

AGB-Kontrolle in Arbeitsverträgen

Ausgangspunkt: Außer § 305 II, III BGB gelten die §§ 305 ff. BGB auch für Arbeitsverträge (vgl. § 310 IV 2 BGB); dies sogar für „Altverträge“ aus der Zeit vor 2002 (vgl. Art. 229 § 5 EGBGB).

Prüfungssystematik:

I. Vorliegen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen i.S.d. § 305 I BGB:

1. Prüfung des Grundtatbestandes von § 305 I 1, 2 BGB:

- Für eine Vielzahl von Verträgen („mindestens drei“) vorformuliert
- und vom Verwender „gestellt“.
- Vorformulierung durch Dritte reicht.
- Beweislast insoweit eigentlich grds. beim Arbeitnehmer, wegen § 310 III BGB (s.u.) aber i.d.R. unerheblich.

2. Wenn § 305 I 1, 2 BGB unklar oder nicht gegeben ist: Ausweitung des Anwendungsbereichs gemäß § 310 III BGB:

a. BAG bejaht generelle Verbrauchereigenschaft des Arbeitnehmers i.S.d. § 13 BGB („absoluter Verbraucherbegriff“).¹

b. Folgen für die Einbeziehungsvoraussetzungen:

- Die Voraussetzung des „Stellens“ der AGB wird gemäß § 310 III Nr. 1 BGB grds. *fingiert*.
- Die *meisten* Vorschriften der §§ 305 ff BGB sind gemäß § 310 III Nr. 2 BGB auch anwendbar, wenn der Ersteller die Klauseln nur einmal verwenden wollte *und* soweit der Verbraucher auf den Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte.

⇒ Frage der *realistischen* Möglichkeit der Einflussnahme durch den Arbeitnehmer als zentrale Frage. ⇒ „ernsthaft zur Disposition gestellt und dem Arbeitnehmer Gestaltungsfreiheit eingeräumt“!

⇒ Beweislast des *Arbeitnehmers*, allerdings wird bei vorformulierten Bedingungen meist zumindest der Anscheinsbeweis gelingen.

Das BAG spricht von einer *konkreten* Einlassungspflicht des Arbeitgebers auf Vortrag des Arbeitnehmers hin („abgestufte Darlegungslast“), andernfalls droht § 138 III ZPO.

¹ Gefestigte Rechtsprechung (BAG, Life & Law 2006, 20 ff.).



3. **Kein „Aushandeln“ im Einzelnen** gemäß § 305 I 3 BGB („Individualvereinbarung“):

Hohe Anforderungen, weitgehend identisch mit denen der Einflussnahmemöglichkeit des § 310 III Nr. 2 BGB (s.o.). „Aushandeln“ fordert viel mehr als „Verhandeln“.

Nötig ist, dass der Verwender die betreffende Klausel inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und dem Verhandlungspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumt mit der *realen Möglichkeit*, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen. Das setzt voraus, dass sich der Verwender deutlich und ernsthaft zu gewünschten Änderungen der zu treffenden Vereinbarung *bereit erklärt*.

Die Beweislast liegt insoweit beim Arbeitgeber als Verwender.

II. **Wirksame Einbeziehung** in den Arbeitsvertrag:

§ 2 NachwG als *lex specialis* zu § 305 II, III BGB (§ 310 IV 2 2. Hs. BGB).

Im Arbeitsrecht meist ein unproblematischer Prüfungspunkt. Ausnahme: Ausschluss überraschender Klauseln gemäß § 305c I BGB (Überrumpelungs- oder Übertölpelungseffekt).

Der Überraschungseffekt kann sich alleine aus der Unterbringung an einer untypischen („versteckten“) Stelle oder einer irreführenden Überschrift ergeben.

⇒ Ganz wichtig bei der Vertragsgestaltung: verständliche Gliederung des Vertrags vornehmen, „wegweisende“ Überschriften anbringen!

III. **Anwendbarkeit der Inhaltskontrolle gemäß §§ 307 ff BGB:**

1. **Kontrollsperrung wg. unmittelbarer Anwendung von § 307 III 1 BGB:**

Überprüfung gemäß § 307 III BGB nur bei Abweichung oder Ergänzung von Rechtsnormen. ⇒ Auswirkungen:

- a. Keine Überprüfung sog. **„deklaratorischer Klauseln“**, die nur das Gesetz wiedergeben (wäre wg. § 306 I BGB sinnlos!).
- b. Keine Überprüfung von **sog. Leistungsbeschreibungen**: Abreden, die *ihrer Art nach* nicht der Regelung durch Gesetz oder andere Rechtsvorschriften unterliegen, sondern von den Vertragsparteien festgelegt werden müssen.
 - Abreden über den unmittelbaren Gegenstand der Hauptleistung (sog. Leistungsbeschreibung) und des dafür zu zahlenden Entgelts sowie



- Klauseln, die das Entgelt für eine *zusätzlich* angebotene *Sonderleistung* festlegen, wenn hierfür keine rechtlichen Regelungen bestehen.
- Klauseln, die das Hauptleistungsversprechen einschränken, verändern, ausgestalten oder modifizieren, sind dagegen inhaltlich zu kontrollieren.

Prüfungsmaßstab: Unüberprüfbare Leistungsbeschreibungen sind solche, ohne deren Vorliegen mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhalts ein wirksamer Vertrag nicht angenommen werden kann.

2. **Kontrollsperrre gemäß § 310 IV 3 i.V.m. § 307 III 1 BGB** aber evtl. auch bei Einbeziehung tarifvertraglicher Abreden (vgl. dazu die Folien)

IV. **Durchführung der Inhaltskontrolle gemäß §§ 307 ff BGB:**

1. **Prüfungsreihenfolge** wie üblich:

- Prüfung von § 309 BGB (wenn Anlass): Klauselverbote *ohne* Wertungsmöglichkeit.
- Prüfung von § 308 BGB (wenn Anlass): Klauselverbote *mit* Wertungsmöglichkeit.
- Prüfung der Generalklausel des § 307 BGB.

2. Wichtige Besonderheit dabei: Berücksichtigung der **im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten i.S.d. § 310 IV 2 1. Hs. BGB**. ⇒ Reichweite dieser Modifikation?

- a. Nach BAG gerade auch auf § 309 BGB anwendbar, denn sonst wäre die Regelung weitgehend nur deklaratorisch.
- b. Eine wichtige rechtliche Besonderheit ist § 888 III ZPO (fehlende Vollstreckbarkeit der Arbeitsleistung). ⇒ Vertragsstrafen als oft einzig *effektives* Druckmittel des Arbeitgebers.
- c. Weitere wichtige rechtliche Besonderheiten des Arbeitsrechts sind die zahlreichen kurzen Fristen (vgl. etwa §§ 4, 7 KSchG, 17 TzBfG, 61b I ArbGG).
⇒ grds. Zulässigkeit von Ausschlussfristen, die deutlich kürzer als die Verjährung gemäß §§ 195, 199 BGB sind.
- d. Es müssen nicht zwingend rechtliche Besonderheiten sein; es genügen auch *tatsächliche* Besonderheiten.

3. **Anwendbarkeit von § 310 III Nr. 3 (i.V.m. §§ 13, 14) BGB:**

Gemäß § 310 III Nr. 3 BGB sind bei der Beurteilung der unangemessenen Benachteiligung nach § 307 I, II BGB auch die den Vertragsschluss begleitenden Umstände zu berücksichtigen.

Zu den konkret-individuellen Begleitumständen gehören insbesondere



- persönliche Eigenschaften des individuellen Vertragspartners, die sich auf die Verhandlungsstärke auswirken,
- Besonderheiten der konkreten Vertragsabschlusssituation, wie z.B. Überrumpelung, Belehrung sowie
- untypische Sonderinteressen des Vertragspartners.

Die Berücksichtigung dieser Umstände kann sowohl zur Unwirksamkeit einer nach generell-abstrakter Betrachtung wirksamen Klausel als auch zur Wirksamkeit einer nach typisierter Inhaltskontrolle unwirksamen Klausel führen.

4. **Transparenzgebot gemäß § 307 I 2 BGB:**

- Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Vertragsregeln müssen so genau beschrieben werden, dass für den Verwender keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume entstehen. Eine Klausel verletzt das Bestimmtheitsgebot des § 307 I 2 BGB, wenn sie - im Rahmen des rechtlich und tatsächlich Zumutbaren - vermeidbare Unklarheiten und Spielräume enthält. Dabei ist nicht auf den flüchtigen Betrachter, sondern auf den aufmerksamen und sorgfältigen Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr abzustellen.
- Das Transparenzgebot erfordert aber nicht, den Gesetzestext in den Vertragstext aufzunehmen oder eine gesetzliche Regelung mit eigenen Worten darzustellen oder zu erläutern. Verweisungen sind also zulässig!

5. Wichtige **Beispiele der AGB-Kontrolle aus der Rechtsprechung:**

a. **Vertragsstrafen** (grds. zulässig; s.o.):

- Unzulässigkeit bei Eigenkündigung des Arbeitnehmers wegen zu hohen Betrags der Vertragsstrafe (Übersicherung).¹
- Unzulässigkeit (Übersicherung) bei berechtigter fristloser AG-Kündigung, wenn auf alle solche Fälle bezogen und nicht auf bestimmte Sonderfälle.
- Unzulässigkeit wg. Übersicherung, wenn bei Verstößen gegen Wettbewerbsverbote jedes Mal ein hoher Betrag fällig wird.
- Unzulässigkeit wg. Übersicherung, wenn bei Missachtung einer (wirksamen) Regelung, dass die Kündigung nur auf einen einzigen Termin des Jahres hin möglich ist, immer derselbe Betrag fällig werden soll, ohne zwischen Verletzungen mit u.U. stark unterschiedlicher Auswirkung zu differenzieren.

b. **Kurze Ausschlussfristen** (ebenfalls grds. zulässig; s.o.):

- Unwirksamkeit einer *zweistufigen* Ausschlussfrist, wenn die Frist auf der zweiten Stufe kürzer als drei Monate ist; drei Monate wären aber zulässig.
- Entsprechende Regeln gelten bei einer *einstufigen* Ausschlussfrist.
- Unwirksamkeit einer einstufigen Ausschlussfrist, wenn diese *alleine zu Lasten des Arbeitnehmers* geht (Gebot der „Waffengleichheit“).

¹ BAG NZA 2004, 727 ff; NZA 2011, 89. Gegenbeispiel bei BAG NZA 2009, 1337: Die Vertragsstrafe steigt mit Dauer der Verletzung proportional an, hat aber eine Obergrenze i.H.d. in der „gesetzlichen Mindestkündigungsfrist ansonsten zu zahlenden Arbeitsentgelts“.



- Unwirksamkeit einer Klausel, die für den Beginn der Ausschlussfrist nicht die Fälligkeit der Ansprüche berücksichtigt, sondern allein auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses abstellt.
 - Anwendbarkeit des § 167 ZPO für die erste Stufe einer Verfallfrist sehr umstritten (vgl. dazu **BAG, Life&Law 12/2016, 843 ff. ⇒ lesen!!!**)
- c. **Änderungs-/Widerrufsvorbehalte:** Erforderlich ist (zumindest), dass die möglichen Gründe für den Widerruf von nicht erheblichen Vergütungsbestandteilen möglichst konkret geregelt sind.
Bei Widerruf von Lohnbestandteilen darf der widerrufliche Lohnanteil nicht mehr als 25 % der Gesamtvergütung betragen.
Zum Widerruf der Dienstwagennutzung (BAG, Life and Law 8/2012, 569 ff.).
- d. **Freiwilligkeitsvorbehalte:**
- Unwirksam nach § 307 BGB bei *monatlich* zu zahlenden Beträgen („Leistungszulage“).
 - Grds. zulässig nach BAG dagegen bei Sonderzahlungen. Arg. u.a.: Bei einem klar und verständlich formulierten Freiwilligkeitsvorbehalt fehlt es an einer *versprochenen* Leistung i.S.v. § 308 Nr. 4 BGB.
- e. **Formulärmäßiger Verzicht auf Kündigungsschutz:** Zumindest dann eine unangemessene Benachteiligung i.S.v. § 307 I 1 BGB, wenn dieser *ohne* Gegenleistung erklärt wird.
- f. **Arbeit auf Abruf** (wichtige Flexibilisierungsmöglichkeit bzgl. Arbeitszeit):
- § 12 I 2 TzBfG erfordert nur die Festlegung einer *Mindestdauer* der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit, über die hinaus dann Arbeit auf Abruf vereinbart werden kann.
 - Grenze gemäß § 307 BGB: Die einseitig abrufbare Arbeit darf nicht mehr als 25 % der wöchentlichen Mindestarbeitszeit betragen.
- g. **Ausbildungskostenrückzahlung:**
- Eine AGB, nach welcher der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber getragene Ausbildungskosten bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses *ohne* jede Rücksicht auf den Beendigungs*grund* zurückzahlen muss, ist unwirksam.
 - Außerdem muss der Arbeitnehmer mit der Ausbildungsmaßnahme eine angemessene Gegenleistung für die Rückzahlungsverpflichtung erhalten haben.
⇒ Z.B. nicht der Fall, wenn die Aus- oder Weiterbildung *nur innerbetrieblich* von Nutzen ist.
 - Schließlich muss die Dauer der durch die Bindung auferlegten Rückzahlungsklausel in einem angemessenen Verhältnis zur Fortbildungs- und Bildungsdauer stehen.
- h. **Versetzungsklauseln:**
- Ist eine solche der Regelung in § 106 S. 1 GewO nachgebildet, verstößt sie, auch dann wenn keine konkreten Versetzungsgründe genannt sind, weder gegen § 307 I 1 BGB noch gegen § 307 I 2 BGB.



- Eine Klausel, nach der ein Arbeitgeber *eine andere* als die vertraglich vereinbarte Tätigkeit „falls erforderlich“ und nach „Abstimmung der beiderseitigen Interessen“ einseitig zuweisen kann, ist jedenfalls dann nach § 307 BGB unwirksam, wenn nicht gewährleistet ist, dass die Zuweisung eine mindestens *gleichwertige* Tätigkeit zum Gegenstand haben muss.
- i. **Klauseln zur Abgeltung von Überstunden:**
- § 307 I 2 BGB ist nur dann beachtet, wenn sich aus dem Arbeitsvertrag selbst ergibt, in welchem Umfang Arbeitsleistungen von der pauschalen Abgeltung erfasst werden sollen (Obergrenze).
 - Ein Anspruch ist gemäß §§ 611, 612 I BGB aber trotzdem nur dann gegeben, wenn die Leistung der Überstunden den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten war. ⇒ in weiten Teilen des Arbeitslebens der Fall, nicht aber bei „Diensten höherer Art“.
- V. **Rechtsfolge einer Klauselunwirksamkeit nach § 307 ff BGB:** Keinesfalls ist der gesamte Vertrag nichtig (vgl. auch § 306 I BGB).
- ⇒ Problem aber: Was gilt anstelle der nichtigen Klausel selbst?
1. § 306 I BGB hat normalerweise folgende Auswirkung:
 - Ersatzlose Unwirksamkeit der unzulässigen Klausel wegen des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion.
 - Ob bzw. inwieweit nicht selbst anstößige *Teile* einer aus *mehreren* Aussagen bestehenden Klausel aufrecht erhalten werden, entscheidet sich nach dem „blue-pencil-Test“.
 2. Ganz selten kommt das BAG zu der Lösung, dass über eine ergänzende Vertragsauslegung eine (vom Gesetz abweichende) Lösung gefunden wird, in der zumindest *ein Teil* der in der nichtigen Klausel beabsichtigten Regelung den des Arbeitgebers sich wiederfindet:
 - a. Eine Ausnahme lässt das BAG bei Klauseln zur Rückzahlung von Ausbildungs- bzw. Fortbildungskosten (außerhalb des BBiG) zu: Wenn es wegen der nach BAG notwendigen *einzelfallbezogenen* Betrachtung für den Arbeitgeber *objektiv schwierig* war, die zulässige Bindungsdauer im Einzelfall zu bestimmen, kann die unzulässige Bindungsdauer u.U. im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung auf eine zulässige zurückgeführt werden. Verwirklicht sich dieses *Prognoserisiko*, ist die Bindungsdauer durch ergänzende Vertragsauslegung zu bestimmen.

Schadensersatz- und Aufwendungsersatz- verpflichtungen des Arbeitgebers nach § 15 I und § 15 II AGG:

1. Aktivlegitimation wg. Vorliegens der **Eigenschaft als „Beschäftigter“** (vgl. § 7 AGG). ⇒ Prüfung von § 6 I AGG ⇒ grds. auch bloße Bewerber erfasst!

Problem von **Scheinbewerbern** (sog. AGG-Hopper):

- Auf die Frage, ob die Bewerbung ernst gemeint war, oder ob es sich um ein sog. „AGG-Hopping“ gehandelt hat, kommt es nicht an (sog. „formeller Bewerberbegriff“).²
- In diesem Fall kann dem Anspruch aus § 15 AGG allenfalls der Einwand des Rechtsmissbrauchs gem. § 242 BGB entgegengesetzt werden

2. **Vorliegen eines geschützten Merkmals** i.S.d. § 1 AGG:

a. **Rasse, ethnische Herkunft:**

- Ethnie ist eine Gruppe von Menschen, die durch gleiche Sprache und Lebensgewohnheiten, eine gemeinsame Geschichte und Kultur und typischerweise durch ein Zusammengehörigkeitsgefühl verbunden sind.
- Obwohl die Staatsangehörigkeit als solche nicht durch § 1 AGG geschützt ist, enthält die Benachteiligung von Ausländern auch eine Benachteiligung wegen einer Ethnie.

- b. **Geschlecht:** Begriffsdefinition gewiss auch in Klausuren überflüssig; reines Kausalitäts- und Nachweisproblem (§ 22 AGG; s.u.).

- c. **Religion oder Weltanschauung:** Unerheblich ist, ob es sich um eine anerkannte oder nicht anerkannte Religionsgemeinschaft handelt. Strittig ist aber z.B. die Auswirkung kommerziellen Strebens (Scientology!).

d. **Behinderung:**

- Der Begriff der Behinderung im Sinne von § 1 AGG entspricht den gesetzlichen Definitionen in § 2 I 1 SGB IX und § 3 BGG. Auf einen bestimmten Grad der Behinderung kommt es aber hier nicht an.
- Die Begriffe „Behinderung“ i.S.d. AGG und „Krankheit“ lassen sich nicht gleichsetzen. Erforderlich ist, dass die Krankheit ein Hindernis für die Teilhabe des Betroffenen am Berufsleben bildet und wahrscheinlich ist, dass sie von langer Dauer sein wird.

- e. **Alter:** Auch die Benachteiligung der Jüngeren ist erfasst.³

² **BAG, Life&Law 6/2017, 400 f.** = NZA-RR 2017, 132 ff.

³ Vgl. EuGH NZA 2010, 85 [87] zu § 622 II 2 BGB.



f. **Sexuelle Identität:** Wichtig hierbei ist v.a. das Verbot der Benachteiligung von homosexuellen Menschen.

3. **Benachteiligung** dieses „Beschäftigten“.

Zahlreiche Maßnahmen sind erfasst: v.a. Arbeitsanweisungen (§ 106 GewO), Nichteinstellung, Nichtbeförderung, Nichteinbeziehung in die engere Auswahl.

BAG: Die Erklärung einer Kündigung kann eine Benachteiligung i.S.d. § 15 AGG darstellen. Dem steht die Ausschließlichkeitsanordnung des § 2 IV AGG nicht entgegen!⁴

§ 3 AGG sieht verschiedene Varianten vor; in Betracht kommen grds.:

- Unmittelbare Benachteiligung gemäß § 3 I AGG
- Mittelbare Benachteiligung gemäß § 3 II AGG
- Belästigung gemäß § 3 III AGG

a. **Unmittelbare Benachteiligung** (§ 3 I AGG): Eine solche liegt vor, wenn eine Person *wegen* eines in § 1 AGG genannten „verpönten“ Merkmals eine weniger günstige Behandlung als eine andere Person, bei der das Merkmal nicht vorliegt, *in einer vergleichbaren Situation* erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.

aa. **Vorliegen einer vergleichbaren Situation i.d.S.:**

(1) Objektive Eignung: Das Vorliegen einer vergleichbaren Situation i.S.d. § 3 I 1 AGG setzt voraus, dass ein Bewerber objektiv für die konkrete Stelle geeignet ist, denn vergleichbar (nicht: gleich!) ist die Auswahlsituation nur für Arbeitnehmer, die gleichermaßen die objektive Eignung für die zu besetzende Stelle aufweisen.

Maßgeblich für die objektive Eignung ist dabei nicht das formelle Anforderungsprofil, welches der Arbeitgeber erstellt hat, sondern die Anforderungen, die an die jeweilige Tätigkeit nach der im Arbeitsleben herrschenden *Verkehrsanschauung* gestellt werden (sonst Umgehungsgefahr!).

Nur im öffentlichen Dienst sollen wegen Art. 33 II GG insoweit Besonderheiten gelten.

Hinweis: Die objektive Eignung ist zu trennen von der *individuellen* fachlichen und persönlichen Qualifikation des Bewerbers: Diese spielt nur als Kriterium der Auswahlentscheidung auf der Ebene der Kausalität zwischen Benachteiligung und verbotenem Merkmal eine Rolle.

(2) Problem: Endgültige Stellenbesetzung bereits vor der Bewerbung (z.B. Ausschreibung versehentlich nicht von der Homepage gelöscht):



- Nach BAG ist dann fraglich, ob Bewerber i.S.d. § 6 I 2 AGG auch derjenige ist, der sich für ein versehentlich (noch) ausgeschriebenes Beschäftigungsverhältnis bewirbt; die Frage wurde letztlich offen gelassen.
- Zumindest ist Situation nicht vergleichbar i.S.d. § 3 I AGG gegenüber dem zuvor eingestellten Mitarbeiter: Einer hatte sich auf eine noch offene Stelle beworben, der andere auf bereits besetzte Stelle.
- Anders evtl. bei einer diskriminierenden Gestaltung des Bewerbungsverfahrens, die gerade die rechtzeitige Bewerbung verhinderte.

bb. **Vorliegen einer Benachteiligung** i.d.S.:

Beispiel: Erklärung einer Kündigung wegen Fehlzeiten: Erforderlich ist, dass der Arbeitgeber gegenüber einem anderen, *nicht behinderten* Arbeitnehmer mit Arbeitsunfähigkeitszeiten *in gleichem oder auch nur ähnlichem Umfang* keine Kündigung ausspricht, ausgesprochen hat oder aussprechen würde.

Ein unmittelbarer Nachteil i.S.d. § 3 I AGG liegt im Rahmen einer Auswahlentscheidung, insbesondere bei einer Einstellung und Beförderung, bereits dann vor, wenn der Beschäftigte nicht in die Auswahl einbezogen wird. Die Benachteiligung liegt in der Versagung *der Chance*.

cc. **Kausalität** des verpönten Merkmals für diese Benachteiligung:⁵

- (1) Dazu muss ein in § 1 AGG genannter Grund zumindest **Bestandteil eines Motivbündels** sein, das die Entscheidung beeinflusst hat.

Anforderungen an die Beherrschung der deutschen Sprache stellen keine unmittelbare Benachteiligung von Mitgliedern anderer Ethnien dar, sondern allenfalls eine mittelbare. Grund: Auch Mitglieder fremder Ethnien können die deutsche Sprache fehlerfrei in Wort und Schrift beherrschen.

- (2) **Beweislastumkehr** zugunsten des Arbeitnehmers bei Darlegung und – wenn bestritten – ggf. Beweis von Indiztatsachen (§ 22 AGG).

- Als Indiz zur Begründung dieser Vermutung ist z.B. eine geschlechtsspezifische Arbeitsplatzausschreibung anzusehen.
- Werden vom benachteiligten AN Hilfstatsachen vorgetragen, welche jeweils für sich allein betrachtet nicht ausreichen, um die Vermutungswirkung gemäß § 22 AGG herbeizuführen, ist eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen, ob diese Hilfstatsachen *im Zusammenhang gesehen* geeignet sind, die Vermutungswirkung zu begründen.

- (3) Zur **Widerlegung der Vermutung** einer Benachteiligung wegen des AGG-Kriteriums muss der Arbeitgeber das Gericht davon *überzeugen*, dass die Benachteiligung gerade nicht auf diesem beruht.

⁵ Das BAG prüft die bei § 3 I und II AGG erforderliche Kausalität schon in den Begriffen unmittelbare und mittelbare Benachteiligung (vgl. BAG NZA 2010, 327 [331] zum Fall des § 3 I AGG). Grund: Das „wegen“ findet sich jeweils bereits in diesen Legaldefinitionen.



⇒ Er muss also Tatsachen vortragen und ggf. beweisen, aus denen sich ergibt, dass es *ausschließlich andere Gründe* waren als etwa das Alter oder Geschlecht, die zu der weniger günstigen Behandlung geführt haben.

b. Prüfung einer **mittelbarer Benachteiligung gemäß § 3 II AGG**:

aa. Begriff: Gemäß § 3 II AGG müsste ein dem Anschein nach „neutrales“ Kriterium AN, bei denen das Merkmal vorliegt, wegen dieses Merkmals gegenüber anderen, bei denen das Merkmal nicht vorliegt, besonders benachteiligen.

Beispiel: Der Ausschluss von *geringfügig* Beschäftigten aus besonderen Leistungen (etwa Gratifikationen) stellt aufgrund ihrer statistisch extrem überwiegender Betroffenheit eine mittelbare Frauendiskriminierung dar, beim Ausschluss aller Teilzeitbeschäftigter, also auch derjenigen mit etwas höheren Stundenzahl, ist das Einzelfallfrage.

Auch hier ist eine **Kausalitätsprüfung** (ggf. unter Anwendung von § 22 AGG) erforderlich, da auch § 3 II AGG ein „wegen“ enthält.

bb. **Schaltstelle der Prüfung:**

Ein Verstoß gegen § 3 II AGG liegt nach dessen 2. Hs. ausdrücklich nicht vor, wenn die Maßnahme des Arbeitgebers durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich **gerechtfertigt** ist und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind.

In einem solchen Fall fehlt es bereits an den *tatbestandlichen* Voraussetzungen einer mittelbaren Benachteiligung.

Rechtmäßige Ziele i.S.d. § 3 II AGG können alle nicht ihrerseits diskriminierenden und auch sonst legalen Ziele sein. Dazu gehören auch *privatautonom bestimmte* Ziele des Arbeitgebers, z.B. betriebliche Notwendigkeiten und Anforderungen an persönliche Fähigkeiten des Arbeitnehmers.

Anforderungen an die Beherrschung der deutschen Sprache können eine mittelbare Benachteiligung von Mitgliedern anderer Ethnien darstellen, *wenn* die Forderung nach genügenden Deutschkenntnissen nicht aufgrund der vorgesehenen Tätigkeit sachlich gerechtfertigt ist (⇒ Einzelfallfrage).

Allein die Verletzung *allgemeiner* arbeitsvertraglicher Verpflichtungen durch den Arbeitgeber im Zusammenhang mit einer an sich i.d.S. gerechtfertigten Maßnahme (z.B. Weigerung der Kostenübernahme für Sprachkurs) führt nicht dazu, dass diese zu einer unzulässigen Benachteiligung *i.S.d. § 1 AGG* wird.

c. Ein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot nach § 7 I AGG ist u.a. dann gegeben, wenn eine **Belästigung i.S.d. § 3 III AGG** vorliegt.



- Die Würdeverletzung und ein sog. „feindliches Umfeld“ müssen für die Verwirklichung des § 3 III AGG *kumulativ* vorliegen („und“).
 - Für die Beurteilung, ob ein „feindliches Umfeld“ geschaffen wurde, ist eine Gesamtschau aller Faktoren vorzunehmen. Allein das Nichtentfernen ausländischer Schmierereien an Toilettentüren reicht z.B. nicht; anders aber evtl. dann, wenn billigende Äußerungen des AG hinzukommen.
4. **Zurechnung des Verhaltens Dritter:** Bedient sich der Arbeitgeber (z.B. bei der Anbahnung eines Arbeitsverhältnisses) eigener Mitarbeiter oder Dritter, so trifft ihn eine Verantwortlichkeit für deren Verhalten.
5. Kein **Rechtfertigungsgrund** gemäß §§ 8 bis 10 AGG.
- Eine Rechtfertigung kommt auch bei unmittelbaren Benachteiligungen i.S.d. § 3 I AGG in Betracht.
 - Die Darlegungs- und Beweislast liegt hier aber in jedem Falle beim Verletzer.
6. **Vertretenmüssen:**
- a. Wird beim Anspruch aus § 15 I AGG vermutet (§ 15 I 2 AGG). ⇒ Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers.
- ⇒ ggf. Prüfung von § 278 BGB bzw. Organisationsverschulden mit „Schachtelprüfung“ von § 12 AGG.
- b. Vertretenmüssen ist beim Anspruch aus § 15 II AGG gar nicht nötig.
7. **Anspruchsumfang:**
- a. **Ersatz materiellen Schadens gemäß § 15 I AGG:**
- Bei § 15 I AGG hat der Arbeitnehmer die Beweislast für Eintritt und Höhe eines materiellen Schadens sowie die Kausalität der Pflichtverletzung für diesen.
- Insbesondere wird die dem Arbeitnehmer/Bewerber im Rahmen des § 15 I AGG obliegende Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der haftungsausfüllenden Kausalität nicht durch § 22 AGG abgeändert.
- b. **Entschädigung für immateriellen Schaden gemäß § 15 II AGG:**
- aa. Einzelfallentscheidung mit Abwägung mehrerer Faktoren:
- Schwere und Art der Benachteiligung, ihre Dauer und Folgen, der Anlass und der Beweggrund des Handelns, der Grad der Verantwortlichkeit des Arbeitgebers, etwa geleistete Wiedergutmachung oder erhaltene Genugtuung und das Vorliegen eines Wiederholungsfalles.



Ferner ist der Sanktionszweck der Norm zu berücksichtigen: Erzielung einer abschreckenden Wirkung!

bb. Obergrenze (nicht Regelbetrag!) für manche Fälle in § 15 II 2 AGG:

Diese gilt trotz des Wortlauts auch bei Nichtbeförderung: Erst-Recht-Schluss; überdies kann man im weiteren Sinne auch die Übertragung einer neuen Aufgabe als „Einstellung“ bezeichnen. Allerdings ist dann auf das gesamte Gehalt abzustellen, nicht nur auf die dreifache Gehalts*differenz*.

Die Beweislast dafür, dass Bewerber/in auch bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wäre und damit die in § 15 II 2 AGG festgelegte Höchstgrenze zum Tragen kommt, hat der Arbeitgeber.

cc. § 15 II AGG setzt nicht voraus, dass der Arbeitnehmer in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzt worden ist. Bei einem Verstoß des Arbeitgebers gegen das Benachteiligungsverbot ist grundsätzlich das Entstehen eines immateriellen Schadens beim Arbeitnehmer anzunehmen.

8. Beachtung der **(ggf. zweistufigen) Ausschlussfrist** gemäß §§ 15 IV AGG, 61b I ArbGG:

a. **Erste Stufe der Ausschlussfrist gemäß § 15 IV AGG:**

aa. Form: „Schriftliche“ Geltendmachung beim Arbeitgeber.

Dieses Schriftformgebot verlangt nicht die gesetzliche Schriftform nach § 126 I BGB, ausreichend ist vielmehr die Textform nach § 126b BGB. Grund: Die Geltendmachung i.S.v. § 15 IV 1 AGG ist keine Willenserklärung, sondern eine einseitige rechtsgeschäftsähnliche Handlung.

Die schriftliche Erhebung kann durch die Klageerhebung ersetzt werden, sofern die Klage innerhalb der Zweimonatsfrist des § 15 IV AGG dem Arbeitgeber *zugestellt* worden ist. Eine Angabe der geforderten Entschädigungshöhe ist nicht erforderlich.

bb. Fristbeginn gemäß § 15 IV 2 AGG (europarechtskonforme Auslegung):

Die Ablehnungserklärung des Arbeitgebers nach § 15 IV 2 AGG bedarf keiner Schriftform ⇒ damit der Fristlauf beginnen kann, ist aber eine ausdrückliche oder konkludente zugegangene Erklärung des Arbeitgebers erforderlich, aus der sich für den Beschäftigten aus der Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers eindeutig ergibt, dass seine Bewerbung erfolglos war.

Es reicht also nicht, dass ein Bewerber auf andere Weise erfährt, dass er die Stelle nicht bekommen hat (**BAG, Urteil v. 29.06.2017, 8 AZR 402/15**). (Nur) bei einer solchen Auslegung, bestehen auch keine grundsätzlichen europarechtlichen Bedenken gegen § 15 IV AGG.



- cc. Eine unmittelbare Klage oder ein Mahnbescheid kann diese Frist wahren, wenn die Zustellung (= Zugang i.S.d. § 130 I BGB) rechtzeitig erfolgt.
- ⇒ da es keine prozessuale Frist ist, ist die Frage der Anwendbarkeit des § 167 ZPO sehr umstritten (vgl. dazu **BAG, Life&Law 12/2016, 843 ff.** ⇒ **lesen!!**).
- dd. Darlegungs- und Beweislast:
- Der Arbeitgeber muss darlegen und ggf. beweisen, dass und wann die Frist nach § 15 IV 1 AGG durch Zugang der Ablehnung beim Bewerber in Lauf gesetzt worden ist,
 - während der Arbeitnehmer darlegen und ggf. beweisen muss, wann seine schriftliche Geltendmachung dem Arbeitgeber zugegangen ist.
- b. **Zweite Stufe der Ausschlussfrist gemäß § 61b I ArbGG** gilt nach Wortlaut („Entschädigung“) nur für den Anspruch aus § 15 II AGG.
9. **Prozessual** ist zu beachten:
- a. Für § 253 II Nr. 2 ZPO ist es bei § 15 II AGG ausreichend, dass der Kläger die Berechnungsgrundlagen in der Klagebegründung darlegt und einen Mindestbetrag der begehrten Entschädigung angibt. Grund: Anspruch aus § 15 II AGG hängt von Ermessensentscheidung ab („angemessen“).
- b. Einen **Anspruch** eines abgelehnten Bewerbers auf **Auskunft** über die Gründe der Absage bzw. auf Auskunft über die getroffene Personalentscheidung **hat der EuGH abgelehnt**, da der abgelehnte Stellenbewerber selbst zur Begründung einer Diskriminierung Tatsachen glaubhaft machen müsse, die die Vermutung einer Diskriminierung rechtfertigten.⁶

Allerdings hat der EuGH in dieser Entscheidung darauf hingewiesen, dass die Verweigerung jedes Zugangs zu Informationen seitens des Unternehmens ein Umstand sei, der als Indiz für den Vermutungstatbestand einer Diskriminierung gem. § 22 AGG angesehen werden könnte. Aufgrund dieser Erwägungen des EuGH wird nun diskutiert, ob damit nicht doch „durch die Hintertür“ ein faktischer Auskunftszwang gegenüber einem abgelehnten Stellenbewerber begründet wird, da der Arbeitgeber zwar nicht verpflichtet ist, eine Auskunft zu erteilen, die Nichterteilung der Auskunft jedoch als Anknüpfungsmerkmal für eine behauptete Diskriminierung heranziehungsfähig sein soll.

⁶ EuGH, NZA 2012, 493 ff.

Exkurs: Schadensersatz aus §§ 280 I, 241 II BGB:

Tatbestand: Verletzung einer nichtleistungsbezogenen Pflicht (Schutzpflicht) durch den AG oder einen Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB; z.B. Vorgesetzten).

Beispiel: Verletzung der Pflicht des AG zur Verhinderung von „Mobbing“ durch Vorgesetzte (**§ 12 III AGG** bei Mobbing bzgl. eines Diskriminierungsmerkmals i.S.d. § 1 AGG; ansonsten §§ 611a, 242 BGB i.V.m. der arbeitsrechtlichen Fürsorgepflicht bzw. § 12 III AGG analog).

1. Begriff: Das BAG behandelt die Benachteiligungsdefinition bei „Belästigungen“ des § 3 III AGG auch bei Benachteiligungen aus anderen Gründen als denen des § 1 AGG als eine Art allgemeine „Mobbing-Definition“.

⇒ Die Gesamtschau einzelner Handlungen oder Verhaltensweisen führt aufgrund der ihnen zugrunde liegenden *Systematik und Zielrichtung* zu einer Vertrags- oder Rechtsgutsverletzung.

Eine solche Systematik und Zielrichtung ist anzunehmen, wenn unerwünschte Verhaltensweisen bezwecken oder bewirken, dass die Würde des Arbeitnehmers verletzt und ein durch Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird.

2. Inhalt des Anspruchs aus der arbeitsrechtlichen Fürsorgepflicht:

Der AN hat zwar keine Ansprüche gegen den AG auf Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem mobbenden Vorgesetzten, aber einen Anspruch auf Einschreiten in angemessener Form, etwa in Form einer Abmahnung (pflichtgemäßes Ermessen des AG in Anlehnung an den Gedanken des **§ 12 III AGG**).

3. Vertretenmüssen bei Nichterfüllung dieser Pflicht:
 - Erfüllungsgehilfeneigenschaft des Vorgesetzten (§ 278 S. 1, Alt. 2 BGB)
 - Eine Anwendung arbeitsrechtlicher Haftungsprivilegierungen auf diesen erfolgt wegen andernfalls sinnwidriger Ergebnisse (v.a. Wirkung letztlich zugunsten des Arbeitgebers) nicht.
4. Auf Rechtsfolgenseite v.a. auch § 253 II BGB achten.

Prüfung der Kündigungsgründe i.S.d. § 1 KSchG

Die Darlegungs- und Beweislast liegt beim Arbeitgeber (§ 1 II 4 KSchG).

1. Verhaltensbedingte Kündigung:

Einschlägig bei *steuerbarem* Verhalten. Ein Verhalten ist steuerbar, wenn es vom Willen des Arbeitnehmers beeinflusst werden kann. Dies ist nicht der Fall, wenn dem Arbeitnehmer die Pflichterfüllung aus von ihm nicht zu vertretenden Gründen subjektiv nicht möglich ist. Teilweise schwierig zur personenbedingten Kündigung abzugrenzen, etwa bei Minderleistungen.

Nach BAG *unverzichtbar*: Prüfung des § 1 II KSchG in **zwei Stufen**:

- a. Ist Sachverhalt **an sich geeignet**, einen Kündigungsgrund zu bilden:
 - aa. Zu klären ist, ob überhaupt eine **Pflichtverletzung** vorliegt, die einem verständigen Arbeitgeber – mit oder ohne Abmahnung – Anlass zu einer Kündigung geben würde.

Sind die Vorwürfe ganz oder teilweise streitig, hat an dieser Stelle eine Beweiswürdigung bzw. Beweislastentscheidung stattzufinden. ⇨ Inso- weit Prüfung wie in der „normalen“ ZPO-Klausur (v.a. §§ 138, 286 ff ZPO)!

- bb. Prüfung von **Vorliegen bzw. Notwendigkeit einer vorherigen Ab- mahnung**:

- (1) **Hintergrund**: Der Grundsatz des Vorrangs der Abmahnung kann auf den Grundgedanken von § 314 II BGB gestützt werden, der auch für die Sonderfälle von §§ 626 BGB, 1 II KSchG Geltung beanspruchen muss.

Der Grund dieser Notwendigkeit ergibt sich – genauso wie umgekehrt die Ausnahmen – aus zwei Gesichtspunkten: Sog. Prognoseprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

Er gilt nach BAG grds. sowohl im Leistungs-, als auch im Vertrauensbe- reich.

- (2) **Vergleichbarkeit der Pflichtverletzungen**:

V.a. wegen des Prognoseprinzips müssen die Pflichtverletzungen, die Anlass für Abmahnung und für die Kündigung waren, vergleichbar sein: Erforderlich ist keine Identität, sondern eine „materielle Vergleichbar- keit“, also ein in diese selbe Richtung zielender Vorwurf.

- (3) Auch eine **formell unwirksame Abmahnung** (etwa wg. Nichtdurchführung einer tariflich vorgeschriebenen Anhörung) kann die erforderliche Warnung darstellen. Aus der formellen Unwirksamkeit kann der Arbeitnehmer nicht entnehmen, der Arbeitgeber billige das abgemahnte Verhalten.
- (4) **Entbehrlich** ist die Abmahnung nur, wenn
- eine Verhaltensänderung in Zukunft trotz Abmahnung nicht erwartet werden kann *oder*
 - es sich um eine schwere Pflichtverletzung handelt, deren Rechtswidrigkeit dem Arbeitnehmer ohne weiteres erkennbar ist *und* die Hinnahme des Verhaltens durch den Arbeitgeber offensichtlich ausgeschlossen ist (vgl. die Wertung von § 323 II i.V.m. § 314 II 2 BGB).

Umgekehrt: Keine Entbehrlichkeit, wenn dem AN zwar die Verbotswidrigkeit seines Verhaltens hinreichend klar ist, er aber Grund zu der Annahme haben *durfte*, der AG würde dieses nicht *als ein so erhebliches* Fehlverhalten werten, dass dadurch der Bestand des Arbeitsverhältnisses auf dem Spiel stünde.

- cc. **Problem der „Abmahnungsflut“**: Bei vielfachen Abmahnungen (zumindest mehr als drei) kann deren Warnfunktion entwertet worden sein. ⇒ Notwendigkeit einer Verschärfung des Tons vor Kündigungsausspruch.
- dd. Bei bestimmten sog. *arbeitsplatzbezogenen* Pflichtverletzungen kann sich aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz u.U. der **Vorrang anderweitiger Maßnahmen**, wie etwa einer Umsetzung ergeben.

Im Falle einer *erheblich verschuldeten* Vertragspflichtverletzung (z.B. Tötlichkeit) ist eine Versetzung bzw. Umsetzung dem Arbeitgeber jedoch grundsätzlich nicht zumutbar.

- ee. Für die verhaltensbedingte ordentliche Kündigung existiert **keine starre Erklärungsfrist** (wie bei § 626 II BGB), ein langes Zögern kann aber zu Verwirkung (§ 242 BGB) führen bzw. ist bei Interessenabwägung von Bedeutung.
- ff. **Nachschieben von Kündigungsgründen**, die bereits *vor Ausspruch der Kündigung entstanden* sind, ist grds. möglich. Dies soll teilweise sogar dann gelten, wenn der AG sie bei Erklärung der Kündigung schon kannte. Vom Nachschieben zu unterscheiden und unproblematisch ist die bloße *Erläuterung* der Kündigungsgründe. Für später entstandene Gründe bleibt nur die Möglichkeit einer neuen Kündigung.



- b. Wenn Kündigungsgrund „an sich“ vorliegt: **umfassende Einzelfallprüfung und Interessenabwägung**. ⇒ Maßgebliche Faktoren der Interessenabwägung:
- Zu berücksichtigen sind einerseits Gewicht und Auswirkungen einer Vertragspflichtverletzung, eine etwaige Wiederholungsgefahr, der Grad des Verschuldens.
 - Weiter ist von Bedeutung der soziale Besitzstand des AN, sein Alter, die Dauer seiner Betriebszugehörigkeit, seine Unterhaltungspflichten und evtl. auch gewisse gesundheitlichen Beeinträchtigungen.
 - Schließlich sind Dauer und „störungsfreier Verlauf“ des Arbeitsverhältnisses von Bedeutung: Es hat eine gewisse Auswirkung, wenn der AN bisher nie abgemahnt worden und sein Verhalten damit bis zu dem fraglichen Vorfall unbeanstandet geblieben ist.

2. **Personenbedingte Kündigung:**

- a. Einschlägig bei solchen Vorgängen mit betrieblicher Auswirkung, die vom Arbeitnehmer *nicht steuerbar* sind.

Beispiele: Krankheit des Arbeitnehmers, gesetzliche Beschäftigungsverbote (etwa aus ArbZG).

- b. Häufiger Anwendungsfall: **Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen** / ⇒ Drei-Stufen-Prüfung:
- aa. Negative Gesundheitsprognose zur Zeit des Zugangs der Kündigung: Indizwirkung bisheriger Krankheiten.
- bb. Erhebliche Beeinträchtigung betrieblicher Interessen:
- Evtl. Vorliegen einer Betriebsablaufstörung.
 - Es reicht aber ggf. auch eine *erhebliche* wirtschaftliche Belastung, etwa mit häufigen hohen Entgeltfortzahlungskosten (dabei Wertung des Sechs-Wochen-Grenze in § 3 I EFZG beachten) oder nun drohende spätere Urlaubsnachgewähr oder -abgeltung.
 - Die Möglichkeit einer Weiterbeschäftigung auf einem „leidensgerechten“ nicht höherwertigen Arbeitsplatz kann zumindest die Erheblichkeit der Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen entfallen lassen. ⇒ Die Alternativstelle muss frei sein oder es muss möglich sein, sie durch eine Umorganisation im Rahmen des Direktionsrechts nach § 106 S. 1 GewO (nicht Änderungskündigung der Kollegen!) freizumachen.



cc. Zumutbarkeit für den Arbeitgeber; Einzelfallabwägung.

3. **Betriebsbedingte Kündigung:**

Nach BAG können sich betriebliche Erfordernisse für eine Kündigung i.S.v. § 1 II KSchG aus *innerbetrieblichen* Umständen (Unternehmerentscheidungen wie Rationalisierung, Umstellung oder Einschränkung der Produktion) oder durch *außerbetriebliche* Gründe (z.B. Auftragsmangel oder Umsatzrückgang) ergeben.

a. Notwendig ist die **Trennung von zwei Aspekten:**

- Die ökonomische Vernünftigkeit der **Unternehmerentscheidung selbst** (Rationalisierung; „Arbeitsverdichtung“; Vergabe an Subunternehmer) ist als solche grds. nicht überprüfbar; eine Substanziierung ist nötig, um eine Überprüfung auf groben Missbrauch durchführen zu können.
- Die **konkrete Auswirkung** dieser Entscheidung (Wegfall eines *konkreten* Arbeitsplatzes) ist aber gerichtlich überprüfbar.

Vor. für letzteres: Bei Ausspruch der Kündigung muss auf Grund einer vernünftigen, betriebswirtschaftlichen Betrachtung zu erwarten sein, dass zum Zeitpunkt des Kündigungstermins *mit einiger Sicherheit* der Eintritt des die Entlassung erforderlich machenden betrieblichen Grundes gegeben sein werde.

Nicht ausreichend ist die bloße *Unsicherheit* darüber; dies würde eine unwirksame sog. Vorratskündigung darstellen.

Wegen der Zukunftsbezogenheit der Kündigung und Praktikabilität kann schon eine *beabsichtigte* Betriebs- oder Abteilungsstilllegung ausnahmsweise ein dringendes betriebliches Erfordernis i.S.v. § 1 II KSchG darstellen.

- Vss. ist, dass die für den künftigen Wegfall der Beschäftigung des Arbeitnehmers maßgeblichen Entwicklungen bereits zum Kündigungszeitpunkt *feststehen*, insbesondere die unternehmerische Organisationsentscheidung bereits endgültig getroffen wurde, die Schließung des Betriebs oder der Betriebsabteilung aus Sicht der Arbeitsvertragsparteien zum Kündigungszeitpunkt bereits feststeht und greifbare Formen angenommen hat.
- Dagegen ist eine Kündigung wegen Betriebsschließung nicht sozial gerechtfertigt, solange der Arbeitgeber den Stilllegungsbeschluss *lediglich erwogen*, aber noch nicht endgültig gefasst hat.
- Gleiches gilt, wenn der Arbeitgeber im Kündigungszeitpunkt noch in ernsthaften Verhandlungen über die Veräußerung steht oder sich um neue Aufträge bemüht. Dann liegt keine unbedingte und endgültige Stilllegungsabsicht vor.



- b. Folgerung aus dem Merkmal der „**Dringlichkeit**“ der betrieblichen Gründe: **Vorrang der Versetzung** auf *freien* Alternativarbeitsplatz.
- aa. Insoweit Prüfung für das gesamte Unternehmen ! ⇒ § 1 II KSchG ist **unternehmensbezogen** (nicht nur betriebs-, aber auch nicht konzernbezogen).
- bb. Begriff „**freier**“ **Alternativarbeitsplatz**: Dieser muss bei Zugang der Kündigung schon frei sein bzw. bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder einer zumutbaren Überbrückungszeit nachweisbar frei werden.

Die Besetzung eines Alternativarbeitsplatzes durch den Arbeitgeber kann im Einzelfall als Rechtsmissbrauch nach dem Grundgedanken von §§ 162, 242 BGB unerheblich sein.

- cc. Wenn ein freier Arbeitsplatz existiert, aber eine Umsetzung nicht im Rahmen *des Direktionsrechts* möglich ist:
Vorrang der Änderungskündigung vor der Beendigungskündigung; bei sofortigem Ausspruch einer Beendigungskündigung trotz Vorliegens einer solchen Alternative fehlt es an der „Dringlichkeit“.
- c. Prüfung der **Sozialauswahl (§ 1 III KSchG)**:
- Vergleich erfolgt nur mit AN *im selben Betrieb*, nicht in anderen Betrieben desselben Unternehmens (Betriebsbezogenheit der Sozialauswahl)
 - AN, denen gegenüber eine ordentliche Kündigung gar nicht möglich ist, weil sie unter Sonderkündigungsschutz stehen, sind bei der Sozialauswahl unberücksichtigt zu lassen.⁸
 - Umgekehrt sind AN, die wegen Nichtablauf der Wartezeit des § 1 I KSchG keinen Kündigungsschutz nach diesem Gesetz genießen, ebenfalls bei der Sozialauswahl unberücksichtigt zu lassen.⁹
 - Nur von der Tätigkeit her *vergleichbare* AN werden einbezogen (kein Vorrang von Beförderung; kein Verdrängungswettbewerb nach unten).
 - *Betriebswichtige* AN sind auch bei vergleichbarem Tätigkeitsfeld ausklammert (§ 1 III 2 KSchG; sog. „Leistungsträgerklausel“)

⁸ BAG NZA 2005, 1307.

⁹ Vgl. BAGE 48, 314 = NJW 1986, 274.