

Betriebsbedingte Kündigung ohne Interessenabwägung?

Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

I. Ein Beispielfall

Die zentrale Leitung des P&G-Konzerns mit Sitz in den USA hatte beschlossen, dass jeder Produktionsbetrieb jährlich mindestens 15 % Rendite erwirtschaften müsse. Dies werde an der Börse als Qualitätsmerkmal gewertet und führe mit hinreichender Sicherheit zu höheren Kursen. Einer der zehn in Deutschland gelegenen Betriebe erwirtschaftete zum dritten Mal hintereinander nur eine Rendite zwischen 8 und 11 %. Daraufhin wurde er geschlossen; sämtliche 450 Beschäftigten verloren ihren Arbeitsplatz. Ein Interessenausgleich kam nicht zustande; der Sozialplan sah 0,8 Monatsgehälter Abfindung pro Jahr der Betriebszugehörigkeit vor. Nach einem Jahr waren immer noch 200 Betroffene ohne Arbeit. 70 Personen nahmen eine vorzeitige Rente mit Abschlägen in Anspruch, 180 Arbeitnehmer fanden einen neuen Arbeitsplatz.¹

War hier alles mit rechten Dingen zugegangen? Hätte juristisch eine Möglichkeit bestanden, die Betriebsschließung zu verhindern? Legt man die BAG-Rechtsprechung zugrunde, so ist es zweifelhaft, ob man für den Erhalt der Arbeitsplätze hätte streiken können.² Allerdings wäre es möglich gewesen, einen Tarifvertrag zu schließen, der die ordentliche Kündigung für einige Jahre ausgeschlossen hätte.³ Auch hätte man den Abschluss eines Tarifsozialplans mit so hohen Zahlungsverpflichtungen des Arbeitgebers verlangen können, dass die Schließung wirtschaftlich uninteressant geworden wäre: Selbst drei Jahre Entgeltfortzahlung und die Übernahme der Kosten für eine neue Berufsausbildung hätten nach Auffassung des BAG keine Bedenken erweckt.⁴

Wir alle wissen, dass diese rechtlichen Möglichkeiten nur in Ausnahmefällen in Anspruch genommen werden.⁵ Die Gründe sind von der verehrten Nachbarzunft der Betriebssoziologen bisher nicht erforscht worden. Man kann deshalb nur Vermutungen

¹ Der Fall ist in etwas vereinfachter Form der Realität entnommen.

² Die Frage blieb dahingestellt in BAG 24. 4. 2007 1 AZR 252/06 NZA 2007, 987 Tz 111.

³ BAG 5. 2. 1998 2 AZR 227/97 AP Nr. 143 zu § 626 BGB = NZA 1998, 771.

⁴ BAG 24. 4. 2007 1 AZR 252/06 NZA 2007, 987 Tz 112.

⁵ Überblick über die wichtigsten Fälle dieser Art bei DKKW-Däubler, 13. Aufl., § 111 Rn 15

anstellen, die sich auf Gespräche mit den Betroffenen, aber auch mit Beschäftigten stützen, die sich in ähnlichen Situationen befanden. Forderungen zu erheben, die sich höchst wahrscheinlich nur mit Streik durchsetzen lassen, fällt aus den traditionellen Handlungsmustern heraus. Nur bei Tarifrunden ist das anders. Für fast alle Beschäftigten ist eine solche Auseinandersetzung ein fremdes Terrain, in dem unbekannte Risiken lauern. Vielleicht wird man fristlos gekündigt und erhält dann statt einer Abfindung eine Sperrfrist von der Arbeitsagentur? Wird es überhaupt zu einer gemeinsamen Aktion kommen? Und wie groß wird der Druck sein, der von einer Arbeitsniederlegung in einem Betrieb ausgeht, der sowieso geschlossen werden soll? Müssten nicht auch andere Teile des Unternehmens mitmachen? Sie wären zu einer solchen Solidaritätsaktion zwar berechtigt,⁶ aber würden sie nicht eher froh sein, dass sie dieses Mal verschont geblieben sind? Sich zu exponieren, könnte sich bei der nächsten „Schließungsaktion“ bitter rächen. Und wie organisiert man überhaupt einen Streik, der nicht nur einen halben oder einen ganzen Tag dauert? Kann man als Betriebsrat dazu eine Schulung nach § 37 Abs. 6 BetrVG besuchen? Wird die Gewerkschaft eine solche Aktion überhaupt unterstützen?

Die Bedenken machen deutlich, dass die „kollektive Selbsthilfe“ nur in den wenigsten Fällen als realistische Handlungsoption in Betracht kommt. Es bleibt in der Regel nur der individuelle Weg: Der Einzelne erhebt Kündigungsschutzklage. Viele „Einzelne“ können dies allerdings auch koordiniert tun, was ein gewisses Maß an Gemeinsamkeit bewahrt.

Die denkbaren Argumente im Kündigungsschutzprozess liegen auf der Hand. Ist es wirklich sozial gerechtfertigt, dass ein gut gehender Betrieb geschlossen wird und 450 Menschen ihren Arbeitsplatz verlieren, nur weil dies nach Einschätzung der Konzernspitze den Börsenkurs verbessern kann? Kann man hier noch von einem angemessenen Interessenausgleich sprechen?

II. Die Interessenabwägung im Rahmen des § 1 KSchG

Bei der verhaltensbedingten Kündigung ist eine Abwägung zwischen den Interessen des Arbeitgebers an der Auflösung des Arbeitsverhältnisses und den Interessen des Arbeitnehmers an der Beibehaltung seines Arbeitsplatzes zwingend geboten.⁷ Dabei müssen alle Umstände des Einzelfalls vom Schaden des Arbeitgebers über der Schwere

⁶ BAG 19.6.2007 1 AR 396/06 NZA 2007, 1055

⁷ KDZ-Däubler, 8. Aufl., § 1 KSchG Rn 245 ff.

des Verschuldens bis hin zur familiären Situation des Arbeitnehmers berücksichtigt werden. Genauso wird im Bereich der personenbedingten Kündigung verfahren.⁸

Bei der betriebsbedingten Kündigung galten ursprünglich dieselben Grundsätze. In den 1960-er Jahren vertrat das BAG den Standpunkt, auch bei ihr müsse eine „umfassende“ Interessenabwägung stattfinden.⁹ Dabei seien die wirtschaftlichen und sonstigen Vorteile des Arbeitgebers gegenüber den Nachteilen abzuwägen, die dem Arbeitnehmer entstehen.¹⁰ In diesem Rahmen sei u. a. zu prüfen, ob es ein milderes Mittel als die Kündigung gebe, was für die Kurzarbeit bejaht wurde.¹¹

Ende der 1970er Jahre veränderte das Gericht 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.“¹² Diese Beschränkung auf eine höchst ausnahmsweise eingreifende Härteklausele wurde 1987 bestätigt;¹³ Fälle, in denen sie angewandt wurde, sind nicht bekannt geworden.¹⁴ 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.¹⁵

Im hier geschilderten Ausgangsfall könnten die Kündigungen jedenfalls nicht mit dem Argument bekämpft werden, die Interessen der Arbeitnehmer seien zu wenig berücksichtigt worden. Dies erscheint nicht nur vom Ergebnis her höchst anfechtbar.

III. Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen

⁸ Dazu KDZ-Deinert § 1 KSchG Rn 88 mwN.

⁹ 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.

¹⁰ BAG 4. 2. 1960 – 3 AZR 25/58 – AP Nr. 5 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung

¹¹ BAG 25. 6. 1964 – 2 AZR 382/63 – AP Nr. 14 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung = NJW 1964, 1921.

¹² BAG 24. 10. 1979 – 2 AZR 940/77 – AP Nr. 8 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

¹³ BAG 30. 4. 1987 – 2 AZR 184/86 – AP Nr. 42 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = NZA 1987, 776.

¹⁴ 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, 14. Aufl., § 134 Rn 30.

¹⁵ 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.

1. Grundrechte des Arbeitgebers und Grundrechte des Arbeitnehmers

Unternehmerische Freiheit und gegenläufige Schutzinteressen des Arbeitnehmers sind heute auch ein Verfassungsproblem. Das Grundgesetz kennt zwar keine spezifische Garantie der unternehmerischen Freiheit, doch ist diese als Ausübungsform des Art. 12 Abs. 1 GG anerkannt.¹⁶ Sie umfasst das Recht, ein Unternehmen nach eigenen Vorstellungen zu eröffnen, umzugestalten und ggf. auch wieder zu schließen. Ihm steht das gleichfalls in Art. 12 Abs. 1 garantierte Recht der Arbeitnehmer auf freie Wahl des Arbeitsplatzes gegenüber, das auch „das Recht, diesen beizubehalten oder aufzugeben“ umfasst.¹⁷ Beide Rechte haben keine „Drittwirkung“ in dem Sinn, dass sich im Arbeitsverhältnis jede Seite unmittelbar auf sie berufen könnte. Vielmehr ist es Sache des Gesetzgebers, die notwendigen Grenzziehungen vorzunehmen; notfalls müssen die Gerichte in die Bresche springen. In Rechtsprechung und Literatur besteht Einigkeit darüber, dass beiden Rechten zu möglichst weitgehender Wirksamkeit verholfen werden muss.¹⁸ So schön dies klingt – die Formel hilft nicht weiter, wenn das eine Recht nur auf Kosten des andern geschützt und gefördert werden kann. Für diesen Fall wird ein „angemessener“ Ausgleich angestrebt,¹⁹ der bisweilen auch mit dem Prädikat „ausgewogen“ versehen wird.²⁰ Zunächst stellt sich also die Frage, welchen Ausgleich zwischen den Arbeitgeber- und den Arbeitnehmerinteressen das KSchG geschaffen hat. Bleiben Unklarheiten, kann auf eine „verfassungsgeleitete Interpretation“ zurückgegriffen werden.

2. Die Handhabung der unternehmerischen Freiheit

Die Rechtsprechung eröffnet dem Arbeitgeber die Möglichkeit, von sich aus Kündigungsgründe zu schaffen;²¹ mit Recht ist in der Literatur von der „freien Erzeugbarkeit“ dringender betrieblicher Erfordernisse die Rede.²² 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.

¹⁶ S. bereits BVerfG 1. 3. 1979 – 1 BvR 532, 533/77 – BVerfGE 50, 290, 363.

¹⁷ BVerfG 24. 4. 1991 – 1 BvR 1341/90 – BVerfGE 84, 133, 146.

¹⁸ S. statt aller BVerfG 19. 10. 1993 – 1 BvR 567, 1044/89 – BVerfGE 89, 214, 232.

¹⁹ BVerfG 27. 1. 1998 – 1 BvL 15/87 – BVerfGE 97, 169, 176.

²⁰ BVerfG 28. 1. 1992 – 1 BvR 1025/82 – NZA 1992, 270, 273.

²¹ Kühling AuR 2003, 95; ähnlich Stahlhacke/Preis/Vossen-Preis, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 10. Aufl., Rn 905: „Subjektivierung des Kündigungsgrundes“

²² Annuß, Betriebsbedingte Kündigung und arbeitsvertragliche Bindung, 2004, S. 52.

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 Betrauten²³ sowie beim arbeitgeberseitig angeordneten Wechsel von Arbeitsverhältnissen zur Beschäftigung freier Mitarbeiter.²⁴ In diesem Bereich kann jeder einigermaßen gut beratene Arbeitgeber durch das KSchG geschütztes Personal abbauen, ohne sich dafür mit wirtschaftlichen oder anderen Gründen rechtfertigen zu müssen. Die Versetzung auf einen freien Arbeitsplatz wird in der Regel eine theoretische Möglichkeit bleiben; geht es wie im Ausgangsbeispiel um die Schließung eines Betriebs, entfällt auch die soziale Auswahl. In der Literatur wurde betont, der Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses würde in dieser Situation auf das außerhalb des KSchG bestehende Niveau zurückfallen²⁵ - eine eher euphemistische Würdigung, da dort immerhin ein nachvollziehbarer Grund vorliegen und eine längere Betriebszugehörigkeit berücksichtigt werden muss.²⁶ Die unternehmerische Entscheidung als solche ist gegen gerichtliche Kontrolle faktisch immun. Sie kann nur daraufhin überprüft werden, ob sie „offensichtlich unsachlich, unvernünftig oder willkürlich“ ist.²⁷ Dies wird damit begründet, dass eine Vermutung für das Vorliegen sachlicher Gründe auf der Seite des Unternehmers spreche.²⁸ Der Arbeitnehmer muss zudem beweisen, dass die Voraussetzungen von Willkür usw. vorliegen.²⁹ Dies gelingt so gut wie nie.³⁰

- Zum zweiten finden die Bestandsschutzinteressen des Arbeitnehmers keine Berücksichtigung. Die „Härteklausele“ hat bislang ebenso wenig praktische Bedeutung erlangt wie die Willkürkontrolle. Faktisch dominiert allein das Interesse des Arbeitgebers, sich bei Bedarf seiner Arbeitskräfte entledigen zu können. Soweit dabei subjektive

²³ 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.

²⁴ BAG 9. 5. 1996 – 2 AZR 438/95 – AP Nr. 79 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = NZA 1996, 1145 – Weight Watcher

²⁵ P. Stein BB 2000,459.

²⁶ BVerfG 27. 1. 1998 – 1 BvL 15/87 – NZA 1998, 470, 472 rechte Spalte.

²⁷ So schon BAG 24. 10. 1979 – 2 AZR 940/77 – AP Nr. 8 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = DB 1980, 1400.

²⁸ BAG 20. 4. 1987 – 2 AZR 184/86 – AP Nr. 42 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = NZA 1987, 776.

²⁹ So zuletzt BAG 13. 3. 2008 – 2 AZR 1037/06 – NZA 2008, 878.

³⁰ S. die wenigen Beispiele bei Däubler, Die Unternehmerfreiheit im Arbeitsrecht – eine unantastbare Größe? Schriftenreihe des Hugo-Sinzheimer-Instituts, Band 5, Saarbrücken 2012, S. 35.

Überlegungen wie etwa die, einen unsympathischen Menschen los zu werden, eine Rolle spielen, könnte dies zwar die Rechtmäßigkeit der Kündigung in Frage stellen,³¹ doch wird es dem Arbeitnehmer im Einzelfall sehr schwer fallen, einen entsprechenden Nachweis zu führen.

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,³² von seinem Grundrecht bleibt nichts übrig.

IV. Das Kündigungsschutzgesetz als Bremse?

1. Bedenken gegen die herrschende Interpretation

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 tragen.³³ Die Kündigung muss unvermeidbar sein, es darf kein die Arbeitnehmerseite weniger belastendes Mittel geben, um die betrieblichen Ziele zu erreichen.³⁴

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.³⁵ In Wirklichkeit

³¹ 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, 12. Aufl., § 1 KSchG Rn 240a, der dies nur annimmt, wenn kein erkennbares betriebswirtschaftliches Erfordernis hinzutritt.

³² Däubler, Arbeitsrecht 2, Rn 1075.

³³ BAG 7. 12. 1978 – 2 AZR 155/77 – AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung

³⁴ Ebenso Löwisch, in: Blank/Otto-Brenner-Stiftung (Hrsg.), Betriebsbedingte Kündigungen im Widerstreit, S. 52.

³⁵ P. Stein BB 2000, 460; Walker ZfA 2004, 501, 522.

kommt dem Merkmal „dringend“ nach der Rechtsprechung daher keinerlei eigenständige Bedeutung mehr zu.³⁶ Dies lässt sich nicht mit dem Argument beiseite wischen, es handle sich um einen „legislativen Kraftausdruck“;³⁷ 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.³⁸ 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.³⁹

Gegen diese „Umdeutung“ spricht nicht nur der Wortlaut als solcher, sondern auch die Entstehungsgeschichte.⁴⁰ § 1 KSchG wollte den Arbeitnehmerschutz gegenüber den Vorgängerregelungen in § 84 Abs. 1 Nr. 4 BRG bzw. in § 56 AOG verstärken;⁴¹ 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.⁴² Damit war klar gestellt, dass es sich um einen inhaltlichen Schutz handeln sollte, nicht um eine Ermächtigung zur Anerkennung von Arbeitgeberdispositionen.

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 Extremfällen abgesehen – verbindlicher Ausgangspunkt aller weiteren Überlegungen sein. Ähnlich verfuhr man früher im Arbeitsschutzrecht, wo nach § 120a

³⁶ Annuß, Betriebsbedingte Kündigung, S. 52; Kühling AuR 2003, 92.

³⁷ So aber Walker ZfA 2004, 501, 522.

³⁸ Vgl. auch P. Stein BB 2000, 457: „Gefahr, den Kontakt zum Wortlaut zu verlieren“. Deutlich Boeddinghaus AuR 2001, 11.

³⁹ P. Stein AuR 2003, 99, 100.

⁴⁰ Zu ihr insbesondere Colneric, in: Blank/Otto-Brenner-Stiftung (Hrsg.), Betriebsbedingte Kündigungen im Widerstreit, S. 21 ff.

⁴¹ P. Stein BB 2000, 460 mwN (Fn. 57).

⁴² Zitiert nach P. Stein BB 2000, 460

GewO a. F. Maßnahmen zugunsten von Leben und Gesundheit der Arbeitnehmer nur geboten waren, „soweit die Natur des Betriebes es gestattete“. 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?

2. Auslegung nach Wortlaut und Sinn

a) Arbeit „im Betrieb“

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,⁴³ wobei hier offen bleiben muss, wie diese im Einzelnen zu bestimmen ist.

b) „Erfordernisse“

Das Wort „Erfordernisse“ verweist auf Notwendigkeiten, die sich auf den Betrieb, seine Entwicklung wie seine Weiterexistenz beziehen müssen.⁴⁴ 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.⁴⁵

c) „Dringende“ Erfordernisse – Überwiegen des Arbeitgeberinteresses

⁴³ So zuletzt BAG 18. 9. 2008 – 2 AZR 560/07 – NZA 2009, 142.

⁴⁴ HK-ArbR-Schubert, 2. Aufl., § 1 KSchG Rn 423.

⁴⁵ Vgl. dazu auch Colneric, in: Blank/Otto-Brenner-Stiftung (Hrsg.), Betriebsbedingte Kündigungen im Widerstreit, S. 32.

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.⁴⁶

Zu verweisen ist einmal auf die Entstehungsgeschichte.⁴⁷ 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 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,⁴⁸ doch fällt es dem Betroffenen ausgesprochen

⁴⁶ Dazu insbesondere auch Preis, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, 1987, S. 248 und NZA 1995, 241, 248.

⁴⁷ S. schon bei Fn. 40.

⁴⁸ Instrukтив LAG Berlin-Brandenburg 25. 11. 2010 – 2 Sa 707/10 – LAGE § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 89.

schwer, das Vorliegen einer derartigen 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 kaum leistbar, 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.

d) Bestätigung durch verfassungsgeleitete Interpretation

Für eine Auslegung des Merkmals „dringend“ in dem Sinne, dass das Arbeitgeberinteresse den Vorrang haben muss, spricht auch eine verfassungsorientierte Interpretation.⁴⁹ 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. Andernfalls könnte der Arbeitgeber ausschließlich seine eigenen Interessen durchsetzen, indem er Umstände schafft, die ihm eine betriebsbedingte Kündigung gestatten. Damit bliebe das Arbeitnehmergrundrecht auf der Strecke, was gegen das Untermaßverbot verstößt.⁵⁰

3. Einwände gegen die Interessenabwägung

a) Verdeckte Überprüfung der Unternehmerentscheidung?

Der hier vorgeschlagenen Lösung wird entgegengehalten, sie führe auf einem Umweg zu einer gerichtlichen Überprüfung der unternehmerischen Entscheidung. Dies aber lasse

⁴⁹ Zu ihr ErfK-Dieterich, Einl. zum GG, Rn 80.

⁵⁰ 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. und SPV-Preis, Rn 924, wonach eine „Belastungsgrenze“ überschritten sein muss, damit man von „dringenden“ betrieblichen Interessen sprechen kann.

sich mit deren grundrechtlicher Verankerung in Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1 und 14 Abs.1 GG nicht vereinbaren,⁵¹ und zwar nicht einmal dann, wenn man lediglich frage, ob die vom Arbeitgeber erlangten oder erstrebten Vorteile „außer Verhältnis“ zu den Nachteilen stünden, die mit der Kündigung für den Arbeitnehmer verbunden seien.⁵²

An diesem Einwand trifft zu, dass die unternehmerische Entscheidung in der Tat einer gewissen inhaltlichen Überprüfung unterzogen wird.⁵³ Dies ist jedoch grundsätzlich 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.⁵⁴ 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.⁵⁵ Das BAG spricht ausdrücklich davon, wegen des KSchG sei die Kündigung keine „freie“ Unternehmerentscheidung,⁵⁶ 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.

b) Überforderung der Gerichte?

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

⁵¹ So statt aller v. Hoyningen-Huene/Linck, Kündigungsschutzgesetz, 14. Aufl., § 1 Rn 701.

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

⁵³ Ebenso HK-ArbR-Schubert, § 1 KSchG Rn 411; Walker ZfA 2004, 501, 522

⁵⁴ BVerfG 18. 12. 1985 – 1 BvR 143/83 – NZA 1986, 199. Näher dazu Däubler, Die Unternehmerfreiheit im Arbeitsrecht, S. 46 ff.

⁵⁵ Berkowsky, Betriebsbedingte Kündigung, § 6 Rn 18; HK-KSchG-Gallner § 1 Rn 633; KR-Griebeling § 1 KSchG Rn 525; Rost, Jahrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 29 (2002) S. 87

⁵⁶ 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.

die Entwicklungen des Marktes reagieren müsse.⁵⁷ 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 Grundlage nachträglich als rechtswidrig qualifizierter Kündigungen stillgelegt worden sei.⁵⁸

Die Komplexität einer Materie kann – dies sei vorausgeschickt – keine richterliche Abstinenz rechtfertigen.⁵⁹ Das Rechtsstaatsprinzip verlangt, dass auch schwierige Fragen von den Gerichten entschieden werden.⁶⁰ Notfalls müssen diese die Hilfe von Sachverständigen in Anspruch nehmen.⁶¹ Geht es um die „Vertretbarkeit“ eines angefochtenen Sozialplans für das Unternehmen oder um die Anpassung von Betriebsrenten nach § 16 BetrAVG, sind vergleichbar komplexe wirtschaftliche Fragen zu entscheiden, ohne dass insoweit die Kompetenz der Gerichte in Frage gestellt worden wäre.

Die hier vorgeschlagene Interessenabwägung führt jedoch keineswegs 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 frei gewählte 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 Kleinbetriebsklausel⁶² 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 entsprechende Interesse eines Großunternehmens, das von Managern nach allgemeinen Vorgaben geleitet wird

⁵⁷ 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.

⁵⁸ So insbesondere KR-Griebeling § 1 KSchG Rn 523

⁵⁹ Kühling AuR 2003, 93, 96; zustimmend HK-ArbR-Schubert § 1 KSchG Rn 436.

⁶⁰ Walker ZfA 2004, 501, 508.

⁶¹ Kühling AuR 2003, 93.

⁶² BVerfG 27. 1. 1998 – 1 BvL 15/87 – NZA 1998, 470, 472.

und bei dem der personale Charakter hinter der Funktionserfüllung weitestgehend zurücktritt.⁶³ 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 Verhalten wird er seine eigenen Vorteile sowieso relativ genau bestimmen, die er sich von seinem Vorgehen verspricht (etwa Beseitigung von Verlusten im folgenden Geschäftsjahr). Von daher ist die Interessenabwägung nicht weniger kalkulierbar als in den Fällen der personen- und der verhaltensbedingten Kündigung. Bei allen drei Formen der Kündigung geht es allerdings 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. Auf's Ganze gesehen ist dies jedoch ein unserem System des Kündigungsschutzes inhärentes Risiko, das bisher 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 – auch dabei tauchen Unsicherheiten auf, die bisher immer ohne Schwierigkeiten bewältigt wurden. Von daher spielt es auch keine Rolle, dass die gerichtliche Entscheidung zu einem Zeitpunkt ergeht, zu dem die unternehmerische Maßnahme bereits umgesetzt ist. Unwirksam und aufzuheben ist ggf. die Kündigung, nicht die bereits vollzogene Maßnahme.

c) Individualisierung kollektiver Probleme?

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

⁶³ Damit kann den Einwänden von Dieterich (AuR 2007, 65, 68) Rechnung getragen werden.

führen, dass divergierende gerichtliche Entscheidungen verschiedener Kammern ergehen, was für die Umsetzung der Maßnahme wenig hilfreich wäre. Dies kann sich aus unterschiedlichen Gründen ergeben; das richterliche Vorverständnis kann verschieden sein, aber es ist auch möglich, dass die Parteien unterschiedliches Tatsachenmaterial ins Verfahren eingebracht haben. 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 und entschieden 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.⁶⁴

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 weiterzubeschäftigen, sofern dies möglich ist. Andernfalls kommt eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Abfindung nach § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG in Betracht.⁶⁵ Auch gibt es in der Literatur durchaus Überlegungen,

⁶⁴ Dazu Däubler, Die Unternehmerentscheidung im Arbeitsrecht, S. 52 ff.

⁶⁵ Vgl. ErfK-Oetker § 9 KSchG Rn 18, wonach die „gedeihliche weitere Zusammenarbeit“ auch an objektiven Umständen scheitern kann.

wie selbst ein stillgelegter Betrieb fortgeführt werden kann, wenn sich die (meisten) Kündigungen nachträglich als unwirksam erweisen.⁶⁶

d) Bestätigung durch die frühere Praxis

Der Hinweis auf praktische Schwierigkeiten und andere Probleme der Interessenabwägung verfängt schließlich auch deshalb nicht, weil das BAG 25 Jahre lang eine solche Konzeption praktizierte, ohne dass sich irgendwelche ins Gewicht fallenden Unzuträglichkeiten ergeben hätten. Eine umfassende Interessenabwägung auch bei der betriebsbedingten Kündigung vorzunehmen, entsprach seit 1954 seiner ständigen Rechtsprechung. Erst im Jahre 1979 beschränkte es sich auf den bisher nie praktisch gewordenen Fall einer unzumutbaren Härte auf Seiten des Arbeitnehmers.⁶⁷ Dazu kommt, dass zahlreiche Instanzgerichte in den ersten Jahren nach Inkrafttreten des KSchG sogar eine volle Überprüfung der unternehmerischen Entscheidung vornahmen,⁶⁸ 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.“⁶⁹ 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.⁷⁰ Andere Arbeitsgerichte nahmen eine Interessenabwägung vor.⁷¹

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.

⁶⁶ Döse-Digenopoulos, Arbeitsgerichte und betriebsbedingte Kündigung: Zur Effizienz judikativer Kontrolle, Köln 1982.

⁶⁷ Nachweise oben II.

⁶⁸ Überblick bei Boeddinghaus AuR 2001, 8 ff.

⁶⁹ LAG Stuttgart 19. 5. 1954 – II Sa 56/54 - BB 1954, 806; die Passage ist auch wiedergegeben bei Boeddinghaus AuR 2001, 8, 10.

⁷⁰ LAG Frankfurt/Main 25. 11. 1953 - I LA 311/53 - BB 1954, 228

⁷¹ Nachweise bei Boeddinghaus AuR 2001, 9.

Dabei sind auch die Risiken mit einzubeziehen, die eine solche Auslagerung mit sich bringt und die z. B. in Lieferverzögerungen oder Qualitätsproblemen liegen können. Nicht nachzugehen ist der Frage, ob ein Verzicht auf das Outsourcing und eine klügere Organisation im eigenen Hause die bessere Lösung gewesen wäre. Dies würde die Kompetenz des Arbeitsgerichts überschreiten und einen sehr weitgehenden Eingriff in die Berufsfreiheit darstellen. Auch wären hier unterschiedliche Gerichtsentscheidungen nur schwer zu ertragen. Den Vorteilen für den Arbeitgeber sind die Nachteile für die einzelnen 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 überwiegen, 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.⁷² 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 den Arbeitnehmern in Form einer Abfindung ein gewisser Ausgleich gewährt werden, da ihre Interessen sonst völlig unberücksichtigt bleiben würden. Sie erbringen für das Unternehmen ein Opfer, das nach einem Ausgleich verlangt. Nach ähnlichen Grundsätzen wird in der Praxis der niederländischen Gerichte verfahren, soweit diese die gesetzlich vorgeschriebene Zustimmung zu einer Kündigung erteilen, obwohl es hierfür keine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung gibt.⁷³ Lobinger⁷⁴ 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 in dem eingangs geschilderten Fall vor.⁷⁵

Allein wegen der beabsichtigten Steigerung des Börsenkurses den Arbeitsplatz zu

⁷² Zum Fall der sog. shareholder-value-Kündigung s. sogleich im Text.

⁷³ Einzelheiten bei Däubler, Die Unternehmerfreiheit im Arbeitsrecht, S. 69 ff.

⁷⁴ ZfA 2006, 198 ff.

⁷⁵ Oben I.

verlieren, erscheint wenig einleuchtend. Das ArbG Gelsenkirchen⁷⁶ hat in einem ähnlich gelagerten Fall eine missbräuchliche Unternehmerentscheidung angenommen und die Kündigung (durch rechtskräftig gewordenes Urteil) für rechtswidrig erklärt. Dasselbe Ergebnis folgt aus einer Abwägung der beiderseitigen Interessen. Eine abweichende Lösung wäre allenfalls dann denkbar, wenn die Schließung gut qualifizierte Arbeitskräfte betreffen würde, die mit Sicherheit in kürzester Zeit einen neuen Arbeitsplatz finden, und wenn ihnen außerdem eine erhebliche Abfindung gewährt würde. In solchen Fällen könnte der Arbeitgeber aber in der Regel seine Ziele auch mit Hilfe von Aufhebungsverträgen erreichen. Das BAG hatte bisher über eine shareholder-value-Kündigung nicht zu entscheiden,⁷⁷ in der Literatur gehen die Meinungen auseinander.⁷⁸

Die Kündigung wegen Änderung des Rechtsstatus⁷⁹ ist primär unter dem Aspekt zu diskutieren, ob nicht eine verkappte Austausch Kündigung vorliegt, weil der Beschäftigungsbedarf in Wirklichkeit gar nicht weggefallen ist.⁸⁰ Nur wenn man dies ablehnt, stellt sich das Problem der Interessenabwägung. Die möglichen wirtschaftlichen Vorteile für die Arbeitgeberseite, die in geringeren „Lohnkosten“ und möglicherweise höherer Flexibilität liegen, 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 Beschäftigten bedarf es eines besonderen rechtfertigenden Grundes. Dieser kann den Umständen nach nur in der schlechten wirtschaftlichen Situation des Unternehmens liegen; bloße Gewinnsteigerung könnte kein überwiegendes Arbeitgeberinteresse begründen. Auch wenn das Opfer unvermeidbar ist, wäre wie im Fall des Outsourcing eine angemessene Abfindung zu gewähren. Außerdem stellt sich hier besonders dringend die Frage, ob mildere Mittel als die Kündigung zur Verfügung standen. Wurde beispielsweise der Versuch unternommen, auf der Grundlage eines „Bündnisses für Arbeit“ für einige Zeit zu schlechteren Konditionen zu arbeiten, um auf diese Weise die Durststrecke des Unternehmens zu bewältigen?

⁷⁶ 28. 10. 1997 – 2 Ca 3762/96 – NZA 1998, 944 = AuR 1999, 38 mit Anm. Däubler

⁷⁷ Vgl. Rost, Jahrbuch des Arbeitsrechts 29 (2002) S. 87.

⁷⁸ 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 dagegen HK-ArbR-Schubert § 1 KSchG Rn 419; P. Stein BB 2000, 459; Däubler, Arbeitsrecht 2, Rn 1075. Eher kritisch zu ihr APS-Kiel § 1 KSchG Rn 471.

⁷⁹ 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

⁸⁰ So mit Recht Preis NZA 1997, 1073, 1079.

Bei der betriebsbedingten Kündigung auch die Arbeitnehmerinteressen zu berücksichtigen, verschiebt die Akzente: Einige Kündigungen, die heute hingenommen werden, wären nicht mehr möglich. Bei anderen müssten die betroffenen Arbeitnehmer eine Abfindung erhalten.