

INFO-Post 1/2012

Strategien im Kündigungsrecht

Konfrontation und Kooperation statt gerichtlicher Entscheidung

Manfred Raber

Rechtsanwalt
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Fachanwalt für Bau- und
Architektenrecht

Inhaltsverzeichnis:

I wirtschaftliche Situation und Rechtslage		
1. wirtschaftliche Situation	Seite	2
2. Rechtslage	Seite	3
a) betriebsbedingte Kündigungen	Seite	3
b) verhaltensbedingte Kündigungen	Seite	4
c) personenbedingte Kündigungen	Seite	5
II Konfrontation und Kooperation statt gerichtlicher Entscheidung		
1. verhaltensbedingte Kündigung	Seite	8
2. personenbedingte Kündigung	Seite	10
3. betriebsbedingte Kündigung	Seite	11
III Fazit	Seite	13

I wirtschaftliche Situation und Rechtslage

1. wirtschaftliche Situation

Die anhaltend positive wirtschaftliche Lage hat zu einem Rückgang der betriebsbedingten Kündigungen, aber auch der verhaltens- und personenbedingten Kündigungen geführt.

Der Rückgang betriebsbedingter Kündigungen erklärt sich von selbst. Der Rückgang der verhaltensbedingten Kündigungen erklärt sich daraus, dass oftmals Kündigungen, die betrieblichen Hintergrund haben, aber einer gerichtlichen Kontrolle nicht standhalten als verhaltensbedingte Kündigungen formuliert werden.

Desweiteren ist festzustellen, dass angesichts der anhaltend guten Wirtschaftslage Arbeitgeber auf den Ausspruch verhaltensbedingter Kündigungen verzichten und selbst schwerwiegende Vertragsverstöße hinnehmen, da sie nicht auf Arbeitskräfte verzichten können.

Aus genau demselben Grund erklärt sich der Rückgang der personenbedingten Kündigungen, insbesondere der krankheitsbedingten Kündigungen, da Arbeitgeber derzeit mangels Alternativen auf dem Arbeitsmarkt krankheitsbedingte Ausfälle hinnehmen.

Dementsprechend haben sich die Eingänge bei den Arbeitsgerichten in den Jahren 2010 bis 2012 rückläufig entwickelt.

An die Stelle von Bestandsschutzklagen sind vermehrt gerichtliche Auseinandersetzungen über Änderungskündigungen oder Lohnansprüche getreten.

Kommt es, wie allgemein angenommen im Laufe des Jahres 2013 zu einem Rückgang der konjunkturellen Entwicklung, so werden die Bestandsschutzklagen wieder zunehmen.

Für die Innungsbetriebe bedeutet dies, dass sie sich mit den Grundzügen des Kündigungsrechts, den daraus erwachsenden Risiken einerseits und den aus Arbeitgebersicht gebotenen Strategien andererseits auseinandersetzen müssen.

2. Rechtslage

Betroffen sind in erster Linie diejenigen Betriebe, die mehr als zehn Vollzeitarbeitnehmer oder eine solche Anzahl von Teilzeitarbeitnehmern beschäftigen, die mehr als zehn Vollzeitkräften gleichsteht.

In diesen Betrieben genießen Mitarbeiter Kündigungsschutz, die mindestens sechs Monate im Betrieb beschäftigt sind.

Unabhängig vom Kündigungsschutz und damit von der Größe des Betriebes und des Zeitraums der Beschäftigung des Arbeitnehmers steht freilich die Möglichkeit des Arbeitnehmers sich gegen Kündigungen aus wichtigem Grund oder Kündigungen bei absoluten Kündigungsschutz (Schwerbehinderte, Mutterschutz, Elternzeit etc.) zu wehren.

Besteht Kündigungsschutz nach dem KSchG, so bleiben dem Arbeitgeber drei Möglichkeiten der Kündigung, nämlich Kündigung aus betrieblichen Gründen, Kündigung aus verhaltensbedingten Gründen oder Kündigung aus personenbedingten Gründen.

a) betriebsbedingte Kündigung

Voraussetzung ist zunächst, dass der **Arbeitsplatz tatsächlich weggefallen** ist.

Ob dies aufgrund einer äußeren Entwicklung (z. B. Auftragsrückgang) oder auf inneren Vorgängen (z. B. unternehmerischer Entscheidung) beruht, ist irrelevant.

Der Arbeitgeber muss allerdings den Nachweis erbringen, dass der Arbeitsplatz aufgrund der unternehmerischen Entscheidung oder des äußeren Ereignisses tatsächlich weggefallen ist.

Beschäftigt der Arbeitgeber anstelle des gekündigten Arbeitnehmers Leiharbeitnehmer, so ist der Arbeitsplatz gerade nicht entfallen.

Gelingt dem Arbeitgeber der Nachweis, dass der Arbeitsplatz tatsächlich entfallen ist, ist im Rahmen der **Sozialauswahl** der Nachweis zu erbringen, dass der betroffene Arbeitnehmer unter mehreren horizontal vergleichbaren Arbeitnehmern derjenige ist, der am wenigsten sozialen Schutz verdient, mithin hinsichtlich Betriebszugehörigkeit, Alter und Unterhaltspflichten am wenigsten schutzwürdig erscheint.

Spätestens an diesem Punkt scheitern die meisten betriebsbedingten Kündigungen, da dem Arbeitgeber regelmäßig daran gelegen ist, für seinen Betrieb die leistungsfähigsten Arbeitnehmer zu erhalten, nicht die am sozial Schutzwürdigsten.

Selbst wenn der Arbeitgeber diese Hürde überspringt, muss er im Weiteren darlegen und nachweisen, dass im Betrieb **keine anderweitige Möglichkeit der Beschäftigung** des betroffenen Arbeitnehmers besteht.

Beschäftigt der Arbeitgeber in seinem Betrieb Leiharbeiter, so ergibt sich daraus zwingend, dass anderweitige Möglichkeiten der Beschäftigung bestehen, denn der Arbeitgeber muss sich zunächst von den Leiharbeitern trennen, bevor er betriebsbedingte Kündigungen ausspricht.

b) verhaltensbedingte Kündigung

Eine verhaltensbedingte Kündigung, gleich ob außerordentlich oder ordentlich setzt zunächst einen an sich für eine verhaltensbedingte Kündigung **geeigneten Grund** voraus. An sich geeignet sind regelmäßig Straftaten des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber, aber auch Straftaten gegen andere Mitarbeiter.

Auch sonst schwerwiegende Verstöße gegen die arbeitsrechtlichen Verpflichtungen sind im Einzelfall geeignet, eine verhaltensbedingte Kündigung oder sogar eine Kündigung aus wichtigem Grund zu begründen.

Was regelmäßig vergessen wird ist, dass es nicht allein darauf ankommt, dass ein an sich geeigneter Grund vorliegt. Erforderlich ist nämlich überdies eine **Abwägung der Interessen** des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers.

Dabei steht die Frage im Raum, wie lange das Arbeitsverhältnis unbeanstandet, bestanden hat.

Im Rahmen der Abwägung wird mithin berücksichtigt, ob es sich bei dem an sich geeigneten Verstoß gegen arbeitsvertraglichen Pflichten um einen Einzelfall gehandelt hat, oder ob der Arbeitnehmer, während des Beschäftigungsverhältnisses, schon häufiger entsprechend aufgefallen ist.

Daraus ergibt sich schlussfolgernd, dass eine verhaltensbedingte Kündigung, um so eher durchzusetzen ist, je schwerwiegender der Vertragsverstoß und je kürzer das Arbeitsverhältnis ist.

Ist diese Hürde genommen, so ist eine zweite Hürde zu nehmen, die regelmäßig vernachlässigt wird. Voraussetzung für eine verhaltensbedingte Kündigung ist, dass der Arbeitnehmer entsprechend vorgewarnt war.

Er muss daher entsprechend **einschlägig abgemahnt** worden sein.

Auf vorangegangene Abmahnungen kommt es nur dann nicht an, wenn der Verstoß das Vertrauensverhältnis berührt, wie es beispielsweise bei Vermögensstraftaten der Fall ist. In diesen Fällen ist dem Arbeitgeber nicht zuzumuten, den Arbeitnehmer zunächst abzumahnend und neuerliche Verstöße abzuwarten.

Das Gericht prüft also im Regelfall, ob dem Kündigungssachverhalt einschlägige Verstöße vorangegangen sind und der Arbeitnehmer diesbezüglich abgemahnt wurde.

Vielfach scheitern Kündigungen daran, dass es hieran fehlt, weil entweder überhaupt nicht abgemahnt wurde oder mündlich abgemahnt wurde und der Nachweis des Inhalts der Abmahnung nicht erbracht werden kann oder die Abmahnung formell oder materiell unwirksam war.

Der schönste Kündigungssachverhalt bricht mithin zusammen, weil Jahre zuvor im Rahmen von Abmahnungen schlampig vorgegangen wurde.

c) personenbedingte Kündigung

Personenbedingte Kündigungen sind Kündigungen, bei denen der Kündigungsgrund in der Person des Arbeitnehmers, nicht in dessen Verhalten liegt.

Insbesondere zählen hierzu die krankheitsbedingten Kündigungen, aufgrund häufiger Kurzeiterkrankungen oder Langzeiterkrankungen.

Wesentliche Voraussetzung ist zunächst eine **negative Prognose** dergestalt, dass objektive Umstände vorliegen, beispielsweise bisherige Fehlzeiten, die darauf schließen lassen, dass auch in Zukunft und auf nicht absehbare Zeit erhebliche krankheitsbedingte Fehlzeiten eintreten werden. Bereits dieser Nachweis ist schwierig, denn der Arbeitgeber kann zwar vortragen, welche Fehlzeiten in der Vergangenheit aufgetreten sind; was die Zukunft bringt, weiß er regelmäßig dann nicht, wenn er über die Krankheit des Arbeitnehmers nichts weiß.

Gerne erscheinen Arbeitnehmer im Gütetermin, spätestens im Kammertermin mit einer ärztlichen Bescheinigung, die eine gesunde Zukunft verheißt.

Weitere Voraussetzung ist, dass die entstandenen und prognostizierten Fehlzeiten zu einer **erheblichen Beeinträchtigung** des betrieblichen Interesses des Arbeitgebers führen. Dies lässt sich regelmäßig darstellen, reicht jedoch nicht, denn die erhebliche Beeinträchtigung muss im Rahmen der umfassenden Interessenabwägung im Einzelfall eine **unzumutbare** betriebliche oder wirtschaftliche Belastung des Arbeitgebers ergeben.

Fazit:

Der Arbeitgeber, der betriebsbedingt, verhaltensbedingt oder personenbedingt kündigt, hat eine sportliche Aufgabe übernommen.

Egal welchen Weg er geht, er muss mehrere Hürden mit Erfolg überspringen.

Scheitert er nur an einer Hürde, so ist die Kündigung unwirksam, das Arbeitsverhältnis besteht fort.

Da zwischen dem Ausspruch einer Kündigung, dem Ablauf der Kündigungsfrist und der Entscheidung des Arbeitsgerichts über die Wirksamkeit der Kündigung unter Umständen viel Zeit liegen kann, hat der Arbeitgeber ein Risiko, das gemeinhin als **Annahmeverzugsrisiko** bezeichnet wird.

Kündigt der Arbeitgeber beispielsweise am 20.03. eines Jahres das Arbeitsverhältnis zu einem Arbeitnehmer der Kündigungsschutz genießt, unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von beispielsweise zwei Monaten zum 31.05. und legt der Arbeitnehmer rechtzeitig innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung Kündigungsschutzklage ein, so wird zwar innerhalb von drei Wochen ein Gütetermin vor dem Arbeitsgericht stattfinden, eine Entscheidung jedoch über die Wirksamkeit der Kündigung fällt erst im Kammertermin.

Dieser ist regelmäßig drei bis sechs Monate später.

Kommt es danach zu einem Berufungsverfahren vor dem Landesarbeitsgericht, so können weitere zwölf Monate hinzukommen, bis rechtskräftig über die Kündigung entschieden ist. Entscheidet das LAG sodann für den Arbeitnehmer, so steht fest, dass über den 31.05. hinaus bis zu der Entscheidung des LAG ein Arbeitsverhältnis bestanden hat.

Obschon der Arbeitnehmer in dieser Zeit nicht für den Arbeitgeber gearbeitet hat, steht ihm ein Lohnanspruch für die Vergangenheit zu.

Hat er Arbeitslosengeld bezogen, geht sein Lohnanspruch auf die AA über, den überschießenden Betrag kann der Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber direkt geltend machen.

Das Risiko des Arbeitgebers verringert sich nur dann, wenn der Arbeitnehmer nach dem 31.05. in einem anderen Beschäftigungsverhältnis tätig war oder eine anderweitige Beschäftigung böswillig unterlassen hat.

Damit wird deutlich, welches Potenzial im Annahmeverzugsrisiko liegt.

Es ist eine tickende Zeitbombe, ein Damoklesschwert über dem Kopf des Arbeitgebers, das jeden Monat schwerer wird.

Der Arbeitgeber der dies weiß, versucht daher bereits so früh wie möglich, nämlich im Güetermin das Risiko auszuschließen, indem er dem Arbeitnehmer einen Vergleich anbietet und sich verpflichtet eine **Abfindung** zu bezahlen.

Die meisten Bestandsklagen vor den Arbeitsgerichten enden in Abfindungsvergleichen, wonach der Arbeitnehmer für jedes Beschäftigungsjahr ein halbes Monatsgehalt erhält.

Arbeitnehmer, die es darauf anlegen, vermeiden es, im Güetermin entsprechende Vergleiche zu schließen, bleiben bis zum Kammertermin arbeitslos und pokern dann mit weit höheren Abfindungsbeträgen vor dem Hintergrund des zwischenzeitlich angewachsenen Annahmeverzugsrisikos des Arbeitgebers.

Arbeitnehmer, die jegliche vergleichsweise Einigung ablehnen, weil sie keine Chance haben, jemals mehr eine so gute Beschäftigung zu finden, wie sie es beim Arbeitgeber hatten, werden zu einem dauerhaften Problem.

Angesichts dieses Szenarios stellt sich die Frage, was der Arbeitgeber machen kann, um das Annahmeverzugsrisiko zu vermeiden oder zu minimieren.

Sicher kann der Arbeitgeber nach Ausspruch der Kündigung recherchieren, ob der Arbeitnehmer in einem anderweitigen Beschäftigungsverhältnis steht, das er sich anrechnen lassen muss.

Was aber ist, wenn der Arbeitnehmer tatsächlich arbeitslos bleibt?

Der Arbeitgeber kann ihm Fortbeschäftigung im eigenen Betrieb, als sogenannte **Prozessbeschäftigung** anbieten. Tut er dies, ist er allerdings schlecht beraten, denn ein Arbeitgeber der behauptet, der Arbeitsplatz sei weggefallen, widerspricht sich selbst, wenn er den Arbeitnehmer im Betrieb fortbeschäftigt.

Ein Arbeitgeber der behauptet, die Fortbeschäftigung sei unzumutbar, da der Arbeitnehmer gegen arbeitsvertragliche Pflichten erheblich verstoßen hat, widerspricht sich ebenfalls, wenn er den Arbeitnehmer fortbeschäftigt.

Auch bei krankheitsbedingten Kündigungen riskiert der Arbeitgeber, dass sich im Laufe der Fortbeschäftigung die ursprünglich möglicherweise tatsächlich negative Prognose durch Gesundung des Arbeitnehmers relativiert.

Eine Prozessbeschäftigung kommt mithin nicht in Betracht.

Findige Arbeitgeber kommen auf die Idee, einen Mitbewerber zu bitten, dem Arbeitnehmer ein Jobangebot zu gleichen Konditionen zu unterbreiten.

Lehnt der nichtsahnende Arbeitnehmer dies ab, so liegt möglicherweise ein böswilliges Unterlassen anderweitigen Erwerbes vor, sodass der Arbeitgeber für diese Zeit keinen Annahmeverzugslohn schuldet.

Voraussetzung ist jedoch, dass die Konditionen denen des alten Arbeitsverhältnisses entsprechen.

Was macht der Arbeitgeber, wenn der Arbeitnehmer tatsächlich das Angebot annimmt?

Die Lösung liegt damit in erster Linie im Vorfeld, also in der Vorbereitung der Kündigung.

Ist die Kündigung erst einmal ausgesprochen, so steht sie auf dem Prüfstand der Arbeitsgerichte.

Der Arbeitgeber hat das Heft des Handels im Wesentlichen aus der Hand gegeben.

Nur vor Ausspruch der Kündigung bestehen Gestaltungsräume, auf die im Folgenden eingegangen wird.

II Konfrontation und Kooperation statt gerichtlicher Entscheidung

1. verhaltensbedingte Kündigung

Die meisten verhaltensbedingten Kündigungen kranken daran, dass der Arbeitgeber zu schnell zu dem Schluss gekommen ist, ein Kündigungssachverhalt liege vor, weshalb er sogleich die Kündigung ausspricht.

Obschon der Arbeitgeber freilich im Rahmen einer außerordentlichen Kündigung gezwungen ist, innerhalb von zwei Wochen nach Kenntnis die außerordentliche Kündigung auszusprechen, gibt die Rechtsprechung ihm ausreichend Zeit die notwendigen Recherchen, freilich mit der gebotenen Zügigkeit durchzuführen, sodass die Zweiwochenfrist erst nach Ende der Ermittlungen überhaupt erst beginnt. Diese Zeit sollte der Arbeitgeber nutzen, um sich die notwendigen Informationen zu beschaffen und die notwendigen Beweismittel.

Ein, an sich zur Kündigung berechtigender Verstoß gegen arbeitsrechtliche Pflichten ist regelmäßig kein Selbstzweck, sondern soll dem Arbeitnehmer einen Vorteil zu Lasten des Arbeitgebers verschaffen.

Aus diesem Grunde findet die dazu notwendige Handlung regelmäßig dort statt, wo der Arbeitgeber weit weg ist.

Je stärker die Kontrolle des Arbeitgebers im Betrieb ist, desto geringer sind die Handlungsmöglichkeiten des Arbeitnehmers.

Ein auf die Zahlung von Überstunden in Anspruch genommener Arbeitgeber eines Montagetrupps konnte, wenn Fahrer und Beifahrer zusammen gehalten haben, nur durch Vergleich mit den Angaben des Kunden auf die Fehlerhaftigkeit von Stundenaufzeichnungen schließen. Heute ermöglichen ihm GPS-Aufzeichnungen eine haargenaue Information über den Aufenthaltsort des Arbeitgebers und dokumentieren diese zugleich beweisfest.

Erstmalig im Fahrzeug montiert eigenen sie sich daher vortrefflich, um einen Arbeitnehmer, der auf der Grundlage seiner Fahrten nach Stunden abrechnet, bei schwerwiegenden Diskrepanzen zu überführen.

Auf Dauer in den Fahrzeugen eingesetzt eignen sie sich vorzüglich zur Disziplinierung der Arbeitnehmer und zur Vermeidung von Betrugsversuchen.

Entscheidende Beweismittel bleiben freilich nach wie vor Zeugen und schriftliche Aufzeichnungen.

In vielen Fällen wird das gesammelte Beweismaterial nicht ausreichen, um mit Sicherheit sagen zu können, dass der Arbeitnehmer der Tat überführt ist. Vielfach wird das Ermittlungsergebnis dazu führen, dass es bei dem Verdacht einer Straftat oder sonst schwerwiegenden Vertragsverletzungen bleibt. Auch der Verdacht rechtfertigt eine Kündigung, wenn es sich um einen dringenden Tatverdacht handelt.

Voraussetzung ist allerdings, dass der Arbeitgeber alle Möglichkeiten der Recherche nutzt, wozu die zwingende Anhörung des Arbeitnehmers gehört. Regelmäßig ist zu beobachten, dass Arbeitgeber, die Anhörung des Arbeitnehmers mit einer Anklage des Arbeitnehmers verwechseln.

Damit wird nicht nur die eigene **Verdachtskündigung** unwirksam, da der Arbeitnehmer gerade nicht angehört wurde, sondern der Arbeitgeber versäumt es überdies, wichtige Informationen vom Arbeitnehmer zu erhalten, die zum Einen geeignet sein können, seinen Kündigungsentschluss zu verstärken, zum Anderen aber auch geeignet sein können, den Arbeitnehmer zu entlasten.

Hinzukommt, dass gerade die Anhörung bestens geeignet ist, den Arbeitnehmer vor Ausspruch der Kündigung Wahlmöglichkeiten zu eröffnen.

Der Arbeitgeber hat die Möglichkeit dem Arbeitnehmer klar zu machen, was auf ihn zukommt, nämlich außerordentliche Kündigung mit der Folge einer Sperrzeit, Strafanzeige mit der Folge staatsanwaltlicher Ermittlungen und schlechtem Zeugnis

oder alternativ

Abschluss eines Aufhebungsvertrages (Sperrzeit!) oder Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung, verbunden mit einer Ausgleichsquittung, nach der der Arbeitnehmer eine kleine Abfindung erhält und sich die Parteien darüber hinaus über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund betriebsbedingter Kündigung einig sind.

Zwar ist regelmäßig damit zu rechnen, dass Arbeitnehmer nach Abschluss einer solchen Vereinbarung den Anwalt aufsuchen und eine Anfechtung der Vereinbarung erfolgt. Jetzt sind Sie jedoch in der besseren Situation, denn der Arbeitnehmer muss Ihnen nachweisen, dass Sie ihn bei Abschluss der Vereinbarung arglistig getäuscht oder bedroht haben.

Dieser Nachweis wird ihm regelmäßig nicht gelingen.

2. personenbedingte Kündigung

Ihr Problem als Arbeitgeber liegt weniger darin darzulegen, dass häufige Kurzeiterkrankungen oder eine Langzeiterkrankung betriebliche Auswirkungen haben.

Ob allerdings eine negative Prognose für die Zukunft gegeben ist und damit überhaupt erst die Frage nach einer unzumutbaren Beeinträchtigung beantwortet werden kann, vermag der Arbeitgeber regelmäßig nicht zu beurteilen.

Aus der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung kann der Arbeitgeber allenfalls auf die Qualifikation des Arztes schließen, nicht auf die Diagnose und schon gar nicht auf einen Krankheits- oder Heilungsverlauf.

Der Gesetzgeber hat allerdings ein interessantes Instrument geschaffen, das nicht nur dem Arbeitnehmer, sondern auch dem Arbeitgeber dienlich sein kann, das **BEM**, das betriebliche Eingliederungsmanagement gem. § 84 SGB IX, angesiedelt im Schwerbehinderten-Recht, jedoch anwendbar auf alle Arbeitnehmer.

Nach dieser Regelung ist der Arbeitgeber verpflichtet, spätestens nach Ablauf von sechs Wochen, mithin mit dem Ende der Entgeltfortzahlung und dem Beginn der Krankengeldzahlung ein sogenanntes betriebliches Eingliederungsmanagement durchzuführen, d. h. mit dem betroffenen Arbeitnehmer Möglichkeiten zu finden, die Arbeitsunfähigkeit zu überwinden und einen leidensgerechten Arbeitsplatz einzurichten.

Zu diesem Zweck soll der Arbeitgeber die notwendigen Gespräche mit dem Arbeitnehmer führen, um zu erkunden, woran der Arbeitnehmer leidet und was zur Überwindung dieses Leiden und zur Fortbeschäftigung des Arbeitnehmers im Betrieb des Arbeitgebers getan werden kann.

Unterlassen Sie das BEM, so wird dadurch Ihre Kündigung nicht per se unwirksam, aber es dreht sich die Beweislast im Prozess zu Ihren Lasten. Behauptet der Arbeitnehmer im Prozess, dass seine Fortbeschäftigung möglich gewesen wäre und haben Sie ein BEM nicht durchgeführt, so sind Sie darlegungs- und beweisbelastet für das Gegenteil.

Haben Sie dagegen das BEM angeboten und hat der Arbeitnehmer sich dem verweigert oder konnte kein positives Ergebnis gefunden werden, so ist es Sache des Arbeitnehmers im einzelnen darzulegen und zu beweisen, dass es entgegen dem Ergebnis des BEM weitere Beschäftigungsalternativen gegeben habe.

Das BEM stellt mithin eine Chance für den Arbeitgeber dar.

Mit dem BEM ist der Arbeitgeber geradezu verpflichtet, den Arbeitnehmer nach der Art und dem Grund seiner gesundheitlichen Beeinträchtigung zu fragen, um Beschäftigungsmöglichkeiten überhaupt einschätzen zu können. Der Arbeitgeber kann sich sogar vom Arbeitnehmer eine Schweigepflichtsentscheidungserklärung geben lassen, um entsprechende Informationen beim Arzt einzuholen.

Auf diese Weise gelingt es dem Arbeitgeber erstmals, die notwendigen Informationen zu beschaffen, um eine Prognose anzustellen und damit die Frage für sich zu beantworten, ob eine schwerwiegende zukünftige Beeinträchtigung vorliegt.

Das BEM ist im Übrigen gerade bei Scheinkranken äußerst hilfreich, dient es doch dazu, dem Patienten auf den Zahn zu fühlen.

Arbeitnehmer, die eine anderweitige Beschäftigung in Aussicht haben, befinden sich zuweilen in einem Dilemma.

Kündigen Sie das Arbeitsverhältnis, so bekommen sie keine Abfindung, bringen sie den Arbeitgeber zu einer Kündigung, so klagen sie dagegen und können vor dem Wechsel des Arbeitgebers eine Abfindung herausholen.

Wie aber bringen diese Arbeitnehmer den Arbeitgeber zur Kündigung?

Der einfachste Weg ist die Krankheit.

Man bleibt zu Hause, der Hausarzt schreibt gerne im Rahmen seiner Kundenpflege Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen, der Arbeitgeber kündigt. Das BEM gibt Ihnen die Möglichkeit, dagegen anzusteuern.

3. betriebsbedingte Kündigung

Betriebsbedingte Kündigungen haben nur dann Chancen, wenn sie tatsächlich ehrlich sind.

Arbeitgeber, die bestimmte Arbeitnehmer aus verhaltens-, oder personenbedingten Gründen loswerden wollen, und hierfür den Weg der betriebsbedingten Kündigung beschreiten wollen, scheitern regelmäßig.

Gelingt es Ihnen den Wegfall des Arbeitsplatzes tatsächlich darzulegen und zu beweisen, so scheitern Sie spätestens bei der Sozialauswahl oder am Ultima-Ratio-Prinzip, also der Frage der anderweitigen Möglichkeit der Beschäftigung des Arbeitnehmers im Betrieb.

Ein Arbeitgeber, der seinen Betrieb umstrukturieren möchte und aus diesem Grunde Teile seines Betriebes auslagert oder stilllegt, muss betriebsbedingte Kündigungen wie folgt vorbereiten.

Voraussetzung ist, dass er die Änderung seines Betriebes klar umreißt und als nachvollziehbare **unternehmerische Entscheidung** dokumentiert. Diese unternehmerische Entscheidung ist gerichtlich nicht nachprüfbar, soweit sie nicht völlig absurd und willkürlich ist.

Entscheidend ist, dass der Arbeitgeber im Weiteren darlegen und gegebenenfalls beweisen kann, dass durch seine unternehmerische Entscheidung ein oder mehrere Arbeitsplätze **entfallen** sind.

Dieser Nachweis gelingt ihm nicht, wenn er auf dem ehemaligen Arbeitsplatz Leiharbeitnehmer einsetzt. Steht fest, dass der Arbeitsplatz entfällt, so ist eine **Sozialauswahl** durchzuführen.

Diese erstreckt sich auf die mit dem, auf den wegfallenden Arbeitsplatz befindlichen Arbeitnehmer **vergleichbaren** Arbeitnehmer.

Vergleichbar ist nicht der Abteilungsleiter mit dem Referatsleiter, sondern nur die Abteilungsleiter untereinander oder die Referatsleiter untereinander, also vergleichbare Mitarbeiter auf horizontaler Ebene.

Führt der Arbeitgeber diese Sozialauswahl korrekt nach den Kriterien Alter, Dienstzugehörigkeit und Unterhaltsverpflichtungen durch, so hat er lediglich noch die Frage zu prüfen, ob anderweitige Möglichkeiten der Beschäftigung im Unternehmen vorhanden sind.

Ist dies der Fall, so muss er den Arbeitnehmer anderweitig einsetzen, gegebenenfalls sogar gegen dessen Willen eine entsprechende **Änderungskündigung** aussprechen.

Dass ein Arbeitgeber all diese Hürden mit Erfolg überspringt, ist bereits selten, weshalb nahezu jede betriebsbedingte Kündigung mit einem Abfindungsvergleich abgeschlossen wird.

Ein Arbeitgeber, der möglicherweise kurzfristig aufgrund einer von ihm nicht vorhergesehenen wirtschaftlichen Entwicklung großen Teilen der Belegschaft kündigen muss, wird es sehr schwer fallen unangreifbar betriebsbedingt zu kündigen.

Er ist im besten Fall bei gutwilligen Arbeitnehmern mit einem beachtlichen Abfindungsrisiko belastet. Bei Arbeitnehmern, die um ihren Arbeitsplatz kämpfen, kann dies für den Arbeitgeber ein Insolvenzrisiko bedeuten.

Interessanterweise sind in einer solchen Situation Arbeitgeber, in deren Betrieb sich die Arbeitnehmer kollektiv organisiert haben besser dran, als andere.

Verfügt der Betrieb des Arbeitgebers über einen Betriebsrat, der bei fünf bis 20 wahlberechtigten Arbeitnehmern aus einer Person, bei 21 bis 50 wahlberechtigten Arbeitnehmern aus drei Mitgliedern und bei 51 bis 100 wahlberechtigten Arbeitnehmern aus fünf Mitgliedern etc. besteht, dann gilt das Betriebsverfassungsgesetz.

Regelmäßig liegt dann eine Betriebsänderung vor, die mitbestimmungspflichtig ist. Mit dem Betriebsrat ist ein Interessenausgleich, gegebenenfalls sogar ein erzwingbarer Sozialplan auszuhandeln.

Was sich zunächst wie ein „wünsch dir was“ der Arbeitnehmervertretung anhört, stellt sich bei näherer Betrachtung als interessantes Instrument des Arbeitgebers dar.

Gem. § 1 Abs. 5 KSchG tragen nämlich Kündigungen aufgrund einer Betriebsänderungen mit Interessenausgleich und **Namensliste**, die Vermutung der sozialen Rechtfertigung in sich.

Zu Deutsch: wer mit dem Betriebsrat einen Interessenausgleich aushandelt und eine Liste der zu kündigenden Arbeitnehmer erstellt, die Bestandteil des Interessenausgleichs ist, hat relativ freie Bahn.

Der Vorteil für den Arbeitgeber:

Er hat mit dem Betriebsrat einen Ansprechpartner, dem er aus unternehmerischer Sicht darstellen kann, weshalb die Kündigungen notwendig sind. Er wird beim Betriebsrat regelmäßig Verständnis finden, muss dem Betriebsrat jedoch auch die Möglichkeit geben, sich vor den Arbeitnehmern zu profilieren. Dies geschieht im Rahmen des Interessenausgleichs mit Namensliste.

Im Rahmen eines Sozialplans werden Abfindungsbeträge verhandelt, die den Betrieb im Interesse des Betriebsrats, den Fortbestand ermöglichen. Am Fortbestand Ihres Betriebes hat der Betriebsrat nämlich mehr Interesse, als der Arbeitnehmer, der gehen muss. Wird dann dem Arbeitnehmer betriebsbedingt gekündigt, so kann er freilich Kündigungsschutzklage erheben, allerdings nur mit geringer Erfolgsaussicht, denn die Wirksamkeit der Kündigung wird nunmehr vermutet.

III Fazit

Arbeitsrecht ist Arbeitnehmerschutzrecht.

Hieraus folgt, dass die Hürden für den Arbeitgeber hoch sind, will er vor dem Arbeitsgericht zu einer für ihn günstigen Entscheidung gelangen.

Die Chancen des Arbeitgebers liegen daher nicht in der arbeitsgerichtlichen Auseinandersetzung, sondern im Vorfeld.

Der Ausspruch der Kündigung ist die Zäsur zwischen diesem Vorfeld und einer für den Arbeitgeber schwierigen gerichtlichen Auseinandersetzung.

Der Arbeitgeber muss daher seine Gestaltungsräume vor Ausspruch der Kündigung nutzen.

Im Bereich der verhaltensbedingten Kündigungen bedeutet dies, die Nutzung aller Möglichkeiten der Informationsbeschaffung, der Beweisdokumentation, die Konfrontation des Arbeitnehmers in einer für ihn überraschenden Weise und die Herbeiführung einer Befriedung ohne langes Zuwarten.

Im Bereich der personenbedingten Kündigungen, insbesondere der krankheitsbedingten Kündigung, steht ebenfalls die Informationsbeschaffung im Vordergrund, bei der dem Arbeitgeber das BEM behilflich ist.

In der wirtschaftlichen Schieflage des Unternehmens und der Notwendigkeit von betriebsbedingten Kündigungen im größeren Umfang, kann für den Arbeitgeber die Existenz eines Betriebsrats der Rettungsanker sein.

09.11.2012

Manfred Raber

Rechtsanwalt und
Fachanwalt für Arbeitsrecht