

## Inhaltsübersicht

1. Betriebsbedingte Kündigungsgründe
2. Sozialauswahl
3. Personenbedingte Kündigungsgründe
4. Verhaltensbedingte Kündigungsgründe
5. Das Benachteiligungsverbot nach dem AGG

### Information

Das Kündigungsschutzgesetz unterscheidet **drei Arten** von Kündigungsgründen:

- **betriebsbedingte,**
- **personenbedingte** und
- **verhaltensbedingte**

Liegt von diesen Kündigungsgründen keiner vor, ist die Kündigung **sozial ungerechtfertigt** ( § 1 Abs. 1 u. 2 KSchG ). In diesem Stichwort werden nur einige **allgemeine Hinweise** zu den Kündigungsgründen gegeben. **Nähere Einzelheiten** gibt es in den Stichwörtern Kündigung - betriebsbedingt: Allgemeines ; Kündigung - personenbedingt: Allgemeines ; Kündigung - verhaltensbedingt .

### 1. Betriebsbedingte Kündigungsgründe

Eine betriebsbedingte Kündigung ist sozial nicht gerechtfertigt, wenn sie nicht durch **dringende betriebliche Erfordernisse** bedingt ist, die einer **Weiterbeschäftigung** des Arbeitnehmers in diesem Betrieb **entgegenstehen** ( § 1 Abs. 2 KSchG ).

Erste Voraussetzung für eine erfolgreiche betriebsbedingte Kündigung ist eine **unternehmerische Entscheidung**, die zu einem veränderten Beschäftigungsbedarf führt (z.B. Abbau oder Umstrukturierung von Arbeitsplätzen). Dabei handelt es sich um **technische oder organisatorische Maßnahmen**, mit denen die Struktur des Betriebs oder der Betriebsabläufe geändert werden. Die **Zweckmäßigkeit** der unternehmerischen Entscheidung unterliegt nicht der Kontrolle des Arbeitsgerichts, es sei denn, sie ist offensichtlich unsachlich, unvernünftig oder willkürlich (ständige Rechtsprechung des BAG, s. nur BAG, 18.01.2001 - 2 AZR 514/99 ; mit weiteren Hinweisen).

Der **Kündigungsentschluss** ist nicht die vom BAG verlangte **unternehmerische Entscheidung**, wohl aber die Entscheidung, den Personalbestand auf Dauer zu reduzieren. Diese Entscheidung ist vom kündigenden Arbeitgeber dann hinsichtlich organisatorischer **Durchführbarkeit** und ihrer Dauer plausibel zu machen ( BAG, 17.06.1999 - 2 AZR 522/98 ). Nur so kann das Arbeitsgericht prüfen, ob die Unternehmerentscheidung nicht offensichtlich unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist. Dabei gilt eine abgestufte **Darlegungslast**: Zuerst muss der Arbeitgeber darlegen, wie die Maßnahme durchgeführt werden soll. Danach ist es Sache des Arbeitnehmers darzulegen, warum die Planung des Arbeitgebers offensichtlich unsachlich, unvernünftig und willkürlich ist (BAG a.a.O). Der Arbeitgeber muss umso mehr Tatsachen vortragen, je näher die eigentliche Organisationsentscheidung an den Kündigungsentschluss rückt ( BAG, 17.06.1999 - 2 AZR 141/99 ).

Neben **äußeren Faktoren** können sich die betriebsbedingten Kündigungsgründe aus den **innerbetrieblichen Umständen** ergeben. Dies kann insbesondere bei Auftragsmangel, Umsatzrückgang etc. der Fall sein. Das LAG Köln hat in diesem Zusammenhang entschieden, dass der Gesichtspunkt der **Kostenreduzierung** für ein Wirtschaftsunternehmen stets ein dringendes betriebliches Erfordernis ist ( LAG Köln, 10.11.1993 - 7 Sa 732/93 ).

Im öffentlichen Dienst kann ein betrieblicher Kündigungsgrund auch durch einen **Personalbedarfsplan** geschaffen werden ( BAG, 18.11.1999 - 2 AZR 77/99 ; hier: Konzept, mit dem die "kw-Vermerke" des Haushaltsgesetzes fixiert wurden).

Unabhängig davon, ob es sich um inner- oder außerbetriebliche Umstände handelt, ist Voraussetzung, dass die betrieblichen **Erfordernisse dringend** sein müssen und Kündigungen daher im Interesse des Betriebs notwendig sind. Führt der Arbeitgeber **Kurzarbeit** ein, so ist ausgehend von diesem Verhalten des Arbeitgebers zunächst anzunehmen, dass lediglich ein **vorübergehender Arbeitsmangel** vorliegt. Dies würde eine betriebsbedingte Kündigung nicht rechtfertigen. Der Arbeitgeber kann diese zwingende Annahme nur durch einen konkreten und von ihm zu beweisenden Sachvortrag entkräften ( BAG, 26.06.1997 - 2 AZR 494/96 ). Im vorliegenden Fall konnte der Arbeitgeber konkret nachweisen, dass eine auf Dauer angelegte Beschäftigungsmöglichkeit für die von der Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmer entfallen sei.

Zu den **innerbetrieblichen** Ursachen gehören in diesem Zusammenhang z.B. Unternehmerentscheidung wie Rationalisierungsmaßnahmen, Umstellung oder Einstellung der Produktion. Unter die **außerbetrieblichen** Ursachen fallen z.B. Auftragsmangel und Umsatzrückgang.

Auch der Fall einer **Betriebsstilllegung** gilt als innerbetriebliche Ursache. Hierunter versteht man die **Auflösung** der zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestehenden Betriebs- und Produktionsgemeinschaft. Es muss zum Ausdruck kommen, dass der Arbeitgeber die **ernstliche Absicht** hat, die bisherige wirtschaftliche Betätigung einzustellen. Das muss er unter dem Gesichtspunkt tun, den bisherigen Betriebszweck dauernd oder für eine nicht unerhebliche Zeit nicht weiter zu verfolgen. Der 2. Senat des BAG entschied daher am 10.10.1996 in Anlehnung an seine vorherige Rechtsprechung, dass eine zunächst **nur geplante Stilllegung** ein betriebliches Erfordernis zur Kündigung sein könne ( BAG, 10.10.1996 - 2 AZR 651/95 ). Bei Vorliegen einer ernsthaft und endgültig beabsichtigten Betriebsstilllegung müsse zu diesem Zeitpunkt nicht bereits mit deren **Verwirklichung** begonnen worden sein. Es spreche auch nicht gegen eine Stilllegungsabsicht, wenn noch zwei Aufträge hereingenommen und abgewickelt worden werden; der Senat erklärte diesen Umstand damit, dass der Zeitpunkt bis zur Betriebsstilllegung ausgenutzt werde.

**Fällt der betriebsbedingte Kündigungsgrund während der Kündigungsfrist weg**, ist der Arbeitgeber verpflichtet, diesen Umstand zu berücksichtigen, indem er dem Arbeitnehmer die **Fortsetzung** des Arbeitsverhältnisses anbietet. Unterlässt er dies, weil es in der Folgezeit doch zu einem Betriebsübergang kommt, handelt er rechtsmissbräuchlich gem. § 242 BGB ( BAG, 27.02.1997 - 2 AZR 160/96 ). Danach hat ein Arbeitnehmer zumindest dann einen **Anspruch auf Weiterbeschäftigung**, wenn der Arbeitgeber noch keine weiteren Dispositionen getroffen habe und ihm die unveränderte Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar sei. Dagegen verneinte der 7. Senat des BAG in einer anderen Entscheidung einen Wiedereinstellungsanspruch eines Arbeitnehmers für den Fall, dass die betriebsbedingte Kündigung sozial gerechtfertigt gewesen sei und eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Betrieb entstanden war ( BAG, 06.08.1997 - 7 AZR 557/96 ).

Mit Urteil vom 07.03.1996 hat das BAG für den Sonderfall einer betriebsbedingten **Kündigung aus Witterungsgründen** entschieden, dass grundsätzlich die Möglichkeit eine saison- oder witterungsbedingten Kündigung anzuerkennen sei ( BAG, 07.03.1996 - 2 AZR 180/95 ). Hierbei richte sich die Länge des Zeitraumes, der dem Arbeitgeber zur Überbrückung in solchen Fällen vor Ausspruch einer Kündigung zumutbar sei, aber nach dem konkreten Einzelfall, insbesondere nach den jeweiligen betrieblichen Verhältnissen. Das BAG weist dabei auch darauf hin, dass in solchen Fällen vom kündigenden Arbeitgeber konkret darzulegen ist, inwieweit **Schlechtwetterperioden und Betriebsunterbrechungen** sich decken, und insoweit ein betriebliches Erfordernis zur (Teil-) Einstellung der Betriebstätigkeit und ein damit verbundener Wegfall einer oder mehrerer Arbeitsplätze besteht.

Im Kündigungsschutzprozess trifft den Arbeitgeber die **Darlegungs- und Beweislast** für die inner- oder außerbetrieblichen Gründe der betriebsbedingten Kündigung. Diese müssen zum Wegfall des Arbeitsplatzes geführt haben. Im Streitfall holt das Arbeitsgericht das Gutachten eines Sachverständigen ein, z.B. eines vereidigten Wirtschaftsprüfers.

Vor einer betriebsbedingten Kündigung ist zu prüfen, ob der Arbeitnehmer durch **Versetzung**, Umschulung oder im Rahmen einer **Änderungskündigung** auf einem anderen Arbeitsplatz im Betrieb weiter beschäftigt werden kann.

Der **arbeitsrechtliche Gleichbehandlung** rechtfertigt im Regelfall keine Änderungskündigung. So ist es dem Arbeitgeber verwehrt, unter Berufung auf diesen Grundsatz die Vergütung eines Arbeitnehmers dem Lohn der

Übrigen anzupassen, wenn er mit diesem Arbeitnehmer vorher einzelvertraglich eine über dem betrieblichen Lohnniveau liegende Vergütung vereinbart hat. Das folgt aus dem Rechtssatz, dass beim Abschluss eines Arbeitsvertrages der **Grundsatz der Vertragsfreiheit** Vorrang vor dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz hat ( BAG, 01.07.1999 - 2 AZR 826/98 ).

**Seit dem 01.01.2004** haben Arbeitnehmer bei einer betriebsbedingten Kündigung - aber auch nur hier! - einen gesetzlichen **Anspruch auf Zahlung einer Abfindung**. Dieser Anspruch ergibt sich aus § 1a KSchG , der mit dem **Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt** - BGBl. I 2003 S. 3002 ff. - in das Kündigungsschutzgesetz eingeführt worden ist ( Kündigung - Abfindungsanspruch ).

## 2. Sozialauswahl

Weitere Voraussetzung einer wirksamen betriebsbedingten Kündigung - wenn die wirtschaftlichen Gründe anerkannt sind -, sind die richtige soziale Auswahl. Die **Beurteilung** der sozialen Rechtfertigung einer betriebsbedingten Kündigung erfolgt somit **auf zwei Ebenen**:

- zunächst die **wirtschaftliche Seite** mit ihren Auswirkungen auf den Arbeitsplatz,
- danach die **soziale Seite** hinsichtlich der sozialen Auswahl.

Bei der sozialen Auswahl ist zunächst die Frage, **welche Mitarbeiter** so miteinander vergleichbar sind, dass sie unter die soziale Auswahl fallen. Dies richtet sich in erster Linie nach den **Arbeitsplatzmerkmalen**. Zu berücksichtigen sind die Berufsgruppe, die ausgeübte Tätigkeiten und evtl. die Qualifikationsmerkmale. Lässt sich feststellen, dass **verschiedene Arbeitnehmer** vergleichbar sind, so ist aufgrund der betrieblichen Gründe derjenige zu entlassen, der nach seinen **Sozialdaten** des geringsten Schutzes bedarf.

**Teilzeit- und Vollzeit Arbeitnehmer** sind grundsätzlich mit in die Sozialauswahl einzubeziehen. Inwieweit sie dann miteinander vergleichbar sind, ergibt sich aus der betrieblichen **Organisation** und der Arbeitszeitgestaltung ( BAG, 03.12.1998 - 2 AZR 341/98 ). Das gilt auch für den **öffentlichen Dienst** ( BAG, 12.08.1999 - 2 AZR 12/99 ).

Das LAG Hamm hat hinsichtlich eines **Punkteschemas** für die soziale Auswahl bei betriebsbedingten Kündigungen entschieden, dass der Mitverdienst bei sogenannten "Doppelverdienern" kein zulässiges Kriterium der Sozialauswahl sei. Allerdings könne sich der Mitverdienst des Ehepartners auf die stets im Rahmen der Sozialauswahl angemessen zu berücksichtigenden Unterhaltspflichten auswirken ( LAG Hamm, 21.08.1997 - 4 Sa 166/97 ).

Mit **Neuregelung des Kündigungsschutzgesetzes** zum 01.01.2004 (BGBl. I 2003, S. 3002 ff.) kommt es nach § 1 Abs. 3 KSchG bei der Sozialauswahl im Gegensatz zu früher nur noch auf **vier Punkte** an:

- **Dauer der Betriebszugehörigkeit**
- **Lebensalter**
- **Schwerbehinderung**
- **Unterhaltspflichten**

Der Arbeitgeber hat auf Verlangen die **Gründe** anzugeben, die zur Sozialauswahl geführt haben.

In die Sozialauswahl sind keine **Arbeitnehmer** einzubeziehen, deren **Weiterbeschäftigung**

- insbesondere wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen oder
- zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebs

**im berechtigten betrieblichen Interesse** liegt ( § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG ). Der Arbeitnehmer hat die **Tatsachen** zu beweisen, die die Kündigung als sozial ungerechtfertigt i.S. des § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG erscheinen lassen.

Das KSchG sagt nicht, in welcher **Reihenfolge** oder mit welchen **Gewicht** die vier Sozialdaten zu berücksichtigen sind. Auf der anderen Seite ist es bereits grob fehlerhaft, wenn **einer der sozialen Gesichtspunkte** entweder überhaupt nicht beachtet oder in seiner Gewichtung grob vernachlässigt worden

ist ( LAG Hessen, 24.06.1999 - 3 Sa 1278/98 ). Die Sozialauswahl soll keine betrieblichen Interessen verfolgen. Dafür gibt es § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG . Das **Lebensalter** ist in diesem Zusammenhang allein kein ausreichendes Kriterium, bei der Sozialauswahl die Unvergleichbarkeit zu begründen. Der Arbeitgeber darf allerdings die **betriebliche Altersstruktur** dadurch festigen, dass er seine Arbeitnehmer in Altersgruppen einteilt, in denen er dann jeweils gleich viele Arbeitnehmer entlässt (Hessisches LAG, a.a.O.).

Eine **Sozialauswahl** ist nach Auffassung des LAG Berlin **nicht notwendig**, wenn ein Arbeitgeber allen Arbeitnehmern mit Hinweis auf eine zum Jahresende beabsichtigte **Betriebsschließung** unter Beachtung der individuellen Fristen einheitlich zu einem bestimmten Zeitpunkt kündigt und die Betriebsschließung schon greifbare Formen angenommen hat ( LAG Berlin, 13.07.1999 - 12 Sa 890/99 ).

In den Fällen, in denen in einem Tarifvertrag, in einer Betriebsvereinbarung oder in einer mit dem Betriebs- oder Personalrat vereinbarten betrieblichen **Richtlinie** nach § 95 BetrVG vereinbart ist, welche sozialen Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind und in welchem Verhältnis sie zueinander stehen, beschränkt sich die **gerichtliche Überprüfung der Auswahl** darauf, ob **grobe Fehler** gemacht wurden. **Dies gilt jedoch nicht** in Betrieben oder Verwaltungen, in denen keine Arbeitnehmervertretung besteht, jedoch mit Zustimmung von mindestens zwei Dritteln der Arbeitnehmer eine entsprechende Richtlinie erlassen wurde.

Bestimmte Umstände dürfen kraft Gesetzes **nicht zum Nachteil** des Arbeitnehmers berücksichtigt werden:

- Einberufung eines Arbeitnehmers zum Wehrdienst,
- das Recht, vorzeitiges Altersruhegeld oder Rente wegen Alters zu beanspruchen.

Gem. § 1 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 KSchG hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer auf Verlangen **die Gründe mitzuteilen**, die zu der getroffenen sozialen Auswahl geführt haben. Dies ist für den Arbeitnehmer wichtig, um die Risiken einer evtl. Kündigungsschutzklage abwägen zu können. Zur Auskunft gehört, dass der Arbeitgeber die in die Auswahl einbezogenen Arbeitnehmer, die auswählerheblichen Sozialdaten und den Bewertungsmaßstab angibt. Wenn der Arbeitgeber die Mitteilungspflicht verletzt, führt dies nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung (BAG, AP 17 zu § 1 KSchG , 1969, Soziale Auswahl). Der Arbeitnehmer genügt seiner Darlegungspflicht, wenn er **pauschal** die soziale Auswahl beanstandet (BAG, AP 10 zu § 1 KSchG , 1969, Soziale Auswahl).

An dieser Stelle sei nochmals auf das Grundsatzurteil des BAG hingewiesen, wonach gemäß § 315 BGB der Arbeitgeber bei der Besetzung des freien Arbeitsplatzes die sozialen Belange der betroffenen Arbeitnehmer auch dann mitzuberücksichtigen hat, wenn in verschiedenen Betrieben des Unternehmens Arbeitsplätze wegfallen und die Weiterbeschäftigung **auf einem Arbeitsplatz** in einem anderen Betrieb möglich ist ( BAG, 15.12.1994 - 2 AZR 320/94 )

### **Praxistipp:**

Nach Ansicht des BAG kommt eine Auswahl der Arbeitnehmer unter sozialen Gesichtspunkten grundsätzlich dann nicht mehr in Betracht, wenn allen Arbeitnehmern gekündigt wird. Der Sinn dieser Regelung, nämlich den Arbeitnehmer herauszufinden der aufgrund seiner Sozialdaten am wenigsten auf seinen Arbeitsplatz angewiesen ist, werde dann nicht relevant, wenn alle Arbeitsplätze zum gleichen Zeitpunkt wegfallen. Im Gegensatz dazu sei eine Sozialauswahl jedoch dann erforderlich, wenn der Arbeitgeber eine etappenweise Betriebsstilllegung plane ( BAG, 10.10.1996 - 2 AZR 651/95 ).

### **3. Personenbedingte Kündigungsgründe**

Unter personenbedingten Kündigungsgründen sind solche Gründe zu verstehen, die auf den persönlichen **Eigenschaften und Fähigkeiten** des Arbeitnehmers beruhen. Dabei kann die Unterscheidung zu den verhaltensbedingten Kündigungsgründen im Einzelfall schwierig sein.

Zu den personenbedingten Gründen zählen vornehmlich:

- mangelnde körperliche oder geistige **Eignung** sowie
- **Erkrankungen**, die die Verwendbarkeit des Arbeitnehmers erheblich herabsetzen.

Wird eine Kündigung auf solche Gründe gestützt, bedarf es einer sorgfältigen **Abwägung der Interessen**. Dabei wird zugunsten des Arbeitnehmers berücksichtigt, ob die Kündigungsgründe vor Eintritt des Kündigungsschutzes bekannt waren oder ob sie erst im Verlaufe der Beschäftigung eingetreten sind. Vor Ausspruch einer solchen Kündigung hat der Arbeitgeber alle **milderen Maßnahmen** zu prüfen, mit denen das Arbeitsverhältnis möglicherweise erhalten werden kann: Das sind zum Beispiel Versetzung, Umschulung oder Rehabilitation.

Ein personenbedingter Grund zur Kündigung liegt auch dann vor, wenn ein ausländischer Arbeitnehmer eine **Arbeitserlaubnis** braucht, diese aber von der Bundesagentur für Arbeit nicht erteilt oder widerrufen wird. Bemüht sich der ausländische Arbeitnehmer nicht rechtzeitig um die Arbeitserlaubnis, kann ein verhaltensbedingter Kündigungsgrund vorliegen.

Einer der wichtigsten Fälle personenbedingter Kündigungsgründe ist die **fehlende Eignung** für die geschuldete Arbeitsleistung. Darlegungs- und beweispflichtig ist der Arbeitgeber. Hier kommt eine Kündigung beim Fehlen beruflicher **Qualifikationsmerkmale**, aber auch beim Nichtbestehen bestimmter Prüfungen infrage.

Ein weiterer wichtiger Anwendungsfall ist die **Erkrankung** des Arbeitnehmers, einschließlich des Bestehens einer Suchterkrankung. An die Zulässigkeit der Kündigung wegen Erkrankung des Arbeitnehmers werden jedoch strenge Maßstäbe angelegt. Sie kommt nur infrage, **wenn die betrieblichen Interessen** durch die Erkrankung **unzumutbar beeinträchtigt werden**.

Es werden vier **Fallgruppen** unterschieden:

- lang andauernde Erkrankungen,
- häufige Kurzerkrankungen,
- krankheitsbedingte dauernde Unmöglichkeit der Arbeitsleistung,
- krankheitsbedingte Leistungsminderung.

Bei **lang andauernden Erkrankungen** ist maßgeblich, dass die Wiederherstellung der Gesundheit objektiv nicht abzusehen ist und der Arbeitsplatz aus betrieblichen Gründen wieder besetzt werden muss. Entscheidend sind immer die Verhältnisse des Einzelfalls.

Das BAG seine jahrelange Rechtsprechung zur Kündigung wegen einer Langzeiterkrankung weiter gefestigt ( BAG, 29.04.1999 - 2 AZR 431/98 ).

Die **soziale Rechtfertigung** einer Kündigung wird hier auf drei Ebenen geprüft:

- zuerst muss eine negative Prognose hinsichtlich der voraussichtlichen Dauer der Arbeitsunfähigkeit vorliegen (**1. Stufe**)
- daraus muss dann eine erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen hervorgehen (**2. Stufe**)
- die schließlich im Rahmen einer Interessenabwägung dazu führt, dass die betrieblichen Beeinträchtigungen zu einer billigerweise nicht mehr hinzunehmenden Belastung des Arbeitgebers führen (**3. Stufe**).

Dabei kann im Falle einer krankheitsbedingten dauernden Leistungsfähigkeit ohne Weiteres von einer erheblichen **Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen** ausgegangen werden (so schon: BAG, 28.02.1990 - 2 AZR 401/89 ). Die **Ungewissheit der Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit** steht einer Dauererkrankung gleich, wenn in den nächsten 24 Monaten nicht mit einer anderen Prognose gerechnet werden kann (so wieder BAG, 29.04.1999 - 2 AZR 431/98 ). Für die Beurteilung einer krankheitsbedingten Kündigung kommt es allein auf den **Kündigungszeitpunkt** an.

Vor allem bei **häufigen Kurzerkrankungen** dürfte der Grundsatz gelten, dass nicht jede Erkrankung zur Arbeitsunfähigkeit führt, und dass der Arzt ausdrücklich die Arbeitsunfähigkeit feststellen muss. In den **Arbeitsunfähigkeitsrichtlinien** ist dies in Ziffer 2 ausdrücklich berücksichtigt. Inzwischen ist anerkannt, dass häufige Kurzerkrankungen zu kündigungsrelevanten Fehlzeiten führen und eine personenbedingte Kündigung rechtfertigen können. Dabei kommt es allerdings nicht ausschließlich auf die Diagnosen der einzelnen Erkrankungen an. Bei der **Interessenabwägung** muss auch die **familiäre Situation** des Arbeitnehmers

berücksichtigt werden ( BAG, 20.01.2000 - 2 AZR 378/99 ). Dabei ist, so entschied das BAG im Fall eines schwerbehinderten Maschinenführers mit Ehefrau und fünf unterhaltsberechtigten Kindern, zu prüfen, ob die betrieblichen Beeinträchtigungen durch die Krankheiten aufgrund der Besonderheiten des Einzelfalls vom Arbeitgeber billigerweise noch hinzunehmen sind oder ihn überfordern.

Bei **krankheitsbedingter Leistungsminderung** kommt es darauf an, ob eine erhebliche Absenkung des Leistungsniveaus unter den Durchschnitt gegeben und ob der betriebliche Ablauf durch die Leistungsminderung konkret gefährdet ist.

Durch Urteil vom 12.07.1995 ( BAG, 12.07.1995 - 2 AZR 762/94 ) hat das BAG festgestellt, dass die krankheitsbedingte Minderung der Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers in der Regel nicht geeignet ist, einen wichtigen Grund für eine **außerordentliche Kündigung** darzustellen. Schon nach dem Ultima Ratio-Grundsatz muss der Arbeitgeber vor Ausspruch einer solchen Kündigung vor allem bei älteren Arbeitnehmern prüfen, ob der Minderung ihrer Leistungsfähigkeit nicht durch organisatorische Maßnahmen (Änderung des Arbeitsablaufs, Umgestaltung des Arbeitsplatzes, Umverteilung der Aufgabe) begegnet werden kann.

In einem weiteren Urteil stellt das BAG klar, dass der Arbeitgeber gemäß § 100 Abs. 2 Satz 1 SGB IV berechtigt ist, die **Lohn- oder Gehaltfortzahlung** im Krankheitsfall zu verweigern, solange der Arbeitnehmer den Sozialversicherungsausweis trotz Verlangens nicht hinterlegt; hieraus ergäbe sich jedoch kein endgültiges, sondern nur ein zeitweiliges Leistungsverweigerungsrecht ( BAG, 14.06.1995 - 5 AZR 143/94 ).

Das BAG hat darüber hinaus dargelegt, dass ein Arbeitgeber ein Arbeitsverhältnis wegen erheblicher krankheitsbedingter Fehlzeiten des Arbeitnehmers (im vorliegenden Fall durchschnittlich 64 Tage pro Jahr) nicht nur fristgerecht kündigen kann, sondern auch, dass der Arbeitgeber nicht verpflichtet ist, den eventuellen **Heilerfolg einer Kur** des Arbeitnehmers vor Ausspruch der Kündigung abzuwarten ( BAG, 12.12.1996 - 2 AZR 7/96 ). Eine medizinische Zukunftsprognose braucht der Arbeitgeber insbesondere dann nicht abzuwarten, wenn der Arbeitnehmer an mehreren Krankheiten gleichzeitig leidet.

Vor Ausspruch einer personenbedingten Kündigung in Form der krankheitsbedingten Kündigung hat der Arbeitgeber stets zu prüfen, ob im Betrieb ein freier **leidensgerechter gleichwertiger oder zumindest zumutbarer Arbeitsplatz** vorhanden ist und der betreffende Arbeitnehmer für die dort zu leistende Arbeit geeignet ist. Auch zeitlich zumutbare **Einarbeitungszeiten** sind in Kauf zu nehmen. Das BAG vertritt hierzu weitergehend die Meinung, dass der Arbeitgeber im Rahmen seines Direktionsrechts auch versuchen muss, einen solchen Arbeitsplatz, sollte dieser von einem anderen Arbeitnehmer besetzt sein, frei zu machen und sich ggf. um die im Rahmen des § 99 BetrVG erforderliche **Zustimmung des Betriebsrates** zu bemühen ( BAG, 29.01.1997 - 2 AZR 9/96 ). Auch nach Auffassung des BAG ist hingegen in solchen Fällen bei Verweigerung der Zustimmung des Betriebsrates der Arbeitgeber nicht zur Durchführung eines Zustimmungsersetzungsverfahrens nach § 99 Abs. 4 BetrVG verpflichtet.

Das LAG Hamm meint, dass ein Arbeitgeber gehalten ist, einem Arbeitnehmer nach einem Arbeitsunfall einen **"leidensgerechten" Arbeitsplatz** zur Verfügung zu stellen, wenn damit eine Kündigung vermieden werden kann ( LAG Hamm, 20.01.2000 - 8 Sa 1420/99 ). In Frage kommen dabei aber - u.U. auch erst nach einer **Umschulung** - bloß vorhandene freie oder in absehbarer Zeit frei werdende Arbeitsplätze. Selbst die durch den **Arbeitsunfall** gesteigerte Fürsorgepflicht gebietet es nicht, das Arbeitsverhältnis des verunglückten Arbeitnehmers so lange fortzusetzen, bis zufällig irgendwann einmal ein anderer Arbeitsplatz frei wird (LAG Hamm, a.a.O.).

Grundsätzlich rechtfertigt **Krankheit** nur eine **ordentliche Kündigung**. Die krankheitsbedingte **außerordentliche Beendigung** eines Arbeitsverhältnisses ist in der Regel nur dann möglich, wenn die fristgemäße Kündigung dieses Arbeitsverhältnisses tarif- oder arbeitsvertraglich ausgeschlossen ist. In diesem Fall ist jeweils eine der ordentlichen Kündigungsfrist entsprechende **Auslauffrist** einzuhalten ( BAG, 18.10.2000 - 2 AZR 627/99 ; mit Hinweis auf BAG, 09.09.1992 - 2 AZR 190/92 ). Soll eine außerordentliche Kündigung in eine außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist umgedeutet werden, muss die **Mitarbeitervertretung** dabei nach den für die ordentliche Kündigung geltenden Bestimmungen beteiligt werden ( BAG, 18.10.2000 - 2 AZR 627/99 ).

#### 4. Verhaltensbedingte Kündigungsgründe

Gem. § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG ist eine Kündigung schließlich auch dann **sozial ungerechtfertigt**, wenn sie nicht durch Gründe, die im **Verhalten** des Arbeitnehmers liegen, bedingt ist.

Verhaltensbedingte Kündigungsgründe können in folgenden Fällen vorliegen:

- bei **Vertragsverletzungen**,
- im außerdienstlichen Verhalten, wenn dadurch das Arbeitsverhältnis konkret beeinträchtigt wird,
- im Leistungsbereich, wenn es zu **Pflichtverletzungen** des Arbeitnehmers gekommen ist (Arbeitsverweigerung, Arbeitsversäumnis),
- bei Einstellungsverhandlungen, wenn nicht vorhandene Eigenschaften oder Fähigkeiten vorgespiegelt werden,
- bei der **Verletzung von Verhaltenspflichten**, die die betriebliche Ordnung betreffen,
- im persönlichen **Vertrauensbereich**, z.B. durch die Annahme von Schmiergeldern.

Dabei sind nur solche Gründe geeignet, eine Kündigung zu rechtfertigen, die es dem Arbeitgeber **unzumutbar** machen, das **Arbeitsverhältnis fortzusetzen**. Entscheidend sind die **Verhältnisse des Einzelfalls**, wobei ein enger Bezug zu den vertraglichen Pflichten des Arbeitnehmers herzustellen ist. In der Regel muss das Verhalten, das zur Kündigung führt, **schuldhaft** seitens des Arbeitnehmers sein.

In einer Entscheidung hat das BAG ausdrücklich festgestellt, dass ein nicht auf Alkoholabhängigkeit beruhender **Alkoholmissbrauch** im Betrieb an sich geeignet ist, eine verhaltensbedingte Kündigung im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG zu rechtfertigen ( BAG, 26.01.1995 - 2 AZR 649/94 ). Eine mit Zustimmung des Arbeitnehmers durchgeführte Alkoholmessung kann bei der Feststellung des Alkoholisierungsgrades sowohl zur Be- wie auch zur Entlastung des Arbeitnehmers beitragen. Nach erfolgter **Abmahnung** waren im Falle dieses Arbeitnehmers erneut Alkoholisierungsgrade festgestellt worden; der Werksarzt hat aber aufgrund der Leberwerte keinen Hinweis für eine Alkoholabhängigkeit feststellen können. Somit erfolgte daraufhin eine verhaltensbedingte Kündigung, die das BAG als wirksam angesehen hat.

Das LAG Köln ( LAG Köln, 10.06.1994 - 13 Sa 228/94 ) hat festgestellt, dass eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung auch dann gerechtfertigt ist, wenn nicht das **Vertrauen** des Arbeitgebers in die **Leistungsfähigkeit** des Arbeitnehmers gestört ist, sondern der Glauben an Gutwilligkeit, Loyalität und Redlichkeit des Arbeitnehmers. In dem entschiedenen Fall hatte ein Angestellter des öffentlichen Dienstes die von ihm in den medizinischen Einrichtungen einer Universität zu verteilende Eingangspost unbeaufsichtigt gelassen und damit deren Entwendung ermöglicht. Die Kündigung hat das LAG Köln als wirksam angesehen.

In einer neueren Entscheidung hat das BAG zur Frage der Berechtigung einer verhaltensbedingten Kündigung wegen **Arbeitsverweigerung** wie folgt entschieden: Eine ordentliche oder außerordentliche Kündigung ist in einem solchen Fall unwirksam, wenn der Arbeitnehmer wegen **offen stehender Vergütungsansprüche** ein **Zurückbehaltungsrecht** hinsichtlich seiner Arbeitsleistung hat ( BAG, 09.05.1996 - 2 AZR 387/95 ).

Im vorliegenden Fall beliefen sich die **Vergütungsrückstände** auf vier Monatsgehälter i.H.v. 14.000 DM (heute: 7.158,08 EUR). Bei nur **geringfügigen Lohnrückständen** kann allerdings nach Auffassung des BAG unter Berücksichtigung von Treu und Glauben ggf. eine andere Wertung greifen.

Auch bei der verhaltensbedingten Kündigung ist eine **Interessenabwägung** vorzunehmen. **Auf Seiten des Arbeitgebers** sind u.a. zu berücksichtigen:

- Funktionsfähigkeit des Betriebes,
- Arbeitsdisziplin der Mitarbeiter,
- Eintritt eines konkreten Schadens,
- Wiederholungsgefahr,
- Gravierende Schädigung des Ansehens des Arbeitgebers.

**Auf Seiten des Arbeitnehmers** sind mindestens zu berücksichtigen:

- Art, Häufigkeit, Schwere der vorgeworfenen Pflichtwidrigkeit,
- früheres Verhalten des Arbeitnehmers,

- Mitverschulden des Arbeitgebers,
- Dauer der Betriebszugehörigkeit und Lebensalter,
- soziale Lage des Arbeitnehmers,
- Lage auf dem Arbeitsmarkt und Versetzungsmöglichkeiten.

Das LAG Köln hat entschieden, dass § 45 Abs. 3 Satz 1 SGB V dem Arbeitnehmer bei Erkrankung eines Kindes nicht nur einen Anspruch auf **Freistellung** von der Arbeit gewährt, sondern bei rechtswidriger Verweigerung auch das Recht, der Arbeit eigenmächtig fernzubleiben ( LAG Köln, 13.10.1993 - 7 Sa 690/93 ).

Die Kündigung des Arbeitgebers, die wegen Ausübung dieses Rechts erfolgt, ist bereits aufgrund von § 612a BGB wegen eines Verstoßes gegen das **Maßregelungsverbot** nichtig. Es ist nicht erforderlich, dass sich der Arbeitgeber bewusst war, dass das Verhalten des Arbeitnehmers rechtmäßig ist. In dem Urteil wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass § 612a BGB unabhängig davon anzuwenden ist, ob der Betrieb gemäß § 23 KSchG unter das Kündigungsschutzgesetz fällt oder nicht.

Generell gilt bei verhaltensbedingten Kündigungsgründen, dass - vor allem im Leistungsbereich und im Bereich der betrieblichen Ordnung - vor Ausspruch der Kündigung eine **Abmahnung** erforderlich ist. Nach der gültigen Rechtsprechung zur Abmahnung kommt es allein darauf an, ob der erhobene Vorwurf objektiv gerechtfertigt ist, und nicht darauf, ob das beanstandete Verhalten dem Arbeitnehmer subjektiv vorgeworfen werden kann ( BAG, 21.04.1993 - 5 AZR 413/92 ). Es bleibt abzuwarten, ob diese Entscheidung bedeutet, dass das BAG davon abgeht, das Verschulden einer verhaltensbedingten Kündigung vorauszusetzen.

Die **Darlegungs- und Beweislast** für die verhaltensbedingten Kündigungsgründe trägt der Arbeitgeber.

## 5. Das Benachteiligungsverbot nach dem AGG

Das **Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz** - AGG - verbietet in § 1 AGG eine **Ungleichbehandlung** von Menschen wegen

- ihrer Rasse oder ethnischen Herkunft,
- ihres Geschlechts,
- ihrer Religion oder Weltanschauung,
- ihrer Behinderung,
- ihres Alters oder
- ihrer sexuellen Identität.

Das **Benachteiligungsverbot** des § 1 AGG gilt nach § 2 Abs. 1 AGG auch für **Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen**, insbesondere für individual- und kollektivrechtliche Vereinbarung und Maßnahmen bei der Beendigung eines Beschäftigungsverhältnisses ( § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG ). Die §§ 6 ff. AGG sehen sogar besondere Bestimmungen für die **diskriminierungsfreie Behandlung** von Beschäftigten vor. Neben der allgemeinen Regelung in § 5 AGG zeigen die §§ 8 , 9 und 10 AGG , dass eine **Ungleichbehandlung aus sachlichen Gründen** durchaus gerechtfertigt sein kann.

**Aber:** *"Für Kündigungen gelten ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz ( § 2 Abs. 4 AGG )."*