

**Fazit:** Die Seminararbeit wurde mit 13 Punkten bewertet. Lediglich eine Tatsache führte dazu, dass es nicht mehr Punkte wurden:

Zum Thema Unternehmerentscheidung und Teilzeit habe ich leider die Lage nach der Einführung des neuen Gesetzes zur Regelung der Teilzeit übersehen. Dies müsste noch nachträglich eingefügt werden, d.h. die in der Arbeit behandelten Gerichtsentscheidungen sind sozusagen obsolet geworden.

## **Die Unternehmerentscheidung bei der betriebsbedingten Kündigung**

### **A. Einleitung**

Das Arbeitsverhältnis stellt sich als ein Dauerschuldverhältnis zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer dar. Seine Beendigung erfolgt durch einen besonderen Rechtsakt. Häufigste Beendigungsform ist die ordentliche, d.h. regelmäßig fristgebundene Kündigung. Eine ordentliche Kündigung kann durch personenbedingte, verhaltensbedingte oder betriebsbedingte Gründe gerechtfertigt sein.

Für den Arbeitgeber ist die betriebsbedingte Kündigung auf Grund der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit ein beliebtes Mittel, das geeignet, aber auch notwendig ist, um Arbeitsverhältnisse zu beenden.

Es vergeht fast keine Woche in denen die Medien nicht in den Nachrichten mit entsprechenden Meldungen aufwarten, in denen von der Freisetzung von Arbeitnehmern die Rede ist. Insbesondere Zusammenschlüsse von Unternehmen führen zu den gewünschten Effekten, wonach die Zusammenfassung von Firmenstrukturen, Bereichen oder Abteilungen bestimmte Aktivitäten überflüssig machen. Dies bedeutet für viele Arbeitnehmer den Wegfall ihrer Beschäftigungsmöglichkeit. Das Kündigungsschutzgesetz geht aber

davon aus, daß dies nicht ohne weiteres möglich ist; vielmehr muß eine Kündigung sozial gerechtfertigt sein.

Man erlebt es aber nicht selten, daß eine betriebsbedingte Kündigung letztlich ganz andere Ursachen hat.

Ein Arbeitgeber will sich von einem leitenden Mitarbeiter trennen, weil er mit dessen Leistungen nicht zufrieden ist, wobei vollkommen dahingestellt sein kann, ob dies zu Recht oder zu Unrecht erfolgt. Für eine verhaltensbedingte Kündigung mangelt es jedoch oft an einer vorherigen Abmahnung, die den Ansprüchen des BAG gerecht wird.<sup>1</sup>

Ein cleverer Arbeitgeber wird hier auf die Idee kommen, eine interne Umstrukturierungsmaßnahme durchzuführen, die den entsprechenden Arbeitsplatz obsolet werden läßt. Insbesondere bei leitenden Angestellten scheidet eine Sozialauswahl mangels Vergleichbarkeit auf derselben hierarchischen Ebene häufig aus,<sup>2</sup> so daß die Aussichten für den leitenden Angestellten im Kündigungsschutzverfahren nicht sonderlich gut aussehen.

Dies mag zwar sicherlich ein Ausnahmefall sein, jedoch verdeutlicht er die Hauptprobleme dieser Dogmatik:

Zum einen stellt sich die Frage, inwieweit durch den Mißbrauch von Unternehmerentscheidungen Arbeitnehmer entlassen werden dürfen. Auf der Gegenseite steht jedoch die Frage, ob es nicht dem Arbeitgeber, der letztendlich das wirtschaftliche Risiko trägt, überlassen bleiben muß, ob und wie er sein Unternehmen führt und organisiert.

Das Kündigungsschutzgesetz hält eine Kündigung unter anderem für (sozial) gerechtfertigt, wenn sie durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers im Betrieb entgegenstehen, bedingt ist (§ 1 II KSchG).

---

<sup>1</sup> Vgl. BAG, AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung.

<sup>2</sup> Vgl. BAG, NZA 1986, 260 ff..

Bevor jedoch direkt in die Tiefen der Unternehmerentscheidung eingedrungen wird, sollte erst einmal ein Überblick in die betriebsbedingte Kündigung geschaffen werden, um zu verdeutlichen, wie die Unternehmerentscheidung in diesem Kontext einzuordnen ist.

## **B. Die betriebsbedingte Kündigung im Überblick**

### **I. Voraussetzungen**

Aus betriebsbedingten Gründen ist eine ordentliche Kündigung dann sozial gerechtfertigt gem. § 1 II KSchG, wenn

- Dringende betriebliche Erfordernisse die Kündigung bedingen,
- Kein anderer, gleichwertiger Arbeitsplatz vorhanden ist,
- Auch kein anderer, nicht gleichwertiger Arbeitsplatz vorhanden ist und
- Die Sozialauswahl ordnungsgemäß vorgenommen wurde.

### **II. Dringendes betriebliches Erfordernis**

Ein dringendes betriebliches Erfordernis zur Kündigung eines Arbeitsverhältnisses ist nur dann gegeben, wenn anhand überprüfbarer Daten die fehlende Beschäftigungsmöglichkeit für den oder die betroffenen Arbeitnehmer belegt wird. Hierauf fußt die unternehmerische Entscheidung, die im folgenden ausgiebig diskutiert werden soll.

### **III. Fehlen eines anderen gleichwertigen freien Arbeitsplatzes**

Als Ausfluß des ultima-ratio-Prinzips ist eine Beendigungskündigung nicht gerechtfertigt, wenn eine anderweitige Beschäftigung für den betroffenen Arbeitnehmer in demselben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens möglich

ist.<sup>3</sup> Eine betriebsbedingte Kündigung ist damit jedenfalls dann sozial ungerechtfertigt, wenn der Mitarbeiter innerhalb des Unternehmens auf einen anderen gleichwertigen und freien Arbeitsplatz beschäftigt werden kann.<sup>4</sup>

Darüber hinaus besteht in bestimmten Fällen die Prüfung einer ausnahmsweise konzernweiten Weiterbeschäftigungsmöglichkeit.<sup>5</sup> Dazu wäre jedoch neben einer Konzern- Versetzungsklausel ein tatsächlich oder rechtlich bestimmender Einfluß des kündigenden Unternehmens auf das aufnehmende Unternehmen von Nöten.<sup>6</sup>

#### **IV. Fehlen eines anderen nicht gleichwertigen freien Arbeitsplatzes**

Dem Arbeitnehmer muß vor Ausspruch der betriebsbedingten Kündigung ein anderer, nicht gleichwertiger (schlechterer) Arbeitsplatz angeboten werden, wenn dieser im Betrieb oder Unternehmen vorhanden und für beide Parteien dieser Arbeitsplatz zumutbar ist.<sup>7</sup>

#### **V. Sozialauswahl**

Selbst wenn ein dringendes betrieblicher Erfordernis vorliegt und eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit fehlt, ist die betriebsbedingte Kündigung nach § 1 III KSchG sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des Arbeitnehmers soziale Gesichtspunkte nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat.<sup>8</sup> Die Sozialauswahl ist in der Regel betriebsbezogen, nicht unternehmensbezogen oder konzernbezogen. In die Sozialauswahl

---

<sup>3</sup> BAG, BB 1995, 930.

<sup>4</sup> Zu den Begriffen „frei“ und „gleichwertig“ vgl. Tschöpe, BB 2000, 2630, 2632.

<sup>5</sup> Vgl. ArbG Duisburg, DB 2001, 711.

<sup>6</sup> Vgl. Podehl, DB 2001, 711 f..

<sup>7</sup> Vgl. zur Weiterbeschäftigungsmöglichkeit FGP- Gallner, §1 Teil F, Rn. 622 ff..

<sup>8</sup> Vgl. FGP- Gallner, §1 Teil F, Rn. 710 ff..

werden nur Mitarbeiter einbezogen, die zu dem im Verhältnis des zu kündigenden Arbeitnehmers vergleichbaren Personenkreis gehören.<sup>9</sup> Die Mitarbeiter müssen gegenseitig austauschbar und vergleichbar sein. Austauschbarkeit von Arbeitnehmern liegt nicht nur bei völliger Identität der Arbeitsplätze vor, sondern auch dann, wenn der Arbeitnehmer, dessen Arbeitsplatz weggefallen ist, aufgrund seiner bisherigen Aufgaben im Betrieb und angesichts seiner beruflichen Qualifikation in der Lage ist, die andersartige, aber gleichwertige Arbeit seines Kollegen zu übernehmen. Darüber hinaus spielen bei der letztendlichen Auswahl auch soziale Gesichtspunkte und betriebliche Belange eine Rolle.<sup>10</sup>

Sollten diese Voraussetzungen alle beachtet worden sein, so ist die betriebsbedingte Kündigung sozial gerechtfertigt.

### **C. Die unternehmerische Entscheidung in ihren Einzelheiten**

Eines der Hauptschwierigkeiten bei der betriebsbedingten Kündigung gem. § 1 II KSchG steckt jedoch in der unternehmerischen Entscheidung.

In dieser Vorschrift ist allerdings gar nicht die Rede von einer Unternehmerentscheidung.

#### **I. Der Begriff der Unternehmerentscheidung**

Warum wird dann aber im Kontext von § 1 II KSchG von einer solchen „freien Unternehmerentscheidung“ gesprochen?

1. Dies hängt mit der Vorlage des Gesetzes und der damit verbundenen richterrechtlichen Entwicklung zusammen. In der Sprache der Juristen liefert § 1 II KSchG mit dem Merkmal „dringende betriebliche Erfordernisse“ einen nur sehr unbestimmten Rechtsbegriff, der dem Rechtsanwender bewußt einen weiten

---

<sup>9</sup> BAG, BB 1986, 2270.

<sup>10</sup> Vgl. im einzelnen Tschöpe, BB 2000, 2630, 2633 f..

Spielraum läßt und damit auch dem Wandel der Interpretation in den Zeitläufen zugänglich ist.<sup>11</sup> Das führt zu einer Entwicklung von Fallrecht. Dies geschah dann auch schon in den 50er Jahren in der einschlägigen Rechtsprechung. Es stellte sich schon damals heraus, daß bei einer betriebsbedingten Kündigung strikt zwischen der Kündigung an sich und der zeitlich vorausgehenden Unternehmerentscheidung differenziert werden muß.<sup>12</sup> Eine Kündigung ist demnach keine betriebsorganisatorische Maßnahme, sondern nur vielmehr die Folge einer solchen. Andernfalls wäre der vom Gesetzgeber bezweckte Schutz des Arbeitnehmers gegen betriebsbedingte Kündigungen ausgehebelt, da der Arbeitgeber sich, abgesehen von den Fällen des offenbaren Mißbrauchs, stets darauf berufen könnte, der Ausspruch der Kündigung stelle eine von den Arbeitsgerichten nicht zu überprüfende unternehmerische Entscheidung dar. Die Differenzierung in begrenzt zu überprüfende Unternehmerentscheidung auf der Gestaltungsebene und in voll zu überprüfende Unternehmerentscheidung auf der Umsetzungsebene ermöglicht eine klare und weitgehend rechtssichere Handhabung dieser Problematik.<sup>13</sup>

**2.** Das BAG führte dazu aus, daß die Gestaltung des Betriebes dem Unternehmer vorbehalten sei. Um die dringenden betrieblichen Erfordernisse ausloten zu können ist es erforderlich, zwischen der Kündigung als solcher und der ihr zugrundeliegenden Ursache zu unterscheiden. Zu den Ursachen gehören auch organisatorische Maßnahmen.

---

<sup>11</sup> Bitter, DB 2000, 1760.

<sup>12</sup> Vgl. z. B. BAG Urteil vom 21.5.1957 - 3 AZR 79/55.

<sup>13</sup> APS- Kiel, §1 KSchG, Rn. 466.

Die Kündigung selbst ist keine betriebsorganisatorische Maßnahme; sie organisiert nichts, sondern ist im allgemeinen Vollzug von Organisationen.<sup>14</sup>

Die eigentliche Organisation des Betriebes ist Sache des Arbeitgebers; ihre Zweckmäßigkeit und wirtschaftliche Vernunft kann richterlich nicht voll geprüft werden, weil der Richter sich nicht an die Stelle des Unternehmers setzen kann und darf. Es ist hierbei die grundgesetzlich abgesicherte unternehmerische Freiheit berührt, die deshalb nur einer Willkürkontrolle unterliegt.<sup>15</sup>

**3.** Dies führt zu der entscheidenden Schwierigkeit dieses Themas. Gerichtlich überprüfbar anhand des Kündigungsschutzgesetzes ist eigentlich nur die Kündigung an sich. Diese beruht jedoch unter anderem auf einer angeblich freien Unternehmerentscheidung, die eine solche Kündigung rechtfertigen kann. Problematisch ist in wieweit eine solche Unternehmerentscheidung von den Gerichten geprüft und kontrolliert werden kann.

## **II. Verfassungsrechtliche Kriterien**

Kündigungsschutz beschränkt die Handlungsfreiheit des Unternehmers. In dem Verfahren über die Verfassungsmäßigkeit des Mitbestimmungsgesetzes von 1979 betont das BVerfG eine grundsätzliche Unternehmerfreiheit für die „Gründung und Führung von Unternehmen“.<sup>16</sup> Die unternehmerische Freiheit wird dabei aus Art. 2 I, 12, 14 GG hergeleitet. Das BVerfG stellte damals klar, daß nicht nur der Bestand sondern auch die Nutzung des Eigentums unter den Schutz des Art. 14 GG fällt. Darüber hinaus wurde im Zusammenhang mit dem deutschen Einigungsvertrag von 1990 festgestellt, daß das Grundgesetz dem Arbeitnehmer „weder einen

---

<sup>14</sup> Vgl. BAG, DB 1957, 215.

<sup>15</sup> Vgl. BAG, DB 1961, 344.

<sup>16</sup> BVerfGE 50, 290, 363.

Anspruch auf Bereitstellung eines Arbeitsplatzes noch eine Bestandsgarantie für den einmal gewählten Arbeitsplatz“ verleihe. Hinsichtlich der Grenzen der unternehmerischen Dispositionsfreiheit verweist das BVerfG auf die einfachgesetzlichen Kündigungsvorschriften, welche in ihrer Verfassungsmäßigkeit selbst nicht beanstandet werden.<sup>17</sup>

Die Problematik bei der Überprüfung der Unternehmerentscheidung beruht darauf, daß dadurch unmittelbar in die unternehmerische Freiheit eingegriffen wird. Es soll nicht Sache der Gerichte sein, eine „bessere“ oder „richtigere“ Unternehmenspolitik vorzuschreiben und dadurch in die Kostenkalkulation des Arbeitgebers einzugreifen.<sup>18</sup>

### **III. Außer- und Innerbetriebliche Umstände**

Das Grundprinzip der betriebsbedingten Kündigung ist insoweit einfach, als lediglich vorausgesetzt wird, daß die Beschäftigungsmöglichkeit für den betroffenen Arbeitnehmer im Betrieb entfällt, d.h. nicht mehr genug Arbeit vorhanden ist.<sup>19</sup> Eine Unternehmerentscheidung bezogen auf die Kündigung eines bestimmten Arbeitsverhältnisses kann demnach nicht allein ausreichend sein, um § 1 II KSchG gerecht zu werden. §1 II KSchG besagt nämlich, eine Kündigung sei nicht sozial ungerechtfertigt, wenn sie durch dringende betriebliche Erfordernisse „bedingt“ sei. Die Kündigung selbst kann also nur Folge solcher „Erfordernisse“ sein.<sup>20</sup> Solche Erfordernisse, die zu einem Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit führen, können sowohl außerbetriebliche wie innerbetriebliche Umstände sein. Dies hat das BAG in seiner Grundsatzentscheidung vom 07.12.1978 so festgestellt.<sup>21</sup> Die Unterscheidung zwischen inner- und außerbetrieblichen

---

<sup>17</sup> BVerfG, NZA 1998, 470.

<sup>18</sup> Vgl. BAG, NZA 1987, 776.

<sup>19</sup> Lieb, Rn. 362.

<sup>20</sup> Vgl. Ascheid, Rn. 235.

<sup>21</sup> BAG, DB 1979, 650.

Kündigungsgründen bereitet in der Praxis häufig Schwierigkeiten, ist aber für die Frage der gerichtlichen Überprüfbarkeit sowie der Darlegungs- und Beweislast im Kündigungsschutzprozeß von erheblicher Bedeutung.<sup>22</sup>

### **1. Außerbetriebliche Kündigungsgründe**

Außerbetriebliche Kündigungsgründe sind solche, die den Betrieb von außen her erfassen. Darunter fallen z. B. der Rückgang der Auftragsmenge, Absatzschwierigkeiten, Umsatzrückgang oder auch Rohstoffmangel.<sup>23</sup> Außerbetriebliche Gründe können eine betriebsbedingte Kündigung rechtfertigen, wenn der Arbeitsanfall so zurückgeht, daß das Bedürfnis zur Weiterbeschäftigung für einen oder mehrere Arbeitnehmer entfällt.<sup>24</sup> Führt der Arbeitgeber allein solche außerbetrieblichen Gründe, etwa Auftragsmangel oder Umsatzrückgang, für den Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit an, so muß er sowohl die Entwicklung der Auftragsbestände oder Umsatzzahlen, als auch deren Auswirkung auf den Arbeitsplatz im einzelnen offenbaren.<sup>25</sup> Er trifft dann keine gestaltende unternehmerische Entscheidung, sondern will lediglich die Anzahl der benötigten Arbeitnehmer unmittelbar der Arbeitsmenge anpassen, die sich aus dem verringerten Auftragsbestand bzw. Umsatz ergibt.<sup>26</sup> Begründet der Arbeitgeber eine betriebsbedingte Kündigung (allein) mit außerbetrieblichen Kündigungsgründen, so bindet er sich im Fall eines nachfolgenden Kündigungsschutzprozesses selbst an diesen Zusammenhang.<sup>27</sup> Das Gericht kann dann expliziert nachprüfen, ob zum Zeitpunkt des Kündigungsausspruchs feststand, daß bei Beendigung des

---

<sup>22</sup> FGP- Gallner, § 1 Teil F, Rn. 598.

<sup>23</sup> Vgl. Schaub, § 131, Rn. 44 ff..

<sup>24</sup> Vgl. BAG, NZA 1986, 155.

<sup>25</sup> Vgl. BAG, AP Nr.8 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

<sup>26</sup> FGP- Gallner, § 1 Teil F, Rn. 595.

<sup>27</sup> Tschöpe, BB 2000, 2630, 2631.

Arbeitsverhältnisses eine Beschäftigungsmöglichkeit des gekündigten Arbeitnehmers nicht mehr besteht.<sup>28</sup> Eine unternehmerische Entscheidung läge nach der Darstellung des BAG nicht vor, wenn sich die Kausalität zwischen außerbetrieblichen Gründen und der Tätigkeit des einzelnen Arbeitnehmers nicht darlegen läßt, weil sich etwa ein Umsatzrückgang nicht nur auf einen Teilbereich des Unternehmens auswirkt, wie z.B. die Produktion, sondern auch auf andere Bereiche, wie z. B. die Buchhaltung, etc.. In Teilen der Literatur wird eine solche Auffassung sogar gänzlich abgelehnt, indem begründet wird, daß es für den Wegfall von Beschäftigungsmöglichkeiten immer nur auf Umstände ankommt, die vom Willen des Unternehmers getragen werden.<sup>29</sup> Es gibt danach keine, von wo auch immer herrührenden Faktoren, die unmittelbar in das betriebliche Geschehen eingreifen und den Bedarf an Arbeitskräften verringern.<sup>30</sup> Vielmehr muß der Unternehmer auf die neue Situation erst einmal reagieren.

Es ist hierbei zweitrangig, ob man diese Ansicht teilt, zumindest läßt sich aber feststellen, daß außerbetriebliche Gründe im Regelfall noch nicht zu einem Wegfall von Arbeitsplätzen führen. Der Unternehmer nimmt äußere Einflüsse jedoch nicht selten zum Anlaß, seinen Betrieb neu zu organisieren. Häufig wird der Unternehmer versuchen, zunächst Kosten außerhalb der Produktion einzusparen, indem er z.B. einen seiner Pfortner entläßt. Erst eine solche innerbetriebliche Organisationsentscheidung führt regelmäßig zu einem geringeren Bedarf an Arbeitskräften, weshalb reine außerbetriebliche Gründe in der Praxis eher selten vorkommen.

---

<sup>28</sup> Vgl. BAG, NZA 1990, 65.

<sup>29</sup> Ascheid, Rn. 231, 238.

<sup>30</sup> Zepter, DB 2000, 474.

## **2. Innerbetriebliche Kündigungsgründe**

Plant der Arbeitgeber dagegen frei, handelt es sich um einen ungebundenen, aus innerbetrieblichen (internen) Gründen herrührenden Entschluß.<sup>31</sup> Unter innerbetrieblichen Gründen, die eine Kündigung iSv § 1 II KSchG rechtfertigen, versteht man Maßnahmen des Unternehmers, die zu einem Arbeitskräfteüberhang führen.<sup>32</sup> Darunter fallen z.B. der Mangel an Rentabilität, Gewinnverfall oder die Stilllegung eines Betriebsteils.<sup>33</sup> Diese innerbetrieblichen Gründe haben zunächst keine Folgen für die Beschäftigung im Betrieb. Erst wenn der Arbeitgeber den Entschluß faßt, wegen dieser oder anderer Motive im Betrieb zu reagieren, also z. B. Organisationsentscheidungen trifft und damit entweder auf technischem oder organisatorischem Gebiet Veränderungen im Betrieb vornimmt, können sich Auswirkungen auf die Beschäftigung ergeben. Entscheidet sich der Arbeitgeber beispielsweise, die betriebsinterne Reparaturwerkstatt zu schließen und von nun an aus Kostengründen die nötigen Reparaturen von Drittfirmen zu beziehen, so wird eine solche Entscheidung in der Regel den Wegfall von Arbeitsplätzen zur Folge haben. Dabei ist es irrelevant, ob der zur Stilllegung vorgesehene Betriebsteil wirtschaftlich gesund ist und schwarze Zahlen schreibt, da die Frage, ob die Produktion eingestellt oder fortgeführt wird, Kern der unternehmerischen Entscheidung ist.<sup>34</sup>

## **IV. Fälle unternehmerische Entscheidungen**

Was man alles als Unternehmerentscheidung ansehen kann ist weit zu fassen. Zum besseren Verständnis hier noch einige Beispiele:

---

<sup>31</sup> FGP- Gallner, § 1 Teil F, Rn. 595.

<sup>32</sup> Sage, AiB 2000, 310, 311.

<sup>33</sup> Tschöpe, BB 2000, 2630; Schrader, NZA 2000, 401, 402.

<sup>34</sup> Vgl. BAG, 8 AZR 358/95.

Der Arbeitgeber kann die Entscheidung treffen, sein Vertriebssystem umzustellen, da es ihm obliegt, sein Unternehmensziel möglichst zweckmäßig und kostengünstig zu erreichen. Dazu gehört auch die Umgestaltung der zugrundeliegenden Vertragsform von einem Arbeitsverhältnis in ein freies Mitarbeiterverhältnis.<sup>35</sup>

Eine solche Entscheidung ist es auch, wenn der Arbeitgeber im Falle des Ausscheidens eines Mitarbeiters die Arbeitszeitstruktur grundsätzlich neu zu fassen und auf Dauer mit weniger Personal zu arbeiten. Wenn dadurch eine Leistungsverdichtung eintritt so wird diese als Konzept gewollt und dadurch notwendige Änderungen in Kauf genommen, denn der rationelle Einsatz des Personals ist Sache des Unternehmers.<sup>36</sup> Dem Unternehmer obliegt es, die Stärke der Belegschaft, mit der das Betriebsziel erreicht werden soll, festzulegen.

Weitere Fälle, die vom BAG als solche typische Unternehmensentscheidungen angesehen wurden, sind:

- Die Zusammenfassung von zwei verschiedenen Volksbankabteilung aufgrund eines neuen Planungskonzepts<sup>37</sup>
- Die Einführung einer Handarbeit einsparenden Maschine (Seitenfertiger im Straßenbau)<sup>38</sup>
- Die Verlagerung der Produktion ins Ausland<sup>39</sup>
- Die Einführung eines Schichtsystems<sup>40</sup>
- Die Festlegung von Sekretariatsarbeit als Ganztagsstelle<sup>41</sup>
- Statt Outsourcing kostensenkende Änderungskündigungen<sup>42</sup>

---

<sup>35</sup> Vgl. BAG, NZA 1996, 1145.

<sup>36</sup> Vgl. BAG, NZA 1997, 1047, 1049.

<sup>37</sup> BAG, DB 1999, 1862.

<sup>38</sup> BAG, DB 1997, 2079.

<sup>39</sup> BAG vom 18.9.1997, 2 AZR 657/96.

<sup>40</sup> BAG, DB 1998, 477.

<sup>41</sup> BAG, DB 1999, 487.?

<sup>42</sup> BAG, DB 1999, 536.

- Die Umgestaltung einer Vollzeitarbeitsstelle in zwei Halbtagspositionen zum Zweck wechselseitiger Vertretung<sup>43</sup>

Allen diesen Fällen ist gemeinsam, daß es eine nachvollziehbare Entscheidung gibt, die ihrerseits dann betriebsbedingte Kündigungen auslöste, weil das Bedürfnis zur Weiterbeschäftigung entfallen ist. Aufgrund solcher bindender Unternehmensentscheidungen ist die dadurch ausgelöste Kündigung in aller Regel sozial gerechtfertigt.

Beispiele für eine nicht sozial gerechtfertigte Unternehmerentscheidungen sind dagegen:

a) Der Arbeitgeber gestaltet den bisherigen Arbeitsverlauf lediglich um und verlagert bestimmte (nach wie vor weiter notwendige) Arbeiten in anderen Betriebsabteilungen. Dies rechtfertigt keine betriebsbedingte Kündigung der bisher mit diesen Arbeiten beschäftigten Arbeitnehmer.<sup>44</sup>

b) Der Unternehmer entscheidet sich, seine formale Arbeitgeberstellung aufzugeben, obwohl er gegenüber den Beschäftigten weiterhin im Wesentlichen die für die Durchführung der Arbeiten erforderlichen Weisungen erteilt.<sup>45</sup>

Diese Gründe würden nicht ausreichen um eine Kündigung iSv § 1 II KSchG zu rechtfertigen.

## **V. Prüfungskompetenz der Arbeitsgerichte**

Die Art der betrieblichen Gründe bestimmt die Darlegungslast des Arbeitgebers im Kündigungsschutzprozeß. Während die Arbeitsgerichte bei außerbetrieblichen Ursachen die Plausibilität der Unternehmensentscheidung ausführlich dahingehend prüfen können, ob tatsächlich Gründe vorliegen, die eine Kündigung eines bestimmten Arbeitnehmers rechtfertigen, findet bei der autonomen

---

<sup>43</sup> BAG vom 20.11.1997, 2 AZR 803/96.

<sup>44</sup> BAG, BB 1995, 1907.

<sup>45</sup> BAG, BB 1997, 260.

Unternehmerentscheidung lediglich nur eine begrenzte Prüfung statt.<sup>46</sup> Hier ist es im Gegensatz zu den außerbetrieblichen Gründen schwerlich möglich zu prüfen, ob sie wirklich in einem Bezug zu der Ursache stehen und ob das Konzept des Unternehmers auch tatsächlich umgesetzt wird.

Aus dem oben angesprochenen verfassungsrechtlichen Schutz der unternehmerischen Freiheit aus Art. 2 I, 12, 14 GG leitet das BAG eine nur beschränkte gerichtliche Überprüfbarkeit her, da andernfalls die wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit des Unternehmers unverhältnismäßig eingeschränkt wäre. Der gesetzliche Kündigungsschutz ist dabei einerseits Ausdruck des sozialstaatlichen Regelungsauftrages des Gesetzgebers, andererseits zugleich verfassungsrechtlich zulässige Einschränkung der unternehmerischen Freiheit.<sup>47</sup> Daraus ergibt sich, daß eine Unternehmerentscheidung an sich nur sehr oberflächlich geprüft werden kann. Derartige Unternehmerentscheidungen unterliegen lediglich einer gerichtlichen Mißbrauchskontrolle und sind nicht auf ihre sachliche Rechtfertigung oder unternehmerische Zweckmäßigkeit zu prüfen.<sup>48</sup>

An sich sind die Anforderungen, die das BAG an die Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers richtet, bei der inner- und außerbetriebsbedingten Kündigung die gleichen. Der Arbeitgeber muß in beiden Fällen einen lückenlosen Begründungszusammenhang zwischen Kündigungsgrund und Wegfall der Beschäftigungsgrundlage hinsichtlich der betroffenen Arbeitnehmer darlegen und beweisen. Tatsächlich ist die Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers im Falle der innerbetrieblich bedingten Kündigung jedoch wesentlich erleichtert. Durch die

---

<sup>46</sup> Schrader, NZA 2000, 401, 402.

<sup>47</sup> Vgl. Preis, NZA 1995, 241, 242.

<sup>48</sup> BAG, ständige Rechtsprechung z. B. AP Nr.42 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

zwischen geschaltete Unternehmerentscheidung, die als eigenständiger Kündigungsgrund in der Regel anerkannt wird, wird der davor liegende Teil der Kündigungshistorie von der arbeitsgerichtlichen Prüfung gänzlich ausgeschlossen.<sup>49</sup>

Dazu ein Beispiel zum besseren Verständnis:<sup>50</sup>

Ein Zuliefererbetrieb bearbeitet pro Zeiteinheit eine Arbeitsmenge von 100 Einheiten mit einer Belegschaft von 50 Arbeitnehmern. Konjunkturbedingt bricht kurzfristig die Hälfte des Arbeitsvolumens weg. Im Falle der außerbetriebsbedingten Kündigung hätte der Arbeitgeber zur Rechtfertigung von 25 Kündigungen darzulegen und zu beweisen, daß der Auftragseinbruch und der Rückgang des Arbeitsvolumens tatsächlich eingetreten und nicht nur vorübergehender Natur ist und vorübergehende Abhilfe, wie z. B. Kurzarbeit oder Vorratsproduktion, nicht möglich ist. Sollte sich der Arbeitgeber dagegen auf den Schutz einer von ihm getroffenen Unternehmerentscheidung berufen, so genügt theoretisch sein Vortrag, er wolle künftig nur noch mit einer Belegschaft von 25 Arbeitnehmern produzieren. Natürlich ist er aber gehalten, die Bestandteile der geplanten Umorganisation zu benennen und den daraus folgenden Wegfall von Beschäftigungsmöglichkeiten darzutun.<sup>51</sup>

Hier sind dann die Probleme der Gerichte, eine solche Darlegung zu überprüfen, angesiedelt.

## **1. Mißbrauchskontrolle**

Aber auch die Unternehmerentscheidung unterliegt einer Mißbrauchskontrolle, wenn sie in eine betrieblich-organisatorische Maßnahme mündet und damit in das Prüfungsraster des Kündigungsschutzgesetzes fällt. Eine unternehmerische

---

<sup>49</sup> Boeddinghaus, AuR 2001, 8, 9.

<sup>50</sup> Boeddinghaus, AuR 2001, 8, 9.

<sup>51</sup> FGP- Gallner, § 1 Teil F, Rn. 598.

Entscheidung ist aber grundsätzlich nur daraufhin zu überprüfen, ob sie unsachlich, unvernünftig oder willkürlich sei.<sup>52</sup> Die Gerichte prüfen diesbezüglich nur, ob ein dringendes betriebliches Erfordernis in Form einer Unternehmerentscheidung überhaupt vorliegt und welchen konkreten Inhalt diese hat.

Die Begriffe Unvernunft, Unsachlichkeit und Willkür sind dabei sehr eng zu verstehen. Beispielsweise ist die Willkür vom Kündigungsschutzgesetz selbst nicht vorgegeben. Das BAG leitet das Willkürverbot aus Art. 3 I GG ab und spricht von einem Grundprinzip der Rechtsordnung.<sup>53</sup> Eine Definition dessen, was unter Willkür zu verstehen ist, wird in den Entscheidungen des BAG häufig leider nicht gegeben. Das BVerfG versteht unter Willkür, daß die fundierten allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft mißachtet werden.<sup>54</sup> Umgangssprachlich wird unter Willkür ein Handeln nach eigenem Gutdünken ohne Rücksicht auf Gesetze oder die anderen verstanden. In der juristischen Literatur wird Willkür bejaht, wenn außer dem bloßen Wollen keinerlei sachliche Erwägung vorliegt.<sup>55</sup>

In der Praxis der Rechtsprechung spielt dieser allgemeine Grundsatz ohnehin kaum eine Rolle. Das BAG hat in den von ihm entschiedenen Fällen -soweit ersichtlich- Willkür noch nie festgestellt.<sup>56</sup> Deshalb plädieren einige Stimmen in der Literatur, eine in der Praxis nicht vorkommende Theorie entweder ganz aufzugeben oder einer Korrektur zu unterziehen.<sup>57</sup> Es leuchtet danach nicht ein, warum es methodisch überzeugend sein könnte, ein gesetzliches Merkmal zu entleeren und an diese Nullstelle

---

<sup>52</sup> FGP- Gallner, § 1 Teil F, Rn.600.

<sup>53</sup> BAG, AP Nr.27 zu § 611 BGB Kirchendienst.

<sup>54</sup> BVerfGE 42, 64, 72.

<sup>55</sup> Ascheid, Rn. 291.

<sup>56</sup> Bitter, DB 1999, 1214, 1216.

<sup>57</sup> Pauly, ZTR 1997, 113, 116; Quecke, NZA 1999, 1247, 1250 f.

allgemeine Rechtsprinzipien anderen Inhalts zu setzen, die ohnehin auch ohne dieses Gesetz gelten.<sup>58</sup>

Wenn man bedenkt, wie unwichtig die Mißbrauchsprüfung in der Realität geworden ist, erscheint es tatsächlich vernünftig hier eine Änderung durchzuführen. Dem könnte entgegengehalten werden, daß die Mißbrauchsprüfung ein notwendiger Filter ist und das BAG nur deshalb eine solche Prüfung nie erfolgreich anwenden konnte, weil zuvor entweder die Landesgerichte solche Fälle abgeschlagen haben oder die Prozeßbevollmächtigten der Arbeitgeber ihre Mandanten auf eine solche Möglichkeit hingewiesen haben. Dann ist es verständlich, daß so ein Fall noch nie dem BAG zur Entscheidung vorlag.

Fälle einer offenbaren Unsachlichkeit wären jedenfalls Unternehmerentscheidungen, die unmittelbar oder mittelbar gegen Gesetze oder Tarifverträge verstoßen. Offenbar unsachlich und willkürlich wäre schließlich eine Unternehmerentscheidung, die den verbleibenden Arbeitnehmern über obligationsmäßige Leistungen abfordern würde oder für den Betrieb bzw. das Unternehmen keinen erkennbaren wirtschaftlichen oder unternehmensstrategischen Sinn aufweist, der sozusagen keine sachliche Erwägung zugrunde liegt.<sup>59</sup>

Dennoch wäre es eine Überlegung wert, ob man diesen allgemeinen Rechtsgrundsatz zurückstellt, so daß er im Extremfall zwar immer noch herangezogen werden kann (über §§ 138, 242, 162 II BGB), aber nicht auf eine direkte Prüfung der unternehmerischen Entscheidung angewendet wird. Es erscheint damit sinnvoll, die Prüfungsmerkmale „offenbar unsachlich, unvernünftig und willkürlich“ aufzugeben und statt dessen zu wissen, daß eine

---

<sup>58</sup> Stein, BB 2000, 457, 458.

<sup>59</sup> Bitter, DB 2000, 1760, 1765.

betriebsbedingte Kündigung nicht rechtsmißbräuchlich sein darf<sup>60</sup> und darüber hinaus sozial gerechtfertigt sein muß.<sup>61</sup> Ob dies im Ergebnis jedoch etwas an der derzeitigen Lage zu ändern vermag ist fraglich.

Wichtig ist jedoch festzuhalten, daß das Gericht keine Zweckmäßigkeitkontrolle durchführen darf. Es obliegt ihm nicht zu entscheiden, ob die Unternehmerentscheidung selbst notwendig, sinnvoll oder zweckmäßig ist.<sup>62</sup>

Neben dem Argument des Verfassungsschutzes der Unternehmerfreiheit werden noch weitere Erklärungen angeführt, um eine Zweckmäßigkeitprüfung der Gerichte zu unterbinden.

#### **a) Betriebsverfassungsrechtliche Argumente**

Ein Teil der Literatur vertritt die Ansicht, daß aus den Wertungen der §§ 111, 113 BetrVG zu entnehmen sei, daß betriebsbedingte Kündigungen nur sehr eingeschränkt überprüft werden können.<sup>63</sup> Nach diesen Bestimmungen unterliegt der unternehmerische Willensbildungsprozeß keinem erzwingbaren Mitbestimmungsrecht, womit der Gesetzgeber in der Tat klarstellt, daß er auf betriebsverfassungsrechtlicher Ebene die Unternehmerautonomie als weitgehend autark ansieht.<sup>64</sup> Fraglich ist nur, ob dieser Grundsatz ohne weiteres auf individualrechtliche Eben übertragen werden kann.

---

<sup>60</sup> Zur Begrifflichkeit vgl. Larenz/ Wolf, § 16, Rn. 14 ff.

<sup>61</sup> So Stein, BB 2000, 457, 458.

<sup>62</sup> Vgl. APS- Kiel, §1 KSchG, Rn. 466; BAG, ständige Rechtsprechung z. B. AP Nr.42 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

<sup>63</sup> Vgl. Möhn, ZTR 1995, 356 f..

<sup>64</sup> Pauly, ZTR 1997, 113, 116.

## **b) Wirtschaftsrisiko**

Das BAG begründet seine Auffassung von der grundsätzlichen Nichtüberprüfbarkeit der Unternehmerentscheidung mit dem zusätzlichen Argument, daß nach der gegenwärtigen Wirtschafts- und Sozialordnung der Arbeitgeber das wirtschaftliche Risiko für die zweckmäßige Errichtung und Gestaltung seines Betriebes trage.<sup>65</sup> Dies ist sicherlich ein sehr einschlägiges Argument, denn es ist meistens leicht eine Entscheidung zu treffen, für die man nicht das eigene Risiko trägt.

## **c) Praktische Gesichtspunkte**

Ganz nebenbei wird noch angeführt, daß die Gerichte aus rein praktischen Gesichtspunkten damit überfordert wären, wenn sie dem Unternehmer eine bessere unternehmerische Organisation vorschreiben müßten.<sup>66</sup> Dies ist sicherlich auch verständlich, zumal kaum einem Richter zugemutet werden darf, daß er ausreichend betriebswirtschaftlich geschult ist und sich genau in die Lage des Betriebes eingearbeitet hat, um Zukunftsprognosen richtig abzugeben und daraufhin zu handeln. Dies ist eigentlich nur Experten zuzumuten.

## **2. Ultima ratio Grundsatz**

Das Gericht prüft aber sehr wohl, ob der vom Unternehmer verfolgte Zweck auch ohne Kündigung zu erreichen ist.

Mit dem Ausdruck „bedingte“ Kündigung sei die objektive Notwendigkeit einer Kündigung und damit der Grundsatz der Erforderlichkeit verankert.<sup>67</sup> Die Kündigung darf also nur die ultima ratio einer Lösung des Problems darstellen.<sup>68</sup>

---

<sup>65</sup> BAG, AP Nr. 8 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

<sup>66</sup> BAG, AP Nr. 8 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; Reuter, Anmerkung zu BAG AP Nr. 8 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

<sup>67</sup> Stein, BB 2000, 457.

<sup>68</sup> Pauly, ZTR 1997, 113.

Die betrieblichen Gründe müssen darüber hinaus nach dem Wortlaut des Gesetzes „dringend“ sein (§ 1 II 2 KSchG). Zu beachten ist, daß nicht die Unternehmerentscheidung selbst dringlich sein muß, sondern entscheidend ist aus Gründen der Verhältnismäßigkeit allein, ob ihre Umsetzung die Kündigung betrieblich dringend erforderlich macht, ob nur der Entschluß zur Beendigungskündigung in den Rahmen der umgestaltenden Betriebsorganisation paßt, ohne daß der betrieblichen Lage auch durch andere Maßnahmen entsprochen werden kann.<sup>69</sup> Diese weitere Voraussetzung ist erfüllt, wenn es dem Arbeitgeber nicht möglich ist, der betrieblichen Lage durch andere Maßnahmen auf technischem, organisatorischem oder wirtschaftlichem Gebiet als durch eine Kündigung abzuhelpfen. Die Kündigung müsse wegen der betrieblichen Lage unvermeidbar sein. Zu betonen ist aber, daß damit nicht die Unternehmerentscheidung umfassend geprüft werden soll.<sup>70</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>71</sup> Dieser Grundsatz wird jedoch neuerdings in Frage gestellt.

### **3. Tatsächliche Kontrolle der Gerichte**

a) Die Arbeitsgerichte prüfen eine Unternehmerentscheidung in der Praxis somit mit Beachtung des ultima ratio Grundsatzes anhand einer simplen Mißbrauchskontrolle und vermeiden es, die Entscheidung auf ihre Zweckmäßigkeit hin zu überprüfen.

Diese Mißbrauchskontrolle darf jedoch nicht in dem Sinne mißverstanden werden, daß der Unternehmer in jeder Hinsicht nach

---

<sup>69</sup> FGP- Gallner, § 1 Teil F, Rn. 614.

<sup>70</sup> BAG, AP Nr. 8 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

<sup>71</sup> BAGE 32, 150, 156.

freiem Belieben schalten und walten könnte. Der Arbeitgeber muß vielmehr mit der Möglichkeit der gerichtlichen Kontrolle nachweisen, daß er überhaupt eine zur Verringerung des Arbeitskräftebestandes führende Unternehmerentscheidung getroffen hat, daß weiterhin die Gründe, auf denen die Unternehmerentscheidung beruht, tatsächlich existiert und daß die getroffene Maßnahme wirklich kausal für den Fortfall von Arbeitsplätzen ist.

Damit das Gericht nicht doch in einer Zweckmäßigkeitkontrolle verfällt, die wegen des bereits dargelegten Grundrechtseingriffs unzulässig wäre, wird die Mißbrauchskontrolle auf offensichtliche Fälle beschränkt.

Dabei können zuvor schon Inhalt und Reichweite der Unternehmerentscheidung im Kündigungsschutzprozeß von entscheidender Bedeutung sein. Die Frage die sich dabei stellt ist, ob die einmal getroffene Unternehmerentscheidung die Entlassung eines Arbeitnehmers noch umfaßt.

Zur Verdeutlichung:

Ein Arbeitgeber hat z.B. beschlossen eine gewisse Zahl von Arbeitnehmern abzubauen, um das Betriebsziel mit weniger Arbeitnehmern zu erreichen. Diese neue Belegschaftszahl wird in der Folgezeit jedoch durch andere Fluktuationen (Vorruhestand, Kündigungen durch andere Arbeitnehmer, etc.) erreicht. Es wäre nun ungerecht diese Entscheidung als Grundlage für eine Kündigung heranzuziehen. Dies könnte der betroffene Arbeitnehmer dem Unternehmer auch entgegenhalten.

Ein solcher Fall wäre von der Mißbrauchskontrolle somit erfaßt und herausgesondert. Jedoch sind nicht alle Fälle so klar strukturiert. Deshalb ist es fraglich ob und inwieweit bei der Abgrenzung Mißbrauch und Zweckmäßigkeit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip im Arbeitsrecht Rechnung getragen werden muß.

**b)** Während bei der ordentlichen Kündigung der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit herangezogen und beachtet werden muß, liegt

dies bei der betriebsbedingten Kündigung anders. Hier findet dieses Gebot seinen Ausdruck im Gesetz, wenn § 1 II 1 KSchG von einem „dringenden betrieblichen Erfordernis“ redet. Da dieser ultima-ratio- Grundsatz bereits im Gesetzestext verankert ist, verbietet sich ein Rückgriff auf übergeordnete Prinzipien wie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.<sup>72</sup> Letztlich spricht das Kündigungsschutzgesetz aber von einem betrieblichem und nicht von einem unternehmerischem Erfordernis, so daß lediglich die jeweilige Kündigung auf Grundlage der Unternehmerentscheidung erforderlich sein muß.

c) Es stellt sich aber die Frage, , wenn man schon an diesem Merkmal festhalten will, wann eine unternehmerische Entscheidung offensichtlich willkürlich ist. Dies kann jedoch nicht pauschal beantwortet werden und bleibt immer eine Entscheidung für den Einzelfall. Wie schon erwähnt wurde in der Praxis aber noch nie vom BAG ein Fall der Willkür festgestellt.

Im Ergebnis hat das Gericht lediglich zu prüfen, ob eine Unternehmerentscheidung vorliegt und durch ihre Umsetzung das Beschäftigungsbedürfnis für den einzelnen Arbeitnehmer entfallen ist. So ist es auch ein Fall der nicht weiter kontrollierbaren Unternehmerentscheidung, wenn der Arbeitgeber zu dem Entschluß kommt, er möchte mit einer geringeren Belegschaft arbeiten und deshalb die entsprechenden Arbeitnehmer kündigt. Ein Fall offensichtlicher Willkür wäre aber dann anzunehmen, wenn der Unternehmer eine Organisationsentscheidung allein in der Absicht trifft, einen bestimmten Arbeitnehmer zu entlassen, ohne das ein sonstiger betriebsinterner Kündigungsgrund gegeben wäre.<sup>73</sup> Dies ist aber sehr problematisch nachzuprüfen, weil nur in sehr seltenen Fällen eine solche Absicht nach außen hin deutlich wird.

---

<sup>72</sup> Stein, BB 2000, 457.

<sup>73</sup> Sage, AuA 2000, 310, 312.

Darüber hilft es auch nicht hinweg, wenn der Unternehmer in seiner Entscheidungsfreiheit zusätzlich natürlich an die geltenden Gesetze und Tarifverträge gebunden ist. Auch eine Unternehmerentscheidung muß im Einklang mit der Rechtsordnung stehen. Darunter fällt auch das Verbot der unterschiedlichen Behandlung von Arbeitnehmern, z.B. im Fall der teilzeit- und vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmern über § 2 BeschFG.<sup>74</sup>

d) Das BAG hat diese Probleme der überaus dürftigen Überprüfbarkeit von Unternehmensentscheidungen erkannt und versucht dieser Entwicklung entgegen zu wirken. Erst am 17.6.1999 hat das BAG drei Urteile erlassen, indem es speziell mit prozeßrechtlichen Mitteln versucht, den Arbeitnehmer vor ungerechten Maßnahmen des Arbeitgebers zu schützen.<sup>75</sup>

## **VI. Die Darlegungs- und Beweislast insb. mit Rücksicht auf die BAG Urteile vom 17.6.1999**

Seit diesen aufsehenerregenden Urteilen des BAG wurde dem Arbeitgeber auferlegt, seine Beweise für die betriebsbedingte Kündigung, speziell für den Fall der internen Personalreduktion, abgestuft darzulegen.

### **1. Bisherige Darlegungs- und Beweislast**

Bis zu diesem Zeitpunkt lag im wesentlichen folgender Darlegungsgang vor:

Spricht der Arbeitgeber in Umsetzung einer unternehmerischen Entscheidung eine betriebsbedingte Kündigung aus und erhebt der Arbeitnehmer Klage, hat der Arbeitgeber gem. § 1 II 4 KSchG die Tatsachen zu beweisen, die die Kündigung bedingen. Beruft sich der Arbeitgeber auf außerbetriebliche oder innerbetriebliche Umstände, darf er sich nicht auf schlagwortartige Umschreibungen

---

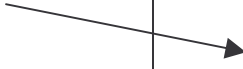
<sup>74</sup> BAG vom 24.4.1997 - 2 AZR 352/96.

<sup>75</sup> Vgl. BAG, NZA 1999, 1095 ff., 1098 ff., 1157 ff..

beschränken. Vielmehr muß er seine tatsächlichen Angaben so im einzelnen darlegen, daß sie vom Arbeitnehmer mit Gegentatsachenbestritten und vom Arbeitsgericht überprüft werden können.<sup>76</sup> Bei Kündigungen aus innerbetrieblichen Gründen muß der Arbeitgeber darlegen, welche organisatorischen und technischen Maßnahmen er angeordnet hat und wie sich die von ihm behaupteten Umstände unmittelbar oder mittelbar auf die Beschäftigungsmöglichkeit für den gekündigten Arbeitnehmer auswirken.<sup>77</sup> Liegt eine solche Unternehmerentscheidung vor, so ist diese nur darauf zu prüfen, ob sie offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist. Macht der Arbeitnehmer geltend, eine unternehmerische Entscheidung sei offensichtlich unsachlich, unvernünftig oder willkürlich, trägt er hierfür die Beweislast. Dabei geht das BAG von der Vermutung aus, daß die getroffene Unternehmerentscheidung sachlich gerechtfertigt ist.<sup>78</sup>

Abbildung: Bisherige Darlegungs- und Beweislast bei unternehmerische Entscheidung<sup>79</sup>

Arbeitgeber	Arbeitnehmer
Darlegung der unternehmerischen Entscheidung, Auswirkung auf Beschäftigungsmöglichkeit, tatsächliche Umsetzung der Entscheidung	Beschränkte Überprüfbarkeit der Arbeitsgerichte auf



<sup>76</sup> Vgl. BAG, NZA 1986, 823.

<sup>77</sup> Vgl. BAG, AP Nr. 8 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

<sup>78</sup> BAG, AP Nr. 42 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

<sup>79</sup> Schrader, NZA 2000, 401, 403.

	offensichtliche Unsachlichkeit, Unvernunft oder Willkür; Darlegungs- und Beweislast dafür beim Arbeitnehmer
--	--

## 2. Abgestufte Darlegungs- und Beweislast der neueren BAG Urteile

Diesen bisherigen Prozeßhergang hat das BAG nun modifiziert, indem es eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast, insb. bei innerbetrieblich begründeten Unternehmerentscheidungen zur Personalreduzierung, eingeführt hat.<sup>80</sup> Dies hat zu einiger Furore in der Literatur geführt, die dadurch die Freiheit der Unternehmerentscheidung gefährdet sahen. Dazu jedoch später. Die Prozeßvortrag gestaltet sich nun im wesentlichen in drei Stufen.

### a) Erste Stufe: Sachvortrag des Arbeitgebers

Weiterhin wie bisher muß der Arbeitgeber zunächst sein unternehmerisches Konzept vortragen. Die Anforderungen an den Sachvortrag hängen im wesentlichen dabei von der Nähe der unternehmerischen Entscheidung zum Kündigungsentschluß ab.

Das BAG hat dazu in etwa folgendes ausgeführt:<sup>81</sup>

Je allgemeiner das Konzept der unternehmerischen Entscheidung, je näher also Kündigungsentschluß und unternehmerische Entscheidung zusammen liegen, um so mehr wird vom Arbeitgeber ein Tatsachenvortrag zu der unternehmerischen Entscheidung und deren Auswirkung auf die Beschäftigungsmöglichkeit der Arbeitnehmers gefordert.<sup>82</sup>

Dieses Erfordernis ist so zu verstehen:

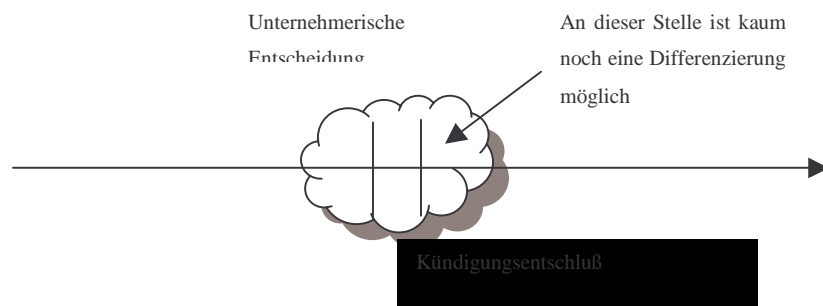
---

<sup>80</sup> Vgl. BAG, NZA 1999, 1095, 1098, 1157.

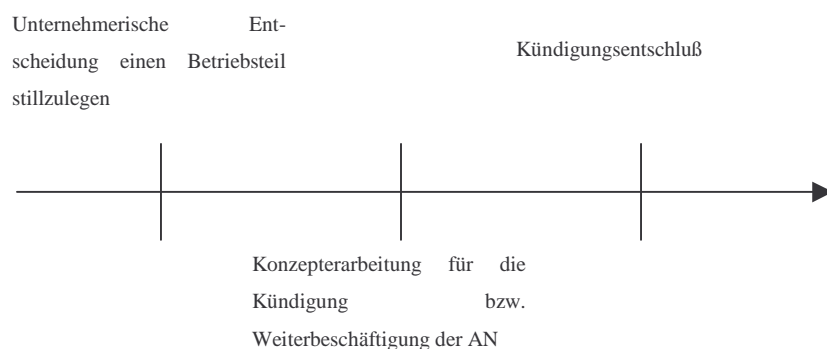
<sup>81</sup> Vgl. BAG, NZA 1999, 1098.

<sup>82</sup> Schrader, NZA 2000, 401, 403.

Das BAG mußte sich bei den Urteilen vom 17.6.1999 insbesondere mit Entscheidungen auseinandersetzen, die auf den Wunsch des Unternehmers abzielten, generell Personal abzubauen. Hier war das Problem, daß er Arbeitgeber äußerte, er habe zuviel Personal und muß demnach einigen Arbeitnehmern kündigen. Dies ist eine anerkannte unternehmerische Entscheidung. Es stellt sich jedoch die Frage, wie eine solche Entscheidung auf Mißbräuchlichkeit hin untersucht werden kann, denn gerade bei einer solchen Entscheidung ist die Mißbrauchsgefahr sehr hoch. Das BAG hat dies versucht zu lösen, indem es behauptet, in einem solchen Fall liegen unternehmerische Entscheidung und Kündigungsentschluß sehr nah beieinander. Die Entscheidung Personal abzubauen ist eng verbunden mit der Entscheidung eine bestimmte Person zu entlassen; sie gehen sozusagen fließend ineinander über und sind kaum voneinander zu unterscheiden. Gerade in solchen Fällen wird der Arbeitgeber aber dazu verpflichtet, noch konkreter als sonst seine Entscheidung darzulegen und zu verdeutlichen. Die bisherige Vermutung, die Unternehmerentscheidung sei aus sachlichen Gründen erfolgt gilt hierbei nicht mehr.



Als Gegenbeispiel eine grafische Verdeutlichung der Schließung eines Betriebsteils:



Hierbei läßt sich sehr gut die Idee des BAG erkennen. Das BAG ist sich dessen bewußt, daß die Unternehmerentscheidung nicht mehr als nur marginal überprüft werden kann. Dies will der BGA aber um so detaillierter durchführen. Es soll dem Arbeitgeber somit schwer gemacht werden, einfach nur zu behaupten, daß aufgrund seiner Entscheidung ein bestimmter Arbeitsplatz weggefallen ist. Vielmehr wollen die Richter ausführliche Informationen haben, damit sie eine Mißbrauchskontrolle feststellen können.

Ein diesen Anforderungen genügendes Konzept liegt z. B. nicht vor, wenn der Arbeitgeber behauptet, daß aufgrund sinkender Nachfrage und einhergehendem Preisverfall, die Entscheidung getroffen wurde, die Leistungen für das kommende Geschäftsjahr herunterzusetzen und deswegen ein Personalüberhang besteht.<sup>83</sup>

Hier kann kein konkretes Konzept erkannt werden. Aufgrund solcher Ausführungen ist es nicht nachvollziehbar, weshalb gerade ein bestimmter Arbeitsplatz entfallen muß und warum nicht ein anderer. Insbesondere konnte nach Ansicht des BAG der Arbeitgeber sich zwar auf die Stellenkürzung berufen, unklar war aber, inwiefern dies angesichts der Auftragslage und – abwicklung „auf Dauer“ möglich sein sollte.

Ein Beispiel für ein ausreichend konkretes Konzept liefert jedoch ein anderes Urteil vom 17.6.1999.<sup>84</sup>

Hier wurden mehr oder minder konkrete Angaben zur Art und Weise des Einsatzes des Personals gemacht. Vorliegend sollten alle Mitarbeiter ohne abgeschlossene Berufsausbildung, soweit sie keine angelernten Spezialtätigkeiten ausübten, entlassen werden. Die von ihnen ausgeführten Tätigkeiten sollten teilweise den übrigen Facharbeitern auferlegt und teilweise Subunternehmern übertragen

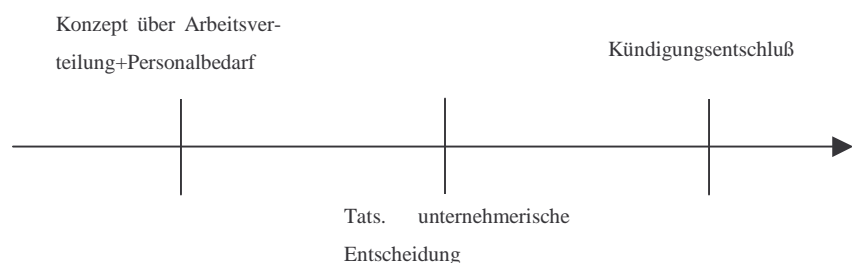
---

<sup>83</sup> Vgl. BGA, NZA 1999, 1098.

<sup>84</sup> Vgl. BGA, NZA 1999, 1095.

werden. Dies hat dem BAG genügt, um auch darzustellen, wie der Betrieb in Zukunft weiterarbeiten würde.

Gegen diese Idee, daß unternehmerische Entscheidung und Kündigungsentschluß sehr eng beieinander liegen können und ineinander übergehen, wurde jedoch schon Kritik laut. Es wird teilweise versucht, dem BAG einen Denkfehler nachzuweisen. So hat Quecke dazu ausgeführt, daß die Entscheidung zum Personalabbau für sich allein keinen Einfluß auf den Personalbedarf nehme.<sup>85</sup> Sie erzeuge selbst keinen Rückgang der Arbeitsmenge, sondern setze u. a. einen Personalüberhang voraus. Der Entschluß zum Personalabbau besage daher nichts über den tatsächlichen bedarf. Vielmehr kann erst das unternehmerische Konzept, welches auf diese Lage hin zugeschnitten ist, Auskunft darüber geben, ob nach den objektiv zu erwartenden Verhältnissen ein Personalüberhang besteht. Es ist also sozusagen noch ein Zwischenschritt einzufügen. Deshalb soll die Argumentation des BAG unlogisch sein.



Dieser Ansicht ist jedoch nicht zu folgen. Sie läuft ganz einfach darauf hinaus, daß nicht sein kann, was nicht sein darf. Vielmehr muß man bedenken, daß am Anfang die unternehmerische Entscheidung steht, aufgrund irgendwelcher Einflüsse jemanden zu kündigen, daraufhin soll ein Konzept zur Kündigung erarbeitet werden, welches dann seine Ausprägung in einer Kündigung findet. In Fällen der schlichten Personalreduzierung ist es dann möglich,

---

<sup>85</sup> Quecke, NZA 1999, 1247, 1249.

daß eine unternehmerische Entscheidung gleichzeitig Konzept und Kündigungsschluß in einem ist.

**b) Zweite Stufe: Gegenargumentation des Arbeitnehmers**

In der zweiten Stufe des Prozesses ist es Sache des Arbeitnehmers, auf den Sachvortrag des Arbeitgebers einzugehen und zu verdeutlichen, warum diese Tätigkeiten, beispielsweise im Falle der Verlagerung auf Facharbeiter, nicht plan- und konzeptmäßig durchgeführt werden können. Dem Arbeitnehmer, der Einblick in das Geschehen seines Arbeitsplatzes hat, könne so etwas abverlangt werden. Kritisch betrachtet dürfte dies aber nur Arbeitnehmern möglich sein, die über ein überdurchschnittliches betriebliches Wissen verfügen.

**c) Dritte Stufe: Erwiderung des Arbeitgebers**

Gelingt dem Arbeitnehmer auf der zweiten Stufe eine detaillierte Darlegung seines Standpunktes, ist es nun Aufgabe des Arbeitgebers sich hierauf wieder einzulassen. Erst danach kann das Gericht sich ein Bild des Sachverhaltes machen und entscheiden.

Abbildung: Abgestufte Darlegungs- und Beweislast bei der Unternehmerentscheidung<sup>86</sup>

Arbeitgeber	Arbeitnehmer
<p>Darlegung der unternehmerischen Entscheidung, Verdeutlichung der organisatorischen Durchführbarkeit und Erklärung von Dauer und Auswirkung auf die Beschäftigungsmöglichkeit</p> <p>Falls (-):            Volle Darlegungs- und Beweislast für den Wegfall des Beschäftigungsbedürfnisses</p> <p>Falls (+):            Arbeitgeber muß sich substantiiert darauf einlassen und darlegen, wie sich die Umsetzung der unternehmerischen Entscheidung auf die Beschäftigungsmöglichkeiten ausgewirkt hat.</p>	<p>Falls (+):            Substantiierte Erwiderung durch den Arbeitnehmer, die die Durchführung der unternehmerischen Entscheidung als offensichtlich unsachlich, unvernünftig oder willkürlich erscheinen läßt; ggf. Bestreiten mit Nichtwissen (§ 138 IV ZPO)</p>

<sup>86</sup> Schrader, NZA 2000, 401, 404.

#### **d) Der Prozeßvortrag**

Wie könnte jedoch ein solches Verfahren tatsächlich aussehen bzw. was müßte von den Parteien im Prozeß dargelegt werden? Dies ist eine Frage die zu sehr viel Rechtsunsicherheit in der Praxis geführt hat. Deswegen hier einige Vorschläge für den Ablauf eines Prozeßvortrags vor Gericht, insb. mit Hinblick auf die Personalreduzierung aufgrund innerbetrieblicher Gründe.<sup>87</sup>

##### **aa) Erste Stufe: Arbeitgeber**

Der Arbeitgeber hat darzulegen:

- Es wurde eine Unternehmerentscheidung zur Personalverminderung getroffen
- Wie sieht diese Unternehmerentscheidung konkret aus und wer hat sie getroffen (Geschäftsführer, Gesellschafterversammlung,...)
- Wann wurde diese Entscheidung getroffen und ab wann soll sie verwirklicht werden
- Diese Entscheidung ist auf Dauer angelegt und betrifft nicht nur vorübergehende Aspekte
- Ggf. wurde die Arbeitsmenge reduziert oder es liegt eine Prognose vor, die eine Reduzierung erwarten läßt
- Die verbleibende Arbeit kann ohne überobligatorische Leistungen von den verbleibenden Arbeitnehmern bewältigt werden
- Ggf. konkrete Darlegung einer Um- oder Neuverteilung der Arbeit im Betrieb
- Die Kündigung ist nicht vermeidbar durch Heranziehen anderer Alternativen

---

<sup>87</sup> In Anlehnung an Bitter, DB 2000, 1760, 1767; vgl. auch FGP- Gallner, § 1 Teil F, Rn. 611.

- Es ist dadurch ein Arbeitskräfteüberhang entstanden
- Es ist kein anderer freier Arbeitsplatz vorhanden

#### **bb) Zweite Stufe: Arbeitnehmer**

- Die getroffene Unternehmerentscheidung ist aus bestimmten darzulegenden Gründen offensichtlich unsachlich, unvernünftig oder willkürlich, insb. weil:
  - Sie nicht durchführbar ist oder in der geplanten Art und Weise nicht durchgeführt werden kann
  - Sie gegenüber dem verbleibenden Personal gesetz-, tarif- oder arbeitsvertragswidrig ist
  - Die Unternehmerentscheidung nicht durchgehalten oder gar aufgegeben worden ist
  - Eine andere, vernünftige Organisation bei Vermeidung der Kündigung möglich ist
  - Möglicherweise: Es ist doch ein freier Arbeitsplatz vorhanden oder der Arbeitnehmer ist zu einer anderweitigen, konkreten Beschäftigung bereit

#### **cc) Dritte Stufe: Arbeitgeber**

Der Arbeitgeber muß sich auf den Vortrag des Arbeitnehmers einlassen und kann z. B. argumentieren:

- Das Konzept, wie es ursprünglich geplant war, hat sich bewährt
- Eine langsamere oder auch qualitativ schlechtere Fertigstellung der Arbeit bei weniger Personal wird hingenommen
- Bisherige Leistungsreserven waren vorhanden und werden nun ausgeschöpft
- Eine vom Arbeitnehmer angezeigte Beschäftigungsmöglichkeit existiert nicht

### **3. Bewertung der prozessualen Neuerung**

a) In der juristischen Fachwelt wurden diese Neuerungen mit gemischten Gefühlen aufgefaßt. Richtig ist der Standpunkt, daß die Neuerung des BAG keine Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung ist, sondern vielmehr eine Modifizierung des bisherigen Weges.<sup>88</sup>

Nach dieser Entscheidung kann der Unternehmer es nicht mehr darauf bewenden lassen, seine betriebsbedingte Kündigung „allein“ mit der unternehmerischen Entscheidung zu rechtfertigen. Statt dessen muß der Arbeitgeber genaue Angaben dazu machen, wie sich seine konkrete organisatorische oder technische Entscheidung auf die Verringerung der Produktion und damit der Arbeitsmenge auswirke und in welchem Umfang dadurch ein konkreter Arbeitskräfteüberhang entstehe.<sup>89</sup> Dies ist notwendig, um gerade die komplexe Materie einer bestimmten Kündigung zu erfassen und daraufhin diese Kündigung auf ihre Mißbräuchlichkeit hin zu überprüfen.

Richtig ist hierbei auch, daß entgegen einigen Kritikern hier keine Kontrolle der eigentlichen unternehmerischen Entscheidung vorgenommen wird, sondern nur die Auswirkungen einer unternehmerischen Entscheidung „auf Dauer“ für das Arbeitsvolumen bzw. den Bedarf an Arbeitskräften.

b) Feudner behauptet z.B., daß das BAG durch diese Veränderungen die Unternehmerentscheidung zu weit eingegrenzt hat und befürchtet, daß dadurch in Zukunft wohl wieder jede Kündigung und die sie auslösenden inner- oder außerbetrieblich veranlaßten Organisationsentscheidungen nach unbestimmten Regeln zu beurteilen sein.<sup>90</sup> Nach seiner Ansicht rückt das BAG in Fällen, bei denen Unternehmerentscheidung und Kündigungsentschluß sehr nah

---

<sup>88</sup> So auch Boeddinghaus, AuR 2001, 8, 11.

<sup>89</sup> Vgl. Bitter, DB 2000, 1760, 1763.

<sup>90</sup> Feudner, DB 1999, 2566, 2567.

beieinander liegen, von seiner Vermutung ab, die Unternehmerentscheidung sei sachlich begründet. Dadurch ist der Unternehmer verpflichtet seine Entscheidung detailliert zu erläutern. Dies führe dazu, daß die eine Kündigung letztlich auslösenden, inner- und außerbetrieblich veranlaßten unternehmerischen Organisationsentscheidungen immer auf ihre kündigungsschutzrechtliche Relevanz geprüft werden soll, und zwar nach den Kriterien der KSchG.

Diese Ansicht trifft jedoch nur bedingt zu. Richtig ist, daß die Vermutung der sachlichen Rechtfertigung in solchen Fällen aufgegeben oder zumindest eingeschränkt wurde. Es ist aber deshalb keine Gefahr gegeben, daß jegliche unternehmerische Organisationsentscheidung auf ihre Hintergründe überprüft wird oder daß auch nur die Freiheit dieser Entscheidung angetastet wird. Vielmehr findet wie oben schon dargestellt nur eine Prüfung der Auswirkungen statt. Dennoch ist dieser Ansicht recht zu geben, wenn Feudner fordert, daß es Aufgabe des BAG sei, über die bloße Verschärfung der unternehmerseitigen Darlegungslast hinaus den unteren Instanzen u. U. durch Herausbildung bestimmter Fallgruppen und Kriterien einer zumutbaren bzw. unzumutbaren Weiterbeschäftigung Maßstäbe für eine –den Einzelfall übergreifende- rechtssichere und praktikable Bestimmung des Umfangs einer freien Unternehmerentscheidung festzulegen.<sup>91</sup>

c) Ähnlich gelagert ist die Stellungnahme von Schrader. Er befürchtet, daß der Arbeitgeber in Zukunft darlegen und beweisen muß, daß die von ihm getroffene unternehmerische Maßnahme nicht offensichtlich unvernünftig, unsachlich oder willkürlich sei.<sup>92</sup> Auch er sieht eine Abwendung von der Vermutung, daß die Entscheidung auf sachlichen Gründen basiere. Dieser Ansicht ist im Ergebnis zuzustimmen. Dabei ist jedoch nicht zu vergessen, daß es von dem

---

<sup>91</sup> Feudner, DB 1999, 2566, 2568.

<sup>92</sup> Schrader, NZA 2000, 401, 405.

Unternehmer eigentlich abverlangt werden kann, wenn seine Entscheidung in Frage gestellt wurde, daß er sich dazu äußert. Schließlich muß man davon ausgehen, daß er, wenn die Organisationsentscheidung sachlich begründet sein sollte, dies auch annähernd verständlich vortragen kann. Er muß sich im vornherein Gedanken über die Durchführung seiner Entscheidung gemacht haben, die wenn sie verständlich erscheint auch nicht angezweifelt wird.

d) Falsch wäre es dagegen, die Unternehmerentscheidung daraufhin zu prüfen, ob sie auch wirklich notwendig ist. Dies ist nicht damit zu verwechseln, daß die Kündigung natürlich die ultima ratio sein soll, aber teilweise wird überlegt, ob der Unternehmer nicht u. U. auch eine zusätzliche Kostenbelastung in Kauf nehmen muß und deshalb auf eine Kündigung verzichten soll.<sup>93</sup> Dies wird damit begründet, daß noch keine Dringlichkeit gegeben sein könnte, wenn es allein um die Steigerung von Gewinnen geht. Dem ist aber ganz eindeutig die alte Wirtschaftsweisheit entgegen zu halten: „Stillstand ist Rückstand“! Es darf einem Unternehmer nicht entgegen gehalten werden, sein Unternehmen zu verbessern. Schließlich muß der Betrieb auch in der Zukunft in der Lage sein, den Gegebenheiten auf dem Weltmarkt zu trotzen.

## **VII. Zusammenfassung und Schlußbetrachtung**

1. Es bleibt somit festzuhalten, daß eine unternehmerische Entscheidung nur hinsichtlich ihrer Mißbräuchlichkeit geprüft werden kann, nicht ihrer Zweckmäßigkeit. Sie kann auf inner- bzw. außerbetrieblicher Gründe beruhen, die der Unternehmer als Anlaß nimmt, wobei der bloße Wille zur Personalreduzierung genügt. Je nachdem hat dies Auswirkungen auf den Prozeßvortrag. Außerbetriebliche Gründe können vom Gericht anhand Zahlen und Fakten genauestens überprüft werden, innerbetriebliche Gründe sind

---

<sup>93</sup> So im Ergebnis bei Quecke mit Einschränkungen, NZA 1999, 1247, 1251.

dagegen dem Gericht verschlossen. Damit jedoch die Entscheidung „nachverfolgt“ werden kann, wird insb. bei sehr allgemein gefaßten Personalreduzierung ein konkreter, mittlerweile abgestufter Prozeßvortrag verlangt.

## 2. Wie ist diese Entwicklung aber nun zu bewerten?

Richtig ist daran festzuhalten, daß die Unternehmerentscheidung nicht bzgl. ihrer Zweckmäßigkeit überprüft werden darf. Ob dagegen die Mißbräuchlichkeit ein geeignetes Prüfungskriterium darstellt, darüber läßt sich streiten. Es muß leider festgestellt werden, daß auch die mittlerweile angewendete abgestufte Darlegungs- und Beweislast nicht viel zur Rechtssicherheit beigetragen hat. Eins läßt sich jedoch weiterhin behaupten: Das derzeitige KSchG ist kein ausreichendes Mittel gegen eine betriebsbedingte Kündigung. Im Endeffekt ist es jedem Unternehmer möglich, einem Arbeitnehmer zu kündigen, solange er ein ausreichend konkretes Konzept darlegt. Eine solche Ausarbeitung kann nicht sonderlich schwer fallen, um darzulegen, daß ein bestimmter Arbeitsplatz wegfallen muß.

Deshalb wird auch immer wieder kritisiert, daß das KSchG einen ganz anderen Sinn sich einverleibt hat: Es hat sich von einem Gesetz zum Schutze vor Kündigungen in ein Gesetz zur finanziellen Abfindung eines Arbeitnehmers verwandelt! Sicherlich ist diese Feststellung nicht jeder Linie als richtig anzusehen, doch eine solche Tendenz ist bei der betriebsbedingten Kündigung zu bejahen. Im Ergebnis ist es immer der Arbeitnehmer der auf der Strecke bleibt.

Damit der Arbeitnehmer einen höheren Schutz vor mißbräuchlichen Kündigungen erhält und auch der Rechtssicherheit geholfen wird, muß insb. das BAG zur Tat schreiten. Es ist, wie schon angesprochen, dazu berufen, über die bloße Verschärfung der unternehmerseitigen Darlegungslast hinaus den unteren Instanzen durch Herausbildung bestimmter Fallgruppen und Kriterien einer zumutbaren bzw. unzumutbaren Weiterbeschäftigung Maßstäbe für eine –den Einzelfall übergreifende- rechtssichere und praktikable

Bestimmung des Umfangs einer freien Unternehmerentscheidung festzulegen.

Es kann natürlich nicht abgestritten werden, daß betriebsbedingt Kündigungen in verschiedenen Fällen gerechtfertigt und auch nötig sind. Sicherlich kann ein Betrieb nicht Arbeitnehmer weiterbeschäftigen, die er nicht braucht, nur weil er sie nicht kündigen will oder darf. Damit wären auf Dauer die Arbeitsplätze eines ganzen Betriebes gefährdet. Deshalb gilt es, die Ursachen für einen rückläufigen Bedarf an Arbeitskräften zu bekämpfen. Diese Aufgabe können und dürfen die Arbeitsgericht nicht wahrnehmen, indem sie als staatlicher „Überunternehmer“ fungieren. Es ist vielmehr Sache der Tarifpartner, die entsprechenden Grundlagen im Rahmen der Rechtsordnung dafür zu schaffen, daß trotz konjunktureller Schwankungen stets ein ausreichendes Bedürfnis an Arbeitskräften besteht.<sup>94</sup> Dies ist sicherlich ein sehr hoch angesetztes Ziel, was sicherlich niemals wirklich erreichbar ist, aber jeder Schritt in diese Richtung ist gleichzeitig ein Schritt in die richtige Richtung.

### **VIII. Sonderproblem: Die Zusammenhänge der unternehmerischen Entscheidung mit der Sozialauswahl mit Hinsicht auf Voll- und Teilzeitkräfte**

1. Problematisch ist es, ob bei der betriebsbedingten Kündigung von teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmern auch Vollzeitbeschäftigte und bei der Kündigung vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer auch Teilzeitbeschäftigte mit in die Sozialauswahl einzubeziehen sind.

Entscheidend für diese im Einzelfall zu entscheidende Frage ist auch hier wieder die dahinter stehende Unternehmerentscheidung. Das BAG hat dazu Stellung genommen und grundsätzlich zwei Fallgruppen unterschieden:<sup>95</sup>

---

<sup>94</sup> So auch Sage, AiB 2000, 310, 314.

<sup>95</sup> Vgl. BAG, RdA 1999, 264 ff..

Der Arbeitgeber kann, wie oben festgestellt, zur Personalreduktion eine Organisationsentscheidung treffen. Diese kann jedoch unterschiedlich ausgestaltet sein und dadurch unterschiedliche Kategorien an Arbeitnehmern in die Sozialauswahl einbeziehen.

a) Hat der Unternehmer aufgrund allgemeiner betriebswirtschaftlicher Überlegungen festgestellt, daß er in einem bestimmten Bereich nur mit Vollzeitkräften arbeiten möchte, handelt es sich in der Regel um eine nur eingeschränkt überprüfbare Unternehmensentscheidung. Das Arbeitsgericht kann sie folglich nur angreifen, wenn sie offenbar unsachlich, unvernünftig oder völlig willkürlich ist. Waren beispielsweise bisher in einem Unternehmensbereich sowohl Vollzeit- wie auch Teilzeitkräfte tätig und hat sich aufgrund betrieblicher Erfahrung herausgestellt, daß der Einsatz von Teilzeitkräften zu Problemen im Betriebsablauf führt, kann der Arbeitgeber die unternehmerische Entscheidung treffen, diese Tätigkeit in Zukunft nur noch durch Vollzeitkräfte erbringen zu lassen. In diesem Fall verneint der Senat eine Vergleichbarkeit der Arbeitnehmer. Dagegen spricht nicht der Sinn und Zweck des § 1 III KSchG, der im Ausgleich der gegenläufigen Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu sehen sei. Geschützt werden könne das Arbeitsverhältnis nur gegen die Änderung des Inhalts. Erreicht ein teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer aufgrund eigener Bereitschaft und der damit hergestellten Vergleichbarkeit zu vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmern ebenfalls die Vollzeitbeschäftigung, würde das zu einer Änderung der Arbeitsbedingungen führen. Das liefe nach Ansicht des BAG dem Zweck des § 1 III KSchG zuwider. Das Kündigungsschutzgesetz soll eben nicht gewährleisten, daß im Wege der Sozialauswahl die Arbeitsbedingungen verändert bzw. verbessert werden. Arbeitnehmer, deren Arbeitsplatz aus betriebsbedingten Gründen ersatzlos wegfällt, haben keinen Anspruch auf vertragliche

Änderung der Arbeitszeit, um so die Vergleichbarkeit mit anderen Mitarbeitern herbeiführen zu können.<sup>96</sup>

Darüber liegt auch ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 2 I BeschFG gegenüber teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmern nicht vor. Die Benachteiligung ist vorliegend nicht um die Dauer der Arbeitszeit willen erfolgt, sondern die in der Regel auf eigenen Wunsch zurückzuführende besondere Vertragsgestaltung und die damit verbundene eingeschränkte Einsetzbarkeit auf Vollzeitarbeitsplätze führen zum Ausschluß der Vergleichbarkeit.

**b)** Will der Unternehmer dagegen, ohne eine organisatorische Grundentscheidung für Teilzeitkräfte oder Vollzeitkräfte zu treffen, lediglich die geleistete Arbeitszeit insgesamt abbauen, sind sämtliche im betreffenden Bereich beschäftigten Arbeitnehmer in diese Sozialauswahl einzubeziehen, ohne daß es darauf ankommt, ob diese in Teilzeit oder Vollzeit tätig sind.

Um dies ein wenig plastischer erscheinen zu lassen, hier ein Beispiel:<sup>97</sup>

Der Arbeitsplatz der Teilzeitarbeitnehmers A (20 Wochenstunden) fällt aus betriebsbedingten Gründen ersatzlos weg. Im Betrieb sind keine weiteren Teilzeitarbeitnehmer mit 20 Wochenstunden beschäftigt, deren Tätigkeit mit der des A vergleichbar ist. Eine vergleichbare Tätigkeit übt allerdings Mitarbeiter B (Vollzeit: 38 Wochenstunden) aus. A ist der sozial schwächere Arbeitnehmer von beiden. Fällt der Arbeitgeber nun die Entscheidung in Zukunft für den Bereich von A und B, nur noch mit Vollzeitkräften zu arbeiten, so wird B nicht in die Sozialauswahl miteinbezogen. A kann auch nicht von seinem Arbeitgeber verlangen, daß sein Arbeitsvertrag hinsichtlich der Arbeitszeitdauer auf 38 Wochenstunden erhöht wird, um damit eine Vergleichbarkeit mit B herzustellen. Der Arbeitgeber

---

<sup>96</sup> Bauer/ Klein, BB 1999, 1162, 1163.

<sup>97</sup> Angelehnt an Bauer/ Klein, BB 1999, 1162, 1163.

ist auch nicht dazu verpflichtet, A von sich aus ein solches Angebot zu unterbreiten. Selbst wenn sich beide einigen, kann dadurch nicht nachträglich die Sozialauswahl um B erweitert werden.

Sollte der Arbeitgeber dagegen lediglich die Entscheidung fällen in dem Bereich von A und B eine Überkapazität von 20 Wochenstunden abzubauen, so wären beide Arbeitnehmer miteinander vergleichbar und somit in die Sozialauswahl einzubeziehen. Anstatt der Beendigungskündigung gegen A wäre dann eine Änderungskündigung gegen den sozial stärkeren B auszusprechen. Gelingt es dem Arbeitgeber allerdings substantiiert dazu vorzutragen, daß die Arbeitszeit von B auf einer innerbetrieblichen Organisationsentscheidung beruht, so scheidet eine Vergleichbarkeit wiederum aus und die Beendigungskündigung kann ohne Sozialauswahl gegenüber A ausgesprochen werden.

2. Es läßt sich somit festhalten, daß maßgeblich für die Sozialauswahl insbesondere im Fall der Teilzeit- und Vollzeitbeschäftigten, die dahinter stehende unternehmerische Entscheidung ist. Je nachdem, ob die vorhandene Personalstruktur beibehalten werden soll oder nicht, werden diese zwei unterschiedlichen Arbeitnehmergruppen zusammengefaßt oder separat betrachtet. Gegen diese Auffassung des BAG ist jedoch schon Kritik laut geworden. Bauer/ Klein behaupten, daß ein solcher Vergleich einem Vergleich von „Äpfeln und Birnen“ gleichkommt. Insbesondere basiert ihre Kritik jedoch auf den Konsequenzen für die Vollzeitbeschäftigten, die bei fehlen einer konkreten Organisationsentscheidung die Kündigung ihres Arbeitsverhältnisses im Extremfall hinnehmen müssen.

Die derzeitige Rechtslage läßt sich jedoch nahtlos in das System des bestehenden Kündigungsschutzrechts einfügen.<sup>98</sup> Die Sozialauswahl muß sich nach der Organisationsentscheidung richten und je nachdem was der Unternehmer für eine Entscheidung gefällt hat, ist

---

<sup>98</sup> König, AuA 1999, 519, 520.

auch die Sozialauswahl durchzuführen. Es wäre widersinnig hier eine für eine Unvergleichbarkeit von Voll- und Teilzeitarbeitnehmern zu plädieren, wenn ihre Arbeitsplätze generell austauschbar sind. Vielmehr darf der Schutz einer einzelnen Arbeitnehmergruppe nicht Überhand nehmen, sondern es muß immer mit Hinblick auch auf den Gleichheitsgrundsatz eine gerechte Auswahl getroffen werden. Deshalb ist es nur gerecht Vollzeit- und Teilzeitarbeitnehmer bei der entsprechenden Unternehmerentscheidung gleichzusetzen und bei Mangel einer solchen Entscheidung dies zu unterlassen.

## LITERATURVERZEICHNIS

- Ascheid, Reiner  
Kündigungsschutzrecht  
Stuttgart 1993
- Ascheid, Reiner/  
Preis, Ulrich/  
Schmidt, Ingrid  
Großkommentar zum Kündigungsrecht  
1. Aufl., München 2000  
(zitiert als: APS- Bearbeiter)
- Bauer, Jobst- Hubertus/  
Klein, Olaf  
Sozialauswahl bei Teilzeitbeschäftigung  
Zur Lehre von Äpfeln und Birnen  
BB 1999, S.1162- 1166
- Bitter, Walter  
Der kündigungsrechtliche Dauerbrenner:  
Unternehmerfreiheit ohne Ende?  
DB 1999, S.1214- 1219
- Bitter, Walter  
Zur Unternehmerentscheidung zwecks  
Personalabbau  
DB 2000, S.1760- 1767
- Boeddinghaus, Rütger  
Die alte und neue Rechtsprechung zur  
betriebsbedingten Kündigung  
AuR 2001, S.8- 11
- Feudner, Bernd W.  
Freie Unternehmerentscheidung beim  
Personalabbau?  
DB 1999, S.2566- 2568

Fiebig, Stefan/ Gallner, Inken/ Pfeiffer, Gerhard	Kündigungsschutzgesetz Handkommentar 1. Aufl., Baden- Baden 2000 (zitiert als: FGP- Bearbeiter)
Herschel, Wilhelm	Anmerkung zum BAG Urteil vom 24.10.1979 BAG, AP Nr.8 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung
König, Alexandra	Kommentar zum BAG Urteil vom 3.12.1998 AuA 1999, S. 519f.
Larenz, Karl/ Wolf, Manfred	Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts 8. Aufl., München 1997
Lieb, Manfred	Arbeitsrecht 7. Aufl., Heidelberg 2000
Möhn, Heinz- Josef	Zur Überprüfbarkeit der unternehmerischen Entscheidung im Rahmen der betriebsbedingten Kündigung ZTR 1995, S.356- 357
Pauly, Holger	Zur Frage der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit bei betriebsbedingter Kündigung ZTR 1997, S.113- 117
Podehl, Jörg	Anmerkung zum ArbG Duisburg Urteil vom 7.7.2000 DB 2001, S.711- 712

Preis, Ulrich	Autonome Unternehmerentscheidung und „dringendes betriebliches Erfordernis“ NZA 1995, S. 241- 250
Quecke, Martin	Unternehmerentscheidung und Personalabbau NZA 1999, S.1247- 1251
Sage, Christian	Die Unternehmerentscheidung bei der betriebsbedingten Kündigung AiB 2000, S.310- 314
Schaub, Günter	Arbeitsrechts- Handbuch Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis 9. Aufl., München 2000
Schrader, Peter	Die geänderte Rechtsprechung des BAG zur Unternehmerentscheidung NZA 2000, S.401- 405
Stein, Peter	Freiheit und Dringlichkeit der unternehmerischen Entscheidung im Kündigungsschutzrecht BB 2000, S.457- 465
Tschöpe, Ulrich	Betriebsbedingte Kündigung Eine systematische Darstellung im Lichte der BAG- Rechtsprechung BB 2000, S.2630- 2636

Zepter, Klaus

Freie Unternehmerentscheidung bei  
Personalabbau!

DB 2000, S.474- 479

## INHALTSVERZEICHNIS

<b>A. EINLEITUNG .....</b>	<b>1</b>
<b>B. DIE BETRIEBSBEDINGTE KÜNDIGUNG IM ÜBERBLICK.....</b>	<b>3</b>
I. VORAUSSETZUNGEN.....	3
II. DRINGENDES BETRIEBLICHES ERFORDERNIS .....	3
III. FEHLEN EINES ANDEREN GLEICHWERTIGEN FREIEN ARBEITSPLATZES.....	3
IV. FEHLEN EINES ANDEREN NICHT GLEICHWERTIGEN FREIEN ARBEITSPLATZES .....	4
V. SOZIALAUSWAHL .....	4
<b>C. DIE UNTERNEHMERISCHE ENTSCHEIDUNG IN IHREN EINZELHEITEN.....</b>	<b>5</b>
I. DER BEGRIFF DER UNTERNEHMERENTSCHEIDUNG.....	5
II. VERFASSUNGSRECHTLICHE KRITERIEN .....	7
III. AUßER- UND INNERBETRIEBLICHE UMSTÄNDE.....	8
1. <i>Außerbetriebliche Kündigungsgründe</i> .....	9
2. <i>Innerbetriebliche Kündigungsgründe</i> .....	11
IV. FÄLLE UNTERNEHMERISCHE ENTSCHEIDUNGEN.....	11
V. PRÜFUNGSKOMPETENZ DER ARBEITSGERICHTE .....	13
1. <i>Mißbrauchskontrolle</i> .....	15
a) Betriebsverfassungsrechtliche Argumente.....	18
b) Wirtschaftsrisiko .....	19
c) Praktische Gesichtspunkte.....	19
2. <i>Ultima ratio Grundsatz</i> .....	19
3. <i>Tatsächliche Kontrolle der Gerichte</i> .....	20
VI. DIE DARLEGUNGS- UND BEWEISLAST INSB. MIT RÜCKSICHT AUF DIE BAG URTEILE VOM 17.6.1999.....	23
1. <i>Bisherige Darlegungs- und Beweislast</i> .....	23
2. <i>Abgestufte Darlegungs- und Beweislast der neueren BAG Urteile</i> .....	25
a) Erste Stufe: Sachvortrag des Arbeitgebers.....	25
b) Zweite Stufe: Gegenargumentation des Arbeitnehmers.....	29
c) Dritte Stufe: Erwiderung des Arbeitgebers .....	29
d) Der Prozeßvortrag .....	31
aa) Erste Stufe: Arbeitgeber .....	31

bb)	Zweite Stufe: Arbeitnehmer .....	32
cc)	Dritte Stufe: Arbeitgeber .....	32
3.	<i>Bewertung der prozessualen Neuerung</i> .....	33
VII.	ZUSAMMENFASSUNG UND SCHLUßBETRACHTUNG .....	35
VIII.	SONDERPROBLEM: DIE ZUSAMMENHÄNGE DER UNTERNEHMERISCHEN ENTSCHEIDUNG MIT DER SOZIALAUSWAHL MIT HINSICHT AUF VOLL- UND TEILZEITKRÄFTE .....	37