

Bubach/Gallner/Heinkel/Horcher/Klose/
Kreft/Kreutzberg-Kowalczyk/Krumbiegel/
Lau/Plum/Rachor/Rennpferdt/Rinck/
Schlünder/Schult/Spelge/Spilger/
Waskow/Weigand

Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften

Bubach/Gallner/Heinkel/Horcher/Klose/Kreft/
Kreutzberg-Kowalczyk/Krumbiegel/Lau/Plum/Rachor/
Rennpferdt/Rinck/Schlünder/Schult/Spelge/
Spilger/Waskow/Weigand

KR

Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutz-
gesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen
Vorschriften

13. Auflage

Gesamtredaktion:

Stephanie Rachor, Richterin am Bundesarbeitsgericht

Leseprobe

Luchterhand Verlag 2022

Zitiervorschläge:

KR-*Rachor* 13. Aufl., § 1 KSchG Rdn 7; KR-*Kreutzberg-Kowalczyk* 13. Aufl., ArbNähnl. Pers. Rdn 12; KR-*Weigand* 13. Aufl., §§ 21–23 BBiG Rdn 5; KR-*Bader/Kreutzberg-Kowalczyk* 13. Aufl., § 17 TzBfG Rdn 6; KR-*Treber/Waskow* 13. Aufl., ÄArbVtrG Rdn 6; KR-*Link/Lau* 13. Aufl., SozR Rdn 10

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

ISBN 978-3-472-09703-7

www.wolterskluwer.de

Alle Rechte vorbehalten.

© 2022 Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Wolters-Kluwer-Straße 1, 50354 Hürth.

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, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Verlag und Autor übernehmen keine Haftung für inhaltliche oder drucktechnische Fehler.

Umschlagkonzeption: Martina Busch, Grafikdesign, Homburg Kirrberg

Satz: Newgen KnowledgeWorks (P) Ltd., Chennai

Druck und Weiterverarbeitung: CPI, Deutschland

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem und chlorfreiem Papier.

Leseprobe

Vorwort

Im schon gewohnten Drei-Jahres-Rhythmus erscheint »der KR« nun in 13. Auflage. Die bis Juli 2021 ergangene europäische und nationale Rechtsprechung ist umfassend eingeflossen. Ausgewertet sind auch bereits die ersten Entscheidungen zu Kündigungssachverhalten im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie.

Der Stand der Gesetzgebung ist ebenfalls bis Juli 2021 berücksichtigt. Neuerungen hat hier insbesondere das Gesetz zur Novellierung des Bundespersonalvertretungsgesetzes vom 9. Juni 2021 gebracht. Dagegen sind die noch im Vorwort zur Voraufgabe für die 19. Legislaturperiode erwarteten Änderungen zur Begrenzung von »Kettenbefristungen« nicht Gesetz geworden.

In die Kommentierungen zu § 1 KSchG und § 626 BGB eingearbeitet wurden die Erläuterungen zur Kündigung kirchlicher Arbeitnehmer, die sich bislang in einem separaten Kapitel befanden. Das gestattet die Darstellung im jeweiligen Zusammenhang, eine gute Auffindbarkeit ist weiterhin durch das Stichwortverzeichnis sichergestellt.

Der Kreis der Autorinnen und Autoren freut sich, als neue Kolleginnen und Kollegen Frau Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Bettina Bubach, Herrn Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Ronny Heinkel, Herrn Vorsitzenden Richter am Hessischen Landesarbeitsgericht Dr. Michael Horcher, Frau Vizepräsidentin des Verwaltungsgerichts Leipzig Dr. Franka Lau, Herrn Richter am Arbeitsgericht Düsseldorf a.D., Mitglied des Deutschen Bundestages Dr. Martin Plum, Frau Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Maren Rennpferdt, Herrn Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Guido Schlünder, Herrn Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht Carsten Schult und Herrn Richter am Bundesarbeitsgericht Matthias Waskow begrüßen zu können. Ausgeschieden sind Herr Präsident des Hessischen Landesarbeitsgerichts a. D. Dr. Peter Bader, Herr Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht a. D. Dr. Ernst Fischermeier, Herr Präsident des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen a. D. Prof. Dr. Gert-Albert Lipke, Herr Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Jürgen Treber sowie Herr Rechtsanwalt und Vorsitzender Richter am Thüringer Finanzgericht a. D. Norbert Vogt. Allen sei herzlich für ihr jahrelanges Engagement gedankt, das das Werk wesentlich geprägt hat.

Besonderer Dank gilt auch den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Verlags Wolters Kluwer, die wieder mit großem Einsatz dazu beigetragen haben, dass die Neuauflage pünktlich erscheinen kann.

Wir freuen uns weiter ebenso wie der Verlag über Anregungen und Kritik von Seiten der Leserinnen und Leser.

Köln, im Oktober 2021

Die Autorinnen und Autoren

Die Autorinnen und Autoren

Dr. Bettina Bubach, Richterin am Bundesarbeitsgericht

Dr. Peter Bader, Präsident des Hessischen Landesarbeitsgerichts a. D.

Dr. Ernst Fischermeier, Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht a. D.

Inken Gallner, Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht, Ministerialdirektorin a. D.

Dr. Ronny Heinkel, Richter am Bundesarbeitsgericht

Dr. Michael Horcher, Vorsitzender Richter am Hessischen Landesarbeitsgericht

Oliver Klose, Richter am Bundesarbeitsgericht

Burghard Kreft, Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht a. D.

Matthias Kreuzberg-Kowalczyk, Vorsitzender Richter am Hessischen Landesarbeitsgericht

Markus Krumbiegel, Richter am Bundesarbeitsgericht

Dr. Franka Lau, Vizepräsidentin des Verwaltungsgerichts Leipzig

Dr. Christian Link, Vizepräsident des Sozialgerichts Stuttgart

Prof. Gert-Albert Lipke, Präsident des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen a. D., Mitglied des Niedersächsischen Staatsgerichtshofes (2007 bis 2014), Honorarprofessor an der Technischen Universität Braunschweig, vormals Richter am Bundesarbeitsgericht

Dr. Martin Plum, Mitglied des Deutschen Bundestages, Richter am Arbeitsgericht Düsseldorf a. D.

Stephanie Rachor, Richterin am Bundesarbeitsgericht

Dr. Maren Rennpferdt, Richterin am Bundesarbeitsgericht

Dr. Ursula Rinck, Richterin am Bundesarbeitsgericht

Dr. Guido Schlünder, Richter am Bundesarbeitsgericht

Carsten Schult, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht

Karin Spelge, Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht

Dr. Andreas Michael Spilger, Vizepräsident des Sächsischen Landesarbeitsgerichts, Lehrbeauftragter an der Universität Konstanz, vormals Stellvertretendes Mitglied des Verfassungsgerichtshofes des Freistaates Sachsen

Prof. Jürgen Treber, Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht, Honorarprofessor an der Universität Trier

Norbert Vogt, Rechtsanwalt, Vorsitzender Richter am Thüringer Finanzgericht a. D.

Matthias Waskow, Richter am Bundesarbeitsgericht

Horst Weigand, Landesschlichter Berlin a. D.

Verzeichnis der Bearbeiterinnen und Bearbeiter 13. Auflage

Bubach	BEEG § 21 TzBfG §§ 14–16, 21
Gallner	SGB IX §§ 168–175 MuSchG § 17
Heinkel	KSchG §§ 17–22
Horcher	Int. ArbeitsvertragsR §§ 3, 8, 9, 21
Klose	KSchG §§ 3, 4, 6, 7
Kreft	KSchG §§ 2, 5, 8, 15, 16
Kreutzberg-Kowalczyk	KSchG §§ 14, 23–26 BEEG §§ 1–20, 27 TVöD §§ 30–34 TzBfG §§ 1–13, 17–20, 22, 23 ArbNähnl. Pers. HAG §§ 29, 29a NATO-ZusatzAbk. Art. 56
Krumbiegel	BGB §§ 624, 625, 626 BBiG § 24
Lau	Allgemeine Grundsätze des Sozialrecht-SozR, SGB III §§ 38 Abs. 1, 157, 158, 159
Plum	AGG §§ 1–33
Rachor	KSchG § 1
Rennpferdt	KSchG § 13
Rinck	BertrVG §§ 78a, 102–105 BPersVG §§ 55, 81–83, 85, 86, 127, 128
Schlünder	BGB §§ 119, 123, 314, 242, 612a, 613a, 620
Schult	EStG §§ 24 Nr. 1, 34 Abs. 1, 2
Spelge	InsO §§ 113, 125–128
Spilger	KSchG § 1a, 9–12 AufhebungsV BGB §§ 615, 622, 623 UmwG §§ 322–324
Waskow	ÄArbVtrG §§ 1–3 FPfZG §§ 1–2a, 3–16 PflegeZG WissZeitVG
Weigand	BGB § 628 BBiG §§ 21–23 ParlKSch (GG Art 48 II, AbgG § 2) SeeArbG ArbPISchG § 2

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Die Autorinnen und Autoren	VII
Verzeichnis der Bearbeiterinnen und Bearbeiter 13. Auflage	IX
Inhaltsverzeichnis	XIII
Abkürzungsverzeichnis	XIX
Literaturverzeichnis	XXXIX
KSchG – Kündigungsschutzgesetz	1
ÄArbVtrG – Gesetz über befristete Arbeitsverträge mit Ärzten in der Weiterbildung	975
AGG – Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz	985
ArbNähnl. Pers. – Arbeitnehmerähnliche Personen	1069
ArbPlSchG – Gesetz über den Schutz des Arbeitsplatzes bei Einberufung zum Wehrdienst	1117
AufhebungsV – Aufhebungsvertrag	1131
BBiG – Berufsbildungsgesetz	1153
BEEG – Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit	1207
BetrVG – Betriebsverfassungsgesetz	1285
BGB – Bürgerliches Gesetzbuch	1471
BPersVG – Bundespersonalvertretungsgesetz	1919
EStG – Einkommensteuergesetz	1951
FPfZG – Gesetz über die Familienpflegezeit	1971
HAG – Heimarbeitsgesetz	1981
InsO – Insolvenzordnung	2005
Int. ArbvertragsR – Internationales Arbeitsvertragsrecht	2063
MuSchG – Mutterschutzgesetz	2121
NATO-ZusAbk – Zusatzabkommen zum NATO-Truppenstatut	2197
ParlKSch – Kündigungsschutz für Parlamentarier	2213
PflegeZG – Gesetz über die Pflegezeit – Pflegezeitgesetz	2249
SeeArbG – Seearbeitsgesetz	2273
SozR – Allgemeine Grundsätze des Sozialrechts	2313
SGB III – Sozialgesetzbuch III Arbeitsförderung	2399
SGB IX – Sozialgesetzbuch IX Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen	2485
TVöD – Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst	2567
TzBfG – Teilzeit- und Befristungsgesetz	2591
UmwG – Umwandlungsgesetz	3013
WissZeitVG – Gesetz über befristete Arbeitsverträge in der Wissenschaft – Wissenschaftszeitvertragsgesetz	3027
Stichwortverzeichnis	3101

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Die Autoren	VII
Verzeichnis der Bearbeiterinnen und Bearbeiter 13. Auflage	IX
Inhaltsübersicht	XI
Abkürzungsverzeichnis	XIX
Literaturverzeichnis	XXXIX

KSchG – Kündigungsschutzgesetz 1

Erster Abschnitt: Allgemeiner Kündigungsschutz	1
§ 1 Sozial ungerechtfertigte Kündigungen	1
§ 1a Abfindungsanspruch bei betriebsbedingter Kündigung	257
§ 2 Änderungskündigung	299
§ 3 Kündigungseinspruch	408
§ 4 Abfindungsanspruch bei betriebsbedingter Kündigung	417
§ 5 Zulassung verspäteter Klagen	528
§ 6 Verlängerte Anrufungsfrist	564
§ 7 Wirksamwerden der Kündigung	576
§ 8 Abfindungsanspruch bei betriebsbedingter Kündigung	587
§ 9 Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch Urteil des Gerichts; Abfindung des Arbeitnehmers	592
§ 10 Höhe der Abfindung	636
§ 11 Anrechnung auf entgangenen Zwischenverdienst	667
§ 12 Neues Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers; Auflösung des alten Arbeitsverhältnisses ..	699
§ 13 Außerordentliche, sittenwidrige und sonstige Kündigungen	711
§ 14 Angestellte in leitender Stellung	745

Zweiter Abschnitt: Kündigungsschutz im Rahmen der Betriebsverfassung und

Personalvertretung	769
§ 15 Unzulässigkeit der Kündigung	769
§ 16 Neues Arbeitsverhältnis; Auflösung des alten Arbeitsverhältnisses	818

Dritter Abschnitt Anzeigepflichtige Entlassungen

§ 17 Anzeigepflicht	820
§ 18 Entlassungssperre	880
§ 19 Zulässigkeit von Kurzarbeit	889
§ 20 Entscheidungen der Agentur für Arbeit	901
§ 21 Entscheidungen der Zentrale der Bundesagentur für Arbeit	914
§ 22 Ausnahmebetriebe	915

Vierter Abschnitt Schlussbestimmungen

§ 23 Geltungsbereich	920
§ 24 Anwendung des Gesetzes auf Betriebe der Schifffahrt und des Luftverkehrs	951
§ 25 Kündigung in Arbeitskämpfen	961
§ 25a Berlin-Klausel	968
§ 26 Inkrafttreten	968

ÄArbVtrG – Gesetz über befristete Arbeitsverträge mit Ärzten in der Weiterbildung . 975

§ 1 Befristung von Arbeitsverträgen	975
§ 2 Berlin-Klausel	976
§ 3 Inkrafttreten	976

AGG – Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz	985
Abschnitt 1 Allgemeiner Teil	985
§ 1 Ziel des Gesetzes	985
§ 2 Anwendungsbereich	996
§ 3 Begriffsbestimmungen	1004
§ 4 Unterschiedliche Behandlung wegen mehrerer Gründe	1019
§ 5 Positive Maßnahmen	1020
Abschnitt 2 Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligung	1021
Unterabschnitt 1 Verbot der Benachteiligung	1021
§ 6 Persönlicher Anwendungsbereich	1021
§ 7 Benachteiligungsverbot	1024
§ 8 Zulässige unterschiedliche Behandlung wegen beruflicher Anforderungen	1026
§ 9 Zulässige unterschiedliche Behandlung wegen der Religion oder Weltanschauung	1032
§ 10 Zulässige unterschiedliche Behandlung wegen des Alters	1037
Unterabschnitt 2 Organisationspflichten des Arbeitgebers	1046
§§ 11 und 12	1046
Unterabschnitt 3 Rechte der Beschäftigten	1046
§ 13	1046
§ 14 Leistungsverweigerungsrecht	1046
§ 15 Entschädigung und Schadensersatz	1048
§§ 16–21	1063
§ 22 Beweislast	1063
§ 23–33	1068
ArbNähnl. Pers. – Arbeitnehmerähnliche Personen	1069
ArbPlSchG – Gesetz über den Schutz des Arbeitsplatzes bei Einberufung zum Wehrdienst	1117
§ 2 Kündigungsschutz für Arbeitnehmer, Weiterbeschäftigung nach der Berufsausbildung	1117
AufhebungsV – Aufhebungsvertrag	1131
BBiG – Berufsbildungsgesetz	1153
§ 21 Beendigung	1153
§ 22 Kündigung	1153
§ 23 Schadensersatz bei vorzeitiger Beendigung	1153
§ 24 Weiterarbeit	1202
BEEG – Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit	1207
§ 1 Berechtigte	1207
§ 4 Bezugsdauer, Anspruchsumfang	1210
Abschnitt 4 Elternzeit für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer	1214
§ 15 Anspruch auf Elternzeit	1214
§ 16 Inanspruchnahme der Elternzeit	1217
§ 18 Kündigungsschutz	1219
§ 19 Kündigung zum Ende der Elternzeit	1248
§ 20 Zur Berufsausbildung Beschäftigte, in Heimarbeit Beschäftigte	1255
§ 21 Befristete Arbeitsverträge	1256

Abchnitt 5 Statistik und Schlussvorschriften	1283
§ 28 Übergangsvorschrift	1283
BetrVG – Betriebsverfassungsgesetz	1285
§ 78a Schutz Auszubildender in besonderen Fällen.	1285
§ 102 Mitbestimmung bei Kündigungen	1305
§ 103 Außerordentliche Kündigung in besonderen Fällen	1403
§ 104 Entfernung betriebsstörender Arbeitnehmer	1451
§ 105 Leitende Angestellte	1464
BGB – Bürgerliches Gesetzbuch	1471
§ 119 Anfechtbarkeit wegen Irrtums	1471
§ 123 Anfechtbarkeit wegen Täuschung oder Drohung.	1471
§ 242 Leistung nach Treu und Glauben	1471
§ 314 Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund.	1487
§ 612a Maßregelungsverbot	1487
§ 613a Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang.	1498
§ 615 Vergütung bei Annahmeverzug und bei Betriebsrisiko	1544
§ 620 Beendigung des Dienstverhältnisses.	1545
§ 622 Kündigungsfristen bei Arbeitsverhältnissen.	1579
§ 623 Schriftform der Kündigung	1675
§ 624 Kündigungsfrist bei Verträgen über mehr als fünf Jahre	1737
§ 625 Stillschweigende Verlängerung	1744
§ 626 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund.	1753
§ 628 Vergütung, Schadenersatz bei fristloser Kündigung	1897
BPersVG – Bundespersonalvertretungsgesetz	1919
Erster Teil Personalvertretungen im Bundesdienst	1919
§ 55 Schutz vor Kündigung, Versetzung, Abordnung und Zuweisung	1919
§ 81 Verfahren zwischen Dienststelle und Personalrat	1919
§ 82 Stufenverfahren	1920
§ 83 Vorläufige Maßnahmen.	1920
§ 85 Ordentliche Kündigung	1920
§ 86 Außerordentliche Kündigung und fristlose Entlassung	1921
Teil 2 Für die Länder geltende Vorschriften	1921
§ 127 Besonderer Schutz von Funktionsträgern	1921
§ 128 Beteiligung bei Kündigungen	1925
ESTG – Einkommensteuergesetz	1951
§ 24 Entschädigungen	1951
§ 34 Außerordentliche Einkünfte.	1951
FPfZG – Gesetz über die Familienpflegezeit.	1971
§ 1 Ziel des Gesetzes	1971
§ 2 Familienpflegezeit.	1971
§ 2a Inanspruchnahme der Familienpflegezeit	1971
§ 2b Erneute Familienpflegezeit nach Inanspruchnahme einer Freistellung auf Grundlage der Sonderregelungen aus Anlass der COVID-19-Pandemie	1972
§ 3 Förderung der pflegebedingten Freistellung von der Arbeitsleistung.	1972
§ 5 Ende der Förderfähigkeit	1973
§ 6 Rückzahlung des Darlehens	1974

Inhaltsverzeichnis

§§ 7–14	1974
§ 15	Übergangsvorschrift	1974
§ 16	Sonderregelungen aus Anlass der COVID-19-Pandemie	1974
HAG – Heimarbeitsgesetz		1981
§ 29	Allgemeiner Kündigungsschutz	1981
§ 29a	Kündigungsschutz im Rahmen der Betriebsverfassung	1982
InsO – Insolvenzordnung		2005
§ 113	Kündigung eines Dienstverhältnisses	2005
§ 125	Interessenausgleich und Kündigungsschutz	2043
§ 126	Beschlußverfahren zum Kündigungsschutz	2056
§ 127	Klage des Arbeitnehmers	2060
§ 128	Betriebsveräußerung	2061
Int. ArbvertragsR – Internationales Arbeitsvertragsrecht		2063
Artikel 3	Freie Rechtswahl	2063
Artikel 8	Individualarbeitsverträge	2063
Artikel 9	Eingriffsnormen	2064
Artikel 21	Öffentliche Ordnung im Staat des angerufenen Gerichts	2064
Artikel 28	Zeitliche Anwendbarkeit	2064
MuSchG – Mutterschutzgesetz		2121
§ 17	Kündigungsverbot	2121
NATO-ZusAbk – Zusatzabkommen zum NATO-Truppenstatut		2197
Art. 56	Kündigungsrecht für die bei den Stationierungstreitkräften beschäftigten deutschen Arbeitnehmer	2197
ParlKSch – Kündigungsschutz für Parlamentarier		2213
PflegeZG – Gesetz über die Pflegezeit – Pflegezeitgesetz		2249
§ 1	Ziel des Gesetzes	2249
§ 2	Kurzzeitige Arbeitsverhinderung	2249
§ 3	Pflegezeit	2249
§ 4	Dauer der Pflegezeit	2250
§ 4a	Erneute Pflegezeit nach Inanspruchnahme einer Freistellung auf Grundlage der Sonderregelungen aus Anlass der COVID-19-Pandemie	2251
§ 5	Kündigungsschutz	2251
§ 6	Befristete Verträge	2251
§ 7	Begriffsbestimmungen	2252
§ 8	2252
§ 9	Sonderregelungen aus Anlass der COVID-19-Pandemie	2252
SeeArbG – Seearbeitsgesetz		2273
SozR – Allgemeine Grundsätze des Sozialrechts		2313
SGB III – Sozialgesetzbuch III Arbeitsförderung		2399
§ 38 Abs. 1	Rechte und Pflichten der Ausbildung- und Arbeitssuchenden	2399
§ 157	Ruhen des Anspruchs bei Arbeitsentgelt und Urlaubsabgeltung	2400

§ 158	Ruhen des Anspruchs bei Entlassungsschädigung	2415
§ 159	Ruhen des Anspruchs bei Sperrzeit	2438
SGB IX – Sozialgesetzbuch IX Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen		2485
Vorbemerkungen zu 168–175		2485
Kapitel 4 Kündigungsschutz		2500
§ 168	Erfordernis der Zustimmung	2500
§ 169	Kündigungsfrist	2500
§ 170	Antragsverfahren	2500
§ 171	Entscheidung des Integrationsamtes	2501
§ 172	Einschränkungen der Ermessensentscheidung	2501
§ 173	Ausnahmen	2501
§ 174	Außerordentliche Kündigung	2544
§ 175	Erweiterter Beendigungsschutz	2562
TVöD – Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst		2567
§ 30	Befristete Arbeitsverträge	2567
§ 31	Führung auf Probe	2574
§ 32	Führung auf Zeit	2577
§ 33	Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne Kündigung	2579
§ 34	Kündigung des Arbeitsverhältnisses	2587
TzBfG – Teilzeit- und Befristungsgesetz		2591
§ 1	Zielsetzung	2591
§ 2	Begriff des teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmers	2593
§ 3	Begriff des befristet beschäftigten Arbeitnehmers	2593
§ 4	Verbot der Diskriminierung	2611
§ 5	Benachteiligungsverbot	2622
§§ 6 bis 13	Vorschriften zur Teilzeitarbeit	2623
§ 14	Zulässigkeit der Befristung	2623
§ 15	Ende des befristeten Arbeitsvertrages	2900
§ 16	Folgen unwirksamer Befristung	2921
§ 17	Anrufung des Arbeitsgerichts	2929
§ 18	Information über unbefristete Arbeitsplätze	2963
§ 19	Aus- und Weiterbildung	2965
§ 20	Information der Arbeitnehmervertretung	2969
§ 21	Auflösend bedingte Arbeitsverträge	2971
§ 22	Abweichende Vereinbarungen	2994
§ 23	Besondere gesetzliche Regelungen	3000
UmwG – Umwandlungsgesetz		3013
§ 322	Gemeinsamer Betrieb	3013
§ 323	Kündigungsrechtliche Stellung	3013
§ 324	Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang	3013
WissZeitVG – Gesetz über befristete Arbeitsverträge in der Wissenschaft – Wissenschaftszeitvertragsgesetz		3027
§ 1	Befristung von Arbeitsverträgen	3027
§ 2	Befristungsdauer; Befristung wegen Drittmittelfinanzierung	3051

Inhaltsverzeichnis

§ 3	Privatdienstvertrag	3084
§ 4	Wissenschaftliches Personal an staatlich anerkannten Hochschulen	3088
§ 5	Wissenschaftliches Personal an Forschungseinrichtungen	3088
§ 6	Wissenschaftliche und künstlerische Hilfstätigkeiten	3092
§ 7	Rechtsgrundlage für bereits abgeschlossene Verträge; Übergangsregelung	3094
§ 8	Evaluation	3100
	Stichwortverzeichnis	3101

Kündigungsschutzgesetz (KSchG)

In der Fassung der Bekanntmachung vom 25. August 1969 (BGBl. I S. 1317).

Zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes zur Förderung der Betriebsratswahlen und der Betriebsratsarbeit in einer digitalen Arbeitswelt (Betriebsrätemodernisierungsgesetz) vom 14. Juni 2021 (BGBl. I S. 1762).

Erster Abschnitt: Allgemeiner Kündigungsschutz

§ 1 KSchG Sozial ungerechtfertigte Kündigungen

(1) Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses gegenüber einem Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis in demselben Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden hat, ist rechtsunwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist.

(2) ¹Sozial ungerechtfertigt ist die Kündigung, wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist. ²Die Kündigung ist auch sozial ungerechtfertigt, wenn

1. in Betrieben des privaten Rechts

- a) die Kündigung gegen eine Richtlinie nach § 95 des Betriebsverfassungsgesetzes verstößt,
- b) der Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz in demselben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens weiterbeschäftigt werden kann
und der Betriebsrat oder eine andere nach dem Betriebsverfassungsgesetz insoweit zuständige Vertretung der Arbeitnehmer aus einem dieser Gründe der Kündigung innerhalb der Frist des § 102 Abs. 2 Satz 1 des Betriebsverfassungsgesetzes schriftlich widersprochen hat,

2. in Betrieben und Verwaltungen des öffentlichen Rechts

- a) die Kündigung gegen eine Richtlinie über die personelle Auswahl bei Kündigungen verstößt,
- b) der Arbeitnehmer an einem anderen Arbeitsplatz in derselben Dienststelle oder in einer anderen Dienststelle desselben Verwaltungszweiges an demselben Dienort einschließlich seines Einzugsgebietes weiterbeschäftigt werden kann
und die zuständige Personalvertretung aus einem dieser Gründe fristgerecht gegen die Kündigung Einwendungen erhoben hat, es sei denn, daß die Stufenvertretung in der Verhandlung mit der übergeordneten Dienststelle die Einwendungen nicht aufrechterhalten hat.

³Satz 2 gilt entsprechend, wenn die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nach zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen oder eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers unter geänderten Arbeitsbedingungen möglich ist und der Arbeitnehmer sein Einverständnis hiermit erklärt hat. ⁴Der Arbeitgeber hat die Tatsachen zu beweisen, die die Kündigung bedingen.

(3) ¹Ist einem Arbeitnehmer aus dringenden betrieblichen Erfordernissen im Sinne des Absatzes 2 gekündigt worden, so ist die Kündigung trotzdem sozial ungerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber bei der Auswahl des Arbeitnehmers die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter, die Unterhaltungspflichten und die Schwerbehinderung des Arbeitnehmers nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt hat; auf Verlangen des Arbeitnehmers hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Gründe anzugeben, die zu der getroffenen sozialen Auswahl geführt haben. ²In die soziale Auswahl nach Satz 1 sind Arbeitnehmer nicht einzubeziehen, deren Weiterbeschäftigung, insbesondere wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen oder zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebes, im berechtigten betrieblichen

Interesse liegt. ³Der Arbeitnehmer hat die Tatsachen zu beweisen, die die Kündigung als sozial ungerechtfertigt im Sinne des Satzes 1 erscheinen lassen.

(4) Ist in einem Tarifvertrag, in einer Betriebsvereinbarung nach § 95 des Betriebsverfassungsgesetzes oder in einer entsprechenden Richtlinie nach den Personalvertretungsgesetzen festgelegt, wie die sozialen Gesichtspunkte nach Absatz 3 Satz 1 im Verhältnis zueinander zu bewerten sind, so kann die Bewertung der Arbeitnehmer nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden.

(5) ¹Sind bei einer Kündigung aufgrund einer Betriebsänderung nach § 111 des Betriebsverfassungsgesetzes die Arbeitnehmer, denen gekündigt werden soll, in einem Interessenausgleich zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat namentlich bezeichnet, so wird vermutet, dass die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse im Sinne des Absatzes 2 bedingt ist. ²Die soziale Auswahl der Arbeitnehmer kann nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden. ³Die Sätze 1 und 2 gelten nicht, soweit sich die Sachlage nach Zustandekommen des Interessenausgleichs wesentlich geändert hat. ⁴Der Interessenausgleich nach Satz 1 ersetzt die Stellungnahme des Betriebsrates nach § 17 Abs. 3 Satz 2.

Übersicht	Rdn		Rdn
A. Entstehungsgeschichte des Kündigungsschutzrechts	1	n) Mittelbares Arbeitsverhältnis	71
B. Verfassungsrechtliche Grundlagen	15	o) Probearbeitsverhältnis	73
I. Kündigungsfreiheit	17	p) Teilzeitarbeitsverhältnis	74
II. Kündigungsschutz	18	q) Telearbeit	76
III. Verhältnis zum Antidiskriminierungsrecht	27	r) Tendenzunternehmen	77
C. Zweck des allgemeinen Kündigungsschutzes	31	3. Besondere verfassungsrechtliche Stellung des Arbeitgebers	78
D. Rechtsnatur des allgemeinen Kündigungsschutzes	36	a) Kirchlicher Dienst	79
I. Einseitig zwingende Wirkung	36	b) Tendenzbetriebe	80
II. Zulässigkeit günstigerer Vereinbarungen	39	4. Ausgenommene Personengruppen	85
III. Verzicht	41	a) Arbeitnehmerähnliche Personen	85
IV. Fehlender Schutzgesetzcharakter	44	b) Beamte	86
E. Voraussetzungen des allgemeinen Kündigungsschutzes	45	c) Beschäftigte aus karitativen oder religiösen Gründen	87
I. Persönlicher Geltungsbereich	46	d) Beschäftigte aus medizinischen oder erzieherischen Gründen	88
1. Begriff des Arbeitnehmers	46	e) Entwicklungshelfer	89
2. Besondere Arten des Arbeitsverhältnisses	47	f) Familienangehörige	90
a) Alliierte Streitkräfte	48	g) Franchisenehmer	91
b) Aushilfsarbeitsverhältnis	49	h) Gesellschafter sowie Mitglieder von juristischen Personen oder Personengesamtheiten	92
c) Ausländische Arbeitnehmer	50	i) Organschaftliche Vertreter	93
d) Auszubildende, Anlernlinge, Volontäre und Praktikanten	52	j) Ruhendes Arbeitsverhältnis	94
e) Befristetes Arbeitsverhältnis	53	k) Zwangsarbeiter	95
f) Betriebsführungsvertrag	54	5. Darlegungs- und Beweislast	96
g) Einheitliches Arbeitsverhältnis mit mehreren Arbeitgebern	55	II. Zeitlicher Geltungsbereich: Die Wartezeit	97
h) Faktisches Arbeitsverhältnis	56	1. Begriff	97
i) Familienarbeitsverhältnis	57	2. Entstehungsgeschichte	98
j) Gruppenarbeitsverhältnis	58	3. Zulässigkeit von abweichenden Vereinbarungen	101
k) Hafendarbeiter	66	4. Berechnung der Wartezeit	106
l) Kirchlicher Dienst	67	5. Ununterbrochener Bestand des Arbeitsverhältnisses	115
m) Leiharbeitsverhältnis	68	6. Betriebsübergang	127

	Rdn		Rdn
7. Gesetzliche Anrechnungsregeln.	129	F. Allgemeine Merkmale und Bedeutung des Begriffs der Sozialwidrigkeit	197
8. Kündigungen während der Wartezeit	131	I. Begriff der Sozialwidrigkeit.	197
9. Darlegungs- und Beweislast	137	1. Entwicklungsgeschichte	197
III. Betrieblicher Geltungsbereich.	140	2. Systematik des Gesetzes	201
1. Begriff des Betriebes	140	a) Generalklausel	202
2. Begriff des Unternehmens.	149	b) Widerspruchstatbestände	203
3. Begriff des Konzerns.	154	c) Verhältnis der Generalklausel zu den Widerspruchstatbeständen.	204
4. Darlegungs- und Beweislast	156	d) Soziale Auswahl	208
IV. Räumlicher Geltungsbereich.	157	3. Unbestimmtheit des Rechtsbegriffs.	209
V. Gegenständlicher Geltungsbereich	159	a) Gesetzliche Anhaltspunkte zur Konkretisierung	211
1. Begriff der Kündigung	159	b) Typologische Gesichtspunkte	214
a) Allgemeines	159	c) Prüfungsmaßstab	215
b) Ordentliche Kündigung	162	d) Interessenabwägung	219
c) Außerordentliche Kündigung.	164	e) Vereinbarung über die Sozialwidrigkeit.	221
2. Vereinbarungen über das ordentliche Kündigungsrecht	165	II. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	222
3. Unwirksamkeit der Kündigung aus anderen Gründen	166	1. Prävention	224
4. Darlegungs- und Beweislast für die Kündigung	167	2. Abmahnung	227
5. Abgrenzung gegenüber anderen Arten der Kündigung	168	3. Möglichkeit einer anderweitigen Beschäftigung.	228
a) Kündigung durch den Arbeitnehmer.	169	a) Vergleichbarer Arbeitsplatz.	228
b) Änderungskündigung durch den Arbeitgeber	172	b) Geänderte Arbeitsbedingungen	236
c) Außerordentliche Kündigung durch den Arbeitgeber	173	III. Der Gleichbehandlungsgrundsatz.	246
d) Teilkündigung	176	IV. Beurteilungszeitpunkt.	248
e) Vorsorgliche Kündigung.	177	V. Kündigungsgründe.	251
f) Bedingte Kündigung	178	1. Bekanntgabe der Gründe	251
g) Kündigung im Insolvenzverfahren	179	2. Schriftformerfordernis	253
6. Abgrenzung gegenüber anderen Beendigungstatbeständen	180	3. Nachschieben von Kündigungsgründen	255
a) Anfechtung des Arbeitsvertrages.	181	a) Nachträglich bekannt gewordene Kündigungsgründe	256
b) Berufung auf die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages	182	b) Bei der Kündigung bekannte Kündigungsgründe.	258
c) Zeitablauf und Zweckerreichung	183	c) Nach der Kündigung entstandene Kündigungsgründe	259
d) Auflösende Bedingung	184	4. Verzichtete und verwirkte Kündigungsgründe.	261
e) Aufhebungsvertrag	185	VI. Rechtsfolgen der Sozialwidrigkeit.	265
f) Beendigung einer vorläufigen Einstellung.	186	1. Notwendigkeit der Klageerhebung.	265
g) Beendigung fehlerhafter Leiharbeitsverhältnisse.	190	2. Verhältnis zu sonstigen Unwirksamkeitsgründen.	266
h) Lösende Abwehraussperrung	191	3. Umdeutung einer unwirksamen ordentlichen Kündigung.	267
i) Tod des Arbeitnehmers.	192	G. Gründe für die soziale Rechtfertigung der Kündigung.	269
j) Tod und Liquidation des Arbeitgebers	194	I. Einteilung der Kündigungsgründe	269
k) Entlassung von Dienstordnungsangestellten.	195	II. Darlegungs- und Beweislast	274
l) Abberufung nach AGB-DDR.	196	III. Gründe in der Person des Arbeitnehmers	280
		1. Begriff	280
		2. Verschulden	283

	Rdn		Rdn
3. Abmahnung	284	(c) Dauer des un-	
4. Prüfung der sozialen Rechtfertigung		gestörten Verlaufs	
in drei Stufen	286	des Arbeitsver-	
a) Mangel der Fähigkeit oder		hältnisses	381
Eignung des Arbeitnehmers	286	(d) Alter des Arbeit-	
b) Störungen des Arbeitsverhält-		nehmers	383
nisses, Möglichkeit einer ander-		(e) Unterhaltungspflich-	
weitigen Beschäftigung	287	ten	384
c) Interessenabwägung	288	(f) Schwerbehinde-	
5. Darlegungs- und Beweislast	294	rung	385
6. Einzelne Gründe in der Person des		(g) Situation auf dem	
Arbeitnehmers	295	Arbeitsmarkt	386
a) AIDS	296	(h) Zumutbarkeit	
b) Alkohol- und Drogensucht	300	weiterer Über-	
c) Alter	305	brückungsmaß-	
d) Arbeitsgenehmigung	306	nahmen	387
e) Berufsausübungserlaubnis	308	(i) Höhe der Ent-	
f) Berufskrankheit	311	geltfortzahlungs-	
g) Betriebsgeheimnis	312	kosten	389
h) Betriebsunfall	313	(j) Darlegungs- und	
i) Druckkündigung	314	Beweislast	391
j) Eheschließung, Ehescheidung	315	(4) Gerichtlicher Beurteil-	
k) Ehrenamt	319	ungsspielraum	392
l) Eignung – fachliche und per-		cc) Kündigung wegen langan-	
sönliche	320	dauernder Krankheit	393
m) Erwerbsminderung	329	(1) Negative Gesund-	
n) Familiäre Verpflichtungen	330	heitsprognose	393
o) Gewissensentscheidung und		(2) Beeinträchtigung be-	
Glaubenskonflikt	331	trieblicher Interessen	398
p) Haft	335	(3) Interessenabwägung	402
q) Krankheit	337	dd) Kündigung wegen krank-	
aa) Betriebliches Eingliede-		heitsbedingter dauernder	
rungsmanagement	343	Leistungsunfähigkeit	403
bb) Kündigung wegen häufi-		ee) Kündigung wegen krank-	
ger Kurzerkrankungen	349	heitsbedingter Minderung	
(1) Negative Gesund-		der Leistungsfähigkeit	407
heitsprognose	349	r) Kuraufenthalt, medizinische	
(2) Beeinträchtigung be-		Vorsorge- oder Rehabilitations-	
trieblicher Interessen	361	maßnahme	411
(a) Betriebsablauf-		s) Leistungsfähigkeit	412
störungen	362	t) Straftaten	418
(b) Erhebliche		u) Verdachtskündigung	422
wirtschaftliche		v) Wehrdienst	425
Belastungen	365	IV. Gründe im Verhalten des Arbeitnehmers	426
(c) Umsetzungsmög-		1. Begriff	426
lichkeit	372	2. Verschulden	431
(3) Interessenabwägung	374	3. Abmahnung	435
(a) Ursachen der		4. Prüfung der sozialen Rechtfertigung	
Erkrankung	376	in drei Stufen	437
(b) Höhe der durch-		a) Vertragswidriges Verhalten des	
schnittlichen		Arbeitnehmers	437
Ausfallquote	380		

	Rdn		Rdn
b)		f)	571
		g)	572
	438	2. Unternehmensbezug	575
c)	443	3. Konzernbezug	577
5. Darlegungs- und Beweislast	446	4. Möglichkeit einer anderweitigen Be-	
6. Einzelne Gründe im Verhalten des		Beschäftigung	583
Arbeitnehmers	448	5. Interessenabwägung	585
a) Abkehrmaßnahmen	449	6. Beurteilungszeitpunkt	588
b) Abwerbung	453	7. Darlegungs- und Beweislast	591
c) Alkohol	456	8. Einzelne betriebliche Erfordernisse	596
d) Anzeigen gegen Arbeitgeber	462	a) Abbau und Umwandlung von	
e) Arbeitskampf	465	Arbeitsplätzen (Vollzeitarbeit,	
f) Arbeitspapiere	467	Teilzeitarbeit, Anforderungspro-	
g) Arbeitspflichtverletzungen	468	fil)	597
aa) Arbeitsverweigerung	469	b) Abkehrwille	600
bb) Unerlaubte Arbeitsver-		c) Arbeitsmangel	601
säumnis	477	d) Auftragsrückgang	604
cc) Fehl-, Schlecht- und		e) Betriebs Einschränkungen	606
Minderleistungen	487	f) Betriebsinhaberwechsel	609
h) Außerdienstliches Verhalten	489	g) Betriebsstilllegung	615
aa) Grundsatz	489	h) Drittfinanzierte Arbeitsverträge	623
bb) Lebenswandel	492	i) Druckkündigung	625
cc) Politische Betätigung	495	j) Entlassungsverlangen des Be-	
dd) Schulden, Lohnpfändun-		triarats	627
gen	497	k) Gewinnverfall, Gewinnsteige-	
i) Beleidigungen, Drohungen,		rung	628
Tätlichkeiten, Denunziationen,		l) Insolvenzverfahren	630
Kritik	500	m) Konzernarbeitsverhältnis	631
j) Betriebsfrieden, betriebliche		n) Öffentlicher Dienst	634
Ordnung	506	o) Rationalisierungsmaßnahmen	640
k) Druckkündigung	512	p) Vorgesetztenwechsel	645
l) Pflichtwidrigkeiten bei Krank-		9. Auswahl der Arbeitnehmer	646
heit und Rehabilitationsmaß-		a) Allgemeines	646
nahmen	514	b) Verhältnis zur anderweitigen	
m) Mobbing und Benachteiligung	528	Beschäftigung	650
n) Neben- und Konkurrenzstätig-		c) Betriebsbezogenheit und be-	
igkeiten	531	triebsübergreifende Sozialauswahl	651
o) Sonstige Nebenpflichtverletzun-		d) Vergleichbarkeit der Arbeitneh-	
gen	536	mer	660
p) Sexuelle Belästigung	545	aa) Allgemeines	660
q) Strafbare Handlungen	546	bb) Aufgabenbereich	665
r) Vorstrafen	550	cc) Direktionsrecht zur Um-	
V. Betriebliche Gründe	552	setzung	668
1. Dringende betriebliche Erfordernisse	552	dd) Horizontale und vertikale	
a) Bedeutung des Kündigungs-		Vergleichbarkeit	671
grundes	552	ee) Teilzeitbeschäftigte	673
b) Außerbetriebliche Gründe	554	e) Verhältnis von Sozialauswahl	
c) Innerbetriebliche Gründe	556	zu berechtigten betrieblichen	
d) Grenzen der Unternehmerent-		Interessen	675
scheidung	558	f) Berechtigte betriebliche Interes-	
e) Wegfall des Bedürfnisses zur		sen	677
Weiterbeschäftigung	564	aa) Allgemeines	677

	Rdn		Rdn
bb) Bestimmung durch den Arbeitgeber	679	ii) Auskunftsanspruch des Arbeitnehmers	755
cc) Berufung des Arbeitnehmers auf betriebliche Interessen	680	jj) Darlegungs- und Beweislast	760
dd) Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen des Arbeitnehmers	682	kk) Widerspruch des Betriebsrats	768
ee) Ausgewogene Personalstruktur	690	ll) Gerichtliche Nachprüfung	769
ff) Sonstige Interessen	705	h) Kollektivrechtliche Auswahlrichtlinien	772
gg) Darlegungs- und Beweislast	707	10. Interessenausgleich mit Namensliste	781
g) Sozialauswahl	708	11. Widerspruchstatbestände	802
aa) Allgemeines	708	a) Kündigungsschutzrechtliche Bedeutung	802
bb) Beabsichtigte Neueinstellungen	713	b) Verstoß gegen eine Auswahlrichtlinie	807
cc) Arbeitnehmer ohne oder mit eingeschränktem Kündigungsschutz	715	c) Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers an einem anderen Arbeitsplatz zu unveränderten Arbeitsbedingungen	810
dd) Arbeitnehmer mit besonderem Kündigungsschutz und bei Freistellung von der Arbeit	717	d) Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nach zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen	816
ee) Vorläufig weiterbeschäftigte Arbeitnehmer	726	e) Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers unter geänderten Arbeitsbedingungen	820
ff) Betriebsstilllegung	727	H. Der Wiedereinstellungsanspruch	823
gg) Soziale Kriterien	728	I. Anspruchsgrundlagen	823
(1) Allgemeines	728	II. Betriebsbedingte Kündigung	830
(2) Dauer des Arbeitsverhältnisses	730	III. Personenbedingte Kündigung	833
(3) Lebensalter	732	IV. Verhaltensbedingte Kündigung	834
(4) Unterhaltspflichten	735	V. Verdachtskündigung	835
(5) Schwerbehinderung	742	VI. Geltendmachung des Wiedereinstellungsanspruchs	836
(6) Benachteiligungsverbote	744	VII. Beteiligung des Betriebsrats	842
(7) Ermittlung der Kriterien	746	I. Ordentliche Kündigung nach dem Einigungsvertrag	843
(8) Gewichtung der Kriterien	748		
hh) Beurteilungsspielraum des Arbeitgebers	749		

A. Entstehungsgeschichte des Kündigungsschutzrechts

- 1 Im Dienstvertragsrecht wird durch die Kündigung das Ende der vertraglichen Beziehungen festgelegt. Bedeutung hat die Kündigung hier erst mit dem Aufkommen der **Vertragsfreiheit** im 19. Jahrhundert erlangt. Die Vertragsfreiheit umfasst die Freiheit, eine rechtliche Bindung (Verpflichtung) einzugehen, und die Freiheit, sich von dieser Bindung zu lösen.
- 2 Die formale Vertragsfreiheit wirkte sich faktisch dahingehend aus, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer bei zurückgehender Produktion jederzeit entlassen, der Arbeitnehmer aber bei dem vorhandenen Überangebot an Arbeitskräften nur schwer einen neuen Arbeitsplatz finden konnte und, falls dies gelang, vom Arbeitgeber **diktierte Arbeitsbedingungen** hinnehmen musste, um den

Arbeitsplatz zu erlangen. Die Vertragsfreiheit nutzte damit dem Arbeitnehmer als dem wirtschaftlich schwächeren Vertragspartner nichts und wirkte sich in erster Linie zu seinem Nachteil aus. Soziale Missstände gegen Ende des 19. Jahrhunderts waren die Folge.

Nach Beendigung des Ersten Weltkrieges (1918) verstärkten sich die Bestrebungen zur Schaffung von Arbeitnehmerschutzgesetzen, die die Vertragsfreiheit begrenzten. Hierzu gehörten insbes. die Vorschriften über den Kündigungsschutz, die erstmals durch das **Betriebsrätegesetz** v. 4.2.1920 (BRG 1920) und die **DemobilmachungsVO** v. 12.2.1920 eingeführt wurden. Der Kündigungsschutz sollte nicht nur der Erhaltung des Arbeitsplatzes als Einnahmequelle des Arbeitnehmers dienen, sondern auch die Bindung des Arbeitnehmers an den Betrieb im Interesse stabiler Sozialverhältnisse stärken.

Nach dem BRG 1920, das nur in Betrieben mit Betriebsrat galt, konnte der Arbeitnehmer beim Betriebsrat Einspruch gegen die Kündigung einlegen und bei Billigung des Einspruchs durch diesen anschließend gegen den Arbeitgeber Klage erheben. Bei erfolgreicher Klage wurde der Arbeitgeber zur **Zahlung einer Entschädigung** verurteilt, deren Zahlung er bei Widerruf der Kündigung abwenden konnte. Der Arbeitnehmer selbst konnte eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht erzwingen. Nach der DemobilmachungsVO, die von 1920–1923 galt, bestand ein Entlassungsverbot, solange durch Arbeitszeitverkürzung bis zur Hälfte aller Arbeitnehmer beschäftigt werden konnte.

Das **Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit** (AOG) v. 20.1.1934 sah einerseits einen Abbau der Beteiligung des Betriebsrats vor und erweiterte andererseits die Klagemöglichkeit auf Betriebe ohne Betriebsrat, wenn dort mindestens zehn Arbeitnehmer beschäftigt waren. Nach der **ArbeitsplatzwechselVO** v. 1.9.1939 war sowohl für die Kündigung durch den Arbeitgeber als auch für die Kündigung durch den Arbeitnehmer die Zustimmung des Arbeitsamtes erforderlich.

Nach 1945 bis zum Erlass des Kündigungsschutzgesetzes v. 10.8.1951 herrschte in den verschiedenen Besatzungszonen weitgehende **Rechtszersplitterung** unter teilweiser Fortgeltung alter Vorschriften, teilweise existierten neue Regelungen und Richterrecht.

Im Gegensatz zum KSchG war für das BRG 1920, das AOG und die meisten nach 1945 erlassenen Ländergesetze (vgl. hierzu RdA 1951, 61 ff.) kennzeichnend, dass sie den Arbeitnehmern Schutz gegen eine Kündigung nur dann gewährten, wenn diese eine »**unbillige Härte**« darstellte. Der Verlust des Arbeitsplatzes spielte für die Entscheidung, ob eine solche Härte vorlag, zwar eine wesentliche Rolle; es waren dabei jedoch auch alle sonstigen irgendwie in Betracht kommenden Umstände zu werten, wie die wirtschaftlichen Verhältnisse des Arbeitnehmers, die Möglichkeit alsbaldiger anderweitiger Beschäftigung usw. Selbst in den Fällen einer »unbilligen Härte« führte dies nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung; der Arbeitgeber hatte vielmehr ein Wahlrecht zwischen dem **Widerruf der Kündigung** und der **Zahlung einer Abfindung**.

Bereits der **Hattenheimer Entwurf** (zu dessen Inhalt *A. Hueck* RdA 1950, 65 ff.) sah in § 1 im Grundsatz die heutige Konzeption vor, die sich durch einen Schutz des Arbeitnehmers vor sozial ungerechtfertigten ordentlichen Kündigungen auszeichnet. Im Unterschied zur jetzigen Rechtslage sah der Hattenheimer Entwurf nur eine dreimonatige Wartezeit für den Erwerb des allgemeinen Kündigungsschutzes vor. Eine Altersgrenze enthielt er nicht.

Der Regierungsentwurf (vgl. BT-Drucks. 1. Wahlperiode Nr. 2090, S. 2 und S. 11, 12) übernahm im Wesentlichen die bereits im Hattenheimer Entwurf vorgesehene inhaltliche Ausgestaltung des § 1. Dies gilt auch für die Beibehaltung der dreimonatigen Wartezeit. Zur Rechtslage vor Inkrafttreten des KSchG 1951 vgl. *G. Müller* DRZ 1948, 122. Die im **KSchG 1951** (BGBl. I S. 499) enthaltene Altersgrenze von zwanzig Jahren wurde erst in der 3. Lesung des Bundestages in das Gesetz eingefügt. Die im Regierungsentwurf vorgesehene dreimonatige Wartezeit wurde auf sechs Monate ausgedehnt. Im Übrigen entsprach die inhaltliche Ausgestaltung des § 1 KSchG 1951 im Wesentlichen dem Regierungsentwurf.

- 10 Durch das **Erste Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz** v. 14.8.1969 (BGBl. I S. 1106) wurde die Bestimmung in mehrfacher Hinsicht geändert. So wurde die bislang geltende **Altersgrenze** von zwanzig auf achtzehn Jahre herabgesetzt. Im Saarland galt diese Altersgrenze allerdings schon seit dem 1.1.1959 (vgl. Gesetz Nr. 628 v. 18.6.1958 ABl. 1959, S. 1249 Art. 7 § 23). Das Erste Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz brachte weiterhin insofern eine Änderung, als die sechsmonatige **Wartezeit** des § 1 Abs. 1 KSchG nicht mehr nach der Dauer der tatsächlichen Beschäftigung, sondern nach dem rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses zu bestimmen ist. Außerdem wurde § 1 Abs. 3 KSchG dahin ergänzt, dass der Arbeitgeber die Gründe anzugeben hat, die zu der getroffenen sozialen Auswahl geführt haben (vgl. zu den Änderungen iE *Fitting* DB 1969, 1459; *Monjau* BB 1969, 1043; *Wenzel* BB 1969, 1402).
- 11 Der Abs. 2 der Bestimmung wurde durch § 123 Nr. 1 des **BetrVG** v. 15.1.1972 (BGBl. I S. 17) sowie durch § 114 des Bundespersonalvertretungsgesetzes v. 15.3.1974 (BGBl. I S. 693) um die nunmehr im Gesetz aufgeführten vier **Widerspruchstatbestände** ergänzt.
- 12 Die Altersgrenze von achtzehn Jahren wurde durch das **Gesetz zur Änderung des KSchG** v. 5.7.1976 (BGBl. I S. 1769) mit Wirkung v. 9.7.1976 beseitigt (zum Fortfall der Altersgrenze vgl. iE *Becker* NJW 1976, 1486).
- 13 Durch das **Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz** v. 25.9.1996 (BGBl. I S. 1476) wurden die Vorschriften zur Sozialauswahl ab 1.10.1996 völlig neugestaltet. In Abs. 3 der Bestimmung wurde die vorgeschriebene Sozialauswahl bei betriebsbedingten Kündigungen auf die sozialen Grunddaten Dauer der Betriebszugehörigkeit, Lebensalter und Unterhaltspflichten des Arbeitnehmers beschränkt. Die berechtigten betrieblichen Interessen, die Vorrang vor einer Sozialauswahl haben, wurden näher umschrieben. In den neu geschaffenen Abs. 4 und 5 wurde geregelt, in welchem Umfang bestimmte kollektivrechtliche Regelungen zu betriebsbedingten Kündigungen gerichtlich überprüfbar sind (vgl. zu den Änderungen iE *Bader* NZA 1996, 1125; *Coulin* PersR 1996, 461; *Däubler* BetrR 1997, 1; *Fischermeier* NZA 1997, 1089; *Hinrichs* AiB 1996, 589; *Hold* AuA 1996, 365; v. *Hoyningen-Huene/Linck* DB 1997, 41; *Klebe* AiB 1996, 717; *Lakies* NJ 1997, 121; *Lorenz* DB 1996, 1973; *Preis* NJW 1996, 3369; *Preuß/Rosendahl* BetrR 1996, 137; *Sander* BuW 1997, 30; *Stahlhacke/Preis* WiB 1996, 1025; *Strückmann* AuA 1997, 5). Diese Änderungen wurden durch das Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte v. 19.12.1998 (BGBl. I S. 3843) mit Wirkung v. 1.1.1999 weitgehend wieder zurückgenommen. Lediglich Abs. 4 S. 1 wurde in veränderter Form beibehalten (zu dieser Rechtslage vgl. *Bader* NZA 1999, 64; *Däubler* NJW 1999, 601; *Lakies* NJ 1999, 74; *Löwisch* BB 1999, 102; *Preis* RdA 1999, 311).
- 14 Das **Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt** v. 24.12.2003 (BGBl. I S. 3002) hat die durch das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz herbeigeführten Änderungen mit Wirkung v. 1.1.2004 im Wesentlichen wiederhergestellt. Deshalb sind die zum Arbeitsrechtlichen Beschäftigungsförderungsgesetz erschienenen Beiträge (s. Rdn 13) wieder aktuell. Gegenüber dem Arbeitsrechtlichen Beschäftigungsförderungsgesetz wurden lediglich als viertes zu beachtendes Kriterium bei der Sozialauswahl die Schwerbehinderung eingeführt und die Regelung für Richtlinien zur Sozialauswahl in Betrieben und Dienststellen (§ 1 Abs. 4 S. 2 und 3 aF KSchG) nicht wiederaufgenommen. Mit dem Regierungsentwurf zur Neuregelung befassen sich u.a. *Bauer/Preis/Schunder* (NZA 2003, 704), *Kleinebrink* (ArbRB 2003, 338) und *Löwisch* (NZA 2003, 689), mit den Gesetzesänderungen selbst *Bader* (NZA 2004, 65), *Buschmann* (AuR 2004, 1), *Däubler* (NZA 2004, 177), *Gaull/Bonanni* (ArbRB 2004, 48), *Grobys* (GmbHR 2004, R 73), *Kappenhagen* (FA 2004, 37), *Kossens* (AuA 2004, 10), *Löwisch* (BB 2004, 154), *Preis* (DB 2004, 70), *Quecke* (RdA 2004, 86), *Richardi* (DB 2004, 486), *Schiefer/Worzalla* (NZA 2004, 345), *Willemsen/Annuff* (NJW 2004, 177) und *Zerres/Rhotert* (FA 2004, 2; BuW 2004, 166).

B. Verfassungsrechtliche Grundlagen

Die Grundrechte haben im Arbeitsrecht eine zentrale Bedeutung. Sie richten sich als Abwehrrechte zwar in erster Linie gegen den Staat zum Schutz des Einzelnen gegen Freiheitsbeschränkungen, insbes. durch staatliche Gesetze. Größere praktische Bedeutung im Arbeitsrecht hat aber die vom Bundesverfassungsgericht angenommene Ausstrahlungswirkung der Grundrechte bei der Auslegung und Anwendung der privatrechtlichen Generalklauseln wie zB §§ 138, 242, 315, 826 BGB (*BVerfG* 7.2.1990 EzA § 90a HGB Nr. 1; 15.1.1958 *BVerfGE* 7, 198). Die Grundrechte sind insoweit als »Richtlinien« zu beachten (*BVerfG* 19.10.1993 EzA Art. 2 GG Nr. 8).

Im Kündigungsrecht haben das Grundrecht der Berufsfreiheit für beide Arbeitsvertragsparteien (Art. 12 GG) und der Gleichheitssatz des Art. 3 GG besondere Bedeutung. Man kann zwischen der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Kündigungsfreiheit und den verfassungsrechtlichen Grundlagen des Kündigungsschutzes unterscheiden. Soweit der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers verfassungsrechtlich gewährleistet ist, schränkt er die Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers ein. Insoweit entfaltet Art. 12 Abs. 1 GG eine Drittwirkung im Verhältnis von Arbeitgebern und Arbeitnehmern (*Hanau FS* Dieterich, S. 201).

I. Kündigungsfreiheit

Die Kündigungsfreiheit als Freiheit zur Beendigung von Verträgen ist wie die Vertragsfreiheit Ausfluss der **allgemeinen Handlungsfreiheit**, die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützt ist. Rechnet man den Grundrechten auch die negative Freiheit zu, von ihren Gewährleistungen keinen Gebrauch zu machen (s. zur negativen Koalitionsfreiheit *BVerfGE* 10, 89, 102; 38, 281, 298), ist das Recht, einen bestimmten Beruf und eine bestimmte Arbeit nicht auszuüben, von Art. 12 Abs. 1 GG mitgeschützt. Für den Arbeitnehmer findet die Kündigungsfreiheit deshalb ihre Grundlage in **Art. 12 GG** (*Badura FS* Berber, 1973, S. 11, 21), der als Spezialgrundrecht Art. 2 Abs. 1 GG vorgeht (*BVerfGE* 9, 343; 60, 229; 116, 202, zu C II 2a aa). Für den Arbeitgeber beruht die Kündigungsfreiheit als Ausfluss der **unternehmerischen Entscheidungsfreiheit** auf Art. 12 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG sowie auf **Art. 14 GG**, soweit es darum geht, dass er mit der Kündigung zugleich über das Betreten seiner Betriebsstätte und die Verwendung seiner Betriebsmittel, sei es als Eigentümer oder als berechtigter Besitzer, entscheidet. Geschützt ist die Freiheit zur Disposition über den Umfang und die Zusammensetzung der Belegschaft für die Leistungsfähigkeit und die finanzielle Belastung eines Unternehmens (eingehend *BVerfG* 27.1.1998 EzA KSchG § 23 Nr. 17, zu B I 3b bb).

II. Kündigungsschutz

Das *BVerfG* erkennt die **Berufsfreiheit** des Arbeitnehmers (Art. 12 Abs. 1 GG) als Grundlage für Kündigungsschutzregelungen. Das Grundrecht auf freie Wahl des Arbeitsplatzes schließt die Freiheit ein, den einmal gewählten Arbeitsplatz nicht ohne Grund zu verlieren. Da der Arbeitsplatz als Existenzgrundlage nicht nur den Lebenszuschnitt und das Wohnumfeld eines Arbeitnehmers bestimmt, sondern auch dessen gesellschaftliche Stellung und Selbstwertgefühl, sprächen gewichtige durch Art. 12 Abs. 1 GG legitimierte Interessen für den Bestandsschutz (etwa *BVerfG* 24.4.1991 EzA Art. 13 EV Nr. 1, zu C III 1; 27.1.1998 EzA § 23 KSchG Nr. 17, zu B I 1, 3b bb). Dem folgen auch das BAG (etwa *BAG* 6.9.2007 EzA § 1 KSchG Interessenausgleich Nr. 14, zu B III 1) und ein großer Teil der Literatur (etwa *Oetker RdA* 1997, 9, 14 ff.; *Hergenröder ZfA* 2002, 355, 359 ff.; *Wolter NZA* 2003, 1068, 1070; *Adam AuR* 2009, 378; *ErfK-Schmidt* Art. 12 GG Rn 36; *HaKo-ArbR/Lakes* Art. 12 GG Rn 51 f.; *DDZ-Däubler* Art. 12 GG Rn 4 ff.). Der Ansatz wirft allerdings die Frage auf, warum nicht auch von einem Auftraggeber wirtschaftlich abhängige arbeitnehmerähnliche Personen in den Schutzbereich einzubeziehen sind; auch bei ihnen ist die Vertragsbeziehung zu ihrem Auftraggeber Existenzgrundlage (vgl. *Reuter FS* Dieterich S. 473, 483; *Franzen FS* Otto S. 71, 78). Nach einer anderen Ansicht ist das **allgemeine Persönlichkeitsrecht** die verfassungsrechtliche Grundlage des Kündigungsschutzes (*Franzen FS* Otto S. 71). Dafür wird angeführt, dass Kündigungsschutzregelungen ursprünglich keinen Schutz der Existenzgrundlage insgesamt bezweckten, sondern die willkürliche Sanktionierung der Ausübung von Arbeitnehmerrechten

im Betrieb verhindern sollten (vgl. *Reuter* FS Dieterich S. 473, 483; *Franzen* FS Otto S. 71, 82 ff.). Auch die vom BVerfG angeführten Arbeitnehmerinteressen stehen in engem Zusammenhang mit deren allgemeinem Persönlichkeitsrecht. Andererseits kann jedoch auch der Bezug des Anspruchs auf Fortsetzung eines Arbeitsverhältnisses zu Berufswahl und -ausübung nicht verneint werden. Tatsächlich können als verfassungsrechtliche Grundlage des Kündigungsschutzes daher beide Grundrechte herangezogen werden, wobei der Bezug zu Art. 12 Abs. 1 GG näher ist. Auch die Geltendmachung von Rechten im Betrieb gehört bei Arbeitnehmern zur Berufsausübung. Dagegen spricht nicht, dass in einem Arbeitsverhältnis stehenden Arbeitnehmern dadurch Rechte zustehen, die Arbeitsuchende nicht haben (so aber *Franzen* FS Otto S. 71, 73), da das GG dem Einzelnen kein Recht auf Arbeit iSd Schaffung und Bereitstellung eines Arbeitsplatzes eigener Wahl gewährt (BVerfG 21.2.1995 EzA Art. 20 Einigungsvertrag Nr. 44; 27.1.1998 EzA § 23 KSchG Nr. 17, zu B I 1). Der Unterschied beruht auf dem unterschiedlichen Status einer Person in einem Arbeitsverhältnis und ohne Arbeitsverhältnis. Auch ein Unternehmer kann aus Art. 12 Abs. 1 GG andere Rechte ableiten als eine Person, die kein Unternehmen gegründet hat.

- 19 Das GG gewährt **keine Bestandsgarantie** für einmal begründete Arbeitsverhältnisse. Dem stehen vor allem die Grundrechte des Arbeitgebers nach Art. 12, 14 GG entgegen. Das GG gebietet allerdings einen **Mindestbestandsschutz** für Arbeitsverhältnisse (BVerfG 21.2.1995 EzA Art. 20 Einigungsvertrag Nr. 44; 27.1.1998 EzA § 23 KSchG Nr. 17, zu B I 1). Dieser umfasst einen **Schutz vor willkürlichen Kündigungen**. Ein Recht zu derartigen Kündigungen kann weder aus Grundrechten der Arbeitgeber abgeleitet werden, noch darf Arbeitnehmern das sozialstaatlich gebotene Minimum ihrer Berufsausübung entzogen werden. Art. 12 Abs. 1 GG ist damit nicht nur Grundlage des Kündigungsschutzes, sondern auch eines allgemeinen Bestandsschutzes. Art. 12 Abs. 1 GG gebietet, den einzelnen in seinem Entschluss zu schützen, eine konkrete Beschäftigungsmöglichkeit in dem gewählten Beruf beizubehalten (BVerfG 24.4.1991 EzA Art. 13 Einigungsvertrag Nr. 1). Wird damit die Unzulässigkeit willkürlicher und grundloser Kündigungen als Minimum einer sozialstaatlich ausgestalteten Berufsfreiheit anerkannt, bleibt dem Gesetzgeber dennoch ein weiter Ermessensspielraum für die Abwägung zwischen dem Recht des Arbeitnehmers auf Kündigungsschutz und dem Recht des Arbeitgebers auf Kündigungsfreiheit (vgl. *Oetker* RdA 1997, 9; *Preis* NZA 1997, 1256). Der aus Art. 12 Abs. 1 GG folgenden Schutzpflicht des Staates tragen die geltenden Kündigungsvorschriften hinreichend Rechnung (BVerfG 24.4.1991 EzA Art. 13 Einigungsvertrag Nr. 1; 21.2.1995 EzA Art. 20 Einigungsvertrag Nr. 44; 27.1.1998 EzA KSchG § 23 Nr. 17, zu B I 1). Allerdings kann im Einzelfall eine verfassungskonforme Auslegung geboten sein, wobei bei Kündigungs- und Beendigungsregelungen der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen ist (vgl. BVerfG 24.4.1991 EzA Art. 13 Einigungsvertrag Nr. 1). Dies gebietet iS eines **Untermaßverbotes** einen verfassungsrechtlich gewährleisteten, über die Normen des Privatrechts wirkenden Mindestschutz des Bestands von Arbeitsverhältnissen (BVerfG 27.1.1998 EzA KSchG § 23 Nr. 17, zu B I 1; *ErfK-Schmidt* Art. 12 GG Rn 37; *HaKo-ArbR/Lakies* Art. 12 GG Rn 59).
- 20 Auch bei einem an sich angemessenen Kündigungsschutz kann eine gesetzliche Differenzierung zwischen Arbeitnehmergruppen gegen den **Gleichheitssatz** des Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen; in diesem Fall hat das BVerfG die benachteiligende Norm für nichtig oder die gleichheitswidrige Differenzierung für verfassungswidrig zu erklären (30.5.1990 EzA § 622 nF BGB Nr. 27). So hat das BVerfG vor allem den Kündigungsschutz für Angestellte und Arbeiter in Hinblick auf unterschiedliche Kündigungsfristen für verfassungswidrig erachtet (BVerfGE 62, 256). Dabei hat es betont, dass bei Regelungen, die die Freiheit der beruflichen Betätigung betreffen, der Gleichheitssatz der gesetzgeberischen Gestaltung engere Grenzen als sonst setze (BVerfGE 62, 256, 276). Der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz kann insoweit als zusätzliche Grundlage für den Kündigungsschutz dienen. Er hat aber lediglich formalrechtlichen Inhalt. Eine Verwirklichung kann nur im Hinblick auf bestimmte Ziele festgestellt werden, die nicht im Gleichheitssatz selbst enthalten, sondern diesem vorgegeben sind. Dies gilt auch bezüglich des Kündigungsschutzes, der nicht in Art. 3 GG verankert ist. Indem Art. 3 Abs. 1 GG willkürliche Ungleichbehandlung verbietet, setzt er den Vergleich mit anderen in vergleichbarer Lage voraus. Nur in dem Maß, in dem anderen Kündigungsschutz zusteht, kann der Kündigungsschutz im Gleichheitssatz Berücksichtigung finden.

Zur Bedeutung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Kündigungsschutzrecht s. Rdn 246 f.; KR-*Fischermeier/Krumbiegel* § 626 BGB Rdn 324 f.

Soweit die Rechtsordnung in Kleinbetrieben und in den ersten sechs Monaten des Arbeitsverhältnisses Arbeitnehmern **keinen Kündigungsschutz** gewährt, ist zu prüfen, ob dadurch die Grundrechtspositionen des Arbeitnehmers den Interessen des Arbeitgebers in einer Weise untergeordnet werden, dass in Anbetracht der Bedeutung und Tragweite des betroffenen Grundrechts (Art. 12 Abs. 1 GG) nicht mehr von einem angemessenen Ausgleich gesprochen werden kann. Unter dieser Voraussetzung wäre der Ausschluss vom Kündigungsschutz verfassungswidrig. Liegt dagegen wegen einer sachlichen Differenzierung kein Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG vor, scheidet auch ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG aus. Dieser Maßstab gilt für die Kleinbetriebsklausel von § 23 Abs. 1 KSchG (*BVerfG* 27.1.1998 EzA § 23 KSchG Nr. 17; s. näher KR-*Bader/Kreutzberg-Kowalczyk* § 23 KSchG Rdn 17 ff.) ebenso wie für die Wartezeit von § 1 Abs. 1 (*BVerfG* 21.6.2006 NZA 2006, 913, zu III 1a bb (1); HaKo-ArbR/*Lakies* Art. 12 GG Rn 62).

Bei der Auslegung von Normen, die einen nicht grundrechtswidrigen Ausschluss vom Kündigungsschutz festlegen, ist die **konkrete Interessenlage von Arbeitgeber und Arbeitnehmer** zu berücksichtigen und bei Überschreitung der Typisierungsbefugnis des Gesetzgebers eine am Gesetzeszweck ausgerichtete verfassungskonforme Auslegung der Gesetzesnormen vorzunehmen (*BVerfG* 27.1.1998 EzA § 23 KSchG Nr. 17, 18). So hat das BVerfG im Hinblick auf die Interessenlage der Arbeitsvertragsparteien den Betriebsbegriff in § 23 KSchG neu bestimmt und in verfassungskonformer Auslegung des § 23 KSchG in der bis zum 30.9.1996 geltenden Fassung für die Berücksichtigung von Teilzeitkräften bei der Berechnung der Arbeitnehmerzahl bestimmte Anrechnungsgrundsätze aufgestellt (*BVerfG* 27.1.1998 EzA § 23 KSchG Nr. 17 und 18; s. iE KR-*Bader/Kreutzberg-Kowalczyk* § 23 Rdn 27). Ein verfassungskonformes Verständnis des § 23 KSchG verlangt auch die Berücksichtigung von im Betrieb eingesetzten Leiharbeitnehmern bei der Bestimmung der Betriebsgröße, soweit mit ihnen ein regelmäßiger Beschäftigungsbedarf abgedeckt wird (*BAG* 24.1.2013 EzA § 23 KSchG Nr. 38; krit. *Fuhlrott* GWR 2013, 332; *Muser* BB 2013, 1919; s. iE KR-*Bader/Kreutzberg-Kowalczyk* § 23 Rdn 56 ff.).

Auf die sechsmonatige Wartezeit bis zum Beginn des Kündigungsschutzes nach § 1 Abs. 1 KSchG ist wegen der Interessenlage der Arbeitsvertragsparteien in verfassungskonformer Auslegung trotz rechtlicher Unterbrechung die Zeit eines vorangegangenen Arbeitsverhältnisses anzurechnen, wenn zwischen beiden Arbeitsverhältnissen ein enger sachlicher Zusammenhang besteht (s. Rdn 115–121).

Ein spezielles Kündigungsverbot wegen Maßnahmen zur Bildung von Gewerkschaften oder des Beitritts zu diesen sowie zu sonstigen Arbeitnehmervereinigungen ergibt sich aus Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG. Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG schützt auch die koalitionsmäßige Betätigung. Deshalb dürfen rechtmäßige Arbeitskämpfmaßnahmen nicht als Kündigungsgrund anerkannt werden.

Kündigungsschutzrechtliche Relevanz hat weiter Art. 6 Abs. 4 GG. Da jede Mutter Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft hat, dürfen ihr aus der Mutterschaft keine arbeitsrechtlichen Nachteile erwachsen. Dies gebietet einen verstärkten Bestandsschutz werdender Mütter. Dem Schutzauftrag des Art. 6 Abs. 4 GG trägt das Mutterschutzrecht durch Kündigungsverbote Rechnung. Gesetzliche Durchbrechungen der Kündigungsvorschriften im Bereich des Mutterschutzrechts hat das BVerfG wegen Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 4 GG für nichtig erklärt (*BVerfG* 24.4.1991 EzA Art. 13 Einigungsvertrag Nr. 1).

Bei **Arbeitnehmern ohne Kündigungsschutz** wird der durch Art. 12 Abs. 1 GG gebotene Mindestschutz durch die **zivilrechtlichen Generalklauseln** gewährleistet (*BVerfG* 27.1.1998 EzA § 23 KSchG Nr. 17). In Betracht kommen insbes. § 138 BGB (Sittenwidrigkeit), § 242 BGB (Treu und Glauben), § 315 BGB (billiges Ermessen) und § 612a BGB (Maßregelungsverbot). Im Rahmen dieser Generalklauseln ist der objektive Gehalt der Grundrechte, vor allem Art. 12 Abs. 1 GG, zu beachten. Arbeitnehmer sind vor willkürlichen oder auf sachfremden Motiven beruhenden

Kündigungen zu schützen, zB vor Kündigungen, die gegen ein Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG verstoßen. Soweit unter mehreren Arbeitnehmern eine Auswahl zu treffen ist, ist ein gewisses Maß an sozialer Rücksichtnahme geboten. Hierbei darf insbes. durch langjährige Mitarbeit verdientes Vertrauen in den Fortbestand eines Arbeitsverhältnisses nicht unberücksichtigt bleiben (*BVerfG* 27.1.1998 EzA § 23 KSchG Nr. 17, zu B I 3b cc). Eine Kündigung, die das gebotene Maß an sozialer Rücksichtnahme nicht wahrt, verstößt gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) und ist deshalb unwirksam (*BAG* 21.2.2001 EzA § 242 BGB Kündigung Nr. 1). Der über die Generalklauseln vermittelte Schutz darf andererseits nicht zu einer die gesetzliche Differenzierung missachtenden Angleichung des Bestandsschutzes außerhalb des Geltungsbereiches des KSchG an denjenigen innerhalb führen (*BVerfG* 27.1.1998 EzA § 23 KSchG Nr. 17, zu B I 3b cc). So bedingen bei der sozialen Auswahl nur evidente Auswahlfehler die Unwirksamkeit der Kündigung (*BAG* 21.2.2001 EzA § 242 BGB Kündigung Nr. 1, zu B I 4b, d; 6.2.2003 EzA § 242 BGB 2002 Nr. 1, zu II 3a). Zu Kündigungen während der Wartezeit näher Rdn 131–136, 139; zu Kündigungen in Kleinbetrieben näher *KR-Bader/Kreutzberg-Kowalczyk* § 23 KSchG Rdn 85 ff.; zum Bestandsschutz nach §§ 138, 242 BGB s. *KR-Treber/Rennpferdt* § 13 KSchG Rdn 40–65 und *KR-Treber/Schlünder* § 242 BGB Rdn 1–53.

III. Verhältnis zum Antidiskriminierungsrecht

- 27 Das am 18.8.2006 in Kraft getretene, der Umsetzung der EU-Richtlinien 2000/43/EG, 2000/78/EG, 2002/73/EG und 2004/113/EG dienende **Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)** v. 14.8.2006 (BGBl. I S. 1897) soll Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität u.a. beim Zugang zu einer Erwerbstätigkeit und bei den Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen einschließlich der Entlassungsbedingungen verhindern oder beseitigen (§§ 1, 2 Abs. 1 Nr. 1, 2, § 7 AGG). Das Verhältnis des AGG zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz wird aus dem Gesetz nicht abschließend klar (hierzu eingehend *KR-Treber/Plum* § 2 AGG Rdn 4 ff.). Gemäß § 2 Abs. 4 AGG findet bei Kündigungen ausschließlich der allgemeine und besondere Kündigungsschutz Anwendung. Dies besagt zunächst, dass das KSchG ebenso wie die Bestimmungen des Sonderkündigungsschutzes auf Kündigungen wegen der in § 1 AGG genannten Merkmale anwendbar bleibt. Problematisch ist die Rechtslage, soweit das Kündigungsrecht den von den Richtlinien geforderten Schutz nicht gewährleistet. Dies dürfte im Anwendungsbereich des KSchG kaum der Fall sein, weil eine an ein geschütztes Merkmal anknüpfende und nach den Bestimmungen des AGG nicht gerechtfertigte Kündigung regelmäßig auch sozialwidrig sein dürfte. Das BAG nimmt zutreffend an, dass die Diskriminierungsverbote des AGG im Rahmen der Prüfung der Sozialwidrigkeit der Kündigung zu berücksichtigen sind (*BAG* 6.11.2008 EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 82, Rn 28). Der Begriff der sozialen Rechtfertigung einer Kündigung ist unter Berücksichtigung der Vorgaben der Richtlinien unionsrechtskonform auszulegen (*BAG* 6.11.2008 EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 82, zu B I 2b aa; ebenso *LAGE Nds.* 13.7.2007 LAGE § 2 AGG Nr. 3, zu 1.1.1.3; *DDZ-Zwanziger/Voigt* AGG Rn 66; *Bader/Bram-Nungeßer* § 13 Rn 51; *Bauer/Krieger/Günther* § 2 AGG Rn 64 ff., § 10 AGG Rn 42 ff., 47 ff.; *Rust/Falke-Bertelsmann* § 2 Rn 260 ff.; *Annuff* BB 2006, 325, 326; *aA* wegen des seiner Ansicht nach nicht auslegungsfähigen Wortlauts von § 2 Abs. 4 AGG *Neufeld* BB 2007, 1963, 1964: Geltung der Norm bis zu einer Entscheidung des EuGH). Soweit dagegen eingewendet wird, dies werde dem unionsrechtlichen Transparenzgebot nicht gerecht (so etwa *HaKo-AGG/Däubler* § 2 Rn 295; *Kamanabrou* RdA 2007, 199, 205), ist dies jedenfalls im Anwendungsbereich von § 1 nicht überzeugend. Weder legitimiert § 2 Abs. 4 AGG diskriminierende Kündigungen, noch deutet er dies auch nur an. Er verlagert lediglich die Prüfung der Diskriminierungsverbote von §§ 1, 3, 7 AGG auf den Tatbestand des § 1 (*BAG* 6.11.2008 EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 82, zu B I 2b aa (2) (d); *v. Medem* S. 355; *KR-Treber/Plum* § 2 AGG Rdn 12). Ordentliche Kündigungen während der Wartezeit und in Kleinbetrieben – d. h. außerhalb des Anwendungsbereiches des allgemeinen Kündigungsschutzes nach § 1 – sind dagegen nach der Rechtsprechung des BAG unmittelbar am AGG zu messen und bei einem Verstoß gegen §§ 1, 3, 7 AGG gem. § 134 BGB nichtig. Es gilt die Beweislastverteilung nach § 22 AGG. § 2 Abs. 4 AGG steht dem nicht entgegen (*BAG*

19.12.2013 EzA § 1 AGG Nr. 2 mwN zum vorangegangenen Meinungsstreit; *Hiebert* DB 2014, 1555; *Joussen* ZMV 2014, 231; aA *Stenslik* Anm. zu AP § 2 AGG Nr. 3).

Im Anwendungsbereich von § 1 KSchG wirft vor allem das **Differenzierungskriterium Alter** Probleme auf. Die **Wartezeit** von § 1 Abs. 1 KSchG knüpft allerdings nicht an dieses Merkmal an, da sie altersunabhängig gilt. Angesichts ihrer relativen Kürze von sechs Monaten besteht auch kein hinreichender mittelbarer Bezug zu dem Merkmal Alter, wie es bei längeren Beschäftigungszeiten möglich ist. Zudem wird sie durch das Erprobungsinteresse des Arbeitgebers gerechtfertigt (vgl. *Medem* S. 640 ff.).

Dagegen wird in der **Sozialauswahl** mit § 1 Abs. 3 S. 1 unmittelbar nach dem Alter differenziert, indem Arbeitnehmer mit steigendem Alter eine stärkere Stellung in der Sozialauswahl erwerben. Zudem steht das weitere Kriterium der Betriebszugehörigkeit in mittelbarem Zusammenhang mit dem Alter, da längere Beschäftigungszeiten ein bestimmtes Mindestalter voraussetzen. Auch die nach § 1 Abs. 3 S. 2, Abs. 4, 5 mögliche Bildung von Altersgruppen zur Sozialauswahl bewirkt Vor- und Nachteile wegen der Zugehörigkeit zu bestimmten Altersgruppen (vgl. *BAG* 6.11.2008 EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 82 zu B I 2b bb (2) (a); *Bertelsmann* ZESAR 2005, 242, 249). Regelungen zur Behandlung des Kriteriums Alter in der Sozialauswahl waren in § 10 S. 3 Nr. 6, 7 AGG enthalten. Die Vorschriften waren trotz der Einfügung von § 2 Abs. 4 AGG nicht ohne praktische Bedeutung (so aber *Annuß* BB 2006, 1629, 1633). Sie waren als dem Ziel der Europarechtskonformität dienende Konkretisierung von § 1 Abs. 3 S. 1 zu verstehen und bei dessen Auslegung für bis zum Inkrafttreten der sie aufhebenden Regelung von Art. 8 Abs. 1 Nr. 1a des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Betriebsrentengesetzes (BGBl. I S. 2742) am 12.12.2006 zugegangene Kündigungen zu berücksichtigen (s. Rdn 719). Gesetzessystematisch hätten sie allerdings im KSchG aufgenommen werden müssen (*Reichhold/Hahn/Heinrich* NZA 2005, 1270, 1275).

Durch die Streichung von § 10 S. 3 Nr. 6, 7 AGG wurde die Aufsplitterung derselben Materie auf mehrere Gesetze beseitigt. Das Kriterium des Lebensalters in § 1 Abs. 3 ist deshalb unmittelbar in dem Sinne unionsrechtskonform auszulegen, dass das Alter nicht Selbstzweck, sondern als Indiz für die Chancen auf dem Arbeitsmarkt zu verstehen ist. Damit bleibt es im Ergebnis – trotz der Streichung dieser Norm – bei der Wertung von § 10 S. 3 Nr. 6 AGG aF (vgl. *Löwisch* BB 2006, 2582). Mit diesem Verständnis verstößt die gesetzliche Vorgabe in § 1 Abs. 3 Satz 1, das Lebensalter als eines von mehreren Kriterien bei der Sozialauswahl zu berücksichtigen, weder gegen das unionsrechtliche Verbot der Altersdiskriminierung (Art. 21 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union) noch gegen dessen Ausgestaltung durch die Richtlinie 2000/78/EG (*BAG* 15.12.2011 EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 84; *Lingemann/Willemsen* Anm. zu AP § 1 KSchG 1969 Namensliste Nr. 21; *Wank* EWiR 2012, 535; jeweils ebenso zur unionsrechtskonformen Auswahl nach Altersgruppen gem. § 1 Abs. 3 Satz 2; dazu auch *BAG* 26.3.2015 EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 88). Weiter sind die Regelungen von § 1 Abs. 3–5, soweit sie hinsichtlich der **Beweislastverteilung** nicht den Richtlinienvorgaben entsprechen, richtlinienkonform auszulegen (*Annuß* BB 2006, 325, 326). Zu den Auswirkungen des Antidiskriminierungsrechts auf die Sozialauswahl s. Rdn 696 f., 719–723, 729, 732 f., 760, 776, 781.

C. Zweck des allgemeinen Kündigungsschutzes

Der die **Grundsatznorm** des allgemeinen Kündigungsschutzes bildende § 1 KSchG gewährt Arbeitnehmern unter bestimmten Voraussetzungen einen Schutz vor sozial ungerechtfertigten ordentlichen Kündigungen des Arbeitgebers. Zweck des Kündigungsschutzes ist in erster Linie die Erhaltung des Arbeitsplatzes im Fall der Sozialwidrigkeit einer Kündigung (*BAG* 23.6.2005 EzA § 9 KSchG nF Nr. 52, zu II 2a). Die rechtstechnische Ausgestaltung dieses Schutzes in Gestalt einer **nachträglichen Unwirksamkeitskontrolle** durch die Gerichte für Arbeitssachen (vgl. §§ 4 ff. KSchG) birgt allerdings die Gefahr in sich, dass der Arbeitnehmer in den Fällen einer längeren Prozessdauer nur wieder schwer in den Betrieb eingegliedert werden kann. Diese Gefahr wird dadurch gemildert, dass dem Arbeitnehmer unter den in § 102 Abs. 5 BetrVG und in den entsprechenden Bestimmungen des Personalvertretungsrechts geregelten Voraussetzungen für die Dauer des Kündigungsrechtsstreits

ein **kollektivrechtlicher Weiterbeschäftigungsanspruch** zusteht (vgl. KR-*Rinck* § 102 BetrVG Rdn 255 ff.; §§ 81-83, 85, 86, 128 BPersVG Rdn 71). Nach dem Beschluss des Großen Senats des BAG (27.2.1985 EzA § 611 BGB Beschäftigungspflicht Nr. 9) kann der Arbeitnehmer außerhalb der Regelungen der §§ 102 Abs. 5 BetrVG, 79 Abs. 2 BPersVG aF (jetzt § 85 Abs. 2 BPersVG) auch einen **arbeitsvertraglichen Weiterbeschäftigungsanspruch** unter den dort genannten Voraussetzungen während der Dauer des Kündigungsrechtsstreits geltend machen (vgl. KR-*Rinck* § 102 BetrVG Rdn 353 ff.). Gleichwohl bewirkt § 1 KSchG statistisch nur in den seltensten Fällen nach einer ausgesprochenen Kündigung Bestandsschutz (vgl. *Höland/Kahl/Zeibig* WSI-Mitteilungen 2005, 561).

- 32 Rechtspolitisch wird zunehmend eine Ersetzung des Bestandsschutzes durch reine Abfindungsregelungen gefordert, um Kündigungen kalkulierbarer zu machen und Kündigungsschutzprozesse zu vermeiden (etwa *Rühle* DB 1991, 1378; *Schiefer* NZA 2002, 770; *Bauer* NZA 2005, 1046). Derartigen Vorschlägen ist mit Skepsis zu begegnen. Einerseits dürfte eine solche Änderung weniger zu einer Reduzierung arbeitsgerichtlicher Verfahren als zu einer Konzentration auf andere Unwirksamkeitsgründe, etwa auf Diskriminierungsvorwürfe, führen. Andererseits wirkt das geltende Recht vor allem im Vorfeld von Kündigungen bestandssichernd, da es Arbeitgeber zu der Prüfung veranlasst, ob eine Kündigung sich als wirksam erweisen kann. Würde darauf verzichtet, bestünde jedenfalls für finanziell leistungsfähige Arbeitgeber keinerlei Anlass mehr, die Bestandsinteressen von Arbeitnehmern bei ihren Kündigungsentscheidungen mit zu berücksichtigen (vgl. *Bayreuther* NZA 2006, 417; *Huber* NZA 2005, 1340).
- 33 Eine **Verknüpfung** des **individuellen** mit dem **kollektiven Kündigungsschutz** des § 102 BetrVG bzw. § 85 BPersVG wird durch die Einbeziehung von Widerspruchstatbeständen in § 1 Abs. 2 KSchG erreicht (hierzu iE unter Rdn 204 ff.). Die **Widerspruchstatbestände** haben insofern eine **Doppelfunktion**, als sie einerseits Voraussetzung für einen vorläufigen Weiterbeschäftigungsanspruch sind und andererseits Kriterien der Sozialwidrigkeit aufstellen. Einen **mittelbaren Kündigungsschutz** bewirken die Vorschriften über Massenentlassungen (§§ 17 ff. KSchG), die neben arbeitsmarktpolitischen auch individualschützenden Zwecken dienen und deren Nichtbeachtung zur Unwirksamkeit von Entlassungen führen kann (s. iE KR-*Weigand/Heinkel* § 17 KSchG Rdn 17 ff., 153, 180 ff. und § 18 KSchG Rdn 41 f.).
- 34 Durch das Erfordernis der sozialen Rechtfertigung (§ 1 Abs. 2 und Abs. 3 KSchG) hat der Gesetzgeber das ordentliche Kündigungsrecht des Arbeitgebers im Interesse des **Bestandsschutzes** des **Arbeitsverhältnisses** eingeschränkt. In Abweichung zu dem früheren legislativen Grundmodell (s. Rdn 7) hat die gerichtliche Feststellung der Sozialwidrigkeit der Kündigung zur Folge, dass das Arbeitsverhältnis für die Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist fortbesteht. Eines Widerrufs der Kündigung durch den Arbeitgeber bedarf es nicht. Vergütungsrechtlich bedeutet dies, dass der Arbeitgeber im Fall eines Unterliegens im Kündigungsschutzprozess gem. § 615 BGB ggf. erhebliche Nachzahlungen an den Arbeitnehmer oder die Arbeitsverwaltung zu erbringen hat. Eine Annäherung an das seitherige legislative Grundmodell wird aber dadurch erreicht, dass beide Arbeitsvertragsparteien bei Vorliegen der in §§ 1a, 9 KSchG genannten Voraussetzungen die Auflösung des Arbeitsverhältnisses herbeiführen können. Abgesehen vom Sonderfall des § 14 Abs. 2 KSchG (vgl. KR-*Kreutzberg-Kowalczyk* § 14 KSchG Rdn 49 ff.) steht die Auflösung des Arbeitsverhältnisses indes nicht mehr im freien Belieben des Arbeitgebers.
- 35 Im Fall eines **Auflösungsurteils** (§ 9 KSchG) hat das Merkmal der **Sozialwidrigkeit** eine anspruchsbegründende Funktion. Der soziale Besitzstand des Arbeitnehmers ist damit nicht nur in seinem rechtlichen Bestand, sondern auch in vermögensrechtlicher Hinsicht geschützt (vgl. KR-*Spilger* § 9 KSchG Rdn 30 ff.).

D. Rechtsnatur des allgemeinen Kündigungsschutzes

I. Einseitig zwingende Wirkung

- 36 Der allgemeine Kündigungsschutz ist insofern zwingendes Recht, als vorherige **abweichende Vereinbarungen zum Nachteil des Arbeitnehmers unwirksam** sind (BAG 18.5.2006 EzA