

## Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Soziale Rechtfertigung einer Kündigung
3. Wahl des milderen Mittels
4. Rechtsprechungs-ABC
  - 4.1 Arbeitsplatz freimachen
  - 4.2 Freikündigung
  - 4.3 Glaubensfrage
  - 4.4 Lang anhaltende Erkrankung
  - 4.5 Mildere Maßnahmen
  - 4.6 Milderes Mittel
  - 4.7 Neue Chance
  - 4.8 Prüfungspflicht
  - 4.9 Wartezeit

### Information

#### 1. Allgemeines

Der Arbeitgeber hat bei einer personenbedingten Kündigung zunächst ganz legitim nur seine betrieblichen **Interessen** im Auge. Die **Blickrichtung des Arbeitgebers** ist bei einer personenbedingten Kündigung aber nicht allein entscheidend. Das Kündigungsschutzgesetz verlangt, dass eine personenbedingte **Kündigung** in seinem Anwendungsbereich nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG sozial gerechtfertigt sein muss.

#### *Praxistipp:*

Ob eine personenbedingte Kündigung sozial gerechtfertigt ist, entscheidet nicht der Arbeitgeber, sondern letzten Endes ein Arbeitsgericht. Nach dem Grundsatz "wo kein Kläger, da kein Richter" gelangt nicht jede Kündigung vor Gericht. Nur: Wer seine Kündigung als Arbeitgeber nicht sorgfältig vorbereitet und dabei auch den Ultima-Ratio-Grundsatz außer Acht lässt, wird in dem Fall, dass es einen Kläger gibt, vor Gericht scheitern. Daher ist es sinnvoll, vor einer personenbedingten Kündigung immer zu prüfen, ob das Arbeitsverhältnis nicht durch andere Maßnahmen erhalten werden kann.

Das Ultima-Ratio-Prinzip ist **Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes**. Eine **Kündigung** ist als letztes und **schwerstes Mittel** erst dann geeignet, auf eine Vertragsstörung zu reagieren, wenn **andere Mittel** nicht in Frage kommen. So ein milderes Mittel steht allerdings nicht beliebig zur Auswahl und erst recht nicht immer zur Verfügung. Sein Einsatz muss **objektiv möglich** und **subjektiv zumutbar** sein. Letztlich ist es eine Frage des Einzelfalls, ob ein milderes Mittel zur Anwendung kommt. Das kann dann sogar dazu führen, dass der Arbeitgeber einen Arbeitsplatz freimachen muss.

#### 2. Soziale Rechtfertigung einer Kündigung

Eine **Kündigung** ist nach § 1 Abs. 1 KSchG **unwirksam**, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist. Das ist sie nach § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG unter anderem, wenn sie nicht durch einen **Grund**, der **in der Person des Arbeitnehmers** liegt, bedingt ist. Die soziale Rechtfertigung einer Kündigung wird aber **nur im KSchG-Bereich** verlangt. Nur hier greift auch das Ultima-Ratio-Prinzip, **nicht in ungeschützten Arbeitsverhältnissen** (zum KSchG-Anwendungsbereich wird auf das Stichwort Kündigungsschutz -

Allgemeines verwiesen).

### **Beispiele:**

- (1) Arbeitnehmer N1 arbeitet seit zwei Monaten für Arbeitgeber A1. Dann wird er arbeitsunfähig krank. A1 braucht sich jetzt keine Gedanken darüber zu machen, welches mildere Mittel er nun an Stelle einer Kündigung wählen muss. N1 hat keinen Kündigungsschutz, weil er die Mindestbeschäftigungszeit des § 1 Abs. 1 KSchG noch nicht erfüllt hat. Das Ultima-Ratio-Prinzip greift hier nicht.
- (2) Arbeitnehmer N2 arbeitet seit fünf Jahren für Arbeitgeber A2 als Fahrer. N2 verliert seinen Führerschein wegen eines gut gefüllten Punktekontos. Im Betrieb des A2 arbeiten gerade mal acht Arbeitnehmer - und zu denen gehört N2 noch dazu. Der Betrieb, in dem N2 arbeitet, fällt nach § 23 Abs. 1 KSchG nicht unter den allgemeinen Kündigungsschutz. Auch A2 braucht vor der personenbedingten Kündigung des N2 nicht zu prüfen, ob es an Stelle der Kündigung ein milderes Mittel gibt.
- (1) Arbeitnehmer N3 arbeitet schon seit mehreren Jahren in einem Großbetrieb. Er wird durch einen Infekt arbeitsunfähig krank und fällt längere Zeit aus. Betriebsablaufstörungen sind die Folge. Arbeitgeber A3 möchte sich von N3 trennen. Seine Kündigung muss nun im Sinn des § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt sein. Und bei dieser sozialen Rechtfertigung muss A3 auch das Ultima-Ratio-Prinzip beachten. Kann er N3 auf einem anderen Arbeitsplatz weiter beschäftigen, muss er das tun. Das wäre nämlich gegenüber der personenbedingte Kündigung das mildere Mittel.

Eine **Ausnahme** für die Anwendung des Ultima-Ratio-Prinzips außerhalb des Bereichs sozial gerechtfertigter Kündigung gibt es allerdings: Soll ein Arbeitsverhältnis **außerordentlich ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist** beendet werden, geht auch das nur, wenn andere, mildere Mittel nicht in Frage kommen (dazu: Kündigung - außerordentliche: Ultima Ratio ).

Eine **Kündigung** ist nach § 1 Abs. 2 Satz 3 KSchG auch dann **sozial ungerechtfertigt**, wenn

- die **Weiterbeschäftigung** des Arbeitnehmers nach zumutbaren **Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahme** oder
- eine **Weiterbeschäftigung** des Arbeitnehmers **unter geänderten Arbeitsbedingungen** möglich ist

und der Arbeitnehmer damit sein Einverständnis erklärt.

### **3. Wahl des milderen Mittels**

Die soziale Rechtfertigung verlangt **nichts Unmögliches**. Der Einsatz eines milderen Mittels muss

- **objektiv möglich** und
- **subjektiv zumutbar**

sein. Bei Prüfung der subjektiven Zumutbarkeit sind auf Seiten des Arbeitgebers auch **wirtschaftliche Gesichtspunkte** zu berücksichtigen.

### **Beispiel:**

Arbeitnehmer N ist Fahrer bei Arbeitgeber A. Das Amtsgericht hat ihm wegen eines gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr die Fahrerlaubnis entzogen. Kann A den N nun objektiv auf einer anderen Stelle weiterbeschäftigen und ist ihm das auch subjektiv zumutbar, scheidet eine personenbedingte Kündigung wegen des Entzugs der Fahrerlaubnis aus. Gibt es eine freie Stelle, für die N aber ungeeignet ist, braucht A ihm die Weiterbeschäftigung auf dieser Stelle nicht als milderes Mittel anzubieten. Kann für N ein vorhandener, freier Arbeitsplatz umgestaltet werden, ist diese Umgestaltung aber für A mit wirtschaftlich unvernünftigen Kosten verbunden, wäre ihm diese mildere Maßnahme subjektiv unzumutbar.

Da die **Kündigung** immer das **schwerste und letzte Mittel** ist, mit dem der Arbeitgeber auf eine Vertragsstörung reagieren kann, muss er zuvor unter anderem prüfen, ob nicht

- eine **Fortbildung oder Umschulung** des Mitarbeiters
- eine **Umgestaltung** des Arbeitsplatzes
- eine **Umorganisation** des Personaleinsatzes
- eine **Umsetzung** oder
- eine **Versetzung** auf einen anderen Arbeitsplatz
- oder eine **Änderungskündigung**

in Frage kommen (diese Liste möglicher milderer Maßnahmen ist nicht abschließend).

Einen anderen Arbeitsplatz braucht der Arbeitgeber in der Regel nur dann anzubieten, wenn dieser Arbeitsplatz frei ist. In bestimmten Fällen muss er allerdings auch einen **Arbeitsplatz freimachen**, wenn er das mit seinem Direktionsrecht erreichen kann und nicht in die geschützte Rechtsposition des anderen Mitarbeiters eingreift.

### **Beispiel:**

Mitarbeiter M ist in einem Servicecenter tätig. Er gehört zu den Arbeitnehmern, die direkten Kundenkontakt haben. Die Vergütung ist für alle Mitarbeiter gleich. Sie wurden nach ihren Arbeitsverträgen als "Mitarbeiter im kaufmännischen Bereich" eingestellt. Zudem enthalten die Verträge den Passus: *"Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, auf Anweisung des Arbeitgebers auch andere Tätigkeiten in anderen Bereichen des Servicecenters auszuführen. Er erklärt sich bereits jetzt zu einem Wechsel aus dem Kunden- in den Sachbearbeitungsbereich und umgekehrt bereit."* Wird M nun arbeitsunfähig krank, weil er den Kundenstress nicht mehr aushält, müsste Arbeitgeber A vor einer personenbedingten Kündigung einen Mitarbeiter aus dem Sachbearbeitungsbereich in den Bereich mit Kundenkontakt versetzen und M auf dessen freigemachter Stelle weiterbeschäftigen.

Ist der andere Arbeitsplatz nur über eine **Änderungskündigung** des jetzigen Stelleninhabers freizumachen, scheidet die Weiterbeschäftigung aus. Letztlich ist die Frage, ob ein milderes Mittel angewendet werden soll und wenn ja, welches, eine **Frage des Einzelfalls**.

## **4. Rechtsprechungs-ABC**

An dieser Stelle werden einige der interessantesten **Entscheidungen** zum Thema Ultima-Ratio-Prinzip und personenbedingte Kündigung **in alphabetischer Reihenfolge** nach Stichwörtern geordnet hinterlegt:

### **4.1 Arbeitsplatz freimachen**

Die Möglichkeit, einen arbeitsunfähig erkrankten Mitarbeiter auf einem **leidensgerechten Arbeitsplatz** weiterzubeschäftigen, schließt nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine personenbedingte Kündigung wegen Krankheit aus. Eigentlich müsste die Weiterbeschäftigung nur auf einem freien Arbeitsplatz erfolgen. Aber: Gegenüber einer krankheitsbedingten Kündigung ist auch die **Umorganisation des Personaleinsatzes** ein milderes Mittel. Sie ist dann geboten, wenn der Arbeitgeber einen leidensgerechten Arbeitsplatz allein durch **Wahrnehmung des Direktionsrecht** freimachen kann, weil er sich damit gegenüber dem bisherigen Arbeitsplatzinhaber im Rahmen der vertraglichen Abmachungen hält und nicht in dessen Rechtsposition eingreift ( LAG Düsseldorf, 07.10.2004 - 5 Sa 1067/04 - mit Hinweis auf BAG, 29.01.1997 - 2 AZR 9/96 ).

### **4.2 Freikündigung**

Es gibt Fälle einer krankheitsbedingten Kündigung , in denen der Arbeitgeber - insbesondere nach Durchführung des betrieblichen Eingliederungsmanagements - verpflichtet ist, den kranken Arbeitnehmer auf einem leidensgerechten Arbeitsplatz weiterzubeschäftigen . Gibt es **keinen freien geeigneten Arbeitsplatz**, ist der Arbeitgeber gehalten, durch Ausübung seines Direktionsrechts einen entsprechenden Arbeitsplatz

freizumachen. Eine "Freikündigung" des Arbeitsplatzes kommt in der Regel nicht in Betracht - schon gar nicht, wenn der Mitarbeiter auf diesem Arbeitsplatz den allgemeinen KSchG-Kündigungsschutz hat. Ob ohne KSchG-Schutz "anderes gilt, wenn der Stelleninhaber nicht seinerseits behindert ist und die Kündigung für ihn keine unzumutbare Härte darstellt", lässt das BAG bislang offen - weist aber gleichzeitig dem Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast für diesen Umstand zu (BAG, 20.11.2014 - 2 AZR 664/13) .

#### 4.3 Glaubensfrage

Lehnt ein Arbeitnehmer mit dem Hinweis darauf, dass er gläubiger **Baptist** sei, wegen seiner religiösen Überzeugung die **Beschäftigung an Sonntagen** ab, kann das für den Arbeitgeber durchaus ein Grund sein, sich personenbedingt von ihm zu trennen. Eine Kündigung kommt unter Berücksichtigung des Ultima-Ratio-Prinzips aber nur dann in Betracht, wenn andere Möglichkeiten, den Arbeitnehmer unter Berücksichtigung seiner religiösen Überzeugungen zu beschäftigen, nicht mehr bestehen. Als milderer Mittel kommt in so einem Fall beispielsweise die **Befreiung des Arbeitnehmers von der Sonntagsarbeit** oder die Umsetzung in eine andere Schicht in Betracht ( LAG Hamm, 08.11.2007 - 15 Sa 271/07 ).

#### 4.4 Lang anhaltende Erkrankung

Selbst in Fällen, in denen ein Arbeitnehmer die **vertraglich geschuldete Arbeit** auf Dauer wegen Krankheit nicht mehr leisten kann, ist seine Kündigung nach dem KSchG nur dann **sozial gerechtfertigt**, "wenn sie zur **Beseitigung der eingetretenen Vertragsstörung** erforderlich ist." Zu den Tatsachen, die die Kündigung bedingen, gehört daher auch das "Fehlen angemessener milderer Mittel zur Vermeidung künftiger Fehlzeiten." Als mildere Mittel kommen insbesondere die Weiterbeschäftigung auf einem anderen - leidensgerechten - Arbeitsplatz oder die Umgestaltung des bisherigen Arbeitsbereichs in Betracht. "Das schließt in Krankheitsfällen die Verpflichtung des Arbeitgebers ein, einen leidensgerechten Arbeitsplatz durch Ausübung seines Direktionsrechts 'freizumachen' und sich gegebenenfalls um die erforderliche Zustimmung des Betriebsrats zu bemühen" ( BAG, 20.11.2014 - 2 AZR 664/13 - mit dem Hinweis, dass als milderer Mittel auch eine Änderungskündigung mit dem Angebot eines Arbeitsplatzes mit schlechteren Bedingungen in Frage kommt).

#### 4.5 Mildere Maßnahmen

Eine Kündigung ist nach dem Ultima-Ratio-Prinzip nur erforderlich, wenn sie nicht durch Einsatz milderer Mittel vermieden werden kann. So ist eine Kündigung dann sozial nicht gerechtfertigt, wenn es andere geeignete mildere Mittel gibt, um die **Vertragsstörung** in Zukunft zu beseitigen. Das betriebliche **Eingliederungsmanagement** nach § 84 Abs. 2 SGB IX ist **kein milderer Mittel** in diesem Sinn - mit ihm können aber mildere Mittel (zum Beispiel die Umgestaltung des Arbeitsplatzes oder einer Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz zu geänderten Arbeitsbedingungen) erkannt und entwickelt werden ( BAG, 12.07.2007 - 2 AZR 716/06 ).

#### 4.6 Milderer Mittel

Ist die beabsichtigte personenbedingte Kündigung zur Beseitigung der eingetretenen **Vertragsstörung** gar nicht geeignet oder überhaupt nicht erforderlich, ist sie unverhältnismäßig und damit rechtsunwirksam. So ist eine personenbedingte Kündigung wegen Krankheit nicht durch die Krankheit bedingt, wenn dem Arbeitgeber angemessene mildere Mittel zur Verfügung stehen, die **zukünftige Fehlzeiten vermeiden** oder verringern können. "Mildere Mittel" i.d.S. "können insbesondere die **Umgestaltung des bisherigen Arbeitsbereichs** oder die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers auf einem anderen - leidensgerechten - Arbeitsplatz sein." Zudem kann der Arbeitgeber aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verpflichtet sein, seinem kranken Mitarbeiter vor der Kündigung die Möglichkeit zu geben, sich möglichen spezifischen Behandlungsmaßnahmen zu unterziehen, um dadurch die Wahrscheinlichkeit künftiger Fehlzeiten auszuschließen (BAG, 20.11.2014 - 2 AZR 755/13) .

#### 4.7 Neue Chance

Verliert ein Arbeitnehmer (hier: Flugkapitän) die nach seinem Arbeitsvertrag erforderliche **Fluglizenz**, kann das durchaus eine Vertragsstörung sein, die die Kündigung seines Arbeitsvertrags wegen eines in seiner Person liegenden Grundes rechtfertigen kann. Aber: Eine Kündigung kann zu einem frühen **Zeitpunkt** nach

dem Ultima-Ratio-Prinzip nicht das mildeste Mittel sein, mit dem der Arbeitgeber auf die entstandene Situation reagiert. So muss der Arbeitgeber seinem Mitarbeiter unter Umständen erst noch die Möglichkeit geben, die **Prüfung zur Wiedererlangung** der Fluglizenz zu wiederholen ( BAG, 07.12.2000 - 2 AZR 460/99 ).

#### 4.8 Prüfungspflicht

Das Ultima-Ratio-Prinzip verlangt vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, dass der Arbeitgeber prüft, ob in seinem Betrieb oder Unternehmen für den von der Kündigung betroffenen Arbeitnehmer **Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten** bestehen. Die Weiterbeschäftigungspflicht hängt jedoch allein vom **Vorhandensein eines freien Arbeitsplatzes** ab. Gibt es keinen, hilft auch die **Verletzung nebenvertraglicher Prüfungspflichten** nicht weiter: Sie schafft keine freien Arbeitsplätze, auf denen der Arbeitnehmer künftig weiter beschäftigt werden könnte ( LAG Hessen, 30.04.1999 - 13 Sa 1414/96 ).

#### 4.9 Wartezeit

Der allgemeine Kündigungsschutz beginnt nach § 1 Abs. 1 KSchG erst nach einer ununterbrochenen **Mindestbeschäftigung** von sechs Monaten. Die Verpflichtung, vor einer Kündigung nach dem Ultima-Ratio-Prinzip mildere Mittel in Betracht zu ziehen, greift **in ungeschützten Arbeitsverhältnissen** nicht. Sie beruht auf der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Rahmen der Prüfung der **Sozialwidrigkeit** nach § 1 Abs. 2 KSchG . Dieser Grundsatz ist aber auf Kündigungen, die außerhalb des KSchG-Anwendungsbereichs ausgesprochen werden, gar nicht anwendbar ( LAG Hessen, 30.03.2006 - 5 Sa 1052/05 ).