

# **Die „freie Unternehmerentscheidung“ im Kündigungsschutzrecht**

von *Wolfgang Däubler*

## **I. Die Ausgangssituation**

Der Inhaber kann sein Unternehmen nach eigenen Vorstellungen führen. Er kann expandieren oder schrumpfen, er kann neue Techniken einsetzen oder sich mit den alten begnügen, er kann viel Fremdkapital in Anspruch nehmen, aber auch aus Gründen seiner Unabhängigkeit weitgehend auf Bankkredite verzichten. Niemand macht ihm diese Befugnisse streitig. Das Arbeitsrecht tritt erst auf den Plan, wenn aufgrund unternehmerischer Maßnahmen einzelne Arbeitnehmer auf eine schlechtere Stelle wechseln müssen oder ihren Arbeitsplatz verlieren. Müssen sie sich damit automatisch abfinden?

Will man einem juristischen Laien gegenüber eine solche Frage beantworten, so wird eine Art „Jein“ herauskommen (wobei man allerdings das J besonders groß schreiben sollte). Macht die vom Arbeitgeber getroffene unternehmerische Maßnahme bestimmte Tätigkeiten überflüssig, so entstehen „betriebliche Erfordernisse“ für eine Kündigung. Dies kann sehr klar zutage liegen, so dass nur noch über die Möglichkeit zu diskutieren ist, auf einen anderen Arbeitsplatz zu wechseln. Ist dies nicht möglich, geht es darum, wer von mehreren vergleichbaren Arbeitnehmern sozial am wenigstens schutzbedürftig ist. Denkbar ist allerdings auch, dass man streitet, ob aufgrund der geplanten Maßnahme tatsächlich Arbeit wegfällt. Man nimmt insoweit eine Art Schlüssigkeitprüfung vor.

Die vielfältigen Folgefragen und die Schwierigkeiten ihrer Bewältigung verstellen ein wenig den Blick darauf, dass die unternehmerische Entscheidung als solche keiner wirklichen rechtlichen Kontrolle unterliegt. „Dringende betriebliche Erfordernisse“ fehlen nach der Rechtsprechung nur dann, wenn die zugrunde liegende Entscheidung „offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich“ ist.<sup>1</sup> Ein solches Verhalten hat absoluten Seltenheitswert; außerdem ist der Arbeitnehmer beweisbelastet.

---

<sup>1</sup> So schon BAG 24.10.1979 – 2 AZR 940/77, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 8

Nach der Rechtsprechung wird der Bereich der unternehmerischen Entscheidungen sehr weit bestimmt. Es geht nicht nur um die eingangs erwähnten Grundsatzfragen, sondern auch um die konkrete innerbetriebliche Organisation. Der Arbeitgeber kann beispielsweise beschließen, eine Ebene in der betrieblichen Hierarchie einzusparen und die dort erledigten Aufgaben nach „oben“ und nach „unten“ zu verlagern oder teilweise wegfallen zu lassen.<sup>2</sup> Ihm steht es weiter frei, das Anforderungsprofil für einzelne Stellen zu verändern und beispielsweise in bestimmten Bereichen ausschließlich Facharbeiter zu beschäftigen.<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup> Weiter kann der Arbeitgeber grundsätzlich entscheiden, ob bestimmte Aufgaben durch Vollzeit- oder durch Teilzeitkräfte erledigt werden; auch dies soll Teil der unternehmerischen Freiheit sein.<sup>5</sup> Dasselbe gilt für die Frage, auf der Grundlage welcher Art von Verträgen die Beschäftigten eingesetzt werden: So kann der Unternehmer beschließen, für bestimmte Funktionen nur noch freie Mitarbeiter, aber keine Arbeitnehmer mehr einzusetzen<sup>6</sup> oder bestimmte Aufgaben in Zukunft ehrenamtlich Tätigen zu überlassen.<sup>7</sup>

Gibt es keine Ausweichstrategie in Form der Versetzung und findet mangels vergleichbarer Arbeitnehmer keine soziale Auswahl statt (oder hat sie für den Betroffenen einen negativen Ausgang), muss dann wie bei anderen Kündigungen eine Interessenabwägung erfolgen? Nein, eine Abwägung zwischen den Vorteilen für den Arbeitgeber und den Nachteilen für den seinen Arbeitsplatz einbüßenden Arbeitnehmer findet nicht statt. Nach der heutigen Rechtsprechung des BAG wird bei der Interessenabwägung nur danach gefragt, ob der Arbeitnehmer „aufgrund schwerwiegender persönlicher Umstände besonders schutzbedürftig“ sei.<sup>8</sup> Fälle, in denen dies bejaht wurde, sind der veröffentlichten BAG-Judikatur nicht zu entnehmen.<sup>9</sup> 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.<sup>10</sup>

<sup>2</sup> BAG 10.10.2002 – 2 AZR 598/01, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 123; BAG 13.2.2008 – 2 AZR 1041/06, NZA 2008, 819

<sup>3</sup> BAG 17.6.1999 – 2 AZR 522/98, NZA 1999, 1996

<sup>4</sup> So wohl erstmals BAG 24.4.1997 – 2 AZR 352/96, NZA 1997, 1047

<sup>5</sup> 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

<sup>6</sup> BAG 9.5.1996 – 2 AZR 438//95, NZA 1996, 1145

<sup>7</sup> BAG 18.9.2008 – 2 AZR 530/07, NZA 2009, 142

<sup>8</sup> BAG 24.10.1979 – 2 AZR 940/77, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 8, bestätigt durch BAG 30.4.1986 – 2 AZR 184/86, NZA 1987, 776

<sup>9</sup> SPV-Preis, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 11. Aufl. 2015, Rn. 893

<sup>10</sup> 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

Relativ wenig Aufmerksamkeit hat bisher die Frage gefunden, welche Auswirkungen die Rechtswidrigkeit einer Unternehmerentscheidung auf die Kündigung hat. Dass rechtswidriges Tun eine Kündigung nicht „sozial gerechtfertigt“ machen kann, liegt auf der Hand und wird auch nicht bestritten.<sup>11</sup> Eine Einschränkung des Kündigungsschutzes ergibt sich jedoch dadurch, dass das BAG nur solche Vorschriften als relevant ansieht, die zumindest *auch* dem Arbeitsplatzschutz dienen. Verneint wurde dies für eine tarifliche Besetzungsregel,<sup>12</sup> für das sächsische Vermessungsgesetz<sup>13</sup> und für die Kompetenzverteilung zwischen Gesellschafterversammlung und Geschäftsführung.<sup>14</sup> Der Bestandsschutz wird auch insoweit reduziert.

## **II. Kündigungsschutz als Verfassungsproblem**

### **1. Die Prämissen der BAG-Rechtsprechung**

Die Rechtsprechung geht von drei Annahmen aus, die so gut wie nie in Frage gestellt werden.

Zum einen werden Grundrechte, insbesondere Art. 12 Abs. 1 GG bemüht, um die Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers zu begründen.<sup>15</sup> Soweit es um potentielle staatliche Eingriffe geht, ist dies völlig berechtigt. Geht es wie im Kündigungsschutzrecht um das Verhalten unter Privaten, sind die Grundrechte nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts lediglich ein Korrektiv. Führen abgeschlossene Verträge oder andere Maßnahmen zu einer so weitgehenden Benachteiligung der schwächeren Seite, dass dies nicht mehr hingenommen werden kann, muss der Staat seiner Schutzpflicht für die Grundrechte genügen und in Form von Gesetzen oder Richterrecht intervenieren.<sup>16</sup> 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 Schutzpflicht Beschränkungen gefallen lassen muss. Das Verständnis als privatautonomes Handeln ist auch deshalb vorzuzugswürdig, weil es dem Selbstverständnis der Beteiligten entspricht und weil wenig

---

<sup>11</sup> S. statt aller SPV-Preis, Rn. 919

<sup>12</sup> BAG 17.6.1999 – 2 AZR 456/98, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 103

<sup>13</sup> BAG 7.10.2004 – 2 AZR 122/04, NZA 2005, 352

<sup>14</sup> BAG 7.12.2000 – 2 AZR 391/99, NZA 2001, 495

<sup>15</sup> BAG 20.11.2014 – 2 AZR 512/13, NZA 2015, 679 Rn. 27; BAG 31.7.2014 – 2 AZR 422/13, NZA 2015, 101 Rn. 31

<sup>16</sup> BVerfG 19. 10. 1993 – 1 BvR 567, 1044/89, BVerfGE 89, 214, 232.

Anlass besteht, jedwede Maßnahme einer Personalabteilung als „Grundrechtsausübung“ zu überhöhen.<sup>17</sup>

Eine zweite Besonderheit besteht darin, dass das Verhalten des Arbeitgebers nicht als Ganzes, sondern punktuell gesehen wird. Es geht um eine Abfolge selbständiger „Entscheidungen“, die man akzeptieren oder verwerfen kann. Würde man die „Unternehmenspolitik“ als ganze betrachten, wäre eine im Einzelfall für unwirksam erklärte Kündigung nicht mehr als eine „Beschränkung“, die in gleicher Weise wie eine Abgabenbelastung oder ein Verbot umweltschädlicher Emissionen 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 oder totaler Verwerfung. Letzteres fällt schwer, da sich auch die Konsequenzen im Hinblick auf die konkrete Situation bestimmen: 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, über die Größenordnung des Unternehmens zu entscheiden und überdies nur Mitarbeiter zu beschäftigen, die den Vorstellungen des Inhabers entsprechen.

Die dritte Prämisse der Rechtsprechung liegt darin, dass der grundrechtlichen Position der Arbeitnehmer so gut wie keine Aufmerksamkeit zuteil wird. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gehört zu der in Art. 12 Abs. 1 GG garantierten freien Wahl des Arbeitsplatzes auch das Recht, den einmal gewählten Arbeitsplatz beibehalten zu können.<sup>18</sup> Geht es nicht – wie etwa im Einigungsvertrag – um einen Eingriff des Gesetzgebers in bestehende Arbeitsverhältnisse, sondern um eine „gewöhnliche“ Kündigung, so kommt nur die aus Art. 12 Abs. 1 GG folgende Schutzpflicht ins Spiel. Insoweit gilt dasselbe wie für den Arbeitgeber. In einer der Entscheidungen zur Kleinbetriebsklausel hat das BVerfG<sup>19</sup> diese Schutzpflicht in gewissem Umfang konkretisiert. Danach trifft den Gesetzgeber bzw. den an seiner Stelle handelnden Richter eine doppelte Pflicht. Zum einen muss er das Interesse des Arbeitnehmers an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes berücksichtigen. Zum andern muss er sich einem Problem der praktischen Konkordanz stellen: Die kollidierenden, im Hintergrund

<sup>17</sup> Zutreffend *P. Stein* AuR 2003, 99, 101.

<sup>18</sup> BVerfG 24.4.1991 – 1 BvR 1341/90, AP Art. 12 GG Nr. 70; BVerfG 8.7.1997 – 1 BvR 1934/93, AP Einigungsvertrag Anlage I Kap. XIX Nr. 67

<sup>19</sup> 27.1.1998 – 1 BvL 15/87, NZA 1998, 470

stehenden Grundrechtspositionen sind so zu begrenzen, „dass sie für alle Beteiligten möglichst wirksam werden.“

## 2. Verkennung der verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen

Die Rechtsprechung eröffnet dem Arbeitgeber die Möglichkeit, von sich aus Kündigungsgründe zu schaffen – dies hat mit Recht auch *Ulrich Preis* kritisch angemerkt.<sup>20</sup> In der Literatur ist von der „freien Erzeugbarkeit“ dringender betrieblicher Erfordernisse die Rede.<sup>21</sup> Insoweit besteht kein „Kündigungsschutz“ mehr. Das eigentliche Problem liegt in zwei Elementen der aktuellen Handhabung 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 geschützte Beschäftigung abbauen, ohne sich dafür mit wirtschaftlichen Gründen oder gar Zwängen rechtfertigen zu müssen. In der Literatur wurde betont, der Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses würde in dieser Situation auf das außerhalb des KSchG bestehende Niveau zurückfallen<sup>22</sup> - eine eher euphemistische Würdigung, da dort immerhin ein nachvollziehbarer Grund vorliegen und eine längere Betriebszugehörigkeit berücksichtigt werden muss.<sup>23</sup> Auch wird verlangt, dass auf die Beweisschwierigkeiten des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen ist, was bislang bei der Willkürkontrolle im hier behandelten Bereich nicht der Fall ist.<sup>24</sup>

Zum zweiten finden die Bestandsschutzinteressen der Arbeitnehmer auch in der Sache keine Berücksichtigung. Die „Härteklausele“ hat bislang ebenso wenig praktische Bedeutung erlangt wie die Willkürkontrolle gegenüber der unternehmerischen Entscheidung.<sup>25</sup> Faktisch dominiert allein das Interesse des Arbeitgebers, sich bei Bedarf seiner Arbeitskräfte

---

<sup>20</sup> *Preis* NZA 1995,241 ff.; ähnlich auch in *SPV-Preis*, 11. Aufl. 2015, Rn 905. Vgl. auch *Kühling* AuR 2003, 95

<sup>21</sup> *Annuß*, Betriebsbedingte Kündigung und arbeitsvertragliche Bindung, 2004, S. 52.

<sup>22</sup> *P. Stein* BB 2000,459.

<sup>23</sup> BVerfG 27. 1. 1998 – 1 BvL 15/87 – NZA 1998, 470, 472 rechte Spalte.

<sup>24</sup> BVerfG a. a. O.: Das Prozessrecht bietet für eine gestufte Darlegungs- und Beweislast geeignete Handhaben.

<sup>25</sup> Bei der Entscheidung BAG 26.9.2002 – 2 AZR 636/01, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 124 (Rheumaklinik) wurde der Reinigungsdienst eines Krankenhauses auf eine Tochtergesellschaft ausgelagert, die in vollem Umfang den Weisungen der Krankenhausleitung unterlag. Zu kündigen wurde als „Missbrauch“ der unternehmerischen Freiheit qualifiziert, obwohl es der Kündigung schon an der Erforderlichkeit fehlte.

entledigen zu können. Soweit dabei subjektive Überlegungen eine Rolle spielen wie etwa die, einen aufmüpfigen Menschen los werden zu wollen, könnte dies zwar die Rechtmäßigkeit der Kündigung in Frage stellen,<sup>26</sup> doch wird es dem Betroffenen 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,<sup>27</sup> das Untermaßverbot ist verletzt.<sup>28</sup> Eine „verfassungsgeleitete Auslegung“<sup>29</sup> muss Generalklauseln wie § 1 Abs.2 KSchG so handhaben, dass auch die Arbeitnehmergrundrechte zur Geltung kommen.<sup>30</sup> Dies hatte die frühere BAG-Rechtsprechung durchaus getan, als sie auch bei der betriebsbedingten Kündigung noch eine „umfassende Interessenabwägung“ verlangte.<sup>31</sup>

### III. Kündigungsschutz als Problem der Gesetzesexegese

In der Literatur wird verschiedentlich betont, die Figur der unternehmerischen Entscheidung finde sich im Text des KSchG nicht wieder,<sup>32</sup> sie sei ein „Konstrukt“ der Rechtsprechung<sup>33</sup> bzw. der Juristen.<sup>34</sup> Sollte damit zum Ausdruck gebracht werden, dass es sie nicht geben oder dass sie im Kündigungsschutzrecht keine Rolle spielen darf, so ist dem zu widersprechen. Ein Unternehmer kann selbstredend kraft privatautonomer Entscheidung Dispositionen treffen, z. B. seinen Betrieb oder eine Abteilung schließen oder bestimmte Aufgaben an Drittfirmen vergeben. Die Frage ist allein, ob er dies unter beliebigen Bedingungen tun darf oder ob seine Befugnisse insoweit beschränkt sind. Zu beachtende Schranken könnten sich aus dem (richtig verstandenen) KSchG ergeben. In traditioneller Terminologie gesprochen: Die aus der unternehmerischen Freiheit abgeleitete Kündigung muss sich am Maßstab der „dringenden betrieblichen Erfordernisse“ messen lassen.<sup>35</sup>

---

<sup>26</sup> BAG 24. 10. 1979 – 2 AZR 940/77 – AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 8: Wunsch des Arbeitgebers, sich von einem missliebigen Arbeitnehmer zu trennen, macht die Kündigung rechtswidrig.

<sup>27</sup> *Däubler*, Arbeitsrecht 2, 12. Aufl. 2009, Rn 1075.

<sup>28</sup> *Kühling* AuR 2003,95; ähnlich *P. Stein* BB 2000, 463; *Dieterich* AuR 2007, 65, 68; *Wolter* AuR 2008, 325, 331.

<sup>29</sup> Dazu *ErfK-Schmidt*, 20. Aufl. 2020, Einl. zum GG, Rn 76.

<sup>30</sup> *Dieterich* AuR 2007, 65, 68. Ebenso *Wolter* AuR 2008, 325, 331

<sup>31</sup> Dazu den Beitrag von *Kittner* in diesem Band.

<sup>32</sup> *Rost*, Jahrbuch des Arbeitsrechts Bd. 29 (2002) S. 86.

<sup>33</sup> *Berkowsky*, Betriebsbedingte Kündigung, § 6 Rn 13.

<sup>34</sup> *P. Stein* BB 2000, 457, 461.

<sup>35</sup> Ebenso *HK-ArbR-Schubert*, 4. Aufl. 2017, § 1 KSchG Rn 424.

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 zu begegnen.<sup>36</sup> Die Kündigung muss unvermeidbar sein, es darf kein die Arbeitnehmerseite weniger belastendes Mittel geben, um die betrieblichen Ziele zu erreichen.<sup>37</sup>

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.<sup>38</sup> In Wirklichkeit kommt dem Merkmal „dringend“ nach der Rechtsprechung daher keinerlei eigenständige Bedeutung mehr zu.<sup>39</sup> Dies lässt sich nicht mit dem Argument beiseite wischen, es handle sich um einen „legislativen Kraftausdruck“,<sup>40</sup> 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 aufrecht erhalten, wenn es zu keinem Abwägungsprozess kommt. Die Gesetzestreue spricht jedoch gegen ein solches Vorgehen.<sup>41</sup> 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“; eine Schutznorm wird zu einem vom Arbeitgeber auszufüllenden Blankett.<sup>42</sup> Gegen diese „Umdeutung“ spricht nicht nur der Wortlaut als solcher, sondern auch die Entstehungsgeschichte.<sup>43</sup> § 1 KSchG wollte den Arbeitnehmerschutz gegenüber den Vorgängerregelungen in § 84 Abs. 1 Nr. 4 BRG bzw. in § 56 AOG nicht abschwächen,

---

<sup>36</sup> BAG 7. 12. 1978 – 2 AZR 155/77 – AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 6

<sup>37</sup> Ebenso *Löwisch*, in: Blank/Otto-Brenner-Stiftung (Hrsg.), Betriebsbedingte Kündigungen im Widerstreit, 1998, S. 52.

<sup>38</sup> *P. Stein* BB 2000, 460; *Walker* ZfA 2004, 501, 522.

<sup>39</sup> *Annuß*, Betriebsbedingte Kündigung, S. 52; *Kühling* AuR 2003, 92.

<sup>40</sup> So aber *Walker* ZfA 2004, 501, 522.

<sup>41</sup> Vgl. auch *P. Stein* BB 2000, 457: „Gefahr, den Kontakt zum Wortlaut zu verlieren“. Deutlich auch *Boeddinghaus* AuR 2001, 11.

<sup>42</sup> *P. Stein* AuR 2003, 99, 100.

<sup>43</sup> Zu ihr insbesondere *Colneric*, in: Blank/Otto-Brenner-Stiftung (Hrsg.), Betriebsbedingte Kündigungen im Widerstreit, S. 21 ff.

sondern verstärken.<sup>44</sup> Zwar war es dem Gesetzeswortlaut nach bei jenen nur um die Abwehr einer „unzumutbaren Härte“ gegangen, doch hatte es selbst nach 1933 gewichtige Stimmen gegeben, die eine Abwägung der beiderseitigen Interessen verlangten.<sup>45</sup> 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.<sup>46</sup> Damit war klar gestellt, dass es sich um einen inhaltlichen Schutz handeln sollte, nicht um eine Ermächtigung an die Arbeitgeberseite.

Die Rechtsprechung des BAG 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 sie in der Praxis entfallen, ohne dass dafür irgendwelche spezifischen Gründe angeführt würden. Die 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 absoluten Vorrangigkeit der Arbeitgeberentscheidungen belassen – und dies, obwohl anders als im alten Arbeitsschutzrecht sogar eine ausdrückliche Verankerung im Gesetz fehlt?

#### **IV. Einwände und Operationalisierung**

Das Verfassungsrecht ebenso wie die Auslegung des § 1 Abs. 2 KSchG verlangen, dass die Unternehmerentscheidung nicht absolut gesetzt, sondern mit den Bestandsschutzinteressen der Arbeitnehmer ins Lot gebracht wird. Auf beiden Ebenen ist eine Interessenabwägung geboten, bei der differenziert werden muss: Welche wirtschaftlichen Interessen sind auf Arbeitgeberseite im Spiel (Geht es ums Überleben des Unternehmens oder nur um eine nicht

---

<sup>44</sup> P. Stein BB 2000, 460 mwN.

<sup>45</sup> S. Kittner (in diesem Band)

<sup>46</sup> Zitiert nach P. Stein BB 2000, 460

zwingend gebotene organisatorische Veränderung?) und welche Vorteile ergeben sich, wie gewichtig sind die Bestandsschutzinteressen der betroffenen Arbeitnehmer?

## 1. Einwände

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 Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1 und 14 Abs. 1 GG nicht vereinbaren,<sup>47</sup> 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.<sup>48</sup>

An diesem Einwand trifft zu, dass die unternehmerische Entscheidung in der Tat einer gewissen inhaltlichen Überprüfung unterzogen wird.<sup>49</sup> Dies ist als solches jedoch nicht zu beanstanden. Die einzelne Unternehmerentscheidung hat privatautonomen Charakter; sie muss sich Beschränkungen gefallen lassen, soweit dadurch nicht die aus Art. 12 Abs. 1 GG folgende staatliche Schutzpflicht verletzt wird. Im Betriebsverfassungsrecht hat das BVerfG die Beschränkbarkeit ausdrücklich bestätigt.<sup>50</sup> Auch im Kündigungsschutzrecht gibt es gewisse Ansätze. So kann die Kündigung selbst nicht als unternehmerische Entscheidung definiert werden, weil sonst das KSchG seinen Anwendungsbereich verlieren würde.<sup>51</sup> Damit ist der Beschränkungscharakter des KSchG zugestanden.

Eher rechtspolitischer Natur ist der Einwand, die Gerichte seien mit der Aufgabe überfordert, unternehmerische Entscheidungen auf ihre Notwendigkeit und wirtschaftliche Sinnhaftigkeit hin zu überprüfen. 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.<sup>52</sup> 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

---

<sup>47</sup> So statt aller v. *Hoyningen-Huene/Linck*, 14. Aufl. 2007, § 1 Rn 701.

<sup>48</sup> *Löwisch*, in: Blank/Otto-Brenner-Stiftung, Betriebsbedingte Kündigungen im Widerstreit, S. 52.

<sup>49</sup> Ebenso HK-ArbR-*Schubert*, § 1 KSchG Rn 411; *Walker ZfA* 2004, 501, 522

<sup>50</sup> BVerfG 18. 12. 1985 – 1 BvR 143/83 – NZA 1986, 199.

<sup>51</sup> BAG 19.5.1993 – 2 AZR 584/92, NZA 1993, 1075, ständ. Rspr.

<sup>52</sup> BAG 24. 10. 1979 – 2 AZR 940/77 – AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 8

erkennbar, wie eine Betriebsfortführung bewerkstelligt werden solle, wenn der Betrieb auf der Grundlage nachträglich als rechtswidrig qualifizierter Kündigungen stillgelegt worden sei.<sup>53</sup>

Die Komplexität einer Materie allein kann – dies sei vorausgeschickt – keine richterliche Abstinenz rechtfertigen.<sup>54</sup> Das Rechtsstaatsprinzip verlangt, dass auch schwierige Fragen von den Gerichten entschieden werden.<sup>55</sup> Notfalls müssen diese die Hilfe von Sachverständigen in Anspruch nehmen.<sup>56</sup> Geht es um die „Vertretbarkeit“ eines angefochtenen Sozialplans für das Unternehmen oder um die Anpassung von Betriebsrenten nach § 16 BetrAVG, sind vergleichbar diffizile wirtschaftliche Fragen zu entscheiden, ohne dass insoweit die Kompetenz der Gerichte in Frage gestellt worden wäre.

## **2. Konkrete Form der Interessenabwägung**

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 ist im Anschluss an die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Kleinbetriebsklausel<sup>57</sup> danach zu 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.<sup>58</sup> 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.

<sup>53</sup> So insbesondere *KR-Rachor*, 12. Aufl. 2019, § 1 KSchG Rn 560

<sup>54</sup> *Kühling* AuR 2003, 93, 96; zustimmend *HK-ArbR-Schubert* § 1 KSchG Rn 436.

<sup>55</sup> *Walker* ZfA 2004, 501, 508

<sup>56</sup> *Kühling* AuR 2003, 93

<sup>57</sup> BVerfG 27. 1. 1998 – 1 BvL 15/87 – NA 470, 472

<sup>58</sup> Damit kann den Einwänden von *Dieterich* (AuR 2007, 65, 68) Rechnung getragen werden.

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 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 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 ist. 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 sollten im Kündigungsschutzverfahren leichter 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.

Kommt es zu keiner solchen kollektivrechtlichen Lösung, muss in den anhängig gemachten Kündigungsschutzverfahren gleichwohl eine Interessenabwägung erfolgen. Sie kann ausnahmsweise zu unterschiedlichen Resultaten führen. 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.<sup>59</sup> 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.<sup>60</sup> Ein solcher Fall kann im Übrigen auch in der ganz anderen Situation eintreten, dass die Anzeige einer Massenentlassung nach § 17 KSchG unterblieb oder mangelhaft war.<sup>61</sup>

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.<sup>62</sup> Erst im Jahre 1979 beschränkte es sich auf den bisher nie praktisch gewordenen Fall einer unzumutbaren Härte auf Seiten des Arbeitnehmers. Dazu kommt, dass zahlreiche Instanzgerichte in den ersten Jahren nach Inkrafttreten des KSchG sogar eine volle Überprüfung der unternehmerischen

---

<sup>59</sup> Vgl. KR-*Spilger* § 9 KSchG Rn. 67. Soweit die Voraussetzungen des § 9 KSchG nicht erfüllt sind, ist eine erneute betriebsbedingte Kündigung möglich..

<sup>60</sup> *Döse-Digenopoulos*, Arbeitsgerichte und betriebsbedingte Kündigung: Zur Effizienz judikativer Kontrolle, Köln 1982.

<sup>61</sup> BAG 13.2.2020 – 6 AZR 146/19, NZA 2020, 1006

<sup>62</sup> Nachweise im Beitrag *Kittner*.

Entscheidung vornehmen,<sup>63</sup> was weder einen Aufschrei der Empörung noch gar gesamtwirtschaftliche Schwierigkeiten zur Folge 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.“<sup>64</sup> Es legte deshalb den Maßstab eines sachlich und vernünftig urteilenden Arbeitgebers zugrunde und überprüfte daran die zur Kündigung führende Unternehmenspolitik. Ähnlich verfuhr das LAG Frankfurt/Main.<sup>65</sup> Andere Arbeitsgerichte nahmen eine Interessenabwägung im hier vorgeschlagenen Sinne vor.<sup>66</sup>

## V. Gesetz- und vertragswidrige Unternehmerentscheidungen

Weniger Aufmerksamkeit haben bisher rechtswidrige Unternehmerentscheidungen gefunden,<sup>67</sup> doch hatte sich die Praxis mit einigen Fällen dieser Art auseinander zu setzen.

### 1. 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 verlagert, würde gegen diese Bestimmung verstoßen. Eine daraufhin erfolgende Kündigung wäre nicht sozial gerechtfertigt.<sup>68</sup> Die Rechtsordnung würde sich mit sich selbst in Widerspruch setzen, wollte sie eine auf einer rechtswidrigen Maßnahme beruhende Kündigung billigen.

Wird eine Betriebsänderung ohne oder auf der Grundlage einer mangelhaften Einschaltung des Betriebsrats durchgeführt, so macht dies die Kündigung nicht unwirksam. Vielmehr greift hier die Spezialvorschrift des § 113 BetrVG ein, wonach der gekündigte Arbeitnehmer eine Abfindung nach den Maßstäben der §§ 9, 10 KSchG erhält.<sup>69</sup>

<sup>63</sup> Überblick bei *Boeddinghaus* AuR 2001, 8 ff.

<sup>64</sup> LAG Stuttgart 19. 5. 1954 – II Sa 56/54 - BB 1954, 806; die Passage ist auch wiedergegeben bei *Boeddinghaus* AuR 2001, 8, 10.

<sup>65</sup> LAG Frankfurt/Main 25. 11. 1953 - I LA 311/53 - BB 1954, 228

<sup>66</sup> Nachweise bei *Boeddinghaus* AuR 2001, 9.

<sup>67</sup> S. aber *SPV-Preis* Rn. 919 ff.

<sup>68</sup> Näher *Däubler*, AiB 2003, 385 ff.

<sup>69</sup> Vgl. BAG 21. 9. 2000 – 2 AZR 38599 – NZA 2001, 535.

## 2. Verstoß gegen Diskriminierungsverbote

Von der unternehmerischen Autonomie darf nicht in der Weise Gebrauch gemacht werden, dass Diskriminierungsverbote verletzt werden.<sup>70</sup> Dies ist bislang noch relativ wenig ins Bewusstsein geraten, kann jedoch erhebliche praktische Bedeutung gewinnen.

Nach der ersten grundsätzliche Entscheidung des BAG<sup>71</sup> 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 BAG<sup>72</sup> – eine mittelbare Diskriminierung wegen der ethnischen Zugehörigkeit, da Ausländer sehr viel häufiger als Deutsche von dieser Maßnahme negativ betroffen sein werden.<sup>73</sup> Die Rechtfertigung bestimmte sich danach, ob ein alternatives Vorgehen des Arbeitgebers möglich gewesen wäre.

Andere Fälle sind denkbar. Relativ selten wird die Situation sein, in der eine unternehmerische Entscheidung direkt an einem der Merkmale des § 1 AGG anknüpft; auch Kündigungen werden dies nur ausnahmsweise tun.<sup>74</sup> Immerhin ist an den Fall zu denken, dass ein Unternehmen bei der Auswahl der zu schließenden Filialen diejenigen auswählt, in denen besonders viele ältere und/oder besonders viele behinderte Arbeitnehmer beschäftigt sind.<sup>75</sup>

Die Grundsatzentscheidung über die Schließung ist in einem solchen Fall unmittelbar

---

<sup>70</sup> *Bauer/Krieger/Günther*, AGG, 5. Aufl. 2018, § 2 Rn 65; *Däubler/Bertzbach-Däubler*, AGG, 4. Aufl. 2018, § 7 Rn 317; *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, München 2007, Rn 109.

<sup>71</sup> 24. 4. 1997 – 2 AZR 352/96 – NZA 1997, 1047.

<sup>72</sup> 28. 1. 2010 – 2 AZR 764/08 – NZA 2010, 625.

<sup>73</sup> Zum Begriff der mittelbaren Diskriminierung s. *ErfK-Schlachter* § 3 AGG Rn 7 ff.; *Däubler/Bertzbach-Schrader/Schubert* § 3 Rn 40 ff.

<sup>74</sup> Überblick bei *Däubler/Bertzbach-Däubler* § 7 Rn 198 ff.

<sup>75</sup> Ebenso *Thüsing*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, Rn 109 unter Bezugnahme auf die Rechtslage in den USA; übereinstimmend für den zweiten Fall *Bauer/Krieger/Günther* § 2 Rn 65.

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; geschützt sind dann auch die jüngeren bzw. die nicht-behinderten Arbeitnehmer.<sup>76</sup>

In sehr viel häufigeren Fällen können unternehmerische Entscheidungen mittelbar diskriminieren; sie haben in Form der obligatorisch gemachten Deutschkenntnisse bereits die Gerichte beschäftigt.<sup>77</sup> Aktueller und brisanter ist das Problem, dass ein Algorithmus, der Personalentscheidungen vorbereitet oder faktisch trifft, mit diskriminierendem Material „gefüttert“ wurde. Ein ins System eingegebener „Erfahrungssatz“, wonach größere Polizisten bessere Erfolge aufweisen als kleinere, differenziert nicht nur nach der äußeren Erscheinung, sondern benachteiligt auch Frauen, die im Durchschnitt kleiner als Männer sind.<sup>78</sup> 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.<sup>79</sup>

### 3. 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.<sup>80</sup> 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 % angehoben werden.<sup>81</sup> Auch Besetzungsregeln sind zu beachten.<sup>82</sup>

---

<sup>76</sup> *Bauer/Krieger/Günther* § 2 Rn 65.

<sup>77</sup> S. BAG (Fn. 69)

<sup>78</sup> Beispiel bei *Zweig*, Ein Algorithmus hat kein Taktgefühl, 4. Auf. 2019, S. 211. Zu dieser Problematik auch *Klebe*, SR 2019, 128 (134) und *Däubler*, Digitalisierung und Arbeitsrecht, 7. Aufl. 2020, § 9 Rn. 19a.

<sup>79</sup> *Däubler/Bertzbach-Däubler* § 7 Rn 315 ff.

<sup>80</sup> BAG 18. 12. 1997 – 2 AZR 709/96, NZA 1998, 304.

<sup>81</sup> BAG 10. 2. 1999 – 2 AZR 422/98, NZA 1999, 657.

<sup>82</sup> So im Grundsatz auch BAG 17. 6. 1999 – 2 AZR 456/98 – AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 103, wo allerdings der konkreten Besetzungsregel kein bestandsschützender Charakter beigemessen wurde

#### 4. Verstoß gegen die Gesellschaftssatzung

Als sehr viel restriktiver erweist sich die Rechtsprechung, wenn es um Verstöße gegen die Satzung oder den Gesellschaftsvertrag geht, die auf Arbeitgeberseite begangen wurden. Zwar anerkennt sie im Grundsatz, dass auch dies eine unternehmerische Entscheidung rechtswidrig machen kann,<sup>83</sup> doch wird in der Regel angenommen, dass die Bestimmungen keinen bestandsschützenden Charakter haben und deshalb im vorliegenden Zusammenhang irrelevant sind.<sup>84</sup> 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.<sup>85</sup> Dem ist schon mit dem Argument widersprochen worden, dass rechtswidriges Verhalten ganz generell keine Kündigung rechtfertigen kann.

#### 5. 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. Rechtsprechung<sup>86</sup> und Literatur<sup>87</sup> stimmen überein, dass es nicht zu einer rechtswidrigen Überforderung oder Benachteiligung der Weiterarbeitenden kommen darf. Ein „überobligationsmäßiger“ Einsatz wäre nicht mehr durch den jeweiligen Arbeitsvertrag gedeckt, weshalb die ganze Maßnahme rechtswidrig wäre. So beifallswert dieser Grundsatz ist – das Problem liegt darin, dass der Arbeitsvertrag ein „unvollständiger“ Vertrag ist,<sup>88</sup> 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 kann. In anderem Zusammenhang werden vertragliche Bindungen bewusst eng bestimmt: Ist die ordentliche Kündigung durch Tarif ausgeschlossen, so hindert dies den Arbeitgeber nicht daran, die

---

(was aber nicht ausschlaggebend sein kann).

<sup>83</sup> So besonders deutlich BAG 7. 12. 2000 – 2 AZR 391/99 – NZA 2001, 495, 497.

<sup>84</sup> So ausdrücklich BAG a. a. O.

<sup>85</sup> BAG 11. 3. 1998 – 2 AZR 414/97, NZA 1998, 879; BAG 5. 4. 2001 – 2 AZR 696/99, NZA 2001, 949..

<sup>86</sup> BAG 10. 10. 2002 - 2 AZR 598/01 - AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 123; BAG 22. 5. 2003 – 2 AZR 326/02, AP § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 128; BAG 29. 11. 2007 – 2 AZR 388/06, NZA 2008, 523; BAG 18. 9. 2008 – 2 AZR 560/07 – NZA 2009, 142.

<sup>87</sup> ErfK-Oetker § 1 KSchG Rn 221; SPV-Preis Rn 919, 939; HK-ArbR-Schubert § 1 KSchG Rn 392.

<sup>88</sup> Däubler, Arbeitsrecht 2, Rn 137.

Beschäftigungsmöglichkeiten durch Umorganisation zu beseitigen und so ein „sinnentleertes“ Arbeitsverhältnis und damit die Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung zu schaffen.<sup>89</sup> Eine Bindung des Arbeitgebers soll angeblich an der aus Art. 12, 14 und 2 Abs. 1 GG abgeleiteten unternehmerischen Freiheit scheitern, der wiederum ohne jeden Skrupel unmittelbare Drittwirkung beigemessen wird.

## VI. Perspektiven

Die hier entwickelte Konzeption steht nicht allein, sondern hat im Grundsatz viele Unterstützer.<sup>90</sup> Der zuständige 2. Senat des BAG war allerdings bisher nicht zu einer inhaltlichen Auseinandersetzung bereit. Bestenfalls findet sich ein Zitat mit „aA“.<sup>91</sup> Die Rechtsprechung der Instanzgerichte ist offener und äußert bisweilen Bedenken.<sup>92</sup> Es erscheint geboten, in einem geeigneten Fall nach Art. 100 GG das Bundesverfassungsgericht um Klärung zu bitten. Ich kann mir gut vorstellen, dass wir dafür auch die Unterstützung des Jubilars gewinnen könnten.

---

<sup>89</sup> BAG 22.11.2012 – 2 AZR 673/11, NZA 2013, 730

<sup>90</sup> *Kühling* AuR 2003, 93; *P. Stein* BB 200, 460 und AuR 2003, 99; *Wolter* AuR 2008, 325; *DDZ-Deinert*, § 1 KSchG Rn. 241 ff.; *HK-ArbR/Schubert* § 1 KSchG Rn. 421 ff.; im Prinzip auch *Dieterich* AuR 2007, 65

<sup>91</sup> S. als Beispiel BAG 22.11.2012 – 2 AZR 673/11, NZA 2013, 730 Rn. 17

<sup>92</sup> LAG Köln 16.10.1986 – 10 Sa 461/86, LAGE § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 10