

Rechtswidrige Unternehmerentscheidung und betriebsbedingte Kündigung

von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

I. Die Problematik

Unternehmerische Entscheidungen können dringende betriebliche Erfordernisse begründen, die eine betriebsbedingte Kündigung rechtfertigen. Der Arbeitgeber kann sein Unternehmen so führen, wie er es für richtig hält. Er kann es vergrößern, aber auch verkleinern, er kann auf die Herstellung bestimmter Produkte verzichten oder seine Tätigkeit einstellen. Der Einsatz der Arbeitskräfte unterliegt gleichfalls im Grundsatz seiner freien Disposition. So kann er 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 wegfallen zu lassen.¹ Ihm steht es weiter frei, das Anforderungsprofil für einzelne Stellen zu verändern und z. B. in bestimmten Bereichen ausschließlich Facharbeiter zu beschäftigen², als Vertretungskräfte in einer Schule anstelle von Lehrern nur noch pädagogische Mitarbeiter einzusetzen³ oder Kenntnisse der deutschen Schriftsprache zu verlangen.⁴ Eine unternehmerische Entscheidung stellt es auch dar, wenn die Anzahl der Arbeitskräfte festgelegt wird, mit denen bestimmte Aufgaben erfüllt werden sollen⁵ – eine in der Praxis außerordentlich wichtige Befugnis. Weiter kann der Arbeitgeber grundsätzlich entscheiden, ob bestimmte Aufgaben durch Vollzeit- oder durch Teilzeitkräfte erledigt werden; auch dies wird als Ausdruck der Unternehmenspolitik angesehen.⁶ Dasselbe gilt für die Frage, auf der Grundlage welcher Art von Verträgen die Beschäftigten eingesetzt werden – ob als

¹ BAG vom 10. 10. 2002 – 2 AZR 598/01 – DB 1993, 506; BAG vom 13. 2. 2008 – 2 AZR 1041/06 – DB 2008, 1689.

² BAG vom 17. 6. 1999 – 2 AZR 522/98 – DB 1999, 1910.

³ BAG vom 29. 11. 2007 – 2 AZR 388/06 – NZA 2008, 523 = ZTR 2008, 327.

⁴ BAG vom 28. 1. 2010 – 2 AZR 764/08 – DB 2010, 1071.

⁵ So wohl erstmals BAG vom 24. 4. 1997 – 2 AZR 352/96 – DB 1997, 1776; ebenso BAG vom 22. 5. 2003 – 2 AZR 326/02 – AP Nr. 128 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

⁶ So insbesondere BAG vom 19. 5. 1993 – 2 AZR 584/92 – DB 1993, 1879; BAG vom 24. 4. 1997 – 2 AZR 352/96 – DB 1997, 1776.

Arbeitnehmer oder als freie Mitarbeiter⁷, ob als bezahlte Arbeitskräfte oder als ehrenamtlich Tätige.⁸

Die Entscheidungsfreiheit des Unternehmers wird 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. Das schließe die Befugnis ein, im Unternehmen nur Mitarbeiter zu beschäftigen, die den eigenen Vorstellungen entsprechen, und auch festzulegen, wie viele Arbeitskräfte nötig sind.⁹

Die Qualität einer Entscheidung und ihre wirtschaftliche Vernünftigkeit werden von den Arbeitsgerichten nicht überprüft. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn es sich um eine „offensichtlich unsachliche, unvernünftige oder willkürliche“ Entscheidung handelt.¹⁰ Dieses „Kontrollprogramm“ ist von recht geringer praktischer Bedeutung; die erste BAG-Entscheidung, die einer unternehmerischen Entscheidung nach diesen Kriterien die Anerkennung versagte, stammt aus dem Jahre 2002¹¹ (wobei das Gericht auf anderem Wege zum gleichen Ergebnis hätte kommen können). Dafür mag die Tatsache mitverantwortlich sein, dass der gekündigte Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast dafür hat, dass eine rechtsmissbräuchliche Entscheidung in diesem Sinne vorliegt.¹²

Sehr viel weniger Aufmerksamkeit hat in der Literatur bislang die Tatsache erfahren, dass unternehmerische Entscheidungen auch gegen geltendes Recht verstoßen können, obwohl die Rechtsprechung insoweit sehr viel reichhaltiger ist. So erwies sich etwa eine Änderungskündigung als rechtswidrig, die zu einer gegen § 4 Abs. 1 TzBfG verstoßenden Benachteiligung von Teilzeitkräften führte.¹³ Auch darf die Reduzierung der Zahl der Beschäftigten nicht zur Folge haben, dass die weiter im Betrieb Arbeitenden über ihren Arbeitsvertrag hinaus faktisch zu dauernder Zusatzarbeit gezwungen wären.¹⁴ Die

⁷ BAG vom 9. 5. 1996 – 2 AZR 438/95 – DB 1996, 2033 – Weight Watcher; ebenso BAG vom 13. 3. 2008 – 2 AZR 1037/06 – DB 2008, 1575 – Moskito-Anschläger.

⁸ BAG vom 18. 9. 2008 – 2 AZR 530/07 – NZA 2009, 142 = AP Nr. 89 zu § 1 KSchG 1969.

⁹ So ausdrücklich BVerfG vom 27. 1. 1998 – 1 BvL 15/87 – DB 1998, 826; dazu zusammenfassend APS-Kiel, 4. Aufl., § 1 KSchG Rn 445.

¹⁰ So schon BAG vom 24. 10. 1979 – 2 AZR 940/77 – DB 1980, 1400.

¹¹ BAG vom 26. 9. 2002 – 2 AZR 636/01 – DB 2003, 946 – Rheumaklinik.

¹² S. etwa BAG vom 13. 3. 2008 – 2 AZR 1037/06 – DB 2008, 1575.

¹³ BAG vom 24. 4. 1997 – 2 AZR 352/96 – DB 1997, 1776.

¹⁴ BAG vom 22. 5. 2003 – 2 AZR 326/02 – AP Nr. 128 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = ZTR 2003, 521; BAG vom 29. 11. 2007 – 2 AZR 388/06 – NZA 2008, 523; BAG vom 18. 9. 2008 – 2 AZR 560/07 – NZA 2009, 142.

Rechtswidrigkeit muss sich also nicht schon aus der Entscheidung als solcher, sonst kann sich daraus ergeben, dass sie nur unter Verstoß gegen geltendes Recht umsetzbar ist. Beide Bereiche sollen hier näher untersucht werden.

Eine wesentliche Einschränkung ergibt sich von vorne herein dadurch, dass das BAG nur solche Vorschriften als relevant ansieht, die zumindest auch dem Arbeitsplatzschutz dienen. Dies wurde für eine tarifliche Besetzungsregel,¹⁵ für das sächsische Vermessungsgesetz¹⁶ und für die Kompetenzverteilung zwischen Gesellschafterversammlung und Geschäftsführung in einer GmbH-Satzung verneint.¹⁷ Insoweit sollen Verstöße ohne Bedeutung bleiben. Dies vermag nicht zu überzeugen: Wer sich zum geltenden Recht in Widerspruch setzt, kann sich für sein Tun nicht mehr auf das Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG (oder andere Grundrechte) berufen.¹⁸ Abweichendes gilt nur, wenn die Verbotsnorm ihrerseits gegen Art. 12 Abs. 1 GG oder andere Grundrechte verstoßen würde, was aber in den vom BAG entschiedenen Fällen denkbar fern lag und von niemandem behauptet wurde. Die „Anerkennung“ einer rechtswidrigen Unternehmerentscheidung stößt weiter auf den Einwand, dass sich der gekündigte (oder versetzte) Arbeitnehmer gleichfalls auf sein Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG berufen kann, das nach der Rechtsprechung des BVerfG¹⁹ u. a. auch die Beibehaltung des bisherigen Arbeitsplatzes schützt.²⁰ Dass diese Grundrechtsposition wegen des rechtswidrigen Gebrauchs eines kollidierenden Grundrechts zurückstehen soll, ist schwerlich einzusehen.²¹ Einen Vorrang kann nur beanspruchen, wer sich im Rahmen der Rechtsordnung bewegt. Auch führt die BAG-Rechtsprechung zu schwierigen Abgrenzungsproblemen; so ist es jedenfalls nicht auf den ersten Blick erkennbar, dass eine Norm, die eine überobligationsmäßige Inanspruchnahme von weiter arbeitenden Beschäftigten verbietet, „bestandsschützenden“ Charakter haben soll.

¹⁵ BAG 17. 6. 1999 - 2 AZR 456/98 – DB 1999, 2117.

¹⁶ BAG 7. 10. 2004 – 2 AZR 122/04 – NZA 2005, 352.

¹⁷ BAG 7. 12. 2000 – 2 AZR 391/99 – DB 2001, 1154.

¹⁸ Stahlhacke/Preis/Vossen-Preis, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 10. Aufl., Rn 919; wohl auch Bitter DB 2000, 1760, 1765.

¹⁹ vom 27. 1. 1998 – 1 BvL 15/87 – DB 1998, 826.

²⁰ Dazu auch Kühling AuR 2003, 92, 95; P. Stein AuR 2003, 99 ff.

²¹ Zur generellen Frage der Interessenabwägung bei der betriebsbedingten Kündigung s. Däubler, Die Unternehmerfreiheit im Arbeitsrecht – eine unantastbare Größe? Schriftenreihe des Hugo-Sinzheimer-Instituts, Saarbrücken 2012, S. 30 ff.

Ein Rechtsverstoß kann sich aus Gesetzen ergeben, wobei dem AGG besondere Bedeutung zukommt. Daneben kommen Tarifverträge, Gesellschaftssatzungen und vertragliche Bindungen gegenüber Dritten in Betracht.

II. Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften

Relativ unproblematisch ist der Fall, dass eine Änderungskündigung einen Zustand herbeiführen will, der Teilzeitkräfte entgegen § 4 Abs. 1 TzBfG benachteiligt. Hier hat das BAG mit Recht eine Grenze gezogen und die Kündigung für rechtswidrig erklärt.²² Es würde zum selben Ergebnis kommen, wenn sich die angestrebte Arbeitszeit nicht mit dem ArbZG oder anderen gesetzlichen Beschränkungen der Arbeitszeit vereinbaren ließe.²³

Rechtswidrig ist weiter eine organisatorische Veränderung, die in erster Linie das Ziel hat, einen Arbeitnehmer los zu werden, der in unerwünschter Weise von seinen Rechten Gebrauch gemacht hat. Hier wäre § 612a BGB verletzt; für die Kündigung würden keine „dringenden betrieblichen Interessen“ sprechen. Auch insoweit kann man sich auf die Rechtsprechung des BAG stützen.²⁴

Neuland betritt man in einem anderen Fall, der praktische Relevanz gewinnen kann. Nach § 146 Abs. 2 Satz 1 AO haben Unternehmen ihre Geschäftsbücher und sonstige erforderliche Aufzeichnungen im Inland zu führen und aufzubewahren. Dies soll die Kontrollmöglichkeiten der Finanzbehörden sicherstellen. Eine Verlagerung ins Ausland ist nach § 146 Abs. 2a AO nur für die elektronische Buchführung (und nicht für die in Papierform praktizierte) möglich.²⁵ Auch dann muss nach § 147 Abs. 6 AO für die Finanzbehörden jederzeit ein verlässlicher Zugriff vom Inland aus möglich bleiben. Eine unternehmerische Entscheidung, die diese gesetzlichen Vorgaben missachtet, wäre rechtswidrig. Würde wegen der (illegalen) Verlagerung ins Ausland eine betriebsbedingte Kündigung ausgesprochen, könnte diese keine rechtliche Anerkennung finden.²⁶ Dies ist auch deshalb eine sinnvolle Lösung, weil die Finanzbehörden nach Aufdeckung des

²² BAG vom 24. 4. 1997 – 2 AZR 352/96 – DB 1997, 1776.

²³ Deinert, in: Kittner/Däubler/Zwanziger (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht, 8. Aufl. (im Folgenden: KDZ) § 1 KSchG Rn 384.

²⁴ BAG 22. 4. 2004 – 2 AZR 385/03 – DB 2004, 1890; zustimmend SPV-Preis Rn 919

²⁵ Klein, AO, Kommentar, 10. Aufl., § 146 Rn 5, 5a

²⁶ Nähere Überlegungen zur Rechtslage vor Einführung des § 146 Abs. 2a AO bei Däubler, AiB 2003, 385 ff.

Sachverhalts mit hinreichender Sicherheit verlangen würden, dass die Buchführung ins Inland zurückgeholt wird.

Rechtswidrig sind weiter organisatorische Entscheidungen, die gegen zwingende gesetzliche Vorgaben verstoßen. Am Beispiel des sächsischen Vermessungsgesetzes hat das BAG dem keine kündigungsschutzrechtliche Bedeutung beigemessen, weil es bei diesen Regelungen nicht um den Schutz von Arbeitsplätzen gehe.²⁷ Dies kann nicht akzeptiert werden, da es nur auf die Rechtswidrigkeit der Maßnahme als solche ankommen kann.²⁸ Praktische Bedeutung könnte dies weiter bei Privatisierungsvorgängen gewinnen.²⁹

Im Einzelfall kann es Sonderregeln geben, die andere Sanktionen als die Unwirksamkeit der Kündigung vorsehen. Wird etwa eine Betriebsänderung ohne Einschaltung des Betriebsrats durchgeführt, so greift lediglich die Spezialvorschrift des § 113 BetrVG ein, wonach jeder gekündigte Arbeitnehmer einen Anspruch auf Abfindung nach den Maßstäben der §§ 9, 10 KSchG hat.³⁰ Daneben steht dem Betriebsrat nach der Rechtsprechung der meisten Landesarbeitsgerichte das Recht zu, die Umsetzung der Betriebsänderung, insbesondere den Ausspruch von Kündigungen, durch einstweilige Verfügung verbieten zu lassen, bis das Verfahren nach den §§ 111 ff. BetrVG ordnungsgemäß durchgeführt wurde.³¹

III. Insbesondere: Verstoß gegen Diskriminierungsverbote

Von der unternehmerischen Autonomie darf nicht in der Weise Gebrauch gemacht werden, dass Diskriminierungsverbote verletzt werden.³² Dies ist bislang noch relativ wenig ins Bewusstsein geraten, kann jedoch erhebliche praktische Bedeutung gewinnen.

²⁷ BAG vom 7. 10. 2004 – 2 AZR 122/04 – NZA 2005, 352.

²⁸ Oben I a. E.

²⁹ KDZ-Deinert § 1 KSchG Rn 387; Schuster/Beckerle NZA 2001, 16. Dazu schon Däubler, Privatisierung als Rechtsproblem, 1980.

³⁰ Vgl. BAG 21. 9. 2000 – 2 AZR 385/99 – DB 2001, 1207.

³¹ Nachweise bei DKKW-Däubler, 13. Aufl., §§ 112, 112a Rn 52 ff.

³² Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 3. Aufl., § 2 Rn 65; Däubler/Bertzach-Däubler, AGG, 2. Aufl., § 7 Rn 269; KDZ-Deinert § 1 Rn 386; HK-ArbR-M.Schubert, 2. Aufl., § 1 KSchG Rn 372; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn 109.

1. Der Stand der Rechtsprechung

Eine unternehmerische Maßnahme liegt auch dann vor, wenn bestimmte Anforderungen an eine konkrete Tätigkeit gestellt werden. Dies ist etwa der Fall, wenn der Arbeitgeber im Betrieb schriftliche Arbeitsanweisungen einführt, die nur auf der Grundlage ordentlicher Deutsch-Kenntnisse verstanden und befolgt werden können. Darin liege – so das BAG³³ – eine mittelbare Diskriminierung wegen der ethnischen Zugehörigkeit, da Ausländer sehr viel häufiger als Deutsche von dieser Maßnahme negativ betroffen würden.³⁴ Damit wurde stillschweigend die Anwendbarkeit des AGG auf unternehmerische Maßnahmen bejaht. In der Sache selbst hatte das LAG Hamm³⁵ als Vorinstanz entschieden, das Verhalten des Arbeitgebers sei diskriminierend gewesen, weil er die Arbeit auch so hätte organisieren können, dass die Beherrschung der deutschen Schriftsprache entbehrlich gewesen wäre. Das BAG³⁶ war anderer Ansicht und hob diese Entscheidung auf, weil auf der Grundlage der getroffenen Maßnahme die Sprachkenntnisse in der Tat erforderlich waren; die „Ausweichmöglichkeit“ wurde angesichts der eindeutigen Vorgabe des Arbeitgebers gar nicht geprüft.

2. Weitere Anwendungsfälle

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. Nach der Rechtsprechung des BAG müssen die materiellen Diskriminierungsverbote einschließlich der Rechtfertigungsgründe bei der Beurteilung der sozialen Rechtfertigung nach dem KSchG beachtet werden.³⁷

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.³⁸ Immerhin ist an den Fall zu denken, dass ein Unternehmen 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)

³³ 28. 1. 2010 – 2 AZR 764/08 – DB 2010, 1071.

³⁴ Zum Begriff der mittelbaren Diskriminierung s. ErfK-Schlachter, 12. Aufl. § 3 AGG Rn 7 ff.; Schrader/Schubert, in: Däubler/Bertzbach (Hrsg.), § 3 Rn 40 ff.

³⁵ 17. 7. 2008 – 16 Sa 544/08 – DB 2009, 626. Zustimmung ErfK-Oetker § 1 KSchG Rn 240.

³⁶ A. a. O.

³⁷ BAG 6. 11. 2008 – 2 AZR 523/07 – NZA 2009, 361. Dazu ErfK-Schlachter § 2 Rn 18.

³⁸ Überblick bei Däubler/Bertzbach-Däubler § 7 Rn 198 ff.

oder in denen besonders viele ausländische Arbeitnehmer beschäftigt sind (was angeblich den Kundenpräferenzen widersprechen würde). 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).³⁹ Dass die einzelne Kündigung dann ihrerseits nur mittelbar diskriminierend wirkt, spielt keine Rolle mehr; geschützt sind als Folge auch die jüngeren bzw. die deutschen Arbeitnehmer.⁴⁰

Sehr viel häufiger können unternehmerische Entscheidungen mittelbar diskriminierend wirken; der Fall der obligatorisch gemachten Deutschkenntnisse macht dies deutlich.⁴¹ Denkbar ist der Fall, dass aufgrund einer unternehmerischen Anordnung die Leistung jedes Beschäftigten nach bestimmten einheitlichen Kriterien gemessen wird; wer zu den schlechtesten 5 % gehört, wird anschließend versetzt oder gekündigt. Von der moralischen Seite ganz abgesehen, stellt dies u. U. eine mittelbare Benachteiligung wegen Behinderung dar, da das Anlegen einheitlicher Maßstäbe häufig der besonderen Situation Behinderter nicht gerecht wird, was sich nicht zuletzt aus § 81 Abs. 4 SGB IX ergibt. In aller Regel wird es keine Gründe geben, die einen solchen Schematismus nach den Maßstäben des § 3 Abs. 2 AGG rechtfertigen könnten. Geschützt sind dabei auch die Einfach-Behinderten.⁴² Vergleichbar ist die Kündigung einer schwerbehinderten Arbeitnehmerin anlässlich der Einführung eines rollierenden Schichtsystems: Der Tatsache, dass sie keine Nacharbeit leisten konnte, hätte man dadurch Rechnung tragen können, dass man sie ausschließlich in Tagschicht beschäftigt hätte, was ohne betriebliche Störung möglich gewesen wäre.⁴³ Treffen Personalabbaumaßnahmen innerhalb eines Betriebs 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 war.⁴⁴

³⁹ 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, AGG, 2. Aufl., § 10 Rn 99.

⁴⁰ Bauer/Göpfert/Krieger § 2 Rn 65.

⁴¹ S. Fn. 33.

⁴² 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.

⁴³ LAG Berlin-Brandenburg 4. 12. 2008 – 26 Sa 343/08 – LAGE § 3 AGG Nr. 1. Zustimmung Nollert-Borasio/Perreng, AGG, 3. Aufl., § 1 Rn 30.

⁴⁴ Däubler/Bertzbach-Däubler § 7 Rn 267 ff.

IV. Verstoß gegen Tarifverträge

Nach ständiger Rechtsprechung des BAG dürfen unternehmerische Maßnahmen und die auf ihnen beruhenden Kündigungen nicht gegen Tarifverträge verstoßen. Eine Änderungskündigung wurde deshalb für sozial ungerechtfertigt erklärt, weil sie die Einführung von Samstagsarbeit zum Ziel hatte, ohne dass deren tarifliche Voraussetzungen erfüllt gewesen wären.⁴⁵ Gleiches gilt für den weitergehenden Versuch, tariflich gesicherte Leistungen im Wege von Änderungskündigungen abzubauen, indem die Wochenarbeitszeit von 35 auf 38,5 Stunden verlängert wurde, die Löhne aber nur um 3 % steigen sollten.⁴⁶ Auch ein Verstoß gegen tarifliche Besetzungsregeln macht eine unternehmerische Maßnahme rechtswidrig sowie die auf ihr aufbauende betriebsbedingte Kündigung unwirksam.⁴⁷ Dies lässt sich auf andere tarifliche Bindungen erstrecken. Enthalten diese beispielsweise bestimmte Vorgaben für ein Personalbemessungssystem,⁴⁸ so wären dagegen verstoßende Maßnahmen rechtswidrig und könnten deshalb keine betriebsbedingte Kündigung rechtfertigen. Dasselbe gilt erst recht, wenn Personen betriebsbedingt gekündigt werden, deren Arbeitsplatz in einem „Standorttarif“ für mehrere Jahre garantiert war, oder wenn zur Absicherung sogar noch die Verpflichtung des Arbeitgebers hinzukam, in dem Betriebsteil des Gekündigten zahlreiche neue Arbeitsplätze zu schaffen.⁴⁹

V. Verstoß gegen die Gesellschaftssatzung

Als sehr viel restriktiver erweist sich die Rechtsprechung, wenn es um Verstöße gegen die Satzung oder den Gesellschaftsvertrag des Arbeitgeberunternehmens geht. Zwar anerkennen die Gerichte im Prinzip, dass auch dies eine unternehmerische Entscheidung rechtswidrig machen kann,⁵⁰ doch nehmen sie in der Regel an, dass die Bestimmungen der Satzung bzw. des Gesellschaftsvertrags ihrem Zweck nach den Bestand von Arbeitsverhältnissen nicht erfassen wollen und deshalb im Zusammenhang mit einem

⁴⁵ BAG 18. 12. 1997 – 2 AZR 709/96 – DB 1998, 477.

⁴⁶ BAG 10. 2. 1999 – 2 AZR 422/98 – DB 1999, 1018.

⁴⁷ So im Grundsatz auch BAG 17. 6. 1999 – 2 AZR 456/98 – DB 1999, 2117, wo allerdings der konkreten Besetzungsregel kein bestandsschützender Charakter beigemessen wurde.

⁴⁸ BAG 3. 4. 1990 – 1 AZR 123/89 – DB 1991, 181 = PersR 1990, 239 mit Anm. Däubler.

⁴⁹ S. den Fall LAG Niedersachsen vom 18. 5. 2011 – 17 SaGa 1939/10 – AiB 2011, 481, wo sich der Arbeitgeber in einem freiwillig vereinbarten Tarifvertrag zur Schaffung von 220 neuen Arbeitsplätzen verpflichtet hatte.

⁵⁰ So besonders deutlich BAG 7. 12. 2000 – 2 AZR 391/99 – DB 2001, 1154.

Personalabbau irrelevant sind.⁵¹ So soll es ohne Bedeutung sein, wenn die Geschäftsführung alleine den Betrieb stilllegt, obwohl darüber die Gesellschafterversammlung entscheiden musste.⁵² Dem ist schon oben⁵³ 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 die in § 111 Abs. 4 AktG vorgesehene Zustimmung des Aufsichtsrats nicht eingeholt wurde, obwohl dieser auch Arbeitnehmervertreter zu seinen Mitgliedern zählte und daher der Bestandsschutzgedanke eine gewisse Rolle spielen konnte.⁵⁴ Dies lässt sich insoweit verallgemeinern, als die Unternehmenspolitik generell auch die Interessen der Belegschaft mitberücksichtigen muss.⁵⁵ Umgekehrt wird man Verstöße gegen Bestimmungen in der Satzung bzw. im Gesellschaftsvertrag dann für unerheblich halten können, wenn es sich nur um Ordnungsvorschriften wie z. B. Ladungsfristen handelte.⁵⁶

VI. Verletzung vertraglicher 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. Rechtsprechung⁵⁷ und Literatur⁵⁸ stimmen darin 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,⁵⁹ der seine Konkretisierung und inhaltliche Ausfüllung erst

⁵¹ So ausdrücklich BAG a. a. O.

⁵² BAG 11. 3. 1998 – 2 AZR 414/97 – DB 1998, 1568; BAG 5. 4. 2001 – 2 AZR 696/99 – AP Nr. 117 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = NZA 2001, 949.

⁵³ Unter I a. E.

⁵⁴ V. Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, 14. Aufl., § 1 Rn 694.

⁵⁵ KDZ-Deinert § 1 KSchG Rn 385; Roth ZIP 2009, 1845, 1849. Zum Ganzen s. auch das der Hans-Böckler-Stiftung erstattete Gutachten von Gerald Spindler, 2008 (www.boeckler.de/1194_1273.htm).

⁵⁶ Vgl. ErfK-Oetker § 1 KSchG Rn 212.

⁵⁷ 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.

⁵⁸ V. Hoyningen-Huene/Linck § 1 KSchG Rn 696; KDZ-Deinert, § 1 KSchG Rn 384; ErfK-Oetker § 1 KSchG Rn 221; SPV-Preis Rn 919, 939; HK-ArbR-M.Schubert, § 1 KSchG Rn 392.

⁵⁹ Däubler, Arbeitsrecht 2, 12. Aufl., Rn 137.

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 zugänglich ist. 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,⁶⁰ was einer „Umverteilung“ der Arbeit definitiv entgegen stehen kann. Im Übrigen darf das gewählte Organisationskonzept auch nicht gegen Verträge mit Kunden verstoßen, es sei denn, eine Vertragsänderung sei ohne Schwierigkeiten durchsetzbar oder der Arbeitgeber würde Vertragsstrafen und Schadensersatzansprüche in Kauf nehmen.⁶¹

VII. Probleme der Beweislast

Nach § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG hat der Arbeitgeber die Tatsachen zu beweisen, die die Kündigung bedingen. Dazu zählen die betrieblichen Interessen, insbesondere der Wegfall des Beschäftigungsbedarfs, sowie die fehlende Möglichkeit, den Arbeitnehmer auf einem anderen Arbeitsplatz weiterzubeschäftigen. Gehört dazu auch das Fehlen eines Rechtsverstoßes? Dem Arbeitgeber ist es schwerlich zuzumuten, im Kündigungsschutzverfahren gewissermaßen prophylaktisch jeden Anschein eines rechtswidrigen Verhaltens auszuräumen. Vielmehr ist es Sache des Arbeitnehmers, substantiiert Tatsachen vorzutragen, aus denen sich ein Gesetzesverstoß ergeben kann. Er muss z. B. darlegen, 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. Der Arbeitgeber kann dann erwidern, dass in Wirklichkeit die Voraussetzungen des § 146 AO gewahrt seien, dass der Tarifvertrag bei richtiger Auslegung keineswegs entgegenstehe und auch die Arbeitsverträge der im Betrieb Verbleibenden nicht verletzt seien. Es handelt sich um einen Anwendungsfall der abgestuften Darlegungs- und Beweislast. Diese wird beispielsweise auch in dem ähnlichen Fall praktiziert, dass sich der Arbeitnehmer gegen eine verhaltensbedingte Kündigung mit dem Argument verteidigt, seine Pflichtverletzung sei wegen einer Notwehrsituation nicht rechtswidrig gewesen. Nur soweit er dabei konkrete Tatsachen benennt, ist es Sache des Arbeitgebers, das Fehlen

⁶⁰ V. Hoyningen-Huene/Linck § 1 Rn 696.

⁶¹ Ascheid NZA 1991, 873, 877; KDZ-Deinert § 1 KSchG Rn 384.

dieser „Ausnahmetatsachen“ zu beweisen.⁶² Geht es um eine unter das AGG fallende Diskriminierung, genügen nach § 22 AGG ausreichende Anhaltspunkte, die den Rückschluss auf eine Diskriminierung zulassen.⁶³

VIII. Zusammenfassung

Verstößt eine unternehmerische Entscheidung gegen geltendes Recht, so kann sie eine betriebsbedingte Kündigung nicht rechtfertigen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die verletzte Rechtsnorm den Bestand von Arbeitsverhältnissen schützen wollte. Von Bedeutung ist dies insbesondere für eine Reihe gesetzlicher Vorschriften und für Bestimmungen in Satzungen bzw. Gesellschaftsverträgen. Verstöße gegen Tarifverträge oder Arbeitsverträge werden von der Rechtsprechung schon bisher generell als Unwirksamkeitsgrund anerkannt. Unternehmerische Entscheidungen können diskriminierenden Charakter haben, so dass sie wegen Verstoßes gegen das AGG rechtswidrig sind. In allen diesen Fällen handelt es sich aber um Ausnahmesituationen, so dass die grundsätzliche Freiheit der Unternehmerentscheidung gewahrt bleibt.

⁶² BAG 12. 8. 1976 – 2 AZR 237/75 – DB 1976, 2357; BAG 6. 8. 1987 – 2 AZR 226/87 – DB 1988, 451; KR-Griebeling, 9. Aufl., § 1 KSchG Rn 412; APS-Dörner/Vossen § 1 KSchG Rn 439; KDZ-Däubler § 1 KSchG Rn 252.

⁶³ Wie hier HK-ArbR-M.Schubert § 1 KSchG Rn 373. 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.