



# Masterstudiengang Wirtschaftsrecht: Individualarbeitsrecht

WS 2019/2020

17. und 24. Januar 2020

## Kündigungsrecht 2

**Dr. Wilhelm Moll, LL.M. (Berkeley)**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

## Personalabbau - Regelungskomplexe -

---

- Allgemeine betriebsverfassungsrechtliche Grundsätze der Personalplanung (§§ 92 - 95 BetrVG)
- Beteiligungsrechte des Betriebsrats nach §§ 111 ff. BetrVG
- Massenentlassungsregeln nach §§ 17 ff. KSchG
  - Konsultationspflicht: Betriebsrat
  - Anzeigepflicht: Agentur für Arbeit
- Behördliche Erlaubnisse (Bsp.: § 85 SGB IX)
- Durchführung der einzelnen personellen Maßnahmen (Anhörung des Betriebsrats nach § 102 Abs. 1 BetrVG)
- Anforderungen des BGB, des Individualarbeits- und des Kündigungsschutzrechts (Erklärungen, Formalien, Kündigungsfristen, Kündigungsgründe nach KSchG, Verbesserungen für AN durch Arbeits- oder Kollektivvertrag)

## Betriebsbedingte Kündigung

---

1. Fehlen von Beschäftigungsmöglichkeiten (Betriebliches Erfordernis nach § 1 Abs. 2 KSchG)
  - a) Wegfall der bisherigen Beschäftigungsmöglichkeit (Unternehmerische Entscheidung)
  - b) Fehlen anderer Beschäftigungsmöglichkeiten
    - aa) Vergleichbare Arbeitsplätze
    - bb) Andere Arbeitsplätze mit geänderten Arbeitsbedingungen
    - cc) Keine Beförderungsstellen
  - c) „Dringlichkeit“ (Ultima-Ratio-Prinzip)
  - d) Beweislast (§ 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG)
2. Sozialauswahl (§ 1 Abs. 3 KSchG)
  - a) Vergleichbarkeit
  - b) Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten (§ 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG)
  - c) Betriebswichtige Arbeitnehmer (§ 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG)
  - d) Darlegungslast im Anschluss an § 1 Abs. 3 Satz 1 Hs. 2 und Satz 3 KSchG

## Prüfung dringender betrieblicher Erfordernisse (§ 1 Abs. 2 KSchG)

---

- Liegt überhaupt ein „an sich“ betriebsbedingter Kündigungsgrund vor?
- Liegt der Kündigung eine unternehmerische Entscheidung zugrunde?
- Liegen die angeführten inner- oder außerbetrieblichen Ursachen vor, die zur unternehmerischen Entscheidung geführt haben?
- Bedingt die unternehmerische Entscheidung den verringerten Personalbedarf (wirkt sie sich auf den Arbeitsplatz des gekündigten Arbeitnehmers aus)?
- Fällt der Arbeitsplatz spätestens mit Ablauf der Kündigungsfrist weg bzw. entsteht die Verringerung des Personalbedarfs mindestens bis dahin (Prognose)?
- Ist die Kündigung erforderlich oder ist ein geeignetes milderes Mittel vorhanden?
- Ist das betriebliche Erfordernis auch „dringend“ i.S. des § 1 Abs. 2 KSchG?

Moll, in: Schmidt/Uhlenbruck (Hrsg.), Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Auflage 2016, 2. Teil B. V. 2. a), S. 248; Preis, NZA 1995, S. 241; Vetter, NZA 2005, Beilage 1, S. 64, 72

## Außer- oder innerbetriebliche Umstände

---

### 1. Außerbetriebliche Umstände

Absatzschwierigkeiten/Auftragsmangel/Auftragsverlust

(Keine im Rahmen des Üblichen liegende Schwankung: BAG 20.02.2014 - 2 AZR 346/12)

Behördliche Maßnahmen

Marktverhältnisse

Rohstoffmangel

[Umsetzungsnotwendigkeit!]

„Selbstbindung“ des Arbeitgebers: Überprüfbarkeit

### 2. Innerbetriebliche Umstände

Organisations-, Produktions- oder Rentabilitätsentscheidungen

Grenze: Missbrauchskontrolle

## Auswirkung auf Einsatzmöglichkeit

---

Inner- oder außerbetriebliche Umstände begründen ein dringendes betriebliches Erfordernis i.S.d. § 1 Abs. 2 KSchG dann, wenn sie sich konkret auf die Einsatzmöglichkeit des gekündigten Arbeitnehmers auswirken. Das betriebliche Erfordernis entsteht in der Regel nicht unmittelbar und allein durch bestimmte wirtschaftliche Entwicklungen (Bsp.: Absatzrückgang), sondern auf Grund einer durch wirtschaftliche Entwicklungen oder fiskalische Überlegungen veranlassten Entscheidung des Arbeitgebers (unternehmerische Entscheidung).

Vgl. BAG 22.05.2003 - 2 AZR 326/02, AP Nr. 128 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

Passt der Arbeitgeber im Fall eines Auftragsverlustes oder eines reduzierten Auftragsbestands die Anzahl der benötigten Arbeitnehmer unmittelbar an die verbliebene Arbeitsmenge an, kann sich daraus ein dringendes betriebliches Erfordernis zur Kündigung ergeben, wenn der Arbeitsanfall - dauerhaft - so zurückgegangen ist, dass zukünftig für einen oder mehrere Arbeitnehmer kein Bedürfnis für eine Weiterbeschäftigung mehr besteht.

Vgl. LAG Niedersachsen 10.02.2016 - 14 Sa 745/15, LAGE § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 103.

Keine nur kurzfristige, vorübergehende Auftragslücke.

Vgl. LAG Berlin-Brandenburg 20.01.2017 - 2 Sa 1188/16 und 1805/16, NZA-RR 2017, S. 587.

# Unternehmerentscheidung

## Allgemeine Anforderungen

---

Endgültigkeit / Ernsthaftigkeit

≠ Anteils- oder Betriebsübertragungsverhandlungen (BAG 10.10.1996 - 2 AZR 477/95, AP Nr. 81 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung)

„Beschlussfassung“ - Dokumentierung?

Inhaltliche Konkretisierung!

≠ Kündigungsentschluss

Organzuständigkeit?

Geschäftsleitungsorgan (§§ 76, 78 AktG, §§ 6, 35 GmbHG, §§ 9, 24 GenG)

Auswirkung von Zustimmungsvorbehalten (Aufsichtsrat/Beirat/Gesellschafter)?

Zeitpunkt: Die Entscheidung muss bis zur Kündigungserklärung getroffen sein!

Bezugssachverhalt und Wirkungen: Der Beschäftigungswegfall muss noch nicht im Kündigungszeitpunkt eingetreten sein. Es genügt, dass dies bei Ablauf der Kündigungsfrist der Fall ist. Die Änderung muss allerdings bei Erklärung der Kündigung absehbar sein und greifbare Formen angenommen haben.

## „Greifbare Formen“

---

Siehe zur Betriebsstillegung z.B. LAG Rheinland-Pfalz 20.02.2014 - 2 Sa 124/13; LAG Rheinland-Pfalz 25.11.2014 - 8 Sa 358/14: Nimmt der Insolvenzverwalter keine neuen Aufträge mehr an, kündigt er die Arbeitsverhältnisse sämtlicher Arbeitnehmer und beschränkt er sich darauf, nur noch die vorhandenen Aufträge während der Kündigungsfrist abzuarbeiten, können dies gewichtige Anhaltspunkte für eine tatsächlich getroffene Stilllegungsentscheidung sein; LAG Rheinland-Pfalz 12.01.2017 - 5 Sa 51/16: Indizien für Stilllegungsplan bei entsprechenden äußeren Erklärungen gegenüber Arbeitnehmern, Banken, Kunden, Lieferanten.

ArbG Köln 02.02.2017 - 6 Ca 4654/16:

Beschluss zur Stilllegung der Produktion, Kündigung aller Arbeitsverhältnisse, Beendigung sonstiger Rechtsverhältnisse, Mitteilung des Kündigungsgrundes bzw. der Produktionseinstellung, Massentlassungsanzeige



## Unternehmerentscheidung Form und Zeitpunkt

---

BAG 31.07.2014 - 2 AZR 422/13, NZA 2015, S. 101:

- Hängt der Wegfall des Beschäftigungsbedarfs von unternehmerisch-organisatorischen Maßnahmen des Arbeitgebers ab, die bei Zugang der Kündigung faktisch noch nicht umgesetzt worden sind (Bsp.: Übertragung der Tätigkeiten auf neu berufenen Geschäftsführer bzw. eine Drittfirma), müssten zumindest die Absicht und der Wille des Arbeitgebers, diese Maßnahmen vorzunehmen, zu diesem Zeitpunkt schon vorhanden und abschließend gebildet worden sein.
- Wenn der Arbeitnehmer dies mit - in der Regel zunächst ausreichendem - Nichtwissen bestreitet, wird der Arbeitgeber nähere tatsächliche Einzelheiten darlegen müssen, aus denen unmittelbar oder mittelbar geschlossen werden kann, er habe die entsprechende Absicht bereits im Kündigungszeitpunkt endgültig gehabt. Geht es dabei um den inneren Zustand einer einzelnen Person, wird sich das Gericht die Überzeugung von der Wahrheit der Behauptung nach § 286 ZPO bilden müssen. Wenn sich die innere Tatsache nicht in irgendeiner Weise nach außen manifestiert hat (etwa durch Offenbarung gegenüber Dritten), wird es auf die genaue Darlegung des inneren Willensbildungsprozesses der betreffenden Person, die Schlüssigkeit ihrer Angaben und ggf. ihre Glaubwürdigkeit ankommen.
- Der fragliche Entschluss unterliegt keinem Formzwang.
- Bei einer juristischen Person genügt es, dass derjenige, der dazu die tatsächliche Macht hat, die betreffende Entscheidung endgültig und vorbehaltlos getroffen hat.
- Nicht erforderlich ist, dass vor Zugang der Kündigung mit der Verwirklichung der Entscheidung bereits begonnen wurde. Das betrifft nicht nur die unmittelbare Umsetzung. Auch vorbereitende Maßnahmen - wie etwa der Vertragsschluss mit dem Drittunternehmen - müssen noch nicht erfolgt sein. Es genügt, dass der Arbeitgeber berechtigterweise annehmen durfte, die laufende Kündigungsfrist biete ihm hierfür ausreichend Zeit.

(Existenz der Entscheidung als überprüfbarer Lebensvorgang. Ableitung/Rückschluss ggf. aus äußeren „greifbaren“ Formen!)

## Unternehmerentscheidung Beachtlichkeits-Grundsatz

---

BAG 20.11.2014 - 2 AZR 512/13, NZA 2015, S. 679:

1. Die Entscheidung des Arbeitgebers, die Aufgaben eines Hausmeisters an ein Drittunternehmen zu vergeben, kann zu einer Verringerung der Arbeitskräftebedarfs und damit zu einem dringenden betrieblichen Erfordernis für eine ordentliche Kündigung i.S.v. § 1 Abs. 2 KSchG führen.
2. Hängt der Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeiten von einer unternehmerisch-organisatorischen Maßnahme ab, braucht diese bei Kündigungszugang noch nicht tatsächlich umgesetzt zu sein. Es reicht aus, wenn sich die künftige Entwicklung konkret und greifbar abzeichnet. Dafür müssen die Absicht und der Wille des Arbeitgebers, die Maßnahme vorzunehmen, schon vorhanden und abschließend gebildet worden sein. Andernfalls kann im Kündigungszeitpunkt nicht - wie erforderlich - hinreichend sicher prognostiziert werden, der Arbeitsplatz werde spätestens mit Ablauf der Kündigungsfrist entfallen sein.
3. Ein in diesem Sinne ernsthafter und endgültiger Entschluss zur Fremdvergabe von Tätigkeiten berechtigt den Arbeitgeber nicht in jedem Fall erst dann zu Kündigung, wenn er bereits einen Vertrag mit einem Drittunternehmen über die Durchführung der fraglichen Aufgaben geschlossen hat. Es reicht aus, wenn er - etwa auf der Grundlage bereits eingeholter Angebote - berechtigterweise annehmen durfte, die Kündigungsfrist biete ihm hierfür ausreichend Zeit.
4. Der Arbeitgeber ist - bis zur Grenze der Willkür - nicht gehindert, auch wirtschaftlich nicht zwingend notwendige Organisationsentscheidungen zu treffen. Es ist nicht Sache der Gerichte, ihm eine „bessere“ oder „richtigere“ betriebliche Organisation vorzuschreiben. Im Fall der Fremdvergabe kommt es deshalb grds. nicht darauf an, ob durch die Beauftragung des Drittunternehmens Kosten gespart werden.

## Unternehmerentscheidung Zweifel

---

1. In Fällen, in denen die Organisationsentscheidung des Arbeitgebers und sein Kündigungsentschluss praktisch deckungsgleich sind, kann die ansonsten berechtigte Vermutung, die fragliche Entscheidung sei aus sachlichen Gründen erfolgt, nicht unbesehen greifen (BAG 20.02.2014 - 2 AZR 346/12).
2. Kommt zu dieser Deckungsgleichheit hinzu, dass gleichzeitig mit der Entlassung der betroffenen Arbeitnehmerin an anderer Stelle desselben Unternehmensbereichs ein neuer Arbeitnehmer eingestellt wird („N.N.“), fehlt es nicht nur an der besagten Vermutung, sondern es ist vielmehr umgekehrt umso mehr am Arbeitgeber, Tatsachen darzulegen, aus denen sich ergibt, dass die Entscheidung keine auf Willkür fußende Austausch Kündigung zum Gegenstand hat.

Vgl. LAG Köln 14.03.2019 - 6 Sa 489/18, LAGE § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 105.

## Unternehmerentscheidung Beispiele

---

Umstellung Vertrieb (Bsp.: „Weight Watchers“)

BAG 09.05.1996 - 2 AZR 438/95, NZA 1996, S. 1145. Siehe z. B. auch die beiden Fälle „Plakatanschlag“: BAG 25.06.1996 - 1 ABR 6/96; BAG 13.08.2008 - 7 AZR 1037/06! Anders im „Crewing“-Fall: BAG 26.09.1996 - 2 AZR 200/96, NZA 1997, S. 202!

Stellenplankürzung/Stellenreduzierung

BAG 17.06.1999 - 2 AZR 141/98; BAG 17.06.1999 - 2 AZR 522/98, AP Nr. 102 zu §1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung

Entfallen einer Hierarchieebene und Umgestaltung von Führungsstrukturen (Anforderungen an Darlegung)

BAG 27.09.2001 - 2 AZR 176/00, AP Nr. 6 zu § 14 KSchG 1969; BAG 16.12.2010 - 2 AZR 770/09, AP Nr. 86 zu § 1 KSchG 770/09, AP Nr. 186 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; LAG Mecklenburg-Vorpommern 16.04.2015 - 5 Sa 165/14, LAGE § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 99

Ausgliederung/Fremdvergabe/(Teil-)Stilllegung

BAG 21.02.2002 - 2 AZR 556/00; BAG 27.06.2002 - 2 AZR 489/01, NZA 2002, S. 1034; BAG 16.12.2004 - 2 AZR 66/04, NZA 2005, S. 761; BAG 31.07.2014 - 2 AZR 422/13, NZA 205, S. 101

## (Änderungs-)Kündigung wg. neuer Gestaltung

---

Die Gestaltung des Anforderungsprofils für einen Arbeitsplatz unterliegt grundsätzlich der freien unternehmerischen Disposition. Die Vorgabe kann von den Arbeitsgerichten nur auf Willkür und offenbare Unrichtigkeit hin überprüft werden. 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. Die Entscheidung zur (neuen) Stellenprofilierung muss im Zusammenhang mit einer organisatorischen Maßnahme - ggf. im Zusammenhang mit einer Neuausrichtung der Geschäftstätigkeit - stehen, nach der Durchführung sich die bisherigen Anforderungen an den Stelleninhaber ändern. Es muss sich um ein nachvollziehbares, arbeitsplatzbezogenes Kriterium für die Stellenprofilierung handeln.

Vgl. BAG 02.03.2017 - 2 AZR 546/16, NZA 2017, S. 905.

# Unternehmerentscheidung Kontrolle

---

Keine Überprüfung der Zweckmäßigkeit der Unternehmerentscheidung!

Die unternehmerische Entscheidung darf nicht offensichtlich unsachlich oder willkürlich sein (Missbrauchskontrolle)!

BAG 26.09.2002 - 2 AZR 636/01, NZA 2003, S. 549 („Rheuma-Klinik“):

„Die Entscheidung eines Unternehmers, einen Betriebsteil durch eine noch zu gründende, finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch in sein Unternehmen voll eingegliederte Organgesellschaft mit von dieser neu einzustellenden Arbeitnehmern weiter betreiben zu lassen, stellt kein dringendes betriebliches Erfordernis i.S.v. § 1 Abs. 2 KSchG dar, den in diesem Betriebsteil beschäftigten Arbeitnehmern zu kündigen.“

BAG 22.04.2004 - 2 AZR 385/03; BAG 23.04.2008 - 2 AZR 1110/06:

Missbrauch bei Bildung separater betrieblicher Organisationsstrukturen zwecks Herausdrängung eines Arbeitnehmers bei unverändertem betrieblichem Beschäftigungsbedarf oder bei Änderung abstrakter Organisationsstrukturen ohne Änderung realer Arbeitsabläufe.

LAG Berlin 03.04.2001 - 3 Sa 2778/00 (Fremdvergabe von Reinigungsarbeiten beschränkt durch „unkündbare“ Arbeitnehmer). FALSCH!

ArbG Leipzig 03.05.2019 - 3 Ca 1365/18, AE 2019, S. 213: Durchführbarkeit? Umsetzbarkeit?

# Unternehmerentscheidung „Grenzfälle“

---

1. Strenge Voraussetzungen bei Auswirkungen der Organisationsentscheidung gerade auf einen einzigen Arbeitsplatz/Arbeitnehmer

Bsp.: Einziger Datenschutzbeauftragter → Umorganisation

Einziger Justitiar → Umorganisation

2. Bildung von Halbzeitstellen aus Vollzeitstellen

BAG 22.0.2004 - 2 AZR 385/03, AP Nr. 74 zu § 2 KSchG 1969

3. Absenkung der Arbeitnehmerzahl?

Bsp.: Anzahl Bedienungskräfte im Restaurant

## Dringlichkeit (Ultima-Ratio-Prinzip)

---

Kündigung als äußerstes und letztes Mittel.

Anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten

Abbau von Leiharbeitnehmern! (BAG 15.12.2011 - 2 AZR 42/10; BAG 18.10.2012 - 6 AZR 289/11). Siehe zur Betriebsbedingtheit von Kündigungen bei Leiharbeit auch Moll/Ittmann, RdA 2008, S.321 ff. Siehe zu Vertretungsbesetzungen bereits BAG 01.03.2007 - 2 AZR 650/05, AP Nr. 164 zu §1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

Abbau von Überstunden (APS/Kiel, 5. Auflage 2017, § 1 KSchG, Rdnr. 531; Stahlhacke/Preis/Vossen, 11. Auflage 2015, Rdnr. 1007; Moll, in: Schmidt/Uhlenbruck, 5. Auflage 2016, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 2. Teil B. V. 2. b), S. 258).

Arbeitsstreckung?

Arbeitszeitguthaben!

Arbeitszeitverkürzung/Kurzarbeit? - Siehe dazu z. B. Stahlhacke/Preis/Vossen, 11. Auflage 2015, Rdnr. 1004 ff.

Dringlichkeit/Interessenabwägung (Rentabilitätsinteressen)???



## Anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten

---

1. Betrieb oder Unternehmen! Grds. kein Konzernbezug
2. Arbeitsplätze im Gemeinschaftsbetrieb
3. Betriebsratswiderspruch?
4. Darlegung durch Arbeitnehmer (Abstufungsprinzip)
5. Gleiche oder geänderte Arbeitsbedingungen
6. Der Arbeitsplatz muss frei sein!
  - Freiwerden während Kündigungsfrist oder danach in einem absehbaren (zur Überbrückung zumutbaren) Zeitraum
  - Rechtsgedanke des § 162 BGB (§ 242 BGB)
7. Fähigkeiten und Kenntnisse
8. Keine höherwertige Stelle! Kein Anspruch auf Beförderung!
9. Keine Weiterbeschäftigungsprüfung im Ausland (BAG 29.08.2013 - 2 AZR 809/12, NZA 2014, S. 730; BAG 24.09.2015 - 2 AZR 3/14, NZA 2015, S. 1457). Siehe dazu Kleinert, RdA 2017, S. 52 ff.

## Eignung des Arbeitnehmers für den freien Arbeitsplatz

---

Anforderungsprofil/Arbeitgeber = Arbeitsplatzbezug  $\neq$  Persönlichkeitskriterien

BAG 24.06.2004 - 2 AZR 326/03, NZA 2004, S. 1268; BAG 22.09.2005 - 2 AZR 208/05, AP Nr. 141 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAG 10.07.2008 - 2 AZR 1111/06, NZA 2009, S. 312 (Key Account Manager)

Die Gestaltung des Anforderungsprofils für den freien Arbeitsplatz unterliegt der lediglich auf offenbare Unsachlichkeit zu überprüfenden Unternehmerdisposition des Arbeitgebers. Soweit für die sachgerechte Erledigung der Arbeitsaufgabe bestimmte persönliche oder sachliche Voraussetzungen erforderlich sind, kann die unternehmerische Entscheidung, welche Anforderungen an den Stelleninhaber zu stellen sind, nur auf offenbare Unsachlichkeit gerichtet überprüft werden. Die Entscheidung des Arbeitgebers, bestimmte Tätigkeiten nur von Arbeitnehmern mit bestimmten Qualifikationen ausführen zu lassen, ist von den Arbeitsgerichten grundsätzlich jedenfalls dann zu respektieren, wenn die Qualifikationsmerkmale einen nachvollziehbaren Bezug zur Organisation der auszuführenden Arbeiten haben. Etwas anderes gilt hingegen bei der Festlegung rein persönlicher Merkmale ohne hinreichenden Bezug zur konkreten Arbeitsaufgabe.

## Konkurrenz um freie Stellen

---

Eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers i.S.v. § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG ist dem Arbeitgeber selbst bei Vorhandensein eines freien Arbeitsplatzes nur möglich, wenn der Arbeitnehmer dem Anforderungsprofil der freien Stelle - sei es auch erst nach einer dem Arbeitgeber zumutbaren Umschulung oder Fortbildung - entspricht. Bedarf es nach dem Stellenprofil bestimmter behördlicher Erlaubnisse oder Genehmigungen, muss im Kündigungszeitpunkt die berechtigte Erwartung bestehen, dass der Arbeitnehmer in zumutbarer Zeit über sie verfügen wird. Es reicht nicht aus, dass die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nur mit gewisser Wahrscheinlichkeit gesichert ist.

Fallen für mehrere Arbeitnehmer einer Dienststelle Beschäftigungsmöglichkeiten weg und konkurrieren diese um eine geringere Zahl freier Arbeitsplätze in einer anderen Dienststelle des Arbeitgebers, 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 27.07.2017 - 2 AZR 476/16, NZA 2018, S. 234.

Siehe auch LAG Berlin-Brandenburg 13.12.2018 - 5 Sa 1257/18: Grds. der Sozialauswahl bei Konkurrenz mehrerer geeigneter Arbeitnehmer.

## Anderer Arbeitsplatz: Befristung

---

BAG 26.03.2015 - 2 AZR 417/14, NZA 2015, S. 1083:

- Unbefristet angestellte, nach § 1 KSchG geschützte Arbeitnehmer haben bei der Besetzung freier Stellen Vorrang nicht nur vor externen Bewerbern, sondern auch vor solchen Arbeitnehmern, deren Arbeitsverhältnis zeitgleich durch Befristung endet. Besetzt der Arbeitgeber die Stelle durch eine Verlängerung des Einsatzes des befristet beschäftigten Arbeitnehmers zu einem Zeitpunkt, in dem der Wegfall des Beschäftigungsbedarfs des kündigungsgeschützten Arbeitnehmers bereits absehbar ist, kann er sich nach dem Rechtsgedanken des § 162 BGB gegenüber dem dann gekündigten Arbeitnehmer auf einen Wegfall dieser Weiterbeschäftigungsmöglichkeit nicht berufen.
- Der Arbeitgeber muss eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit im Sinne des § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Buchst. b), Satz 3 KSchG auch dann anbieten, wenn er den Arbeitsplatz nur vorübergehend einrichten und den zeitlich ungewissen Beschäftigungsbedarf mit einem Arbeitnehmer abdecken will, der wirksam befristet (weiter-)beschäftigt werden kann.
- Ein höheres Beschäftigungsvolumen auf dem freien Arbeitsplatz steht der Notwendigkeit, diesen einem Arbeitnehmer zur Vermeidung einer Beendigungskündigung anzubieten, nicht entgegen. Entweder die freie Stelle ist teilbar, oder sie ist dem Arbeitnehmer auch mit dem höheren Beschäftigungsvolumen anzubieten.

Kritik bei Hasler-Hagedorn, Anm. zu BAG AP Nr. 208 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung

## Weiterbeschäftigung nach Fortbildungs- oder Umschulungsmaßnahmen

---

§ 1 Abs. 2 Satz 3 Alt. 1 KSchG

Zumutbarkeitsgrenze!?

Begrenzung jedenfalls durch konkret absehbaren Anschlussarbeitsplatz

BAG 24.03.1983 - 2 AZR 21/82, AP Nr. 12 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung:

„Auf die Weiterbeschäftigung eines Arbeitnehmers nach zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen (§ 1 Abs. 2 Satz 3 KSchG) kann der Arbeitgeber jedenfalls dann nicht verwiesen werden, wenn bei Ausspruch der Kündigung kein entsprechender anderweitiger Arbeitsplatz frei ist und auch nicht mit hinreichender Sicherheit voraussehbar ist, dass nach Abschluss der Maßnahmen eine Beschäftigungsmöglichkeit aufgrund der durch die Fortbildung oder Umschulung erworbenen Qualifikation besteht. Es bleibt offen, wie sich die zeitliche Dauer und die mit der Fortbildungs- oder Umschulungsmaßnahme verbundenen Aufwendungen des Arbeitgebers auf deren Zumutbarkeit auswirken.“

# Weiterbeschäftigung nach Fortbildungs- oder Umschulungsmaßnahmen

---

BAG 08.04.2014 - 2 AZR 1001/12:

1. Eine Kündigung ist dann nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse iSv. § 1 Abs. 2 KSchG bedingt, wenn ein anderer Arbeitsplatz zu vergleichbaren oder schlechteren Bedingungen vorhanden und frei ist und der Arbeitnehmer - sei es auch erst nach einer dem Arbeitgeber zumutbaren Fortbildung oder Umschulung - das Anforderungsprofil der Stelle erfüllt.
2. Die Verpflichtung des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer zumutbare Umschulungs- und Fortbildungsmöglichkeiten anzubieten, besteht nur, wenn im Kündigungszeitpunkt feststeht, dass spätestens nach Durchführung der Qualifizierungsmaßnahme ein geeigneter Arbeitsplatz im Unternehmen vorhanden und frei ist. Der Arbeitgeber ist von Gesetzes wegen nicht verpflichtet, den Arbeitnehmer allein zum Zwecke der Qualifikation weiter zu beschäftigen.
3. Hält der Arbeitgeber im Rahmen einer betrieblichen Einheit Stellen vor, die ausschließlich der Qualifizierung und Vermittlung an andere Unternehmen innerhalb und außerhalb des Konzerns dienen, handelt es sich nicht um freie Arbeitsplätze iSv. § 1 Abs. 2 Satz 2, Satz 3 KSchG. Lehnt der Arbeitnehmer einen Wechsel in die betriebliche Einheit ab, ist der Arbeitgeber deshalb kündigungsrechtlich nicht verpflichtet, ihm nach Wegfall des bisherigen Arbeitsplatzes eine dieser Stellen zur Vermeidung einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Wege der Änderungskündigung anzubieten.

## Andere Arbeitsbedingungen

---

Änderungskündigung bei geänderten Konditionen  
(Änderungskündigung vor Beendigungskündigung)

§ 1 Abs. 2 Satz 3 Alt. 2 KSchG

Änderung von Arbeitsbedingungen: Bestimmtheitsgrundsatz und Erforderlichkeitsgrundsatz  
(BAG 21.05.2019 - 2 AZR 26/19)

Änderungskündigung auch bei vorheriger Ablehnung durch Arbeitnehmer?

Angebot jedes nur denkbaren, möglichen Arbeitsplatzes (Pförtnerstelle für Personalleiter)?

- grds. soll AN selbst über Zumutbarkeit entscheiden -

Ausnahme nur in Extremfällen

## Änderungskündigung - Bestimmtheit des Änderungsangebots -

---

BAG 10.09.2009 - 2 AZR 822/07:

Erklärt der Arbeitgeber gegenüber einem Arbeitnehmer zur selben Zeit mehrere Änderungskündigungen, die je für sich das Angebot zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter Änderung lediglich einer bestimmten - jeweils anderen - Vertragsbedingung und den Hinweis enthalten, der Arbeitnehmer erhalte zugleich weitere Änderungskündigungen, sind die Angebote nicht hinreichend bestimmt im Sinne von § 2 Satz 1 KSchG, § 145 BGB.



## Sozialauswahl § 1 Abs. 3 KSchG

---

1. Betriebsbezug
  - Abgrenzung/Bestimmung Betriebsstrukturen
  - Gemeinschaftsbetrieb
2. Prüfungsreihenfolge
  - Vergleichbarkeit
  - Soziale Gesichtspunkte (§ 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG)
  - Betriebswichtige Arbeitnehmer (§ 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG)
3. Wertungsspielraum des Arbeitgebers angesichts inkommensurabler Größen
4. Es zählt, ob das Ergebnis richtig ist. Es kommt nicht darauf an, ob der Arbeitgeber ordnungsgemäß geprüft hat

## Sozialauswahl Betriebsstillegung/Schwesterunternehmen

---

Eine Sozialauswahl muss auch dann erfolgen, wenn der Arbeitgeber zwar allen Arbeitnehmern seines Betriebes kündigt, jedoch einem Teil zugleich im Zusammenwirken mit einem Schwesterunternehmen die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses anbietet, ohne dass in diesem Fall die ausgesprochene Kündigung irgendwelche weiteren Folgen für den rechtlichen und sozialen Bestand des Arbeitsverhältnisses haben soll.

Vgl. BAG 21.05.2015 - 8 AZR 409/13.

## Kreis der vergleichbaren Arbeitnehmer

---

1. Arbeitsplatzbezug: Der betroffene Arbeitnehmer muss in der Lage sein, den in Rede stehenden Arbeitsplatz auszufüllen!  
Berufsausbildung, Berufsentwicklung, Eingruppierung, Spezialisierung  
≠ Routinevorsprung  
Einarbeitungszeit von drei Monaten?
2. Arbeitsvertrag: Eine Vergleichbarkeit besteht nicht, wenn die Tätigkeit nicht kraft Direktionsrechts zugewiesen werden kann, weil die bisherige Tätigkeit arbeitsvertraglich festgeschrieben ist.
3. Horizontale Vergleichbarkeit:  
Vergleichbarkeit weder nach oben noch nach unten (Beschränkung auf dieselbe Hierarchieebene)!  
BAG 17.09.1998 - 2 AZR 725/97, NZA 1998, S. 1332: „Wurde einem Arbeitnehmer unter Abänderung seines Arbeitsvertrags die Leitung eines konkreten Arbeitsbereichs übertragen und kündigt der Arbeitgeber später betriebsbedingt, weil dieser Arbeitsbereich wegfällt, so sind die ehemals vergleichbaren, ohne Leitungsfunktion in anderen Arbeitsbereichen beschäftigten Arbeitnehmer in der Regel nicht in die soziale Auswahl einzubeziehen.“  
Hierarchieunterschiede in verschiedenen Betriebsteilen?
4. Behandlung „unkündbarer“ Arbeitnehmer? - gesetzlich  
- vertraglich (AV/TV)  
  
(BAG 20.06.2013 - 2 AZR 295/12, AP Nr. 3 zu § 626 BGB Unkündbarkeit)
5. Sonderkündigungsschutz

## Vergleichbarkeit Teilzeit - Vollzeit

---

BAG 03.12.1998 - 2 AZR 341/98, AP Nr. 39 zu § 1 KSchG Soziale Auswahl

BAG 12.08.1999 - 2 AZR 12/99, AP Nr. 44 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl

BAG 15.07.2004 - 2 AZR 376/03, AP Nr. 68 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl

BAG 07.12.2006 - 2 AZR 748/05, AP Nr. 88 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl

Ob bei der Kündigung teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer Vollzeitbeschäftigte und bei der Kündigung vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer Teilzeitbeschäftigte in die Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG einzubeziehen sind, hängt von der betrieblichen Organisation ab.

Hat der Arbeitgeber eine Organisationsentscheidung getroffen, aufgrund derer für bestimmte Arbeiten Vollzeitkräfte vorgesehen sind, so kann diese Entscheidung als freie Unternehmensentscheidung nur darauf überprüft werden, ob sie offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist. Liegt danach eine bindende Unternehmerentscheidung vor, sind bei der Kündigung einer Teilzeitkraft die Vollzeitkräfte nicht in die Sozialauswahl einzubeziehen. Will der Arbeitgeber in einem bestimmten Bereich lediglich die Zahl der insgesamt geleisteten Arbeitsstunden abbauen, ohne dass eine derartige Organisationsentscheidung vorliegt, sind sämtliche in diesem Bereich beschäftigten Arbeitnehmer ohne Rücksicht auf ihr Arbeitszeitvolumen in die Sozialauswahl einzubeziehen.

## Sozialauswahlkriterien

---

§ 1 Abs. 3 Satz 1 Hs. 1 KSchG

- Betriebszugehörigkeit
- Lebensalter
- Unterhaltspflichten
- Schwerbehinderung

„ausreichend berücksichtigt“

Gewichtung? Vorrang? Keine Vorgaben! → Wertungsspielraum

BAG 05.12.2002 - 2 AZR 549/01, AP Nr. 59 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl

BAG 29.01.2015 - 2 AZR 164/14, NZA 2015, S. 426.

Vorrang nur für deutlich schutzwürdigere Arbeitnehmer

Bsp. für Grenze: Eine um drei Jahre längere Betriebszugehörigkeit ist nicht geeignet, drei Unterhaltspflichten aufzuwiegen, wenn der Unterhaltsverpflichtete seinerseits sechs Jahre Betriebszugehörigkeit aufzuweisen hat (BAG 29.01.2015 - 2 AZR 164/14: AN Alter 40 Jahre, 6 Jahre Betriebszugehörigkeit, Ehefrau und 2 Kinder - AN Alter 42 Jahre und 9 Jahre Betriebszugehörigkeit)

§ 1 AGG? → § 10 Sätze 1 und 2 AGG!

Was gilt bei Hinzuziehungen weiterer Kriterien?

---

## Regelaltersrente/Sozialauswahl

---

Über das Auswahlkriterium „Lebensalter“ soll die Rechtsstellung solcher Arbeitnehmer im Rahmen der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG gestärkt werden, deren Chancen typischerweise schlechter stehen, nach dem Verlust des Arbeitsplatzes überhaupt oder doch zeitnah ein dauerhaftes „Ersatzeinkommen“ zu erzielen. Deshalb ist ein Arbeitnehmer, der bereits Regelaltersrente beziehen kann, deutlich weniger schutzbedürftig als ein Arbeitnehmer, der noch keine Altersrente zu beanspruchen hat.

In dieser Auslegung verstößt § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG nicht gegen die Vorgaben der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf. Mit der Berücksichtigung der Regelaltersrentenberechtigung verfolgt der nationale Gesetzgeber in verhältnismäßiger Weise ein rechtmäßiges Ziel aus dem Bereich der Arbeitsmarktpolitik i.S.v. Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie.

Weiterführender Hinweis:

Der Senat hat offengelassen, welche besonderen Schutzwürdigkeiten/-bedürftigkeiten der Gesetzgeber mit dem Auswahlkriterium „Betriebszugehörigkeit“ verbindet, und ob ein Arbeitnehmer, der Regelaltersrente beziehen kann, bezogen auf dieses Kriterium zumindest weniger schutzbedürftig ist als ein ebenso lang bei dem Arbeitgeber beschäftigter Arbeitnehmer, der noch keine Regelaltersrente zu beanspruchen hat.

Vgl. BAG 27.04.2017 - 2 AZR 67/16, NZA 2017, S. 902.

(≠ zu § 41 Satz 1 SGB VI)

## Nichteinbeziehung in die Sozialauswahl

### § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG

---

Weiterbeschäftigung im berechtigten betrieblichen Interesse

Fähigkeiten, Kenntnisse, Leistungen (ein bloßer Routinevorsprung ist nicht ausreichend)

Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur

- anders als im Rahmen von § 1 Abs. 5 KSchG und § 125 InsO ist konkreter Vortrag zum Interesse i.S.v. § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG erforderlich -

(nach dem jetzigen Rechtsprechungsstand kann allerdings Plausibilität genügen)

Einzelheiten und Kritik der Rspr. bei Lunk/Seidler, NZA 2014, S. 455 ff.

- ein Arbeitnehmer kann nicht verlangen, nach § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG aus der Sozialauswahl herausgenommen zu werden -

## **Berechtigtes betriebliches Interesse (§ 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG)**

---

Abkehrwille

Austausch wg. Sozialauswahl beeinträchtigt ordnungsgemäßen Betriebsablauf

Berufserfahrung

Beziehungen zu Kunden/Lieferanten

Erhaltung eines eingearbeiteten Mitarbeiterstamms

Führungsaufgaben

Leistungsstärke

Persönlichkeit

Qualifikation für bestimmte Abläufe/Arbeiten

Umgang mit bzw. Verhältnis zu Mitarbeitern

Achtung: Interessenabwägung



## Altersgruppenbildung (§ 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG)

---

Alter als Kriterium für Abwägung und Gruppenbildung - „Aufregung“ durch ArbG Osnabrück

BAG 06.07.2006: Altersgruppenbildung/Punktetabelle

BAG 19.06.2007: Altersgruppenbildung/Punktetabelle

BAG 06.09.2007: Altersgruppenbildung/Punktetabelle

BAG 06.11.2008: Altersgruppenbildung/Punktetabelle

BAG 12.03.2009: Altersgruppenbildung/Punktetabelle

(Entscheidungen zu § 1 Abs. 5 KSchG bzw. § 125 InsO)

1. Diskriminierungsverbot gilt im Rahmen des KSchG
2. Verbot der Altersdiskriminierung steht der Berücksichtigung des Lebensalters (§ 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG) und einer Altersgruppenbildung (§ 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG) entgegen
3. Punktetabelle auch mit Punkten für Lebensalter
4. Altersgruppen
  - bis 25
  - bis 35
  - bis 45
  - bis 55
5. Rechtfertigung i.S.v. § 10 Sätze 1 und 2 AGG
  - a) Chancen auf dem Arbeitsmarkt.
  - b) Belegschaftsstruktur als berechtigtes Unternehmerinteresse (Vermeidung einer Überalterung).
  - c) Im Zusammenspiel mit anderen Kriterien findet keine Überbewertung des Lebensalters statt.
  - d) Milderung der Bevorzugung!

## Altersgruppenbildung (§ 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG) und Namensliste

---

BAG 26.03.2015 - 2 AZR 478/13, NZA 2015, S. 1122:

1. § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG gestattet die Vorwegnahme der Sozialauswahl im Rahmen von Altersgruppen, wenn dies zur Sicherung einer ausgewogenen Altersstruktur der Belegschaft im betrieblichen Interesse liegt.
2. Eine solche Ausnahme von dem Grundsatz des § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG, dass die Sozialauswahl innerhalb der gesamten Gruppe vergleichbarer Arbeitnehmer stattzufinden hat, ist nur gerechtfertigt, wenn innerhalb der Vergleichsgruppe nach sachlichen Kriterien Altersgruppen gebildet werden, die prozentuale Verteilung der Belegschaft auf Altersgruppen festgestellt und die Gesamtzahl der auszusprechenden Kündigungen diesem Proporz entsprechend auf die einzelnen Altersgruppen verteilt wird.
3. Die Beteiligung der einzelnen Altersgruppen an dem Personalabbau hat auch im Anwendungsbereich des § 1 Abs. 5 KSchG streng proportional zu erfolgen.
4. Eine altersgruppenbezogene Sozialauswahl führt zu einem - groben- Auswahlfehler in Bezug auf den klagenden Arbeitnehmer, wenn ihre Voraussetzungen nicht vorliegen und innerhalb der dann insgesamt zu betrachtenden Vergleichsgruppe ein in dem erforderlichen Maß weniger schutzbedürftiger Arbeitnehmer verschont bleibt.

## Rechtsfolgen fehlerhafter Sozialauswahl

---

Nimmt der Arbeitgeber die Sozialauswahl allein durch Vollzug eines zulässigen Punktesystems vor, so kann er auf die Rüge nicht ordnungsgemäßer Sozialauswahl mit Erfolg einwenden, der gerügte Auswahlfehler habe sich auf die Kündigungsentscheidung nicht ausgewirkt, weil der Arbeitnehmer nach der Punktetabelle ohnehin zur Kündigung angestanden hätte.

Vgl. BAG 09.11.2006 - 2 AZR 812/05

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. Entsprechendes gilt, wenn eine Sozialauswahl zwar getroffen wurde, dem Auswahlverfahren aber methodische Fehler anhaften. 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. Dies Erwägungen treffen sinngemäß auch auf die Auswahl der weiter zu beschäftigenden Arbeitnehmer analog § 1 Abs. 3 KSchG zu.

Vgl. BAG 27.07.2017 - 2 AZR 476/16.

Aufgabe der früheren „Domino“-Theorie durch die Rechtsprechung: Es kann sich nur der Arbeitnehmer auf die Fehlerhaftigkeit berufen, der ansonsten von der Kündigung verschont geblieben wäre, wenn der „richtige“ Arbeitnehmer die Kündigung erhalten hätte.

## „Absicherung“ betriebsbedingter Kündigungen

---

1. § 1 Abs. 4 KSchG (§ 95 BetrVG)

Auswahlrichtlinie/Punkteschema

Gewichtungskriterien!!!

Vergleichbarkeit?

Herausnahme aus Sozialauswahl?

Keine Abschlusswürdigung und keine Abweichung!

2. § 1 Abs. 5 KSchG / § 125 InsO

„Namensliste“

Siehe zu den Anforderungen bzw. einer Überprüfung der Altersgruppenbildung und deren Bereiche/Einsatzbereiche z.B.:

BAG 19.12.2013 - 6 AZR 790/12, AP Nr. 13 zu § 125 InsO!

## Interessenausgleich und Kündigungsschutz § 1 Abs. 5 KSchG, § 125 InsO

---

### Voraussetzungen:

1. Planung einer Betriebsänderung i.S.v. § 111 BetrVG
2. Abschluss eines Interessenausgleichs mit Namensliste
  - a) Schriftformerfordernis
  - b) Namentliche Individualisierung der betroffenen Arbeitnehmer
  - c) Beschreibung der durchzuführenden Betriebsänderung  
Interessenausgleich für die gesamte Betriebsänderung (BAG 17.03.2016 - 2 AZR 182/15)
  - d) Angabe der Sozialauswählerwägungen?
3. Kündigung in sachlichem und zeitlichem Zusammenhang mit Betriebsänderung

Frage: Möglichkeit einer Teil-Namensliste?

## Interessenausgleich und Kündigungsschutz § 1 Abs. 5 KSchG, § 125 InsO

---

### Rechtsfolgen:

1. Vermutung der Betriebsbedingtheit der Kündigung  
(Rechts- und Tatsachenvermutung [§ 292 ZPO])
  - a) Wegfall der bisherigen Beschäftigungsmöglichkeit
  - b) Fehlen anderweitiger Beschäftigungsmöglichkeiten im Unternehmen
  
2. Modifizierung der Sozialauswahlprüfung
  - a) Beschränkung auf bestimmte Kriterien
  - b) Überprüfung nur auf grobe Fehlerhaftigkeit
  - c) Anerkennung einer ausgewogenen Personalstruktur als berechtigtes betriebliches Interesse
  - d) AGG: Altersdiskriminierung

Hinweis: Kein Eintritt der Rechtswirkungen bei wesentlicher Änderung der Sachlage

## Außerordentliche betriebsbedingte Kündigung

---

Gesetzliche oder tarifliche „Unkündbarkeit“ (Kündigung nur mit Auslauffrist!)

Dauerhaftes Fehlen von Beschäftigungsmöglichkeiten

Prüfung freier Arbeitsplätze!

Prüfung freizumachender(!) Arbeitsplätze!

Umorganisation?

Interessenlage nach Widerspruch?

Unzumutbarkeit einer dauerhaften Alimentation ohne Beschäftigung (Frage: Zeitdauer?)

Anders bei arbeitsvertraglicher Unkündbarkeit!

## Außerordentliche betriebsbedingte Kündigung

---

BAG 23.01.2014 - 2 AZR 372/13, AP Nr. 6 zu § 626 BGB Unkündbarkeit:

1. Eine auf betriebliche Gründe gestützte außerordentliche Kündigung kommt - unter Einhaltung einer der ordentlichen Kündigungsfrist entsprechenden Auslaufzeit - allenfalls 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. Allerdings ist der Arbeitgeber wegen des Ausschlusses der ordentlichen Kündigung in einem besonderen Maße verpflichtet zu versuchen, die Kündigung durch geeignete andere Maßnahmen zu vermeiden. Besteht irgendeine Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis sinnvoll fortzusetzen, wird er den Arbeitnehmer i.d.R. entsprechend einzusetzen haben. Erst wenn alle denkbaren Alternativen ausscheiden, kann ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung vorliegen.
2. Das Fehlen jeglicher Beschäftigungsmöglichkeit zählt bei der außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung zum „wichtigen Grund“. Es ist deshalb vom Arbeitgeber darzulegen. Dessen Vorbringen muss deutlich machen, dass er alles Zumutbare unternommen hat, um die durch sein (neues) unternehmerisches Konzept notwendig werdenden Anpassungen der Vertragsbedingungen auf das unbedingt erforderliche Maß zu beschränken.



## Außerordentliche betriebsbedingte Kündigung

---

BAG 18.06.2015 - 2 AZR 480/14, AP Nr. 8 zu § 626 BGB Unkündbarkeit:

Der Arbeitgeber muss grundsätzlich auch dann nicht von einem „Outsourcing“ absehen, wenn dadurch einem Arbeitsverhältnis die Grundlage entzogen wird, das ordentlich nicht mehr kündbar ist. Die Vergabe der Aufgaben (nur) eines einzelnen - ordentlich kündbaren - Arbeitnehmers an ein Drittunternehmen ist nicht schon per se rechtsmissbräuchlich.

BAG 24.09.2015 - 2 AZR 562/14, AP Nr. 10 zu § 626 BGB Unkündbarkeit:

Der Arbeitgeber muss zur Vermeidung einer außerordentlichen Kündigung weder auf eine beschlossene Organisationsmaßnahme verzichten noch diese mit dem Ziel „modifizieren“, dass Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnisse tariflich ordentlich unkündbar sind, weiterbeschäftigt werden können. Deshalb ist er grundsätzlich nicht verpflichtet, eine „Personalgestellung“ - ggf. unter Zahlung der Differenzvergütung - in seine Überlegungen einzubeziehen, wenn er eigene Arbeitnehmer überhaupt nicht mehr beschäftigen möchte. Etwas anderes kann sich aus einem besonders ausgestalteten Sonderkündigungsschutz ergeben.

## Außerordentliche betriebsbedingte Kündigung

---

BAG 27.06.2019 - 2 AZR 50/19, AP Nr. 18 zu § 626 BGB Unkündbarkeit:

Der Arbeitgeber muss im Fall einer außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung in besonderem Maß versuchen, die Kündigung durch geeignete andere Maßnahmen zu vermeiden. Besteht irgendeine Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis sinnvoll fortzuführen, wird er den Arbeitnehmer in der Regel entsprechend einzusetzen haben. Erst wenn sämtliche denkbaren Alternativen ausscheiden, kann ein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung vorliegen. Der Verweis auf ein erfolglos durchgeführtes internes Stellenbesetzungsverfahren (Clearingverfahren) genügt nicht.

## Beschäftigung/Unwirksamkeit der Kündigung

---

Ein Arbeitnehmer kann die Beschäftigung auf dem bisherigen Arbeitsplatz nicht verlangen, wenn dem Arbeitgeber die Beschäftigung auf dem bisherigen Arbeitsplatz unmöglich oder unzumutbar ist. Mit dem Wegfall des Arbeitsplatzes wird die Leistung unmöglich. Das gilt auch dann, wenn die bisherigen Aufgaben nicht entfallen, sondern durch Umorganisation auf andere Bereiche verteilt werden. Von der Unzumutbarkeit der Beschäftigung i.S.v. § 275 Abs. 2 BGB ist auszugehen, wenn der Wegfall der Stelle auf der unternehmerischen Entscheidung des Arbeitgebers beruht (LAG Hessen 24.06.2014 - 8 Sa 1216/13).

Vgl. LAG Düsseldorf 10.06.2016 - 10 Sa 614/15, LAGE § 275 BGB 2002 Nr. 1.

# Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

[www.heuking.de](http://www.heuking.de)



## **Berlin**

Kurfürstendamm 32  
10719 Berlin  
T +49 30 88 00 97-0  
F +49 30 88 00 97-99

## **Düsseldorf**

Georg-Glock-Straße 4  
40474 Düsseldorf  
T +49 211 600 55-00  
F +49 211 600 55-050

## **Hamburg**

Neuer Wall 63  
20354 Hamburg  
T +49 40 35 52 80-0  
F +49 40 35 52 80-80

## **München**

Prinzregentenstraße 48  
80538 München  
T +49 89 540 31-0  
F +49 89 540 31-540

## **Chemnitz**

Weststraße 16  
09112 Chemnitz  
T +49 371 38 203-0  
F +49 371 38 203-100

## **Frankfurt**

Goetheplatz 5-7  
60313 Frankfurt am Main  
T +49 69 975 61-415  
F +49 69 975 61-200

## **Köln**

Magnusstraße 13  
50672 Köln  
T +49 221 20 52-0  
F +49 221 20 52-1

## **Stuttgart**

Augustenstraße 1  
70178 Stuttgart  
T +49 711 22 04 579-0  
F +49 711 22 04 579-44

## **Zürich**

Bahnhofstrasse 69  
8001 Zürich/Schweiz  
T +41 44 200 71-00  
F +41 44 200 71-01