

Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Grundsatz
3. Der "freie" Arbeitsplatz
4. Rechtsprechungs-ABC
 - 4.1 Alternative Beschäftigungsmöglichkeiten
 - 4.2 Anforderungsprofil
 - 4.3 Antrag
 - 4.4 Ausgleichszahlung
 - 4.5 Ausländischer Arbeitsplatz - 1
 - 4.6 Ausländischer Arbeitsplatz - 2
 - 4.7 Ausnahmefall
 - 4.8 Ausschreibung
 - 4.9 Beschäftigungsanspruch schwerbehinderter Menschen?
 - 4.10 Beschäftigung von Leiharbeitnehmern
 - 4.11 Darlegungs- und Beweislast
 - 4.12 Fortbildung/Umschulung
 - 4.13 Frei werdender Arbeitsplatz - 1
 - 4.14 Frei werdender Arbeitsplatz - 2
 - 4.15 Gesundheitliche Einschränkungen
 - 4.16 Konzernbeschäftigung - 1
 - 4.17 Konzernbeschäftigung - 2
 - 4.18 Konzernbeschäftigung - 3
 - 4.19 Objektive Möglichkeit
 - 4.20 Öffentlicher Dienst
 - 4.21 Prüfungsumfang
 - 4.22 Rechtsmissbrauch - 1
 - 4.23 Rechtsmissbrauch - 2
 - 4.24 Ultima-Ratio-Prinzip
 - 4.25 "Unkündbarer" Arbeitnehmer
 - 4.26 Unterbringung in einem anderen Betrieb
 - 4.27 Weiterbeschäftigungsanspruch
 - 4.28 Weiterbeschäftigungsantrag - Streitwert
 - 4.29 Weiterbeschäftigungspflicht

Information

1. Allgemeines

Der **Abbau eines oder mehrerer Arbeitsplätze** ist das Ziel einer betriebsbedingten Kündigung. Die betrieblichen Erfordernisse, mit denen diese Kündigung gerechtfertigt werden soll, müssen jedoch dringend sein. Das führt zu der Annahme, dass eine **Beendigungskündigung** solange **ausgeschlossen** ist, wie die Möglichkeit einer **Weiterbeschäftigung** besteht. Kann der Arbeitnehmer nämlich **auf einem anderen freien Arbeitsplatz oder zu geänderten Arbeitsbedingungen** (s. dazu das Stichwort Kündigung - betriebsbedingt: Änderungskündigung) weiter beschäftigt werden, fehlt dem betrieblichen Erfordernis halt die **Dringlichkeit**.

Der Arbeitgeber braucht sich von seinem Mitarbeiter nicht zu trennen, wenn er ihn weiter arbeiten lassen kann.

Das sieht zunächst recht einfach aus. Die bloß theoretische **Möglichkeit einer Weiterbeschäftigung** reicht allerdings nicht. Die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses muss beiden Vertragspartnern **objektiv und subjektiv** möglich sein. Ein freier Arbeitsplatz nützt nichts, wenn der gekündigte Mitarbeiter dafür nicht die passende Qualifikation hat.

2. Grundsatz

Schon § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG sagt, dass die dringenden betrieblichen Erfordernisse "einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen" müssen. Nach dem **Ultima-Ratio-Prinzip** ist eine Beendigungskündigung ohnehin immer das letzte Mittel, zu dem ein Arbeitgeber greifen darf, um in ein Arbeitsverhältnis einzugreifen. Solange es eine **Weiterbeschäftigungsmöglichkeit** gibt, ist sie zu **nutzen**.

Beispiele:

- (1) Arbeitgeber A1 möchte eine Fertigungsstrecke stilllegen. Die praktische Umsetzung dieser unternehmerischen Entscheidung führt dazu, dass zukünftig 3 Arbeitsplätze dauerhaft wegfallen. A1 hat die Möglichkeit, die betroffenen Arbeitnehmer N1 bis N3 auf vergleichbaren Arbeitsplätzen in einer anderen Fertigungsstrecke weiter zu beschäftigen. A1 darf nun nicht kündigen, sondern muss N1 bis N3 auf diesen Arbeitsplätzen einsetzen. Er hat Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten. Dazu kann er über sein Direktionsrecht eine Versetzung vornehmen oder er muss - wo es vertraglich nicht anders geht - eine Änderungskündigung aussprechen.
- (2) Arbeitgeber A2 möchte ebenfalls eine Fertigungsstrecke stilllegen. Bei ihm sind ebenfalls drei Arbeitsplätze betroffen. A2 hat allerdings keine vergleichbaren Arbeitsplätze, sondern nur drei Stellen, die ein wenig unattraktiver und geringer vergütet sind. Auch A2 darf die Arbeitsverhältnisse der betroffenen Mitarbeitern M1 bis M3 nicht einfach beenden. Er muss ihnen im Rahmen einer Änderungskündigung die Weiterbeschäftigung zu schlechteren Arbeitsbedingungen anbieten. Er hat eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit, die - lehnt man sich an den Text des § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG an - einer Kündigung des Arbeitnehmer in diesem Betrieb entgegensteht.
- (3) Auch Arbeitgeber A3 baut eine Fertigungsstrecke ab. Auch bei ihm sind drei Stellen betroffen. A3 hat aber weder gleichwertige freie Stellen noch freie Stellen, auf denen er die überflüssig gewordenen Kräfte K1 bis K3 zu geänderten Arbeitsbedingungen weiter beschäftigen könnte. Er hat keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit. Unter der Voraussetzung, dass auch alle weiteren Anforderungen an eine sozial gerechtfertigte betriebsbedingte Kündigung erfüllt sind, darf A3 die Arbeitsverhältnisse seiner Mitarbeiter K1 bis K3 beenden.

Eine **Austauschbarkeit** kann zunächst **bei völliger Identität der Arbeitsplätze** bejaht werden. Eine Austauschbarkeit kommt **aber auch dann** in Betracht, wenn

- der Arbeitnehmer aufgrund seiner bisher wahrgenommenen **Aufgaben** und
- seiner beruflichen **Qualifikation** dazu in der Lage ist,
- **andersartige aber gleichwertige Arbeiten** anderer Mitarbeiter zu übernehmen.

Objektive Merkmale einer Vergleichbarkeit sind insbesondere die Berufsausbildung, die Berufsgruppenzugehörigkeit, die gleiche hierarchische Ebene und in Grenzen auch die tarifliche Eingruppierung (LAG Hamm, 30.11.2005 - 2 Sa 1928/04). Die **Weiterarbeit** muss beiden Vertragsteilen - Arbeitgeber und Arbeitnehmer - **objektiv möglich und zumutbar** sein. Das heißt, es muss

- ein **gleichwertiger freier vergleichbarer Arbeitsplatz** oder
- ein **freier Arbeitsplatz zu geänderten** - wenn auch schlechteren - **Arbeitsbedingungen**

vorhanden sein und der Arbeitnehmer die dafür erforderlichen **Fähigkeiten und Kenntnisse** besitzen (LAG München, 29.06.2006 - 4 Sa 148/06).

3. Der "freie" Arbeitsplatz

Bei Beantwortung der Frage, ob ein **freier Arbeitsplatz** vorhanden ist, kommt es auf den **Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung** an. Frei ist ein Arbeitsplatz, der im Kündigungszeitpunkt **unbesetzt** ist (BAG, 15.12.1994 - 2 AZR 327/94).

Beispiel:

Arbeitgeber A1 spricht gegenüber Mitarbeiter M1 am 30.06. zum 31.08. eine betriebsbedingte Kündigung aus. Am 30.06. hat A1 zwei vergleichbare freie Arbeitsplätze, in deren Anforderungsprofil M1 genau hineinpasst. A1 muss diese beiden Arbeitsplätze in seine Kündigungsentscheidung einbeziehen. Das führt zu dem Ergebnis, dass seine Kündigung unwirksam ist, weil für M1 eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit besteht.

Der freie Arbeitsplatz muss für den gekündigten Arbeitnehmer **objektiv geeignet und subjektiv zumutbar** sein.

Beispiel:

Arbeitgeber A2 spricht gegenüber Mitarbeiter M2 am 27.08. die Kündigung zum 31.10. aus. M2 ist Bilanzbuchhalter. A2 hat im Zeitpunkt der Kündigung drei freie Arbeitsplätze: Gebäudereinigung, Empfang und Vertriebsleitung. M2 hat keinen Anspruch auf Beförderung, sodass die Stelle des Vertriebsleiters keine zu berücksichtigende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit ist. Als Bilanzbuchhalter braucht M2 keine Tätigkeiten anzunehmen, die weit unter seinem Status und unter seiner hierarchischen Ebene liegen. Insoweit kommt auch eine Weiterbeschäftigung als Gebäudereiniger oder Pförtner nicht in Betracht (es sei denn, M2 erklärt sich dazu ausdrücklich bereit). Damit hat A2 keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit mehr für M2 und er darf dessen Arbeitsverhältnis beenden.

Aber nicht nur freie, auch **frei werdende Arbeitsplätze** sind zu berücksichtigen. Dabei ist zunächst wiederum auf den **Zeitpunkt der Kündigung** abzustellen.

Beispiele:

- (1) Arbeitgeber A3 hat das Beschäftigungsverhältnis von Mitarbeiter M3 am 14.10. zum 15.11. beendet. Zu diesem Zeitpunkt hatte ein vergleichbarer Arbeitnehmer, N1, selbst gekündigt, weil er sich beruflich verbessern wollte. Das Beschäftigungsverhältnis des N1 wird am 15.11. enden. A3 hatte damit im Zeitpunkt der Kündigung des M3 eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit, die er M3 hätte anbieten müssen. Seine Kündigung ist sozial nicht gerechtfertigt, weil dafür keine dringenden betrieblichen Erfordernisse vorliegen.
- (2) Arbeitgeber A4 kündigt das Beschäftigungsverhältnis von Mitarbeiter M4 am 19.10. zum 31.12. An diesem Tag werden auch die Beschäftigungsverhältnisse der vergleichbaren Arbeitnehmer N2 bis N4 enden, die A4 befristet eingestellt hatte. Damit war im Kündigungszeitpunkt absehbar, dass ab dem 01.01. drei Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten vorhanden sein werden. Das führt nun dazu, dass die Kündigung des M4 sozial nicht gerechtfertigt ist.

Darüber hinaus sind auch Arbeitsplätze mit in die Beurteilung einzubeziehen, bei denen im Zeitpunkt der Kündigung bereits feststeht, dass sie **in absehbarer Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist frei** werden, sofern dem Arbeitgeber die **Überbrückung des Zeitraums** zumutbar ist (BAG, 15.12.1994 - 2 AZR 327/94).

Beispiel:

Arbeitgeber A5 kündigt das Arbeitsverhältnis von Mitarbeiter M5 zum 31.01. Im Kündigungszeitpunkt liegt bereits die Kündigung des Arbeitnehmers N5 vor, der zum 15.02. ausscheiden wird. M5 könnte auf dem Arbeitsplatz des N5 nach kurzer und zumutbarer Einarbeitungszeit, die auch ein neu eingestellter Mitarbeiter benötigen würde, weiter beschäftigt werden. A5 ist wegen dieser Weiterbeschäftigungsmöglichkeit daran gehindert, das Beschäftigungsverhältnis von M5 zu beenden.

Obwohl bei der Beurteilung freier Arbeitsplätze auf den Kündigungszeitpunkt abzustellen ist, gilt: *"Dem betriebsbedingt gekündigten Arbeitnehmer kann ein Wiedereinstellungsanspruch zustehen, wenn sich zwischen dem Ausspruch der Kündigung und dem Ablauf der Kündigungsfrist unvorhergesehen eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit ergibt. Entsteht diese erst nach Ablauf der Kündigungsfrist, besteht grundsätzlich kein Wiedereinstellungsanspruch"* (BAG - 28.06.2000 - 7 AZR 904/98 - Leitsatz Nr. 3). Insoweit kann auch ein Arbeitsplatz, der unvorhersehbar erst **im Lauf der Kündigungsfrist** frei wird, eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit sein, die einer Kündigung wegen dringender betrieblicher Erfordernisse entgegensteht.

4. Rechtsprechungs-ABC

An dieser Stelle werden einige der interessantesten **Entscheidungen** zum Thema betriebsbedingte Kündigung und Weiterbeschäftigung **in alphabetischer Reihenfolge** nach Stichwörtern geordnet hinterlegt:

4.1 Alternative Beschäftigungsmöglichkeiten

Arbeitgeber nutzen häufig die Möglichkeit, anstelle von Stammitarbeitern **Leiharbeiter** einzusetzen. Das bietet sich insbesondere an, wenn Ausfallzeiten oder Produktionsspitzen abgedeckt werden müssen. Werden die Leiharbeiter dagegen regelmäßig mit nur wenigen Unterbrechungen (z.B. während der Werksferien und/oder zum Jahresende) eingesetzt, ist das ein Punkt, der bei der betriebsbedingten **Kündigung von Stammitarbeitern** zu berücksichtigen ist. Diese Kündigungen können nämlich unwirksam sein, wenn sich für die zu kündigenden Stammitarbeiter alternative Beschäftigungsmöglichkeiten auftun, weil der Arbeitgeber die Leiharbeiter nicht nur temporär einsetzt, sondern mit ihnen "ein nicht schwankendes, **ständig vorhandenes (Sockel-)Arbeitsvolumen** abdeckt" (LAG Köln, 02.09.2020 – 5 Sa 14/20 u. 5 Sa 295/20 – mit der weiteren Begründung, dass man die Arbeitsplätze, auf denen die Leiharbeiter beschäftigt werden, als "freie" Arbeitsplätze i.S.d. Kündigungsschutzrechts ansehen muss).

4.2 Anforderungsprofil

Ein Arbeitgeber kann Arbeitnehmer gemäß § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG nur dann auf einem freien Arbeitsplatz weiterbeschäftigen, wenn diese Mitarbeiter das Anforderungsprofil **der freien Stelle** - unter Umständen auch erst nach einer dem Arbeitgeber zumutbaren **Fortbildung oder Umschulung** - erfüllen (s. dazu BAG, 29.08.2013 - 2 AZR 721/12). Braucht der Arbeitnehmer behördliche **Erlaubnisse oder Genehmigungen**, um das Stellenprofil für den freien Arbeitsplatz zu erfüllen, muss im Zeitpunkt der Kündigung die berechtigte Erwartung da sein, dass der Arbeitnehmer Erlaubnisse und Genehmigungen in zumutbarer Zeit besitzen wird. "Es reicht nicht aus, dass die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nur mit gewisser Wahrscheinlichkeit gesichert ist" (BAG, 27.07.2017 - 2 AZR 476/16 - mit Hinweis auf BAG, 07.02.1991 - 2 AZR 205/90).

4.3 Antrag

Man achte auf die Feinheiten: Stellt der Kläger im Kündigungsschutzprozess einen **auf Weiterbeschäftigung** gerichteten Antrag, kann dieser Antrag nicht als Antrag **auf Wiedereinstellung** ausgelegt werden. Der Weiterbeschäftigungsanspruch hängt nämlich davon ab, dass noch ein **Beschäftigungsverhältnis** besteht. Bei einem Antrag auf Wiedereinstellung soll ein beendetes Arbeitsverhältnis wieder aktiviert werden - und das lässt sich mit einem Antrag auf Weiterbeschäftigung nicht erreichen (BAG, 24.08.2006 - 8 AZR 317/05).

4.4 Ausgleichszahlung

Der Tarifvertrag über sozialverträgliche Begleitmaßnahmen im Zusammenhang mit der Umgestaltung der Bundeswehr – TV UmBw – bestimmt in § 17 Abs. 1 Satz 1: "**Ansprüche** aus Abschnitt I dieses Tarifvertrags

enden mit Ablauf des Kalendermonats vor dem Kalendermonat, in dem die/der Beschäftigte die Voraussetzungen nach dem SGB VI für den **Bezug einer ungekürzten Vollrente** wegen Alters oder einer entsprechenden Leistung einer Versicherungs- oder Versorgungseinrichtung im Sinne des § 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB VI oder der Zusatzversorgung erfüllt."

Der TV UmBw sieht in § 11 – Härtefallregelung – eine **monatliche Ausgleichszahlung** in Fällen vor, in denen Beschäftigten kein Arbeitsplatz angeboten werden kann. Mit diesen Mitarbeitern kann dann eine Ruheensregelung vereinbart werden – aber was ist mit schwerbehinderten Arbeitnehmern, die **früher in Rente** gehen können? "Der in § 17 Abs. 1 Satz 1 TV UmBw vorgesehene Ausschluss ist unwirksam, soweit er **bei schwerbehinderten Beschäftigten** die Ausgleichszahlung gemäß § 11 TV UmBw bereits ab dem Zeitpunkt entfallen lässt, ab dem diese vor Erreichen der Regelaltersgrenze die Möglichkeit zum Bezug einer ungekürzten Altersrente (§§ 37, 236a SGB VI) haben. § 17 Abs. 1 Satz 1 TV UmBw benachteiligt schwerbehinderte Menschen wegen ihrer Schwerbehinderung" (BAG, 05.09.2019 – 6 AZR 533/18).

4.5 Ausländischer Arbeitsplatz - 1

Der Geltungsbereich des KSchG richtet sich nach dem Territorialprinzip. Es gilt für den **Beschäftigungsort Bundesrepublik**. Auch wenn ein Arbeitgeber nach § 1 Abs. 2 KSchG verpflichtet ist, einem zu kündigenden Mitarbeiter vor Ausspruch einer Beendigungskündigung die Weiterbeschäftigung auf einem anderen freien Arbeitsplatz anzubieten: Diese Verpflichtung besteht nur für Arbeitsplätze im KSchG -Anwendungsbereich, also für Arbeitsplätze in Deutschland. Die Weiterbeschäftigungspflicht erstreckt sich nicht auf Arbeitsplätze, die in einem ausländischen Betrieb des Arbeitgebers frei sind. Hat der Arbeitgeber dann, weil er seine gesamte Produktion ins Ausland verlegt hat, im Inland keine Möglichkeit mehr Mitarbeiter zu beschäftigen, kann das eine Kündigung wegen dringender betrieblicher Gründe sozial rechtfertigen (BAG, 29.08.2013 - 2 AZR 809/12).

4.6 Ausländischer Arbeitsplatz - 2

"1. Die aus § 1 Abs. 2 Satz 2 und Satz 3 KSchG folgende Verpflichtung des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer zur **Vermeidung einer Beendigungskündigung** an einem anderen - freien - Arbeitsplatz zu beschäftigen, erstreckt sich grundsätzlich nicht auf Arbeitsplätze in einem im Ausland gelegenen Betrieb oder Betriebsteil des Unternehmens. 2. Eine über die Vorgaben des KSchG hinausgehende '**Selbstbindung**' des **Arbeitgebers** zur Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in einem im Ausland gelegenen Betrieb des Unternehmens mag sich im **Einzelfall** aus § 241 BGB , aus § 242 BGB oder aus einem Verzicht auf den Ausspruch einer Beendigungskündigung ergeben können" (BAG, 24.09.2015 - 2 AZR 3/14 - Leitsätze).

4.7 Ausnahmefall

In seltenen Ausnahmefällen kann es dem Arbeitgeber im Rahmen einer **Interessenabwägung** zuzumuten sein, den gekündigten Arbeitnehmer vorübergehend weiter zu beschäftigen. Das ist der Fall, wenn der Arbeitnehmer **wegen schwerwiegender persönlicher Umstände** besonders schutzwürdig ist. Hier muss man unterm Strich zu dem Ergebnis kommen, dass **Gesichtspunkte** vorliegen, die eine Interessenabwägung ausnahmsweise trotz der an sich vorliegenden dringenden betrieblichen Erfordernisse zu Gunsten des Arbeitnehmers hätten beeinflussen können (LAG Rheinland-Pfalz, 27.06.2007 - 8 Sa 936/06).

4.8 Ausschreibung

Der Arbeitgeber ist nach § 93 BetrVG verpflichtet, **auf Verlangen seines Betriebsrats** Arbeitsplätze, die besetzt werden sollen, "*allgemein oder für bestimmte Arten von Tätigkeiten vor ihrer Besetzung innerhalb des Betriebs*" auszuschreiben. § 93 BetrVG sieht **keine generelle Ausschreibung** vor, sondern nur dann, wenn der Betriebsrat es verlangt. Zu den Arbeitsplätzen, "*die besetzt werden sollen*", gehören auch Arbeitsplätze, die **mit Leiharbeitern besetzt** werden sollen. Der Betriebsrat kann die "*Ausschreibung von sämtlichen Arbeitsplätzen verlangen, die der Arbeitgeber zu besetzen beabsichtigt*." Der Arbeitsplatz wird nämlich allein durch die Besetzung mit einem Leiharbeiter nicht dem innerbetrieblichen Stellenmarkt entzogen (BAG, 15.10.2013 - 1 ABR 25/12).

4.9 Beschäftigungsanspruch schwerbehinderter Menschen?

Der vereinfachte Fall: Das Arbeitsverhältnis des schwerbehinderten Mitarbeiters S unterfiel einem tariflichen Sonderkündigungsschutz. Sein Arbeitgeber A wurde insolvent und kündigte das Arbeitsverhältnis im Rahmen der **InsO-Eigenverwaltung**. Zuvor hatte A mit seinem Betriebsrat einen Interessenausgleich mit Namensliste i. S. des § 125 InsO vereinbart und den zukünftigen Mitarbeiterbedarf auf sein **neues unternehmerisches Konzept** abgestellt. S meinte, er habe als Schwerbehinderter gemäß § 164 Abs. 4 SGB IX (= § 81 Abs. 4 SGB IX a.F.) einen Beschäftigungsanspruch.

Das Bundesarbeitsgericht sah das anders. Der tarifliche Sonderkündigungsschutz hat wegen § 113 Satz 1 InsO keine Wirkung - wogegen keine verfassungsrechtliche Bedenken bestehen. Und weil A nach seiner **neuen organisatorischen Ausrichtung** keine geeignete Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für S mehr hat, kommt auch der Anspruch aus § 164 Abs. 4 SGB IX nicht zum Tragen. A war **nicht verpflichtet**, für S einen **neuen Arbeitsplatz zu schaffen** oder seinen früheren zu erhalten. Nach seinem neuen Organisationskonzept - die Hilfstätigkeiten, die S ausübte, werden nun von den Fachkräften miterledigt - war S' Arbeitsplatz nicht mehr vorhanden. S wurde nicht mehr gebraucht (BAG, 16.05.2019 - 6 AZR 329/18).

4.10 Beschäftigung von Leiharbeitnehmern

Unabhängig von der Vorhersehbarkeit eventueller Vertretungszeiten im Allgemeinen **fehlt es an einem freien Arbeitsplatz**, wenn der Arbeitgeber Leiharbeiter nur als externe **Personalreserve** zur Abdeckung von Vertretungsbedarf einsetzen will. Bei dieser Art Einsatz werden keine eigenen durch fremde Arbeitnehmer des Verleihers ausgetauscht. Dann sollen Leiharbeiter **nicht dauerhaft im Betrieb**, sondern bloß zur Vertretung anderer Mitarbeiter auf deren Arbeitsplätze beschäftigt werden. *"Auch wenn sie dabei Tätigkeiten versehen sollen, die ggf. auch der Arbeitnehmer verrichten kann, dessen Kündigung beabsichtigt oder erfolgt ist, steht das dem Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit für diesen Arbeitnehmer nicht entgegen"* (BAG, 18.10.2012 - 6 AZR 289/11).

4.11 Darlegungs- und Beweislast

Der Arbeitgeber trägt nach § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG die Beweislast für die **Kündigungstatsachen**. Er ist nach § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG auch dafür darlegungs- und beweiselastet, dass eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit fehlt. *"Dabei gilt eine abgestufte Darlegungslast. Bestreitet der Arbeitnehmer lediglich den Wegfall seines bisherigen Arbeitsplatzes, genügt der Vortrag des Arbeitgebers, wegen der betrieblichen Notwendigkeiten sei eine Weiterbeschäftigung zu den gleichen Bedingungen nicht möglich. Macht der Arbeitnehmer geltend, es sei eine Beschäftigung an anderer Stelle möglich, obliegt es ihm darzulegen, wie er sich seine anderweitige Beschäftigung vorstellt. Erst daraufhin muss der Arbeitgeber eingehend erläutern, aus welchen Gründen eine solche Beschäftigung nicht möglich war"* (BAG, 29.08.2013 - 2 AZR 721/12).

4.12 Fortbildung/Umschulung

Bevor der Arbeitgeber einen Mitarbeiter **sozial gerechtfertigt** ordentlich betriebsbedingt kündigen darf, muss er nach Mitteln und Wegen suchen, diese Kündigung durch andere - **mildere - Maßnahmen** zu vermeiden. Er ist **verpflichtet**, dem Arbeitnehmer eine Weiterbeschäftigung auf einem freien Arbeitsplatz anzubieten - auch dann, wenn dessen Weiterbeschäftigung nur nach einer zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahme möglich ist. Die in § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 lit. b), Satz 3 KSchG "konkretisierte Kündigungsschranke" ist vom Bestehen eines Betriebsrats und dessen Widerspruch gegen die Kündigung unabhängig (BAG, 08.05.2014 - 2 AZR 1001/12).

4.13 Frei werdender Arbeitsplatz - 1

Eine betriebsbedingte Kündigung wird nur dann durch dringende betriebliche Erfordernisse sozial gerechtfertigt, wenn **keine Möglichkeit zur anderweitigen Beschäftigung** besteht. So eine anderweitige Beschäftigung setzt das **Vorhandensein eines "freien" Arbeitsplatzes** voraus. Als "frei" können solche Arbeitsplätze angesehen werden, die zum **Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung** - das heißt im maßgeblichen Überprüfungszeitpunkt für die soziale Rechtfertigung einer betriebsbedingten Kündigung - unbesetzt sind. "Unbesetzt" wiederum sind auch solche Arbeitsplätze, die nach Ablauf der Kündigungsfrist frei sind (BAG, 22.09.2005 - 2 AZR 365/04).

4.14 Frei werdender Arbeitsplatz - 2

"Frei" i.S.d. BAG-Rechtsprechung ist ein Arbeitsplatz in der Regel bloß dann, wenn er in dem Zeitpunkt, in dem die Kündigung zugeht, **nicht besetzt** ist (s. dazu BAG, 25.10.2012 - 2 AZR 552/11 - und BAG 15.12.2011 - 2 AZR 42/10). Den in diesem Sinne freien Arbeitsplätzen stehen Arbeitsplätze gleich, die **bis zum Ablauf der Kündigungsfrist** des gekündigten Mitarbeiters noch frei werden (s. dazu BAG 25.10.2012 - 2 AZR 552/11 - und BAG, 01.03.2007 - 2 AZR 650/05). Bei der Beurteilung eines Arbeitsplatzes als freien Arbeitsplatz muss man uU. auch **in der Vergangenheit liegender Umstände** einbeziehen, "wenn der Arbeitgeber durch zweckvolle Festlegung des Kündigungszeitpunkts anderweitige Beschäftigungsmöglichkeiten, die noch kurze Zeit vorher auf der Hand lagen, durch eigenes Handeln ausschließt und dadurch den Kündigungsgrund selbst herbeiführt ... [es folgt ein Hinweis auf BAG, 09.09.2010 - 2 AZR 493/09 - und BAG, 05.06.2008 - 2 AZR 107/07] ". Der Rechtsgedanke des § 162 BGB - Verhinderung oder Herbeiführung des Eintritts einer Bedingung - verbietet es dem Arbeitgeber, "sich auf den Wegfall von Beschäftigungsmöglichkeiten im Kündigungszeitpunkt zu berufen, wenn dieser Wegfall treuwidrig herbeigeführt wurde ... [es folgt ein Hinweis auf BAG, 09.09.2010 - 2 AZR 493/09 - und BAG, 25.04.2002 - 2 AZR 260/01] ." So verhält sich ein Arbeitgeber beispielsweise rechtsmissbräuchlich, wenn in dem Zeitpunkt, in dem er eine Stelle neu besetzt, "das Auslaufen der Beschäftigungsmöglichkeiten für den später gekündigten Arbeitnehmer bereits absehbar war" (BAG, 26.03.2015 - 2 AZR 417/14) .

4.15 Gesundheitliche Einschränkungen

Bei der **Ermessensausübung** muss der Arbeitgeber zum einen auf die Behinderung des Arbeitnehmers Rücksicht nehmen (§ 106 Satz 3 GewO), zum anderen aber auch auf dessen krankheitsbedingte Einschränkungen der **Leistungsfähigkeit**. Er muss dabei keinen leidensgerechten Arbeitsplatz erst schaffen. Wie der Arbeitgeber seinen Betrieb und die anfallende Arbeit organisiert und welche Arbeitsplätze er dazu einrichtet, kann er unternehmerisch selbst entscheiden . Er hat die **Planungshoheit** - bei der sein Betriebsrat im Rahmen des § 90 Abs. 1 Nr. 4 BetrVG mitzuwirken hat.

Die Planung der Arbeitsplätze ist nicht **Aufgabe der Arbeitsgerichte**. Sie "haben die planerischen Erwägungen des Arbeitgebers zu respektieren und nicht (...) durch eigene Organisationsvorstellungen zu ersetzen. Auch kündigungrechtlich ist der Arbeitgeber als milderes Mittel gegenüber der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ggf. zur **Umgestaltung des Arbeitsplatzes** oder zur Weiterbeschäftigung zu geänderten Arbeitsbedingungen auf einem anderen, durch Umsetzung 'freizumachenden' Arbeitsplatz" gehalten (s. dazu BAG, 13.05.2015 - 2 AZR 565/14 - und BAG, 19.12.2013 - 6 AZR 190/12). Der Arbeitgeber ist dagegen nach § 241 Abs. 2 BGB **"nicht .. zur Schaffung** eines eigens auf den eingeschränkt leistungsfähigen Arbeitnehmer zugeschnittenen Arbeitsplatzes" verpflichtet (BAG, 28.06.2017 - 5 AZR 263/16) .

4.16 Konzernbeschäftigung - 1

"Ist der Arbeitgeber tariflich verpflichtet, dem Arbeitnehmer bei Wegfall seines Arbeitsplatzes die Weiterbeschäftigung auf einem anderen freien Arbeitsplatz im Konzern zu verschaffen, so ist die Kündigung eines ordentlich unkündbaren Arbeitnehmers, dessen bisherige Tätigkeit entfallen ist, regelmäßig unzulässig, wenn seine Weiterbeschäftigung unter geänderten angemessenen Vertragsbedingungen auf einem anderen zumutbaren Arbeitsplatz im Konzern möglich ist und der Arbeitnehmer hierzu sein Einverständnis erklärt" (BAG, 10.05.2007 - 2 AZR 626/05 - Leitsatz).

4.17 Konzernbeschäftigung - 2

Führt der Arbeitgeber keinen Gemeinschaftsbetrieb, besteht für ihn **keine unternehmensübergreifende Weiterbeschäftigungspflicht**. Das KSchG ist auch nicht konzernbezogen - so dass ein Arbeitgeber nicht verpflichtet ist, seine Mitarbeiter vor Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung in einem anderen Betrieb eines anderen Unternehmens unterzubringen. **Vertragspartner** der zu kündigenden Mitarbeiter ist **das vertragsschließende Unternehmen** - der Arbeitgeber. Insoweit führt die Weiterbeschäftigung durch ein anderes Unternehmen zwangsläufig zu einem Wechsel der Vertragspartner. Eine konzernbezogene Weiterbeschäftigungspflicht kann nur in Ausnahmefällen bestehen (BAG, 18.10.2012 - 6 AZR 41/11 - s. dazu den nachfolgenden Gliederungspunkt).

4.18 Konzernbeschäftigung - 3

Das KSchG ist **betriebs- und nicht konzernbezogen**. Arbeitgeber sind damit nicht gehalten, einen Arbeitnehmer vor Ausspruch der Kündigung in einem anderen **Betrieb eines anderen Unternehmens** unterzubringen. So eine Pflicht besteht nur ausnahmsweise, zum Beispiel *"wenn sich ein anderes Konzernunternehmen ausdrücklich zur Übernahme des Arbeitnehmers bereit erklärt oder wenn sich eine solche Verpflichtung aus einer vertraglichen Absprache oder einer in der Vergangenheit geübten Praxis ergibt* [es folgt ein Hinweis auf BAG, 24.05.2012 - 2 AZR 62/11] . *Weitere Voraussetzung ist, dass der Vertragsarbeitgeber auf die 'Versetzung' einen bestimmenden Einfluss hat. Die Entscheidung darf grundsätzlich nicht dem zur Übernahme bereiten Unternehmen vorbehalten bleiben"* (BAG, 22.11.2012 - 2 AZR 673/11 - mit dem Hinweis, dass es ohne Bedeutung ist, ob die Möglichkeit zur Einflussnahme rechtlich oder nur faktisch besteht).

4.19 Objektive Möglichkeit

Die Prüfung einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit muss das Ergebnis haben, dass die Weiterbeschäftigung sowohl **für den Arbeitgeber** als auch **für den Arbeitnehmer** objektiv möglich ist. Das heißt: Es muss ein Arbeitsplatz "zu vergleichbaren (gleichwertigen) oder zu geänderten (schlechteren) Arbeitsbedingungen vorhanden" sein. Frei sind regelmäßig im Zeitpunkt des Kündigungszugangs **unbesetzte Arbeitsplätze**, aber auch Arbeitsplätze, die während der auslaufenden Kündigungsfrist frei werden (s. dazu BAG, 26.03.2015 - 2 AZR 417/14). Für Mandatsträger i.S.d. § 15 Abs. 1 bis 3 KSchG gibt es da keine Besonderheiten. Selbst aktive Mandatsträger haben keinen Anspruch darauf, "dass der Arbeitgeber für sie einen Arbeitsplatz in einer anderen Dienststelle frei macht. Eine solche Obliegenheit begründet § 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG nicht" (BAG, 27.07.2016 - 2 AZR 476/16 - mit dem Hinweis, dass die Mandatsträger ihr Amt mit dem Wechsel in einen anderen Betrieb ohnehin verlieren).

4.20 Öffentlicher Dienst

§ 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 lit. b) KSchG knüpft die Sozialwidrigkeit einer Kündigung von Arbeitnehmern in Betrieben und Verwaltungen des öffentlichen Rechts u.a. daran, dass "der Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz in derselben Dienststelle oder in einer anderen Dienststelle desselben Verwaltungszweigs **an demselben Dienstort einschließlich seines Einzugsgebiets** weiterbeschäftigt werden kann". Räumlich ist diese Weiterbeschäftigungsobliegenheit somit deutlich eingeschränkt. Der Begriff "**Einzugsgebiet**" wird über § 75 Abs. 1 Nr. 3 BPersVG nach den im Umzugskostenrecht maßgeblichen Grundsätze bestimmt. "Einzugsgebiet ist danach das Gebiet, das auf einer üblicherweise befahrenen Strecke **nicht mehr als 30 km vom Dienstort entfernt** ist, § 3 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. c BUKG " (BAG, 15.12.2016 - 2 AZR 867/15 - mit Hinweis auf BAG, 22.09.2005 - 2 AZR 544/04).

4.21 Prüfungsumfang

Eine Kündigung wird nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse gerechtfertigt, wenn der betroffene Mitarbeiter bei **Auslaufen der Kündigungsfrist** in demselben Betrieb auf einem anderen Arbeitsplatz weiter beschäftigt werden kann. In die Prüfung der Weiterbeschäftigungsmöglichkeit müssen **alle Arbeitsplätze** einbezogen werden, bei denen im Zeitpunkt der Kündigung bereits feststeht, dass sie in absehbarer Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist frei werden. Dabei muss dem Arbeitgeber jedoch die **Überbrückung** des Zeitraums zumutbar sein - was der Fall ist, wenn der gleiche Zeitraum benötigt würde, um einen anderen Stellenbewerber einzuarbeiten (BAG, 15.12.1994 - 2 AZR 327/94).

4.22 Rechtsmissbrauch - 1

Nach § 162 Abs. 1 BGB gilt eine **Bedingung** als eingetreten, wenn die Partei, für die sie nachteilig wäre, ihren Eintritt verhindert. Nach diesem Rechtsgedanken darf sich ein Arbeitgeber nicht auf einen von ihm selbst treuwidrig durch eine **vorgezogene Stellenbesetzung** hervorgerufenen Wegfall freier Stellen im Kündigungszeitpunkt berufen. Der Arbeitgeber hat es nicht in der Hand, den Kündigungsschutz seiner Mitarbeiter dadurch leerlaufen zu lassen, dass er einen zunächst freien Arbeitsplatz besetzt und erst danach eine Beendigungskündigung mit der Begründung ausspricht, er habe **keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit** mehr (BAG, 25.04.2002 - 2 AZR 260/01).

4.23 Rechtsmissbrauch - 2

Die gerichtliche Überprüfung einer unternehmerischen Entscheidung zielt allein auf die **Verhinderung** von Missbrauch ab. Dabei sollen Verstöße gegen gesetzliche und tarifliche Normen genauso verhindert wie Diskriminierung und **Umgehungsfälle** vermieden werden. Insoweit ist es missbräuchlich, einen Arbeitnehmer durch die **Bildung separater betrieblicher Organisationsstrukturen** bei unverändertem Beschäftigungsbedarf aus dem Betrieb zu drängen (BAG, 23.04.2008 - 2 AZR 1110/06).

4.24 Ultima-Ratio-Prinzip

"Eine betriebsbedingte Kündigung verstößt gegen das Ultima-Ratio-Prinzip, wenn der Arbeitnehmer, dessen Arbeitsplatz infolge einer innerbetrieblichen Umstrukturierung wegfällt, auf einem für ihn geeigneten anderen freien Arbeitsplatz weiter beschäftigt werden kann. Der Arbeitgeber kann sich nicht darauf berufen, dass der anderweitige Arbeitsplatz im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung bereits neu besetzt gewesen ist, wenn für ihn im Zeitpunkt der Neubesetzung bereits absehbar war, dass der von der Umstrukturierung betroffene Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz alsbald verlieren werde" (LAG Köln, 13.06.2007 - 7 Sa 1299/06).

4.25 "Unkündbarer" Arbeitnehmer

Der Arbeitgeber braucht auch bei einem ordentlich unkündbaren Mitarbeiter grundsätzlich **keine Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten neu zu schaffen**, um damit eine **außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist zu vermeiden**. Entscheidend ist der tatsächliche Bestand anderer Beschäftigungsmöglichkeiten (s. dazu BAG, 20.06.2013 - 2 AZR 379/12). Wenn **kein Rechtsmissbrauch** vorliegt, beurteilt sich die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit "anhand der nach einer unternehmerischen Entscheidung bestehenden Strukturen."

Der **Verzicht des Arbeitgebers** auf seine beschlossene **Organisationsmaßnahme** ist ebenso wenig eine "geeignete andere Maßnahme" zur Vermeidung einer außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung (s. dazu BAG, 18.06.2015 - 2 AZR 480/14) wie die Ausübung von Druck auf den Arbeitgeber, seine unternehmerische Entscheidung so zu "modifizieren", dass die Arbeitsplätze der ordentlich unkündbaren Mitarbeiter erhalten bleiben. "Durch eine solche **gerichtliche Grenzziehung** würde die unternehmerische Entscheidung nicht nur kontrolliert, sondern ihr ggf. eine andere Gestalt gegeben. Wenn sie aber wegen Art. 12 Abs. 1 GG grundsätzlich als 'Fixpunkt' hinzunehmen ist und ihre Vorgaben nicht verändert werden sollen, kann dem Arbeitgeber nicht vorgegeben werden, welche und wie viele Arbeitsplätze er in seinem 'Betrieb' weiter vorzuhalten hat" (BAG, 24.09.2015 - 2 AZR 562/14) .

4.26 Unterbringung in einem anderen Betrieb

Vor Ausspruch einer Kündigung wegen dringender betrieblicher Erfordernisse ist ein Arbeitgeber nicht verpflichtet, seinen Mitarbeiter im Betrieb eines anderen Unternehmens unterzubringen. So eine Verpflichtung kann **nur in Ausnahmefällen** bestehen. Zum Beispiel in Fällen, in denen "sich ein anderes Konzernunternehmen ausdrücklich zur Übernahme des Arbeitnehmers bereit erklärt hat oder wenn sich eine solche Verpflichtung aus einer vertraglichen Absprache oder einer in der Vergangenheit geübten Praxis ergibt." Hinzukommen muss der Umstand, dass "der Vertragsarbeitgeber auf die 'Versetzung' einen **bestimmenden Einfluss** hat." Das heißt, die Entscheidung pro oder contra Unterbringung in dem anderen Betrieb darf vom Grundsatz her nicht dem übernehmenden Unternehmen vorbehalten sein. Insoweit spielt es auch keine Rolle, "ob die Möglichkeit der Einflussnahme aufgrund eindeutiger rechtlicher Regelungen oder nur faktisch besteht" (BAG, 24.09.2015 - 2 AZR 562/14 - mit Hinweis auf BAG, 22.11.2012 - 2 AZR 673/11 - und BAG, 24.05.2012 - 2 AZR 62/11).

4.27 Weiterbeschäftigungsanspruch

Der einklagbare Anspruch auf Weiterbeschäftigung wird als **Recht aus dem Arbeitsverhältnis** über § 611 BGB in Verbindung mit § 242 BGB und den Art. 1 und 2 GG hergeleitet. Der Beschäftigungsanspruch besteht während der gesamten Dauer des Arbeitsverhältnisses und ist zu bejahen, wenn die **Kündigung unwirksam** ist und überwiegende schützenswerte Interessen des Arbeitgebers nicht entgegenstehen. Das **Interesse des Arbeitnehmers** überwiegt in der Regel ab dem Zeitpunkt, zu dem im Kündigungsschutzverfahren ein die Unwirksamkeit der Kündigung feststellendes Urteil ergeht (LAG Hessen, 27.07.2007 - 12 Sa 1677/06).

4.28 Weiterbeschäftigungsantrag - Streitwert

"Ein Weiterbeschäftigungsantrag ist hinsichtlich **Streit- und Gegenstandswert** nicht streitwerterhöhend zu berücksichtigen, wenn er als **uneigentlicher Hilfsantrag** gestellt, über ihn **nicht sachlich entschieden** worden ist und/oder ein Vergleich keine Regelung über ihn enthält" (LAG Sachsen, 25.01.2017 - 4 Ta 293/16 (3) - Leitsatz).

4.29 Weiterbeschäftigungspflicht

§ 1 Abs. 2 Satz 2 KSchG sieht für bestimmte Fälle **in mitbestimmten Betrieben** einen Weiterbeschäftigungsanspruch vor. Was dabei allerdings nicht vergessen werden darf: Die Weiterbeschäftigung muss sowohl dem Arbeitnehmer als auch dem Arbeitgeber **objektiv möglich** sein. Das verlangt, dass ein freier vergleichbarer und gleichwertiger Arbeitsplatz oder ein freier Arbeitsplatz zu geänderten - wenn auch schlechteren - Arbeitsbedingungen vorhanden ist und der Arbeitnehmer dafür die erforderlichen **Fähigkeiten und Kenntnisse** besitzt (BAG, 02.02.2006 - 2 AZR 38/05).