

Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes

WOLFGANG DÄUBLER

Inhaltsübersicht

	Seite
I. Vorbemerkung	271
II. Der allgemeine Rahmen	273
1. Besonderer Kündigungsschutz einzelner Beschäftigungsgruppen	273
2. Benachteiligungsverbote	273
3. § 138 Abs. 1 BGB	275
4. Verstoß gegen Treu und Glauben	275
5. Einschätzung	276
III. Verfassungsrechtliche Vorgaben für den generellen Kündigungsschutz	276
1. Das Gebot eines angemessenen Ausgleichs zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen	276
2. Die Handhabung der zivilrechtlichen Generalklauseln	278
a) Das Abstandsgebot	279
b) Differenzierungsgebot	279
c) Beispielhafte Hinweise	280
IV. Praktische Konsequenzen	281
1. Das Verbot der grundlosen Kündigung	281
2. Auswahlentscheidungen	282
3. Berücksichtigung der Betriebszugehörigkeit	283
4. Einzelfälle und Beweisfragen	284
5. Situation während der ersten sechs Monate	285
V. Einschätzung	286

I. Vorbemerkung

Als das Thema mit den Initiatoren der Festschrift abgesprochen wurde, galt noch das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz vom 25.9.1996¹. Der »Kleinbetrieb« i.S.d. § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG war zu einer wichtigen Größe geworden, die alle Einheiten bis zehn Arbeitnehmer erfaßte. Teilzeitkräfte wurden nur anteilig mitgezählt; wer bis zu zehn Wochenstunden arbeitete, war nur »Bruchteilsarbeitnehmer« mit einem Zählwert von $\frac{1}{4}$. Nach verschiedenen Schätzungen waren damit insgesamt etwa acht bis neun Millionen Arbeitnehmer aus dem Anwendungsbereich des KSchG ausgenommen². Dazu kamen (damals wie heute) alle diejenigen, die die Wartezeit von sechs Monaten nach § 1 KSchG noch nicht absolviert hatten³.

¹ BGBl. I S. 1476.

² Nähere Angaben bei OETIKER AuR 1997, 41.

³ Zu Einzelheiten der Wartefrist siehe KR-ETZEL 5. Aufl. 1998, § 1 KSchG Rz. 109 ff.; DÄUBLER Das Arbeitsrecht 2, 11. Aufl. 1998, Rz. 998 m.w.N.

Die quantitative Ausweitung der vom normalen Kündigungsschutz Ausgeschlossenen provozierte intensive Untersuchungen zu der Frage, ob nicht auch außerhalb des KSchG ein gewisser Bestandsschutz denkbar ist⁴. Dazu kamen die Entscheidungen des BVerfG vom 27.1.1998⁵. Sie verlangten nicht nur eine teleologische Reduktion des Betriebsbegriffs in § 23 Abs. 1 Satz 2⁶. Vielmehr hat das Gericht bedeutsame Ausführungen zu der Frage gemacht, wie der von Art. 12 Abs. 1 GG verlangte Mindestbestandsschutz beschaffen sein muß⁷. Die rechtlichen Rahmenbedingungen waren so deutlich andere geworden.

Das »Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte« vom 19.12.1998⁸ brachte eine Neufassung der Kleinbetriebsklausel: die Grenze liegt nunmehr wieder bei mehr als fünf Arbeitnehmern, Teilzeitkräfte werden bei bis zu 20 Wochenstunden mit $\frac{1}{2}$, bei bis zu 30 Wochenstunden mit $\frac{3}{4}$ mitgezählt. Die Zahl der nicht unter das KSchG fallenden Personen ist dadurch wieder erheblich gesunken, doch dürfte es sich weiterhin um ca. 4 bis 5 Millionen handeln. Eine exakte Schätzung ist problematisch und dies nicht nur mangels ausreichender statistischer Unterlagen: Die Entscheidungen des BVerfG haben zwar verschiedene Kommentierungen gefunden⁹, doch besteht einige Unsicherheit bei der Frage, ob nunmehr generell, meist oder nur ausnahmsweise auf das Unternehmen (statt auf den Betrieb) abzustellen ist. Dabei fällt auf, daß über ein Jahr nach Erlaß der Karlsruher Entscheidungen praktisch keine erstinstanzlichen Urteile ersichtlich sind, die mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben ernst gemacht hätten. Dies mag damit zusammenhängen, daß der Umgang mit ihnen mühevoll und von ungewissem Erfolg ist. Man kann vermuten, daß nur wenige Anwälte und Richter bereit sein werden, sich um eine eingehende Textexegese zu kümmern und das Resultat den eigenen Dispositionen zugrunde zu legen: Die Gefahr der Fehleinschätzung ist groß. Die überkommene Vorstellung, im Kleinbetrieb traditionellen Zuschnitts könne man mit einer Kündigungsschutzklage doch nichts ausrichten, bleibt so allem Anschein nach weiter *communis opinio* der betroffenen Praktiker.

Im folgenden soll deshalb der Versuch gemacht werden, die zentralen Vorgaben des BVerfG, den aus Art. 12 GG abgeleiteten Bestandsschutz, »operational« zu machen und sie für die praktische Rechtsanwendung aufzubereiten. Dabei kann es selbstredend nur um mehr oder weniger plausible Vorschläge, nicht um die Verkündung von Wahrheiten gehen: wie der Kündigungsschutz im Kleinbetrieb künftig aussehen wird, liegt letztlich in der Hand des zuständigen Senats des BAG. Anderes gilt nur, wenn sich der Gesetzgeber

der Angelegenheit annimmt, doch hätte auch er die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen zu beachten.

II. Der allgemeine Rahmen

In Kleinbetrieben und während der ersten sechs Monate des Arbeitsverhältnisses ist lediglich das KSchG unanwendbar. Andere Bestimmungen, die vor einer Kündigung schützen sollen, bleiben unberührt.

1. Besonderer Kündigungsschutz einzelner Beschäftigtengruppen

Ohne Rücksicht auf die Betriebsgröße gelten die Vorschriften der §§ 9 MuSchG, 18 BErzGG und 15 ff. SchwbG. Obwohl sie einen weit über das KSchG hinausgehenden Eingriff in die »Personalhoheit« des Arbeitgebers darstellen, kennen sie keine Ausnahmen und sind deshalb nach allgemeiner Auffassung auch im Kleinbetrieb anwendbar¹⁰. Vom Schwerbehindertenschutz abgesehen (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 SchwbG), finden diese Bestimmungen auch in den ersten sechs Monaten eines Arbeitsverhältnisses Anwendung. Sonderregeln gelten schließlich auch für Auszubildende: Nach Ablauf der Probezeit, die nach § 13 BBiG ein bis drei Monate beträgt, können sie gem. § 15 Abs. 2 Nr. 1 BBiG nur noch aus wichtigem Grund gekündigt werden; auch dies gilt ohne Rücksicht auf die Betriebsgröße.

Betriebsratsmitglieder unterliegen generell dem Kündigungsschutz nach § 15 KSchG i.V.m. § 103 BetrVG. Theoretisch könnten sie auch in einem Teil der Kleinbetriebe gewählt werden, da § 1 BetrVG die Grenze bei fünf Arbeitnehmern zieht und auch Teilzeitkräfte voll mitrechnet. In der Praxis bedarf es einer atypischen Konstellation, damit in einer so kleinen Einheit eine Interessenvertretung zustande kommt. Von daher ist die Bedeutung der §§ 15 KSchG, 103 BetrVG im hier interessierenden Zusammenhang gering, zumal auch die Wählbarkeit erst nach sechsmonatiger Betriebszugehörigkeit beginnt.

2. Benachteiligungsverbote

Eine Kündigung kann gegen das Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts verstoßen und deshalb nach § 611a BGB unwirksam sein¹¹. Dies ist etwa dann der Fall, wenn an geschlechtsspezifische Eigenschaften wie eine geplante Schwangerschaft¹² oder schlicht an Vorstellungen angeknüpft wird, die »man« sich ohne reale Grundlage über die Leistungsfähigkeit oder den

4 Siche OETKER Der arbeitsrechtliche Bestandsschutz unter dem Firmament der Grundrechtsordnung, 1996; LAKIES DB 1997, 1078 ff.; LÖWISCH BB 1997, 782 ff.; PREIS NZA 1997, 1256 ff.

5 NZA 1998, 469 f., 470 ff.

6 Für Identität mit dem Unternehmensbegriff LÖWISCH BB 1999, 102; ähnlich ErfKomm/ASCHIED 1998, § 23 KSchG Rz. 4, wonach der Kleinbetrieb »vom Arbeitgeber her zu definieren ist«. Für grundsätzliche Einbeziehung auch des Konzerns schon vor der Entscheidung des BVerfG BBLER AuR 1997, 54 (58); sehr viel restriktiver GRACERT-KREUTZFELDT NZA 1998, 567 (569).

7 BVerfG NZA 1998, 470 (471 f.).

8 BGBl. I S. 38 (43); dazu DÄUBLER NJW 1999, 601 ff.

9 GRACERT-KREUTZFELDT NZA 1998, 567 ff.; KITTNER NZA 1998, 731 ff.; FALDER NZA 1998, 1254 ff.

10 ErfKomm/ASCHIED § 23 KSchG Rz. 8; KR-WEIGAND § 23 KSchG Rz. 56a; LÖWISCH KSchG, 7. Aufl. 1997, § 23 Rz. 24 und BB 1997, 782; OETKER AuR 1997, 41 (42).

11 Dazu mit eingehendem Anschauungsmaterial SCHIEK-HORSTRÖTTER NZA 1998, 863 ff.

12 So der Fall ARBGE ELMISHORN EZA § 242 BGB Nr. 40.

III. Das Kündigungsschutzrecht – Der Bestandsschutz auf dem Prüfstand

5. Einschätzung

Die hier skizzierten Kündigungsschranken mögen ihrer großen Zahl wegen beeindruckend wirken. Abgesehen von dem unter 1. skizzierten Sonderkündigungsschutz sind jedoch lediglich atypische Fälle erfaßt, die in der Praxis allenfalls bei extrem böswilligen oder ungeschickten Arbeitgebern denkbar sind³². Dazu kommt, daß die Beweislast trotz aller potentiellen Relativierungen beim Arbeitnehmer bleibt. Wie will man auch nur Anhaltspunkte für eine geschlechtsspezifische Diskriminierung belegen, wenn im Fünf-Personen-Betrieb eine von zwei dort tätigen Frauen gekündigt wird und der Arbeitgeber eine Nachfolgerin sucht? Was geschieht, wenn der sich über den Arbeitnehmer ärgende Arbeitgeber eine »Umorganisation« oder einen Versuch, »mit weniger Leuten auszukommen«, als Grund angibt oder gar auf jede Begründung verzichtet? Was nützt es, daß Homosexualität kein Kündigungsgrund sein kann, wenn der Arbeitgeber jederzeit auf das Argument ausweichen kann, die Zusammenarbeit sei doch weniger ersprießlich als erwartet gewesen? Die entscheidende Lücke liegt ersichtlich darin, daß keinerlei inhaltliche Überprüfung »normaler« Kündigungsgründe erfolgt. Hier könnte ein Anwendungsfeld für die Rechtsprechung des BVerfG liegen.

III. Verfassungsrechtliche Vorgaben für den generellen Kündigungsschutz

Nach Ansätzen in früheren Entscheidungen³³ hat das BVerfG in einem der beiden Beschlüsse zur Kleinbetriebsklausel relativ eingehende Ausführungen zu den Auswirkungen des Art. 12 Abs. 1 GG auf den Kündigungsschutz gemacht³⁴. Da das Gericht jedoch oft bei Andeutungen bleibt und auch nicht immer widerspruchsfrei argumentiert, ist eine nähere Darstellung angezeigt.

1. Das Gebot eines angemessenen Ausgleichs zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen

Nach Auffassung des BVerfG trifft den Gesetzgeber bzw. den an seiner Stelle handelnden Richter eine doppelte Schutzpflicht: Zum einen schützt Art. 12 Abs. 1 GG das Interesse des Arbeitnehmers an einer Erhaltung seines Arbeitsplatzes, zum anderen erfaßt dasselbe Grundrecht (oder die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG) das Interesse des Arbeitgebers, »in seinem Unternehmen nur Mitarbeiter zu beschäftigen, die seinen Vorstellungen entsprechen, und ihre Zahl auf das von ihm bestimmte Maß zu beschränken«³⁵. Für den Gesetzgeber stelle sich damit ein Problem praktischer Konkordanz. Die kollidierenden Grundrechtspositionen seien so zu begrenzen, »daß sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden«.

32 Zu Recht betont ASCHIED (Erf/Komm § 13 KSchG Rz. 21), daß § 138 BGB in der Praxis keine große Rolle spielt.

33 Insbesondere BVerfG NJW 1991, 1667 ff.; BVerfG NZA 1995, 619.

34 BVerfG NZA 1998, 470 ff.

35 BVerfG a.a.O., unter B I 3a der Gründe.

Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes

Im nächsten Abschnitt wird der weite Gestaltungsfreiraum des Gesetzgebers betont, der u.a. über die Gewichtung der einander entgegenstehenden Belange entscheide und ihre Schutzbedürftigkeit bestimme. Eine Verletzung grundrechtlicher Schutzpflichten liege daher nur vor, »wenn eine Grundrechtsposition den Interessen des anderen Vertragspartners in einer Weise untergeordnet wird, daß in Anbetracht der Bedeutung und Tragweite des betroffenen Grundrechts von einem angemessenen Ausgleich nicht mehr gesprochen werden kann.«

Bezogen auf die Grundrechtsposition des einzelnen wird aus der »möglichst weitgehenden Wirksamkeit« auf diesem Weg eine »angemessene Berücksichtigung«. Das Ziel der »praktischen Konkordanz« wird entscheidend relativiert. Unklar bleibt, ob der beschriebene Gestaltungsspielraum nur dem Gesetzgeber zukommt oder ob er auch vom Richter genutzt werden kann, sofern für den Ausgleich der beiderseitigen Interessen keine spezifischen Regeln bestehen und deshalb Generalklauseln konkretisiert werden müssen. Im weiteren Verlauf der Argumentation wird diese Frage implizite bejaht, doch hätte der Beschluß an Transparenz gewonnen, wenn dies ausdrücklich hervorgehoben worden wäre.

Im folgenden wird die durch die Kleinbetriebsklausel für die Betroffenen geschaffene kündigungsschutzrechtliche Situation an diesem Maßstab überprüft und ein Verfassungsverstoß verneint. Dabei werden zunächst die Interessen beider Seiten eingehend beschrieben, vermutlich in der Vorstellung, nur so könne das Abwägungsergebnis am Ende einleuchten.

Auf Arbeitnehmerseite seien »gewichtige Belange« in die Waagschale zu werfen. Der Arbeitsplatz sei die »wirtschaftliche Existenzgrundlage« für den Arbeitnehmer und seine Familie: »Lebenszuschnitt und Wohnumfeld werden davon bestimmt, ebenso gesellschaftliche Stellung und Selbstwertgefühl«³⁶. Mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses werde dieses ökonomische und soziale Beziehungsgeflecht in Frage gestellt. Die Aussichten, einen gleichwertigen Arbeitsplatz zu finden, seien in Zeiten struktureller Arbeitslosigkeit vor allem für den älteren Arbeitnehmer schlecht. Häufig gerate der Betroffene in eine Krise, in der ihm durch die Leistungen der Arbeitslosenversicherung nur teilweise und für einen begrenzten Zeitraum geholfen werde.

Auch das Kündigungsrecht des Kleinunternehmens sei »in hohem Maße« schutzwürdig. Der Geschäftserfolg hänge mehr als bei Großbetrieben von jedem einzelnen Arbeitnehmer ab. Störungen des Betriebsklimas könnten zu Leistungsminderungen führen, die bei geringem Geschäftsvolumen »spürbar auf das Ergebnis durchschlagen«. Typischerweise arbeite der Unternehmer selbst mit, so daß das Vertrauensverhältnis zu jedem seiner Mitarbeiter einen besonderen Stellenwert gewinne. Ein Kleinbetrieb habe außerdem regelmäßig eine geringere Finanzausstattung und sei deshalb nicht in der Lage, Abfindungen zu zahlen oder weniger leistungsfähiges »oder auch nur weniger genehmes« Personal mitzutragen. Schließlich belaste der Verwaltungsaufwand, der mit einem

36 BVerfG a.a.O., unter B I 3b aa der Gründe.

Kündigungsschutzprozeß verbunden sei, den Kleinbetrieb stärker als ein größeres Unternehmen.

Der zwischen diesen Interessen im Kleinbetrieb durch den Gesetzgeber gefundene Ausgleich sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Das größere Risiko eines Arbeitsplatzverlustes sei den Arbeitnehmern angesichts der schwerwiegenden und grundrechtlich geschützten Belange der Arbeitgeber zuzumuten. Dabei falle ins Gewicht, »daß die Arbeitnehmer durch ihre Herausnahme aus dem gesetzlichen Kündigungsschutz nicht völlig schutzlos gestellt« seien. Außerhalb des KSchG würden die zivilrechtlichen Generalklauseln eingreifen, die eine sitten- oder treuwidrige Ausübung des Kündigungsrechts durch den Arbeitgeber ausschließen würden. Dieser Schutz liege allerdings unter dem durch das KSchG gewährten³⁷.

Das Abwägungsergebnis erscheint wenig schlüssig. Wenn für den Arbeitnehmer tatsächlich die wirtschaftliche und soziale Existenz auf dem Spiel steht, beim Arbeitgeber jedoch nur eine »Zusatzbelastung« droht, wäre es an sich zwingend, zumindest naheliegend, von einem prinzipiellen Kündigungsverbot auszugehen, das in besonderen Fällen, z. B. bei »dringenden betrieblichen Erfordernissen«, durchbrochen werden könnte. Die sehr viel stärkere Betroffenheit des Arbeitnehmers wird aus den Ausführungen des Gerichts deutlich, ohne daß daraus auch nur ansatzweise irgendeine Konsequenz gezogen würde. Das methodische Vorgehen ähnelt dem bei der praktischen Konkordanz: Ein außerordentlich arbeitnehmerfreundlich klingender Obersatz bleibt praktisch folgenlos und wird unter der Hand in einen Minimalschutz verwandelt. Zu früheren Zeiten hätte man solche Ausführungen als schlichte Ideologieproduktion denunziert: Es wird ein hehres Bild an die Wand gemalt, das eine höchst bescheidene Wirklichkeit überdecken soll.

Die Unschlüssigkeit der Argumentation wäre dann vermieden worden, hätte man nicht nur die Interessen des potentiell zu kündigenden Arbeitnehmers und die des (kleinen) Arbeitgebers gegenübergestellt. Die Realität wäre viel besser erfaßt worden, hätte man auch die Arbeitsplatzinteressen der übrigen Beschäftigten berücksichtigt. Führt ein durch einen »Ausreißer« verursachter schlechter Geschäftsgang dazu, daß auch ihre Arbeitsplätze gefährdet sind, ist die Kündigung z. B. eines erheblich Leistungsgeminderten eher plausibel. Wie dem auch sei: Unter den gegebenen Umständen muß sich die Rechtspraxis damit abfinden, daß das BVerfG von einer wenn auch angreifbaren Grundlage aus bestimmte Vorgaben gemacht hat, die bei der Rechtsanwendung zu beachten sind.

2. Die Handhabung der zivilrechtlichen Generalklauseln

Nach Auffassung des BVerfG ist der Arbeitnehmer im Kleinbetrieb den Kündigungen deshalb nicht »schutzlos ausgeliefert«, weil er sich auf die zivilrechtlichen Generalklauseln stützen kann. Für ihre Handhabung nennt das

37 BVerfG a.a.O., unter B I 3 b cc der Gründe.

Gericht eine Reihe wichtiger Markierungspunkte. Allerdings betont es ausdrücklich, wie weit der Schutz im einzelnen reiche, sei von den Arbeitsgerichten zu entscheiden.

a) Das Abstandsgebot

Ausgangspunkt für die Konkretisierung der §§ 138, 242 BGB ist der »Respekt vor der gesetzgeberischen Eingrenzung des gesetzlichen Kündigungsschutzes durch § 23 Abs. 1 KSchG«. Der durch die Generalklauseln vermittelte Schutz dürfe nicht dazu führen, »daß dem Kleinunternehmer praktisch die im Kündigungsschutzgesetz vorgesehenen Maßstäbe der Sozialwidrigkeit auferlegt werden³⁸«.

Die vom BVerfG in Übereinstimmung mit dem BAG eingenommene Position läßt sich jedenfalls nicht mit dem Wortlaut des § 23 Abs. 1 KSchG begründen. Dieser beschränkt sich darauf, die §§ 1 – 14 KSchG für unanwendbar zu erklären, klammert also die Kleinbetriebe aus dem potentiellen Anwendungsbereich des Gesetzes aus. Strukturell ist dies nichts anderes als das, was § 1 BetrVG für Kleinbetriebe mit weniger als fünf Arbeitnehmern und § 117 Abs. 2 BetrVG für die im Flugbetrieb beschäftigten Arbeitnehmer von Luftfahrtunternehmen tun. Dort ist aber dem Gesetz nicht zu entnehmen, wie eine ggf. durch Tarifvertrag geschaffene Betriebsverfassung in den ausgeklammerten Bereichen aussehen solle³⁹. Niemand hat überdies bislang behauptet, die Ausklammerung des »Verträge auf dem Gebiet des Arbeitsrechts« in § 23 Abs. 2 AGB-Gesetz habe zur Folge, daß die Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen hinter dem durch das AGB-Gesetz für Verbraucherverträge vorgesehenen zurückbleiben müsse⁴⁰. Ähnliches gilt für die mittlerweile aufgehobenen arbeitsschutzrechtlichen Bestimmungen in der GewO: Ihre Beschränkung auf Gewerbebetriebe hat nie zur Annahme eines rechtlichen Gebots in der Richtung geführt, freie Berufe oder der öffentliche Dienst müßten einen Arbeitsschutz zweiter Klasse praktizieren. Im Bereich der Kleinbetriebe mag es wegen der besonderen Betroffenheit von Arbeitgebergrundrechten geboten sein, den Schutzstandards des KSchG nicht einfach zu übernehmen; dies als zwingendes Gebot aus § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG abzuleiten, scheint nicht überzeugend.

b) Differenzierungsgebot

Die zweite Aussage des BVerfG zur Handhabung der zivilrechtlichen Generalklauseln besteht darin, daß der Grundrechtsschutz des Arbeitnehmers um so schwächer wirke, »je stärker die mit der Kleinbetriebsklausel geschützten Grundrechtspositionen des Arbeitgebers im Einzelfall betroffen« seien⁴¹. Konkret bedeutet dies, daß man auch innerhalb der Kleinbetriebe differen-

38 Siehe Fn. 37.

39 Siehe etwa die Nachweise bei FITTING/KAISER/HEITHER/ENGELS BetrVG, Handkommentar, 19. Aufl. 1998, § 1 Rz. 253, § 117 Rz. 2.

40 Zur Diskussion um Sinn und Tragweite des § 23 Abs. 1 siehe PREIS Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 1993, S. 237 ff.

41 Siehe oben Fn. 37.

zieren muß: Sich vom einzigen Arbeitnehmer wegen einer Störung des Vertrauensverhältnisses zu trennen, muß leichter möglich sein als ein entsprechender Personalabbau in einer kleinen Einheit mit drei Vollzeit- und vier Halbtagsbeschäftigten. Vom Ansatz her ist diese Vorgehensweise sicherlich berechtigt, weil sie das Gewicht der grundrechtlichen Betroffenheit ins Spiel bringt. In der Entscheidung zur sog. Warteschleife hatte das BVerfG zu Recht denselben Ansatz in bezug auf die Arbeitnehmerseite praktiziert⁴². Danach war die automatische Beendigung von Arbeitsverhältnissen durch den Einigungsvertrag nur dann mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar, wenn für bestimmte Problemgruppen wie insbesondere Schwerbehinderte, ältere Arbeitnehmer und Alleinerziehende kompensatorische Mechanismen vorgesehen waren, die eine Re-Integration in das Arbeitsleben erleichterten. Dieser Gedanke muß auch auf den vorliegenden Zusammenhang übertragen werden: Bei der Abwägung der Interessen der Beteiligten muß berücksichtigt werden, daß einzelne Beschäftigte wie insbesondere ältere Arbeitnehmer und solche mit zusätzlichen Familienpflichten durch eine Kündigung besonders hart getroffen werden, weil ihre Chancen auf dem Arbeitsmarkt deutlich geringer als die anderer Arbeitnehmer sind.

c) Beispielhafte Hinweise

»In sachlicher Hinsicht« – so das BVerfG⁴³ – gehe es »vor allem« darum, Arbeitnehmer vor willkürlichen oder auf sachfremden Motiven beruhenden Kündigungen zu schützen. Im Anschluß an OETKER und PREIS werden diskriminierende Kündigungen i.S.v. Art. 3 Abs. 3 GG genannt.

Soweit unter mehreren Arbeitnehmern eine Auswahl zu treffen sei, gebiete der verfassungsrechtliche Schutz des Arbeitsplatzes in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip ein »gewisses Maß an sozialer Rücksichtnahme«. Dieses wird nicht näher eingegrenzt.

Bei der Bestimmung des Bestandsschutzes dürfe auch ein durch langjährige Mitarbeit erdientes Vertrauen in den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses nicht unberücksichtigt bleiben.

Schließlich wird betont, daß die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im gerichtlichen Verfahren von besonderer Bedeutung sei. Zwar könne die Beweislastregel des § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG nicht entsprechend auf den hier interessierenden Bereich übertragen werden, doch biete das Prozeßrecht für eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast »geeignete Handhaben«.

Die Ausführungen des Gerichts lassen den Arbeitsgerichten bewußt erhebliche Spielräume. Gleichzeitig wird deutlich, daß das BVerfG mit vorsichtigen Worten ein verfassungsrechtlich gebotenes »Minimum« umschreibt, das bei der Konkretisierung der §§ 138, 242 BGB auf alle Fälle zu wahren ist. Wie dieses im einzelnen beschaffen ist, soll nunmehr etwas näher bestimmt werden.

42 BVerfG NJW 1991, 1667 (1669).

43 Siehe oben Fn. 37.

IV. Praktische Konsequenzen

1. Das Verbot der grundlosen Kündigung

Durch die Entscheidung für einen (abgeschwächten) Bestandsschutz auch in Kleinbetrieben hat das BVerfG die traditionelle Rechtsprechung des BAG hinfällig gemacht, wonach Umstände, die eine soziale Rechtfertigung i.S.d. § 1 Abs. 2 KSchG begründen könnten, im Kleinbetrieb aus der Betrachtung auszuschließen sind⁴⁴. Das BVerfG hat insoweit mit der Tradition gebrochen⁴⁵ und Neuland betreten⁴⁶. Gerade durch seine hinter dem KSchG zurückbleibenden Vorgaben hat das Gericht zudem das herkömmliche Argument widerlegt, ein gewisses Maß an Bestandsschutz führe zu einer faktischen Ausdehnung des KSchG auf Kleinbetriebe. Im übrigen ist nicht zu übersehen, daß sich in der Rechtsprechung des BAG bereits Auflockerungserscheinungen gezeigt hatten: So kann man etwa die Kündigung wegen Homosexualität⁴⁷ auch als Kündigung betrachten, die wegen eines »in der Person liegenden« und deshalb von § 1 Abs. 2 KSchG erfaßten Grundes erfolgte⁴⁸.

Wie hoch die Anforderungen an den Kündigungsgrund sein müssen, ist damit nicht entschieden. Das BAG hat in anderem Zusammenhang betont, der bloße subjektive Vertrauensverlust des Arbeitgebers gegenüber einem Arbeitnehmer könne keine Kündigung rechtfertigen; wollte man Derartiges annehmen, sei Art. 12 Abs. 1 GG verletzt⁴⁹. Daraus läßt sich schließen, daß eine objektive Störung des Arbeitsverhältnisses vorliegen muß und irgendwelche Vorlieben des Arbeitgebers, dem das Auftreten des Arbeitnehmers nicht sympathisch ist oder der gern »neue Gesichter sehen« möchte, ohne Bedeutung sind. Dies wird auch mit der Formel vom Verbot »willkürlicher« Kündigung nahegelegt.

Im Zusammenhang mit Kündigungen nach dem Einigungsvertrag hat das BVerfG weitere wichtige Gesichtspunkte aus Art. 12 Abs. 1 GG abgeleitet. Diese Verfassungsbestimmung sei verletzt, wenn man bei der Beurteilung der persönlichen Eignung ausschließlich auf das Verhalten vor der Wiedervereinigung abstelle; auch begründe die »für Verbleib und Aufstieg im öffentlichen Dienst der DDR notwendige und übliche Loyalität und Kooperation« für sich allein keine mangelnde Eignung⁵⁰. Auf den vorliegenden Zusammenhang übertragen, bedeutet dies, daß Kündigungsgründe »schlüssig« in dem Sinne sein müssen, daß sie nicht nur einen Teil des zum Anlaß genommenen Lebenssachverhalts berücksichtigen dürfen. Würde sich etwa ein Arbeitnehmer weigern, Überstunden abzuleisten, so wäre bei einer darauf gestützten

44 Zu dieser Rechtsprechung siehe oben II 4.

45 KITTNER NZA 1998, 731 (732).

46 GRACERT-KREUTZFELDT NZA 1998, 567, die dies allerdings kritisieren. Zum Ganzen bereits OETKER (oben Fn. 4), S. 35 ff.

47 Siehe oben Fn. 30.

48 Ebenso DÄUBLER Arbeitsrecht 2, Rz. 1016 a.E.; PREIS NZA 1997, 1256 (1264).

49 BAG NZA 1995, 269 (271); zustimmend PREIS NZA 1997, 1256 (1258).

50 BVerfG NZA 1995, 619.

Kündigung auch zu berücksichtigen, daß er in der zurückliegenden Zeit sehr viel (oder sehr wenig) Mehrarbeit geleistet hat. Ähnlich wäre bei Kündigung wegen Krankheit vorzugehen. Die Tatsache, daß im Einigungsvertrag in Form der mangelnden persönlichen Eignung von vorneherein ein Kündigungsgrund vorliegen mußte, ist ohne Bedeutung, da das BVerfG nicht etwa den Einigungsvertrag auslegte, sondern den näheren Inhalt des Art. 12 Abs. 1 GG bestimmte.

Der Ausschluß von Subjektivismen und die Schlüssigkeit der Begründung bilden als solche nur einen sehr allgemeinen Rahmen. Im Einzelfall ist dem allgemeinen Ansatz des BVerfG entsprechend danach zu fragen, wie sehr der Arbeitnehmer durch eine Kündigung betroffen und wie stark der Arbeitgeber durch die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses belastet wäre⁵¹. Wie die »abgeschwächte Inhaltskontrolle der Kündigung«⁵² bzw. der »Kündigungsschutz zweiter Klasse«⁵³ im einzelnen beschaffen ist, muß die künftige Praxis der Arbeitsgerichte erweisen. Immerhin hat das BVerfG noch eine Reihe weiterer Vorgaben gemacht.

2. Auswahlentscheidungen

Im Einzelfall kann sich auch im Kleinbetrieb das Problem stellen, wer von mehreren vergleichbaren Arbeitnehmern gekündigt wird. Zu denken ist etwa an eine kleine Spedition, die vier Fahrer beschäftigt, von denen einer entlassen werden soll. Durch die Herabsetzung des Schwellenwerts von zehn auf fünf Beschäftigte sind allerdings derartige Konstellationen sehr viel seltener geworden; in der Mehrzahl der Fälle dürfte es schwierig sein, auch nur einen einzigen »vergleichbaren« Arbeitnehmer zu finden.

Aus der Entscheidung des BVerfG zur Kleinbetriebsklausel folgt nur, daß soziale Gesichtspunkte eine Rolle spielen müssen⁵⁴. Welchen Rang sie haben müssen, ist damit nicht gesagt. GRAGERT-KREUTZFELDT verlangen vom Arbeitgeber eine soziale Auswahl, die nicht »grob fehlerhaft« i.S.d. damals geltenden § 1 Abs. 5 KSchG sein dürfe⁵⁵. Hierfür fehlt jedoch eine ausreichende rechtliche Basis⁵⁶, zumal die Verfasser einen solchen Fall nur dann annehmen, wenn alle drei klassischen Kriterien (Lebensalter, Dauer der Betriebszugehörigkeit, Unterhaltspflichten) nicht ausreichend beachtet wurden. Konkretere Anforderungen enthält demgegenüber die Rechtsprechung des BAG zu den Kündigungen nach dem Einigungsvertrag wegen mangelnden Bedarfs, bei denen die Vorschrift des § 1 Abs. 3 KSchG gleichfalls keine Anwendung findet⁵⁷. Richtig wird betont, daß der Maßstab von Treu und Glauben bestehen bleibe, soweit es

51 Zum Gebot der Differenzierung siehe oben III 2 b.

52 MünchArbR/WANK § 116 Rz. 149.

53 HANAU ZRP 1996, 349 (353); Siehe auch OETIKER (oben Fn. 4) S. 35 ff.

54 Ebenso KITTNER NZA 1998, 731 (732); ähnlich FALDER NZA 1998, 1256, wonach eine »völlige Außerachtlassung« verboten sei.

55 GRAGERT-KREUTZFELDT NZA 1998, 568.

56 Dagegen auch FALDER NZA 1998, 1254.

57 BAG NZA 1996, 585 ff.; BAG NZA 1997, 604 ff.

beim Kündigungsschutz an einer gesetzlichen Konkretisierung fehle⁵⁸. Daraus leitete das Gericht ab, daß die dienstlichen Belange (keine überflüssigen Arbeitskräfte zu bezahlen) mit den sozialen Belangen der Betroffenen abzuwägen seien. Bei letzteren komme es insbesondere auf das Lebensalter und die Unterhaltspflichten an, während die Dauer der Betriebszugehörigkeit angesichts der spezifischen Situation in der früheren DDR keine wesentliche Rolle spielen könne. Damit sind in etwas pauschalerer Form die Kriterien aufgegriffen, die sich in § 1 Abs. 3 Satz 1 (soziale Aspekte) und Satz 2 (entgegenstehende betriebliche Belange) finden. Aus der Formulierung muß man schließen, daß der Arbeitgeber größere Einschätzungsspielräume als im Anwendungsbereich des § 1 Abs. 3 KSchG hat; wollte er aber beispielsweise einem der drei Hauptgesichtspunkte gar keine Bedeutung beimessen oder einen erlittenen Arbeitsunfall völlig ignorieren, wäre die Kündigung wegen Verstoßes gegen § 242 BGB unwirksam. Die Übertragung dieser Rechtsprechung auf den vorliegenden Zusammenhang ist auch deshalb geboten, weil sich das BAG entscheidend auf Verfassungsbestimmungen, d.h. das Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG und den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG stützt, die im Kleinbetrieb in gleicher Weise wie im Rahmen des Einigungsvertrags Beachtung verlangen. Daß letzterer einen bestimmten Sachgrund verlangt, ist für das Problem der Auswahl ohne Bedeutung⁵⁹.

3. Berücksichtigung der Betriebszugehörigkeit

Die Aussage des BVerfG, das »durch langjährige Mitarbeit erdiente Vertrauen in den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses« müsse berücksichtigt werden, hat Widerspruch gefunden: Allein der Zeitablauf könne außerhalb des Anwendungsbereichs des KSchG keinen Vertrauenstatbestand schaffen⁶⁰. Dem kann schon deshalb nicht zugestimmt werden, weil das BAG bei der Beurteilung des »sachlichen Grundes« für eine Befristung seit langem den gegenteiligen Standpunkt einnimmt: Je häufiger ein befristetes Arbeitsverhältnis verlängert wird, um so höher sind die Anforderungen, die an den »sachlichen Grund« zu stellen sind⁶¹. Bei langer Dauer der Tätigkeit muß schließlich sogar die Berufung des Arbeitgebers auf die (besonders stark geschützte) Rundfunkfreiheit zurücktreten⁶². Wer über längere Zeit hinweg beim selben Arbeitgeber tätig ist, kann somit damit rechnen, nicht ohne jeden Grund nach Hause geschickt zu werden. Dies mag sich nicht bruchlos in die übrigen Fälle der »Vertrauenshaftung« einfügen, im Arbeitsrecht gibt es jedenfalls einen solchen Grundsatz. Von daher hat sich das BVerfG in diesem Punkt nicht vom Status quo entfernt⁶³.

Im einzelnen lassen sich daraus Konsequenzen in zwei Richtungen herleiten.

58 So in wörtlich übereinstimmender Formulierung BAG NZA 1996, 585 (588); BAG NZA 1997, 604 (605).

59 Anders LÖWISCH BB 1997, 782 (788).

60 So FALDER NZA 1998, 1254 (1256); GRAGERT-KREUTZFELDT NZA 1998, 567 (569).

61 BAG AP Nr. 141 und 149 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

62 BAG AP Nr. 180 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

63 Vgl. auch KITTNER NZA 1998, 731 (733), der Fn. 19 mit Recht darauf abstellt, bei langfristiger Tätigkeit würden »höhere Abwanderungskosten« entstehen.

III. Das Kündigungsschutzrecht – Der Bestandsschutz auf dem Prüfstand

Zum einen muß bei langjährig Beschäftigten der Kündigungsgrund gewichtiger sein als bei Personen, die erst kurz beim Arbeitgeber beschäftigt sind; insofern handelt es sich um ein Element, das in die Interessenabwägung eingeht⁶⁴. Die »Grundrechtsbetroffenheit« des Arbeitnehmers ist in einem solchen Fall eine sehr viel stärkere⁶⁵.

Die langjährige Betriebszugehörigkeit kann zum zweiten Anhaltspunkt dafür sein, daß durch konkludente Vertragsergänzung ein gewisses Maß an Bestandsschutz geschaffen wurde. Vom Grundsatz her ist anerkannt, daß durch arbeitsvertragliche Abmachung der Kündigungsschutz zeitlich vorgezogen⁶⁶ oder auf Kleinbetriebe erstreckt werden kann⁶⁷. Geht man einmal davon aus, daß in Kleinbetrieben häufig keine schriftlichen Arbeitsverträge abgeschlossen werden, so könnte man an eine ergänzende Vertragsauslegung in der Richtung denken, daß nach drei oder fünf Jahren nur noch aus Gründen gekündigt werden kann, die grundsätzlich auch nach dem KSchG ausreichen würden. Eine solche Herangehensweise ist anders als im angloamerikanischen Bereich für uns eher atypisch⁶⁸, doch sollte man gerade im Rahmen relativ wenig formalisierter Beziehungen auch über einen solchen Weg nachdenken.

4. Einzelfälle und Beweisfragen

Will der Arbeitgeber wegen einer Pflichtverletzung des Arbeitnehmers kündigen, so scheiden jedenfalls alle diejenigen Verstöße aus, die im Geltungsbereich des KSchG nicht einmal eine Abmahnung rechtfertigen würden⁶⁹. Wegen Lappalien darf das Arbeitsverhältnis auch in Kleinbetrieben nicht in Gefahr kommen. Übersteigt die Pflichtverletzung dieses Niveau, so hängt es von den Umständen ab, ob sofort gekündigt werden kann oder ob auch hier eine Abmahnung vorausgehen hat. Letzteres wird dann anzunehmen sein, wenn dem Betrieb keine wesentlichen Nachteile entstanden sind und wenn auch die Zusammenarbeit mit der Person des Arbeitgebers nicht unmittelbar betroffen ist.

Bei krankheitsbedingten Gründen werden die allgemeinen Maßstäbe⁷⁰ häufiger zur Bejahung der Kündigungsmöglichkeit führen, da die betrieblichen Auswirkungen spürbarer und in vielen Fällen schwerer zu überwinden sind.

64 So der Tendenz nach auch KITTNER NZA 1998, 731 (733); a.A. GRAGERT-KREUTZFELDT NZA 1998, 567 (569).

65 Zu der Notwendigkeit, insoweit zu differenzieren, siehe oben III 2 b.

66 BAG EzA § 1 KSchG Nr. 5, 24. Überblick über solche Fälle bei KITTNER-DÄUBLER-ZWANZIGER, Kündigungsschutzrecht, 4. Aufl. 1999, Einl. Rz. 160.

67 ErfKomm/ASCHEID § 23 KSchG Rz. 12; KR-WEIGAND § 23 KSchG Rz. 27; LÖWISCH BB 1997, 782 (790), PREIS NZA 1997, 1256 (1269).

68 Zur ergänzenden Vertragsauslegung im Arbeitsvertragsrecht siehe PREIS Grundfragen der Vertragsgestaltung, a.a.O., S. 369 ff.

69 Überblick über solche Fälle bei KITTNER-DÄUBLER-ZWANZIGER Kündigungsschutzrecht, 4. Aufl. 1999, Einl. Rz. 160.

70 KR-ETZEL § 1 KSchG Rz. 343 ff.; KITTNER-DÄUBLER-ZWANZIGER § 1 KSchG Rz. 72 ff.

Zur Handhabung dieser Kriterien siehe ARB G GELSENKIRCHEN AuR 1999, 38 mit Anm. DÄUBLER.

Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes

Daß arbeitsbedingte Erkrankungen, insbesondere Arbeitsunfälle, eine Sonderbehandlung verdienen, gilt allerdings auch hier⁷¹.

Bei betriebsbedingten Kündigungen stellt sich in der Regel nur ein Auswahlproblem⁷², da die unternehmerischen Dispositionen als solche keine geringeren Schutz als unter dem KSchG genießen. Allerdings sind Fälle denkbar, in denen ein Kleinunternehmer seine Aufgaben aufs gröblichste mißachtet⁷³, in einer solchen Situation wäre zu überlegen, ob eine Entscheidung für Personalabbau nicht als grob unsachlich oder willkürlich außer Betracht bleiben soll⁷⁴. Ob man weitergehen und mit Rücksicht auf die persönliche Verbundenheit zwischen mitarbeitendem Chef und Beschäftigten auch verlangen will, daß die Beteiligten eine »Durststrecke« gemeinsam durchstehen müssen, scheint wenig erörtert zu sein.

Bei der Interessenabwägung ist insbesondere die Dauer der Betriebszugehörigkeit zu berücksichtigen⁷⁵. Daß dies notwendig ist, folgt schon aus dem vom BVerfG herausgestellten Differenzierungsgebot⁷⁶.

Bezüglich der Beweislast kann § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG nach BVerfG keine entsprechende Anwendung finden. Es ist daher Sache des Arbeitnehmers, darzulegen, daß die hier skizzierten Voraussetzungen einer Kündigung nicht vorliegen, beispielsweise rein subjektive Erwägungen maßgebend waren. Soweit es dabei um Umstände geht, die in der Sphäre des Arbeitgebers liegen, hat dieser zu substantiieren, weshalb er aus anderen (und legitimen) Gründen gekündigt hat. Ob er diese im einzelnen belegen muß, hängt von ihrer Natur ab; geht es um die wirtschaftliche Situation des Betriebs, wird er beweislaster sein, während man vom Arbeitnehmer u.U. verlangen kann, eine behauptete Pflichtverletzung zu widerlegen. Einzelheiten bedürfen der gesonderten Untersuchung, die u.a. auch einzubeziehen hätte, wann Erfahrungssätze zu einem Anscheinsbeweis führen, der nur durch Darlegung anderer Umstände ausgeräumt werden kann.

5. Situation während der ersten sechs Monate

Die hier skizzierten Regeln gelten im Grundsatz auch während der Wartefrist des § 1 Abs. 1 KSchG. Allerdings spielt die Dauer der Betriebszugehörigkeit als »Verfestigungselement« keine Rolle; auch ein Auswahlproblem wird selten auftauchen. Bei den Anforderungen an den Kündigungsgrund wird der Arbeitnehmer allerdings für sich ins Feld führen können, daß es an der spezifischen Schutzbedürftigkeit des Klein-Arbeitgebers fehlt. Soweit nicht mangelnde Bewährung in Rede steht, müssen die Gründe daher ein höheres Gewicht als im Kleinbetrieb haben.

71 Näher dazu DÄUBLER Arbeitsrecht 2, Rz. 1091 ff.; PELÜGER DB 1995, 1764 ff.

72 Dazu oben 2.

73 Siehe den bei DÄUBLER AuA 1998, 87 mitgeteilten Fall.

74 Zur Handhabung dieser Kriterien siehe ARB G GELSENKIRCHEN AuR 1999, 38 mit Anm. DÄUBLER.

75 Dazu oben 3.

76 Siehe oben III 2 b.

III. Das Kündigungsschutzrecht – Der Bestandsschutz auf dem Prüfstand

V. Einschätzung

Das BVerfG hat dem Rechtsanwender keine einfache Aufgabe gestellt. Auch wenn man die gelieferten »Versatzstücke« getreulich umzusetzen versucht, bleiben viele weiße Flächen bestehen. Insoweit war das Gericht zurückhaltender als in seinen Entscheidungen zum Einigungsvertrag, wo es aus Art. 12 Abs. 1 sehr viel konkretere Anforderungen hergeleitet hat. Dennoch ist deutlich geworden, daß die Rechtsprechung vor einer zwar schwierigen, aber nicht unlösbaren Aufgabe steht. Die hier versuchte Konkretisierung versteht sich als Vorschlag, der im Rahmen des Möglichen die Rechtsanwendung erleichtern soll. Es gehört zum richterlichen Beruf, daß man sich trotz 50jähriger Tradition immer wieder neuen Herausforderungen stellen muß. Hierin mag für viele auch der Reiz ihrer Profession liegen.