

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	17
1. Teil: Die Austauschkündigung	20
1. Kapitel: Dringende betriebliche Erfordernisse i.S.d. § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG	22
I. Die Unternehmerentscheidung	22
II. Der Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit	28
III. Die Dringlichkeit der betrieblichen Erfordernisse	32
IV. Die fehlende Möglichkeit der Weiterbeschäftigung	34
V. Zusammenfassung	37
2. Kapitel: Die Personalaustauschkündigung im Zusammenhang mit der Vergabe von Tätigkeiten oder Dienstleistungen	37
I. Die Vergabe zur selbständigen Durchführung an einen Dritten	38
II. Der Austausch der bisherigen Arbeitnehmer gegen neue (Leih-) Arbeitnehmer unter bloß formaler Aufgabe der Arbeitgeberstellung	40
1. Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 13.3.1987 („Austausch der Arbeitnehmer gegen Arbeitslose“)	40
2. Die sog. „Crewing-Entscheidung“ vom 26.9.1996	42
a) Rechtliche Beurteilung der Entscheidung	44
aa) Kriterium der Beibehaltung des Direktionsrechts	45
bb) Rechtsmissbräuchliche Unternehmerentscheidung	47
b) Zusammenfassung	49
3. Der sog. „Bremer Vulkan-Fall“ vom 2.12.1997	49
a) Rechtliche Beurteilung der Entscheidung	51
aa) Übereinstimmung mit der „Crewing-Entscheidung“	51
bb) Kein Wertungswiderspruch zu der „Weight-Watchers- Entscheidung“	52
cc) Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse im Fall der Arbeitnehmerüberlassung	53
dd) Unternehmerentscheidung zu Gunsten des Übergangs auf die Beschäftigungsgesellschaft	54
b) Stellungnahme	54
c) Zusammenfassung	58
4. Die sog. „Team-Dispatcher-Entscheidung“ vom 16.12.2004	59
III. Die Vergabe zur selbständigen Durchführung an die bisherigen	
	9

Arbeitnehmer unter Auswechselung der Vertragsform	60
1. Die sog. „Weight-Watchers-Entscheidung“ vom 9.5.1996	60
a) Rechtliche Beurteilung der Entscheidung	61
aa) Auswechselung der Vertragsform als unzulässige Austauschkündigung	63
bb) Überprüfung auf die wirtschaftliche Notwendigkeit	64
(1) Kriterien, insbesondere die Grundsätze der Änderungskündigung zur Entgeltreduzierung	67
(2) Stellungnahme	69
cc) Vertrauensschutzprinzip bei der Beurteilung der Dringlichkeit	70
dd) Bestätigung in der „Moskito-Anschläger-Entscheidung“ vom 13.3.2008	72
ee) Vergleich des „Weight-Watchers-Konzepts“ zu einem von <i>vornherein</i> feststehenden Konzept	73
ff) Stellungnahme	75
b) Zwischenergebnis	78
c) Strenge Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast	78
2. Die sog. „Frauenbeauftragten-Entscheidungen“ des Bundesarbeitsgerichts vom 18.9.2008	80
3. Zusammenfassung	82
IV. Die Auswechslung unter Gründung einer finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch abhängigen Organgesellschaft	82
1. Die sog. „Rheumaklinik-Entscheidung“ vom 26.9.2002	82
a) Rechtliche Würdigung der Entscheidung	86
aa) Umsatzsteuerrechtlicher und medizinischer Aspekt	86
bb) Vergleiche zu der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts	88
cc) Gefahr der uferlosen Ausweitung der inhaltlichen Kontrolle der Unternehmerentscheidung	93
dd) Tatbestandsmerkmal der „Dringlichkeit“ in § 1 Abs. 2 KSchG	94
b) Stellungnahme	95
2. Zwischenergebnis	100
VI. Zusammenfassende Betrachtung	100
1. Die dogmatische Begründung des Grundsatzes der unzulässigen Austauschkündigung	100
a) Begründungen der letzten Jahre	101
b) Begründungsansatz des Landesarbeitsgerichts Hamburg aus dem Jahre 2006 über § 10 AÜG	103
c) Zwischenergebnis	104
d) Stellungnahme	104
2. Subsumtionsfähiger Rechtssatz hinsichtlich des Vorliegens einer unzulässigen Austauschkündigung	107

3. Kapitel: Die unzulässige Austausch Kündigung im Zusammenhang mit einem vorrangigen Abbau der Leiharbeit	108
I. Die Arbeitsplätze von Leiharbeitnehmern als Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten für (Stamm-) Arbeitnehmer	109
1. Der dauerhafte Einsatz von Leiharbeitnehmern im Betrieb und im Unternehmen	110
a) Die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 5.3.2007	110
b) Rechtliche Beurteilung in der Literatur	113
aa) Schlüssiges Unternehmerkonzept der dauerhaften Leiharbeit	114
bb) Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse im Fall der Arbeitnehmerüberlassung	116
cc) Vergleiche mit der „Crewing-Entscheidung“ und der „Weight-Watchers-Entscheidung“	117
dd) Vergleich mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Befristungsrecht und zum besonderen Kündigungsschutz im Auszubildendenrecht	118
ee) Umgehung der Sozialauswahl	121
ff) Rechtsunsicherheit infolge eines unternehmensweit zu prüfenden komplizierten Verfahrens	123
gg) Gesetzeszweck des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – oder Leiharbeitnehmer als Arbeitnehmer zweiter Klasse?	125
c) Stellungnahme	127
d) Zwischenergebnis	133
e) Rechtslage nach Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes	133
2. Der vorübergehende Bedarf an Leiharbeit im Betrieb und im Unternehmen	134
a) Vertretung ausgefallener Arbeitnehmer	135
aa) Rechtliche Beurteilung in Rechtsprechung und Literatur	135
bb) Stellungnahme	136
cc) Zwischenergebnis	138
b) Schwankende Leiharbeit zur Bewältigung von Auftragspitzen	138
c) Differenzierung nach der Ursache des Bedarfs für eine vorübergehende Leiharbeit und Vermutung der Dauerhaftigkeit	139
d) Zwischenergebnis	140
II. Zusammenfassung	141

4. Kapitel: Das Drehtürverfahren zum Zwecke des Lohndumpings – der Fall Schlecker	141
I. Die Forderungen nach einer Gesetzesänderung des Arbeitnehmer- überlassungsgesetzes oder einer tarifvertraglichen Regelung	142
II. Die Anwendung der bisherigen Grundsätze zu § 1 KSchG und § 613a BGB	144
III. Stellungnahme	145
1. Die Wahrung der Identität der wirtschaftlichen Einheit i.S.d. § 613a BGB	145
2. Der Grundsatz der unzulässigen Austauschkündigung	147
IV. Vorschlag zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes	150
5. Kapitel: Die Austauschkündigung in betriebsverfassungsrechtlicher Hinsicht	151
I. Die Möglichkeiten des Betriebsrats, der unzulässigen Austauschkündigung zu begegnen	152
II. Die Möglichkeiten des Betriebsrats, dem Einsatz eines (Leih-) Arbeitnehmers zu begegnen	156
1. Die möglichen Einwände des Entleiherbetriebsrats gegenüber der „Einstellung“ des (Leih-) Arbeitnehmers	156
a) Tatsächliche Eingliederung in den Betrieb	157
b) Sonderfall der vorherigen Aufnahme eines Leiharbeit- nehmers in einen Stellenpool	159
2. Die Beteiligung in wirtschaftlichen Angelegenheiten	163
III. Die Auswirkungen eines vorrangigen Abbaus der Leiharbeit zu Gunsten eines kündigungsbedrohten Stammarbeitnehmers	164
6. Kapitel: Die Austauschkündigung im Zusammenhang mit der Änderung des Anforderungsprofils	166
I. Die Abgrenzung zwischen personen-, verhaltens- und betriebsbedingter Kündigung	168
II. Die Festlegung des Anforderungsprofils als freie Unternehmer- entscheidung im Gegensatz zu „wünschenswerten“ Anforderungen ohne hinreichenden Bezug zu der konkreten Arbeitsaufgabe	170
1. Die sog. „Facharbeiter gegen die Bauwerker-Entscheidung“ des Bundesarbeitsgerichts vom 11.9.1986	171
a) Entscheidung „für die Facharbeiter und gegen die Bauwerker“ als unzulässige Austauschkündigung	172
b) Stellungnahme	172
2. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts in der Folgezeit	175
3. Die rechtliche Beurteilung in der Literatur	177

4.	Die Kriterien für einen hinreichenden Bezug zu der sachgerechten Erledigung der Arbeitsaufgabe	178
a)	Beispiele aus Rechtsprechung und Literatur	178
b)	Stellungnahme	179
c)	Einfluss des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf die Unternehmerentscheidung zur Änderung des Anforderungsprofils – Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 28.1.2010	181
5.	Das Tatbestandsmerkmal der „Dringlichkeit“ in § 1 Abs. 2 KSchG und Vertrauensschutzgesichtspunkte	185
6.	Zwischenergebnis	185
III.	Zusammenfassung	186
7.	Kapitel: Die Austauschkündigung im Zusammenhang mit der Freikündigung	186
2. Teil:	Die Freikündigung	188
1.	Kapitel: Die gesetzlich normierte Freikündigungsobliegenheit	191
I.	Der Verdrängungswettbewerb innerhalb der Sozialauswahl gem. § 1 Abs. 3 KSchG	191
1.	Die Betriebsbezogenheit der Sozialauswahl	193
2.	Die Ermittlung des in die Sozialauswahl einzubeziehenden Personenkreises	194
a)	Auswahl unter „vergleichbaren“ Arbeitnehmern	195
b)	Teleologischer Ansatz einer unmittelbaren Auswirkung der unternehmerischen Entscheidung	197
c)	Stellungnahme	200
3.	Zusammenfassung	208
II.	Die Sozialauswahl und Arbeitnehmer mit Kündigungsverboten	208
III.	Die Abgrenzung zur Freikündigungsobliegenheit „außerhalb“ der Sozialauswahl („echte Freikündigung“)	212
2.	Kapitel: Die aus Rechtsfortbildung entwickelte Freikündigungsobliegenheit zu Gunsten eines Sonderkündigungsschutzberechtigten	214
I.	Der Sonderkündigungsschutz im Fall der Stilllegung einer Betriebsabteilung gem. § 15 Abs. 5 KSchG	214
1.	Die Grundsatzentscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 18.10.2000	215
2.	Die rechtliche Beurteilung der Entscheidung	217
a)	Auslegung des Begriffes „Übernahme“ i.S.d. § 15 Abs. 5 S. 1 KSchG	219

aa)	Wortlaut des Gesetzes	219
bb)	Systematik des Gesetzes	219
cc)	Entstehungsgeschichte	220
dd)	Teleologische Auslegung	222
b)	Zwischenergebnis	227
3.	Die „(Frei-)“ Kündigung des freizukündigenden Arbeitnehmers	228
a)	„Dasselbe“ dringende betriebliche Erfordernis durch die Stilllegung der Betriebsabteilung	230
aa)	Anwendung der allgemeinen Grundsätze	230
(1)	Privilegierung des Amtsträgers im Rahmen der Sozialauswahl	233
(2)	Vorliegen einer unzulässigen Austausch-kündigung	234
(3)	Stellungnahme	235
bb)	Eigenständige Bedeutung des § 15 Abs. 5 S. 1 KSchG neben den allgemeinen Grundsätzen der Sozialauswahl	240
(1)	„Echte“ Freikündigungsobliegenheit bei Fehlen von „vergleichbaren“ Arbeitnehmern	240
(2)	Stellungnahme	241
b)	„Neues“ dringendes betriebliches Erfordernis kraft gesetzlicher Übernahmeverpflichtung aus § 15 Abs. 5 KSchG	246
aa)	Begründung der „echten“ Freikündigungsobliegenheit durch das Bundesarbeitsgericht in der Entscheidung vom 18.10.2000	246
bb)	Stellungnahme	247
c)	Zusammenfassung	251
4.	Die Konsequenzen für den Sonderkündigungsschutz-berechtigten	252
a)	Erfordernis einer Interessenabwägung	252
aa)	Absoluter Vorrang	253
bb)	Interessenabwägung	255
cc)	Stellungnahme	257
b)	Unternehmensumfassende Weiterbeschäftigung	259
c)	Qualität des freizukündigenden Arbeitsplatzes	260
aa)	Auslegung des Begriffes „Übernahme“ im Hinblick auf die Qualität des Arbeitsplatzes	262
bb)	Zwischenergebnis	264
5.	Der Sonderkündigungsschutz im Fall der Stilllegung des Betriebes gem. § 15 Abs. 4 KSchG	265
6.	Weitere Freikündigungsobliegenheit bei Zusammentreffen von mehreren Mandatsträgern	267
II.	Die Freikündigungsobliegenheit zu Gunsten eines ordentlich	

unkündbaren Arbeitnehmers	270
1. Die Unkündbarkeit und der Verdrängungswettbewerb der Sozialauswahl	271
a) Außerordentliche Kündigung des tarifvertraglich ordentlich unkündbaren Arbeitnehmers	271
b) Einbeziehung des tarifvertraglich ordentlich unkündbaren Arbeitnehmers in die Sozialauswahl	273
2. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts	274
3. Die rechtliche Beurteilung in den Instanzgerichten und in der Literatur	278
a) Verlust der Wirkung des besonderen Kündigungsschutzes	280
b) Vertragliche Vereinbarung zu Lasten Dritter	281
c) Vergleich zu der Rechtslage hinsichtlich des Sonderkündigungsschutzes nach § 15 KSchG	282
d) Stellungnahme	283
4. Die „(Frei-)“ Kündigung des freizukündigenden Arbeitnehmers	285
a) „Dasselbe“ dringende betriebliche Erfordernis	286
aa) Anwendung der allgemeinen Grundsätze	287
(1) Privilegierung des tarifvertraglich ordentlich unkündbaren Arbeitnehmers im Rahmen der Sozialauswahl	288
(2) Stellungnahme	289
(3) Zwischenergebnis	291
bb) Eigenständige Bedeutung der Freikündigungsobliegenheit	291
(1) Arbeitgeberinteresse an der Leistungsfähigkeit des Unternehmens	292
(2) Vorliegen einer unzulässigen Austausch Kündigung	293
(3) Stellungnahme	294
cc) Zwischenergebnis	298
b) „Neues“ dringendes betriebliches Erfordernis kraft gesetzlicher bzw. tarifvertraglicher Anordnung	298
c) Folgerungen für die Sozialauswahl	300
5. Zusammenfassung	301
6. Die Freikündigungsobliegenheit zu Gunsten eines einzelvertraglich ordentlich unkündbaren Arbeitnehmers	302
7. Die Qualität des „freizukündigenden“ Arbeitsplatzes	303
III. Die Freikündigungsobliegenheit zu Gunsten eines schwerbehinderten Menschen	305
1. Das Kriterium der sozialen Härte in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts	305
2. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und	

rechtliche Würdigung in der Literatur	307
a) Die „(Frei-)“ Kündigung des anderen Arbeitnehmers als unzulässige Austauschkkündigung	310
b) Stellungnahme	311
3. Zwischenergebnis	315
IV. Die Freikündigungsobliegenheit zu Gunsten eines Jugend- und Auszubildendenvertreters	315
1. Die rechtliche Beurteilung in Rechtsprechung und Literatur	316
2. Stellungnahme	318
V. Zusammenfassung	318
3. Kapitel: Die aus Rechtsfortbildung entwickelte Freikündigungsobliegenheit zu Gunsten eines Arbeitnehmers ohne Sonderkündigungsschutz	319
I. Die verhaltensbedingte Kündigung	320
II. Die personenbedingte Kündigung bzw. die Schaffung eines leidensgerechten Arbeitsplatzes	321
1. Die Grundsatzentscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 29.1.1997 („leidensgerechter Arbeitsplatz“)	321
2. Die rechtliche Beurteilung in der Literatur	323
3. Stellungnahme	324
III. Die Freikündigungsobliegenheit auf Grund eines Rückkehrbegehrens	325
1. Die rechtliche Beurteilung in der Literatur	326
2. Die Besonderheiten im Zusammenhang mit einer Verdachtskündigung oder einer treuwidrigen Vereitelung der Wiederbesetzung	327
3. Stellungnahme	328
4. Kapitel: Die Freikündigungsobliegenheit zu Lasten eines Arbeitnehmers ohne Kündigungsschutz	330
5. Kapitel: Die Freikündigung in betriebsverfassungsrechtlicher Hinsicht	332
6. Kapitel: Zusammenfassende Betrachtung der Freikündigung	333
3. Teil: Die Freikündigung im Zusammenhang mit der Austauschkkündigung	336
Zusammenfassung der Ergebnisse	340
Literaturverzeichnis	345