

**Bis auf Weiteres ....**  
**die Voraussetzungen einer betriebsbeding-**  
**ten Kündigung im Wandel der Rechtspre-**  
**chung des BAG**

von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht Uwe Jahn, Schwerin

Zugegebenermaßen gibt der Gesetzestext für die Voraussetzungen einer betriebsbedingten Kündigung in § 1 Abs. 2 Satz 1 3.Variante KSchG wenig her. Es müssen dringende betriebliche Erfordernisse einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen.

Auch die amtliche Begründung des ursprünglichen Kündigungsschutzgesetzes von 1951, aus dem diese Formulierung übernommen wurde, hilft nicht viel weiter. Danach soll das Gesetz lediglich gegen solche Kündigungen schützen, die keine hinreichende Begründung haben und deshalb als "willkürliche Durchschneidung des Bandes der Betriebszugehörigkeit" anzusehen sind.

Für das Bundesarbeitsgericht folgte daraus die Notwendigkeit der Auslegung und Konkretisierung, was letztendlich zu einer erheblichen Rechtsfortbildung führte. Die richterliche Rechtsfortbildung unterliegt anderen Gesetzmäßigkeiten, als die parlamentarische Gesetzgebung. Sie ist – besonders bei Bundesgerichten - sehr stark von einzelnen Personen und deren - bisweilen auch wechselnden – Auffassungen geprägt, sehr oft viel näher an der Praxis, als ein Gesetzgeber vermag, und – als Kehrseite dieser Medaille – auch oft am einzelnen Fall orientiert, für den die früher entworfenen Grundsätze auch schon mal "abgewandelt" werden können.

Neumühler Straße 22  
19057 Schwerin

Tel 0385 616106  
Tel/Fax 0385 612680

e-mail:  
ra-jahn@mvnet.de  
www.ra-uwe-jahn.de

Eine so aus Sicht des Bundesrichters erreichte größere Einzelfallgerechtigkeit wird erkauft mit einer erheblichen Rechtsunsicherheit über Inhalt und Systematik der richterlichen Rechtsfortbildung.

A.

Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgericht zur betriebsbedingten Kündigung hat von Anbeginn eine Grundlage hervorgehoben, die den Arbeitgeber zunächst einmal zufrieden stellen könnte. Es handelt sich um die Freiheit der unternehmerischen Entscheidung, die nur sehr eingeschränkt der richterlichen Überprüfung unterliege.

Die organisatorischen Maßnahmen, die der Arbeitgeber trifft, um seinen Betrieb dem Umsatzrückgang oder der verschlechterten Ertragslage anzupassen, sind nicht auf ihre Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit, wohl aber daraufhin nachzuprüfen, ob sie offenbar unsachl., unvernünftig oder willkürlich sind (vgl. BAG AP Nr. 22 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung [zu I 2b der Gründe] und AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung [zu 3a der Gründe]). **BAG v. 07.12.1978 - 2 AZR 155/77, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 6**

Nach der gegenwärtigen Wirtschafts- und Sozialordnung trägt der Arbeitgeber das wirtschaftl. Risiko für die zweckmäßige Einrichtung und Gestaltung seines Betriebes. Die Gerichte wären überfordert, wenn sie dem Arbeitgeber eine 'bessere' betriebl. Organisation vorschreiben sollten ... **BAG v. 24.10.1979 - 2 AZR 940/77, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 8**

Und die Literatur folgt diesem Grundsatz auf breiter Front.

Jedenfalls wenn es um die Freiheit geht, ein Unternehmen aufzubauen und stillzulegen, bzw. teilweise stillzulegen. Abgeleitet wird dies aus Art. 2, 12, 14 GG, der allgemeinen Handlungsfreiheit, der Berufsfreiheit und der Eigentums-garantie (vgl. Feudner, NZA 2000, S. 1136, 1140 m.w.N.).

B.

Aber mit ihrer freiwilligen Abstinenz hatten die Bundesrichter die Möglichkeit aus der Hand gegeben, gerade im Einzelfall doch noch die Unwirksamkeit einer betriebsbedingten Kündigung festzustellen, auch wenn der Arbeitnehmer eine offenkundige Unsachlichkeit, Unvernunft oder Willkür der Maßnahme nicht nachweisen konnte.

Letzteres stellte sich als schwierig heraus, ging es doch hauptsächlich um innere Vorgänge auf der Arbeitgeberseite, und die Meßlatte war mit der geforderten Offenkundigkeit noch einiges höher, als ohne dieses zusätzliche Kriterium.

1.

Häufig werden wohl die Bundesrichter den Eindruck gewonnen haben, daß betriebswirtschaftliche Umstände als Vorwand genommen wurden, eine bestimmte personelle Maßnahme bis hin zur Kündigung zu rechtfertigen. Dies galt insbesondere dann, wenn es nicht um Stilllegung oder Teilstilllegung ging.

Jedenfalls wurde mit der Rechtsprechung des BAG daraufhin auf verschiedenen Ebenen reagiert.

a. Zum einen wurde bereits sehr früh unterschieden zwischen der unternehmerischen Entscheidung in Strukturfragen und deren konkrete Umsetzung. Für letztere einschließlich der konkreten Kündigungsentscheidung wurde die vollumfängliche gerichtliche Überprüfbarkeit angenommen (vgl. schon BAG, GS v. 28.11.1956, AP KSchG § 1 Nr. 20). Lediglich wenn die unternehmerische Entscheidung identisch ist mit der Kündigungsentscheidung, z.B. bei dem Stilllegungsbeschluß, sollte letztere als Unternehmerentscheidung nur der eingeschränkten richterlichen Überprüfung unterliegen.

b. Zum anderen hielt in der BAG-Rechtsprechung zum Ende der 70er-Jahre des vorigen Jahrhunderts eine neue Unterscheidung ihren Einzug, die ebenfalls die Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung der unternehmerischen Entscheidung ausdehnte – die Unternehmerentscheidung sollte danach unterschieden werden, ob sie sich auf außerbetriebliche Umstände zur Begründung stützt, oder auf innerbetriebliche.

Ein Umsatzrückgang kann dann eine betriebsbedingte Kündigung rechtfertigen, wenn dadurch der Arbeitsanfall so zurückgeht, daß für einen oder mehrere Arbeitnehmer das Bedürfnis zur Weiterbeschäftigung entfällt (vgl. BAG 16, 134 [137] = AP Nr. 14 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung und Schmidt a.a.O., Abschnitt C II).

Gewinnverfall oder Unrentabilität des Betriebes führen nicht ohne weiteres zu dringenden betriebl. Erfordernissen, weil sie auf den verschiedensten Gründen beruhen können und sich nicht unmittelbar auf die ArbPlätze auswirken ... .

...

Auch wenn durch außer- oder innerbetriebl. Gründe der bish. ArbPlatz eines Arbeitnehmers wegfällt, ist eine Kündigung nur dann durch dringende betriebl. Erfordernisse bedingt, wenn dem Arbeitgeber eine andere Weiterbeschäftigung nicht möglich oder nicht zumutbar ist (vgl. BAG Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung). Bei außerbetriebl. Gründen ist darüber hinaus zu prüfen, ob Kündigung nicht durch andere innerbetriebl. Maßnahmen (insbesondere Arbeitsstreckung) vermieden werden können (vgl. BAG AP Nr. 19 zu § 1 KSchG und BAG 16, 134 = AP Nr. 14 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung). **BAG v. 07.12.1978 - 2 AZR 155/77, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 6**

Der Unternehmer, der sich quasi achselnzuckend lediglich auf äußere Umstände beruft, unterliegt mit seiner Entscheidung zum Personalabbau so mehrfach der richterlichen Kontrolle:

- das tatsächliche Vorliegen der äußeren Umstände ist substantiiert darzulegen und ggf. zu beweisen,
- der Zusammenhang zwischen diesen äußeren Umständen und dem Wegfall einer Beschäftigungsmöglichkeit ist ebenso darzulegen und zu beweisen, und
- es ist darzulegen und zu beweisen, daß auf diese äußeren Umstände nicht unter Vermeidung von Kündigungen mit anderen Mitteln reagiert werden könnte.

Die Kündigungsentscheidung auf der Grundlage innerbetrieblicher Umstände unterliegt demgegenüber nur dann einer weiteren gerichtlichen Überprüfung, wenn sie nicht identisch ist mit der Unternehmerentscheidung. Und der letzte Punkt, die Vermeidbarkeit von Kündigungen, wird regelmäßig nicht die Rolle spielen.

Angesichts dessen wurde es unter Fachleuten fast als Kunstfehler gehandelt, wenn betriebsbedingte Kündigungen auf außerbetriebliche Umstände gestützt wurden und grundsätzliche Entscheidungen – Stilllegung ganzer Abteilungen als Ergebnis strategischer unternehmerischer Entscheidungen – eröffnete viel einfachere Wege.

2.

Es liegt auf der Hand, daß das Bundesarbeitsgericht aus zweierlei Sicht eine Fehlentwicklung gefördert hat. Zum einen hat es – aus Sicht der Gewerkschaften – ein Schlupfloch gelassen, um weitgehend unkontrolliert Arbeitsplätze abzubauen.

Zum anderen gibt dieses Schlupfloch dem Unternehmer nur ein eher grobes Steuerungsmittel in die Hand, während andere Mittel durch Darlegungs- und Beweislasten bis zur Unpraktikabilität reguliert werden.

Folgerichtig wurde in der weiteren Rechtsprechung der Bereich der unternehmerischen Entscheidung, welcher weitgehend der richterlichen Überprüfung entzogen sein soll, wieder ausgedehnt.

Es gehört zur Organisation und Gestaltung des Betriebes, neben der Anschaffung von Maschinen, Gerätschaften sowie Vorrichtungen und der Gestaltung der Arbeitsabläufe, die Stärke der Belegschaft, mit der das Betriebsziel erreicht werden soll, festzulegen. Dazu gehört auch die Entscheidung über die Kapazität an Arbeitskräften und an Arbeitszeit und wie diese Kapazität vorliegend auf die Ladenöffnungszeiten verteilt werden soll. Dabei kann die Unternehmerentscheidung auch darin liegen, künftig auf Dauer mit weniger Personal zu arbeiten (ebenso Hillebrecht, ZfA 1991, 107, 110; Tenczer/Stahlhacke in Anm. zu LAGE § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 16; von Hoyningen-Huene, NZA 1994, 1009, 1011). Soweit dadurch eine Leistungsverdichtung eintritt, wird sie als Konzept gewollt und dadurch notwendig werdende Änderungen sind in Kauf genommen; der rationelle Einsatz des Personals ist Sache der Unternehmerentscheidung. **BAG v. 24.04.1997 - 2 AZR 352/96, AP KSchG 1969 § 2 Nr. 42**

Damit hatte sich das BAG allerdings – jedenfalls gegenüber dem versierten Arbeitsrechtler auf Unternehmerseite – einige Prüfungsmöglichkeiten verstellt. Denn mit dieser Rechtsprechung war zwar die Flucht in die strategische Entscheidung gestoppt und die Feinmotorik wieder eingekehrt. Die Umsetzung der grundsätzlichen Unternehmerentscheidung ist allerdings damit in erheblichem Umfang der richterlichen Kontrolle entzogen. Und die Identität zwischen Unternehmerentscheidung und Kündigungsentscheidung dürfte in einer größeren Zahl der Fälle darstellbar sein.

3.

Es überrascht daher nicht, daß das Bundesarbeitsgericht bereits kurz darauf diese Entwicklung zu stoppen versuchte. Mit einigen neueren Entscheidungen Mitte 1999 steuerte es dagegen, in dem es die eingeschränkte Überprüfung auf Unsachlichkeit, Unvernunft und Willkür erheblich vertieft, abgestufte Darlegungs- und Beweislasten für Arbeitgeber und Arbeitnehmer in Hinblick auf die Voraussetzungen für die Kündigung festlegt und damit auf prozessuaalem Weg die volle Überprüfbarkeit der unternehmerischen Entscheidung vorbereitet, soweit diese mit der Kündigungsentscheidung verschmilzt.

Reduziert sich jedoch ... die Organisationsentscheidung zur Personalreduzierung praktisch auf den Kündigungsentschluß, sind diese beiden Unternehmerentscheidungen ohne nähere Konkretisierung nicht voneinander zu unterscheiden. ... Vielmehr kann dann, wenn die Organisationsentscheidung des Arbeitgebers und sein Kündigungsentschluß ohne nähere Konkretisierung praktisch deckungsgleich sind, die vom Senat bisher angenommene Vermutung ..., die Unternehmerentscheidung sei aus sachlichen Gründen erfolgt, nicht von vornherein greifen. In diesen Fällen muß der Arbeitgeber vielmehr darlegen, in welchem Umfang die fraglichen Arbeiten ... zukünftig im Vergleich zum bisherigen Zustand anfallen, d.h. es geht um die Darstellung einer näher konkretisierten Prognose der Entwicklung aufgrund außerbetrieblicher Faktoren oder unternehmerischer Vorgaben, z.B. nur noch eine geringere Zahl von Aufträgen anzunehmen ... , und wie diese Arbeiten von dem verbliebenen Personal ohne überobligatorische Leistungen erledigt werden können. ... Im Wege einer abgestuften Darlegungslast wäre es dann Sache des Arbeitnehmers, hierauf – soweit ihm dies, z.B. aus seiner bisherigen Arbeit möglich ist – zu erwidern. Dann wäre es wiederum Sache des Arbeitgebers, sich darauf weiter einzulassen ... .

Zusammenfassend ist zu sagen: Je näher die eigentliche Organisationsentscheidung an den Kündigungsentschluß rückt, um so mehr muß der Arbeitgeber durch Tatsachenvortrag verdeutlichen, daß ein Beschäftigungsbedürfnis für den Arbeitnehmer entfallen ist. **BAG v. 17.6.1999 – 2 AZR 141/99, NZA 1999, S. 1098, 1100 f., vgl.a. BAG NZA 1999, S. 1095 ff., 1157 ff.**

Und für die Zukunft behält sich das BAG gleich noch ein weiteres "Schmankerl" vor:

Ob insoweit an der vom Senat für die bisherigen Fälle angenommenen Beweislast des Arbeitnehmers für die offensichtliche Unsachlichkeit, Unvernunft und Willkür der Arbeitgebermaßnahme festzuhalten ist (kritisch hierzu bereits Becker in KR, 3. Aufl. § 1 KSchG Rdnr. 313; ferner Däubler, Das ArbeitsR2, 11. Aufl. 8.6.1.1. Rdnr. 1036; Bitter, DB 1999, S. 1214 [1217]),

braucht der Senat vorliegend nicht zu entscheiden. **BAG v. 17.6.1999 – 2 AZR 141/99, NZA 1999, S. 1098, 1101**

Und wie das dann aussehen soll, wenn der Arbeitgeber darzulegen und zu beweisen hat, daß seine Unternehmerentscheidung nicht unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist, mag man sich einmal ausmalen. Es dürfte durch diese Hintertür dann doch der Abschied von einem guten Teil der freien Unternehmerentscheidung erfolgen.

4.

Das Problem für den Praktiker liegt auf der Hand. Die Voraussehbarkeit einer arbeitsgerichtlichen Entscheidung ist angesichts dieser Kurskorrekturen des BAG längst nicht mehr gegeben. Und der Verzicht auf eine derartig dogmatisch hochproblematische Rechtsfindung würde von den Bundesrichtern sicherlich als Verlust von Ermessensspielräumen empfunden werden, eine Änderung ist also nicht in Sicht.

Es bleibt wohl somit auf längere Sicht nur, der Versuchung der Feinmotorik zu widerstehen und bei der grundsätzlichen strategischen Entscheidung Zuflucht zu suchen – wenn es denn möglich ist und solange es möglich bleibt.

Vielleicht bildet sich ja doch bei den zuständigen Richtern des Bundesarbeitsgerichts die Erkenntnis, daß mit ihrem Bedürfnis nach Ausdehnung von Ermessensspielräumen die Ermessensspielräume derjenigen immer weiter eingeschränkt werden, die mit ihren Bemühungen einen Großteil der neuen Arbeitsplätze schaffen sollen.