Kündigungsrecht

Ascheid / Preis / Schmidt

7., neu bearbeitete Auflage 2024
ISBN 978-3-406-79293-9
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.
beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Fürsorgepflicht Nr. 27). Diese Floskel kennzeichnet aber nichts anderes als das Ergebnis der Prüfung der „dringenden betrieblichen Erfordernisse", die eine Kündigung des Arbeitnehmers dann als ausgeschlossen erscheinen lassen, wenn dessen Versetzung auf einen freien Arbeitsplatz objektiv möglich ist (BAG 7.12.1978 – 2 AZR 155/77, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 6; → KSchG § 1 Rn. 98). Eine solche Anwendung des Zumutbarkeitsbegriffes ist im Bereich der betriebsbedingten Kündigung insbesondere bei der Prüfung einzelner milderer Mittel (BAG 3.2.1977 – 2 AZR 476/75, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 4; 7.12.1978 – 2 AZR 155/77, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 6; 17.10.1980 – 7 AZR 675/78, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 10; extensiv in BAG 27.9.1984 – 2 AZR 62/83, AP KSchG 1969 § 2 Nr. 8) festzustellen. Immer wieder werden jene Mittel, die zur Vermeidung der betriebsbedingten Kündigung geeignet sind, ohne nähere Begründung unter den Vorbehalt der Zumutbarkeit gestellt, mag es nun um die anderweitige Beschäftigung im Betrieb gehen oder um die Frage, inwieweit andere technische, organisatorische oder wirtschaftliche Maßnahmen zur Vermeidung der Kündigung „zumutbar" sind. Auffällig ist, dass Rechtsprechung und Lehre immer dann die (Un-)Zumutbarkeit als „Rettungsring" heranziehen, wenn man sich unsicher ist, ob man die diskutierte Maßnahme dem Arbeitgeber rechtsverbindlich als milderes Mittel statt der Kündigung auferlegen soll. Hervorzuheben ist hier etwa die Frage der Kurzarbeit (hierzu BAG 25.6.1964 – 2 AZR 382/63, AP KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 14; 4.3.1986 – 1 ABR 15/84, AP BetrVG 1972 § 87 Kurzarbeit Nr. 3; 15.6.1989 – 2 AZR 600/88, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 45; Preis Rn. 434 f.). Die rationale Nachvollziehbarkeit der Entscheidungsfindung wird durch diesen Zumutbarkeitsvorbehalt nicht gerade gefördert. Man kommt nicht umhin, zur Frage der Vermeidbarkeit der Kündigung durch andere mildere Mittel klare normative Voraussetzungen zu entwickeln (hierzu Preis Rn. 208 f.; 953 ff.). In der Rspr. des 2. Senats bis zum Jahre 2000 war wieder eine Ausweitung des Zumutbarkeitsbegriffes festzustellen (zB BAG 7.11.1996 – 2 AZR 811/95, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 82; 5.2.1998 – 2 AZR 227/97, AP BGB § 626 Nr. 143). Im Urteil vom 15.12.1994 (2 AZR 327/94, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 67) wird die Pflicht zur Weiterbeschäftigung auf einem anderen freien Arbeitsplatz auf „absehbar" freiwerdende Arbeitsplätze erstreckt, sofern die Überbrückung dieses Zeitraums dem Arbeitgeber „zumutbar" ist. Vergleichbar argumentiert der Senat auch bei witterungsbedingten Kündigungen (BAG 7.3.1996 – 2 AZR 180/95, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 76). Soweit der Senat hierfür auf den ausdrücklich in § 1 II 3 KSchG verwandten Zumutbarkeitsbegriff verweist, ist dies methodisch problematisch. Als „zumutbar" wird ein Zeitraum erachtet, den ein anderer Stellenbewerber zur Einarbeitung benötigen würde. In Wahrheit handelt es sich hierbei aber nicht um eine Frage der Zumutbarkeit, sondern um die verständige Interpretation des Merkmals „dringend" in § 1 II 1 KSchG. Auch die Rspr. zum Wiedereinstellungsanspruch wurde durch den Zumutbarkeitsvorbehalt aufgeweicht (BAG 27.2.1997 – 2 AZR 160/96, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 87; präziser dagegen die klarstellende Rspr. des 7. Senats BAG 28.6.2000 – 7 AZR 904/98, AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 6).

Bei **personenbedingten Kündigungsgründen** (fehlende Arbeitserlaubnis, Haft, Wehrdienst, Krankheit) steht der Terminus der „zumutbaren Überbrückungsmaßnahmen" im Zentrum der Entscheidungen (vgl. zB BAG 20.5.1988 – 2 AZR 682/87, AP KSchG 1969 § 1 Personenbedingte Kündigung Nr. 9; 7.2.1988 – 2 AZR 359/89, AP KSchG 1969 § 1 Personenbedingte Kündigung Nr. 14; 15.11.1984 – 2 AZR 613/83, AP BGB § 626 Nr. 87). Eine **Kündigung wegen Krankheit** soll nur möglich sein bei „unzumutbaren betrieblichen Belastungen bzw. bei „unzumutbarer Beeinträchtigung betrieblicher Interessen" und wenn Überbrückungsmaßnahmen nicht mehr „zumutbar" sind (→ KSchG § 1 Rn. 154 ff.). In jeder Entscheidung zur krankheitsbedingten Kündigung ist eine Spielart des Zumutbarkeitsbegriffs festzustellen. In einigen Entscheidungen kommt es zu Ausuferungen (vgl. BAG 15.2.1984 – 2 AZR 573/82, AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 14 **37**

unter II 2. und 3. der Gründe: „unzumutbare Beeinträchtigung betrieblicher Interessen" – „die das Maß des dem Arbeitgeber Zumutbaren übersteigen" „zumutbare Überbrückungsmaßnahmen" – „unzumutbare Lohnfortzahlungskosten", die „die Aufrechterhaltung des Arbeitsverhältnisses als unzumutbar erscheinen lassen"). Diese Begriffsverwendung irritiert, weil eine Gleichsetzung von „sozialer Rechtfertigung" und „Unzumutbarkeit" im Gesetz keine Stütze findet (darauf weist Meisel SAE 1980, 344 hin). Freilich fordert das Prinzip der (Un-)Zumutbarkeit nichts anderes als eine Güter- und Interessenabwägung. Die Verwirrung wird aber gesteigert, wenn das BAG fordert, dass es auch bei Feststellung einer unzumutbaren Betriebsbeeinträchtigung gleichwohl noch einer zusätzlichen umfassenden Interessenabwägung bedürfe (BAG 23.6.1983 – 2 AZR 15/82, AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 10; 15.2.1984 – 2 AZR 573/82, AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 14: „Im Rahmen der Interessenabwägung ist bei an sich unzumutbaren Beeinträchtigungen aber noch zu prüfen, ob die betrieblichen Störungen und wirtschaftlichen Belastungen durch zumutbare Überbrückungsmaßnahmen hätten vermieden werden können oder vom Arbeitgeber infolge der Besonderheiten des Einzelfalles noch hinzunehmen sind"). Diese Rechtsprechung ist aus methodischen Erwägungen abzulehnen (Preis Rn. 345 f.). Die Differenzierung zwischen bereits festgestellter unzumutbarer (Interessen-)Beeinträchtigung und einer noch darüberhinausgehenden Interessenabwägung ist logisch kaum nachvollziehbar und nur damit zu erklären, dass das BAG den Begriff der (Un-)Zumutbarkeit scheinbar im Sinne eines subsumtionsfähigen, normativen Begriffs verwendet. Es gibt keine „an sich unzumutbaren Beeinträchtigungen" (etwa unzumutbare Lohnfortzahlungskosten, Betriebsstörungen oder Überbrückungsmaßnahmen), die aber dennoch vom Arbeitgeber im einzelnen Fall hingenommen werden müssen. Denn ob ein solcher Umstand wirklich unzumutbar ist, lässt sich immer erst als Ergebnis einer Interessenabwägung feststellen. Der Begriff der Unzumutbarkeit beinhaltet denknotwendig, dass ein Einzelfallergebnis unter Würdigung aller Umstände erzielt worden ist. Zu Recht lehnt das BAG mit der herrschenden Meinung generelle Maßstäbe zur Ermittlung einer zeitlichen, betrieblichen oder wirtschaftlichen Unzumutbarkeitsgrenze ab. Alle diese Gesichtspunkte sind eben nur einige von mehreren möglichen, die innerhalb einer umfassenden Interessenabwägung zu bewerten sind. Von einer „unzumutbaren" Beeinträchtigung kann immer erst dann gesprochen werden, wenn die beeinträchtigte Position den anderen Positionen gegenübergestellt worden ist. Im Ergebnis richtig erkennt das BAG an, dass die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht nur von der Schwere der Betriebsbeeinträchtigung oder der Höhe der Lohnfortzahlungskosten abhängt, sondern auch von dem bisherigen Verlauf des Arbeitsverhältnisses, dem Grund der Krankheit, dem Alter des Arbeitnehmers, der Dauer der Betriebszugehörigkeit und vielem anderen mehr (BAG 15.2.1984 – 2 AZR 573/82, AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 14). Die Frage der (Un-)Zumutbarkeit lässt sich nicht von der Interessenabwägung trennen (ansatzweise auch BAG 25.11.1982 – 2 AZR 140/81, AP KSchG 1969 Krankheit Nr. 7). Im Ergebnis kann damit festgestellt werden, dass der Zumutbarkeitsbegriff auch im Rahmen der krankheitsbedingten Kündigung keine substantielle Bedeutung hat. Es kann genauso gut auf ihn verzichtet werden, da er nicht mehr leisten kann, als das Ergebnis einer Interessenabwägung zu kennzeichnen. Die Alternative zur begrifflichen Zauberformel der (Un-)Zumutbarkeit ist die klare Herausarbeitung der betroffenen Güter und Interessen, deren Schutzwürdigkeit sowie die Intensität der Betroffenheit im einzelnen Fall. Darüber hinaus müssen die normativen Voraussetzungen geklärt werden für die Vermeidbarkeit der krankheitsbedingten Kündigung durch andere mildere Mittel. Auch hier leistet der nebulöse Verweis auf die Zumutbarkeit weder Klarstellung noch Systematik (vgl. etwa die umstrittene Entscheidung des BAG 29.1.1997 – 2 AZR 9/96, AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 32).

38 **b) Die Unzumutbarkeit bei der außerordentlichen Kündigung.** Die Verpflichtung des Richters zur Anwendung und Ausfüllung des Begriffs der Unzumutbarkeit ist bei § 626 I BGB unzweifelhaft, da der Begriff hier ausdrücklich als Tatbestandsmerkmal vor-

handen ist. Der Begriff ist aber auch in dieser Norm nur über eine Abwägung der Interessen zu erfassen, was der Gesetzgeber selbst durch die im Jahre 1969 eingefügte Legaldefinition des „wichtigen Grundes" anerkannt hat. Zum Zentralproblem bei der Konkretisierung des § 626 I BGB ist vor dem Hintergrund der Rechtsentwicklung zum KSchG die Herausarbeitung der Unterschiede zur ordentlichen Kündigung geworden. Leerformeln und eher gefühlsmäßige Abgrenzungen („Judiz") sollten vermieden werden (hierzu Preis Rn. 360 f.).

Der Begriff der Unzumutbarkeit in § 626 I BGB soll verdeutlichen, dass es bei der **39** außerordentlichen Kündigung um die Durchbrechung einer Vertragsnorm, also einer „an sich" gebotenen Betrachtung geht. Allein diese Durchbrechung des Grundsatzes „pacta sunt servanda" lässt die außerordentliche Kündigung zum Ausnahmerecht werden, weshalb von Rechts wegen ein Interessenbonus desjenigen besteht, der an dem Vertrag festhalten will. Die Interessen des Kündigenden müssen daher von hochrangigem Gewicht sein, wenn die Interessen des Kündigungsgegners überwogen werden sollen. An diesem Ausnahmecharakter des § 626 I BGB, der als Konkretisierung des Wegfalls der Geschäftsgrundlage verstanden wird (vgl. → BGB § 626 Rn. 6), ändert sich auch nichts durch die gesetzliche Verankerung des außerordentlichen Kündigungsrechts (vgl. auch § 314 BGB). Das Interessenungleichgewicht zugunsten des Gekündigten verfestigt § 626 I BGB im Übrigen ausdrücklich dadurch, dass es den Kündigenden auf die ordentliche Beendigungsmöglichkeit für den Regelfall verweist. Jedoch ist der Gesichtspunkt, dass bei § 626 I BGB die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers ab sofort, hingegen bei § 1 II KSchG erst nach Ablauf der Kündigungsfrist „unzumutbar" sein muss, zwar ein wesentlicher, keineswegs aber der einzige materielle Gesichtspunkt, der die außerordentliche von der ordentlichen Kündigung trennt. Normprägend auch für § 626 I BGB ist das vorrangige Beschränkungsinstrumentarium der ordentlichen Kündigung nach § 1 KSchG. Aus dem systematischen Stufenverhältnis zwischen beiden Kündigungsformen kann eine Reihe von Einzelfolgerungen abgeleitet werden, die die Konturen des § 626 I BGB etwas schärfer hervortreten lassen (näher Preis Rn. 1218 f.).

Stets bleibt § 626 I BGB aber offen für zusätzliche materielle Wertungen, was angesichts **40** des regulativen Charakters des Zumutbarkeitsbegriffs eine ganz selbstverständliche Aussage ist. Deutlich wird dies auch in den Fällen, in denen die ordentliche Kündigung eines Arbeitnehmers wegen besonderer Schutzzwecke ausgeschlossen und rechtlich die einseitige Lösung des Arbeitsverhältnisses nur noch im Wege der außerordentlichen Kündigung möglich ist (§ 15 KSchG, § 22 II Nr. 1 BBiG). Die Rechtsprechung neigt in diesen Fällen dazu, bei der Prüfung der (Un-)Zumutbarkeit der Vertragsfortsetzung einen besonders strengen Maßstab anzulegen. Die Formel „besonders strenger Maßstab", die das BAG etwa bei der **gleichzeitigen Verletzung von Amts- und Vertragspflichten durch einen betriebsverfassungsrechtlichen Funktionsträger** im Rahmen der Prüfung des § 626 I BGB verwendet (BAG 22.8.1974 – 2 ABR 17/74, AP BetrVG 1972 § 103 Nr. 1; 11.12.1975 – 2 AZR 426/74, AP KSchG 1969 § 15 Nr. 1; 10.2.1999 – 2 ABR 31/98, AP KSchG 1969 § 15 Nr. 42), ist allerdings insoweit missverständlich, als dem Zumutbarkeitsbegriff selbst kein eigener normativer Maßstab zugrunde liegt, der verschärft oder abgeschwächt werden könnte. Es verwundert daher auch nicht, dass der Rechtsprechung vorgeworfen wurde, sie verstieße mit dieser Verschärfung des für alle Arbeitnehmer gleichermaßen geltenden § 626 I BGB gegen das Begünstigungsverbot für Amtsträger (insbes. KR/Etzel 10. Aufl. 2013 KSchG § 15 Rn. 26a). Dieser Vorwurf erweist sich dann als unberechtigt, wenn verdeutlicht wird, dass sich als bloße Folge der bei einer gleichzeitigen Amts- und Vertragspflichtverletzung zu berücksichtigenden Interessen ein strengerer Maßstab ergeben kann (klarstellend BAG 19.7.2012 – 2 AZR 989/11, NZA 2013, 143, 5. Ls., Rn. 49). So gebietet der Schutzzweck des § 15 KSchG, dass zugunsten des Arbeitnehmers bei einer „Doppelpflichtverletzung" berücksichtigt wird, ob es hierzu nur durch eine spezifische Konfliktsituation kommen konnte, die in irgendeiner Weise mit der Amtstätigkeit zusammenhängt (KR/Kreft KSchG § 15 Rn. 45 f.). Wenn der Amtsträger zur Erfül-

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

lung seiner gesetzlichen Aufgaben tätig wird und ihm dabei eine Amtspflichtverletzung unterläuft, die sich zugleich als eine Verletzung des Arbeitsvertrages darstellt, so entspricht es der Zielrichtung des § 15 KSchG, den Arbeitnehmer bei dieser „gefahrgeneigten" Tätigkeit zu schützen. Hinzu kommt, dass die Interessen des Arbeitgebers in solchen Fällen zumeist durch amtsspezifische Sanktionen (zB Amtsenthebung nach § 23 BetrVG) ausreichend gewahrt werden können und nicht die Lösung des Arbeitsverhältnisses erfordern. Schließlich darf der durch § 15 KSchG verfolgte Schutzzweck, die Kontinuität und Unabhängigkeit der Amtsführung zu sichern, nicht dadurch vereitelt werden, dass man die außerordentliche Kündigung für den Arbeitgeber deshalb erleichtert, weil sie infolge des Ausschlusses der ordentlichen Kündigung für ihn die einzige Lösungsmöglichkeit ist.

41 Ein weiterer Sonderfall der außerordentlichen Kündigung ist die Beschränkung des **arbeitgeberseitigen Kündigungsrechts im Berufsausbildungsrecht** (§ 22 II Nr. 1 BBiG). Auch hier verändert sich der Zumutbarkeitsbegriff durch den speziellen Charakter des Vertrages und die besonderen materiellen Gesichtspunkte, die dem BBiG zu entnehmen sind (zutreffend daher BAG 22.6.1972 – 2 AZR 346/71, AP BGB § 611 Ausbildungsverhältnis Nr. 1). Das Berufsausbildungsverhältnis dient zuvörderst dem Erwerb der berufsspezifischen Fertigkeiten und Kenntnisse (§ 1 III BBiG: „Erwerb beruflicher Handlungsfähigkeit"). Weil das Gesetz diese Zwecke des Berufsausbildungsverhältnisses verwirklicht sehen will, können verhaltensbezogene Leistungsmängel und personenbezogene Charaktermängel nur höchst selten die außerordentliche Kündigung rechtfertigen, da das befristete Ausbildungsverhältnis ja gerade auch den Sinn hat, diese Mängel zu beseitigen (vgl. auch KR/Weigand BBiG §§ 21–23 Rn. 45 ff.). Ebenso ist kaum denkbar, ein Ausbildungsverhältnis zulässigerweise aus betriebsbedingten Gründen außerordentlich zu kündigen, sieht man einmal von den Sonderfällen der erheblichen Betriebseinschränkung und der Betriebsstilllegung ab (KR/Weigand BBiG §§ 21–23 Rn. 68 ff.). Denn der Betrieb kann und darf die Auszubildenden ohnehin nur sehr beschränkt als Arbeitskraft einplanen.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

III. Das Prinzip der Güter- und Interessenabwägung

42 Der Abwägung der Güter und Interessen kommt im Kündigungsrecht eine ganz zentrale Bedeutung zu. Im Bereich der Kündigungsgründe gilt dies selbstverständlich für § 626 I BGB, in dem der Gesetzgeber eine solche Abwägung ausdrücklich angeordnet hat. Aber auch die Entscheidung, ob eine ordentliche Kündigung nach § 1 KSchG gerechtfertigt ist, soll nach tradierter Auffassung (BAG 7.10.1954 – 2 AZR 6/54, AP KSchG § 1 Nr. 5 = BAGE 1, 99 ff.; 20.10.1954 – 1 AZR 193/54, AP KSchG § 1 Nr. 6 = BAGE 1, 117 ff.; 25.6.1964 – 2 AZR 382/63, AP KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 14 = BAGE 16, 134 ff.; 12.3.1968 – 1 AZR 413/67, AP KSchG § 1 Krankheit Nr. 1 = BAGE 20, 345 ff.; 13.9.1973 – 2 AZR 601/72, AP KSchG 1969 § 1 Nr. 2 = BAGE 25, 278 ff.; 22.2.1980 – 7 AZR 295/78, AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 6; 24.10.1979 – 2 AZR 940/77, 7.3.1980 – 7 AZR 1093/77, 17.10.1980 – 7 AZR 675/78, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 8–10) nur auf Grund einer umfassenden Interessenabwägung möglich sein, obwohl das Gesetz eine solche Interessenabwägung ausdrücklich nicht vorgesehen hat. Gegen eine richterliche Interessenabwägung bei § 1 KSchG haben sich nur vereinzelt Stimmen erhoben (Bötticher FS Molitor S. 127 ff.; Herschel FS Schnorr von Carolsfeld 1972 S. 163 ff.), allerdings mit den gewichtigen Argumenten, dass hierdurch eine bereits vollzogene Interessenbewertung des Gesetzgebers verdrängt zu werden drohe und auf diesem Wege die Rechtsprechung bloße Billigkeitsurteile produziere. Darüber hinaus wird bemängelt, dass der praktizierten Interessenabwägung keine rationale Methode zugrunde liege (Herschel FS G. Müller 1981 S. 205; Schwerdtner ZIP 1984, 12; Willemsen RdA 2017, 115). Die Kernfragen zum Prinzip der Interessenabwägung sind Zulässigkeit und Umfang der Interessenabwägung im Kündigungsrecht, die Konkretisierung der schutzwerten Güter und Interessen sowie objektive Grundsätze zur Gewichtung der berücksichtigungsfähigen Interessen (hierzu Preis Rn. 383 ff.).

1. Zulässigkeit richterlicher Abwägungen im Kündigungsrecht. a) § 626 I BGB. 43
Bei § 626 I BGB ergibt sich die Ermächtigung zu richterlicher Abwägung expressis verbis aus dem Gesetz. Jedoch wurde auch schon die Interessenabwägung praktiziert, bevor das Gesetz im Jahre 1969 die entsprechende Legaldefinition des „wichtigen Grundes" erhielt. Dies ist nicht zu beanstanden, weil in § 626 I BGB mehrere Umstände vereinigt sind, die zu einer Interessenabwägung führen müssen. Bereits das Merkmal „wichtiger Grund" enthält keine normative Konfliktentscheidung. Vielmehr ist dieses Merkmal ein reines, an den Richter verweisendes Regulativ, mithin eine typische Generalklausel, die ihre formelle Bestätigung noch in dem nachträglich eingefügten Begriff der Unzumutbarkeit findet. § 626 I BGB enthält also drei die richterliche Interessenabwägung legitimierende Anhaltspunkte: Die beiden Regulative „wichtiger Grund" und „Unzumutbarkeit" sowie die ausdrückliche Anordnung einer umfassenden Interessenabwägung.

Prägend für die **Interessenabwägung** des § 626 I ist das von vornherein bestehende 44
Interessenungleichgewicht zu Lasten des Kündigenden, das durch folgende Punkte gekennzeichnet ist: (1) Charakter des § 626 I BGB als **Ausnahmerecht;** (2) Durchbrechung des Grundsatzes „pacta sunt servanda"; (3) Vorrang der ordentlichen Auflösungsmöglichkeit; (4) sofortiges Auflösungserfordernis, Zeitfaktor; (5) Notwendigkeit einer besonders intensiven Vertrauensstörung bzw. einer Vertrags- und/oder Betriebsbeeinträchtigung (ausf. Preis Rn. 1254 f.).

b) Gesetzliche Zumutbarkeitsklauseln. Alle gesetzlichen Zumutbarkeitsbegriffe er- 45
öffnen mangels gesetzlicher Konfliktentscheidung den Weg zur Interessenabwägung (→ Rn. 29 ff.).

c) § 1 I und II KSchG. Ob der Richter im Rahmen der Konkretisierung der ordentli- 46
chen Kündigungsgründe nach § 1 I und II KSchG zu einer eigenen Interessenabwägung berechtigt ist, ist seit jeher nicht vollständig geklärt. Insbesondere ist umstritten, wieweit die Interessenbewertung des KSchG geht und ob nicht die die Interessenabwägung befürwortende herrschende Meinung zur Aufweichung dieser Bewertung führt.

Bis zum Jahre 1980 entsprach es ständiger Rechtsprechung des BAG, dass die soziale 47
Rechtfertigung einer betriebsbedingten Kündigung nur nach einer sorgfältigen Interessenabwägung festgestellt werden könne (BAG 4.2.1960 – 3 AZR 25/58, AP KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 5; 25.6.1964 – 2 AZR 382/63, AP KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 14; 3.5.1978 – 4 AZR 698/76, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 5; 7.3.1980 – 7 AZR 1093/77, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 9; 17.10.1980 – 7 AZR 675/78, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 10). Diese Rechtsprechung begegnete wegen ihrer konturenlosen Spruchpraxis zunehmender Kritik (grundlegend Bötticher FS Molitor 1962 S. 127 ff.; Herschel FS Schnorr von Carolsfeld 1972 S. 163 f.; Preis Rn. 407 ff.; 451 f.). Im Bereich der betriebsbedingten Kündigung wurde zeitweise abgewogen, ob die organisatorischen Maßnahmen in einem vernünftigen Verhältnis zu den Nachteilen für den oder die betroffenen Arbeitnehmer stünden, womit praktisch eine Kontrolle der wirtschaftlichen Zweckmäßigkeit der Unternehmerentscheidung vorgenommen wurde. Diese Rechtsprechung ist mit Urteil vom 30.4.1987 (2 AZR 184/86, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 42 = NZA 1987, 776) aufgegeben worden. Bei einer „an sich" betriebsbedingten Kündigung soll sich eine Abwägung der beiderseitigen Interessen nur noch in seltenen Ausnahmefällen zugunsten des Arbeitnehmers auswirken können. Mit dieser Spruchpraxis wird nur noch formal an dem früheren Merkmal der Interessenabwägung festgehalten. In der Praxis des BAG ist kein Urteil anzutreffen, das eine „an sich" betriebsbedingte Kündigung allein wegen „unzumutbarer" sozialer Härten oder überwiegender Bestandsschutzinteressen des Arbeitnehmers für unwirksam erklärte (siehe bereits Stahlhacke BlStSozArbR 1983, 35; vgl. jedoch ArbG Passau 17.8.1994 – 2 Ca 869/93, BB 1994, 2007). Besteht keine Möglichkeit zu weniger einschneidenden Maßnahmen, erkennt das Gesetz betriebsbedingte Kündigungen als notwendiges Übel an. Das Gesetz verkennt die sozialen Folge-

wirkungen nicht. Sie können aber nur noch über den Weg der Sozialauswahl (§ 1 III KSchG) gemildert werden. Es gibt keine „an sich" betriebsbedingte Kündigung, die nach einer Interessenabwägung für sozial ungerechtfertigt erklärt werden könnte (ebenso Schwerdtner ZIP 1984, 12; Borrmann ArbRGeg Bd. 24 (1986) S. 88; Preis Rn. 460 f.), sondern nur betriebsbedingte Kündigungen, die dennoch sozial ungerechtfertigt sind, weil die soziale Auswahl nicht stimmte. Die Ablehnung einer allgemeinen Interessenabwägung ist von der Frage zu unterscheiden, ob das – kraft unternehmerischer Entscheidung – vorliegende betriebliche Erfordernis stets als „dringend" iSd § 1 II KSchG zu betrachten ist (→ KSchG § 1 Rn. 528 ff.; SPV/Preis Rn. 950 ff.). Abgesehen von dem Grundsatz der Erforderlichkeit (hierzu SPV/Preis Rn. 999 ff.) kommt dem Merkmal „dringend" die gesetzliche Bedeutung zu, dass die betrieblichen Erfordernisse eine bestimmte Belastungsgrenze erreicht haben müssen, um die Kündigung zu rechtfertigen (hierzu Preis Rn. 701; Preis NZA 1995, 241 (248)). Der Gesetzgeber hat die Wortwahl genau abgewogen. Die Formulierung „zwingende" Erfordernisse fand seinerzeit keine Mehrheit. Mit der Wortwahl „dringend" sollte ein hinreichend „wirksamer sozialer Schutz" gewährleistet werden (vgl. hierzu die Äußerungen der Bundesregierung zu einem Vorschlag des Bundesrates, die dringenden durch zwingende betriebliche Erfordernisse zu ersetzen, RdA 1951, 178 ff.). Das Merkmal „dringend" ist ein Kriterium zur Bewertung der Gewichtigkeit des betrieblichen Interesses (Preis NZA 1995, 248). Konkret kann nur über das Merkmal der Dringlichkeit begründet werden, dass nur der endgültige, nicht aber der bloß vorübergehende Fortfall des Arbeitsplatzes eine Beendigung rechtfertigt (hierzu SPV/Preis Rn. 930, 942, 1003 ff.). Auch geringfügige Schwankungen des Personalbedarfs sind hinzunehmen, selbst wenn sie nicht durch Einführung von Kurzarbeit aufgefangen werden können. Betriebliche Erfordernisse können dringend sein aus wirtschaftlichen Gründen, gegebenenfalls auch aus nichtwirtschaftlichen Gründen. In jedem Falle bedarf es einer plausiblen Darlegung, dass und inwieweit zB außerbetriebliche Ursachen oder innerorganisatorische Maßnahmen zur Verbesserung der Kostensituation oder der Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens beitragen (im Einzelnen Preis NZA 1995, 241 (249); vgl. jetzt auch BAG 17.6.1999 – 2 AZR 141/99, DB 1999, 1909).

48 Bei der **verhaltens- und personenbedingten Kündigung** ist eine vergleichbare ausreichende gesetzgeberische Konfliktlösung nicht vorhanden; deshalb bleibt hier letztlich eine Abwägung der kollidierenden Interessen unvermeidlich. Freilich sind gegenüber der früheren umfassenden Abwägungspraxis erhebliche Einschränkungen erforderlich. Rechtsfragen, die früher aus dem Prinzip der Interessenabwägung entschieden wurden, sind größtenteils in andere kündigungsrechtliche Maximen eingeflossen (objektiver Maßstab, Prognoseprinzip, Ultima-Ratio-Prinzip). Die Interessenabwägung ist darauf zu beschränken, das **Gewicht der Vertragsbeeinträchtigung im Einzelfall** festzustellen. Billigkeitsabwägungen, die keinen Bezug zum konkreten Kündigungsgrund haben, sind abzulehnen. Diese zwischen den Kündigungsgründen differenzierende und die Interessenabwägung einschränkende Betrachtung scheint sich durchgesetzt zu haben (hierzu zusammenfassend Bitter/Kiel RdA 1994, 333 (336 ff., 346 ff.) und RdA 1995, 26 ff. (32 ff.)). Die Abwägung ist auf **arbeitsvertragliche und sachverhaltsbezogene Umstände zu beschränken** (ausf. Preis Rn. 491 f.; dem folgend HK-KSchG/Dorndorf KSchG § 1 Rn. 709 ff.; in der Sache vorbildlich BAG 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227; verfehlt LAG Hamm 30.5.1996 – 4 Sa 2342/95, NZA 1997, 1056). Bei der Abwägung geht es um das Gewicht bzw. die **Intensität der Vertragspflichtverletzung.** Das Gewicht eines verhaltensbedingten Kündigungsgrundes wird aber nicht deshalb geringer, weil der vertragsbrüchige Arbeitnehmer viele Kinder zu versorgen hat. Die Häufung auch geringfügiger Pflichtverletzungen mit erkennbarer Wiederholungsgefahr kann sowohl die ordentliche als auch die außerordentliche Kündigung rechtfertigen.

49 Das BAG verlangt – in Klarstellung gegenüber früher abweichender Rechtsprechung – nicht mehr, dass es zu einer **konkreten Störung des Betriebsablaufs** oder des Betriebsfriedens gekommen ist (BAG 17.1.1991 – 2 AZR 375/90, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltens-

bedingte Kündigung Nr. 25 = NZA 1991, 557; 16.8.1991 – 2 AZR 604/90, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 27 = EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung mAnm Rüthers/Müller = NZA 1992, 130; 17.3.1988 – 2 AZR 576/87, AP BGB § 626 Nr. 99 = NZA 1989, 261 = EzA § 626 BGB nF Nr. 116 mit abl. Anm. Willemsen; 7.12.1988 – 7 AZR 122/88, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 26 = EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 26 mit abl. Anm. Rüthers). Die konkrete Störung des Betriebsablaufs ist ein **Abwägungsfaktor,** aber keineswegs **unverzichtbare Voraussetzung** für die Rechtfertigung einer Kündigung, wenn unzweifelhaft eine nachhaltige Missachtung der Vertragspflichten vorliegt (Preis DB 1990, 688; ebenso jetzt BAG 17.1.1991 – 2 AZR 375/90, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 25; jüngst BAG 7.5.2020 – 2 AZR 619/19, NZA 2020, 1022). Dies gilt insbesondere, wenn die **vertragliche Hauptpflicht,** die Arbeitspflicht, verletzt wird. Sofern jedoch nur unwesentliche Nebenpflichten des Arbeitsvertrages verletzt werden, kann die fehlende Betriebsstörung allerdings ausschlaggebend für die fehlende Rechtfertigung der Kündigung sein. **Unterhaltspflichten** können grundsätzlich nicht im Rahmen einer Interessenabwägung berücksichtigt werden (BAG 2.3.1989 – 2 AZR 280/88, AP BGB § 626 Nr. 101 = EzA § 626 BGB nF Nr. 118; 27.2.1997 – 2 AZR 302/96, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 36 zugleich zum Sonderfall einer zulässigen Berücksichtigung = EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 51 mit abl. Anm. Friese; BAG 5.4.2001– 2 AZR 159/00, DB 2001, 2052; aA LKB/Krause § 1 Rn. 280; KR/Rachor KSchG § 1 Rn. 445). Behinderungen und Krankheiten können nur berücksichtigt werden, wenn sie mit dem Vertragsverstoß in Zusammenhang stehen. Die Dauer der **Betriebszugehörigkeit,** insbesondere die Dauer der fehlerfreien Vertragsbeziehung, ist jedoch bei allen Kündigungen (auch wegen Vermögensdelikten) zu berücksichtigen (BAG 7.7.2011 – 2 AZR 355/10, NZA 2011,1412; 13.12.1984 – 2 AZR 454/83, NZA 1985, 288; HessLAG 5.7.1988 – 5 Sa 585/88, LAGE § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 20 = DB 1988, 2468; abl. Tschöpe NZA 1985, 588 ff.). Kannte der Arbeitgeber die Gründe bereits längere Zeit, so verlieren sie bei der Interessenabwägung an Gewicht (BAG 20.10.1954 – 1 AZR 193/54, AP KSchG § 1 Nr. 6; 4.3.1980 – 1 AZR 125/78, AP GG Art. 140 Nr. 3 = EzA § 1 KSchG Tendenzbetrieb Nr. 8). Ob disziplinarische Erwägungen allgemeiner Art das Kündigungsinteresse verstärken, ist zweifelhaft, weil die Kündigung weder ein Disziplinierungsmittel ist noch generalpräventiven Zwecken dient (BAG 4.6.1997 – 2 AZR 526/96, AP BGB § 626 Nr. 137; Preis Rn. 798 f.; HK-KSchG/Dorndorf § 1 Rn. 567 f.).

Für die soziale Rechtfertigung einer **personenbedingten Kündigung** bedarf es schließlich einer Interessenabwägung, an die nach herrschender Meinung strenge Maßstäbe anzulegen sind (BAG 20.10.1954 – 1 AZR 193/54, AP KSchG § 1 Nr. 6; 10.12.1956 – 2 AZR 288/54, AP KSchG § 1 Nr. 21; 25.11.1982 – 2 AZR 140/81, AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 7 = EzA § 1 KSchG Krankheit Nr. 10; einschränkend KR/Rachor KSchG § 1 Rn. 288). Hieran ist richtig, dass sich der „strenge Maßstab" als Konsequenz aus der Gewichtigkeit der konkret zu schützenden Arbeitnehmerinteressen ergeben kann (Preis Rn. 1033). Durch die personenbedingte Kündigung können Wertentscheidungen des Grundgesetzes (Art. 1 I, 2 I GG) berührt sein. Die globale Formel, der Richter habe das Interesse des Arbeitnehmers an der Aufrechterhaltung (Bestandsschutzinteresse) und des Arbeitgebers an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses (betriebliche und unternehmerische Interessen) gegeneinander abzuwägen, ist in dieser Form zu weitgehend (Preis Rn. 434 f.). Zu bedenken ist, dass der Interessenkonflikt in Teilbereichen bereits einer Bewertung unterzogen worden ist (objektiver Kündigungsgrund, Erforderlichkeit betrieblicher Auswirkungen, Negativprognose, Vorrang milderer Mittel). Insoweit ist die früher herrschende umfassende **Interessenabwägung einzugrenzen.** Verfehlt ist eine allgemeine Billigkeitsabwägung. Erforderlich ist eine konkrete, auf das Arbeitsverhältnis bezogene Abwägung, die mit folgender Formel umrissen werden kann: Eine personenbedingte Kündigung ist nur gerechtfertigt, wenn unter Berücksichtigung der in der Rechtsordnung **50**

verankerten Wertentscheidungen zum Schutz der Person des Arbeitnehmers eine so starke Beeinträchtigung schutzwerter betrieblicher, unternehmerischer oder vertraglicher Interessen des Arbeitgebers vorliegt, dass diese im konkreten Fall die zugunsten des Arbeitnehmers bestehenden Rechtspositionen überwiegen (Preis Rn. 1033; ebenso HK-KSchG/Weller/Dorndorf § 1 Rn. 372). **Arbeitsverhältnisbezogene Umstände** sind stets zu **berücksichtigen.** Die Einschränkung der Eignung oder Fähigkeit zur Erbringung der Arbeitsleistung kann auf betriebliche Umstände zurückzuführen sein (zB bei einem Betriebsunfall) oder die normale Folge des Alters und der jahrelangen Tätigkeit im Betrieb sein (BAG 5.8.1976 – 3 AZR 110/75, AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 1 = EzA § 1 KSchG Krankheit Nr. 2). Die Ursache des Wegfalls der Eignung ist stets zu gewichten. Das, was der Arbeitgeber an personenbedingten Beeinträchtigungen hinzunehmen hat, richtet sich u. a. nach der **Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers** und dem bisherigen **Verlauf des Arbeitsverhältnisses.** Je länger das Arbeitsverhältnis fehlerfrei verlaufen ist, desto größer muss das Ausmaß der betrieblichen Belastungen sein, damit die Interessenabwägung letztlich zugunsten des Arbeitgebers ausschlagen kann. Umgekehrt genügen bei kürzeren und von Anfang an mit Fehlzeiten belasteten Arbeitsverhältnissen weitaus geringere betriebliche Belastungen zur Rechtfertigung der Kündigung (BAG 15.2.1984 – 2 AZR 573/82, AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 14 = EzA § 1 KSchG Krankheit Nr. 15; Preis DB 1988, 1446). Das Verschulden ist zwar keine Voraussetzung der personenbedingten Kündigung. Je nach Kündigungsgrund kann jedoch in der Abwägung erheblich werden, ob der Kündigungsgrund (auch) entweder auf ein zurechenbares Verhalten des Arbeitgebers (zB verschuldeter Betriebsunfall oder betriebliche Verursachung der Erkrankung) oder des Arbeitnehmers (zB Straftaten außerhalb des Arbeitsverhältnisses) zurückgeführt werden kann. Verfehlt ist der Ansatz, aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ein Recht zur (krankheitsbedingten) Kündigung ableiten zu wollen, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer mit gesundheitsschädigenden Aufgaben betraut (hierzu BAG 12.7.1995 – 2 AZR 762/94, AP BGB § 626 Krankheit Nr. 7 mAnm Bezani = EzA § 626 BGB nF Nr. 156 mAnm Kania; s. auch HessLAG 11.2.1997 – 15 Sa 1283/96, LAGE § 1 KSchG Personenbedingte Kündigung Nr. 14). Vielmehr führt umgekehrt die betriebliche Verursachung von Erkrankungen zur Erschwerung der arbeitgeberseitigen Kündigungsmöglichkeit.

51 **d) § 1 III 1 KSchG – „Soziale Gesichtspunkte".** Ohne richterliche Abwägung ist schließlich auch nicht bei der Frage auszukommen, ob der Arbeitgeber im Falle der betriebsbedingten Kündigung bei der Auswahl des Arbeitnehmers die in § 1 III 1 KSchG aufgeführten sozialen Gesichtspunkte ausreichend berücksichtigt hat (Einzelheiten → KSchG § 1 Rn. 704). Eine besondere Struktur weist die Interessenabwägung bei § 1 III 1 KSchG insoweit auf, als hier im Rechtsstreit des gekündigten Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber nicht die Interessen dieser Parteien gegeneinander abgewogen werden, sondern die Interessen des gekündigten mit denen des – vergleichbaren – nicht gekündigten Arbeitnehmers. Aus diesem Grunde kann § 1 III KSchG nicht pauschal auf ein Gebot der Interessenabwägung reduziert werden.

52 **2. Methode der Interessenabwägung.** Die Interessenabwägung ist normativ auf arbeitsvertraglich relevante Umstände zu konkretisieren. Da sich das Arbeitsverhältnis primär als ein wirtschaftliches Austauschverhältnis darstellt, das zur Erreichung bestimmter wirtschaftlicher und betrieblicher Zwecke eingegangen wird, können kündigungsrechtlich auch alle jene Interessen Geltung beanspruchen, die mit dieser Zweckverfolgung zusammenhängen. Der Arbeitgeber kann also die Kündigung insbesondere auf **betriebs- und unternehmensbezogene Interessen** stützen. Schutzwürdig sind schließlich alle **personenbezogenen Interessen,** soweit sie die beiden Vertragsparteien selbst betreffen (Einzelheiten bei Preis Rn. 484 ff.). Verhaltensbezogene, betriebsbezogene und personenbezogene Interessen sind stets im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen (ausführlich Preis Rn. 491 ff.). Stets ist zu berücksichtigen, ob der Pflichtverstoß des Arbeitnehmers **konkrete betriebliche** oder **wirtschaftliche Auswirkungen** zeitigt (BAG 17.3.1988 – 2