

VORTRAGSREIHE

Donnerstag, 5. Oktober 2006
17 Uhr

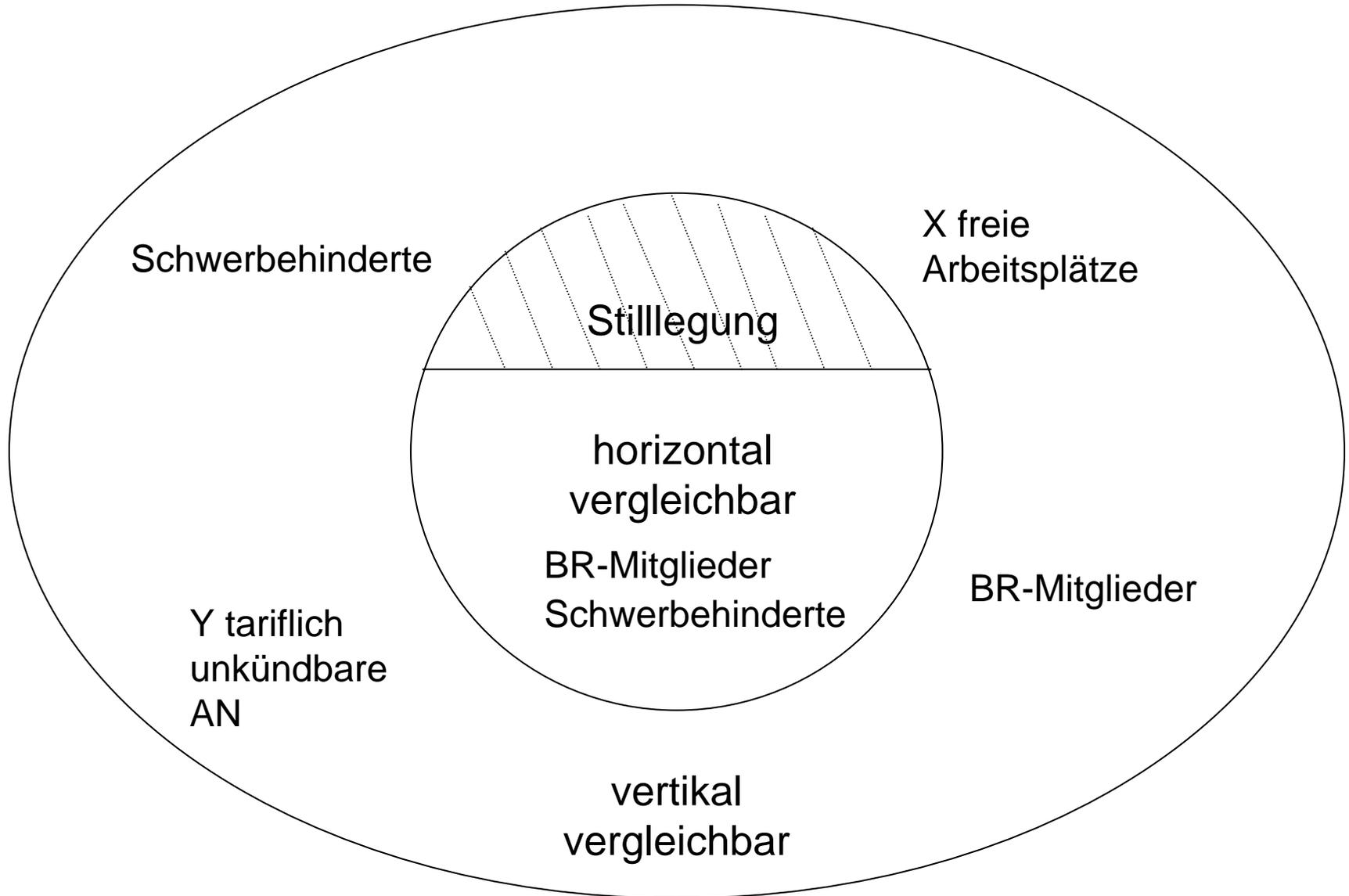
Dr. Alexius Leuchten
Beiten Burkhardt Rechtsanwälts-gesellschaft

„Freikündigungspflicht zur Weiterbeschäftigung“

Freikündigungspflicht zu Weiterbeschäftigung

Veranstaltung im Rahmen der ZAAR-Vortragsreihe
am 05.10.2006

Dr. Alexius Leuchten
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht



I. Einleitung

1. Stilllegung einer Betriebsabteilung
Als Folge: betriebsbedingte Kündigungen (Sozialauswahl gemäß § 1 Abs. 3 KSchG)
2. Arbeitnehmer mit Sonderkündigungsschutz werden nicht in die Sozialauswahl einbezogen, dies sind
 - BR-Mitglieder (§ 15 KSchG)
 - Wehrpflichtige (§ 2 Abs. 1 Arbeitsplatzschutzgesetz)
 - Zivildienstleistende (§ 78 Abs. 1 Nr. 1 ZDG)
 - Auszubildende nach Ablauf der Probezeit (§ 22 Abs. 2 BBiG)

Sonderfall: Arbeitnehmer ohne Kündigungsschutz sind stets vor Arbeitnehmern mit Kündigungsschutz zu kündigen
3. Besonderer tariflicher Kündigungsschutz:
Die Arbeitnehmer sind (nicht?) in die Sozialauswahl einzubeziehen (nur bei wichtigen betriebsbedingten Gründen kann eine Sozialauswahl in Betracht kommen).
4. Einzelvertraglicher Kündigungsschutz:
Keine Einbeziehung in die Sozialauswahl (str.)
5. Weiterbeschäftigung auf freiem Arbeitsplatz (§ 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 b KSchG):
Gilt für alle Arbeitnehmer, auch für solche mit Sonderkündigungsschutz

II. § 15 Abs. 5 KSchG als einziger gesetzlicher Fall der Obliegenheit zur Freikündigung

1. Betriebsabteilung: Übernahme in eine andere Betriebsabteilung nur ausgeschlossen bei betrieblichen Gründen
2. Bedeutung der "Übernahme"
 - a. Übernahme auf gleichwertigen Arbeitsplatz
Wenn gleichwertiger Arbeitsplatz vorhanden, dann primär Sicherstellen durch
 - Umverteilung
 - Direktionsrecht
 - b. Übernahme auf geringwertigeren Arbeitsplatz
 - c. Nur wenn a. oder b. nicht zur Übernahme führt, eventuell Obliegenheit zur Freikündigung.
BAG vom 02.03.2006 – 2 AZR 83/05, NZA 2006, 988.

II. § 15 Abs. 5 KSchG als einziger gesetzlicher Fall der Obliegenheit zur Freikündigung

3. Obliegenheit zur Freikündigung?

a. Rechtsprechung

Grundlegend BAG vom 18.10.2000 – 2 AZR 494/99, AP Nr. 49 zu § 15 KSchG:

Schutzzweck: Kontinuität des Betriebsratsmandats

(im Urteil des Zweiten Senats vom 02.03.2006: Kontinuität der Betriebsratsarbeit)

Die personelle Zusammensetzung des Betriebsrats soll während der Dauer des Mandats möglichst unverändert bleiben, auch das Argument, die Kontinuität des Betriebsrats sei durch den möglichen Eintritt von Ersatzmitgliedern gewahrt, überzeuge nicht, da nach § 25 Abs. 1, 2 BetrVG Betriebsratsmitglieder und Ersatzmitglieder sowie Ersatzmitglieder untereinander nicht ohne Weiteres austauschbar seien (in der Entscheidung vom 02.03.2006 betont der Zweite Senat sogar ausdrücklich den Vorrang der gewählten Betriebsratsmitglieder vor den Ersatzmitgliedern).

II. § 15 Abs. 5 KSchG als einziger gesetzlicher Fall der Obliegenheit zur Freikündigung

b. Literatur

Die Literatur ist gespalten. In einem ausführlichen Aufsatz setzt sich *Horcher* (NZA-RR 2006, 393, 397) an die Spitze derjenigen Autoren, die der grundsätzlichen Möglichkeit der Freikündigung folgen.

Für die Obliegenheit zur Freikündigung auch MünchKomm/*Hergenröder*, 4. Auflage, § 15 KSchG, Rz. 192; *von Hoyningen-Huene/Linck*, 13. Auflage, § 15 KSchG, Rz. 170 a; *HaKo/Fiebig*, Kündigungsschutzgesetz, 2. Auflage, § 15 Rz. 125; *APS/Linck*, § 15 KSchG, Rz. 185; *Mues, Eisenbeis*, Handbuch zum Kündigungsrecht, Teil 2, Rz. 951; *KR/Etzel*, 7. Auflage, § 15 KSchG, Rz. 126; *KDZ/Kittner*, 6. Auflage, § 15 KSchG, Rz. 77 a; *GK-KSchG/Dorndorf*, 4. Auflage, § 15 KSchG, Rz. 157.

Die Auffassung des BAG und der ihr folgenden Literatur wird abgelehnt von *Schleusener* (DB 1998, 2368), Anmerkung zu BAG vom 18.10.2000, AP Nr. 49 zu § 15 KSchG.

c. Exkurs in die Geschichte

II. § 15 Abs. 5 KSchG als einziger gesetzlicher Fall der Obliegenheit zur Freikündigung

4. Ausnahmen von der Freikündigungsobliegenheit
 - a. Bereits *Hueck* (in *Hueck/Nipperdey*, 7. Auflage, Fußnote 62, Seite 689) weist darauf hin, dass dann, wenn der besetzte Arbeitsplatz, der unter Umständen freigeündigt werden müsste, z.B. mit einem Schwerbehinderten besetzt ist, denn die "Entlassung eines Schwerbeschädigten zugunsten eines Betriebsratsmitgliedes aus sozialen Gründen in aller Regel nicht gefordert werden könne." (so auch *Nikisch*, Seite 808).
 - b. Gibt es in einer anderen Betriebsabteilung einen freien Arbeitsplatz, so ist der Arbeitgeber grundsätzlich nicht verpflichtet, einen örtlich näher gelegenen und deshalb das Betriebsratsmitglied weniger belastenden Arbeitsplatz freizukündigen (so BAG vom 28.10.1999 – 2 AZR 437/98, AP Nr. 44 zu § 15 KSchG).
 - c. Eine Obliegenheit zur Freikündigung wird schließlich auch in den Fällen verneint, in denen lediglich in einem anderen Betrieb desselben Unternehmens geeignete Arbeitsplätze vorhanden sind.

II. § 15 Abs. 5 KSchG als einziger gesetzlicher Fall der Obliegenheit zur Freikündigung

5. **Interessenabwägung bei der Obliegenheit zur Freikündigung**
Bei der Diskussion einer möglichen Abwägung von Interessen bei einer möglichen Obliegenheit zur Freikündigung geht es um drei Interessenabereiche:
 - Die Interessen des Betriebsratsmitglieds, dessen Arbeitsplatz weggefallen ist, an der Kontinuität der Betriebsratsarbeit,
 - die Interessen des Arbeitgebers an einer Besetzung der unter Umständen freizukündigenden Stelle mit geeigneten Arbeitnehmern und
 - schließlich die Interessen des "freizukündigenden" Arbeitnehmers an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes (aus Art. 12 GG).
6. **Obliegenheit zur Freikündigung auch auf nicht gleichwertiger, also geringwertigerer Arbeitsplätzen?**
7. **Darlegungs- und Beweislast**

II. § 15 Abs. 5 KSchG als einziger gesetzlicher Fall der Obliegenheit zur Freikündigung

8. Eigene Position
 - a. Der Wortlaut des Gesetzes spricht, neutral betrachtet, eher gegen die Möglichkeit einer Freikündigung. Denn § 15 Abs. 5 KSchG ist eher eine absolute Ausnahmebestimmung, die eng auszulegen ist.
 - b. Die Kontinuität der Betriebsratsarbeit wird im Gesetz nicht schrankenlos geschützt.
 - c. Mit dem Argument, § 15 Abs. 5 KSchG hätte (ohne die Verpflichtung zur Freikündigung) nur deklaratorische Bedeutung, da die Verpflichtung zum Einsatz auf freien Arbeitsplätzen sowieso in § 1 Abs. 3 KSchG bereits festgeschrieben ist, wird übersehen, dass § 15 Abs. 5 KSchG an den Arbeitgeber die Anforderung stellt, alles in seinen Kräften stehende zu unternehmen, um eine Übernahme zu ermöglichen (z.B. durch Einsatz des Direktionsrechts und durch Umorganisation der Arbeit). Lediglich dann, wenn dies aus betrieblichen Gründen (objektiv) nicht möglich ist, kann dem Betriebsratsmitglied gekündigt werden. Damit hat die Bestimmung eine eigene Qualität gegenüber § 1 Abs. 2 KSchG.
 - d. Die von der herrschenden Meinung bejahte Interessenabwägung führt dazu, dass Äpfel mit Birnen verglichen werden: Es wird ausdrücklich anerkannt, dass die Interessenabwägung nicht nach den Maßstäben des § 1 Abs. 3 KSchG erfolgt, sondern dass eine „Dreierabwägung“ vorzunehmen ist.

II. § 15 Abs. 5 KSchG als einziger gesetzlicher Fall der Obliegenheit zur Freikündigung

- e. Die Bevorzugung des Betriebsratsmitglieds könnte als Verstoß gegen § 78 Satz 2 BetrVG (unerlaubte Bevorzugung von Betriebsratsmitgliedern) zu verstehen sein.
- f. Das Bundesverfassungsgericht hat mit dem sog. "Warteschleifenurteil" (vom 24.04.1991, AP Nr. 70 zu Art. 12 GG) ausgeführt:

Das Grundrecht entfaltet seinen Schutz demnach gegen alle staatlichen Maßnahmen, die diese Wahlfreiheit beschränken. Das ist vor allem dann der Fall, wenn der Staat den einzelnen am Erwerb eines zur Verfügung stehenden Arbeitsplatzes hindert, ihn zur Annahme eines bestimmten Arbeitsplatzes zwingt oder die Aufgabe eines Arbeitsplatzes verlangt.

- g. Wenn schon eine Obliegenheit zur Freikündigung bejaht wird, erscheint die Auffassung von Kittner, Betriebsratsmitgliedern gebühre generell die "Vorfahrt", nicht akzeptabel.

III. § 15 Abs. 5 KSchG als allgemeines Prinzip

1. Diskutiert wird, ob die Obliegenheit zur Freikündigung auch zugunsten tarifvertraglich/einzelvertraglich unkündbarer Arbeitnehmer und sonstiger sonderkündigungsgeschützter Arbeitnehmer in Betracht kommt.
 - a. Das BAG hat sich zu dieser Frage soweit erkennbar noch nicht geäußert (siehe dazu auch *Horcher*, NZA-RR 2006, 398). Aus der Instanzrechtsprechung heißt es in dem Urteil des LAG Hamm vom 13.09.2004 (8 Sa 391/04):

Das 'Freikündigen' eines Arbeitsplatzes kommt in Betracht, sofern die Entlassung des anderen Arbeitnehmers für diesen keine Härte darstellen würde (BAG, AP Nr. 1 zu § 14 SchwbG 1986).

(Siehe auch ArbG Hamm vom 19.06.2001 – 4 Ca 1414/01 L, juris)

- b. In der Literatur wird vereinzelt die Auffassung vertreten, dass für sog. "unkündbare Arbeitnehmer" grundsätzlich der Anspruch auf Freikündigung in einem anderen Bereich besteht. Bei *Däubler* (in KDZ, Kündigungsschutzrecht, 6. Auflage, § 626 BGB, Rz. 62) heißt es dazu, im Falle einer Betriebsstilllegung sei im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren eine Versetzung in einen anderen Betrieb vorzunehmen. "Notfalls ist ein Arbeitsplatz, für den der Unkündbare die nötige Qualifikation mitbringt, durch Kündigung des bisher dort Tätigen freizumachen."

III. § 15 Abs. 5 KSchG als allgemeines Prinzip

Nicht gemeint mit diesem Freikündigungsanspruch sind Fälle, in denen der Arbeitgeber einen Arbeitsplatz in Kenntnis des Wiedereinstellungsverlangens anderer Arbeitnehmer treuwidrig mit einem Arbeitnehmer besetzt. In diesem Fall wird wohl unstreitig eine Freikündigung zu bejahen sein (siehe dazu APS/*Kiel*, § 1 KSchG, Rz. 812).

Prononciert wird die These von der Obliegenheit zur Freikündigung bei Sonderkündigungsgeschützten vertreten von *Kiel* (in NZA, Beilage 1 2005, Seite 25 und in APS, § 626 BGB, Rz. 318 i): "Der tariflich unkündbare Arbeitnehmer verdrängt den ordentlichen Kündbaren grundsätzlich von seinem Arbeitsplatz und zwar horizontal wie vertikal".

Anderer Auffassung dagegen *Ascheid* (im ErfK, § 1 KSchG, Rz. 413) mit dem Hinweis, der Arbeitgeber wäre gar nicht dazu in der Lage, einen besetzten Arbeitsplatz für einen Unkündbaren freizukündigen. Betriebliche Erfordernisse als Voraussetzung für eine betriebsbedingte Kündigung seien keine personellen Belange bestimmter Arbeitnehmer. Fallen Arbeitnehmer nicht in die betriebliche Auswahl, sind sie nach dem Tatbestand des § 1 KSchG eben nicht kündbar.

III. § 15 Abs. 5 KSchG als allgemeines Prinzip

2. *Kiel* und *Horcher* begründen die Forderung nach einer allgemeinen Freikündigungspflicht zugunsten unkündbarer Arbeitnehmer wie folgt:
 - a. Verneinte man eine Freikündigung, so würde der besondere Kündigungsschutz praktisch keine Wirkung entfalten (*Kiel*, NZA Beilage 1 2005, Seite 25). Diese Verpflichtung zur Freikündigung folge aus einer teleologischen Auslegung der Reichweite des tariflichen Ausschlusses der ordentlichen Kündigung (so *Horcher*, a.a.O., Seite 398).

Das BAG hat in der Entscheidung vom 06.10.2005 (2 AZR 362/04, NZA-RR 2006, 416) anhand eines Falles aus § 55 BAT ausgeführt, dass die Anforderungen an die Wirksamkeit einer betriebsbedingten außerordentlichen Kündigung mit notwendiger Auslaufzeit nach § 626 BGB erheblich sind. Schon nach § 1 Abs. 2 KSchG seien ordentliche Kündigungen nur möglich, wenn eine Weiterbeschäftigung auf einem freien Arbeitsplatz nicht erfolgen könne. Für eine außerordentliche Kündigung mit Auslaufzeit müssen die Anforderungen deutlich darüber hinausgehen. Daher könne nur in extremen Ausnahmefällen eine Kündigungsmöglichkeit in Betracht kommen. Von einer Freikündigung spricht das BAG aber auch in diesem Fall nicht, allerdings bot der Sachverhalt dazu auch keine Veranlassung.

III. § 15 Abs. 5 KSchG als allgemeines Prinzip

- b. Wenn es schon eine Freikündigungsmöglichkeit bei § 15 Abs. 5 KSchG gebe, die nur während der Amtszeit der Betriebsräte gelte und nicht im Nachwirkungszeitraum, dann müsse dies erst recht für Unkündbare gelten, da dieser Schutz weder funktional noch zeitlich begrenzt ist (*Kiel*, a.a.O., Seite 26).

Mit diesem Argument wird aus der Ausnahmebestimmung eine Regelbestimmung (in der Entscheidung vom 07.10.2004 – 2 AZR 81/04, AP Nr. 46 zu § 15 KSchG hat das BAG ausdrücklich die Bestimmungen des § 15 Abs. 4 und Abs. 5 KSchG als "Ausnahmefälle" bezeichnet, unter denen die Kündigung von Betriebsratsmitgliedern zulässig ist).

IV. Ergebnis

1. Die vom BAG vertretene Obliegenheit des Arbeitgebers, zugunsten von Betriebsratsmitgliedern (und den sonstigen Amtsträgern gemäß § 15 Abs. 1 KSchG) bei Stilllegung einer Betriebsabteilung im nicht der Sozialauswahl unterliegenden Bereich auch andere Arbeitnehmer auf vergleichbaren und sogar noch auf nicht vergleichbaren Arbeitsplätzen freizukündigen, ist abzulehnen.
2. Wenn mit dem BAG eine Obliegenheit zur Freikündigung bejaht wird, dann kann diese nur im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung erfolgen.
3. Eine allgemeine abstrakte Obliegenheit zur Freikündigung bei sonstigen unkündbaren Arbeitnehmern (insbesondere tarifvertraglich oder einzelvertraglich unkündbaren Arbeitnehmern) ist abzulehnen, weil dies weder gesetzlich vorgesehen ist noch ein rechtliches Bedürfnis dafür besteht.