

Däubler, Wolfgang

Book

Die Unternehmerfreiheit im Arbeitsrecht - eine unantastbare Größe?

HSI-Schriftenreihe, No. 5

Provided in Cooperation with:

Hugo Sinzheimer Institute for Labour and Social Security Law (HSI), Hans Böckler Foundation

Suggested Citation: Däubler, Wolfgang (2012) : Die Unternehmerfreiheit im Arbeitsrecht - eine unantastbare Größe?, HSI-Schriftenreihe, No. 5, ISBN 978-3-86194-110-1, Saarbrücker Verlag für Rechtswissenschaften, Saarbrücken

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/303081>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

Rechtsgutachten

erstattet von

Professor Dr. Wolfgang Däubler
Universität Bremen

VORWORT

Die unternehmerische Entscheidung erscheint speziell im Kündigungsschutzrecht als unantastbare Größe, aus der Maßstäbe für das betriebliche Geschehen abgeleitet werden. Die vorliegende Untersuchung von Wolfgang Däubler bringt die Berufsfreiheit des Arbeitnehmers ins Spiel und schlägt auch für die betriebsbedingte Kündigung eine Interessenabwägung vor. Weiter verlangt sie, dass die Rechtmäßigkeitskontrolle der unternehmerischen Entscheidung ernst genommen wird.

Vergleichbare Einschränkungen muss sich die unternehmerische Betätigungsfreiheit im Betriebsverfassungs- wie im Tarifvertragsrecht gefallen lassen. Auch andere Teile der Rechtsordnung räumen ihr keine Sonderstellung ein. Der Blick in eine Reihe ausländischer Arbeitsrechtsordnungen zeigt zudem, dass ein wirksamerer Kündigungsschutz keine negativen gesamtwirtschaftlichen Folgen mit sich bringt.



Dr. Thomas Klebe, HSI



Prof. Dr. Marlene Schmidt, HSI

Inhaltsverzeichnis

VORWORT	3
§ 1: Einleitung	9
I. Die verfassungsrechtliche Verankerung	9
1. Der Arbeitgeber als Träger des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG	9
2. Der Arbeitnehmer als Träger des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG	10
3. Der Spielraum des Gesetzgebers	11
II. Überblick über die Darstellung	12
§ 2: Kündigungsschutzrecht – der Status quo	13
I. Die unternehmerische Entscheidung	13
1. Der Grundsatz	13
2. Traditionelle Beispiele	13
3. Arbeitnehmerbezogene Entscheidungen.....	14
4. Legitimation durch Rückgriff auf Grundrechte	15
II. Die Kündigung als Konsequenz	15
1. Dringende betriebliche Erfordernisse	15
2. Ausweichstrategien und soziale Auswahl.....	15
3. Interessenabwägung	16
III. Die gerichtliche Kontrolle	17
1. Überprüfung der unternehmerischen Entscheidung?.....	17
a) Willkürkontrolle mit <i>einnehmers</i>	17
b) <i>Abweichungen bei arbeitnehmerbezogenen Entscheidungen</i>	18
c) <i>Rechtmäßigkeitskontrolle</i>	18
2. Überprüfung der Wirkung der unternehmerischen Entscheidung	19
3. Unzulässigkeit der Austausch Kündigung	20
IV. Kritik	21
1. Argumentationsstrukturen.....	21
2. Verkennung der verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen	24
3. Verkennung von Text und Inhalt des Kündigungsschutzgesetzes.....	25
§ 3: Vorschläge für eine Neuorientierung	28
I. Vorbemerkung	28
II. Dringende betriebliche Erfordernisse	28

1.	Betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung in diesem Betrieb entgegenstehen	28
2.	„Dringende“ Erfordernisse.....	29
3.	Probleme der Interessenabwägung	30
III.	Rechtliche Kontrolle des mit der unternehmerischen Maßnahme verfolgten Zwecks	35
1.	Entbehrlichkeit der Willkürkontrolle.....	35
2.	Rechtswidrige Unternehmerentscheidungen	36
a)	<i>Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften</i>	37
b)	<i>Insbesondere: Verstoß gegen Diskriminierungsverbote</i>	37
c)	<i>Verstoß gegen Tarifverträge</i>	40
d)	<i>Verstoß gegen die Gesellschaftssatzung</i>	40
e)	<i>Vertragliche Bindungen</i>	41
IV.	Probleme der Beweislast	41
V.	Anwendungsfälle	44
§ 4:	Die unternehmerische Freiheit im Betriebsverfassungs- und Tarifvertragsrecht sowie in anderen Teilen des Arbeitsrechts.....	46
I.	Einleitung	46
II.	Betriebsverfassungsrecht	46
1.	Rechtsprechung.....	46
2.	Literatur.....	48
3.	Behandlung weiterer Mitbestimmungsrechte	50
4.	Einschätzung	51
III.	Tarifvertragsrecht	52
1.	Der Status quo.....	52
2.	Weitere Fragen, insbesondere Standortverträge	55
IV.	Andere Teile des Arbeitsrechts	59
1.	Gerichtliche Kontrolle von Unternehmerentscheidungen in der Krise.....	59
2.	Arbeitsschutzrecht.....	60
3.	Anspruch auf Verkürzung der Arbeitszeit nach § 8 TzBfG und unternehmerische Entscheidungen	61
§ 5:	Die unternehmerische Freiheit in anderen Teilen der Rechtsordnung	64
I.	Einleitung	64
II.	Die Kontrolle marktbeherrschender Unternehmen nach § 19 GWB	64
III.	Steuern und Abgaben	65
IV.	Bau- und Umweltschutzrecht	66

V. Bewertung	67
§ 6: Ein Blick über die Grenzen – rechtliche Schranken für die betriebsbedingte Kündigung in einigen anderen Ländern.....	68
I. Vorbemerkung	68
II. Holland	69
III. Japan	70
IV. Italien	72
V. Frankreich	73
VI. Österreich	75
VII. Einschätzung	77
§ 7: Zusammenfassung.....	79
Literaturverzeichnis	82

§ 1: Einleitung

I. Die verfassungsrechtliche Verankerung

1. Der Arbeitgeber als Träger des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG

Das Grundgesetz kennt keine spezifische Garantie der Unternehmerfreiheit. Es unterscheidet sich insoweit beispielsweise von der spanischen Verfassung, die in ihrem Art. 38 Abs. 1 bestimmt: „Die Unternehmensfreiheit im Rahmen der Marktwirtschaft wird anerkannt.“¹ Ähnlich bestimmt Art. 41 Abs.1 der italienischen Verfassung, dass „die privatwirtschaftliche Initiative frei“ sei, und eine vergleichbare Formulierung findet sich in Art. 61 Abs. 1 der portugiesischen Verfassung.² Dies hängt damit zusammen, dass die genannten Verfassungen zahlreiche soziale Grundrechte gewähren und damit Direktiven für das Wirtschaftsleben enthalten, die eines „Gegengewichts“ bedürfen.³ Ähnliches gilt für die Europäische Grundrechtecharta, die neben einem Kapitel „Gleichheit“ (Art. 20 – 26) und einem Kapitel „Solidarität“ (Art. 27 – 38) in Art. 16 eine ausdrückliche Anerkennung der „unternehmerischen Freiheit“ enthält.⁴

Im Gegensatz dazu hatte man im Parlamentarischen Rat die „Lebensordnungen“ grundsätzlich ausgeklammert und nur für die Kirchen, das Berufsbeamtentum und die Familie eine Ausnahme gemacht. Es ist daher völlig konsequent, wenn das Recht, ein Unternehmen zu gründen und es zu führen, (nur) als eine Erscheinungsform der Berufsausübung nach Art. 12 Abs. 1 GG qualifiziert wird. Ausdrücklich betonte das Bundesverfassungsgericht, soweit es um eine Tätigkeit gehe, die den Voraussetzungen eines „Berufs“ entspreche, sei grundsätzlich auch die „Unternehmerfreiheit“ im Sinne freier Gründung und Führung von Unternehmen durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt.⁵ Der Terminus „unternehmerische Freiheit“ hat daher deskriptiven Charakter und benennt nur eine Ausübungsform des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG; ein eigenständiger rechtlicher Gehalt kommt ihm nicht zu.⁶

¹ Zitiert nach dtv-Textausgabe, Die Verfassungen der EU-Mitgliedstaaten, 2. Aufl., München 1990.

² dtv-Textausgabe a. a. O.

³ Überblick über Vorhandensein und Praxis sozialer Grundrechte in den Mitgliedstaaten der EU bei Iliopoulos-Strangas (Hrsg.): Soziale Grundrechte in Europa nach Lissabon. Eine rechtsvergleichende Untersuchung der nationalen Rechtsordnungen und des europäischen Rechts, Baden-Baden 2010.

⁴ Zu ihrem Inhalt im Einzelnen s. Jürgen Meyer (Hrsg.): Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl., Baden-Baden 2011, Erläuterungen zu Art. 16.

⁵ BVerfG 1. 3. 1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und 1 BvL 21/78 – BVerfGE 50, 290, 363.

⁶ So ausdrücklich Manssen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Art. 12 Rn 69.

2. Der Arbeitnehmer als Träger des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG

Schon im sog. Apothekenurteil vom 11. 6. 1958 hatte das Bundesverfassungsgericht den Grundsatz ausgesprochen, dass Art. 12 Abs. 1 GG über die traditionelle Gewerbefreiheit hinausgehe und gleichermaßen die selbständige wie die unselbständige Tätigkeit schütze.⁷ Diese Aussage hatte allerdings bis Anfang der 1990-er Jahre eher platonische Bedeutung.⁸ Dies hing einmal damit zusammen, dass nur ein kleiner Teil der auf Art. 12 Abs. 1 GG gestützten Verfassungsbeschwerden Arbeitnehmerinteressen betraf und diese in der Regel nur als Legitimation für Eingriffe in die Berufsfreiheit Selbständiger eine Rolle spielten.⁹ Dazu kam, dass die Schutzpflichtlehre jedenfalls im Bereich des Art. 12 Abs. 1 GG noch relativ unentwickelt war und von daher keine Basis für eigenständige Initiativen abhängig Beschäftigter abgeben konnte.¹⁰

Seit der Mitbestimmungsentscheidung vom 1. 3. 1979¹¹ begann sich die Situation allmählich zu ändern. Die Entscheidung selbst begnügte sich noch mit der Aussage, die Arbeitnehmergrundrechte würden die durch den Gesetzgeber zu konkretisierende soziale Bindung des Anteilseigentums „verdeutlichen und verstärken“: Mitbestimmung im Unternehmen beeinflusse zu einem nicht unwesentlichen Teil die Bedingungen, unter denen die Arbeitnehmer namentlich ihr Grundrecht auf Berufsfreiheit wahrnehmen, das für alle sozialen Schichten von Bedeutung sei.¹²

Der Gedanke, dass sich im Betrieb zwei ebenbürtige Grundrechtsträger gegenüber stehen, deren Entfaltungsmöglichkeiten u. a. durch das Arbeitsrecht bestimmt werden, findet sich nach entsprechenden Vorüberlegungen in der Literatur¹³ erstmals in einer Entscheidung des Vorprüfungsausschusses vom 18. Dezember 1985:¹⁴ Die betriebliche Mitbestimmung baue auf der Tatsache auf, dass der Arbeitgeber seine Berufsfreiheit nur mit Hilfe der Arbeitnehmer wahrnehmen könne, die ebenfalls Träger des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG seien. Dieser gebiete nicht, Berufsausübungsregelungen so zu gestalten und auszulegen, dass sie die unternehmerische Entscheidungsfreiheit unberührt lassen. Vielmehr könne durch Einschaltung einer Einigungsstelle eine „Konkordanz“ der Berufsfreiheit des Arbeitgebers und der bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer

⁷ BVerfG 11. 6. 1958 – 1 BvR 596/56 – BVerfGE 7, 377 ff.

⁸ Häberle JZ 1984, 345, 350.

⁹ Bryde NJW 1984, 2178.

¹⁰ Vgl. Kühling, FS Dieterich, S. 325 f.

¹¹ BVerfG 1. 3. 1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und 1 BvL 21/78 – BVerfGE 50, 290 ff.

¹² BVerfG 1. 3. 1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und 1 BvL 21/78 – BVerfGE 50, 290, 349.

¹³ Insbesondere Hoffmann-Riem, FS Ipsen, S. 38 ff. Vgl. auch Häberle JZ 1984, 345, 351: Rückbindung an Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG.

¹⁴ BVerfG 18. 12. 1985 – 1 BvR 143/83 – AP Nr. 15 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; zustimmend Manssen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Art. 12 Rn 208; ähnlich auch Söllner AuR 1991, 45, 52. Kritisch dagegen R. Scholz NJW 1986, 1587 ff.

herbeigeführt werden. Inzwischen ist dies durch den Ersten Senat im Fall der Montanmitbestimmung bestätigt worden.¹⁵

Die Eingriffsdimension der Arbeitnehmer-Berufsfreiheit, d. h. ihr Schutzgehalt gegenüber dem Staat wurde erst in der sog. Warteschleifen-Entscheidung vom 24. April 1991 entwickelt.¹⁶ Bei der Berufswahl gehe es um die Frage des Einzelnen, „auf welchem Feld“ er sich beruflich betätigen wolle; die Arbeitsplatzwahl betreffe dagegen die Entscheidung, „an welcher Stelle“ der Einzelne dem gewählten Beruf nachgehen möchte. Dort findet dann die Berufsausübung statt. Staatliche Eingriffe unterliegen denselben Schranken wie im Verhältnis zu selbständiger Erwerbstätigkeit. Dabei umfasse die freie Wahl des Arbeitsplatzes „auch das Recht, diesen beizubehalten oder aufzugeben“.¹⁷

Aus Art. 12 Abs. 1 GG folgt eine staatliche Schutzpflicht, deren Tragweite noch nicht abschließend geklärt ist. Ob der Gesetzgeber verpflichtet ist, einen bestimmten Beruf wie den des Seemanns auch entgegen internationalen Marktzwängen zu erhalten, blieb in der Entscheidung zum sog. Zweiten Schiffsregister letztlich dahingestellt.¹⁸ Immerhin kann (wohl auch heute noch) der Schutz eines Berufsstandes Lenkungsmaßnahmen rechtfertigen, wenn eine soziale Krise akut droht und die Interessen anderer Gruppen dabei nicht willkürlich vernachlässigt werden – so entschieden für den Berufsstand der Winzer im Jahre 1958.¹⁹ Wichtiger ist im vorliegenden Zusammenhang die Schutzfunktion innerhalb bestehender Arbeitsverhältnisse. Insoweit ist auf die Entscheidung zum Kündigungsschutz außerhalb des KSchG zu verweisen, wo aus Art. 12 Abs. 1 GG ein „Minimum“ an Bestandsschutz abgeleitet wurde.²⁰

3. Der Spielraum des Gesetzgebers

Geht man von der schwer bestreitbaren Tatsache aus, dass im Betrieb sowohl der Arbeitgeber wie auch die Arbeitnehmer ihre Berufsfreiheit realisieren (wollen), so ist es ersichtlich Sache des Gesetzgebers, die notwendigen Grenzziehungen vorzunehmen. Notfalls müssen die Gerichte in die Bresche springen.²¹ In Rechtsprechung und Literatur besteht Einigkeit darüber, dass beiden Rechten zu möglichst weitgehender Wirksamkeit verholfen werden muss.²² So schön dies klingt – die Formel hilft nicht weiter, wenn das eine Recht nur auf Kosten

¹⁵ BVerfG 2. 3. 1999 – 1 BvL 2/91 - BVerfGE 99, 367, 392.

¹⁶ BVerfG 24. 4. 1991- 1 BvR 1341/90 - BVerfGE 84, 133 ff.

¹⁷ BVerfGE 84, 133, 146.

¹⁸ BVerfG 10. 1. 1995 – 1 BvF 1/90, 1 BvR 342, 348/90 – NZA 1995, 272, 275.

¹⁹ BVerfG 10. 7. 1958 – 1 BvF 1/58 - BVerfG 8, 71, 80.

²⁰ BVerfG 27. 1. 1998 – 1 BvL 15/87 - BVerfGE 89, 214, 232 ff. = NZA 1998, 470.

²¹ Zum Parallelproblem der Arbeitgeber- und der Arbeitnehmerkoalitionsfreiheit s. BVerfG 26. 6. 1991 – 1 BvR 779/85 - BVerfGE 84, 212, 228; BVerfG 24. 4. 1996 – 1 BvR 712/86 - BVerfGE 94, 268, 284.

²² S. statt aller BVerfG 19. 10. 1993 – 1 BvR 567, 1044/89 - BVerfGE 89, 214, 232.

des anderen geschützt und gefördert werden kann. Für diesen Fall wird ein „angemessener“ Ausgleich angestrebt,²³ der bisweilen auch mit dem Prädikat „ausgewogen“ versehen wird.²⁴

II. Überblick über die Darstellung

Die „unternehmerische Freiheit“ ist an verschiedenen Stellen im Arbeitsrecht von herausragender Bedeutung. Dies gilt in erster Linie für die betriebsbedingte Kündigung, die uns zunächst beschäftigen soll (unten §§ 2 und 3). Anschließend wird die Rolle behandelt, die die unternehmerische Freiheit im Betriebsverfassungsrecht und im Tarifvertragsrecht sowie in einigen anderen Teilen des Arbeitsrechts spielt (unten § 4). Soweit Meinungsverschiedenheiten darüber bestehen, welche Einschränkungen sich die unternehmerische Freiheit gefallen lassen muss, kann es sinnvoll sein, einen Blick in andere Teile der Rechtsordnung zu werfen und die dort entwickelten Maßstäbe zum Vergleich heranzuziehen (unten § 5). Schließlich sollen einige ausländische Erfahrungen zum Kündigungsschutzrecht eingebracht werden, um so die Folgen eines moderaten Kurswechsels besser einschätzen zu können (unten § 6). Eine Zusammenfassung schließt die Arbeit ab (unten § 7).

²³ BVerfG 27. 1. 1998 – 1 BvL 15/87 - BVerfGE 97, 169, 176.

²⁴ BVerfG 28. 1. 1992 – 1 BvR 1025/82 - NZA 1992, 270, 273.

§ 2: Kündigungsschutzrecht – der Status quo

I. Die unternehmerische Entscheidung

1. Der Grundsatz

Die „unternehmerische Entscheidung“ ist maßgebende Grundlage für eine betriebsbedingte Kündigung. Von einem „Dreh- und Angelpunkt“ aller Auseinandersetzungen ist in der Literatur die Rede.²⁵ Der Arbeitgeber kann das Unternehmen so führen, wie er dies für richtig hält. Er kann es vergrößern, indem er investiert und neue Arbeitskräfte einstellt. Er kann es aber auch verkleinern oder umstrukturieren, wenn die Rendite hinter den Erwartungen zurückbleibt oder wenn er sich an die Entwicklung des Marktes anpassen muss. Im vorliegenden Zusammenhang ist allein diese zweite Alternative von Interesse, obwohl auch eine unüberlegte Expansion in der Zukunft erhebliche arbeitsrechtliche Konsequenzen haben kann.

2. Traditionelle Beispiele

Zur Verkleinerung und Umstrukturierung gehört beispielsweise die Schließung einer Abteilung²⁶ und das Zusammenlegen von zwei Abteilungen, das sich aus technischen oder organisatorischen Gründen anbieten kann.²⁷ Bestimmte, bisher im Betrieb erledigte Aufgaben können ausgelagert, d. h. an Dritte vergeben werden.²⁸ Möglich ist auch, die Arbeitsorganisation zu ändern und beispielsweise die Tätigkeit eines Betriebsassistenten²⁹ oder die eines Verkaufsleiters³⁰ auf andere Mitarbeiter zu verteilen, was die fraglichen Personen „überflüssig“ macht. Die technische Entwicklung kann dazu führen, dass bestimmte Arbeiten nicht mehr anfallen und deshalb für die damit betrauten Arbeitnehmer keine Beschäftigungsmöglichkeit mehr besteht; ein Personalabbau wird unvermeidbar.³¹ In allen diesen Fällen hat die (in den Fußnoten zitierte) Rechtsprechung eine „unternehmerische Entscheidung“ angenommen, auf deren Grundlage dann betriebsbedingte Kündigungen ausgesprochen wurden.

²⁵ S. nur Annuß, Betriebsbedingte Kündigung, S. 61.

²⁶ So der Fall BAG 1. 7. 1976 – 2 AZR 322/75 – AP Nr. 2 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = NJW 1977, 124.

²⁷ S. den Fall BAG 6. 11. 1997 – 2 AZR 94/97 – NZA 1998, 143.

²⁸ BAG 30. 4. 1987 – 2 AZR 184/86 – AP Nr. 42 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = DB 1987, 2207; BAG 26. 9. 1996 – 2 AZR 200/96 – AP Nr. 80 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = NZA 1997, 202.

²⁹ LAG Köln 28. 10. 1986 – 1 Sa 426/86 – LAGE § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 8.

³⁰ LAG Köln 16. 10. 1986 – 10 Sa 461/86 – LAGE § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 10.

³¹ BAG 29. 1. 1997 – 2 AZR 49/96 – AuR 1997, 166.

3. Arbeitnehmerbezogene Entscheidungen

Die Arbeitsgerichte einschließlich des BAG betrachten auch solche Maßnahmen als unternehmerische Entscheidungen, die sich ausschließlich oder jedenfalls schwerpunktmäßig auf den Einsatz der Arbeitskräfte beziehen. Der Arbeitgeber kann beispielsweise beschließen, eine Ebene in der betrieblichen Hierarchie „einzusparen“ und die dort bisher geleistete Arbeit nach „oben“ wie nach „unten“ zu verlagern oder sie teilweise wegfällen zu lassen.³² Ihm steht es weiter frei, das Anforderungsprofil für einzelne Stellen zu verändern und beispielsweise in bestimmten Bereichen ausschließlich Facharbeiter zu beschäftigen³³, als Vertretungskräfte in einer Schule nur noch pädagogische Mitarbeiter anstelle von Lehrern einzusetzen³⁴ oder Kenntnisse der deutschen Schriftsprache zu verlangen.³⁵ Eine unternehmerische Entscheidung stellt es auch dar, wenn die Anzahl der Arbeitskräfte festgelegt wird, mit denen bestimmte Aufgaben erfüllt werden sollen – eine in der Praxis außerordentlich wichtige Befugnis.³⁶ Weiter kann er grundsätzlich entscheiden, ob bestimmte Aufgaben durch Vollzeit- oder durch Teilzeitkräfte erledigt werden; auch dies wird als Ausdruck der Unternehmenspolitik angesehen.³⁷ Dasselbe gilt für die Frage, auf der Grundlage welcher Art von Verträgen die Beschäftigten eingesetzt werden. Der Unternehmer kann beschließen, für bestimmte Funktionen nur noch freie Mitarbeiter, aber keine Arbeitnehmer mehr einzusetzen³⁸ oder bestimmte Aufgaben in Zukunft allein ehrenamtlich Tätigen zu überlassen.³⁹

³² BAG 10. 10. 2002 – 2 AZR 598/01 - AP Nr. 123 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = AiB 2004, 319 = DB 1993, 506; BAG 13. 2. 2008 – 2 AZR 1041/06 – NZA 2008, 819.

³³ BAG 17. 6. 1999 – 2 AZR 522/98 – AP Nr. 102 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung = NZA 1999, 1096.

³⁴ BAG 29. 11. 2007 – 2 AZR 388/06 – NZA 2008, 523.

³⁵ BAG 28. 1. 2010 – 2 AZR 764/08 – NZA 2010, 625.

³⁶ So wohl erstmals BAG 24. 4. 1997 – 2 AZR 352/96 – AP Nr. 42 zu § 2 KSchG 1969 = NZA 1997, 1047; ebenso BAG 22. 5. 2003 – 2 AZR 326/02 - AP Nr. 128 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = ZTR 2003, 521.

³⁷ So insbesondere BAG 19. 5. 1993 – 2 AZR 584/92 – NZA 1993, 1075; BAG 24. 4. 1997 – 2 AZR 352/96 – NZA 1997, 1047, 1049.

³⁸ BAG 9. 5. 1996 – 2 AZR 438/95 - AP Nr. 79 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = NZA 1996, 1145 – Weight Watcher; ebenso BAG 13. 3. 2008 – 2 AZR 1037/06 – NZA 2008, 878 – Moskito-Anschläger.

³⁹ BAG 18. 9. 2008 – 2 AZR 530/07 – NZA 2009, 142.

4. Legitimation durch Rückgriff auf Grundrechte

Die Entscheidungsfreiheit des Unternehmers wird in der Regel als Ausdruck seiner Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG gesehen. Wer einen bestimmten Beruf wähle, müsse grundsätzlich auch das Recht haben, frei über die Größenordnung seines Unternehmens und seine technische und organisatorische Ausrichtung zu entscheiden. Dies schließe die Befugnis ein, im Unternehmen nur Mitarbeiter zu beschäftigen, die den Vorstellungen des Inhabers entsprechen, und auch festzulegen, wie viele Arbeitskräfte nötig seien.⁴⁰

II. Die Kündigung als Konsequenz

1. Dringende betriebliche Erfordernisse

Die genannten unternehmerischen Entscheidungen führen zu einer Kündigung, wenn sie – wie meist – den Beschäftigungsbedarf verringern, wenn also nach ihrer Durchführung weniger Arbeitskräfte benötigt werden. In einer solchen Situation liegt der Kündigungsgrund der „dringenden betrieblichen Erfordernisse“ im Sinne des § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG vor.

2. Ausweichstrategien und soziale Auswahl

In einer derartigen Konstellation ist zu fragen, ob diese effektiv einer Weiterbeschäftigung entgegenstehen oder ob es andere, „mildere“ Mittel gibt, um die unternehmerische Entscheidung umzusetzen. Es gilt das Ultima-ratio-Prinzip.⁴¹ Wie dieses zu handhaben ist, erscheint nicht abschließend geklärt. So ist etwa durchaus umstritten, ob und unter welchen Voraussetzungen erst Kurzarbeit eingeführt werden muss, bevor Kündigungen ausgesprochen werden dürfen.⁴²

Fehlt es an einem milderen Mittel, ist danach zu fragen, ob der Arbeitnehmer im Rahmen von § 1 Abs. 2 Satz 2 und 3 KSchG an einen anderen Arbeitsplatz versetzt werden kann; dabei sind – pauschal gesprochen – auch Weiterqualifizierungsmaßnahmen sowie veränderte, d. h. schlechtere Arbeitsbedingungen in Erwägung zu ziehen.

⁴⁰ BVerfG 27. 1. 1998 – 1 BvL 15/87 – NZA 1998, 470, 471 rechte Spalte; dazu zusammenfassend APS-Kiel § 1 KSchG Rn 445.

⁴¹ KDZ-Deinert § 1 KSchG Rn 408; KR-Griebeling § 1 KSchG Rn 214 ff.

⁴² Für einen Vorrang der Kurzarbeit ursprünglich BAG 25. 6. 1964 – 2 AZR 382/63 - AP Nr. 14 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung = NJW 1964, 1921; anders unter Hinweis auf das Initiativrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs.1 Nr. 3 BetrVG BAG 4. 3. 1986 – 1 AZR 15/84 – AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Kurzarbeit = NZA 1986, 432.

Kommt auch eine solche „Ausweichstrategie“ nicht in Betracht, weil man überall die Lohnkosten knapp kalkuliert und deshalb keine freien Arbeitsplätze verfügbar sind, so ist zwischen vergleichbaren Arbeitnehmern eine soziale Auswahl nach den Kriterien des § 1 Abs. 3 KSchG durchzuführen. Grundsätzlich werden die sozial am wenigsten schutzwürdigen Beschäftigten gekündigt. Gibt es keine vergleichbaren Arbeitnehmer (Beispiel: Im Call-Center werden die beiden Trainer „überflüssig“, weil ihre Aufgabe von einem Dienstleister übernommen werden soll), so bleibt § 1 Abs. 3 KSchG ohne Wirkung.

Die Fälle sind keineswegs selten, in denen weder § 1 Abs. 2 Satz 2 und 3 noch § 1 Abs. 3 KSchG zur Anwendung kommen, in denen also die unternehmerische Entscheidung direkt zum Arbeitsplatzverlust führt. Auch soweit die soziale Auswahl Platz greift, geht es nur um einen Auswahlprozess, nicht um die Verhinderung der Kündigung als solcher. Oder anders ausgedrückt: Das Zurücktreten des Arbeitnehmergrundrechts steht fest, nur wen es trifft, ist noch zu entscheiden.

3. Interessenabwägung

Die bei der verhaltens- und bei der personenbedingten Kündigung zwingend erforderliche Interessenabwägung⁴³ hat im Rahmen der betriebsbedingten Kündigung heute ihre praktische Bedeutung mehr oder weniger eingebüßt. In den 1960-er Jahren vertrat das BAG noch den Standpunkt, auch bei der betriebsbedingten Kündigung müsse eine „umfassende“ Interessenabwägung stattfinden.⁴⁴ Dabei seien die dem Arbeitgeber erwachsenden Vorteile gegenüber den Nachteilen abzuwägen, die dem Arbeitnehmer entstehen.⁴⁵ Auch sei in diesem Rahmen zu prüfen, ob es ein milderes Mittel als die Kündigung gebe, was für die Kurzarbeit bejaht wurde.⁴⁶ Erst Ende der 1970er Jahre veränderte das BAG seinen Standpunkt: Aufgrund der Interessenabwägung könne es nur in seltenen Ausnahmefällen zu einer meist nur vorübergehenden Weiterbeschäftigung kommen, „wenn der Arbeitnehmer aufgrund schwerwiegender persönlicher Umstände besonders schutzbedürftig ist.“⁴⁷ Die Beschränkung auf eine höchst ausnahmsweise eingreifende Härteklausele wurde 1987 bestätigt;⁴⁸ Fälle, in denen

⁴³ Zur verhaltensbedingten Kündigung s. KDZ-Däubler § 1 KSchG Rn 245 f.; zur personenbedingten Kündigung KDZ-Deinert § 1 KSchG Rn 88.

⁴⁴ BAG 4. 2. 1960 – 3 AZR 25/58 – AP Nr. 5 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung, bestätigt durch BAG v. 25. 6. 1964 – 2 AZR 382/63 – AP Nr. 14 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung = NJW 1964, 1921.

⁴⁵ BAG 4. 2. 1960 – 3 AZR 25/58 – AP Nr. 5 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung.

⁴⁶ BAG 25. 6. 1964 – 2 AZR 382/63 – AP Nr. 14 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung = NJW 1964, 1921.

⁴⁷ BAG 24. 10. 1979 – 2 AZR 940/77 – AP Nr. 8 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

⁴⁸ BAG 30. 4. 1987 – 2 AZR 184/86 – AP Nr. 42 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = NZA 1987, 776.

sie angewandt wurde, sind nicht bekannt geworden.⁴⁹ In der jüngeren Rechtsprechung findet die Interessenabwägung nur noch (formelhafte) Erwähnung, wenn es um die Aufzählung der Voraussetzungen für eine sozial gerechtfertigte betriebsbedingte Kündigung geht.⁵⁰

III. Die gerichtliche Kontrolle

1. Überprüfung der unternehmerischen Entscheidung?

a) *Willkürkontrolle mit Beweislast des Arbeitnehmers*

Wendet sich ein Betroffener gegen eine betriebsbedingte Kündigung, so wird im Normalfall die unternehmerische Entscheidung als feststehende Größe zugrunde gelegt. Sie sieht sich keiner inhaltlichen Überprüfung ausgesetzt. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn es sich um eine „offensichtlich unsachliche, unvernünftige oder willkürliche“ Entscheidung handelt.⁵¹ Damit sind Fälle des Rechtsmissbrauchs gemeint.⁵² Die Formulierung als solche ist wenig praktikabel,⁵³ was schon daran deutlich wird, dass ein Unterschied zwischen „offensichtlich unsachlichen“ und „willkürlichen“ Entscheidungen nicht erkennbar ist. In der Praxis ist dieses „Kontrollprogramm“ von recht geringer Bedeutung;⁵⁴ die erste BAG-Entscheidung, die einer unternehmerischen Entscheidung die Anerkennung versagte, stammt aus dem Jahr 2002 (und hätte zudem auf anderem Wege zum selben Ergebnis kommen können).⁵⁵ Dies hängt nicht nur mit der Unbestimmtheit der materiell-rechtlichen Kriterien zusammen. Vielmehr fällt ungleich mehr ins Gewicht, dass der gekündigte Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer rechtsmissbräuchlichen Unternehmerentscheidung trägt.⁵⁶ Dies wird damit begründet, dass eine Vermutung für das Vorliegen sachlicher Gründe auf der Seite des Unternehmers spreche.⁵⁷ Keine Bedeutung wird der Tatsache beigemessen, dass sich ein potentieller Rechtsmiss-

⁴⁹ Für eine Interessenabwägung nach der ursprünglichen Rechtsprechung des BAG jedoch LAG Köln 16. 10. 1986 – 10 Sa 461/86 – LAGE § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 10 (S. 16). Gegen jede Interessenabwägung Schaub-Linck § 134 Rn 30.

⁵⁰ BAG 6. 11. 1997 – 2 AZR 94/97 – NZA 1998, 143; BAG 11. 3. 1998 – 2 AZR 414/97 – NZA 1998, 879, 880; BAG 17. 6. 1999 – 2 AZR 141/99 – NZA 1999, 1095, 1099.

⁵¹ So schon BAG 24. 10. 1979 – 2 AZR 940/77 – AP Nr. 8 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = NJW 1981, 301, 302 = DB 1980, 1400.

⁵² So auch BAG a. a. O.

⁵³ So auch APS-Kiel § 1 Rn 466: „wenig praxisgerechte Leerformeln“.

⁵⁴ So auch Pauly ZTR 1997, 116.

⁵⁵ BAG 26. 9. 2002 – 2 AZR 636/01 – NZA 2003, 549 – Rheumaklinik.

⁵⁶ S. etwa BAG 13. 3. 2008 – 2 AZR 1037/06 – NZA 2008, 878.

⁵⁷ BAG 24. 10. 1979 – 2 AZR 940/77 - AP Nr. 8 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = NJW 1981, 301 = DB 1980, 1400; BAG 30. 4. 1987 - 2 AZR 184/86 - AP Nr. 42 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung = NZA 1987, 776.

brauch in einer Sphäre zuträgt, die für den Gekündigten in aller Regel unzugänglich ist.

b) Abweichungen bei arbeitnehmerbezogenen Entscheidungen

Bezieht sich die unternehmerische Entscheidung unmittelbar auf den Einsatz der Arbeitskraft, so kann sie praktisch mit der Kündigung identisch sein. Wird beispielsweise eine bestimmte Aufgabe nach außen vergeben, die bisher von einer konkreten Person mit spezieller Qualifikation erfüllt wurde (nicht mehr der „hauseigene“ Informatiker sondern ein externer Dienstleister übernimmt die Wartung der Software), so ist die Kündigung die automatische Folge der getroffenen Entscheidung. Den naheliegenden Schritt, diese selbst am Maßstab der „dringenden betrieblichen Erfordernisse“ zu überprüfen, hat die Rechtsprechung bisher nicht vollzogen. Vielmehr hat sie sich mit der Aussage begnügt, in solchen Fällen könne das Vorliegen sachlicher Gründe nicht vermutet werden. Der Arbeitgeber müsse deshalb im Einzelnen darlegen, welche konkreten Auswirkungen die unternehmerische Entscheidung auf den Beschäftigungsbedarf habe.⁵⁸ Je „näher“ die Grundsatzentscheidung bei der Kündigung selbst liege, umso genauer müsse er die Auswirkungen belegen. Er muss also „noch mehr“ verdeutlichen, dass kein Beschäftigungsbedarf mehr besteht.⁵⁹ Dies vermag die Position der Betroffenen nicht wesentlich zu verbessern.

c) Rechtmäßigkeitskontrolle

Etwas größere Bedeutung könnte der Grundsatz gewinnen, dass unternehmerische Entscheidungen, die gegen geltendes Recht verstoßen oder die nur mit Hilfe eines Rechtsverstößes umsetzbar sind, keine „dringenden betrieblichen Erfordernisse“ begründen können. So ist man sich etwa einig darüber, dass die Reduzierung der Zahl der Beschäftigten nicht zu einer Überforderung der weiter im Betrieb Arbeitenden führen darf.⁶⁰ Auch sind Änderungskündigungen, die zu einer gegen § 4 Abs.1 TzBfG verstoßenden Benachteiligung von Teilzeitkräften führen, nicht sozial gerechtfertigt.⁶¹ Allerdings wird diese Grenze dadurch wieder relativiert, dass nur der Verstoß gegen solche Normen von Bedeutung sein soll, die zumindest auch dem Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses dienen.⁶² Ob die Rechtskontrolle einen Sonderfall der Willkürkontrolle darstellt, ist bis-

⁵⁸ BAG 17. 6. 1999 – 2 AZR 141/99 – AP Nr. 101 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAG 29. 11. 2007 – 2 AZR 388/06 – NZA 2008, 523; BAG 18. 9. 2008 – 2 AZR 530/07 – NZA 2009, 142.

⁵⁹ Backmeister/Trittin/Mayer-Mayer § 1 Rn 305.

⁶⁰ BAG 22. 5. 2003 - AP Nr. 128 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAG 29. 11. 2007 – 2 AZR 388/06 – NZA 2008, 523; BAG 18. 9. 2008 – 2 AZR 560/07 – NZA 2009, 142.

⁶¹ BAG 24. 4. 1997 – 2 AZR 352/96 – AP Nr. 42 zu § 2 KSchG 1969 = NZA 1997, 1047.

⁶² BAG 7. 10. 2004 – 2 AZR 122/04 – NZA 2005, 352 – Sächsisches Vermessungsgesetz.

lang nicht eindeutig geklärt;⁶³ dies könnte evtl. für die Beweislastverteilung von Bedeutung sein.

2. Überprüfung der Wirkung der unternehmerischen Entscheidung

Kann der Gekündigte gegen die unternehmerische Entscheidung als solche nichts rechtlich Relevantes vorbringen, so findet lediglich eine Art Schlüssigkeitsprüfung statt: Das Arbeitsgericht kontrolliert, ob die unternehmerische Entscheidung effektiv zur Reduzierung von Beschäftigung führt. Dabei wird eine Reihe nicht ganz unkomplizierter Fragen aufgeworfen, die den Anschein eines erheblichen Kontrollpotentials erwecken. Hervorzuheben ist:

- Der Arbeitgeber hat das Vorliegen der unternehmerischen Entscheidung zu beweisen. Da sie nicht schriftlich zu dokumentieren ist,⁶⁴ dürfte dies in der Regel nicht schwer fallen. Schlecht beratene Arbeitgeber können allerdings den Fehler begehen, angesichts wirtschaftlicher Unsicherheiten prophylaktische Kündigungen auszusprechen, ohne zu diesem Zeitpunkt bereits ein Konzept über die (neue) Verteilung der Arbeit zu haben, die nötig wird, wenn beispielsweise bestimmte Aufträge verloren gehen oder Drittmittel nicht mehr bewilligt werden. Hier würde die Kündigung vom Arbeitsgericht für sozial nicht gerechtfertigt erklärt.⁶⁵
- Die unternehmerische Entscheidung muss zum Wegfall von Beschäftigung führen.⁶⁶ Dies ist vom Arbeitgeber im Einzelnen darzulegen und im Streitfalle zu beweisen; der bloße schlagwortartige Hinweis auf einen Umsatzrückgang oder einen Gewinnverfall genügt nicht.⁶⁷ Dies erklärt sich unschwer damit, dass der Unternehmer in beiden Fällen unterschiedlich reagieren kann: So lässt sich beispielsweise einem Umsatzrückgang auch dadurch begegnen, dass man das Marketing verstärkt und zu diesem Zweck ggf. sogar neue Leute einstellt.
- Bei innerbetrieblichen Organisationsentscheidungen lassen sich die Beschäftigungswirkungen in aller Regel unschwer bestimmen. Dies gilt insbesondere für die Maßnahmen, die sich direkt auf den Einsatz der Arbeitskräfte beziehen,⁶⁸ doch lassen sich auch bei Rationalisierungsmaßnahmen und der Schlie-

⁶³ Zur Eigenständigkeit der Rechtskontrolle neigend KR-Griebeling § 1 KSchG Rn 524; APS-Kiel § 1 KSchG Rn 467a.

⁶⁴ P. Stein BB 2000, 457, 460.

⁶⁵ BAG 20. 2. 1986 - 2 AZR 212/85 – AP Nr. 11 zu § 1 KSchG 1969 = DB 1986, 2236 - Jugendmusikschule.

⁶⁶ BAG 7. 12. 1978 – 2 AZR 155/77 - AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = DB 1979, 650.

⁶⁷ BAG a. a. O.

⁶⁸ Nachweise oben I 3.

lung von Abteilungen fast immer Unsicherheiten vermeiden. Diesen sog. gestaltenden Unternehmerentscheidungen stehen die sog. selbstbindenden gegenüber: Der Personalabbau wird auf außerbetriebliche Gründe gestützt, die der Unternehmer für maßgebend erklärt:⁶⁹ Die Beschäftigung in der Versandabteilung soll etwa in dem Maße abgebaut werden wie der Umsatz zurückgeht.⁷⁰ Dies ist für den Arbeitgeber mit dem Risiko verbunden, dass das tatsächliche Arbeitsvolumen nicht proportional mit dem Rückgang der Aufträge sinkt.⁷¹ Gut beratene Geschäftsleiter nehmen deshalb solche außerbetrieblichen Vorgänge nur zum Anlass, um eine eigenständige Organisationsentscheidung zu treffen.⁷²

- Das unternehmerische Konzept muss konsequent durchgeführt werden.⁷³ Wird etwa ein Zwei-Schicht-System mit „gleichbleibenden Arbeitnehmergruppen“ eingeführt, werden aber gleichwohl bestimmte Personen durchgehend in Frühschicht beschäftigt, so darf eine Arbeitnehmerin nicht gekündigt werden, weil sie wegen der Sorge für ihr Kind das Arbeiten in Wechsel- schicht verweigert.⁷⁴ Erst recht ist eine Kündigung sozial nicht gerechtfertigt, wenn das Konzept nur in Ansätzen oder überhaupt nicht durchgeführt wird.⁷⁵ Davon ist der Fall zu unterscheiden, dass die Zahl der Gekündigten hinter dem nach dem Konzept Möglichen zurückbleibt: Dem Arbeitgeber bleibt es unbenommen, auch ohne ausdrückliche Erklärung nach außen hin eine Personalreserve aufzubauen.⁷⁶

Alle diese Bedingungen kann ein umsichtiger oder gut beratener Arbeitgeber unschwer erfüllen. Nur unerfahrene oder einen irrationalen Herr-im-Hause- Standpunkt einnehmende Geschäftsleitungen können in Schwierigkeiten gera- ten. Die skizzierten Grundsätze sind ein nicht unintelligenter Beitrag zu einem rationalen Umgang mit der Problematik des Personalabbaus; einen wirklichen Bestandsschutz gewähren sie im Normalfall nicht.⁷⁷

3. Unzulässigkeit der Austausch Kündigung

Ein Wegfall der Beschäftigung tritt nicht ein, wenn der Arbeitgeber lediglich einen Arbeitnehmer durch einen andern ersetzen will. Die sog. Austausch kün- di-

⁶⁹ Boeddinghaus AuR 2001, 9.

⁷⁰ S. den Fall BAG 15. 6. 1989 – 2 AZR 600/88 – NZA 1990, 65 (Verpackungstätigkeit).

⁷¹ S. den Fall BAG a. a. O.

⁷² Kühling AuR 2003, 93. Ähnliche Diagnose bei KR-Griebeling § 1 KSchG Rn 518. Einleuchtender Beispielfall bei Boeddinghaus AuR 2001, 9.

⁷³ BAG 18. 1. 1990 – 2 AZR 183/89 - AP Nr. 27 zu § 2 KSchG 1969 = NZA 1990, 734.

⁷⁴ BAG a. a. O.

⁷⁵ BAG 19. 5. 1993 – 2 AZR 584/92 - AP Nr. 31 zu § 2 KSchG 1969 = NZA 1993, 1075.

⁷⁶ Berkowsky, Betriebsbedingte Kündigung, § 6 Rn 47.

⁷⁷ Boeddinghaus AuR 2001, 10: Das BAG gibt Kündigungsschutz nur vor dem irrational handelnden Arbeitgeber.

gung ist unzulässig.⁷⁸ Dies gilt auch dann, wenn einzelne Aufgaben auf eine nicht tarifgebundene Tochtergesellschaft ausgelagert werden, die Geschäftsleitung aber weiter über die Arbeitsplätze und den Arbeitseinsatz bestimmt.⁷⁹ Auch die Unternehmerentscheidung, anstelle eigener Arbeitnehmer auf Leiharbeiter zurückzugreifen, lässt den Beschäftigungsbedarf bestehen und rechtfertigt deshalb keine Kündigung.⁸⁰ Dasselbe gilt für die Verwandlung einer Angestellten- in eine Beamtenstelle, sofern die bisher auf der Stelle tätige Person auch die Voraussetzungen für die Berufung in das Beamtenverhältnis erfüllt.⁸¹ Sollen allerdings Arbeitnehmer durch freie Mitarbeiter ersetzt werden, ist die Situation nach der Rechtsprechung eine andere, weil es nur auf die abhängige Beschäftigung als solche ankomme, diese jedoch im Verhältnis zu den freien Mitarbeitern mangels Direktionsrechts nicht mehr bestehe.⁸²

IV. Kritik

1. Argumentationsstrukturen

Die Rechtsprechung geht von zwei Prämissen aus, die niemals problematisiert und in Frage gestellt werden. Zum einen werden Grundrechte, insbesondere Art. 12 Abs. 1 GG bemüht, um die Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers zu begründen. Soweit es um potentielle staatliche Eingriffe geht, ist dies völlig berechtigt; es mag sich dann nur die Frage stellen, ob der Schutzbereich von vorne herein zu weit definiert ist (was an dieser Stelle aber nicht interessiert). Geht es um das Verhalten unter Privaten, sind die Grundrechte nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts lediglich ein Korrektiv. Führen die Gestaltung von Verträgen oder andere Maßnahmen zu einer so weitgehenden Schlechterstellung der schwächeren Seite, dass dies im Hinblick auf den Schutz der Grundrechte nicht mehr hingenommen werden kann, muss der Staat seiner Schutzpflicht genügen und in Form von Gesetzen oder Richterrecht intervenieren.⁸³ Dies heißt aber zugleich, dass der Arbeitgeber privatautonom handelt und es unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten lediglich um die Frage geht, ob er sich im Hinblick auf die zugunsten der Arbeitnehmer bestehende staatliche

⁷⁸ So zuletzt BAG 18. 9. 2008 – 2 AZR 560/07 – NZA 2009, 142.

⁷⁹ BAG 26. 2. 2002 – 2 AZR 636/01 - AP Nr. 124 zu § 1 KSchG 1969 betriebsbedingte Kündigung = NZA 2003, 549 (Rheumaklinik), wo eine missbräuchliche Unternehmerentscheidung angenommen wurde.

⁸⁰ BAG 26. 6. 1996 – 2 AZR 200/96 – AP Nr. 80 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = NZA 1997, 202. Anders Schaub-Linck § 134 Rn 55.

⁸¹ BAG 21. 9. 2000 – 2 AZR 440/99 – AP Nr. 112 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung = NZA 2001, 255.

⁸² Kritisch dazu SPV-Preis Rn 948: Die unternehmerische Entscheidung, den Vertragstyp zu wechseln, stellt kein dringendes betriebliches Erfordernis dar.

⁸³ BVerfG 19. 10. 1993 – 1 BvR 567, 1044/89 – BVerfGE 89, 214, 232.

Schutzpflicht Beschränkungen gefallen lassen muss. Die oben⁸⁴ geschilderten Unternehmerentscheidungen lassen sich selbstredend auch als privatautonomes Tun erklären und verstehen; dies ist auch deshalb vorzugswürdig, weil dann nicht mehr die Gefahr besteht, dass jedwede Maßnahme einer Personalabteilung grundrechtlich überhöht wird.⁸⁵

Eine zweite Besonderheit besteht darin, dass das Verhalten des Arbeitgebers nicht als Ganzes, sondern punktuell gesehen wird. Es geht um „Entscheidungen“, die man akzeptieren oder verwerfen kann. Würde man die „Unternehmenspolitik“ insgesamt sehen, wäre eine im Einzelfall unmöglich gemachte Kündigung nicht mehr als eine „Beschränkung“, die in gleicher Weise wie eine Abgabenbelastung oder ein Verbot umweltschädlicher Technologien hinzunehmen wäre (und hingenommen würde). Stellt man stattdessen die Einzelentscheidung in den Vordergrund, gibt es keine graduelle Abfolge von „völliger Freiheit“, „leichter Einschränkung“, „starker Einschränkung“ und „Verbot“, sondern lediglich die Alternative zwischen hundertprozentiger Hinnahme und totaler Verwerfung. Letztere fällt schwer, da man auch die Konsequenzen im Hinblick auf die konkrete Situation bestimmt: Der Arbeitgeber wäre gezwungen, eine Person weiterzubeschäftigen, für die keine Arbeit mehr da ist. Dies erscheint allenfalls während eines beschränkten Zeitraums, etwa zur Wahrung der Kündigungsfristen hinnehmbar, nicht jedoch als länger dauernder Zustand. Selbst dies wird nicht als selbstverständlich angesehen, da die unternehmerische Freiheit ja das Recht umfasse, frei über die Größenordnung des Unternehmens zu entscheiden und überdies nur Mitarbeiter zu beschäftigen, die den Vorstellungen des Inhabers entsprechen.⁸⁶

Würde man diese Verengung aufgeben, so wäre die Frage unabweisbar, welche Auswirkungen ein erweiterter Kündigungsschutz auf das unternehmerische Verhalten hätte. Die Gerichte und die ihnen zur Seite stehende Wissenschaft würden damit ihrer Aufgabe gerecht, die Folgen einer bestimmten Entscheidungspraxis mit in die Betrachtung einzubeziehen. Dazu gehört es nicht nur, die bisherige Praxis zu evaluieren, sondern insbesondere auch die voraussichtlichen Konsequenzen zu bedenken, die eine – ggf. normativ gebotene – Änderung der Rechtsprechung mit sich bringt.⁸⁷ Damit müssten automatisch Erfahrungen ins Blickfeld geraten, die in Bereichen gesammelt wurden, bei denen schon heute ein verstärkter Kündigungsschutz besteht. Dafür gibt es einige Beispiele im Inland,

⁸⁴ Unter I.

⁸⁵ Dies kritisiert zutreffend P. Stein AuR 2003, 99, 101.

⁸⁶ Oben I 4.

⁸⁷ Einzelheiten dazu bei Däubler, Folgenabschätzung im Arbeitsrecht – zwischen Schutzprinzip und Effizienzdenken, in: Rieble/Junker (Hrsg.), Folgenabschätzung im Arbeitsrecht, München 2007, S. 37 ff.

aber insbesondere auch in anderen Ländern, wo die unternehmerische Entscheidungsfreiheit nicht durchweg dasselbe Maß an rechtlicher Immunität genießt.⁸⁸

An anderer Stelle⁸⁹ ist auf das Beispiel einer deutschen Landesbank hingewiesen worden, die aufgrund ihrer (landes-)rechtlichen Rahmenbedingungen faktisch nicht vom Mittel der betriebsbedingten Kündigung Gebrauch machen kann. Dies hatte nicht nur zur Folge, dass sie eine sehr risikobewusste Geschäftspolitik betrieb und deshalb die Finanzkrise ohne größere Blessuren überstand. Es führte auch dazu, dass man andere personalpolitische Mittel stärker nutzte als dies üblicherweise eine Geschäftsleitung tut, die „notfalls“ betriebsbedingt kündigen kann: Langfristige Personalplanung, Ausnutzung der Fluktuation (aber ohne Einstellungsstopp), Vorruhestandsvereinbarungen und Aufhebungsverträge. Dass im „Katastrophenfall“ eines gravierenden Geschäftseinbruchs gleichwohl Kündigungen ausgesprochen und rechtliche Anerkennung finden würden, steht auf einem anderen Blatt; insoweit kann an die Rechtsprechung zur Kündigung von „Unkündbaren“ erinnert werden.⁹⁰ Das Beispiel kann und soll nicht als generelles Vorbild dienen, sondern lediglich verdeutlichen, dass die herkömmliche Betrachtungsweise die Flexibilitätpotentiale der Arbeitgeberseite bei weitem unterschätzt. Kündigungsbeschränkungen führen nicht zu sinnloser Pseudobeschäftigung nach Art des Heizers auf der E-Lok, sondern stellen einen starken Anreiz für eine nachhaltigere Unternehmenspolitik dar sowie für die Ausschöpfung anderer sozial verträglicherer Mittel der Personalanpassung. Nur ergänzend soll auch auf Erfahrungen im öffentlichen Dienst hingewiesen werden, der aus Beamten mit denkbar umfassender Arbeitsplatzsicherheit und zahlreichen „unkündbaren“ Arbeitern und Angestellten besteht: Die nötigen Umstrukturierungen, die nicht zuletzt Folge der Knappheit öffentlicher Mittel waren, kamen auch hier doch zahllose Abkommen zur Verwaltungsmodernisierung zustande, bei denen die soziale Komponente eine wichtigere Rolle als üblich spielte: Wer als Personalrat oder Gewerkschaft vorwiegend für Unkündbare spricht, hat eine ungewöhnlich starke Verhandlungsposition.⁹¹

⁸⁸ Dazu unten § 6. Von der Anerkennung eines „gleichsam rechtsfreien Raumes unternehmerischer Entscheidungsfreiheit“ spricht auch Berkowsky, Betriebsbedingte Kündigung, § 6 Rn 24.

⁸⁹ Däubler, Schutz gegen Arbeitslosigkeit in der Wirtschaftskrise? in: Lorenz/Schneider (Hrsg.), Raus aus der Krise! Mitbestimmung neu denken: Handlungsoptionen für betriebliche und gewerkschaftliche Interessenvertretungen, Hamburg 2009, S. 32, 51.

⁹⁰ Dazu die Nachweise bei APS-Dörner/Vossen § 626 BGB Rn 35 ff.; KDZ-Däubler, § 626 BGB Rn 161 ff.; KR-Fischermeier § 626 BGB Rn 301 ff.

⁹¹ Zu diesen Abkommen s. insbesondere Blanke, Verwaltungsmodernisierung. Direktionsrecht des Arbeitgebers, Mitwirkungsrechte des Personalrats und Tarifautonomie, Baden-Baden 1998; Plander, Nichttarifliche Übereinkünfte zwischen Gewerkschaften und Trägern öffentlicher Gewalt, in: Engelen-Kefer/Schoden/Zachert (Hrsg.), Arbeitsrecht in der Bewährung, Festschrift für Karl Kehrmann, Köln 1997, S. 295 ff.; Lörcher/Armbruster, Die Vereinbarung über die Rahmenbedingungen des Wechsels von Beamten der Deutsche Postbank AG zur Deutschen Post AG vom 9. September 1999, ZTR 2000, 483 ff.

2. Verkenning der verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen

Die Rechtsprechung eröffnet dem Arbeitgeber die Möglichkeit, von sich aus Kündigungsgründe zu schaffen;⁹² mit Recht ist in der Literatur von der „freien Erzeugbarkeit“ dringender betrieblicher Erfordernisse die Rede.⁹³ Dies ist als solches nicht von vorne herein inakzeptabel, da es zu marktwirtschaftlichen Strukturen gehört, zumindest in „Katastrophenfällen“ Personal auch durch Kündigung abbauen zu können. Das eigentliche Problem liegt in zwei anderen Elementen des aktuellen Systems der betriebsbedingten Kündigung:

- Zum einen wird die Unternehmerfreiheit auch auf Entscheidungen erstreckt, die sich ausschließlich oder schwerpunktmäßig auf den Einsatz der Arbeitskraft beziehen. Am deutlichsten wird dies etwa bei der Bestimmung der Zahl der mit bestimmten Aufgaben Betrauten sowie beim arbeitgeberseitig angeordneten Wechsel von Arbeitsverhältnissen zur Beschäftigung freier Mitarbeiter. In diesem Bereich kann jeder einigermaßen gut beratene Arbeitgeber Personal bzw. durch Arbeitsrecht geschütztes Personal abbauen, ohne sich dafür mit wirtschaftlichen oder anderen Gründen rechtfertigen zu müssen. In der Literatur wurde betont, der Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses würde in dieser Situation auf das außerhalb des KSchG bestehende Niveau zurückfallen⁹⁴ - eine eher euphemistische Würdigung, da dort immerhin ein nachvollziehbarer Grund vorliegen und eine längere Betriebszugehörigkeit berücksichtigt werden muss.⁹⁵ Auch wird verlangt, dass auf die Beweisschwierigkeiten des Arbeitnehmers Rücksicht genommen wird, was bislang bei der Willkürkontrolle im hier behandelten Bereich nicht der Fall ist.⁹⁶

- Zum zweiten finden die Bestandsschutzinteressen der Arbeitnehmer keine Berücksichtigung. Die „Härteklausele“ hat bislang ebenso wenig praktische Bedeutung erlangt wie die Willkürkontrolle gegenüber der unternehmerischen Entscheidung. Faktisch dominiert allein das Interesse des Arbeitgebers, sich bei Bedarf seiner Arbeitskräfte entledigen zu können. Soweit dabei subjektive Überlegungen wie etwa die, einen unsympathischen Menschen los zu werden, eine Rolle spielen, könnte dies zwar die Rechtmäßigkeit der Kündigung in Frage stellen,⁹⁷ doch wird es dem Arbeitnehmer im Einzelfall sehr schwer fallen, einen entsprechenden Nachweis zu führen.

⁹² Kühling AuR 2003, 95; ähnlich SPV-Preis Rn 905: „Subjektivierung des Kündigungsgrundes“.

⁹³ Annuß, Betriebsbedingte Kündigung, S. 52.

⁹⁴ P. Stein BB 2000, 459.

⁹⁵ BVerfG 27. 1. 1998 – 1 BvL 15/87 – NZ 1998, 470, 472 rechte Spalte.

⁹⁶ BVerfG a. a. O.: Das Prozessrecht bietet für eine gestufte Darlegungs- und Beweislast geeignete Handhaben.

⁹⁷ BAG 24. 10. 1979 – 2 AZR 940/77 – AP Nr. 8 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung = NJW 1981, 301, 302: Wunsch des Arbeitgebers, sich von einem missliebigen Arbeitnehmer zu trennen, macht die Kündigung rechtswidrig. Einschränkend jedoch ErfK-Oetker § 1 KSchG Rn 240a, der dies nur annimmt, wenn kein erkennbares betriebswirtschaftliches Erfordernis hinzutritt.

Durch eine solche Handhabung des „Kündigungsschutzes“ verfehlt die Rechtsprechung ihre Aufgabe, einen Ausgleich zwischen der jeweils durch Art. 12 Abs.1 GG geschützten Berufsfreiheit des Arbeitgebers und der des Arbeitnehmers herbeizuführen. Das Bestandsschutzinteresse des Arbeitnehmers wird völlig aufgeopfert,⁹⁸ das Untermaßverbot ist deshalb verletzt.⁹⁹ Eine „verfassungsgeleitete Auslegung“¹⁰⁰ muss Generalklauseln wie § 1 Abs.2 KSchG so handhaben, dass auch die Arbeitnehmergrundrechte zur Geltung kommen.¹⁰¹ Dies hatte die frühere BAG-Rechtsprechung durchaus getan, als sie auch bei der betriebsbedingten Kündigung noch eine „umfassende Interessenabwägung“ verlangte.¹⁰²

3. Verkennung von Text und Inhalt des Kündigungsschutzgesetzes

In der Literatur wird verschiedentlich betont, die Figur der unternehmerischen Entscheidung finde sich im Text des KSchG nicht wieder,¹⁰³ sie sei ein „Konstrukt“ der Rechtsprechung¹⁰⁴ bzw. der Juristen.¹⁰⁵ Sollte damit zum Ausdruck gebracht werden, dass es sie nicht geben oder dass sie im Kündigungsschutzrecht keine Rolle spielen dürfe, so ist dem zu widersprechen. Ein Unternehmer kann selbstredend kraft privatautonomer Entscheidung Dispositionen treffen, z. B. seinen ganzen Betrieb oder eine Abteilung schließen oder bestimmte Aufgaben an Drittfirmen vergeben. Die Frage ist allein, ob er dies unter beliebigen Voraussetzungen tun darf oder ob seine privatautonomen Entscheidungen insoweit beschränkt sind. Zu beachtende Schranken könnten sich insoweit aus dem (richtig verstandenen) KSchG ergeben. In traditioneller Terminologie gesprochen: Die unternehmerische Freiheit muss sich am Maßstab der „dringenden betrieblichen Erfordernisse“ messen lassen.¹⁰⁶

Der Wortlaut des § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG ist an sich wenig komplex, soll aber gleichwohl zunächst in Erinnerung gerufen werden. Danach ist eine Kündigung u. a. dann sozial ungerechtfertigt, wenn sie nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung in diesem Betrieb entgegenstehen, „bedingt“ ist. Nach der Rechtsprechung des BAG sind „dringende betriebliche Erfordernisse“ dann gegeben, wenn die Kündigung im Interesse des Betriebes liegt und es nicht möglich ist, der betrieblichen Lage durch andere Maßnahmen auf technischem, organisatorischem oder wirtschaftlichem Gebiet Rechnung zu

⁹⁸ Däubler, Arbeitsrecht 2, Rn 1075.

⁹⁹ Kühling AuR 2003,95; ähnlich P. Stein BB 2000, 463; Dieterich AuR 2007, 65, 68; Wolter AuR 2008, 325, 331.

¹⁰⁰ Dazu ErfK-Dieterich, Einl. zum GG, Rn 80.

¹⁰¹ Dieterich AuR 2007, 65, 68. Ebenso Wolter AuR 2008, 325, 331.

¹⁰² Dazu oben II 3.

¹⁰³ Rost, Jahrbuch des Arbeitsrechts Bd. 29 (2002) S. 86.

¹⁰⁴ Berkowsky, Betriebsbedingte Kündigung, § 6 Rn 13.

¹⁰⁵ P. Stein BB 2000, 457, 461.

¹⁰⁶ Ebenso HK-ArbR-Schubert § 1 KSchG Rn 424.

tragen.¹⁰⁷ Die Kündigung muss unvermeidbar sein, es darf kein die Arbeitnehmerseite weniger belastendes Mittel geben, um die betrieblichen Ziele zu erreichen.¹⁰⁸

Dass die Kündigung letztes Mittel sein muss, ergibt sich allerdings schon daraus, dass sie durch betriebliche Erfordernisse „bedingt“ sein muss; käme man mit Versetzungen gleichfalls zum Ziel, wäre die Kündigung nicht durch diese bedingt.¹⁰⁹ In Wirklichkeit kommt dem Merkmal „dringend“ nach der Rechtsprechung daher keinerlei eigenständige Bedeutung mehr zu.¹¹⁰ Dies lässt sich nicht mit dem Argument beiseite wischen, es handle sich um einen „legislativen Kraftausdruck“;¹¹¹ vielmehr wird dadurch gerade das Tatbestandsmerkmal weg retouchiert, das das Gewicht der für die Kündigung ins Feld geführten Belange anspricht. Von der „Unantastbarkeit“ der unternehmerischen Entscheidung her gesehen ist dies konsequent, lässt sie sich doch nur aufrechterhalten, wenn es zu keinem Abwägungsprozess kommt. Die Gesetzestreue spricht jedoch gegen ein solches Vorgehen.¹¹² Aus den „dringenden betrieblichen Erfordernissen“ wird sinngemäß eine Formulierung der Art gemacht: „wenn für die Umsetzung einer nicht willkürlichen Unternehmerentscheidung keine anderen Mittel zur Verfügung stehen“; aus einer Schutznorm wird ein vom Arbeitgeber auszufüllendes Blankett.¹¹³ Gegen diese „Umdeutung“ spricht nicht nur der Wortlaut als solcher, sondern auch die Entstehungsgeschichte.¹¹⁴ § 1 KSchG wollte den Arbeitnehmerschutz gegenüber den Vorgängerregelungen in § 84 Abs. 1 Nr. 4 BRG bzw. in § 56 AOG verstärken;¹¹⁵ bei jenen war es nur um die Abwehr einer „unzumutbaren Härte“ gegangen. Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens war umstritten, ob von „zwingenden betrieblichen Erfordernissen“ oder von „dringenden betrieblichen Erfordernissen“ die Rede sein sollte. Die Bundesregierung begründete ihr Votum für die zweite Alternative damit, dass auch diese einen „wirksamen sozialen Schutz“ gewährleiste.¹¹⁶ Damit war klar gestellt, dass es sich um einen inhaltlichen Schutz handeln sollte, nicht um eine Ermächtigung zur Anerkennung von Arbeitgeberdispositionen.

¹⁰⁷ BAG 7. 12. 1978 – 2 AZR 155/77 – AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

¹⁰⁸ Ebenso Löwisch, in: Blank/Otto-Brenner-Stiftung (Hrsg.), Betriebsbedingte Kündigungen im Widerstreit, S. 52.

¹⁰⁹ P. Stein BB 2000, 460; Walker ZfA 2004, 501, 522.

¹¹⁰ Annuß, Betriebsbedingte Kündigung, S. 52; Kühling AuR 2003, 92.

¹¹¹ So aber Walker ZfA 2004, 501, 522.

¹¹² Vgl. auch P. Stein BB 2000, 457: „Gefahr, den Kontakt zum Wortlaut zu verlieren“. Deulich Boedinghaus AuR 2001, 11.

¹¹³ P. Stein AuR 2003, 99, 100.

¹¹⁴ Zu ihr insbesondere Colneric, in: Blank/Otto-Brenner-Stiftung (Hrsg.), Betriebsbedingte Kündigungen im Widerstreit, S. 21 ff.

¹¹⁵ P. Stein BB 2000, 460 m. w. N. (Fn. 57).

¹¹⁶ Zitiert nach P. Stein BB 2000, 460.

Die Rechtsprechung verstößt schließlich gegen die innere Systematik des KSchG, die sich im Laufe der Jahrzehnte herausgebildet hat. Bei allen anderen Kündigungen findet eine Interessenabwägung statt, nur im Rahmen der betriebsbedingten Kündigung soll dies praktisch nicht gelten. Die dieser zugrunde liegenden unternehmerischen Entscheidungen sollen – von absoluten Extremfällen abgesehen – verbindlicher Ausgangspunkt aller weiteren Überlegungen sein. Ähnlich verfuhr man früher im Arbeitsschutzrecht, wo nach § 120a GewO a. F. Schutzmaßnahmen zugunsten von Leben und Gesundheit der Arbeitnehmer nur geboten waren, „soweit die Natur des Betriebes es gestattet“. Dies ist durch das Arbeitsschutzgesetz von 1994 beseitigt worden. Will man es im Kündigungsschutzrecht wirklich bei dieser Definitionsmacht der Arbeitgeberseite belassen – und dies, obwohl anders als im alten Arbeitsschutzrecht sogar eine ausdrückliche Verankerung im Gesetz fehlt?

§ 3: Vorschläge für eine Neuorientierung

I. Vorbemerkung

Im Folgenden soll der Versuch unternommen werden, aus der hier vorgetragenen Kritik Konsequenzen zu ziehen und eine veränderte Interpretation von § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG vorzuschlagen. Zunächst geht es um eine Bestimmung der „dringenden betrieblichen Erfordernisse“; ihre Handhabung soll an einer Reihe von praktisch relevanten Beispielen erprobt werden (unten II). Im Anschluss wird die unternehmerische Entscheidung als solche behandelt, die insbesondere im Hinblick auf ihre Rechtmäßigkeit der Untersuchung bedarf. Dabei ist auch auf Fragen der Beweislast einzugehen (unten III).

Der Versuch, die Praxis näher an die verfassungsrechtlichen Vorgaben und das Kündigungsschutzgesetz heranzuführen und so den „rechtsfreien Raum“ im Unternehmen etwas einzugrenzen, wird insbesondere dort keine Begeisterung auslösen, wo man die Heilung aller Probleme von dem sich frei entwickelnden Markt erwartet. Dies ist hinzunehmen. Die bisherige Entwicklung hat zwar zu einer kontinuierlichen Rücknahme der rechtlichen Kontrolle über die Wirtschaft geführt,¹¹⁷ doch haben die 2007 einsetzenden Krisenerscheinungen die Prämissen des neoliberalen Denkens erschüttert. Dies schafft die Voraussetzungen dafür, dass abweichende Positionen nicht von vorne herein als „überholt“ oder „fernliegend“ abqualifiziert werden.

II. Dringende betriebliche Erfordernisse

1. Betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung in diesem Betrieb entgegenstehen

Ein Kündigungsgrund kann nur vorliegen, wenn die Arbeit „im Betrieb“ betroffen ist, wenn sie sich „Einwänden“ ausgesetzt sieht, die das Gesetz mit „dringenden betrieblichen Erfordernissen“ umschreibt. Dispositionen, die sich nicht auf die Arbeit als solche auswirken oder die den Beschäftigungsbedarf in vollem Umfang bestehen lassen, kommen daher von vorne herein nicht in Betracht. Mit Recht sieht daher das BAG die Austausch Kündigung als unzulässig an,¹¹⁸ wobei hier noch offenbleiben muss, wie diese im Einzelnen zu bestimmen ist.

¹¹⁷ Zutreffend P. Stein BB 2000, 457, 463: Freie Unternehmerentscheidung entspricht dem Zeitgeist, es gibt keinen Primat der Politik über die Wirtschaft mehr.

¹¹⁸ S. oben § 2 III 3.

Das Wort „Erfordernisse“ verweist auf Notwendigkeiten, die sich auf den Betrieb, seine Entwicklung wie seine Weiterexistenz beziehen müssen.¹¹⁹ Woraus diese Notwendigkeiten resultieren, sagt das Gesetz nicht. Diese können äußere Einflüsse wie der Rückgang des Umsatzes sein, die den Umfang der zu erledigenden Aufgaben reduzieren, aber auch Dispositionen des Arbeitgebers, der den Betrieb in bestimmter Weise organisieren oder ihm Aufgaben entziehen (und sie einem andern Betrieb zuweisen oder auslagern) will. Der Betrieb ist untrennbar mit dem Unternehmen verknüpft, so dass die „Geschäftsleitung“, d. h. die Unternehmensleitung ihn umgestalten und dadurch „Erfordernisse“ schaffen kann.¹²⁰

2. „Dringende“ Erfordernisse

Das Gesetz enthält keine ausdrückliche Aussage über die möglichen Ursachen der betrieblichen Erfordernisse. Einziger Anhaltspunkt ist das Eigenschaftswort „dringend“: Nicht beliebige betriebliche Erfordernisse, sondern nur „dringende“ können eine betriebsbedingte Kündigung rechtfertigen. Dies bedeutet ein gesteigertes Maß an Notwendigkeit, was eine wertende Betrachtung voraussetzt. Wie diese beschaffen ist, welche Elemente dabei zu berücksichtigen sind, lässt das Gesetz offen. Verschiedene Gründe sprechen dafür, nur solche betrieblichen Bedürfnisse als ausreichend anzusehen, denen gegenüber das Bestandsschutzinteresse des Arbeitnehmers zurücktreten muss.¹²¹

Zu verweisen ist einmal auf die Entstehungsgeschichte.¹²² Der Gesetzgeber wollte gerade durch die Einfügung des Wörtchens „dringend“ einen wirksamen sozialen Schutz schaffen, sah darin also nicht allein ein arbeitgeberbezogenes Kriterium, das beispielsweise irrationale Verhaltensweisen verhindern sollte. Von einem „wirksamen Schutz“ kann lediglich dann die Rede sein, wenn der Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz nur wegen vorrangiger Interessen des Arbeitgebers verliert.

Das Kündigungsschutzrecht geht in den Fällen der personen- und der verhaltensbedingten Kündigung gleichfalls davon aus, dass eine Abwägung der beiderseitigen Interessen stattzufinden hat; nur dann, wenn das Arbeitgeberinteresse an der Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegenüber dem Erhaltungsinteresse des Arbeitnehmers überwiegt, kann eine Kündigung ausgesprochen werden. Dies auch auf die betriebsbedingte Kündigung zu übertragen, lässt sich nicht allein mit dem Gedanken einer homogenen Auslegung des § 1 Abs. 2 Satz 1

¹¹⁹ HK-ArbR-Schubert § 1 KSchG Rn 423.

¹²⁰ Vgl. dazu auch Colneric, in: Blank/Otto-Brenner-Stiftung (Hrsg.), Betriebsbedingte Kündigungen im Widerstreit, S. 32.

¹²¹ Dazu insbesondere auch Preis, Prinzipien, S. 248 und NZA 1995, 241, 248.

¹²² S. schon oben § 2 IV 3.

KSchG begründen, der keinerlei Anhaltspunkte für eine differenzierende Behandlung gibt. Gewichtiger ist vielmehr die Erwägung, dass ein Verzicht auf die Interessenabwägung einen Anreiz für die Arbeitgeberseite bieten würde, bei in der Person oder im Verhalten liegenden „Störungen“ des Arbeitsverhältnisses auf die betriebsbedingte Kündigung auszuweichen. Um eine unerwünschte Person loszuwerden, könnte ggf. der Arbeitsbereich so umstrukturiert werden, dass eine Kündigung unschwer möglich würde. Die Rechtsprechung sieht ein solches Verhalten zwar zutreffend als rechtswidrig an,¹²³ doch fällt es dem Betroffenen ausgesprochen schwer, das Vorliegen einer solchen Konstellation zu belegen. Auch bleibt bislang offen, wie mit „gemischten“ Zwecken zu verfahren ist, bei denen es sowohl um die Person als auch um betriebswirtschaftliche Einspareffekte geht; der „unbeliebte“ Trainer im Call Center wird beispielsweise mit dem Argument gekündigt, eine Fremdfirma würde vergleichbare Dienstleistungen erbringen und dabei ca. 20 % unter seinen Lohnkosten liegen. Da „böse Absichten“ in aller Regel nicht offen ausgesprochen werden, ist es in einem solchen Fall besonders schwierig, ihr Vorliegen neben den durchaus nachvollziehbaren betriebswirtschaftlichen Erwägungen plausibel zu machen oder gar zu beweisen. Solange eine solche „Ausweichstrategie“ möglich bleibt, wird die bei der personen- und der verhaltensbedingten Kündigung geforderte Interessenabwägung entwertet, weil sie in vielen Fällen umgangen werden kann.

Für eine Auslegung des Merkmals „dringend“ in dem Sinne, dass das Arbeitgeberinteresse den Vorrang haben muss, spricht auch eine verfassungsorientierte Interpretation.¹²⁴ Sie muss versuchen, neben der unternehmerischen Betätigungsfreiheit auch die gleichfalls durch Art. 12 Abs.1 GG geschützten Bestandsschutzinteressen des Arbeitnehmers zur Geltung zu bringen und zwischen beiden einen angemessenen Ausgleich herzustellen. Nur auf diese Weise wird verhindert, dass der Arbeitgeber allein seine Interessen durchsetzt, indem er Umstände schafft, die ihm eine betriebsbedingte Kündigung gestatten; dies würde gegen das Untermaßverbot verstoßen.¹²⁵

3. Probleme der Interessenabwägung

Der hier vorgeschlagenen Interessenabwägung wird entgegengehalten, sie führe auf einem Umweg zu einer gerichtlichen Überprüfung der unternehmerischen Entscheidung. Dies aber lasse sich mit deren grundrechtlicher Verankerung in

¹²³ Instrukтив LAG Berlin-Brandenburg 25. 11. 2010 – 2 Sa 707/10 – LAGE § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 89.

¹²⁴ Zu dieser bereits oben § 2 IV 2 a. E.

¹²⁵ Zutreffend Kühling AuR 2003, 92, 95; P. Stein AuR 2003, 99 ff.; ähnlich Dieterich AuR 2007, 65, 68; HK-ArbR-Schubert § 1 KSchG Rn 430 ff. Vgl. auch SPV-Preis, Rn 924, wonach eine „Belastungsgrenze“ überschritten sein muss, damit man von „dringenden“ betrieblichen Interessen sprechen kann.

Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1 und 14 Abs.1 GG nicht vereinbaren,¹²⁶ und zwar nicht einmal dann, wenn man lediglich frage, ob die vom Arbeitgeber erlangten oder erstrebten Vorteile nicht „außer Verhältnis“ zu den Nachteilen stünden, die mit der Kündigung für den Arbeitnehmer verbunden seien.¹²⁷

An diesem Einwand trifft zu, dass die unternehmerische Entscheidung in der Tat einer gewissen inhaltlichen Überprüfung unterzogen wird.¹²⁸ Dies ist als solches jedoch juristisch nicht zu beanstanden. Die einzelne Unternehmerentscheidung ist Ausdruck der unternehmerischen Betätigungsfreiheit nach Art. 12 Abs.1 GG, die sich – genau wie andere Grundrechte – Beschränkungen gefallen lassen muss. Dies ist beispielsweise im Betriebsverfassungsrecht vom Bundesverfassungsgericht ausdrücklich anerkannt worden.¹²⁹ Auch im Kündigungsschutzrecht ist man sich jedenfalls insoweit einig, als es das KSchG ausschließt, die Kündigung selbst als freie unternehmerische Entscheidung zu definieren; andernfalls würde es jeden Anwendungsbereich verlieren.¹³⁰ Das BAG spricht ausdrücklich davon, wegen des KSchG sei die Kündigung keine „freie“ Unternehmerentscheidung,¹³¹ und gesteht so den Eingriffscharakter des KSchG unumwunden zu. In der Sache geht es daher lediglich darum, in welchem Umfang die unternehmerische Freiheit beschränkt ist - dies ist aber primär eine Frage der Interpretation des Kündigungsschutzrechts. Die unternehmerische Freiheit als völlig unantastbar zu definieren, geht dagegen völlig an der Sache vorbei und schafft einen Widerspruch zu der bei anderen Fragen eingenommenen Position.

Eher rechtspolitischer Natur ist der Einwand, die Gerichte seien mit der Aufgabe überfordert, unternehmerische Entscheidungen auf ihre Notwendigkeit und wirtschaftliche Sinnhaftigkeit hin zu kontrollieren. Dafür fehle ihnen nicht nur die Sachkunde; vielmehr komme ihre Entscheidung auch viel zu spät, da der Unternehmer häufig sehr schnell auf die Entwicklungen des Marktes reagieren müsse.¹³² Schließlich sei das Kündigungsschutzverfahren auf einen individuellen Konflikt zugeschnitten, während bei der betriebsbedingten Kündigung meist Vorgänge in Rede stehen, die den ganzen Betrieb (oder Teile davon) betreffen und die von daher „kollektiven“ Charakter tragen. Auch sei nicht erkennbar, wie eine Betriebsfortführung bewerkstelligt werden solle, wenn der Betrieb auf der

¹²⁶ So statt aller v. Hoyningen-Huene/Linck § 1 Rn 701.

¹²⁷ Löwisch, in: Blank/Otto-Brenner-Stiftung, Betriebsbedingte Kündigungen im Widerstreit, S. 52.

¹²⁸ Ebenso HK-ArbR-Schubert, § 1 KSchG Rn 411; Walker ZfA 2004, 501, 522.

¹²⁹ BVerfG 18. 12. 1985 – 1 BvR 143/83 – NZA 1986, 199. Näher dazu unten § 4 I.

¹³⁰ Berkowsky, Betriebsbedingte Kündigung, § 6 Rn 18; HK-KSchG-Gallner § 1 Rn 633; KR-Griebeling § 1 KSchG Rn 525; Rost, Jahrbuch des Arbeitsrechts 29 (2002) S. 87.

¹³¹ BAG 19. 5. 1993 – 2 AZR 584/92 – NZA 1993, 1075; BAG 17. 6. 1999 – 2 AZR 141/99 – NZA 1999, 1098; BAG 26. 9. 2002 – 2 AZR 636/01 – NZA 2003, 549, 551 linke Spalte; BAG 13. 2. 2008 – 2 AZR 1041/06 – NZA 2008, 819.

¹³² BAG 24. 10. 1979 – 2 AZR 940/77 – AP Nr. 8 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = NJW 1981, 301, seither ständ. Rspr. Aus der Literatur s. v. Hoyningen-Huene/Linck § 1 KSchG Rn 699 m. w. N. S. weiter auch Däubler, Arbeitsrecht 2, Rn 1073.

Grundlage nachträglich als rechtswidrig qualifizierter Kündigungen stillgelegt worden sei.¹³³

Die Komplexität einer Materie kann – dies sei vorausgeschickt – keine richterliche Abstinenz rechtfertigen.¹³⁴ Das Rechtsstaatsprinzip verlangt, dass auch schwierige Fragen von den Gerichten entschieden werden.¹³⁵ Notfalls müssen diese die Hilfe von Sachverständigen in Anspruch nehmen.¹³⁶ Geht es um die „Vertretbarkeit“ eines angefochtenen Sozialplans für das Unternehmen oder um die Anpassung von Betriebsrenten nach § 16 BetrAVG, sind vergleichbar schwierige wirtschaftliche Fragen zu entscheiden, ohne dass insoweit die Kompetenz der Gerichte in Frage gestellt worden wäre.

Die hier vorgeschlagene Interessenabwägung führt jedoch gar nicht zu einer gerichtlichen Überprüfung der Unternehmenspolitik oder gar zu deren Korrektur als „nicht zweckmäßig“ oder „nicht notwendig“. Vielmehr sind auf der einen Seite lediglich die Vorteile zu bestimmen, die der Arbeitgeber durch seine Maßnahme erlangt oder aller Voraussicht nach erlangen wird. Keine Rolle spielt, ob er durch andere „klügere“ Maßnahmen oder gar durch eine alternative Unternehmenspolitik noch viel größere Vorteile erlangt oder gar langfristig die Beschäftigungssituation verbessert hätte. Weiter wird man im Anschluss an die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Kleinbetriebsklausel¹³⁷ danach differenzieren, inwieweit der personale Charakter der Berufsfreiheit betroffen ist: Das Interesse eines Einzelunternehmers, seine Erwerbstätigkeit aufzugeben oder nicht mehr weiter mit einer bestimmten Person zusammenarbeiten zu müssen, ist sehr viel gewichtiger als das Interesse eines Großunternehmens, das von Managern nach allgemeinen Vorgaben geleitet wird und bei dem der personale Charakter hinter der Funktionserfüllung weitestgehend zurücktritt.¹³⁸ Auf Seiten des Arbeitnehmers geht es demgegenüber darum, die konkreten Nachteile des Arbeitsplatzverlustes zu bestimmen. Auch sie sind keineswegs immer von identischem Gewicht. Vielmehr hängen sie von Alter und Qualifikation des Betroffenen sowie von der Lage auf dem Arbeitsmarkt ab. Auch können sie dadurch entscheidend gemildert sein, dass der Arbeitgeber freiwillig eine ins Gewicht fallende Abfindung gewährt.

Dem Arbeitgeber ist es zuzumuten, die Folgen seiner Maßnahme für die betroffenen Beschäftigten in seine Überlegungen einzubeziehen. Bei einigermaßen rationalem Handeln wird er sowieso die Vorteile relativ genau bestimmen, die er sich von seinem Vorgehen verspricht (etwa Beseitigung von Verlusten im fol-

¹³³ So insbesondere KR-Griebeling § 1 KSchG Rn 523.

¹³⁴ Kühling AuR 2003, 93, 96; zustimmend HK-ArbR-Schubert § 1 KSchG Rn 436.

¹³⁵ Walker ZfA 2004, 501, 508.

¹³⁶ Kühling AuR 2003, 93.

¹³⁷ BVerfG 27. 1. 1998 – 1 BvL 15/87 – NZA 470, 472.

¹³⁸ Damit kann den Einwänden von Dieterich (AuR 2007, 65, 68) Rechnung getragen werden.

genden Geschäftsjahr). Von daher ist die Interessenabwägung nicht weniger kalkulierbar als in den Fällen der personen- und der verhaltensbedingten Kündigung. In allen drei Formen der Kündigung geht es letztlich um eine Wertentscheidung, nicht um einen quantitativen Vergleich, der angesichts der unterschiedlichen Interessenlage beider Seiten sehr schwer möglich ist. Im Einzelfall lassen sich „Fehleinschätzungen“ niemals ausschließen, die dann vom Gericht korrigiert werden. Aufs Ganze gesehen ist dies jedoch ein unserem System des Kündigungsschutzes inhärentes Risiko, das bisher dort, wo so vorgegangen wurde, nicht zu Unzuträglichkeiten geführt hat. Ob ein Pflichtverstoß wirklich eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigt, ob die krankheitsbedingten Fehltage angesichts der übrigen Umstände eine Kündigung legitimieren können und ob die Betriebsratsanhörung alle gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt – die dabei auftauchenden Unsicherheiten sind bislang immer ohne Schwierigkeiten bewältigt worden. Von daher spielt es auch keine Rolle, dass die gerichtliche Entscheidung zu einem Zeitpunkt ergeht, zu dem die unternehmerische Maßnahme bereits umgesetzt ist.

Es bleibt der Einwand, dass es bei betriebsbedingten Kündigungen häufig um „kollektive“ Vorgänge geht, das Kündigungsschutzverfahren aber lediglich den individuellen Konflikt zwischen dem Arbeitgeber und einem Arbeitnehmer zum Gegenstand hat. Dies kann dazu führen, dass unterschiedliche gerichtliche Entscheidungen ergehen, was für die Umsetzung der Maßnahme wenig hilfreich sein kann. Weiter hängt es von den Parteien ab, welches Tatsachenmaterial sie in das Verfahren einführen. Auch dies kann jedoch keine andere Beurteilung rechtfertigen.

Zutreffend ist der Ausgangspunkt, dass es sich in der Regel (wenn auch nicht ausnahmslos) um Vorgänge handelt, die eine Mehrzahl von Arbeitnehmern – eine Arbeitsgruppe, eine Abteilung, bisweilen den ganzen Betrieb – betreffen. Es ist daher wünschenswert, dass darüber auch auf kollektiver Ebene verhandelt wird. Das BetrVG schafft hierfür Voraussetzungen, verzichtet jedoch auf einen Einigungszwang: Liegt eine Betriebsänderung vor, kann ein (freiwilliger) Interessenausgleich geschlossen werden; in anderen Fällen bleibt dem Betriebsrat das Anregungs- und Beratungsrecht nach § 92a BetrVG, das zu einer Verständigung führen kann, aber nicht muss. Kommt diese in der einen oder anderen Form zustande, so gewinnen die unternehmerischen Dispositionen eine zusätzliche Legitimität; die für das Unternehmen sprechenden Vorteile würden im Kündigungsschutzverfahren Anerkennung finden. Die Interessenabwägung würde nur dann zu Lasten des Arbeitgebers ausfallen, wenn auf der Arbeitnehmerseite eine atypische Konstellation, etwa eine besonders starke Betroffenheit vorliegen würde. Anders als bei der sog. Namensliste nach § 1 Abs. 5 KSchG hätte die kollektivrechtliche Einigung allerdings nur Auswirkungen auf die Interessenabwägung und würde alle sonstigen Kündigungsvoraussetzungen unberührt lassen. Dasselbe gilt dann, wenn über die traditionelle Praxis hinaus Inhalt und Ausmaß

der vom Arbeitgeber geplanten Maßnahme durch Tarifvertrag festgelegt würden.¹³⁹

Kommt es zu keiner solchen kollektivrechtlichen Lösung, muss in den anhängig gemachten Kündigungsschutzverfahren eine Interessenabwägung erfolgen, die durchaus zu unterschiedlichen Resultaten führen kann. Wird der Kündigungsschutzklage stattgegeben, ist der Arbeitnehmer weiter zu beschäftigen, sofern dies möglich ist. Andernfalls kommt eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Abfindung nach § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG in Betracht.¹⁴⁰ Auch gibt es in der Literatur durchaus Überlegungen, wie selbst ein stillgelegter Betrieb fortgeführt werden kann, wenn sich die (meisten) Kündigungen nachträglich als unwirksam erweisen.¹⁴¹

Der Hinweis auf praktische Schwierigkeiten und andere Probleme der Interessenabwägung verfährt schließlich auch deshalb nicht, weil das BAG 25 Jahre lang eine solche Konzeption praktizierte, ohne dass sich irgendwelche ins Gewicht fallende Unzuträglichkeiten ergeben hätten. Eine umfassende Interessenabwägung auch bei der betriebsbedingten Kündigung vorzunehmen, entsprach seit 1954 seiner ständigen Rechtsprechung.¹⁴² Erst im Jahre 1979 beschränkte es sich auf den bisher nie praktisch gewordenen Fall einer unzumutbaren Härte auf Seiten des Arbeitnehmers.¹⁴³ Dazu kommt, dass zahlreiche Instanzgerichte in den ersten Jahren nach Inkrafttreten des KSchG sogar eine volle Überprüfung der unternehmerischen Entscheidung vornahmen,¹⁴⁴ was weder einen Aufschrei der Empörung noch gar gesamtwirtschaftliche Schwierigkeiten zur Folge gehabt hatte. So betonte etwa das LAG Stuttgart, die gerichtliche Nachprüfbarkeit der Unternehmermaßnahmen abzulehnen, würde bedeuten, „dem Arbeitgeber unbeschränkt die Möglichkeit zu geben, betriebliche Änderungen zu schaffen, die die Voraussetzungen für die gesetzlichen Kündigungsgründe erfüllen.“¹⁴⁵ Deshalb legte es den Maßstab eines sachlich und vernünftig urteilenden Arbeitgebers zugrunde und überprüfte daran die zur Kündigung führende Unternehmenspolitik. Ähnlich verfuhr das LAG Frankfurt/Main.¹⁴⁶ Andere Arbeitsgerichte nahmen eine Interessenabwägung vor.¹⁴⁷

¹³⁹ Dazu unten § 4 II.

¹⁴⁰ Vgl. ErfK-Oetker § 9 KSchG Rn 18, wonach die „gedeihliche weitere Zusammenarbeit“ auch an objektiven Umständen scheitern kann.

¹⁴¹ Döse-Digenopoulos, Arbeitsgerichte und betriebsbedingte Kündigung: Zur Effizienz judikativer Kontrolle, Köln 1982.

¹⁴² Nachweise oben § 2 II 3.

¹⁴³ Oben § 2 II 3.

¹⁴⁴ Überblick bei Boeddinghaus AuR 2001, 8 ff.

¹⁴⁵ LAG Stuttgart 19. 5. 1954 – II Sa 56/54 - BB 1954, 806; die Passage ist auch wiedergegeben bei Boeddinghaus AuR 2001, 8, 10.

¹⁴⁶ LAG Frankfurt/Main 25. 11. 1953 - I LA 311/53 - BB 1954, 228.

¹⁴⁷ Nachweise bei Boeddinghaus AuR 2001, 9.

III. Rechtliche Kontrolle des mit der unternehmerischen Maßnahme verfolgten Zwecks

1. Entbehrlichkeit der Willkürkontrolle

Die Abwägung von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen führt dazu, dass für die „Willkürkontrolle“ gegenüber der „unternehmerischen Entscheidung“ kein Platz mehr verbleibt. Dass ein missbräuchliches Vorgehen des Arbeitgebers dazu führen könnte, dass seine Interessen gleichwohl gegenüber den Bestandsinteressen des Arbeitnehmers überwiegen, ist auszuschließen. Nimmt man die wenigen Fälle, in denen die Rechtsprechung einen Missbrauch bejaht hat, so wird dies hinreichend deutlich.

Bei der sog. Rheumaklinik-Entscheidung des BAG¹⁴⁸ ging es darum, dass die Arbeitsplätze u. a. der Reinigungskräfte auf eine weisungsabhängige Tochtergesellschaft ausgelagert wurden, die nicht tarifgebunden war; insoweit wollte man Lohnkosten sparen. In der Sache lag eine Austausch Kündigung vor, da weiter Arbeitsbedarf bestand. Auch wenn man dies nicht so sieht, kann jedenfalls die Unterbietung der Tariflöhne bzw. darüber hinaus die Herabsetzung jeder Art von Vergütung keine überwiegenden Arbeitgeberinteressen an der Auflösung des Arbeitsverhältnisses begründen. In Betracht käme keine Beendigungs- sondern lediglich eine Änderungskündigung, die nur unter engen Voraussetzungen zulässig ist.¹⁴⁹

Im Fall des ArbG Gelsenkirchen¹⁵⁰ ging es darum, dass der Arbeitgeber, eine Mineralölgesellschaft, seit ungefähr 7 Jahren eine „herausragende Gewinnsteigerung“ zu verzeichnen hatte, während gleichzeitig das ursprünglich vorhandene Personal halbiert worden war. Nun sollte mit dieser Politik fortgefahren und weiter Personal abgebaut werden. Eine Gewinnerhöhung dieses Ausmaßes in einem weltweit agierenden Konzern kann vom hier vertretenen Standpunkt aus nicht als so gewichtig qualifiziert werden, dass deshalb von den Arbeitnehmern ein Verlust des Arbeitsplatzes hinzunehmen wäre. Auch hier muss man deshalb die „Willkürtheorie“ nicht ins Spiel bringen.

Das ArbG Berlin¹⁵¹ hatte über einen Fall zu entscheiden, in dem der Arbeitgeber einen Parallelbetrieb mit neuer Belegschaft aufgebaut und nach und nach alle Aufträge des betroffenen Betriebes dorthin umgeleitet hatte. Wegen „Auftragsmangels“ wurden anschließend alle Beschäftigten gekündigt; Mittel für einen Sozialplan waren kaum mehr vorhanden. Auch in diesem Fall würde niemand

¹⁴⁸ BAG 26. 9. 2002 – 2 AZR 636/01 – NZA 2003, 549.

¹⁴⁹ Nachweise bei KDZ-Zwanziger, § 2 KSchG Rn 169 ff.

¹⁵⁰ ArbG Gelsenkirchen 28. 10. 1997 – 2 Ca 3762/96 – NZA 1998, 944 = AuR 1999, 38 mit Anm.

Däubler.

¹⁵¹ 17. 2. 2000 – 4 Ca 32471/99 – AuR 2001, 72.

verstehen, wollte man ein überwiegendes Arbeitgeberinteresse annehmen, das die Kündigungen rechtfertigen könnte.

Schließlich ist an die Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg¹⁵² zu erinnern, wonach ein Missbrauchsfall dann anzunehmen ist, wenn verschiedene Reorganisationsmaßnahmen den Schluss zulassen, dass es nur darum ging, eine bestimmte Stelle überflüssig zu machen und den Stelleninhaber auf diese Weise betriebsbedingt kündigen zu können: Eine „unerwünschte“ Person loswerden zu wollen, ohne dass die Voraussetzungen einer personen- oder einen verhaltensbedingten Kündigung vorliegen, kann schlechterdings nicht als berechtigtes, den Bestandsinteressen des Arbeitnehmers vorgehendes Interesse qualifiziert werden.

2. Rechtswidrige Unternehmerentscheidungen

Überwiegende Arbeitgeberinteressen sind auch dann nicht denkbar, wenn die unternehmerische Maßnahme oder die mit ihr verfolgten Zwecke gegen geltendes Recht oder gegen vertragliche Pflichten verstoßen. Welche Fälle dabei in Betracht kommen, ist relativ wenig untersucht, weshalb hier eine nähere Betrachtung angemessen erscheint. Dieselben Anwendungsprobleme stellen sich im Übrigen auch dann, wenn man der Konzeption des BAG zur betriebsbedingten Kündigung folgt, da rechtswidrige Dispositionen des Arbeitgebers keine dringenden betrieblichen Erfordernisse begründen können.

Probleme ergeben sich dadurch, dass die Rechtsprechung des BAG nur solche Vorschriften als relevant ansieht, die zumindest auch dem Arbeitsplatzschutz dienen. Dies wurde für eine tarifliche Besetzungsregel,¹⁵³ für das sächsische Vermessungsgesetz¹⁵⁴ und für die Kompetenzverteilung zwischen Gesellschafterversammlung und Geschäftsführung verneint.¹⁵⁵ Insoweit waren potentielle Verstöße ohne Bedeutung. Dies vermag nicht zu überzeugen: Wer sich mit dem geltenden Recht in Widerspruch setzt, kann sich für sein Tun nicht mehr auf das Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG (oder andere Grundrechte) berufen¹⁵⁶ – vorausgesetzt, die Verbotsnorm ist ihrerseits verfassungskonform (was in den verschiedenen Fällen völlig unproblematisch war). Insoweit fehlt die rechtliche Grundlage für eine positive Bewertung des Arbeitgeberinteresses und damit für einen Vorrang gegenüber dem Bestandsschutzinteresse des Arbeitnehmers.

¹⁵² 25. 11. 2010 – 2 Sa 707/10 – LAGE § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 89.

¹⁵³ BAG 17. 6. 1999 - 2 AZR 456/98 – AP Nr. 103 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

¹⁵⁴ BAG 7. 10. 2004 – 2 AZR 122/04 – NZA 2005, 352.

¹⁵⁵ BAG 7. 12. 2000 – 2 AZR 391/99 – NZA 2001, 495.

¹⁵⁶ SPV-Preis Rn 919; wohl auch Bitter DB 2000, 1760, 1765.

Von den denkbaren Gesetzesverstößen können hier nur diejenigen erwähnt werden, die Gegenstand von Entscheidungen waren oder die in der Praxis eine Rolle gespielt haben.

a) Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften

Nach § 146 AO 1977 sind die Geschäftsbücher und sonstige erforderliche Dokumente im Inland, d. h. im Geltungsbereich der AO 1977 zu führen und aufzubewahren; dies soll die Kontrollmöglichkeiten für die Finanzbehörden sicherstellen. Eine unternehmerische Entscheidung, die die Buchhaltung ins Ausland verlegt, würde gegen diese Bestimmung verstoßen. Eine daraufhin erfolgende Kündigung wäre nicht sozial gerechtfertigt.¹⁵⁷

Wird eine Betriebsänderung ohne oder auf der Grundlage einer mangelhaften Einschaltung des Betriebsrats durchgeführt, so macht dies Kündigungen nicht unwirksam. Vielmehr greift lediglich die Spezialvorschrift des § 113 BetrVG ein, wonach der gekündigte Arbeitnehmer einen Anspruch auf Abfindung nach den Maßstäben der §§ 9, 10 KSchG hat.¹⁵⁸ Daneben steht dem Betriebsrat nach herrschender Rechtsprechung das Recht zu, die Umsetzung der Betriebsänderung, insbesondere die Kündigungen durch einstweilige Verfügung verbieten zu lassen.¹⁵⁹

Eine unternehmerische Entscheidung kann eine betriebsbedingte Kündigung auch dann nicht rechtfertigen, wenn die organisatorischen Umgestaltungen den Sinn haben, einen Arbeitnehmer im Sinne des § 612a BGB zu benachteiligen, weil er zuvor von seinen Rechten Gebrauch gemacht hat.¹⁶⁰

b) Insbesondere: Verstoß gegen Diskriminierungsverbote

Von der unternehmerischen Autonomie darf nicht in der Weise Gebrauch gemacht werden, dass Diskriminierungsverbote verletzt werden.¹⁶¹ Dies ist bislang noch relativ wenig ins Bewusstsein geraten, kann jedoch erhebliche praktische Bedeutung gewinnen.

¹⁵⁷ Nähere Überlegungen dazu bei Däubler, Keine Verlagerung der Buchführung ins Ausland, AiB 2003, 385 ff.

¹⁵⁸ Vgl. BAG 21. 9. 2000 – 2 AZR 38599 – NZA 2001, 535.

¹⁵⁹ Nachweise bei DKKW-Däubler, §§ 112, 112a Rn 52 ff.

¹⁶⁰ BAG 22. 4. 2004 – 2 AZR 385/03 – AP Nr. 74 zu § 2 KSchG 1969 = NZA 2004, 1158; SPV-Preis Rn 919.

¹⁶¹ Bauer/Göpfert/Krieger § 2 Rn 65; Däubler/Bertzbach-Däubler § 7 Rn 269; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn 109.

Nach der ersten grundsätzliche Entscheidung des BAG¹⁶² gehört es zwar zur unternehmerischen Freiheit, über den rationalen Einsatz des Personals und damit auch über das Arbeitszeitkonzept zu entscheiden. Dabei darf jedoch das Verbot der Schlechterstellung von Teilzeitkräften nach § 2 BeschFG (heute: § 4 Abs.1 TzBfG) nicht verletzt werden. Da diese bei der Gewährung von freien Samstagen schlechter gestellt waren, wurde die ausgesprochene Änderungskündigung für unzulässig erklärt.

Auch die Bestimmung der Anforderungen an eine bestimmte Tätigkeit stellt eine unternehmerische Maßnahme dar. Ein solcher Fall liegt etwa dann vor, wenn im Betrieb zu schriftlichen Arbeitsanweisungen übergegangen wird, die nur auf der Grundlage entsprechender Deutsch-Kenntnisse verstanden und befolgt werden können. Darin liegt – so das BAG¹⁶³ – eine mittelbare Diskriminierung wegen der ethnischen Zugehörigkeit, da Ausländer sehr viel häufiger als Deutsche von dieser Maßnahme negativ betroffen sein werden.¹⁶⁴ Nach Auffassung des LAG Hamm¹⁶⁵ war diese nicht gerechtfertigt, weil die Arbeit auch so organisiert werden konnte, dass die Beherrschung der deutschen Schriftsprache nicht erforderlich war. Das BAG¹⁶⁶ hob diese Entscheidung auf, weil auf der Grundlage der getroffenen Maßnahme in der Tat die Sprachkenntnisse erforderlich waren, ein alternatives Vorgehen des Arbeitgebers jedoch nicht geprüft wurde. Insoweit hätte nach hier vertretener Auffassung dann eine Interessenabwägung stattfinden müssen, die die Vorteile der „Verschriftlichung“ gegen die Nachteile für den betroffenen ausländischen Arbeitnehmer abgewogen hätte.¹⁶⁷ Keine grundsätzlich neuen diskriminierungsrechtlichen Erkenntnisse bringt eine jüngere Entscheidung über einen Fall, in dem der Arbeitnehmer arbeitsvertraglich zum Besuch eines Deutschkurses während der Arbeitszeit und auf Kosten des Arbeitgebers verpflichtet war, dieser ihn aber anwies, den Kurs während der Freizeit und auf eigene Kosten zu besuchen: Hier lag ein vertragswidriges, aber kein diskriminierungsrelevantes Verhalten vor.¹⁶⁸

Zahlreiche andere Fälle sind denkbar. Dabei spielt es keine Rolle, dass § 2 Abs. 4 AGG seinem Wortlaut nach die Kündigung aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes ausnimmt, da dies nach der Rechtsprechung nicht ausschließt, den materiellen Diskriminierungsverboten einschließlich der Rechtfertigungsgründe bei der Auslegung der allgemeinen Begriffe des KSchG Beachtung zu verschaf-

¹⁶² BAG 24. 4. 1997 – 2 AZR 352/96 – NZA 1997, 1047.

¹⁶³ BAG 28. 1. 2010 – 2 AZR 764/08 – NZA 2010, 625.

¹⁶⁴ Zum Begriff der mittelbaren Diskriminierung s. ErfK-Schlachter § 3 AGG Rn 7 ff.; Schrader/Schubert, in: Däubler/Bertzbach (Hrsg.), § 3 Rn 40 ff.

¹⁶⁵ LAG Hamm 17. 7. 2008 – 16 Sa 544/08 – NZA-RR 2009, 13. Zustimmung ErfK-Oetker § 1 KSchG Rn 240.

¹⁶⁶ A. a. O.

¹⁶⁷ Oben II 2 und 3.

¹⁶⁸ BAG 22. 6. 2011 – 8 AZR 48/10 – NZA 2011, 1226.

fen.¹⁶⁹ Relativ selten werden die Fälle sein, in denen eine unternehmerische Entscheidung direkt an einem der Merkmale des § 1 AGG anknüpft; auch Kündigungen werden dies nur ausnahmsweise tun.¹⁷⁰ Immerhin ist an den Fall zu denken, dass ein Filialunternehmen bei der Auswahl der zu schließenden Filialen diejenigen auswählt, in denen besonders viele ältere Arbeitnehmer beschäftigt sind (die im Durchschnitt der Fälle mehr Kosten verursachen) oder in denen besonders viele ausländische Arbeitnehmer beschäftigt sind (was nach Ansicht des Unternehmers den Kundenpräferenzen widersprechen würde).¹⁷¹ Die Grundsatzentscheidung über die Schließung ist in einem solchen Fall unmittelbar diskriminierend (und deshalb unwirksam, es sei denn, es würde ein Ausnahmetatbestand nach § 8 AGG vorliegen). Dass die einzelne Kündigung dann ihrerseits nur mittelbar diskriminierend wirkt, spielt keine Rolle mehr; geschützt sind dann auch die jüngeren bzw. die deutschen Arbeitnehmer.¹⁷²

In sehr viel häufigeren Fällen können unternehmerische Entscheidungen mittelbar diskriminierend sein; sie haben in Form der obligatorisch gemachten Deutschkenntnisse bereits die Gerichte beschäftigt.¹⁷³ Wird aufgrund einer unternehmerischen Anordnung die Leistung jedes Beschäftigten nach bestimmten einheitlichen Kriterien gemessen und werden die schlechtesten 5 % anschließend versetzt oder gekündigt, so stellt dies eine mittelbare Benachteiligung wegen Behinderung dar, da das Anlegen einheitlicher Maßstäbe der besonderen Situation Behinderter nicht Rechnung trägt und in der Regel keine Gründe ersichtlich sein werden, die einen solchen Schematismus im Sinne des § 3 Abs. 2 AGG rechtfertigen könnten. Dabei sind auch die Einfach-Behinderten zu berücksichtigen.¹⁷⁴ Vergleichbar ist der Fall, dass eine schwerbehinderte Arbeitnehmerin, die keine Nacharbeit leisten konnte, bei Einführung eines rollierenden Schichtsystems gekündigt wird, obwohl sie aus betrieblichen Gründen auch hätte ausschließlich in Tagschicht beschäftigt werden können.¹⁷⁵ Treffen Personalabbaumaßnahmen überwiegend Frauen und/oder Ausländer, so hängt die diskriminierungsrechtliche Unbedenklichkeit der Kündigungen davon ab, ob ein Rechtfertigungsgrund im Sinne des § 3 Abs. 2 AGG vorhanden ist.¹⁷⁶

¹⁶⁹ BAG 6. 11. 2008 – 2 AZR 523/07 – NZA 2009, 361. Dazu ErfK-Schlachter § 2 Rn 18.

¹⁷⁰ Überblick bei Däubler/Bertzbach-Däubler § 7 Rn 198 ff.

¹⁷¹ Ebenso Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn 109 unter Bezugnahme auf die Rechtslage in den USA; übereinstimmend für den zweiten Fall Bauer/Göpfert/Krieger § 2 Rn 65. Der Tendenz nach ebenso Adomeit/Mohr § 10 Rn 99.

¹⁷² Bauer/Göpfert/Krieger § 2 Rn 65.

¹⁷³ S. die vorangegangenen Ausführungen sowie oben § 2 I 3.

¹⁷⁴ Für die Einbeziehung von jeder Form der Behinderung in die soziale Auswahl nach § 1 Abs.3 KSchG Adomeit/Mohr § 3 Rn 317; Däubler/Bertzbach-Däubler § 7 Rn 251.

¹⁷⁵ LAG Berlin-Brandenburg 4. 12. 2008 – 26 Sa 343/08 – LAGE § 3 AGG Nr. 1. Zustimmend Nolpert-Borasio/Perreng, § 1 Rn 30.

¹⁷⁶ Däubler/Bertzbach-Däubler § 7 Rn 267 ff.

c) *Verstoß gegen Tarifverträge*

Nach ständiger Rechtsprechung des BAG dürfen unternehmerische Maßnahmen und die auf ihnen beruhenden Kündigungen nicht gegen Tarifverträge verstoßen. So ist es beispielsweise unzulässig, Samstagsarbeit einzuführen, ohne die dafür vorgesehenen tariflichen Voraussetzungen zu erfüllen; eine darauf gerichtete Änderungskündigung ist sozial nicht gerechtfertigt.¹⁷⁷ Gleiches gilt, wenn – weitergehend – der Versuch unternommen wird, im Wege von Änderungskündigungen tariflich gesicherte Leistungen abzubauen, indem beispielsweise die Wochenarbeitszeit von 35 auf 38,5 Stunden verlängert, die Löhne aber nur um 3 % erhöht werden.¹⁷⁸ Auch Besetzungsregeln sind zu beachten.¹⁷⁹ Dieser Grundsatz lässt sich auf andere tarifliche Bindungen erstrecken. Soweit diese unternehmerische Entscheidungen wie z. B. den Inhalt eines Personalbemessungssystems betreffen,¹⁸⁰ wären Maßnahmen, die diese Vorgabe nicht beachten, rechtswidrig und könnten daher keine betriebsbedingte Kündigung rechtfertigen.

d) *Verstoß gegen die Gesellschaftssatzung*

Als sehr viel restriktiver erweist sich die Rechtsprechung, wenn es um Verstöße gegen die Satzung oder den Gesellschaftsvertrag auf Arbeitgeberseite geht. Zwar anerkennt sie im Grundsatz, dass auch dies eine unternehmerische Entscheidung rechtswidrig machen kann,¹⁸¹ doch wird in der Regel angenommen, dass die Satzungs- bzw. Gesellschaftsvertragsbestimmungen ihrem Schutzzweck nach den Bestand der Arbeitsverhältnisse nicht erfassen und deshalb im Zusammenhang mit einem Personalabbau irrelevant sind.¹⁸² So soll es ohne Bedeutung sein, wenn an sich die Gesellschafterversammlung über die Stilllegung eines Betriebs entscheiden muss, die Geschäftsführung dies jedoch ignoriert und alleine handelt.¹⁸³ Dem ist schon oben¹⁸⁴ mit dem Argument widersprochen worden, dass rechtswidriges Verhalten keinen Grundrechtsschutz genießt und deshalb auch keine Kündigung rechtfertigen kann. In der Literatur wird immerhin für den Fall eine Ausnahme gemacht, dass entgegen § 111 Abs. 4 AktG die Zustimmung des Aufsichtsrats nicht eingeholt wurde, obwohl sich dort auch Ar-

¹⁷⁷ BAG 18. 12. 1997 – 2 AZR 709/96 – NZA 1998, 304.

¹⁷⁸ BAG 10. 2. 1999 – 2 AZR 422/98 – AP Nr. 52 zu § 2 KSchG 1969 = NZA 1999, 657.

¹⁷⁹ So im Grundsatz auch BAG 17. 6. 1999 – 2 AZR 456/98 – AP Nr. 103 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung, wo allerdings der konkreten Besetzungsregel keine bestandsschützender Charakter beigemessen wurde.

¹⁸⁰ BAG 3. 4. 1990 – 1 AZR 123/89 – NZA 1990, 886 = AP Nr. 56 zu Art. 9 GG = PersR 1990, 239 mit Anm. Däubler.

¹⁸¹ So besonders deutlich BAG 7. 12. 2000 – 2 AZR 391/99 – NZA 2001, 495, 497.

¹⁸² So ausdrücklich BAG a. a. O.

¹⁸³ BAG 11. 3. 1998 – 2 AZR 414/97 – NZA 1998, 879; BAG 5. 4. 2001 – 2 AZR 696/99 – AP Nr. 117 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = NZA 2001, 949.

¹⁸⁴ Vor a).

beitnehmervertreter befanden und es somit auch um den Schutz der Arbeitnehmerseite ging.¹⁸⁵ Umgekehrt wird man Verstöße gegen Satzungs- und Gesellschaftsvertragsbestimmungen dann für unerheblich halten können, wenn es nur um interne Ordnungsregeln wie z. B. Ladungsfristen geht, die keinerlei Wirkung auf das Verhalten nach außen haben.¹⁸⁶

e) *Vertragliche Bindungen*

Wird die unternehmerische Entscheidung getroffen, die Anzahl der für bestimmte Aufgaben eingesetzten Arbeitnehmer zu reduzieren, so stellt sich regelmäßig das Problem, ob die im Betrieb verbleibenden Beschäftigten nach ihren Arbeitsverträgen in der Lage und verpflichtet sind, die Arbeiten der gekündigten Beschäftigten mit zu erledigen. Rechtsprechung¹⁸⁷ und Literatur¹⁸⁸ stimmen überein, dass es nicht zu einer rechtswidrigen Überforderung oder Benachteiligung der Weiterarbeitenden kommen darf. Ein „überobligationsmäßiger“ Einsatz würde gegen die jeweiligen Arbeitsverträge verstoßen und deshalb die ganze Maßnahme rechtswidrig machen. So beifallswert dieser Grundsatz als solcher ist – sein Problem liegt darin, dass der Arbeitsvertrag ein „unvollständiger“ Vertrag ist,¹⁸⁹ der seine Konkretisierung und inhaltliche Ausfüllung erst im Laufe der effektiv erbrachten Arbeit erfährt. Von daher bestehen insbesondere bei der Arbeitsintensität erhebliche Spielräume, deren Überschreitung nur in offensichtlichen Fällen einer gerichtlichen Korrektur zugeführt werden könnte. Einfacher liegen dagegen die Dinge dann, wenn die im Betrieb Verbleibenden Arbeiten übernehmen sollen, die ihrer Art nach nicht von ihrem Arbeitsvertrag erfasst sind: Ein Facharbeiter braucht beispielsweise nicht in relevantem Umfang Hilfsarbeitertätigkeiten zu übernehmen,¹⁹⁰ was einer „Umverteilung“ der Arbeit definitiv entgegen stehen kann.

IV. Probleme der Beweislast

Nach § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG hat der Arbeitgeber die Tatsachen zu beweisen, die die Kündigung bedingen. Dazu gehören die betrieblichen Interessen, insbesondere der Wegfall des Beschäftigungsbedarfs, sowie die fehlende Möglichkeit, den Arbeitnehmer auf einem anderen Arbeitsplatz weiterzubeschäftigen.

¹⁸⁵ V. Hoyningen-Huene/Linck § 1 KSchG Rn 693.

¹⁸⁶ Vgl. ErfK-Oetker § 1 KSchG Rn 212.

¹⁸⁷ BAG 10. 10. 2002 - 2 AZR 598/01 - AP Nr. 123 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = DB 2003, 506; BAG 22. 5. 2003 - 2 AZR 326/02 - AP Nr. 128 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = ZTR 2003, 521; BAG 29. 11. 2007 - 2 AZR 388/06 - NZA 2008, 523; BAG 18. 9. 2008 - 2 AZR 560/07 - NZA 2009, 142.

¹⁸⁸ V. Hoyningen-Huene/Linck § 1 KSchG Rn 696; ErfK-Oetker § 1 KSchG Rn 221; SPV-Preis Rn 919, 939; HK-ArbR-Schubert § 1 KSchG Rn 392.

¹⁸⁹ Däubler, Arbeitsrecht 2, Rn 137.

¹⁹⁰ V. Hoyningen-Huene/Linck § 1 Rn 696.

Dies muss er allerdings nur dann im Einzelnen begründen, wenn der Arbeitnehmer vorträgt, wie er sich die Weiterbeschäftigung konkret vorstellt.¹⁹¹ Personen mit guten Kontakten zum Betriebsrat sind insoweit im Vorteil. Vom Arbeitnehmer ist jedoch nicht zu verlangen, dass er Tatsachen wie z. B. einen bestimmten freien Arbeitsplatz vorträgt, von denen er nur durch besondere Glücksfälle erfahren kann. Es geht um eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast.

Auch der „dringende“ Charakter der betrieblichen Interessen muss dargelegt und notfalls bewiesen werden. Dies gilt auch für alle Tatsachen, aus denen sich ergibt, dass die Arbeitgeberinteressen den Vorrang vor den Interessen des gekündigten Arbeitnehmers haben; ein solches Ergebnis der Interessenabwägung zählt gleichfalls zu den Umständen, die die Kündigung rechtfertigen.¹⁹² Sind dem Arbeitgeber Umstände aus der Sphäre des Arbeitnehmers (z. B. kranke Familienangehörige, wirtschaftliche Schwierigkeiten) nicht bekannt, so ist es Sache des Arbeitnehmers, sie in das Verfahren einzubringen. Tut er dies unter Benennung konkreter Tatsachen, also in substantiiertes Weise, so obliegt es dem Arbeitgeber, ggf. die Unrichtigkeit der aufgestellten Behauptung darzulegen und zu beweisen.¹⁹³ Unterlässt der Arbeitnehmer ein entsprechendes Vorbringen, geht dies zu seinen Lasten; die Interessenabwägung wird typischerweise zugunsten des Arbeitgebers ausfallen.

Mögliche Verstöße gegen Gesetze, Tarifverträge oder vertragliche Abmachungen müsste nach allgemeinen Grundsätzen der Arbeitnehmer beweisen. Dem steht aber § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG entgegen, wonach die Darlegungs- und Beweislast für die Umstände, die die Kündigung rechtfertigen, beim Arbeitgeber liegt. Zu diesen Tatsachen gehört auch das Fehlen eines Gesetzesverstößes. Nun ist es dem Arbeitgeber allerdings nicht möglich, zu allen theoretisch denkbaren Gesetzesverstößen im Kündigungsschutzverfahren etwas vorzutragen. Deshalb ist es Sache des Arbeitnehmers, substantiiert Tatsachen vorzubringen, aus denen sich ein Gesetzesverstoß ergibt. Er muss also z. B. vortragen, dass die Buchhaltung ins Ausland verlagert werde, der Tarifvertrag die beabsichtigte Regelung nicht zulasse oder die weiterarbeitenden Arbeitskollegen über die Grenzen ihres Arbeitsvertrags hinaus in Anspruch genommen würden. Geht es um eine unter das AGG fallende Diskriminierung, genügt es nach § 22 AGG, wenn der Arbeitnehmer Anhaltspunkte vorträgt, die den Rückschluss auf eine Diskriminierung zulassen.¹⁹⁴ Die generelle Verteilung der Beweislast wird durch das Vorge-

¹⁹¹ BAG 24. 3. 1983 – 2 AZR 21/82 – AP Nr. 12 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = NJW 1984, 78; BAG 20. 1. 1994 - 2 AZR 489/93 – AP Nr. 8 zu § 1 KSchG 1969 Konzern = NZA 1994, 653.

¹⁹² Ebenso APS-Dörner/Vossen § 1 KSchG Rn 219.

¹⁹³ APS-Dörner/Vossen § 1 KSchG Rn 219 (für krankheitsbedingte Kündigung).

¹⁹⁴ Hält man § 2 Abs 4 AGG, wonach dieses nicht auf Kündigungen anwendbar ist, für wirksam, so ergibt sich dasselbe Resultat aus einer richtlinienkonformen Auslegung des deutschen Rechts – so KR-Griebeling § 1 KSchG Rn 683.

hen in einem ähnlich gelagerten Fall bestätigt: Verteidigt sich der Arbeitnehmer gegen eine verhaltensbedingte Kündigung mit dem Argument, seine Pflichtverletzung sei z. B. wegen einer Notwehrsituation nicht rechtswidrig gewesen, und benennt er dabei konkrete Tatsachen, so wird in gleicher Weise verfahren: Nach der Rechtsprechung muss der Arbeitgeber das Fehlen dieser „Ausnahmetatsachen“ beweisen.¹⁹⁵ Auch hier handelt es sich im Übrigen um einen Anwendungsfall der abgestuften Darlegungs- und Beweislast.

Folgt man der herrschenden Meinung, wonach bei der betriebsbedingten Kündigung eine Interessenabwägung praktisch nicht stattfindet und lediglich die zugrunde liegende unternehmerische Entscheidung einer Willkürkontrolle unterzogen wird, so ist die Situation eine völlig andere; es geht nicht um eine Interessenabwägung sondern nur um die Frage, wer den Sonderfall der „Willkür“ zu beweisen hat. Herrschende Lehre¹⁹⁶ und Rechtsprechung¹⁹⁷ gehen von der Prämisse aus, dass sich normalerweise niemand selbst schädige; es gebe deshalb einen Erfahrungssatz, dass eine Unternehmerentscheidung aus sachgerechten Gründen getroffen werde.¹⁹⁸ Aus diesem Grund sei es Sache des Arbeitnehmers, einen ausnahmsweise vorliegenden Willkürtatbestand darzulegen und zu beweisen.¹⁹⁹

Dem lässt sich entgegenhalten, dass die Entscheidungsmacht unter den aktuellen Bedingungen häufig nicht bei Personen liegt, die sich durch Fehldispositionen selbst schädigen würden. Nicht nur im Bereich der Großbanken gibt es dafür zahlreiche Beispiele. Von daher ist die empirische Basis der angenommenen Beweislastregel erschüttert, jedenfalls nicht mehr über jeden Zweifel erhaben. Selbst wenn man das „gute Wirtschaften“ weiter als Normalfall betrachten würde, wäre dies jedoch ein bloßer Erfahrungssatz. Dieser kann aber nur einen prima-facie-Beweis zugunsten der „Sachlichkeit“ begründen, nicht die Beweislast umkehren.²⁰⁰ Es müsste daher genügen, dass der Arbeitnehmer Anhaltspunkte für eine atypische Situation darlegt, um die Grundregel, d. h. die in § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG niedergelegte Beweislast des Arbeitgebers, wieder zum Zuge kommen zu lassen. Damit wäre auch der Tatsache Rechnung getragen, dass es sich um Vorgänge handelt, die sich ausschließlich in der Sphäre des Arbeitgebers abspielen, zu denen der Arbeitnehmer typischerweise keinen Zugang hat. Auch unter dem Aspekt der Beweislast bedarf die bisherige Handhabung der betriebsbedingten Kündigung deshalb der Revision.

¹⁹⁵ BAG 12. 8. 1976 – 2 AR 237/75 – AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969 = NJW 1977, 167; BAG 6. 8. 1987 – 2 AZR 226/87 – AP Nr. 97 zu § 626 BGB = AiB 1988, 91; KR-Griebeling § 1 KSchG Rn 412; APS-Dörner/Vossen § 1 KSchG Rn 439; KDZ-Däubler § 1 KSchG Rn 252.

¹⁹⁶ APS-Kiel § 1 KSchG Rn 463; KR-Griebeling § 1 KSchG Rn 556.

¹⁹⁷ S. etwa BAG 13. 3. 2008 – 2 AZR 1037/06 – NZA 2008, 878.

¹⁹⁸ APS-Kiel § 1 Rn 463.

¹⁹⁹ S. etwa ErfK-Oetker § 1 KSchG Rn 263.

²⁰⁰ Vgl. Palandt-Grüneberg vor § 249 BGB Rn 130.

V. Anwendungsfälle

Die hier befürwortete Rückkehr zur ursprünglichen BAG-Rechtsprechung soll abschließend an einigen wichtigen Beispielfällen erläutert werden.

Entschließt sich der Arbeitgeber, bestimmte Arbeiten an eine Drittfirma zu vergeben, so ist zunächst zu bestimmen, welche wirtschaftlichen Vorteile für ihn damit verbunden sind. Dabei sind auch die Risiken mit einzubeziehen, die eine solche Auslagerung mit sich bringt und die z. B. in Lieferverzögerungen oder Qualitätsproblemen ihren Ausdruck finden können. Nicht nachzugehen ist der Frage, ob ein Verzicht auf das Outsourcing und eine klügere Organisation im eigenen Haus die bessere Lösung gewesen wäre. Dies würde die Kompetenz des Arbeitsgerichts überschreiten, einen sehr weitgehenden Eingriff in die Berufsfreiheit darstellen und zu inakzeptablen Ergebnissen führen, wenn unterschiedliche Kammern desselben Gerichts zu unterschiedlichen Ergebnissen kämen. Den Vorteilen für den Arbeitgeber sind dann die Nachteile für die Arbeitnehmer gegenüber zu stellen: Wie sind die Chancen beschaffen, in absehbarer Zeit wieder einen vergleichbaren Arbeitsplatz zu bekommen? Sind sie gut, werden im Regelfall die Arbeitgeberinteressen überwiegen²⁰¹, sind sie schlecht, muss differenziert werden: Geht es für das Unternehmen nur um eine Verbesserung der sowieso schon guten Ertragslage, werden im Regelfall die Arbeitnehmerinteressen überwiegen. Geht es dagegen darum, Verluste zu vermeiden oder zu begrenzen, wird die Auflösung des Arbeitsverhältnisses schwer vermeidbar sein. Verluste können u. a. dadurch drohen, dass ohne die Maßnahmen der Anschluss an die technische Entwicklung verpasst würde. In solchen Fällen muss jedoch den Arbeitnehmern in Form einer Abfindung ein gewisser Ausgleich gewährt werden, da ihre Interessen sonst völlig unberücksichtigt bleiben würden. Ähnlich wird in der Praxis der niederländischen Gerichte verfahren, soweit diese die gesetzlich vorgeschriebene Zustimmung zu einer Kündigung erteilen.²⁰² Lobinger²⁰³ hat dasselbe Ergebnis vertragsrechtlich begründet: Die (ungeschriebene) Pflicht, die Interessen der Gegenseite zu berücksichtigen, verlange vom Arbeitgeber, das zu akzeptieren, was auf der Grundlage einer paritätischen Verhandlungssituation vereinbart worden wäre. Dazu gehöre eine für den Fall der betriebsbedingten Kündigung vorgesehene Abfindungsleistung, die mit der Dauer der Betriebszugehörigkeit steige. Damit würde eine „Basissicherung“ erreicht, die mit Hilfe der §§ 111 BetrVG im Einzelfall verbessert werden könne.

Eine sog. shareholder-value-Kündigung liegt insbesondere dann vor, wenn ein Arbeitsbereich oder ein Betrieb geschlossen wird, der nur eine unterdurchschnittliche Rentabilität aufweist: Durch seinen Wegfall wird die Durchschnittsrentabilität der verbleibenden Unternehmens- oder Konzernteile erhöht, was üb-

²⁰¹ Zum Fall der sog. Shareholder-value-Kündigung s. sogleich im Text.

²⁰² Einzelheiten unten § 6 II.

²⁰³ Lobinger, ZfA 2006, 198 ff.

licherweise einen positiven Niederschlag in den Börsenkursen findet.²⁰⁴ Allein wegen dieses Bedürfnisses den Arbeitsplatz zu verlieren, erscheint wenig einleuchtend. Das ArbG Gelsenkirchen²⁰⁵ hat in einem ähnlich gelagerten Fall eine missbräuchliche Unternehmerentscheidung angenommen und die Kündigung (durch rechtskräftig gewordenes Urteil) für rechtswidrig erklärt. Ein anderes Ergebnis wäre allenfalls dann denkbar, wenn die Schließung gut qualifizierte Arbeitskräfte betreffen würde, die mit Sicherheit in kürzester Zeit einen neuen Arbeitsplatz hätten und denen überdies freiwillig eine erhebliche Abfindung gewährt würde. Das BAG hatte bisher über einen solchen Fall nicht zu entscheiden,²⁰⁶ in der Literatur gehen die Meinungen auseinander.²⁰⁷

Die Kündigung wegen Änderung des Rechtsstatus²⁰⁸ ist primär unter dem Aspekt zu diskutieren, ob nicht eine verkappte Austausch Kündigung vorliegt, weil der Beschäftigungsbedarf in Wirklichkeit gar nicht weggefallen ist.²⁰⁹ Nur wenn man dies ablehnt, stellt sich das Problem der Interessenabwägung. Die möglichen wirtschaftlichen Vorteile für die Arbeitgeberseite gehen ausschließlich zu Lasten der Arbeitnehmer, die ihren Arbeitsplatz verlieren oder – bestenfalls – als freie Mitarbeiter zu schlechteren Bedingungen weiterarbeiten können. Für ein solches „Opfer“ der Arbeitnehmerseite bedarf es eines besonderen rechtfertigenden Grundes. Dieser kann den Umständen nach nur in einer schlechten wirtschaftlichen Situation des Unternehmens liegen. Außerdem stellt sich hier besonders dringend die Frage, ob mildere Mittel als die Kündigung zur Verfügung standen, ob beispielsweise der Versuch unternommen wurde, auf der Grundlage eines „Bündnisses für Arbeit“ für einige Zeit zu schlechteren Konditionen zu arbeiten, um auf diese Weise das Überleben des Unternehmens zu sichern.

²⁰⁴ Dem Verf. sind in der Praxis verschiedene Fälle dieser Art begegnet.

²⁰⁵ ArbG Gelsenkirchen 28. 10. 1997 – 2 Ca 3762/96 – NZA 1998, 944 = AuR 1999, 38 mit Anm. Däubler.

²⁰⁶ Vgl. Rost, Jahrbuch des Arbeitsrechts 29 (2002) S. 87.

²⁰⁷ Erhöhung der Rentabilität niemals Missbrauch der unternehmerischen Freiheit: Berkowsky, Betriebsbedingte Kündigung, § 6 Rn 52; ErfK-Oetker § 1 KSchG Rn 240a; Walker ZfA 2004, 501, 509. Ablehnend zur Shareholder-value-Kündigung HK-ArbR-Schubert § 1 KSchG Rn 419; P. Stein BB 2000, 459; Däubler, Arbeitsrecht 2, Rn 1075. Kritisch zu ihr APS-Kiel § 1 KSchG Rn 471.

²⁰⁸ BAG 9. 5. 1996 – 2 AZR 438/95 - AP Nr. 79 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = NZA 1996, 1145 – Weight Watcher; ebenso BAG 13. 3. 2008 – 2 AZR 1037/06 – NZA 2008, 878 – Moskito-Anschläger.

²⁰⁹ So mit Recht Preis NZA 1997, 1073, 1079.

§ 4: Die unternehmerische Freiheit im Betriebsverfassungs- und Tarifvertragsrecht sowie in anderen Teilen des Arbeitsrechts

I. Einleitung

Die unternehmerische Freiheit sieht sich nicht nur im Kündigungsschutzrecht Beschränkungen ausgesetzt. In der Betriebsverfassung stellt sich die Frage, ob Mitbestimmungsrechte unter einem ungeschriebenen Vorbehalt der „Unternehmerentscheidung“ stehen oder ob sie in vollem Umfang wirksam sind, d. h. in einer Form ausgeübt werden können, dass sie eine spürbare Beschränkung der unternehmerischen Freiheit zur Folge haben (unten II). Weiter ergibt sich das Problem, ob ein Tarifvertrag auch unternehmerische Entscheidungen regeln kann, die ja – wie oben²¹⁰ deutlich gemacht – sehr vielfältige Fragen betreffen können, die von der Zahl der mit bestimmten Aufgaben betrauten Arbeitnehmer bis zur Beibehaltung oder Aufgabe des bisherigen Standorts reichen (unten III).

II. Betriebsverfassungsrecht

1. Rechtsprechung

Die Frage nach einem ungeschriebenen Vorbehalt zugunsten unternehmerischer Entscheidungen im Betriebsverfassungsrecht stellte sich Ende der 1970er Jahre im Zusammenhang mit den Öffnungszeiten von Ladengeschäften. Der Betriebsrat hatte von seinem Mitbestimmungsrecht über Beginn und Ende der Arbeitszeit nach § 87 Abs.1 Nr. 2 BetrVG in der Weise Gebrauch gemacht, dass die Öffnungszeiten nach dem damaligen Ladenschlussgesetz nicht ausgeschöpft werden konnten: Von Montag bis Freitag musste bereits um 18 Uhr (statt um 18 Uhr 30) geschlossen werden, eine Öffnung am Samstag war nicht möglich. Ein entsprechender Beschluss der Einigungsstelle wurde von der Arbeitgeberseite vor den Arbeitsgerichten angefochten. Das BAG stellte fest, dass sich die Regelung in dem durch § 87 Abs.1 Nr. 2 BetrVG bestimmten Rahmen bewegte und betonte: „Die Freiheit des Unternehmers zu entscheiden, an welchen Tagen und zu welchen Tageszeiten er Ware zum Verkauf anbieten will, wird damit durch das Mitbestimmungsrecht beschränkt.“²¹¹ Das BetrVG enthalte eine gesetzliche Lösung des Widerspruchs zwischen Mitbestimmung und Unternehmerfreiheit; auch aus der inneren Systematik des BetrVG ergebe sich nichts anderes.

²¹⁰ § 2 I.

²¹¹ BAG 31. 8. 1982 – 1 ABR 27/80 – AP Nr. 8 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit = RdA 1983, 189 = BB 1983, 1597.

Das Bundesverfassungsgericht wies die dagegen erhobene Verfassungsbeschwerde zurück.²¹² Es handle sich bei dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats allein um eine Regelung der Berufsausübung für den Arbeitgeber; Art. 12 Abs. 1 GG verlange nicht, dass diese die unternehmerische Entscheidungsfreiheit unberührt lasse. Auch die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG sei nicht verletzt, da sie nur Rechtspositionen erfasse, die einem einzelnen Rechtssubjekt bereits zugeordnet seien. Hier gehe es aber um die Eröffnung von Chancen und Verdienstmöglichkeiten, was ausschließlich in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG falle.

Einige Jahre später hat das BAG im Zusammenhang mit der Mitbestimmung des Betriebsrats über die Arbeitszeit von Teilzeitkräften seinen Standpunkt bestätigt. Das Mitbestimmungsrecht beziehe sich auch auf die Frage, ob sich die mögliche Arbeitszeit mit den Ladenöffnungszeiten decken solle oder nicht. Dies sei mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar. Das Grundrecht lasse Raum dafür, „durch Einschaltung einer Einigungsstelle eine Übereinstimmung zwischen gegenläufigen Interessen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer, die sich ebenfalls auf die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG berufen können, herbeizuführen.“²¹³ Der Hinweis darauf, dass es um eine Abwägung der beiderseitigen Grundrechte gehe, spielt ersichtlich auch in anderen Zusammenhängen eine Rolle.

Bevor diese zweite Entscheidung erging, hatte das BAG über die Frage zu befinden, ob dem Betriebsrat ein Initiativrecht zugunsten der Einführung von Kurzarbeit auf der Grundlage des § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG zusteht. Auch dies wurde bejaht; zum Mitbestimmungsrecht über die vorübergehende Verkürzung der betriebsüblichen Arbeitszeit gehöre auch das auf denselben Tatbestand bezogene Initiativrecht.²¹⁴ Unter Bezugnahme auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu den Ladenöffnungszeiten wurde betont, Mitbestimmungsrechte stünden nicht unter einem allgemeinen Vorbehalt, dass durch sie nicht in die unternehmerische Entscheidungsfreiheit eingegriffen werden dürfe.²¹⁵ Der Arbeitgeber könne durch die Einigungsstelle durchaus gezwungen werden, eine geplante Betriebsänderung nicht in der vorgesehenen Weise durchzuführen. Die Tatsache, dass die Entscheidung des Arbeitgebers, auf Kurzarbeit zu verzichten, im Kündigungsschutzprozess keiner gerichtlichen Kontrolle unterliege, heiße nicht, dass sie auch der Mitbestimmung entzogen sei.²¹⁶ Diese vom Ersten Senat des BAG stammende Entscheidung wurde wenig später auch vom Zweiten Senat bestätigt, der zugleich seine aus dem Jahre 1964 stammende

²¹² BVerfG 18. 12. 1985 – 1 BvR 143/83 – AP Nr. 15 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit = NZA 1986, 199.

²¹³ BAG 13. 10. 1987 – 1 ABR 10/86 – AP Nr. 24 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit = NZA 1988, 251.

²¹⁴ BAG 4. 3. 1986 – 1 ABR 15/84 – AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Kurzarbeit = NZA 1986, 432.

²¹⁵ A. a. O. S. 433 ff., auch zum Folgenden.

²¹⁶ A. a. O. S. 435.

Position aufgab, im Kündigungsschutzverfahren könne überprüft werden, ob Kurzarbeit als milderer Mittel geboten gewesen wäre.²¹⁷

Sehr viel weniger Aufmerksamkeit erfuhr eine Entscheidung des BAG, die sich mit der Frage auseinandersetzte, ob die Festlegung einer "Prämienkurve" nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG in unzulässiger Weise in das Eigentum des Arbeitgebers nach Art. 14 Abs. 1 GG oder in sein Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 eingreife.²¹⁸ Das BAG verneinte beide Fragen. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG diene der Lohngerechtigkeit; die daraus abgeleiteten Lohnzahlungspflichten würden den Arbeitgeber nicht übermäßig belasten und seine Vermögensverhältnisse „nicht grundlegend“ beeinträchtigen. Auch Art. 12 Abs. 1 GG sei nicht verletzt, da die Einigungsstelle immer auch die betrieblichen Belange berücksichtigen müsse; deshalb bleibe ein angemessener Spielraum zur Entfaltung unternehmerischer Initiativen.

2. Literatur

Die juristische Literatur bietet ein weniger einheitliches Bild. Was die Lage der Arbeitszeit in Betrieben mit Publikumsverkehr, insbesondere in Ladengeschäften betrifft, so teilt die wohl herrschende Auffassung im Ergebnis die Position der Rechtsprechung.²¹⁹ Sie stützt sich dabei einmal auf das Argument, die Mitbestimmungsrechte hätten gerade das Ziel, die unternehmerische Freiheit zu beschränken und so den Sozialstaatsgrundsatz zur Geltung zu bringen.²²⁰ Zum andern wird betont, Gegenstand des Mitbestimmungsrechts seien nicht die Ladenöffnungszeiten (bzw. allgemeiner: die Betriebsnutzungszeiten) als solche; diese würden durch die Festlegung von Beginn und Ende der Arbeitszeiten nur mittelbar beeinflusst.²²¹ Die Gegenmeinung betont formelhaft die unternehmerische Entscheidungsfreiheit. Auf diese Weise wird sie verabsolutiert und nicht als Form der Grundrechtsausübung gesehen, die sich mit Rücksicht auf andere Grundrechte oder aufgrund von Entscheidungen des Gesetzgebers Einschränkungen gefallen lassen muss.²²² Keinen Anklang gefunden hat bisher auch der Versuch, die Rechtsprechung zwar grundsätzlich zu akzeptieren, die Einigungsstelle jedoch zu verpflichten, die vom Arbeitgeber gewünschten Betriebsöff-

²¹⁷ BAG 11. 9. 1986 – 2 AZR 564/85 – BB 1987, 1882 = EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 54.

²¹⁸ BAG 16. 12. 1986 – 1 ABR 26/85 – AP Nr. 8 zu § 87 BetrVG 1972 Prämie = NZA 1987, 568.

²¹⁹ DKKW-Klebe § 87 Rn 27, 102; ErfK-Kania § 87 BetrVG Rn 13, 26; Fitting § 87 Rn 117; GK-Wiese § 87 Rn 305; Lipke NZA 1990, 758, 764; Löwisch-Kaiser § 87 Rn 64; Wlotzke/Preis/Kreft-Bender § 87 Rn 64; im Ergebnis ablehnend Richardi-Richardi § 87 Rn 315; Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai-Worzalla § 87 Rn 175.

²²⁰ DKKW-Klebe § 87 Rn 27.

²²¹ GK-Wiese § 87 Rn 305; Wlotzke/Preis/Kreft-Bender § 87 Rn 64.

²²² Näher Däubler, in: Blank/Otto-Brenner-Stiftung (Hrsg.), Reform der Betriebsverfassung und Unternehmerfreiheit, S. 13 ff.

nungszeiten als unverrückbares Datum zu behandeln.²²³ § 76 Abs. 5 Satz 3 BetrVG verlangt, dass die Einigungsstelle ihre Beschlüsse nach billigem Ermessen „unter angemessener Berücksichtigung der Belange des Betriebs und der betroffenen Arbeitnehmer“ trifft; für die Annahme eines „Unternehmergehalts“ bietet auch diese Bestimmung keinerlei Anhaltspunkte.²²⁴

Beim Bereich „Einführung von Kurzarbeit“ stimmt die wohl herrschende Auffassung dem BAG ebenfalls zu.²²⁵ Dass die unternehmerische Sphäre hier unmittelbar betroffen ist, lässt sich anders als bei der Lage der Arbeitszeit nicht bestreiten; gleichwohl bestehen bei der Mehrzahl der Autoren keine Bedenken gegen die Rechtsprechung. Kritiker verweisen auch hier pauschal auf die unternehmerische Freiheit²²⁶ oder behaupten, die erzwungene Kurzarbeit bringe einen zusätzlichen Kündigungsschutz, der außerhalb der Zwecksetzung des Mitbestimmungsrechts liege.²²⁷ Dem lässt sich entgegenhalten, dass das BetrVG an keiner Stelle ausschließt, dass die Ausübung von Mitbestimmungsrechten zu mehr Bestandsschutz führt: So können etwa eingehende Verhandlungen über einen Interessenausgleich nach § 112 BetrVG den Kündigungszeitpunkt erheblich hinauszögern, und durch Richtlinien nach § 95 BetrVG kann eine Kündigung erheblich erschwert werden.

Gewichtiger ist das Argument, wenn der Arbeitgeber eine Betriebsänderung plane, könne nur nach §§ 111 ff. vorgegangen, aber keine Kurzarbeit praktiziert werden.²²⁸ Dies trifft sicherlich dann zu, wenn sich alle Beteiligten darüber einig sind, dass ein dauernder Produktionsrückgang vorliegt, dass in absehbarer Zeit nicht mit einer Verbesserung der Auftragslage gerechnet werden kann. Vertritt der Betriebsrat jedoch mit vertretbaren Argumenten den Standpunkt, der Rückgang habe nur vorübergehenden Charakter, so muss eine gerichtliche Klärung erfolgen, ob eine dauerhafte oder nur eine vorübergehende Einschränkung vorliegt. Dies kann im Wege eines arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahrens erfolgen, doch dürfte dies im Regelfall zu viel Zeit in Anspruch nehmen. Für den Betriebsrat liegt es daher näher, nach § 98 Abs. 2 ArbGG die Einsetzung einer Einigungsstelle über die Einführung von Kurzarbeit zu beantragen; ein solcher Antrag wird nur dann abgelehnt, wenn offensichtlich kein Mitbestimmungsrecht besteht. Die Einigungsstelle hat dann die Aufgabe, die Natur der Veränderung zu ermitteln und auf dieser Grundlage ihre Zuständigkeit zu bestimmen. Kommt sie zu dem Ergebnis, es liege nur eine vorübergehende Einschränkung vor, kann

²²³ Löwisch-Kaiser § 87 Rn 64; Löwisch SAE 1983, 141 ff.; in ähnliche Richtung tendierend GK-Wiese § 87 Rn 306.

²²⁴ Anders deshalb auch Wlotzke/Preis/Kreft-Bender § 87 Rn 64.

²²⁵ DKKW-Klebe § 87 Rn 134 iVm 113; ErfK-Kania § 87 Rn 35; Fitting § 87 Rn 159; Wlotzke/Preis/Kreft-Bender § 87 Rn 67; mit Einschränkungen auch Richardi-Richardi Rn 366; a. A. Löwisch-Kaiser § 87 Rn 105; Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai-Worzalla § 87 Rn 200.

²²⁶ Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai-Worzalla § 87 Rn 200.

²²⁷ Löwisch-Kaiser § 87 Rn 105.

²²⁸ Vgl. Fitting § 87 Rn 159.

der Arbeitgeber ihren Beschluss nicht durch eine einseitige Entscheidung unterlaufen, er nehme nunmehr kraft seiner Autonomie eine Betriebseinschränkung oder eine Betriebsschließung vor; dies würde dem (gesetzlich vorgesehenen) Verfahren die Grundlage entziehen.²²⁹ Will er Kündigungen aussprechen, können ihm diese durch einstweilige Verfügung untersagt werden.²³⁰ Diese sind nur möglich, wenn die Einigungsstelle einen dauerhaften Rückgang annimmt.

Die Rechtsprechung zu § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG hat in der Literatur ein vergleichbares Echo wie die übrigen Entscheidungen erfahren;²³¹ zusätzliche Argumente sind nicht ersichtlich.

3. Behandlung weiterer Mitbestimmungsrechte

Die Einheitlichkeit der Rechtsprechung ist wohl der entscheidende Grund dafür, dass bei anderen Mitbestimmungsrechten die Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1 GG von vorne herein gar nicht angesprochen wurde. Obwohl § 87 Abs.1 Nr. 11 BetrVG auch die Höhe der leistungsbezogenen Vergütung erfasst, bestehen im Ergebnis keine Bedenken, weil bei nicht überbrückbaren Meinungsverschiedenheiten die Einigungsstelle entscheidet und dabei auch die betrieblichen Interessen berücksichtigen muss. Dies schafft im Rahmen des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG²³² einen Ausgleich zwischen den Arbeitgeber- und den Arbeitnehmergrundrechten. Würde sie sich über diesen Rahmen hinwegsetzen, wäre die Aufhebung ihres Spruchs durch die Arbeitsgerichtsbarkeit nur eine Frage der Zeit.

Schon die Existenz mitbestimmter Personalrichtlinien nach § 95 Abs. 1 und 2 BetrVG war vor Erlass des Gesetzes Anlass für zahlreiche verfassungsrechtliche Bedenken,²³³ doch sind diese inzwischen aus den Standardkommentierungen verschwunden.²³⁴ Die rechtlichen Auseinandersetzungen konzentrieren sich auf den möglichen Inhalt von „Richtlinien“. Nach einer Auffassung sollen diese nur Entscheidungskriterien festlegen können, die Auswahl selbst jedoch dem Ar-

²²⁹ KDZ-Deinert § 1 KSchG Rn 414 betont zu Recht, dass sich die Frage, ob ein dauerhafter oder ein vorübergehender Arbeitsmangel vorliegt, nach objektiven Kriterien entscheidet; insoweit besteht keine Einschätzungsprärogative des Arbeitgebers.

²³⁰ ArbG Bremerhaven 25. 11. 2009 – 12 BVGa 1204/09 – AiB 2010, 622 mit zust. Anm. Schoof/Nacken; DKKW-Klebe § 87 Rn 134; Schoof AiB 2009, 610, 613.

²³¹ Zustimmend Richardi-Richardi § 87 Rn 860; GK-Wiese § 87 Rn 954; kritisch Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai-Worzalla § 87 Rn 516.

²³² BAG 16. 12. 1986 – 1 ABR 26/85 – AP Nr. 8 zu § 87 BetrVG 1972 Prämie = NZA 1987, 568.

²³³ S. Klaus Obermayer, Verfassungsrechtliche Bedenken gegen den Regierungsentwurf eines Betriebsverfassungsgesetzes, DB 1971, 1715 – 1724; weitere Nachweise bei Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock/Nicolai-Rose § 95 Rn 6.

²³⁴ Fitting § 95 Rn 2; S. weiter GK-Raab § 95 Rn 1 ff.

beitgeber belassen werden.²³⁵ Die Gegenposition vertritt den Standpunkt, auch eine völlige Determinierung der Arbeitgeberentscheidung sei von § 95 Abs. 1 und 2 BetrVG gedeckt.²³⁶ Sie hat die besseren Argumente auf ihrer Seite. Sinn und Zweck von § 95 Abs.1 und 2 BetrVG besteht in der Herstellung von Transparenz und Sachlichkeit. Dieses Ziel würde verfehlt, könnte der Arbeitgeber letztlich doch nach eigenen, nicht einmal offengelegten Vorstellungen entscheiden.²³⁷ Der Begriff „Richtlinie“ ist im Sinne von „Vorgabe“, nicht im Sinne von „allgemeiner Regel“ aufzufassen.²³⁸ Auch dann, wenn eine solche Norm besteht, liegt kein übermäßiger Eingriff in die Berufsfreiheit des Arbeitgebers vor, da entweder eine freiwillige Einigung vorliegt oder aber die Einigungsstelle entschieden hat, die ihrerseits auch die betrieblichen Interessen berücksichtigen muss und dabei unter gerichtlicher Kontrolle steht.²³⁹

4. Einschätzung

Die Rechtsprechung zum Betriebsverfassungsrecht unterscheidet sich deutlich von der zum Kündigungsschutzrecht. Beschränkungen der unternehmerischen Freiheit werden als gewissermaßen selbstverständliche Folge der einzelnen Mitbestimmungsrechte akzeptiert. Bemerkenswert ist, dass auch in der Literatur nur ausnahmsweise von unternehmerischen „Entscheidungen“ die Rede ist; vielmehr wird die Tätigkeit des Arbeitgebers im Grundsatz wie eine andere Grundrechtsausübung behandelt, der mit Rücksicht auf die Grundrechte der Arbeitnehmer Grenzen gezogen sind.²⁴⁰ Diese „normale“ Herangehensweise lässt sich u. a. damit erklären, dass es nicht um eine nachträgliche Kontrolle eines unternehmerischen Verhaltens geht, die viele Schwierigkeiten mit sich bringen kann. Vielmehr wird ein (kleinerer) Teil des unternehmerischen Verhaltens einem vorgeschalteten Verfahren unterworfen, das „Begradigungen“ im Sinne einer Berücksichtigung von Arbeitnehmerinteressen ermöglicht. Die auf Ausgleich programmierte Einigungsstelle und (möglicherweise noch mehr) das Eigeninteresse der Arbeitnehmer an einem Erhalt der Arbeitsplätze in einem nachhaltig rentablen Unternehmen sorgen dafür, dass die Mitbestimmung weder das Unternehmen funktionsunfähig macht noch seine grundsätzliche Ausrichtung ändert. Dies wäre nicht einmal dann der Fall, wenn die Mitbestimmung auf Gebiete wie

²³⁵ BAG 10. 12. 2002 – 1 ABR 27/01 – AP Nr. 42 zu § 95 BetrVG 1972 = ZTR 2003, 584; BAG 26. 7. 2005 – 1 ABR 29/04 – AP Nr. 43 zu § 95 BetrVG 1972 = NZA 2005, 1372; GK-Raab § 95 Rn 2; Richardi-Thüsing § 95 Rn 4.

²³⁶ DKKW-Klebe § 95 Rn 27 ff.; MünchArbR-Matthes § 260 Rn 4; Däubler, Arbeitsrecht 1, Rn 1032. Die Frage blieb letztlich dahingestellt in BAG 27. 10. 1992 – 1 ABR 4/92 – NZA 1993, 607, 610 linke Spalte.

²³⁷ DKKW-Klebe § 95 Rn 28.

²³⁸ DKKW-Klebe § 95 Rn 28.

²³⁹ Anders wohl im Ansatz Richardi-Thüsing § 95 Rn 4.

²⁴⁰ Zum andersartigen Vorgehen im Bereich des Kündigungsschutzes s. oben § 2 IV 1.

die Arbeitsintensität ausgeweitet würde, wo heute noch der Arbeitgeber einseitig alle notwendigen Festlegungen trifft.

Die im Kündigungsschutzrecht entwickelte Abwägung zwischen den Interessen des Arbeitgebers und denen des Arbeitnehmers greift weniger weit in die unternehmerische Betätigungsfreiheit ein als die Mitbestimmung, weil sie nicht in Frage stellt, welche Ziele der Arbeitgeber verfolgt und welche Vorteile er sich von einer bestimmten Maßnahme verspricht. Dennoch besteht insoweit eine strukturelle Übereinstimmung, als gleichermaßen eine Abwägung der beiderseitigen Interessen erfolgt.

III. Tarifvertragsrecht

1. Der Status quo

Auch im Tarifvertragsrecht bestehen andere Maßstäbe als im Kündigungsschutzrecht. Dies zeigt sich schon daran, dass bestimmte arbeitnehmerbezogene Entscheidungen zum mehr oder weniger selbstverständlichen Bestandteil von Tarifverträgen gehören, ohne dass man den Begriff „Unternehmerentscheidung“ überhaupt ins Spiel bringt. So kann man etwa die Entscheidung für bestimmte Vergütungsformen durchaus als „unternehmerisch“ qualifizieren, ohne dass deshalb entsprechende Tarifnormen im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG in Frage gestellt würden. Weiter können etwa die Tarifparteien das „Anforderungsprofil“ für bestimmte Stellen bestimmen, was üblicherweise als „qualitative Besetzungsregel“ bezeichnet wird,²⁴¹ und können auch die Zahl der für bestimmte Aufgaben einzusetzenden Beschäftigten festlegen, wofür sich die Bezeichnung „quantitative Besetzungsregeln“ eingebürgert hat.²⁴² Die Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit des Arbeitgebers wurde in diesem Zusammenhang zwar angesprochen, im Ergebnis jedoch durchweg bejaht.²⁴³ Dasselbe gilt im Ergebnis für Personalbemessungssysteme, die jedoch einem spezifischen Prüfungsraster unterworfen wurden.²⁴⁴ Im konkreten Fall ging das BAG davon aus, die Tarifautonomie im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG und „die Unternehmensautonomie als Teil der Berufsfreiheit in Art. 12 Abs. 1 GG“ müssten zu einem Ausgleich gebracht werden. Dies bedeute, dass auf der einen Seite die Geschäftsleitung beispielsweise allein über Investitionen, Produktion und Vertrieb entscheide, während eine tarifliche Regelung dort möglich sei, wo eine unternehmerische Entsch-

²⁴¹ Dazu Kempen/Zachert-Zachert § 1 Rn 480; Wiedemann-Wiedemann Einl. Rn 322.

²⁴² Beispiele bei Däubler-Hensche/Heuschmid, TVG, § 1 Rn 845; s. weiter Wiedemann-Wiedemann, Einl. Rn 324.

²⁴³ BAG 13. 9. 1983 – 1 ABR 69/81 – AP Nr. 1 zu § 1 TVG Tarifverträge Druckindustrie; BAG 26. 4. 1990 – 1 ABR 85/87 – AP Nr. 57 zu Art. 9 GG; BAG 22. 1. 1991 – 1 ABR 19/90 – AP Nr. 67 zu Art. 12 GG; BAG 18. 3. 2008 – 1 ABR 81/06 – NZA 2008, 832 ff.

²⁴⁴ BAG 3. 4. 1990 – 1 AZR 123/89 – AP Nr. 56 zu Art. 9 GG = PersR 1990, 239 mit Anm. Däubler.

dung die rechtlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Belange der Arbeitnehmer berühre. In den Worten des BAG ausgedrückt: Wenn sich die wirtschaftliche und soziale Seite einer Maßnahme nicht trennen lasse, sei die tarifliche Regelbarkeit gegeben. Dies wurde für ein Personalbemessungssystem bejaht, doch blieb offen, wie weit sich dieser Bereich erstreckt. Das Bundesverfassungsgericht hat die Position des BAG bisher nicht übernommen, sondern die Gegenstände tariflicher Regelung als offen bezeichnet, soweit ein Bezug zum Arbeitsverhältnis erhalten bleibt.²⁴⁵

In jüngerer Zeit hatte das BAG über die Frage zu entscheiden, welche Regelungen in einem „Tarifsozialplan“ oder in einem andern Tarifvertrag zulässig sind, der die Erhaltung von Arbeitsplätzen an einem bestimmten Standort zum Gegenstand hat. Dass die Folgen einer Verlagerungsentscheidung geregelt werden können, z. B. Abfindungen oder Umschulungsmaßnahmen vorgesehen werden, ist unstrittig. Zulässig sind nach BAG aber auch Forderungen, deren Realisierung die geplante Verlagerung „faktisch verhindern oder wirtschaftlich unsinnig machen“ würde.²⁴⁶ Ob ein Verzicht auf die geplante Betriebsänderung eine zulässige tarifliche Regelung wäre, um die ein Streik geführt werden könne, blieb dagegen unentschieden.²⁴⁷

Auf zwei anderen Gebieten werden gleichfalls tarifliche Regelungen anerkannt, die den unternehmerischen Spielraum deutlich beschränken.

Zulässig sind zum einen tarifliche Regelungen, die die Rechte des Betriebsrats erweitern.²⁴⁸ Möglich ist beispielsweise, das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats auf die Dauer der Arbeitszeit zu erstrecken²⁴⁹ und jede Kündigung von der Zustimmung des Betriebsrats abhängig zu machen.²⁵⁰ Letzteres würde zwar die Unternehmensautonomie berühren, doch mache dies – so das BAG – die Regelung nicht unzulässig: Das Grundrecht des Arbeitgebers aus Art. 12 Abs. 1 GG sei nicht verletzt, weil die Einigungsstelle für einen gerechten Ausgleich zwischen den betrieblichen Interessen und den sozialen Belangen der Arbeitnehmer sorgen müsse; auch stehe dem Arbeitgeber der Rechtsweg offen.²⁵¹ Nicht beanstandet wurde schließlich ein Tarifvertrag, der bei fehlender Zustimmung des Betriebsrats kein Einigungsstellenverfahren vorsah, sondern dem Arbeitgeber lediglich das Recht einräumte, das Arbeitsgericht anzurufen, um das Vorliegen

²⁴⁵ BVerfG 24. 4. 1996 – 1 BvR 712/86 - BVerfGE 94, 268, 283.

²⁴⁶ BAG 24. 4. 2007 – 1 AZR 252/06 – NZA 2007, 987 = DB 2007, 1924 – Tz 112.

²⁴⁷ BAG a. a. O. Tz 111.

²⁴⁸ Zusammenstellung der Rechtsprechung bei DKKW-Däubler, Einl. Rn 88.

²⁴⁹ BAG 18. 8. 1987 – 1 ABR 30/86 – NZA 1987, 779, 784.

²⁵⁰ BAG 10. 2. 1988 – 1 ABR 70/86 – NZA 1988, 699, 700 f.

²⁵¹ BAG a. a. O., S. 701 unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung, wonach auch die Einstellung einem uneingeschränkten Mitbestimmungsrecht unterworfen werden kann.

eines Kündigungsgrundes überprüfen zu lassen.²⁵² Insgesamt könnten auf die Betriebsverfassung bezogene Beteiligungsrechte geschaffen werden, „die im Gesetz nicht vorgesehen sind.“²⁵³ Wie weit solche Rechte gehen können, ist nicht entschieden, da es angesichts zurückhaltender Tarifpraxis bislang keinen Anlass gab, insoweit eine „äußerste Grenze“ zu benennen.

Ein zweiter Bereich betrifft den tariflichen Ausschluss der ordentlichen wie der außerordentlichen Kündigung aus betrieblichen Gründen. Nach der Rechtsprechung des BAG kann die ordentliche Kündigung ausgeschlossen werden;²⁵⁴ auch in der Literatur wird dies weitestgehend akzeptiert.²⁵⁵ Praktische Bedeutung gewinnt eine solche Klausel fast nur für ältere Arbeitnehmer mit längerer Betriebszugehörigkeit sowie für eine zeitlich befristete Kündigungssperre bei sog. Bündnissen für Arbeit. Probleme ergeben sich im Hinblick auf das Verbot der Diskriminierung wegen Alters,²⁵⁶ doch interessiert dies im vorliegenden Zusammenhang nicht unmittelbar.

Die außerordentliche Kündigung kann als solche nicht generell ausgeschlossen werden.²⁵⁷ Soweit es um betriebliche Gründe geht, ist ein Verbot im Grundsatz zulässig, doch muss in Extremfällen ein Rückgriff auf § 626 BGB möglich bleiben.²⁵⁸ Diese sind – soweit ersichtlich – in erster Linie bei einer Existenzgefährdung des Arbeitgebers anzunehmen.²⁵⁹ Soweit diese Schwelle nicht überschritten ist, verlangt die sog. qualifizierte Unkündbarkeit vom Arbeitgeber ein erhöhtes Maß an „Ausweichstrategien“, die bis zur Vermittlung eines Arbeitsplatzes bei einem andern Unternehmen und der Gewährung eines zeitlich unbefristeten Lohnkostenzuschusses gehen.²⁶⁰ Weiter wird von ihm verlangt, ggf. den Betrieb so umzustrukturieren, dass ein neuer Arbeitsplatz für den „Unkündbaren“ entsteht.²⁶¹ Unbeanstandet blieb deshalb auch der frühere § 55 Abs. 2 BAT, wonach lediglich eine außerordentliche Änderungskündigung zulässig blieb, die eine Abgruppierung um eine Vergütungsgruppe möglich machte.²⁶²

²⁵² BAG 21. 6. 2000 – 4 AZR 379/99 – NZA 2001, 271.

²⁵³ BAG 24. 8. 2004 – 1 ABR 28/03 – NZA 2005, 371, 372.

²⁵⁴ BAG 28. 2. 1990 – 2 AZR 425/8 – DB 1990. 2609; BAG 5. 2. 1998 – 2 AZR 227/97 – BB 1999, 1330.

²⁵⁵ APS-Dörner § 1 KSchG Rn 6; KDZ-Däubler, Einl. Rn 197; KR-Griebeling § 1 KSchG Rn 34.

²⁵⁶ Dazu KDZ-Däubler, Einl. Rn 198 ff. m. w. N.

²⁵⁷ Lediglich „erhebliche Bedenken“ hat insoweit BAG 5. 2. 1998 – 2 AZR 227/97 - AP Nr. 143 zu § 626 BGB.

²⁵⁸ BAG 27. 6. 2002 – 2 AZR 367/01 - DB 2003, 102, 103; BAG 24. 6. 2004 – 2 AZR 215/03 - AP Nr. 278 zu § 613a BGB = ZTR 2005, 157 = AiB 2005, 129 mit Anm. Letsche.

²⁵⁹ Wie vorhergehende Fn.

²⁶⁰ BAG 27. 6. 2002 – 2 AZR 367/01 - DB 2003, 102, 103.

²⁶¹ BAG 17. 9. 1998 – 2 AZR 419/97 – NZA 1999 S. 258, 260 f.; LAG Hamm 11. 10. 1995 – 2 Sa 490/95 – LAGE § 626 BGB Nr. 92.

²⁶² BAG 24. 6. 2004 - 2 AZR 215/03 - AP Nr. 278 zu § 613a BGB; BAG 18. 5. 2006 – 2 AZR 207/05 - AuR 2006, 201.

Inwieweit die einfache und die qualifizierte Unkündbarkeit auf organisatorische Entscheidungen des Arbeitgebers zurückwirken, ist in der Rechtsprechung nicht vollständig geklärt. Wird ein Beschäftigungssicherungstarif auf Firmenebene vereinbart, der die ordentliche Kündigung für einen bestimmten Zeitraum ausschließt, so bleibt dem Arbeitgeber zwar das Recht, einen Betriebsteil auf einen Dritten zu übertragen. Dies lässt jedoch den tariflichen Sonderkündigungsschutz unberührt: Widersprechen einzelne Arbeitnehmer dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses, so können sie gleichwohl nicht gekündigt werden. Der Arbeitgeber sei „zwar in seiner unternehmerischen Freiheit uneingeschränkt geblieben“, müsse aber die Folgen tragen.²⁶³ Dies kann den Betriebsübergang wirtschaftlich relativ uninteressant machen. Insoweit besteht eine Parallele zu hohen Forderungen beim Tarifsozialplan.²⁶⁴

Beabsichtigt der Arbeitgeber eine Änderungskündigung von tariflich unkündbaren Arbeitnehmern, wird in gewissem Umfang auch das unternehmerische Konzept überprüft. Es muss die vorgeschlagenen Änderungen nicht nur notwendig machen, was im Grunde nicht mehr als die bei jeder betriebsbedingten Kündigung erfolgende Prüfung immanenter Schlüssigkeit bedeutet.²⁶⁵ Geboten ist vielmehr auch, die vereinbarten Kündigungsbeschränkungen bei der Erstellung des Konzepts zu berücksichtigen.²⁶⁶ So muss etwa auch die Arbeit in einem „home office“ in Erwägung gezogen werden, auch wenn der Arbeitgeber die unternehmerische Maßnahme treffen will, alle Arbeit müsse im Betrieb erbracht werden.²⁶⁷ Der Arbeitgeber hat außerdem darzulegen und zu beweisen, dass keine alternativen Beschäftigungsmöglichkeiten bestehen.²⁶⁸

2. Weitere Fragen, insbesondere Standortverträge

Tarifverträge können zahlreiche Regelungen enthalten, die all jene unternehmerischen Entscheidungen betreffen, die unmittelbaren Arbeitnehmerbezug haben und insbesondere Entgelte und Arbeitsbedingungen betreffen. Auch die Frage, mit welcher Art von Arbeitsverhältnissen im Betrieb gearbeitet wird, ist tariflich regelbar. So lässt sich etwa eine „Teilzeitquote“ festlegen, die nicht überschritten werden darf,²⁶⁹ und denkbar ist auch ein Verbot von 400-Euro-Jobs.²⁷⁰ Einwände stützen sich auf ein (angeblich) fehlendes beschäftigungspolitisches

²⁶³ BAG 30. September 2004 – 8 AZR 462/03 – NZA 2005, 43, 50; s. auch LAG Berlin 3. April 2001 – 3 Sa 2778/00 – AuR 2001, 237; ArbG Bremen 5. April 2000 – 5 Ca 5172/99 – AiB 2001, 303.

²⁶⁴ S. oben Fn. 243.

²⁶⁵ S. oben § 2 III 2.

²⁶⁶ BAG 26. März 2009 - 2 AZR 879/07 – NZA 2009, 679, 683 Tz 61.

²⁶⁷ So BAG a. a. O.

²⁶⁸ BAG 26. März 2009 - 2 AZR 879/07 – NZA 2009, 679, 683 Tz 57.

²⁶⁹ BAG 27. 4. 2004 – 9 AZR 522/03 – NZA 2004, 1225; BAG 21. 11. 2006 – 9 AZR 138/06 – AP Nr. 18 zu § 8 TzBfG; Kempen/Zachert-Zachert § 1 Rn 396 a. E.; Däubler-Hensche/Heuschmid, TVG, § 1 Rn 660; Thüsing/Braun-Mengel/Burg S. 381.

²⁷⁰ Däubler-Hensche/Heuschmid § 1 Rn 660; Thüsing/Braun-Mengel/Burg S. 382 f.

Mandat,²⁷¹ nicht auf die unternehmerische Autonomie.²⁷² Rechtlich zulässig, wenn auch wenig verbreitet, ist weiter eine „Befristungsquote“, wonach der Anteil der befristet Beschäftigten an der Gesamtbelegschaft z. B. einen Anteil von 5 % nicht übersteigen darf.²⁷³ Auch gegen eine „Leiharbeitsquote“ bestehen keine Bedenken; sie findet sich nicht selten in Betriebsvereinbarungen,²⁷⁴ könnte aber auch Gegenstand eines Tarifvertrags sein. Schließlich kann der Arbeitgeber verpflichtet werden, bestimmte (oder alle) betrieblichen Aufgaben nur durch bei ihm beschäftigte Arbeitnehmer, nicht aber durch Selbständige erledigen zu lassen. Dies läuft auf eine Beschränkung oder einen Ausschluss des Outsourcings hinaus. Ob dies in Form einer negativen Inhaltsnorm²⁷⁵ auch im normativen Teil eines Tarifvertrags möglich ist, bedarf hier keiner Vertiefung.

Kontrovers wird die vom BAG nicht entschiedene Frage diskutiert, ob ein Tarifvertrag für bestimmte Arbeitsplätze oder Betriebe den bisherigen Standort festschreiben darf.²⁷⁶ Hier lässt sich differenzieren. Legt man die Entscheidung des BAG zum Personalbemessungssystem zugrunde, so muss man eine tarifliche Regelbarkeit bejahen. Bei einer Verlagerung oder (Teil) Stilllegung lassen sich die wirtschaftliche und soziale Seite nicht trennen; immer sind auch Arbeitsplätze betroffen.²⁷⁷ Die „reine“ unbeeinflusste unternehmerische Autonomie kommt nur dort zur Geltung, wo sich keine negativen Auswirkungen auf die Belegschaft ergeben. Dies wird unter Umständen bei Maßnahmen der Fall sein, die sich ausschließlich auf die Märkte für Waren, Dienstleistungen oder Kapital beziehen.²⁷⁸ Ob sich der Unternehmer entschließt, seine Produkte auch auf dem französischen Markt zu vertreiben oder ob er ein Darlehen von der X-Bank oder der Y-Bank aufnimmt, das dürften keine Fragen sein, die der tariflichen Regelung zugänglich sind. Ist dagegen wie bei einer Schließung oder Verlagerung des Betriebs der Verlust von Arbeitsplätzen automatisch mit der unternehmerischen Entscheidung verbunden, ist wegen dieser denkbar intensiven „Einwirkung“ auf die Arbeitsverhältnisse die tarifliche Regelbarkeit gegeben.

Auch unabhängig von der Rechtsprechung des BAG muss man zum selben Ergebnis kommen. Bei Verhandlungen über die Beibehaltung oder Verlagerung

²⁷¹ Löwisch/Rieble § 1 Rn 956, 957.

²⁷² Erwiderung auf Löwisch/Rieble bei Däubler-Henschke/Heuschmid, TVG, § 1 Rn 660.

²⁷³ BAG 27. 4. 1988 – 7 AZR 593/87 - DB 1988, 1803, 1804 rechte Spalte; KDZ-Däubler § 22 TzBfG Rn 6; KR-Bader § 4 TzBfG Rn 4 a. E.

²⁷⁴ Kempen/Zachert-Zachert § 1 Rn 445.

²⁷⁵ Dazu Wiedemann-Thüsing § 1 Rn 337 ff.

²⁷⁶ Überblick über den Diskussionsstand bei Däubler-Henschke/Heuschmid, TVG, § 1 Rn 939 ff. Für tarifliche Regelbarkeit Kittner/Zwanziger/Deinert-Deinert § 8 Rn 135.

²⁷⁷ Differenzierend je nach Anlass der Betriebsänderung Wiedemann-Wiedemann Einl. Rn 444. Abgesehen davon, dass sich Anlässe („Absatzschwierigkeiten“, „Lohnkostensenkung durch Verlagerung“) meist nicht sauber trennen lassen, sind die Arbeitnehmer in beiden Fällen in gleichem Maße betroffen; lediglich der Spielraum für tarifliche Regelungen dürfte unterschiedlich groß sein.

²⁷⁸ Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn 175b; zustimmend Kühling/Bertelsmann NZA 2005, 1017, 1023.

eines Standorts können sich beide Seiten auf ihr Grundrecht der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG berufen.²⁷⁹ Art. 9 Abs. 3 bietet die Instrumente, um insoweit zu einem Ausgleich zu gelangen.²⁸⁰ Im Rahmen der „Interessenabstimmung“ mit der Arbeitnehmerseite kann der Arbeitgeber nicht mehr unantastbare Spielräume für sich reklamieren als er sie im Verhältnis zu anderen Grundrechtsträgern besitzt. Dort kann er sich aber in vielfältiger Weise binden, was im Extremfall bis zur Unterstellung der gesamten Unternehmenspolitik unter die Leitungsmacht einer Konzernleitung reichen kann. Bekannt ist die Abhängigkeit von Zulieferern und Vertriebsgesellschaften, deren Dispositionsfreiheit gegen null gehen kann. Spätestens dann, wenn Kredite notleidend werden, ist auch mit Vorgaben und Leitlinien der Banken zu rechnen.²⁸¹ Art. 9 Abs. 3 kann ersichtlich nicht den Sinn haben, die nach allgemeinen Grundsätzen bestehenden Bindungsmöglichkeiten einzuschränken und so die Arbeitnehmerseite mit einem minderen Status in dem Sinne zu versehen, dass ihr gegenüber nicht dasselbe Maß an inhaltlicher Gestaltungsfreiheit besteht. Das in Art. 9 Abs. 3 GG mitgarantierte Streikrecht führt nur dazu, gleiche Verhandlungschancen herbeizuführen, die im Verhältnis zu anderen Unternehmen (Lieferanten, Banken und Abnehmer) im Regelfall als selbstverständlich zugrunde gelegt werden.

Für die Arbeitgeberseite steht bei Standortentscheidungen in der Regel eine wichtige Frage der Berufsausübung auf dem Spiel. Im Einzelfall kann es – insbesondere bei kleineren Unternehmen – auch um eine Frage der Berufswahl gehen, wenn der Inhaber sich insgesamt aus dem Geschäft zurückziehen möchte, weil er keine Entwicklungschancen mehr sieht oder weil er aus Altersgründen ausscheiden möchte. Hier ist der „personale“ Charakter des Grundrechts betroffen.²⁸² Dies werden allerdings seltene Ausnahmefälle sein, zumal den wirtschaftlichen Interessen des „Ausstiegswilligen“ meist besser damit gedient ist, dass er das Unternehmen insgesamt an einen Interessenten veräußert, der es in irgendeiner Form fortführen will. Auf Arbeitnehmerseite wird die Freiheit der Berufswahl sehr viel schneller, d. h. in all den Fällen tangiert, in denen der betriebsbedingt Gekündigte keine realistische Chance mehr hat, im erlernten Beruf eine einigermaßen vergleichbare Tätigkeit zu finden. Nur wenn ihm dies mit hoher Wahrscheinlichkeit gelingen wird, kann von einer Frage der Berufsausübung die Rede sein.

Soweit es nur um die Berufsausübung geht, können sich im Rahmen der von Art. 9 Abs. 3 GG ermöglichten gleichgewichtigen Verhandlungen die Beteiligten im Grunde auf beliebige Lösungen verständigen: Man kann festlegen, dass

²⁷⁹ Däubler-Henschel/Heuschmid, TVG, § 1 Rn 945.

²⁸⁰ Ähnlich Wolter RdA 2002, 218, 226: kollektiv ausgeübte Berufsfreiheit.

²⁸¹ S. die Schilderung bei Däubler-Henschel/Heuschmid, TVG, § 1 Rn 944. Ähnliche Überlegungen bei Däubler, Das Grundrecht auf Mitbestimmung und seine Realisierung durch tarifliche Begründung von Beteiligungsrechten, 3. Aufl., Frankfurt/Main-Köln 1975, S. 334 ff.

²⁸² Vgl. Kühling/Bertelsmann, NZA 2005, 1017, 1023 ff.

die Schließung oder Verlagerung völlig unterbleibt, aber auch, dass sie ganz genau so realisiert wird, wie sie sich der Arbeitgeber von Anfang an vorgestellt hat. In der Praxis wird es weniger derartige Extremlösungen als vielmehr Kompromisse geben, die z. B. eine zeitliche Streckung und eine Begrenzung auf einen kleineren Personenkreis vorsehen können. Die Situation ändert sich, wenn auf der einen oder anderen Seite die Berufswahlfreiheit in Rede steht. Dies ist für die Arbeitgeberseite deutlich herausgearbeitet worden: Wer als Unternehmer seine Tätigkeit beenden möchte, kann nicht durch eine streikweise erkämpfte Vereinbarung zum Weitermachen gezwungen werden.²⁸³ Geht es allerdings nur darum, eine Strategie des „Gesundshrumpfens“ zu realisieren oder die Produktion an einem anderen Standort zu konzentrieren, sind erkämpfbare tarifliche Regelungen möglich. Dabei wird nicht anders als bei Lohnverhandlungen unterstellt, dass die unterschiedlichen Interessen zu einem angemessenen Kompromiss führen, zumal eine Jahrzehnte alte Erfahrung dafür spricht, dass die Beschäftigten nicht ihre Arbeitsplätze und damit ihre Existenzgrundlage durch irrationales Verhalten im Arbeitskampf in Gefahr bringen werden.

Ist auf Arbeitnehmerseite die Berufswahl betroffen, so macht dies die unternehmerische Maßnahme nicht etwa rechtswidrig und unwirksam. Vielmehr besteht lediglich eine erhöhte Legitimation dafür, dass die Beschäftigten ihre Interessen im Rahmen der durch Art. 9 Abs. 3 GG ermöglichten Verfahren wahrnehmen. Ist auf Arbeitgeberseite gleichfalls die Berufswahl tangiert, wäre eine „praktische Konkordanz“ etwa in der Weise möglich, dass der „ausstiegswillige“ Unternehmer doch noch für eine kurze Zeit seine Tätigkeit fortsetzt, um so den besonders stark betroffenen Arbeitnehmern eine bessere Chance zu verschaffen, eine angemessene Alternativbeschäftigung zu finden.

„Standortvereinbarungen“ werden sich meist nur mit Hilfe des obligatorischen Teils des Tarifvertrags oder durch einen „sonstigen Kollektivvertrag“ realisieren lassen. Auch eine verbindliche, einseitige Zusage des Arbeitgebers kommt in Betracht, doch sind hier immer auch die möglichen Sanktionen zu bedenken, die bei Nichteinlösung des Versprochenen Platz greifen sollen. Sinnvoller als ein Erfüllungsanspruch (wie will man eine Verurteilung zur Fortführung eines Betriebs oder Unternehmens vollstrecken?) sind finanzielle Konsequenzen, die etwa darin bestehen könnten, dass entgegen der Zusage Gekündigte Entgeltfortzahlung für drei Jahre (oder gar bis zur Rente) verlangen können. Auch wäre daran zu denken, dass der Arbeitgeber einen größeren Betrag in einen „Arbeitnehmerfonds“ einzahlen muss, aus dem eine zusätzliche Altersrente gespeist wird. Einzelne, wenige Fragen können auch im normativen Teil des Tarifvertrags geregelt werden; dies gilt etwa für die Mindestzahl an Beschäftigten, die in einer Betriebsnorm festgeschrieben werden kann.

²⁸³ So auch Kühling/Bertelsmann, NZA 2005, 1017, 1026.

IV. Andere Teile des Arbeitsrechts

1. Gerichtliche Kontrolle von Unternehmerentscheidungen in der Krise

In zwei spezifischen Situationen wird das Interesse der Arbeitnehmer anerkannt, nicht die Einzigen zu sein, die in der Krise des Arbeitgeberunternehmens Opfer bringen.

Zum einen geht es um die Kürzung von Altersrenten, die jedenfalls bis zum 1. 1. 1999 wegen wirtschaftlicher Notlage des Arbeitgebers möglich war.²⁸⁴ Nach der Rechtsprechung des BAG²⁸⁵ muss der Bestand des Unternehmens gefährdet sein. Ein unabhängiger Sachverständiger muss durch Gutachten die wirtschaftliche Situation und ihre Ursachen im Einzelnen darlegen. Weiter wird vorausgesetzt, dass der Arbeitgeber einen Sanierungsplan entwickelt. Danach muss die Rentenkürzung für die Erreichung des Sanierungsziels unerlässlich sein, was voraussetzt, dass andere Beteiligte gleichfalls Opfer bringen: Auch die aktiven Arbeitnehmer einschließlich der „Spitzenkräfte“ und der Organmitglieder sowie „der Arbeitgeber“, so dass auch die Gesellschaftsanteile an Wert verlieren.²⁸⁶ Eine Beteiligung der Gläubiger, insbesondere der Banken ist in diesem Zusammenhang nicht vorgesehen.²⁸⁷ Ist die Stilllegung des Unternehmens beschlossen, besteht für ein Opfer der Rentner keine Veranlassung mehr.²⁸⁸

Zum andern geht es um die Änderungskündigung zum Zwecke der Lohnherabsetzung. Sie setzt eine schlechte wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers oder eine mangelnde Rentabilität des Betriebes voraus, die ohne die beabsichtigte Entgeltabsenkung zum Abbau von Arbeitsplätzen führen würde. Nicht anders als bei der Kürzung von Betriebsrenten oder Rentenanwartschaften wird auch hier ein umfassender Sanierungsplan verlangt, aus dem sich ergibt, dass keine mildereren Mittel zur Verfügung stehen und dass sich auch andere am Unternehmen Interessierte an der Sanierung beteiligen.²⁸⁹ Dabei sind auch mögliche Sanierungsbeiträge der Gläubiger, etwa der Banken, in die Betrachtung einzubeziehen.²⁹⁰

²⁸⁴ Dazu Blomeyer/Otto § 7 Rn 116: Seither kein Widerruf wegen wirtschaftlicher Notlage mehr.

²⁸⁵ Grundlegend BAG 10. 12. 1971 – 3 AZR 190/71 – AP Nr. 154 zu § 242 BGB Ruhegehalt.

²⁸⁶ BAG 8. 7. 1972 – 3 AZR 481/71 – AP Nr. 157 zu § 242 BGB Ruhegehalt; BAG 18. 5. 1977 – 3 AZR 371/76 – AP Nr. 175 zu § 242 BGB Ruhegehalt = NJW 1977, 1982.

²⁸⁷ Anders durch die Regelung des sog. Chapter 11 in den USA – dazu Däubler, Die Zukunft des Arbeitsrechts, AuR 2005, 1, 5.

²⁸⁸ BAG 8. 7. 1972 – 3 AZR 481/71 – AP Nr. 157 zu § 242 BGB Ruhegehalt.

²⁸⁹ Aus der Rechtsprechung s. etwa BAG 16. 5. 2002 – 2 AZR 292/01 – NZA 2003, 147; BAG 20. 8. 1998 – 2 AZR 84/98 – AP Nr. 50 zu § 2 KSchG 1969 = NZA 1999, 255; BAG 12. 11. 1998 – 2 AZR 91/98 – AP Nr. 51 zu § 2 KSchG 1969 = NZA 1999, 471; BAG 12. 1. 2006 – 2 AZR 126/05 – AP Nr. 82 zu § 2 KSchG 1969; BAG 1. 3. 2007 – 2 AZR 580/05 – AP Nr. 207 zu § 626 BGB = NZA 2007, 1445; aus der Literatur s. insbesondere KR-Rost § 2 KSchG Rn 107a ff. m. w. N.

²⁹⁰ BAG 12. 11. 1998 – 2 AZR 91/98 – AP Nr. 51 zu § 2 KSchG 1969 = NZA 1999, 255; dazu KDZ-Zwanziger § 2 KSchG Rn 169.

In beiden Fällen sieht sich der Arbeitgeber in seinen unternehmerischen Dispositionen weitgehenden Beschränkungen ausgesetzt. Dies betrifft einmal das Verfahren, wie er zu einer bestimmten Entscheidung kommen kann. Im Falle der Betriebsrenten ist die Einschaltung eines Sachverständigen obligatorisch, bei der Änderungskündigung zur Entgeltherabsetzung bietet sie sich quasi zwingend an, weil ein umfassender Sanierungsplan schwerlich allein mit „Bordmitteln“ aufgestellt werden kann. Inhaltlich wird die Kürzungsentscheidung an zahlreiche Bedingungen gebunden, wobei die Einbeziehung auch der Eigentümer und ggf. der Gläubiger neue Entscheidungsparameter schafft, die vom üblichen und frei gewählten Muster erheblich abweichen. Insgesamt ergibt sich das Bild einer in vielfältiger Weise „gebundenen“ unternehmerischen Entscheidung.

2. Arbeitsschutzrecht

Nach § 10 Abs. 1 Nr. 15 ArbZG ist Sonntagsarbeit dann zulässig, wenn bei einer Unterbrechung des Arbeitsprozesses Rohstoffe verderben oder Arbeitsergebnisse misslingen würden. Ob diese Voraussetzungen vorliegen, hängt ersichtlich von der eingesetzten Technologie ab. Angesichts des grundsätzlichen Verbots der Sonntagsarbeit nach Art. 140 GG in Verbindung mit Art. 139 WRV liegt die Frage nahe, ob nicht von vorne herein eine „robuste“ (aber ggf. teurere) Technologie eingesetzt werden muss, um einen solchen „Notfall“ zu vermeiden. In einer Entscheidung aus dem Jahre 1963 stellte sich das BayObLG²⁹¹ der Problematik und nahm einen differenzierten Standpunkt ein: Die die Sonntagsarbeit notwendig machende Arbeitsmethode sei dann zu unterlassen, wenn die mit ihr erzielbaren Vorteile „bei einer billigen Abwägung gegenüber den sozialen Nachteilen der Sonntagsarbeit nicht erheblich sind.“ Wegen geringer wirtschaftlicher oder technischer Verbesserungen soll also die Sonntagsruhe nicht aufs Spiel gesetzt werden. Auf das Kündigungsschutzrecht übertragen, würde dies bedeuten, dass wegen geringer wirtschaftlicher Vorteile kein Arbeitsplatz weg-rationalisiert werden darf.

Das Arbeitsschutzrecht verpflichtet den Arbeitgeber zu zahlreichen Maßnahmen, die auch die betriebliche Organisation betreffen.²⁹² Hervorhebung verdient eine BAG-Entscheidung vom 17. Februar 1998,²⁹³ wonach die zum Schutz des einzelnen Arbeitnehmers zu treffenden Maßnahmen nicht allein den arbeitsschutzrechtlichen Normen zu entnehmen seien. Das Arbeitsschutzrecht würde nur Mindestanforderungen formulieren. Vielmehr müsse auch auf die besondere Anfälligkeit eines Beschäftigten z. B. gegenüber Tabakrauch Rücksicht genommen werden, da § 618 BGB die Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls verlange.

²⁹¹ BayObLG 10. 1. 1963 – 4 St 236/62 - AP Nr. 1 zu § 105c GewO.

²⁹² Überblick bei Däubler, Arbeitsrecht 2, Rn 332 ff.

²⁹³ BAG 17.2.1998 – 9 AZR 84/97 – DB 1998, 2068.

3. Anspruch auf Verkürzung der Arbeitszeit nach § 8 TzBfG und unternehmerische Entscheidungen

Nach § 8 Abs. 1 TzBfG kann ein Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis bereits sechs Monate bestanden hat, verlangen, dass seine vertraglich vereinbarte Arbeitszeit verringert wird. Der Arbeitgeber kann einen solchen Wunsch nach § 8 Abs. 4 Satz 1 TzBfG (nur) aus betrieblichen Gründen ablehnen. Ein betrieblicher Grund liegt nach § 8 Abs. 4 Satz 2 „insbesondere“ vor, wenn die Verringerung der Arbeitszeit die Organisation, den Arbeitsablauf oder die Sicherheit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt oder unverhältnismäßige Kosten verursacht. Das Verweigerungsrecht des Arbeitgebers ähnelt in gewissem Maße den „dringenden betrieblichen Erfordernissen“, die eine betriebsbedingte Kündigung rechtfertigen. Kommt den unternehmerischen Dispositionen auch im Rahmen des § 8 TzBfG eine vergleichbar wichtige Funktion zu?

Rund zweieinhalb Jahre nach Inkrafttreten des TzBfG hat das BAG eine Serie von Entscheidungen erlassen,²⁹⁴ die sich primär auf den Fall einer wesentlichen Beeinträchtigung der Organisation bezogen; die anderen Beispiele und die Generalklausel des Satzes 1 spielten demgegenüber eine eher nachgeordnete Rolle. Das Gericht entwickelte ein Drei-Stufen-Schema, nach dem die inhaltliche Prüfung vorzunehmen ist.²⁹⁵

- Zunächst ist zu prüfen, ob der Arbeitgeber ein Organisationskonzept besitzt, das auch effektiv praktiziert wird und das konkrete Auswirkungen auf die Gestaltung der Arbeitszeit hat.
- Auf der zweiten Stufe kommt es dann darauf an, ob die vom Arbeitnehmer gewünschte Arbeitszeit im Widerspruch zu diesem Konzept steht oder ob sich beide in Einklang bringen lassen.
- Besteht effektiv ein Widerspruch, so ist zu prüfen, ob dies zu einer „wesentlichen Beeinträchtigung“ der Organisation, der Arbeitsabläufe usw. führt, ob also die betrieblichen Interessen so erheblich sind, dass hinter ihnen der Teilzeitwunsch zurückstehen muss. Unwesentliche Beeinträchtigungen hat der Arbeitgeber hinzunehmen. An anderer Stelle ist davon die Rede, seine Gründe müssten zwar nicht „dringend“, wohl aber „hinreichend gewichtig“ sein.²⁹⁶

Was als Organisationskonzept in Betracht kommt, lässt sich nicht abschließend bestimmen. Aus der Rechtsprechung des BAG ist etwa ein heilpädagogisches

²⁹⁴ AP Nr. 1 ff. zu § 8 TzBfG.

²⁹⁵ Grundlegend BAG 18. 2. 2003 – 9 AZR 164/02 - NZA 2003, 1392 = AP Nr. 2 zu § 8 TzBfG, bestätigt u. a. in BAG 27. 4. 2004 – 9 AZR 522/03 - AP Nr. 12 zu § 8 TzBfG = NZA 2004, 1225.

²⁹⁶ BAG 27. 4. 2004 – 9 AZR 522/03 - AP Nr. 12 zu § 8 TzBfG = NZA 2004, 1225; BAG 21. 6. 2005 – 9 AZR 409/04 - Nr. 14 zu § 8 TzBfG.

Konzept in einem Kindergarten zu erwähnen, das nicht mehr voll hätte umgesetzt werden können, wenn die Betreuungsperson erheblich früher als die Kinder nach Hause gegangen wäre.²⁹⁷ Grundsätzlich zu respektieren ist auch die Vorstellung eines Arbeitgebers, grundsätzlich jeden Kunden von einem bestimmten Verkäufer betreuen zu lassen, doch fehlt es an der praktischen Umsetzung, wenn die Wochenarbeitszeit der Verkäufer 37,5 Stunden, die Öffnungszeiten des Geschäfts aber 62 Stunden betragen. Hier scheidet der Einwand des Arbeitgebers schon auf der ersten Stufe.²⁹⁸ Wird nur im Einzelfall aufgrund besonderer Gründe von der selbst gesetzten Regel abgewichen, ist dies ohne Relevanz.²⁹⁹ Auch ein künstlerisches Konzept kann ausreichen („Jeder Orchestermusiker muss das ganze Repertoire spielen können“), doch muss es nachvollziehbare Gründe geben, weshalb es durch eine bestimmte Arbeitszeitgestaltung beeinträchtigt sein soll.³⁰⁰ Das jeweilige Konzept muss so substantiiert sein, dass sich seine Auswirkungen auf die Arbeitszeit nachvollziehen lassen; die bloße Bekundung, die Arbeitsabläufe „bestmöglich“ und „effektiv“ zu gestalten, reicht nicht aus.³⁰¹ Auch die Behauptung, durch Vollzeitbeschäftigung eine höhere Kundennähe zu schaffen, genügt als solche nicht,³⁰² ebenso wenig die Befürchtung, durch die Arbeitszeitverkürzung würde im Betrieb Unzufriedenheit entstehen.³⁰³ Eine Bank verfolgt beispielsweise das Konzept „one face to the customer“ bei der Beratung und „grundsätzlich“ auch im Kassenbereich. Wird dort von einer Person nur noch Teilzeit gearbeitet, ist das Konzept nicht „wesentlich“ beeinträchtigt.³⁰⁴ Betriebliche Gründe, die gegen die gewünschte Verkürzung der Arbeitszeit sprechen, können sich auch aus anderen Umständen ergeben, doch kann hier eine nähere Darstellung unterbleiben.³⁰⁵

Die genannten Entscheidungen machen deutlich, dass es auch im Rahmen des § 8 TzBfG um eine Art Schlüssigkeitprüfung geht. Das organisatorische Konzept wird als solches zugrunde gelegt und nicht auf seine Sinnhaftigkeit hin befragt. Wie im Rahmen des § 1 Abs. 2 KSchG gibt es nur eine nie praktisch werdende Willkürkontrolle. Inhaltlich geht es allein darum, ob das Konzept konsequent umgesetzt wird und ob eine „Ausscheren“ eines einzelnen Arbeitnehmers ins Gewicht fallende Rückwirkungen hätte. Insoweit ist die Intensität des „Eingriffs“ in das Konzept von Bedeutung – ein Gesichtspunkt, der nach herrschender Auffassung trotz des Erfordernisses der „Dringlichkeit“ der betrieblichen

²⁹⁷ BAG 19. 8. 2003 – 9 AZR 542/02 - AP Nr. 4 zu § 8 TzBfG = ZTR 2004, 542.

²⁹⁸ BAG 30. 9. 2003 – 9 AZR 665/02 - AP Nr. 5 zu § 8 TzBfG = NZA 2004, 382.

²⁹⁹ BAG 19. 8. 2003 – 9 AZR 542/02 - AP Nr. 4 zu § 8 TzBfG = ZTR 2004, 542.

³⁰⁰ Abgelehnt im Fall BAG 27. 4. 2004 – 9 AZR 522/03 - AP Nr. 12 zu § 8 TzBfG = NZA 2004, 1225.

³⁰¹ BAG 18. 5. 2004 – 9 AZR 319/03 - AP Nr. 3 zu AVR Caritasverband Anlage 5 = NZA 2005, 108.

³⁰² LAG Köln 3. 2. 2006 – 11 (13) Sa 1246/05 - AuR 2006, 252; zustimmend Laux/Schlachter § 8 TzBfG Rn 128.

³⁰³ ArbG Wetzlar 26. 9. 2001 – 2 Ca 147/01 - AiB 2002, 766.

³⁰⁴ BAG 16. 10. 2007 – 9 AZR 239/07 – AP Nr. 23 zu § 8 TzBfG = NZA 2008, 289.

³⁰⁵ S. ErfK-Preis § 8 TzBfG Rn 23 ff.; Schaub-Linck § 43 Rn 114 ff.

Erfordernisse bei der betriebsbedingten Kündigung bisher keine Rolle spielt.³⁰⁶ Im Rahmen einer Interessenabwägung könnte er jedoch sehr wohl Beachtung finden.

³⁰⁶ Dass die unternehmerische Freiheit hier stärker eingeschränkt ist als im Rahmen des § 1 Abs. 2 KSchG konstatiert auch Rost, Jahrbuch des Arbeitsrechts 29 (2002) S. 100. Ähnlich P. Stein AuR 2003, 99, 103.

§ 5: Die unternehmerische Freiheit in anderen Teilen der Rechtsordnung

I. Einleitung

Auch in Materien außerhalb des Arbeitsrechts spielt die unternehmerische Betätigungsfreiheit eine gewichtige Rolle. Allerdings muss sie sich eine Reihe von Eingriffen gefallen lassen, die erheblich weiter als im Arbeitsrecht gehen. Dies soll zunächst am Beispiel des Kartellrechts (unten II), dann am Beispiel des Steuer- und Abgabenrechts (unten III) und schließlich für den Fall des Bau- und Umweltschutzrechts (unten IV) deutlich gemacht werden.

II. Die Kontrolle marktbeherrschender Unternehmen nach § 19 GWB

Nach § 19 Abs. 1 GWB ist die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen verboten. § 19 Abs. 2 und 3 GWB definiert im Einzelnen das „marktbeherrschende Unternehmen“, § 19 Abs. 4 GWB nennt die wichtigsten Beispiele für einen Missbrauch. Dabei werden drei Fallgruppen unterschieden.

- Ein sog. Behinderungsmissbrauch liegt dann vor, wenn Konkurrenten durch zu niedrige Preise vom Markt verdrängt werden sollen, ohne dass die Preise durch vernünftige kaufmännische Erwägungen gerechtfertigt wären.³⁰⁷ Eine solche „Strategie des langen Atems“ liegt etwa dann vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen über drei Wochen lang Waren unter Einstandspreis verkauft. Die „Billigpreisstrategie“ kann auch mit Hilfe von Treue- und Jahresumsatzrabatten praktiziert werden.³⁰⁸

- Ein sog. Ausbeutungsmissbrauch liegt u. a. dann vor, wenn die verlangten Entgelte über denen liegen, die sich mit hoher Wahrscheinlichkeit bei wirksamem Wettbewerb ergeben hätten. Die Bestimmung des hypothetischen Preisniveaus unter Wettbewerbsbedingungen (sog. Vergleichsmarktkonzept) ist mit erheblichen Unsicherheiten belastet; die Kartellbehörden greifen daher auch auf andere Indizien wie eine besonders große Differenz zwischen Herstellungskosten und Verkaufspreis zurück.³⁰⁹

³⁰⁷ S. etwa Bechtold § 19 Rn 79; Schulte/Just § 19 Rn 108.

³⁰⁸ Bechtold § 19 Rn 79.

³⁰⁹ Bechtold § 19 Rn 93; Schulte/Just § 19 Rn 144. Vgl. auch Frankfurter Kommentar zum GWB – Weyer § 19 GWB 2005 Rn 1232.

- Dritte Form ist der sog. Strukturmissbrauch. Er liegt dann vor, wenn das marktbeherrschende Unternehmen auf verschiedenen Märkten unterschiedliche Preise verlangt oder unterschiedliche Geschäftsbedingungen zugrunde legt, ohne dafür einen sachlichen Grund zu haben. Dabei muss der höhere Preis langfristig über die Kosten einschließlich einer angemessenen Kapitalverzinsung hinausgehen.³¹⁰ Die Beweislast für den sachlichen Grund liegt beim marktbeherrschenden Unternehmen.³¹¹

In allen drei Fällen wird eine für das Unternehmen zentrale Entscheidung – nämlich die Festlegung der für die eigenen Leistungen verlangten Preise – Restriktionen unterworfen, die sehr fühlbar sein können. Dabei ist zu beachten, dass Verstöße gegen § 19 GWB nicht nur zum Schadensersatz verpflichten, sondern nach § 81 GWB auch eine Ordnungswidrigkeit darstellen. Diese kann nach § 81 Abs. 4 GWB mit einer Geldbuße von bis zu 1 Mio. Euro sanktioniert werden. Auch können die durch den Missbrauch erlangten wirtschaftlichen Vorteile bis zur selben Höhe abgeschöpft werden – eine Sanktion, die auch im Arbeitsrecht, insbesondere im Arbeitsschutz- und Arbeitszeitrecht von erheblichem Nutzen wäre, die dort aber bislang kaum angedacht wurde. Bemerkenswert ist im Übrigen, dass niemand die Eignung der ordentlichen Gerichte anzweifelt, Maßnahmen der Kartellbehörden im Rahmen des § 19 GWB zu überprüfen, obwohl es um sehr komplexe wirtschaftliche Fragen gehen kann.

III. Steuern und Abgaben

Die Rechtsprechung akzeptiert recht weitgehende Eingriffe in die unternehmerische Betätigungsfreiheit, wenn die Auferlegung von Steuern und Abgaben zur Debatte steht. Am Beispiel der sog. Mineralölbevorratung hat das Bundesverfassungsgericht schon vor vielen Jahren entschieden, die Auferlegung bestimmter Pflichten durch den Staat sei eine bloße Berufsausübungsregelung, die auf „vernünftige Erwägungen“ des Gemeinwohls gestützt werden könne.³¹² Dies gelte auch dann, wenn einzelne Unternehmer aufgrund der staatlichen Regelungen wirtschaftlich gezwungen wären, ihre Tätigkeit aufzugeben. Erst wenn dies zum Regelfall würde, wäre die Freiheit der Berufswahl betroffen, so dass man fragen müsste, ob es ein überragendes Gemeinschaftsinteresse gebe, das einen so weitgehenden Eingriff rechtfertigen könnte.³¹³ Auch im Zusammenhang mit der Erhöhung der Beförderungssteuer für Werkfernverkehr auf das Fünffache wurde es als rechtlich unerheblich angesehen, wenn einzelne Betroffene deshalb ihren

³¹⁰ Schulte/Just § 19 Rn 149.

³¹¹ Frankfurter Kommentar zum GWB – Weyer § 19 GWB 2005 Rn 1251.

³¹² BVerfG 16. 3. 1971 – 1 BvR 52, 665, 667, 754/66 - BVerfGE 30, 292 ff.

³¹³ BVerfG 16. 3. 1971 – 1 BvR 52, 665, 667, 754/66 - BVerfGE 30, 292, 314. Ebenso Manssen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Art. 12 Rn 195.

Betrieb einstellen mussten.³¹⁴ Dass eine Bindung an das Verhältnismäßigkeitsprinzip besteht und dass der Gesetzgeber darauf zu achten hat, dass nicht einzelnen Gruppen wesentlich stärkere Belastungen auferlegt werden,³¹⁵ wird solche Konsequenzen häufig vermeiden, kann sie jedoch nicht definitiv ausschließen. Soweit durch die Erhöhung von Steuern nicht nur einzelne Unternehmer aus dem Markt ausscheiden müssen, sondern dieser Effekt bei vielen eintritt, ist von einer unzulässigen „Erdrosselungssteuer“ die Rede.³¹⁶

IV. Bau- und Umweltschutzrecht

Die Genehmigungserfordernisse nach dem Bauordnungs- und dem Bauplanungsrecht werden im Allgemeinen als bloße Eigentumsbindung angesehen, gegen die keine verfassungsrechtlichen Bedenken sprechen.³¹⁷ Während das Eigentum verletzt ist, wenn einem Grundstück die Bebaubarkeit genommen wird,³¹⁸ sind Baugebote hinzunehmen, sofern die wirtschaftliche Zumutbarkeit für den Eigentümer gewahrt bleibt (§ 176 Abs. 3 BauGB). Das Verbot, eine Baumgruppe zu verändern, wurde vom BGH als bloße Eigentumsbindung qualifiziert.³¹⁹ Dasselbe gilt für die Erklärung zum Naturschutzgebiet.³²⁰ Hinzunehmen ist weiter, dass die Straße, an der ein Geschäft liegt, durch Bau einer anderen Straße an Bedeutung verliert und deshalb sehr viel weniger Kunden kommen.³²¹ Wird durch einen U-Bahn-Bau der Zugang zu einem gewerblich genutzten Grundstück erschwert, so hängt es von den Umständen ab, ob eine bloße Eigentumsbindung oder eine Enteignung vorliegt.³²² Ein erheblicher Rückgang der Kunden ist nicht schon für sich allein ein übermäßiger Eingriff.

Eine bloße Eigentumsbindung liegt vor, wenn eine die Umwelt belastende Nutzung des Grundstücks verboten wird.³²³ Auch dies kann die Dispositionsfreiheit des Eigentümers erheblich beeinträchtigen.

³¹⁴ BVerfG 22. 5. 1963 – 1 BvR 78/56 – BVerfGE 16, 147, 165.

³¹⁵ BVerfG 16. 3. 1971 – 1 BvR 52, 665, 667, 754/66 – BVerfGE 30, 292, 314; BVerfG 17. 10. 1984 – 1 BvL 18/82, 46/83 und 2/84 – BVerfGE 68, 155, 173.

³¹⁶ BVerfG 1. 4. 1971 – 1 BvL 22/67 – BVerfGE 31, 8, 23.

³¹⁷ S. statt aller Depenheuer, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Art. 14 Rn 299 ff.

³¹⁸ Depenheuer, a. a. O. Art. 14 Rn 303; Sachs-Wendt Art. 14 Rn 125.

³¹⁹ BGH 25. 3. 1957 – III ZR 253/55 – DÖV 1957, 669 - Buchendom.

³²⁰ Depenheuer, a. a. O. Art. 14 Rn 345; Sachs-Wendt Art. 14 Rn 131.

³²¹ BGH 26. 5. 1967 – III ZR 143/66 – BGHZ 48, 58 – Rheinuferstraße.

³²² BGH 20. 12. 1971 – III ZR 79/69 – BGHZ 57, 359, 365 – Frankfurter U-Bahn.

³²³ BGH 18. 12. 1986 – III ZR 174/85 – BGHZ 99, 262, 269; ebenso Sachs-Wendt Art. 14 Rn 130.

V. Bewertung

Die Einschränkungen der unternehmerischen Freiheit, die das Kartellrecht und das öffentliche Recht vorsehen, sind beträchtlich. Sie gehen ersichtlich weit über das hinaus, was zugunsten der Arbeitnehmer akzeptiert wird. Dies macht den Spielraum deutlich, den der Gesetzgeber bzw. die an seine Stelle tretende Rechtsprechung auch im Arbeitsrecht hätte. Wenn davon sehr wenig Gebrauch gemacht wurde, so ist dies nicht auf zwingende juristische Gründe zurückzuführen.

§ 6: Ein Blick über die Grenzen – rechtliche Schranken für die betriebsbedingte Kündigung in einigen anderen Ländern

I. Vorbemerkung

Der Schutz gegen betriebsbedingte Kündigungen ist in einzelnen Ländern unterschiedlich stark ausgeprägt. Die Varianten reichen von einem rechtlich nur wenig reglementierten „hire and fire“³²⁴ bis hin zu einem Modell der lebenslangen Beschäftigung, das eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses nur bei existenziellen Schwierigkeiten des Arbeitgebers zulässt.³²⁵ Dazwischen findet man „mittlere Lösungen“ unterschiedlichen Inhalts, bei denen etwa jede betriebsbedingte Kündigung der staatlichen Genehmigung bedarf oder automatisch einen nicht unerheblichen Abfindungsanspruch auslöst. Auch wird in vielen Ländern kein einheitliches Modell praktiziert, weil bestimmte Gruppen von Beschäftigten einen Bestandsschutz haben, der vom „Normalmodell“ deutlich nach oben oder nach unten abweicht. Als Beispiel mag man auf der einen Seite die deutschen Lebenszeitbeamten, auf der anderen Seite die Teilzeitkräfte in China nennen, die von einem Tag auf den andern und ohne jeden sachlichen Grund entlassen werden können, obwohl der generelle Kündigungsschutz in China eher über dem Niveau des deutschen Kündigungsschutzgesetzes liegt.³²⁶

Im vorliegenden Zusammenhang kann es nicht darum gehen, einen umfassenden Überblick über den Kündigungsschutz weltweit zu geben.³²⁷ Vielmehr soll nur nach Rechtsordnungen Ausschau gehalten werden, die zumindest prima facie eine weitergehende Kontrolle der unternehmerischen Entscheidungen praktizieren als das BAG im Kontext der betriebsbedingten Kündigung. Damit lässt sich besser einschätzen, welche Folgen die hier favorisierte Lösung haben könnte. Im Einzelnen sollen die Länder Holland, Japan, Italien, Frankreich und Österreich untersucht werden, die ihrem sozialökonomische Entwicklungsstand nach mit Deutschland in etwa vergleichbar sind.

³²⁴ Die USA eignen sich insoweit nur eingeschränkt als Beispiel. Zu dem insbesondere aus dem Antidiskriminierungsrecht heraus entwickelten faktischen Kündigungsschutz s. Kittner/Kohler, Kündigungsschutz in Deutschland und den USA, Beilage 4/2000 zu BB.

³²⁵ So etwa lange Zeit für einen beträchtlichen Teil der Beschäftigten in Japan. Dazu Nishitani AuR 2001, 444 ff.

³²⁶ S. Däubler/Wang, Das neue chinesische Arbeitsrecht, AuR 2008, 85, 86 f.

³²⁷ Zur deutschsprachigen Literatur s. die Zusammenstellung bei KDZ-Däubler Einl. Rn 489 - 521.

II. Holland

In den Niederlanden bedarf grundsätzlich jede vom Arbeitgeber ausgesprochene ordentliche Kündigung der staatlichen Genehmigung.³²⁸ Dabei stehen dem Arbeitgeber zwei Verfahren zur Verfügung, die quantitativ etwa in gleichem Umfang genutzt werden.³²⁹

Der Arbeitgeber kann sich einmal an die Arbeitsverwaltung wenden und dort eine Erlaubnis erwirken. Der Antrag muss sorgfältig begründet werden; in der Literatur ist von Kostenreduzierung und wirtschaftlichen Schwierigkeiten als anerkannten Gründen die Rede.³³⁰ Bei der Entscheidung ist zwischen den Interessen des Arbeitgebers und denen des Arbeitnehmers abzuwägen und auch das öffentliche Interesse zu berücksichtigen.³³¹ Die Erlaubnis wird in 85 % der Fälle erteilt,³³² und zwar in der Regel innerhalb von vier bis acht Wochen.³³³ Inwieweit in Fällen, in denen die Behörde mit hinreichender Sicherheit zu einem negativen Bescheid kommen würde, von vorne herein auf einen Antrag verzichtet wird, lässt sich den vorliegenden Veröffentlichungen nicht entnehmen. Eine wichtige Rolle spielt, ob der Arbeitgeber von vorne herein eine Abfindung angeboten hat oder nicht. Der Arbeitnehmer kann gegen die aufgrund der Erlaubnis ausgesprochene Kündigung gerichtlich vorgehen und geltend machen, die Kündigung sei „offensichtlich unfair“ gewesen; dabei sind seine Erfolgsaussichten gut, wenn der Arbeitgeber keine oder nur eine sehr niedrige Abfindung gewährt hat.³³⁴ Hervorhebung verdient eine Regelung aus dem Bereich der Kündigungsfristen: Diese steigen ähnlich wie nach § 622 Abs. 2 BGB mit der Dauer der Betriebszugehörigkeit an und stellen ein den Arbeitnehmer schützendes Minimum dar. Der Arbeitnehmer kann seinerseits immer mit Monatsfrist kündigen. Wird dieser Zeitraum vertraglich verlängert, so muss die vom Arbeitgeber einzuhaltende Kündigungsfrist doppelt so lang als die des Arbeitnehmers sein. Bemerkenswert ist auch die Regel, dass während der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers kein Antrag auf Erlaubnis zur Kündigung gestellt werden darf, es sei denn, die Erkrankung würde bereits länger als zwei Jahre dauern oder der Betrieb würde geschlossen.³³⁵ Eine ohne staatliche Erlaubnis ausgesprochene Kündigung ist unwirksam; der betroffene Arbeitnehmer muss dies innerhalb von sechs Monaten geltend machen.³³⁶

³²⁸ Jacobs AuR 2003, 329; Waas S. 47; Zachert S. 28. Ausnahmen existieren für die Kündigung während der Probezeit und in der Insolvenz. Für Massenentlassungen gelten Sonderregelungen. Außerdem ist die außerordentliche Kündigung ausgenommen.

³²⁹ Jacobs AuR 2003, 329.

³³⁰ Henssler/Braun-Hoogendoorn/Rogmans Rn 130.

³³¹ Waas, FS Jaspers, p. 240.

³³² Jacobs AuR 2003, 329; Zachert, S. 29.

³³³ Henssler/Braun-Hoogendoorn/Rogmans Rn 129.

³³⁴ Vgl. Henssler/Braun-Hoogendoorn/Rogmans Rn 135.

³³⁵ Henssler/Braun-Hoogendoorn/Rogmans Rn 134; Jacobs AuR 2003, 329, 331.

³³⁶ Waas, FS Jaspers, p. 241.

Der Arbeitgeber kann sich zum zweiten auch direkt an das Bezirksgericht wenden und die Auflösung des Arbeitsverhältnisses beantragen. Dabei müssen „wichtige Gründe“ für dieses Ergebnis sprechen, doch wird berichtet, dass der Antrag nur in 4 % aller Fälle zurückgewiesen wird.³³⁷ Das Gericht spricht in der Regel eine Abfindung zu, deren Höhe weit über dem in Deutschland (selbst in Sozialplänen) Üblichen liegt: Für jedes Jahr der Betriebszugehörigkeit wird grundsätzlich ein Monatsgehalt bezahlt, wobei die Zeiten bis zum 35. Lebensjahr nur mit dem Faktor 0,5, von 35 bis 45 mit dem Faktor 1, von 45 bis 55 mit dem Faktor 1,5 und ab 55 mit dem Faktor 2 zählen.³³⁸ Eine Obergrenze besteht nur in der Form, dass der Gesamtbetrag nicht höher sein darf als das Entgelt, das der Gekündigte bis zur Rente erhalten hätte. Das Gericht kann die Abfindung erhöhen oder reduzieren und dabei auch die wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers berücksichtigen; davon wird allerdings nur selten Gebrauch gemacht.³³⁹

Das niederländische Modell schafft insoweit einen stärkeren Schutz, als es sehr wenige Fälle geben dürfte, in denen ein Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz ohne Abfindung aufgeben muss. Dies ist eine Folge der Interessenabwägung, die bei der Arbeitsbehörde bzw. beim Gericht erfolgt. Inwieweit die Vorschaltung einer Verwaltungsbehörde bzw. eines Gerichts dazu führt, dass bestimmte Kündigungen von vorne herein nicht ins Auge gefasst werden, lässt sich auf der Grundlage des vorliegenden Materials nicht abschließend beurteilen. Denkbar ist, dass Kündigungen, die ausschließlich der Gewinnsteigerung oder der Umstellung von Arbeitsverhältnissen auf Freie-Mitarbeiter-Verhältnisse dienen, keine Anerkennung finden würden. Auch ist ersichtlich die Kündigung wegen Krankheit nur in sehr viel engerem Rahmen als in Deutschland möglich.

III. Japan

Der ausdrücklich im Gesetz niedergelegte Kündigungsschutz beschränkte sich in Japan lange Zeit auf eine 30-tägige Kündigungsfrist.³⁴⁰ Daneben griff jedoch die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs auf den Gedanken des Rechtsmissbrauchs nach Art. 1 Abs. 3 des Zivilgesetzbuchs zurück, wonach jede Kündigung bestimmten inhaltlichen Erfordernissen genügen musste, um nicht rechtsmissbräuchlich zu sein. Speziell für die betriebsbedingte Kündigung wurden dabei strenge Voraussetzungen aufgestellt, die kumulativ gegeben sein mussten.³⁴¹

³³⁷ Jacobs AuR 2003, 329.

³³⁸ Henssler/Braun-Hoogendorn/Rogmans Rn 142 ff. Zu den günstigeren Sätzen vor dem 1. 1. 2009 s. Jacobs AuR 2003, 330.

³³⁹ Zur Reformdiskussion, die aber bisher im hier interessierenden Bereich keine Änderungen erbracht hat, s. Cuypers and Verhulp, Dismissal Law Proposals and the Flexicurity Strategy, in: Pennings, Frans; Konjin, Yvonne; Veldman, Albertine (Eds.), Social Responsibility in Labour Relations, Liber Amicorum for Teun Jaspers, 2008, p. 331, 341 ff.

³⁴⁰ Art. 20 Arbeitsstandardgesetz.

³⁴¹ Die folgende Darstellung orientiert sich an Nenninger, S. 133 ff.; Sugeno, S. 407 ff.

- Die wirtschaftliche Lage des Arbeitgeberunternehmens muss so schlecht sein, dass sie die Kündigung notwendig macht. Dabei genügen „rote Zahlen“ allein noch nicht. Auf der anderen Seite ist eine Konkursgefahr nicht vorausgesetzt, obwohl einige Gerichte auch dies verlangen.³⁴²

- Der Arbeitgeber muss alle Mittel versucht haben, um eine Kündigung zu vermeiden. Dazu gehört nicht nur die Versetzung auf eine freie Stelle, sondern auch der Versuch, den Arbeitnehmer bei „befreundeten“ Unternehmen unterzubringen. Weiter wird verlangt, Subunternehmerverträge zu kündigen und dadurch im Betrieb mehr Beschäftigungsbedarf zu schaffen. Weniger weitgehend ist der Appell an Ältere, vorzeitig in Rente zu gehen, oder der Abbau von Leiharbeit oder befristeter Beschäftigung.

- Die Auswahl zwischen den für eine Kündigung in Betracht kommenden Arbeitnehmern muss „fair“ sein. Ob dabei auch das bisherige Verhalten und die Leistung berücksichtigt werden dürfen, scheint nicht abschließend geklärt.³⁴³

- Schließlich muss auch das Verfahren „fair“ sein, d. h. es muss mit dem Betroffenen und der Gewerkschaft über die Notwendigkeit der Kündigung und mögliche Vermeidungsstrategien gesprochen werden.

Dies alles gilt nur für „reguläre“ Arbeitnehmer, die meist nach Ende ihrer Ausbildung mit der Aussicht eingestellt wurden, ihr gesamtes Berufsleben im Unternehmen zu verbringen („lebenslange Beschäftigung“). Diese Gruppe, die ursprünglich ca. zwei Drittel aller Beschäftigten ausmachte,³⁴⁴ nimmt nach verbreiteter Einschätzung seit Jahren ab. Die „nicht regulären“ Beschäftigten wie Teilzeitkräfte, Befristete und Leiharbeiter verfügen nicht über einen vergleichbaren Bestandsschutz.

Im Jahr 2003 wurde das Arbeitsstandardgesetz um eine Kündigungsschutzbestimmung erweitert, die lediglich die alten Formulierungen, die die Rechtsprechung des Obersten Gerichts entwickelt hatte, in den Gesetzestext aufnahm.³⁴⁵ Für langjährig Beschäftigte dürfte sich daher nichts geändert haben, doch sind gleichzeitig zahllose Fragen ungeregt geblieben.³⁴⁶

Die Rechtsprechung zu den Arbeitnehmern mit lebenslanger Beschäftigung bietet ein Maß an Bestandsschutz, wie wir es in Deutschland nur bei „Unkündba-

³⁴² Sugeno, S. 408.

³⁴³ Menkhaus/Meinhardt ZIAS 2004, 201, 206; Nishitani, S. 344; Sugeno, S. 409.

³⁴⁴ Die Schätzungen gehen allerdings auseinander. S. Schregle, Job Security in Japan: A Comparative View, in: Blanpain/Weiss (Hrsg.), The Changing Face of Labour Law and Industrial Relations. Liber Amicorum for Clyde Summers, Baden-Baden 1993, S. 239, 246.

³⁴⁵ Menkhaus/Meinhardt, ZIAS 2004, 201, 213.

³⁴⁶ Dazu eingehend Menkhaus/Meinhardt ZIAS 2004, 201, 214 f.

ren“ finden.³⁴⁷ Daraus kann man den Schluss ziehen, dass auch solche Formen des Kündigungsschutzes nicht dazu führen, dass die Arbeitsproduktivität und die Wirtschaftsleistung beeinträchtigt werden – das Konzept entwickelte sich in den 1950-er und 1960-er Jahren und blieb auch später so lange erhalten, wie die japanische Wirtschaft auf Erfolgskurs war. Erst in den letzten 15 Jahren, für die man von einer Stagnation der Entwicklung ausgehen muss, wurde auch das „Lebenszeitarbeitsverhältnis“ immer mehr in Frage gestellt.³⁴⁸

IV. Italien

Das italienische Kündigungsschutzrecht bestimmt die Voraussetzungen einer betriebsbedingten Kündigung nicht anders als das deutsche: Es muss eine Entscheidung über die Veränderung der Arbeitsorganisation vorliegen, die vom Gericht nur daraufhin überprüft wird, ob sie tatsächlich getroffen wurde und ob sie den Wegfall von Arbeitsplätzen zur Folge hat.³⁴⁹ Sie selbst wird nicht in Frage gestellt. Allerdings muss es einen „rechtfertigenden Grund“ auch in Kleinunternehmen geben; eine dem § 23 Abs. 1 KSchG entsprechende Vorschrift existiert nicht.³⁵⁰

Gravierende Unterschiede ergeben sich jedoch bei den Rechtsfolgen.

Bei jeder Beendigung des Arbeitsverhältnisses – durch Kündigung oder auf andere Weise – erhält der Arbeitnehmer eine Abfindung, die in etwa ein Monatsgehalt pro Jahr der Betriebszugehörigkeit ausmacht.³⁵¹ Bereits dies liegt über dem Durchschnittsniveau deutscher Sozialpläne und beläuft sich auf das Doppelte der „Musterabfindung“ nach § 1a KSchG.

Ist die Kündigung rechtmäßig, so bleibt es bei dieser Rechtsfolge, es sei denn, Tarifverträge würden eine zusätzliche Abfindung vorsehen. Der Arbeitgeber hat das Recht, den Arbeitnehmer mit sofortiger Wirkung freizustellen, muss ihm jedoch gleichzeitig die für die Dauer der Kündigungsfrist geschuldete Vergütung bezahlen. Bei Massenentlassungen ist ein besonderes Verfahren zu beachten. Besondere Gruppen von Arbeitnehmern haben Anspruch auf eine zusätzliche Abfindung in Höhe von 12 bis 36 Monatsgehältern. Außerdem muss der Arbeitgeber neun Monatsgehälter für jeden Arbeitnehmer an die Arbeitslosenversicherung bezahlen, was sich allerdings auf ein Drittel, d. h. drei Monatsgeh-

³⁴⁷ S. oben § 4 III 1.

³⁴⁸ Nishitani AuR 2001, 444, 450.

³⁴⁹ Henssler/Braun-Radocchia Rn 313 ff.; Nogler, AuR 2003, 322.

³⁵⁰ Zu den (wenigen) Ausnahmen vom Kündigungsschutz s. Nogler AuR 2003, 321, 323.

³⁵¹ “Trattamento di fine rapporto”. Einzelheiten dazu bei Roccella, *Manuale di Diritto del Lavoro*, Terza Edizione, Torino 2008, p. 355 ss.

älter verringert, wenn er sich mit den Gewerkschaften zuvor über das weitere Vorgehen verständigt hat.³⁵²

Ist die Kündigung rechtswidrig, muss man je nach Betriebsgröße unterscheiden.

Hat die Betriebsstätte weniger als 15 Mitarbeiter, so kann der Arbeitgeber wählen, ob er den Arbeitnehmer weiterbeschäftigen oder ihm eine zusätzliche Abfindung bezahlen will. Diese beträgt zwischen zweieinhalb und sechs Monatsgehältern.³⁵³ Dasselbe gilt, wenn das Unternehmen weniger als 61 Arbeitnehmer beschäftigt.

Werden diese Grenzwerte überschritten, geht das Wahlrecht auf den Arbeitnehmer über. In der Regel entscheidet er sich für die Abfindung, da einer Fortsetzung der Tätigkeit häufig psychologische Hindernisse entgegenstehen.³⁵⁴ Diese ersetzt die Entgeltfortzahlung während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und beläuft sich auf bis zu 15 Monatsgehälter.³⁵⁵ Dazu kommt ein Schadensersatzanspruch, der auch die immateriellen Nachteile umfasst.³⁵⁶ Die Arbeitgeberseite reagiert auf dieses hohe Risiko in der Weise, dass sie bei verhaltensbedingten Kündigungen sehr vorsichtig zu Werke geht und im Übrigen mit unterschiedlichen Mitteln versucht, Arbeitnehmer zu Eigenkündigungen zu veranlassen.³⁵⁷

V. Frankreich

Die betriebsbedingte Kündigung war in Frankreich bis 1986 von der Zustimmung der Arbeitsinspektion abhängig, doch scheint diese großzügig verfahren zu sein; die Personalpolitik der Unternehmen wurde jedenfalls nach verbreiteter Auffassung nicht behindert.³⁵⁸ Seit der Abschaffung dieser Regelung konzentriert sich die Diskussion auf die inhaltliche Überprüfung der betriebsbedingten Kündigung durch die Gerichte.

Nach Art. L 1233-3 Code du Travail (bisher: Art. L 321-1) können Kündigungen insbesondere wegen wirtschaftlicher Schwierigkeiten oder technologischer Veränderungen ausgesprochen werden. Ob diese Voraussetzungen gegeben sind, wird von den Gerichten überprüft. Sie kommen dabei etwa bei dem Tatbestand „wirtschaftliche Schwierigkeiten“ zu dem Ergebnis, dass ein bloßer Ge-

³⁵² Henssler/Braun-Radoccia Rn 348, 349.

³⁵³ Henssler/Braun-Radoccia Rn 327.

³⁵⁴ Nogler AuR 2003, 321, 324.

³⁵⁵ Henssler/Braun-Radoccia Rn 329.

³⁵⁶ Eingehend Nogler AuR 2003, 321, 324, der (einschließlich trattamento di fine rapporto) mit 30 Monatsgehältern rechnet.

³⁵⁷ Nogler AuR 2003, 321, 325 linke Spalte.

³⁵⁸ Laborde, in: Blank/Otto-Brenner-Stiftung (Hrsg.), Betriebsbedingte Kündigungen im Widerstreit, S. 77.

winnrückgang nicht ausreicht,³⁵⁹ erst recht käme eine „shareholder value – Kündigung“ nicht in Betracht. Auf der anderen Seite wird der Arbeitgeber als berechtigt angesehen, präventive Umstrukturierungsmaßnahmen durchzuführen, um die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens auch in Zukunft zu sichern.³⁶⁰ Ist diese Bedingung nicht erfüllt und geht es nur um Kostensenkung, ist – anders als nach der deutschen Rechtsprechung – eine Umorganisation des Betriebs nicht in der Lage, eine betriebsbedingte Kündigung zu rechtfertigen.³⁶¹ Machen technologische Veränderungen Arbeitsplätze überflüssig, so sind Kündigungen auch dann möglich, wenn wirtschaftliche Aspekte keine Rolle spielen.³⁶² In vielen – aber eben nicht in allen - Fällen kommt die französische Rechtsprechung zu vergleichbaren Ergebnissen wie die deutsche.

Was die Rechtsfolgen der Kündigung angeht, so kann nur in hier nicht einschlägigen Ausnahmefällen eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erzwungen werden. Die Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit der Kündigung schlägt sich nur in der Höhe der Abfindung nieder. Im ersten Fall ist sie höchst bescheiden (aber immerhin liegt sie auch damit noch über dem Niveau der Bundesrepublik): Pro Jahr der Betriebszugehörigkeit beträgt sie 1/10 eines Monatsgehalts, ab dem 11. Jahr kommt ein weiteres 1/15 dazu.³⁶³ Durch ein Gesetz von 2002 sind die Bruchteile verdoppelt worden.³⁶⁴ Bei rechtswidrigen Kündigungen beträgt die Abfindung mindestens sechs Monatsgehälter.³⁶⁵

Werden Arbeitnehmer, die mindestens 50 Jahre alt sind, gekündigt, so muss der Arbeitgeber eine Sonderabgabe an die Arbeitslosenversicherung bezahlen, die von der Betriebsgröße und dem Alter der betroffenen Arbeitnehmer abhängt. Bei Betrieben mit mehr als 50 Beschäftigten muss für 50-jährige Mitarbeiter eine Zahlung von zwei Monatsgehältern erbracht werden, während die Kündigung eines Arbeitnehmers, der 56 Jahre alt ist, zu einer Abgabe in Höhe von 12 Monatsgehältern führt.³⁶⁶

Bei Massenentlassungen ist ein eingehendes Verfahren unter Beteiligung des Comité d'entreprise und der Arbeitsverwaltung vorgesehen, das zu einem „Beschäftigungssicherungsplan“ führen muss, der in etwa unserem Transfersozialplan entspricht.³⁶⁷ Der Gedanke, weniger auf die Abfindung als auf eine künftige Beschäftigung Wert zu legen, findet weiter seinen Niederschlag in dem Anspruch auf vorrangige Berücksichtigung der Gekündigten, wenn es innerhalb

³⁵⁹ S. die Entscheidung der Cour de Cassation vom 6. 7.1999, wiedergegeben bei Schuster, S. 162.

³⁶⁰ Nachweise bei Henssler/Braun-Welter/Caron Rn 136; Schuster S. 158.

³⁶¹ Reinecke ZIAS 2000, 17, 28; Henssler/Braun-Welter/Caron Rn 140.

³⁶² Schuster, S. 154 m. w. N.

³⁶³ Zachert, S. 46.

³⁶⁴ Henssler/Braun-Welter/Caron Rn 200.

³⁶⁵ Zachert, S. 46.

³⁶⁶ Einzelheiten bei Henssler/Braun-Welter/Caron Rn 206.

³⁶⁷ Zum Transfersozialplan s. DKKW-Däubler §§ 112, 112a Rn 227 ff.

eines Jahres nach seinem Ausscheiden aus dem Betrieb zu Neueinstellungen kommt.³⁶⁸

Nicht bekannt sind dem deutschen Recht „Reaktivierungsmaßnahmen“, die ein Groß-Unternehmen mit mehr als 1000 Beschäftigten zu treffen hat, das eine Massenentlassung durchführt und damit das Gleichgewicht auf dem Arbeitsmarkt gefährdet.³⁶⁹ Kern der gesetzlichen Verpflichtung ist eine Abgabe, die pro abgebautem Arbeitsplatz zwei Mindestlöhne beträgt; das dadurch eingenommene Geld muss zur Schaffung neuer Arbeitsplätze verwendet werden. Dieser (vergleichsweise niedrige) Betrag verdoppelt sich, wenn der Unternehmer nicht mit der staatlichen Verwaltung verhandelt. Tut er dies, kann die Abgabe sogar ermäßigt werden, doch setzt dies voraus, dass er selbst andere Maßnahmen ergreift, die zur Entstehung neuer Arbeitsplätze führen. Die bisherigen Erfahrungen sind durchaus ermutigend.³⁷⁰

VI. Österreich

Das österreichische Kündigungsschutzrecht fragt zunächst danach, ob durch die Kündigung „wesentliche Interessen des Arbeitnehmers“ beeinträchtigt sind (§ 105 Abs. 3 Ziff. 2 Arbeitsverfassungsgesetz).³⁷¹ Dabei spielt das Lebensalter und die Dauer der Betriebszugehörigkeit eine wichtige Rolle, ebenso die Möglichkeit, in absehbarer Zeit einen Arbeitsplatz zu vergleichbaren Bedingungen zu finden.³⁷² Ist der Arbeitnehmer negativ betroffen, so ist nach Rechtfertigungsgründen für die Kündigung zu fragen, die – wie in Deutschland – in der Person, im Verhalten oder in betrieblichen Verhältnissen liegen können. Durch diesen Aufbau der Kündigungsschutzbestimmungen ist die Abwägung der beiderseitigen Interessen bereits vorgezeichnet; dies wird von der höchstrichterlichen Rechtsprechung auch ausdrücklich anerkannt.³⁷³

Die betrieblichen Gründe können technischer, organisatorischer oder wirtschaftlicher Art sein.³⁷⁴ Der Arbeitgeber hat ein „freies Entscheidungsrecht“ über die Einschränkung oder Stilllegung des Betriebes;³⁷⁵ auch wird vom Gericht nicht geprüft, ob eine Rationalisierungsmaßnahme notwendig ist.³⁷⁶ Allerdings wird kontrolliert, ob die Kündigung tatsächlich zur Kostensenkung führt oder ob dies

³⁶⁸ Schuster, S. 194 f.

³⁶⁹ Hierzu eingehend Schuster, S. 197 ff.

³⁷⁰ Einzelheiten bei Schuster, S. 199.

³⁷¹ Schwarz/Löschnigg S. 579.

³⁷² Weitere Einzelheiten bei Henssler/Braun-Pelzmann Rn 161. Die Arbeitsmarktchancen sind im gerichtlichen Verfahren ggf. durch Sachverständigengutachten zu klären: Zachert, S. 38.

³⁷³ OGH 15. 3. 1989 – 9 ObA 279, 280/88 – DRdA 1989, 389, 393.

³⁷⁴ Floretta/Spielbüchler/Strasser, S. 387.

³⁷⁵ Floretta/Spielbüchler/Strasser, S. 388.

³⁷⁶ Schwarz/Löschnigg, S. 583.

nicht der Fall ist – so ausdrücklich der Oberste Gerichtshof.³⁷⁷ Dies ist beispielsweise nicht der Fall, wenn eine Absenkung der übertariflichen Entlohnung beschlossen, diese dann aber nur gegenüber wenigen durchgesetzt wird.³⁷⁸ Die Absenkungsentscheidung wurde vom OGH auf ihre „Plausibilität“ hin überprüft; wie intensiv dieser Kontrollmaßstab wirkt, hatte der OGH dabei nicht zu entscheiden, da die Sinnhaftigkeit der Maßnahme auf der Hand lag. In früheren Entscheidungen war im Rahmen der Interessenabwägung nach dem „Grad der betriebswirtschaftlichen Rationalität der unternehmerischen Maßnahme“ gefragt worden.³⁷⁹ Den Arbeitgeber trifft überdies eine sog. soziale Gestaltungspflicht, wonach er gehalten ist, die Kündigung durch eine Versetzung an einen anderen Arbeitsplatz zu vermeiden. Hat der Betriebsrat der Kündigung widersprochen, ist überdies ein „Sozialvergleich“ anzustellen und zu ermitteln, ob die Kündigung nicht für den Betroffenen eine größere Härte darstellt als für andere vergleichbare Arbeitnehmer.³⁸⁰

Erweist sich die Kündigung als gerechtfertigt, so steht dem Betroffenen unter bestimmten Voraussetzungen ein Abfindungsanspruch zu, der der Höhe nach allerdings stark hinter dem „Trattamento di fine rapporto“ in Italien zurückbleibt. Nach dem traditionellen System erhält der Einzelne zwei Monatsgehälter, wenn er mindestens drei Jahre im Betrieb tätig war. Der Betrag steigt mit der Dauer der Betriebszugehörigkeit (nach 5 Jahren 3 Gehälter, nach 10 Jahren 4 Gehälter usw.) an und erreicht bei 25 Jahren den Höchstbetrag in Form von 12 Monatsgehältern.³⁸¹ Damit wird mittelbar die Arbeitsplatzsicherheit langjährig Beschäftigter erhöht. Für Arbeitsverhältnisse, die nach dem 31. 12. 2002 begonnen haben, hat sich das System geändert. Danach hat der Arbeitgeber monatlich einen Betrag in Höhe von 1,53 % des sozialversicherungspflichtigen Entgelts an eine Mitarbeitervorsorgekasse zu bezahlen, wobei zum Teil auch arbeitsfreie Zeiten wie z. B. aufgrund von Zivildienst und Krankheit einbezogen sind.³⁸² Scheidet der Arbeitnehmer aus, kann er sich den erreichten Kapitalbetrag auszahlen lassen, den Abfindungsanspruch aber auch in eine beim neuen Arbeitgeber bestehende Vorsorgekasse einbringen. Bis Ende 2012 können Personen mit „Alt-Arbeitsverträgen“ freiwillig für dieses neue System optieren.³⁸³

Erweist sich die Kündigungsschutzklage des Arbeitnehmers als begründet, so wird die Kündigung nach § 105 Abs. 7 Arbeitsverfassungsgesetz aufgehoben. Der Arbeitnehmer kann Weiterbeschäftigung zu den bisherigen Bedingungen verlangen. In der Regel wird davon allerdings kein Gebrauch gemacht und stattdessen ein Vergleich geschlossen, wonach der Arbeitnehmer eine (zusätzliche)

³⁷⁷ OGH 28. 9. 2001 - 8 ObA 201/01v – DRdA 2002, 386.

³⁷⁸ OGH a. a O.

³⁷⁹ Nachweise bei Tinhofer, Entscheidungsanmerkung, DRdA 2002, 389.

³⁸⁰ Henssler/Braun-Pelzmann Rn 163.

³⁸¹ Tabelle bei Henssler/Braun-Pelzmann Rn 203.

³⁸² Henssler/Braun-Pelzmann Rn 209.

³⁸³ Henssler/Braun-Pelzmann Rn 213.

Abfindung erhält, die allerdings meist unter einem halben Monatsgehalt liegen soll.³⁸⁴

VII. Einschätzung

In den hier dargestellten Ländern wird die Unternehmerentscheidung im Prinzip etwas stärker kontrolliert als in Deutschland, ohne dass dies zu wirtschaftlichen Unzuträglichkeiten geführt hätte. In Holland lässt sich dies allerdings nur vermuten; die Praxis der Arbeitsbehörden bzw. der Gerichte ist insoweit nicht ausreichend zugänglich. In Japan wird das Vorliegen einer wirtschaftlichen Notlage des Arbeitgeberunternehmens gerichtlich überprüft; eine Kündigung aus anderen betrieblichen Gründen kommt gegenüber „Lebenszeitbeschäftigten“ nicht in Betracht. In Italien liegt der Schwerpunkt auf der „abschreckenden“ Wirkung der Kündigungsfolgen; die Maßnahmen des Arbeitgebers als solche werden – soweit ersichtlich – nicht überprüft. Anders in Frankreich: Arbeitsplätze allein mit dem Argument wegfallen zu lassen, dadurch würde die Gewinnsituation weiter verbessert, ist von Gesetzes wegen ausgeschlossen. Auch in Österreich wird zwar die Zweckmäßigkeit einer unternehmerischen Maßnahme nicht überprüft, durch muss ihr wirtschaftlicher Sinn plausibel gemacht werden.

In allen genannten Ländern kommt es explizit oder sinngemäß zu einer Abwägung von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen. In Holland erfolgt diese im Rahmen der beiden staatlichen Verfahren. Japan beschränkt die Kündigungsmöglichkeiten von vorne herein auf Fälle, in denen das Arbeitgeberinteresse ersichtlich überwiegt. In Italien soll eine ausreichende Berücksichtigung der Arbeitnehmerinteressen dadurch sichergestellt werden, dass eine hohe Abfindung geschuldet ist und ggf. weitere wirtschaftliche Belastungen auf den Arbeitgeber zukommen. Auch Frankreich kennt keine Interessenabwägung im Einzelfall; den Arbeitnehmerinteressen soll insbesondere durch Schaffung neuer Beschäftigungsmöglichkeiten Rechnung getragen werden, was wiederum mit wirtschaftlichen Belastungen für den Arbeitgeber verbunden ist. Insoweit gibt es in ähnlicher Weise wie in Italien „Negativanreize“ für den Arbeitgeber, doch werden die Mittel anders als dort verwendet. In Österreich wird von Anfang an nach dem Ausmaß der Betroffenheit des Arbeitnehmers gefragt.

In allen Rechtsordnungen, die hier in ihren Grundstrukturen skizziert wurden, ist auch bei gerechtfertigter betriebsbedingter Kündigung eine (der Höhe nach sehr unterschiedliche) Abfindung vorgesehen. Dass bei Ausscheiden aus dem Ar-

³⁸⁴ Zachert, S. 38.

beitsverhältnis durch Arbeitgeberkündigung nur 15 % aller Betroffenen eine Abfindung erhalten,³⁸⁵ wäre in keiner der dargestellten Rechtsordnungen denkbar.

³⁸⁵ So die deutsche Situation: S. Pfarr/Ullmann/Bradtke u. a., Der Kündigungsschutz zwischen Wahrnehmung und Wirklichkeit. Betriebliche Erfahrungen mit der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, München und Mering 2005, S. 66. Nimmt man alle Beendigungstatbestände zusammen, reduziert sich der Anteil der Abfindungsempfänger auf 10 %.

§ 7: Zusammenfassung

1. Die unternehmerische Betätigungsfreiheit hat im deutschen Recht keine selbständige verfassungsrechtliche Garantie erfahren. Mit ihr wird vom Grundrecht des Art. 12 Abs.1 GG Gebrauch gemacht, das die berufliche Betätigung von Arbeitnehmern gleichfalls schützt.

2. Die unternehmerische Betätigungsfreiheit erfährt im Arbeitsrecht eine uneinheitliche Behandlung. Im Kündigungsschutzrecht verdichtet sie sich zu einer „Entscheidungsmacht“, die keiner wirksamen gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Im Betriebsverfassungs- und Tarifvertragsrecht sowie in einigen anderen Teilen des Arbeitsrechts muss sie sich mit Rücksicht auf Grundrechte der Arbeitnehmer erhebliche Einschränkungen gefallen lassen.

3. Die Handhabung der betriebsbedingten Kündigung durch die Rechtsprechung des BAG lässt sich weder mit verfassungsrechtlichen Vorgaben noch mit Wortlaut und Sinn des Kündigungsschutzgesetzes vereinbaren.

4. Auch bei der betriebsbedingten Kündigung muss eine umfassende Abwägung zwischen den Arbeitgeber- und den Arbeitnehmerinteressen erfolgen. Dabei sind die wirtschaftlichen Vorteile des Arbeitgebers gegen die Nachteile abzuwägen, die der Arbeitnehmer hinnehmen muss. Letztere hängen in erster Linie davon ab, wie die Aussichten des Betroffenen auf dem Arbeitsmarkt beschaffen sind und ob er eine ins Gewicht fallende Abfindung erhalten hat. Die zum Wegfall von Arbeitsplätzen führende Unternehmerentscheidung ist nicht auf ihre Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit hin zu überprüfen.

5. Die bisherige „Willkürkontrolle“ der unternehmerischen Entscheidung wird überflüssig; bei den durch sie erfassten Fällen ist niemals ein überwiegendes Arbeitgeberinteresse an der Auflösung des Arbeitsverhältnisses anzunehmen. Die unternehmerische Entscheidung unterliegt jedoch weiterhin einer Rechtmäßigkeitskontrolle, die auch solche Normen einbezieht, die keinen bestandsschützenden Charakter haben.

6. Die Rechtsprechung akzeptiert zutreffend keinen „Vorbehalt unternehmerischer Autonomie“ im Betriebsverfassungsrecht.

7. Soweit Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen betroffen sind, kann sich der Arbeitgeber auch in seinem unternehmerischen Verhalten in gleicher Weise durch Kollektivvertrag wie durch schuldrechtlichen Individualvertrag binden. Dies gilt auch für Vereinbarungen, durch die ein bisheriger Standort festgeschrieben wird. Tarifverträge und andere Kollektivverträge können dabei erstreikt werden, da nur so das bei Verträgen mit anderen Privatrechtssubjekten als

selbstverständlich vorausgesetzte prinzipielle Gleichgewicht zwischen den Verhandlungspartnern herstellbar ist.

8. In anderen Teilen der Rechtsordnung, insbesondere im Kartell-, Steuer- und Baurecht sieht sich die unternehmerische Betätigungsfreiheit sehr viel stärkeren Restriktionen ausgesetzt. Dies verdeutlicht den Spielraum, der dem Gesetzgeber bzw. der an seiner Stelle handelnden Rechtsprechung auch im Arbeitsrecht zukommt.

9. In einer Reihe von EU-Mitgliedstaaten ist die betriebsbedingte Kündigung stärkeren Beschränkungen als in Deutschland unterworfen, ohne dass es deshalb zu wirtschaftlichen Problemen gekommen wäre. Dasselbe gilt für Japan. Bemerkenswert ist insbesondere, dass die Bezahlung von Abfindungen die Regel darstellt, während dies in Deutschland nur bei 15 % aller Gekündigten der Fall ist.

Literaturverzeichnis

Adomeit, Klaus und Mohr, Jochen: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG). Kommentar zum AGG und zu den anderen Diskriminierungsverboten, 2. Aufl., Stuttgart 2011

Ahrendt, Martina: Der Kündigungsschutz bei Arbeitsverhältnissen in Frankreich, Baden-Baden 1995

Annuß, Georg: Betriebsbedingte Kündigung und arbeitsvertragliche Bindung, Köln 2004

Ascheid, Reiner; Preis, Ulrich; Schmidt, Ingrid (Hrsg.): Kündigungsrecht. Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, 4. Aufl., München 2012 (Zitierweise: APS-Bearbeiter)

Backmeister, Thomas; Trittin, Wolfgang; Mayer, Udo: Kündigungsschutzgesetz mit Nebengesetzen, Kommentar, 4. Aufl., München 2009

Bauer, Jobst-Hubertus; Göpfert, Burkard; Krieger, Steffen: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Kommentar, 3. Aufl., München 2011

Bechtold, Rainer: Kartellgesetz. Kommentar, 6. Aufl., München 2010

Berkowsky, Wilfried: Die betriebsbedingte Kündigung, 6. Aufl., München 2008

Bitter, Walter: Zur Unternehmerentscheidung zwecks Personalabbau, DB 2000, 1760 - 1767

Blank, Michael und Otto-Brenner-Stiftung(Hrsg.), Betriebsbedingte Kündigungen im Widerstreit, Frankfurt/Main 1998

Blank, Michael und Otto-Brenner-Stiftung (Hrsg.): Reform der Betriebsverfassung und Unternehmerfreiheit, Frankfurt/Main 2001

Blomeyer, Wolfgang; Otto, Klaus; Rolfs, Christian: Betriebsrentengesetz. Kommentar, 5. Aufl., München 2010

Boeddinghaus, Rütger: Die alte und neue Rechtsprechung zu betriebsbedingten Kündigungen, AuR 2001, 8 – 11

Bryde, Brun-Otto: Artikel 12 Grundgesetz – Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit, NJW 1984, 2177 – 2184

Colneric, Ninon: Richterliche Kontrolle von Kündigungen aus unternehmensbezogenen Gründen – ein deutsch-französischer Rechtsvergleich mit Konsequenzen, in: Blank, Michael und Otto-Brenner-Stiftung (Hrsg.), Betriebsbedingte Kündigungen im Widerstreit, Frankfurt/Main 1998, S. 11 – 43

Däubler, Wolfgang: Tarifvertragsrecht. Ein Handbuch, 3. Aufl., Baden-Baden 1993

Däubler, Wolfgang: Das Arbeitsrecht 1, 16. Aufl., Reinbek 2006

Däubler, Wolfgang: Das Arbeitsrecht 2, 12. Aufl. Reinbek 2009

Däubler, Wolfgang (Hrsg.): Tarifvertragsgesetz mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz, Kommentar, bearbeitet von Ahrendt, Martina; Bepler, Klaus; Däubler, Wolfgang; Deinert, Olaf u. a., 3. Aufl., Baden-Baden 2012 (Zitierweise: Däubler-Bearbeiter, TVG)

Däubler, Wolfgang: Unternehmerische Entscheidungsfreiheit und Betriebsverfassung, in: Blank, Michael und Otto-Brenner-Stiftung (Hrsg.), Reform der Betriebsverfassung und Unternehmerfreiheit, Frankfurt/Main 2001, S. 11 - 32

Däubler, Wolfgang und Bertzbach, Martin (Hrsg.): Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2008

Däubler, Wolfgang; Hjort, Jens Peter; Schubert, Michael; Wolmerath, Martin (Hrsg.): Arbeitsrecht. Individualarbeitsrecht mit kollektivrechtlichen Bezügen. Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2010 (Zitierweise: HK-ArbR-Bearbeiter)

Däubler, Wolfgang; Kittner, Michael; Klebe, Thomas; Wedde, Peter (Hrsg.): Betriebsverfassungsgesetz. Kommentar, 13. Aufl., Frankfurt/Main 2012 (Zitierweise: DKKW-Bearbeiter)

Dathe, Uwe: Der Tatbestand der betriebsbedingten Kündigung nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG und sein Verhältnis zu dem Dogma der freien Unternehmerentscheidung, Berlin 2007

Dieterich, Thomas: Unternehmerfreiheit und Arbeitsrecht im Soziastaat, AuR 2007, 65 – 70

Döse-Digenopoulos, Annegret: Arbeitsgerichte und betriebsbedingte Kündigung: Zur Effizienz judikativer Kontrolle, Köln 1982

Fiebig, Stefan; Gallner, Inken; Nägele, Stefan (Hrsg.): Kündigungsschutzrecht. Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2007 (Zitierweise: HK-KSchR-Bearbeiter)

v. Finckenstein, Barbara: Freie Unternehmerentscheidung und dringende betriebliche Erfordernisse bei der betriebsbedingten Kündigung, Berlin 2005

Fitting, Karl (Begr.): Betriebsverfassungsgesetz. Handkommentar, fortgeführt von Engels, Gerd; Schmidt, Ingrid; Trebinger, Yvonne; Linsenmaier, Wolfgang, 25. Aufl., München 2010

Floretta, Hans; Spielbüchler, Karl; Strasser, Rudolf: Arbeitsrecht, Band I. Individualarbeitsrecht, 4. Aufl., Wien 1998

Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, herausgegeben vom Jaeger, Wolfgang; Pohlmann, Petra; Schroeder, Dirk, Loseblatt (Stand: Mai 2010), Köln (Zitierweise: Frankfurter Kommentar zum GWB-Bearbeiter)

Franzen, Martin: Die unternehmerische Entscheidung in der Rechtsprechung des BAG zur betriebsbedingten Kündigung, NZA 2001, 805 – 812

Gamillscheg, Franz: Kollektives Arbeitsrecht. Ein Lehrbuch, Band I, München 1997

Gamillscheg, Katharina: Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Bestandschutz und Mobilitätsinteresse des Arbeitnehmers in Abwägung zum Organisationsinteresse des Arbeitgebers, Berlin 2001

Häberle, Peter: Arbeit als Verfassungsproblem, JZ 1984, 345 - 355

Henssler, Martin: Unternehmerische Entscheidungsfreiheit und Betriebsverfassung, in: Blank, Michael und Otto-Brenner-Stiftung (Hrsg.), Reform der Betriebsverfassung und Unternehmerfreiheit, Frankfurt/Main 2001, S. 33 – 68

Henssler, Martin und Braun, Axel (Hrsg.), Arbeitsrecht in Europa, 3. Aufl., Köln 2011 (Zitierweise Henssler/Braun-Bearbeiter)

Hess, Harald; Schlochauer, Ursula; Worzalla, Michael; Glock, Dirk; Nicolai, Andrea (unter Mitarbeit von Rose, Franz-Josef): Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 7. Aufl., Köln 2008

Hoffmann-Riem, Wolfgang: Die grundrechtliche Freiheit der arbeitsteiligen Berufsausübung, in: Festschrift für Hans Peter Ipsen, Tübingen 1977, S. 385 – 407

v. Hoyningen-Huene, Gerrick; Linck, Rüdiger: Kündigungsschutzgesetz. Kommentar, 14. Aufl., München 2007

Jacobs, Antoine: Das niederländische Kündigungsrecht, AuR 2003, 329 - 332

Kempen, Otto-Ernst und Zachert, Ulrich (Hrsg.): Tarifvertragsgesetz. Kommentar, bearbeitet von Kempen, Otto Ernst; Stein, Axel; Wendeling-Schröder, Ulrike; Zachert, Ulrich, 4. Aufl., Frankfurt/Main 2006

Kittner, Michael; Däubler, Wolfgang; Zwanziger, Bertram (Hrsg.): Kündigungsschutzrecht. Kündigungen und andere Formen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, Kommentar, 8. Aufl., Frankfurt/Main 2011 (Zitierweise: KDZ-Bearbeiter)

Kittner, Michael; Zwanziger, Bertram; Deinert, Olaf (Hrsg.): Arbeitsrecht. Handbuch für die Praxis, 6. Aufl., Frankfurt/Main 2011 (Zitierweise: Kittner/Zwanziger/Deinert-Bearbeiter)

KR – Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, mitbegründet von Friedrich Becker und Wilfried Hillebrecht, bearbeitet von Bader, Peter; Etzel, Gerhard; Fischermeier, Ernst u. a., 9. Aufl., Köln 2009 (Zitierweise: KR-Bearbeiter)

Kühling, Jürgen: Die Berufsfreiheit des Arbeitnehmers, in: Hanau, Peter; Heitner, Friedrich; Kühling, Jürgen (Hrsg.): Richterliches Arbeitsrecht. Festschrift für Thomas Dieterich, München 1999, S. 325 - 335

Kühling, Jürgen: Freie Unternehmerentscheidung und Betriebsstilllegung, AuR 2003, 92 – 98

Kühling, Jürgen und Bertelsmann, Klaus: Tarifautonomie und Unternehmerfreiheit. Arbeitskampf aus Anlass von Standortentscheidungen, NZA 2005, 1017 – 1027

Laborde, Jean-Pierre: Einige Anmerkungen zur Definition und zum System der Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen im französischen Recht, in: Blank, Michael und Otto-Brenner-Stiftung (Hrsg.), Betriebsbedingte Kündigungen im Widerstreit, Frankfurt/Main 1998, S. 75 – 86

Lipke, Gert-Albert: Betriebsverfassungsrechtliche Probleme der Teilzeitarbeit, NZA 1990, 758 - 769

Löwisch, Manfred: Betriebsbedingte Kündigung und Unternehmerfreiheit, in: Blank, Michael und Otto-Brenner-Stiftung (Hrsg.), Betriebsbedingte Kündigungen im Widerstreit, Frankfurt/Main 1998, S. 45 – 73

Löwisch, Manfred und Kaiser, Dagmar: Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 6. Aufl., Frankfurt/Main 2010

Löwisch, Manfred und Rieble, Volker: Tarifvertragsgesetz, 2. Aufl., München 2004

v. Mangoldt, Hermann; Klein, Friedrich; Starck, Christian (Hrsg.): Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl., München 2010

Menkhaus, Heinrich und Meinhardt, Falk: „Neues“ Kündigungsschutzrecht in Japan, ZIAS 2004, 201 - 215

Müller-Glöge, Rudi; Preis, Ulrich; Schmidt, Ingrid (Hrsg.): Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 12. Aufl., München 2012 (Zitierweise: ErfK-Bearbeiter)

Nenninger, Bernd: Das Recht auf Arbeit in Japan und Deutschland, Berlin 1994

Nishitani, Satoshi: Kündigungsschutzrecht in Japan, AuR 2001, 444 – 451

Nishitani, Satoshi: Vergleichende Einführung in das japanische Arbeitsrecht, Köln-Berlin u. a. 2003

Nogler, Luca: Kündigungsschutz in Italien, AuR 2003, 321 – 328

Nollert-Borasio, Christiane und Perreng, Martina: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Basiskommentar zu den arbeitsrechtlichen Regelungen, 3. Aufl., Frankfurt/Main 2011

Palandt, Otto (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar, 71. Aufl., München 2012

Pauly, Holger: Zur Frage der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit bei betriebsbedingter Kündigung, ZTR 1997, 113 – 117

Preis, Bernd: Betriebsbedingte Kündigung zwischen dringenden betrieblichen Erfordernissen und unternehmerischer Entscheidungsfreiheit, NZA 1997, 625 – 634

Preis, Bernd: Stellenabbau als unternehmerische Entscheidung? – Kritik der Entscheidungen des BAG vom 17. 6. 1999 und Versuch einer Neuorientierung

im Spannungsfeld von unternehmerischer Entscheidungsfreiheit und Arbeitsplatzschutz – DB 2000, 1122 - 1126

Preis, Ulrich: Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, München 1987

Preis, Ulrich: Autonome Unternehmerentscheidung und „dringendes betriebliches Erfordernis“, NZA 1995, 241 – 250

Preis, Ulrich: Aktuelle Tendenzen im Kündigungsschutzrecht, NZA 1997, 1073 – 1089

Preis, Ulrich: Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, NZA 1997, 1256 - 1270

Reinecke, Gerhard: Zur „unternehmerischen Entscheidungsfreiheit“ im Recht der betriebsbedingten Kündigung in Deutschland und Frankreich, ZIAS 2000, 17 - 29

Richardi, Reinhard (Hrsg.): Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, Kommentar, bearbeitet von Richardi, Reinhard; Thüsing, Gregor; Annuß, Georg, 12. Aufl., München 2010 (Zitierweise: Richardi-Bearbeiter)

Richardi, Reinhard; Wlotzke, Otfried; Wissmann, Helmut; Oetker, Hartmut (Hrsg.): Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 2 Bände, 3. Aufl., München 2009 (Zitierweise: MünchArbR-Bearbeiter)

Rost, Friedhelm: Die aktuelle Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Unternehmerentscheidung bei betriebsbedingter Kündigung, in: Jahrbuch des Arbeitsrechts Band 39 (2002) S. 83 – 103

Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 6. Aufl., München 2011 (Zitierweise: Sachs-Bearbeiter)

Schaub, Günter (Begr.): Arbeitsrechtshandbuch. Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis, bearbeitet von Koch, Ulrich; Linck, Rüdiger; Treber, Jürgen; Vogelsang, Hinrich, 14. Aufl., München 2011 (Zitierweise: Schaub-Bearbeiter)

Scholz, Rupert: Verdeckt Verfassungsneues zur Mitbestimmung? NJW 1986, 1587 – 1591

Schoof, Christian: Personalabbau stoppen. Kurzarbeit einführen und verlängern, AiB 2009, 610 – 613

Schulte, Josef L. und Just, Christoph: Kartellrecht. GWB, Kartellvergaberecht, EU-Kartellrecht, Köln 2012

Schuster, Ulrike: Betriebsbedingte Kündigung in Deutschland und Frankreich. Übereinstimmungen und Unterschiede, Baden-Baden 2008

Schwarz, Walter und Löschnigg, Günther: Arbeitsrecht, 8. Aufl., Wien 2000

Söllner, Alfred: Die Bedeutung des Art. 12 GG für das Arbeitsrecht, AuR 1991, 45 - 52

Spindler, Gerald: Unternehmensinteresse als Leitlinie des Vorstandshandelns – Berücksichtigung von Arbeitnehmerinteressen und Shareholder Value, Gutachten im Auftrag der Hans-Böckler-Stiftung, Oktober 2008

Stahlhacke, Eugen; Preis, Ulrich; Vossen, Reinhard: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 10. Aufl., München 2010 (Zitierweise: SPV-Bearbeiter)

Stein, Peter: Freiheit und Dringlichkeit der unternehmerischen Entscheidung im Kündigungsschutzrecht, BB 2000, 457 – 465

Stein, Peter: Inhaltskontrolle von Unternehmerentscheidungen, AuR 2003, 99 - 103

Sugeno, Kazuo: Japanese Labor Law, Washington/Tokyo, 1992

Tenczer, Marion: Freie Unternehmerentscheidung und betriebsbedingte Kündigung, Diss. Köln 1999

Thüsing, Gregor: Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz. Das neue Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz und andere arbeitsrechtliche Benachteiligungsverbote, München 2007

Thüsing, Gregor und Braun, Axel: Tarifrecht. Handbuch, München 2011

Waas, Bernd: Modell Holland – Flexibilität und Sicherheit im Arbeitsrecht der Niederlande, Baden-Baden 2003

Waas, Bernd: Protection against the Termination of a Contract of Employment, in: Pennings, Frans; Konjin, Yvonne; Veldman, Albertine (Eds.), Social Responsibility in Labour Relations, Liber Amicorum for Teun Jaspers, 2008, p. 240 (Zitierweise: Waas, FS Jaspers)

Walker, Wolf-Dietrich: Die freie Unternehmerentscheidung im Arbeitsrecht, ZfA 2004, 501 ff.

Wendeling-Schröder, Ulrike und Stein, Axel: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, München 2008

Wetzzel, Christa: Die unternehmerische Entscheidungsfreiheit im Rahmen der betriebsbedingten Kündigung, Frankfurt/Main 2006

Wiedemann, Herbert (Hrsg.): Tarifvertragsgesetz mit Durchführungs- und Nebenvorschriften. Kommentar, bearbeitet von Oetker, Hartmut; Thüsing, Gregor; Wank, Rolf und Wiedemann, Herbert, 7. Aufl., München 2007 (Zitierweise: Wiedemann-Bearbeiter)

Wiese, Günther; Kreutz, Peter; Oetker, Hartmut; Raab, Thomas; Weber, Christoph; Franzen, Martin: Betriebsverfassungsgesetz. Gemeinschaftskommentar, 2 Bände, 9. Aufl., Köln 2010 (Zitierweise: GK-Bearbeiter)

Wlotzke, Otfried; Preis, Ulrich; Kreft, Burghard (unter Mitarbeit von Bender, Wolfgang und Roloff, Sebastian): Betriebsverfassungsgesetz. Kommentar, 4. Aufl., München 2009

Wolter, Henner: Standortsicherung, Beschäftigungssicherung, Unternehmensautonomie, Tarifautonomie, RdA 2002, 218 – 226

Wolter, Henner: Die Finanzmärkte, das Arbeitsrecht und die freie Unternehmerentscheidung, AuR 2008, 325 - 332

Zachert, Ulrich: Beendigungstatbestände im internationalen Vergleich. Eine normative und empirische Bestandsaufnahme, Baden-Baden 2004

**Weitere Veröffentlichungen aus der Schriftenreihe des Hugo Sinzheimer
Instituts für Arbeitsrecht:**

Band 1

Britta Rehder/Olaf Deinert/ Raphaël Callsen

Arbeitskampfmittelfreiheit und atypische Arbeitskampfformen – Rechtliche
Bewertung atypischer Arbeitskampfformen und Grenzen der Rechtsfortbildung

Band 2

Rüdiger Krause, Georg-August-Universität Göttingen

Tarifverträge zur Begrenzung der Leiharbeit und
zur Durchsetzung von Equal Pay

Band 3

Bernd Waas, Goethe-Universität Frankfurt a. M.

Geschlechterquoten für die Besetzung der Leitungsgremien von Unternehmen -
Bewertung der aktuellen Entwürfe aus unionsrechtlicher und rechtsvergleichen-
der Sicht

Band 4

Bernd Waas, Goethe-Universität Frankfurt a. M.

Betriebsrat und Arbeitszeit – Pauschale Abgeltung und Freistellungen über das
Gesetz hinaus