

Brennpunkt



Dr. iur. Günter Schmitt-Rolfes
Rechtsanwalt und
Fachanwalt für
Arbeitsrecht,
Partner in der
Anwaltssozietät
Schmitt-Rolfes,
Faltermeyer,
München

Die Kündigung: eine unendliche Geschichte

Man sollte eigentlich meinen, das Kündigungsrecht sei ausjudiziert. Aber nichts dergleichen. In den letzten beiden Monaten des vergangenen Jahres sind gleich drei Entscheidungen in der Fachpresse veröffentlicht worden, die für die Praxis von erheblicher Bedeutung sind. Dabei hat der 2. Senat des BAG – der sog. „Kündigungssenat“ – seine im großen Ganzen bewährte Linie fortgesetzt, während der 6. Senat, der u. a. für Kündigungen in Kleinbetrieben zuständig ist, die Fachwelt mit seiner Entscheidung doch eher überrascht.

■ Outsourcing eines einzelnen Arbeitsplatzes

Die erste Entscheidung (Urt. v. 18.6.2015 – 2 AZR 480/14) betraf das „Outsourcing“ eines einzelnen Arbeitsplatzes. Die Klägerin war tariflich unkündbar, die unternehmerische Entscheidung möglicherweise – auch – durch Gründe im Verhalten der Klägerin motiviert. Dazu meinte das BAG im zweiten Leitsatz: „Die Vergabe der Aufgaben (nur) eines einzelnen – ordentlich unkündbaren – Arbeitnehmers an ein Drittunternehmen ist nicht schon per se rechtsmissbräuchlich.“ Begründung: „Für eine beschlossene und durchgeführte unternehmerische Organisationsentscheidung spricht die Vermutung, dass sie aus sachlichen (...) Gründen getroffen wurde und nicht auf Rechtsmissbrauch beruht.“ Auch eine Motivation durch Gründe im Verhalten des Arbeitnehmers führe nicht ohne Weiteres zur Annahme von Rechtsmissbrauch. Ein Missbrauch „kann vorliegen, wenn das Konzept des Arbeitgebers alleine darauf abzielt, den Arbeitnehmer ‚loszuwerden‘ und dies mit einer unternehmerischen Entscheidung begründet wird“.

Und weiter: „Die Beschlüsse der Beklagten können selbst dann sachbezogen und objektiv nachvollziehbar gewesen sein, wenn sie ihre Unzufriedenheit mit dem Verhalten der Klägerin zum Anlass genommen haben sollte, die Arbeiten der EDV-Organisatoren an ein externes Unternehmen zu vergeben.“

Der Entscheidung ist voll zuzustimmen. Unzufriedenheit mit Leistung oder Verhalten eines Mitarbeiters kann eine Fremdvergabe nicht ausschließen. Wäre es anders, könnte man nur Tätigkeiten von Beschäftigten fremdvergeben, mit denen man zufrieden ist ...

■ Grenze für Direktionsrecht und Vorrang der Änderungskündigung

Im zweiten Fall (Urt. v. 24.9.2015 – 2 AZR 3/14) hatte die Beklagte, eine Bank mit Sitz in der Türkei, 2011 ihren Geschäftsbetrieb in Deutschland eingestellt. Sie hatte dem Kläger, einem türkischen Staatsangehörigen, der seit 1991 bei ihr – zuletzt als Leiter einer Zweigstelle – beschäftigt war, eine Stelle als Leiter der Abteilung für Auslandsgeschäfte in einer Handelsfiliale in Istanbul zugewiesen. Da der Kläger sich weigerte, diese Stelle anzutreten, mahnte sie ihn zweimal ab und kündigte schließlich außerordentlich wegen beharrlicher Arbeitsverweigerung und hilfsweise ordentlich wegen Betriebsschließung. Der Angestellte hielt die Kündigungen für unwirksam. Eine beharrliche Arbeitsverweigerung liege nicht vor, weil die Beklagte ihn nicht per Direktionsrecht auf die Abteilungsleiterstelle in der Türkei habe versetzen können. Im Übrigen habe sie statt einer Beendigungskündigung eine Änderungskündigung aussprechen müssen.

Der 2. Senat des BAG sieht das anders. Die Versetzung nach Istanbul kraft Direktionsrechts sei unwirksam. § 106 GewO erlaube grundsätzlich keine Versetzung ins Ausland, und er gestatte dem Arbeitgeber auch nicht, jemandem ohne entsprechenden Vorbehalt einen minderwertigen Arbeitsplatz – hier: eine Stelle als Abteilungsleiter – zuzuweisen. Das widerspricht zwar der These des 10. Senats, der annimmt, der Umfang des Weisungsrechts ergebe sich aus § 106 GewO, welcher bekanntlich keine (Außen)Grenze enthält, entspricht aber wohl herrschender Meinung. Eine Versetzung wäre also nur durch Änderungskündigung möglich gewesen. Die Beklagte hatte aber eine Beendigungskündigung ausgesprochen.

Mit Recht, wie der Senat feststellt. Ein Arbeitsplatz im Ausland muss jedenfalls bei einer Betriebsschließung nicht mithilfe einer Änderungskündigung angeboten werden.

■ Kleinbetrieb: Rentennähe ohne Bedeutung für Altersdiskriminierung?

Der Leitsatz der dritten Entscheidung (Urt. v. 23.7.2015 – 6 AZR 457/14) kommt unpräzise daher: „Eine altersdiskriminierende Kündigung ist im Kleinbetrieb nach § 134 BGB i. V. m. §§ 7 Abs. 1, 1, 3 AGG unwirksam.“ Der Teufel steckt jedoch in der Begründung. Zwei Ärzte entschlossen sich zu einer Umstrukturierung ihrer Praxis mit der Folge, dass eine Laborkraft überzählig wurde. In einem freundlich gehaltenen Brief an die damals 63-jährige Klägerin schrieben sie u. a.: „Seit über 20 Jahren gehen wir nun beruflich gemeinsame Wege (...) Inzwischen bist Du pensionsberechtigt (...)“ Der Senat sah in dem „pensionsberechtigt“ ein Indiz für eine (unmittelbare) Altersdiskriminierung. Die unterschiedliche Behandlung sei nicht nach § 10 AGG zulässig. Die Beklagte habe die Ungleichbehandlung in der Tatsacheninstanz nicht mit geringerer sozialer Schutzbedürftigkeit der Klägerin gerechtfertigt, sondern mit der besseren Qualifikation einer jüngeren Kraft. Das reiche nicht aus. Auch die Argumentation des LAG, die Kündigung habe sogar den Anforderungen der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG entsprochen, trage nicht. Zum einen sei die Zulässigkeit der Berücksichtigung einer altersbedingten Rentennähe im Rahmen der Sozialauswahl umstritten, zum anderen sei die Prüfung außerhalb des KSchG unmittelbar an § 7 AGG vorzunehmen.

■ Ergebnis

Ein „kleiner“ Arbeitgeber, der einem Mitarbeiter eine Kündigung schonend beibringen will, fühlt sich bestraft. Ein Anwalt, der statt sozialer Gründe Leistungsunterschiede vorträgt, tappt in eine Haftungsfalle. Und das rechtssuchende Publikum versteht die Welt nicht mehr, wenn es hört, dass in einem Kleinbetrieb an eine Kündigung höhere Anforderungen gestellt werden als in einem Betrieb, der dem KSchG unterfällt.