

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 258

**Der Tatbestand
der betriebsbedingten Kündigung
nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG und
sein Verhältnis zu dem Dogma
der freien Unternehmerentscheidung**

Von

Uwe Dathe



Duncker & Humblot · Berlin

UWE DATHE

Der Tatbestand der betriebsbedingten Kündigung
nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG und
sein Verhältnis zu dem Dogma
der freien Unternehmerentscheidung

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 258

Der Tatbestand
der betriebsbedingten Kündigung
nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG und
sein Verhältnis zu dem Dogma
der freien Unternehmerentscheidung

Von

Uwe Dathe



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft
der Freien Universität Berlin hat diese Arbeit im Jahre 2006
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

D 188

Alle Rechte vorbehalten
© 2007 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-0227
ISBN 978-3-428-12404-6

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☉

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Meinen lieben Eltern
in Dankbarkeit und innerer Verbundenheit*

Vorwort

Die Arbeit lag dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin im Frühjahr 2006 als Dissertation vor und entstand während meiner Tätigkeit als Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Volkswirtschaftslehre und Wirtschaftsrecht an der Technischen Universität Berlin.

Ganz besonders herzlich möchte ich mich an dieser Stelle bei meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Axel Hunscha, bedanken. Von ihm stammt die Idee für diese Arbeit. Trotz seiner vielfältigen Aufgaben in Forschung, Lehre und in der akademischen Selbstverwaltung konnte ich mit ihm immer den Stand meiner Forschungen diskutieren, die durch seine fachlichen Hinweise bereichert wurden. Zu der Zeit, als sich die Arbeit noch nicht zu einem Ganzen schloss und ich an den unvereinbar scheinenden Teilproblemen zu verzweifeln drohte, war er es, der mir bestätigte, auf dem richtigen Weg zu sein, und mich durch sein wohlwollendes Interesse an meinen Teilergebnissen ermunterte, diesen Weg weiter zu gehen. Nicht zuletzt möchte ich vor allem wegen Herrn Prof. Dr. Axel Hunscha meine Zeit an der Technischen Universität Berlin nicht missen; mit seiner witzigen, geistreichen und lebensbejahenden Art ist er mir nicht nur in fachlicher Hinsicht ein Vorbild. Mein Dank gilt zugleich Herrn Prof. Dr. Jochem Schmitt für die Übernahme und zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Meinem Vater und Herrn Frank Piegeler danke ich für die sorgfältige und rasche Durchsicht des Manuskripts.

Berlin, im November 2006

Uwe Dathe

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	17
B. Bedingtheit der Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse	19
C. Verhältnis des Ergebnisses zu Rechtsprechung und Literatur	102
D. Behandlung von Kündigungen, denen das betriebliche Erfordernis fehlt	136
E. Angreifbarkeit der Rechtsprechung des BAG vor dem BVerfG	139
F. Exkurs: Klarstellungen zu Beurteilungszeitpunkt und Prognoseprinzip	148
G. Exkurs: Zur Abgrenzung der personen- von der verhaltensbedingten Kündigung	154
H. Ausgewählte Einzelfälle	165
I. Zusammenfassung, Prüfungsschema	249
Literaturverzeichnis	255
Sachwortverzeichnis	269

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	17
B. Bedingtheit der Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse	19
I. Bedingtheit der Kündigung durch einen Kündigungsgrund	19
1. Einleitende Analyse des Wortlautes	19
2. Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit i. w. S.	20
3. Erforderlichkeit der Kündigung	22
II. Betriebliches Erfordernis	23
1. Einleitende Analyse des Wortlautes	23
2. Identifizierung des betrieblichen Erfordernisses	24
a) Kündigung als betriebliches Erfordernis?	24
b) Beseitigung eines Arbeitskräfteüberhangs als betriebliches Erfordernis?	25
c) Betriebliche Umgestaltung als betriebliches Erfordernis?	29
3. Betriebliches Erfordernis und unternehmerische Entscheidung	33
a) Struktur des Begriffs Erfordernis	33
b) Unternehmerische Entscheidungen: Zwecksetzungs- und Mittelentscheidungen	34
c) Korrektur des Ergebnisses durch das Dogma von der Freiheit der Unternehmerentscheidung?	34
aa) Verfassungsrechtliche Begründung der Freiheit der Unternehmerentscheidung?	36
bb) Beurteilungsspielraum des Arbeitgebers?	46
(1) Beurteilungsspielräume im Zivilrecht?	47
(2) Beurteilungsspielraum bei der betriebsbedingten Kündigung?	52
(3) Beurteilungsspielraum des öffentlichen Dienstherrn?	56
cc) Unzumutbares Schadensrisiko wegen Überforderung der Gerichte? Abhängigkeit des Risikos von der gesetzlichen Beweislastverteilung	59
dd) Wirtschaftsrisiko des Arbeitgebers?	62
ee) Vermutung sinnvoller Entscheidungen?	63
ff) Wertungswiderspruch zu den §§ 111, 112, 112a BetrVG? ..	64
gg) Ergebnis	66

4. Die Betrieblichkeit des Erfordernisses	66
5. Ergebnis	70
III. Störungstatbestand für die betriebsbedingte Kündigung (betriebsbedingter Kündigungsgrund)	70
1. Regelfall (Erfordernis einer betrieblich-organisatorischen Umgestaltung)	71
2. Sonderfall (Betriebliches Erfordernis erschöpft sich in der Kündigung)	71
IV. Doppelte Erforderlichkeitsprüfung	73
1. Erforderlichkeit einer betrieblichen Umgestaltung	74
2. Erforderlichkeit der Kündigung	75
V. Dringlichkeit	76
1. Dringlichkeit der betrieblichen Veränderung?	77
2. Dringlichkeit des verfolgten Zwecks?	79
3. Dringlichkeit der Erforderlichkeit?	79
a) Angemessenheit der betrieblichen Veränderung?	80
b) Absolut mildestes Mittel?	84
c) Besondere Geeignetheit?	86
4. Ergebnis	86
VI. Überprüfung der Angemessenheit der Kündigung?	87
1. Regelfall (Erfordernis einer betrieblich-organisatorischen Umgestaltung)	93
2. Sonderfall (Betriebliches Erfordernis erschöpft sich in der Kündigung)	95
3. Exkurs: Verhältnismäßigkeit i.e.S. und das Prinzip der Güter- und Interessenabwägung	98
VII. Ergebnis	101
C. Verhältnis des Ergebnisses zu Rechtsprechung und Literatur	102
I. Zur freien Unternehmerentscheidung	102
1. Was bedeutet Freiheit der Unternehmerentscheidung?	102
2. Auswirkungen des Dogmas von der Freiheit der Unternehmerentscheidung	110
II. Zur doppelten Erforderlichkeitsprüfung und zum Mittel-Zweck-Denken	117
III. Zum Begriff der inneren und äußeren Gründe	121
IV. Zur Dringlichkeit	126
V. Zum Verfassungsrang des Zwecks des Kündigungsschutzgesetzes	127
VI. Zur unternehmensbezogenen Weiterbeschäftigungspflicht	131
D. Behandlung von Kündigungen, denen das betriebliche Erfordernis fehlt	136
E. Angreifbarkeit der Rechtsprechung des BAG vor dem BVerfG	139

F. Exkurs: Klarstellungen zu Beurteilungszeitpunkt und Prognoseprinzip ..	148
G. Exkurs: Zur Abgrenzung der personen- von der verhaltensbedingten Kündigung	154
I. Vertragspflichtverletzung auch Voraussetzung der personenbedingten Kündigung	154
II. Willensgesteuertheit als alleiniges Abgrenzungskriterium	156
III. Konsequenzen, insbesondere für die betriebsbedingte Kündigung	162
H. Ausgewählte Einzelfälle	165
I. Kündigung, um den Personalbestand auf Dauer zu reduzieren	165
II. Ausgliederung	181
III. Umwandlung von Arbeitsverhältnissen in freie Mitarbeiterverhältnisse	192
IV. Kündigung zu Gunsten von Leiharbeit	197
V. Betriebsstilllegung	198
VI. Kündigung lediglich zur Gewinnsteigerung	202
VII. Änderungskündigung	206
1. Vorüberlegung zur Tatbestandsstruktur der Änderungskündigung und ihrem Verhältnis zur Beendigungskündigung	206
2. Änderungskündigung statt Beendigungskündigung?	215
a) Rein kündigungsschutzrechtliche Betrachtung	216
b) Berücksichtigung von § 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB III	218
3. Änderungskündigung zur Entgeltkürzung	222
4. Änderungskündigung zur Aufteilung eines Vollzeitarbeitsplatzes ...	233
5. Verlegung des Betriebes	239
VIII. Änderung des Anforderungsprofils für einen Arbeitsplatz	240
IX. Einführung von Kurzarbeit	241
1. Rein kündigungsschutzrechtliche Betrachtung	242
2. Berücksichtigung von § 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SGB III	245
I. Zusammenfassung, Prüfungsschema	249
Literaturverzeichnis	255
Sachwortverzeichnis	269

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
AR-Blattei	Arbeitsrechts-Blattei
ArbG	Arbeitsgericht
ArbuR	Arbeit und Recht
Art.	Artikel
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht
AuR	Arbeit und Recht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
b + p	Betrieb und Personal
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Sammlung der Entscheidungen des BVerfG
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
dies.	dieselbe
Diss.	Dissertation
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
E	Entscheidung (in der amtlichen Sammlung)
Einl.	Einleitung
ErfK	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
EuGH	Europäischer Gerichtshof

EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GrS	Großer Senat
Habil.	Habilitation
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
i. e. S.	im engeren Sinn
JA	Juristische Arbeitsblätter
JbAR	Jahrbuch des Arbeitsrechts
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KR	Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MüKo	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MünchArbR	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenzeitung
Nr.	Nummer
n. v.	nicht veröffentlicht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	NZA-Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht
RdA	Recht der Arbeit
Rn.	Randnummer
S.	Seite
s.	siehe
s. a.	siehe auch
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SGB	Sozialgesetzbuch
s. o.	siehe oben

TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
u. a.	und andere, unter anderem
usw.	und so weiter
v.	vom, von
vgl.	vergleiche
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung
z. B.	zum Beispiel
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZIAS	Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
ZTR	Zeitschrift für Tarifrecht

A. Einleitung

Gegenstand dieser Untersuchung ist der Tatbestand der betriebsbedingten Kündigung nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG.¹ Der Umfang der Voraussetzungen für eine betriebsbedingte Kündigung, insbesondere die Frage, ob die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit unternehmerischer Entscheidungen, die zu Kündigungen führen, geprüft werden müssen, wird von einigen Stimmen in der Literatur als eines der umstrittensten Probleme des Arbeitsrechts bezeichnet.² Dementsprechend gibt es zu diesem Thema eine fast unüberschaubare Anzahl von Veröffentlichungen. Allerdings wird der Versuch, zur Antwort durch eine bloß vergleichende Zusammenschau der vorhandenen Rechtsprechung und Literatur beizutragen, scheitern müssen. Überzeugungskraft kann eine Lösung nur haben, wenn sie an Maßstäbe anknüpft, deren Geltung weitgehend anerkannt ist. Da es sich bei der Frage nach dem Tatbestand der betriebsbedingten Kündigung gemäß § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG um eine Frage der Auslegung dieser Vorschrift handelt, bietet sich eine Besinnung auf die in der juristischen Methodenlehre anerkannten Auslegungskriterien an. Es soll daher versucht werden, die Lösung anhand einer konsequenten Analyse des Wortlauts, des Zusammenhangs, der Entstehungsgeschichte und des Zwecks von § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG zu entwickeln.

Die Erkenntnis, dass nur die anerkannten Grundsätze der Methodenlehre ein Ergebnis zu legitimieren vermögen, hat zur Folge, dass das Dogma von der Freiheit der Unternehmerentscheidung nicht unhinterfragt als Ausgangspunkt der Überlegungen akzeptiert werden kann. Dieser Lehrsatz wird vielmehr nur insoweit aufrechterhalten werden und damit Bedeutung für die Lösung haben können, als es gelingt, ihn methodisch einwandfrei zu begründen.³

Der Versuch einer Bestimmung des Tatbestandes der betriebsbedingten Kündigung mit Hilfe der klassischen Auslegungsmethoden beinhaltet auch, die Analyse möglichst frei von eigenen politischen Überzeugungen zu halten. Politische Überzeugungen – wenn sie nicht die des Gesetzgebers sind – sind kein Aus-

¹ In dieser Arbeit bleibt demnach bei der Bestimmung des Tatbestandes der betriebsbedingten Kündigung die Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG außer Betracht.

² Vgl. *Bitter*, DB 1999, 1214, 1219; *Diekhoff*, AuR 1957, 197.

³ So auch *Preis*, Ulrich, Prinzipien, S. 493, Schlussthese 7, der darauf hinweist, dass der Gesichtspunkt der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit keine selbständige Auslegungsmaxime im kodifizierten Kündigungsrecht sei.

legungskriterium.⁴ Im Gegenteil gehört es zum sauberen rechtswissenschaftlichen Arbeiten, die eigene politische Auffassung nicht in die Auslegung der Tatbestandsmerkmale hineinzutragen. In allen Wissenschaften gilt es, offen für jedes Ergebnis zu sein. Eine von der eigenen politischen Ansicht möglichst unabhängige Auslegung ist in der Rechtswissenschaft auch im Hinblick auf den Grundsatz der Gewaltenteilung wichtig. Die politischen Grundentscheidungen trifft der Gesetzgeber. Dies würde vereitelt, wenn der Richter oder Rechtswissenschaftler die eigene politische Überzeugung – sei es offen oder versteckt – der Auslegung des Gesetzes zu Grunde legte. Es ist Sache des Gesetzgebers, nicht die des Richters oder Rechtsgelehrten, das Gesetz zu ändern.

⁴ Ähnlich *Kühling*, AuR 2003, 92, 95, der darauf hinweist, dass sich wirtschaftspolitische Einwendungen an den Gesetzgeber richten müssen.

B. Bedingtheit der Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse

Nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG ist die betriebsbedingte Kündigung sozial ungerechtfertigt, wenn sie nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers im Betrieb entgegenstehen, bedingt ist. Es fragt sich, was die einzelnen Tatbestandsmerkmale bedeuten.

I. Bedingtsein der Kündigung durch einen Kündigungsgrund

Nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG muss die Kündigung durch personen-, verhaltens- oder betriebsbedingte Gründe *bedingt* sein, um sozial gerechtfertigt sein zu können. Es ist zu klären, welche Bedeutung das Merkmal „bedingt“ hat.

1. Einleitende Analyse des Wortlautes

Dass die Kündigung durch einen Kündigungsgrund bedingt sein muss, kann auch so formuliert werden, dass der Kündigungsgrund die Kündigung bedingen muss. Dass etwas ein anderes bedingt, kann bedeuten, dass jenes etwas dieses andere verursacht, bewirkt oder zur Folge hat. Es kann aber auch bedeuten, dass jenes etwas dieses andere erfordert; dabei meint erfordern „notwendig machen“ bzw. „erforderlich machen“.⁵

Die zweite Bedeutungsvariante – nach der ein Kündigungsgrund die Kündigung bedingt, wenn er sie erforderlich macht – ist vorzuziehen. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG ist als Definition der sozialen *Rechtfertigung* der Kündigung darauf ausgelegt, diese zu legitimieren. Es ist daher anzunehmen, dass auch das Merkmal „bedingt“ zu dieser Legitimation beitragen soll. Dafür muss in ihm eine wertende Aussage bezüglich des Verhältnisses von Kündigungsgrund und Kündigung enthalten sein. Eine Erforderlichkeitsbeziehung hat aber größeren legitimatorischen Gehalt als eine Kausalbeziehung, die der Rechtfertigung der Kündigung über das bloße Vorliegen des Kündigungsgrundes hinaus kaum etwas hinzuzufügen vermag.

⁵ Vgl. Duden, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache, unter den Stichwörtern „bedingen“, „erfordern“ und „notwendig“.