

Müssen Sie frei kündigen, um weiter zu beschäftigen?

*von Ralph Jürgen Bährle, Rechtsanwalt,
Bährle & Partner, Mannheim/Nothweiler*

Wird eine Betriebsabteilung stillgelegt, fallen die Arbeitsplätze weg. Den Mitarbeitern oder zumindest einigen davon wird betriebsbedingt gekündigt. Bei betriebsbedingten Kündigungen muss der Arbeitgeber eine Sozialauswahl nach § 1 Absatz 3 KSchG durchführen. Bei Stilllegung einer Betriebsabteilung erfolgt diese Sozialauswahl durch einen Vergleich zwischen den Mitarbeitern der zu schließenden Betriebsabteilung und allen übrigen Mitarbeitern des Betriebs (§ 1 Absatz 3 KSchG). In diese Sozialauswahl werden Mitarbeiter mit Sonderkündigungsschutz nicht einbezogen. Zu diesen Mitarbeiter mit Sonderkündigungsschutz zählen auf jeden Fall nach der bisherigen Rechtsprechung der Arbeitsgerichte:

- Betriebsratsmitglieder (§ 15 KSchG)
- Wehrpflichtige (§ 2 Abs. 1 ArbPISchG)
- Zivildienstleistende (§ 78 Absatz 1 Nr. 1 ZDG)
- Auszubildende nach Ablauf der Probezeit (§ 22 Absatz 2 BBiG)

Umstritten in der Rechtsprechung ist, ob Mitarbeiter mit einem vertraglich vereinbarten Kündigungsschutz (z. B. durch eine Regelung, wonach eine Kündigung nur aus wichtigem Grund möglich sein soll) in die Sozialauswahl einbezogen werden müssen oder außen vor bleiben. Mitarbeiter mit einem tarifvertraglichen Kündigungsschutz (z. B. wegen der Dauer der Betriebszugehörigkeit ist eine Kündigung nur noch aus wichtigem Grund möglich) werden nach herrschender Meinung nicht in die Sozialauswahl einbezogen.

Für alle Arbeitnehmer – mit oder ohne Sonderkündigungsschutz -, die von der Schließung der Betriebsabteilung betroffen sind, gilt, dass sie nach § 1 Absatz 2 Satz 2 Nr. 2b KSchG auf einem freien Arbeitsplatz weiterzubeschäftigen sind.

§ 15 Absatz V KSchG verpflichtet zur Freikündigung

Ein Mitarbeiter mit Sonderkündigungsschutz muss grundsätzlich in eine andere Betriebsabteilung übernommen werden. Ausnahmen von diesem Grundsatz gelten nur in den Fällen, in denen betriebliche Gründe einer Übernahme entgegenstehen. Übernahme bedeutet in diesen Fällen die Zuweisung eines gleichwertigen Arbeitsplatzes in einer anderen Betriebsabteilung. Falls notwendig, muss der Arbeitgeber durch eine

Umverteilung von Arbeit im Wege seines Direktionsrechts erreichen, dass dem Mitarbeiter mit Sonderkündigungsschutz ein gleichwertiger Arbeitsplatz zur Verfügung steht und er auf diesen übernommen werden kann.

Ist ein gleichwertiger Arbeitsplatz nicht vorhanden – und kann auch nicht durch Umverteilung der Arbeit geschaffen werden -, hat der Arbeitgeber zu prüfen, ob eine Übernahme auf einen geringwertigeren Arbeitsplatz möglich ist.

Nur wenn die Übernahme weder auf einen gleichwertigen noch auf einen geringwertigeren Arbeitsplatz möglich ist, stellt sich für den Arbeitgeber die Frage, ob eine Verpflichtung zur Freikündigung bestehender Arbeitsplätze besteht. So entschied das BAG in seinem Urteil vom 2.3.2006 (AZ: 2 AZR 83/05 = NZA 2006, 988) für Betriebsratsmitglieder, dass der Arbeitgeber verpflichtet ist, Mandatsträger in eine andere Abteilung auf einen gleichwertigen Arbeitsplatz zu übernehmen und – falls dieser nicht frei ist – versuchen muss, den Arbeitsplatz durch Umverteilung der Arbeit, der Ausübung seines Direktionsrechts oder ggf. auch durch den Ausspruch einer Kündigung für den Mandatsträger frei zu machen. Ist ein gleichwertiger Arbeitsplatz in einer anderen Abteilung nicht vorhanden, ist der Arbeitgeber auch verpflichtet, gegenüber dem Mandatsträger ggf. eine Änderungskündigung auszusprechen und ihm einen geringwertigeren Arbeitsplatz anzubieten.

Um die Kontinuität des Betriebsratsmandats und der Betriebsratsarbeit zu sichern, ist der Arbeitgeber daher nach § 15 KSchG verpflichtet, „frei zu kündigen“, wenn er weder einen freien gleichwertigen noch einen freien geringwertigeren Arbeitsplatz für das Betriebsratsmitglied hat und eine Übernahme aus der stillzulegenden Betriebsabteilung in eine andere Abteilung daher nicht ohne weiteres erfolgen kann.

Für andere Mitarbeiter mit Sonderkündigungsschutz keine Freikündigung

Für alle übrigen o. g. Arbeitnehmer mit Sonderkündigungsschutz gibt es keine gesetzlichen Regelungen, die den Arbeitnehmer zu einer Freikündigung verpflichten. Auch die Gerichte haben bislang noch keine derartige Pflicht des Arbeitgebers zur Freikündigung festgestellt.

In derartigen Fällen hat der Arbeitgeber bei betriebsbedingten Kündigungen daher „nur“ zu prüfen, ob die Weiterbeschäftigung im

Sinne des § 1 Absatz 2 KSchG möglich ist. Besteht diese Möglichkeit nicht, wird der Mitarbeiter in die Sozialauswahl einbezogen und kann gekündigt werden.

Müssen Sie frei kündigen, um weiter zu beschäftigen?: erschienen in: Das Recht der Wirtschaft (RdW), Steuer- und Rechtsfragen in Kurzberichten, Heft 12, 2008, Seite XIX; Herausgeber: Richard Boorberg Verlag, Stuttgart

Dieser Beitrag sowie die Zeitschrift RdW und alle in ihr enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Jeder Nachdruck - auch auszugsweise - so wie jede andere Verwertung bedürfen - sofern sie nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen sind - der Zustimmung des Autors und des Verlages. Darunter fallen insbesondere die gewerbliche Vervielfältigung jeder Art und die Aufnahme in elektronische Datenbanken.

[Zur Bestellung der RdW-Hefte und der Broschüren direkt beim Boorberg Verlag.](#)