

Professor Dr. Peter Krebs

## Übung im Bürgerlichen Recht für Fortgeschrittene (Diplom) SS 2005

### Lösung der 4. Klausur im Arbeitsrecht

#### Teil 1: Kündigungsschutzklage des A

Die Kündigungsschutzklage des A ist begründet, wenn die angegriffene Kündigung vom 25.02.2004 das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht aufgelöst hat.

1. Eine ordnungsgemäße Kündigungserklärung der X-GmbH gem. § 623 BGB liegt durch das Kündigungsschreiben vom 25.02.2004 vor.
2. Die Kündigung könnte gem. § 102 Abs. 1 Satz 3 BetrVG unwirksam sein, wenn der Betriebsrat nicht ordnungsgemäß gem. § 102 BetrVG angehört worden wäre.

Nach § 102 Abs. 1 Satz 1 und 2 BetrVG ist der Betriebsrat vor jeder Kündigung zu hören.

Die X-GmbH hat am 14.02.2004 das Betriebsratsmitglied V über die beabsichtigten betriebsbedingten Kündigungen unterrichtet. Fraglich ist, ob damit die Voraussetzungen einer ordnungsgemäßen Betriebsratsanhörung erfüllt sind.

- a) Die Anhörung des Betriebsrates muss auf jeden Fall erfolgen, bevor die Kündigung ausgesprochen wird. Eilfälle, die eine Anhörung des Betriebsrates erst nach der Kündigung oder eine Verkürzung der gesetzlichen Fristen vorsehen, gibt es nicht (BAG AP Nr. 7, 11 Zu § 102 BetrVG 1972).

Die Anhörung erfolgte am 14.02.2004, die Kündigungen wurden am 25.02.2004 ausgesprochen, so dass die Anhörung vor den Kündigungen erfolgt ist.

- b) Die Anhörung muss mündlich oder schriftlich zu Händen des Betriebsratsvorsitzenden bzw. bei dessen Verhinderung zu Händen seines Stellvertreters erfolgen (§ 26 Abs. 2, S. 2 BetrVG). Hier wurden weder der Betriebsratsvorsitzende noch sein Stellvertreter informiert, sondern das Betriebsratsmitglied V. Fraglich ist, ob dies den Anforderungen an eine wirksame Anhörung genügt.

Die Information eines anderen Betriebsratsmitgliedes genügt, wenn dieses vom Betriebsrat oder Betriebsratsvorsitzenden zur Entgegennahme der Mitteilung ermächtigt worden ist (BAG AP Nr. 37 zu § 102 BetrVG 1972) oder wenn es der Betriebsrat versäumt hat, Vorkehrungen für den Fall zu treffen, dass sowohl der Betriebsratsvorsitzenden als auch sein Stellvertreter verhindert sind (LAG Frankfurt BB 1977, 1048).

Der BR-Vorsitzende der X-GmbH befand sich im Zeitpunkt der Anhörung am 14.02. in Kur, gleichzeitig war sein Stellvertreter in Urlaub. Der Betriebsrat der X-GmbH hat für einen solchen Fall, in dem der BR-Vorsitzende und sein Stellvertreter verhindert sind, keine Vorkehrungen getroffen. Damit konnte die Anhörung gegenüber dem Betriebsratsmitglied V erfolgen.

- c) Die Information des Betriebsrates hat grundsätzlich während der Arbeitszeit des empfangsberechtigten Betriebsratsmitgliedes und innerhalb der Arbeitsräume zu erfolgen (Däubler/Kittner/Klebe, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz (nachfolgend zitiert DKK- Bearbeiter), 8. Aufl. 2002, § 102 BetrVG, Rdn. 138).
- d) Fraglich ist, ob der Betriebsrat hier auch über alle wesentlichen Gesichtspunkte informiert wurde.

Dem Betriebsrat ist im Rahmen des Anhörungsverfahrens mitzuteilen, dass einem bestimmten Arbeitnehmer gegenüber, der namentlich zu benennen ist, eine Kündigung ausgesprochen werden soll. Anzugeben sind auch die grundlegenden Sozialdaten wie Alter, Familienstand, Kinderzahl und ggf. sonstige Unterhaltsverpflichtungen, die Dauer der Betriebszugehörigkeit und Tatsachen, aus denen ein etwaiger besonderer Kündigungsschutz abgeleitet werden kann (DKK-Kittner, § 102 BetrVG, Rdn. 62). Weiterhin ist über die Art der beabsichtigten Kündigung und die Kündigungsfrist und Kündigungstermin zu informieren (BAG AP Nr. 56, 62 zu § 102 BetrVG 1972)

Der Geschäftsführer der X-GmbH informiert den V über sämtliche Erfordernisse wie Art der Kündigung, Kündigungsfrist und Kündigungstermin, Namen der von der Entlassung betroffenen Arbeitnehmer und deren Sozialdaten (Alter, soziale Verhältnisse, Betriebszugehörigkeit) mit.

Weiterhin hat der Arbeitgeber dem Betriebsrat die Gründe mitzuteilen, die ihn zum Ausspruch der beabsichtigten Kündigungen veranlassen. Das BAG leitet aus § 102 BetrVG den Grundsatz der subjektiven Determination ab, demzufolge der Betriebsrat dann ordnungsgemäß angehört worden ist, wenn der Arbeitgeber ihm die aus seiner Sicht tragenden Umstände unterbreitet hat (st. Rspr. vgl. BAG AP Nr. 56 zu § 102 BetrVG).

Die X-GmbH hat den Betriebsrat darüber informiert, dass sie sich aufgrund des Auftragsrückgangs entschlossen hat, die Abteilung „Kleinteile“ aus Kostengründen zu schließen, die Kleinteile von Drittfirmen zu beziehen und den dadurch entstehenden Personalüberhang durch betriebsbedingte Kündigungen abzubauen. Indem die Y-GmbH sich jedoch bereit erklärt habe, die Abteilung Kleinteile mit 30 Mitarbeitern zu übernehmen, seien lediglich noch 10 Mitarbeiter von den betriebsbedingten Kündigungen betroffen.

Eine Mitteilung der Kündigungsgründe ist somit erfolgt. Die Anhörung des Betriebsrates ist insgesamt wirksam erfolgt.

Der Betriebsrat hat am 20.02 der beabsichtigten Kündigung schriftlich widersprochen. Gem. § 102 Abs. 3 BetrVG hat der Arbeitgeber bei einer Kündigung, der der Betriebsrat widersprochen hat, eine Abschrift der Stellungnahme des Betriebsrates der Kündigung beizufügen.

Die X-GmbH hat der Kündigung des A keine Kopie des Widerspruchs beigelegt. Dies führt jedoch nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung. (Hätte der Arbeitnehmer bei Kenntnis der Stellungnahme keine Klage erhoben oder eine Klage nicht unterlassen, kommen Schadensersatzansprüche in Betracht.)

3. Die Kündigung könnte gem. § 1 Abs. 1 KSchG sozial ungerechtfertigt und damit unwirksam sein.
  - a) Dann müsste das Kündigungsschutzgesetz zunächst anwendbar sein.
  - aa) Gem. § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG ist das Kündigungsschutzgesetz in Betrieben, in denen in der Regel fünf oder weniger Arbeitnehmer ausschließlich der zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten beschäftigt werden, keine Anwendung.

Bei der X-GmbH sind insgesamt 180 Arbeitnehmer beschäftigt. Damit sind dort auch in der Regel mehr als 10 Arbeitnehmer beschäftigt (§ 23 Abs. 1 S. 3 KSchG), so dass es auf die Frage, ob das Arbeitsverhältnis vor oder nach dem 31.12.2003 begründet wurde, nicht mehr ankommt.

- bb) Gem. § 1 Abs. 1 S. 1 KSchG müsste das Arbeitsverhältnis des A im Betrieb der X-GmbH länger als sechs Monate bestanden haben. A ist bereits seit 23 Jahren im Betrieb der X-GmbH, so dass auch diese Voraussetzung erfüllt ist.

Das Kündigungsschutzgesetz ist anwendbar.

- b) Gem. § 7 KSchG gilt eine Kündigung als von Anfang an rechtswirksam, wenn ihre Rechtsunwirksamkeit nicht innerhalb einer Frist von drei Wochen ab Zugang des Kündigungsschreibens geltend gemacht wird, § 4 S. 1 KSchG.

A legt fristgerecht Kündigungsschutzklage ein, so dass hier die soziale Rechtfertigung nicht gem. §§ 7, 4 S. 1 KSchG fingiert wird.

- c) Nach § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG ist die Kündigung sozial gerechtfertigt, wenn sie durch dringende betriebliche Erfordernisse, die eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist.

Die soziale Rechtfertigung einer betriebsbedingten Kündigung verlangt zunächst, dass aufgrund einer von außer- oder innerbetrieblichen Umständen veranlassten Unternehmerentscheidung das Bedürfnis zur Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer entfällt (BAG AP Nr. 6 und 50 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung).

*Anmerkung: Betriebliche Erfordernisse, die zur Kündigung führen können sich aus inner- oder außerbetrieblichen Umständen ergeben. Zu den innerbetrieblichen Umständen gehören die Umstellung oder Einschränkung bzw. Einstellung der Produktion, die Entscheidung für „lean production“ und ganz allgemeine Rationalisierungsmaßnahmen, welche sich in einer Organisationsänderung, Vergabe von Arbeiten an Fremdfirmen oder in der Anschaffung neuer Maschinen niederschlagen können. Es muss sich um eine organisatorische Maßnahme handeln, bei deren Umsetzung das Bedürfnis für die Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer Arbeitnehmern entfällt (BAG NZA 2002, 927). Zu den außerbetrieblichen Umständen zählen der Auftragsrückgang wegen gesamtwirtschaftlicher Rezession oder branchen- bzw. betriebsspezifische Ursachen. Die Unterscheidung zwischen inner- und außerbetrieblichen Umständen gibt allerdings für die Prüfung der sozialen Rechtfertigung einer betriebsbedingten Kündigung wenig her.*

Gesellschafter und Geschäftsführer der X-GmbH haben sich hier entschieden, aufgrund eines erheblichen Auftragsrückgangs die Abteilung „Kleinteile“ mit insgesamt 40 Arbeitnehmern zu schließen.

Fraglich ist, ob dies für die soziale Rechtfertigung einer Kündigung ausreichend ist.

Dem Wegfall von Arbeitsplätzen geht eine unternehmerische Entscheidung voraus, mit welcher dem veränderten Arbeitsbedarf Rechnung getragen wird. Mit dieser Unternehmerentscheidung ist nicht die Kündigung als solche gemeint, sondern das ihr vorgeschaltete unternehmerische Konzept zur Angleichung des Personals an den geänderten Arbeitsbedarf oder die Verminderung des Personals bei gleich bleibendem Arbeitsbedarf (BAG, DB 1986, 2236). Es geht um die technischen oder organisatorischen Maßnahmen, welche der Arbeitgeber beschließt und die letztlich über ihre Umsetzung zum Arbeitsplatzverlust führen. Eine Kündigung ist aus betrieblichen Gründen gerechtfertigt, wenn sich der Arbeitgeber im Unternehmensbereich zu einer organisatorischen Maßnahme entschließt, bei deren innerbetrieblicher Umsetzung das Bedürfnis zur Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer entfällt (BAG, NZA 1999, 1095).

Die unternehmerische Entscheidung liegt hier darin, dass dem Auftragsrückgang dadurch begegnet werden soll, dass die kostenintensive Abteilung Kleinteile komplett stillgelegt werden und die erforderlichen Kleinteile von Drittfirmen bezogen werden sollen. Durch die Schließung der Abteilung Kleinteile fallen die Arbeitsplätze der dort beschäftigten 40 Arbeitnehmer weg.

Damit könnte ein betrieblicher Grund für die Kündigung des A vorliegen. Fraglich ist jedoch, ob die Gesellschafter und Geschäftsführer der X-GmbH eine derartige Entscheidung überhaupt treffen konnten.

Unternehmerentscheidungen dürfen die Arbeitsgerichte als Folge der Eigentumsordnung nicht auf ihre Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit überprüfen. Sie unterliegen allein einer Missbrauchskontrolle dahin, ob sie offensichtlich unsachlich oder willkürlich sind (BAG, NZA 1999, 1095; BAG, NZA 2003, 549).

*Anmerkung: Hierbei ist allergrößte Zurückhaltung geboten. Die Tatsache, dass ein Unternehmen eine gute Ertragslage hat, macht entsprechende Unternehmerentscheidungen noch nicht missbräuchlich (a.A. eine kleine Mindermeinung).*

Die Entscheidung, eine kostenintensive Abteilung komplett zu schließen und die bislang dort produzierten Teile – kostengünstiger- von einer Drittfirma zu beziehen, ist nicht offensichtlich unsachlich oder willkürlich.

Damit liegt ein betrieblicher Grund für die Kündigung des A zunächst vor.

- d) Für eine betriebsbedingte Kündigung reichen jedoch betriebliche Erfordernisse allein nicht aus. Sie müssen gem. § 1 Abs. 2 KSchG „dringend“ sein. Aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit folgt, dass eine betriebsbedingte Kündigung nur zulässig ist, wenn keine aus Sicht des Arbeitnehmers milderen Mittel zur Verfügung stehen, um den verfolgten Zweck zu erreichen. Dringende betriebliche Erfordernisse liegen z.B. nicht vor, wenn in der Abteilung, in welcher der gekündigte Arbeitnehmer tätig war, von vergleichbaren Arbeitnehmern ständig Überstunden geleistet werden (vgl. MünchArbR/Berkowsky, § 138 Rdn. 140 f.). Gleiches gilt, wenn in der Abteilung, in welcher der gekündigte Arbeitnehmer beschäftigt war, Leiharbeiter auf vergleichbaren Arbeitsplätzen tätig sind (Kittner/Däubler/Zwanziger § 1 KSchG, Rdn. 292).

Hier ist nicht bekannt, dass die X-GmbH mildere Mittel als die Kündigungen zur Verfügung gestanden hätten. Damit liegt auch ein dringendes betriebliches Erfordernis vor.

- e) Dringende betriebliche Erfordernisse, die zum Wegfall eines Arbeitsplatzes geführt haben, sind gem. § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG jedoch nur dann zur sozialen Rechtfertigung einer Kündigung geeignet, wenn auch keine Möglichkeit zur anderweitigen Beschäftigung des Arbeitnehmers besteht (vgl. BAG AP Nr. 2 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAG AP Nr. 8 zu § 2 KSchG 1969; BAG AP Nr. 50 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung). Erforderlich ist, dass der Arbeitnehmer nicht auf einem anderen Arbeitsplatz im selben Betrieb oder in einem anderen Betrieb desselben Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann (§ 1 Abs. 2 S. 2 KSchG). Die Versetzungsmöglichkeit ist nicht nur innerhalb des Betriebes, sondern nach Abs. 2 Satz 2 Ziffer 1 b, Satz 3 KSchG im ganzen Unternehmen zu prüfen. Das Kündigungsschutzgesetz ist hier unternehmensbezogen (BAG, NZA 2001, 535; BAG, DB 1985, 1190). Die Verpflichtung zur Weiterbeschäftigung besteht für den Arbeitgeber nur dann, wenn er über freie Arbeitsplätze verfügt, d.h. dass der Arbeitnehmer keinen Anspruch auf die Einrichtung neuer Arbeitsplätze hat, es müssen vielmehr vorhandene Arbeitsplätze frei sein (BAG AP Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAG AP Nr. 50 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung).

Anhaltspunkte für andere freie, also zurzeit unbesetzte, Arbeitsplätze im Betrieb der X-GmbH bestehen nicht.

*Anmerkung: Die Frage einer Weiterbeschäftigung des A in der Abteilung „Großteile“ anstelle des C ist keine Frage der Weiterbeschäftigung auf einem anderen*

*freien Arbeitsplatz des Unternehmens, sondern eine Frage der Sozialauswahl (dazu unten), da dieser Arbeitsplatz nicht frei, sondern mit einem anderen Arbeitnehmer besetzt ist.*

- f) Die an sich unter dem Gesichtspunkt des § 1 Abs. 2 KSchG demnach rechtmäßige Kündigung des A ist nach § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG trotzdem sozial nicht gerechtfertigt, wenn die X-GmbH die nach § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG erforderliche Sozialauswahl nicht ordnungsgemäß vorgenommen hat. Der Arbeitgeber hat bei der Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter, die Unterhaltspflichten und eine eventuelle Schwerbehinderung zu berücksichtigen. Hier geht es nicht um die Frage, ob gekündigt werden kann, sondern nur noch darum, wer gekündigt werden darf.

Die Prüfung der Sozialauswahl erfolgt in drei Etappen: Zunächst ist der Kreis von vergleichbaren Arbeitnehmern zu ermitteln, welche für eine Sozialauswahl in Betracht kommen. Dann ist zu prüfen, ob einzelne Arbeitnehmer nach § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG in die soziale Auswahl nicht einzubeziehen sind, weil ihre Beschäftigung im berechtigten betrieblichen Interesse liegt. In einem letzten Schritt ist dann die Auswahlentscheidung nach den in § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG genannten sozialen Gesichtspunkten zu treffen.

- aa) Für die Frage, ob die X-GmbH bei der Kündigung des A eine korrekte Sozialauswahl durchgeführt hat, ist daher zunächst der Kreis der vergleichbaren Arbeitnehmer zu ermitteln.

Die Sozialauswahl bezieht sich auf alle Arbeitnehmer, die vergleichbar sind. Vergleichbar sind Arbeitnehmer, die austauschbar sind. Zur Austauschbarkeit gehört zum einen, dass der betroffene Arbeitnehmer auf den Arbeitsplatz des sozial Stärkeren ohne Änderung des Arbeitsvertrages allein durch eine Weisung des Arbeitgebers versetzt werden kann.

Der ebenfalls in der Abteilung „Kleinteile“ als Arbeiter beschäftigte B und A sind austauschbar und damit vergleichbar. Fraglich ist, ob auch der in der Abteilung „Großteile“ beschäftigte C in den Kreis der vergleichbaren Arbeitnehmer einzubeziehen ist.

Wer in den Kreis der von einer sozialen Auswahl betroffenen Arbeitnehmer einzubeziehen ist, richtet sich darüber hinaus nach arbeitsplatzbezogenen Merkmalen und damit nach der ausgeübten Tätigkeit (BAG, DB 1991, 173). Es ist zu prüfen, ob der Arbeitnehmer, dessen Arbeitsplatz weggefallen ist, alsbald die Funktion eines anderen Arbeitnehmers wahrnehmen kann. Dafür reicht es aus, wenn der Arbeitnehmer aufgrund seiner bisherigen Aufgaben im Betrieb und angesichts seiner beruflichen Qualifikation die

andersartige, aber gleichwertige Tätigkeit einer Kollegin/eines Kollegen ausüben kann (BAG, DB 1991, 173; BAG, NZA 1998, 1332). Der Vergleich vollzieht sich allein auf derselben Ebene der Betriebshierarchie – sog. horizontale Vergleichbarkeit – (BAG, DB 1986, 436). Ein Vergleich zwischen Arbeitnehmern unterschiedlicher Hierarchieebenen findet nicht statt – sog. vertikale Vergleichbarkeit (BAG, DB 1991, 173; BAG, NZA 1998, 1332).

A war, bevor er in der Abteilung „Kleinteile“ eingesetzt wurde, in der Abteilung „Großteile“ der X-GmbH beschäftigt und hat dort alle anfallenden Arbeiten zufrieden stellend ausgeführt. Weiterhin wird er auch jetzt während des Urlaubs des in der Abteilung „Großteile“ beschäftigten C weiterhin dort als Vertretung des C eingesetzt. Aufgrund seiner bisherigen Aufgaben im Betrieb und seiner beruflichen Qualifikation kann A somit auch die Tätigkeit seines Kollegen C ausüben. Anhaltspunkte dafür, dass C auf einer anderen Hierarchieebene beschäftigt ist, bestehen nicht, so dass auch der in der Abteilung „Großteile“ beschäftigte C in den Kreis der vergleichbaren Arbeitnehmer einzubeziehen ist.

- bb) Nach § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG sind Arbeitnehmer nicht in die soziale Auswahl einzubeziehen, deren Weiterbeschäftigung, insbesondere wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen oder zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebes im berechtigten betrieblichen Interesse liegt.

Anders als für die Betriebsbedingtheit in § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG reichen bereits berechnete betriebliche Interessen aus, um Arbeitnehmer aus der Sozialauswahl herauszunehmen. Sie müssen nicht dringend sein. Interessen sind berechnete, wenn es dem Betrieb – gemessen an seinem Unternehmenszweck- einen nicht unerheblichen Vorteil bringt, bestimmte Arbeitnehmer nicht in die Sozialauswahl einzubeziehen.

Hier ist nicht ersichtlich, dass die Weiterbeschäftigung von B und C im berechtigten betrieblichen Interesse der X-GmbH liegt, so dass diese aus dem Kreis der in die Sozialauswahl einzubeziehenden Arbeitnehmer nicht auszunehmen sind.

- cc) Für die bei einer Sozialauswahl heranzuziehenden Kriterien enthält § 1 Abs. 3 KSchG jetzt für alle nach dem 31.12.2003 zugegangenen Kündigungen einen abschließend gemeinten Katalog. Er bietet kaum Anhaltspunkte für die Bewertung dieser sozialen Daten. Die Rspr. ist bisher davon ausgegangen, dass in erster Linie die Dauer der Betriebszugehörigkeit, dann das Lebensalter und daneben die Unterhaltspflichten einzubeziehen seien (BAG, NZA 1985, 423; BAG, NZA 1990, 729). Zuletzt hat das BAG deutlich gemacht, dass den Unterhaltspflichten eine größere Bedeutung zukommt (BAG, NZA 2000, 531).

A ist seit 23 Jahren im Betrieb der X-GmbH und drei Kindern zum Unterhalt verpflichtet. Er ist 49 Jahre alt.

B ist dagegen seit 20 Jahren im Betrieb der X-GmbH und hat keine unterhaltspflichtigen Kinder. Er ist 53 Jahre alt.

Somit hat A eine um drei Jahre längere Betriebszugehörigkeit als B. Darüber hinaus hat er drei Unterhaltsverpflichtungen. B ist dagegen lediglich um vier Jahre älter als A.

Bei einer Abwägung der Sozialkriterien wird man zu dem Ergebnis kommen, dass A aufgrund der längeren Betriebszugehörigkeit und der Unterhaltsverpflichtungen sozial schutzwürdiger ist als B.

Auch gegenüber C, dessen Sozialdaten im Einzelnen nicht bekannt sind, ist A dem Sachverhalt nach sozial schutzwürdiger.

Die Kündigung des A ist somit gem. § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG wegen fehlerhafter Sozialauswahl sozial ungerechtfertigt.

*Anmerkung: Im Kündigungsschutzprozess muss der Arbeitgeber im Geltungsbereich nach § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG die Tatsachen darlegen und beweisen, die seine Kündigung bedingen. Damit sind alle Umstände gemeint, welche eine Kündigung sozial gerechtfertigt erscheinen lassen, d.h. er muss die Kündigungsgründe vortragen und beweisen.*

*Kommt es bei einer Betriebsänderung zu einem Interessenausgleich, in welchem die Arbeitnehmer namentlich bezeichnet sind, denen gekündigt werden soll, wird nach § 1 Abs. 5 KSchG vermutet, dass sie durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt sind (Beweislastumkehr).*

*Die Darlegungs- und Beweislast für die mangelhafte soziale Auswahl trägt der Arbeitnehmer (BAG, DB 1994, 1827).*

4. Die betriebsbedingte Kündigung des A könnte weiterhin gem. § 1 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 KSchG sozial ungerechtfertigt sein, wenn der Betriebsrat der beabsichtigten Kündigung form- und fristgerecht aus einem der in § 1 Abs. 2 S. 2 KSchG genannten Gründe widersprochen hätte. Dabei handelt es sich um einen absoluten Unwirksamkeitsgrund; eine Interessenabwägung zugunsten des Arbeitgebers findet nicht statt (BAG, DB 1973, 2534).

Gem. § 102 Abs. 2 Satz 2 BetrVG kann der Betriebsrat seine Bedenken gegen eine Kündigung innerhalb einer Woche schriftlich mitteilen.

Hier erfolgte die Anhörung des Betriebsrates am 14.02.2004, der schriftliche Widerspruch des Betriebsrates ging der X-GmbH am 20.02., d.h. innerhalb der Wochenfrist zu. Ein form- und fristgerechter Widerspruch liegt somit vor.

Der Widerspruch müsste auf einen der in § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 KSchG genannten Gründe gestützt werden und dieser Grund müsste auch tatsächlich vorliegen.

Hier wurde der Widerspruch u.a. darauf gestützt, dass A auch in der Abteilung „Großteile“ arbeiten könne. Dabei könnte es sich um den Widerspruchsgrund gem. § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 b KSchG handeln.

Voraussetzung dafür wäre jedoch, dass der zu kündigende Arbeitnehmer auf einem anderen freien Arbeitsplatz beschäftigt werden kann (vgl. v. Hoyningen-Huene, Linck, 13. Aufl. 2002, § 1 KSchG, Rdn. 507 a).

Der Betriebsrat hat jedoch nicht vorgetragen, dass A auf einem freien Arbeitsplatz in der Abteilung „Großteile“ beschäftigt werden kann. Ein absoluter Unwirksamkeitsgrund gem. § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 KSchG liegt somit nicht vor.

*Anmerkung: Die Tatsache, dass der Betriebsrat in seinem Widerspruch gerügt hat, dass soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht hinreichend berücksichtigt wurden, führt dazu, dass es sich um einen form- und fristgerechten Widerspruch i.S.d. § 102 Abs. 5 Satz 1 i.V.m. § 102 Abs. 3 KSchG handelt und der Arbeitnehmer seinen Weiterbeschäftigungsanspruch gem. § 102 Abs. 5 BetrVG geltend machen kann.*

5. Die Kündigung des A könnte gem. § 613 a Abs. 4 BGB unwirksam sein.

Geht ein Betrieb auf einen anderen Unternehmer oder auf ein anderes Unternehmen durch Rechtsgeschäft über, so gehen auch die Arbeitsverhältnisse der in diesem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer auf den Betriebserwerber über. Nach § 613 a Abs. 4 BGB sind Kündigungen, die wegen des Betriebsübergangs erfolgen, unwirksam.

*Anmerkung: Die Regelungen von § 613 a BGB beruhen wesentlich auf der Betriebsübergangsrichtlinie der Europäischen Gemeinschaft nr. 77/187 EWG vom 14.02.1977. Diese Richtlinie ist durch die Änderungsrichtlinie vom*

*17.07.1998 (RL 98/50/EG) unter dem Eindruck der sog. „Christel-Schmidt-Entscheidung“ des EuGH (AP Nr. 106 zu § 613 a BGB) in einigen Punkten geändert worden. Sie enthält nunmehr eine klarstellende Definition des Betriebsübergangs. Übergang i.S.d. Richtlinie ist nunmehr „der Übergang einer ihre Identität bewahrenden wirtschaftlichen Einheit im Sinne einer organisatorischen Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit“.*

- a) Voraussetzung eines Betriebsübergangs i.S.d. § 613 a BGB ist zunächst ein Betriebsinhaberwechsel, d.h. es muss eine Änderung in der Person desjenigen erfolgen, der über die arbeitsrechtliche Organisation- und Leitungsmacht verfügt (BAG, DB 1985, 2411; BAG, DB 1987, 990) ohne dass allerdings ein besonderer Übertragungsakt vorliegen muss (BAG, NZA 1999, 310)

Hier ist die Abteilung Kleinteile mit Wirkung zum 01.04.2004 auf die Y-GmbH übergegangen. Ein Betriebsinhaberwechsel liegt insofern vor.

- b) Weiterhin müsste ein Betriebs- oder Betriebsteilübergang vorliegen.

Unter einem Betrieb i.S.v. § 613 a BGB ist in richtlinienkonformer Auslegung eine auf Dauer angelegte wirtschaftliche Einheit zu verstehen. Darunter versteht man eine organisierte Einheit von Personen und Sachen zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit eigener Zielsetzung. Deren Identität ergibt sich

- aus der Art des betreffenden Unternehmens,
- aus dem Übergang oder dem Nichtübergang materieller Aktiva,
- aus dem Wert der immateriellen Aktiva zum Zeitpunkt des Übergangs,
- der Übernahme oder Nichtübernahme der Hauptbelegschaft,
- dem Übergang oder Nichtübergang der Kundschaft,
- dem Grad der Ähnlichkeit der Tätigkeit vor und nach dem Übergang sowie ggf.
- der Dauer der Unterbrechung der Tätigkeit.

§ 613 a BGB gilt überdies im Prinzip auch, wenn nur ein Teilbetrieb oder ein Betriebsteil erworben wird. Ein übergangsfähiger Teilbetrieb oder Betriebsteil ist eine Teilorganisation, in der sächlich und organisatorisch abgrenzbare Teilzwecke erfüllt werden. Auch ein Teilbetrieb oder ein Betriebsteil erfüllt die Voraussetzungen des vom EuGH geprägten Begriffs der auf Dauer angelegten wirtschaftlichen Einheit (BAG AP Nr. 173 zu § 613 a BGB).

Die Y-GmbH hat die Abteilung Kleinteile von der X-GmbH übernommen. Bei dieser Abteilung handelt es sich um eine Teilorganisation, in der sächliche und organisatorische

Teilzwecke, nämlich der Herstellung der Kleinteile, erfüllt wird. Die Y-GmbH unterhält bereits eine gleich gelagerte Abteilung und will sich Logistik und Aufträge der X-GmbH sichern. Es ist davon auszugehen, dass sämtliche materiellen Aktiva auf die Y-GmbH übertragen worden sind. Eine Betriebsunterbrechung hat es nicht gegeben. Von den 40 in der Abteilung Kleinteile beschäftigten Arbeitnehmern hat die Y-GmbH zwar nur 30 übernommen, damit aber den wesentlichen Teil der Belegschaft. Die wirtschaftliche Identität der Abteilung vor und nach dem Übergang ist somit gegeben. Von einem Betriebsteilübergang kann daher ausgegangen werden.

- c) Dieser Übergang erfolgte durch einen Kaufvertrag zwischen der X- und der Y-GmbH und damit mittels eines Rechtsgeschäfts.
- d) § 613 a Abs. 4 Satz 1 BGB verbietet ausdrücklich die Kündigung „wegen des Übergangs eines Betriebs oder Betriebsteils“. Nach der Rspr. des BAG liegt eine solche betriebsübergangsbedingte Kündigung immer dann vor, wenn das Motiv der Kündigung wesentlich durch den Betriebsübergang bedingt ist. Dies ist immer dann der Fall, wenn es neben dem Betriebsübergang keinen sachlichen Grund gibt, der aus sich heraus die Kündigung rechtfertigt, so dass der Betriebsübergang lediglich äußerer Anlass für die Kündigung, nicht jedoch tragenden Grund darstellt (BAG, DB 1983, 2690; BAG, DB 1985, 1842; BAG, NZA 2000, 371; BAG, NZA 2000, 1180). Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Kündigung ist nach der gefestigten Rspr. des BAG allein der Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung ( BAG, DB 1989, 430; BAG, DB 1997, 279; BAG, NZA 1999, 147).

Im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigungen stand zwar bereits fest, dass der Betriebsteil zum 01.04. auf die Y-GmbH übergehen soll, dieser Übergang war jedoch nicht das Motiv der Kündigungen. Das Motiv der Kündigungen war alleine die unternehmerische Entscheidung der X-GmbH, die Abteilung Kleinteile komplett zu schließen. Als Folge dieser unternehmerischen Entscheidung sollten sämtliche Mitarbeiter der Abteilung, insgesamt 40, eine Kündigung erhalten. Erst nach diesem Entschluss der X-GmbH trat die Y-GmbH an diese mit dem Vorschlag heran, die Abteilung Kleinteile zusammen mit 30 Arbeitnehmern zu übernehmen. Der Übergang auf die Y-GmbH stellt somit nicht den tragenden Grund für die Kündigung dar. Diese wäre ohne den Übergang ohnehin ausgesprochen worden.

Somit handelt es sich bei der Kündigung des A nicht um eine Kündigung „wegen des Betriebsübergangs“, so dass die Kündigung nicht gegen das Kündigungsverbot gem. § 613 a Abs. 4 BGB verstößt.

*Anmerkung: Im Übrigen ist nach der Rspr. des BAG auch eine Kündigung des Betriebsveräußerers nach dem Erwerberkonzept möglich. Ursprünglich hat das BAG verlangt, dass das Sanierungskonzept des Erwerbers auch vom Betriebsveräußerer durchgeführt werden könnte (BAG AP Nr. 34 zu § 613 a BGB). Nunmehr hat der 8. Senat des BAG diese Einschränkung – jedenfalls in der Insolvenz- ausdrücklich aufgegeben (BAG, NZA 2003, 1027). Die Argumentation des BAG lässt eine Ausdehnung der Rspr. auf sämtliche Sanierungsfälle auch außerhalb der Insolvenz erwarten, sofern ansonsten eine endgültige Betriebsstilllegung droht.*

**Ergebnis:** Die Klage des A hat Aussicht auf Erfolg. Die Kündigung ist gem. § 1 Abs. 3 KSchG sozial ungerechtfertigt.

## 2. Teil: Kündigungsschutzklage des D und E

Die Klage hat Aussicht auf Erfolg, wenn das Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung vom 25.02.2004 aufgelöst worden ist.

1. Eine wirksame Kündigungserklärung liegt durch die Kündigung vom 25.02.2004 vor.
2. Die Kündigung könnte unwirksam sein, wenn der Betriebsrat nicht ordnungsgemäß gem. § 102 BetrVG angehört worden wäre. Gem. § 102 Abs. 1 Satz 1 BetrVG ist der Betriebsrat vor jeder Kündigung zu hören.

Die X-GmbH hat den Betriebsrat durch Mitteilung des Betriebsratsmitgliedes V über die beabsichtigten Kündigungen informiert. Zu einer ordnungsgemäßen Anhörung gehört, dass der Arbeitgeber die Person des zu kündigenden Arbeitnehmers namentlich bezeichnet. Es genügt nicht mitzuteilen, dass alle Mitarbeiter einer bestimmten Abteilung gekündigt werden sollen.

Über die beabsichtigten Kündigungen von D und E wird der Betriebsrat nicht informiert. Die X-GmbH vergisst diese zu erwähnen. Somit ist eine ordnungsgemäße Betriebsratsanhörung zu der beabsichtigten Kündigung von D und E nicht erfolgt.

Gem. § 102 Abs. 1 Satz 3 KSchG ist eine ohne Anhörung des Betriebsrates ausgesprochene Kündigung unwirksam.

**Ergebnis:** Das Arbeitsgericht wird der Klage stattgeben und feststellen, dass das Arbeitsverhältnis von D und das Arbeitsverhältnis von E nicht durch die Kündigung vom 25.02.2004 beendet worden ist.

**Abwandlung:**

1. Die Kündigungen der Y-GmbH könnten wegen nicht erfolgter oder fehlerhafter Betriebsratsanhörung unwirksam sein, § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG.

Der Betriebsrat wurde hier jedoch ordnungsgemäß angehört und hat sogar seine Zustimmung zu den beabsichtigten Kündigungen erteilt.

Die Kündigungen sind nicht wegen fehlender oder nicht ordnungsgemäßer Betriebsratsanhörung unwirksam.

2. Die Kündigungen könnten gem. § 1 Abs. 1 KSchG sozial ungerechtfertigt und damit unwirksam sein.
  - a) Die Y-GmbH hat die komplette Abteilung „Kleinteile“ mit 40 Arbeitnehmern übernommen, so dass die Schwellenwerte gem. § 23 Abs. 1 S. 2 bzw. S. 3 erfüllt sind und das KSchG Anwendung findet.
  - b) Gem. § 1 KSchG entsteht der Kündigungsschutz, wenn das Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen länger als 6 Monate bestanden hat.

Hier ist nicht bekannt, ob die Y-GmbH die Kündigungen ausspricht, nachdem die Arbeitnehmer bereits 6 Monate bei ihr beschäftigt waren oder ob dies bereits vor diesem Zeitpunkt ist. Eine Unternehmenseinheit ist jedoch auch gegeben bei Gesamtrechtsnachfolge oder einem Betriebsübergang gem. § 613 a BGB. Der Betriebserwerber muss sich die bei dem Betriebsveräußerer erbrachte Wartezeit anrechnen lassen (BAG AP Nr. 35 zu § 613 a BGB). Damit muss sich die Y-GmbH die Vordienstzeiten der Mitarbeiter, welche diese bei der X-GmbH erworben haben, anrechnen lassen, so dass auf jeden Fall davon auszugehen ist, dass die Wartezeit gem. § 1 KSchG erfüllt ist. Das Kündigungsschutzgesetz findet Anwendung.

- c) Gem. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG ist die Kündigung sozial gerechtfertigt, wenn sie durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist.

Hier werden die Kündigungen darauf gestützt, dass man aufgrund der bestehenden Auftragslage einen Personalüberhang habe. Bei einer Kündigung wegen Auftragsmangel handelt es sich um eine sog. außerbetriebliche Ursache. Außerbetriebliche Ursachen können eine betriebsbedingte Kündigung nur dann bedingen, wenn drei Stufen festgestellt werden können: Zunächst muss eine außerbetriebliche Ursache vorliegen, weiterhin muss eine innerbetriebliche Maßnahme als Reaktion des Betriebes auf die außerbetriebliche Ursache erfolgen und schließlich muss es zu einem Wegfall des Arbeitsplatzes infolge der innerbetrieblichen Maßnahme kommen.

Ein Auftragsmangel liegt vor, wenn die für den jeweiligen Betrieb vorhandenen Aufträge auch bei sinnvoller innerbetrieblicher Disposition nicht ausreichen, um die vorhandene sächliche und personelle Kapazität des Betriebes auszulasten. Um einen Auftragsmangel feststellen zu können, muss ein Größenvergleich zwischen der gegebenen Produktionskapazität des Betriebes und dem Volumen des Auftragsbestandes vorgenommen werden. Einem so festgestellten Auftragsmangel kann der Arbeitgeber u.a. durch Kündigungen begegnen.

Der Auftragsmangel als außerbetriebliche Ursache liegt hier nach den Angaben des Sachverhaltes vor. Infolge dieses Auftragsmangels und zur Beseitigung des Personalüberhangs hat die Y-GmbH eine Verkleinerung der Abteilung als innerbetriebliche Maßnahme (unternehmerische Entscheidung) beschlossen. Diese unternehmerische Entscheidung führt wiederum zu einem Wegfall von 10 Arbeitsplätzen.

Ein betriebliches Erfordernis für die Kündigung von 10 Arbeitsverhältnissen liegt vor.

- d) Dieses Erfordernis müsste dringend sein, d.h. aus Sicht des Arbeitgebers dürften keine mildereren Mittel zur Verfügung stehen, um den verfolgten Zweck zu erreichen. Hierfür liegen keine Anhaltspunkte vor, so dass davon auszugehen ist, dass ein dringendes betriebliches Erfordernis gegeben ist.
- e) Schließlich dürften die zu entlassenden Arbeitnehmer auf keinem anderen freien Arbeitsplatz desselben Betriebes oder in einem anderen Betrieb desselben Unternehmens beschäftigt werden können, § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG.

Eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit auf einem anderen freien Arbeitsplatz besteht hier nicht.

- f) Schließlich müsste die Y-GmbH die erforderliche Sozialauswahl gem. § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG ordnungsgemäß vorgenommen haben. Dies ist vorliegend ebenfalls der Fall.

Die Kündigungen sind somit nicht gem. § 1 Abs. 1 KSchG sozial ungerechtfertigt und damit unwirksam.

3. Die Kündigungen könnten wegen Verstoßes gegen § 613 a Abs. 4 BGB unwirksam sein. Dies wäre der Fall, wenn die Kündigungen „wegen“ des Betriebsübergangs ausgesprochen worden wären. Gem. § 613 a Abs. 4 S. 2 bleibt jedoch das Recht zur Kündigung aus anderen Gründen unberührt.

Fraglich ist, ob die Y-GmbH als Erwerber hier Kündigungen aussprechen konnte. Dies ist der Fall. Nach Übergang der Arbeitsverhältnisse kann der Erwerber betriebsbedingte Kündigungen aussprechen, darf dabei aber nicht nach § 613 a Abs. 4 BGB den Betriebsübergang zum Anlass für die Kündigungen nehmen. Rationalisierungsmaßnahmen durch den Erwerber nach dem Betriebsübergang bleiben uneingeschränkt möglich.

Hier erfolgten die Kündigungen allein wegen der bestehenden Auftragslage und dem damit zusammenhängenden Personalüberhang. Motiv für die Kündigung war somit nicht der Betriebsübergang, sondern ein daneben bestehender betriebsbedingter Grund.

Die Kündigungen sind nicht wegen Verstoßes gegen § 613 a Abs. 4 BGB unwirksam.

**Ergebnis der Abwandlung:**

Die Kündigungen der Y-GmbH sind insgesamt nicht unwirksam.