

Kommentar KSchG

von

Dr. iur. Dr. iur. h.c. Manfred Löwisch

Professor an der Universität Freiburg,
Rechtsanwalt, Lahr/Schwarzwald,
vorm. Richter am OLG Karlsruhe

Dr. iur. Guido Schlünder

Richter am Bundesarbeitsgericht, Erfurt

Dr. iur. Günter Spinner

Richter am Bundesarbeitsgericht, Erfurt,
Honorarprofessor an der Universität Freiburg

und

Dr. iur. Frank Wertheimer

Rechtsanwalt, Lahr/Schwarzwald

11., neubearbeitete und erweiterte Auflage 2018

Fachmedien Recht und Wirtschaft | dfv Mediengruppe | Frankfurt am Main

Zitiervorschlag: LSSW/*Bearbeiter*, § ... Rn. ...

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

I S B N 9 7 8 - 3 - 8 0 0 5 - 3 2 9 0 - 2

dfv Mediengruppe

© 2018 Deutscher Fachverlag GmbH, Fachmedien Recht und Wirtschaft,
Frankfurt am Main

www.ruw.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Satzkonvertierung: Lichtsatz Michael Glaese GmbH, 69502 Hemsbach

Druck und Verarbeitung: Kösel GmbH & Co. KG, 87452 Altusried-Krugzell

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier, hergestellt aus FSC-zertifiziertem Zellstoff

Printed in Germany

Vorbemerkungen zu § 1

Literatur: *Bauer/Krieger/Arnold*, Arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge, 9. Aufl 2014; *Bayreuther*, Thesen zur Reform des Kündigungsschutzes, NZA 2006, 417; *Behrens/Schliemann* (Hrsg), Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses – Eine Bewertung aus Sicht des europäischen Gemeinschaftsrechts und des österreichischen, italienischen und deutschen Arbeits- und Sozialrechts, NZA 2003, Sonderbeil zu Heft 21; *Benecke*, AGG und Kündigungsschutz – das BAG und die diskriminierende Kündigung, AuR 2016, 9; *Caspers*, Personalabbau und Betriebsänderung im Insolvenzverfahren, 1998; *ders*, Rechtsfolgen des Formverstößes bei § 623 BGB, RdA 2001, 28; *Diller/Krieger/Arnold*, Kündigungsschutzgesetz plus Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, NZA 2006, 887; *Franzen*, Das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers als Grundlage des arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzes, FS Otto (2008) S 71; *Hromadka*, Anfechtung von Aufhebungsverträgen und Verwirkung, FS Zöllner (1998) S 785; *Hromadka/Höland*, Muss der Kündigungsschutz reformiert werden?, Schriftenreihe der Otto Brenner Stiftung, Bd 82 (2003); *Husemann*, Zur Berücksichtigung des Arbeitnehmerverhaltens nach außerordentlicher Kündigung, RdA 2016, 30; *Kaiser*, Bestands- und Abfindungsschutz durch Betriebszugehörigkeit?, FS Konzen (2006), 381; *Kaiser*, Kündigungsprävention durch den Betriebsrat, FS Löwisch (2007) S 153; *Kamanabrou*, Europarechtskonformer Schutz vor Benachteiligungen bei Kündigungen, RdA 2007, 199; *Krebber*, Individualarbeitsrecht als Arbeitsmarktrecht und Anknüpfung des Arbeitsverhältnisstatuts, FS Birk (2008) S 477; *Löwisch*, Betriebsbedingte Kündigung und Unternehmerfreiheit, Schriftenreihe der Otto-Brenner-Stiftung Bd 73 (1998), 45; *ders*, Tarifliche Regelung von Arbeitgeberkündigungen, DB 1998, 877; *ders*, Auswege aus dem Kündigungsschutzrisiko? FS zum 50jährigen Bestehen des Bundesarbeitsgericht, 2004, 421; *ders*, Kündigen unter dem AGG, BB 2006, 2189; *Möschel*, Kündigungsschutz und Beschäftigung – ein Scheinproblem?, JZ 2006, 113; *Oetker*, Gibt es einen Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes?, AuR 1997, 41; *ders*, Arbeitsrechtlicher Kündigungsschutz und Tarifautonomie, ZfA 2001, 287; *Picker*, Die Anfechtung von Arbeitsverträgen, ZfA 1981, 1; *Preis*, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, 1987; *ders*, Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, NZA 1997, 1256; *Rebhahn*, Abfindung statt Kündigungsschutz? – Rechtsvergleich und Regelungsmodelle, RdA 2002, 272; *Reuter*, Grundlagen des Kündigungsschutzes – Bestandsaufnahme und Kritik, FS 25 Jahre Bundesarbeitsgericht (1979) S 405; *ders*, Reichweite und Grenzen der Legitimität des Bestandsschutzes von Arbeitsverhältnissen, ORDO Bd 33 (1982) S 165; *Richardi*, 50 Jahre KSchG – ein vergessenes Jubiläum!, NZA 2000, 13; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996; *Rüthers*, Der geltende Kündigungsschutz – Beschäftigungsbremse oder Scheinproblem?, NJW 2006, 1640; *Spelge*, Die Kunst, formal wirksam zu kündigen, RdA 2016, 309; *Stahlhacke*, Grundfragen der betriebsbedingten Kündigung, DB 1994, 1361; *Wisskirchen/Bissels*, Arbeitsrechtliche Probleme bei „Matrixstrukturen“ – Kündigungsschutz im multinationalen Konzern bei multinational tätigen Arbeitnehmern, DB 2007, 340; *Zöllner*, Sind im Interesse einer gerechten Verteilung der Arbeitsplätze Begründung und Beendigung der Arbeitsverhältnisse neu zu regeln?, Gutachten für den 52. Deutschen Juristentag, 1978.

Ältere Literatur s Voraufgaben.

Vor § 1 Vorbemerkungen

Übersicht

	Rn		Rn
I. Allgemeines	1	6. Autonome Regelungen des Kündigungsschutzes.	108
1. Regelungsziele des Kündigungsschutzgesetzes	1	a) Kollektivvertragliche Regelungen	108
a) Allgemeiner Kündigungsschutz	1	aa) Erweiterungen.	108
b) Kündigungsschutz von Organmitgliedern und Wahlbewerbern der Betriebs- und Personalverfassung.	15	bb) Beschränkungen	111
c) Anzeigepflicht bei Massentlassungen	16	b) Einzelvertragliche Regelungen	115
II. Reformgesetzgebung	17	7. Kündigung in der Insolvenz.	118
III. Kündigungsschutz und Grundgesetz.	19	8. Beendigungsschutz bei befristeten und bedingten Arbeitsverhältnissen.	124
IV. Kündigungsschutz und Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz	24	9. Auflösungsvertrag	128
1. Diskriminierende Kündigungen	24	VII. Außerordentliche Kündigung.	142
2. Diskriminierende Kündigungsvereinbarungen.	34	1. Die Regelung des § 626 BGB	142
V. Geltungsbereich des KSchG	37	a) Wichtiger Grund	142
1. Sachlicher Geltungsbereich	37	b) Zweiwochenfrist	146
2. Betrieblicher Geltungsbereich	43	c) Arbeitsentgelt, Schadensersatz	154
3. Persönlicher Geltungsbereich	45	d) Zwingende Wirkung	158
4. Internationaler Geltungsbereich	47	2. Verhältnis zur ordentlichen Kündigung	159
a) Allgemeiner Kündigungsschutz	47	VIII. Gesetzliche Beschränkung von Arbeitgeberkündigungen	165
aa) Maßgeblichkeit des auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Rechts	47	1. Betriebsübergang und Umwandlung	165
bb) Anwendbares materielles Recht	50	2. Teilzeitarbeit.	169
cc) Gerichtsstand	57	3. Verfassungsverbote	171
b) Besonderer Kündigungsschutz und Anzeigepflicht bei Massentlassungen	61	4. Verbot der Benachteiligung von Amtsträgern	172
5. Stationierungsstreitkräfte.	63	a) Öffentliche Mandatsträger	172
VI. Der Kündigungsschutz im System des Kündigungsrechts	66	b) Aufsichtsrats- und Sprecher-ausschussmitglieder.	173
1. Kündigung als Rechtsgeschäft	66	c) Schutzbeauftragte	174
2. Angabe der Kündigungsgründe.	80	5. Maßregelungsverbote.	176
3. Kündigungsfristen	84	IX. Sonderkündigungsschutz.	181
4. Treu und Glauben.	95	1. Auszubildende	181
a) Im Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes	95	2. Familie	190
b) Im kündigungsschutzfreien Bereich	101	a) Mütter.	190
5. Schadensersatz wegen unberechtigter Kündigung	105	b) Eltern	202
		c) Pflegepersonen	206
		3. Schwerbehinderte	208
		4. Wehrdienstleistende	220
		X. Kündigungsschutz im Betriebsverfassungs- und Personalvertretungsrecht	221

I. Allgemeines

1. Regelungsziele des Kündigungsschutzgesetzes

a) Allgemeiner Kündigungsschutz

Nach dem ersten Abschnitt des KSchG über den allg Kdschutz (§§ 1 bis 14) kann das ArbV vom AG nur bei Vorliegen bestimmter Gründe o gekündigt werden. Damit zielt das Gesetz in erster Linie auf **Bestandsschutz**: Der AN soll sich des einmal erworbenen Arbeitsplatzes insofern sicher sein können, als der AG ihm diesen nicht beliebig, sondern nur dann wieder entziehen kann, wenn dies unumgänglich ist. **1**

Hinter diesem Ziel des Bestandsschutzes steckt einerseits der Gedanke, dass der Verlust des Arbeitsplatzes einen gravierenden **Eingriff in die wirtschaftlichen Verhältnisse** des AN darstellt, der für seinen Lebensunterhalt regelmäßig auf das Arbeitseinkommen ganz oder teilweise angewiesen ist. Vermieden werden sollen aber auch die mit dem Verlust des Arbeitsplatzes verbundenen Folgen für die **persönlichen Verhältnisse**, wie sie zB aus einem notwendig werdenden Wohnsitzwechsel entstehen können. Schließlich soll die **Zugehörigkeit des AN zum Betrieb** geschützt werden, die Grundlage nicht nur zahlreicher rechtlicher Positionen des AN ist, sondern auch der immateriellen Werte, die aus der persönlichen Verflechtung mit dem Betrieb mit fortschreitender Dauer der Betriebszugehörigkeit erwachsen <**R**: vgl BAG GS 12.10.1960, GS 1/59, BB 1961, 368, wonach der Zweck des Kdschutzrechts darin besteht, „dem Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz zu erhalten“; **L**: Begründung des Regierungsentwurfs zum KSchG unter B, Abschnitt Allgemeines, abgedruckt RdA 1951, 61, 63, wonach geschütztes Rechtsgut des KSchG der „Arbeitsplatz und die Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers“ sind; *Preis* S 1 ff; MünchArbR/*Berkowsky* § 108 Rn 28 ff>. **2**

Reuter ist in einer Reihe von Abhandlungen dafür eingetreten, den Zweck des Bestandsschutzes allein in der Sicherung der Betriebszugehörigkeit, nicht aber auch im Schutz vor dem Verlust des Arbeitsplatzes mit seinen wirtschaftlichen und persönlichen Folgen zu sehen. Da der Kdschutz keine zusätzlichen Arbeitsplätze schaffen könne, führe der letztere Gedanke nur zu einer ungerechtfertigten **Privilegierung der Arbeitsplatzbesitzer** ggü den Arbeitsplatzsuchenden. <**L**: FS 25 Jahre BAG (1979) S 405, 411, 415 ff; ORDO Bd 33 (1982), 165, 180 ff>. Mit diesen Überlegungen wird zutr ins Blickfeld gerückt, dass der Kdschutz bes in Zeiten größerer Arbeitslosigkeit zur **Kollision von ANinteressen** führen kann, nämlich der Interessen derjenigen, die einen Arbeitsplatz haben, und derjenigen, die einen solchen suchen (dazu unten II.). Dennoch geht es zu weit, wenn *Reuter* mit dieser Überlegung den Gedanken des Arbeitsplatzschutzes ganz aus dem KSchG verbannen will. Er verkennt, dass der aufgrund **3**

Vor § 1 Vorbemerkungen

eigener Qualifikation und häufig unter Verzicht auf andere mögliche Beschäftigungsverhältnisse erworbene Arbeitsplatz einen Wert für sich darstellt, der einen Schutz gg grundlosen Entzug verdient.

- 4 § 1 Abs 2 lässt die o Kd der ArbV durch den AG zu, wenn für sie Gründe im Verhalten oder in der Person des AN gegeben sind oder wenn sie durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt ist. Mit diesen **drei Gruppen von Kdgründen** trägt das Gesetz unterschiedlichen legitimen Interessen des AG Rechnung:
- 5 Mit der **verhaltensbedingten Kd** wird dem AG eine Reaktionsmöglichkeit auf vertragswidriges Verhalten des AN eingeräumt. Auch wenn dieses Verhalten nicht so gravierend ist, dass es eine ao Kd nach § 626 BGB rechtfertigen könnte, soll es der AG doch nicht einfach hinnehmen müssen, sondern sich aus der Vertragsbindung lösen können; näher § 1 Rn 114ff.
- 6 Die Möglichkeit der **personenbedingten Kd** trägt dem Austauschcharakter des ArbV Rechnung: Wo der AN auf Dauer die Leistung nicht mehr erbringen kann, zu der er sich verpflichtet hat, verliert das ArbV seinen wesentlichen Inhalt und muss deshalb aufgelöst werden können; näher § 1 Rn 225 ff.
- 7 Mit der Einräumung des Rechts zur **betriebsbedingten Kd** zieht das Gesetz eine notwendige Folgerung aus der Tatsache, dass sich ein Unternehmen, welches sich in einer marktwirtschaftlich verfassten Wirtschaftsordnung bewegt, an dem Erfordernis der Rentabilität orientieren muss: Wo ein Mangel an kostendeckenden Aufträgen zu einer Freisetzung von Arbeitskräften führt, muss eine Personalverminderung ebenso möglich sein wie dort, wo die Freisetzung ihre Ursache in der Einführung arbeitskräftesparender kostensenkender Produktionsmethoden hat; näher § 1 Rn 295 ff <L: *Stahlhacke* DB 1994, 1361, 1364; *Rieble* Rn 1008>.
- 8 Im Prinzip nichts anderes gilt insoweit auch für den **öffentlichen Dienst**, auf den das KSchG ebenfalls Anwendung findet. Da er auf sparsame und wirtschaftliche Haushaltsführung verpflichtet ist (vgl etwa § 34 BHO), muss er sein Personal vermindern können, wenn Aufgaben entfallen oder durch Verwaltungsvereinfachung oder Rationalisierung mit weniger Bediensteten erfüllt werden können.
- 9 An der Öffnung des Bestandsschutzes ggü einer Kd aus dringenden betrieblichen Erfordernissen wird deutlich, dass das KSchG **kein Mittel zur Verhinderung von Arbeitslosigkeit** sein kann. Wo kein Arbeitskräftebedarf mehr besteht, kann auch das KSchG den Arbeitsplatz nicht erhalten <L: *Zöllner* Gutachten für den 52. Deutschen Juristentag 1978, 113 f, der darauf verweist, dass die durch den Kdschutz bewirkte Abflachung von Kdwellen zu einer langsameren Verringerung auch der Gesamtzahl der Arbeitsplätze führen könne>. Die Vermeidung und der Abbau von Arbeitslosigkeit obliegen der Wirtschaftspoli-

tik und der Sozialpolitik und hier insbes der Bundesagentur für Arbeit, der das KSchG mit den Vorschriften über die Anzeigepflicht bei Entlassungen nur Flankenschutz geben kann, vgl Rn 16. Lediglich mittelbare Auswirkungen auf den Bestandsschutz hat die Inpflichtnahme von AG und AN zur Vermeidung von Arbeitslosigkeit durch § 2 Abs 2 bis 5 SGB III. S dazu § 1 Rn 333.

Das Zurücktreten des Bestandsschutzes hinter die dringenden betrieblichen Erfordernisse bedeutet nicht, dass der AG in der Entscheidung frei wäre, welche AN er entlässt, um die Zahl der Arbeitskräfte mit dem Arbeitskräftebedarf in Übereinstimmung zu bringen. Vielmehr verlangt § 1 Abs 3 von ihm die **Berücksichtigung bestimmter sozialer Gesichtspunkte** bei der Auswahl der zu kündigenden AN. Damit wird das Ziel verfolgt, im Verhältnis der AN zueinander Gerechtigkeit bei dem gravierenden Eingriff des Arbeitsplatzverlustes walten zu lassen, dazu § 1 Rn 413 ff.

Die Bindung des AG bei der Kd von ArbV muss auch im Zusammenhang mit der **Vertragsfreiheit** gesehen werden, die der AG nach unserer Rechtsordnung in Bezug auf den **Abschluss** von Arbeitsverträgen genießt <L: dazu unter verfassungsrechtlichen und rechtspolitischen Gesichtspunkten *Zöllner* Gutachten für den 52. Deutschen Juristentag 1978, 103 f; *Scholz* Die Berufsfreiheit als Grundlage und Grenze arbeitsrechtlicher Regelungssysteme ZfA 1981, 265, 274 ff>: Je stärker diese Bindung nach dem Gesetz ist und je strenger sie von der Rspr gehandhabt wird, umso mehr Vorsicht wird der AG beim Abschluss von Arbeitsverträgen walten lassen. Er wird einerseits durch eine penible Personalauswahl und soziale Mechanismen sicherzustellen suchen, dass er nur AN einstellt, die unbedingt leistungsfähig sind und auf deren vertragsgemäßes Verhalten er sich dauernd verlassen kann. Andererseits wird er vor der Entscheidung für eine Einstellung alle anderen Möglichkeiten auszuschöpfen versuchen, um einen bestehenden Arbeitskräftebedarf abzudecken. Dieses Dilemma müssen die ArbG bei der Anwendung des KSchG berücksichtigen <L: vgl Jahregutachten 1989/90 des Sachverständigenrats zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung Rn 368 ff, abgedruckt RdA 1990, 288>.

Der Kdschutz ist darauf angelegt, im Einzelfall festzustellen, ob ein Grund für die vom AG ausgesprochene Kd vorliegt und ob iF der betriebsbedingten Kd bei der Auswahl des zu kündigenden AN die sozialen Gesichtspunkte ausreichend berücksichtigt worden sind. Die daraus resultierende Suche nach **Einzelfallgerechtigkeit** für den AN bringt für den AG insofern **Rechtsunsicherheit** mit sich, als er damit rechnen muss, dass seine Kdentscheidung aufgehoben wird. Dies kann wiederum Auswirkungen auf die Einstellungspraxis haben <L: *Löwisch* FS zum 50jährigen Bestehen des BAG (2004) S 421>. Auch dieser Zwiespalt muss bei der Anwendung des KSchG berücksichtigt werden. Das arbeitsrechtliche BeschFG hatte diesen Gesichtspunkten bei der Sozialauswahl dadurch Rechnung getragen, dass es die zu berücksichtigenden sozialen Ge-

Vor § 1 Vorbemerkungen

sichtspunkte auf die Grunddaten Dauer der Betriebszugehörigkeit, Lebensalter und Unterhaltspflichten des AN beschränkt und deren Bewertung in Auswahlrichtlinien nur noch einer Nachprüfung auf grobe Fehlerhaftigkeit unterstellt hatte. Dies ist durch das KorrekturG zT wieder rückgängig gemacht, dann aber durch das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt im Wesentlichen wieder hergestellt worden. S näher § 1 Rn 447ff, 485ff.

- 13 Das KSchG verwirklicht den Bestandsschutz dadurch, dass es dem AN die Möglichkeit einräumt, im **Klagewege** die Unwirksamkeit einer Kd, der ein zureichender Grund fehlt, feststellen zu lassen (§§ 4ff). Erhebt der AN diese Kdschutzklage nicht rechtzeitig, gilt die Kd als von Anfang an wirksam (§ 7). Allerdings braucht eine gerichtliche Feststellung der Unwirksamkeit nicht in eine Fortsetzung des ArbV zu münden. Vielmehr kommt auf Antrag sowohl des AG wie auch des AN trotz Feststellung der Unwirksamkeit eine **Auflösung des ArbV gg Zahlung einer Abfindung** in Betracht (§§ 9ff). Praktisch endet die große Mehrzahl der Kdschutzverf mit einer solchen Auflösung des ArbV gg Abfindung, sei es im Wege eines entspr Urteils oder eines Vergleichs. Zudem erleichtert § 1a nunmehr eine Abfindungsregelung vor Klageerhebung.
- 14 Das KSchG gewährt dem AN hinsichtlich seines ArbV nicht nur Bestandschutz, sondern auch **Vertragsinhaltsschutz**. Der AG kann sich aus seinen arbeitsvertraglichen Verpflichtungen ggü dem AN nicht einfach im Wege der Kd lösen, sondern bedarf auch für die einseitige Abänderung des Vertragsinhalts eines rechtfertigenden Grundes. Auf diese Weise wird der beabsichtigte Schutz des Arbeitsplatzes und der Zugehörigkeit zum Betrieb gg eine Aushöhlung durch eine beliebige Verschlechterung der Arbeitsbedingungen abgesichert. Zur Verwirklichung dieses Vertragsinhaltsschutzes stellt das Gesetz in den §§ 2, 4 S 2 und 8 den bes Weg der **Änderungsschutzklage** zur Verfügung, der es dem AN ermöglicht, ohne Risiko des Arbeitsplatzverlustes die Berechtigung der ihm angemessenen Änderung der Arbeitsbedingungen gerichtlich überprüfen zu lassen.

b) Kündigungsschutz von Organmitgliedern und Wahlbewerbern der Betriebs- und Personalverfassung

- 15 Das Amt des BR, das des PersR und die anderen Ämter der Betriebsverfassung und Personalvertretung haben ihre Grundlage im ArbV des Amtsträgers. Endet das ArbV, so endet auch das Amt (§ 24 Abs 1 Nr 3 BetrVG; § 29 Abs 1 Nr 3 BPersVG). Im Interesse der **Funktionsfähigkeit der Organe** der Betriebsverfassung und Personalvertretung sowie im Interesse der unbefangenen Amtsausübung müssen deshalb die Amtsinhaber und die Bewerber um ein Amt arbeitsvertraglich abgesichert werden <R: BAG 17.2.1983, 2 AZR 481/81, BB 1983, 1218>. Diesem Ziel dienen die Bestimmungen des 2. Abschnitts des KSchG über den Kdschutz iR der Betriebsverfassung und der Personalvertretung

(§§ 15 f), welche die o Kd von Mitgliedern dieses Personenkreises im Wesentlichen ausschließen.

c) Anzeigepflicht bei Massenentlassungen

Der Kdschutz ist in unserer Wirtschaftsordnung kein Mittel zur Verhinderung von Kd aus wirtschaftlichen Gründen und der aus solchen Kd resultierenden Arbeitslosigkeit (). Das ändert aber nichts an der Notwendigkeit, die Bedingungen für Kd so zu gestalten, dass die **Belastungen für den Arbeitsmarkt möglichst gering** gehalten werden. Diesem Zweck dienen die Vorschriften des 3. Abschnitts über die anzeigepflichtigen Entlassungen (§§ 17 bis 22): Die in § 17 begründete Anzeigepflicht soll die Bundesagentur für Arbeit in die Lage versetzen, mögliche Maßnahmen zur Verhinderung der angezeigten Massenentlassungen, etwa eine Vermittlungs- oder Qualifizierungsaktion, in die Wege zu leiten. Hierzu sieht § 19 auch die Möglichkeit vor, Kurzarbeit zuzulassen. Falls die Entlassungen unvermeidbar sind, soll die Bundesagentur für Arbeit die erforderliche Zeit zur etwaigen anderweitigen Unterbringung des zu entlassenden AN haben. Diesem Zweck dient die Vorschrift des § 18 über die Entlassungssperre. **16**

II. Reformgesetzgebung

Der allg Kdschutz gerät insofern in Konflikt mit dem Ziel der Vermeidung von Arbeitslosigkeit, als er insbes kleinere und mittlere Unternehmen veranlasst, auf Einstellungen zu verzichten, weil sie befürchten, sich bei einer späteren Einschränkung von Beschäftigungsmöglichkeiten nicht oder nur schwer wieder aus den eingegangenen ArbV lösen zu können <L: vgl aus ökonomischer Sicht etwa Franz Chancen und Risiken einer Flexibilisierung des Arbeitsrechts aus ökonomischer Sicht ZfA 1994, 439, 445 ff>. Diesen Zustand durch eine **Beschränkung des Kdschutzes** zu ändern, ist seit einer Reihe von Jahren Gegenstand gesetzgeberischer Reformbemühungen. Zunächst hat die InsO vom 5.10.1994 den Schutz vor betriebsbedingten Kd durch den Insolvenzverwalter iF von Betriebsänderungen zurückgenommen: Nach § 125 InsO wird dann, wenn die zu kündigenden AN in einem Interessenausgleich namentlich benannt sind, die Betriebsbedingtheit vermutet und kann die Sozialauswahl nur beschränkt nachgeprüft werden. Auch schafft § 126 InsO die Möglichkeit, bei Nichtzustandekommen eines Interessenausgleichs über den Kdschutz in einem bes Beschlussverf zu entscheiden. Sodann hatte das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz vom 25.9.1996 die Regelung von § 125 InsO über die namentliche Benennung im Interessenausgleich in das KSchG übernommen und damit verallgemeinert. Die bei der Sozialauswahl zu beachtenden Gesichtspunkte wurden auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter **17**

Vor § 1 Vorbemerkungen

und die Unterhaltspflichten des AN beschränkt. Auch wurde der Schwellenwert für das Eingreifen des individuellen Kdschutzes von fünf auf 10 AN heraufgesetzt. Nach dem Regierungswechsel 1998 wurden diese Bestimmungen durch das Arbeitsrechtliche Korrekturgesetz vom 19.12.1998 wieder aufgehoben, so dass im Wesentlichen wieder der alte Rechtszustand eintrat. Das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt vom 24.12.2003 ist wieder zu den Änderungen des Arbeitsrechtlichen Beschäftigungsförderungsgesetzes zurückgekehrt und hat darüber hinaus den Abfindungsanspruch bei betriebsbedingtem Kd eingeführt. Auch der Diskussionsentwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes von *Henssler/Preis* verharrt in seinen §§ 115 ff im Wesentlichen auf dem derzeitigen Stand des KSchG. <L: *Henssler/Preis* Diskussionsentwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes, 2. Fassung – Stand August 2006, abrufbar: www.arbvg.de; zur Reformdiskussion in anderen europäischen Ländern *Rebhahn* Weniger oder mehr Kündigungsschutz? EuZA 2012, 439 f>. Weitergehende Reformbestrebungen bestehen aktuell nicht. Auch der Koalitionsvertrag von CDU/CSU und SPD für die Legislaturperiode vom 12.3.2008 ändert daran nichts.

- 18 Der aus dem Streben nach Einzelfallgerechtigkeit herrührenden Rechtsunsicherheit (oben Rn 12) begegnet der Reformgesetzgeber einmal mit der Beschränkung der Sozialauswahl auf bestimmte Gesichtspunkte, zum anderen dient diesem Zweck die mit dem Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt vorgenommene Erstreckung der Klagefrist auf alle Unwirksamkeitsgründe einer Kd (§ 4 Rn 3).

III. Kündigungsschutz und Grundgesetz

- 19 Die Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers für das Kdschutzrecht ergibt sich aus Art 74 Abs 1 Nr 12 GG. Das Arbeitsrecht und damit auch das Kdschutzrecht gehören danach zur **konkurrierenden Gesetzgebung** des Bundes. Von dieser hat der Bund im gesamten Kdschutzrecht Gebrauch gemacht. Eine Gesetzgebung der Länder im Kdschutzrecht ist damit nach Art 72 Abs 1 GG ausgeschlossen.
- 20 Das KSchG ist mit der durch Art 2 Abs 1, 9 Abs 1, 12 Abs 1 und 14 Abs 1 GG gewährleisteten **Unternehmerfreiheit** vereinbar, denn es grenzt diese Freiheit aus einleuchtenden sozialpolitischen Erwägungen ein <L: Maunz/Dürig/Scholz Loseblattkommentar zum GG (2006) Art 12 Rn 59>. Allerdings müssen die Vorschriften des KSchG so interpretiert werden, dass sie der Unternehmerfreiheit ausreichend Rechnung tragen <R: BVerfG vom 23.1.1990, 1 BvL 44/86 und 48/87, BB 1990 Beil 5 unter C II 1>. Sie müssen die Funktionsfähigkeit der Unternehmen wahren und respektieren, dass den Unternehmer das Risiko der Unternehmensbetätigung trifft <L: *Löwisch* Betriebsbedingte Kd und Unternehmerfreiheit Schriftenreihe der Otto-Brenner-Stiftung Bd 73 (1998), 45, 46 ff; *Hromadka* Schriftenreihe der Otto-Brenner-Stiftung Bd 82 (2003), 11 ff>.

Aus diesem Grund stellt die Rspr bei der betriebsbedingten Kd die zugrunde liegende Unternehmerentscheidung von der Nachprüfung frei, dazu näher § 1 Rn 313 ff.

Mit der Unternehmerfreiheit unvereinbar wäre ein gänzlicher Ausschluss des o Kdrechts: Den AG allein auf die Möglichkeit der ao Kd aus wichtigem Grund nach § 626 BGB zu verweisen, wäre nicht mehr verhältnismäßig <L: Maunz/Dürig/Scholz aaO; Zöllner Gutachten für den 52. Deutschen Juristentag 1978, 119 ff; aA Preis S 63 ff, der nur „die grds Möglichkeit“ der Auflösung eines ArbV als verfassungsrechtlich abgesichert ansieht>. Auch die Beschränkung der o Kd auf betriebsbedingte Kdgründe wäre nicht mit Art 12 Abs 1 GG vereinbar <L: Scholz Die Berufsfreiheit als Grundlage und Grenze arbeitsrechtlicher Regelungssysteme ZfA 1981, 265, 282>. Wo aus bes Gründen die o Kd ausgeschlossen ist, wie zB in § 15 für BRmitglieder, muss der Unternehmerfreiheit durch eine entspr erweiternde Auslegung des „wichtigen Grundes“ Rechnung getragen werden (Rn 163, § 15 Rn 63 f). Keinesfalls mit der Unternehmerfreiheit vereinbar wäre der Ausschluss des Rechts zur ao Kd aus wichtigem Grund. Dass sich der AG aus einem unzumutbar gewordenen ArbV lösen kann, ist für seine Betätigung als Unternehmer unverzichtbar <L: Zöllner aaO; SPV Rn 748; KR/Fischermeier § 626 BGB Rn 106; LR-TVG § 1 Rn 794 ff; Oetker Arbrechtl Bestandsschutz 1996 S 17 ff>. Möglich ist nur eine nähere Präzisierung der Zumutbarkeit durch den Gesetzgeber <L: insoweit zutr Preis S 65 f>.

Das Grundrecht arbeitssuchender AN auf **freie Arbeitsplatzwahl** ist durch den Bestandsschutz der im ArbV stehenden AN nach einer Auffassung schon deshalb nicht berührt, weil Art 12 Abs 1 GG den einzelnen zwar vor staatlichen Maßnahmen schützt, die ihn am Erwerb eines zur Verfügung stehenden Arbeitsplatz hindern <R: BAG 6.4.2011, 7 AZR 716/09, DB 2011, 1811>, einen Verdrängungsanspruch aber nicht begründet <L: Maunz/Dürig/Maunz Loseblattkommentar zum GG (1968) Art 12 Rn 104>. Jedenfalls kann nichts dagg eingewandt werden, dass die Rechtsordnung in dem bestehenden Umfang dem Bestandsschutz den Vorrang vor den nachfolgenden Wettbewerbern um Arbeitsplätze einräumt <L: Maunz/Dürig/Scholz Loseblattkommentar zum GG (2006) Art 12 Rn 94; Rieble Rn 1019; Bedenken insoweit bei Reuter FS 25 Jahre BAG (1979) S 405, 421 ff>. Zur Vereinbarkeit der Herausnahme der Kleinbetriebe aus dem KSchG mit der aus Art 12 Abs 1 folgenden Schutzpflicht zugunsten der AN s § 23 Rn 4 sowie unten Rn 101 ff.

Was schließlich die nach Art 9 Abs 3 GG geschützte **Tarifautonomie** anlangt, steht sie staatlichem Arbeitsrecht dort nicht im Wege, wo es um sachliche Teilgebiete von hohem Allgemeininteresse geht <L: LR-TVG Grundl Rn 196 ff >. Das aber ist bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Fall. Deshalb sind sowohl das KSchG wie andererseits die zwingenden gesetzlichen Regelungen

Vor § 1 Vorbemerkungen

über die Befristung von ArbV im Hochschulbereich mit der Tarifautonomie vereinbar <R: BVerfG vom 24.4.1996, 1 BvR 712/86, BB 1996, 1835>. Zur Möglichkeit der tarifvertraglichen Ausdehnung des Kdschutzes Rn 108 f.

IV. Kündigungsschutz und Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz

1. Diskriminierende Kündigungen

- 24 Nach seinem § 1 verfolgt das AGG das Ziel, Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wg der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen <L: Zu den Diskriminierungsmerkmalen im Einzelnen etwa AR/Kopenhagen § 1 AGG Rn 2 ff>. Um dieses Ziel zu erreichen, erklärt § 2 Abs 1 Nr 2 AGG ua benachteiligende Maßnahmen bei der Beendigung eines Beschäftigungsverhältnisses – und damit auch Kd – „für unzulässig“.
- 25 Über die Frage, ob eine solche Unzulässigkeit zur Rechtsunwirksamkeit der Kd führt, trifft das AGG selbst keine Aussage. Die Antwort ist auch nicht durch die dem AGG zugrunde liegenden EG-Richtlinien vorgezeichnet. Diese ordnen nur einen ausreichenden Rechtsschutz und eine bestimmte Beweislastverteilung an (Art 9 und 10 der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie 2000/78/EG; Art 7 und 8 der Richtlinie 2000/43/EG) und verpflichten die Mitgliedstaaten allg zu wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Sanktionen bei Verstößen gg ein Benachteiligungsverbot, wobei die Sanktionen auch Schadensersatzleistungen enthalten können (nicht müssen) (Art 17 RL 2000/78/EG; Art 15 RL 2000/43/EG; Art 25 RL 2006/54/EG). Maßgebend ist deshalb die allg Bestimmung des § 134 BGB, nach dem ein Rechtsgeschäft, das gg ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig ist, „wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt“. Eine solche andere Bestimmung enthält § 2 Abs 4 AGG, nach dem für Kd ausschließlich die Bestimmungen zum allg und besonderen Kdschutz gelten. § 2 Abs 4 AGG bewirkt so, dass die Benachteiligungsverbote nicht als eigene Unwirksamkeitsnormen angewendet werden, sondern die Anwendung **in das Kdschutzrecht integriert** wird <R: BAG 6.11.2008, 2 AZR 523/07, DB 2009, 626; BAG 12.12.2013, 8 AZR 838/12, BB 2014, 1788>.
- 26 In **materiell-rechtlicher** Hinsicht folgt daraus, dass eine **o Kd**, die aus einem Diskriminierungsgrund des § 1 AGG erfolgt, nicht als verhaltens-, personen- oder betriebsbedingt iS von § 1 Abs 2 angesehen werden kann. Auch dürfen bei der Sozialauswahl gem § 1 Abs 3 Diskriminierungsmerkmale keine Rolle spielen (s Rn 35 f). Ebenso wenig darf bei der Beurteilung der Frage, ob für eine **ao Kd** ein wichtiger Grund iS des § 626 BGB vorliegt, eines der in § 1

AGG genannten Merkmale berücksichtigt werden. Im kdschutzfreien Bereich, insbes in Kleinbetrieben, führt die Benachteiligung wg eines der in § 1 AGG genannten Gründe zum Verstoß der Kd gg § 242 BGB und damit ebenfalls zur Unwirksamkeit <R: BAG 23.7.2015, 6 AZR 457/14, BB 2015, 2876>.

Nicht zu folgen ist allerdings der hM, nach der die soziale Rechtfertigung der o Kd und der wichtige Grund iS von § 626 BGB auch dann verneint werden sollen, wenn zwar die Kd durch einen Diskriminierungsgrund mit motiviert ist, aber gleichzeitig ein die soziale Rechtfertigung, die Sozialauswahl oder dem wichtigen Grund tragender Sachverhalt vorliegt <L: so etwa APS/Preis Grundl Rn 71h>. Die Auffassung des BAG, nach der für die Annahme einer Benachteiligung bei einer Einstellung genügt, dass ein Diskriminierungsmerkmal bei der Auswahlentscheidung überhaupt eine Rolle gespielt hat <R: BAG 5.2.2004, 8 AZR 112/03, NZA 2004, 540, 544>, kann hierher nicht übertragen werden. Wie bei Mischtatbeständen überhaupt (dazu § 1 Rn 90 f) ist notwendig aber ausreichend, dass **ein die Kd tragender Grund** vorliegt <L: Diller/Krieger/Arnold NZA 2006, 887 ff>. Zudem würde iF einer Auswahlentscheidung die vorrangige Berücksichtigung einer Diskriminierungsmotivation zu einer ungerechtfertigten Benachteiligung anderer AN führen, weil diese dann infolge der Weiterbeschäftigung des nicht diskriminierungsfrei gekündigten AN ihrerseits gekündigt werden müssten.

Kd im kdschutzfreien Bereich, insbes Kd vor Erfüllung der Wartezeit und in Kleinbetrieben sind nach § 134 BGB nichtig. Allerdings muss die Kd nach § 7 I auch hier **wg** eines der in § 1 AGG genannten Grundes erfolgen. Das ist nicht der Fall, wenn die Kd auch von einem sich aus der Funktion des Arbeitsvertrages gegebenen Grund getragen wird. Kündigt der AG, weil er seine wirtschaftliche Tätigkeit aufgibt und den Betrieb stilllegt, sind Kd nicht deshalb nichtig, weil eines seiner Motive seine Unlust zur weiterer Zusammenarbeit mit ausländischen AN ist. Auch die Kd eines HIV-infizierten AN in der Probezeit, der für Tätigkeiten im Reinraumbereich eines pharmazeutischen Unternehmens eingestellt war, verstößt nicht gg das Verbot der Benachteiligung wg einer Behinderung <R: LAG Berl-BbG 13.1.2012, 6 Sa 2159/11, NZA-RR 2012, 183>.

Formell folgt aus der Integration, dass der Verstoß gg ein Benachteiligungsverbot im Geltungsbereich des KSchG **im Wege der Kdschutzklage** geltend gemacht werden muss. Insbes muss auch die Klagefrist des § 4 eingehalten werden. Letzteres gilt auch in Kleinbetrieben (§ 23 Abs 1 Satz 2).

Die auf den genannten Bestimmungen der Richtlinien beruhende **Beweislastregel** des § 22 AGG ist iR der Lehre von der abgestuften Darlegungs- und Beweislast zu berücksichtigen <L: KR/Treber § 2 AGG Rn 27>. Geht es um das Vorliegen eines Kdgrundes, genügt der AN der ihm obliegenden Darlegungs- und Beweislast für Umstände, welche die Kd als offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich erscheinen lassen (§ 1 Rn 549), wenn er Indizien be-

Vor § 1 Vorbemerkungen

weist, die eine Benachteiligung wg eines Diskriminierungsgrundes vermuten lassen. IR der dem AN nach § 1 Abs 3 Satz 3 treffenden Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der Sozialauswahl genügen ebenfalls Darlegung und Beweis entspr Indiztatsachen. Dass eine Kd am Weltfrauentag ausgesprochen wird, ist kein Indiz für eine Geschlechterdiskriminierung <R: ArbG Hamburg 28.8.2007, 21 Ca 125/07, juris>.

- 31 § 2 Abs 4 AGG steht der Anwendung der §§ 13 bis 16 AGG grds nicht entgg. **Das Beschwerderecht** des § 13 AGG hat keinen unmittelbaren Zusammenhang mit dem Kdschutzrecht und besteht deshalb unabhängig von diesem; lediglich eine Beschwerde beim BR muss in der Form des Kdeinspruchs nach § 3 erfolgen. Die Geltendmachung des **Leistungsverweigerungsrechts** des § 14 AGG kann ebenso wie die Geltendmachung anderer Zurückbehaltungsrechte keinen Grund für eine verhaltensbedingte Kd abgeben.
- 32 § 2 Abs 4 AGG hindert auch das Entstehen eines Anspruchs auf eine angemessene Entschädigung in Geld für den durch die Diskriminierung entstandenen immateriellen Schaden nach § 15 Abs 2 AGG nicht, wenn die Diskriminierung die mit der Kd verbundene Belastung gravierend erhöht <R: BAG 12.12.2013, 8 AZR 838/12, BB 2014, 1788>. Hingg kommt ein Schadensersatzanspruch nach § 15 Abs 1 AGG regelmäßig nicht in Betracht: Wird die Kd für unwirksam erklärt, besteht das Arbeitsverhältnis rückwirkend fort, sodass kein Grund für Schadensersatz und Entschädigung besteht. Wird das Arbeitsverhältnis auf Antrag des AN oder des AG gem § 9 aufgelöst, übernimmt die Abfindung nach § 10. Hat der AN die Klagefrist nach § 4 versäumt, gilt die Kd als wirksam, sodass Ansprüche auf Ersatz des mit der Beendigung des ArbV verbundenen Schadens ausscheiden <L: KR/Treber § 15 AGG Rn 17>. Dass die Frist des § 15 Abs 4 AGG mit zwei Monaten länger ist als die Dreiwochenfrist des § 4, kann daran wg § 2 Abs 4 AGG nichts ändern.
- 33 Das eine Spezialregelung zum allg Maßregelungsverbot des § 612a BGB (Rn 98) darstellende **Maßregelungsverbot** des § 16 AGG verbietet allg Benachteiligungen wg der Inanspruchnahme von Rechten nach dem AGG. Es erfasst damit auch benachteiligende Kd. Gleichwohl gehört die Bestimmung nicht zum allg oder besonderen Kdschutz iS von § 2 Abs 4 AGG. Denn es handelt sich nicht um den Schutz gerade gg Kd, auf den die Bestimmungen des allg und des besonderen Kdschutzes allein zielen.

2. Diskriminierende Kündigungsvereinbarungen

- 34 Nach seinem § 2 Abs 1 Nr 2 erfasst das AGG ausdrücklich auch **Entlassungsbedingungen**, insbes in individual- und kollektivrechtlichen Vereinbarungen. Benachteiligen diese AN aus einem der in § 1 des Gesetzes genannten Gründe, sind sie nach § 7 Abs 2 AGG grds unwirksam. Sähe eine BV oder ein Tarifver-

trag vor, dass AN einer bestimmten Religionszugehörigkeit erst als Letzte entlassen werden dürfen, wäre das unwirksam, weil dadurch die nicht dieser Religion angehörenden AN benachteiligt würden.

Angesichts der Tatsache, dass zu den nach § 1 AGG verbotenen Diskriminierungsgründen auch das Alter zählt, und zwar sowohl im Hinblick auf eine Benachteiligung älterer wie auch eine Benachteiligung jüngerer AN <R: BAG 23.7.15, 6 AZR 457/14, BB 2015, 2876>, stehen Tarifverträge und BV, welche die Unkündbarkeit von AN eines bestimmten Lebensalters oder einer bestimmten Dauer der Betriebszugehörigkeit vorsehen, auf dem Prüfstand des AGG. Das BAG <R: 5.6.2008, 2 AZR 907/06, NZA 2008, 1120> will insoweit nur eine äußerste Grenze ziehen. Derartige Unkündbarkeitsvereinbarungen seien grds zulässig, die Grenze liege dort, wo sie zu einer grob fehlerhaften Sozialauswahl führten. Für diese Grenzziehung beruft sich das BAG auf den in der ursprünglichen Fassung des Gesetzes enthaltenen, danach aber gestrichenen Tatbestand des § 10 Nr 7 AGG, nach dem individual- oder kollektivrechtliche Vereinbarungen der Unkündbarkeit von Beschäftigten eines bestimmten Alters und einer bestimmten Betriebszugehörigkeit zulässig sein sollten, „soweit dadurch nicht der Kdschutz anderer Beschäftigter iR der Sozialauswahl nach § 1 Abs 3 KSchG grob fehlerhaft gemindert wird“. Der Auffassung des BAG ist nicht zu folgen: **35**

Derartige Unkündbarkeitsvereinbarungen müssen an den heute gültigen Bestimmungen des AGG gemessen werden. Einschlägig ist § 10 Sätze 1 und 2 iVm Satz 3 Nr 1 AGG. Danach muss eine Ungleichbehandlung wg des Alters objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt sein. Auch müssen die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sein. Dementspr ist umgekehrt eine Diskriminierung wg des Alters nicht erst dann unzulässig, wenn sie zu einer grob fehlerhaften Auswahl führt, sondern schon dann, wenn sie nicht erforderlich oder nicht angemessen ist. Insoweit ist wesentlich, dass das Lebensalter nach § 1 Abs 3 Satz 1 ohnehin bei der Sozialauswahl zu berücksichtigen ist. Ein darüber hinausgehender Schutz durch Unkündbarkeitsbestimmungen kann nur in engen Grenzen zulässig sein. Bestimmungen wie die in den Manteltarifverträgen der Metallindustrie Baden-Württemberg nach denen der AN nach Vollendung des 53. Lebensjahrs und einer Unternehmenszugehörigkeit von drei Jahren unkündbar sein soll, benachteiligen jüngere AN eindeutig unangemessen und sind deshalb unwirksam <R: aM BAG 20.6.13, 2 AZR 295/12, BB 2014, 569, das aber immerhin konzidiert, dass die Auslegung solcher Tarifbestimmungen ergeben kann, dass der Ausschluss o Kd nicht gilt, falls er bei der Sozialauswahl zu einem grob fehlerhaftem Auswahlresultat führen würde <L: wie hier *Adam*, Anm zu BAG aaO, EzA § 626 BGB 2002 Unkündbarkeit Nr 20 unter IV; wie das BAG APS/*Preis* Grundl Rn 12a> . Zum Verhältnis von Unkündbarkeitsbestimmungen und Sozialauswahl iÜ s noch § 1 Rn 440f. **36**