

Betriebsbedingte Kündigungsgründe – Tabuzone für Arbeitsgerichte?

Peter Stein

Die Gründe einer betriebsbedingten Kündigung setzt nicht der Arbeitnehmer. Ihre Ursachen entstammen der Sphäre des Arbeitgebers. Gleichwohl kann es besonders schwer haben, wer von einer betriebsbedingten Kündigung betroffen ist. In Kleinbetrieben gilt das KSchG nicht, ohne Betriebsrat greifen keine kollektiven Mechanismen. Sozialplanansprüche und Abfindungen sind nicht die Regel. Dort, wo das KSchG gilt, kann eine restriktive Rechtsprechung Hoffnungen auf effektiven Rechtsschutz entgegenstehen. Die Arbeitsgerichte nehmen sich seit gut 30 Jahren stark zurück. Das BAG hat sich in eine Extremposition begeben. Im Mittelpunkt der Kritik stehen das Dogma der freien Unternehmerentscheidung und damit einhergehend die Interessabwägung. Beide Frage sind seit je her unterschiedlich beurteilt worden.

I. Rahmen

2/3 aller arbeitgeberseitigen Kündigungen werden mit betrieblichen Umständen begründet. Arbeitnehmer, die in Betrieben mit weniger als 11 Arbeitnehmern beschäftigt werden¹, können die Sozialwidrigkeit einer betriebsbedingten Kündigung nicht geltend machen (§ 23 Abs. 1 S. 3 KSchG). Auch die betriebsbedingte Kündigung ist ohne Zustimmung des Betriebsrats wirksam. Der Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 Abs. 5 BetrVG setzt voraus, dass der Betriebsrat der Kündigung widerspricht. In der überwiegenden Mehrheit der Betriebe gibt es keinen Betriebsrat². Dort arbeitet aber gut die Hälfte der Beschäftigten³. Das KSchG sieht auch bei betriebsbedingten Kündigungen grundsätzlich keine Abfindung als Entschädigung für den Verlust des Arbeitsplatzes vor. Ein Interessenausgleich (§ 111 BetrVG) und ein Sozialplan (§112

¹ Am 30.6.2012 waren 1.704.996 sozialversicherungspflichtige Arbeitnehmer in Betrieben mit weniger als 10 Arbeitnehmern tätig (Quelle: BA Statistik).

² Anteil der Betriebe mit Betriebsrat: Westdeutschland 10 %, Ostdeutschland 9 % (Quelle: IAB-Betriebspanel).

³ Anteil der Beschäftigten in Betrieben mit Betriebsräten: Westdeutschland 44%, Ostdeutschland 36 %. Die Vertretungsquote steigt mit der Betriebsgröße (Quelle: IAB-Betriebspanel).

BetrVG) sind erst ab einer Betriebsgröße von 20 Arbeitnehmern⁴ erzwingbar. Auch sie setzen die Existenz eines Betriebsrats voraus.

Wenn die Kündigung sozial gerechtfertigt ist, wäre in Anlehnung an das österreichische Modell de lege ferenda als Ausgleich für den unverschuldeten Verlust des Arbeitsplatzes ein Anspruch auf eine Abfindung in Höhe eines halben Gehalts pro Beschäftigungsjahr sinnvoll. Ein solcher Mechanismus würde dämpfend wirken, er wäre für Arbeitgeber kalkulierbar und stellte in der Regel keine Überforderung dar. Das unwürdige Geschacher vor Gericht um eine Abfindung entfielen.

II. Entwicklung

Die gerichtliche Überprüfung betriebsbedingter Kündigungen wird seit Jahrzehnten kontrovers diskutiert. Die Kritik am Dogma der freien Unternehmerentscheidung hat eine lange Tradition. Die Rechtsprechung des BAG ist alles andere als selbstverständlich. Es erscheint problematisch, das Unternehmerinteresse dermaßen prioritär zu berücksichtigen. Ein Blick zurück lohnt.

1. Nach § 84 Abs. 1 Ziffer 4 BRG konnten Arbeitnehmer im Fall einer Kündigung Einspruch erheben, wenn die Kündigung sich als eine unbillige, nicht durch die Verhältnisse des Betriebs bedingte Härte darstellt. Bereits in diesem Zusammenhang wurde die Unternehmerentscheidung kontrovers erörtert. Niemand geringeres als Herschel⁵ bekannte sich 1931 dezidiert zu der Auffassung, *„in jedem Einzelfall ganz genau die Frage zu prüfen, ob die Kündigung auch wirklich im Interesse des Betriebes notwendig ist“*⁶.

⁴ Am 30.6.2012 waren 1.906.723 sozialversicherungspflichtige Arbeitnehmer in Betrieben mit weniger als 20 Arbeitnehmern tätig (Quelle: BA Statistik).

⁵ Wilhelm Herschel (1895 – 1986) arbeitete von 1921 bis 1925 als Justiziar, später als Geschäftsführer beim Gesamtverband der Christlichen Gewerkschaften Deutschlands. Ab 1933 wirkte er als nationalsozialistischer Rechtsideologe. Er wurde nach Gründung der Bundesrepublik Deutschland Leiter der Abteilung Arbeitsrecht und Arbeitsschutz im Bundesarbeitsministerium. Sein Schaffen ist mit zahlreichen Gesetzen und Verordnungen verbunden, vor allem mit dem TVG, dem BetrVG 1952, dem KSchG und dem ArbGG.

⁶ W. Herschel, Klagegrund und Beweis im Kündigungseinspruchsverfahren wegen unbilliger Härte, NZfA 1931, 545, 550.

Die individuellen Verhältnisse des betroffenen Arbeitnehmers, insbesondere die Dauer der Beschäftigung im Betrieb, sollten ins Gewicht fallen⁷. Immerhin *Mansfeld*⁸ plädierte seiner Zeit dafür, gerichtlich zu überprüfen, ob der Arbeitgeber die soziale Lage des Arbeitnehmers gegen die Notwendigkeiten des Betriebs abgewogen hat⁹. *Nikisch*¹⁰ beklagte „ein Urteil eines der größten deutschen Arbeitsgerichte, in dem es wörtlich heißt: *„Da der verheiratete Angestellte H. seit zwanzig Jahren seine Arbeitskraft der Beklagten zur Verfügung gestellt hat, so würde es eine unbillige Härte im Sinne von § 84 Abs. 1 Nr. 4 BRG bedeuten, wenn er den Dienst der Beklagten ohne Entschädigung verlassen müßte. Dies würde auch dann gelten, wenn die Beklagte ihn nicht mehr verwenden könnte, ...“*

Eine umfassende Überprüfung der Unternehmerentscheidung wurde mehrheitlich abgelehnt¹¹, teilweise aber befürwortet, Alternativen zu einer Kostensenkung durch Personalabbau zu prüfen¹². Die meisten Gerichte bejahten die Frage, ob Gerichte die Vermeidbarkeit einer Kündigung durch Kurzarbeit prüfen müssen¹³. Das RAG ließ die Prüfung zu, ob der Arbeitgeber eine andere Lösung (z.B. die Einführung von Kurzarbeit) „ernstlich erwogen“ hat. Im Verfahren eines wegen seiner jüdischen Religion ausgebürgerten Klägers stellte das RAG 1937 fest, dass *„dem Gericht für die*

⁷ Gewerbegericht Hamm 16.11.1925, NZfAR 1927, 187; *A. Hueck/H. C. Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Erster Band, 1. Aufl., S. 320.

⁸ *Werner Mansfeld*, Abteilungsleiter im Reichsarbeitsministerium, Verfasser des AOG.

⁹ *W. Mansfeld*, Kurze Erwiderung, NZfA 1931, 555, 556, *ders.*, Die Beweislast im Einspruchsverfahren wegen unbilliger Härte, NZfA 31, 416, 428.

¹⁰ *A. Nikisch*, Zur Kritik an der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung, Der Arbeitgeber 1931, 61, 62 f.

¹¹ RAG 27.2.1932 – RAG.RB. 96/31, Bensch Slg. 14, 546; RAG 22.4.1932 – RAG.RB. 23/32, Bensch Slg. 15, 372; RAG 4.2.1933 – RAG.RB. 99/32, Bensch Slg. 17, 273; *W. Mansfeld*, Die Beweislast im Einspruchsverfahren wegen unbilliger Härte, NZfA 31, 416, 420 f.; *N. Franke*, Die richterliche Nachprüfung der Betriebsverhältnisse im Kündigungswiderrufsverfahren, JW 36, 1184.

¹² LAG Frankfurt 11.2.1932 – 6. I S. 233/31, Bensch Slg. 14, LAG 17, 19 ff; LAG Augsburg 17.2.1933 – LAG. BerReg. 42/33, Bensch Slg. 18, LAG 55 mit zust. Anm. *H. C. Nipperdey*; LAG Dresden Slg. Vereinigung 1932 S. 22.

¹³ vgl. *N. Colneric*, Richterliche Kontrolle von Kündigungen aus unternehmensbezogenen Gründen – ein deutsch-französischer Rechtsvergleich mit Konsequenzen, S. 21 f.

Nachprüfung von Ermessens- oder Billigkeitsentscheidungen keine Grenzen gesetzt sind ... Dass eine als willkürlich anzusprechende Entscheidung zugleich unbillig ist, bedarf keiner Erörterung. Es ist aber nicht richtig, dass eine Entscheidung, die nicht als willkürlich angesprochen werden kann, nicht dennoch unbillig sein könnte.“¹⁴ Im übrigen war „im Einzelfall abzuwägen, welche Wirkung einerseits die Kündigung für den Gekündigten hat, andererseits welche Umstände vom Standpunkt des Betriebs ... aus die Kündigung bedingen.“¹⁵

2. Nach Inkrafttreten des AOG vom 20.1.1934 wurde unter Hervorhebung des Führerprinzips eine Überprüfung der unternehmerischen Entscheidung auf Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit grundsätzlich abgelehnt¹⁶. Der Begriff der Betriebsbedingtheit wurde im Sinne des NS-Rassegedanken uminterpretiert¹⁷. Immerhin sollte noch geprüft werden, ob die Unternehmerentscheidung soziale Gesichtspunkte „*gebührend berücksichtige*“¹⁸. Franke etwa betonte¹⁹: „*Eine Abbauverhütungsmaßnahme ist dem Unternehmer zuzumuten, solange durch sie nicht der Bestand des Unternehmens gefährdet wird.*“ 1940 entschied das RAG, dass die Fürsorgepflicht²⁰ gebiete, die Härten, die sich aus der Beendigung des Dienstverhältnisses ergeben, möglichst zu vermeiden²¹.

¹⁴ RAG 13.10.1937 – RAG.95/37, Arbeitsrechtssammlung 32, 28, 31.

¹⁵ G. Flatow, BRG, 12. Aufl., § 84 Anm. 12.

¹⁶ Vgl. A. Nikisch, Arbeitsrecht, 2. Aufl., S. 122; zu weiteren Nachweisen aus Literatur und Rechtsprechung siehe B. von Finckenstein, Freie Unternehmerentscheidung und dringende betriebliche Erfordernisse bei der betriebsbedingten Kündigung, S. 56 ff.

¹⁷ vgl. LAG Chemnitz 30.6.1937 – ARS 30, 228, 230 f.; s.a. B. Rütters, Die unbegrenzte Auslegung, 6. Aufl., S. 248 f.

¹⁸ Hueck-Nipperdey-Dietz, AOG, 12. Aufl., § 56 Anm. 10.

¹⁹ N. Franke, Die richterliche Nachprüfung der Betriebsverhältnisse im Kündigungswiderrufsverfahren, JW 36,1184, 1188.

²⁰ Dazu O. Kahn-Freund, Das soziale Ideal des Reichsarbeitsgerichts, in T. Ramm (Hrsg.): Arbeitsrecht und Politik, S. 196.

²¹ RAG 10.4.1940 – RAG. 234/39, Arbeitsrechtssammlung 40, 278, 281; 1955 positiv gewürdigt von H. Dersch, Neue Entwicklung der Fürsorgepflicht im Arbeitsverhältnis, in: Festschrift Herschel, 71, 82.

3. Der KSchG-Gesetzgeber wollte 1951 den vertraglichen status quo „in den Grenzen des sozial und wirtschaftlich Vertretbaren“ schützen. § 1 KSchG sollte gegenüber seinen Vorläufern eine Ausweitung des Schutzes bewirken²². A. Hueck erläuterte 1951, dass auch in Zukunft die Interessen beider Teile gegeneinander abgewogen werden müssen mit der Akzentverschiebung, dass das KSchG 1951 den Kündigungsschutz gegenüber seinen Vorläufern verstärkte²³. Das BAG hat dies 1954 ohne weitere Begründung übernommen²⁴ und kurz danach ausgeführt, dass dem gesetzlichen Tatbestand des § 1 Abs. 2 KSchG das Merkmal der Abwägung der beiderseitigen Interessen des Arbeitnehmers an der Aufrechterhaltung und des Arbeitgebers an der Auflösung des Arbeitsverhältnisses immanent sei²⁵. U. Preis hält diese Rechtsprechung für verfehlt²⁶.

In den fünfziger Jahren wurde intensiv diskutiert, ob und wie unternehmerische Entscheidungen zu überprüfen sind²⁷. Mehrere Gerichte unterzogen unternehmerische Entscheidungen einer kritischen Bewertung²⁸.

1956 entschied das BAG für den öffentlichen Dienst, dass weder die Notwendigkeit noch die Zweckmäßigkeit einer Rationalisierungsmaßnahme ge-

²² Einzelheiten P. Stein, Freiheit und Dringlichkeit der unternehmerischen Entscheidung im Kündigungsschutzrecht, BB 2000, 457, 460.

²³ A. Hueck, Das Bundeskündigungsschutzgesetz, RdA 1951, 284.

²⁴ BAG 7.10.1954 – 2 AZR 6/54, AP Nr. 5 zu § 1 KSchG.

²⁵ BAG 20.10.1954 – 1 AZR 193/54, AP Nr. 6 zu § 1 KSchG.

²⁶ U. Preis, Prinzipien der Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, S. 210 ff. mit umfangreichen Nachweisen.

²⁷ E. Molitor, Die sozialwidrige Kündigung in der Rechtsprechung, BB 1953, 34; Kauffmann, Grenzen der Nachprüfung „dringender betrieblicher Erfordernisse“ seitens des Arbeitsgerichts beim Kündigungsschutzverfahren, NJW 1953, 1047; H. Eberl, Überprüfung betriebsbedingter Kündigungen durch das Arbeitsgericht, BB 1954, 447; H. Joachim, Umfang und Grenzen der gerichtlichen Nachprüfung betriebsbedingter Kündigungen, BB 1954, 1114; H. Galperin, Umfang und Grenzen der gerichtlichen Nachprüfung betriebsbedingter Kündigungen, BB 1954, 1117. Zum heutigen Diskussionstand vgl. KR-Griebeling, 10. Aufl., § 1 KSchG Rn. 522; APS-Kiel, 4. Aufl., § 1 KSchG Rn. 466, 562 f.).

²⁸ LAG Hamm 12.2.1952 – 2 (1) Sa 450/51, BB 1952, 376; ArbG Husum 6.3.1952, ArbR Stichw. 8 Nr. 585; ArbG Wilhelmshaven 25.3.1952, ArbR Stichw. 8 Nr. 443; LAG Frankfurt 25.11.1953 – I LA 311/53, BB 1954, 228; LAG Stuttgart 19.5.1954 – II Sa 56/54, BB 1954, 806.

richtlich zu überprüfen seien²⁹. 1960 wurde dies auf die Privatwirtschaft übertragen. Den alliierten Streitkräften wurde konzidiert, ihre unternehmerische Entscheidung sei nur darauf zu überprüfen, ob sie unsachlich, unvernünftig oder willkürlich sei³⁰: *„Der Begriff der dringenden betrieblichen Erfordernisse ist nach der überwiegenden Meinung ... bereits in der privaten Wirtschaft dahin auszulegen, daß einer vernünftigen und sachgerechten Entscheidung des Unternehmers über die Gestaltung des Betriebes und den sich aus dieser Entscheidung ergebenden Notwendigkeiten ein besonderes Gewicht beizulegen ist. ... Eine Nachprüfung der insoweit vom Arbeitgeber getroffenen ... Maßnahmen auf ihre Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit können die Gerichte für Arbeitssachen im allgemeinen nicht vornehmen. ... Das schließt weiter nicht aus, daß bei der Prüfung, ob ein dringendes betriebliches Erfordernis vorliegt, die schutzwerten Interessen des Arbeitnehmers an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes Berücksichtigung finden, insbesondere auch den Belangen des Arbeitgebers (Unternehmers) gegenüber abgewogen werden müssen. Im Vordergrund muß aber in Fällen dieser Art die Beachtung der Freiheit der Unternehmerentscheidung stehen.“*

Noch 1980 verlangte der 7. Senat ausdrücklich eine Interessenabwägung³¹. Dagegen entschied der 2. Senat bereits 1979³²: *„Die Mißbrauchskontrolle darf jedoch nicht dazu führen, mit einer anderen Begründung in Wahrheit die den Gerichten verwehrt Prüfung der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der organisatorischen Maßnahme nachzuholen. Es reicht deswegen nicht aus, daß eine Maßnahme offenbar unzweckmäßig ist Der Anwendungsbereich der erwähnten Ausnahmen beschränkt sich im wesentlichen auf die Fälle, in denen die Kündigung nicht durch die Betriebsänderung, sondern die Betriebsänderung durch den Wunsch des Arbeitgebers bedingt ist, sich von einem mißliebigen Arbeitnehmer zu trennen ...“*

²⁹ BAG 28.11.1956 – GS 3/56, AP Nr. 20 zu § 1 KSchG.

³⁰ BAG 18.11.1960 – 1 AZR 70/58, AP Nr. 28 zu Art. 44 Truppenvertrag.

³¹ BAG 7.3.1980 – 7 AZR 1093/77, AP Nr. 9 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

³² BAG 24.10.1979 – 2 AZR 940/77, AP Nr. 8 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

1986 stellte das BAG klar, dass auch die Entscheidung, keine Kurzarbeit einzuführen, im Kündigungsschutzprozess keiner gerichtlichen Kontrolle unterliege³³.

III. Kritik

Märkte erzeugen keine Ethik, lässt man sie allein, folgen sie auch keiner Moral. Marktgerechtigkeit und soziale Gerechtigkeit sind nicht dasselbe. Aktuell werden wesentliche volkswirtschaftliche Entscheidungen von Ben Bernanke und Mario Draghi getroffen. Es sind Notenbankchefs und nicht demokratische Institutionen, die über das Wohlergehen entscheiden. Diese Entwicklung gilt weithin als hoch gefährlich³⁴. Jedenfalls wird darüber intensiv diskutiert.

Auf betriebswirtschaftlicher Ebene ist eine Auseinandersetzung ungleich schwieriger. Betriebliche Entscheidungen können kaum in simpler Schwarz/Weiß-Manier als „richtig“ oder „falsch“ identifiziert werden. Es geht um Prognosen und typischer Weise um hochkomplexe Probleme. Selbst hinsichtlich der Ziele können Wertungen schwer fallen. Was unterscheiden visionäre Kraft und unternehmerischen Wagemut von Kasinomentalität? Wo verläuft die Grenze zwischen gesundem Gewinnstreben und maßloser Gier?

Arbeitsgerichte sind in der Tat nicht legitimiert, eigene Vorstellungen einer vernünftigen Unternehmenspolitik zum Maßstab ihrer Entscheidungen zu machen. Es kann nicht darum gehen, von Amts wegen eine „bessere“ Unternehmenspolitik zu erzwingen. Gleichwohl überzeugt das Dogma der Nichtüberprüfbarkeit von Unternehmerentscheidungen nicht.

Durch die gesetzlich nicht gebotene Übersteigerung der unternehmerischen Freiheit und den Verzicht auf eine Interessenabwägung wird der Kündigungsschutz marginalisiert. Wenn man die Auffassung vertritt, der Gesetzgeber selbst habe die Wertung getroffen, dass eine Kündigung sozial gerechtfertigt ist, wenn sie durch betriebsbedingte Gründe bedingt ist, verbietet es sich, das

³³ BAG 4.3.1986 – 1 ABR 15/84, AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Kurzarbeit.

³⁴ Z.B. W. Streeck, Gekaufte Zeit, S. 225 ff.

Merkmal „dringend“ unter den Tisch fallen zu lassen. Geboten ist eine begrenzte justizielle Kontrolle.

1. Mit seinem Prüfungsschema liegt das BAG in vier Punkten quer zu den sonst im Kündigungsschutzrecht üblichen Standards (objektiver Maßstab; Verhältnismäßigkeit; ultima ratio; Interessenabwägung):

Eine Kündigung muss normalerweise bei verständiger Würdigung der Interessen der Vertragsparteien und der Interessen des Betriebs als billigenwert und angemessen erscheinen. Die Kündigungsgründe müssen von einem solchen Gewicht sein, dass nach einem objektiven Maßstab „auch ein ruhig und verständig urteilender Arbeitgeber“ kündigen würde. Für betriebsbedingte Kündigungen reicht hingegen im Kern der bloße Wille des Arbeitgebers.

Die in § 1 KSchG genannten Gründe müssen die Kündigung „bedingen“, d.h. nicht nur verursachen, sondern als letzte von möglichen anderen Maßnahmen erforderlich machen. Das BAG hingegen will nur zu prüfen, ob der Entschluss zur Kündigung in den Rahmen der Organisationsänderung passt oder ob das geänderte unternehmerische Konzept nicht auch ohne Kündigung verwirklicht werden kann.

Eine Beendigungskündigung kommt als äußerstes Mittel erst dann in Betracht, wenn sie zur Beseitigung betrieblicher Beeinträchtigungen geeignet und erforderlich ist. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz i.w.S. wird nicht angewandt, die unternehmerische Entscheidung wird nicht auf ihre Ziele hin kontrolliert.

Ferner ist unerheblich, ob die unternehmerische Entscheidung zur Erreichung ihrer Ziele verhältnismäßig i.e.S. ist. Die Grundsätze der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Proportionalität sind nicht anzuwenden. Eine unternehmerische Entscheidung ist als gegeben hinzunehmen und soll nicht auf ihre Zweckmäßigkeit oder Notwendigkeit hin kontrolliert werden. Es soll nicht geprüft werden, ob der Nutzen einer unternehmerischen

Entscheidung in einem - noch angemessenen - vertretbaren Verhältnis zu den Nachteilen für die betroffenen Arbeitnehmer steht. In den Fällen, in denen eine ordentliche Kündigung wegen einer bindenden Unternehmerentscheidung "an sich" betriebsbedingt ist, kann sich die durch § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG gebotene einzelfallbezogene Abwägung der beiderseitigen Interessen nur in seltenen Ausnahmefällen zu Gunsten des Arbeitnehmers auswirken.

2. Die Rechtsprechung des BAG zu § 1 KSchG ist nicht in Übereinklang zu bringen mit den zu § 2 KSchG entwickelten Grundsätzen. Bei Änderungskündigungen wegen Unrentabilität ist zu prüfen, ob dringende betriebliche Erfordernisse zu Einsparungen zwingen – ein bloß wirtschaftlich vernünftiger Zwang zu sparen soll nicht ausreichen. Ein dringendes Bedürfnis setzt laut BAG voraus, dass eine Senkung der Kosten durch andere Maßnahmen nicht möglich ist. Diskutiert wird, ob eine Existenzgefährdung als Voraussetzung für die Änderungskündigung zu verlangen ist oder ob die Erreichung einer angemessenen Rentabilität als sachliches Interesse an einer Änderung ausreicht³⁵.

Liegt ein Kündigungsgrund vor, ist zu prüfen, ob der Arbeitgeber sich darauf beschränkt hat, nur solche Änderungen vorzuschlagen, die der Arbeitnehmer „billigerweise“ hinnehmen muss. Dies hat das BAG dahin präzisiert, dass keine allgemeine Billigkeitsprüfung, sondern eine am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientierte Prüfung vorzunehmen ist. Danach müssen die geänderten Arbeitsbedingungen im Hinblick auf den Kündigungsgrund geeignet sowie erforderlich sein³⁶.

Das alles passt nicht mit den für die Beendigungskündigung entwickelten Grundsätzen zusammen.

³⁵ Zum Diskussionsstand vgl. *KR-Rost*, 9. Aufl., § 2 KSchG Rn.107 a f.

³⁶ BAG 29.9.2011 – 2 AZR 523/10, AP Nr. 152 zu § 2 KSchG 1969.

3. Die Kategorie „unternehmerische Entscheidung“ ist konturenlos. Eingräumt wird lediglich, dass die Kündigung selber keine unternehmerische Entscheidung ist.
4. Dass es grundrechtlich geboten sei, von einer freien Unternehmerentscheidung auszugehen, ist verfassungsrechtlich nicht begründbar.
 - a) Der Hinweis auf Art. 12 GG trägt nicht. Das Grundrecht schützt die selbständige wie die unselbständige Tätigkeit gleichermaßen³⁷. Die von Art. 12 GG geschützte Unternehmerfreiheit besteht nicht in Rücksichtslosigkeit gegenüber den Arbeitnehmern. Geboten sind vielmehr eine praktische Konkordanz und eine verfassungsgeleitete Interpretation³⁸.
 - b) Das Untermaßverbot darf nicht verletzt werden. Außerhalb des KSchG kann es verfassungsrechtlich geboten sein, bei der Auswahl Rücksicht auf soziale Kriterien zu nehmen. Bei Normen wie § 1 KSchG, die der Gesetzgeber zur Ausgestaltung des Grundrechtsschutzes erlassen hat, dürfen die Gerichte den vom Grundrecht vorgezeichneten Schutzzweck nicht verfehlen³⁹. § 1 KSchG darf nicht so ausgelegt werden, dass der Normzweck leer läuft und auf ein Schutzniveau reduziert wird, das bereit § 242 BGB gewährleistet.
 - c) Begründet wird die unternehmerische Entscheidungsfreiheit typischer Weise damit, dass der Arbeitgeber das wirtschaftliche Risiko für die zweckmäßige Errichtung, Führung und Gestaltung des Betriebes trage⁴⁰. Das Risiko einer Fehlentscheidung trifft Arbeitnehmer jedoch nicht weniger als den Unternehmer.

³⁷ BVerfG 11.6.1958 – 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377 ff.

³⁸ T. Dieterich, Unternehmerfreiheit und Arbeitsrecht im Sozialstaat, AuR 2007, 65, 66 f.

³⁹ BVerfG 27.1.1998 – 1 BvL 15/87, BVerfGE 97, 169, 176 f. – Kleinbetriebsklausel I. Ausführlich J. Kühling, Freie Unternehmerentscheidung und Betriebsstilllegung, AuR 2003, 92, 94 ff. sowie P. Stein, Inhaltskontrolle von Unternehmerentscheidungen, AuR 2003, 99.

⁴⁰ Zuletzt P. Schrader/J. Siebert, Angriff auf die Unternehmerentscheidung?, NZA-RR 2013, 113, 116. Zum Diskussionsstand vgl. ErfK/Dieterich, 13. Aufl., Art. 9 GG Rn. 75 f.

Tatsächlich und rechtlich ist der Unternehmer keineswegs frei. Er ist weitgehenden Fremdeinflüssen ausgesetzt⁴¹. Hinzu kommen diverse rechtliche Begrenzungen. Der Staat interveniert durch Steuerrecht, Baurecht, Umweltrecht, Verbraucherschutz, Wettbewerbsrecht etc. Es werden Entgelte in Tarifverträgen geregelt, die erstreikbar sind. Tarifvertraglich regelbar sind Ladenöffnungszeiten⁴², Besetzungsregeln⁴³, Personalbemessungssysteme⁴⁴ die Erweiterung von Rechten des Betriebsrates (Dauer der Arbeitszeit⁴⁵, Zustimmung des Betriebsrats zur Kündigung⁴⁶, Ausschluss der ordentlichen Kündigung⁴⁷ sowie Teilzeit-⁴⁸ und Befristungsquoten⁴⁹. Zulässig sind Tarifforderungen, deren Realisierung eine geplante Verlagerung faktisch verhindern oder wirtschaftlich unsinnig machen würde⁵⁰. Zu bedenken ist, dass es sich selbst bei Standortentscheidungen jedenfalls für Großunternehmen regelmäßig nur um variable Dispositionen handelt, die in der Planung austauschbar sind und deshalb hinsichtlich der arbeitsrechtlichen Folgen auch verhandelbar sein müssen⁵¹. Unternehmen müssen zudem Mitbestimmungsrechte respektieren und bei der Ausübung des Direktionsrechts billigem Ermessen folgen⁵². *„Bieten sich dem Arbeitgeber verschiedene arbeitsvertragliche Gestaltungsformen an, die für den Arbeitnehmer zu einem unterschiedlichen arbeitsrechtlichen Schutz führen, darf er nicht willkürlich die ihm günstigere auswählen. Ein sachlicher Grund muß die Wahl der Vertragsform rechtfertigen, weil sonst Schutzvorschriften umgan-*

⁴¹ vgl. J. Kühling/K. Bertelsmann, Tarifautonomie und Unternehmerfreiheit, NZA 2005, 1017,1024.

⁴² BAG 27.6.1989 – 1 AZR 404/88, AP Nr. 113 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

⁴³ BAG 22.1.1991 - 1 ABR 19/90, AP Nr. 67 zu Art 12 GG.

⁴⁴ BAG 3.4.1990 – 1 AZR 123/89, AP Nr. 56 zu Art. 9 GG.

⁴⁵ BAG 18.8.1987 – 1 ABR 30 /86, AP Nr. 23 zu § 77 BetrVG 1972.

⁴⁶ BAG 10.2.1988 – 1 ABR 70/86, AP Nr. 53 zu § 99 BetrVG 1972.

⁴⁷ BAG 5.2.1998 – 2 AZR 227/97, AP Nr. 142 zu § 626 BGB.

⁴⁸ BAG 21.11.2006 - 9 AZR 138 /06, AP Nr. 18 zu § 8 TzBfG.

⁴⁹ BAG 27.4.1988 – 7 AZR 593/87, AP Nr. 4 zu § 99 BetrVG 1972.

⁵⁰ BAG 24.04.2007 - 1 AZR 252/06, AP TVG § 1 Sozialplan Nr. 2.

⁵¹ ErfK/Dieterich, 13. Aufl., Art. 9 GG Rn. 75 .

⁵² BAG 24.4.1996 - 5 AZR 1031/94, AP Nr. 48 zu § 611 BGB Direktionsrecht.

gen werden könnten“⁵³. Trotz dieser Beschränkungen ist eine der potentesten Volkswirtschaften entstanden.

5. Das Dogma der nicht überprüfbaren Unternehmerentscheidung abzulehnen heißt nicht notwendigerweise, für eine Überprüfung von Amts wegen auf Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit zu plädieren. Warum sollte es nicht zumutbar und im Einzelfall nicht produktiv sein, den Arbeitgeber anzuhalten, sich auf einen Dialog über Alternativen einzulassen? Unternehmerisches Handeln resultiert nicht aus monokausaler Deduktion, es stellt sich in den seltensten Fällen als alternativloser Vollzug von Sachzwängen dar. Erfolg ist ohne Flexibilität und Kompromißfähigkeit schwer vorstellbar. Entscheidungen entwickeln sich in Prozessen und verändern sich.
6. Der Prüfungsmaßstab des BAG hat eine äußerst geringe praktische Relevanz, die Missbrauchskontrolle erweist sich als Papiertiger⁵⁴.
7. Der Willkürmaßstab ist bereits in den Generalklauseln verankert. Mit diesem Kriterium fällt der Bestandsschutz auf das Niveau außerhalb des KSchG zurück. Schutz vor willkürlichen Kündigungen bieten bereits § 242 BGB sowie der verfassungsrechtliche Mindestbestandsschutz⁵⁵.
8. Dass es nicht richtig sein kann, die Unternehmerentscheidung nur auf Willkür zu überprüfen, ergibt sich auch einem Vergleich von § 1 KSchG und § 9 KSchG. Erfolgt die Kündigung offensichtlich willkürlich, so ist sie nicht nur wegen Sozialwidrigkeit unwirksam, sondern der Arbeitnehmer hat die Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis auflösen und den Arbeitgeber zur Zahlung einer Abfindung verurteilen zu lassen⁵⁶.

⁵³ BAG 20.7.1982 – 3 AZR 446/80, AP Nr. 5 zu § 611 Mittelbares Arbeitsverhältnis.

⁵⁴ aber ArbG Gelsenkirchen 28.10.1997 – 2 Ca 3762/96, NZA 1998, 944; ArbG Berlin 17.2.2000 - 4 Ca 32471/99, AuR 2001 72; BAG 26.9.2002 – 2 AZR 636/01, BAGE 103, 31.

⁵⁵ BVerfG 21.2.1995 – 1 BvR 1397/93, BVerfGE 92, 140. Vgl. auch *T. Dieterich*, Unternehmerfreiheit und Arbeitsrecht im Sozialstaat, AuR 2007, 65, 68.

⁵⁶ *H. Joachim*, Umfang und Grenzen der gerichtlichen Nachprüfung betriebsbedingter Kündigungen, BB 1954, 1114, 1116.

9. Die Vermutung, dass die unternehmerische Entscheidung sachlich gerechtfertigt sei, ist empirisch fragwürdig⁵⁷. Selbst Weitnauer, auf den sich das BAG zur Begründung seiner Rechtsprechung bezieht, will dem Arbeitnehmer die Möglichkeit für einen Beweis dahingehend einräumen, dass die Unternehmerentscheidung nicht aus sachlichen Gründen getroffen wurde⁵⁸. Die hohe Zahl der Insolvenzen zeigt, dass Fehleinschätzungen an der Tagesordnung sind. *Molitors* Vorschlag, von einem Anscheinsbeweis auszugehen, erscheint noch immer sachgerecht⁵⁹.

9. Mit dem Merkmal der Dringlichkeit hat der das gesamte Kündigungsschutzrecht beherrschende Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine gesetzliche Grundlage erfahren. Wenn nur zu überprüfen ist, ob die Kündigung in den Rahmen der Organisationsänderung passt oder ob das geänderte unternehmerische Konzept auch ohne Kündigung realisiert werden kann, fällt das wertende Element „dringend“ weg. 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 Überprüfung der kausalen Verknüpfung zwischen unternehmerischer Entscheidung und Kündigung bereits das Merkmal „bedingt“ zur Verfügung steht.

10. Indem das BAG das Tatbestandsmerkmal „dringende betriebliche Erfordernisse“ durch ein vom Arbeitgeber auszufüllendes Blankett ersetzt, verkürzt es den Rechtsschutz, den Art. 20 Abs. 3 GG auch für zivilrechtliche Streitigkeiten garantiert.

11. Rechtlich sind Unternehmerinteressen keineswegs das Maß aller Dinge⁶⁰. Das wirtschaftliche Interesse des Unternehmers ist nicht identisch mit dem Gesetzesbegriff der dringenden betrieblichen Erfordernisse. Die

⁵⁷ vgl. *P. Stein*, Betriebsbedingte Kündigung und unternehmerische Entscheidung, KJ 2001, 282, 284.

⁵⁸ *H. Weitnauer*, Anm. zu BAG 22.11.1973 – 2 AZR 543/72, SAE 1975, 138.

⁵⁹ *E. Molitor*, Die sozialwidrige Kündigung in der Rechtsprechung, BB 1953, 34, 35.

⁶⁰ *T. Dieterich*, Unternehmerfreiheit und Arbeitsrecht im Sozialstaat, AuR 2007, 65, 66.

Reduktion des gesetzlichen Tatbestandsmerkmals „dringende betriebliche Erfordernisse“ auf die Kontrolle der Umsetzung der unternehmerischen Entscheidung ist weder teleologisch noch funktional zu rechtfertigen. Im Prüfungsschema des BAG ist die unternehmerische Entscheidung gegen gerichtliche Kontrolle faktisch immun. Es gibt keinen angemessenen Interessenausgleich und damit kaum keinen wirksamen Rechtsschutz. Ein Interessenausgleich kann nicht sinnvoll durchgeführt werden, wenn die wirtschaftlichen Interessen des Arbeitgebers nicht ins Blickfeld geraten, weil sie in der gestaltenden Unternehmerentscheidung verborgen bleiben ⁶¹.

12. Im Verständnis der BAG würde § 1 Abs. 2 KSchG lauten: *„Sozial ungerechtfertigt ist die Kündigung, wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, bedingt ist. Betriebsbedingte Kündigungen sind sozial ungerechtfertigt, wenn die unternehmerische Entscheidung auch ohne Ausspruch der Kündigung umsetzbar wäre. Im Übrigen ist die unternehmerische Entscheidung nur auf Willkür zu überprüfen. Sie muss insbesondere weder dringend noch verhältnismäßig sein. Es wird unwiderleglich ⁶² vermutet, dass sie sachgerecht ist. Auch offenbar unzweckmäßige Entscheidungen sind hinzunehmen.“*

13. In der Literatur ist die Rechtsprechung des BAG auf Kritik gestoßen ⁶³. Auch nicht alle Gerichte sind den Vorgaben des BAG nuancenlos gefolgt:

⁶¹ J. Kühling, Freie Unternehmerentscheidung und Betriebsstilllegung, AuR 2003, 92, 94.

⁶² vgl. BAG 24.10.1979 – 2 AZR 940/77, AP Nr. 8 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

⁶³ N. Colneric, Richterliche Kontrolle von Kündigungen aus unternehmensbezogenen Gründen – ein deutsch–französischer Rechtsvergleich mit Konsequenzen; in: Betriebsbedingte Kündigungen im Widerstreit, Frankfurt am Main 1998; P. Stein, Freiheit und Dringlichkeit der unternehmerischen Entscheidung im Kündigungsschutzrecht, BB 2000, 457; R. Boeddinghaus, Die alte und neue Rechtsprechung zur betriebsbedingten Kündigung, AuR 2001, 8; J. Kühling, Freie Unternehmerentscheidung und Betriebsstilllegung, AuR 2003, 92; P. Stein, Inhaltskontrolle von Unternehmerentscheidungen, AuR 2003, 99; H. Wolter AuR 2008,325; W. Däubler, Die Unternehmerfreiheit im Arbeitsrecht – eine unantastbare Größe? Frankfurt am Main 2012; W. Däubler, Rechtswidrige Unternehmerentscheidung

LAG Köln 16.10.1986 ⁶⁴: „Es bleibt offen, ob die Definition der von den Gerichten hinzunehmenden Unternehmerentscheidung in der Fassung des Urteils des 2. Senats des BAG vom 20.2.1986 - 2 AZR 212/85 eine rechtsstaatlich ausreichende Abgrenzung ermöglicht.“

ArbG Hamburg 16.1.2008 ⁶⁵: „Ebenso trägt die Beklagte keinerlei wirtschaftlichen Grund vor, warum es zu einer Schließung der Werkstatt kommt. Sich lediglich pauschal dazu einzulassen, dass andere Unternehmen sich auch Subunternehmen für Elektroarbeiten bedienen, ist hierbei nicht ausreichend. Vielmehr obliegt es der Beklagten individuelle Gründe darzulegen, warum inner- oder außerbetriebliche Gründe für die Entscheidung der Schließung sprechen.“

LAG Berlin-Brandenburg 25.11.2010 ⁶⁶: „Eine kündigungsrechtlich anzunehmende „Missbräuchlichkeit“ einer Unternehmerentscheidung kann auch dann vorliegen, wenn sich aus einer Mehrzahl von ineinandergreifenden unternehmerischen Einzelentscheidungen, die für sich genommen sämtlichst dem Spektrum von Reorganisationsmaßnahmen zuzuordnen sind, ergibt, dass Ziel der Gesamtheit dieser Maßnahmen es – alleine – ist, eine bestimmte Stelle zum Wegfall zu bringen und den Stelleninhaber betriebsbedingt zu kündigen, ohne dass dem ein irgendwie gearteter „betriebswirtschaftlicher Erfolg“ zur Seite stehen würde.“

LAG Berlin-Brandenburg 7.2.2012 ⁶⁷: „Die unternehmerische Freiheit gilt jedoch nicht schrankenlos ... Bei einer schrankenlosen Hinnahme jegli-

und betriebsbedingte Kündigung, DB 2012, 2100; W. Däubler, Betriebsbedingte Kündigung ohne Interessenabwägung? AuR 2013, 9; HaKo/Schubert, § 1 KSchG Rn. 421 ff.

⁶⁴ LAG Köln 16.10.1986 – 10 Sa 461/86, LAGE § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 10.

⁶⁵ ArbG Hamburg 16.1.2008 – 12 Ca 202/07, AuR 2008, 160.

⁶⁶ LAG Berlin-Brandenburg 25.11.2010 - 2 Sa 707/10, LAGE § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 89.

⁶⁷ LAG Berlin-Brandenburg 7.2.2012 – 7 Sa 21 64/11, EzTöD § 34 Abs. 2 TVöD-AT Betriebsbedingte Kündigung Nr. 2.

cher unternehmerischen Entscheidung als für den Kündigungsschutzprozess bindend (würde) der Kündigungsschutz der Arbeitnehmer teilweise leerlaufen.“

LAG Thüringen 14.11.2011 ⁶⁸: *„Die Gerichte haben von Verfassungs wegen zu prüfen, ob von ihrer Anwendung im Einzelfall das Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG berührt wird. Trifft das zu, dann haben die Gerichte die Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes im Lichte der Grundrechte auszulegen und anzuwenden ... Das gilt auch bei der Ausübung des Leistungsbestimmungsrechts. Nach diesen Grundsätzen hat die Beklagte zu 2), auch unter Berücksichtigung ihrer Interessen, den gesetzlichen Bestandsschutz des klägerischen Arbeitsverhältnisses nach § 1 KSchG i.V.m. § 15 KSchG nicht ausreichend berücksichtigt.“*

14. Den Zweck, vor sozialwidrigen betriebsbedingten Kündigungen zu schützen und den Bestand von Arbeitsverhältnissen zu sichern, erfüllt das KSchG gegenwärtig nicht. In der Praxis kommt es zu einem unwürdigen Geschacher um eine Abfindung, auf die das Gesetz keinen Anspruch gibt. Bei Arbeitgeberkündigungen erhalten nur 10 % der Arbeitnehmer eine Abfindung ⁶⁹.

IV. Alternativen

1. Begriff der unternehmerischen Entscheidung

Nicht jedwede Maßnahme einer Personalabteilung ist als „unternehmerische Entscheidung“ zu stilisieren und grundrechtlich zu überhöhen. Die Kategorie sollte für grundsätzliche, betriebspolitische Weichenstellungen reserviert werden. Die konzeptuelle Ebene ist von der personalwirtschaftlichen Abwicklung zu unterscheiden. Kündigungsschutzrechtlich ergeben sich unterschiedliche Konsequenzen, je nachdem ob z.B. die unternehmerische Entscheidung in der Strategie gesehen wird, die

⁶⁸ LAG Thüringen 14.11.2011 – 6 Sa 57/11, AuA 2012, 610.

⁶⁹ H. Bielinski/J. Hartmann/H.Pfarr/H. Seifert, Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen: Wahrnehmung und Wirklichkeit, AuR 2003, 81, 91.

Personalkapazität anzupassen oder ob als unternehmerische Entscheidung die Streichung bestimmter Stellen begriffen wird ⁷⁰.

2. Rechtskontrolle

Selbstverständlich ist die unternehmerische Entscheidung einer Rechtskontrolle zu unterziehen. Sie darf nicht gegen ein Gesetz, z.B. § 242 BGB, § 138 BGB, § 162 BGB, § 4 TzBfG, § 613a Abs. 4 BGB, § 612 a BGB, § 111 BetrVG, AGG, § 102 BetrVG, § 87 BetrVG oder § 19 GWB verstoßen ⁷¹.

Unternehmerische Maßnahmen und auf ihnen beruhende Kündigungen dürfen weder gegen Tarifverträge noch gegen einzelvertragliche Bindungen (z.B. überobligatorischer Einsatz) verstoßen.

3. Dringend

Die Entstehungsgeschichte belegt, dass der Gesetzgeber mit der Einfügung dieses Kriteriums einen wirksamen sozialen Schutz schaffen wollte. Dies ist ohne Interessenabwägung nicht vorstellbar. Betriebliche Bedürfnisse sind dann dringend, wenn sie so gewichtig sind, dass eine Kündigung als Folge dieser Erfordernisse zu billigen ist ⁷². Ein im Kündigungszeitpunkt rentabel arbeitendes Unternehmen muss darlegen, dass die personalreduzierende Maßnahme im Interesse der Erhaltung der Marktfähigkeit notwendig ist ⁷³.

Bei personen- und verhaltensbedingten Kündigungen ist die Interessenabwägung Standard. Das war früher auch für das BAG bei betriebs-

⁷⁰ Einzelheiten s. *P. Stein*, Betriebsbedingte Kündigung und unternehmerische Entscheidung, KJ 2001, 282, 292.

⁷¹ Strittig ist, ob für Kündigungen nur solche Vorschriften relevant sind, die zumindest auch dem Arbeitsplatzschutz dienen, z.B. Gesellschaftsvertrag und -satzung, vgl. *W. Däubler*, Rechtswidrige Unternehmerentscheidung und betriebsbedingte Kündigung, DB 2012, 2100, 2101 f.

⁷² *N. Colneric*, Richterliche Kontrolle von Kündigungen aus unternehmensbezogenen Gründen – ein deutsch–französischer Rechtsvergleich mit Konsequenzen, S. 18.

⁷³ *E. Stahlhacke/U. Preis/R. Vossen/U. Preis*, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 10. Aufl., Rn. 927.

bedingten Gründen selbstverständlich⁷⁴. Dies muss keineswegs zu einer richtungslosen Billigkeitsrechtsprechung führen. Fallgruppen können gebildet werden⁷⁵, die relevanten Gesichtspunkte sind einem rationalen Diskurs zugänglich⁷⁶.

4. Härteklauseel

Warum sollte ein Arbeitnehmer „auf Grund schwerwiegender persönlicher Umstände“ i.S.d. BAG-Rechtsprechung nicht besonders schutzbedürftig sein, wenn er wegen seines Alters, seines Qualifikationsprofils oder wegen der konjunkturellen Situation von Dauerarbeitslosigkeit bedroht ist?

V. Probleme

1. Es gibt keinen entwickelten gesellschaftlichen Diskurs, geschweige denn einen irgendwie gearteten Konsens über Inhalt und Reichweite der Sozialbindung des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG).
2. Betriebsbedingte Kündigungen sind ein Massengeschäft. Würde die Arbeitsgerichtsbarkeit in diesem Bereich ihrem gesetzlichen Auftrag prägnanter nachkommen, können sich Kapazitätsprobleme ergeben. Aber: *„Vom Gericht befürchtete praktische Schwierigkeiten können nie dazu führen, eine vom Gesetz dem Richter an die Hand gegebene Generalklausel ... zur Vermeidung der Schwierigkeiten eng auszulegen, obwohl das Gesetz eine gerechte Interessenabwägung unter Berücksichtigung der Betriebsverhältnisse will“*⁷⁷.
3. Eine Individualisierung kollektiver Probleme ist unglücklich. Das Dilemma wird gemildert, wenn kollektive Vereinbarungen wie Interessenausgleich und Sozialplan in die Bewertung eingehen. Hat der Betriebsrat

⁷⁴ z.B. BAG 25.6.1964 – 2 AZR 382/63, AP Nr. 14 zu § 1 Betriebsbedingte Kündigung.

⁷⁵ APS/Kiel, 4. Aufl., § 1 KSchG Rn. 466.

⁷⁶ Beispiele bei W. Däubler, Betriebsbedingte Kündigung ohne Interessenabwägung, AuR 2013, 9, 15.

⁷⁷ H. C. Nipperdey, Anm. zu LAG Augsburg 17.2.1933 – LAG. BerReg. 42/33, Bensch Slg. 18, LAG 55, 61.

einem Interessenausgleich zugestimmt, spricht viel dafür, dass die Unternehmerentscheidung verhältnismäßig ist. Das Risiko, dass die Kündigung am Merkmal „dringend“ scheitert, ist umso geringer, je mehr der Arbeitgeber darlegen kann, dass er durch aktive Ausschöpfung der kollektiv-rechtlichen Instrumente den Interessen der Arbeitnehmer am Erhalt der Arbeitsplätze Rechnung getragen hat⁷⁸.

4. Das KSchG liefert für verhaltens- und personenbedingte Kündigungen keine konkreten Vorgaben, wann dem Arbeitgeber ein Festhalten am Arbeitsverhältnis unzumutbar ist. Gleichwohl ist eine differenzierte Dogmatik entstanden. Der vorgeblich fehlende Maßstab bei der Beurteilung betriebsbedingter Kündigungen ist kein belastbares Argument.
5. Der Hinweis auf die fehlende Qualifikation der Gerichte überzeugt nicht. Im Wirtschaftsstrafrecht und im Kartellrecht überprüfen Gerichte regelmäßig Unternehmerentscheidungen. Wer Einigungsstellen leiten, über die Anpassung von Betriebsrenten und die wirtschaftliche Vertretbarkeit von Sozialplänen entscheiden kann, ist auch imstande, die Plausibilität betriebswirtschaftlicher Entscheidungen zu beurteilen.

VI. Konsequenzen

1. Die Tatsachen, auf denen die unternehmerische Entscheidung beruht, müssen vorgetragen und im Streitfall bewiesen werden („Wer hat wann was warum entschieden?“).
2. Als unternehmerische Entscheidung sind nur betriebspolitisch grundlegende, operative Weichenstellungen anzuerkennen.
3. Die unternehmerische Entscheidung unterliegt einer Rechts- und einer Missbrauchskontrolle.

⁷⁸ HaKo/Schubert, § 1 KSchG Rn. 433.

4. Die Unternehmenspolitik ist nicht auf Zweckmäßigkeit oder Notwendigkeit zu überprüfen. Übliches Gewinnstreben⁷⁹ ist angesichts der gesetzlich als Marktwirtschaft ausgestalteten Wirtschaftsordnung zu respektieren.
5. Das unternehmerische Konzept unterliegt einem eingeschränkten Prüfungsmaßstab. Es muss plausibel sein.

In der Beurteilung von Tendenzen ist Zurückhaltung geboten⁸⁰. Dies geht umso mehr, als das die Umstrukturierung die Qualität einer Betriebsänderung erreicht.

Dem Arbeitgeber sind Einschätzungsprärogativen und Prognosespielräume zuzubilligen. Stringenz kann auf Vertretbarkeit, Vollbeweis auf Plausibilität reduziert werden. Ggf. ist auf Seiten des Arbeitgebers der personale Charakter seiner Entscheidung besonders zu berücksichtigen.

5. Die erstrebten Vorteile der unternehmerischen Entscheidung sind vom Arbeitgeber darzulegen. Nennt der Arbeitnehmer die Kündigung vermeidende Alternativen, muss der Arbeitgeber plausibel darlegen, warum er dem nicht folgt.
6. Mit dieser Maßgabe muss die unternehmerische Entscheidung einer Interessenabwägung genügen. Sie muss sich als dringend erweisen. Die Vorteile, die sich der Arbeitgeber durch die von ihm frei gewählte Maßnahme verspricht, sind gegen die Nachteile abzuwägen, die den Arbeitnehmer durch den Verlust des Arbeitsplatzes treffen.

⁷⁹ differenzierend E. Stahlhacke/U. Preis/R. Vossen/U. Preis, 10. Aufl., Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, Rn. 925; W. Däubler, Betriebsbedingte Kündigung ohne Interessenabwägung?, AuR 2013, 9, 15.

⁸⁰ H. Joachim, Umfang und Grenzen der gerichtlichen Nachprüfung betriebsbedingter Kündigungen, BB 1954, 1114, 1116.

§ 111 BetrVG harmonisiert damit sinnvoll. Ist ein Betriebsrat vorhanden und hat die unternehmerische Entscheidung die Qualität einer Betriebsänderung, ist es vorteilhaft, die Maßnahme auch kollektiv zu erörtern.