

Betriebsbedingte Kündigung – und der freie Arbeitsplatz

Das Merkmal der Dringlichkeit betrieblicher Erfordernisse im Sinne des § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG ist Ausdruck des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, aus dem sich ergibt, dass der Arbeitgeber vor jeder ordentlichen Beendigungskündigung von sich aus dem Arbeitnehmer eine sowohl diesem als auch ihm selbst objektiv mögliche anderweitige Beschäftigung auf einem freien Arbeitsplatz, gegebenenfalls zu geänderten Bedingungen, anbieten muss¹. Spricht der Arbeitgeber ohne vorheriges oder gleichzeitiges Angebot der geänderten Arbeitsbedingungen sofort eine Beendigungskündigung aus, so ist diese Kündigung regelmäßig sozialwidrig². Als frei sind Arbeitsplätze anzusehen, die zum Zeitpunkt der Kündigung unbesetzt sind oder bei denen im Kündigungszeitpunkt absehbar ist, dass sie zum Ablauf der Kündigungsfrist zur Verfügung stehen werden³. Der Arbeitgeber kann sich zur Rechtfertigung einer betriebsbedingten Kündigung nicht auf einen von ihm selbst treuwidrig herbeigeführten, durch eine vorgezogene Stellenbesetzung verursachten Wegfall freier Arbeitsplätze im Kündigungszeitpunkt berufen⁴. Die Möglichkeit einer (weiteren) sachgrundlosen Befristung des Arbeitsverhältnisses mit einer sozial weniger schutzwürdigen Arbeitnehmerin bei einem für mehrere Arbeitnehmer im Rahmen der sozialen Auswahl gem. § 1 Abs. 3 KSchG zur Verfügung stehenden freien Arbeitsplatz rechtfertigt es nicht, dem sozial schutzwürdigeren Arbeitnehmer, der in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis steht, den freien Arbeitsplatz vor Ausspruch einer Beendigungskündigung nicht anbieten bzw. keine Änderungskündigung aussprechen zu müssen. Dringende betriebliche Erfordernisse iSd. § 1 Abs. 2 Satz 1 LSGchG, die eine Kündigung bedingen, können sich unter anderem daraus ergeben, dass der Arbeitgeber sich zu einer organisatorischen Maßnahme entschließt, deren Umsetzung das Bedürfnis für die Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer im Betrieb dauerhaft entfallen lässt. Eine solche unternehmerische Entscheidung ist gerichtlich nicht auf ihre sachliche Rechtfertigung oder ihre Zweckmäßigkeit hin zu überprüfen, sondern nur darauf, ob sie offensichtlich unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist. Ohne Einschränkung nachzuprüfen ist hingegen, ob die fragliche Entscheidung tatsächlich umgesetzt wurde und dadurch das Beschäftigungsbedürfnis für einzelne Arbeitnehmer entfallen ist⁵. Eine Kündigung ist auch nur dann iSd. § 1 Abs. 2 KSchG durch "dringende" betriebliche Erfordernisse bedingt, wenn es dem Arbeitgeber nicht möglich ist, dem bei Ausspruch der Kündigung absehbaren Wegfall des Beschäftigungsbedarfs durch andere Maßnahmen – sei es technischer, organisatorischer oder wirtschaftlicher Art – als durch eine Beendigungskündigung zu entsprechen. Das Merkmal der Dringlichkeit der betrieblichen Erfordernisse ist Ausdruck des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (ultima-ratio-Prinzip), aus dem sich ergibt, dass der Arbeitgeber vor jeder ordentlichen Beendigungskündigung von sich aus dem Arbeitnehmer eine sowohl diesem als auch ihm selbst objektiv mögliche anderweitige Beschäftigung auf einem freien Arbeitsplatz, gegebenenfalls zu geänderten Bedingungen, anbieten muss. Diese in § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 b, Satz 3 KSchG konkretisierte Kündigungsschranke gilt unabhängig davon, ob in dem Betrieb ein Betriebsrat besteht und ob dieser der Kündigung widersprochen hat⁶. Erfüllt der Arbeitnehmer das Anforderungsprofil der fraglichen Stelle, bedarf es grundsätzlich keiner weitergehenden Prüfung, ob dem Arbeitnehmer die Tätigkeit zumutbar ist. Dies gilt auch dann, wenn deren Zuweisung eine Vertragsänderung erforderlich macht. Eine gegebenenfalls erforderliche Änderungskündigung darf nur in Extremfällen unterbleiben, zB. bei einer völlig unterwertigen Beschäftigung. Der Arbeitnehmer soll grundsätzlich selbst entscheiden können, ob er eine Weiterbeschäftigung unter veränderten, möglicherweise sogar erheblich verschlechternden Bedingungen für zumutbar erachtet oder nicht. Für das Fehlen einer anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeit ist gem. § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG der Arbeitgeber darlegungs- und beweispflichtig. Dabei gilt eine abgestufte Darlegungslast. Will der Arbeitnehmer vorbringen, es sei eine Beschäftigung an anderer Stelle möglich, obliegt es zunächst ihm darzulegen, wie er sich diese Beschäftigung vorstellt. Daraufhin muss der Arbeitgeber

eingehend erläutern, aus welchen Gründen eine Umsetzung nicht in Betracht kam⁷. Spricht der Arbeitgeber ohne vorheriges oder gleichzeitiges Angebot der geänderten Arbeitsbedingungen sofort eine Beendigungskündigung aus, so ist diese Kündigung regelmäßig sozialwidrig⁸ für den betroffenen Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Kündigung eine geeignete und freie Beschäftigungsmöglichkeit vorhanden ist. Da das Fehlen einer anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeit zum Kündigungsgrund gehört, sind auch die insoweit maßgeblichen Tatsachen zum Zeitpunkt des Kündigungsausspruchs zu beurteilen⁹. Als frei sind Arbeitsplätze anzusehen, die zum Zeitpunkt der Kündigung unbesetzt sind oder bei denen im Kündigungszeitpunkt absehbar ist, dass sie bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zur Verfügung stehen werden¹⁰. Die Einbeziehung in der Vergangenheit liegender Umstände und zukünftiger Entwicklungen ist jedoch geboten, damit ausgeschlossen wird, dass der Arbeitgeber den Kündigungszeitpunkt verschiebt, um zunächst vorhandene Beschäftigungsmöglichkeiten zu beseitigen¹¹. So kann sich ein Arbeitgeber zur Rechtfertigung einer Kündigung nach dem Rechtsgedanken des § 162 BGB nicht auf einen von ihm selbst treuwidrig herbeigeführten, durch eine vorgezogene Stellenbesetzung verursachten Wegfall freier Arbeitsplätze im Kündigungszeitpunkt berufen¹². Er hat es nicht in der Hand, eine Auswahlentscheidung nach § 1 Abs. 3 KSchG dadurch zu vermeiden, dass er zunächst einen absehbar freien Arbeitsplatz besetzt und später eine Beendigungskündigung wegen fehlender Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten ausspricht¹³. Andererseits muss der Arbeitgeber keine Beschäftigungsmöglichkeiten berücksichtigen, deren Wegfall bis zum Ablauf der Kündigungsfrist sicher absehbar ist¹⁴. § 102 Abs. 1 Satz 2 BetrVG hat der Arbeitgeber dem Betriebsrat die Gründe für die Kündigung mitzuteilen, das heißt, der Arbeitgeber muss dem Betriebsrat schriftlich oder mündlich neben näheren Informationen über die Person des betroffenen Arbeitnehmers, die Art und den Zeitpunkt der Kündigung und die seiner Ansicht nach maßgeblichen Kündigungsgründe mitteilen. Der für den Arbeitgeber maßgebende Sachverhalt ist unter Angabe der Tatsachen, aus denen der Kündigungsentschluss hergeleitet wird, näher so zu beschreiben, dass der Betriebsrat ohne zusätzliche eigene Nachforschungen in die Lage versetzt wird, die Stichhaltigkeit der Kündigungsgründe zu prüfen und sich über eine Stellungnahme schlüssig zu werden. Kommt der Arbeitgeber dieser Aufforderung an seine Mitteilungspflicht nicht oder nicht richtig nach und unterläuft ihm insoweit bei der Durchführung der Anhörung Fehler, ist die Kündigung unwirksam¹⁵. Allerdings ist die Mitteilungspflicht des Arbeitgebers subjektiv determiniert. An sie sind nicht dieselben Anforderungen zu stellen wie an die Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers im Kündigungsschutzprozess. Es müssen dem Betriebsrat also nicht alle objektiv kündigungsrechtlich erheblichen Tatsachen, sondern vom Arbeitgeber nur die von ihm für die Kündigung als Ausschlag gebend angesehenen Umstände mitgeteilt werden. Dagegen führt eine aus Sicht des Arbeitgebers bewusst unrichtige oder unvollständige und damit irreführende Darstellung zu einer fehlerhaften Anhörung des Betriebsrats¹⁶.

Im vom [Landesarbeitsgericht Baden -Württemberg, Urteil vom 7. Mai 2014 – 21 Sa 67/13](#) entschiedenen Fall hat die Arbeitgeberin die erforderliche Sozialauswahl auf einen ab 1.01.2013 zur Verfügung stehenden nicht besetzten Arbeitsplatz dadurch umgangen, dass sie den freien Arbeitsplatz zunächst mit einer Arbeitnehmerin ihrer Wahl ab 1.01.2013 besetzt und zeitlich anschließend dem sozial schutzwürdigen Arbeitnehmer mit der Begründung gekündigt hat, eine Sozialauswahl sei nicht erforderlich, weil keine freie Stelle vorhanden sein. Die Arbeitgeberin kann sich insoweit zur Rechtfertigung der streitgegenständlichen Kündigung nicht auf diesen von ihr selbst durch vorgezogene Stellenbesetzung verursachten Wegfall eines absehbar ab 1.01.2013 freien Arbeitsplatzes im Kündigungszeitpunkt berufen. Sie hat es nicht in der Hand, eine Auswahlentscheidung nach § 1 Abs. 3 KSchG dadurch zu vermeiden, dass sie zunächst einen freien Arbeitsplatz besetzt und später eine Beendigungskündigung wegen fehlender Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten ausspricht. Sind näm-

lich von einer Organisationsmaßnahme des Arbeitgebers mehrere vergleichbare Arbeitnehmer betroffen und konkurrieren diese um anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten in demselben Betrieb, hat der Arbeitgeber durch eine Sozialauswahl nach den Grundsätzen des § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG zu entscheiden, welche Arbeitnehmer er auf dem freien Arbeitsplatz weiterbeschäftigt¹⁷. Dies gilt aus Sicht der Kammer auch dann, wenn sich zwei bisher nicht vergleichbare Arbeitnehmer, die von der Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses, sei es wegen Ablauf der Befristung, sei es auf Grund einer organisatorischen Maßnahme des Arbeitgebers durch eine Kündigung betroffen sind, um einen freien Arbeitsplatz – sei er vergleichbar oder nicht vergleichbar mit ihrem jeweils bisherigen – konkurrieren. Die Arbeitnehmerin F. ist hingegen weit weniger lang bei der Arbeitgeberin beschäftigt und wesentlich jünger als die Arbeitnehmerin und die Arbeitnehmerin ist darüber hinaus noch einem Kind unterhaltsverpflichtet. Im Hinblick darauf ist die Arbeitnehmerin sozial deutlich schutzwürdiger im Sinne des § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG als Frau F. Insoweit hätte diese Tätigkeit im Bereich Social Media der Arbeitnehmerin entweder vor Ausspruch der Beendigungskündigung angeboten werden müssen oder der Arbeitnehmerin hätte auf diese Stelle zunächst eine Änderungskündigung ausgesprochen werden müssen. Auch die (sachgrundlose) Befristung des Arbeitsvertrags zwischen Frau F. und der Arbeitgeberin bis 31.12.2013 steht der Annahme eines freien Arbeitsplatzes und der Notwendigkeit des Ausspruchs einer Änderungskündigung gegenüber der Arbeitnehmerin vor Ausspruch der streitgegenständlichen Beendigungskündigung im Rahmen des Arbeitsverhältnisses mit der Arbeitnehmerin aus Sicht der Kammer nicht entgegen. Zwar ist richtig, dass die Arbeitgeberin grundsätzlich im Rahmen ihrer Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) unternehmerisch frei entscheiden kann, ob sie für bestimmte Tätigkeiten einen Arbeitnehmer befristet (sachgrundlos, mit Sachgrund oder zweckbefristet im Sinne des § 14 Abs. 1 und 2 TzBfG) oder unbefristet einstellt, wenn sie nicht weiß, wie lange sie die vom Arbeitnehmer zunächst zu verrichtenden Tätigkeiten zeitlich (noch) fortführen will. Ihre unternehmerische Freiheit ist jedoch im Hinblick auf das Beschäftigungsverhältnis mit bei ihr bereits unbefristet beschäftigten Arbeitnehmern im Rahmen des Kündigungsschutzgesetzes (§ 1 Abs. 2 LSGchG) zu Gunsten der auf Seiten des Arbeitnehmers ebenfalls vorhandenen Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) beschränkt. Sie kann im Rahmen des § 1 Abs. 2 KSchG ihre unternehmerischen Risiken nur eingeschränkt (teilweise) auf den Arbeitnehmer verlagern. Im Hinblick darauf hat der Arbeitgeber im Rahmen des Kündigungsschutzprozesses dem Arbeitnehmer nach dem Kündigungsschutzgesetz und insoweit auch im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in einem unbefristet eingegangenen Arbeitsverhältnis bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen der Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes nur eine eingeschränkte Berufsausübungsfreiheit. Zwar ist vorliegend die unternehmerische Freiheit der Arbeitgeberin, alle Arbeiten der Arbeitnehmerin auf andere (außenstehende Dritte und/oder andere Arbeitnehmer) zu verteilen als solche nur auf ihre offensichtliche Unsachlichkeit, Unvernünftigkeit oder Willkür vom Gericht zu überprüfen. Das Gericht darf seine Entscheidung über die Notwendigkeit der von der Arbeitgeberin getroffenen organisatorischen Maßnahme auch nicht an die Stelle des Arbeitgebers setzen. Ob hingegen die daraus resultierende Beendigungskündigung sozial gerechtfertigt ist, ist damit allein nicht gesagt. Es bleibt insoweit bei der Verpflichtung der Arbeitgeberin, dem Arbeitnehmer eine diesem und dem Arbeitgeber zumutbare Änderungskündigung vor Ausspruch einer Beendigungskündigung auszusprechen. Ist insoweit eine freie Stelle vorhanden und ist diese beiden Parteien des Arbeitsvertrags zumutbar; und vom Arbeitnehmer ausfüllbar, muss diese Änderungskündigung jedenfalls auf die Tätigkeiten dieser Stelle erfolgen, wenn die Tätigkeiten nicht bereits zu diesem Zeitpunkt zeitlich im Vergleich zur Kündigungsfrist der Beendigungskündigung nicht nur kurze Zeit später in Wegfall geraten. Dies ist vorliegend nicht der Fall, nachdem die Frist der Beendigungskündigung gegenüber der Arbeitnehmerin bis zum 31.01.2013 reicht, wohingegen die Arbeitgeberin nach ihrem Vortrag die Tätigkeit im Bereich

Social Media bis jedenfalls 31.12.2013 im Rahmen einer Erprobung im Marketingbereich vorhanden sein soll. Der Vorrang der Änderungskündigung vor der Beendigungskündigung bedeutet vorliegend auch keinen endgültigen Verlust der Entscheidungsfreiheit der Arbeitgeberin, wenn sie die Stelle mit der Arbeitnehmerin nicht mit einer Sachgrund- oder Zweckbefristung, sondern nur unbefristet anbieten könnte. Würde sie nämlich die (weitere) freie unternehmerische Entscheidung treffen, diese Tätigkeiten nicht fortzuführen, da sie diesen Schluss aus ihrer Evaluation zieht, könnte sie wiederum, nach weiterer Prüfung, ob eine andere freie Stelle vorhanden ist, die für die Arbeitnehmerin in Frage käme und möglicherweise der Vornahme einer sozialen Auswahl, einen Arbeitnehmer, möglicherweise auch die Arbeitnehmerin, betriebsbedingt kündigen. Allein die Tatsache, dass – je nachdem, zu welchem konkreten Zeitpunkt sie ihre unternehmerische Entscheidung trifft – die dann einzuhalten- de individuelle Kündigungsfrist länger als eine sachgrundlose oder mit Sachgrund erfolgte Befristung oder Zweckbefristung reicht und dass sie möglicherweise eine soziale Auswahl zwischen mehreren Arbeitnehmern durchführen muss, rechtfertigt es nicht, von dem Erfordernis des Vorrangs der (verschlechternden) Änderungskündigung vor dem Ausspruch einer Beendigungskündigung im Rahmen eines bestehenden unbefristeten Arbeitsverhältnisses abzusehen. Dieses unternehmerische Risiko der Arbeitgeberin ist in § 1 Abs. 2 KSchG angelegt.

[Landesarbeitsgericht Baden -Württemberg, Urteil vom 7. Mai 2014 – 21 Sa 67/13](#)

1. BAG 29.08.2013 – 2 AZR 809/12
2. BAG 21.04.2005 – 2 AZR 132/04
3. BAG 25.04.2002 – 2 AZR 260/01
4. BAG 12.08.2010 – 2 AZR 945/09
5. BAG 29.08.2013 – 2 AZR 809/12 – in DB 2014, 663 Rn. 13 mwN
6. BAG 29.08.2013 – 2 AZR 809/12 – aaO Rn. 22 mwN
7. zum Vorigen: BAG 29.08.2013 – 2 AZR 809/12 – aaO Rn. 22, 23, 24
8. BAG 21.04.2005 – 2 AZR 132/04 – in AP Nr. 79 zu § 2 KSchG 1969
9. BAG 9.09.2010 – 2 AZR 493/09 – in AP Nr. 185 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Rn. 21 mwN
10. BAG 25.04.2002 – 2 AZR 260/01 – in AP Nr. 121 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Rn. 31
11. BAG 9.09.2010 aaO
12. BAG 12.08.2010 – 2 AZR 945/09 in AP Nr. 147 zu § 2 KSchG 1969, Rn. 39 mwN
13. BAG 12.08.2010 aaO
14. BAG 9.09.2010 aaO Rn. 22
15. BAG vom 23.10.2008 – 2 AZR 163/07 in AP Nr. 18 zu § 1 KSchG 1969 Namensliste Rn. 18
16. BAG vom 23.10.2008 aaO, Rn.19 nwN
17. BAG 12.08.2010 – 2 AZR 945/08 – aaO Rn. 39 und 40
- 18.