

## A. Begrüßung

Meine sehr verehrten Damen, sehr geehrte Herren, liebe Kolleginnen, liebe  
Kollegen,

als ich mich gestern Abend von meinem jüngsten 8jährigen Sohn  
verabschiedete, fragte er mich, wohin ich fahre. Ich sagte: Nach München. Was  
machst Du da? Ich halte einen Vortrag. Worüber? Über Tiere? Nur ganz wenig,  
sagte ich, am Schluss kommt was mit einem Drachen, aber eigentlich geht es  
mehr über Arbeitsrecht. Er sagte: Oh Gott! Wie lange dauert das denn? Ich  
sagte: Ungefähr 70 Minuten. Daraufhin machte mein Sohn demonstrativ laute  
Schnarchgeräusche und sagte: Nimms mir nicht übel, aber die Leute tun mir  
jetzt schon leid.

Also habe ich meinen Vortrag auf der Fahrt hierhin um zehn Minuten gekürzt,  
was ua zur Folge hat, dass die Gliederung, die Ihnen vorliegt, bei weitem nicht  
vollständig und teilweise auch in etwas geänderter Reihenfolge abgearbeitet  
wird.

München 18. Juli 2012 - Chance und Risiko Kündigungsschutz -  
Arbeitgebersicht und Arbeitnehmersicht auf aktuelle Fragen der  
betriebsbedingten Kündigung - Christoph Schmitz-Scholemann, Richter am  
Bundesarbeitsgericht

Zuvor aber möchte ich mich für die Einladung bedanken, sehr geehrter Herr Dr.

Müller. Ich bin gerne hier, erstens als im Rheinland sozialisierter Katholik im  
Schatten einer römischkatholischen Kathedrale, zweitens als Bürger des  
kleinsten deutschen Freistaates, nämlich Thüringens, in der Hauptstadt des Ur-  
Freistaates, und drittens natürlich wegen der hier versammelten  
arbeitsrechtlichen Kompetenz. Also machen wir uns ans Werk!

B. Das Thema: Chance und Risiko Kündigungsschutz - Arbeitnehmersicht -  
Arbeitgebersicht - Arbeitsrichtersicht

Meine Damen und Herren, das deutsche Kündigungsrecht ist an sich in  
Ordnung. Es hat eigentlich nur drei Probleme, nämlich Arbeitnehmer,  
Arbeitgeber und Arbeitsrichter. Dabei rechne ich die Anwälte zu den Parteien.  
Die Professoren sind selbstverständlich überhaupt kein Problem im Arbeitsrecht,  
sondern sie sind diejenigen, die die Lösung wissen. Leider gilt insoweit aber  
dasselbe, was im Fußball gilt: Die einzigen, die wissen wies wirklich geht,  
sitzen immer auf der Tribüne.

Meine Damen und Herren, wir alle kennen spezifisch problematische  
Verhaltensweisen der am Arbeitsrecht Beteiligten. Die Richter bilden da keine  
Ausnahme. Allerdings ist ihr öffentliches Ansehen nach wie vor erstaunlich gut,

München 18. Juli 2012 - Chance und Risiko Kündigungsschutz - Arbeitgebersicht und Arbeitnehmersicht auf aktuelle Fragen der betriebsbedingten Kündigung - Christoph Schmitz-Scholemann, Richter am Bundesarbeitsgericht  
sie rangieren kurz unterhalb der Piloten und kurz oberhalb der Müllwerker.

Offenbar verleihen Uniformen Glaubwürdigkeit, und das, obschon der amerikanische Nobelpreisträger Daniel Kahnemann nachgewiesen hat, dass gerichtliche Entscheidungen mitunter weniger mit der Gesetzeslage korrelieren als mit dem jeweiligen Blutzuckerspiegel der Richter.

## I. Geschichtliches und ein kurzer Blick über die Grenzen - Kündigungsschutz als Projekt der Sozialpartnerschaft

Das Recht der betriebsbedingten Kündigung ist seit jeher und ganz besonders wieder seit der Schlecker-Insolvenz umstritten. Man sagt, das Kündigungsschutzgesetz ist schuld am Scheitern der Rettungspläne. Ich finde das ein wenig bizarr. Als ob die Krücken daran schuld wären, wenn sich Menschen die Beine brechen. Aber seis drum! Bei betriebsbedingten Kündigungen geht es um gegenläufige wirtschaftliche Interessen von hohem Geldeswert und so ist es nicht verwunderlich, dass die Interessengruppen um die rechtlichen Regeln streitet, nach denen die Kündigungen zu bewerten sind. Vielleicht ist es aber gerade in solchen Momenten nicht schlecht, einmal daran zu erinnern, wie unser deutsches Kündigungsschutzrecht entstanden ist. Es ist nämlich weder von Professoren noch von Richtern oder Politikern erdacht worden. Es ist in seinen Grundzügen Konsensrecht im besten Sinne, entstanden

München 18. Juli 2012 - Chance und Risiko Kündigungsschutz - Arbeitgebersicht und Arbeitnehmersicht auf aktuelle Fragen der betriebsbedingten Kündigung - Christoph Schmitz-Scholemann, Richter am Bundesarbeitsgericht

aus der Mitte der Gesellschaft. Es handelt sich um ein aus der Not geborenes Gemeinschaftswerk von Arbeitgebern und Gewerkschaften. Nach den verheerenden Schlachten des Ersten Weltkrieges schlossen am 15. November 1918 der Ruhrindustrielle Hugo Stinnes für die Arbeitgeber und der Gewerkschaftsführer Carl Legien ein Abkommen, in dem sie sich auf die Grundzüge des Kündigungsschutzrechts einigten, das in den §§ 84 - 90 des Betriebsrätegesetzes vom 4. Februar 1920 in staatliches Recht umgesetzt wurde und nach dem erstmals in Deutschland „unbillige, nicht durch ...die Verhältnisse des Betriebs bedingte“ Kündigungen für unwirksam erklärt werden konnten. Nach dem Zweiten Weltkrieg ergriff ein untadeliger und großherziger Wuppertaler Fabrikant, Wilhelm Vorwerk, die Initiative zu Gesprächen zwischen Industrie- und Handelskammern und Gewerkschaften, aus denen der sogenannte Hattenheimer Entwurf hervorging, der schließlich in das Kündigungsschutzgesetz vom 10. August 1951 mündete, das seinerseits in seinem Kern bis heute weiter gilt. Das deutsche Kündigungsschutzrecht ist also keine weltfremde bürokratische Erfindung, sondern ein Ausdruck gemeinsamer Verantwortung von Arbeitgebern und Arbeitnehmern für den inneren Frieden durch sozialen Ausgleich in Deutschland. Deutschland ist, allen immer wieder zu hörenden Unkenrufen zum Trotz, nicht schlecht damit gefahren. Zumindest dürfte die These, das Kündigungsschutzgesetz sei ein entscheidender Standortnachteil in Europa, nicht zutreffen. Zieht man die von Eurostat

München 18. Juli 2012 - Chance und Risiko Kündigungsschutz -  
Arbeitgebersicht und Arbeitnehmersicht auf aktuelle Fragen der  
betriebsbedingten Kündigung - Christoph Schmitz-Scholemann, Richter am  
Bundesarbeitsgericht  
ermittelte Arbeitslosenquote per April 2012 zu Rate, so ergibt sich folgendes

Bild: Sie liegt in Dänemark, das ein sehr wirtschaftsfreundliches

Kündigungsrecht hat, bei 7,6 vH, in Frankreich mit einem eher rigiden System  
bei 10,2 vH und in Deutschland bei 5,5 vH – wie gesagt, das ist nicht die Zahl  
der Bundesagentur, sondern von Eurostat. In der Schweiz, die überhaupt keinen  
Kündigungsschutz kennt, ist die Quote allerdings am niedrigsten, sie liegt  
gegenwärtig bei etwa 3,5 vH.

## II. Allgemeines: Schutz-Redundanzen und Dysfunktionalitäten nach geltender Gesetzeslage

Ich will damit nicht behaupten, das deutsche Kündigungsrecht schaffe  
Arbeitsplätze. Das tut es ganz sicher nicht, wenn man vom arbeitsrechtlichen  
Dienstleistungssektor, in dem wir alle ja tätig sind, einmal absieht. Das  
Kündigungsschutzrecht kann, das sollte man ehrlicher Weise zugeben, in  
Wahrheit auch keine Arbeitsplätze retten, deren Aufrechterhaltung  
betriebswirtschaftlicher Rationalität widerspricht. Wir haben zwar nach  
Gesetzeslage ein Bestandsschutzrecht. Es ist aber als solches in der Praxis  
nahezu wirkungslos. Anwendung findet es im Wesentlichen als Drohkulisse für  
Abfindungsvergleiche. Ich behaupte also nicht, das Kündigungsschutzrecht wäre  
fehlerfrei. Im Gegenteil. Es hat erhebliche Webfehler. Ich glaube zB nicht, dass

München 18. Juli 2012 - Chance und Risiko Kündigungsschutz - Arbeitgebersicht und Arbeitnehmersicht auf aktuelle Fragen der betriebsbedingten Kündigung - Christoph Schmitz-Scholemann, Richter am Bundesarbeitsgericht

es einen vernünftigen Grund dafür gibt, dass der Sonderkündigungsschutz für Betriebsräte, Schwerbehinderte und Arbeitnehmer in Elternzeit in unterschiedlichen Verfahren nach nicht aufeinander abgestimmten Regeln vor zum Teil auch noch unterschiedlichen Gerichtszweigen spielen muss. Was dabei herauskommen kann, zeigt eine kürzlich veröffentlichte Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 24. November 2011 - 2 AZR - 429/10. Der Arbeitgeber hatte einem schwerbehinderten Arbeitnehmer gekündigt, der sich in Elternzeit befand. Er hatte vor der Kündigung beim Integrationsamt die Zustimmung zur Kündigung beantragt und am 9. März 2006 erhalten. Ebenfalls beantragt hatte er beim Regierungspräsidenten die Zulässigkeitsklärung nach § 18 BErzGG. Diese bekam er am 23. Mai 2006. Am selben Tag sprach er die Kündigung aus. Das war deshalb ein Problem, weil der Arbeitgeber gegenüber Schwerbehinderten nach § 88 Abs. 3 SGB IX nur innerhalb eines Monats nach Zustimmung des Integrationsamts kündigen darf. Da die Zustimmung des Integrationsamts schon seit dem 9. März vorlag, war diese Monatsfrist bei Ausspruch der Kündigung am 23. Mai 2006 eindeutig abgelaufen. Nach dem Wortlaut des Gesetzes konnte die Kündigung nicht wirksam sein. Das BAG hat sie trotzdem als wirksam angesehen. Der Arbeitgeber, so das BAG, hat ein von Art. 12 GG geschütztes Interesse, bei Vorliegen von Kündigungsgründen eine Kündigung auch aussprechen zu können. Das darf ihm nicht dadurch aus der Hand geschlagen werden, dass der Gesetzgeber ihm, freilich ohne zu wissen,

München 18. Juli 2012 - Chance und Risiko Kündigungsschutz -  
Arbeitgebersicht und Arbeitnehmersicht auf aktuelle Fragen der  
betriebsbedingten Kündigung - Christoph Schmitz-Scholemann, Richter am  
Bundesarbeitsgericht  
was er tut, inkohärente und praktisch nicht überwindbare Verfahrenshindernisse  
in den Weg legt. Das BAG hat sich hier, wie Ulrich Preis es ausdrücken würde,  
einmal mehr als Vormund eines objektiv geschäftsunfähigen Gesetzgebers  
betätigt. Solche Schutzredundanzen ließen sich leicht vermeiden, wenn der  
Gesetzgeber den Sonderkündigungsschutz auch verfahrensrechtlich dorthin  
verlagern würde, wo er meiner Meinung nach hingehört, nämlich in den  
Kündigungsschutzprozess.

Wenn es die Funktion des Schutzes bei betriebsbedingten Massenkündigungen  
ist, den sozial schwächsten Arbeitnehmern verbliebene  
Beschäftigungsmöglichkeiten zu erhalten oder durch Abfindungen die Folgen  
der Arbeitslosigkeit zu mildern, dann sind sowohl ein verfahrensrechtlich  
ausufernder Sonderkündigungsschutz als auch der durch die zahlreichen und  
ineinander verschachtelten Unterrichtungspflichten nach § 17 KSchG, § 102  
BetrVG, §§ 111 ff. BetrVG und § 613 a BGB vermittelte Schutz dysfunktional.  
Am meisten profitiert danach eben nicht der Arbeitnehmer mit dem höchsten  
Schutzbedarf, sondern derjenige, dessen Arbeitgeber zufällig die meisten  
Verfahrensfehler gemacht hat.

Ändern kann das allerdings nur der Gesetzgeber.

### III. Die ordentliche betriebsbedingte Kündigung

München 18. Juli 2012 - Chance und Risiko Kündigungsschutz -  
Arbeitgebersicht und Arbeitnehmersicht auf aktuelle Fragen der  
betriebsbedingten Kündigung - Christoph Schmitz-Scholemann, Richter am  
Bundesarbeitsgericht

## 1. Allgemeines

Das materielle Kündigungsschutzrecht selbst ist bei betriebsbedingten  
Kündigungen auf den ersten Blick einfach zu handhaben. Eine Kündigung aus  
dringenden betrieblichen Erfordernissen hat nach § 1 KSchG - grob gesprochen  
- zwei Aspekte, die Betriebsbedingtheit und die Sozialauswahl.

Der erste Punkt, nämlich die Betriebsbedingtheit, macht - jedenfalls in der  
Theorie - keine Schwierigkeiten. Man muss nur nachschauen, ob ein Überhang  
an Arbeitskräften besteht. Ist das der Fall, so liegen betriebliche Gründe vor.

Die Sozialauswahl dagegen ist schon vom Ansatz her problematischer und sehr  
stark einzelfallbezogen. Sie dient der sozial gerechten Aufteilung des  
Beschäftigungsmangels unter den Arbeitnehmern.

Von den in der Rechtsprechung immer wieder auftauchenden allgemeinen  
Prinzipien will ich zwei herausgreifen.

### a. Das Prognoseprinzip

Nicht selten stellt sich die Beschäftigungslage in einem Unternehmen in der  
Planungsphase einer Restrukturierung ganz anders dar als bei Abschluss des

München 18. Juli 2012 - Chance und Risiko Kündigungsschutz -  
Arbeitgebersicht und Arbeitnehmersicht auf aktuelle Fragen der  
betriebsbedingten Kündigung - Christoph Schmitz-Scholemann, Richter am  
Bundesarbeitsgericht  
Sozialplans und Interessenausgleichs, wieder anders bei Zugang der Kündigung  
und erst recht anders bei Erlass des letztinstanzlichen Urteils. Welcher Zeitpunkt  
soll nun derjenige sein, von dem aus die Wirksamkeit der Kündigung zu  
beurteilen ist?

Das BAG sagt seit Jahrzehnten:

Die Kündigungsgründe werden grundsätzlich aus dem Blickwinkel des  
Zeitpunkts betrachtet, in dem die Kündigung dem Arbeitnehmer zugeht. Dieser  
Zeitpunkt ist maßgeblich für die Frage, ob Beschäftigung vorhanden ist. Auf ihn  
kommt es auch für die Sozialauswahl an. Allerdings ist der Blick nicht etwa  
allein auf die Lage bei Zugang der Kündigung fixiert. Manchmal ist ein  
Rückblick nötig, oft eine Vorausschau. Sähe man das anders, so müsste der  
Arbeitgeber zB mit der Kündigung immer so lange warten, bis die Arbeit  
tatsächlich weggefallen ist. Diese Konsequenz, die den Arbeitgeber bei  
Betriebsstilllegungen zwingen würde, den Arbeitnehmern während der  
Kündigungsfristen den Lohn ohne Gegenleistung zu zahlen, zieht das BAG  
ausdrücklich nicht. In einem Urteil aus dem Jahre 2010 sagt es für den Fall der  
Betriebsstilllegung<sup>1</sup>:

---

<sup>1</sup> BAG 23. Februar.2010 - 2 AZR 268/08 - BAGE 133, 240

München 18. Juli 2012 - Chance und Risiko Kündigungsschutz -  
Arbeitgebersicht und Arbeitnehmersicht auf aktuelle Fragen der  
betriebsbedingten Kündigung - Christoph Schmitz-Scholemann, Richter am  
Bundesarbeitsgericht

"Wegen der Zukunftsbezogenheit der Kündigung und aus Gründen der  
Praktikabilität hat das Bundesarbeitsgericht schon eine Absicht zur Betriebs-  
oder Abteilungsstilllegung ... als ein dringendes betriebliches Erfordernis iSv. §  
1 Abs. 2 KSchG anerkannt, wenn die für den künftigen Wegfall der  
Beschäftigung des Arbeitnehmers maßgeblichen Entwicklungen bereits zum  
Kündigungszeitpunkt feststehen, insbesondere die unternehmerische  
Organisationsentscheidung bereits getroffen war und sie sich zum Ablauf der  
Kündigungsfrist realisiert. Danach kommt es ... darauf an, ob der Arbeitnehmer  
bis zum Kündigungstermin voraussichtlich entbehrt werden kann ..."

Allerdings ist das Prognoseprinzip für den Arbeitgeber nicht beliebig dehnbar.  
Das zeigen zwei Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts aus dem Jahre 2012.  
Der 8. Senat des BAG hat mit Urteil vom 16. Februar 2012<sup>2</sup> daran erinnert, dass  
die nahtlose Fortführung des gesamten Betriebs durch einen Betriebserwerber  
im Anschluss an die angebliche Stilllegung eine tatsächliche Vermutung gegen  
die Ernsthaftigkeit der Stilllegungsabsicht begründen kann.

Im vor wenigen Tagen veröffentlichten Urteil des 2. Senats vom 23. Februar  
2012<sup>3</sup> hatte der Arbeitgeber einem Arbeitnehmer im Juni 2009 zum 28. Februar

---

<sup>2</sup> BAG 16. Februar 2012 - 8 AZR 693/10

<sup>3</sup> BAG 23.2.2012 - 2 AZR 548/10

München 18. Juli 2012 - Chance und Risiko Kündigungsschutz - Arbeitgebersicht und Arbeitnehmersicht auf aktuelle Fragen der betriebsbedingten Kündigung - Christoph Schmitz-Scholemann, Richter am Bundesarbeitsgericht

2010 gekündigt und zur Begründung vorgetragen, er habe im Juni 2009 die Prognose gestellt, die Beschäftigungsmöglichkeit werde zum 30. September 2009 entfallen. Das hat das Bundesarbeitsgericht nicht gelten lassen. „Eine entsprechende Prognose war nicht für den 30. September 2009, sondern für den beabsichtigten Beendigungszeitpunkt, den 28. Februar 2010, zu erstellen. Die Beklagte konnte für ihre Prognose nicht auf einen beliebigen Zeitpunkt zwischen Ausspruch der Kündigung und Ablauf der Kündigungsfrist abstellen. Maßgeblich ist vielmehr ausschließlich letzterer. Erst bei Ablauf der Kündigungsfrist, aber zugleich auch dann noch müssen dringende betriebliche Erfordernisse gegeben sein, die einer Weiterbeschäftigung des gekündigten Arbeitnehmers entgegenstehen. In den Fällen, in denen längere Kündigungsfristen zu beachten sind, kann der Prognosezeitpunkt nicht etwa vorgezogen werden.“

Man sieht hier, wie recht der Schweizerische Bundespräsident hatte, als er konstatierte, Prognosen sind eine schwierige Sache, vor allem, wenn sie sich auf die Zukunft beziehen.

b. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

München 18. Juli 2012 - Chance und Risiko Kündigungsschutz -  
Arbeitgebersicht und Arbeitnehmersicht auf aktuelle Fragen der  
betriebsbedingten Kündigung - Christoph Schmitz-Scholemann, Richter am  
Bundesarbeitsgericht

Ein in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts immer wieder erwähnter

Topos ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der für den Fall der

betriebsbedingten Kündigung besagt, dass sie nicht rechtmäßig sein kann, wenn

es für den Arbeitgeber ein ihm zumutbares und den Arbeitnehmer weniger

belastendes Mittel zur Beseitigung des Beschäftigungsüberhanges gibt, zum

Beispiel die Weiterbeschäftigung auf einem freien Arbeitsplatz. In der letzten

Ausgabe der RdA<sup>4</sup> wird, wie schon so oft, wieder der Vorwurf erhoben, das

BAG habe den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz contra legem entwickelt. Ich

glaube, dass dieser Vorwurf nicht zutrifft. Der Grundsatz steht zwar nicht

ausdrücklich im Kündigungsschutzgesetz, ist aber als immanente Begrenzung

jeder Rechtsausübung ein unverzichtbares Prinzip. Die alten Griechen brauchten

zur Beschreibung des dahinter stehenden einfachen Gedankens übrigens nur

zwei Worte: Sie standen über dem Eingangstor des Orakelheiligtums in Delphi

und lauteten: Meden agan - nichts im Übermaß!

## 2."Dringende betriebliche Erfordernisse"

Eine Kündigung ist "durch dringende betriebliche Erfordernisse ... bedingt",

wenn mehr Arbeitnehmer beschäftigt werden als der Arbeitgeber zur Erledigung

---

<sup>4</sup> Wank, RdA 2012, 139 ff.

München 18. Juli 2012 - Chance und Risiko Kündigungsschutz - Arbeitgebersicht und Arbeitnehmersicht auf aktuelle Fragen der betriebsbedingten Kündigung - Christoph Schmitz-Scholemann, Richter am Bundesarbeitsgericht  
der Arbeit braucht. Das klingt nach einem schlichten Rechenexempel, hat aber seine Tücken.

#### a. unternehmerische Entscheidung

Leider ist der Arbeitskräfteüberhang kein rein objektiver Sachverhalt. Denn er hängt nicht nur von der Auftragslage ab, sondern vor allem von der betrieblichen Organisation, die wiederum in der Hand des Arbeitgebers liegt. Muss er sie, wie immer wieder gefordert wird, so einrichten, dass er möglichst viele Arbeitnehmer beschäftigen kann? Muss also die unternehmerische Entscheidung selbst sozial gerechtfertigt sein. Viele lesen das aus dem Gesetz. Wäre es richtig, dann hätte jede technische und organisatorische Neuerung nach einem von den Arbeitsgerichten zu entwickelnden sozialen Maßstab zu richten<sup>5</sup>. Kündigungen aus betrieblichen Gründen wären praktisch nur möglich, wenn andernfalls Insolvenz drohen würde. Ein Arbeitgeber dürfte einen gesunden Betrieb nicht schließen. Solange er Gewinn macht, dürfte er auch nicht rationalisieren<sup>6</sup>. Das Stichwort, unter dem diese Fragen diskutiert werden, ist die

---

<sup>5</sup> so ausdrücklich: Kittner-Däubler-Zwanziger-Kittner/Deinert, Kündigungsschutzrecht, 7. Auflage 2008, Rn 256, 256 a zu § 1 KSchG

<sup>6</sup> Kittner-Däubler-Zwanziger-Kittner/Deinert, Kündigungsschutzrecht, 7. Auflage 2008, Rn 254 ff zu § 1 KSchG; Kühling AuR 2003, 92, 93 ff.; ausführlich mit zahlreichen Nachweisen zum Meinungsstand: Ascheid/Preis/Schmidt-Kiel, Kündigungsrecht, 4. Auflage 2012, Rn 466

München 18. Juli 2012 - Chance und Risiko Kündigungsschutz -  
Arbeitgebersicht und Arbeitnehmersicht auf aktuelle Fragen der  
betriebsbedingten Kündigung - Christoph Schmitz-Scholemann, Richter am  
Bundesarbeitsgericht  
sogenannte "Unternehmerische Entscheidung"<sup>7</sup>. Wir alle wissen, welche

Antwort das Bundesarbeitsgericht seit den fünfziger Jahren auf diese Fragen  
gibt: Es ist Sache des Arbeitgebers, seinen Betrieb nach seinen Vorstellungen zu  
organisieren. Er bestimmt den Betriebszweck, die Betriebsausstattung, die  
Arbeitsmethoden, die Arbeitsmenge, die Anzahl der Beschäftigten und das  
Verhältnis dieser beiden Größen zueinander. Die Gerichte prüfen nur, ob die  
unternehmerische Entscheidung missbräuchlich oder willkürlich ist und ob sie  
den Arbeitsmangel, der zur Kündigung führt tatsächlich, hervorruft. In den  
letzten Jahren hat das BAG als nicht missbräuchlich angesehen zB

mit Urteil vom 28. Januar 2010 die Entscheidung des Arbeitgebers, von  
gewerblichen Arbeitnehmern die Beherrschung der deutschen Schriftsprache zu  
verlangen<sup>8</sup>,

mit Urteil vom 13. März 2008<sup>9</sup> die Entscheidung eines Münchner  
Plakatierungsunternehmens, seine Plakatkleber nicht mehr im Arbeitsverhältnis,  
sondern als Kleinunternehmer zu beschäftigen

---

<sup>7</sup> Zu Recht spricht man vom "archimedischen Punkt" des Rechts der betriebsbedingten Kündigung, vgl. Kittner-Däubler-Zwanziger-Kittner/Deinert, Kündigungsschutzrecht, 7. Auflage 2008, Rn 256

<sup>8</sup> BAG 28. Januar 2010 - 2 AZR 764/08 - BAGE 133, 141

<sup>9</sup> BAG 13. März .2008 - 2 AZR 1037/06 - NJW 2008, 2872

München 18. Juli 2012 - Chance und Risiko Kündigungsschutz - Arbeitgebersicht und Arbeitnehmersicht auf aktuelle Fragen der betriebsbedingten Kündigung - Christoph Schmitz-Scholemann, Richter am Bundesarbeitsgericht  
mit Urteil vom 12. August 2010 <sup>10</sup> die eigentlich nur als Schildbürgerstreich zu bezeichnende Entscheidung des Freistaats Thüringen, den Sitz einer zentral gelegenen und gut angebundenen Behörde durch einen teuren Neubau so raffiniert zu verlegen, dass sie – ich übertreibe kaum - sowohl für ihre Arbeitnehmer als auch für die Kundschaft nur noch unter doppeltem bis dreifachen Zeitaufwand erreichbar war

und mit Urteil <sup>11</sup> vom 27. Januar 2011 die Entscheidung einer Theatergesellschaft, in ihrem Symphonieorchester sämtliche Blechbläser zu streichen, was das Orchester nach Gutachten aller Sachkundigen außer Stande setzte, die wichtigen Werke des 19. und 20. Jahrhunderts zu spielen und nach Meinung des Klägers dazu führen musste, dass das musikalische Märchen Peter und der Wolf nur noch als „Peter ohne Wolf“ aufgeführt werden könne.

Alle diese Entscheidungen hat das Bundesarbeitsgericht geschluckt und sich vor allem im Fall des Plakatanschlägers erhebliche Kritik zugezogen. In der Tat ist in den sogenannten Outsourcing-Fällen die Absicht des Arbeitgebers unverkennbar, die schlechten Risiken, insbesondere die durch die Sozialversicherungspflicht verursachten Kosten, auf diejenigen abzuwälzen, die dieses Schutzes eigentlich am meisten bedürfen. Sogar die FAZ bezeichnet diese

---

<sup>10</sup> BAG 12. August 2010 - 2 AZR 558/09 - NJW 2011, 251

<sup>11</sup> BAG 27. Januar 2011 - 2 AZR 9/10 - juris

München 18. Juli 2012 - Chance und Risiko Kündigungsschutz -  
Arbeitgebersicht und Arbeitnehmersicht auf aktuelle Fragen der  
betriebsbedingten Kündigung - Christoph Schmitz-Scholemann, Richter am  
Bundesarbeitsgericht  
Methode als „Ausbeutungssystem“, wenn auch nicht m Wirtschaftsteil, sondern

im Feuilleton. Ich glaube trotzdem, dass das BAG gut daran tut, hier äußerste

Zurückhaltung zu üben. Ein Gericht als Investitionslenkungsstelle - das kann nur  
schiefgehen.

#### bb. Kündigung bei Kurzarbeit? Kurzarbeit vor Kündigung?

Neuerdings wieder aufgetaucht ist die schon vor einem halben Jahrhundert  
aufgeworfene Frage, ob der Arbeitgeber verpflichtet ist, statt einer  
Rationalisierung den Weg der Kurzarbeit zu beschreiten<sup>12</sup>. Das war sogar  
einmal, nämlich in der Demobilmachungsverordnung von 1920, geltendes  
Recht. Das Bundesarbeitsgericht hat diese Frage in einer Entscheidung vom 23.  
Februar 2012 gestreift.<sup>13</sup> Die allerdings nur angedeutete Antwort lautet seit den  
60er Jahren<sup>14</sup>: Ob Kurzarbeit eingeführt wird, darf der Arbeitgeber bis zur  
Grenze des Missbrauchs frei entscheiden<sup>15</sup>. Ich denke, das ist richtig. Die  
Einführung von Kurzarbeit ist sozialrechtlich gar nicht immer möglich<sup>16</sup>, weil  
nur vorübergehender, nicht aber struktureller Arbeitsausfall durch Kurzarbeit

---

<sup>12</sup> Dass Deutschland im Anschluss an die Bankenkrise von Ende 2008 keinen massiven Einbruch bei der  
Beschäftigung erleiden musste, hängt wohl mit der Ausweitung der Kurzarbeit in dieser Zeit zusammen: Im Mai  
2009 arbeiteten 1.52 Millionen Arbeitnehmer in 60 000 Betrieben kurz; vgl. Rolf/Riechwald BB 2010, 1597

<sup>13</sup> BAG, 23. Februar 2012 - 2 AZR 548/10

<sup>14</sup> in diesem Sinne KR-Griebeling, 9. Auflage, 2009, Rn 531 zu § 1 KSchG mit Nachweisen zum Streitstand  
BAG 25. Juni 1964 - 2 AZR 382/63 - BAGE 16, 134

<sup>15</sup> so der offenbar von Nipperdey beeinflusste Sprachgebrauch seit BAG 18. November 1960 - 1 AZR 70/58 - AP  
Nr 28 zu Art 44 Truppenvertrag; ebenso BAG 11. September 1986 - 2 AZR 564/85 - BB 1987, 1882

<sup>16</sup> vgl. dazu die Regelungen in §§ 169 ff. SGB III

München 18. Juli 2012 - Chance und Risiko Kündigungsschutz - Arbeitgebersicht und Arbeitnehmersicht auf aktuelle Fragen der betriebsbedingten Kündigung - Christoph Schmitz-Scholemann, Richter am Bundesarbeitsgericht

aufgefangen werden darf<sup>17</sup>. Wenn der Arbeitgeber einen Betriebsrat hat, ist die Einführung von Kurzarbeit schwierig, ohne Betriebsrat ist sie noch schwieriger.

Die Verkürzung der Arbeitszeit kann dann regelmäßig nur durch Vertragsänderungen mit allen betroffenen Arbeitnehmern erreicht werden.<sup>18</sup> Ein weithin unergründetes Problem der "sanierenden Kurzarbeit" ist europarechtlicher Natur: Man kann nämlich die staatliche Unterstützung bei Kurzarbeit durchaus als eine problematische Subvention von Überkapazitäten betrachten. So überzeugend also auf den ersten Blick das Argument klingt, Kurzarbeit sei als milderes Mittel stets der betriebsbedingten Kündigung vorzuziehen: In den Details stecken so viele Teufel, dass die Rechtsprechung gut daran tut, dem Arbeitgeber und den Betriebsräten hier keine Vorschriften zu machen<sup>19</sup>. In den Jahren 2008 bis 2010 hat sich ja auch gezeigt, dass die Sozialpartner im Verein mit der Politik ohne gerichtliche Anleitung einen überaus segensreichen Gebrauch von den Möglichkeiten der Kurzarbeit gemacht haben.

Allerdings, und das ist in der Entscheidung vom 23. Februar 2012 noch einmal durchbuchstabiert worden, muss der Arbeitgeber, der während einer Kurzarbeitsphase zusätzlich Beendigungskündigungen ausspricht, sehr genau

---

<sup>17</sup> zB Abbau von Erzieherinnen in Kindertagesstätten wegen dauerhaften Geburtenrückgangs, vgl. den Fall BAG 6. Juli 2006 - 2 AZR 442/05 - NZA 2007, 139

<sup>18</sup> vgl. zu den individualrechtlichen Voraussetzungen der Kurzarbeit Andrea Panzer-Heemeier in Grobys/Panzer, StichwortKommentar Arbeitsrecht, 1. Auflage, 1. Edition 2012

<sup>19</sup> Das zweite Problem, das sich stellen kann, ist, ob nicht wenigstens dann, wenn schon Kurzarbeit eingeführt ist, betriebsbedingte Kündigungen ausgeschlossen sein sollten. Wenn allerdings Kurzarbeit schon eingeführt ist, muss der Arbeitgeber im Prozess genauestens die Gründe erklären, wenn er darüber hinaus Beendigungskündigungen ausspricht

München 18. Juli 2012 - Chance und Risiko Kündigungsschutz -  
Arbeitgebersicht und Arbeitnehmersicht auf aktuelle Fragen der  
betriebsbedingten Kündigung - Christoph Schmitz-Scholemann, Richter am  
Bundesarbeitsgericht  
darlegen, inwiefern zusätzlich zum vorübergehenden Arbeitsrückgang auch  
noch ein dauerhafter vorliegt.

cc. Wegfall einer Hierarchie-Ebene und Änderung des Anforderungsprofils

In aller Regel setzt sich also die unternehmerische Entscheidung des  
Arbeitgebers durch. Aber es gibt Ausnahmen. In diese Kategorie gehören die  
Fälle des Wegfalls einer Hierarchie-Ebene.

Fall 12<sup>20</sup> "Verkaufsleiter"

Die Beklagte war ein Einzelhandelsunternehmen und vertrieb deutschlandweit  
in zahlreichen Filialen Elektroartikel und Fotogeräte. Auf Grund erheblicher  
Umsatzrückgänge seit dem Jahr 2001 und entsprechender Betriebsverluste  
entschloss sie sich Anfang 2003 zu umfangreichen personellen Maßnahmen, die  
alle Filialen betrafen und zur Kündigung oder Änderungskündigung nahezu aller  
Arbeitnehmer führten. Nur einige besonders lang - zum Teil vier Jahrzehnte -  
beschäftigte ältere Arbeitnehmer wurden von den Kündigungen ausgenommen.  
Sie bekamen Stellen auf der neu eingeführten Hierarchieebene "Verkaufsleiter".  
Diese im Sinne der älteren Arbeitnehmer auf den ersten Blick sehr anständige

---

<sup>20</sup> BAG 13. Februar 2008 - 2 AZR 1041/06 - NZA 2008, 819

München 18. Juli 2012 - Chance und Risiko Kündigungsschutz - Arbeitgebersicht und Arbeitnehmersicht auf aktuelle Fragen der betriebsbedingten Kündigung - Christoph Schmitz-Scholemann, Richter am Bundesarbeitsgericht

Verfahrensweise erwies sich alsbald jedoch als Falle: Ein Vierteljahr, nachdem die Reorganisation umgesetzt worden war, kündigte die Beklagte allen soeben erst installierten Verkaufsleitern. Begründung: Sie habe die freie unternehmerische Entscheidung getroffen, die Hierarchieebene "Verkaufsleiter" im gesamten Unternehmen wieder abzuschaffen.

Die Kündigungen konnten keinen Bestand haben. Zu durchsichtig war nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts der Plan. Ganz offenkundig zielte er darauf ab, diejenigen Arbeitnehmer, die man bei der Reorganisation 2003 wegen ihrer langen Beschäftigungszeit und des fortgeschrittenen Alters nicht loswerden konnte, zuerst in der Hierarchie nach oben und anschließend aus dem Unternehmen zu befördern, und zwar ohne Sozialplan. Das BAG sah diese Entscheidung als willkürlich an.<sup>21</sup>

Ähnliche Probleme stellen sich, wenn der Arbeitgeber, was ihm an sich unbenommen ist, das Anforderungsprofil für eine Stelle ändert und dann aus betrieblichen Gründen kündigt<sup>22</sup> oder gerade umgekehrt die betreffenden Arbeitnehmer auf diese Weise als Leistungsträger aus der Sozialauswahl herausnehmen will. Solche allzu freien Unternehmerentscheidungen sieht sich

---

<sup>21</sup> BAG 13. Februar 2008 - 2 AZR 1041/06 - Rn 20 - NZA 2008, 819

<sup>22</sup> BAG 10. Juli 2008 - 2 AZR 1111/06 - NZA 2009, 312

München 18. Juli 2012 - Chance und Risiko Kündigungsschutz -  
Arbeitgebersicht und Arbeitnehmersicht auf aktuelle Fragen der  
betriebsbedingten Kündigung - Christoph Schmitz-Scholemann, Richter am  
Bundesarbeitsgericht  
die Rechtsprechung sehr genau an, wenn sie denn merkt, was gespielt werden  
soll.

#### b. Weiterbeschäftigung auf freiem Arbeitsplatz

Allein mit dem Entfallen der bisherigen Beschäftigungsmöglichkeit ist die  
Kündigung noch nicht aus dringenden betrieblichen Erfordernissen  
gerechtfertigt. Es kann nämlich sein und ist nicht selten der Fall, dass eine  
andere Möglichkeit der Beschäftigung auf einem freien Arbeitsplatz besteht wie  
in dem am 12. Juli 2012<sup>23</sup> entschiedenen Fall einer Flugbegleiterin, deren  
Arbeitsplatz durch Schließung des Standorts Hannover entfallen war, für die  
aber eine Einsatzmöglichkeit in Frankfurt bestand.. Dann ist der Arbeitgeber  
nicht nur bei einem entsprechenden Widerspruch des Betriebsrats, sondern  
wegen der Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes stets verpflichtet, diese  
andere freie Beschäftigungsmöglichkeit anzubieten. Tut er das nicht, ist die  
Kündigung unwirksam.

---

<sup>23</sup> 12. Juli 2012 - 10 AZR 488/11 n.n.v.

München 18. Juli 2012 - Chance und Risiko Kündigungsschutz -  
Arbeitgebersicht und Arbeitnehmersicht auf aktuelle Fragen der  
betriebsbedingten Kündigung - Christoph Schmitz-Scholemann, Richter am  
Bundesarbeitsgericht

Die andere Möglichkeit der Beschäftigung steht der Kündigung nicht nur dann  
entgegen, wenn ein Arbeitsplatz im *Beschäftigungsbetrieb* frei ist, sondern auch,  
wenn ein Arbeitsplatz in einem *anderen Betrieb desselben Unternehmens* frei  
ist<sup>24</sup>, den der Arbeitnehmer ausfüllen kann. Dagegen besteht im Prinzip keine  
Pflicht des Arbeitgebers, freie Arbeitsplätze im gesamten Konzern anzubieten<sup>25</sup>.  
Auch hier gibt es Ausnahmen, wie in dem schon erwähnten am 12. Juli 2012<sup>26</sup>  
entschiedenen Fall sichtbar wurde: Der Arbeitgeber hatte sich im Arbeitsvertrag  
die Versetzung des Arbeitnehmers im gesamten Konzern vorbehalten. Wenn der  
Arbeitgeber sich diese Möglichkeit zu seinem Nutzen vorbehält, dann muss er  
sie auch zum Nutzen des Arbeitnehmers einsetzen. Ist in diesem Rahmen die  
Beschäftigung im Unternehmen oder ausnahmsweise im Konzern möglich, dann  
muss der Arbeitgeber diese Beschäftigung dem Arbeitnehmer offerieren,  
notfalls durch Änderungskündigung. Das gilt auch dann, wenn der andere  
Arbeitsplatz schlechter bezahlt ist<sup>27</sup>. Selbst wenn der Arbeitnehmer die  
Beschäftigung auf dem anderen Arbeitsplatz vor der Kündigung abgelehnt hat,  
darf der Arbeitgeber regelmäßig keine Beendigungskündigung aussprechen<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> Nach dem Wortlaut des Gesetzes steht ein freier Arbeitsplatz in einem anderen Betrieb der Betriebsbedingtheit der Kündigung nur dann entgegen, wenn ein Betriebsrat besteht und aus diesem Grunde der Kündigung widerspricht. Die Rechtsprechung geht aber seit langem darüber hinaus, was als Konsequenz des ultima-ratio-Grundsatzes auch geboten ist: Solange der Arbeitgeber weiter Arbeit geben kann, darf man verlangen, dass er es auch tut.

<sup>25</sup> BAG 23. April 2008 - 2 AZR 1110/06 - NJW 2008, 3309

<sup>26</sup> BAG 12. Juli 2012 – 10 AZR 488/11

<sup>27</sup> BAG 27. September 1984 - 2 AZR 62/83 - Rn 32, 38, 39 - BAGE 47, 26

<sup>28</sup> BAG 21. April 2005 - 2 AZR 244/04 - AP Nr 80 zu § 2 KSchG 1969

München 18. Juli 2012 - Chance und Risiko Kündigungsschutz -  
Arbeitgebersicht und Arbeitnehmersicht auf aktuelle Fragen der  
betriebsbedingten Kündigung - Christoph Schmitz-Scholemann, Richter am  
Bundesarbeitsgericht

Für diese Rechtsprechung hat das Bundesarbeitsgericht erst kürzlich wieder

hochkarätige Prügel bezogen<sup>29</sup>. Tatsächlich wird insbesondere großen

Unternehmen mit vielen räumlich weit verstreuten Betrieben eine beträchtliche

Last auf den Rücken gebunden. Dennoch: Wenn der Grundsatz richtig ist, dass

die Partner eines Dauerschuldverhältnisses einander verpflichtet sind, von zwei

Möglichkeiten zur Durchsetzung ihrer Ansprüche grundsätzlich die für den

anderen weniger belastende zu wählen, dann sollte ein Arbeitgeber, der noch

Arbeit für den Arbeitnehmer hat, ihm diese auch anbieten, was im Übrigen die

meisten Arbeitgeber von sich aus tun, wohl in der Erkenntnis, dass die

unternehmensinterne Vermittlung freier Beschäftigungsmöglichkeiten unterm

Strich immer effektiver ist als der Weg über die Arbeitsagentur. Auch hier gilt

allerdings: Keine Regel ohne Ausnahmen: Der Arbeitnehmer kann nicht

verlangen, auf eine höher dotierte Stelle versetzt zu werden, selbst wenn sie frei

ist<sup>30</sup>, das gilt auch für besonders geschützte Betriebsräte. Und es gibt natürlich

Fälle, in denen der Einwand des Arbeitnehmers, er könne auf einem freien

Arbeitsplatz weiterarbeiten, offenkundig missbräuchlich erhoben wird<sup>31</sup>. Wenn

ein Marketingleiter in München gegen seine Kündigung einwendet, man habe

ihm die Stelle eines Kantinenhelfers in Gera anbieten müssen, wird man ihn

---

<sup>29</sup> vgl. die Besprechungen von Wank in Anmerkung zu BAG AP Nr 79 zu § 2 KSchG 1969, von Bauer/Winzer, BB 2006, 266, von Rieble/Kolbe SAE 2008, 241 und Lelley/ Sabin DB 2006, 1110 ; ebenso Wank, RdA 2012, 139 ff. milder dagegen: von Steinau-Steinrück NJW-Spezial 2007, 273; die Konsequenzen für Massenkündigungen aufzeigend: Hidalgo/Mauthner NZA 2007, 1254

<sup>30</sup> kein Beförderungsanspruch bei betriebsbedingter Kündigung, auch nicht für Mitglieder des Betriebsrats nach § 15 Abs. 2 KSchG: BAG 23. Februar 2010 - 2 AZR 656/08 - Rn 36 ff., BAGE 133, 226

<sup>31</sup> BAG 21. September 2006 - 2 AZR 607/05 - NZA 2007, 431

München 18. Juli 2012 - Chance und Risiko Kündigungsschutz -  
Arbeitgebersicht und Arbeitnehmersicht auf aktuelle Fragen der  
betriebsbedingten Kündigung - Christoph Schmitz-Scholemann, Richter am  
Bundesarbeitsgericht  
kaum ernst nehmen dürfen. Prozesse können nur mit Argumenten geführt  
werden, nicht mit Phantomen<sup>32</sup>.

### 3. Die Sozialauswahl

Eine durch dringende betriebliche Erfordernisse gerechtfertigte Kündigung ist  
gleichwohl unwirksam, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des Gekündigten  
soziale Gesichtspunkte, nämlich die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das  
Lebensalter, bestehende Unterhaltspflichten und eine etwaige  
Schwerbehinderung nicht ausreichend berücksichtigt hat. Die Sozialauswahl  
wirft zahlreiche Einzelfragen zB zur Gewinnung und Gewichtung der  
Sozialdaten und zur Herausnahme von Leistungsträgern aus der Sozialauswahl  
auf, deren Erörterung jenseits der jeweiligen Spezialproblematik wenig  
Erkenntnisgewinn verspricht und im Übrigen seit Abschaffung der Domino-  
Theorie, nach der bei einer Massenkündigung jeder Fehler in der Sozialauswahl  
zur Unwirksamkeit aller Kündigungen führte, stark an Bedeutung verloren hat.  
Immer wieder ins Gedächtnis rufen sollte man sich zwei Grundsätze.

---

<sup>32</sup> vgl. Ascheid/Preis/Schmidt-Kiel, Kündigungsrecht, Rn 633 zu § 1 KSchG; vgl. auch LAG Niedersachsen 24.  
Januar 2005 - 5 Sa 1143/04 - LAGE § 2 KSchG Nr 50; der Fall wurde im Revisionsverfahren 2 AZR 276/05 -  
verglichen

München 18. Juli 2012 - Chance und Risiko Kündigungsschutz -  
Arbeitgebersicht und Arbeitnehmersicht auf aktuelle Fragen der  
betriebsbedingten Kündigung - Christoph Schmitz-Scholemann, Richter am  
Bundesarbeitsgericht

Zum Einen: Das BAG überprüft die vom Arbeitgeber vorgenommene Auswahl

nicht beckmesserisch. Die Sozialauswahl muss schon nach dem Gesetz nicht

gut, sondern nur "ausreichend" sein<sup>33, 34, 35</sup> Bedeutsam ist zum Andern, dass die

soziale Auswahl nur im Ergebnis richtig sein muss. Ein Fehler im

Auswahlverfahren muss nicht zwingend zu einem falschen Auswahlergebnis

führen<sup>36, 37</sup>.

Ein immer wieder auftauchendes Problem lässt sich auch anhand des schon

erwähnten BAG-Urteils Falles vom 23. Februar 2012 studieren. Es geht um die

Frage, wie man durch vertragliche Vereinbarungen die Sozialauswahl

beeinflussen kann oder nicht. Die eine Möglichkeit besteht darin, mit einzelnen

Arbeitnehmern uU befristete Unkündbarkeitsvereinbarungen zu treffen. Die

beabsichtigte Wirkung ist, dass sie dann nicht in die Sozialauswahl einbezogen

werden. Solche Unkündbarkeitsvereinbarungen sind möglich, solange sie nicht

das Recht zur außerordentlichen Kündigung ausschließen. Allerdings darf die

---

<sup>33</sup> BAG 7. Dezember 1995 - 2 AZR 1008/94 - AP Nr 29 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl

<sup>34</sup> BAG 7. Dezember 1995 - 2 AZR 1008/94 - Rn 20 ff. AP Nr 29 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl

<sup>35</sup> vgl. nur: Keppeler BB 1996, 1994; Schwarze EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl der Nr 35; v. Hoyningen-Huene/Linck, KSchG 9. Aufl., Rn. 974 f.; Ascheid/Preis/Schmidt-Kiel, Kündigungsrecht

4. Auflage 2012, Rn 726 f zu § 1 KSchG

<sup>36</sup> Unter anderem deshalb hat das BAG auch die früher vertretene sog. "Domino-Theorie" aufgegeben, die besagte, dass ein einziger Auswahlfehler bei einer Massenkündigung zur Unwirksamkeit aller Kündigungen wegen Verstoßes gegen § 1 Abs. 3 KSchG führte (BAG 18. Oktober 1984 - 2 AZR 543/83 - BAGE 47, 80; 18. Januar 1990 - 2 AZR 357/89 - BAGE 64, 34), während das BAG jetzt sagt: 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 auch bei Vorliegen des Auswahlfehlers zur Kündigung angestanden hätte BAG 9. November 2006 - 2 AZR 812/05 - BAGE 120, 137)

<sup>37</sup> BAG 10. Juni 2010 - 2 AZR 420/09 - Rn 19 - AP Nr 98 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl

München 18. Juli 2012 - Chance und Risiko Kündigungsschutz -  
Arbeitgebersicht und Arbeitnehmersicht auf aktuelle Fragen der  
betriebsbedingten Kündigung - Christoph Schmitz-Scholemann, Richter am  
Bundesarbeitsgericht

Unkündbarkeitsvereinbarung die Sozialauswahl nicht völlig auf den Kopf  
stellen. Kritisch wird es, wie das BAG am 5. Juni 2008 entschieden hat, dann,  
wenn die Fehlgewichtung durch den durch die ordentliche Unkündbarkeit  
eingeschränkten Auswahlpool zu einer grob fehlerhaften Auswahl führen  
würde<sup>38</sup> Die andere Möglichkeit der vertraglichen Beeinflussung der  
Sozialauswahl ergibt sich, wenn der Arbeitgeber mit dem Arbeitnehmer eine  
bestimmte Beschäftigungsdauer vertraglich festlegt, indem er zB  
Vorbeschäftigungszeiten bei einem anderen Arbeitgeber anrechnet. Hierzu hat  
das Bundesarbeitsgericht schon 2005 <sup>39</sup>gesagt: Es ist zulässig, bedarf aber eines  
sachlichen Grundes, damit Missbrauch ausgeschlossen bleibt.

#### 4. Interessenausgleich mit Namensliste

Bei Betriebsänderungen kann der Arbeitgeber mit dem Betriebsrat in einem  
Interessenausgleich mit Namensliste die geplanten Maßnahmen vereinbaren und  
zugleich die Personen der zu kündigenden Arbeitnehmer festschreiben. Die  
rechtlichen Folgen einer solchen Vereinbarung sind einschneidend: Die auf die  
Liste gesetzten Arbeitnehmer können zwar noch gegen die Wirksamkeit der  
Kündigung klagen. Im Prozess wird aber die soziale Rechtfertigung der

---

<sup>38</sup> BAG 5. Juni 2008 - 2 AZR 907/06 – Rn 31, NZA 2008, 1120

<sup>39</sup> BAG 2. Juni 2005 - 2 AZR 480/04 - BAGE 115, 92

München 18. Juli 2012 - Chance und Risiko Kündigungsschutz - Arbeitgebersicht und Arbeitnehmersicht auf aktuelle Fragen der betriebsbedingten Kündigung - Christoph Schmitz-Scholemann, Richter am Bundesarbeitsgericht  
Kündigung gesetzlich vermutet und Fehler in der Sozialauswahl müssen grob sein, um zur Unwirksamkeit der Kündigung zu führen. Ein *gelisteter* Arbeitnehmer hat sehr geringe Chancen, einen Kündigungsschutzprozess zu gewinnen.

#### a. Verfassungsrechtliche Bedenken

Das Bundesarbeitsgericht hat sich mehrfach mit der sich allerdings aufdrängenden Frage<sup>40</sup> befasst, ob § 1 Abs. 5 KSchG verfassungsgemäß ist und sie auch angesichts des Grundrechts auf Berufswahlfreiheit (Art. 12 GG) bejaht<sup>41</sup>.

#### b. Formfragen - die Heftklammer

Die große Verantwortung, die das Gesetz Arbeitgebern und Betriebsräten auferlegt hat, rechtfertigt es, ihnen schon rein äußerlich ein Verhalten abzuverlangen, das demjenigen eines Gesetzgebers wenig nachsteht. Anders gesprochen: Das BAG achtet penibel darauf, dass die Voraussetzungen des § 1

---

<sup>40</sup> skeptisch: Buschmann AuR 2004, 1, 2; Peter FA 2006, 105

<sup>41</sup> BAG 6. September 2007 - 2 AZR 715/06 - BAGE 124, 48

München 18. Juli 2012 - Chance und Risiko Kündigungsschutz -  
Arbeitgebersicht und Arbeitnehmersicht auf aktuelle Fragen der  
betriebsbedingten Kündigung - Christoph Schmitz-Scholemann, Richter am  
Bundesarbeitsgericht  
Abs. 5 S. 1 KSchG und des § 112 Abs. 1 S. 1 BetrVG, §§ 125, 126 BGB, vor  
allem auch die Schriftform, genauestens eingehalten werden. Hierzu

Fall 20<sup>42</sup> Griechische Bank

Das deutsche Tochterunternehmen einer griechischen Bankgesellschaft  
beschloss im Juni 2004 eine Änderung seiner Organisation, ua die Schließung  
mehrerer Filialen. Da es sich um eine Betriebsänderung handelte, konnte der  
Betriebsrat mit der Arbeitgeberin einen Interessenausgleich mit Namensliste  
vereinbaren. Der Interessenausgleich war unterschrieben und verwies auf die  
getrennt gefertigte Namensliste. Die Namensliste war jedoch nicht  
unterschrieben, sondern nur paraphiert und enthielt auch keinen ausdrücklichen  
Verweis auf den Interessenausgleich. Dem Bundesarbeitsgericht reichte das zur  
Wahrung der Schriftform nicht aus: Eine nicht unterschriebene Namensliste als  
Anlage zu einem Interessenausgleich kann die Schriftform nur dann wahren,  
wenn die Unterschrift unter dem Interessenausgleich sie als dessen Teil noch  
deckt. Das ist der Fall, wenn der Interessenausgleich selbst unterschrieben ist, in  
ihm auf die Anlage ausdrücklich Bezug genommen wird und  
Interessenausgleich und Anlage schon bei dessen Unterzeichnung mit einer

---

<sup>42</sup> BAG 12. Mai 2010 - 2 AZR 551/08 - AP Nr 20 zu § 1 KSchG 1969 Namensliste

München 18. Juli 2012 - Chance und Risiko Kündigungsschutz -  
Arbeitgebersicht und Arbeitnehmersicht auf aktuelle Fragen der  
betriebsbedingten Kündigung - Christoph Schmitz-Scholemann, Richter am  
Bundesarbeitsgericht  
Heftmaschine körperlich derart miteinander verbunden waren, dass eine Lösung  
nur durch Gewaltanwendung (Lösen der Heftklammer) möglich war.

Man kann an dieser Rechtsprechung, nebenbei bemerkt, sehr schön erkennen,  
wie sensibel, friedfertig und feinnervig wir Richter sein können. Andernfalls  
würden wir wohl kaum das Lösen einer Heftklammer in ständiger  
Rechtsprechung als Gewaltanwendung einordnen.

c. inhaltliche Fragen - insbesondere: das Alter

Der interessanteste Fall einer betriebsbedingten Kündigung aus der neueren  
Rechtsprechung des 2. Senats ist gewiss der Tierfutter-Fall, der am 15.  
Dezember 2011 vom Bundesarbeitsgericht entschieden wurde. An ihm lassen  
sich viele Probleme studieren, die typischerweise bei einer betriebsbedingten  
Massenkündigung auftauchen können.

Fall 21<sup>43</sup> "Tierfutter"

Die Klägerin ist 1971 geboren und trat 1999 als Arbeiterin in die Dienste der  
Beklagten. Die Beklagte ist die Tochtergesellschaft eines weltweit operierenden  
Nahrungsmittelkonzerns. Sie hat mehrere Werke, eines davon in Euskirchen in

---

<sup>43</sup> BAG 15. Dezember 2011 - 2 AZR 42/10 - juris

München 18. Juli 2012 - Chance und Risiko Kündigungsschutz - Arbeitgebersicht und Arbeitnehmersicht auf aktuelle Fragen der betriebsbedingten Kündigung - Christoph Schmitz-Scholemann, Richter am Bundesarbeitsgericht

der Voreifel. Die Beklagte beschließt, das Produktionsvolumen zurückzufahren und die Arbeit zu reorganisieren. Sie schließt mit dem Betriebsrat einen Sozialplan ab und vereinbart einen Interessenausgleich mit Namensliste. Insgesamt will die Beklagte auf diese Weise 31 von 168 gewerblichen Arbeitsplätzen einsparen, weshalb auch auf der Namensliste 31 Namen erscheinen, darunter der der Klägerin. Um zu bestimmen, welche Arbeiter "auf die Liste" kamen, haben Betriebsrat und Arbeitgeber gemeinsam folgende Regeln aufgestellt und angewandt. Alle gewerblichen Arbeitnehmer werden als vergleichbar angesehen. Man teilt sie nach Zehnjahresschritten in vier Altersgruppen ein, die Arbeitnehmer der Lebensaltersstufen von 25-34, 35-44, 45 bis 54 die und 55 und älter umfassen. Innerhalb der Gruppen werden Sozialpunkte nach einer Tabelle vergeben, und zwar nach den gesetzlichen Kriterien. Vor und nach der Kündigung beschäftigte die Beklagte Leiharbeitnehmer.

Die Klägerin wandte sich gegen diese Kündigung mit einer ganzen Reihe von Einwänden, deren wichtigste wir im Folgenden Schritt für Schritt abarbeiten wollen.

***aa. Die allgemeine Wirkung der Rechtsvermutung in § 1 Abs. 5 S. 1 KSchG***

München 18. Juli 2012 - Chance und Risiko Kündigungsschutz -  
Arbeitgebersicht und Arbeitnehmersicht auf aktuelle Fragen der  
betriebsbedingten Kündigung - Christoph Schmitz-Scholemann, Richter am  
Bundesarbeitsgericht

Erstes Argument der Klägerin: Die Kündigung sei wirtschaftlich nicht nötig  
gewesen, es sei genug Arbeit da, die Beklagte habe nach der Kündigung sogar  
Arbeiten, die zunächst nach Frankreich verlegt worden seien, wieder in  
Euskirchen ausführen lassen.

Dazu das BAG: Da für die Betriebsbedingtheit eine Vermutung streitet, kann der  
Arbeitnehmer nur Erfolg haben, wenn er sie widerlegt. Das ist noch nicht der  
Fall, wenn bei einer Reorganisation die Arbeit nicht exakt in dem erwarteten  
Maße zurückgeht. Außerdem gilt ohnehin das Prognoseprinzip: Wenn sich nach  
der Kündigung Beschäftigungsmöglichkeiten neu herausgestellt haben, ändert  
das nichts daran, dass die Prognose der Beklagten zum Arbeitsrückgang bei  
Zugang der Kündigung gerechtfertigt war.

***bb. Sind Arbeitsplätze, die von Leiharbeitnehmern besetzt sind, freie Arbeitsplätze?***

Zweites Argument der Klägerin: Die Beklagte habe genug Arbeitsvolumen, was  
sich daran zeige, dass sie nach wie vor Leiharbeitnehmer beschäftige. Diese  
Überlegung ist auf den ersten Blick sehr plausibel: Zeitarbeitnehmer sollen, so  
sagt es jetzt wieder<sup>44</sup> § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG, nur vorübergehend beschäftigt

---

<sup>44</sup> seit 1. Dezember 2011

München 18. Juli 2012 - Chance und Risiko Kündigungsschutz - Arbeitgebersicht und Arbeitnehmersicht auf aktuelle Fragen der betriebsbedingten Kündigung - Christoph Schmitz-Scholemann, Richter am Bundesarbeitsgericht werden<sup>45</sup>. Baut der Arbeitgeber Stellen ab, scheint es das Einfachste und Gerechteste zu sein, einfach keine Leiharbeitnehmer mehr zu beschäftigen.

Das BAG sieht das Problem zu Recht als komplizierter an, als es auf den ersten Blick erscheint. Mir ist auch schon zweifelhaft, ob es - ganz allgemein gesprochen - gerechter ist, Zeitarbeitnehmern, die ohnehin meist weniger verdienen, auch noch das schlechteste Beschäftigungsrisiko zuzuweisen<sup>46</sup>.

Außerdem unterhalten die wenigsten Unternehmen heute noch Personalreserven für Arbeitsspitzen sowie für Krankheits- und Urlaubsfälle in der festen Belegschaft. Dazu können sie auch, so das BAG, nicht auf dem Umweg über das Kündigungsschutzrecht gezwungen werden. Der Grundsatz lautet: Es gibt keinen Vertragstypenzwang zur Deckung von Tätigkeitsbedarf. Der Arbeitgeber kann die Leistungen, für die er einen Bedarf hat, durch alle gesetzlichen Vertragstypen decken. Das heißt: Er darf die benötigte Personalreserve durch Leiharbeit abdecken<sup>47</sup>. So lag es im Fall vom 15. Dezember 2011. Was der Arbeitgeber wohl nicht darf ist, insbesondere nachdem das AÜG im Einklang mit dem Europarecht Zeitarbeit als grundsätzlich "vorübergehend" definiert, ist: ständig anfallendes Arbeitsvolumen durch Zeitarbeit decken, also etwa

---

<sup>45</sup> vgl. Art. 3 Abs. 1 lit b) der RICHTLINIE 2008/104/EG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 19. November 2008 über Leiharbeit

<sup>46</sup> Immerhin sagt Erwägungsgrund 14 der Richtlinie 2008/104 EG: "Die wesentlichen Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen für Leiharbeitnehmer sollten mindestens denjenigen entsprechen, die für diese Arbeitnehmer gelten würden, wenn sie von dem entleihenden Unternehmen für den gleichen Arbeitsplatz eingestellt würden."

<sup>47</sup> BAG 1. März 2007 - 2 AZR 650/05 - AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 164

München 18. Juli 2012 - Chance und Risiko Kündigungsschutz -  
Arbeitgebersicht und Arbeitnehmersicht auf aktuelle Fragen der  
betriebsbedingten Kündigung - Christoph Schmitz-Scholemann, Richter am  
Bundesarbeitsgericht  
Arbeitnehmer der Stammebelegschaft entlassen und sie durch Zeitarbeiter  
ersetzen<sup>48</sup>.

***cc. wesentliche Änderung der Sachlage, § 1 Abs. 5 S. 3 KSchG***

Das dritte Argument der Klägerin hängt mit § 1 Abs. 5 S. 3 KSchG zusammen.  
Danach wird die Betriebsbedingtheit der Kündigung ausnahmsweise nicht  
gesetzlich vermutet, soweit sich die Sachlage nach Zustandekommen des  
Interessenausgleichs wesentlich geändert hat. Hier hatte die Beklagte nach der  
Kündigung mit einzelnen nicht auf der Liste stehenden Arbeitnehmern  
Aufhebungsverträge geschlossen und deshalb einzelne Kündigungen  
zurückgenommen. Das BAG konnte dem Argument der Klägerin aber schon  
deshalb nicht folgen, weil § 1 Abs. 5 S. 3 KSchG nur solche Änderungen meint,  
die nach Abschluss des Interessenausgleichs aber vor Ausspruch der Kündigung  
eintreten<sup>49</sup>

***dd. Altersdiskriminierung durch Berücksichtigung des Alters in der Sozialauswahl  
und/oder durch Bildung von Altersgruppen?***

---

<sup>48</sup> BAG 15. Dezember 2011 - 2 AZR 42/10 - Rn 30 mit weiteren Nachweisen zum Meinungsstand

<sup>49</sup> BAG 12. März 2009 - 2 AZR 418/07 - AP Nr 97 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl

München 18. Juli 2012 - Chance und Risiko Kündigungsschutz -  
Arbeitgebersicht und Arbeitnehmersicht auf aktuelle Fragen der  
betriebsbedingten Kündigung - Christoph Schmitz-Scholemann, Richter am  
Bundesarbeitsgericht

Das vierte und ohne Zweifel bedeutendste Rechtsproblem des Falles hat uns das

europäische Recht beschert. Es heißt Altersdiskriminierung. Und einige

behaupten, es sei durch die europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien

überhaupt erst entstanden. Dass die Sozialauswahl nach dem geltenden Recht ua

an das Lebensalter anknüpft, ist diskriminierungsrechtlich problematisch, weil

das Alter zu den Umständen gehört, die nach dem AGG grundsätzlich keine

Rolle für den Erwerb oder Verlust von Rechten spielen sollen. Auch die im

Betrieb verbrachter Beschäftigungszeit hängt mittelbar mit dem Lebensalter

zusammen. Es gibt sogar die Auffassung, dass die Vorschrift zur

Berücksichtigung von Unterhaltspflichten wegen der damit verbundenen

Benachteiligung aufgrund der sexuellen Orientierung zum

diskriminierungsrechtlichen Normen-Prekariat zählt. Wie dem auch sei: Zwei

Fragen werden spätestens seit dem Jahre 2006 hochkontrovers diskutiert:

Nämlich erstens: Darf das Alter in der Sozialauswahl überhaupt berücksichtigt

werden? Zweitens: Darf bei Massenkündigungen weiterhin nach Altersgruppen

differenziert werden, um die betrieblich vorgegebene Altersstruktur zu erhalten?

<sup>50</sup> Beide Fragen hat das BAG in der vor vier Wochen veröffentlichten

Entscheidung vom 15. Dezember 2011 noch einmal bejaht. Ich zitiere

ausnahmsweise aus der Pressemitteilung, weil sie die Sache ganz gut auf den

Punkt bringt:

---

<sup>50</sup> wie schon 2008 - BAG 6. November 2008 - 2 AZR 523/07 - BAGE 128, 238 - und anders als viele namhafte  
Vertreter des arbeitsrechtlichen Schrifttums und das Arbeitsgericht Siegburg ArbG Siegburg 27. Januar 2010 - 2  
Ca 2144/09 - DB 2010, 1466

"Der gesetzliche Regelungskomplex der Sozialauswahl verstößt nicht gegen das unionsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung und dessen Ausgestaltung durch die Richtlinie 2000/78/EG vom 27. November 2000. Er führt zwar zu einer unterschiedlichen Behandlung wegen des Alters. Diese ist aber durch rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik und Arbeitsmarkt im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 Buchst. a) der Richtlinie gerechtfertigt. Einerseits tragen die Regelungen den mit steigendem Lebensalter regelmäßig sinkenden Chancen auf dem Arbeitsmarkt Rechnung. Andererseits wirken sie durch die Möglichkeit der Bildung von Altersgruppen der ausschließlich linearen Berücksichtigung des ansteigenden Lebensalters und einer mit ihr einhergehenden Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer entgegen. Das Ziel, ältere Arbeitnehmer zu schützen, und das Ziel, die berufliche Eingliederung jüngerer Arbeitnehmer sicherzustellen, werden zu einem angemessenen Ausgleich gebracht. Dies dient zugleich der sozialpolitisch erwünschten Generationengerechtigkeit und der Vielfalt im Bereich der Beschäftigung."<sup>51</sup>

Ich bin mir sicher, dass diese Entscheidung vernünftig und rechtlich zumindest gut vertretbar ist. Neu an ihr ist vor allem, dass sie, wie ich finde, vernünftigerweise, die Gesamtheit des Regelungsgehalts, um den es bei der

---

<sup>51</sup> Pressemitteilung Nr. 96/11 des Bundesarbeitsgerichts v. 15. Dezember 2011

München 18. Juli 2012 - Chance und Risiko Kündigungsschutz -  
Arbeitgebersicht und Arbeitnehmersicht auf aktuelle Fragen der  
betriebsbedingten Kündigung - Christoph Schmitz-Scholemann, Richter am  
Bundesarbeitsgericht

Sozialauswahl geht, am Diskriminierungsrecht misst und nicht nur einzelne

Vorschriften. Ob das auch vom Bundesverfassungsgericht so gesehen wird,

wenn es über die soeben eingelegte Verfassungsbeschwerde entscheiden wird,

muss man abwarten.

### ***Die betriebsbedingte Änderungskündigung<sup>52</sup>***

Die Änderungskündigung<sup>53</sup> soll dem Umstand Rechnung tragen, dass der

Arbeitgeber oftmals zwar nicht mehr die bisherige, aber doch eine andere

---

<sup>52</sup> vgl. die umfassende Darstellung von Bröhl, BB 2007, 437

<sup>53</sup> Änderungskündigungen sind sehr komplizierte und widerspenstige Geschöpfe. Sie entstammen der juristischen Hexenküche und das merkt man ihnen an. wir finden sie nicht nur im Arbeitsrecht, sondern praktisch bei allen Dauerschuldverhältnissen, vgl. für den Gewerberaummietvertrag BGH 13. Oktober 2010 - XII ZR 129/09 - NJW 2010, 3647; für Verträge über den Zugang zum Kommunikationsnetz BGH 12. Februar 2009 - III ZR 179/08 - NJW 2009, 1334; Verträge mit Internetprovider: BGH 11. Oktober 2007 - III ZR 63/07 - NJW-RR 2008, 134; zu Strukturänderungskündigung bei Kfz-Händlerverträgen: BGH 8. Mai 2007 - KZR 14/04 - NJW 2007, 3568; bei Stromlieferverträgen: BGH : 28. März 2007 - VIII ZR 144/06 - NJW 2007, 1672; für die Gaststättenpacht: BGH 24. April 1997 - I ZR 210/94 - NJW 1998, 76; im Recht der Wohnraummiete ist aus sozialen Gründen die Änderungskündigung des Vermieters mit dem Ziel der Mieterhöhung ausgeschlossen. Stattdessen gibt es das Mieterhöhungsverlangen nach §§ 558 ff BGB: Der Mieter soll den Streit um die Berechtigung einer höheren Miete nicht unter dem Damoklesschwert der Beendigung des Mietverhältnisses führen müssen, vgl. BGH 20. Juni 2007 - VIII ZR 303/06 - NJW 2007, 2546 Man muss ehrlicherweise sagen, dass sie jedenfalls im Arbeitsrecht fast nie das tun, was sie sollen. Dabei verdanken sie ihre Existenz den besten Absichten und einem bewundernswerten juristischen Scharfsinn Großen Anteil an der durch das Erste Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz vom 14. August 1969 (BGBl I S. 1106) eingeführten gesetzlichen Ausgestaltung der Änderungskündigung hat der Beitrag "Bestandsschutz und Vertragsinhaltsschutz im Lichte der Änderungskündigung" von Eduard Böttcher in der Festschrift für Molitor, 1961, 123 ff. Auf dem Reißbrett gleicht die Änderungskündigung sehr stark dem Stein des Weisen, aber wir Praktiker sind bis heute oft zu ungeschickt, etwas Vernünftiges damit anzufangen. Wie schon Goethe (Faust II, V. 5063) sagte: "Wenn sie den Stein der Weisen hätten, Der Weise mangelte dem Stein!"

München 18. Juli 2012 - Chance und Risiko Kündigungsschutz - Arbeitgebersicht und Arbeitnehmersicht auf aktuelle Fragen der betriebsbedingten Kündigung - Christoph Schmitz-Scholemann, Richter am Bundesarbeitsgericht  
Beschäftigung oder eine Beschäftigung zu anderen Konditionen anbieten kann<sup>54</sup>.

Sie spielt im System des Kündigungsrechts deshalb eine wichtige Rolle als sogenanntes "milderes Mittel" gegenüber der Beendigungskündigung.

Kompliziert ist sie ua deshalb, weil sie aus zwei Willenserklärungen besteht, einer bedingten Kündigung und einem Änderungsangebot, das seinerseits unter einer Bedingung angenommen werden kann. Kündigung und Änderungsangebot müssen, wie das BAG zuletzt am 29. September 2011 entschieden hat, zeitlich aufeinander abgestimmt sein: Das Änderungsangebot muss zu dem Zeitpunkt erfolgen, zu dem auch gekündigt worden ist<sup>55</sup>. Stimmen die Zeitpunkte nicht überein, ist die Kündigung unwirksam und das Änderungsangebot obsolet<sup>56</sup>. Zur vollen Blüte gelangt die Komplexität dann, wenn, wie häufig, mit der Änderungskündigung eine Versetzung einhergeht. Es kann dann, wie das Bundesarbeitsgericht mit Urteil vom 26. Januar 2012 ausführlich und wohl dogmatisch einleuchtend darlegt, geschehen, dass sich im Prozess herausstellt, dass die Änderungskündigung rechtlich keine Wirkungen entfaltet, also unwirksam ist, der Arbeitnehmer aber trotzdem seinen Prozess verliert.

Interessant ist auch die Situation, wenn ein Betriebsrat besteht. Dann muss nämlich nicht nur, wie bei jeder Kündigung, der Betriebsrat nach § 102 BetrVG

---

<sup>54</sup> Das Fehlen der Weiterbeschäftigungsmöglichkeit kann natürlich auch auf Gründen in der Person des Arbeitnehmers beruhen und sogar eine außerordentliche Änderungskündigung rechtfertigen, vgl. den Fall des Schwimmmeisters an einem kommunalen Badesee, der so dick geworden war, dass ihm die Rettung Ertrinkender nicht mehr zugetraut werden konnte: BAG 28. Oktober 2010 - 2 AZR 688/09 - AP Nr 148 zu § 2 KSchG 1969

<sup>55</sup> BAG 29. September 2011 - 2 AZR 523/10 - juris

<sup>56</sup> Daran will wohl auch die Entscheidung des 2. Senats vom 26. Januar 2012 - 2 AZR 102/11 nichts ändern

München 18. Juli 2012 - Chance und Risiko Kündigungsschutz - Arbeitgebersicht und Arbeitnehmersicht auf aktuelle Fragen der betriebsbedingten Kündigung - Christoph Schmitz-Scholemann, Richter am Bundesarbeitsgericht

angehört werden, sondern der Arbeitgeber muss daneben noch die Zustimmung des Betriebsrats zur Versetzung nach § 99 BetrVG einholen. Es kann, wie eine Entscheidung des BAG vom 22. April 2010 zeigt, passieren, dass die Änderung der Arbeitsbedingungen zwar sozial gerechtfertigt ist, der Arbeitgeber den Arbeitnehmer aber trotzdem nicht auf dem neuen Arbeitsplatz einsetzen darf, weil der Betriebsrat zu Recht widersprochen hat: Für den Arbeitgeber eine nicht auflösbare Zwickmühle<sup>57</sup>. In der Sache gerechtfertigt ist eine Änderungskündigung dann, wenn die Möglichkeit der Beschäftigung auf dem bisherigen Arbeitsplatz entfallen ist und das Änderungsangebot sich von dem bisherigen Vertragsinhalt in keinem Punkt weiter entfernt, als zur Beschäftigung auf dem neuen Arbeitsplatz nötig ist<sup>58</sup>: "Die Änderungen müssen geeignet und erforderlich sein, um den Inhalt des Arbeitsvertrags den geänderten Beschäftigungsmöglichkeiten anzupassen. Diese Voraussetzungen müssen für alle Vertragsänderungen vorliegen. Ausgangspunkt ist die bisherige vertragliche Regelung, dh. die angebotenen Änderungen dürfen sich nicht weiter von dem Inhalt des bisherigen Arbeitsverhältnisses entfernen, als zur Erreichung des angestrebten Ziels erforderlich ..." Wenn ein Änderungsangebot, wie es oft der Fall ist, den bisherigen Vertrag in mehreren Punkten abändern soll, also zB nicht nur den Arbeitsort und die Tätigkeit, sondern auch die Vergütung, Urlaub

---

<sup>57</sup> BAG 22. April 2010 - 2 AZR 491/09 - BAGE 134, 154

<sup>58</sup> BAG 3. April 2008 - 2 AZR 500/06 - NZA 2008, 812

München 18. Juli 2012 - Chance und Risiko Kündigungsschutz - Arbeitgebersicht und Arbeitnehmersicht auf aktuelle Fragen der betriebsbedingten Kündigung - Christoph Schmitz-Scholemann, Richter am Bundesarbeitsgericht  
undsowweiter, dann muss jede einzelne Änderung gerechtfertigt sein<sup>59</sup>. Ist auch

nur eine der Änderungen nicht gerechtfertigt, so ist die gesamte

Änderungskündigung unwirksam. Das hat in der anwaltlichen Beratungspraxis zu der Idee geführt, in solchen Fällen mehrere Änderungskündigungen gleichzeitig auszusprechen und mit jeder nur eine Änderung anzubieten und gleichzeitig zu erklären, im Übrigen solle das Arbeitsverhältnis unverändert fortbestehen. Diese Idee war pfiffig, aber nicht erfolgreich. Das BAG hat in einem solchen Fall alle fünf gleichzeitig erklärten Änderungskündigungen für unwirksam erklärt, weil man nicht erkennen konnte, was das unveränderte Fortbestehen eigentlich genau heißen sollte <sup>60</sup>.

#### 4. Änderungskündigung zur Entgeltreduzierung

Ein überaus heißes Eisen ist seit jeher die sog. Änderungskündigung zum Zweck der Vergütungsreduzierung<sup>61</sup>. Die Rede ist von Kündigungen, die mit dem nicht eben verführerischen Angebot verbunden werden, dieselbe Arbeit am selben Ort in Zukunft für weniger Geld zu verrichten<sup>62</sup>. Zu dieser Art von Kündigungen gibt es - wie so oft in unserer bipolar organisierten arbeitsrechtlichen Familie -

---

<sup>59</sup> BAG 23. Juni 2005 - 2 AZR 642/04 - Rn 6 - BAGE 115, 149

<sup>60</sup> BAG 10. September 2009 - 2 AZR 822/07 - BAGE 132, 78

<sup>61</sup> Deutlich anders liegt der Fall wohl bei der Änderungskündigung zur Reduzierung der Arbeitszeit; die damit einhergehende Lohnminderung greift - anders als bei der reinen Entgeltsenkung - nicht in das von den Parteien vereinbarte Verhältnis von Leistung und Gegenleistung ein, vgl. dazu Bauer/Günther, BB 2009, 662

<sup>62</sup> vgl. die mit zahlreichen Nachweisen versehene Behandlung des Themas bei KR-Rost, 9. Auflage 2009, Rn 107 a ff.

München 18. Juli 2012 - Chance und Risiko Kündigungsschutz -  
Arbeitgebersicht und Arbeitnehmersicht auf aktuelle Fragen der  
betriebsbedingten Kündigung - Christoph Schmitz-Scholemann, Richter am  
Bundesarbeitsgericht

zwei einander diametral entgegen gesetzte Denkschulen. Die eine verweist auf  
die unternehmerische Entscheidungsfreiheit und sagt, der Arbeitgeber müsse das  
Recht haben, eine angemessene Rendite zu erzielen, deren Höhe er allein  
bestimmen könne. Eine Änderungskündigung zur Lohnsenkung sei daher schon  
immer dann durch dringende betriebliche Erfordernisse gerechtfertigt, wenn die  
Lohnsenkung irgendwie wirtschaftlich plausibel sei. Das liege im  
wohlverstandenen langfristig orientierten sozialen Interesse.

Das Bundesarbeitsgericht sieht die Dinge ganz anders, und ich glaube zu Recht:  
Die Änderungskündigung zur Lohnsenkung ist ein schwerwiegender Eingriff in  
das vertraglich vereinbarte Verhältnis von Leistung und Gegenleistung und  
damit auch in den persönlichen Lebensbereich der Arbeitnehmer. Der Zweite  
Senat verlangt deshalb seit langem, dass bei einer Aufrechterhaltung der  
bisherigen Personalkostenstruktur weitere, betrieblich nicht mehr auffangbare  
Verluste entstehen, die absehbar zu einer Reduzierung der Belegschaft oder  
sogar zu einer Schließung des Betriebes führen. Regelmäßig setzt deshalb eine  
solche Situation einen umfassenden Sanierungsplan voraus, der alle gegenüber  
der beabsichtigten Änderungskündigung milderen Mittel ausschöpft.

Es ist dem Senat des Öfteren vorgehalten worden, er habe die Voraussetzungen  
so hochgeschraubt, dass die Änderungskündigung zur Vergütungsreduzierung

München 18. Juli 2012 - Chance und Risiko Kündigungsschutz -  
Arbeitgebersicht und Arbeitnehmersicht auf aktuelle Fragen der  
betriebsbedingten Kündigung - Christoph Schmitz-Scholemann, Richter am  
Bundesarbeitsgericht  
etwas sei, das eigentlich gar nicht gehe<sup>63</sup>. Der Arbeitgeber werde damit  
nachgerade in die Beendigungskündigung getrieben<sup>64</sup>.

Eine Ausnahme von den harten Vorgaben für die Änderungskündigung zur  
Entgeltreduzierung hat das BAG bisher aber lediglich für die Streichung von  
marginalen Vergünstigungen zugelassen, die nicht unmittelbar als Entgelt  
anzusehen sind, zB Regelungen zur kostenlosen Beförderung der Arbeitnehmer  
zum Arbeitsort, Fahrtkostenzuschüsse. Hier reicht dem BAG als Begründung  
eine nachvollziehbare unternehmerische Organisationsentscheidung.<sup>65</sup>

V. Wir nähern uns dem Ende - Die betriebsbedingte Kündigung in der Insolvenz  
– ein melancholisch stimmendes Thema

Auf die Frage nach den Gründen für seine Privatinsolvenz soll der geniale  
englische Fußballspieler und Privatphilosoph George Best geantwortet haben:  
"Die eine Hälfte ging für blonde Frauen, schnelle Autos und Saufgelage drauf -  
den Rest habe ich einfach sinnlos verprasst". Diese Aussage ist ein Hinweis

---

<sup>63</sup> Von anwaltlicher Seite werden daher Alternativen ins Spiel gebracht, zB der vereinbarte "Entgeltverzicht mit  
Besserungsschein", vgl. Otto/Walk, BB 2010, 373; allerdings macht die Rechtsprechung auch vor vereinbarten  
Entgeltverzichten nicht Halt, sondern prüft sie auf Sittenwidrigkeit; die soll vorliegen, wenn der vereinbarte  
Entgeltverzicht vom Sanierungsziel nicht gedeckt ist, vgl. LAG Hamm 17. August 2011 - 3 Sa 809/11 - juris

<sup>64</sup> Seitz/Reiche BB 2009, 1862

<sup>65</sup> BAG 27. März 2003 - 2 AZR 74/02 - BAGE 105, 371; ob das ausbaufähig ist, scheint mir entgegen .  
Reiserer/Powietzka BB 2006, 1109 zweifelhaft

München 18. Juli 2012 - Chance und Risiko Kündigungsschutz -  
Arbeitgebersicht und Arbeitnehmersicht auf aktuelle Fragen der  
betriebsbedingten Kündigung - Christoph Schmitz-Scholemann, Richter am  
Bundesarbeitsgericht  
darauf, dass dem wirtschaftlichen Bankrott manchmal eine bedenkliche  
moralische oder soziale Insuffizienz vorangeht oder sie begleitet. Das römische  
Zwölftafelgesetz verfuhr denn auch - im 5. Jahrhundert vor Christus - mit  
Defizitsünden nach der Devise "Schulden sind Schuld" und ließ buchstäblich  
kein gutes Haar an ihnen. Es soll den Gläubigern das Recht eingeräumt haben,  
den Gemeinschuldner wahlweise als Sklaven zu verkaufen oder ihn eigenhändig  
zu zerstückeln<sup>66</sup>. Allerdings merkten die Römer recht bald, dass diese schneidige  
Methode jenseits humanitärer Einwände<sup>67</sup> auch als wirtschaftlich dysfunktional  
eingestuft werden muss: Von der Leistungsfähigkeit tranchierter Schuldner ist  
im Allgemeinen nicht viel Gutes zu erhoffen<sup>68</sup>. Jedenfalls geht unser heutiges  
Insolvenzrecht, wie auch unsere Justizministerin Sabine Leutheusser-  
Schnarrenberger immer wieder betont, einen ganz anderen Weg. Anton  
Schlecker und seiner Familie sei es gegönnt.

## 1. Das Arbeitsrecht gilt auch in der Insolvenz ...

---

<sup>66</sup> „TERTIIS NUNDINIS PARTIS SECANTO“, zu Deutsch: "Am dritten Markttag sollen die Gläubiger sich die Teile schneiden", vgl. Michael Spann: Der Haftungszugriff auf den Schuldner zwischen Personal- und Vermögensvollstreckung, Münster 2004, S. 6

<sup>67</sup> Die katastrophalen Folgen der in der Antike verbreiteten Schuldknechtschaft waren den Zeitgenossen bekannt und bildeten den Grund für Solons "Seisachtheia"; vgl. Friedrich Engels, Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats, Kapitel VII: "Verkauf der Kinder durch den Vater – das war die erste Frucht des Vaterrechts und der Monogamie! Und war der Blutsauger dann noch nicht befriedigt, so konnte er den Schuldner selbst als Sklaven verkaufen. Das war die angenehme Morgenröthe der Civilisation beim athenischen Volk."

<sup>68</sup> Die Insolvenzordnung stellt als gleichwertige Ziele Vermögensverwertung zugunsten der Gläubiger und Erhaltung des Unternehmens nebeneinander, § 1 S. 2 InsO.

München 18. Juli 2012 - Chance und Risiko Kündigungsschutz - Arbeitgebersicht und Arbeitnehmersicht auf aktuelle Fragen der betriebsbedingten Kündigung - Christoph Schmitz-Scholemann, Richter am Bundesarbeitsgericht

Insolvenzkündigungsrecht ist in allererster Linie normales Kündigungsrecht, was zur Folge hat, dass auch § 613 a BGB gilt, eine Vorschrift, die nach Meinung fachkundiger Beobachter ein erstaunliches Maß an Vermeidungsintelligenz - bitte nicht verwechseln mit Umgehungsintelligenz! - hervorgerufen hat. Dem auf die Schliche zu kommen ist eine der Hauptsorten des 8. Senats des Bundesarbeitsgerichts. Manchmal hat der Senat dabei sogar Erfolg, wie in dem 2011 entschiedenen Lostrommelfall.<sup>69</sup> Die Ausgangslage des Falles war, wie sie bei Insolvenzen eben manchmal ist. Der Arbeitgeber geht pleite. Ein sogenannter Investor steht bereit, will aber nicht das, was § 613 a BGB von ihm will, nämlich die Belegschaft so übernehmen wie sie ist. Er möchte starke, junge, gesunde und zutrauliche Arbeitnehmer voller Schaffensdurst und vor allem will er weniger Arbeitnehmer. Was tut der Insolvenzverwalter? Er fragt den Investor, ob er übernehmen will und der Investor sagt natürlich Nein und dreimal Nein und auf gar keinen Fall, denn er kann eben nur die Hälfte der Arbeitnehmer gebrauchen. Sonst funktioniert sein Business-Plan nicht. Also gründet der Insolvenzverwalter eine Auffanggesellschaft, in die die Arbeitnehmer eintreten, nachdem sie am selben Tag beim alten Arbeitgeber ausgeschieden sind. Völlig überraschend taucht nun wie Phoenix aus der Asche wieder der Investor auf, erwirbt das arbeitnehmerlose Unternehmen ohne die Folgen des § 613 a BGB und sucht sich

---

<sup>69</sup> BAG 18. August 2011 - 8 AZR 312/10 - NZA 2012, 152

München 18. Juli 2012 - Chance und Risiko Kündigungsschutz - Arbeitgebersicht und Arbeitnehmersicht auf aktuelle Fragen der betriebsbedingten Kündigung - Christoph Schmitz-Scholemann, Richter am Bundesarbeitsgericht

in der Auffanggesellschaft seine halbierte Wunsch-Truppe. Das BAG macht dieses Spiel bisher mit, solange es irgendwie daran glauben kann, dass der Betriebsübergang beim Wechsel der Arbeitnehmer in die Auffanggesellschaft tatsächlich noch ungewiss war. Für Insolvenzverwalter und ihre Anwälte ist es, wie mir kürzlich ein lieber Bekannter erzählte, eine immer wieder reizvolle Herausforderung, die überaus unwahrscheinliche und, wie ich annehme, in den meisten Fällen auch schlichtweg erfundene, Geschichte von dem wie Phönix aus der Asche völlig überraschend auftauchenden Investor dem Gericht glaubhaft zu verkaufen. Mein Freund nennt seinen Prozessvortrag in solchen Fällen allerdings nicht erlogen, sondern „sinnvoll strukturiert“, so wie man ja auch unser gegenwärtiges europarechtliches Chaos in Wahrheit nicht als Chaos bezeichnen darf, sondern als rechtliches Mehrebenensystem mit Interferenzneigung. Im Lostrommelfall war es nun so, dass der Investor von Anfang an mit im Boot war, also beim besten Willen nicht, wie es die Rechtsprechung hören möchte, überraschend auftrat. Die tatsächliche Ungewissheit über den Eintritt des Investors sollte dadurch dargestellt werden, dass die bei ihm zu vergebenden Arbeitsplätze verlost wurden. Auf diesen juristischen Taschenspielertrick ist das BAG allerdings nicht hereingefallen.<sup>70</sup> Die Kündigungen waren alle wegen Betriebsübergangs ausgesprochen worden und folglich unwirksam.

---

<sup>70</sup> BAG 18. August 2011 - 8 AZR 312/10 - NZA 2012, 152

München 18. Juli 2012 - Chance und Risiko Kündigungsschutz -  
Arbeitgebersicht und Arbeitnehmersicht auf aktuelle Fragen der  
betriebsbedingten Kündigung - Christoph Schmitz-Scholemann, Richter am  
Bundesarbeitsgericht

Eine seit langem sehr grundsätzlich diskutierte Frage ist, ob der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmer nach etwa bestehender Schwerbehinderung fragen darf. Sie ist am 16. Februar 2012 vom 6. Senat BAG für eine Konstellation beantwortet worden, die im Insolvenzfall oft auftritt, nämlich die Vorphase einer betriebsbedingten Kündigung. Ich gebe den Fall leicht vereinfacht wider.

Fall Fragerecht

Der schwerbehinderte Kläger stand seit 2007 im Arbeitsverhältnis. Im Januar 2009 ordnete das Amtsgericht das vorläufige Insolvenzverfahren an. Der Beklagte wurde zum vorläufigen Insolvenzverwalter mit Kündigungsbefugnis bestellt. Am 1. März 2009 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin eröffnet und der Beklagte zum Insolvenzverwalter bestellt.

Weil absehbar Kündigungen notwendig wurden, gab der Beklagte noch in seiner Eigenschaft als vorläufiger Insolvenzverwalter zur Vervollständigung bzw. Überprüfung der Sozialdaten an sämtliche Arbeitnehmer Fragebögen aus. Erfragt wurden das Geburtsdatum, der Familienstand, die Anzahl der unterhaltspflichtigen Kinder sowie das Vorliegen einer Schwerbehinderung bzw. die Gleichstellung mit einem Schwerbehinderten. Der Kläger antwortete in den

München 18. Juli 2012 - Chance und Risiko Kündigungsschutz - Arbeitgebersicht und Arbeitnehmersicht auf aktuelle Fragen der betriebsbedingten Kündigung - Christoph Schmitz-Scholemann, Richter am Bundesarbeitsgericht

Feldern „Schwerbehinderung“ und „Gleichstellung“ jeweils mit „Nein“. Auf der Grundlage der so erhobenen Daten wurde ein Interessenausgleich mit Namensliste erstellt, auf der auch der Kläger verzeichnet war. Deshalb kündigte der Beklagte fristgerecht. Der Kläger erhob nunmehr Klage und teilte mit, er sei schwerbehindert. Da der Beklagte die erforderliche Zustimmung des Integrationsamtes nicht eingeholt hatte, müsse, so machte der Kläger geltend, die Kündigung nach § 85 SGB IX unwirksam sein. So entschied auch das Arbeitsgericht.

Das Bundesarbeitsgericht war anderer Meinung. Der Leitsatz lautet:

"Die Frage des Arbeitgebers nach der Schwerbehinderung bzw. einem diesbezüglich gestellten Antrag ist im bestehenden Arbeitsverhältnis jedenfalls nach sechs Monaten, dh. ggf. nach Erwerb des Behindertenschutzes gemäß §§ 85 ff. SGB IX, zulässig. Das gilt insbesondere zur Vorbereitung von beabsichtigten Kündigungen."

Der Gedanke ist - kurz zusammengefasst - folgender: Das Gesetz erlegt dem Arbeitgeber bei Kündigungen besondere Pflichten gegenüber dem schwerbehinderten Menschen. Er muss nicht nur den Sonderkündigungsschutz nach § 85 SGB IX beachten, sondern zB auch in der Sozialauswahl die

München 18. Juli 2012 - Chance und Risiko Kündigungsschutz - Arbeitgebersicht und Arbeitnehmersicht auf aktuelle Fragen der betriebsbedingten Kündigung - Christoph Schmitz-Scholemann, Richter am Bundesarbeitsgericht

Schwerbehinderung berücksichtigen. Deshalb hat der Arbeitgeber zumindest in Situationen, in denen er betriebsbedingte Kündigungen vorbereiten muss, ein berechtigtes Interesse daran, zu erfahren, ob ein Arbeitnehmer schwerbehindert ist. Deshalb darf er danach fragen und der Arbeitnehmer muss die Frage wahrheitsgemäß beantworten. Tut er das nicht, dann verstößt er gegen Treu und Glauben, wenn er sich nach Ausspruch der Kündigung auf die Schutzvorschriften für Schwerbehinderte beruft. Dieser Gedanke ist gewiss auch bei betriebsbedingten Kündigungen außerhalb der Insolvenz tragfähig. Wie weit er - mutatis mutandis - die Rechtsprechung zum Fragerecht vor der Einstellung beeinflussen kann, wird man abwarten müssen.

## 2. ... aber mit einigen Ausnahmen

Die Insolvenz kürzt längere Kündigungsfristen auf höchstens drei Monate und beseitigt damit zugleich einzelvertragliche und tarifvertragliche Ausschlüsse der ordentlichen Kündigung.<sup>71</sup> Sie ist als solche kein Kündigungsgrund<sup>72</sup>. Allerdings erleichtert das Gesetz dem Insolvenzverwalter das Marschgepäck für seinen Weg durch das zunehmend europarechtlich geprägte kündigungsrechtliche

---

<sup>71</sup> § 113 S. 1, 2 InsO, der Arbeitnehmer erwirbt in diesem Fall nach § 113 S. 3 InsO einen Schadensersatzanspruch, der allerdings als Insolvenzforderung nicht besonders werthaltig ist; vgl. zur Beseitigung vereinbarter Kündigungsausschlüsse: BAG 20. September 2006 - 6 AZR 249/05 - NZA 2007, 387

<sup>72</sup> BAG 20. September 2006 - 6 AZR 249/05 - NZA 2007, 387

München 18. Juli 2012 - Chance und Risiko Kündigungsschutz - Arbeitgebersicht und Arbeitnehmersicht auf aktuelle Fragen der betriebsbedingten Kündigung - Christoph Schmitz-Scholemann, Richter am Bundesarbeitsgericht

Normengestrüpp, jedenfalls etwas. Um welche Feinheiten es sich hier handelt, erkennt man an dem folgenden Fall, der am 18. Januar 2012 entschieden wurde und uns auch in Berührung mit dem hier ansonsten stiefmütterlich behandelten Bereich des Massenkündigungsschutzes bringt.

### 3. Ein Fall für alle Fälle

Fall 28<sup>73</sup> Konstrukteurin

Die Klägerin war seit 1991 als Konstrukteurin in einem Betrieb mit 110 Mitarbeitern beschäftigt. Am 1. Juni 2009 wurde über das Vermögen des Arbeitgebers das Insolvenzverfahren eröffnet und der Beklagte zum Insolvenzverwalter bestellt. Zehn Tage später wurde der Betrieb komplett stillgelegt.

Nach weiteren zwei Wochen einigte sich der Beklagte mit dem Betriebsrat auf einen Interessenausgleich mit Namensliste. Darin erklärte der Betriebsrat, er sei nach 102 BetrVG ordnungsgemäß angehört worden, wolle keine Stellungnahme abgeben und das Anhörungsverfahren sei abgeschlossen. Ferner erklärte er, rechtzeitig und umfassend gemäß § 17 KSchG über die anzeigepflichtigen

---

<sup>73</sup> BAG 18. Januar 2012 - 6 AZR 407/10 - juris - zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen

München 18. Juli 2012 - Chance und Risiko Kündigungsschutz - Arbeitgebersicht und Arbeitnehmersicht auf aktuelle Fragen der betriebsbedingten Kündigung - Christoph Schmitz-Scholemann, Richter am Bundesarbeitsgericht  
Maßnahmen unterrichtet worden zu sein. Schließlich stand im

Interessenausgleich, dieser ersetze "die Stellungnahme des Betriebsrats gemäß § 17 Abs. 3 KSchG (§ 125 InsO) sowie § 20 Abs. 1 und 2 KSchG.“

Der Beklagte zeigte der Arbeitsagentur die geplante Massenentlassung an. Der Anzeige fügte er ein ausgedrucktes, von ihm unterzeichnetes Exemplar des ihm vom Betriebsrat per E-Mail übersandten Interessenausgleichs bei. Mit der Kündigungsschutzklage rügte der Kläger, der Betriebsrat sei nicht ordnungsgemäß angehört worden und die Stellungnahme des Betriebsrats gemäß § 17 Abs. 3 KSchG (§ 125 InsO) sowie § 20 Abs. 1 und 2 KSchG sei nicht ordnungsgemäß übermittelt worden, weil der der Arbeitsagentur zugeleitete Interessenausgleich nicht vom Betriebsrat unterschrieben gewesen sei.

Fünf Fragen aus diesem recht komplexen Fall will ich aufgreifen:

Erstens: Kann bei einer Kündigung in der Insolvenz, wenn es einen Interessenausgleich mit Namensliste gibt, auf die Betriebsratsanhörung nach § 102 BetrVG verzichtet werden? Antwort: Wie bisher: Nein. Der Betriebsrat muss auch im Insolvenzverfahren immer nach § 102 BetrVG angehört werden, selbst wenn man anderweitig, also über Interessenausgleich und Sozialplan ständig im Gespräch ist.

München 18. Juli 2012 - Chance und Risiko Kündigungsschutz -  
Arbeitgebersicht und Arbeitnehmersicht auf aktuelle Fragen der  
betriebsbedingten Kündigung - Christoph Schmitz-Scholemann, Richter am  
Bundesarbeitsgericht

Zweite Frage: Kann die Anhörung allein dadurch ersetzt werden, dass die  
Betriebspartner in den Interessenausgleich schreiben, die Rechte des  
Betriebsrats nach § 102 BetrVG seien gewahrt? Antwort: Nein. Der Betriebsrat  
muss wirklich angehört werden.

Dritte Frage: Kann auf die neben § 102 Abs. 1 BetrVG bestehende weitere  
Unterrichtung nach § 17 Abs. 2 S. 1 KSchG bei Vorliegen von  
Interessenausgleich mit Namensliste verzichtet werden? Antwort: Nein. Auch  
diese Unterrichtung muss wirklich durchgeführt werden.

Vierte Frage: Können die verschiedenen Anhörungs- und  
Unterrichtungspflichten miteinander verbunden werden? Antwort: Ja. Man kann  
die Anhörungen bündeln. Sie müssen nicht nacheinander oder sonstwie getrennt  
voneinander stattfinden. Der Arbeitgeber muss aber klarstellen, dass die ihm  
übermittelten Informationen zu mehreren Anhörungsverfahren gehören und  
welche das sind.

Fünftes Problem: Der Betriebsrat muss vor der Massenentlassungsanzeige  
Gelegenheit zur Stellungnahme bekommen. Gibt er eine solche Stellungnahme  
ab, so muss der Arbeitgeber sie der Agentur für Arbeit mitteilen. Im

München 18. Juli 2012 - Chance und Risiko Kündigungsschutz - Arbeitgebersicht und Arbeitnehmersicht auf aktuelle Fragen der betriebsbedingten Kündigung - Christoph Schmitz-Scholemann, Richter am Bundesarbeitsgericht

Insolvenzverfahren braucht der Arbeitgeber diese Stellungnahme jedoch nicht gesondert zu übermitteln. Vielmehr reicht es aus, wenn er der Arbeitsagentur den Interessenausgleich mit Namensliste zusendet (§ 125 Abs. 2 InsO) oder, so der 6. Senat des BAG am 21. März 2012, im Fall eines Interessenausgleichs ohne Namensliste, wenn sich die Stellungnahme des Betriebsrats aus dem Interessenausgleich ergibt<sup>74</sup>. Daran schließt sich die fünfte und letzte Frage an: Muss der Interessenausgleich zu dem Zeitpunkt, zu dem er der Arbeitsagentur übermittelt wird, nur vereinbart sein oder muss er auch schon unterschrieben sein? Antwort: Es reicht, dass er zustande gekommen ist, unterschrieben sein muss er noch nicht.<sup>75</sup>

Man sieht an dieser Entscheidung sehr deutlich, wie der 6. Senat des Bundesarbeitsgerichts darum kämpft, einerseits den europarechtlich grundierten Anforderungen des Massenentlassungsschutzes buchstabengetreu zu folgen, andererseits aber dem Insolvenzverwalter wenigstens eine realistische Chance zur Erfüllung der gesetzlichen Vorgaben zu lassen. Der Gesetzgeber darf nicht

---

<sup>74</sup> BAG 21. März 2012 - 6 AZR 596/10 - juris

<sup>75</sup> Man sieht: Das Gesetz macht Massenentlassungen, auch wenn sie vom Insolvenzverwalter ausgesprochen werden, nicht besonders leicht. Die Komplikationen sind zu großen Teilen dem europäischen Recht geschuldet, genauer gesagt der Massenentlassungsrichtlinie MERL, Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20. Juli 1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen. Man kann natürlich fragen, welchen Sinn es hat, die Vornahme von Massenentlassungen auch im Insolvenzfall so kompliziert zu machen. Dazu heißt es in den Erwägungsgründen, es sei "wichtig, den Schutz der Arbeitnehmer bei Massenentlassungen zu verstärken." Dem kann man kaum widersprechen, aber Zweifel müssen erlaubt sein, ob dieses Ziel durch Mitteilungspflichten gefördert wird. Die Massenentlassungsrichtlinie gilt seit über einem Jahrzehnt in allen EU-Staaten und hat an dem rasanten Anstieg der Arbeitslosigkeit zB in Spanien nichts geändert. Ein anderer Aspekt, der auch in den Erwägungsgründen der Richtlinie auftaucht, scheint mir realistischer: Wenn Massenentlassungen in allen EU-Ländern gleich kompliziert sind, dann hat jedenfalls kein EU-Land einen Wettbewerbsvorteil gegenüber einem anderen EU-Land.

München 18. Juli 2012 - Chance und Risiko Kündigungsschutz -  
Arbeitgebersicht und Arbeitnehmersicht auf aktuelle Fragen der  
betriebsbedingten Kündigung - Christoph Schmitz-Scholemann, Richter am  
Bundesarbeitsgericht  
ein Recht einräumen und gleichzeitig seine Ausübung durch

Verfahrenskomplikationen so erschweren, dass es nicht mehr mit vertretbarem  
Aufwand ausgeübt werden kann. Ich denke, das gebietet die Verfassung.

## VII. Darlegungs- und Beweislast im Kündigungsschutzprozess

Nur wenige Worte will ich hier zur Darlegungs- und Beweislast im  
Kündigungsschutzprozess sagen. Die Regeln dafür stehen im Gesetz. Der  
Arbeitgeber muss die Betriebsbedingtheit und der Arbeitnehmer - nach  
entsprechender Auskunft des Arbeitgebers - den Fehler in der Sozialauswahl.  
Die freilich immer wieder auftauchende Frage, welche Anforderungen in  
concreto zu stellen sind, ist von den Tatsacheninstanzen zu entscheiden. Das  
Bundesarbeitsgericht äußert sich dazu meist nur sehr allgemein. Als Faustregel  
hat sich der Satz bewährt, dass sich das Gewicht der Darlegungslast regelmäßig  
umgekehrt proportional zur Glaubwürdigkeit dessen verhält, was dem Gericht  
vorgetragen wird. Für die Behauptung, dass der Mond rund ist, braucht der  
Anwalt nicht sehr viele Indizien vorzutragen. Wer das Gericht davon  
überzeugen wollte, er sei ein Würfel, muss ungefähr so viel vortragen wie die  
Katholische Kirche für den Beweis der jungfräulichen Empfängnis.

## C. Schlusswort

München 18. Juli 2012 - Chance und Risiko Kündigungsschutz -  
Arbeitgebersicht und Arbeitnehmersicht auf aktuelle Fragen der  
betriebsbedingten Kündigung - Christoph Schmitz-Scholemann, Richter am  
Bundesarbeitsgericht

Meine Damen und Herren, vor einiger Zeit sagte ein sehr bedeutender Professor für Arbeitsrecht, man bewege sich bei der Rechtsprechung des BAG immer zwischen Hydra und Delphi. Ich habe lange darüber nachdenken müssen, was er damit gemeint haben könnte. Bei meinen Nachforschungen stieß ich immerhin auf den Hydra e.V. mit Sitz in Berlin, den man als eine Art Gewerkschaft ansehen kann. Der Verein befasst sich mit der Interessenvertretung von Personen, die als Arbeiterinnen durchgehen könnten, genauer gesagt sind es Arbeiterinnen im Weinberg der Venus, sprich Prostituierte, bei denen das Problem betriebsbedingter Kündigungen allerdings eher im Hintergrund stehen dürfte. Aus der antiken Mythologie kennen wir die Hydra natürlich als einen fürchterlichen Drachen, der, wie Herakles erfahren musste, sehr schwer zu bekämpfen war. Immer, wenn man ihm einen seiner neun schrecklichen Köpfe abschlug, wuchsen zwei neue nach. Vielleicht fühlt sich mancher Rechtsanwalt wie Herakles im Kampf mit der Hydra, wenn er im Ringen mit §§ 1 KSchG, 613 a BGB, 15 KSchG, 17 ff. KSchG, 102 und 103, 111 BetrVG, 125 InsO, vielleicht auch noch mit § 85 SGB IX sowie der verästelten Rechtsprechung des BAG und des EuGH versucht, den lebensfähigen Kern eines Unternehmens zu retten. Auch der 8. Senat des Bundesarbeitsgerichts könnte andererseits an die Hydra denken, wenn er mit immer neuen Varianten von mehr oder weniger geschickt kaschierten Betriebsübergängen konfrontiert wird. Und was das Orakel von Delphi betrifft: Seine Ratschläge waren niemals falsch, allerdings

München 18. Juli 2012 - Chance und Risiko Kündigungsschutz -  
Arbeitgebersicht und Arbeitnehmersicht auf aktuelle Fragen der  
betriebsbedingten Kündigung - Christoph Schmitz-Scholemann, Richter am  
Bundesarbeitsgericht  
nur deshalb, weil sich bei näherer, vor allem nachträglicher Betrachtung

herausstellte, dass sie in concreto immer auch das Gegenteil von dem bedeuten  
konnten, was der Ratsuchende sich unter ihnen vorstellte. Wer hier

Ähnlichkeiten mit manchen Leitsätzen des Bundesarbeitsgerichts erkennen  
möchte, mag das mit einer gewissen Berechtigung tun. Übrigens stand auch das  
Heiligtum von Delphi unter der Leitung einer weisen Frau und befand sich auf  
einer Erderhebung, die "der Nabel" der Welt hieß - auch hier also durchaus  
Ähnlichkeiten zum Bundesarbeitsgericht auf dem Petersberg in Erfurt. Die  
Unterschiede zwischen Delphi und Erfurt dürften, und dabei will es dann auch  
belassen, auf jeden Fall in der Verfahrensordnung liegen: In Delphi nämlich  
ging der Erkenntnisprozess dergestalt vonstatten, dass die Oberpriesterin sich  
durch Inhalation ethylenhaltiger Gase in Trance versetzte und unverständliche  
Worte zu lallen begann. Das Amt der ihr untergebenen Priester war es dann, die  
wilden Worte zu interpretieren und ebenso weise wie mehrdeutige Sätze daraus  
zu formen.

Ich kann Ihnen – und das ist mein letzter Satz - aus sicherer eigener Kenntnis  
beschwören, dass sich in Erfurt bei der Rechtsfindung bisher jedenfalls keine  
vergleichbaren Vorgänge zugetragen haben.

Ich danke Ihnen für Ihre Geduld.