

RA Prof. Dr. Michael Fuhlrott, Hamburg

„Freie Stellen“ bei betriebsbedingter Kündigung – Grenzen der Weiterbeschäftigungspflicht

► DB0651391

I. Einleitung

Eine Beendigungskündigung aus dringenden betrieblichen Gründen ist gem. § 1 Abs. 2 Satz 2 f. KSchG u. a. dann nicht sozial gerechtfertigt, wenn dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers – auch unter Berücksichtigung von Fortbildungsmaßnahmen – auf einem anderen Arbeitsplatz möglich gewesen wäre. Diese grundsätzliche Aussage ist Ausfluss des dem Kündigungsrecht immanenten Verhältnismäßigkeitsprinzips und insoweit unumstritten. Nicht abschließend geklärt hingegen und im Einzelnen kontrovers diskutiert werden die Grenzen und der Umfang der im Einzelfall dem Arbeitnehmer anzubietenden Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten. In einem aktuellen Urteil hat das BAG¹ entschieden, dass als Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten grundsätzlich nur in Deutschland gelegene Arbeitsplätze aufzufassen sind. Ausgehend von dieser Entscheidung werden nachfolgend die Grenzen der arbeitgeberseitigen Weiterbeschäftigungsverpflichtung dargestellt, wobei auch die weiteren sich hier ergebenden aktuellen Problemfelder wie Unternehmensbezug der Weiterbeschäftigungsmöglichkeit oder die Berücksichtigung von mit Leiharbeitnehmern besetzten Stellen behandelt werden.

II. Grundsätze der Weiterbeschäftigungspflicht

Eine Weiterbeschäftigungspflicht besteht nur auf freien Arbeitsplätzen². Besetzte Arbeitsplätze scheiden von vornherein aus und sind – sofern sie vergleichbar und in demselben Betrieb gelegen sind – nur im Rahmen der zuvor durchzuführenden Sozialauswahl zu berücksichtigen³. Der Arbeitgeber muss folglich keine neuen Stellen schaffen, darf aber auch keine freien Stellen vorgezogen besetzen, nur um sich später auf das Fehlen freier Arbeitsplätze zu berufen⁴. Anbieten muss er dem zur Kündigung anstehenden Mitarbeiter sowohl vergleichbare – also gleichwertige –, als auch schlechtere – also geringwertigere – freie Arbeitsplätze im Unternehmen⁵. Begrenzt wird dies im Einzelfall zum einen normativ durch die Unzumutbarkeit der Beschäftigung auf dem in Rede stehenden freien Arbeitsplatz und zum anderen faktisch durch die erforderliche Eignung des Arbeitnehmers zur Erbringung der auf diesem Arbeitsplatz geschuldeten Leistungen⁶. Damit besteht kein Anspruch des Arbeitnehmers auf Beförderung⁷, sofern es sich nicht ausnahmsweise bei dem freien Arbeitsplatz um einen höher vergüteten und damit per se höherwertigen Arbeitsplatz handelt, auf dem der Arbeitnehmer aber dieselbe Tätigkeit wie zuvor zu verrichten hätte⁸. Als freie Arbeitsplätze gelten ferner nur solche, die im Zeitpunkt der Kündigung frei sind bzw. bis zum Ablauf der Kündigungsfrist mit hinreichender Sicherheit frei werden⁹.

III. Grenzen der Weiterbeschäftigungspflicht

Die vorgenannten Grundsätze werden durch die Rspr. jedoch im Einzelfall modifiziert bzw. wie folgt eingeschränkt, wobei nachfolgend die aktuell kontrovers diskutierten Konstellationen der nationalen (dazu 1.), der arbeitgeberbezogenen (dazu 2.) sowie der Begrenzung der Weiterbeschäftigungspflicht bei mit

Leiharbeitnehmern „besetzten“ Stellen (dazu 3.) diskutiert werden.

1. Nationale Begrenzung der Weiterbeschäftigungspflicht

Als freie und vor Kündigungsausspruch anzubietende Stellen gelten grundsätzlich nur unternehmensweit in Deutschland gelegene Arbeitsplätze¹⁰. Freie Stellen in ausländischen Betrieben bleiben daher unberücksichtigt, diese muss der Arbeitgeber nicht vor Ausspruch einer Beendigungskündigung anbieten. Die Nicht-Berücksichtigung von freien Stellen im Ausland durch das BAG war zu erwarten, da dieses bereits 2009 entschieden hatte, dass der in § 23 Abs. 1 KSchG enthaltene Betriebsbegriff nur in Deutschland gelegene Betriebe umfasst und in ausländischen Betrieben beschäftigte Arbeitnehmer bei der Berechnung des kündigungsschutzrechtlichen Schwellenwerts unberücksichtigt bleiben¹¹.

a) Aktuelle Rechtsprechung des BAG

Mit seinem aktuellen Urteil hat das BAG seine diesbezügliche Sichtweise bestätigt und auch auf die Berücksichtigung freier Stellen im Rahmen von § 1 KSchG ausgedehnt: Hierfür ist es nach dem BAG auch unerheblich, ob der Arbeitsvertrag einen bestimmten Arbeitsort festschreibt oder eine solche Vereinbarung fehlt, da es dem Arbeitgeber im Weg des Direktionsrechts ohnehin nur erlaubt sei, Arbeitsplätze allenfalls innerhalb der Grenzen Deutschlands zuzuweisen¹². Der Arbeitgeber sei

Dr. Michael Fuhlrott ist Professor für Arbeits- & Wirtschaftsrecht an der Hochschule Fresenius in Hamburg sowie als Rechtsanwalt in Hamburg tätig.

- BAG vom 29. 8. 2013 – 2 AZR 809/12, DB 2014 S. 663 = BeckRS 2013 S. 72882.
- BAG vom 15. 12. 1994 – 2 AZR 320/94, DB 1995 S. 878 = BB 1995 S. 930; vom 12. 11. 1997 – 7 ABR 73/96, DB 1998 S. 1720; vom 12. 11. 1997 – 7 ABR 63/96, DB 1998 S. 1423.
- Quecke, in: Henssler/Willemsen/Kalb, ArbRKomm., 5. Aufl. 2012, § 1 KSchG Rdn. 275; Linck, in: Schaub, ArbR-Hdb., 15. Aufl. 2013, § 134 Rdn. 20 ff.
- BAG vom 21. 9. 2000 – 2 AZR 440/99, DB0044117 = BB 2001 S. 416; vom 5. 6. 2008 – 2 AZR 107/07, DB 2009 S. 1078 = NZA 2008 S. 1180.
- BAG vom 29. 3. 1990 – 2 AZR 369/89, DB 1991 S. 173 = NZA 1991 S. 181; Fuhlrott/Hoppe, BB 2012 S. 253.
- BAG vom 21. 9. 2006 – 2 AZR 607/05, DB 2007 S. 1032 = NZA 2007 S. 431; vom 24. 6. 2004 – 2 AZR 326/03, DB 2004 S. 2431 = NZA 2004 S. 1268.
- BAG vom 15. 12. 1994 – 2 AZR 327/94, DB 1995 S. 979; s. hierzu auch Tschöpe, Anwalts-Hdb. ArbR, 8. Aufl. 2013, Teil 3 E Rdn. 239 f., m. w. N.
- BAG vom 5. 10. 1995 – 2 AZR 269/95, DB 1996 S. 281.
- BAG vom 15. 12. 1994, a.a.O. (Fn. 7); Krause, in: v. Hoyningen-Huene/Linck/Krause, KSchG, 15. Aufl. 2013, § 1 Rdn. 780; Willemsen, in: Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt, Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen, 4. Aufl. 2011, Teil H Rdn. 30; Tschöpe, a.a.O. (Fn. 7), Teil 3 E Rdn. 242.
- BAG vom 29. 8. 2013, a.a.O. (Fn. 1); s. auch vom 7. 7. 2011 – 2 AZR 12/10, DB 2012 S. 1102; vom 26. 3. 2009 – 2 AZR 883/07, DB 2009 S. 1409; vom 17. 1. 2008 – 2 AZR 902/06, DB 2008 S. 1501.
- BAG vom 26. 3. 2009, a.a.O. (Fn. 10); s. hierzu Otto/Mückel, BB 2009 S. 1926; Quecke, a.a.O. (Fn. 3), § 23 KSchG Rdn. 2; ErfK/Kiel, 14. Aufl. 2014, § 23 KSchG Rdn. 2; v. Hoyningen-Huene, in: von Hoyningen-Huene/Linck/Krause, KSchG, Einleitung Rdn. 100, jeweils m. w. N.
- BAG vom 29. 8. 2013, a.a.O. (Fn. 1), unter II. 1. c) dd) (1) unter Verweis auf ErfK/Preis, 14. Aufl. 2014, § 106 GewO Rdn. 16.

nämlich nicht verpflichtet, eine Änderungskündigung zur Zuweisung eines freien Arbeitsplatzes im Ausland auszusprechen: Auch das Gebot, dem Arbeitnehmer – notfalls durch Ausspruch einer Änderungskündigung – einen freien Arbeitsplatz anzubieten, gelte nur für Stellen innerhalb Deutschlands. Für eine Nicht-Berücksichtigung von Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten im Ausland spreche, dass der in § 1 KSchG verwendete Betriebsbegriff nur die in Deutschland gelegenen organisatorischen Einheiten eines Unternehmens umfasse¹³. Dies überzeuge, da sowohl Entstehungsgeschichte, Systematik, Wortlaut sowie eine am Sinn und Zweck des § 23 KSchG orientierte Auslegung dafür stritten, den ersten Abschnitt des KSchG nur auf in Deutschland gelegene Betriebe anzuwenden. Diese Maßgaben seien daher auch bei der Auslegung der in § 1 Abs. 2 Satz 2 f. KSchG verankerten Weiterbeschäftigungspflicht zu berücksichtigen, da der dort vorgesehene Unternehmensbezug der Weiterbeschäftigungspflicht nur vermittelt über den Betriebsbegriff und daher unter Zugrundelegung der diesen bestimmenden Definition zu erfolgen habe¹⁴. Schließlich erfordere die Prüfung der Sozialwidrigkeit immer eine Einbeziehung der betrieblichen Gegebenheiten und könne bei Auslandssachverhalten in der Frage münden, ob in einem ausländischen Betrieb bestehende Stellen als frei anzusehen seien. Die Beantwortung dieser Frage müsse jedoch unter Berücksichtigung der Rechtsverhältnisse der dort tätigen Arbeitnehmer beurteilt werden und könne daher nicht ohne Weiteres gegenüber allen betroffenen Arbeitnehmern unter Anwendung desselben deutschen Arbeits- und Kündigungsschutzrechts beurteilt werden. Die Gewährleistung dieses gleichen Beurteilungsmaßstabs sei jedoch immanente Voraussetzung des Betriebsbegriffs im KSchG. Kämen hier divergierende Kündigungssysteme zur Anwendung, könne der vom KSchG intendierte Ausgleich der widerstreitenden Interessen von vornherein nicht gelingen. Eine Berücksichtigung ausländischer freier Stellen führe zudem dazu, dass die Beschäftigungschancen Dritter beeinträchtigt würden, die womöglich nicht die Möglichkeit hatten, einen einem deutschen Arbeitnehmer vergleichbaren Bestandsschutz zu erwerben¹⁵.

Diese nationale Begrenzung der Weiterbeschäftigungspflicht stelle auch keine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung der Belegschaft dar, da das Erfordernis des Bestehens einer betrieblichen Organisation in Deutschland sich nicht als willkürlich erweise¹⁶. In seiner aktuellen Entscheidung sieht das BAG zudem keinen Widerspruch zu seiner vormaligen Aussage, wonach bei der Verlagerung eines kompletten Betriebs oder Betriebsteils ins Ausland die Grenzüberschreitung der Annahme eines Betriebsübergangs gem. § 613a Abs. 1 BGB nicht entgegen steht¹⁷ und begnügt sich mit der Aussage, im konkreten Fall läge ein solcher Betriebsübergang nicht vor¹⁸.

b) Folgerungen und offene Fragen

Die Entscheidung bringt für den Rechtsanwender in einer Vielzahl von Fällen notwendige Klarheit, wirft aber zugleich Folgefragen auf.

aa) Grundsatz: Kein Anbieten von freien Stellen im Ausland

Als geklärt kann nun gelten, dass bei Betriebs(teil)schließungen oder -verlagerungen etwaige freie Stellen im Ausland unberücksichtigt bleiben. Der Arbeitgeber muss diese Stellen nicht im Weg einer Änderungskündigung anbieten, sondern kann unmittelbar eine Beendigungskündigung aussprechen. Der zuvor über diese Frage in Instanz-Rspr.¹⁹ und Literatur²⁰ kontrovers geführte Schlagabtausch ist damit – jedenfalls für die Praxis – entschieden.

bb) Offene Sonderkonstellationen

Ausdrücklich offengelassen hat das BAG hingegen die Beurteilung verschiedener Sonderkonstellationen:

– Offenhalten will sich das BAG zunächst, ob eine andere Entscheidung dann geboten ist, wenn die Arbeitsverhältnisse der im ausländischen Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer aufgrund einer getroffenen Rechtswahl dem deutschen Kündigungsrecht unterliegen.

Wäre dies der Fall, könnte eine inkongruente Anwendung verschiedener Kündigungssysteme weitestgehend vermieden werden. Allerdings wären auch in diesem Fall ausländische arbeitsrechtliche Mindeststandards zu beachten, sodass eine vollständige Kongruenz im Einzelfall womöglich nicht erreicht werden kann. Zudem müsste sich das BAG hierfür über seine Argumentation zu Wortlaut, Entstehungsgeschichte sowie Sinn und Zweck des kündigungsschutzrechtlichen Betriebsbegriffs hinwegsetzen. Schließlich stellt sich aus praktischer Sicht ohnehin die Frage, in welchen Fällen in einem ausländischen Betrieb der Arbeitgeber die Anwendbarkeit des im europäischen Vergleich eher restriktiven deutschen Arbeitsrechts vereinbaren wird. Vorstellbar erscheint dies allenfalls bei kleineren bzw. grenznahen Betrieben, bei denen der Arbeitgeber durch eine derartige Zusicherung Arbeitnehmer aus Deutschland für eine Tätigkeit gewinnen möchte bzw. sich nicht in ein ihm fremdes Arbeitsrecht „einarbeiten“ möchte.

– Des Weiteren ließ das BAG dahingestellt, ob anderes dann gelte, wenn der Arbeitsvertrag eine ausdrücklich die Zuweisung von Tätigkeiten im Ausland gestattende Versetzungsklausel beinhalte.

Diese Konstellation könnte sich als problematisch erweisen: Zwar bliebe zum einen auch hier ein Widerspruch zur Auslegung der Begrifflichkeiten des deutschen Kündigungsschutzrechts und wäre zum anderen die Gefahr inkongruenter Rechtssysteme nicht gelöst. Nun kann argumentiert werden, dass die Frage der bestehenden rechtlichen Versetzungsmöglichkeiten des Arbeitnehmers von der Frage freier Arbeitsplätze zu trennen ist: Die Verpflichtung des Arbeitgebers zum Anbieten von freien Stellen setzt nicht voraus, dass eine Zuweisung im Weg des Direktionsrechts möglich ist. Vielmehr wird vom Arbeitgeber auch verlangt, freie Stellen im Weg der Änderungskündigung anzubieten. Allerdings führen unwirksame Versetzungsklauseln dazu, dass der Arbeitgeber diese nicht zum Nachteil des Arbeitnehmers nutzen kann, um diesen eine andere Stelle zuzuweisen, zum Vorteil des Arbeitnehmers im Rahmen einer späteren Sozialauswahl diese Stellen gleichwohl Beachtung zu finden haben. Sieht ein Arbeitsvertrag hingegen eine Versetzungsklausel auch ins Aus-

13 BAG vom 29. 8. 2013, a.a.O. (Fn. 1), Rdn. 30.

14 BAG vom 29. 8. 2013, a.a.O. (Fn. 1), Rdn. 33.

15 BAG vom 29. 8. 2013, a.a.O. (Fn. 1), Rdn. 34 f.

16 BAG vom 29. 8. 2013, a.a.O. (Fn. 1), Rdn. 36.

17 BAG vom 26. 5. 2011 – 8 AZR 37/10, DB 2011 S. 2323 = NZG 2011 S. 827, mit Anm. *Rossa/Fuhlrott*, EWIR 2011 S. 699.

18 BAG vom 29. 8. 2013, a.a.O. (Fn. 1), Rdn. 38.

19 Für eine Berücksichtigung freier Stellen in ausländischen Betrieben z. B. *Deinert*, in: *Kittner/Däubler/Zwanziger*, KSchR, 8. Aufl. 2011, § 1 KSchG Rdn. 537 a. E.; dagegen z. B. *Hoffmann-Remy/Zaumseil*, DB 2012 S. 1624; *Horcher*, FA 2010 S. 43 (44).

20 Für eine Berücksichtigung freier Stellen in ausländischen Betrieben: LAG Hamburg vom 22. 3. 2011 – 1 Sa 2/11, BeckRS 2011 S. 76012; dagegen: LAG Berlin-Brandenburg vom 5. 5. 2011 – 5 Sa 219/11 und 5 Sa 220/11, BeckRS 2011 S. 75511 und 75993; LAG Hamburg vom 11. 5. 2011 – 5 Sa 1/11, BeckRS 2011 S. 74172; LAG Düsseldorf vom 5. 7. 2012 – 15 Sa 759/12, BeckRS 2014 S. 67025.

land vor, so spricht einiges dafür, dem Arbeitnehmer einen Anspruch zuzubilligen, arbeitgeberseitig ihm auch solche im Ausland gelegene freie Stellen anbieten zu müssen.

2. Arbeitgeberbezogene Begrenzung der Weiterbeschäftigungspflicht

Darüber hinaus sind nach der höchstrichterlichen Rspr. die Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten grundsätzlich auf das jeweilige Unternehmen und damit den jeweiligen Vertragsarbeitgeber beschränkt²¹.

Begründet wird dies vom BAG damit, dass das KSchG nur betriebs- bzw. unternehmensbezogen sei und es insbes. an einer Konzernbezogenheit fehle²². Vertragspartner des Arbeitnehmers sei der jeweilige Vertragsarbeitgeber, dieses Prinzip werde bei Annahme einer konzernweiten Weiterbeschäftigungspflicht durchbrochen, da dies zwangsläufig zu einem Wechsel des Arbeitgebers führe²³. Auch Unternehmensverflechtungen oder durchlässige Konzernstrukturen führten daher grundsätzlich nicht dazu, dass der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung auf freien Stellen in einem anderen Unternehmen hat.

a) Besonderheiten im Gemeinschaftsbetrieb

Eine Ausnahme von der arbeitgeberbezogenen Betrachtung erkennt die Rspr. bei Bestehen eines Gemeinschaftsbetriebs für dort beschäftigte Arbeitnehmer an: In derartigen Konstellationen sind sämtliche Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten im gesamten Gemeinschaftsbetrieb und damit auch unternehmensübergreifend zu berücksichtigen²⁴. Ein in einem Gemeinschaftsbetrieb beschäftigter Arbeitnehmer hat damit zum einen Anspruch auf (Weiter)Beschäftigung auf freien Stellen in sämtlichen Betrieben seines Vertragsarbeitgebers und zum anderen auf freien Stellen im Gemeinschaftsbetrieb, ohne dass es maßgeblich ist, in welchem der am Gemeinschaftsbetrieb beteiligten Unternehmen der freie Arbeitsplatz besteht²⁵. Die unternehmensübergreifende Betrachtung ist aber auf den bestehenden Gemeinschaftsbetrieb beschränkt, sodass freie Stellen in weiteren Betrieben des am Gemeinschaftsbetrieb beteiligten Unternehmens, das nicht Vertragsarbeitgeber des Arbeitnehmers ist, unberücksichtigt bleiben²⁶. Auch setzt die Durchbrechung der arbeitgeberbezogenen Betrachtung voraus, dass der betroffene Arbeitnehmer im Gemeinschaftsbetrieb eingesetzt war: Arbeitnehmer eines Unternehmens, das an anderer Stelle einen Gemeinschaftsbetrieb unterhält, haben keinen Anspruch auf Berücksichtigung bei freien Stellen in diesem Gemeinschaftsbetrieb²⁷.

b) Besonderheiten bei unternehmensübergreifender Einwirkungsmöglichkeit

Liegt kein Gemeinschaftsbetrieb vor, so scheidet eine Berücksichtigung freier Stellen in anderen Unternehmen grundsätzlich aus. Die Rspr. erkennt nur bei Vorliegen einer von drei Sonderkonstellationen eine konzernbezogene Weiterbeschäftigungspflicht an: Entweder müsse sich ein anderes Konzernunternehmen ausdrücklich zur Übernahme des Arbeitnehmers bereit erklärt haben (Fallgruppe 1) bzw. sich eine entsprechende Übernahmeverpflichtung aus einer kollektiv- oder arbeitsvertraglichen Regelung ergeben (Fallgruppe 2) oder sich aus einer langjährig geübten Praxis ein entsprechender Vertrauenstatbestand ergeben (Fallgruppe 3)²⁸. Hinzukommen muss in allen Fällen eine tatsächliche Möglichkeit der Einflussnahme des kündigenden Konzernunternehmens auf das potenziell übernehmende Konzernunternehmen²⁹. Das BAG betont hierbei ausdrücklich, dass

es unerheblich sei, ob diese Möglichkeit der Einflussnahme aufgrund „eindeutiger rechtlicher Regelungen (z. B. aufgrund eines Beherrschungsvertrags) oder eher nur faktisch besteht“³⁰.

Noch nicht ausdrücklich vom BAG entschieden ist der Fall, wenn durch eine konzerninterne Entscheidung wie z. B. die Verlagerung von Tätigkeiten auf andere Konzernunternehmen oder Stilllegung einer Abteilung bei gleichzeitiger Neugründung eines Konzernunternehmens mit identischen arbeitstechnischen und wirtschaftlichen Zielsetzungen freie Stellen in einem anderen Konzernunternehmen entstehen³¹. Die Beschränkung der Betrachtung auf den jeweiligen Vertragsarbeitgeber und ein grundsätzliches Ablehnen von konzernweiter Weiterbeschäftigung wird daher vereinzelt generell kritisiert³²: Der Arbeitnehmer habe es nicht in der Hand, Unternehmensstrukturen zu gestalten und so sei es dem Arbeitgeber möglich, durch gesellschaftsrechtliche Gestaltungen den Kündigungsschutz faktisch auszuhöhlen. Bei Aufgabenverlagerungen innerhalb eines Konzerns – die aufgrund einer Entscheidung eines übergeordneten Konzernunternehmens bzw. der „Konzernspitze“ erfolgen – solle daher stets eine Verpflichtung zum Angebot des Arbeitsplatzes im neuen Unternehmen bestehen³³.

Im Ergebnis scheinen diese Bedenken nicht durchgreifend: Die fehlende Berücksichtigung von Konzernverhältnissen und die rechtliche Eigenständigkeit von Unternehmen betont das BAG auch an anderer Stelle – so etwa bei Fragen der Bemessung des Sozialplanvolumens, bei denen das BAG ausschließlich auf die Situation im Unternehmen abstellt³⁴. Schließlich ergibt sich die Beschränkung der Betrachtung auf das Unternehmen aus dem Wortlaut des Kündigungsschutzgesetzes und sind dem Gesetzgeber sehr wohl die Rechtsbegriffe „Betrieb“, „Unternehmen“ und „Konzern“ bekannt.

Es mag zwar zutreffen, dass die Zunahme von Unternehmensverflechtungen und das verstärkte Entstehen von Matrix-

- 21 BAG vom 14. 10. 1982 – 2 AZR 568/80, DB 1983 S. 2635 = NJW 1984 S. 381; vom 23. 3. 2006 – 2 AZR 162/05, DB 2006 S. 2351 = NZA 2007 S. 30; vom 23. 4. 2008 – 2 AZR 1110/06, DB 2008 S. 1631 = NZA 2008 S. 939.
- 22 BAG vom 17. 5. 1984 – 2 AZR 109/83, DB 1985 S. 1190 = NZA 1985 S. 489; s. auch *Kiel*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht*, 4. Aufl. 2012, § 1 KSchG Rdn. 588.
- 23 BAG vom 23. 3. 2006, a.a.O. (Fn. 21); s. auch *Kaiser*, in: *Dornbusch/Fischermeier/Löwisch, FA-Komm. ArbR*, 5. Aufl. 2013, § 1 KSchG Rdn. 115, 153; *Griebeling*, in: *KR-Gemeinschafts-Komm. zum KSchG*, 10. Aufl. 2013, § 1 KSchG Rdn. 539.
- 24 BAG vom 5. 5. 1994 – 2 AZR 917/93, DB 1994 S. 1827 = NZA 1994 S. 1023; vom 18. 1. 1990 – 2 AZR 355/89, DB 1991 S. 500 = BB 1990 S. 2050; s. auch *Quecke*, a.a.O. (Fn. 3), § 1 KSchG Rdn. 277; *Fuhlrott/Ritz*, AuA 2012 S. 405.
- 25 BAG vom 13. 6. 1985 – 2 AZR 452/84, DB 1986 S. 1287; s. auch *Krause*, a.a.O. (Fn. 9), § 1 Rdn. 776, m. w. N.
- 26 *Krause*, a.a.O. (Fn. 9), § 1 Rdn. 776; *Kiel*, a.a.O. (Fn. 22), § 1 KSchG Rdn. 589.
- 27 Zutreffend: *Kiel*, a.a.O. (Fn. 22), § 1 KSchG Rdn. 589; wohl ebenso: *Krause*, a.a.O. (Fn. 9), § 1 Rdn. 776.
- 28 BAG vom 23. 11. 2004 – 2 AZR 24/04, DB 2005 S. 1174 = NZA 2005 S. 929; vom 23. 4. 2008, a.a.O. (Fn. 21); vom 26. 6. 2008 – 2 AZR 1109/06, DB0304262 = NZA-RR 2009 S. 205; zu weitergehenden Ansätzen in der Literatur s. insbes. *Annuß*, *Betriebsbedingte Kündigung und arbeitsvertragliche Bindung*, 2004, S. 74 ff.; *Bayreuther*, NZA 2006 S. 819 sowie *Willemssen*, a.a.O. (Fn. 9), Teil H Rdn. 38.
- 29 BAG vom 23. 11. 2004, a.a.O. (Fn. 28).
- 30 BAG vom 23. 3. 2006, a.a.O. (Fn. 21).
- 31 BAG vom 23. 3. 2006, a.a.O. (Fn. 21); hierzu auch *Quecke*, a.a.O. (Fn. 3), § 1 KSchG Rdn. 278.
- 32 *Deinert*, a.a.O. (Fn. 19), § 1 KSchG Rdn. 544 ff., der jedenfalls bei einer Kündigung durch das beherrschende Unternehmen eine Weiterbeschäftigungspflicht annimmt; s. auch *Konzen*, RdA 1984 S. 65 (84).
- 33 *Deinert*, a.a.O. (Fn. 19), § 1 KSchG Rdn. 546.
- 34 BAG vom 15. 3. 2011 – 1 ABR 97/09, DB 2011 S. 1698 = ZIP 2011 S. 1433; nur ausnahmsweise – etwa bei Gewinnabführungsverträgen – nimmt das BAG einen Bemessungsdurchgriff auf Konzernunternehmen vor, vgl. hierzu *Fuhlrott*, *ArbR Aktuell* 2011 S. 109.

und Konzernstrukturen vom Gesetzgeber seinerzeit nicht in diesem Umfang vorausgesehen wurde. Gleichwohl ist de lege lata von einer unternehmensweiten Begrenzung auszugehen³⁵. Selbst in Fällen, in denen eine Verlagerung von Aufgaben zwischen Konzernunternehmen erfolgt, begründet dies allein keine konzernweite Weiterbeschäftigungspflicht. Dem Vorwurf der arbeitgeberseitigen Gestaltung zur Aushöhlung des Kündigungsschutzes wird der Arbeitnehmer im Einzelfall und in den engen Grenzen den Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegen halten können, der zur Sozialwidrigkeit der Kündigung führt. Zuzugestehen ist hierbei aber zunächst, dass der Wahl einer rechtlich zulässigen Gestaltung – wie etwa die Gründung eines Konzernunternehmens, das dann bereits im Konzern bestehende Aufgaben partiell übernimmt – zunächst nichts entgegensteht: Es ist dem Arbeitgeber unbenommen, rechtliche Gestaltungen so durchzuführen, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen bestimmter Rechtsnormen nicht erfüllt sind – ein solches Vorgehen erweist sich per se nicht als rechtsmissbräuchlich³⁶.

Insbes. bei Verlagerungen von Aufgaben innerhalb des Konzerns ist der Arbeitnehmer bei fortbestehender Identitätswahrung durch § 613a BGB geschützt. Von einer gesetzlichen Regelungslücke kann daher nicht gesprochen werden, sodass es keiner analogen Bemühung der Grundsätze zur Weiterbeschäftigungspflicht bedarf, um hier den gebotenen Schutz zu gewähren. Sollte im Einzelfall eine Übertragung von Aufgaben auf ein anderes Unternehmen im Konzern nur mit dem Ziel erfolgen, betriebsbedingte Kündigungen zu ermöglichen und aufgrund der unternehmensweiten Begrenzung der Weiterbeschäftigungspflicht erfolgreich durchzusetzen, so wäre dies ebenfalls ein rechtsmissbräuchliches und zur Unwirksamkeit der entsprechenden Kündigungen führendes Vorgehen³⁷.

3. Begrenzung durch mit Leiharbeitnehmern besetzte Stellen?

Anbieten muss der Arbeitgeber nur freie Stellen, die Freikündigung eines – selbst sozial weniger schutzwürdigen Arbeitnehmers – muss der Arbeitgeber nicht vornehmen³⁸. Er ist ebenfalls nicht verpflichtet, durch umgestaltende Organisationsmaßnahmen einen freien Arbeitsplatz zu schaffen³⁹. In der Rechtswissenschaft findet sich hierbei sowohl in der Rspr.⁴⁰, als auch im gesamten Literaturspektrum⁴¹ ein weiter Konsens, dass als frei auch solche Arbeitsplätze anzusehen sind, auf denen Leiharbeiter eingesetzt sind. Begründet wird dies damit, dass es Leiharbeitnehmern an einem Arbeitsverhältnis zum Entleiher fehle, sodass der Entleiher bei Kündigungen im Entleiherbetrieb die mit Leiharbeitnehmern besetzten Stellen durch Ausübung seines Direktionsrechts frei machen könne⁴². Eine Ausnahme soll allerdings dann gelten, wenn der Besetzung dieser Stellen durch Leiharbeiter ein beachtliches unternehmerisches Konzept zugrunde liegt⁴³. Dies wird etwa dann angenommen, wenn wechselnde Fachkräfte mit besonderen Kenntnissen eingesetzt werden⁴⁴ und soll auch dann der Fall sein, wenn deren Einsatz aus Gründen der Kostenersparnis erfolgt⁴⁵. Das BAG hat sich hierzu noch nicht abschließend geäußert, aber bereits festgestellt, dass die Frage, ob mit Leiharbeitnehmern besetzte Stellen als frei anzusehen seien, jeweils von den Umständen des Einzelfalls abhängen und bei dem Einsatz von Leiharbeitnehmern zur Abdeckung von Auftragsspitzen oder als Personalreserve für Krankheitsfälle das Vorhandensein freier Stellen verneint⁴⁶.

Vereinzelte wird zudem vertreten, dass mit Leiharbeitnehmern besetzte Stellen generell nicht als frei gelten bzw. nicht zu berücksichtigen seien, da Leiharbeiter nicht „per se als nachrangig bzw. als zweitklassig“⁴⁷ angesehen werden dürften und

dem Kündigungsschutzrecht kein Werturteil „zu entnehmen (sei)“, dass eigene Arbeitnehmer schützenswerter sind als Leiharbeiter⁴⁸. Auch wenn dieser wertenden Aussage zur generellen Stellung von Leiharbeitnehmern beizupflichten ist, bleibt es aus kündigungsschutzrechtlicher Sicht dennoch zutreffend, Leiharbeiter anders zu behandeln, da diese ihrerseits Kündigungsschutz bei ihrem Verleiher genießen und eine Beendigung des Einsatzes beim Entleiher damit selbstverständlich nicht zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses führt⁴⁹. Vorzugswürdig erscheint es daher, mit Leiharbeitnehmern besetzte Stellen immer dann als frei anzusehen, wenn der Einsatz von Leiharbeitnehmern ohne Vorliegen eines deren Einsatz rechtfertigenden Konzepts bzw. zur Abarbeitung bestimmter Auftragspitzen erfolgt⁵⁰. Das Kriterium der Substituierbarkeit nur bei dauerhaft eingesetzten Arbeitnehmern ist jedenfalls nach der dauerhaften Einsatz von Leiharbeitnehmern versagenden Regelung des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG kein tauglicher Anknüpfungspunkt mehr⁵¹. Insoweit spricht viel dafür, die Diskussion nicht auf den Begriff des Einsatzes eines Leiharbeitnehmers zu beschränken, sondern vielmehr den Blickwinkel darauf zu richten, ob es sich nur um kurzzeitig anfallende oder besondere Aufgaben bzw. schwankende Arbeitsvolumina handelt, die mit einem festen „Arbeitnehmerstamm“ nicht bewältigt werden können⁵². Ist dies der Fall, kann bereits begrifflich nicht von einem freien Arbeitsplatz gesprochen werden bzw. dürfte es z. B. beim Einsatz wechselnder Leiharbeiter-Fachkräfte oftmals an der faktischen Einsatzmöglichkeit des zu kündigenden Arbeitnehmers für diese Tätigkeit fehlen.

Abzugrenzen von mit Leiharbeitnehmern besetzten Stellen sind hingegen solche Arbeitsaufgaben, die der Arbeitgeber durch den Einsatz von Subunternehmern und deren Arbeitnehmern in

35 Völlig zutreffend *Willemsen*, a.a.O. (Fn. 9), Teil H Rdn. 40a; *Krause*, a.a.O. (Fn. 9), § 1 Rdn. 219.

36 Vgl. etwa BAG vom 27. 9. 2007 – 8 AZR 941/06, DB 2008 S. 992 = NZA 2008 S. 1130, für den Fall, dass der Arbeitgeber einen Erwerb so gestaltet, dass die Voraussetzungen des § 613a BGB nicht verwirklicht werden; s. hierzu auch *Fuhlrott/Salamon*, BB 2012 S. 1793 (1793).

37 Der Einwand, ein solches Vorgehen werde von Unternehmen „anders verkauft“ bzw. mit Scheinargumenten belegt und führe in der Praxis zu Beweisnöten des Arbeitnehmers ist hier nicht zulässig. Dies ist letztlich eine Frage von Darlegungs- und Beweislast und wahrheitsgemäßem prozessuellem Vortrag und insoweit von der theoretischen Frage der Reichweite der Weiterbeschäftigungspflicht zu trennen.

38 BAG vom 29. 1. 1997 – 2 AZR 9/96, DB 1997 S. 1039 = NZA 1997 S. 709; vom 7. 2. 1985 – 2 AZR 91/84, DB 1986 S. 436 = NZA 1986 S. 260.

39 BAG vom 29. 3. 1990, a.a.O. (Fn. 5); vom 7. 2. 1991 – 2 AZR 205/90, DB 1991 S. 1730 = NZA 1991 S. 806; s. auch *ErfK/Oetker*, 14. Aufl. 2014, § 1 KSchG Rdn. 251.

40 LAG Berlin-Brandenburg vom 3. 3. 2009 – 12 Sa 2468/08, DB 2009 S. 1353; LAG Hamm v. 7. 4. 2008 – 8 (19) Sa 1151/06, BeckRS 2008, 55462; LAG Hamm v. 21.12.2007 – 4 Sa 1892/06, LAGE KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 81.

41 *Oetker*, a.a.O. (Fn. 39); *Krause*, a.a.O. (Fn. 9), § 1 Rdn. 785; *Fuhlrott/Fabritius*, NZA 2014 S. 122; *Tschöpe*, a.a.O. (Fn. 7), Teil 3 E Rdn. 243a; *Deinert*, a.a.O. (Fn. 19), § 1 KSchG Rdn. 421; *Preis*, in: *Stahlhacke/Preis/Vossen*, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 10. Aufl. 2010, Rdn. 1007.

42 *Oetker*, a.a.O. (Fn. 39).

43 *Krause*, a.a.O. (Fn. 9), § 1 Rdn. 764; *Hocher*, NZA-RR 2006 S. 393 (401); *Tschöpe*, a.a.O. (Fn. 7), Teil 3 E Rdn. 243a.

44 *Krause*, a.a.O. (Fn. 9), § 1 Rdn. 764.

45 *So Kiel*, a.a.O. (Fn. 22), § 1 KSchG Rdn. 568.

46 BAG vom 15. 12. 2011 – 2 AZR 42/10, DB 2012 S. 1445 = NZA 2012 S. 1044, Rdn. 25 ff.

47 *Moll/Ittmann*, RdA 2008 S. 321 (327); im Ergebnis ebenso: *Simon/Greiflin*, BB 2007 S. 2454 (2455).

48 *Moll/Ittmann*, RdA 2008 S. 321 (327).

49 Vgl. hierzu *Fuhlrott/Fabritius*, NZA 2014 S. 122.

50 Siehe auch *Willemsen*, a.a.O. (Fn. 9), Teil H Rdn. 31.

51 Völlig zutreffend *Krause*, a.a.O. (Fn. 9), § 1 Rdn. 764, m. w. N.

52 Ähnlich: *Quecke*, a.a.O. (Fn. 3), § 1 KSchG Rdn. 275 a. E.; *Hamann*, NZA 2010 S. 1211 (1215).

Form von Werkverträgen vornehmen lässt⁵³: Arbeitsaufgaben, die von Subunternehmern wahrgenommen werden, stellen keine freien Stellen beim Auftraggeber dar⁵⁴. Dies soll sogar dann gelten, wenn der Subunternehmer auf dem gleichen Betriebsgelände seine Aufgaben verrichtet⁵⁵. Die Frage des Einsatzes von Subunternehmern bzw. der Einsatz von Leiharbeitnehmern anstelle von eigenen Arbeitnehmern stellt sich bei der betriebsbedingten Kündigung aber nicht erst auf der Stufe der Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten, sondern bereits zuvor im Rahmen der unternehmerischen Entscheidung⁵⁶: Hier neigt das BAG zur Ansicht, wonach der Entschluss zum Einsatz von Leiharbeitnehmern anstelle eigenem Personal eine unzulässige Austausch Kündigung darstellt, die Vergabe von Aufträgen an Subunternehmer hingegen zulässig sein kann⁵⁷, wenn dem ein geändertes Personalkonzept zugrunde liegt und dessen Umsetzung tatsächlich erfolgt⁵⁸. Dies ist jedoch von der hier interessierenden Frage, ob eine Stelle als „frei“ zu bewerten und damit vom Arbeitgeber zuvor anzubieten ist, scharf abzugrenzen.

IV. Zusammenfassung

Das vorherige Anbieten etwaiger freier Stellen ist als Ausfluss des Ultima Ratio-Prinzips immanenter Bestandteil jeder betriebsbedingten Beendigungskündigung. Als freie Stellen gelten

hiernach aber nur solche von in der Bundesrepublik Deutschland gelegenen Betrieben, freie Stellen in ausländischen Betrieben damit grundsätzlich nicht. Zudem ist die Weiterbeschäftigungspflicht arbeitgeberbezogen begrenzt, sofern keine Sonderkonstellationen wie Gemeinschaftsbetriebe oder in bestehenden Konzernstrukturen zusätzliche besondere Umstände vorliegen. Mit Leiharbeitnehmern besetzte Stellen gelten hingegen als frei, sofern diese nicht lediglich zur Bewältigung von kurzzeitig anfallenden Aufgaben bzw. für mit der Stammebelegschaft nicht abzubildenden Tätigkeiten eingesetzt werden.

53 Ausführlich hierzu: *Hamann*, NZA 2010 S. 1211 (1213 f.).

54 BAG vom 11. 5. 2000 – 2 AZR 54/99, DB 2000 S. 1969.

55 *Krause*, a.a.O. (Fn. 9), § 1 Rdn. 786.

56 *Quecke*, a.a.O. (Fn. 3), § 1 KSchG Rdn. 268.

57 BAG vom 16. 12. 2004 – 2 AZR 66/04, DB0114134 = NZA 2005 S. 761; ebenso: *Quecke*, a.a.O. (Fn. 3), § 1 KSchG Rdn. 269; *Oetker*, a.a.O. (Fn. 39), § 1 KSchG Rdn. 256; *Kaiser*, a.a.O. (Fn. 23), § 1 KSchG Rdn. 129 f.; zur Kritik hieran, da es keinen Unterschied mache, ob ein Arbeitgeber seine Aufgaben durch Leiharbeiter oder durch Subunternehmer erledigen lässt: *Linck*, a.a.O. (Fn. 3), § 134 Rdn. 55 (Betriebsbedingte Kündigung); s. auch *Tschöpe*, a.a.O. (Fn. 7), Teil 3 E Rdn. 211, m. w. N.

58 Bejaht im sog. Weight Watchers-Urteil: BAG vom 9. 5. 1996 – 2 AZR 438/95, DB 1996 S. 2033; so auch später vom 13. 3. 2008 – 2 AZR 1037/06, DB 2008 S. 1575 = NJW 2008 S. 2872; abgelehnt hingegen im sog. Crewing-Fall: BAG vom 26. 9. 1996 – 2 AZR 200/96, DB 1997 S. 278.

Entscheidungen

Arbeitsvertragsrecht/Entgeltrecht

Konstitutive Entgeltregelung im Arbeitsvertrag bei fehlender Ermittelbarkeit einer Entgeltgruppe aus Tarifvertrag

Keine lediglich deklaratorische Angabe

BGB §§ 133, 157; ZPO § 256 Abs. 1; TV zur Überleitung der Beschäftigten des Bundes in den TVöD (TVÜ-Bund) § 17 Abs. 3 und 7, Anl. 4, Anl. 5 Nr. 8; RL über die Eingruppierung der im Angestelltenverhältnis beschäftigten Lehrkräfte im Fachschuldienst des Bundes

Kann im Zeitpunkt eines Vertragsschlusses die im Arbeitsvertrag angegebene Entgeltgruppe für die vereinbarte Tätigkeit nicht anhand der dort in Bezug genommenen Eingruppierungsregelungen zutreffend ermittelt werden, ist für den Arbeitnehmer als Erklärungsempfänger grundsätzlich nicht mehr von einer lediglich „deklaratorischen“ Angabe in Form einer sog. Wissenserklärung, sondern von einer „konstitutiven“ vertraglichen Entgeltregelung auszugehen.

BAG-Urteil vom 21. 8. 2013 – 4 AZR 656/11

► **DB0651081**

Die Parteien streiten über die zutreffende Eingruppierung der Klägerin. Die Klägerin, die ihr Hochschulstudium als Diplom-Mathematikerin abgeschlossen und kein Lehramtsstudium mit anschließendem Vorbereitungsdienst absolviert hat, ist seit dem 3. 1. 2006 bei der Beklagten als Lehrkraft für Mathematik beschäftigt und an der Bundeswehrfachschule Hamburg tätig. In dem am 21. 12. 2005 geschlossenen Arbeitsvertrag ist u. a. vereinbart, dass das Arbeitsverhältnis sich nach dem Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD) einschließlich der besonderen Regelungen für die Verwaltung (TVöD – BT Verwaltung) und den diesen ergänzenden, ändernden oder ersetzenden Tarifverträgen in der für den Bereich des Bundes jeweils geltenden Fassung sowie des Ta-

rifvertrags zur Überleitung der Beschäftigten des Bundes in den TVöD und zur Regelung des Übergangsrechts (TVÜ-Bund) bestimmt.

Weiter ist ausgeführt, die Beschäftigte sei gem. TVöD i. V. mit der Anl. 4 des TVÜ-Bund i. V. mit den Richtlinien über die Eingruppierung der im Angestelltenverhältnis beschäftigten Lehrkräfte im Fachschuldienst (Bundeswehrfachschulen, Grenzschutzfachschulen) des Bundes in die Entgeltgruppe 12 eingruppiert.

Nach Abschn. B Nr. 3 der genannten Richtlinien werden Lehrkräfte mit abgeschlossener Hochschulausbildung in der Tätigkeit von Fachschuloberlehrern ohne volle Lehrbefähigung nach der VergGr. IIB BAT vergütet. Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses enthielt die Anl. 4 zum TVÜ-Bund – „Vorläufige Zuordnung der Vergütungs- und Lohngruppen zu den Entgeltgruppen für zwischen dem 1. 10. 2005 und dem Inkrafttreten der neuen Entgeltordnung stattfindende Eingruppierungs- und Einreihungsvorgänge (Bund)“ – keine Regelung zur Überleitung der VergGr. IIB BAT in das Entgeltgruppensystem des TVöD. Die Klägerin wurde seit Beginn des Arbeitsverhältnisses nach der Entgeltgruppe 12 TVöD vergütet.

Durch § 1 Nr. 7 Buchst. a des ÄndTV Nr. 2 zum TVÜ-Bund (vom 6. 10. 2008) wurde die VergGr. IIB („ohne Aufstieg nach IIa“) BAT zum 1. 8. 2008 der Entgeltgruppe 11 TVöD zugeordnet. Mit Schreiben vom 25. 1. 2010 teilte die Beklagte der Klägerin u. a. mit, sie rückwirkend zum 3. 1. 2006 vorläufig der Entgeltgruppe 11 TVöD zuzuordnen.

Das ArbG hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das LAG (Hamburg – 8 Sa 105/10) der Klage stattgegeben. Die Revision der Beklagten blieb erfolglos.

AUS DEN GRÜNDEN

Bei der Nennung einer Entgeltgruppe im Arbeitsvertrag kann von einer lediglich deklaratorischen Angabe im Zweifel nicht ausgegangen werden – im öffentlichen Dienst hingegen ist i. d. R. nicht von einer konstitutiven Bedeutung auszugehen

1. . . . 12] I. . . . II. . . . 1. Bei einer arbeitsvertraglichen Vereinbarung ist grundsätzlich davon auszugehen, dass übereinstim-