

Abschrift

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 6 Sa 252/10

4 Ca 73/10 ArbG Lübeck

(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 24.11.2010

gez. ...

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

pp.

hat die 6. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 24.11.2010 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzenden und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer

für Recht erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Lübeck vom 23.04.2010 – 4 Ca 73/10 – wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

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 Revisionsschrift 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 Revisionsschrift 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 Revisionsschrift 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) 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.

(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. AG. Sie betreibt in Deutschland Hotels, im Dezember 2009 an 16 Standorten, heute an 13. Im M. Hotel in L. beschäftigt sie 132 Arbeitnehmer.

Der am ...1983 geborene, ledige Kläger ist seit dem 16.06.2006, so der Kläger, bzw. dem 01.02.2004, so die Beklagte, bei der Beklagten als Bankettleiter beschäftigt. Er arbeitet im Hotelbetrieb M. in L. mit einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 39 Stunden und einem Bruttomonatsgehalt in Höhe von 2.287,00 EUR.

Die Alleingesellschafterin 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 Alleingesellschafterin 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 (vgl. Anlage B 2 = Bl. 30 f. d. A.). Die Beklagte sprach mit Schreiben vom 11.12.2009 gegenüber der Vermieterin des Hotelgrundstücks, der H. GmbH & Co. KG, die fristgemäße Kündigung zum 31.12.2011 aus (Anlage B 3 = Bl. 32 d. A.). Bei der Agentur für Arbeit erstattete die Beklagte Anzeige gemäß § 17 KSchG. Mit Bescheid vom 15.01.2010 sah die Agentur für Arbeit von einer Änderung der Sperrfrist nach § 18 KSchG ab.

Am 17.12.2009 hielt die Beklagte im Hotelbetrieb in L. eine Betriebsversammlung ab. 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. Ausgangs der Betriebsversammlung wurde den anwesenden Mitarbeitern, unter anderem dem Kläger, die Kündigung zum 31.12.2011 übergeben. Die Mitarbeiter erhielten gleichzeitig ein Begleitschreiben. Wegen des Inhalts wird auf Bl. 8 der Akte verwiesen.

Der Kläger wendet sich gegen die Kündigung vom 17.12.2009 und verlangt Weiterbeschäftigung. Er hat gemeint, die Kündigung sei unwirksam. Dringende betriebliche Erfordernisse lägen nicht vor. Die mit einer mehr als zweijährigen Frist ausgesprochene Kündigung erlaube ihm keine Beurteilung von Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten.

Der Kläger hat beantragt

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 17.12.2009 nicht beendet wird und
2. im Falle des Obsiegens mit dem Antrag zu Ziffer 1 die Beklagte zu verurteilen, ihn bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutz-

verfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Bankettleiter weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die Ansicht vertreten, es handele sich nicht um eine 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 rechtzeitig umzuorientieren. Sämtliche Rechte des Klägers seien gewahrt, weil bei Fortführung des Hotelbetriebes durch einen anderen Erwerber ein Betriebsübergang vorliegen würde. Selbst wenn die Beklagte den Betrieb fortführen sollte, sei der Kläger 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. 12 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 dem Kläger angeboten, die Kündigung bei Verzicht auf Sozialplanansprüche als gegenstandslos anzusehen. Der Kläger hat den Vergleich nicht angenommen.

Das Arbeitsgericht hat der Klage 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 das ihr am 14.05.2010 zugestellte Urteil des Arbeitsgerichts hat die Beklagte am 14.06.2010 Berufung eingelegt und nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 14.08.2010 am 16.08.2010 (Montag) begründet.

Die Beklagte bestreitet, die Kündigung so frühzeitig ausgesprochen zu haben, um einen Sozialplan zu vermeiden. Der anders lautende Vortrag ihrer vormaligen Prozessbevollmächtigten sei nicht autorisiert gewesen. Spätestens in der Kammerverhandlung vor dem Arbeitsgericht habe sie richtiggestellt, dass es ihr vielmehr darum gegangen sei, den Mitarbeitern die Ernsthaftigkeit der Stilllegungsentscheidung zu verdeutlichen und ihnen Gelegenheit zu geben, sich rechtzeitig um eine neue Stelle zu bemühen. Zudem hätte ein nach der Stilllegungsentscheidung gewählter Betriebsrat keinen Sozialplan verlangen können.

Die Beklagte meint, die Kündigung sei wirksam. Aufgrund der Stilllegungsentscheidung vom 18.11.2009 falle der Arbeitsplatz des Klägers zum 31.12.2011 weg. Die Stilllegung habe bereits greifbare Formen angenommen, denn das Mietverhältnis sei gekündigt und die Massenentlassung der Agentur für Arbeit angezeigt worden. Weiterer Umsetzungsakte habe es Ende des Jahres 2009 noch nicht bedurft. Die Beklagte habe zu keinem Zeitpunkt mit Interessenten über einen Betriebsübergang verhandelt. Falls es vor Ende 2011 zu einem Betriebsübergang kommen sollte, stünde dem Kläger ein Fortsetzungsanspruch zu.

Sie, die Beklagte, habe vor Ausspruch der Kündigung geprüft, ob der Kläger im L. Betrieb oder auf anderen freien Arbeitsplätzen im Unternehmen weiterbeschäftigt werden kann. Es habe weder einen freien Arbeitsplatz gegeben, noch sei absehbar gewesen, dass ein geeigneter Arbeitsplatz bis zum Ablauf der Kündigungsfrist frei werden 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 der Kläger die ihm obliegende Darlegungslast nicht erfüllt habe. Er habe nicht konkret dargelegt, wie er 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. April 2010, Az. 4 Ca 73/10, abzuändern und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Kläger meint, die Kündigung sei nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse gerechtfertigt. Das hätten verschiedene Kammern des Arbeitsgerichts Lübeck mit unterschiedlicher Begründung entschieden. Der Kläger bestreitet, dass die Beklagte vor Ausspruch der Kündigung geprüft hat, ob er in einem anderen Betrieb des Unternehmens beschäftigt werden kann. Im Übrigen wisse bis heute niemand, welche Beschäftigungsmöglichkeiten für ihn ab 01.01.2012 bestehen. Am 15.09.2010 jedenfalls habe die Beklagte für 14 Hotelbetriebe in Deutschland insgesamt 39 Mitarbeiter gesucht.

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 zu Recht festgestellt, dass durch die Kündigung vom 17.12.2009 das Arbeitsverhältnis nicht zum 31.12.2011 beendet wird. Die Kündigung ist unwirksam, weil sie nicht

durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt war, die einer Weiterbeschäftigung entgegenstanden, § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG.

1. Nach der ständigen Rechtsprechung des 2. Senats des Bundesarbeitsgerichts (vgl. nur 17.06.1999 – 2 AZR 456/98 – BAGE 92, 79; 12.04.2002 – 2 AZR 256/01 – AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 120; 13.02.2008 – 2 AZR 543/06 – NZA 2008, 821) können sich betriebliche Erfordernisse für eine Kündigung i. S. v. § 1 Abs. 2 KSchG aus innerbetrieblichen Umständen (Unternehmerentscheidungen, wie z. B. Rationalisierungsmaßnahmen, Umstellung oder Einschränkung der Produktion) oder durch außerbetriebliche Gründe (z. B. Auftragsmangel oder Umsatzrückgang) ergeben. Diese betrieblichen Erfordernisse müssen "dringend" sein und eine Kündigung im Interesse des Betriebs notwendig machen. Die Kündigung muss wegen der betrieblichen Lage unvermeidbar sein (BAG 13.02.2008 – 2 AZR 543/06 – a. a. O.).

Für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Kündigung ist auf den Zeitpunkt des Kündigungszugangs abzustellen (BAG 30.05.1985 – 2 AZR 321/84 – AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 24; 12.04.2002 – 2 AZR 256/01 – AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 120; 21.04.2005 – 2 AZR 241/04 – BAG 114, 258; KR-Griebeling 9. Aufl. § 1 KSchG Rn. 550). Grundsätzlich muss zu diesem Zeitpunkt der Kündigungsgrund vorliegen, also die Beschäftigungsmöglichkeit weggefallen sein. Das Gestaltungsrecht Kündigung kann nur rechtswirksam ausgeübt werden, wenn im Zeitpunkt der Kündigungserklärung der Kündigungsgrund vorliegt (BAG 13.02.2008 – 2 AZR 543/06 – NZA 2008, 821; Hergenröder Anm. zu BAG 12.04.2002 – 2 AZR 256/01 – EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 118 S. 8). 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 Beschäfti-

gungsbedürfnisses maßgeblichen Entscheidungen bereits gefallen sind, zu prüfen ist, ob der Arbeitnehmer bis zum Kündigungstermin voraussichtlich entbehrten werden kann (vgl. BAG 27.01.1987 – 7 AZR 652/85 – BAGE 54, 215; 12.04.2002 – 2 AZR 256/01 – AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 120). Auch wenn es also auf die bei Zugang der Kündigung bestehenden betrieblichen Verhältnisse ankommt, ist doch von diesem Zeitpunkt aus eine Prognose für die Zeit nach dem Entlassungstermin zu stellen.

Die Annahme, dass der Arbeitnehmer bis zum Kündigungstermin entbehrten werden kann, ist nur dann berechtigt, wenn im Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung die auf Tatsachen gestützte, vernünftige betriebswirtschaftliche Prognose gerechtfertigt ist, dass zum Kündigungstermin mit einiger Sicherheit der Eintritt des die Entlassung erforderlich machenden betrieblichen Grundes vorliegen wird (std. Rspr. des 2. Senats des Bundesarbeitsgerichts 11.03.1998 – 2 AZR 414/97 – AP BetrVG 1972 § 111 Nr. 43; 12.04.2002 – 2 AZR 256/01 – AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 120; 13.02.2008 – 2 AZR 543/06 – NZA 2008, 821). Dabei muss die der entsprechenden Prognose zugrunde liegende Entscheidung bereits zum Kündigungszeitpunkt endgültig getroffen worden sein und die 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.

Der Wegfall von Beschäftigungsmöglichkeiten allein genügt nicht für die soziale Rechtfertigung einer betriebsbedingten Kündigung. Dringende betriebliche Erfordernisse, 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 9. Aufl. Rn. 550). 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 02.02.2006 – 2 AZR 38/05 – AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 142).

2. Bei Anwendung der vorstehenden Grundsätze stand noch nicht mit ausreichender Sicherheit fest, dass es bis zum Kündigungstermin keine anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeiten geben wird. Die Beklagte hat es dem Kläger durch die frühzeitige Kündigung praktisch unmöglich gemacht, zu bis zum 01.12.2011 entstehenden Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten vorzutragen und damit seiner 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.

a) Entgegen der Auffassung der Beklagten ist der frühzeitige Kündigungsausspruch nicht in jedem Fall rechtlich unproblematisch. Es trifft insbesondere nicht zu, dass eine Verlängerung der Kündigungsfrist für den gekündigten Arbeitnehmer ausschließlich Vorteile bringt. Eine differenzierte Betrachtung ist angezeigt.

Zuzustimmen ist der Beklagten noch insoweit, als es grundsätzlich nicht verboten ist, zu früh zu kündigen. Der Arbeitgeber muss mit dem Ausspruch der Kündigung nicht bis zum letzten Tag vor Beginn der einschlägigen Kündigungsfrist warten (vgl. ErfK/Müller-Glöge, 10. Aufl. § 622 BGB Rn. 13; APS/Linck, 3. Aufl. § 622 BGB Rn. 67). Der Arbeitgeber darf schon vor diesem Tag mit einer längeren als der gesetzlich oder vertraglich vereinbarten Frist kündigen. Auch der 7. Senat des Bundesarbeitsgerichts hat in einem Urteil vom 16.10.1987 (– 7 AZR 204/87 – AP BAT § 53 Nr. 2) ausgeführt, dass ein Hinausschieben des Wirksamwerdens einer arbeitgeberseitigen ordentlichen Kündigung über die gesetzliche oder tarifliche Kündigungsfrist hinaus an sich rechtlich möglich ist, weil gesetzliche oder tarifliche Kündigungsfristen nur Mindestfristen zum Schutze der Arbeitnehmer sind und eine Verlängerung dieser Fristen durch den Arbeitgeber beim Ausspruch der Kündigung dem Arbeitnehmer zugutekommt, indem sie sein Arbeitsverhältnis länger aufrechterhält.

Andererseits, und das lässt die Beklagte außer Acht, ist nicht jede Verlängerung der Kündigungsfrist für den Arbeitnehmer vorteilhaft. Der 7. Senat (16.10.1987 – 7 AZR 204/87 – AP BAT § 53 Nr. 2) hat bereits erkannt, dass die Verlängerung der Kündigungsfrist für den Arbeitnehmer nachteilig sein kann. Der Senat hat darauf hingewiesen, dass eine vorzeitige Kündigung dann zu beanstanden sein könnte, wenn sie sich als Normumgehung darstellt, weil sie – wie im zugrunde liegenden Fall – die Regeln der tariflichen Unkündbarkeit umgeht und deshalb funktionswidrig ist.

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 07.03.2002 – 2 AZR 93/01 – AP BGB § 620 Aufhebungsvertrag Nr. 22). Der Senat hat 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 verbessert.

b) Im vorliegenden Fall waren die frühzeitig ausgesprochenen Kündigungen für die Arbeitnehmer nicht uneingeschränkt vorteilhaft. Durch das Hinausschieben des Wirksamwerdens der Kündigung hat sich ihre Position im Kündigungsschutzverfahren verschlechtert. Dagegen hat sich die Position der Beklagten im Prozess – spiegelbildlich betrachtet – durch die frühzeitige Kündigung verbessert.

aa) Der Arbeitgeber hat im Kündigungsschutzprozess nach § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG 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 Stilllegung des Hotelbetriebs in L. zum 31.12.2011 durch ein dringendes betriebliches Erfordernis bedingt, wenn keine Möglichkeit zur anderweitigen Beschäftigung besteht.

Da das Fehlen einer anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeit jedoch eine negative Tatbestandsvoraussetzung ist, gilt im Kündigungsschutzprozess insoweit eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast (BAG 15.08.2002 – 2 AZR 195/01 – BAGE 102,

197). Bestreitet der Arbeitnehmer den Wegfall seines Arbeitsplatzes, genügt der Arbeitgeber seiner Darlegungslast in einem ersten Schritt, wenn er allgemein vorträgt, eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers sei nicht möglich. Erst auf nähere Darlegungen des Arbeitnehmers, wie er sich eine anderweitige Beschäftigung vorstellt (zweiter Schritt), muss der Arbeitgeber in einem dritten Schritt eingehend erläutern, aus welchem Grund eine Beschäftigung auf einem entsprechenden Arbeitsplatz nicht möglich oder nicht zumutbar gewesen ist (BAG 15.08.2002 – 2 AZR 195/01 – a. a. O.; 24.02.2000 – 8 AZR 167/99 – AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 47). Auch wenn der Arbeitnehmer keinen konkreten freien Arbeitsplatz benennen muss (BAG 15.08.2002 – 2 AZR 195/01 – a. a. O.; 06.11.1997 – 2 AZR 253/97 – NZA 1998, 833), 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).

bb) Im vorliegenden Fall hat die Beklagte behauptet, sie habe vor Ausspruch der Kündigung geprüft, ob sich bis zum 01.01.2012 Beschäftigungsmöglichkeiten ergeben; sie habe keine Stellen ausmachen können. 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 18.01.1990 – 2 AZR 357/89 – BAGE 64, 34).

Der Kläger hat jedoch keine konkreten Anhaltspunkte für eine bei Ausspruch der Kündigung absehbare Weiterbeschäftigungsmöglichkeit auf einem anderen Arbeitsplatz vorgetragen. Daher bedürfte es nach den unter a) dargestellten Grundsätzen keiner weiteren Darlegungen der Beklagten. Vom Fehlen von Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten wäre auszugehen.

c) Dieses Zwischenergebnis zeigt, dass die frühzeitige Kündigung für die betroffenen Arbeitnehmer zu Nachteilen führt, die bei einer Kündigung mit der einschlägigen Frist nicht in dem Maße aufgetreten wären.

Denn es ist gerade die frühzeitige Kündigung, mit der die Beklagte dem Kläger 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 vorauszusehen 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 Personalfluktuationsrate 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.

d) Es ist 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 be-
anstandungswürdiger Weise umgangen. Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt:

Die frühzeitige 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 S. (6 Wochen zum Quartalsende) um ein Vielfaches.

Ob die Beklagte allein deshalb so frühzeitig gekündigt hat, um der Wahl eines Betriebsrats zuvorzukommen, kann offen bleiben. Das von der Beklagten genannte Motiv, den Arbeitnehmern frühzeitig die Ernsthaftigkeit der Stilllegungsentscheidung vor Augen zu führen, ist fadenscheinig. Es ändert nichts daran, dass die Beklagte mit der Verlängerung der Kündigungsfrist vornehmlich ihre Interessen gewahrt hat. Auch wenn den Arbeitnehmern durch die weiträumig 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 Stilllegungsentscheidung mitzuteilen, mit dem Ausspruch der Kündigungen aber zu warten. Es erschließt sich nicht, warum die Arbeitnehmer eine auf einer Betriebsversammlung oder schriftlich verlautbarte Mitteilung der Beklagten nicht ernst genommen hätten.

Bei der frühzeitigen Kündigung stehen 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 des Arbeitsverhältnisses. 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 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 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. So hält es die Berufungskammer für zulässig, stets die längste nach dem einschlägigen Tarifvertrag oder dem Gesetz zu beachtende Kündigungsfrist zu wählen, und zwar auch

für Arbeitnehmer, die die Einhaltung so langer Kündigungsfristen an sich nicht beanspruchen können. 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.

e) 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 (vgl. BAG 28.06.2000 – 7 AZR 904/98 – AP KSchG 1969 § 1 Nr. 6 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 (vgl. dazu ausführlich BAG 12.04.2002 – 2 AZR 256/01 – AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 120). Insbesondere ist der klagende Arbeitnehmer für den Wiedereinstellungsanspruch beweispflichtig.

3. Zu Recht hat das Arbeitsgericht die Beklagte zur Weiterbeschäftigung verurteilt.

a) Der Antrag ist nicht mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig. Zwar ist die Beklagte erst ab dem 01.01.2012 aufgrund des ausgeurteilten Weiterbeschäftigungsanspruchs verpflichtet. Nach der Ankündigung der Beklagten im Berufungstermin, ggf. weitere Rechtsmittel einzulegen, ist damit zu rechnen, dass die Entscheidung über den Kündigungsschutzantrag vor diesem Zeitpunkt nicht rechtskräftig wird. Daher hat der Kläger ein Interesse an der Verurteilung der Beklagten zur Weiterbeschäftigung.

b) Der Weiterbeschäftigungsantrag des Klägers ist bis zum rechtskräftigen Abschluss dieses Kündigungsschutzverfahrens begründet. Aus § 611, § 613 BGB in Verbindung mit § 242 BGB, der durch die Wertentscheidungen der Artikel 1 und 2 GG ausgefüllt wird, folgt, dass der Arbeitgeber grundsätzlich verpflichtet ist, seinen Arbeitnehmer vertragsgemäß zu beschäftigen, wenn dieser es verlangt (BAG 20.02.1985 – GS 1/84 – NZA 1985, 702). Aufgrund des Obsiegens des Klägers in dem Kündi-

gungsschutzverfahren überwiegt sein Beschäftigungsinteresse das der Beklagten an einer Nichtbeschäftigung. Dem steht nicht entgegen, dass der Beklagten eine Beschäftigung des Klägers in L. ggf. unmöglich sein wird. Es liegt weder ein Fall der objektiven, der subjektiven noch der wirtschaftlichen Unmöglichkeit vor (§ 275 Abs. 1 und 2 BGB). Die Beschäftigung ist nicht unmöglich, denn die Beklagte betreibt weiter Hotels, in denen es entsprechende Stellen gibt.

III. Die Beklagte hat gemäß § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten ihrer erfolglosen Berufung zu tragen.

Die Revision ist wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen worden, § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG. Die Frage, ob und ggf. wann durch eine frühzeitige Kündigung der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers nach dem Kündigungsschutzgesetz umgangen wird, ist – soweit ersichtlich – vom Bundesarbeitsgericht noch nicht beantwortet worden.

gez. ...

gez. ...

gez. ...