

## **Individualarbeitsrecht Arbeitspapier 11**

### **I. Allgemeiner Kündigungsschutz nach dem KSchG**

#### 1. Grundlagen

- KSchG beschränkt bürgerlichrechtliche Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers
- Einschränkungen seit 1920 (zunächst aber Verknüpfung mit kollektivem Arbeitsrecht)
- „Bestandsschutzgesetz“ (kein reines Abfindungsgesetz)
- Aber: Kein Instrument zur Verhinderung von marktwirtschaftlich bedingter Beschäftigungslosigkeit
- Verfassungsrechtliche Vorgaben: Mindestschutz aus Art. 12 I GG

St. Rspr. des BVerfG:

Art. 12 I GG garantiert die freie Wahl des Arbeitsplatzes. Mit der Berufswahlfreiheit ist weder ein Anspruch auf Bereitstellung eines Arbeitsplatzes eigener Wahl noch eine Bestandsgarantie für den einmal gewählten Arbeitsplatz verbunden. Ebenso wenig gewährt Art. 12 I GG einen unmittelbaren Schutz gegen den Verlust des Arbeitsplatzes auf Grund privater Disposition. Insofern obliegt dem Staat aber eine aus dem Grundrecht folgende Schutzpflicht, der die geltenden Kündigungsvorschriften Rechnung tragen.

Bei privatrechtlichen Regelungen, die der Vertragsfreiheit Grenzen setzen, geht es um den Ausgleich widerstreitender Interessen, die regelmäßig beide grundrechtlich verankert sind. Dem durch Art. 12 I GG geschützten Interesse des Arbeitnehmers an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes steht das Interesse des Arbeitgebers gegenüber, in seinem Unternehmen nur Mitarbeiter zu beschäftigen, die seinen Vorstellungen entsprechen, und ihre Zahl auf das von ihm bestimmte Maß zu beschränken. Die kollidierenden Grundrechtspositionen sind in ihrer Wechselwirkung zu erfassen und so zu begrenzen, dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden.

- Politischer Streit um den Kündigungsschutz (vgl. Handelsblatt online vom 26.6.2012)

## 2. Anwendungsbereich

### a) Gegenständlich

Schutz gilt nur für ordentliche Kündigungen seitens des Arbeitgebers (nicht bei sonstigen Beendigungsgründen, insbesondere Befristung)

### b) Betrieblich (§ 23 KSchG)

Grds. Geltung ab mehr als 10 Arbeitnehmern

Aber: Bis 31.12.2003 Geltung bereits ab fünf Arbeitnehmern

Komplizierte Regelung zu Gunsten von „Alt-Arbeitnehmern“ (aber nur, wenn am 31.12.2003 bereits Kündigungsschutz vorhanden)

Herausnahme von Kleinbetrieben gerechtfertigt durch:

- persönliches Vertrauensverhältnis
- ansonsten finanzielle Überforderung
- geringe verwaltungsmäßige Leistungsfähigkeit

Klare Differenzierungen zwischen Betrieb und Unternehmen,  
aber uU unter bestimmten Voraussetzungen verfassungskonforme  
Einschränkung des Betriebsbegriffs (Art. 3 I GG)

### c) Persönlich (§ 1 I KSchG)

- Schutz (nur) von Arbeitnehmern
- Wartezeit von sechs Monaten (entscheidend ist der rechtliche Bestand des Arbeitsverhältnisses; uU ausnahmsweise Zusammenrechnung von Arbeitsverhältnissen)

## 3. Sozialwidrigkeit der Kündigung – Allgemeine Grundsätze

### a) Struktur von § 1 KSchG

- Grundregel in Abs. 1
- Aufteilung in drei Kündigungsgründe = Abs. 2 S. 1
- Gegengründe = Abs. 2 S. 2-4
- nur bei betriebsbedingten Kündigungen:
- soziale Auswahl = Abs. 3
- Sonderfälle = Abs. 4 und 5

### b) Übergreifende Regeln

- aa) Beurteilungszeitpunkt = Zugang der Kündigung
- bb) Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses (zB keine Ahndung von Privatverhalten des Arbeitnehmers)
- cc) Prognoseprinzip (Testfrage: Ist mit weiteren Störungen zu rechnen?)
- dd) Ultima-Ratio-Prinzip (Testfrage: Gibt es mildere Mittel, künftige Störungen zu vermeiden?); zB Abmahnung, Versetzung
- ee) Interessenabwägung (nur bei personen- und verhaltensbedingter Kündigung)

#### 4. Personenbedingte Kündigung

##### a) Struktur

- in der Person des Arbeitnehmers liegender Grund, der zu einer Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses führt
- negative Prognose
- Ultima-Ratio-Prinzip
- Interessenabwägung

##### b) Fälle (insbes. krankheitsbedingte Kündigung)

St. Rspr.:

1. Nach der ständigen Rechtsprechung des *Senats* ist eine auf einer lang anhaltenden Erkrankung beruhende ordentliche Kündigung in mehreren Stufen zu prüfen.
2. Zunächst ist eine negative Prognose hinsichtlich des voraussichtlichen Gesundheitszustandes des erkrankten Arbeitnehmers erforderlich. Es müssen – abgestellt auf den Kündigungszeitpunkt und die bisher ausgeübte Tätigkeit – objektive Tatsachen vorliegen, die die Besorgnis einer weiteren, längeren Erkrankung rechtfertigen. Liegt – bereits – eine krankheitsbedingte dauernde Leistungsunfähigkeit vor, ist eine negative Prognose hinsichtlich des voraussichtlichen Gesundheitszustandes indiziert. Steht fest, dass der Arbeitnehmer die (vertraglich) geschuldete Arbeitsleistung überhaupt nicht mehr erbringen kann oder ist die Wiederherstellung seiner Arbeitskraft völlig ungewiss, ist eine solche negative Prognose gerechtfertigt. Dabei steht die Ungewissheit der Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit der dauernden Leistungsunfähigkeit gleich, d.h. die Prognose ist schlecht, wenn nicht in absehbarer Zeit mit einer anderen positiven Entwicklung gerechnet werden kann. Als absehbare Zeit in diesem Zusammenhang hat der *Senat* in seiner Rechtsprechung einen Zeitraum bis zu 24 Monaten angesehen
3. Die prognostizierten Fehlzeiten sind nur dann geeignet, eine krankheitsbedingte Kündigung sozial zu rechtfertigen, wenn die zu erwartenden Auswirkungen des Gesundheitszustandes des Arbeitnehmers zu einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen führen. Sie können durch Störungen im Arbeitsablauf oder durch eine erhebliche wirtschaftliche Belastung hervorgerufen werden. Liegt allerdings eine krankheitsbedingte dauernde Leistungsunfähigkeit vor oder ist die Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit völlig ungewiss, so kann in der Regel ohne Weiteres von einer erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen ausgegangen werden.
4. Eine Kündigung ist aber entsprechend dem das ganze Kündigungsrecht beherrschenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unverhältnismäßig und damit rechtsunwirksam, wenn sie durch andere mildere Mittel vermieden werden kann, d.h., wenn die Kündigung nicht zur Beseitigung der betrieblichen Beeinträchtigungen bzw. der eingetretenen Vertragsstörung geeignet oder nicht erforderlich ist. Der Arbeitgeber muss von mehreren gleich geeigneten, zumutbaren Mitteln dasjenige wählen, das das Arbeitsverhältnis und den betroffenen Arbeitnehmer am wenigsten belastet. Eine Kündigung ist als letztes Mittel nur zulässig, wenn der Arbeitgeber alle zumutbaren Möglichkeiten zu ihrer Vermeidung ausgeschöpft hat. Dabei kommt bei einer krankheitsbedingten Kündigung nicht nur eine

Weiterbeschäftigung auf einem anderen, freien Arbeitsplatz in Betracht. Der Arbeitgeber hat vielmehr alle gleichwertigen, leidensgerechten Arbeitsplätze, auf denen der betroffene Arbeitnehmer unter Wahrnehmung des Direktionsrechts einsetzbar wäre, in Betracht zu ziehen und gegebenenfalls „freizumachen“.

5. Schließlich ist eine Interessenabwägung vorzunehmen, bei der zu prüfen ist, ob die erheblichen betrieblichen Beeinträchtigungen zu einer billigerweise nicht mehr hinzunehmenden Belastung des Arbeitgebers führen. Im Fall der völligen Ungewissheit der Wiederherstellung der Arbeitskraft bedarf es allerdings zur sozialen Rechtfertigung der Kündigung keiner konkret festzustellenden erheblichen Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen.

EuGH NZA 2006, 839 = JA 2006, 742 m. Anm. *Schwarze* (Kündigung wegen Krankheit keine Diskriminierung wegen Behinderung)

### **Bedeutung von § 84 SGB IX für die krankheitsbedingten Kündigung?**

#### **§ 84 Prävention**

(1) Der Arbeitgeber schaltet bei Eintreten von personen-, verhaltens- oder betriebsbedingten Schwierigkeiten im Arbeits- oder sonstigen Beschäftigungsverhältnis, die zur Gefährdung dieses Verhältnisses führen können, möglichst frühzeitig die Schwerbehindertenvertretung und die in § 93 genannten Vertretungen sowie das Integrationsamt ein, um mit ihnen alle Möglichkeiten und alle zur Verfügung stehenden Hilfen zur Beratung und mögliche finanzielle Leistungen zu erörtern, mit denen die Schwierigkeiten beseitigt werden können und das Arbeits- oder sonstige Beschäftigungsverhältnis möglichst dauerhaft fortgesetzt werden kann.

(2) Sind Beschäftigte innerhalb eines Jahres länger als sechs Wochen ununterbrochen oder wiederholt arbeitsunfähig, klärt der Arbeitgeber mit der zuständigen Interessenvertretung im Sinne des § 93, bei schwerbehinderten Menschen außerdem mit der Schwerbehindertenvertretung, mit Zustimmung und Beteiligung der betroffenen Person die Möglichkeiten, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden werden und mit welchen Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann (betriebliches Eingliederungsmanagement). Soweit erforderlich wird der Werks- oder Betriebsarzt hinzugezogen.

BAGE 120, 293 = NZA 2007, 617

Die Durchführung des Präventionsverfahrens nach § 84 I SGB IX ist keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für den Ausspruch einer Kündigung gegenüber einem schwerbehinderten Menschen. Die Vorschrift stellt eine Konkretisierung des dem gesamten Kündigungsschutzrecht innewohnenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dar.

BAGE 123, 234 = NZA 2008, 173

1. Das Erfordernis eines betrieblichen Eingliederungsmanagements nach § 84 II SGB IX besteht für alle Arbeitnehmer, nicht nur für behinderte Menschen.
2. Die Durchführung eines betrieblichen Eingliederungsmanagements nach § 84 II SGB IX ist keine formelle Wirksamkeitsvoraussetzung für den Ausspruch einer krankheitsbedingten Kündigung.
3. Die Regelung des § 84 II SGB IX stellt eine Konkretisierung des dem gesamten Kündigungsschutzrecht innewohnenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dar.

## 5. Verhaltensbedingte Kündigung

### a) Struktur

- im Verhalten des Arbeitnehmers liegender Grund, der zu einer Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses führt
- negative Prognose
- Ultima-Ratio-Prinzip
- Interessenabwägung

BAG NZA 1993, 17 (Verhaltensbedingte Kündigung – Verstoß gegen Pflicht zur Arbeitsunfähigkeits-Anzeige)

Auch die schuldhaft vergeblich abgemahnte Verletzung einer Nebenpflicht (hier: gesetzliche Pflicht zur unverzüglichen Anzeige der Arbeitsunfähigkeit) kann an sich eine ordentliche Kündigung sozial rechtfertigen, und zwar auch dann, wenn es dadurch nicht zu einer Störung der Arbeitsorganisation oder des Betriebsfriedens gekommen ist. Wenn derartige nachteilige Auswirkungen eingetreten sind, ist das im Rahmen der Interessenabwägung zu Lasten des Arbeitnehmers zu berücksichtigen

### b) Insbes. Abmahnungserfordernis

Auszug aus BAG, NZA 1987, 418:

Nach ständiger Rechtsprechung des BAG ist bei Störungen im Leistungsbereich regelmäßig vor Ausspruch einer Änderungs- oder Beendigungskündigung eine vergebliche Abmahnung erforderlich. Auch bei einem Fehlverhalten im Vertrauensbereich bedarf es dann einer vorherigen erfolglosen Abmahnung, wenn der Arbeitnehmer mit vertretbaren Gründen annehmen konnte, sein Verhalten sei nicht vertragswidrig oder werde vom Arbeitgeber zumindest nicht als ein erhebliches, den Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdendes Fehlverhalten angesehen. Zu den unverzichtbaren Voraussetzungen einer ordnungsgemäßen Abmahnung gehört neben der Rüge eines genau zu bezeichnenden Fehlverhaltens (Rügefunktion) der Hinweis auf die Bestands- oder Inhaltsgefährdung des Arbeitsverhältnisses für den Wiederholungsfall (kündigungsrechtliche Warnfunktion). Durch die Abmahnung soll dem Arbeitnehmer gegenüber zum Ausdruck gebracht werden, daß der Arbeitgeber die vom Arbeitnehmer erbrachten Arbeitsleistungen oder ein bestimmtes Verhalten des Arbeitnehmers als nicht vertragsgemäß ansieht und künftig nicht mehr hinzunehmen gewillt ist. Durch das Erfordernis einer vergeblich gebliebenen Abmahnung vor Ausspruch einer verhaltensbedingten Kündigung soll mithin der mögliche Einwand des Arbeitnehmers ausgeräumt werden, er habe die Pflichtwidrigkeit seines Verhaltens nicht gekannt oder jedenfalls nicht damit rechnen müssen, der Arbeitgeber sehe dieses Verhalten als so schwerwiegend an, daß er zu kündigungsrechtlichen Konsequenzen greifen werde.

## 6. Betriebsbedingte Kündigung

In der Möglichkeit betriebsbedingter Kündigung zum Ausdruck, dass das Arbeitsrecht auf Dauer keinen unrentablen Arbeitsplätze sichern kann.

Zweistufige Struktur:

- dringendes betriebliches Erfordernis
- Sozialauswahl (personelle Konkretisierung)

### a) Dringendes betriebliches Erfordernis

Unternehmerische Entscheidung (als Folge inner- oder außerbetrieblicher Ursachen)

**BAGE 92, 71 = NZA 1999, 1098 (Betriebsbedingte Kündigung – Unternehmerentscheidung)**

Nach der ständigen Rechtsprechung des *Senats* können sich betriebliche Erfordernisse für eine Kündigung i.S. von § 1 II KSchG aus innerbetrieblichen Umständen (Unternehmerentscheidungen wie z.B. Rationalisierungsmaßnahmen, Umstellung oder Einschränkung der Produktion) oder durch außerbetriebliche Gründe (z.B. Auftragsmangel oder Umsatzrückgang) ergeben. Diese betrieblichen Erfordernisse müssen „dringend“ sein und eine Kündigung im Interesse des Betriebs notwendig machen. 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 zu entsprechen. Die Kündigung muß wegen der betrieblichen Lage unvermeidbar sein. Wenn sich der Arbeitgeber auf außerbetriebliche oder innerbetriebliche Umstände beruft, darf er sich nicht auf schlagwortartige Umschreibungen beschränken; er muß seine tatsächlichen Angaben vielmehr so im einzelnen darlegen (substantiiieren), daß sie vom Arbeitnehmer mit Gegentatsachen bestritten und vom Gericht überprüft werden können. Bei Kündigungen aus innerbetrieblichen Gründen muß der Arbeitgeber darlegen, welche organisatorischen oder technischen Maßnahmen er angeordnet hat und wie sich die von ihm behaupteten Umstände unmittelbar oder mittelbar auf die Beschäftigungsmöglichkeit für den gekündigten Arbeitnehmer auswirken. Der Vortrag des Arbeitgebers muß erkennen lassen, ob durch eine innerbetriebliche Maßnahme oder durch einen außerbetrieblichen Anlaß das Bedürfnis an der Tätigkeit des gekündigten Arbeitnehmers wegfällt. Von den Arbeitsgerichten voll nachzuprüfen ist, ob eine derartige unternehmerische Entscheidung tatsächlich vorliegt; eine solche unternehmerische Entscheidung ist selbst nicht auf ihre sachliche Rechtfertigung oder ihre Zweckmäßigkeit zu überprüfen, sondern nur darauf, ob sie offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist.

## Fortfall von Beschäftigungsmöglichkeiten

### **BAGE 95, 171 = NZA 2000, 1097 (Wiedereinstellungsanspruch)**

1. Dem betriebsbedingt gekündigten Arbeitnehmer kann ein Wiedereinstellungsanspruch zustehen, wenn sich zwischen dem Ausspruch der Kündigung und dem Ablauf der Kündigungsfrist unvorhergesehen eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit ergibt. Entsteht diese erst nach Ablauf der Kündigungsfrist, besteht grundsätzlich kein Wiedereinstellungsanspruch
2. Dem Wiedereinstellungsanspruch können berechnigte Interessen des Arbeitgebers entgegenstehen. Diese können auch darin bestehen, dass der Arbeitgeber den in Betracht kommenden Arbeitsplatz bereits wieder besetzt hat.
3. Der Arbeitgeber kann sich auf die Neubesetzung des Arbeitsplatzes nicht berufen, wenn hierdurch der Wiedereinstellungsanspruch treuwidrig vereitelt wird.
4. Bei der Auswahl des wiedereinzustellenden Arbeitnehmers hat der Arbeitgeber gem. § 242 BGB die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Ob ein Arbeitgeber verpflichtet ist, von sich aus einen Arbeitnehmer über eine sich unvorhergesehen ergebende Beschäftigungsmöglichkeit zu unterrichten, hängt ebenfalls gem. § 242 BGB von den Umständen des Einzelfalls ab.

### Ultima-ratio-Prinzip

Der Arbeitgeber hat vorrangig mildere Mittel zu ergreifen, um den Wegfall von Beschäftigungsmöglichkeiten aufzufangen (zB Abbau von Überstunden)

Dazu zählt insbesondere die Möglichkeit der Weiterbeschäftigung auf freiem Arbeitsplatz zu gleichen Konditionen bzw. nach Bildungsmaßnahmen/zugewänderten (schlechteren) Arbeitsbedingungen

Der nach dem Gesetzeswortlaut an sich erforderliche Widerspruch des Betriebsrats ist entbehrlich:

### **BAGE 25, 278 (Weiterbeschäftigungsmöglichkeit ohne Widerspruch des Betriebsrats)**

b) Soziale Auswahl

aa) Allgemeines

Trotz eines dringenden betrieblichen Erfordernisses ist die Kündigung bei unzureichender Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkt unwirksam

Sozialauswahl entfällt nur dann, wenn der gesamte Betrieb stillgelegt wird

bb) Auswahlrelevanter Arbeitnehmerkreis

(Nur) Arbeitnehmer desselben Betriebes („Schicksalsgemeinschaft“)

Austauschbarkeit

- Qualifikationsmäßige Austauschbarkeit
- Arbeitsvertragliche Austauschbarkeit
- nur horizontale Vergleichbarkeit
- (kein „Veränderungswettbewerb nach unten oder oben“)

**BAG NZA 2000, 822 (Soziale Auswahl – Vergleichbarkeit)**

Kann ein Arbeitnehmer nach dem Arbeitsvertrag nur innerhalb eines bestimmten Arbeitsbereichs versetzt werden (im Fall: eine Layouterin/Redakteurin eines großen Verlagshauses nur innerhalb der Redaktion der von ihr betreuten Zeitschrift), so ist bei einer wegen Wegfalls dieses Arbeitsbereichs erforderlichen betriebsbedingten Kündigung keine Sozialauswahl unter Einbeziehung der vom Tätigkeitsfeld vergleichbaren Arbeitnehmer anderer Arbeitsbereiche (Redaktionen anderer Zeitschriften des Verlags) vorzunehmen

cc) Sammlung und Abwägung der Sozialdaten

Seit 1.1.2004

- Betriebszugehörigkeit
- Lebensalter
- Unterhaltspflichten
- Schwerbehinderung

Beurteilungsspielraum des Arbeitgebers

Seit einigen Jahren zusätzlich gewisse Erleichterung durch Aufgabe der Aufgabe der „Domino-Theorie“:

BAGE 120, 137 = NZA 2007, 549 = JA 2008, 144 m. Anm. *Krause*:

Arbeitgeber kann einwenden, dass sich Auswahlfehler nicht auf die Kündigung ausgewirkt hat, weil klagende Arbeitnehmer ohnehin (nach Punktetabelle) gekündigt worden wäre

dd) Herausnahme bestimmter Arbeitnehmer (Leistungsträger, Personalstruktur)

BAG NZA 2003, 42 (Leistungsträger)

Bei der Herausnahme von „Leistungsträgern“ aus der Sozialauswahl muss der Arbeitgeber das Interesse des sozial schwächeren Arbeitnehmers gegen das betriebliche Interesse an der Herausnahme des Leistungsträgers abwägen.



BAG NZA 2007, 139 (ausgewogene Personalstruktur)

1. Die Erhaltung einer ausgewogenen Altersstruktur kann je nach den Umständen einer Auswahl allein nach sozialen Gesichtspunkten entgegenstehen.

2. Ein berechtigtes betriebliches Bedürfnis i.S. von § 1 III 2 KSchG an der Erhaltung einer ausgewogenen Altersstruktur kann insbesondere dann vorliegen, wenn bei einer Massenentlassung die Gefahr besteht, dass es durch eine Auswahl allein nach sozialen Gesichtspunkten zu erheblichen Verschiebungen in der Altersstruktur des Betriebes kommt, die im betrieblichen Interesse nicht hinnehmbar sind.

ee) Auswahlrichtlinien (§ 1 IV KSchG, § 95 BetrVG)

c) Namensliste in Interessenausgleich (§ 1 V KSchG, § 111 BetrVG)

d) Abfindungsregelung (§ 1a KSchG)

## II. Materieller Kündigungsschutz außerhalb des KSchG

### 1. Verfassungsrechtliche Grundlage: Schutzpflicht aus Art. 12 I GG **BVerfGE 97, 169 = NZA 1998, 470 (Kleinbetriebsklausel und Schutzpflicht)**

1. § 23 I 2 des Kündigungsschutzgesetzes in der Fassung des Gesetzes vom 26. 4. 1985 war bei verfassungskonformer Auslegung mit dem Grundgesetz vereinbar.

2. Soweit die Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes nicht greifen, gewährleisten die zivilrechtlichen Generalklauseln den durch Art. 12 I GG gebotenen Mindestschutz der Arbeitnehmer.

### 2. Umsetzung durch § 242 BGB **BAGE 97, 93 = NZA 2001, 833 (Kündigungsschutz nach § 242 BGB)**

1. Soweit im Fall der Kündigung unter mehreren Arbeitnehmern eine Auswahl zu treffen ist, hat auch der Arbeitgeber im Kleinbetrieb, auf den das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung findet, ein durch Art. 12 GG gebotenes Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme zu wahren. Eine Kündigung, die dieser Anforderung nicht entspricht, verstößt gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) und ist deshalb unwirksam.

2. Ist bei einem Vergleich der grundsätzlich von dem gekündigten Arbeitnehmer vorzutragenden Sozialdaten evident, dass dieser erheblich sozial schutzbedürftiger ist als ein vergleichbarer weiterbeschäftigter Arbeitnehmer, so spricht dies zunächst dafür, dass der Arbeitgeber das gebotene Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme außer acht gelassen hat. Setzt der Arbeitgeber dem schlüssigen Sachvortrag des Arbeitnehmers weitere (betriebliche, persönliche etc.) Gründe entgegen, die ihn zu der getroffenen Auswahl bewogen haben, so hat unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben eine Abwägung zu erfolgen. Es ist zu prüfen, ob auch unter Einbeziehung der vom Arbeitgeber geltend gemachten Gründe die Kündigung die sozialen Belange des betroffenen Arbeitnehmers in treuwidriger Weise unberücksichtigt lässt. Der unternehmerischen Freiheit des Arbeitgebers im Kleinbetrieb kommt bei dieser Abwägung ein erhebliches Gewicht zu.

### **III. Verhältnis zum Antidiskriminierungsrecht**

**BAGE 128, 238 = NZA 2009, 361 = JA 2009, 463 m. Anm. Schwarze**  
(Interpretation von § 2 IV AGG)

1. Die Diskriminierungsverbote des AGG (§§ 1, 10 AGG) sind im Rahmen der Prüfung der Sozialwidrigkeit von Kündigungen zu beachten. Eine Kündigung kann sozialwidrig sein, wenn sie gegen Diskriminierungsverbote verstößt. Die Regelung des § 2 IV AGG steht dem nicht entgegen.
2. Die Diskriminierungsverbote des AGG – einschließlich der ebenfalls im AGG vorgesehenen Rechtfertigungen für unterschiedliche Behandlungen – sind bei der Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe des Kündigungsschutzgesetzes in der Weise zu beachten, dass sie Konkretisierungen des Begriffs der Sozialwidrigkeit darstellen.
3. Zweck des § 2 IV AGG ist es sicherzustellen, dass durch das AGG nicht neben das bisherige ein „zweites Kündigungsrecht“, also eine besondere „Diskriminierungsklage“ neben die Kündigungsschutzklage, treten soll.
4. Dagegen sollen die Diskriminierungsverbote nicht als eigene Unwirksamkeitsnormen angewendet werden. Ob und inwieweit mit der Einpassung der Diskriminierungsverbote in das Kündigungsschutzrecht bestimmte Rechte von durch Kündigung diskriminierten Beschäftigten – vgl. §§ 12 ff. AGG – ausgeschlossen sein sollen, bleibt offen.
5. Die in § 1 III 1 KSchG vorgesehene Berücksichtigung des Lebensalters führt in der Tendenz zu einer Bevorzugung älterer und damit zugleich zu einer Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer. Die Absicht des Gesetzes besteht darin, ältere Arbeitnehmer, die wegen ihres Alters typischerweise schlechtere Chancen auf dem Arbeitsmarkt haben, etwas besser zu schützen. Darin liegt ein legitimes Ziel.
6. Auch die Bildung von Altersgruppen kann nach § 10 S. 1, 2 AGG gerechtfertigt sein.
7. Die legitimen Ziele einer Altersgruppenbildung müssen grundsätzlich vom Arbeitgeber im Prozess dargelegt werden. Indes ist vom Vorhandensein solcher legitimer Ziele regelmäßig auszugehen, wenn die Altersgruppenbildung bei Massenkündigungen auf Grund einer Betriebsänderung erfolgt. In diesen Fällen ist regelmäßig die Erhaltung einer auch altersmäßig ausgewogenen Personalstruktur gefährdet.
8. Die Altersgruppenbildung vermeidet außerdem nicht nur eine Überalterung der Belegschaft, sondern ebnet auch die bei Massenkündigungen etwa überschießenden Tendenzen der Bewertung des Lebensalters als Sozialdatum ein und wirkt so einer übermäßigen Belastung jüngerer Beschäftigter entgegen.