläutern, aus welchem Grund eine Beschäftigung auf einem entsprechenden Arbeitsplatz nicht möglich gewesen sei (BAG, Urt. v. 24.3.1983 – 2 AZR 21/82, NJW 1984, 78; BAG, Urt. v. 15.8.2002 – 2 AZR 195/01, NZA 2003, 430). Dabei genügt es für die Darlegungen des Arbeitnehmers, wenn er angibt, welche Art der Beschäftigung gemeint ist. Der Arbeitnehmer muss im Allgemeinen keinen konkreten freien Arbeitsplatz benennen (BAG, Urt. v. 1.3.2007 – 2 AZR 650/05, AP Nr. 164 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAG, Urt. v. 6.11.1997 – 2 AZR 253/97, NZA 1998, 833).

#### Hinweis:

Die Praxis zeigt, dass gerade die Frage nach und der Sachvortrag sowie Beweisantritt zu Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten in Kündigungsrechtsstreitigkeiten eine entscheidende Rolle spielt.