An overhead photograph of three business professionals in a meeting. A woman with dark hair and glasses on the left holds a black clipboard. A man in a blue suit on the right holds a smartphone. A woman with red hair on the bottom is seen from behind, looking towards the other two. They are standing on a light-colored tiled floor.

Raus aus der Unternehmenskrise durch Personalabbau

In fünf Schritten zur erfolgreichen
Restrukturierung

TaylorWessing

- 1. Restrukturierung, aber wie?**
Personalabbau als flexibles Restrukturierungsinstrument
- 2. Personalabbau, aber wie?**
Freiwilligenprogramm als Alternative zur Kündigung
- 3. Entlassungen, aber wie viele?**
Meidung von Beteiligungs- und Anzeigepflichten beim Personalabbau
- 4. Entlassungen, aber wen?**
Mögliche Wege zur Bestenauslese
- 5. Betriebsbedingte Kündigungen, aber wie?**
Minimierung prozessualer Risiken

Die arbeitsrechtlich zur Verfügung stehenden Mittel zur Bewältigung kurzfristiger Konjunkturabschwünge sind vielfältig. Zu nennen seien etwa Kurzarbeit, Gehaltsverzicht, Einstellung von freiwilligen Leistungen, Beendigung von betrieblichen Vereinbarungen oder der Abbau von Überstundenkonten. Bereits angesichts des anhaltenden Fachkräftemangels in Deutschland sind Unternehmen in einem ersten Schritt oftmals daran interessiert, zunächst entsprechend kurzfristig wirkende Maßnahmen zur Personalkostensenkung zu ergreifen und qualifiziertes Stammpersonal nicht übereilt zu entlassen. Was aber, wenn kurzfristige Maßnahmen nicht zur Verfügung stehen – Kurzarbeitergeld etwa bei eingeschränkter Produktion „nur“ infolge erhöhter Energiekosten nicht gewährt wird? Oder was, wenn tiefgreifende und langanhaltende wirtschaftliche Krisen nicht (vollständig) über kurzfristige Mittel abgefedert werden können? Unternehmen werden sich in diesen Konstellationen zwangsläufig mit der Frage des Personalabbaus auseinandersetzen müssen. Verschaffen Sie sich jetzt einen ersten Überblick über bestehende Handlungsoptionen.

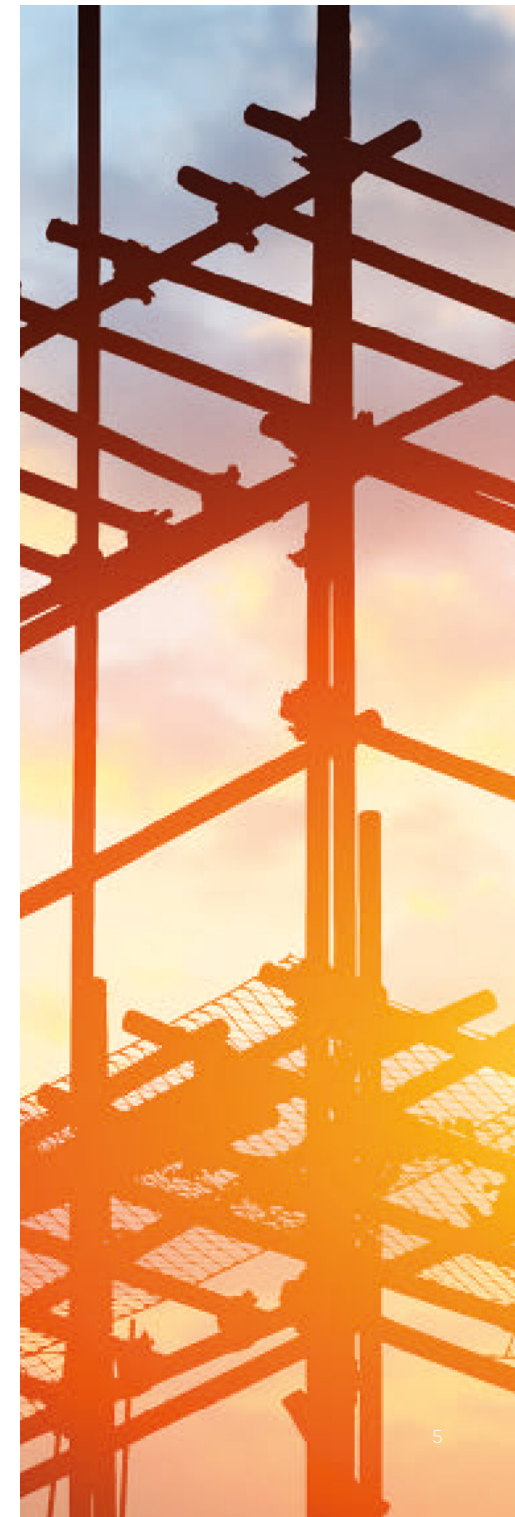
1. Restrukturierung, aber wie?

Personalabbau als flexibles Restrukturierungsinstrument

Die Spannbreite möglicher Strukturänderungen und der hierbei jeweils zu berücksichtigenden arbeitsrechtlichen Aspekte ist weit. Neben Restrukturierungsmaßnahmen auf **Unternehmensebene** nach dem Umwandlungsgesetz (etwa Verschmelzung oder Spaltung) und auf **Betriebsebene** nach §§ 111 ff. Betriebsverfassungsgesetz (etwa Betriebs(teil)stilllegung, Betriebsverlagerung, Betriebszusammenlegung) existiert auch die Möglichkeit des reinen **Personalabbaus**, ohne Änderungen auf der unternehmerischen oder betriebsorganisatorischen Ebene vorzunehmen. Während sich die einzelnen Maßnahmen regelmäßig überschneiden und umfassende Restrukturierungen häufig auch mit entsprechenden Personalreduzierungen verbunden sind, kommt der reine Personalabbau oftmals als Mittel in finanziellen Drucksituationen in Betracht, um ohne großen zeitlichen, finanziellen und organi-

satorischen Aufwand mittelfristig notwendige Kostensenkungseffekte zu erzielen. Während betriebliche Änderungen (etwa die Stilllegung eines Betriebs(teils) oder die Verlagerung eines Betriebs ins Ausland) nur mit großem wirtschaftlichen Aufwand wieder rückgängig gemacht werden können, ist der reine Personalabbau nach Überwindung der wirtschaftlichen Krise zudem durch Neueinstellungen und Insourcing vorübergehend an Fremdfirmen vergebener Aufgaben reversibel. Inwieweit auch beim reinen Personalabbau Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach §§ 111 ff. Betriebsverfassungsgesetz bestehen oder eine Massentlassungsanzeige nach § 17 Kündigungsschutzgesetz erforderlich wird, hängt insbesondere von der Anzahl der vom Personalabbau betroffenen Arbeitnehmer im Betrieb ab (s. hierzu unter 3.). Die Überschreitung der maßgeblichen Schwellenwerte kann auch

den reinen Personalabbau zeit- und kostenintensiv werden lassen. Zudem sind bei einschneidenden personellen Veränderungen natürlich auch personal- und betriebspolitische Auswirkungen wie die potentielle Abwanderung von Führungskräften, eine eventuelle Verschlechterung der Zusammenarbeit mit bestehenden Betriebsräten, mögliche Streiks und Abwehrmaßnahmen der Gewerkschaften sowie etwaige Reputationsschäden durch entsprechende mediale Aufmerksamkeit zu bedenken. Bei der strategischen Unternehmensentscheidung über die Wahl der richtigen Restrukturierungsmaßnahme sind nicht zuletzt die jeweiligen steuerrechtlichen Konsequenzen zu bedenken.



2. Personalabbau, aber wie?

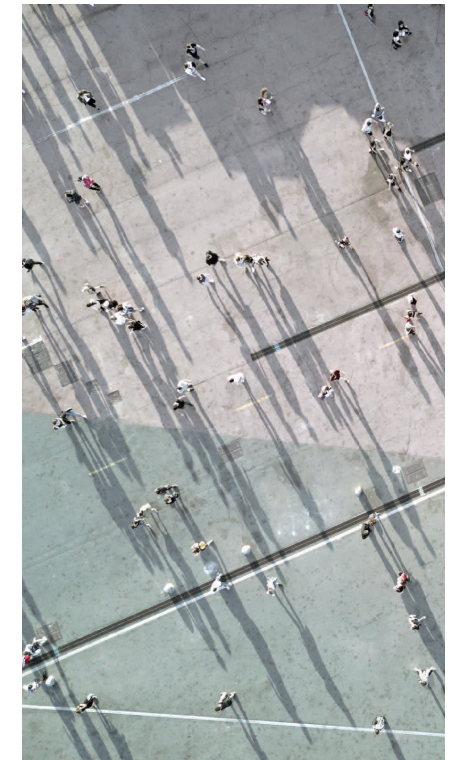
Freiwilligenprogramm als Alternative zur Kündigung

Angesichts des in Deutschland bestehenden hohen Arbeitnehmerschutzniveaus stellt sich aus Unternehmenssicht in der Regel die Frage, ob ein erforderlich werdender Personalabbau durch Ausspruch von Kündigungen oder auf freiwilliger Basis durch Abschluss von Aufhebungsvereinbarungen zu im Vorfeld festgelegten finanziellen Konditionen durchgeführt werden soll. Die Vorteile von sogenannten **Freiwilligenprogrammen** liegen auf der Hand: Der finanzielle Aufwand lässt sich im Vorfeld leichter kalkulieren und Verfahrensrisiken im Zusammenhang mit betriebsbedingten Kündigungen werden minimiert. Der Personalabbau lässt sich oftmals schneller und ohne die Notwendigkeit einer Sozialauswahl (deren rechtskonforme Durchführung oftmals zu einer gerade in Zeiten der Krise nicht gewünschten Überalterung der Belegschaft führt), die Beachtung bestehenden Sonderkündigungsschutzes oder

die Überwindung etwaiger kollektivrechtlicher Unkündbarkeitsbestimmungen (etwa im Rahmen bestehender Standortsicherungsvereinbarungen oder tarifvertraglicher Alterskündigungsschutzvorschriften) durchführen. Schließlich lässt sich der Personalabbau auf freiwilliger Basis sowohl gegenüber Mitarbeitern als auch gegenüber der Öffentlichkeit leichter rechtfertigen und vermeidet die Entwicklung eines negativen Betriebsklimas und etwaiger Reputationsschäden. Um die Gefahr zu vermeiden, dass auch im Rahmen eines Freiwilligenprogramms nur die in der Krise dringend benötigten Leistungsträger mit positiven Jobaussichten auf dem Arbeitsmarkt zum freiwilligen Ausscheiden aus dem Unternehmen bereit sind, sollten sich Aufhebungsangebote des Unternehmens entweder gezielt an bestimmte Arbeitnehmer / Arbeitnehmergruppen (sog. **selektives Angebotsverfahren**) richten

oder der Abschluss der vom Arbeitnehmer angebotenen Aufhebungsvereinbarungen jeweils unter dem Zustimmungsvorbehalt des Unternehmens stehen (sog. **doppelte Freiwilligkeit im offenen Angebotsverfahren**). Bestehen aufgrund der vom geplanten Personalabbau betroffenen Anzahl von Arbeitnehmern Beteiligungsrechte des Betriebsrats nach §§ 111 ff. Betriebsverfassungsgesetz, kann der Betriebsrat allerdings auf die Verhandlung eines Interessenausgleichs und den Abschluss eines Sozialplans bestehen. Der Betriebsrat könnte unter Umständen eine einstweilige Verfügung erwirken, um die Umsetzung des Freiwilligenprogramms zu verhindern und das Unternehmen zum Abschluss eines Sozialplans zu zwingen. Dies schmälert natürlich die mit der Durchführung eines Freiwilligenprogramms angestrebte Zeitersparnis. Bei der Entscheidung für oder gegen ein Freiwilligen-

programm ist zudem zu bedenken, dass die finanzielle Ausstattung des Freiwilligenprogramms oftmals Präcedenzwirkung für einen später etwaig noch erforderlichen Sozialplan entfaltet.



3. Entlassungen, aber wie viele? Meidung von Beteiligungs- und Anzeigepflichten beim Personalabbau

Besteht ein Betriebsrat, stellt sich aus Sicht des Unternehmens die Frage, ob ein reiner Personalabbau ohne sonstige Änderungen auf betrieblicher Ebene Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach §§ 111 ff. Betriebsverfassungsgesetz oder § 17 Abs. 2 Kündigungsschutzgesetz auslöst.

In Unternehmen mit in der Regel mehr als zwanzig wahlberechtigten Arbeitnehmern hat der Unternehmer nach § 111 S. 1 Betriebsverfassungsgesetz den Betriebsrat über geplante Betriebsänderungen, die wesentliche Nachteile für die Belegschaft zur Folge haben können, rechtzeitig und umfassend zu unterrichten und die geplanten Betriebsänderungen mit dem Betriebsrat zu beraten. Der Unternehmer muss vor Durchführung der geplanten Betriebsänderung nach § 112 Betriebsverfassungsgesetz versuchen, einen sogenannten **Interessenausgleich** mit dem

Betriebsrat zu schließen. Dem Betriebsrat steht insoweit ein Mitspracherecht hinsichtlich des „Ob's“ und „Wie's“ der geplanten Maßnahme zu. Bevor das Unternehmen die geplante Maßnahme durchführen kann, muss es alle Möglichkeiten zur Erzielung einer Einigung mit dem Betriebsrat ausschöpfen; von einem Scheitern der Verhandlungen kann im Regelfall erst nach der erfolglosen Anrufung der Einigungsstelle ausgegangen werden. Beginnt das Unternehmen mit der Durchführung, ohne einen Interessenausgleich versucht zu haben, kann der Betriebsrat die Durchführung der Betriebsänderung unter Umständen im Wege einer einstweiligen Verfügung verhindern. Arbeitnehmern steht in diesem Fall zudem ein Anspruch auf Abfindung nach § 113 Abs. 3, 1 Betriebsverfassungsgesetz gegenüber dem Unternehmen zu (der auf etwaige Sozialplanansprüche infolge der bestehenden Zweckidentität im

Wege der Erfüllungswirkung allerdings anrechenbar ist). Neben den erforderlichen Interessenausgleichsverhandlungen muss das Unternehmen mit dem Betriebsrat im Falle einer geplanten Betriebsänderung zudem eine Einigung über den Ausgleich oder die Milderung der wirtschaftlichen Nachteile, die den Arbeitnehmern in Folge der Betriebsänderung entstehen (sogenannter **Sozialplan**), erzielen. Insoweit besteht grundsätzlich ein zwingendes Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats. Dies bedeutet, dass der Betriebsrat im Falle einer fehlenden Einigung die Einigungsstelle anrufen kann und hierüber die Aufstellung des Sozialplans erzwingen kann. Interessenausgleichs- und Sozialplanverhandlungen können die Durchführung der geplanten Personalabbaumaßnahmen um mehrere Monate verzögern und den Druck auf das Unternehmen erhöhen, großzügige Leistungen im Rahmen des Sozialplans zu gewähren.

Nicht jede **reine Personalreduzierung** stellt indes eine beteiligungspflichtige Betriebsänderung im vorstehend genannten Sinne dar.

Maßgeblich hierfür ist die vom geplanten Personalabbau betroffene Anzahl von Arbeitnehmern im jeweiligen Betrieb. Sofern das Unternehmen aufgrund der bestehenden finanziellen Situation nicht ohnehin zu einem Personalabbau in einer bestimmten Größenordnung gezwungen ist, erlangt die Frage, wie viele Arbeitnehmer ohne Beteiligung des Betriebsrats entlassen werden können, somit sowohl in zeitlicher als auch in finanzieller Hinsicht eine nicht unerhebliche praktische Bedeutung.

Eine **mitbestimmungspflichtige Betriebseinschränkung** im Sinne von § 111 Betriebsverfassungsgesetz liegt im Falle des reinen Personalabbaus nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts vor, wenn die für die Massenentlassungsanzeige nach § 17 Abs. 1 Kündigungsschutzgesetz maßgeblichen Schwellenwerte erreicht sind. Da die Schwellenwerte nur Regelwertcharakter haben, kann im Einzelfall eine Betriebsänderung allerdings auch dann vorliegen, wenn der jeweilige Schwellenwert geringfügig unterschritten wird.

Nach den Schwellenwerten des § 17 Abs. 1 Kündigungsschutzgesetz müssen auf Grundlage der Unternehmensplanung bei in der Regel

21 bis 59 Arbeitnehmern im Betrieb	mehr als 5 Arbeitnehmer,
60 bis 499 Arbeitnehmer im Betrieb	10 Prozent der im Betrieb regelmäßig beschäftigten Arbeitnehmer oder mehr als 25 Arbeitnehmer,
mindestens 500 Arbeitnehmern im Betrieb	mindestens 30 Arbeitnehmer

von Entlassungen betroffen sein. Als Entlassung in diesem Sinne gelten sowohl betriebsbedingte (Änderungs-)Kündigungen als auch Aufhebungsvereinbarungen.

In **Kleinbetrieben** mit bis zu 20 Arbeitnehmern kann nicht ohne Weiteres auf die Zahlengrenzen des § 17 Abs. 1 Kündigungsschutzgesetz zurückgegriffen werden, da die Bestimmung voraussetzt, dass im Betrieb mehr als 20 Arbeitnehmer beschäftigt werden. Nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts liegt eine Betriebsänderung durch reinen Personalabbau im Kleinbetrieb regelmäßig erst vor, wenn entsprechend § 112a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Betriebsverfassungsgesetz mindestens sechs Arbeitnehmer betroffen sind.

Bei **Großbetrieben** mit mehr als 600 Arbeitnehmern geht das Bundesarbeitsgericht regelmäßig von einer Mindestgröße von fünf Prozent aus.

§ 112a Abs. 1 Betriebsverfassungsgesetz schränkt die **Sozialplanpflicht in Fällen des reinen Personalabbaus** – wenn also die geplante Betriebsänderung allein in der betriebsbedingten Entlassung von Arbeitnehmern ohne sonstige Betriebsänderungen im Sinne von § 111 Betriebsverfassungsgesetz besteht – ein, wenn bestimmte, von § 17 Kündigungsschutzgesetz abweichende, Schwellenwerte nicht überschritten werden.

Der Abschluss eines Sozialplans über die Anrufung der Einigungsstelle kann in Fällen reinen Personalabbaus nur dann vom Betriebsrat erzwungen werden, wenn in Betrieben mit regelmäßig

bis 59 Arbeitnehmern	20 Prozent der Arbeitnehmer, aber mindestens 6 Arbeitnehmer,
60–249 Arbeitnehmern	20 Prozent der Arbeitnehmer, oder mindestens 37 Arbeitnehmer,
250–499 Arbeitnehmern	15 Prozent der Arbeitnehmer, oder mindestens 60 Arbeitnehmer,
ab 500 Arbeitnehmern	10 Prozent der Arbeitnehmer, aber mindestens 60 Arbeitnehmer

aus betriebsbedingten Gründen entlassen werden sollen.

Bei einem **stufenweisen Personalabbau** ist entscheidend, ob er auf einer **einheitlichen unternehmerischen Planung** beruht. Dabei kann ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen mehreren Entlassungswellen ein wesentliches Indiz für eine von Anfang an einheitliche Planung sein. Sofern der Personalabbau also auf einer einheitlichen unternehmerischen Planung beruht, führt eine zeitliche Staffelung des Personalabbaus in einem jeweils unterhalb der maßgeblichen Schwellenwerte liegenden Umfang nicht zur Meidung der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmungsrechte; die von den Entlas-

sungswellen jeweils erfasste Anzahl von Arbeitnehmern ist dann mitbestimmungsrechtlich zusammenzurechnen. Eine spätere Entlassungswelle kann aber auch das Ergebnis einer **neuen Planung** sein. Dies gilt insbesondere, wenn nach der ersten Entlassungswelle neue, vom Unternehmen ursprünglich nicht vorgesehene und eingeplante Umstände eingetreten sind. Führt das Unternehmen zunächst die beabsichtigten Entlassungen durch, die allein noch keine Betriebsänderung darstellen, und fasst erst danach auf Grund neuer Umstände den Entschluss zu weiteren Entlassungen, sind die Entlassungswellen mitbestimmungsrechtlich nicht zusammenzurechnen.

Soll innerhalb von 30 Kalendertagen eine § 17 Abs. 1 Kündigungsschutzgesetz entsprechende Anzahl von Arbeitnehmern entlassen werden (maßgeblich ist hierbei der Zugang der Kündigungserklärung / der Abschluss der Aufhebungsvereinbarung, nicht der Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses), ist vor den Entlassungen eine **Massenentlassungsanzeige** bei der Agentur für Arbeit zu erstatten. Beabsichtigt das Unternehmen anzeigepflichtige Entlassungen vorzunehmen, hat es mit dem Betriebsrat zudem ein **Konsultationsverfahren** nach § 17 Abs. 2 Kündigungsschutzgesetz durchzuführen. Das Konsultationsverfahren steht rechtlich selbstständig neben den Beteiligungsrechten des Betriebsrats nach §§ 111 ff. Betriebsverfassungsgesetz. Sofern jeweils dasselbe Betriebsratsgremium zuständig ist, können die beiden Verfahren in gewissem Rahmen allerdings miteinander verbunden werden. Wird eine erforderliche Massenentlassungsanzeige nicht (ordnungsgemäß) erstattet oder das Konsultationsverfahren nicht (ordnungsgemäß)

durchgeführt, führt dies jeweils zur Unwirksamkeit der Kündigung bzw. der Aufhebungsvereinbarung. Anders als im Rahmen von §§ 111 ff. Betriebsverfassungsgesetz kann die **zeitliche Staffelung der geplanten Entlassungen** das Erfordernis der Massenentlassungsanzeige und des Konsultationsverfahrens allerdings entfallen lassen. Werden stufenweise Entlassungen auf Basis einer einheitlichen unternehmerischen Entscheidung vorgenommen, wird es bei der Frage der Anzahl der regelmäßig im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zwar auch für nachfolgende Entlassungswellen regelmäßig auf die im Zeitpunkt der unternehmerischen Entscheidung bestehenden Belegschaftsstärke ankommen. Um nicht in den Anwendungsbereich des § 17 Kündigungsschutzgesetz zu fallen, kann es sich aus unternehmerischer Sicht allerdings anbieten, mehrere Entlassungswellen derart vorzunehmen, dass der anwendbare Schwellenwert innerhalb des maßgeblichen 30-Tage-Zeitraums jeweils unterschritten wird. Das Erfordernis, im Rahmen betriebsbedingter Kündigungen bei jeder

Entlassungswelle erneut eine Sozialauswahl vornehmen zu müssen, lässt sich hierbei in aller Regel allerdings nicht vermeiden.





4. Entlassungen, aber wen? Mögliche Wege zur Bestenauslese

Entfällt ein Arbeitsplatz, ist das Unternehmen bei Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung nach § 1 Abs. 3 Kündigungsschutzgesetz grundsätzlich gezwungen, im Rahmen einer **Sozialauswahl** unter mehreren miteinander vergleichbaren Arbeitnehmern desselben Betriebs denjenigen auszuwählen, der am wenigsten sozial schutzbedürftig ist. Hierbei sind die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter, die Unterhaltspflichten und die Schwerbehinderung der Arbeitnehmer ausreichend zu berücksichtigen. Bei der Gewichtung dieser Sozialauswahlkriterien steht dem Unternehmen zwar ein gewisser Beurteilungsspielraum zu, die Auswahl der von betriebsbedingten Kündigungen betroffenen Arbeitnehmer steht nach der gesetzlichen Konzeption aber nicht im freien Ermessen des Unternehmens. Gerade in Krisensituationen ist es für das Unternehmen aber nicht selten von immenser Bedeutung, junge dynamische Mitarbeiter als Know-how- und Leistungs-

träger im Unternehmen zu halten und sich von – in der Regel schutzwürdigeren – älteren Mitarbeitern mit längeren Betriebszugehörigkeitsdauern zu trennen.

Über die sogenannte **Leistungsträgerklausel** nach § 1 Abs. 3 S. 2 Kündigungsschutzgesetz kann das Unternehmen – jedenfalls in der Theorie – vergleichbare Arbeitnehmer von der Sozialauswahl ausnehmen, deren Weiterbeschäftigung insbesondere wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen im berechtigten betrieblichen Interesse liegt. Hierbei handelt es sich indes um eine Ausnahmvorschrift, für deren Voraussetzungen das Unternehmen im Kündigungsschutzprozess die volle Darlegungs- und Beweislast trägt. In aller Regel lässt sich auf Basis dieser Ausnahmvorschrift lediglich die Herausnahme einiger weniger Spezialisten – die oftmals mit anderen Arbeitnehmern schon gar nicht vergleichbar sein werden – rechtfertigen.

Die Bewertung, wie die Sozialauswahlkriterien im Verhältnis zueinander zu gewichten sind, kann nach § 1 Abs. 4 Kündigungsschutzgesetz nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden, wenn sie auf einer mit dem Betriebsrat nach § 95 des Betriebsverfassungsgesetzes aufgestellten **Personalauswahlrichtlinie** beruht. Im Rahmen solcher Richtlinien werden den jeweiligen Sozialauswahlkriterien in der Regel bestimmte Punktzahlen auf Basis eines bestimmten Punkteschemas vergeben, anhand derer sich die soziale Schutzwürdigkeit der in die Sozialauswahl einzubeziehenden vergleichbaren Arbeitnehmer dann im Einzelfall errechnen lässt. Diese von den Betriebsparteien vorgenommene Gewichtung unterliegt einer eingeschränkten gerichtlichen Überprüfung auf grobe Fehlerhaftigkeit. Dies ist der Fall, wenn die vorgenommene Gewichtung einzelne Sozialkriterien überhaupt nicht, eindeutig unzureichend oder mit eindeutig überhöhter Bedeutung berücksichtigt. Über die Gewichtung einzelner Kriterien kann die Sozialauswahl mittelbar natürlich in gewissem Umfang beeinflusst

werden. Eine Festlegung des in die Sozialauswahl überhaupt einzubeziehenden Kreises vergleichbarer Arbeitnehmer kann hierüber allerdings nicht wirksam erzielt werden.

Handelt es sich beim Personalabbau um eine mitbestimmungspflichtige Betriebsänderung im Sinne von § 111 Betriebsverfassungsgesetz, können die Betriebsparteien im schriftlichen Interessenausgleich namentlich diejenigen Arbeitnehmer bezeichnen, denen gekündigt werden soll. Liegt eine solche **Namensliste** vor, so wird nach § 1 Abs. 5 Kündigungsschutzgesetz vermutet, dass die Kündigungen durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt sind. Zudem kann die Sozialauswahl von den Gerichten nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden. Anders als bei der Aufstellung von Personalauswahlrichtlinien bezieht sich diese Einschränkung der gerichtlichen Überprüfbarkeit nicht nur auf die Gewichtung der Sozialauswahlkriterien zueinander, sondern auf die Sozialauswahl als solche und somit auch auf die Festlegung des auswahlrelevanten Kreises ver-

gleichbarer Arbeitnehmer sowie – jedenfalls nach überwiegender Auffassung in der Literatur – die Nichteinbeziehung bestimmter Arbeitnehmer in die Sozialauswahl auf Basis berechtigter betrieblicher Interessen. Insoweit stellt die Namensliste ein nützliches Instrument zur Reduzierung der – insbesondere im Zusammenhang mit komplexen Auswahlprozessen – auf Unternehmensseite bestehenden Prozessrisiken dar. Hierbei darf allerdings nicht übersehen werden, dass die Betriebsparteien keine willkürlichen Auswahlentscheidungen treffen dürfen. Unternehmen sind daher gut beraten, die dem **Auswahlprozess zugrundeliegenden Erwägungen mit Blick auf etwaige Kündigungsschutzprozesse zu dokumentieren**. Darüber hinaus werden die Betriebsräte zum Abschluss einer solchen Namensliste regelmäßig nur bei entsprechend finanziellen Zugeständnissen im Rahmen des Sozialplans bereit sein.

Auch wenn das Gesetz über die Leistungsträgerklausel, Personalauswahlrichtlinien oder die Namensliste also bestimmte Instru-

mentarien vorsieht, welche dem Unternehmen einen größeren Spielraum bei der Sozialauswahl einräumen oder die gerichtliche Überprüfbarkeit ihrer Durchführung einschränken, kann hierüber letztlich keine Bestenauslese im größeren Stil erzielt werden. Eine solche lässt sich im Ergebnis nur über ein **Freiwilligenprogramm** realisieren, welches sich gezielt an die Arbeitnehmer richtet, die aus Unternehmenssicht verzichtbar sind. Soweit es sich hierbei um Arbeitnehmer mit schlechteren Aussichten auf dem Arbeitsmarkt und – insbesondere in Zeiten des konjunkturellen Abschwungs und rückläufiger Beschäftigung – geringer Motivation zu einem Jobwechsel handelt, wird das Freiwilligenprogramm allerdings regelmäßig eine entsprechend hohe finanzielle Dotierung vorsehen müssen. Dies mag sich auf Dauer gesehen zwar bezahlt machen, lässt sich in Zeiten einer akuten finanziellen Krise und existenzieller Ungewissheit aber oftmals freilich nur schwer realisieren.



5. Betriebsbedingte Kündigungen, aber wie?

Minimierung prozessualer Risiken

Kann der erforderliche Personalabbau nicht (nur) auf freiwilliger Basis erfolgen, sondern werden betriebsbedingte Kündigungen erforderlich, besteht unweigerlich das Risiko einer Vielzahl sich anschließender Kündigungsschutzprozesse. Erweisen sich die Kündigungen im Rahmen der gerichtlichen Überprüfung als unwirksam und lässt sich keine vergleichsweise Einigung mit dem Arbeitnehmer erzielen, ist das Unternehmen nicht nur mit dem Annahmeverzugslohnrisiko belastet, ggf. droht auch der geplante Personalabbau und die hiermit bezweckte Kostenreduzierung zu scheitern. Diese Risiken lassen sich allerdings im Rahmen einer sorgfältigen Vorbereitung der betriebsbedingten Kündigungen bereits durch die Beachtung einiger Formalien deutlich reduzieren. Die nachfolgende Darstellung erhebt keinerlei Anspruch auf Vollständigkeit. Sie beschränkt sich vielmehr auf diejenigen Aspekte, denen im

Rahmen der Unternehmensplanung oftmals nicht hinreichende Beachtung geschenkt wird.

Dringende betriebliche Erfordernisse für eine Kündigung im Sinne von § 1 Abs. 2 Kündigungsschutzgesetz können sich aus außerbetrieblichen Gründen (z.B. Fortfall von Arbeitsplätzen wegen Auftragsmangels oder Umsatzrückgangs) oder innerbetrieblichen Gründen (Fortfall von Arbeitsplätzen wegen **unternehmerischer Entscheidung** wie z.B. Rationalisierungsmaßnahme oder Umstellung bzw. Einschränkung der Produktion) ergeben. Während unternehmerische Entscheidungen als innerbetriebliche Ursache für den Fortfall des Arbeitsplatzes von den Gerichten lediglich einer Rechtsmissbrauchskontrolle unterliegen und nicht auf ihre sachliche Rechtfertigung oder ihre Zweckmäßigkeit überprüft werden, erfolgt eine gerichtliche Überprüfung, wenn vom Unternehmen außerbetriebliche Gründe

für den Fortfall von Arbeitsplätzen verantwortliche gemacht werden. Nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts darf das Unternehmen in diesem Fall nur so viele Arbeitsplätze abbauen, wie dies auf Basis der herangezogenen außerbetrieblichen Gründe gerechtfertigt erscheint. Damit unterliegt das Unternehmen im Kündigungsschutzprozess der regelmäßig nur schwer zu bewältigenden prozessualen Herausforderung, quasi 1:1 darlegen und ggf. beweisen zu müssen, dass die außerbetrieblichen Umstände zum Fortfall einer konkreten Anzahl von Arbeitsplätzen geführt haben. Um dieses Prozessrisiko zu vermeiden, sind Unternehmen gut beraten, sich im Kündigungsschutzprozess zur Begründung des Fortfalls der Arbeitsplätze nicht auf außerbetriebliche Gründe, sondern ausschließlich auf eine innerbetriebliche unternehmerische Entscheidung zu berufen. Außerbetriebliche wirtschaftliche Entwicklungen können hierbei lediglich als mitbestimmende Motivationsfaktoren für die vom Unternehmen getroffene Organisationsentscheidung, nicht

aber als unmittelbarer Grund für den Fortfall der Arbeitsplätze herangezogen werden. Auch bei einer unternehmerischen Entscheidung ist allerdings zu beachten, dass im Kündigungsschutzverfahren im Falle des Bestreitens durch den Arbeitnehmer vom Unternehmen voll darzulegen und ggf. zu beweisen ist, ob eine derartige unternehmerische Entscheidung überhaupt vorliegt. D.h., das Unternehmen muss konkret vortragen und ggf. beweisen, wer wann welche unternehmerische Entscheidung getroffen hat. Insoweit empfiehlt es sich, vor Ausspruch der Kündigungen die **Beschlussfassung der zuständigen Entscheidungsträger unter dem maßgeblichen Datum schriftlich zu dokumentieren.**

§ 1 Abs. 2 Kündigungsschutzgesetz verlangt darüber hinaus, dass die dringenden betrieblichen Erfordernisse einer **Weiterbeschäftigung** des von der betriebsbedingten Kündigung betroffenen Arbeitnehmers entgegenstehen. Bestehen **im Betrieb oder im Unternehmen** im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung freie Arbeitsplätze,

auf denen der Arbeitnehmer, ggf. nach Durchführung zumutbarer Umschulungs- und Fortbildungsmaßnahmen, im Wege der Versetzung oder der Änderungskündigung weiterbeschäftigt werden könnte, ist die Kündigung nicht sozial gerechtfertigt und somit unwirksam. Gleiches gilt, wenn solche Arbeitsplätze mit hinreichender Sicherheit bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder in absehbarer Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist frei werden. Insbesondere das weite Verständnis des Bundesarbeitsgerichts des Vorrangs der Änderungs- vor der Beendigungskündigung, wonach ein Angebot eines freien Arbeitsplatzes lediglich in Extremfällen unterbleiben darf, führt in größeren Unternehmen, die auch bei gleichzeitigem Personalabbau unternehmensweit freie Arbeitsplätze zu besetzen haben, oftmals zu einem nicht unerheblichen Prozessrisiko.



Oftmals erhalten Arbeitnehmer allerdings erst durch **interne oder externe Stellenausschreibungen** des Unternehmens Kenntnis von existierenden offenen Stellen. In gewissem Rahmen lässt sich das Risiko also dadurch minimieren, dass derartige Stellenausschreibungen für einen bestimmten Zeitraum zunächst zurückgestellt werden. Zudem unterliegt die **Gestaltung des Anforderungsprofils** für den freien Arbeitsplatz der lediglich auf offenbare Unsachlichkeit zu überprüfenden Disposition des Unternehmens. Soweit für die sachgerechte Erledigung der Arbeitsaufgabe bestimmte persönliche oder sachliche Voraussetzungen erforderlich sind, kann die unternehmerische Entscheidung, welche Anforderungen an den Stelleninhaber zu stellen sind, nur auf offenbare Unsachlichkeit gerichtlich überprüft werden. Die Entscheidung des Unternehmens, bestimmte Tätigkeiten nur von Arbeitnehmern mit bestimmten Qualifikationen ausführen zu lassen, ist von den Arbeitsgerichten grundsätzlich jedenfalls dann zu respektieren, wenn die Qualifika-

tionsmerkmale einen nachvollziehbaren Bezug zur Organisation der auszuführenden Arbeiten haben. In diesem Rahmen lässt sich das Risiko bestehender Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten durch entsprechende Festsetzung des Anforderungsprofils der freien Stellen also ebenfalls in gewissem Rahmen minimieren.

Handelt es sich beim Personalabbau um eine anzeigepflichtige **Massenentlassung** im Sinne von § 17 Abs. 1 Kündigungsschutzgesetz (s. hierzu unter 3.), kann eine Kündigung erst wirksam erklärt werden, wenn die Massenentlassungsanzeige erfolgt ist. Geht dem Arbeitnehmer die Kündigung vor dem Zeitpunkt des Eingangs der ordnungsgemäßen Entlassungsanzeige bei der zuständigen Agentur für Arbeit zu, ist sie unwirksam. Dem steht zwar nicht entgegen, den Kündigungsentschluss bereits vor Erstattung der Massenentlassungsanzeige zu treffen und die Kündigungsschreiben bereits zu unterzeichnen, dem Arbeitnehmer darf die Kündigung aber erst nach diesem Zeitpunkt zugehen.

Insbesondere bei zeitkritischen Personalabbaumaßnahmen, die mit Blick auf die geltenden Kündigungsfristen oftmals keinen großen zeitlichen Spielraum vorsehen und einen zeitnahen Ausspruch der Kündigungen erfordern, empfiehlt es sich, sowohl den **Zeitpunkt des Zugangs der Eingangsbestätigung der Agentur für Arbeit als auch den Zeitpunkt der persönlichen Übergabe oder der Aufgabe der Kündigungsschreiben bei der Post sorgfältig zu dokumentieren**. Da der Begriff der Entlassung auch den Abschluss von Aufhebungsvereinbarungen umfasst, gilt das Vorstehende – wenn auch regelmäßig nur in der Theorie – im Übrigen auch für die Unterzeichnung von Aufhebungsvereinbarungen.

Insbesondere bei internationalen Unternehmensstrukturen, bei denen die Geschäftsführer inländischer Gesellschaften im Ausland sitzen, ist schließlich zu beachten, dass Kündigungen und Aufhebungsvereinbarungen nach § 623 Bürgerliches Gesetzbuch zu ihrer Wirksamkeit stets der **Schriftform** – also der eigenhändigen

Unterschrift – bedürfen; die elektronische Form ist ausgeschlossen. Nicht ausreichend ist daher die Verwendung von Stempeln, Faksimile oder anderen mechanischen Hilfsmitteln. Ebenfalls unzureichend ist die Versendung der Kündigung per E-Mail, auch wenn diese digital signiert ist, oder die Versendung einer Kündigungserklärung mit eingescannter Unterschrift. Auch die Übermittlung eines unterschriebenen Kündigungsschreibens per Telefax genügt dem Schriftformerfordernis nicht. In diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, dass die Kündigungserklärungen stets durch die **kündigungsberechtigte(n) Person(en) unterzeichnet** werden müssen. Bei juristischen Personen und Personenhandelsgesellschaften sind dies in erster Linie die im Handels- oder Vereinsregister eingetragenen Organvertreter. Müssen Kündigungen zeitnah erklärt werden und können die Unterschriften der **Organvertreter** nicht rechtzeitig eingeholt werden, können die Unterschriften alternativ auch von entsprechend **bevollmächtigten Personen** vor Ort geleistet werden.

Hierbei ist allerdings zu beachten, dass dem Arbeitnehmer gemeinsam mit der Kündigungserklärung eine **im Original unterzeichnete Vollmachtsurkunde** ausgehändigt wird. Anderenfalls besteht nach § 174 S. 1 Bürgerliches Gesetzbuch das Risiko, dass der Arbeitnehmer die Kündigung unverzüglich zurückweist, was zur Unwirksamkeit der Kündigung führt. In zeitkritischen Situationen macht diese Alternative natürlich nur dann Sinn, wenn der bevollmächtigten Person bereits im Vorfeld Originalvollmachtsurkunden im erforderlichen Umfang ausgehändigt wurden. Die Vorlage im Original unterzeichneter Vollmachtsurkunden ist nach § 174 S. 2 Bürgerliches Gesetzbuch nur dann nicht erforderlich, wenn der **Arbeitnehmer von der Bevollmächtigung in Kenntnis gesetzt** wurde. Dies gilt insbesondere bei der Erteilung einer **Prokura**, die im Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht worden ist. Besteht nur Gesamtprokura, müssen allerdings auch die weiteren Unterschriften eingeholt werden. Auch in der Bestellung zum **Leiter der Personalabteilung** ist die Mit-

teilung enthalten, dass dieser zum Ausspruch von Kündigungen berechtigt ist.

Bei der Auswahl und Umsetzung der entsprechenden Maßnahmen kommt es immer auf die Umstände des Einzelfalles an. Die vorstehende Übersicht ersetzt daher keine Prüfung der Rechtslage in Ihrem Unternehmen und stellt keinen Rechtsrat dar. Unsere Spezialisten, Dr. Kilian Friemel und Christiane Richter-Wienke, beantworten gerne Ihre Fragen und unterstützen Sie bei der konkreten Umsetzung der für Ihr Unternehmen am besten geeigneten Maßnahmen.



Ihre Ansprechpartner:



Dr. Kilian Friemel
Partner, München

T: +49 89 21038 196
E: k.friemel@taylorwessing.com



Christiane Richter-Wienke, LL.M.
Salary Partner, München

T: +49 89 21038 203
E: c.richter@taylorwessing.com

Taylor Wessing verfügt über eine ausgewiesene Expertise in der arbeitsrechtlichen Restrukturierung von Unternehmen. Dabei beraten wir unsere Mandanten nicht nur bei der strategischen Planung der Restrukturierung einschließlich der Erstellung von Budgets für die Interessenausgleich- und Sozialplanverhandlungen, sondern führen ebenfalls Verhandlungen mit den Betriebsräten und Gewerkschaften.

Nicht zuletzt setzen wir die gefundenen Verhandlungsergebnisse auch um, fertigen Massenentlassungsanzeigen ebenso wie Betriebsratsanhörungen und Kündigungen an. Ferner vertreten wir unsere Mandanten auch in etwaigen Massenkündigungsschutzprozessen.

Über Taylor Wessing



Führende internationale Full Service-Kanzlei.



Praxisnahe Beratung in allen Fragen des nationalen und internationalen Wirtschaftsrechts.



Branchen Know-how durch langjährige Beratungsbeziehungen zu führenden Unternehmen.



Über **1.100 Rechtsanwälte** an **29 Standorten** in Europa, den USA, dem Mittleren Osten und Asien, einschließlich unserer Kooperation in Südkorea.



Starke Präsenz im asiatischen Raum durch unsere führende China Praxis mit Repräsentanzen in Beijing, Shanghai und Hongkong sowie Seoul.



Expertenteams für die Wirtschaftsregionen Brasilien, Russland und Indien.



Internationales Netzwerk von ausgewählten und erprobten Kooperationskanzleien in weiteren Ländern.

1100+ Anwälte

300+ Partner

29 Büros

17 Jurisdiktionen

Belgien	Brüssel
China	Peking* Hongkong Shanghai*
Deutschland	Berlin Düsseldorf Frankfurt Hamburg München
Frankreich	Paris
Großbritannien	Cambridge Liverpool London London Tech City
Irland	Dublin
Niederlande	Amsterdam Eindhoven
Österreich	Wien Klagenfurt*
Polen	Warschau
Slowakei	Bratislava
Südkorea	Seoul**
Tschechien	Prag Brno*
Ukraine	Kiew
Ungarn	Budapest
USA	Silicon Valley* New York*
VAE	Dubai

* Repräsentanzen ** Assoziierte Büros

Europe > Middle East > Asia

taylorwessing.com

© Taylor Wessing 2023

Diese Publikation stellt keine Rechtsberatung dar. Die unter der Bezeichnung Taylor Wessing tätigen Einheiten handeln unter einem gemeinsamen Markennamen, sind jedoch rechtlich unabhängig voneinander; sie sind Mitglieder des Taylor Wessing Vereins bzw. mit einem solchen Mitglied verbunden. Der Taylor Wessing Verein selbst erbringt keine rechtlichen Dienstleistungen. Weiterführende Informationen sind in unserem Impressum unter taylorwessing.com/de/legal/regulatory-information zu finden.