

Christina Baumgartl

**Gestaltungsraum des Arbeitgebers
bei betriebsbedingten Kündigungen
im Rahmen von § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG
im Hinblick auf Minderleister
und ältere Arbeitnehmer**

Christina Baumgartl

**Gestaltungsraum des
Arbeitgebers bei
betriebsbedingten
Kündigungen im Rahmen
von § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG
im Hinblick auf Minderleister
und ältere Arbeitnehmer**

Christina Baumgartl

**Gestaltungsraum des Arbeitgebers
bei betriebsbedingten Kündigungen
im Rahmen von § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG
im Hinblick auf Minderleister und
ältere Arbeitnehmer**

Tectum Verlag

Christina Baumgartl

**Gestaltungsraum des Arbeitgebers bei betriebsbedingten
Kündigungen im Rahmen von § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG
im Hinblick auf Minderleister und ältere Arbeitnehmer**

Zugl. Diss. Universität Trier, Fachbereich V, 2013

© Tectum Verlag Marburg, 2013

ISBN 978-3-8288-5962-3

(Dieser Titel ist zugleich als gedrucktes Buch unter der
ISBN 978-3-8288-3249-7 im Tectum Verlag erschienen.)

Besuchen Sie uns im Internet

www.tectum-verlag.de

www.facebook.com/tectum.verlag

Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek

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

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2012 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Trier als Dissertation angenommen.

Mein herzlicher Dank gilt meiner Doktormutter Frau Professorin Dr. Dr. h. c. Monika Schlachter. Sie war jederzeit bereit, Teile der Arbeit kritisch zu lesen, hat mir die Möglichkeit gegeben, auftretende Fragen mit ihr zu erörtern und hat die Arbeit mit wertvollen Ratschlägen in fachlicher wie persönlicher Hinsicht unterstützt. Ihr außergewöhnliches Engagement weiß ich sehr zu schätzen.

Herrn Professor Dr. Thomas Raab danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Meinen Eltern

Inhaltsverzeichnis

AbkürzungsverzeichnisXV

A. Einleitung 1

B. Allgemeiner Teil: § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG 7

I.	Entstehungsgeschichte und Intention des Gesetzgebers	7
II.	Berufungsmöglichkeit auf § 1 Abs. 3 S. 2. KSchG	10
III.	Systematische Stellung des § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG.....	15
1.	Ausnahmecharakter des § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG.....	15
2.	Prüfungsreihenfolge.....	16
IV.	Individuelle Sachgründe	23
1.	Definitionen der Merkmale Kenntnisse, Fähigkeiten, Leistungen.....	23
a)	Abgrenzung zu Kenntnissen, Fähigkeiten und Leistungen, die bereits die Vergleichbarkeit beseitigen.....	25
b)	Kenntnisse im Sinne des § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG.....	27
c)	Fähigkeiten im Sinne des § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG.....	29
d)	Fehlen von krankheitsbedingten Fehlzeiten als „Fähigkeit“	33
e)	Leistungen im Sinne des § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG.....	37
2.	Berechtigtes betriebliches Interesse.....	39
a)	Anforderungen an das betriebliche Interesse	39
b)	Abwägungslehre	45
3.	Grenzen bei der Bestimmung der Anzahl der Leistungsträger	55
V.	Sicherung der Personalstruktur	59

1. Struktursicherung durch Gruppenbildung	59
a) Prinzip und Wirkungsweise der Bildung von Gruppen zur Strukturerhaltung.....	60
b) Begriff der Personalstruktur.....	62
c) Kriterium der Leistungsfähigkeit als Merkmal der Personalstruktur	66
d) Alter als Merkmal der Personalstruktur	71
e) Besonderheiten und rechtliche Vorgaben bei der Einteilung von Altersgruppen	73
f) Verzerrungen durch die Altersgruppenbildung.....	80
2. Bestehen einer ausgewogenen Struktur als Voraussetzung	83
3. Herstellung einer ausgewogenen Personalstruktur	88
4. Massenentlassung als Voraussetzung für die Möglichkeit der Struktursicherung	92
5. Anforderungen an das berechnete betriebliche Interesse im Rahmen der strukturellen Sachgründe	95
6. Bezugspunkt bei der Bestimmung der Strukturveränderung	98
7. Abwägungserfordernis im Rahmen des berechtigten betrieblichen Interesses bezüglich des strukturellen Sachgrundes	101
8. Herausnahme Einzelner zur Struktursicherung	102

C. Minderleister..... 105

I. Was sind Minderleister und was bewirken sie in einem Unternehmen?.....	105
1. Erscheinungsformen der Minderleistung.....	105
a) Quantitative Schlechtleistung.....	107
b) Qualitative Schlechtleistung	108
2. Gründe für Minderleistung	109
a) Leistungsmängel.....	109

b) Eignungsmängel	109
3. Definition der Minderleistung	109
a) Objektiver Leistungsbegriff	111
b) Subjektiver Leistungsbegriff	117
c) Konsequenzen in der Praxis	121
4. Folgen für den Betrieb durch die Beschäftigung von Minderleistern	122
II. Darstellung der schwierigen personen- oder verhaltensbedingten Kündigungsmöglichkeiten aufgrund schlechter Leistung	123
1. Abgrenzung verhaltens- und personenbedingter Kündigungen	124
2. Verhaltensbedingte Kündigung	127
a) Verstoß gegen arbeitsvertragliche Pflichten.....	127
b) Verhältnismäßigkeit	131
(1) Abmahnung	131
(2) Interessenabwägung	134
(3) Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz.....	135
c) Fazit.....	135
3. Personenbedingte Kündigung	136
a) Negative Zukunftsprognose.....	136
b) Verhältnismäßigkeit	142
(1) Interne Versetzung auf einen anderen Arbeitsplatz	142
(2) Interessenabwägung	144
(3) Abmahnung	145
c) Fazit.....	146
III. Wie hilft § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG bei dem Vorhaben, einem Minderleister betriebsbedingt zu kündigen?	147
IV. Trennung von Minderleistern über die Herausnahme von Leistungsträgern	149

1. Fehlende Negativeigenschaften als positive Eigenschaften, die zur Herausnahme aus der Sozialauswahl berechtigen	149
2. Gezielte Schulung von Mitarbeitern, um sie zu Leistungsträgern zu machen.....	154
V. Trennung von Minderleistern über die Sicherung der Personalstruktur	157
1. Gruppenbildung	157
2. Gruppenbildung nach krankheitsbedingten Fehlzeiten... ..	160
VI. Kombination der Herausnahme von Leistungsträgern und Gruppenbildung zur Struktursicherung	162
VII. Betriebsbedingte Kündigung wegen Minderleistung aufgrund fehlender Weiterbildung	167
1. Lernpflicht des Arbeitnehmers	167
2. Kündigung wegen Nichterfüllung der Lernpflicht	169
VIII. Fazit.....	174

D. Altersgruppen 177

I. Einleitung	177
II. Gemeinschaftsrechtskonformität – Vereinbarkeit mit der Richtlinie 2000/78/EG	180
1. Einleitung.....	180
2. Die Richtlinie 2000/78/EG	182
a) Zielsetzung der Richtlinie 2000/78/EG	182
b) Besonderheit des Merkmals „Alter“	183
c) Geltungsbereich der Richtlinie	184
3. Vereinbarkeit der Bildung von Altersgruppen mit den Regelungen der Richtlinie 2000/78/EG.....	185
III. Überprüfung der Bildung von Altersgruppen an den Vorschriften des AGG	193
1. Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz – Ziele und Inhalte.....	193

2. Überprüfbarkeit der Bildung von Altersgruppen am Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, Problem der Bereichsausnahme des § 2 Abs. 4 AGG.....	195
3. Benachteiligung nach § 7 AGG	202
a) Benachteiligungen im Sinne des AGG	202
b) Besonderheiten bei mittelbaren Diskriminierungen wegen des Alters.....	206
c) Liegt in der Durchführung der Sozialauswahl unter Bildung von Altersgruppen eine Benachteiligung im Sinne des AGG?.....	207
4. Rechtfertigung.....	216
a) § 10 AGG.....	217
(1) Objektiv und angemessen.....	218
(2) Legitimes Ziel.....	218
• Störungen des kontinuierlichen Alterungs- und Austauschprozesses und der betrieblichen Organisation	224
• Fehlende Aufstiegschancen	226
• Feste Gruppenstrukturen.....	227
• Umgang mit neuen Technologien.....	227
• Aktueller Ausbildungsstand jüngerer Arbeitnehmer	229
• Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs	229
• Geringere Flexibilität älterer Arbeitnehmer bezüglich ihrer Einsetzbarkeit.....	230
• Geringere Leistungsfähigkeit älterer Arbeitnehmer	232
• Höhere Krankheitsanfälligkeit Älterer.....	238
• Geringere Belastbarkeit Älterer.....	240
• Image eines Unternehmens	241
• Höhere Lebens- und Berufserfahrung Älterer	242

- Jüngere in der Phase des
Familienaufbaus betroffen 245
- Chancen auf dem Arbeitsmarkt..... 246
- Fazit 249
- (3) Verhältnismäßigkeit 250
- (4) Darlegungs- und Beweislast..... 254
- b) § 8 AGG..... 259
- c) § 5 AGG 263

E. Fazit269

Literaturverzeichnis 281

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
a.F.	alte Fassung
Abs.	Absatz
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
AnwK	Anwaltkommentar
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ArbG	Arbeitsgericht
Arb-Hdb.	Arbeitsrecht-Handbuch
ArbR	Arbeitsrecht
ArbRB	Der Arbeits-Rechts-Berater
Art.	Artikel
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs-Berater
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht
BBesG	Bundesbesoldungsgesetz
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
ca.	circa
DB	Der Betrieb
Diss.	Dissertation
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft

EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
FA	Fachanwalt Arbeitsrecht
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
ff.	folgende (Seiten)
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz
GS	Gedenkschrift
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
HK	Handkommentar
Hrsg.	Herausgeber
InsO	Insolvenzordnung
jurisPR-ArbR	juris PraxisReport Arbeitsrecht
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KPK	Kölner Praxiskommentar
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KSchR	Kündigungsschutzrecht
LAG	Landesarbeitsgericht
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
Mrd.	Milliarden
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NWB	Neue Wirtschaftsbriefe
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	NZA-Rechtssprechungsreport
RdA	Recht der Arbeit
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rz.	Randziffer
S.	Seite bzw. Satz
sog.	sogenannt

u.a.	und andere
vgl.	vergleiche
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
ZTR	Zeitschrift für Tarifrecht
zugl.	zugleich

A. Einleitung

In wirtschaftlich schwierigen Zeiten sehen sich Arbeitgeber oft gezwungen, aufgrund der schlechten Auftragslage und ansteigender Lohn- und Lohnnebenkosten den wirtschaftlichen Einbußen mit betriebsbedingten Entlassungen zu begegnen.

Nachvollziehbarerweise liegt es im Interesse jedes Arbeitgebers, diejenigen zu entlassen, die ihm ohnehin ein Dorn im Auge sind, statt sich von denjenigen trennen zu müssen, die der Arbeitgeber als die Pfeiler seiner Belegschaft sieht. Die Trennung von Arbeitnehmern, die aufgrund ihres Alters einen besonderen Schutz durch das Kündigungsschutzgesetz (KSchG) erfahren, ist hier besonders problematisch.

Grundsätzlich bietet die betriebsbedingte Kündigung gemäß § 1 Abs. 2, S. 1 3. Alt KSchG hier das „beste Spielfeld“ für den Arbeitgeber. Das Gesetz sieht in § 1 Abs. 2, S. 1 3. Alt KSchG vor, dass eine betriebsbedingte Kündigung sozial gerechtfertigt ist, wenn dringende betriebliche Erfordernisse einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Bereich entgegenstehen. Basierend auf dieser gesetzlichen Grundlage kann der Arbeitgeber eine freie Unternehmerentscheidung treffen, in der er bestimmen kann, den Personalbestand des Betriebes oder Unternehmens zu verringern. Denn für den für eine betriebsbedingte Kündigung notwendigen Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit sind nur Umstände maßgebend, die vom Willen des Unternehmers getragen sind.

Zwar reicht nicht der reine Entschluss des Unternehmers aus, Arbeitnehmer zu entlassen, um von einem Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit zu sprechen. Die arbeitgeberseitige Kündigung selbst ist kein Teil der freien Unternehmerentscheidung. Vielmehr macht die Formulierung des Gesetzes, eine Kündigung sei sozial ungerechtfertigt, wenn sie nicht durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung entgegenstünden, *bedingt* sei, deutlich, dass die Kündigung nur Folge anderer recht-

lich relevanter Tatsachen sein kann.¹ Aus der Formulierung ergibt sich, dass der Kündigungsentschluss stets der Entscheidung des Unternehmers nachgeordnet ist², die Unternehmerentscheidung bezieht sich nicht auf die Kündigung als solche, sondern zielgerichtet auf Belange des Betriebes. Der Unternehmer ist frei, die der Geschäftsführung des betreffenden Betriebes zugrunde liegende Unternehmenspolitik zu bestimmen.³ Die Relevanz für den Arbeitnehmer entsteht erst durch die Umsetzung dieser betrieblichen Entscheidung⁴, welche gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar ist.

Der Unternehmer, der das wirtschaftliche Risiko des Betriebes trägt, kann unternehmenspolitische Entscheidungen frei treffen. In Anerkennung dieser Freiheit der Unternehmerentscheidung wird von den Arbeitsgerichten nicht überprüft, ob der Entschluss des Unternehmers, der betrieblich umgesetzt wurde, wirtschaftlich und organisatorisch sinnvoll, notwendig, vernünftig, rentabel oder langfristig zweckmäßig war oder ob man auf sinnvollere Weise hätte agieren können.⁵ Es wird auch nicht überprüft, ob die durch die Kündigung zu erwartenden Vorteile in einem vernünftigen Verhältnis zu den Nachteilen stehen, die sich für den betreffenden Arbeitnehmer ergeben.⁶ Die Unternehmerentscheidung wird lediglich dahingehend überprüft, ob sie offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich war.⁷ Eine weitergehende Überprüfungsmöglichkeit würde die wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit des Unternehmers unverhältnismäßig einschränken.

1 Oetker, in: Erfurter Kommentar, § 1 KSchG Rn. 214.

2 Oetker, in: Erfurter Kommentar, § 1 KSchG Rn. 214.

3 LAG Düsseldorf 04.03.1998, 12 (17) Sa 2125/97, BeckRS 2007, 47556.

4 Quecke, NZA 1999, S. 1247 (1248).

5 Kiel, in: Ascheid/Preis/Schmidt (Hrsg.), Kündigungsrecht, § 1 KSchG Rn. 463.

6 Oetker, in: Erfurter Kommentar, § 1 KSchG Rn. 239.

7 Gallner, in: Fiebig/Gallner/Nägele (Hrsg.), KSchR, § 1 Teil F Rn. 631; BAG 30.04.1987, 2 AZR 184/86, NZA 1987, S. 776 (777).

Im Gegensatz dazu ist jedoch die Durchführung dieser Entscheidung nicht mehr frei, sie unterliegt eingehender gerichtlicher Kontrolle.⁸ Die Rechtskontrolle dieser Umsetzung der Unternehmerentscheidung umfasst die Überprüfung im Hinblick auf die Einhaltung der Gesetze, der Tarifverträge sowie die Einhaltung der Grenzen der Sozialauswahl.

Ein Arbeitgeber hat im Rahmen betriebsbedingter Kündigungen einen weiten Spielraum, innerhalb dessen er betriebliche Umstände schaffen kann, aus denen Kündigungen resultieren. Einen derart weiten Spielraum gibt es für den Arbeitgeber bei keiner anderen Kündigungsmöglichkeit.

Dieser Spielraum des Arbeitgebers wird eingeschränkt durch die Vorgaben bezüglich der sozialen Auswahl in § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG.

Diese Vorschrift greift in dem Moment, in dem sich aus der Umsetzung der freien unternehmerischen Entscheidung ergeben hat, dass Arbeitnehmer gekündigt werden. Nun regelt § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG, welchen Arbeitnehmer es treffen wird. Sinn und Zweck dieser Regelung ist, dass von mehreren vergleichbaren Arbeitnehmern derjenige von einer Kündigung betroffen wird, der auf Grund seiner Sozialdaten am wenigsten auf seinen Arbeitsplatz angewiesen ist.⁹ Daher macht das Gesetz in § 1 Abs. 3, 4 und 5 KSchG genaue Vorgaben, wie eine Sozialauswahl zu erfolgen hat. § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG nennt als Kriterien, anhand derer der sozial stärkste Arbeitnehmer ermittelt werden soll, das Alter, die Betriebszugehörigkeit, Unterhaltungspflichten und etwaige Schwerbehinderung. Mithilfe dieser Kriterien werden dem Arbeitgeber genaue Vorgaben gemacht, wem er kündigen kann.

Zunächst muss der Arbeitgeber ermitteln, welche Arbeitnehmer innerhalb des Betriebes vergleichbar sind.¹⁰ Hintergrund ist, dass

8 *Kiel*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt* (Hrsg.), *Kündigungsrecht*, § 1 KSchG Rn. 462.

9 *Oetker*, in: *Erfurter Kommentar*, § 1 KSchG Rn. 300.

10 *v. Hoyningen-Huene/Linck*, *KSchG*, § 1 Rn. 887.

nicht derjenige Mitarbeiter gekündigt werden soll, der zufällig genau den Arbeitsplatz innehat, der wegfällt durch die Umsetzung der unternehmerischen Entscheidung. Vielmehr sind auch diejenigen Arbeitnehmer einzubeziehen, die solch ähnliche Tätigkeiten verrichten, dass der Arbeitgeber sie auch mittels seines Direktionsrechtes auf den jeweils anderen Arbeitsplatz versetzen könnte. Die Sozialauswahl innerhalb der Gruppe der vergleichbaren Arbeitnehmer korrigiert mithin die zufällige Betroffenheit oder Nichtbetroffenheit, auf die der einzelne Arbeitnehmer keinen Einfluss hat.¹¹ Die Vergleichbarkeit muss horizontal gegeben sein, es müssen also die vergleichbaren Arbeitnehmer derselben Betriebshierarchie angehören, soweit der Arbeitsvertrag nicht ausdrücklich etwas anderes vorgibt. Es gibt gerade keine Vergleichbarkeit nach unten, der Arbeitgeber kann also nicht zwei aus unterschiedlichen Betriebshierarchien stammende Arbeitnehmer deshalb als vergleichbar ansehen, weil der der höheren Hierarchie angehörende auch die Tätigkeiten des anderen Arbeitnehmers leisten könnte. Die Festlegung der vergleichbaren Personen unterliegt grundsätzlich der vollen Rechtskontrolle durch die Gerichte.¹²

Die Sozialauswahl erfolgt dann innerhalb des Kreises der vergleichbaren Arbeitnehmer anhand der Kriterien aus § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG. Die Aufzählung der Kriterien ist abschließend. Keines der Kriterien Alter, Betriebszugehörigkeit, Unterhaltungspflichten und Schwerbehinderung hat Vorrang vor den anderen.¹³ Da das Gesetz lediglich vorschreibt, dass der Arbeitgeber die Kriterien ausreichend zu berücksichtigen hat, verbleibt dem Arbeitgeber ein gewisser Wertungsspielraum.¹⁴ Die von ihm getroffene Entscheidung muss vertretbar sein.

11 LAG Düsseldorf 04.03.1998, 12 (17) Sa 2125/97, BeckRS 2007, 47556.

12 *Quecke*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), *Arbeitsrecht*, § 1 KSchG Rn. 352.

13 *Griebeling*, in: KR, § 1 KSchG Rn. 678f.

14 *Gallner*, in: Fiebig/Gallner/Nägele (Hrsg.), *KSchR*, § 1 Teil F Rn. 783.

Hier wird deutlich, dass der Arbeitgeber in seiner Entscheidung, wen er entlassen will, durch die gesetzlichen Vorgaben stark eingeschränkt ist. Bei Massenentlassungen hat die Beachtung des Grundsatzes der sozialen Auswahl zur Folge, dass nahezu ausschließlich die Jüngeren eines Betriebes gekündigt werden und sich damit das Durchschnittsalter in Betrieben erhöht. Das Alter trifft typischerweise mit einer längeren Betriebszugehörigkeit zusammen, damit begünstigt die Durchführung der Sozialauswahl anhand der gesetzlichen Kriterien das Alter quasi doppelt.¹⁵ Dieser Auswirkung des § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG kann sich der Arbeitgeber nicht entziehen, die Regelung ist für ihn zwingend¹⁶.

Diese starke Beschränkung der Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers wird wiederum relativiert durch die Vorgaben des § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG. Hier regelt das Gesetz, dass in die soziale Auswahl nach Satz 1 die Arbeitnehmer nicht einzubeziehen sind, deren Weiterbeschäftigung insbesondere wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen oder zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebes im berechtigten betrieblichen Interesse liegt. Mit Hilfe dieser Vorschrift kann der Arbeitgeber das Ergebnis der Sozialauswahl korrigieren, denn die Wertungen des Gesetzes aus § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG werden durch Satz 2 durchbrochen: Es wird nicht demjenigen gekündigt, der aufgrund seines Alters, seiner Betriebszugehörigkeit, seiner etwaigen Schwerbehinderung und seiner Unterhaltungspflichten einen Arbeitsplatzwechsel oder gar eine Arbeitslosigkeit am leichtesten verkraften kann. Statt dessen wird der Arbeitgeber befugt, dieses Prinzip zu Gunsten Einzelner zu durchbrechen, die so wichtig für den Betrieb sind, dass sie ungeachtet ihrer fehlenden sozialen Schutzbedürftigkeit im Betrieb verbleiben und aus dem Kreis der zu Kündigenden ausgenommen werden dürfen. Zudem wird der Arbeitgeber berechtigt, so zu kündigen, dass die Struktur sei-

15 *Wolff*, FA 2006, S. 260 (262); *Kopke*, NJW 2006, S. 1040 (1041); *Schleusener/Suckow/Voigt*, AGG, § 10 Rn. 65.

16 *Griebeling*, in: KR, § 1 KSchG Rn. 659.

ner Belegschaft, sei es die alters- oder leistungsmäßige, bestehen bleibt wie zuvor.

Gegenstand dieser Dissertation ist die Frage, welche Gestaltungsspielräume sich dem Arbeitgeber bieten im Rahmen der Vorschrift des § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG, auf die Sozialauswahl Einfluss zu nehmen. Hierbei sollen die geltenden Spielräume nicht erweitert werden; vielmehr werden die bestehenden Grenzen und die sich innerhalb dieser Grenzen durch geschickte Kombination bietenden Möglichkeiten aufgezeigt.

Der zweite Teil der Arbeit widmet sich der konkreten Ausfüllung der Spielräume des § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG in besonders problematischen Fällen: Zunächst wird untersucht, inwieweit der Arbeitgeber die Möglichkeit hat, sich zielgerichtet von Minderleistern zu trennen, indem er im Rahmen des § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG steuernd auf den Auswahlprozess der zu Kündigenden einwirkt. Der weitere Teil der Dissertation widmet sich der Frage, ob die Bildung von Altersgruppen zur Sicherung der Altersstruktur als Unterfall der Personalstruktur auch unter Geltung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) zulässig ist und dem Arbeitgeber damit im Rahmen des § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG eine Handhabe zur Verfügung steht, eine gemischte Altersstruktur in seinem Betrieb zu erhalten.

B. Allgemeiner Teil: § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG

I. Entstehungsgeschichte und Intention des Gesetzgebers

§ 1 Abs. 3 S. 2 KSchG trat in seiner heutigen Fassung am 01.01.2004 in Kraft. Der Paragraph wurde durch das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt vom Dezember 2003 modifiziert.

Hintergrund der Änderungen war die Arbeitsmarktsituation zur damaligen Zeit: Es gab 4,3 Millionen Arbeitslose.¹⁷ Es wurde eine Änderung des Arbeitsrechtes angestrebt, deren Ziel es war, durch Abbau von arbeitsrechtlichen Regulierungen mehr Arbeitsplätze zu schaffen. Die Wirtschaftskräfte sollten gestärkt werden und durch die Reform sollte eine raschere Umsetzung der Wachstumsimpulse zu neuen Beschäftigungsverhältnissen gefördert werden.¹⁸ Als probate Mittel zur Schaffung neuer Arbeitsplätze wurden die Senkung der Lohnnebenkosten und der Abbau von Beschäftigungshemmnissen im Arbeits- und Sozialrecht angesehen.¹⁹ Im Arbeitsrecht sollte mehr Transparenz geschaffen werden und insbesondere im Kündigungsschutzrecht mehr Rechtssicherheit, um Einstellungen gerade auch in kleineren Unternehmen, für die das Kündigungsschutzrecht mit vielen nicht überschaubaren Risiken verbunden war, zu fördern.²⁰

Im Zuge der Gesetzesänderung zum 01.01.2004 wurde § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG dahingehend modifiziert, dass die Kriterien der Sozialauswahl auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter, etwaige Schwerbehinderung und die Unterhaltspflichten der Arbeitnehmer beschränkt wurden. In der vorherigen Gesetzesfassung war umstritten, welche sonstigen Gesichtspunkte neben den obigen im Rahmen der Sozialauswahl noch zu be-

17 BT-Drucks. 15/1587, S. 2; BT-Drucks. 15/1204, S. 1.

18 BT-Drucks. 15/1204, S. 1.

19 So auch der Gesetzesentwurf BT-Drucks. 13/4612 zur gleichlautenden Version des KSchG 1996 des § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG, S. 1.

20 So auch *Henssler, M.* in BT-Drucks. 15/1587, S. 23.

rücksichtigen waren, so dass durch die Reform eine Quelle von Rechtsunsicherheit beseitigt wurde.²¹

Die Gesetzesversion des § 1 KSchG, welche bis zum 31.12.2003 galt, bestand aus einer Vielzahl von unbestimmten Rechtsbegriffen und Merkmalen, an denen Wertungen und Abwägungen vorgenommen werden mussten. Ein derart formuliertes Gesetz überträgt wesentliche Entscheidungen auf die Richter, die dann die durch den Gesetzgeber geschaffenen Spielräume schließen. Hintergrund und Zweck einer solchen weiten gesetzlichen Regelung, die Spielräume für die Rechtsprechung bietet, ist, dass auf diesem Weg eine höhere Einzelfallgerechtigkeit erreicht werden kann, da die Gerichte die Möglichkeit haben, in hohem Maß auf den konkreten Einzelfall Rücksicht zu nehmen. Gleichzeitig geht mit einer solchen gesetzlichen Norm, aufgrund der divergierenden arbeitsgerichtlichen Entscheidungen je nach Einzelfall, eine geschmälerte Vorhersehbarkeit von Ergebnissen von Kündigungsschutzprozessen einher. Im Rahmen des § 1 Abs. 3 S. 1 KSchG wurde durch die Reform die Vorhersehbarkeit von Entscheidungen erhöht, was zu Lasten der Einzelfallgerechtigkeit erfolgte.

Zweck der Neuregelung des § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG ist es nach der Entwurfsbegründung, im Interesse der Erhaltung der Leistungsfähigkeit des Betriebes die betrieblichen Erfordernisse gegenüber sozialen Gesichtspunkten stärker zu betonen.²² Nach der Vorgängerregelung bis 2004 mussten berechnete betriebliche Bedürfnisse die Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer bestimmter Arbeitnehmer *bedingen* und damit einer Sozialauswahl *entgegenstehen*. Ab 01.01.2004 änderte sich das Gesetz dahingehend, dass die Weiterbeschäftigung lediglich im berechtigten betrieblichen *Interesse* liegen muss. Zudem wird in der reformierten Gesetzesfassung ausdrücklich die Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur

21 BT-Drucks. 15/1204, S. 15; *Thüsing/Wege*, RdA 2005, S. 12 (13).

22 BT-Drucks. 15/1204, S. 15; so auch der Gesetzesentwurf BT-Drucks. 13/4612 zur gleichlautenden Version des KSchG 1996 des § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG, S. 8; *Quecke*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht, § 1 KSchG Rn. 391.

als berechtigtes betriebliches Interesse genannt.²³ Dies meint, dem Arbeitgeber wird die Möglichkeit gegeben, von der Auswahl nach den Sozialkriterien abzusehen, um die Personalstruktur so, wie sie aufgebaut ist, zu erhalten.²⁴

Mit der Möglichkeit in § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG, einige Mitarbeiter vor Kündigungen schützen zu können, sollte der Erkenntnis Rechnung getragen werden, dass ein hohes Maß an Sozialschutz in einigen Fällen im Gegensatz zu betrieblicher Effizienz stehen kann, was bei der sehr schematischen Anwendung der Gesetzesversion bis Ende 2003 nachteilige Folgen haben konnte. Die Reform erlaubt es, Einzelfallbetrachtungen auch auf der Seite der betrieblichen Interessen durchzuführen und gibt durch die neue Formulierung die Möglichkeit, in Einzelfällen betrieblichen Interessen ein größeres Gewicht beizumessen als den sozialen Interessen der dadurch beeinträchtigten Arbeitnehmer, wie beispielsweise durch die erleichterte Möglichkeit der Ausnahme von Leistungsträgern aus der Sozialauswahl. Im Rahmen des § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG wurde damit zu Lasten der Vorhersehbarkeit von Entscheidungen die Möglichkeit der Einzelfallgerechtigkeit gestärkt.

Es sollte eine für Arbeitgeber praktikable Möglichkeit geschaffen werden, in wirtschaftlich schwierigen Zeiten Leistungsträger im Betrieb behalten zu dürfen.²⁵ Durch die Veränderung der Gesetzesformulierung wurde ausdrücklich klargestellt, dass betriebsbedingte Kündigungen nicht zur Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit führen müssen.²⁶

23 *Thüsing/Wege*, RdA 2005, S. 12 (12).

24 BT-Drucks. 15/1204, S. 11.

25 *Bader*, NZA 2004, S. 65 (66).

26 So auch die Gesetzesentwurfsbegründung: BT-Drucks. 15/1204, S. 11.

II. Berufungsmöglichkeit auf § 1 Abs. 3 S. 2. KSchG

Im Rahmen des § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG kann sich der Arbeitnehmer nicht von sich aus darauf berufen, Leistungsträger zu sein und daher für sich beanspruchen, aus der Sozialauswahl ausgenommen zu werden. Das Gesetz formuliert, es seien diejenigen Arbeitnehmer nicht einzubeziehen, deren Weiterbeschäftigung im berechtigten betrieblichen Interesse liegt. Entscheidender Gesichtspunkt für die Herausnahme aus der Sozialauswahl ist folglich das Vorliegen entgegenstehender betrieblicher Interessen. Ob betriebliche Interessen dadurch tangiert werden, dass bestimmte Arbeitnehmer unter die Sozialauswahl fallen und damit in den Kreis potentiell Gekündigter geraten, ist in erster Linie eine Entscheidung des Arbeitgebers.²⁷ Die Beurteilung, ob betriebliche Interessen tangiert sind, hängt vom Zweck und den Mitteln ab, mit welchen der Arbeitgeber den wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens zu erreichen gedenkt und daher kann er die Entscheidung und Beurteilung nur selbst vornehmen. Diese Entscheidung des Arbeitgebers kann auch nicht auf ihre Richtigkeit überprüft werden, es kann lediglich überprüft werden, ob sie tatsächlich erfordert, dass der bestimmte Arbeitnehmer weiterbeschäftigt wird²⁸. Die unternehmerische Entscheidung wird dadurch begrenzt, dass das betriebliche Interesse *berechtigt* sein muss. Was hierunter zu verstehen ist, ist stark umstritten und wird im weiteren Verlauf erläutert.

Festgehalten werden kann, dass zunächst allein der Arbeitgeber in der Position ist festzustellen und zu entscheiden, ob ein betriebliches Interesse durch den möglichen Weggang eines Arbeitnehmers tangiert ist. Daraus folgt, dass allein der Arbeitgeber von der Möglichkeit der Ausnahme von der Sozialauswahl des § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG Gebrauch machen kann, nicht jedoch ein einzelner Arbeitnehmer einen Anspruch auf die Einordnung als

27 Preis, NZA 1997, S. 1073 (1087); Thüsing/Wege, RdA 2005, S. 12 (13); Wlotzke, BB 1997, S. 414 (418).

28 Wlotzke, BB 1997, S. 414 (419); Thüsing/Wege, RdA 2005, S. 12 (Fußnote 14).

Leistungsträger hat.²⁹ Die entgegenstehende Auffassung, welche auch eine Berufungsmöglichkeit eines Arbeitnehmers auf § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG vorsieht, die von *Kittner*³⁰ und *Buschmann*³¹ vertreten wird, die den Wortlaut des § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG anführen, ist nicht überzeugend. Sie führen an, aus der Formulierung „sind nicht einzubeziehen“ sei ersichtlich, dass die Ausnahmen aus der Sozialauswahl für den Arbeitgeber nicht optional seien, sondern absolut und zwingend.³² Diese Interpretation des Wortlautes scheidet jedoch an der Tatsache, dass eben nicht objektiv bestimmt werden kann, wessen Weiterbeschäftigung im dringenden betrieblichen Interesse liegt. Genau dieses dringende betriebliche Interesse kann nur der Arbeitgeber bewerten, der die Unternehmenspolitik und Unternehmensplanung festlegt. Damit kann es dem Arbeitgeber gerade nicht zwingend vorgeschrieben sein, jemanden aus der Sozialauswahl auszunehmen, da ihm die Entscheidung der Personalpolitik obliegt und die Bewertung der betrieblichen Interessen von dieser autonomen unternehmerischen Konzeption abhängt. Niemand außer dem Arbeitgeber kann daher beurteilen, ob betriebliche Interessen tangiert werden. Daher kann ein Arbeitnehmer nicht vortragen, er habe als Leistungsträger anerkannt und ausgenommen werden müssen, denn dies würde eine objektive Möglichkeit der Bewertung der betrieblichen Interessen voraussetzen, welche es nicht gibt. Daher greift auch das zweite Argument von *Kittner*³³ und *Buschmann*³⁴ nicht, die die Notwendigkeit der Objektivierung der unternehmerischen Entscheidung anführen. Die Bewertung der betrieblichen Interessen durch den Arbeitgeber ist nicht objektiv

29 *Kiel*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt* (Hrsg.), *Kündigungsrecht*, § 1 KSchG Rn. 749; *Wlotzke*, BB 1997, S. 414 (418); *Berkowsky*, *Betriebsbedingte Kündigung*, S. 236 Rn. 311.

30 *Kittner*, AuR 1997, S. 182 (188).

31 *Buschmann*, AuR 2004, S. 1 (2); *Buschmann*, AuR 1996, S. 285 (288).

32 *Buschmann*, AuR 1996, S. 285 (288).

33 *Kittner*, AuR 1997, S. 182 (188).

34 *Buschmann*, AuR 1996, S. 285 (288); *Buschmann*, AuR 2004, S. 1 (2).