

### **I. Drei Prüfungsabschnitte der betriebsbedingten Kündigung**

Nach § 1 II 1 ist eine solche Kündigung sozial ungerechtfertigt, wenn sie nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers im Betrieb entgegenstehen, bedingt ist. Der Arbeitgeber hat darzulegen, auf Grund welcher Umstände er sich zu einem bestimmten unternehmerischen Handeln veranlasst sieht, das zu einer Verringerung des Beschäftigungsbedarfs. Dann ist zu prüfen, ob die betrieblichen Erfordernisse „dringende“ sind und die Kündigung „bedingen“.

#### **Die berechtigten betrieblichen Bedürfnisse bzw. Interessen (ab 1. 1. 2004)**

Der Gesetzgeber hat die Sozialauswahl auf die Gesichtspunkte Dauer der Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Unterhaltspflichten sowie Schwerbehinderung begrenzt. Der Arbeitgeber darf im Zeitpunkt der Auswahlentscheidung einen Antrag auf Anerkennung als Schwerbehinderter oder Gleichstellung nicht berücksichtigen, sondern nur Feststellungen nach § 69 SGB IX. Zu diesem Zeitpunkt kann er naturgemäß nicht wissen, ob dem Antrag nach Ausspruch der Kündigung stattgegeben wird. Es gibt nach wie vor keinen allgemein verbindlichen Bewertungsmaßstab dafür, wie die einzelnen Sozialdaten zueinander ins Verhältnis zu setzen sind. Die Sozialauswahl kann nicht mit mathematischer Genauigkeit durchgeführt werden. Der Arbeitgeber hat nach § 1 III 1 die sozialen Gesichtspunkte „ausreichend“ zu berücksichtigen, wie dies bei einem Punkteschema möglich wäre. Daraus folgt konkret: Die Kriterien der Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter und die Unterhaltspflichten vergleichbarer Arbeitnehmer sowie Schwerbehinderung sind in einem ausgewogenen Verhältnis zu berücksichtigen.

Es gilt weiterhin: die abgestufte Darlegung und Beweislast bei Sozialauswahl:

Der Arbeitnehmer hat die Tatsachen zu beweisen, die die Kündigung als sozial ungerechtfertigt im Sinne des § 1 III 1 erscheinen lassen. Zunächst muss deshalb der Arbeitnehmer behaupten, die soziale Auswahl sei fehlerhaft vorgenommen worden. Erst dann besteht für den Arbeitgeber Anlass, zur sozialen Auswahl überhaupt Stellung zu nehmen. Ist der Arbeitnehmer nicht in der Lage, substantiiert zur sozialen Auswahl Stellung zu nehmen, kann er vom Arbeitgeber Auskunft dazu verlangen, welche Arbeitnehmer in die soziale Auswahl einbezogen, welche sozialen Gesichtspunkte zugrundegelegt und wie sie bewertet worden sind. Kommt der Arbeitgeber dieser Verpflichtung überhaupt nicht nach, ist der Arbeitnehmer von einem weiteren substantiierten Bestreiten befreit.

Entspricht der Arbeitgeber hingegen dem Auskunftsverlangen, muss der Arbeitnehmer wieder vortragen und ggf. beweisen, welche vom Arbeitgeber in die Sozialauswahl einbezogenen Arbeitnehmer weniger schutzwürdig sein sollen oder welche weiteren Arbeitnehmer in die soziale Auswahl einzubeziehen sind.

### **II. Schwellenwert: Nichtanrechnung der befristet Beschäftigten**

Arbeitnehmer, deren Beschäftigung - aus welchen Gründen auch immer - nur vorübergehend ist, sind nicht mitzuzählen, weil aus ihrer Beschäftigung für die normale Betriebsgröße nichts abgeleitet werden kann (§ 17 KSchG). Aushilfsarbeitnehmer und Vertretungskräfte können aber im Einzelfall zu berücksichtigen sein, wenn eine bestimmte Anzahl regelmäßig mindestens sechs Monate im Kalenderjahr beschäftigt wird und mit einer derartigen Beschäftigung auch in Zukunft zu rechnen ist. Arbeitnehmer in ruhenden Arbeitsverhältnissen (Erziehungsurlaub, Mutterschutz, Wehrdienst, Zivildienst) werden mitgezählt. Der Arbeitnehmer im ruhenden Arbeitsverhältnis wird nicht mitgezählt, wenn eine Ersatzkraft für ihn eingestellt ist.

### **III. Der Abfindungsanspruch (§ 1a KSchG)**

§ 1a Abfindungsanspruch bei betriebsbedingter Kündigung besagt:

(1) 1Kündigt der Arbeitgeber wegen dringender betrieblicher Erfordernisse nach § 1 Abs. 2 Satz 1 und erhebt der Arbeitnehmer bis zum Ablauf der Frist des § 4 Satz 1 keine Klage auf Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist, hat der Arbeitnehmer mit dem Ablauf der Kündigungsfrist Anspruch auf eine Abfindung. 2Der Anspruch setzt den Hinweis des Arbeitgebers in der Kündigungserklärung voraus, dass die Kündigung auf dringende betriebliche Erfordernisse gestützt ist und der Arbeitnehmer bei Verstreichenlassen der Klagefrist die Abfindung beanspruchen kann.

(2) 1Die Höhe der Abfindung beträgt 0,5 Monatsverdienste für jedes Jahr des Bestehens des Arbeitsverhältnisses. 2§ 10 Abs. 3 gilt entsprechend. 3Bei der Ermittlung der Dauer des Arbeitsverhältnisses ist ein Zeitraum von mehr als sechs Monaten auf ein volles Jahr aufzurunden.

§ 1a beschränkt nicht die Vertragsfreiheit. Es besteht daher für die Arbeitsvertragsparteien weiter die Möglichkeit, durch eine einvernehmliche Regelung das Arbeitsverhältnis gegen Abfindung aufzulösen. Eine solche Möglichkeit der vertraglichen Gestaltung besteht auch noch, wenn bereits eine Kündigung ausgesprochen worden ist. Hierbei sind die Arbeitsvertragsparteien nicht an die Regelung in § 1a II gebunden.

Vertraglich kann auch eine niedrigere Abfindung angeboten werden. Ebenso ist es zulässig, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine Abfindung für Nichtklageerhebung bei einer personen- oder verhaltensbedingten Kündigung anbietet.

Die Erklärung kann wirksam nur vom Arbeitgeber oder einer entsprechend für Kündigungen bevollmächtigten Person abgegeben werden. Wird später nur über die Abfindung gestritten, wird nicht nachgeprüft, ob die Voraussetzungen für eine betriebsbedingte Kündigung tatsächlich vorlagen. Bei mehreren Kündigungen muss der Hinweis für jede Kündigung wiederholt werden. Wird wegen personen- oder verhaltensbedingten Gründen gekündigt, greift § 1a nicht. Es bleibt den Arbeitsvertragsparteien hier überlassen, sich vertraglich auf eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses und die Zahlung einer Abfindung zu einigen.

*Vgl. Anhang 1 und Anhang 2 Beispielsfälle*

#### **IV. Der Betriebsübergang (§ 613a BGB)**

Die Begriffsbestimmung des EuGH zum Betriebsübergang hat im Wesentlichen in die aktuelle „Betriebsübergangsrichtlinie“ 2001/23/EG Eingang gefunden. Danach kommt es auf den **„Übergang einer ihre Identität bewahrenden wirtschaftlichen Einheit im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit“** an. Es ist eine **Gesamtbewertung** vorzunehmen nach folgenden Kriterien:

1. die Art des Unternehmens,
2. der Übergang der Aktiva,
3. der Wert der immateriellen Aktiva,
4. die Übernahme der Arbeitnehmer,
5. die Übernahme der Kundschaft,
6. die Ähnlichkeit der Tätigkeit vor und nach der Übernahme
7. sowie die Dauer einer Unterbrechung der Geschäftstätigkeit.

#### **Funktionsnachfolge-Out-Sourcing (EuGH Rechtsprechung)**

In dem sog. „Ayse Sützen“ Fall (AP EWG-Richtlinie Nr. 77/187 Nr. 14 = EAS RL 77/187/EWG Art. 1 Nr. 13 = NZA 1997, 433) hatte der EuGH herausgestellt, dass als wirtschaftliche Einheit nicht die bloße Tätigkeit („Christel Schmidt“ Fall) verstanden werden dürfe. Ob ein Betriebsübergang oder eine bloße Funktionsnachfolge vorliegt, hängt nach der jetzigen Rechtsprechung davon ab, ob bloße Übernahme einer Tätigkeit (ohne die Übernahme sonstiger Betriebsmittel oder der Belegschaft) oder Übernahme der Tätigkeit mit Übernahme von Betriebsmitteln oder Belegschaftsteilen vorliegt. In der „Carlito Abler“ Entscheidung des EuGH, ging es um einen Caterer der in einem Krankenhaus eine Kantine betrieb. Die Räumlichkeiten wurden gestellt, ebenso das notwendige Inventar wie Küche und Speisesäle, jedoch übernahm der Caterer auch dazu keine Arbeitnehmer des Krankenhauses. Es kündigte dann das Krankenhaus unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist den Vertrag und erteilte einem anderen Unternehmen den Auftrag. Der europäische Gerichtshof entschied, dass die Verpflegung nicht als eine Tätigkeit angesehen werden kann, bei es im wesentlichen auf die menschliche Arbeitskraft ankommt, da dafür Inventar in beträchtlichem Umfang erforderlich ist. Der Übergang der Räumlichkeiten und des vom Krankenhaus zur Verfügung gestellten Inventars, der für die Zubereitung und die Verteilung der Speisen an die Patienten und das Krankenhauspersonal unerlässlich erscheint, reicht aber für die Erfüllung der Merkmale des Übergangs der wirtschaftlichen Einheit aus.

Zusammenfassend kehrt damit der Europäischer Gerichtshof wieder zu den in der so genannten "Christel Schmidt Entscheidung" aufgestellten Grundsätzen zurück und knüpft nicht mehr nur an die so genannte wirtschaftliche Einheit an sondern an eine so genannte Funktionsnachfolge.

### **Informationspflicht des Arbeitgebers**

Zur Unterrichtung der Arbeitnehmer sind sowohl der bisherige als auch der neue Inhaber des Betriebs oder Betriebsteils verpflichtet. Inhaber des Auskunftsanspruchs nach § 613a V BGB ist jeder Arbeitnehmer, der dem übergehenden Betrieb oder Betriebsteil zuzuordnen ist und dessen Arbeitsverhältnis auf den Erwerber übergeht. Für die Unterrichtung des Arbeitnehmers ist Textform iSd. § 126b BGB vorgeschrieben. Inhalt der Mitteilung: Zeitpunkt des Betriebsübergangs, Hinweis, dass durch den Betriebsübergang ein Arbeitgeberwechsel eintritt, Auswirkungen auf tarif- und betriebsverfassungsrechtlichen Regelungen und Hinweis auf die einjährige Veränderungssperre des § 613a I 2 BGB.

### **Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers**

Der Widerspruch muss schriftlich innerhalb eines Monats nach Zugang der Unterrichtung erklärt werden. Adressat des Widerspruchs kann nach § 613a VI 2 sowohl der Betriebsveräußerer als auch der Betriebserwerber sein.

### **V. Aufhebungs- und Abwicklungsverträge - Sperrzeit**

Aufhebungsverträge bedürfen seit dem 1. 5. 2000 wegen § 623 BGB der Schriftform. Zum Mindestinhalt des Aufhebungsvertrags gehört die Vereinbarung über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu einem konkreten Zeitpunkt. Ein Abwicklungsvertrag setzt die Kündigung des Arbeitsverhältnisses voraus. Er regelt im Anschluss daran die Modalitäten der Abwicklung. Nach der Rspr. des BSG (Urteil vom 18.12.03 – B 11 AL 35/03 R) löst ein Abwicklungsvertrag die sozialrechtlichen Folgen eines Aufhebungsvertrags aus (Sperrfrist). Denn der Arbeitnehmer würde sich auch in einem solchen Fall aktiv an der Beendigung seines Arbeitsverhältnisses beteiligen. Sofern der Arbeitnehmer einen wichtigen Grund hat, entfällt die Anordnung einer Sperrzeit. Einen wichtigen Grund einen Aufhebungsvertrag zu schließen besteht, wenn die betriebsbedingte Kündigung objektiv rechtmäßig wäre.

Bei Abwicklungsverträgen, die vor dem Arbeitsgericht geschlossen werden gilt, dass durch Erhebung der Kündigungsschutzklage der Arbeitnehmer zu erkennen gibt, dass er die Kündigung nicht hinnimmt und nur auf richterlichen Vorschlag einen Abwicklungsvertrag schließt. Deshalb i. d. R. kein Lösen des Beschäftigungsverhältnisses. Jedenfalls wird somit i. d. R. durch das Führen eines Kündigungsschutzprozesses eine Sperrzeit vermieden. Ansonsten dürfte bei dem Abschluss von Abwicklungsverträgen eine dreimonatigen Sperrzeit bei der Verhandlung über die Abfindungshöhe zu bedenken sein.

Folge der Entscheidung ist: Arbeitnehmer werden in Kündigungsschutzprozesse gezwungen, die durch außergerichtliche Abwicklungsverträge bisher vermieden wurden.

### **Freibeträge bei Abfindungen**

Auf Abfindungen wegen einer vom Arbeitgeber veranlassten oder vom Gericht ausgesprochenen Auflösung des Arbeitsverhältnisses ist Einkommensteuer zu entrichten, wobei Steuerschuldner der Arbeitnehmer ist. Jedoch gibt es nach Alter und Betriebszugehörigkeit gestaffelte Steuerfreibeträge. Seit 01.01.2004 gilt ein Freibetrag von EUR 7.200. Hat der Arbeitnehmer das 50. Lebensjahr vollendet und das Dienstverhältnis 15 Jahre bestanden, bleiben EUR 9.000 steuerfrei. Hat der Arbeitnehmer das 55. Lebensjahr vollendet und das Dienstverhältnis 20 Jahre bestanden, bleiben EUR 11.000 steuerfrei.

### **VI. Aufhebungsverträge und deren Vereinbarkeit mit einer Kontrolle der allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB)**

Seit dem 1. 1. 2002 gilt ein Arbeitsverträge als ein Verbrauchervertrag. Nach § 310 III Nr. 1 BGB gelten die AGB als vom Arbeitgeber gestellt, soweit sie nicht ausnahmsweise auf Veranlassung des Arbeitnehmers in den Vertrag aufgenommen worden sind. Bei mehrdeutigen Klauseln gilt die Unklarheitenregel des § 305 IIc BGB. Die Unklarheitenregel hat die Funktion, bei objektiv mehrdeutigen Klauseln eine Auslegungshilfe zu geben, und in diesem Fall die Interessen des Verwenders hinter denjenigen der anderen Partei zurücktreten zu lassen. Die Norm beruht auf dem Gedanken, dass es Sache derjenigen Partei ist, welche die

Vertragsgestaltungsfreiheit für sich in Anspruch nimmt, sich klar und unmissverständlich auszudrücken. Unklarheiten gehen zu ihren Lasten

Für die Inhalts- bzw. Angemessenheitskontrolle fehlt es bislang an entwickelten Leitlinien.

Es ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Eine unangemessene Benachteiligung liegt im Zweifel auch dann vor, wenn wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so eingeschränkt werden, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.

Mögl. Einzelkriterien bei der Angemessenheitskontrolle:

Die Art des Arbeitsvertrags, der Status des Arbeitnehmers, der konkret vereinbarte Inhalt, die Vergütungsform und der zeitliche Umfang der geschuldeten Tätigkeiten sowie die Dauer der Vertragsbeziehung können für die jeweilige Wirksamkeit der Vertragsklauseln relevant sein. Allerdings kann nicht generell von einer geringeren Kontrollbedürftigkeit von Teilzeitarbeitsverträgen ausgegangen werden, weil auch diese die Existenzgrundlage des Arbeitnehmers bilden können. Dies kann etwa bei der Kontrolle von Überstundenpauschalierungen relevant werden.

Der gesamte Vertragsinhalt ist zu betrachten und nicht nur die isolierte Vertragsklausel. Summierende und kompensierende Effekte sind zu berücksichtigen (Beispiel: Mankoabrede, deren Zulässigkeit von einem kompensatorischen finanziellen Ausgleich abhängig ist).

Rückzahlungsklauseln für Ausbildungskosten, wo die Bindung umso eher zuzumuten ist, je größer der mit der Ausbildung verbundene berufliche Vorteil ist: Gerechte Risikoverteilung spielt bei der Inhaltskontrolle eine hervorragende Rolle. Prinzipiell hat der Arbeitgeber das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko zu tragen, das er nicht ohne Weiteres auf den Arbeitnehmer abwälzen darf. Dies ist schon im Rahmen des § 138 BGB anerkannt. Auch Vertragsgestaltungen, die das Beschäftigungsrisiko auf den Arbeitnehmer verlagern, sind regelmäßig unzulässig. Ein wesentlicher Aspekt der Angemessenheitskontrolle vertraglicher Bindungsklauseln ist die einseitige Kündigungserschwerung. Mit ihm sollen unzumutbare Beschränkungen der Vertrags- und Kündigungsfreiheit des Arbeitnehmers abgewendet werden. Die Bindung einer Eigenkündigung an eine Abfindung wurde ebenso als unzulässige Kündigungsbeschränkung gewertet wie die Erstattung von Ablösekosten bzw. die Übernahmepflicht für ein dienstlich genutztes Leasing-Fahrzeug

## VII. Aufhebungsvertrag als Haustürgeschäft?

Entschieden hat der BAG (Entscheidung vom 27.11.2003 2 AZR 135/03), dass der Abschluss eines Abwicklungsvertrages oder eines Aufhebungsvertrages in den Räumen des Arbeitgebers kein Haustürgeschäft i. S. des § 312 BGB ist und dass der Arbeitnehmer deshalb nicht zum Widerruf seiner Erklärung (Aufhebungsvertrag/Abwicklungsvertrag) berechtigt ist.

Uwe Melzer  
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Forststr. 57, 70176 Stuttgart  
Tel.: 0711-50536400 / Fax 0711-50536409