

**Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein**

**Aktenzeichen: 5 Sa 251/10**

4 Ca 13/10 ArbG Lübeck  
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 30.11.2010

Gez. ...  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



**Urteil**

**Im Namen des Volkes**

In dem Rechtsstreit

pp.

hat die 5. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 30.11.2010 durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzende und die ehrenamtlichen Richter ... und ... als Beisitzer

für Recht erkannt:

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgericht Lübeck vom 23.04.2010, Az. 4 Ca 13/10, wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte.
3. Die Revision wird zugelassen.

.....

## **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil kann durch Einreichung einer Revisionschrift bei dem Bundesarbeitsgericht in 99084 Erfurt, Hugo-Preuß-Platz 1, Telefax: 0361 2636-2000 Revision eingelegt werden.

Die Revisionschrift muss

### **binnen einer Notfrist von einem Monat**

beim Bundesarbeitsgericht eingegangen sein.

Der Revisionskläger muss die Revision begründen. Die Revisionsbegründung ist, sofern sie nicht bereits in der Revisionschrift enthalten ist, in einem Schriftsatz bei dem Bundesarbeitsgericht einzureichen. Die Frist für die Revisionsbegründung beträgt

### **zwei Monate.**

Die Fristen für die Einlegung und die Begründung der Revision beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, **spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.**

Die Revisionschrift muss das Urteil bezeichnen, gegen das die Revision gerichtet wird, und die Erklärung enthalten, dass gegen dieses Urteil Revision eingelegt werde.

Die Revision und Revisionsbegründung müssen von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

An seine Stelle kann auch ein Vertreter eines Verbandes (Gewerkschaften, Arbeitgebervereinigungen) oder eines Spitzenverbandes (Zusammenschlüsse solcher Verbände) treten, sofern er kraft Satzung oder Vollmacht zur Vertretung befugt und die Partei Mitglied des Verbandes oder Spitzenverbandes ist. An die Stelle der vorgenannten Vertreter können auch Angestellte einer juristischen Person, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer dieser Organisationen stehen, treten, sofern die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung der Verbandsmitglieder entsprechend deren Satzung durchführt und der Verband für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet. Ist die Partei Mitglied eines Verbandes oder Spitzenverbandes, kann sie sich auch durch einen Vertreter eines anderen Verbandes oder Angestellten einer der oben genannten juristischen Personen mit vergleichbarer Ausrichtung vertreten lassen. Die Personen, die für diese Organisationen handeln, müssen über die **Befähigung zum Richteramt** verfügen.

Der Revisionsschrift soll eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des angefochtenen Urteils beigelegt werden.

Der Schriftform wird auch durch Einreichung eines elektronischen Dokuments genügt, wenn es für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet ist. Schriftsätze können dazu über eine gesicherte Verbindung in den elektronischen Gerichtsbriefkasten des Bundesarbeitsgerichts eingelegt werden. Die erforderliche Zugangs- und Übertragungssoftware kann lizenzkostenfrei über die Internetseite des Bundesarbeitsgerichts ([www.bundesarbeitsgericht.de](http://www.bundesarbeitsgericht.de)) heruntergeladen werden. Das Dokument ist mit einer qualifizierten Signatur nach dem Signaturgesetz zu versehen. Nähere Informationen finden sich auf der Internetseite des Bundesarbeitsgerichts (s.o.) sowie unter [www.egvp.de](http://www.egvp.de).

(Rechtsmittelschriften, Rechtsmittelbegründungsschriften und wechselseitige Schriftsätze im Verfahren vor dem Bundesarbeitsgericht sind in siebenfacher - für jeden weiteren Beteiligten eine weitere - Ausfertigung einzureichen.)

## Tatbestand

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer betriebsbedingten Kündigung sowie um Weiterbeschäftigung.

Die Beklagte ist eine 100%ige Tochtergesellschaft der M. Hotel & Resorts AG. Sie betreibt in Deutschland an verschiedenen Standorten Hotels. Im Dezember 2009 waren es 16, heute sind es 13 Hotels.

Die am ....1979 geborene Klägerin ist verheiratet und seit dem 14.08.2006 bei der Beklagten im M. Hotel in L., zuletzt als Sales Managerin, zu einem Monatsgehalt von derzeit € 2.287,00 brutto in Vollzeit beschäftigt. Ausweislich des Formulararbeitsvertrages vom 08.08.2006 ist die Beklagte berechtigt, der Klägerin bei unveränderten Bezügen in anderen Betrieben auch eine andere, ihren Fähigkeiten entsprechende Tätigkeit zu übertragen.

Die Alleingeschafterin der Beklagten befasste sich am 18.11.2009 mit der strategischen Ausrichtung der von der Beklagten in Deutschland betriebenen Hotels, u. a. des M. Hotels in L.. Die Alleingeschafterin beschloss, den für das Hotelgebäude in L. bestehenden Mietvertrag nicht zu verlängern, sondern zum 31.12.2011 auslaufen zu lassen, zu diesem Zeitpunkt den Hotelbetrieb in L. einzustellen und, soweit notwendig, bestehende Arbeitsverhältnisse zu kündigen (Anlage B 2 = Bl. 51 f. d. A.). In Umsetzung dieses Beschlusses kündigte die Beklagte den Pachtvertrag über das Grundstück nebst aufstehendem Hotelgebäude „Beim H.“/W.-B.-Allee 1-5 in L. gegenüber der Vermieterin, der H. Immobilien GmbH & Co. KG, fristgemäß mit Schreiben vom 11.12.2009 zum 31.12.2011 (Anlage B 3 = Bl. 53 d. A.). Bei der Agentur für Arbeit erstattete die Beklagte am 14.12.2009 die Massentlassungsanzeige gemäß § 17 KSchG (Bl. 55-61 d. A.).

Am 17.12.2009 führte die Beklagte im Hotelbetrieb in L. eine Betriebsversammlung durch. Sie unterrichtete die Belegschaft darüber, dass die Geschäftsführung der Beklagten sich entschieden habe, den Mietvertrag nicht über den 31.12.2011 hinaus zu verlängern und den Hotelbetrieb zu diesem Zeitpunkt einzustellen. Im Anschluss

daran wurde allen anwesenden Mitarbeitern, unter anderem der Klägerin, die ordentliche Kündigung vom 17.12.2009 zum 31.12.2011 ausgehändigt (Bl. 15 d. A.). In einem dem Kündigungsschreiben beigefügten Begleitschreiben vom 17.12.2009 teilte die Beklagte mit, dass ihr die Weiterbeschäftigung über den Schließungszeitpunkt hinaus nicht möglich sei, weil sie zu diesem Zeitpunkt die Hotelanlage an die Vermieterin zurückgeben müsse. Falls der Vermieter oder ein neuer Betreiber das Hotel ohne wesentliche Veränderung und ohne größere Unterbrechung fortführe, würde ein Betriebsübergang vorliegen, sodass die Arbeitnehmer ggf. einen Beschäftigungsanspruch gegenüber einem neuen Arbeitgeber hätten. Über den Fortgang der Dinge habe sie derzeit indessen keine Kenntnisse (Bl. 16 d. A.).

Die Klägerin hat am 04.01.2010 beim Arbeitsgericht Kündigungsschutzklage erhoben.

Sie hat die Auffassung vertreten, bei der Kündigung handele es sich um eine sozial ungerechtfertigte Vorratskündigung. Dringende betriebliche Erfordernisse seien derzeit nicht gegeben. Die mit einer mehr als zweijährigen Frist ausgesprochene Kündigung erlaube keine Beurteilung von Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten.

Die Klägerin hat beantragt

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die ordentliche Kündigung vom 17.12.2009, zugestellt am 17.12.2009, nicht aufgelöst wird.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, es handele sich um keine unzulässige Vorratskündigung. Die unternehmerische Entscheidung, den Mietvertrag auslaufen zu lassen und den Hotelbetrieb zum 31.12.2011 zu schließen, sei abschließend getroffen worden. Die Kündigung sei auch nicht deshalb unzulässig, weil sie mit einer langen Frist ausgesprochen sei. Die Beklagte verstehe sich als soziale Arbeitgeberin. Sie habe den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern durch die rechtzeitige Kündigung die Möglichkeit geben wollen, sich

frühzeitig umzuorientieren. Sämtliche Rechte der Klägerin seien gewahrt, weil bei Fortführung des Hotelbetriebes durch einen anderen Erwerber ein Betriebsübergang vorliegen würde. Selbst wenn die Beklagte den Betrieb fortführen sollte, sei die Klägerin durch den Wiedereinstellungsanspruch geschützt. Schließlich verfüge die Beklagte über eine interne Stellenbörse, im Rahmen derer die von Schließungen betroffenen Mitarbeiter bevorzugt bei einer Vermittlung innerhalb der M.-Gruppe berücksichtigt würden.

Die vormaligen Verfahrensbevollmächtigten der Beklagten haben mit Schriftsatz vom 16.02.2010 (Bl. 24 f. d. A.) die Kündigungen auch damit begründet, hierdurch die Folgen der Entscheidung des BAG vom 22.10.1991 (1 ABR 17/91) vermeiden zu wollen. In dem Schriftsatz hatten sie der Klägerin angeboten, die Kündigung bei Verzicht auf Sozialplanansprüche als gegenstandslos anzusehen. Die Klägerin hat den Vergleich nicht angenommen.

Das Arbeitsgericht hat der Klage mit Urteil vom 23.04.2010 stattgegeben. Die Kündigung der Beklagten vom 17.12.2009 sei sozial ungerechtfertigt. Es lägen keine dringenden betrieblichen Erfordernisse im Sinne von § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG vor. Die Kündigung sei allein deshalb ausgesprochen worden, um der Sozialplanpflicht zu entgehen. Das belegten die Ausführungen der vormaligen Verfahrensbevollmächtigten der Beklagten im Schriftsatz vom 16.02.2010 und insbesondere das dort unterbreitete Vergleichsangebot.

Gegen dieses ihr am 14.05.2010 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 14.06.2010 beim Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein Berufung eingelegt und diese nach gewährter Fristverlängerung bis zum Montag, den 16.08.2010, am 16.08.2010 begründet.

Die Beklagte bestreitet, dass die Kündigung so frühzeitig ausgesprochen worden sei, um einen Sozialplan zu vermeiden. Der anders lautende Vortrag ihrer vormaligen Prozessbevollmächtigten W. sei von ihr nicht autorisiert gewesen, insbesondere sei ihr der mit Schriftsatz von Rechtsanwalt W. unterbreitete Vergleichsvorschlag weder bekannt noch mit ihr ab-

gestimmt gewesen. Motiv für den frühzeitigen Ausspruch der Kündigung sei vielmehr gewesen, den Mitarbeitern die Ernsthaftigkeit der Stilllegungsentscheidung zu verdeutlichen und ihnen die Gelegenheit zu geben, sich rechtzeitig um eine neue Stelle zu bemühen. Dies habe sie spätestens in der Kammerverhandlung vor dem Arbeitsgericht richtig gestellt, was das Arbeitsgericht entgegen § 85 Abs. 1 Satz 2 ZPO unberücksichtigt gelassen habe. Ungeachtet dessen hätte ein nach der Stilllegungsentscheidung, der Kündigung des Mietvertrages, der Massenentlassungsanzeige und dem Ausspruch der Kündigungen gewählter Betriebsrat keinen Sozialplan verlangen können.

Da die Kündigung betriebsbedingt erforderlich gewesen sei, hätte das Arbeitsgericht mithin die Klage abweisen müssen. Die Kündigung beruhe auf der Unternehmerentscheidung, den Hotelbetrieb zum 31.12.2011 zu schließen. Es habe sich um eine ernsthafte und endgültige Stilllegungsabsicht gehandelt. Hierdurch falle der Arbeitsplatz der Klägerin – wie auch alle übrigen Arbeitsplätze – zum 31.12.2011 weg. Die Stilllegungsentscheidung sei nicht willkürlich und habe bereits greifbare Formen angenommen. Sie, die Beklagte, habe bereits vor Ausspruch der Kündigung das Mietverhältnis gekündigt und die Massenentlassung der Agentur für Arbeit angezeigt. Weiterer Umsetzungsakte habe es Ende des Jahres 2009 noch nicht bedurft. Sie, die Beklagte, habe zu keinem Zeitpunkt ernsthafte Gespräche mit Interessenten über eine Betriebsübernahme geführt. Ihr sei nicht bekannt, was die Vermieterin nach der Betriebseinstellung mit dem Hotel vorhabe. Insbesondere sei sie nicht zu Übernahmegesprächen mit potentiellen Bewerbern hinzugezogen worden. Etwaige Beschäftigungsmöglichkeiten im Falle der Betriebsfortführung durch einen neuen Hotelbetreiber seien bei Ausspruch der Kündigung völlig ungewiss und auch heute nicht absehbar. Sollte es vor Ende 2011 zu einem Betriebsübergang kommen, stünde der Klägerin ein Fortsetzungsanspruch gegenüber dem neuen Betriebsinhaber zu. Eine Sozialauswahl habe nicht stattfinden müssen, da allen Arbeitnehmern des L.er Betriebs gekündigt worden sei. Bei Ausspruch der Kündigung sei für die Klägerin auch kein anderer freier Arbeitsplatz im Unternehmen vorhanden gewesen noch sei vor dem Hintergrund des Einstellungsstopps abzusehen gewesen, dass ein solcher bis zum Ablauf der Kündigungsfrist freiwerden würde. Die ohnehin niedrige Fluktuation habe das Freiwerden eines Arbeitsplatzes nicht erwarten lassen. Aufgrund der schlechten Wirtschaftslage sei eher mit Entlassungen als mit Wiederbesetzungen zu

rechnen gewesen. Hinzu komme, dass die Klägerin die ihr obliegende Darlegungslast nicht erfüllt habe. Sie habe nicht konkret dargelegt, wie sie sich eine anderweitige Beschäftigung vorstelle. An der Darlegungslast ändere der lange Zeitraum nichts, in dem Beschäftigungsmöglichkeiten entstehen können. Eine sich etwa vor dem Kündigungstermin ergebende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit könne zu einem Wiedereinstellungsanspruch führen. Der frühzeitige Ausspruch der Kündigung sei nicht rechtswidrig. Es sei nicht verboten, zu früh zu kündigen.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Lübeck vom 23.04.2010, Az. 4 Ca 13/10, abzuändern und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Klägerin behauptet nach wie vor, dass die Kündigung am 17.12.2009 nur ausgesprochen worden sei, um der Bildung eines Betriebsrats und damit der Verpflichtung zum Abschluss eines Interessenausgleichs zuvorzukommen. Sie bestreitet, dass der vorherige Prozessbevollmächtigte der Beklagten für den entsprechenden Vortrag nicht autorisiert gewesen sei. Ungeachtet dessen sei die Kündigung nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse gerechtfertigt. Die Beklagte habe nicht dargelegt, dass sie vor Ausspruch der Kündigung eine mögliche Weiterbeschäftigung über den 31.12.2011 hinaus in einem anderen Hotel des Unternehmens geprüft habe. Letzteres sei auch nicht der Fall. Denn der Geschäftsführer der Beklagten habe noch im Kammertermin geäußert, dass er davon ausgehe, dass ein erheblicher Teil der gekündigten Arbeitnehmer von anderen Hotels des Unternehmens übernommen werden könnte. So werde der unternehmensinterne Stellenmarkt vornehmlich den gekündigten Arbeitnehmern angeboten. Die Kündigung sei mithin nicht dringend gewesen. Ungeachtet dessen sei einem Betriebsübergang auf einen neuen Hotelbetreiber auszugehen. Denn die Beklagte habe alle Arbeitnehmer – unstreitig – angewiesen, auch Buchungen über den 31.12.2011 hinaus anzunehmen. Hierfür spreche auch, dass die Beklagte auf der Betriebsversammlung am 10.08.2010 mitgeteilt habe, dass sie davon ausgehe, dass in dem Ge-

bäude auch nach dem 31.12.2011 ein Hotel betrieben werde, Sie habe dem Betriebsrat auf dessen Nachfrage mitgeteilt, dass fünf konkrete Interessenten für die Hotelübernahme vorhanden seien. Sie, die Klägerin, könne nicht auf einen möglichen Wiedereinstellungsanspruch verwiesen werden. Ein solcher verleihe ihr einen wesentlich geringeren Schutz.

### **Entscheidungsgründe**

**I.** Die Berufung der Beklagten ist zulässig. Sie ist statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, §§ 64 Abs. 2 lit. c, 66 Abs. 1 ArbGG, § 519 ZPO.

**II.** In der Sache hat die Berufung jedoch keinen Erfolg. Das Arbeitsgericht hat im Ergebnis zu Recht festgestellt, dass die Kündigung vom 17.12.2009 das Arbeitsverhältnis nicht zum 31.12.2011 beendet hat. Die Kündigung ist unwirksam, weil sie nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt war, die einer Weiterbeschäftigung entgegenstanden, § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG (1.). Darüber hinaus ist die mit einer mehr als zweijährigen Kündigungsfrist ausgesprochene sog. vorzeitige Kündigung vorliegend rechtsmissbräuchlich und damit sozialwidrig, weil es hierdurch der Klägerin unmöglich ist, im Zuge ihrer abgestuften Darlegungslast konkret zu Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten auf anderen Arbeitsplätzen in anderen Hotels vorzutragen (2.).

**1.** Zur sozialen Rechtfertigung der Kündigung müssen dringende betriebliche Erfordernisse vorliegen.

**a)** Dringende betriebliche Erfordernisse für eine Kündigung im Sinne des § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG können sich aus innerbetrieblichen (z. B. Rationalisierungsmaßnahmen, Umstellung oder Einschränkung der Produktion) oder außerbetrieblichen Gründen (z. B. Auftragsrückgang oder Umsatzrückgang) ergeben.

**aa)** Eine Kündigung ist aus innerbetrieblichen Gründen gerechtfertigt, wenn sich der Arbeitgeber zu einer organisatorischen Maßnahme entschließt, bei deren innerbe-

trieblicher Umsetzung das Bedürfnis für die Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer Arbeitnehmer entfällt. Von den Arbeitsgerichten voll nachzuprüfen ist, ob eine derartige unternehmerische Entscheidung tatsächlich vorliegt und durch ihre Umsetzung das Beschäftigungsbedürfnis für einzelne Arbeitnehmer entfallen ist. Dagegen ist die unternehmerische Entscheidung nicht auf ihre sachliche Rechtfertigung oder ihre Zweckmäßigkeit zu überprüfen, sondern nur darauf, ob sie offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist (st. Rspr., vgl. nur BAG 10.07.2008 – 2 SZR 1111/06 -, NZA 2009, 312 ff.). Die betrieblichen Erfordernisse müssen dringend sein und eine Kündigung im Interesse des Betriebs notwendig machen. Die Kündigung muss wegen der betrieblichen Lage unvermeidbar sein (BAG Urt. v. 17.06.1999 – 2 AZR 456/98 -, a. a. O.).

**bb)** Maßgeblicher Zeitpunkt zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Kündigung ist der des Kündigungszugangs (Urt. v. 13.02.2008 – 2 AZR 75/06 -, a. a. O.; KR-Griebeling, 9. Aufl. Rn. 550 zu § 1 KSchG; ErfK/Oetker, 11. Aufl., Rn. 91 zu § 1 KSchG). Grundsätzlich muss zu diesem Zeitpunkt der Kündigungsgrund, nämlich der Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit, vorliegen. Das Gestaltungsrecht Kündigung kann nur bei Vorliegen eines im Zeitpunkt der Kündigungserklärung vorhandenen Kündigungsgrundes rechtswirksam ausgeübt werden (BAG Urt. v. 13.02.2008 – 2 AZR 75/06 -, a. a. O.; Hergenröder Anm. zu BAG 12.04.2002 – 2 AZR 256/01 – EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 118 S. 8).

**cc)** Wegen der Zukunftsbezogenheit der Kündigung und aus Gründen der Praktikabilität hat das Bundesarbeitsgericht eine beabsichtigte Betriebs- oder Abteilungsstilllegung ausnahmsweise als ein dringendes betriebliches Erfordernis i. S. v. § 1 Abs. 2 KSchG anerkannt, wenn die für den künftigen Wegfall der Beschäftigung des Arbeitnehmers maßgeblichen Entwicklungen bereits zum Kündigungszeitpunkt feststehen, insbesondere wenn die unternehmerische Organisationsentscheidung schon getroffen war und sie sich zum Ablauf der Kündigungsfrist realisiert. Das bedeutet, dass in den Fällen, in denen zwar bei Zugang der Kündigung noch eine Beschäftigungsmöglichkeit besteht, aber die für den künftigen Wegfall des Beschäftigungsbedürfnisses maßgeblichen Entscheidungen bereits gefallen sind, zu prüfen ist, ob der Arbeitnehmer bis zum Kündigungstermin voraussichtlich entbehrt werden kann (vgl. BAG

27.01.1987 – 7 AZR 652/85 –, BAGE 54, 215; Urt. v. 12.04.2002 – 2 AZR 256/01 –, a. a. O.).

**dd)** Davon ist auszugehen, wenn im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung die auf Tatsachen gestützte, vernünftige betriebswirtschaftliche Prognose gerechtfertigt ist, dass zum Kündigungsstermin mit einiger Sicherheit der Eintritt des die Entlassung erforderlich machenden betrieblichen Grundes vorliegen wird (st. Rspr. des 2. Senats des BAG, vgl. nur: Urt. v. 13.02.2008 – 2 AZR 75/06 -, a. a. O.; Urt. v. 11.03.1998 - 2 AZR 414/97 -, AP Nr. 43 zu § 111 BetrVG 1972; KR-Griebeling, a. a. O., Rn. 527 zu § 1 KSchG; ErfK/Oetker, a. a. O., Rn. 280 zu § 1 KSchG). Dabei muss die der entsprechenden Prognose zugrunde liegende Entscheidung bereits zum Kündigungszeitpunkt endgültig getroffen worden sein und die endgültige Schließung des Betriebs oder der Betriebsabteilung aus Sicht der Arbeitsvertragsparteien zum Kündigungszeitpunkt bereits feststehen und greifbare Formen angenommen haben. Ist dies nicht der Fall, kann eine zum Wegfall des Arbeitsplatzes und zur fehlenden Weiterbeschäftigungsmöglichkeit führende Prognose vor dem Ablauf der Kündigungsfrist nicht erfolgreich gestellt werden. Vielmehr entfällt die Grundlage für die Kündigung (vgl. Hergenröder Anm. zu BAG 12.04.2002 - 2 AZR 256/01 - in: EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 118, S. 8). Es bedarf dann einer zweiten – endgültigen - unternehmerischen Organisationsentscheidung.

Deswegen ist eine Kündigung wegen Betriebsschließung nicht sozial gerechtfertigt, solange der Arbeitgeber den Stilllegungsbeschluss lediglich erwogen, aber noch nicht endgültig gefasst hat (BAG Urt. v. 12.02.2008 – 2 AZR 75/06 -, a. a. O. m. w. N.). Gleiches gilt, wenn der Arbeitgeber im Kündigungszeitpunkt noch in ernsthaften Verhandlungen über die Veräußerung des Betriebs oder der Betriebsabteilung steht oder sich um neue Aufträge bemüht. Dann liegt keine unbedingte und endgültige Stilllegungsabsicht vor (BAG Urt. v. 27.09.1984 - 2 AZR 309/83 -, BAGE 47, 13; Urt. v. 15.03.2001 - 2 AZR 705/99 -, AP Nr. 26 zu § 620 BGB ‚Bedingung‘).

**b)** Hieran gemessen lagen zum Zeitpunkt des Ausspruchs der streitgegenständlichen Kündigung vom 17.12.2008 noch keine dringenden betriebsbedingten Gründe vor.

**aa)** Zwar hat die Kammer keinen Zweifel daran, dass die Alleingesellschafterin der Beklagten am 18.11.2009 die Unternehmerentscheidung getroffen hat, sich selbst aus dem operativen Geschäft des Hotelbetriebs in L. mit Wirkung ab dem 01.01.2012 endgültig und nicht nur vorübergehend zurückzuziehen. Mit dieser Unternehmerentscheidung war die Einstellung der betrieblichen Tätigkeit der Beklagten an der Betriebsstätte L. (Hotel M. in L.) beschlossene Sache. In Umsetzung dieser Unternehmerentscheidung (Einstellung der eigenen Betriebstätigkeit im M.-Hotel in L.) hat die Beklagte dann den Pachtvertrag mit der Fa. H. Immobilien GmbH & Co. KG mit Schreiben vom 11.12.2009 fristgerecht zum 31.12.2011 gekündigt.

**bb)** Indessen lagen bei Ausspruch der Kündigung am 17.12.2009 noch keine dringenden betrieblichen Erfordernisse bzw. greifbare Formen für eine geplante Betriebsstilllegung vor.

**(1)** Nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG müssen nicht nur betriebliche Erfordernisse vorliegen. Diese müssen zusätzlich „dringend“ sein. Das Merkmal der Dringlichkeit ist Ausdruck des das gesamte Kündigungsschutzrecht beherrschenden Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Danach darf der Arbeitgeber erst dann betriebsbedingt kündigen, wenn es ihm nicht möglich ist, der betrieblichen Lage durch andere Maßnahmen auf technischem, organisatorischem oder wirtschaftlichem Gebiet als durch eine Kündigung zu entsprechen (BAG Urt. v. 21.04.2005 – 2 AZR 132/04 -, AP Nr. 79 zu § 2 KSchG 1969). Die Kündigung muss wegen der betrieblichen Lage unvermeidbar sein, weil der Arbeitnehmer auf der Grundlage der getroffenen Unternehmerentscheidung nicht mehr vertragsgerecht beschäftigt werden kann (BAG Urt. v. 30.05.1985 – 2 AZR 321/84 -, AP Nr. 24 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung; KR/Griebling, a. a. O., Rn. 528 zu § 1 KSchG; ErfK/Oetker, a. a. O., Rn. 234 zu b § 1 KSchG). Die Dringlichkeit bezieht sich dabei auf die betrieblichen Erfordernisse und nicht auf die Unternehmerentscheidung selbst (KR/Griebling, a. a. O., Rn. 529 zu § 1 KSchG; ErfK/Oetker, a. a. O., Rn. 237 zu § 1 KSchG). So gilt der Vorrang der Änderungskündigung gegenüber der betriebsbedingten Beendigungskündigung. Die Dringlichkeit einer Beendigungskündigung ist demgemäß nur zu bejahen, wenn die Kündigung im Interesse des Betriebs notwendig ist, d. h. wenn für den Arbeitnehmer

unter Beachtung der getroffenen Unternehmerentscheidung (hier: Einstellung des Hotelbetriebs in L.) keine alternativen Beschäftigungsmöglichkeiten im Betrieb mehr vorhanden sind.

**(2)** Im Falle einer betriebsbedingten Kündigung aufgrund einer geplanten und noch nicht durchgeführten Betriebsstilllegung ist das Erfordernis der „greifbaren Formen“ Ausfluss des gesetzlichen Tatbestandsmerkmals der Dringlichkeit der betrieblichen Erfordernisse gemäß § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG. Greifbare Formen hat die geplante Betriebsstilllegung dann angenommen, wenn eine vernünftige betriebswirtschaftliche Betrachtung die Prognose rechtfertigt, dass der Arbeitnehmer nach dem Auslaufen der Kündigungsfrist bzw. dem Erreichen des Kündigungstermins entbehrt werden kann (BAG Ur. V. 19.06.1991 – 2 AZR 127/91 -, AP Nr. 53 zu § 1 KSchG 1969 ‚Betriebsbedingte Kündigung‘).

**(3)** Vorliegend konnte die Beklagte am 17.12.2009 allein aufgrund der getroffenen Unternehmerentscheidung vom 18.11.2009 (Einstellung des Hotelbetriebs) und der nachfolgenden Kündigung des Pachtvertrages vom 11.12.2009 bei einer vernünftigen betriebswirtschaftlichen Betrachtung noch nicht von einem Wegfall des Beschäftigungsbedürfnisses der Klägerin zum 01.01.2012 ausgehen. Die als Kündigungsgrund herangezogene Betriebsstilllegung hatte zu jenem frühen Zeitpunkt noch keine greifbaren Formen angenommen. Die maßgeblichen Entwicklungen, die zum Wegfall der Arbeitsplätze führen, standen bei Ausspruch der Kündigungen noch gar nicht fest. Die Beklagte geht in ihrer Argumentation davon aus, dass die Einstellung ihrer eigenen Betriebstätigkeit gleichzusetzen ist mit einer Betriebsstilllegung. Dem ist aber nicht so.

**(a)** Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich die Betriebsstilllegung und der Betriebsübergang nach § 613 a BGB wechselseitig ausschließen. Die Veräußerung des Betriebs ist keine Stilllegung, weil seine Identität gewahrt bleibt und mithin lediglich ein Betriebsinhaberwechsel stattfindet (BAG Ur. v. 27.09.2007 – 8 AZR 941/06 –, AP Nr. 332 zu § 613 a BGB). Eine Betriebsstilllegung ist ausgeschlossen, wenn der Betrieb veräußert oder verpachtet wird oder der Pächter (hier: Beklagte) nach Beendigung der Pachtzeit den Betrieb vertragsgemäß an den Verpächter (hier: Fa. H.) zu-

rückgibt und dieser den Betrieb zur weiteren Nutzung in bisheriger Art ohne Unterbrechung weiter verpachtet (BAG Urt. v. 27.04.1995 – 8 AZR 197/94 -, AP Nr. 128 zu § 613 a BGB; ErfK/Oetker, a. a. O., Rn. 278 zu § 1 KSchG). Zum Zeitpunkt der Kündigung ging aber die Beklagte unstreitig selbst noch davon aus, dass der Hotelbetrieb gerade nicht zum 31.12.2011 stillgelegt wird, sondern die Hotelimmobilie von der Fa. H. an einen neuen Hotelbetreiber weiterverpachtet wird. Diese Erwartung der Fortsetzung des Hotelbetriebs durch einen neuen Pächter hat die Beklagte den Beschäftigten unstreitig auf der Betriebsversammlung vom 17.12.2011 mitgeteilt. Dies hat der Geschäftsführer der Beklagten im Berufungstermin bestätigt. Vor diesem Hintergrund hat die Beklagte auch unstreitig Buchungen über den 31.12.2011 angenommen und bis heute noch keine Bestrebungen für den Verkauf des Hotelinventars unternommen. Sie hat mögliche Interessenten für eine Hotelübernahme auch an die Fa. H. weiterverwiesen. Eine Betriebsstilllegung setzt demgegenüber den ernstlichen und endgültigen Entschluss des Unternehmers voraus, die Betriebs- und Produktionsgemeinschaft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer aufzuheben. Hieran fehlt es, wenn der Arbeitgeber im Zeitpunkt der Kündigung noch in Verhandlungen über eine Veräußerung des Betriebs steht und gleichwohl wegen Betriebsstilllegung kündigt (BAG Urt. v. 10.10.1996 – 2 AZR 477/95 -, AP Nr. 81 zu § 1 KSchG 1969, Betriebsbedingte Kündigung‘; Urt. v. 29.05.2005 – 8 AZR 647/04 -, AP Nr. 139 zu § 1 KSchG 1969, Betriebsbedingte Kündigung‘).

**(b)** Dem steht auch nicht entgegen, dass die Beklagte als Pächterin der Hotelimmobilie selbst keinen Einfluss auf die Weiterverpachtung der Hotelimmobilie hat. Denn die Beklagte steht unstreitig in Kontakt mit der Fa. H. und leitet an sie, die Beklagte, herantretende Übernahmeinteressenten an die Fa. H., weiter. Die Beklagte hatte und hat auch ein eigenes Interesse an der Fortführung des Hotelbetriebs durch einen Dritten. Denn sie beabsichtigt für diesen Fall, das Mobiliar etc. an den neuen Pächter zu verkaufen. So hat die Beklagte auch in dem dem Kündigungsschreiben beigelegten Begleitschreiben vom 17.12.2009 mitgeteilt, dass die Klägerin ggf. einen Beschäftigungsanspruch gegenüber einem neuen Arbeitgeber nach § 613 a BGB haben könnte. Auch hierin hat die Beklagte die Möglichkeit eines Betriebsübergangs in Betracht gezogen. Nur dann, wenn im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung die Betriebsstilllegung endgültig geplant und bereits eingeleitet ist und sich der Arbeitgeber

eine Betriebsveräußerung lediglich vorbehält, falls sich eine Chance bietet, bleibt es bei der sozialen Rechtfertigung der Kündigung, wenn dann später – wider Erwarten – doch noch eine Betriebsveräußerung gelingt. In einem solchen Fall kommt dann ein Wiedereinstellungsanspruch für den gekündigten Arbeitnehmer in Betracht (BAG Ur. v. 13.11.1997 – 8 AZR 295/95 -, AP Nr. 169 zu § 613 a BGB). Ein derartiger Ausnahmefall liegt aber nur dann vor, wenn die Betriebsstilllegung „greifbare Formen“ angenommen hat. Dies ist grundsätzlich dann der Fall, wenn der Arbeitgeber bei Kündigungsausspruch selbst keine Bemühungen für einen Betriebsübergang mehr ergreifen will oder solche – aus welchen Gründen auch immer - eingestellt hat und ein später gleichwohl erfolgter Betriebsübergang allein vom Zufall abhängt. In der Dreieckskonstellation „alter Arbeitgeber/Pächter – Verpächter – neuer Arbeitgeber/Pächter“ muss mithin nicht nur der alte Pächter (Beklagte) den Beschluss gefasst haben, die Betriebstätigkeit einzustellen, sondern auch der Verpächter seinerseits die Entscheidung getroffen haben, den Betrieb endgültig stillzulegen. Obgleich der Pächter grundsätzlich keinen Einfluss auf den Fortbestand des Betriebs nach Ablauf der Pachtzeit hat, gehört es zu den vom Arbeitgeber zu treffenden „greifbaren Formen“, sich bei dem Verpächter zu erkundigen, ob dieser den Betrieb selbst fortführen oder weiter- bzw. neuverpachten will. Erst wenn die Betriebsstilllegung auch für den Verpächter „beschlossene Sache“ ist bzw. eine Betriebsfortführung durch den Verpächter selbst oder einen Dritten aus Sicht des alten Arbeitgebers eher unwahrscheinlich erscheint und vom bloßen Zufall abhängt, liegen dringende betriebsbedingte Gründe für den Ausspruch einer Kündigung vor.

**(c)** Die Beklagte kann vorliegend auch nicht damit gehört werden, dass es nicht verboten sei, vorzeitig zu kündigen. Grundsätzlich ist der Arbeitgeber nicht verpflichtet, mit dem Ausspruch der Kündigung bis zum letzten Tag vor Beginn der ordentlichen Kündigungsfrist zu warten. Vielmehr ist er grundsätzlich berechtigt, schon vor diesem Zeitpunkt mit einer längeren als der gesetzlichen, tarif- oder einzelvertraglichen Kündigungsfrist zu kündigen. In der sogenannten vorzeitigen Kündigung liegt in der Regel ein Verzicht auf die gesetzliche Kündigungsfrist (vgl. KR-Spilger, a. a. O., Rn. 135 zu § 622 BGB; ErfK/Müller-Glöge, a. a. O., Rn 13 zu § 622 BGB; LAG Berlin, Ur. v. 11.01.1999 – 9 Sa 106/98 -, zit. N. Juris). Auch das Bundesarbeitsgericht hat bereits mit Urteil vom 16.10.1987 - 7 AZR 204/87 – (AP Nr. 2 zu § 53 BAT) ausgeführt, dass

ein Hinausschieben des Wirksamwerdens einer arbeitgeberseitigen ordentlichen Kündigung über die gesetzlichen oder tariflichen Kündigungsfristen hinaus an sich rechtlich möglich ist, weil die gesetzlichen und tariflichen Kündigungsfristen nur Mindestfristen zum Schutze des Arbeitnehmers sind und eine Verlängerung dieser Fristen durch den Arbeitgeber beim Ausspruch der Kündigung dem Arbeitnehmer zugutekommt, indem dadurch sein Arbeitsverhältnis länger aufrechterhalten wird.

Indessen kann eine längerfristige vorzeitige Kündigung im Falle einer betriebsbedingten Kündigung wegen behaupteter Betriebsstilllegung dem Erfordernis der Dringlichkeit bzw. des Vorliegens „greifbarer Formen“ entgegenstehen. Dies ist dann der Fall, wenn aufgrund der überlangen Zeit bis zur geplanten endgültigen Betriebsschließung noch gar keine Aussage darüber getroffen werden kann, ob möglicherweise doch noch ein Betriebsübergang stattfindet. Bei einer mehr als zweijährigen Vorlaufzeit zwischen der Unternehmerentscheidung und der geplanten Betriebsstilllegung kann der Ausgang etwaiger Bemühungen für einen Unternehmensverkauf oder Weiterverpachtung des Betriebs noch gar nicht realistisch eingeschätzt werden. Der künftige Wegfall der Arbeitsplätze kann unter diesen Umständen trotz der beschlossenen Einstellung der eigenen Betriebstätigkeit realistisch und bei vernünftiger wirtschaftlicher Betrachtungsweise noch nicht verlässlich prognostiziert werden. Wenn der Arbeitgeber bei Ausspruch der Kündigung die maßgebliche (hier: tarifliche) ordentliche Kündigungsfrist von sechs Wochen zum Quartalsende, wie vorliegend, um mehr als das Achtfache überschreitet und zugleich einen möglichen Betriebsübergang gerade nicht ausschließt, sondern, im Gegenteil, eher für wahrscheinlich hält, ist die Kündigung nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt (LAG Berlin, Ur. v. 04.05.2001 – 6 Sa 2799/00 -, LAGE § 1 KSchG ‚Betriebsbedingte Kündigung‘ Nr. 59). Eine verlässliche Prognoseentscheidung über eine endgültige Betriebsstilllegung oder einen möglichen Betriebsübergang kann zu einem so frühen Zeitpunkt noch nicht getroffen werden kann. Dann liegen aber noch keine greifbaren Formen für eine Betriebsstilllegung vor.

**(d)** Die Beklagte hat nahezu zeitgleich die Unternehmerentscheidung getroffen, das Hotel in L. nicht weiterbetreiben zu wollen, die Kündigung des Pachtvertrages und die Kündigungen aller Arbeitnehmer, so auch die streitgegenständliche Kündigung

der Klägerin, ausgesprochen. Der Ausspruch der Kündigung erfolgte mithin - ohne Not - zu einem so frühen Zeitpunkt, dass die Fa. H. noch gar keine ernsthaften Bemühungen zur Weiterverpachtung des Hotels unternehmen konnte. Zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung hatte die Fa. H. allenfalls gegenüber der Beklagten kundgetan, den Hotelbetrieb nicht selbst übernehmen zu wollen. Indessen hat die Beklagte nicht einmal behauptet, dass die Fa. H. bereits bei Kündigung des Pachtvertrages im Dezember 2009 ihr gegenüber signalisiert habe, die Immobilie anderweitig nutzen und den Hotelbetrieb mithin endgültig stilllegen zu wollen. Das Gegenteil ist der Fall. Die Fa. H. ist unstreitig nach wie vor bemüht, einen neuen Pächter für die Fortführung des Hotelbetriebs zu finden.

**cc)** Dementsprechend stand zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung (17.12.2009) noch gar nicht fest, ob der Hotelbetrieb mehr als zwei Jahre später am 31.12.2011 tatsächlich stillgelegt oder von einem Dritten weitergeführt wird. Nicht einmal die Beklagte selbst ist zu diesem frühen Zeitpunkt davon ausgegangen, dass der Hotelbetrieb endgültig am 31.12.2011 stillgelegt wird. Unstreitig ging auch sie zumindest damals noch davon aus, dass ein neuer Pächter für die Fortführung des Hotelbetriebs gefunden werden würde. Eine Prognoseentscheidung über eine endgültige Betriebsstilllegung konnte zu diesem frühen Zeitpunkt aus betriebswirtschaftlich vernünftiger Sicht noch gar nicht getroffen werden. Übernahmeverhandlungen sollten seitens der Fa. H. erst aufgenommen werden. Die Kündigung vom 17.12.2009 zum 31.12.2011 war mithin zu jenem Zeitpunkt nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt, weil der Wegfall des klägerischen Arbeitsplatzes noch nicht verlässlich prognostiziert werden konnte.

**2.** Ungeachtet dessen scheidet die soziale Rechtfertigung der Kündigung aber auch daran, dass es der Beklagten bei Ausspruch der Kündigung realistisch gesehen noch gar nicht möglich war, etwaige ab dem 01.01.2012 bestehende Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten in anderen Hotels zu überprüfen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Parteien arbeitsvertraglich eine Versetzungsmöglichkeit vereinbart haben.

**a)** Der Wegfall des konkreten Arbeitsplatzes allein genügt nicht für die soziale Rechtfertigung einer betriebsbedingten Kündigung. Dringende betriebliche Erforder-

nisse, die zum Wegfall eines Arbeitsplatzes geführt haben, können nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG die Kündigung nur dann sozial rechtfertigen, wenn keine Möglichkeit zur anderweitigen Beschäftigung des Arbeitnehmers besteht. Dies setzt voraus, dass ein freier vergleichbarer Arbeitsplatz oder ein geeigneter freier Arbeitsplatz mit geänderten (schlechteren) Arbeitsbedingungen vorhanden ist, den der Arbeitnehmer einnehmen kann. Bei der Prüfung anderweitiger Beschäftigungsmöglichkeiten sind auch solche Arbeitsplätze zu berücksichtigen, die im Betrieb oder in anderen Betrieben des Unternehmens während der Kündigungsfrist oder ggf. später frei werden (vgl. KR-Griebeling, a. a. O., Rn. 550 zu § 1 KSchG). Allerdings gelten nur solche Arbeitsplätze als frei, bei denen der Arbeitgeber bei Ausspruch der Kündigung mit hinreichender Sicherheit vorhersehen kann, dass der Arbeitsplatz bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zur Verfügung stehen wird (BAG Ur. v. 02.02.2006 – 2 AZR 38/05 – AP Nr. 142 zu § 1 KSchG 1969 ‚Betriebsbedingte Kündigung‘).

**b)** Bei Anwendung der vorstehenden Grundsätze stand bei Kündigungsausspruch (17.12.2009) noch nicht mit ausreichender Sicherheit fest, dass es in den anderen Hotels der Beklagten bis zum Kündigungstermin (31.12.2011) keine anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeiten für die Klägerin geben wird. Die Beklagte hat es der Klägerin durch die frühzeitige Kündigung praktisch unmöglich gemacht, zu den bis zum 01.01.2012 entstehenden Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten vorzutragen und damit ihrer Darlegungslast im Kündigungsschutzprozess nachzukommen. Das führt zu einer Umgehung des Kündigungsschutzgesetzes. Die bereits im Dezember 2009 zum 31.12.2011 ausgesprochene Kündigung ist wegen dieser Normumgehung rechtsmissbräuchlich.

**aa)** Dabei kann als wahr unterstellt werden, dass die Beklagte – wie sie zuletzt behauptet hat - einzig und allein aus sozialer Verantwortung gegenüber den Mitarbeitern die Kündigung so frühzeitig ausgesprochen habe, damit sich die Mitarbeiter rechtzeitig um eine neue Stelle kümmern können. Denn diese „Fürsorge“ führt letztlich zur Umgehung des Kündigungsschutzes. Denn der frühzeitige Kündigungsausspruch ist nicht in jedem Fall rechtlich unproblematisch. Insbesondere trifft es nicht zu, dass eine Verlängerung der Kündigungsfrist für den gekündigten Arbeitnehmer

ausschließlich Vorteile mit sich bringt. Vielmehr ist eine differenzierte Betrachtung angezeigt.

**bb)** Wie oben bereits ausgeführt [Ziff. II. 1. b) bb) (3) (c) dieser Entscheidungsgründe] ist es grundsätzlich nicht verboten, vorzeitig und damit mit einer längeren als der maßgeblichen Kündigungsfrist zu kündigen. Denn die gesetzlichen/tariflichen Kündigungsfristen sind nur Mindestfristen, deren Einhaltung dem Schutze der Arbeitnehmer dient.

Andererseits ist aber nicht jede Verlängerung der Kündigungsfrist für den Arbeitnehmer vorteilhaft. So erweist sich die einseitige Verlängerung der Kündigungsfrist durch den Arbeitgeber dann als funktionswidrig und damit rechtsmissbräuchlich, wenn sie objektiv zu einer Umgehung des gesetzlichen oder tariflichen Kündigungsschutzes führt. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn die Kündigung frühzeitig noch vor Erreichen der tariflichen Unkündbarkeit mit einer überlangen Kündigungsfrist ausgesprochen wird (BAG Urt. v. 16.10.1987 – 7 AZR 204/87 –, AP Nr. 2 zu § 53 BAT). Dabei kommt es nicht auf eine Umgehungsabsicht oder eine bewusste Missachtung der zwingenden Rechtsnorm an, entscheidend ist nur die objektive Funktionswidrigkeit der vorzeitigen Kündigung.

Der 2. Senat des Bundesarbeitsgerichts hat in seinem Urteil vom 07.03.2002 die Frage offen lassen, ob eine Verlängerung der Kündigungsfrist, die allein oder überwiegend im Interesse des Arbeitgebers liegt oder die längste tarifliche Kündigungsfrist überschreitet, zu beanstanden ist (BAG Urt. v. 07.03.2002 – 2 AZR 93/01 –, AP Nr. 22 zu § 620 BGB ‚Aufhebungsvertrag‘). Gleichzeitig hat er aber zu erkennen gegeben, dass Fälle denkbar sind, in denen die Verlängerung der Kündigungsfrist nur für den kündigenden Arbeitgeber, nicht aber für den Arbeitnehmer als Kündigungsempfänger vorteilhaft ist. Es kann also keine Rede davon sein, dass sich die Position des Arbeitnehmers mit jeder Verlängerung der Kündigungsfrist ausschließlich – wie die Beklagte uns glauben machen will – verbessert.

**cc)** Im vorliegenden Fall war die frühzeitig ausgesprochene Kündigung für die Klägerin gerade nicht uneingeschränkt vorteilhaft. Durch die vorzeitige, zweijährige Kündi-

gungsfrist zum Quartalsende hat sich die Position der Klägerin im Kündigungsschutzverfahren verschlechtert. Dagegen hat sich die Position der Beklagten im Prozess - spiegelbildlich betrachtet – durch die frühzeitige Kündigung verbessert.

**(1)** Der Arbeitgeber hat gemäß § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG im Kündigungsschutzprozess die Tatsachen darzulegen und zu beweisen, die die Kündigung bedingen. Dazu zählt auch der Umstand, dass eine anderweitige Beschäftigung nicht möglich oder nicht zumutbar ist. Die Kündigung der Beklagten ist daher nur dann durch die Einstellung des eigenen Hotelbetriebs in L. zum 31.12.2011 durch ein dringendes betriebliches Erfordernis bedingt, wenn die Beklagte über diesen Zeitpunkt hinaus keine anderweitige Möglichkeit zur Beschäftigung der Klägerin hat. Im Kündigungsschutzprozess gilt insoweit eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast: Der Arbeitgeber genügt zunächst seiner Darlegungslast, wenn er allgemein vorträgt, eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers sei nicht möglich. Auf nähere Darlegungen des Arbeitnehmers, wie er sich eine anderweitige Beschäftigung vorstellt, muss der Arbeitgeber dann eingehend erläutern, aus welchem Grund eine Beschäftigung auf einem entsprechenden Arbeitsplatz nicht möglich gewesen sei (st. Rspr., vgl. nur: BAG Ur. v. 15.08.2002 – 2 AZR 195/01 – BAGE 102, 197 m. w. N.). Dabei genügt es für die Darlegungen des Arbeitnehmers, wenn er angibt, welche Art der Beschäftigung gemeint ist. Der Arbeitnehmer muss im Allgemeinen keinen konkreten freien Arbeitsplatz benennen (BAG Ur. v. 15.08.2002 – 2 AZR 195/01 –, a. a. O.; Ur. v. 06.11.1997 – 2 AZR 253/97 – NZA 1998, 833). Erst auf nähere Darlegungen des Arbeitnehmers, wie (Art der Tätigkeit) und wo (in welchem Betrieb) er sich eine anderweitige Beschäftigung vorstellt, muss der Arbeitgeber eingehend erläutern, aus welchem Grund eine Beschäftigung auf einem entsprechenden Arbeitsplatz nicht möglich oder nicht zumutbar gewesen ist (BAG Ur. v. 15.08.2002 – 2 AZR 195/01 –, a. a. O.; Ur. v. 24.02.2000 – 8 AZR 167/99 –, AP Nr. 47 zu § 1 KSchG 1969 ‚Soziale Auswahl‘). Auch wenn der Arbeitnehmer keinen konkreten freien Arbeitsplatz benennen muss, genügt er den Anforderungen an die Darlegungslast nicht, wenn er nur allgemein auf die Personalfuktuation im Unternehmen hinweist. Er muss vielmehr konkrete Anhaltspunkte für eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit angeben. Die Grundsätze der abgestuften Darlegungs- und Beweislast gelten unabhängig davon, ob eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit im selben oder in einem anderen

Betrieb des Unternehmens, zu geänderten Vertragsbedingungen oder nach einer Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahme, in Betracht kommt (BAG 24.03.1983 – 2 AZR 21/82 –, BAGE 42, 151).

**(2)** Im vorliegenden Fall hat die Beklagte behauptet, sie habe vor Ausspruch der Kündigung - letztlich ergebnislos - geprüft, ob sich bis zum 01.01.2012 eine Beschäftigungsmöglichkeit für die Klägerin ergebe. Ob die Beklagte die Prüfung tatsächlich durchgeführt hat, ist nicht entscheidend. Hat der Arbeitgeber die Prüfung unterlassen, ist die Kündigung nicht automatisch unwirksam. Entscheidend ist, ob tatsächlich ein anderer Arbeitsplatz vorhanden ist, auf dem der gekündigte Arbeitnehmer weiterbeschäftigt werden könnte (BAG Urt. v. 18.01.1990 - 2 AZR 357/89 –, BAGE 64, 34). Die nunmehr darlegungspflichtige Klägerin hat ihrerseits jedoch keine konkreten Anhaltspunkte für eine bei Ausspruch der Kündigung (17.12.2009) absehbare Weiterbeschäftigungsmöglichkeit auf einem anderen Arbeitsplatz ab 01.01.2012 vorgetragen. Damit ist sie ihrer abgestuften Darlegungslast nicht nachgekommen, sodass nach den obigen Grundsätzen ohne Weiteres vom Fehlen einer Weiterbeschäftigungsmöglichkeit auszugehen wäre.

**dd)** Vorliegend führte mithin die frühzeitige Kündigung für die Klägerin zu Nachteilen, die bei einer Kündigung mit der einschlägigen Frist von sechs Wochen zum Quartalsende nicht annähernd in dem Maße aufgetreten wären.

Denn es ist gerade die frühzeitige Kündigung, mit der die Beklagte der Klägerin die Möglichkeit genommen hat, substantiiert zu Beschäftigungsmöglichkeiten vorzutragen, die sich bis zum 01.01.2012 ergeben. Konkrete Anhaltspunkte für eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit können bei einer Kündigungsfrist von mehr als zwei Jahren ernsthaft nicht vorgetragen werden, weil die Entwicklungen im Unternehmen über eine so lange Zeit nicht vorausszusehen sind. Es würde geradezu hellseherische Fähigkeiten erfordern, bezogen auf einen solchen Zeitraum Prognosen zu Beschäftigungsmöglichkeiten zu stellen. Diese Schwierigkeiten, den von der Rechtsprechung aufgestellten Anforderungen an die Darlegung des Arbeitnehmers zu entsprechen, ruft die frühzeitige Kündigung hervor. Auch wenn der Arbeitnehmer keinen konkreten Arbeitsplatz benennen muss, genügt er seiner Darlegungslast durch den Hinweis auf

die allgemeine Personalfuktuation nicht. Die Darlegungsprobleme der gekündigten Arbeitnehmer widerlegen die Ansicht der Beklagten, dass die Verlängerung der Kündigungsfrist allein zum Vorteil der Arbeitnehmer war. Die aufgezeigten Nachteile belegen vielmehr, dass die Kündigung mit einer derart langen Kündigungsfrist für die Arbeitnehmer nachteilig ist.

**c)** Es ist mithin rechtsmissbräuchlich und führt zur Umgehung des Kündigungsschutzes nach dem Kündigungsschutzgesetz, wenn der Arbeitgeber eine Kündigung mit einer weit längeren als der an sich zu beachtenden Kündigungsfrist ausspricht und wenn die Verlängerung der Kündigungsfrist allein oder überwiegend in seinem Interesse liegt und dabei die längste nach Tarifvertrag oder Gesetz zu beachtende Kündigungsfrist überschreitet. Auf diese Weise wird das Kündigungsschutzgesetz in beanstandungswürdiger Weise umgangen.

Diese Voraussetzungen einer rechtsmissbräuchlichen Umgehung des Kündigungsschutzes liegen hier vor. Die vorzeitige Kündigung lag überwiegend im Interesse der Beklagten und überschritt die längste gesetzliche Kündigungsfrist um mehr als das Dreifache und die längste Kündigungsfrist nach dem allgemeinverbindlichen Manteltarifvertrag für das Hotel- und Gaststättengewerbe in Schleswig-Holstein (sechs Wochen zum Quartalsende) um ein Vielfaches.

Ob die Beklagte allein deshalb so frühzeitig gekündigt hat, um der Wahl eines Betriebsrats und einer Interessenausgleichspflicht zuvorzukommen, kann offen bleiben. Das von der Beklagten genannte Motiv, den Arbeitnehmern frühzeitig die Ernsthaftigkeit der Stilllegungsentscheidung vor Augen zu führen, ist fadenscheinig. Denn unstrittig hat die Beklagte die Arbeitnehmer auf der Betriebsversammlung gebeten, Ruhe zu bewahren und nicht sogleich ein neues Arbeitsverhältnis einzugehen, damit der Hotelbetrieb aufrecht erhalten werden kann. Zugleich hat sie die Hoffnung kundgetan, dass es zu einem möglichen Betriebsübergang bei Erhalt der Arbeitsplätze kommt. Mit der Verlängerung der Kündigungsfrist hat die Beklagte also vornehmlich ihre eigenen Interessen gewahrt hat. Auch wenn den Arbeitnehmern durch die weitläufig vor dem Kündigungstermin ausgesprochene Kündigung überaus viel Zeit zur Stellensuche eingeräumt worden ist, wiegt das die oben beschriebenen Nachteile im

Kündigungsschutzprozess, in dem es um den Fortbestand des aktuellen Arbeitsverhältnisses geht, nicht auf. Zudem hätte nichts dagegen gesprochen, den Arbeitnehmern im Dezember 2009 die Entscheidung zur Einstellung des Hotelbetriebs mitzuteilen, mit dem Ausspruch der Kündigungen aber noch zu warten. Es erschließt sich auch nicht, warum die Arbeitnehmer eine auf einer Betriebsversammlung oder schriftlich verlautbarte Mitteilung der Beklagten nicht ernst genommen hätten.

Bei der mehr als zwei Jahre im Voraus ausgesprochenen Kündigung standen nach Überzeugung der Berufungskammer nicht die Interessen der Arbeitnehmer im Vordergrund, sich auf den Verlust des Arbeitsplatzes einrichten zu können, sondern der Wunsch der Beklagten nach einer rechtssicheren und kostengünstigen Beendigung der Arbeitsverhältnisse. Denn bei einer derart langen Vorlaufzeit schließt der Arbeitgeber das Risiko, vom gekündigten Arbeitnehmer auf Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten verwiesen zu werden, praktisch aus. Je früher der Arbeitgeber die Kündigung ausspricht, desto schwerer ist es für den Arbeitnehmer, zu Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten konkret vorzutragen. Die Prozessaussichten verschlechtern sich im gleichen Maße, wie sich die des Arbeitgebers verbessern. Das gilt jedenfalls bei einer ernsthaften Stilllegungsabsicht des Arbeitgebers. Hinzu kommt, dass der Arbeitgeber den Kündigungsschutzprozess nahezu ohne finanzielle Risiken führen kann. Annahmeverzugsansprüche drohen dem Arbeitgeber erst bei Verfahrenslaufzeiten von mehr als zwei Jahren. Auch das spricht dafür, dass die Verlängerung der Kündigungsfrist auf mehr als zwei Jahre ganz überwiegend in seinem Interesse liegt.

Im vorliegenden Fall geht es zudem nicht um eine moderate Verlängerung der Kündigungsfrist. Gegen eine solche bestehen keine durchgreifenden Bedenken. Wo die Grenze einer noch zulässigen Verlängerung der Kündigungsfrist liegt, muss nicht entschieden werden. Im vorliegenden Fall ist die Grenze jedenfalls bei weitem überschritten. Denn die gewählte Kündigungsfrist verlängert die längste gesetzliche Kündigungsfrist um mehr als das Dreifache, die tarifliche um ein Vielfaches.

**d)** An diesem Ergebnis ändert ein möglicherweise entstehender Wiedereinstellungsanspruch nichts. Erweist sich die Prognose des Arbeitgebers aufgrund von Umständen, die erst nach Zugang der Kündigung eingetreten sind, als falsch, kommt im

Einzelfall ein Wiedereinstellungsanspruch in Betracht (BAG Urt. v. 28.06.2000 – 7 AZR 904/98 –, AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 ‚Wiedereinstellung‘ m. w. N.). Dieser Anspruch wiegt die Nachteile auf Seiten der frühzeitig gekündigten Arbeitnehmer nicht auf. Der Anspruch auf Wiedereinstellung verleiht dem Arbeitnehmer einen wesentlich geringeren Schutz, als er im Kündigungsschutzgesetz vorgesehen ist (BAG Urt. v. 12.04.2002 – 2 AZR 256/01 –, AP Nr. 120 zu § 1 KSchG 1969 ‚Betriebsbedingte Kündigung‘). Insbesondere ist der klagende Arbeitnehmer für den Wiedereinstellungsanspruch beweispflichtig.

**III.** Nach alledem war die Berufung der Beklagten mit der Kostenfolge des § 91 Abs. 1 ZPO i. V. m. § 64 Abs. 6 ArbGG zurückzuweisen

Die Revision ist wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen worden, § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG. Die Frage, ob und ggf. wann durch eine vorzeitige Kündigung das Tatbestandsmerkmal der „greifbaren Formen“ bei einer geplanten Betriebsstilllegung fehlt und ob zudem durch eine weit vorzeitige Kündigung der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers umgangen wird, ist – soweit ersichtlich – vom Bundesarbeitsgericht noch nicht beantwortet worden.

gez. ...

gez. ...

gez. ...