

**Titel:**

**Unwirksamkeit einer betriebsbedingten Beendigungskündigung durch einen Arbeitgeber**

**Normenkette:**

KSchG § 2, § 23 Abs. 1 S. 3

**Leitsätze:**

1. Ist die Weiterbeschäftigung einer Arbeitnehmerin zu geänderten Bedingungen möglich, so hat der Arbeitgeber vor Ausspruch einer betriebsbedingten Beendigungskündigung unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zuvor eine Änderungskündigung auszusprechen. (Rn. 32 – 35) (redaktioneller Leitsatz)

2. Für das Überschreiten des Schwellenwertes nach § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG trägt im Grundsatz der Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast. Einer größeren Sachnähe des Arbeitgebers und etwaigen Beweisschwierigkeiten des Arbeitnehmers ist durch eine abgestufte Darlegungslast Rechnung zu tragen. (Rn. 29 – 31) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Kündigung, Beendigungskündigung, Änderungskündigung, unverhältnismäßig

**Rechtsmittelinstanz:**

LArbG Nürnberg, Beschluss vom 19.02.2024 – 4 Sa 289/23

**Tenor**

I. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die Kündigung vom 28.11.2022 nicht aufgelöst wurde.

II. Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens.

III. Der Streitwert wird auf 6.000,00 € festgesetzt.

IV. Die Berufung wird nicht gesondert zugelassen.

**Tatbestand**

**1**

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit der ordentlichen Kündigung vom 28.11.2022, zugegangen am 30.11.2022, zum 31.12.2022.

**2**

Die Klägerin war seit dem 10.08.2020 bei der Beklagten als Rechtsanwältin in Teilzeit (20h/Woche) beschäftigt. Ihr Aufgabenbereich war die Führung von Prozessen im Verkehrsunfallbereich (Prüfung von Erfolgsaussichten, Fertigung von Klagen, gerichtliche Korrespondenz). Die monatliche Vergütung der Klägerin beträgt 2.000,00 €.

**3**

Gem. § 2 des zwischen den Parteien geschlossenen Arbeitsvertrages ist der Aufgabenbereich wie folgt definiert:

„In erster Linie werden der Rechtsanwältin von der Kanzlei Mandate zugewiesen, die diese vollumfänglich zu bearbeiten hat. Auf Weisung hat die Rechtsanwältin im Einzelfall auch in anderen Angelegenheiten Schriftsätze zu formulieren, Gutachten zu verfassen, Mandantengespräche zu führen und Gerichtstermine wahrzunehmen.“

**4**

Die Klägerin trägt vor, dass das Kündigungsschutzgesetz Anwendung finde, da die Beklagte in der Regel mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftige. Die Beklagte zähle bei der Anzahl der Beschäftigten lediglich die Rechtsanwälte auf. Daneben beschäftige Beklagte noch eine Vielzahl weiterer Angestellte in Voll- und in

Teilzeit. Als Nachweis legt die Klägerin die sog. „W. N.“ vom Oktober 2021 als Anlage K 6 vor, die eine Auflistung von insgesamt 41 Mitarbeitern enthält.

## 5

Zumindest seien jedoch die nachfolgenden Mitarbeiter zum Zeitpunkt der Kündigung bei der Beklagten neben den von der Beklagten aufgezählten Rechtsanwälten beschäftigt gewesen:

1. Al. Ze.
2. B. Sch.
3. Ch. S.
4. Chr. Gr.
5. Cl. Fr.
6. Di. Rü.
7. E. P.
8. G. S.
9. K. R.
10. M. L.
11. P. S.-Ch.
12. R. Ri.
13. St. M.
14. T. v. D.
15. Wi. D.

## 6

Hiervon seien nach Kenntnis der Klägerin mindestens B. Sch. Ch. Si., Chr. Gr., Di. Rü., Ed. P., Ra. Ri., P. S.-Ch., St. M. und W. Do. in Vollzeit tätig gewesen.

## 7

Die Klägerin trägt weiter vor, dass es im Vorfeld der Kündigung keine mehrfachen Gespräche mit der Klägerin gegeben habe. Die Klägerin habe im Frühsommer 2022 bei der Beklagten nachgefragt, ob eine Ausweitung der Tätigkeit auf 30h/Woche oder Vollzeit möglich sei. Dies sei verneint worden. In einem Gespräch sei das Angebot einer Weiterbeschäftigung zu anderen Konditionen, insbes. mit 3 x 3h als „Telefonanwalt“ besprochen worden. Hier sei tatsächlich mitgeteilt worden, dass eine solche umfangreiche Tätigkeit als „Telefonanwältin“ für die Klägerin nicht in Frage komme. Das Stresslevel einer solchen Tätigkeit sei der Klägerin aus ihrer Zeit als „Rechtsanwaltsfrischling“ bekannt. Dieses Stresslevel sei mit der Long-Covid-Erkrankung der Klägerin gesundheitlich nicht vereinbar.

## 8

Das Angebot der Beklagten beziehe sich auf eine Weiterbeschäftigung im Team „KL.“, mithin im Bereich Verbraucherrecht. In diesem Bereich sei eine sinnvolle und fachgerechte Beratung eines Rechtssuchenden durch die Klägerin in der Regel nicht machbar. Zudem stelle das Angebot der Beklagten eine Zurückstufung im Aufgabenbereich dar und sei nicht zumutbar. Die Klägerin sei Fachanwältin für Verkehrsrecht und Fachanwältin für Strafrecht mit einer Berufserfahrung von mehr als 24 Jahren.

## 9

In der Folgezeit sei die Beklagte nicht bereit gewesen, von ihrer Position abzuweichen, obwohl die Klägerin verschiedene Möglichkeiten der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses dargestellt habe. Dies habe auch das Angebot, einmal pro Woche einen 3-stündigen Telefondienst pro Woche zu übernehmen, umfasst.

## 10

Die Klägerin sei zum Kündigungszeitpunkt praktisch die Prozessabteilung der Beklagten für den Bereich Verkehrsrecht gewesen. Die Klägerin habe vorgerichtlich geprüft, ob Klage eingereicht werden sollte oder

keine bzw. kaum Aussichten auf Erfolg bestehen. Mit dieser Tätigkeit sei die Klägerin voll ausgelastet gewesen. Die Klägerin bestreitet, dass sich das Geschäftsfeld Unfall nach Corona nicht wie gewünscht entwickelt habe. Eine derartige Entwicklung sei nicht zu beobachten gewesen.

#### **11**

Der Kläger beantragt zuletzt,

Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien durch die schriftliche ordentliche Kündigung vom 28.11.2022, zugegangen am 30.11.2022, nicht zum 31.12.2022, sondern erst zum 14.04.2023 endete.

#### **12**

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

#### **13**

Die Beklagte trägt vor, dass das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung findet, weil die Beklagte zum Zeitpunkt der Kündigung nicht mehr als 10 Arbeitnehmer beschäftigt habe.

#### **14**

Zu diesem Zeitpunkt seien folgende Personen in Vollzeit neben der Klägerin bei der Beklagten beschäftigt gewesen:

1. Rechtsanwältin L1.
2. Rechtsanwältin A. S2.
3. Rechtsanwalt P. F1.
4. Rechtsanwalt M. R.
5. Rechtsanwältin D2. G2.
6. Rechtsanwältin W. F2. (im Mutterschutz mit anschließender Elternzeit)
7. Rechtsanwalt C. L2. (Gesellschafter-Geschäftsführer)

#### **15**

Bereits im Vorfeld der Kündigung habe es mehrfach Gespräche zwischen der Klägerin und dem Geschäftsführer der Beklagten gegeben, in denen die Klägerin mehrfach betont habe, dass sie sich weder eine Vollzeitstelle noch eine Tätigkeit im sog. KL.-Team der Kanzlei vorstellen könne. Im sog. KL.-Team kämen alle Mandate über eine Telefon-Hotline, über die eine telefonische Erstberatung erfolge. Entscheide sich der Mandant nach der Erstberatung für eine Mandatserteilung, so würden auch diese Mandate dann von den Rechtsanwälten des KL.-Teams weiter betreut. Mit E-Mail vom 05.12.2022 habe der Geschäftsführer der Beklagten der Klägerin eine Stelle im KL.-Team angeboten. Die Klägerin habe stets darauf Wert gelegt, dass Sie sich unter keinen Umständen eine Weiterbeschäftigung inklusive Telefondienst vorstellen könne. Mit E-Mail vom 30.11.2022 sei der Klägerin ein schriftliches Angebot unterbreitet worden. Mit E-Mail vom 12.01.2023 habe die Klägerin das Vertragsangebot der Beklagten abgelehnt und Gegenangebote gemacht. Bemerkenswert sei, dass die Klägerin sich in diesen Verträgen sehr wohl Telefondienst hätte vorstellen können, jedoch nur, wenn das Gehalt auf 2.500 € monatlich angepasst werde. Mit E-Mail vom 15.01.2023 habe die Beklagte diese Angebote abgelehnt und ein weiteres Vertragsangebot gemacht. Auf diese E-Mail habe die Beklagte keine Antwort mehr erhalten.

#### **16**

Aufgrund von Corona habe sich das Geschäftsfeld Unfall nicht wie gewünscht entwickelt. Die von der Klägerin genannten Tätigkeiten im Verkehrs- und Strafrecht seien umfangstechnisch zu vernachlässigen und würden die Beschäftigung einer 20h-Rechtsanwältin nicht rechtfertigen.

#### **17**

Die Parteien haben in der mündlichen Verhandlung vom 12.10.2023 den Antrag zu 4) aus der Klageschrift vom 20.12.2022 (auf Erteilung eines Zwischenzeugnisses) beidseitig für erledigt erklärt.

#### **18**

Zum weiteren Vorbringen der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze der Parteien und das Protokoll verwiesen, § 46 Abs. 2 ArbGG, § 313 Abs. 2 ZPO.

## **Entscheidungsgründe**

I.

**19**

Der Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten ist eröffnet, §§ 2 Abs. 1 Nr.3a, 46, 48 ArbGG, §§ 17 ff. GVG.

**20**

Die Klage ist zulässig.

**21**

Die örtliche Zuständigkeit ist gemäß § 48 Abs. 1a ArbGG gegeben, da die Klägerin ihre Arbeit gewöhnlich im Gerichtsbezirk des Arbeitsgerichts Nürnberg verrichtet hat.

II.

**22**

Die Klage ist auch begründet, da sich die Kündigung vom 28.11.2022 als unwirksam erweist.

**23**

Im Hinblick auf das Parteivorbringen ist unter Beachtung des Rechtsgedankens aus § 313 Abs. 3 ZPO Folgendes auszuführen:

**24**

1. Eine Auslegung des in der mündlichen Verhandlung vom 12.10.2023 modifizierten Antrags ergibt, dass die Klägerin weiterhin lediglich den punktuellen Kündigungsschutzantrag nach § 4 S. 1 KSchG stellen möchte und keinen darüberhinausgehenden, eigenständigen Feststellungsantrag, dass das Arbeitsverhältnis zum 14.04.2023 endete.

**25**

In der mündlichen Verhandlung hat die Klägerin erklärt, dass sie den Antrag zu 1) aus der Klageschrift vom 20.12.2022 mit der Maßgabe stellen möchte, dass das Arbeitsverhältnis zum 14.04.2023 endete. Jedoch ist eine dahingehende Feststellung rechtlich nicht möglich. Die Klägerin trägt bereits nicht vor, dass ein Beendigungstatbestand das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis beendet hat. Die Klägerin hätte hierzu z. B. vortragen müssen, dass sie das Arbeitsverhältnis selbst gekündigt hat oder die Parteien sich auf eine einvernehmliche Beendigung verständigt haben. Hierzu fehlt bereits jeglicher Vortrag und es ist auch sonst nicht ersichtlich, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien zum 14.04.2023 beendet wurde. Da auch die Kündigung durch die Beklagte vom 28.11.2022 das Arbeitsverhältnis nicht beendet hat, ist davon auszugehen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien fortbesteht.

**26**

Bei verständiger Auslegung des in der mündlichen Verhandlung modifizierten Antrags möchte die Klägerin jedoch weiterhin den punktuellen Kündigungsschutzantrag nach § 4 S. 1 KSchG stellen und keinen zusätzlichen, eigenständigen Feststellungsantrag auf Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 14.04.2023. Bei der in der mündlichen Verhandlung vom 12.10.2022 beantragten Maßgabe, dass das Arbeitsverhältnis zum 14.04.2023 endete, handelt es sich vielmehr um einen unselbständigen Annex zum punktuellen Kündigungsschutzantrag der Klägerin nach § 4 S. 1 KSchG.

**27**

2. Streitgegenständlich ist daher nur die Frage der Wirksamkeit der Kündigung vom 28.11.2022.

**28**

3. Der Kläger hat sich rechtzeitig innerhalb der Dreiwochenfrist des § 4 S. 1 KSchG gegen die Kündigung vom 28.11.2022, die ihr am 30.11.2022 zugegangen ist, durch Klageerhebung am 20.12.2022 zur Wehr gesetzt.

**29**

4. Auf den Rechtsstreit findet aufgrund der Dauer des Arbeitsverhältnisses und der Anzahl der Beschäftigten im Betrieb das Kündigungsschutzgesetz Anwendung (§§ 1 Abs. 1, 23 Abs. 1 KSchG).

### 30

Insbesondere ist davon auszugehen, dass die Beklagte in der Regel mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt, § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG. Für das Überschreiten des Schwellenwertes gemäß § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG trägt im Grundsatz der Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast. Einer größeren Sachnähe des Arbeitgebers und etwaigen Beweisschwierigkeiten des Arbeitnehmers ist durch eine abgestufte Darlegungslast Rechnung zu tragen (vgl. etwa BAG, Urt. v. 2.3.2017 – 2 AZR 427/16).

### 31

Vorliegend hat die Klägerin dargelegt, dass neben den von der Beklagten im Schriftsatz vom 30.3.2023 aufgeführten sieben Rechtsanwälten zumindest 15 weitere Arbeitnehmer beschäftigt seien, davon nach Kenntnis der Klägerin neun in Vollzeit. Zudem legt die Klägerin die sog. „W. N.“ vom Oktober 2021 – einen firmeninternen Newsletter – als Anlage K 6 vor, die eine Auflistung von insgesamt 41 Mitarbeitern enthält. Auf diesen Sachvortrag hat die Beklagte bis zum Kammertermin vom 12.10.2023 zunächst nicht erwidert. Dies wäre jedoch erforderlich gewesen. Die Beklagte hätte aufgrund der sie treffenden abgestuften Darlegungslast substantiiert im Hinblick auf die einzelnen, von der Klägerin vorgetragene Arbeitnehmer erwidern müssen, inwiefern diese nicht bei der Beklagten beschäftigt sind. Das Gericht hat in der mündlichen Verhandlung vom 12.10.2023 darauf hingewiesen, dass aufgrund des bisherigen Sachvortrags davon auszugehen ist, dass der Schwellenwert des §§ 23 Absatz 1 S. 3 Kündigungsschutzgesetz überschritten ist. Es wurde darauf hingewiesen, dass sich aus Anlage K 6 eine Auflistung von insgesamt 41 Mitarbeitern ergibt und daher viel dafür spricht, dass der Schwellenwert des § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG überschritten ist. Zudem wurde hinterfragt, warum im Schriftsatz vom 30.03.2023 ausschließlich Rechtsanwälte und z. B. keine Sachbearbeiter bzw. Rechtsanwaltsfachangestellte aufgeführt wurden. In der mündlichen Verhandlung vom 12.10.2023 hat der Beklagtenvertreter auf diesen Vorhalt erklärt, dass es sich im Hinblick auf die in den „W. N.“ aufgeführten Mitarbeiter nicht um Arbeitnehmer der Beklagten, sondern einer anderen Firma handle. Zudem erklärte der Beklagtenvertreter übereinstimmend mit den Ausführungen im Schriftsatz vom 30.3.2023 erneut, dass bei der Beklagten ausschließlich Rechtsanwälte beschäftigt werden. Auch der Vortrag in der mündlichen Verhandlung vom 12.10.2023 reicht nicht aus, um den substantiierten Sachvortrag der Klägerin im Hinblick auf die einzeln aufgeführten Arbeitnehmer zu widerlegen. Es verbleibt bereits unklar, warum am Ende eines firmeninternen Newsletters, der zudem mit „W. N.“ betitelt ist und damit Bezug nimmt auf die Firma der Beklagten, Mitarbeiter einer anderen Firma aufgeführt sein sollten. Darüber hinaus verbleibt unklar, warum in einer Anwaltskanzlei ausschließlich Rechtsanwälte und keine Rechtsanwaltsfachangestellte, Rechtsfachwirte oder Sachbearbeiter beschäftigt werden. Jedenfalls gelingt es dem Beklagtenvertreter aber nicht, die Beschäftigung der von der Klägerin im Schriftsatz vom 14.05.2023 einzeln aufgeführten Arbeitnehmer hinreichend substantiiert zu widerlegen. Insgesamt ist daher davon auszugehen, dass der Schwellenwert des § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG vorliegend überschritten ist.

### 32

5. Die Kündigung vom 28.11.2022 erweist sich als unverhältnismäßig. Die Beklagte hätte eine Änderungskündigung aussprechen müssen.

### 33

Ist die Weiterbeschäftigung einer Arbeitnehmerin zu geänderten Bedingungen möglich, so hat der Arbeitgeber vor Ausspruch einer betriebsbedingten Beendigungskündigung unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zuvor eine Änderungskündigung auszusprechen. Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn die betroffene Arbeitnehmerin zuvor ein Angebot zur Vertragsänderung abgelehnt hat (vgl. LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 19.03.2014 – 3 Sa 128/13). Vor diesem Hintergrund kann der Vortrag der Beklagten, die Klägerin habe die Änderungsangebote jeweils abgelehnt, nicht zugunsten der Beklagten gewertet werden. Denn auch in diesem Fall ist der Arbeitgeber grundsätzlich verpflichtet, vor Ausspruch einer Beendigungskündigung eine Änderungskündigung auszusprechen (BAG vom 21.04.2005 – 2 AZR 132/04 – BB 2005, Seite 2691). Dies gilt ausnahmsweise lediglich dann nicht, wenn der Arbeitnehmer das Angebot zuvor vorbehaltlos und endgültig abgelehnt hat, also unmissverständlich zu erkennen gegeben hat, dass er unter keinen Umständen bereit ist, zu den geänderten Arbeitsbedingungen zu arbeiten, wobei dem Arbeitgeber auch diesbezüglich die Darlegungs- und Beweislast für eine solche definitive und endgültige Ablehnung trifft (BAG vom 21.04.2005, a. a. O.).

### 34

Für eine derartige Schlussfolgerung fehlt es vorliegend jedoch an entsprechendem Tatsachenvortrag durch die Beklagte. Die Beklagte trägt im Gegenteil sogar selbst vor, dass die Kläger sich eine Mitarbeit im sog. KL.-Team zu einem höheren Gehalt hätte vorstellen können. Zudem hat die Klägerin vorliegend die Angebote der Beklagten im Vorfeld gerade nicht definitiv und endgültig abgelehnt, sondern vielmehr Gegenangebote gemacht.

### **35**

Zu beachten ist schließlich, dass für die Annahme der oben genannten Ausnahme sehr hohe Anforderungen bestehen. Vor allem dürfen die Kündigungsfrist und die Möglichkeit der Annahme unter Vorbehalt (§ 2 KSchG) nicht durch ein Änderungsangebot des Arbeitgebers ausgehebelt werden. Der Fall der vorherigen vorbehaltlosen und endgültigen Ablehnung liegt daher nur vor, wenn sicher feststeht, dass der Arbeitnehmer auch bei Beachtung der Kündigungsfrist und in Kenntnis des Mittelweges der Annahme unter Vorbehalt endgültig abgelehnt hat bzw. hätte. Dies kann hier nicht angenommen werden. Es erscheint zumindest möglich, dass die Klägerin ein etwaiges Änderungsangebot im Rahmen einer Änderungskündigung unter dem Vorbehalt der sozialen Rechtfertigung angenommen hätte.

### **III.**

### **36**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 46 Abs. 2 ArbGG, § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO und begründet sich mit dem Unterliegen der Beklagten. Hinsichtlich des beidseitig für erledigt erklärten Klageantrags zu 4) ist gemäß § 91a ZPO i. V. m. § 46 Abs. 2 ArbGG über die Kosten unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigen Ermessen zu entscheiden. Der Klägerin stand bis zur Erfüllung durch Zustellung des Zeugnisses am 24.12.2022 ein Anspruch auf ein Zwischenzeugnis zu. Nach § 109 GewO kann der Arbeitnehmer bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein (Abschluss-)Zeugnis verlangen. Die Voraussetzungen, unter denen ein Arbeitnehmer die Ausstellung eines Zwischenzeugnisses beanspruchen kann, sind gesetzlich nicht geregelt. Soweit tarifliche Regelungen nicht bestehen, kann sich die Verpflichtung zur Erteilung eines Zwischenzeugnisses als vertragliche Nebenpflicht ergeben. Eine solche Verpflichtung setzt voraus, dass der Arbeitnehmer aus einem triftigen Grund auf ein Zwischenzeugnis angewiesen ist. Das ist u. a. dann anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer das Zwischenzeugnis wegen der bevorstehenden Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu Bewerbungszwecken benötigt (vgl. etwa ErfK/Müller-Glöge 15. Aufl. § 109 GewO Rn. 50 mwN). Nach Ablauf der Kündigungsfrist bzw. nach Ende der Laufzeit eines befristeten Vertrags kann der Arbeitnehmer grundsätzlich nur ein (Abschluss-)Zeugnis beanspruchen. Streiten die Parteien aber – wie hier – gerichtlich über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, besteht ein triftiger Grund für die Erteilung eines Zwischenzeugnisses. Der Anspruch hierauf entfällt erst mit rechtskräftigem Abschluss des Beendigungsrechtsstreits (vgl. BAG, Urteil vom 4. November 2015 – 7 AZR 933/13, juris). Den Anspruch auf Erteilung eines Zwischenzeugnisses hat die Klägerin vorgerichtlich erfolglos geltend gemacht und der Anspruch wurde erst nach Zustellung der Klageschrift vom 22.12.2022 am 24.12.2022 durch Zustellung des Zeugnisses erfüllt. Somit ist es sachgerecht, der Beklagten insofern die Kosten aufzuerlegen.

### **37**

Der Streitwert war gemäß §§ 61 Abs. 1, 46 Abs. 2 ArbGG, §§ 3 ff. ZPO, § 42 Abs. 4 Satz 1 GKG auf drei Bruttomonatsgehälter für den Kündigungsschutzantrag festzusetzen.

### **38**

Die Entscheidung über die Zulassung der Berufung ergeht gemäß § 64 Abs. 3a ArbGG. Die Berufung kann gemäß § 64 Abs. 2 ArbGG eingelegt werden. Umstände, welche die gesonderte Zulassung der Berufung gemäß § 64 Abs. 3 ArbGG begründet hätten sind nicht gegeben.