

# Peter Stein

## Betriebsbedingte Kündigung und unternehmerische Entscheidung

*Betriebsbedingte Kündigungen sind in Zeiten wirtschaftlicher Rezession an der Tagesordnung. Damit Unternehmer jedoch dieses arbeitsrechtliche Mittel nicht schrankenlos zur Rationalisierung von Betrieben verwenden können, haben Gesetzgebung und Rechtsprechung Regeln entwickelt, wie den Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer Rechnung getragen werden soll. Der Autor skizziert das arbeitsrechtliche Modell und macht Vorschläge, wie es verbessert werden könnte.*

*Die Red.*

### *1. Wachsende Bedeutung betriebsbedingter Kündigungen*

Seit 1995 hat das BAG in steigendem Umfang Fälle zu entscheiden, in denen der Arbeitgeber aus betrieblichen Gründen den Kündigungsgrund setzt. Von Austausch- und Änderungskündigungen abgesehen werden die Kündigungen mit der Figur der freien Unternehmerentscheidung in der Regel für sozial gerechtfertigt erklärt.

Obwohl das KSchG die ordentliche Kündigung zum legitimationsbedürftigen Ausnahmetatbestand erhebt und das liberale Modell der Kündigungsfreiheit durch ein normatives Bestandsschutzkonzept ersetzt, wird betrieblichen Entscheidungen des Arbeitgebers vergleichsweise unkritisch Vorrang gegenüber dem Arbeitsplatzerhaltungsinteresse des Arbeitnehmers eingeräumt. Aus einer Überbetonung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit entsteht eine Schieflage im Kündigungsschutzrecht. Mit der These der nur eingeschränkt überprüfbaren unternehmerischen Entscheidung besteht die Gefahr, den Kontakt zum Wortlaut des Gesetzes zu verlieren und den Zweck des Gesetzes zu verfehlen.

Die de lege lata in § 1 Abs. 2 KSchG gegebenen gesetzlichen Merkmale »bedingt«, »erforderlich« und »dringend« drohen in der Rechtsprechung des BAG ihres spezifischen Inhalts und ihrer je besonderen Funktion entkleidet zu werden. Die Vermengung dieser Kriterien, ihre Zusammenfassung dahingehend, daß die unternehmerische Entscheidung lediglich auf offensichtlichen Rechtsmißbrauch hin zu überprüfen sei, führt tendenziell zu einer Aushöhlung des Bestandsschutzes. Die BAG-Rechtsprechung wäre überzeugender, wenn § 1 Abs. 2 KSchG lauten würde: »Sozial ungerechtfertigt ist die Kündigung, wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, bedingt ist. Kündigungen, die durch betriebliche Erfordernisse bedingt sind, sind nur bei offensichtlichem Rechtsmißbrauch unwirksam.«

Bei einer verfassungsrechtlichen Pattsituation wirft diese bevorzugte Beachtung der Interessenlage der einen Vertragspartei eine Reihe von Fragen auf. Die Schutzpflichtdogmatik des Bundesverfassungsgerichts legt eine andere Gewichtung des Arbeitsplatzschutzes nahe.

Die Privatautonomie äußert sich in der Freiheit zum rechtsgeschäftlichen Handeln. Dreh- und Angelpunkt der bürgerlichen Gesellschaft sind subjektiver Wille und individuelle Handlungsfreiheit. Im liberalen Modell harmonisiert das Recht die Freiheit. Wertsetzend sind die Grundrechte. In der Privatrechtsordnung entfalten sie sich durch das Medium der das Zivilrecht beherrschenden Vorschriften. Im übrigen ist die Auslegung von Generalklauseln und Blankettbegriffen die Einbruchsstelle der Grundrechte in das bürgerliche Recht. Das Gebot grundrechtskonformer Auslegung verlangt, einfaches Gesetzesrecht grundrechtsfreundlich und freiheitsfördernd auszulegen. Stoßen grundrechtsgeschützte Positionen Privater aufeinander, ist ein grundrechtsschonender Ausgleich herzustellen.<sup>1</sup>

Zivilrechtlich ist es nicht ungewöhnlich, daß das Interesse eines Vertragspartners sich zum Nachteil des anderen durchsetzen kann.<sup>2</sup> Aber überall dort, wo einseitig in die Rechtssphäre eines anderen eingegriffen wird, ist die Frage nach der Verhältnismäßigkeit zu stellen.<sup>3</sup> Gemäß § 564 b Abs. 1 BGB kann ein Vermieter ein Mietverhältnis nur kündigen, wenn er daran ein »berechtigtes Interesse hat«. § 564 b Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB konkretisiert ein solches Interesse dahin, daß der Vermieter die Wohnung »benötigt«. Zur Frage, inwieweit allein der subjektiv geprägte Bedarfswunsch des Vermieters genügt, ein Mietverhältnis durch Kündigung aufzulösen, hat das Bundesverfassungsgericht klargestellt, daß zur Eigentumsgewährung aus Art. 14 GG »auch die Freiheit (gehöre), den Eigentumsgegenstand selbst zu nutzen«. <sup>4</sup> Eine Gesetzesauslegung, die diesen Willen des Vermieters »unberücksichtigt« ließe, sei mit Art. 14 GG nicht zu vereinbaren. Eine Nachprüfung des Entschlusses des Vermieters, seine Wohnung selbst zu nutzen, sei nicht unbeschränkt zulässig.

Durch die im Ausgangspunkt eigentumsrechtlich zugebilligte subjektive Prägung des Kündigungsgrundes des Vermieters sei der Mieter aber »nicht schutzlos«. Die Fachgerichte hätten vielmehr »sämtlichen vom Mieter vorgetragenen Gesichtspunkten nachzugehen, welche Zweifel an der Ernsthaftigkeit des Selbstnutzungswunsches« begründeten. Vorgeschobene Kündigungen verdienten keinen Schutz.<sup>5</sup>

Diese Rechtsprechung verdeutlicht,<sup>6</sup> welche Konsequenzen das Gebot praktischer Konkordanz konkurrierender verfassungsrechtlicher Schutzgüter<sup>7</sup> für die Auslegung einfachen Gesetzesrechts selbst in einem Problembereich hat, in dem schon das »berechtigte Interesse« des einen Vertragsteils (Vermieter), das als normativer Prüfungsmaßstab strukturell *weniger* fordert als der Kündigungsschutz nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG,<sup>8</sup> dem Bestandsschutzanliegen des anderen Vertragsteils (Mieters) Schranken setzt. Daraus ergeben sich Parallelwertungen im Rechtsgebrauch der Gerichte für Arbeitsachen.

1 *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Staatsrecht II, 14. Aufl. 1998, § 4 Rdn. 77, 88, 181.

2 Vgl. BGH LM Nr. 21 zu § 140 HGB.

3 *Preis*, Verhältnismäßigkeit und Privatrechtsordnung, in: FS Dieterich, S. 429 [452].

4 BVerfGE 79, 292 [304].

5 BVerfGE 79, 292 [305].

6 So zutreffend ArbG Berlin, Teilurteil vom 9. 6. 1999, 88 Ca 6443/99.

7 Das durch mietweisen Wohngebrauch erworbene Nutzungsrecht des Mieters genießt nach der Rechtsprechung des BVerfG gleichfalls Grundrechtsschutz aus Art. 14 GG (BVerfGE 89, 1 [6]).

8 Vgl. *Preis*, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, S. 308 ff., 337, 339.

Das BAG stellt bei der Prüfung der Sozialwidrigkeit einer betriebsbedingten Kündigung darauf ab, ob eine Beschäftigungsmöglichkeit entfällt, weil der Arbeitnehmer aufgrund betrieblicher Umstände nicht mehr vertragsgerecht eingesetzt werden kann.<sup>9</sup> Was unternehmerisch erforderlich ist, bestimmt subjektiv der Unternehmer.

Die durch Gründe i. S. v. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG »bedingte« Kündigung sei die wegen triftiger Gründe erforderliche Kündigung.<sup>10</sup> Mit dem Ausdruck »bedingt« sei die objektive Notwendigkeit einer Kündigung und damit der Grundsatz der Erforderlichkeit verankert. Da der ultima-ratio-Grundsatz bereits im Gesetzestext enthalten, aber auf den Teilgrundsatz der Erforderlichkeit reduziert sei, verbiete sich ein Rückgriff auf übergeordnete Prinzipien wie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Der Begriff der Erforderlichkeit begrenze und rechtfertige den Eingriff abschließend.<sup>11</sup>

Die weitere Voraussetzung »dringend« sei erfüllt, wenn es dem Arbeitgeber nicht möglich sei, der betrieblichen Lage durch andere Maßnahmen als durch eine Kündigung zu entsprechen. Die Kündigung müsse wegen der betrieblichen Lage unvermeidbar sein.<sup>12</sup>

Trotz § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG ist damit nicht gemeint, daß die Unternehmerentscheidung selbst umfassend überprüft werden könnte.<sup>13</sup> Es sei nicht Sache des Arbeitsgerichts, dem Arbeitgeber eine »richtigere« Unternehmenspolitik vorzuschreiben.<sup>14</sup> Der Unternehmer, der das wirtschaftliche Risiko trage, soll sich unternehmenspolitisch frei entscheiden können. Von den Arbeitsgerichten soll nicht geprüft werden, ob der Entschluß des Unternehmers wirtschaftlich sinnvoll war. Es sei zu vermuten, daß die unternehmerische Entscheidung auf sachlichen Gründen basiere.<sup>15</sup> Je näher die Organisationsentscheidung an den Kündigungsgrund rücke, um so mehr müsse der Arbeitgeber durch Tatsachenvortrag verdeutlichen, daß ein Beschäftigungsbedürfnis für den Arbeitnehmer auf Dauer entfalle.<sup>16</sup>

<sup>9</sup> Vgl. BAG AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 24.

<sup>10</sup> BAGE 11, 57 [19]; BAG AP Nr. 2 zu § 1 KSchG 1951 verhaltensbedingte Gründe.

<sup>11</sup> Staudinger/Preis, BGB, 13. Aufl. § 620 Rdn. 139; Hueck/v. Hoyningen-Huene, 12. Aufl. 1997, § 1 Rdn. 379; KR-Etzel, 5. Aufl. 1998, § 1 KSchG Rdn. 566; Preis, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, S. 290 ff.

<sup>12</sup> BAG AP Nr. 24 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAG AP Nr. 45 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; Lowisch, KSchG, 7. Aufl. 1997, § 1 Rdn. 245; Hueck/v. Hoyningen-Huene (Fn. 11), § 1 Rdn. 375.

<sup>13</sup> BAG NZA 2001, 535, 538; BAG AP Nr. 8 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; Lowisch (Fn. 12), § 1 Rdn. 176.

<sup>14</sup> BAG NZA 1999, 1095. Den Superlativ des nicht vergleichsfähigen Adjektivs »voll« erklärt das BAG mit den Eigenheiten der Zeugnissprache (BAG EzA § 630 BGB Nr. 16). Mit dem Komparativ von »richtig« bereichert es die deutsche Sprache um eine weitere Kuriosität.

<sup>15</sup> BAGE 55, 262 [272]; BAGE 32, 150 [156]. Dies dürfte einen Wesenszug der Marktwirtschaft verkennen: Ihre dynamische Kraft beruht gerade darauf, daß Unternehmen mit neuen und besseren Konzepten diejenigen Konkurrenten vom Markt drängen, die weniger leistungsfähig sind. Würde jeder Unternehmer alles in gleichem Maße richtig machen, gäbe es stattdessen Verdrängungswettbewerb Stillstand. Tatsächlich wird die Wirtschaftsstruktur in einem Prozeß der schöpferischen Zerstörung unaufhörlich von innen heraus revolutioniert (vgl. Schumpeter, Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, 4. Aufl. 1975, S. 134 und S. 137). Auch empirisch erscheint der Ausgangspunkt des BAG nicht haltbar: Nach Angaben des Statistischen Bundesamts treten seit 1995 jährlich über 20.000 Unternehmen den Gang zum Konkurs- bzw. Insolvenzgericht an. 1992 ist es bei der Hälfte aller Unternehmensinsolvenzen anschließend zu einem strafrechtlichen Verfahren gekommen (»Immer mehr Insolvenzen durch kriminelle Manipulationen«, FAZ 15. 12. 1994). Das Kölner Institut für Mittelstandsforschung stellte in einer Untersuchung 1977 fest: »Die Unternehmenszusammenbrüche werden mehrheitlich durch innerbetriebliches Fehlverhalten der Betriebsführung verursacht« (vgl. Bluthmann, Die Zeit, 19. 5. 1978). In der betriebswirtschaftlichen Entscheidungsforschung wird zwischen ignorantem Handeln, unlogischem Handeln, blindem Handeln und vorschnellem Handeln unterschieden (vgl. Geissler, Fehlentscheidungen, S. 44 f.).

<sup>16</sup> BAG DB 1999, 1909 [1910]; kritisch Feudtner, Freie Unternehmerentscheidung beim Personalabbau?, DB 1999, 2566.

Erscheine das unternehmerische Konzept nicht von vornherein gesetz-, tarif- oder vertragswidrig,<sup>17</sup> bilde es die Basis für ein Kündigung.<sup>18</sup> Insbesondere sei nicht zu prüfen, ob die durch die Kündigung zu erwartenden Vorteile in einem vernünftigen Verhältnis zu den Nachteilen stehen, die sich für die betroffenen Arbeitnehmer ergeben.<sup>19</sup> Hieran soll § 2 I SGB III nichts ändern.<sup>20</sup> Der bloße Wille, mit weniger Personal zu arbeiten, soll genügen.<sup>21</sup> Selbst gesetzliche oder tarifliche Unkündbarkeit wird durchbrochen, indem die Einführung eines einheitlichen Strukturkonzepts (Wegfall von Hierarchieebenen, Einsparung einer Sekretärin) zum sogar wichtigen betriebsbedingten Kündigungsgrund erhoben wird.<sup>22</sup>

Unternehmerentscheidungen sollen einer gerichtlichen Kontrolle nur dahin unterliegen, ob sie offensichtlich unsachlich oder willkürlich sind.<sup>23</sup> Das KSchG habe die Voraussetzungen und Wirkungen des Grundsatzes von Treu und Glauben konkretisiert und abschließend geregelt.<sup>24</sup> Von den Arbeitsgerichten sei hingegen zu prüfen, ob eine solche Entscheidung tatsächlich getroffen worden ist und ob durch ihre Umsetzung eine Beschäftigungsmöglichkeit für den gekündigten Arbeitnehmer entfallen ist.<sup>25</sup>

#### IV. KSchG als »Schön-Wetter-Gesetz«

Mit dem Mythos der freien Unternehmerentscheidung kann das Kündigungsschutzgesetz nur als »Schön-Wetter-Gesetz« gelten.<sup>26</sup> Die wirtschaftliche Lage in Euroland ist indessen nicht so, daß ein stabiles beschäftigungspolitisches Hoch nahen würde.

Die vom BAG verfolgte Konzeption erscheint nur bedingt praktikabel (1), sie führt zu Wertungswidersprüchen (2), sie stellt sich als systemwidrig dar (3), sie verdreht das gesetzliche Merkmal »dringend« (4), sie lädt zu Manipulationen ein (5) und geht von unklaren Prämissen aus (6), sie ist verfassungsrechtlich durchaus nicht geboten (7), sondern kollidiert im Gegenteil mit verfassungsrechtlichen Vorgaben (8).

17 Die unternehmerische Entscheidung unterliegt einer Rechtskontrolle, vgl. HK-Weller-Dorndorf, 3. Aufl. 1999, § 1 Rdn. 878.

18 BAG DB 1999, 1910 (1911).

19 BAG AP Nr. 42 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung, unter Aufgabe BAG AP Nr. 5 zu § 1 KSchG 1951 Betriebsbedingte Kündigung; BAG AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 10; Lowisch (Fn. 12), § 1 Rdn. 243; Hueck/v. Hoyningen-Huene (Fn. 11), § 1 Rdn. 380; KR-Etzel (Fn. 11), § 1 Rdn. 546; Oetker SAE 1991, 15, 18; Preis (Fn. 11), S. 218 ff.

20 J. H. Bauer/Haussmann NZA 1997, 1100; Ertwig NZA 1997, 1152; Fischermeier NZA 1997, 1089, 1091; Ruthers NJW 1998, 283; a. A. Roff's NZA 1998, 17, [18]; Schaub NZA 1997, 810. Zum Ganzen vgl. Wannagat, Sozialgesetzbuch, 54. Lfg., § 2 SGB III Rdn. 9–14.

21 BAG AP Nr. 42 zu § 2 KSchG 1969. Weitere Beispiele bei KSchR-Kittner, 4. Aufl. 1999, § 1 KSchG Rdn. 254 a.

22 BAG AP Nr. 36 zu § 15 KSchG 1969; EzA § 626 BGB Unkündbarkeit Nr. 2; vgl. Groegen, Probleme der außerordentlichen betriebsbedingten Kündigung ordentlich unkundbarer Arbeitnehmer, NZA 1999, 850.

23 BAG AP Nr. 8 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAG AP Nr. 48 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; Lowisch (Fn. 12), § 1 Rdn. 243; KR-Etzel (Fn. 11), § 1 KSchG Rdn. 540. Willkürliche Rationalisierungsmaßnahmen werden als unzulässige Ausübung des betrieblichen Gestaltungsrechts verstanden, vgl. BAG 27. 3. 1980, 2 AZR 373/78 (nv).

24 BAG AP Nr. 9 zu § 242 BGB Kündigung; gegen diese Verkürzung des Gesetzeszwecks vgl. nur HK-Dorndorf (Fn. 17), § 1 Rdn. 159; KR-Etzel (Fn. 11), § 1 KSchG Rdn. 214 ff.; Preis (Fn. 11), S. 124 ff. und Ruberg, Sozialrechtlich als Organisationschutz, S. 145 ff.

25 BAG AP Nr. 14 zu § 2 KSchG 1969; BAG AP Nr. 50 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; Hueck/v. Hoyningen-Huene (Fn. 11), § 1 Rdn. 409; HAS-Preis § 19 F Rdn. 46; Schaub NZA 1987, 217, 218.

26 Vgl. Preis, Autonomie Unternehmerentscheidung und »dringendes betriebliches Erfordernis«, NZA 1995, 241 sowie Sage, Die Unternehmerentscheidung bei der betriebsbedingten Kündigung, AiB 2000, 310 [314].



## 1. Unpraktikabler Prüfungsmaßstab

Unvernunft, Unsachlichkeit und Willkür sind nicht miteinander identisch. Ihre Abgrenzung zueinander ist undeutlich. Alle drei Merkmale sind enger als die Kategorie Rechtsmißbrauch.

### a) Willkürkontrolle

Die Latte der Willkürkontrolle hängt hoch. Sie ist vom Kündigungsschutzgesetz selbst nicht vorgegeben.<sup>27</sup> Das BAG leitet das Willkürverbot aus Art. 3 Abs. 1 GG ab und spricht von einem Grundprinzip der Rechtsordnung.<sup>28</sup> *Ascheid* bejaht Willkür, wenn außer dem bloßen Wollen keinerlei sachliche Erwägung vorliegt.<sup>29</sup> Wer will behaupten, daß das Streben nach Gewinnmaximierung per se irrational sei?

In der gerichtlichen Praxis spielt die Willkürkontrolle kaum eine Rolle. Die Rechtsprechung weigert sich, diese Fallgruppe über ein Lippenbekenntnis hinaus zur Kenntnis zu nehmen und operationalisierbare Kriterien zu entwickeln.<sup>30</sup> Das BAG hat in den von ihm entschiedenen Fällen Willkür noch nie festgestellt. *Pauly* plädiert dafür, eine in der Praxis nicht vorkommende Theorie entweder ganz aufzugeben oder einer Korrektur zu unterziehen.<sup>31</sup>

Das Willkürverbot entstammt nicht dem Kündigungsschutzgesetz, sondern ist Ausdruck allgemeiner Rechtsprinzipien. »Offenbar unvernünftige Maßnahmen«, »die grobe Verletzung sozialer Grundsätze«, »unsoziales Gewinnstreben« und Versuche, den durch die unternehmerische Freiheit gewährten Spielraum für andere Zwecke auszunutzen, z. B. dadurch, um einen Kündigungsgrund zu schaffen, verbieten sich bereits gemäß §§ 134, 138, 162, 226 und 242 BGB. Es erscheint sinnvoll, auf die Prüfungsmerkmale »offenbar unsachlich, unvernünftig, willkürlich« zu verzichten<sup>32</sup> und statt dessen zu wissen, daß eine betriebsbedingte Kündigung zum einen nicht rechtsmißbräuchlich sein darf und zum anderen – *darüber hinaus* – sozial gerechtfertigt sein muß.<sup>33</sup>

### b) Zum Vergleich: Frankreich

Die Theorie der Nichtüberprüfbarkeit von Unternehmerentscheidungen erscheint auch im Hinblick auf Praktikabilitätsabwägungen keineswegs zwingend. In anderen, nicht schlechter funktionierenden Marktwirtschaften Europas werden unternehmerische Entscheidungen gerichtlich kontrolliert.<sup>34</sup> Die Cour de Cassation akzeptiert die bloße Absicht, in einem prosperierenden Unternehmen die Kosten zu senken oder Ersparnisse zu erzielen, nicht als Motiv für eine Kündigung aus wirtschaftlichen Motiven.<sup>35</sup>

<sup>27</sup> Zur Beweislastverteilung vgl. Feudner (Fn. 16), S. 2566 sowie Quecke, Unternehmerentscheidung und Personalabbau, NZA 1999, 1247 (1250).

<sup>28</sup> BAG AP Nr. 27 zu § 611 BGB Kirchendienst.

<sup>29</sup> *Ascheid*, Kündigungsschutzrecht, Rdn. 291.

<sup>30</sup> Siehe aber KR-*Etzel* (Fn. 11), § 1 KSchG Rdn. 577.

<sup>31</sup> *Pauly*, Zur Frage der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit bei betriebsbedingter Kündigung, ZTR 1997, 113 (116).

<sup>32</sup> So auch Quecke (Fn. 27), S. 1251.

<sup>33</sup> Ähnlich LAG Schleswig-Holstein ArbUR 1999, 37.

<sup>34</sup> In den USA überprüfen Gerichte, ob die Fremdvergabe von Arbeit »inherently destructive« war, vgl. Court of Appeals for the District of Columbia, 155 LRRM 2641.

<sup>35</sup> Vgl. Lyon-Caen, Droit social 1996, 489 (493) sowie Binkert, Europäisches Arbeitnehmerschutzrecht bei wirtschaftlichen Notlagen von Betrieben: Frankreich, EuroAS 1999, 142 (144) und Bien, Die betriebsbedingte Kündigung im französischen Recht, NZA 2000, 984 (985).

Im Ergebnis wird der Arbeitnehmer durch die These des BAG kündigungsschutzrechtlich auf ein Niveau gestellt, wie es außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes gilt. Dort schließen die zivilrechtlichen Generalklauseln evident unsachliche sowie solche Gründe, die mit dem Arbeitsverhältnis nichts zu tun haben, aus.<sup>36</sup> Es dürfte auf der Hand liegen, daß sich eine Auslegung des KSchG dahingehend verbietet, die Ergebnisse produziert, die einer Rechtslage ohne dieses Gesetz entsprechen. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG geht über § 242 BGB hinaus.

## 2. Wertungswidersprüche

Der Abschluß befristeter Verträge darf das Kündigungsschutzgesetz objektiv nicht umgehen. § 620 BGB wird mißbraucht, wenn sachliche Gründe für die Befristung fehlen.<sup>37</sup> Es passt nicht zusammen, daß die unternehmerische Entscheidung, den Arbeitsplatz von vornherein nur befristet vorzuhalten, sachlich zu überprüfen ist, während die den Arbeitnehmer vergleichbar tangierende Entscheidung, den Arbeitsplatz aus wirtschaftlichen Gründen aufzulösen, auf einen sachlichen Grund nicht überprüft werden soll. Warum soll es im übrigen leichter sein, eine Kündigung auf innerbetriebliche Gründe zu stützen (Stellenabbau), statt wegen außerbetrieblicher Umstände zu kündigen (Auftragsrückgang)? Es kann auch nicht einleuchten, daß die Ausübung des Direktionsrechts des Arbeitgebers einer gerichtlichen Billigkeitskontrolle unterliegt (§ 315 BGB), die viel einschneidendere Maßnahme einer betriebsbedingten Kündigung jedoch nur auf offensichtliche Willkür hin überprüfbar sein soll.

Der Verzicht auf ein triftiges, wirtschaftliches notwendiges Interesse setzt schließlich § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG im Verhältnis zu § 2 KSchG auf eine schiefe Ebene. Im Rahmen von § 2 KSchG verlangt das BAG die substantiierte Darlegung, daß das Unternehmen vor dem Zusammenbruch steht, bevor eine betriebsbedingte Änderungskündigung ausgesprochen werden kann.<sup>38</sup> Auf dieser Basis ist es für den Arbeitgeber leichter, eine Beendigungskündigung auszusprechen, als die weniger einschneidende Maßnahme einer Änderungskündigung zu ergreifen. *Preis* weist seit langem darauf hin, daß hier etwas im System nicht stimmt.<sup>39</sup>

## 3. Systembruch

Die Theorie der eingeschränkten Überprüfbarkeit der Unternehmerentscheidung führt zu einem Systembruch im Schema, nach dem personen- und verhaltensbedingte Kündigungen geprüft werden. Mit dem Merkmal der »Bedingtheit« (§ 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG) hat nach zutreffender Auffassung des Zweiten Senats des BAG der das gesamte Kündigungsschutzrecht beherrschende Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

<sup>36</sup> BVerfG NZA 1998, 470; *Dieterich*, AR-Blattei ES 1020 Anm. zu Nr. 345, 346; *Oetker*, Gibt es einen Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, *ArbuR* 1997, 41 (47 ff); *Lakies*, Änderung des Kündigungsschutzgesetzes und allgemeiner Kündigungsschutz, *DB* 1997, 1078 (1081); *MünchArbR/Wank*, § 116 Rdn. 13 u. 149.

<sup>37</sup> BAG EzA § 620 BGB Nr. 2.

<sup>38</sup> BAG NZA 1986, 824.

<sup>39</sup> *Preis* (Fn. 26), S. 249.

eine gesetzliche Grundlage erfahren.<sup>40</sup> Der Erforderlichkeitsgrundsatz als Teilelement des Verhältnismäßigkeitsprinzips ist im Ausdruck »bedingt« positiviert.<sup>41</sup> Der Arbeitgeber darf nur dann betriebsbedingt kündigen, wenn es ihm nicht möglich ist, den betrieblichen Anforderungen durch andere Maßnahmen zu entsprechen.<sup>42</sup> Die Beurteilung der Sozialwidrigkeit jeder Kündigung erfordert eine umfassende Interessenabwägung.<sup>43</sup> Die Interessenabwägung gehört zur sozialen Rechtfertigung der Kündigung.

Diese Obersätze wurden vom BAG auch für betriebsbedingte Kündigungen aufgestellt,<sup>44</sup> sie wurden überraschenderweise aber für nur »in seltenen Ausnahmefällen« für anwendbar erklärt.<sup>45</sup> 1987 legte sich das BAG darauf fest, daß der Gesetzgeber durch die Wendung »durch betriebliche Erfordernisse... bedingt« zum Ausdruck gebracht habe, daß es auf eine Interessenabwägung nicht ankomme.<sup>46</sup>

Die Reduzierung der Interessenabwägung auf soziale Härtefälle erscheint systemwidrig. Dies gilt um so mehr, als daß die Grenzen der Freiheit der Unternehmerentscheidung so weit gezogen werden, daß nicht zu fragen sei, ob die vom Arbeitgeber erwarteten Vorteile in einem vernünftigen Verhältnis zu den Nachteilen stehen, die der Arbeitnehmer durch den Verlust des Arbeitsplatzes erleidet.<sup>47</sup>

Das Argument, daß der Begriff der Erforderlichkeit den Eingriff abschließend rechtfertige und den Rückgriff auf die allgemeine Schranke der Verhältnismäßigkeit ausschließe,<sup>48</sup> hat tatsächliche und rechtliche Schwächen. Tatsächlich basiert es auf den Annahmen, daß es eine punktuelle, isolierbare unternehmerische Entscheidung gebe und daß diese Entscheidung eine bestimmte, notwendige Folge (z.B. Entlassungen) nach sich ziehe. Der Prozeßcharakter und die Offenheit betriebsgestaltender Richtungsentscheidungen können diesem Modell widersprechen. Wenn das operative Unternehmensziel z.B. darin besteht, Kosten zu senken, und beim Faktor Personal angesetzt werden soll, können verschiedene und unterschiedliche Maßnahmen geeignet und auf der sich dann ergebenden Basis »erforderlich« sein. Das BAG trägt dem Umstand nicht ausreichend Rechnung, daß unternehmerisches Handeln sich in den seltensten Fällen als alternativloser Vollzug von Sachzwängen darstellt und nicht auf monokausaler Deduktion basiert. Unternehmerischer Erfolg beruht auf Intelligenz, auf Flexibilität und auf Kompromißfähigkeit. Betriebliche Entscheidungen entwickeln sich in Prozessen, sie verändern sich und werden typischerweise modifiziert.

Rechtlich verweist das KSchG auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Führt das Gesetz keinen ausreichenden Interessenausgleich herbei, so muß eine Begrenzung der Rechtsausübung des Arbeitgebers über das allgemeine Verhältnismäßigkeitsprinzip erwogen werden.<sup>49</sup> Die Erforderlichkeit kann nur bejaht werden, wenn kein milderes Mittel zur Verfügung steht, das in gleicher Weise wirksam ist, um das unternehmerische Ziel zu erreichen.<sup>50</sup> Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses muß im Rahmen der vom Arbeitgeber definierten Ziele betriebswirtschaftlich notwendig sein.

Ist die Kündigung geeignet und erforderlich, stellt sich die Frage der Verhältnis-

40 BAG AP Nr. 32 zu § 15 KSchG 1969; AP Nr. 66 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

41 Vgl. *Ruberg* (Fn. 24), S. 132.

42 BAG EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 65.

43 BAG EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 14.

44 BAG EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 13.

45 BAG EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 47.

46 BAG AP Nr. 42 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAG AP Nr. 27 zu § 2 KSchG 1969; *Herschel*, Anm. zu BAG EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 14.

47 BAG EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 47.

48 *Preis* (Fn. 11), S. 292.

49 *Preis* (Fn. 3), S. 454.

50 Vgl. *Wank*, Rechtsfortbildung im Kündigungsschutzrecht, RdA 1987, 129 f. 136, 145.

mäßigkeit im engeren Sinn. Bei der Prüfung der Proportionalität, dem Verhältnis von Ziel und Beeinträchtigung, ist der gesetzgeberischen Wertung, daß dringenden betrieblichen Erfordernissen der Vorrang gegenüber Bestandsschutzinteressen eingeräumt ist, Rechnung zu tragen. Diese Wertung des Gesetzgebers ist ernst zu nehmen. Eine ungebundene, gänzlich offene Abwägung von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen verträgt sich damit nicht.<sup>51</sup> Gleichzeitig verlangt das Merkmal »dringend«, nicht jedwede betriebliche Entscheidung als Kündigungsgrund zu akzeptieren. Das Gesetz verlangt eine Wertung, ob die unternehmerische Entscheidung als hinreichend gewichtig qualifiziert werden kann. Das Kriterium »dringend« zielt auf Proportionalität. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG präsentiert einerseits eine Reduzierung der Verhältnismäßigkeitsprüfung, ordnet sie andererseits ausdrücklich an. Dies so zusammenzufassen, daß eine Verhältnismäßigkeitsprüfung zu unterbleiben hat, überascht.

Die Beschränkung der Interessenabwägung auf seltene soziale Härtefälle erscheint im übrigen auch inkonsequent: Wenn es zutreffend ist, daß die ökonomischen Interessen des Arbeitgebers am Personalabbau und das soziale Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses inkommensurable Größen sind, besteht auch bei extremen sozialen Härten keine Möglichkeit, Unvergleichbares miteinander zu vergleichen. Folgerichtiger wäre es daher, noch einen Schritt weiter zu gehen und zu dem Schlußpunkt zu gelangen, daß mit der Feststellung eines dringenden betrieblichen Erfordernisses der gesetzliche Kündigungsgrund gegeben ist und für eine zusätzliche Interessenabwägung kein Raum sein kann.<sup>52</sup> Die sozialen Auswirkungen dürften auf dieser Basis konsequenterweise nur im Rahmen der sozialen Auswahl Beachtung finden.<sup>53</sup>

#### 4. Verdrehung des Merkmals »dringend«

Die betrieblichen Erfordernisse müssen eine Kündigung erforderlich machen. 1978 sah das BAG diese Voraussetzung als erfüllt an, wenn es dem Arbeitgeber nicht möglich ist, der betrieblichen Lage durch andere Maßnahmen auf technischem, organisatorischem oder wirtschaftlichem Gebiet als durch eine Kündigung zu entsprechen. Die Kündigung müsse wegen der betrieblichen Lage unvermeidbar sein.<sup>54</sup> Von den Gerichten sei nur zu kontrollieren, ob nur der Entschluß zur Kündigung in den Rahmen der Organisationsänderung passt oder ob das geänderte unternehmerische Konzept nicht auch ohne Kündigung verwirklicht werden kann.<sup>55</sup> Die gesetzlichen Merkmale »Bedingtheit der Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse« werden demnach übersetzt mit »verursacht durch eine unternehmerische Entscheidung, die nicht auch ohne Kündigung verwirklicht werden kann«.

An dieser Auslegung ist auffallend, daß das wertende Element »dringend« seiner Funktion beraubt wird. Das Kriterium »dringend« geht in der Kausalitätsprüfung dahingehend auf, ob in einem logischen Sinn die Kündigung die zwingende Folge der unternehmerischen Entscheidung ist, obwohl für die Prüfung der kausalen Verknüpfung

<sup>51</sup> So auch *Preis* (Fn. 3), S. 449, wobei *Preis* wegen der Regelungsdichte im Kündigungsschutzrecht nur eine eingeschränkte Anwendung eines eigenständig zu interpretierenden Verhältnismäßigkeitsprinzips sieht.

<sup>52</sup> Vgl. *Huck/von Hoyningen-Huene* (Fn. 11), § 1 KSchG Rdn. 137; *KR-Etzel* (Fn. 11), § 1 KSchG Rdn. 566; *Stahlbacke/Preis/Vossen*, 7. Aufl., Rdn. 619.

<sup>53</sup> *HK-Weller/Dorndorf* (Fn. 17), § 1 Rdn. 942; *Stahlbacke*, Grundfragen der betriebsbedingten Kündigung, DB 1994, 1361 [1368].

<sup>54</sup> BAG AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

<sup>55</sup> BAG EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 65.

fung zwischen betrieblicher Maßnahme und Kündigung bereits das Merkmal »bedingt« zur Verfügung steht.<sup>56</sup>

Diese Auslegung kollidiert nicht nur mit dem Wortlaut der Norm, sondern auch mit ihrer Entstehungsgeschichte. Das Betriebsrätegesetz von 1920 bot keinen Schutz gegenüber Kündigungen, die »durch die Verhältnisse im Betrieb bedingt waren«. Nach § 84 Abs. 1 Nr. 4 BRG war aber im Einzelfall abzuwägen, welche Wirkung einerseits die Kündigung für den Gekündigten hat, andererseits welche Umstände vom Standpunkt des Betriebes aus die Kündigung bedingen.<sup>57</sup> Nach dem Inkrafttreten des AOG hat die Rechtsprechung – wohl unter dem Einfluß des Führerprinzips<sup>58</sup> – den Standpunkt eingenommen, daß weder die Notwendigkeit noch die Zweckmäßigkeit einer Maßnahme nachzuprüfen sei. Dagegen unterliege der gerichtlichen Beurteilung, ob die Maßnahme die sozialen Gesichtspunkte »gebührend berücksichtige«.<sup>59</sup>

Der historische Gesetzgeber wollte den vertraglichen status quo »in den Grenzen des sozial und wirtschaftlich Vertretbaren« schützen.<sup>60</sup> § 1 KSchG sollte gegenüber seinen Vorläufern eine Ausweitung des Schutzes bewirken.<sup>61</sup> Dem Regierungsentwurf des KSchG ging der sog. Hattenheimer Entwurf voraus, auf den sich der DGB und die Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände verständigt hatten.<sup>62</sup> Im Hattenheimer Entwurf war von »zwingenden betrieblichen Erfordernissen« die Rede. Der Regierungsentwurf wählte demgegenüber die Formulierung »dringende betriebliche Erfordernisse«. Der Bundesrat schlug vor, das Wort »dringend« durch das Wort »zwingend« zu ersetzen. Die Bundesregierung lehnte dies mit der Begründung ab, diese Änderung sei nicht geboten, da die Fassung der Regierungsvorlage einen wirksamen sozialen Schutz gewährleiste.<sup>63</sup> Danach ist der Begriff »dringend« ein Instrument, mit dem der soziale Schutz gegenüber Kündigungen aus betrieblichen Gründen bewerkstelligt werden soll. Betriebliche Erfordernisse sind dann dringend, wenn sie so gewichtig sind, daß eine Kündigung als Folge dieser Erfordernisse zu billigen ist.<sup>64</sup> Je fundamentaler und umfassender durch einseitigen Gestaltungsakt in den Rechtskreis eines anderen eingegriffen wird, desto gewichtiger und dringender müssen die Interessen auf Seiten des Ausübenden sein, um den Eingriff zu legitimieren.<sup>65</sup>

Das BAG scheut die wertende Gewichtung von Rationalisierungs- und Bestandschutzinteressen, obwohl für eine Abwägung von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbedürfnissen in dreifacher Hinsicht Anlaß besteht:

- Das Merkmal »bedingt« positiviert mit dem Erforderlichkeitsgrundsatz ein Teilelement des Verhältnismäßigkeitsprinzips.

56 Vgl. *Bormann*, Zur Bedeutung der wirtschaftlichen Lage des Arbeitgebers für die soziale Rechtfertigung einer betriebsbedingten Kündigung, in: *Das Arbeitsrecht der Gegenwart* 1986, 71 [83].

57 Vgl. *Flatoru*, Betriebsrätegesetz, 12. Aufl. 1928, S. 355.

58 Vgl. *Hueck/Nipperdey/Dietz*, AOG, 4. Aufl. 1943, § 56 Rdn. 10; *Kaufmann*, Grenzen der Nachprüfbarkeit »dringender betrieblicher Erfordernisse« seitens des Arbeitsgerichts beim Kündigungsschutzverfahren, NJW 1953, 1047 [1048].

59 *Hueck/Nipperdey/Dietz*, AOG (Fn. 58), § 56 Rdn. 10.

60 Begründung des Regierungsentwurfs zum KSchG, RdA 1951, 64; zur Entstehungsgeschichte vgl. ferner *Schuler*, Grenzen richterlicher Nachprüfung betrieblicher Maßnahmen im Rahmen einer Klage nach dem Kündigungsschutzgesetz, ArbUR 1954, 54 [57].

61 Vgl. *M. Reuter*, Zur Kontrolldichte bei der Überprüfung einer betriebsbedingten Kündigung, NZA 1989, 241 [243]; *Schmidt*, Betriebsrationalisierung und Kündigungsschutz, RdA 1954, 170 [171]; *Hornig*, Die betriebsbedingte Kündigung, RdA 1955, 132 [133].

62 Vgl. *KR-Etzel* (Fn. 11), § 1 KSchG, Rdn. 8.

63 Vgl. *Monja*, Die betriebsbedingte Kündigung, BB 1967, 1211 [1212].

64 Vgl. *Colneric*, Richterliche Kontrolle von Kündigungen aus unternehmensbezogenen Gründen – ein deutsch-französischer Rechtsvergleich mit Konsequenzen, in: *Betriebsbedingte Kündigungen im Widerstreit – Dokumentation eines Gesprächs der Otto Brenner Stiftung*, S. 18.

65 *Preis* (Fn. 3), S. 453.

- Das Merkmal »dringend« verlangt eine Qualifizierung des betrieblichen Erfordernisses als besonders bedeutsam.
- Der Grundrechtsschutz des Arbeitsplatzes gemäß Art. 12 GG verlangt, dem Schutzpflichtminimum bei der Auslegung von § 1 KSchG Rechnung zu tragen. Auch § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG zeigt, daß es um die Abwägung und Gewichtung betriebswirtschaftlicher Notwendigkeiten geht.<sup>66</sup> Wegen betrieblicher Interessen sind bestimmte Arbeitnehmer nur dann von der Sozialauswahl auszunehmen, wenn dies wegen erheblicher betrieblicher Vorteile erforderlich ist.<sup>67</sup> Eine Zusammenschau weiterer arbeitsrechtlicher Gesetze verdeutlicht, daß der Gesetzgeber unternehmerische Organisationsentscheidungen je nach Rechtsgebiet verschieden behandelt. Der Gesetzgeber begrenzt betriebliche Gründe unterschiedlich intensiv.<sup>68</sup> Auch dies spricht dafür, das Merkmal »dringende betriebliche Erfordernisse« des § 1 Abs. 2 KSchG nicht leer laufen zu lassen.<sup>69</sup>

### 5. Manipulationsgefahr

In bestimmten Fällen sieht das Gesetz Schriftform (§ 126 BGB), notarielle Beurkundung (§ 128 BGB) oder öffentliche Beglaubigung vor (§ 129 BGB). Damit soll vor unbedachten rechtlichen Bindungen gewarnt werden (z. B. § 518 Abs. 1 BGB und § 766 BGB), es sollen Beweise gesichert werden (z. B. § 780 BGB und § 781 BGB) und es soll bei komplizierten Rechtsvorgängen eine sachkundige Beratung und Belehrung gewährleistet sein.<sup>70</sup>

Das Arbeitsrecht hat ein zusätzliches Formbedürfnis. Es leitet sich ab aus den typischen Abhängigkeitslagen von Arbeitnehmern und aus dem Bedürfnis, die Bedingungen des die gesamte Lebensplanung beeinflussenden Dauerschuldverhältnisses klar und verbindlich zu dokumentieren.<sup>71</sup> Der Gesetzgeber hat dem z. B. in § 4 BBiG, § 24 SeemannsG, § 11 Abs. 1 AÜG und § 74 Abs. 1 HGB Rechnung getragen. Das Nachweisgesetz vom 20. 7. 1995 soll durch die Verpflichtung der schriftlichen Fixierung der wesentlichen Arbeitsbedingungen mehr Rechtssicherheit und Rechtsklarheit im Arbeitsverhältnis schaffen.<sup>72</sup>

Weder das Nachweisgesetz noch die Rechtsprechung verlangen, daß die unternehmerische Entscheidung, auf deren Basis betriebsbedingte Kündigungen ausgesprochen werden sollen, schriftlich dokumentiert wird. Für Mittel- und Großbetriebe gilt nichts anderes. Auch dies trägt dazu bei, daß es praktisch keinen Rechtsschutz gegenüber betriebsbedingten Kündigungen gibt. Die Theorie der eingeschränkten Überprüfbarkeit der Unternehmerentscheidung lädt zu Manipulationen ein.<sup>73</sup>

66 So auch Preis (Fn. 3), S. 451.

67 KR-Etzel (Fn. 11), § 1 KSchG Rdn. 644.

68 Im Arbeitsrechtlichen Beschäftigungsförderungsgesetz vom 25. 9. 1996 war in § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG vom »berechtigten betrieblichen Interesse« die Rede. Aktuell verlangt § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG »berechtigte betriebliche Bedürfnisse«. § 6 Abs. 4 ArbZG spricht von »dringenden betrieblichen Erfordernissen«. In § 7 Abs. 1 BUrlG ist von »dringenden betrieblichen Belangen«, in § 7 Abs. 2 BUrlG von »dringenden betrieblichen Gründen« die Rede. § 8 Abs. 4 TzBfG stellt auf »betriebliche Gründe« ab.

69 Auch der Umstand, daß im Referentenentwurf des TzBfG in § 8 noch von »dringenden betrieblichen Gründen« die Rede war, die im Gesetzgebungsverfahren auf »betriebliche Gründe« heruntergeschraubt wurden, spricht dagegen, all die diese Nuancen zu ignorieren.

70 Vgl. Staudinger/Dilcher, 12. Aufl., BGB, § 125 Rdn. 3.

71 Vgl. Höland, Das neue Nachweisgesetz, ArbUR 1996, 87.

72 BT-Dr 13/668, S. 8.

73a Kritisch dazu: Plauder, NZA 1999, 505.

Die Vorstellung, die Kündigung sei erforderlich, wenn zu ihr auf der Basis der unternehmerischen Entscheidung keine Alternative existiert, erscheint in sich plausibel. Bei genauerem Hinsehen werden die Dinge komplizierter. Die ökonomischen und die juristischen Begriffe decken sich nicht vollständig. Einem Kaufmann oder Betriebswirt ist die Kategorie »freie unternehmerische Entscheidung« fremd. Diejenigen, die betriebliche Entscheidungen zu treffen haben, wissen, daß vom rechtsfreien Primat einer unternehmensorganisatorischen Sphäre nicht viel zu spüren ist. Nur beispielhaft ist darauf hinzuweisen, daß das Gesellschaftsrecht, das umweltbezogene Technikrecht, das Wettbewerbsrecht und das neue Arbeitsschutzgesetz Arbeitgeber zwingen, bei der Organisation des Betriebes diverse rechtliche Vorgaben zu beachten. Kein Verwaltungsbeamter käme auf die Idee, eine gesetzlich gebotene Auflage gegenüber einem Unternehmen deshalb nicht zu erteilen, weil seine Behörde nicht die Folgen zu tragen hat, wenn sich der Verwaltungsakt betrieblich negativ auswirkt. Selbst das Individualarbeitsrecht kennt eine gerichtliche Bewertung der unternehmerischen Gestaltungsfreiheit.<sup>73</sup>

Das Theorem der »freien unternehmerischen Entscheidung« hat überdies den Nachteil, relativ konturenlos zu sein. Es ist nicht eindeutig, was einen x-beliebigen Entschluß des Arbeitgebers zu einer »unternehmerischen Entscheidung« qualifiziert.<sup>74</sup> Die unternehmerische Entscheidung sei ein normativer Begriff, der keinen feststehenden Inhalt habe, sondern stets im Hinblick auf den Zusammenhang, in dem er stehe, zu bestimmen sei.<sup>75</sup> Das BAG spricht von der Bestimmung der der Geschäftsführung zugrundeliegenden Unternehmenspolitik, zählt dazu ausdrücklich aber auch unternehmensinterne Maßnahmen wie »Organisationsänderungen«,<sup>76</sup> betont aber auch die Notwendigkeit einer Organisationsmaßnahme.<sup>77</sup> Damit wird nicht ausreichend differenziert zwischen konzeptionellen, betriebsgestaltenden Weichenstellungen, die von Art. 12 GG geschützt sind, und personalwirtschaftlichen Schritten, die diese Entscheidungen im Betrieb konkretisieren und umsetzen.<sup>78</sup> Vernünftigerweise verbietet es sich, jede Maßnahme der Personalabteilung zu einer freien unternehmerischen Entscheidung zu stilisieren und sie grundrechtlich zu überhöhen. Das, was betrieblich »erforderlich« ist, stellt sich nur selten alternativlos als einzig denkbare Lösung dar. Die Praxis zeigt, daß in wochen- und monatelangen Meinungsbildungsprozessen und Verhandlungen verschiedene Modelle erörtert, modifiziert<sup>79</sup> und kombiniert werden.

Die Effektivität des Kündigungsschutzes wird entscheidend davon bestimmt, was als nicht überprüfbare »unternehmerische Entscheidung« begriffen wird. Die betriebswirtschaftliche Einschätzung, daß die Personalkosten zu hoch sind, kann kündigungsschutzrechtlich dargestellt werden als

- unternehmerische Entscheidung, Personalkosten zu verringern,
- unternehmerische Entscheidung, Arbeitsplätze durch Ausnutzung der natürlichen Fluktuation abzubauen,
- unternehmerische Entscheidung, Arbeitsplätze durch Kündigungen abzubauen,

73 Richardi/Annuss, Gesetzliche Neuregelung von Teilzeitarbeit und Befristung, BB 2000, 2201 (2202).

74 Vgl. J. Wollter, Der Schutz des Arbeitnehmers vor betriebsbedingter Kündigung, S. 18; ebenso Lakies, Anm. zu BAG, NJ 1999, 665.

75 BAG AP Nr. 31 zu § 2 KSchG 1969.

76 BAG AP Nr. 11 zu § 1 KSchG 1969.

77 BAG AP Nr. 45, Nr. 78, Nr. 79 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

78 So auch Quecke (Fn. 27), S. 1249.

79 In diesen Fällen hilft das BAG mit einem Anspruch auf Wiedereinstellung, vgl. BAG AP Nr. 43 zu § 111 BetrVG 1972.



- unternehmerische Entscheidung, diesen Arbeitsplatz aufzulösen, und als
- unternehmerische Entscheidung, diesem Arbeitnehmer zu kündigen.

Auch das BAG begegnet der freien Unternehmerentscheidung nicht völlig unkritisch. Die Kündigungsentscheidung als solche wird nicht als Kündigungsgrund gewertet.<sup>80</sup> Zweifelhaft sei, ob der bloße Entschluß, ohne Sachgrund Arbeitsplätze nur noch befristet gemäß § 1 BeschFG vorzusehen, als bindende Unternehmerentscheidung anzusehen wäre.<sup>81</sup> Die Entscheidung, im Interesse einer Lohnkostensenkung zu kündigen, wird nicht akzeptiert, sondern darauf verwiesen, daß dieses Ziel auch durch Änderungskündigungen erreicht werden kann.<sup>82</sup>

Die hier angelegte Differenzierung zwischen unternehmerischer Zielsetzung und personalwirtschaftlicher Umsetzung gilt es zu systematisieren. Je enger und konkreter die unternehmerische Entscheidung gefasst wird, desto schmaler wird der Korridor, in dem der Arbeitnehmer mit Alternativen zu seiner Kündigung argumentieren kann. Macht es Sinn, den Arbeitgeber mit allen Konsequenzen nach Gutdünken auswählen zu lassen, welche Abstraktionsebene er bevorzugt?

Es führt kein Weg daran vorbei, wertend abzugrenzen, welche unternehmenspolitischen Weichenstellungen als betriebsgestaltende, operative Entscheidungen qualifiziert und was als lediglich konkretisierender Umsetzungsschritt betrachtet werden soll.<sup>83</sup> Die Respektierung der Freiheit des Arbeitgebers auf der Unternehmensebene verlangt nicht zwangsläufig Gleiches auf der betrieblichen Umsetzungsebene.<sup>84</sup> Die Intensität des Grundrechtsschutzes hängt durchaus davon ab, ob es aus rein finanziellen Interessen um optimale Eigentumsverwertung geht oder ob Berufsausübung und Persönlichkeitsrechtsverwirklichung angesprochen sind.

B. Preis schlägt vor,<sup>85</sup> kündigungsschutzrechtlich als unternehmerische Entscheidung nur solche Maßnahmen zu verstehen, die dauerhaft zu Änderungen der Arbeitsorganisation führen. Bei unveränderter Arbeitsstruktur wäre die Vorgabe, das gleiche Pensum mit weniger Personal zu erledigen, keine für sich genommen ausreichende Begründung für eine Kündigung. Dies erscheint sinnvoll wie die Unterscheidung danach, ob der unternehmerischen Entscheidung die Qualität einer Betriebsänderung i. S. v. § 111 BetrVG zukommt. Je grundlegender die Betriebsänderung ist, desto stärker ist der Schutzbereich des Art. 12 GG auf Arbeitgeberseite angesprochen. Auf diesem Gebiet, dem originären Feld unternehmerischen Handelns, kann vernünftigerweise nur ein grobmaschiger Prüfungsmaßstab angelegt werden. Umgekehrt heißt dies nicht, daß jedenfalls unterhalb der Qualität des § 111 BetrVG Kündigungen, die mit unternehmerischen Entscheidungen begründet werden, sich uneingeschränkt als betriebswirtschaftlich notwendig und als verhältnismäßig darstellen müssen.

## 7. Verfassungsrechtlicher Rahmen

Anders als in Spanien,<sup>86</sup> Italien<sup>87</sup> und Portugal<sup>88</sup> kennt das Grundgesetz keine spezifische Garantie der Unternehmerfreiheit. Die Theorie der eingeschränkten Überprüfbarkeit der Unternehmerentscheidung ist verfassungsrechtlich nicht geboten.

80 BAG AP Nr. 11 zu § 1 KSchG 1969.

81 BAGE 83, 82 [90].

82 BAGE 84, 209 [215].

83 So auch Küttner, Leichter kündigen als Änderungskündigen?, NZA 1997, 968 [975].

84 Vgl. KSchR-Küttner (Fn. 21), § 1 KSchG Rdn. 285.

85 B. Preis, Stellenabbau als unternehmerische Entscheidung?, DB 2000, 1122.

86 Art. 38 der spanischen Verfassung.

87 Art. 41 der italienischen Verfassung.

88 Art. 61 der portugiesischen Verfassung.

Art. 12 GG ist als grundrechtliche Freiheit der arbeitsteiligen Berufsausübung, als Grundrecht des arbeitsteiligen Zusammenwirkens zu verstehen.<sup>89</sup> Die Arbeitsvertragsfreiheit ist Teil der Berufsfreiheit.<sup>90</sup> Das gleiche gilt für die Unternehmerstellung und die entsprechende Unternehmerfreiheit.<sup>91</sup> Das Spannungsverhältnis zwischen den Grundrechtspositionen muß zum Ausgleich gebracht werden. Art. 12 I GG steht unter Gesetzesvorbehalt. Die sozialpolitische Verantwortung für die Einzelheiten des Regelungssystems tragen der demokratisch legitimierte Gesetzgeber und die konkretisierende Rechtsprechung.

Gesetzgebung und Rechtsprechung dürfen signifikante Schutzbedürfnisse im Berufsleben nicht ignorieren. Eine Beeinträchtigung der Berufsfreiheit des Arbeitnehmers liegt auch dann vor, wenn das soziale Übergewicht des Arbeitgebers bei Abschluß des Arbeitsvertrages und der vertragsrechtlichen Regelung von Arbeitsbedingungen unkontrolliert zur Durchsetzung einseitiger Interessenwahrnehmung genutzt werden. Auch der Bestand des Arbeitsplatzes darf nicht gänzlich ungeschützt bleiben. Mit der Freiheit des Unternehmers, die Stärke seiner Belegschaft zu bestimmen, korrespondiert keine normative Grundlage für eine schlichte Umkehrung dieser Aussage hinsichtlich seiner Handlungsfreiheit in Bezug auf einen Abbau von Arbeitsplätzen. Es kommt darauf an, zwischen den Grundrechtspositionen des Arbeitgebers (Art. 12 GG, Art. 14 GG) und denen der Arbeitnehmer (Art. 12 GG) eine praktische Konkordanz herzustellen.<sup>92</sup>

## V. Abwägung von Prinzipien

Arbeitsgerichte können nicht die besseren Unternehmer sein. Zwar ist es theoretisch vorstellbar, die unternehmerischen Entscheidungen durch Sachverständige gutachterlich untersuchen zu lassen. In zumutbaren Zeiträumen könnte dann jedoch nicht mehr Recht gesprochen werden.

Grundsätzlich darf die Vorstellung, daß Gerichte an der Prüfung und Steuerung ökonomischer Prozesse beteiligt sind, nicht schrecken. Sowohl das Umwelt- als auch das Gesellschaftsrecht gehen davon aus, daß binnenorganisatorische Fragen justiziabel sind.<sup>93</sup> Gerichte kontrollieren marktbeherrschende Unternehmen (§§ 22, 24 Abs. 1 GWB), Arbeitsrichter und Arbeitsrichterrinnen regeln in Einigungsstellen Interessenausgleiche und Sozialpläne,<sup>94</sup> vor der Kürzung von Betriebsrenten wird durch Sachverständigengutachten der Nachweis verlangt, daß eine akute wirtschaftliche Notlage besteht.<sup>95</sup> Sonntagsarbeit ist zu unterlassen, wenn die mit ihr erzielten Vorteile bei einer billigen Abwägung gegenüber den sozialen Nachteilen nicht erheblich sind.<sup>96</sup>

Das Unbehagen des BAG, sich mit unternehmerischen Entscheidungen zu befassen, dürfte sich primär aus der Form des Kündigungsschutzprozesses als Individualklage ergeben. Ohne über Strukturen zu verfügen, die zuverlässig Daten über die Lage des

<sup>89</sup> *Hoffman-Riem*, Die grundrechtliche Freiheit der arbeitsteiligen Berufsausübung, in: Festschrift für Hans-Peter Ipsen, 1977, S. 385 [393, 399].

<sup>90</sup> BVerfGE 81, 242 [255].

<sup>91</sup> BVerfGE 50, 290 [362].

<sup>92</sup> Zu den Einzelheiten vgl. *Stein*, BB 2000, 457 [461].

<sup>93</sup> Vgl. *Schneider*, Gesellschaftsrechtliche und öffentlich-rechtliche Anforderungen an eine ordnungsgemäße Unternehmensorganisation, DB 1993, 1909 [1914 f].

<sup>94</sup> Vgl. dazu *Fischer*, Einigungsstellenvorsitz – Quasi richterliche oder Mediationstätigkeit sui generis?, DB 2000, 217 [219].

<sup>95</sup> BAG AP Nr. 154, Nr. 175 und Nr. 177 zu § 242 BGB Ruhegehalt.

<sup>96</sup> BayObLG AP Nr. 1 zu § 105c GewO.

Betriebes und die Situation der anderen Arbeitnehmer liefern, erscheint es in der Tat schwierig, individuelle gegen betriebliche Interessen abzuwägen.

Zwischen der totalen Freistellung der Unternehmerentscheidungen und einer flächendeckenden gerichtlichen Kontrolle liegen freilich Welten, die einer behutsamen Strukturierung zugänglich sind. Es dürfte naheliegend sein, insbesondere dort, wo die unternehmerische Entscheidung allein am Faktor Arbeit ansetzt, nicht nur an die Substantiierungspflicht höhere Anforderungen zu stellen, sondern auch die widerstreitenden Interessen der Parteien ernsthaft gegeneinander abzuwägen.

Noch fehlen ausdifferenzierte Vorstellungen, in welcher Bandbreite und anhand welcher Parameter in diesem Zwischenraum unternehmerische Entscheidungen auszuleuchten sind. Dieses Defizit sollte nicht als Vorwand, das Kind mit dem Bade auszuschütten, benutzt werden. Die prognostische Beurteilung der Leistungsfähigkeit eines Unternehmens nach § 16 BetrAVG<sup>97</sup> oder die Überprüfung der wirtschaftlichen Vertretbarkeit von Sozialplänen<sup>98</sup> zeigen, daß es durchaus zum Repertoire der Arbeitsgerichtsbarkeit gehört, ökonomische Zusammenhänge zu beurteilen.

Ehrlicher Weise sollte im übrigen eingeräumt werden, daß auch für personen- und verhaltensbedingte Kündigungen keine mathematisch präzise Kriterien existieren, aus denen sich das Subsumtionsergebnis logisch erschließt. Jede Kündigung beruht auf einer Prognoseentscheidung. Immer geht es um Wertungen. Miteinander kollidierende Rechtsprinzipien sind im Fall einer jeden Kündigung abzuwägen.<sup>99</sup> Wann ist das für das Arbeitsverhältnis erforderliche Vertrauen endgültig zerstört? In welcher Höhe sind Entgeltfortzahlungskosten über den gesetzlich vorgesehenen Zeitraum hinaus zumutbar?<sup>100</sup> Es gehört zum täglichen Geschäft von Arbeitsgerichten, durch Abwägung der Interessen im Einzelfall solche Konflikte zu entscheiden. Warum die Arbeitsgerichtsbarkeit bei verhaltensbedingten und personenbedingten Kündigungen imstande sein soll, prognostische Einschätzungen und Fragen wirtschaftlicher Belastbarkeit zu bewerten, bei betriebsbedingten Kündigungen hingegen prinzipiell nicht, erschließt sich nicht.

Auch § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG verlangt eine Gewichtung und Bewertung betrieblicher Interessen. Soll die soziale Auswahl durchbrochen werden, müssen die betrieblichen Interessen »berechtiget« sein. Es erscheint schwer nachvollziehbar, daß in § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG unmöglich sein soll, was in § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG unbestritten Normprogramm ist. Wer betriebliche Interessen als erforderlich qualifizieren kann, muß auch imstande sein, zu beurteilen, ob betriebliche Erfordernisse dringend sind.

## VI. Wortlautgerechte und verfassungskonforme Auslegung von § 1 KSchG

Das Arbeitsrecht liefe Gefahr, sinnvolle Modernisierungsschritte zu stören, wenn es vorausschauende, auf Wettbewerbsfähigkeit zielende Rationalisierungsmaßnahmen verhinderte. Aufgabe des Kündigungsschutzes kann es vernünftigerweise nicht sein, eine bessere Betriebsführung zu erzwingen und Arbeitnehmer vor den Folgen einer gescheiterten Unternehmenspolitik zu schützen. Die betriebswirtschaftliche Rationalität der unternehmerischen Richtungsentscheidung soll nicht überprüft werden.

<sup>97</sup> Vgl. BAG AP Nr. 34 zu § 16 BetrAVG.

<sup>98</sup> Vgl. BAG AP Nr. 87 zu § 112 BetrVG 1972.

<sup>99</sup> Vgl. HK-Dorndorf (Fn. 17), § 1 Rdn. 210.

<sup>100</sup> Denjenigen, die der Ansicht sind, daß die Inanspruchnahme eines gesetzlichen Rechts (Entgeltfortzahlung) niemals ein Kündigungsgrund sein kann, stellt sich diese Frage nicht.

Aber die soziale Bindung des Arbeitgeberverhaltens bei Entlassungen kann nur verwirklicht werden, wenn die Arbeitsgerichte die Wertung treffen, ob auf der Basis der vom Arbeitgeber dargelegten betrieblichen Situation im betrieblichen Interesse Entlassungen hingenommen werden müssen oder ob das Arbeitsplatzerhaltungsinteresse Vorrang verdient.<sup>101</sup>

Im Hinblick auf das Schutzpflichtgebot ist die Verabsolutierung der freien Unternehmerentscheidung nicht haltbar. Daß die unternehmerische Entscheidung kündigungsschutzrechtlich nicht gänzlich frei sein kann, springt ins Auge. Es lohnt sich, genauer hinzusehen.

Ein Gewinnstreben kann unsoziale Züge tragen, wenn berechnete Belange von Arbeitnehmern unberücksichtigt bleiben. *Preis* will einen Unternehmer, der einen existenzfähigen Betrieb zerschlägt, um das Grundstück profitbringend zu verwerten, damit bescheiden, daß die von ihm getroffene Organisationsentscheidung nicht dringend genug war.<sup>102</sup> Auch nach *Bitters* Auffassung kann die Unternehmerentscheidung nicht generell frank und frei sein.<sup>103</sup> *Bitter* plädiert dafür, einen goldenen Mittelweg zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen zu finden, und spricht sich gegen eine konturenlose, § 1 Abs. 2 KSchG aufweichende Anwendung der Globalprinzipien des Grundgesetzes aus.<sup>104</sup>

Auf Arbeitgeberseite ist der Grundrechtsschutz zu vorderst in den Feldern angesprochen, in denen originäre unternehmenspolitische Fragen angesprochen sind: Investitionsentscheidungen, die Aufgabe von Geschäftsgebieten, die Schaffung neuer Produktlinien etc. In diesem Kernbereich unternehmerischer Tätigkeit kann das Arbeitsplatzschutzinteresse kündigungsschutzrechtlich nicht sinnvoll erfasst werden. Unternehmerische Entscheidungen, die die Qualität einer Betriebsänderung erreichen, werden lediglich auf ihre Plausibilität hin zu überprüfen sein. Im übrigen ist der Arbeitnehmerschutz durch das Verfahren nach § 111 BetrVG zu realisieren.

Je weiter die unternehmerische Entscheidung von der Schwelle des § 111 BetrVG entfernt ist, um so weniger kann sie kündigungsschutzrechtlich frei sein mit der Folge, daß dem Merkmal »dringend« der volle Geltungsanspruch zuzusprechen ist. Der Arbeitgeber muß demnach darlegen und beweisen, daß seine Konzeption wirtschaftlich notwendig und verhältnismäßig ist.

Eine Differenzierung, die sich aufdrängt, liegt in einer Unterscheidung nach wirtschaftlicher Dringlichkeit. Einem Betrieb mit überdurchschnittlicher Kapitalrendite kann eher zuzumuten sein, z. B. die natürliche Personalfuktuation auszunutzen, als einem Betrieb in der Krise. Ein Konsens sollte auch dahingehend erzielbar sein, daß extremes Gewinnstreben nicht als »dringend« i. S. v. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG anerkannt werden kann. Soll die Kapitalrendite von 6 auf 15 % heraufgeschraubt werden, sind allein deswegen ausgesprochene Kündigung sozial nicht gerechtfertigt. Sie sind nicht dringend.

Für den Versuch, § 1 KSchG wortlautgerecht und verfassungskonform auszulegen, bietet sich danach folgendes Modell an: Weiterhin sollen unternehmerische Entscheidungen nicht auf ihre Zweckmäßigkeit überprüft werden. Dem Arbeitgeber ist ein breiter Spielraum für operative betriebswirtschaftliche Entscheidungen zuzubilligen.<sup>105</sup> Der Arbeitgeber hat relativ freie Hand in der Wahl seines Problemlösungs-

<sup>101</sup> Vgl. *J. Wolter* (Fn. 74), S. 169.

<sup>102</sup> *Preis* (Fn. 26), S. 250; ähnlich *Quecke*, (Fn. 27), S. 1251.

<sup>103</sup> Ebenso bereits *Molitor*, Die sozialwidrige Kündigung in der Rechtsprechung, BB 1953, 34 [35] sowie *Diekhoff*, Zur Nachprüfbarkeit der betriebsbedingten Kündigung, ArbuR 1957, 197 [199].

<sup>104</sup> *Bitter*, Der kündigungsschutzrechtliche Dauerbrenner: Unternehmerfreiheit ohne Ende?, DB 1999, 1214 [1219].

<sup>105</sup> LAG Schleswig-Holstein, ArbuR 1999, 38.

modells. Dies gilt umso mehr, als er betriebsändernde Maßnahmen i.S.v. § 111 BetrVG ergreift. In diesem Bereich ist ihm eine weitgehende Entscheidungsfreiheit zuzubilligen. Als grundrechtlich geschützte unternehmerische Entscheidungen kommen nur Maßnahmen in Betracht, die dauerhaft und nachhaltig die Struktur des Betriebes verändern. Der bloße Stellenabbau wäre in diesem Sinne keine *freie* unternehmerische Entscheidung. Das von ihm favorisierte Konzept muß er im Prozeß konkret vortragen. Er muß darlegen können, warum seine betriebspolitische Entscheidung naheliegend ist. Bloße Schlag- und Suchworte genügen nicht. Sein Konzept muß sich als plausibel erweisen.<sup>106</sup> Seine operative Entscheidung ist einer Rechts- und Mißbrauchskontrolle zu unterziehen. Der Arbeitgeber muß sich auf einen Diskurs über andere unternehmerische Maßnahmen einlassen, wenn der Arbeitnehmer Alternativen aufzeigt. Ein gekündigter Arbeitnehmer hat z. B. Anspruch darauf, zu erfahren, welche Vorzüge der Betrieb davon hat, daß seine bisherige Arbeit zukünftig extern erledigt wird. Es besteht zumindest ein Recht auf Beachtung eines Verfahrens, in dem der Arbeitnehmer seine grundrechtlich geschützten Belange artikulieren kann. Ergibt sich bei Anlegung eines breiten betriebspolitischen Gestaltungsspielraums des Arbeitgebers, daß die Alternative des Arbeitnehmers praktikabel und in Ansehung seines im Betrieb erworbenen sozialen Besitzstands dem Betrieb auch zumutbar ist, darf nicht gekündigt werden. Es soll überprüft werden, ob die betriebsgestaltende Entscheidung auf Vorteile abzielt, die in einem angemessenen Verhältnis zu den Nachteilen stehen, die der Verlust des Arbeitsplatzes für den Arbeitnehmer mit sich bringt.<sup>107</sup> Der Einwand, die Arbeitsgerichte wären damit überfordert, erscheint in dieser Pauschalität nicht zutreffend. Die Harmonisierung der Anforderungen an Beendigungs- und Änderungskündigungen ist überfällig. Für die Frage, wann wirtschaftliche Notwendigkeiten eine Kündigung sozial rechtfertigen, hat das BAG im Bereich der Änderungskündigung in gefestigter Rechtsprechung Kriterien entwickelt.<sup>108</sup> Die Anforderungen an eine durch Personalabbau begründete Beendigungskündigung können im Vergleich zu den Anforderungen an eine Änderungskündigung zum Zweck der Lohnsenkung nicht niedriger sein.<sup>109</sup> Im übrigen kann an die frühere Rechtsprechung zur betriebsbedingten Beendigungskündigung angeknüpft werden, die ebenfalls z. T. überzeugende Beispiele für eine sinnvolle, normgebundene Interessenabwägung liefert.<sup>110</sup> Bei Arbeitnehmern mit einem höheren sozialen Schutzbedürfnis, die auf dem Arbeitsmarkt nur geringe Chancen haben, sind strengere Anforderungen an die Substantiierung und die Gewichtigkeit des Kündigungsgrundes zu stellen. Die soziale Rücksichtnahmepflicht des Arbeitgebers kann größer sein. Eine andere Sichtweise würde Arbeitnehmer auf einen bloßen Kostenfaktor reduzieren.

<sup>106</sup> Vgl. Thüringer LAG, DB 1998, 2474; *Simitis*, § 1. DJT S. M 49; *Preis* (Fn. 26), S. 243.

<sup>107</sup> Vgl. *Schüler* ArbUR 1954, 58; *Kaufmann*, NJW 1953, 1047; *Diekhoff*, ArbUR 1957, 198; *Molitor*, BB 1954, 114; *Joachim*, BB 1954, 116.

<sup>108</sup> Vgl. BAG AP Nr. 50, § 1 zu § 2 KSchG 1969.

<sup>109</sup> Vgl. *B. Preis* (Fn. 85), S. 1125.

<sup>110</sup> Vgl. BAG AP Nr. 5 zu § 1 KSchG 1951 Betriebsbedingte Kündigung; AP Nr. 5 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; LAG Köln, LAGE § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 10.

Für die verhaltensbedingte Kündigung wird beklagt, daß eine systemgerechte Strukturierung der Gründe bisher nicht gelungen sei.<sup>111</sup> Es hat den Anschein, daß diese Bewertung auch für die betriebsbedingte Kündigung zutrifft.<sup>112</sup>

Der Zweck des Kündigungsschutzes geht über die Verhütung von Entlassungen ohne Sachgrund (Willkür) hinaus.<sup>113</sup> Dies gilt auch für betriebsbedingte Kündigungen.

Das BAG erkennt an, daß die Kündigung als solche nicht die unternehmerische Entscheidung darstellt.<sup>114</sup> Dieser Gedanke ist dahingehend zu verallgemeinern, daß nicht der konkrete personalwirtschaftliche Abwicklungsschritt, sondern die operative Richtungsentscheidung, die die Struktur der Arbeit dauerhaft und nachhaltig verändert, als grundrechtlich geschützte unternehmerische Maßnahme zu betrachten ist. In den Fällen, in denen die unternehmerische Entscheidung die Qualität einer Betriebsänderung erreicht, genießt die betriebspolitische Einschätzung des Arbeitgebers starke Berücksichtigung, so daß kaum mehr als eine Plausibilitätskontrolle übrig bleibt. Unterhalb dieser Schwelle ist voll zu prüfen, ob das geänderte betriebliche Konzept wirtschaftlich notwendig ist.

Die Absage des BAG an eine Verhältnismäßigkeitsprüfung erscheint nicht haltbar. Vor allem die Verdrehung des Merkmals »dringend« zu einer bloßen Steigerung der Merkmals »erforderlich« führt dazu, daß das BAG die sich aus Art. 12 GG ergebende Schutzpflicht für Arbeitnehmer vernachlässigt. Wenn einer Kündigung aufgrund betrieblicher Erfordernisse, die als »dringend« qualifiziert sind, gesetzlich der Vorrang gegenüber Bestandsschutzinteressen eingeräumt ist, so kommt damit nicht eine Aufhebung des Bestandsschutzes, sondern seine Begrenzung durch als schützenswerter begriffene gegenläufige Belange des Arbeitgebers zum Ausdruck.<sup>115</sup> Die These, der Gesetzgeber habe mit dem KSchG in die unternehmerische Freiheit eingegriffen und einen Ausgleich der gegenläufigen Interessen herbeizuführen gesucht, so daß die Topoi »unternehmerische Entscheidungsfreiheit« und »Bestandsschutzinteresse« bereits verbraucht seien,<sup>116</sup> erscheint zumal dann nicht überzeugend, wenn § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG bis zur Funktionslosigkeit entleert wird und ein Ausgleich der Interessen deshalb nicht stattfinden kann.

Es wird vorgeschlagen, die unternehmerische Entscheidung wie folgt zu prüfen:<sup>117</sup>

1. Entscheidungen des Arbeitgebers, die den Betrieb in seiner Organisation nicht dauerhaft und nachhaltig verändern, sind unter dem Gesichtspunkt der »freien Unternehmerentscheidung« nicht als Kündigungsgrund anzuerkennen.
2. Es muß vielmehr eine betriebsgestaltende Organisationsentscheidung geben, die im Betrieb kausal zu einem Überhang an Arbeitskräften führt.
3. Die Maßnahme darf weder gegen Vertrag, Betriebsvereinbarung, Tarifvertrag und Gesetz (Rechtskontrolle), noch gegen §§ 134, 138, 162, 226 und 242 BGB (Mißbrauchskontrolle) verstoßen.
4. Das Konzept des Arbeitgebers muß in sich plausibel sein und substantiiert dargelegt werden. Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses muß im Rahmen der vom Arbeitgeber definierten Ziele betriebswirtschaftlich notwendig sein.

<sup>111</sup> Rüthers-Gregor Müller, Anm. BAG EZA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 41. B. Preis spricht von einem »Desaster«, vgl. Fn. 83.

<sup>112</sup> So auch Rommé/Pauker, Die Unternehmerentscheidung bei der betriebsbedingten Beendigungskündigung, NZA-RR 2000, 281 [282].

<sup>113</sup> Vgl. Ruberg (Fn. 24), S. 144 ff.

<sup>114</sup> BAG AP Nr. 11 zu § 1 KSchG 1969.

<sup>115</sup> Vgl. Ruberg (Fn. 24), S. 147.

<sup>116</sup> Preis, Anm. zu BAG EZA § 1 KSchG soziale Auswahl Nr. 29 sowie ders. (Fn. 3), S. 455.

<sup>117</sup> Zur Prüfungsabfolge im übrigen vgl. Bitter, Zur Unternehmerentscheidung zwecks Personalabbau, DB 2000, 1760 [1767].

5. Die Kündigung muß verhältnismäßig sein. Es soll überprüft werden, ob die betriebsgestaltende Entscheidung auf Vorteile abzielt, die in einem angemessenen Verhältnis zu den Nachteilen stehen, die der Verlust des Arbeitsplatzes für den Arbeitnehmer mit sich bringt.
6. Dabei ist die unternehmerische Entscheidung umso weniger zu überprüfen, je stärker der Kernbereich unternehmerische Tätigkeit angesprochen ist (betriebsändernde Maßnahmen).
7. Die Darlegungs- und Beweislast für Kausalität, Plausibilität und Verhältnismäßigkeit liegt gemäß § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG beim Arbeitgeber.
8. Nennt der gekündigte Arbeitnehmer im Rahmen des business judgement des Arbeitgebers Alternativen, die eine weitere Beschäftigung ermöglichen, so ist es Sache des Arbeitgebers, darzulegen, warum dies nicht praktikabel ist.

Ingeborg Puppe

## Die Erfolgzurechnung im Strafrecht

dargestellt an Beispielsfällen aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung

Die Lehre von der objektiven Zurechnung hat in den letzten 40 Jahren eine rasante Entwicklung erfahren. Motor dieser Entwicklung war das kompliziert gewordene moderne Rechtsleben, das den Richter immer wieder mit Fragen nach der Verantwortlichkeit einzelner für Schadensfolgen konfrontiert, z.B. für Gremienentscheidungen, bei Beteiligung des Verletzten und bei den erfolgsqualifizierten Delikten.

In der Rechtspraxis mangelt es aber nach wie vor an aussagekräftigen Entscheidungskriterien, die zu einer gerechten und berechenbaren, aber auch generalpräventiv effektiven Zurechnungspraxis führen.

Für die dadurch auftretenden Probleme erarbeitet die Verfasserin – Strafrechtlerin an der Universität Bonn – nicht nur Formeln, die es ermöglichen, die jeweilige Fragestellung deliktssystematisch zu verorten und intuitiv zu entscheiden, sondern auch deskriptiv logische Prüfungs- und Begründungsverfahren. Diese werden anhand einer kritischen Auseinandersetzung mit einschlägigen höchstrichterlichen Urteilen und deren wörtlich zitierten entscheidenden Begründungssätzen entwickelt, veranschaulicht und gleichzeitig praktisch erprobt.

2001, XIV, 312 S., geb., 89,- DM, 78,50 sFr, ISBN 3-7890-6995-7  
(Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspolitik. Bd. 5)



**NOMOS Verlagsgesellschaft**  
**76520 Baden-Baden**