Weniger Kündigungsschutz im Kleinbetrieb

Vor einigen Monaten konnte man in der Fernsehsendung „Kontraste" einige Interviews zum Kündigungsschutz sehen. Ein Friseur wurde befragt, ein Gastwirt und ein Malermeister. Alle drei hatten jeweils fünf Beschäftigte und erklärten, eigentlich auch Arbeit für sechs oder sieben zu haben. Neueinstellungen kämen für sie aber nicht in Betracht, denn dann würde ihr Betrieb unter das Kündigungsschutzgesetz fallen. „Dann kann ich nicht mehr kündigen," meinte der Malermeister, „auch wenn ich in zwei Jahren viel weniger Aufträge habe." Die beiden andern sahen dies ähnlich; einer meinte, wenn's ganz schlecht gehe, könne man Leute wieder loswerden, „aber nur gegen hohe Abfindungen."

Die Konsequenz ist klar: Man muss den „Schwellenwert" für das Eingreifen des KSchG heraufsetzen, also die sog. Kleinbetriebsklausel des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG ändern. Dass die Arbeitgeber den „Kündigungsschutz" wörtlich genommen und so eine groteske Fehlvorstellung entwickelt hatten, kümmert niemanden. Auch die Fernsehredaktion hielt es nicht für erforderlich, sich ein wenig sachkundig zu machen. Dabei weiß jeder Arbeitsrechtler, aber auch jeder Betriebspraktiker auf Arbeitgeber- wie auf Arbeitnehmerseite, dass eine Kündigung auch unter dem KSchG immer möglich bleibt, wenn nicht mehr genügend Arbeit da ist, wenn der Arbeitnehmer seine Pflichten erheblich verletzt oder wenn er in gravierendem Umfang durch Krankheit ausfällt. Doch was soll's: Auch Fehlvorstellungen können ja (angeblich) von Neueinstellungen abhalten und deshalb muss man – so die Bundesregierung – die Schwelle für das Eingreifen des KSchG über die bisherigen fünf Arbeitnehmer hinaus anheben.

Gesetzentwürfe von Regierung und Opposition

Nach viel internem Hin und Her entschloss sich die Bundesregierung, die Voraussetzungen für das Eingreifen des KSchG zu verändern. Personen, die ab dem 1. 1. 2004 auf der Grundlage eines befristeten Arbeitsvertrags eingestellt werden, sollen nicht mehr mitzählen.[1] Dies warf eine Reihe von Folgefragen auf wie z. B. die, wie eigentlich ein gekündigter Arbeitnehmer beweisen sollte, dass die Befristung eines Kollegen zu Unrecht erfolgt und deshalb in Wahrheit die 5-Personen-Grenze überschritten war. Die Opposition wollte demgegenüber den Grenzwert generell heraufsetzen. Nach dem Gesetzesantrag des Freistaates Bayern im Bundesrat[2] sollte das KSchG erst eingreifen, wenn der Betrieb in der Regel zwanzig Arbeitnehmer beschäftigte. Damit wären – so der Gesetzesantrag in seinen einleitenden Bemerkungen – fast 90 % aller Unternehmen aus dem Anwendungsbereich des KSchG herausgefallen. Dies dürfte – grob geschätzt – in etwa die Hälfte aller Beschäftigten ausmachen.

Die Endfassung des Vermittlungsausschusses

Der Vermittlungsausschuss fand eine inzwischen Gesetz gewordene Lösung. In § 23 Abs. 1 KSchG wurde ein Satz 3 eingefügt, der wie folgt lautet:

> „In Betrieben und Verwaltungen, in denen in der Regel zehn oder weniger Arbeitnehmer ausschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten beschäftigt werden, gelten die Vorschriften des Ersten Abschnitts mit Ausnahme der §§ 4 bis 7 und des § 13 Abs. 1 Satz 1 und 2 nicht für Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis nach dem 31. 12. 2003 begonnen hat; diese Arbeitnehmer sind bei der Feststellung der Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer nach Satz 2 bis zur Beschäftigung von in der Regel zehn Arbeitnehmern nicht zu berücksichtigen."

Diese – wenig verbraucherfreundlich formulierte – Bestimmung enthält ersichtlich eine Sonderregelung für Betriebe bis einschließlich zehn Arbeitnehmern. Wer dort ab dem 1. 1. 2004 eingestellt wird, fällt nicht unter das KSchG und zählt bei der Bestimmung der Betriebsgröße nicht mit. Dabei dürfte es auf den vertraglich vereinbarten Arbeitsbeginn ankommen.

Beispiel: Handwerksmeister H beschäftigt sieben Mitarbeiter und stellt im März 2004 wegen steigender Aufträge zwei weitere ein. Sie stehen kündigungsrechtlich so, als wären sie in einem Kleinbetrieb mit fünf oder weniger Arbeitnehmern tätig.

Am Kündigungsschutz der (in unserem Fall: sieben) Stammkräfte ändert sich nichts. Scheidet davon eine Person aus und wird sie durch einen Neueingestellten ersetzt, so fällt dieser gleichfalls aus dem Anwendungsbereich des KSchG heraus. Der Kündigungsschutz unterliegt so einem Erosionsprozess.

Hatte H nur vier Arbeitskräfte und stellt er nun drei weitere ein, so „wächst" er nicht in den Kündigungsschutz hinein. Da die Neuen nicht mitzählen, beschäftigt er kraft gesetzlicher Fiktion weiterhin lediglich vier Personen.

---

1) BT-Drucksache 15/1204, S. 6: „Bis zum 31. Dezember 2008 sind bei der Feststellung der Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer nach Satz 2 Arbeitnehmer mit befristetem Arbeitsvertrag nicht zu berücksichtigen, wenn das Arbeitsverhältnis nach dem 1. 1. 2004 begonnen hat."

2) Drucksache 701/03 vom 25. 9. 2003.

Dies alles ändert sich, wenn die Zahl 10 überschritten ist. Dann zählt jeder mit und auch die Neueingestellten fallen unter das KSchG.

Besondere Probleme können sich bei schwankender Betriebsgröße ergeben. Wie das Betriebsverfassungsrecht stellt § 23 Abs. 1 KSchG darauf ab, wie viele Arbeitnehmer „in der Regel" im Betrieb beschäftigt sind. Maßgebend ist die „typische", die „normale" Betriebsgröße; vorübergehende „Ausschläge" nach oben oder unten spielen keine Rolle.

H beschäftigte seit Anfang 2002 insgesamt sechs Arbeitnehmer, hat jedoch zum 31. 12. 2003 einen davon entlassen, der auch keine Kündigungsschutzklage erhob. Im Februar 2004 nimmt H eine Neueinstellung vor, die ja nach neuem Recht nicht mitzählt. Dies ändert jedoch nichts daran, dass er „in der Regel" sechs Beschäftigte hat; die verbliebenen fünf haben weiter Kündigungsschutz. Auf das nahe liegende Argument, es handle sich um eine „Rechtsfolgenerschleichung", weil die Kündigung nur erfolgte, um unter die Kleinbetriebsklausel zu fallen, kommt es nicht an.

Sinkt die Zahl der regelmäßig Beschäftigten auf fünf oder weniger ab, so tritt, wie schon nach bisheriger Rechtslage, ein Verlust des Kündigungsschutzes ein. Dabei kommt es aber auf die Anzahl der tatsächlich Beschäftigten an: Der Sinn der Neuregelung besteht darin, Neueinstellungen nicht durch „Hineinwachsen" in das KSchG zu erschweren. Das „Herausfallen" soll dagegen nicht erleichtert werden.

Von den sieben Beschäftigten, die H Ende 2003 hatte, scheiden im Laufe des Jahres 2004 drei aus, die er durch neue Mitarbeiter ersetzt. Die vier verbliebenen „Stammkräfte" behalten ihren Kündigungsschutz; H kann ihn nicht mit dem Argument in Frage stellen, die Neuen würden nicht mitzählen, deshalb seien „in der Regel" nur noch vier Arbeitnehmer bei ihm tätig.

Sinkt ein Betrieb, der unter dem neuen Recht die Schwelle „zehn" überschritten hat, wieder auf neun oder acht ab, so bleibt der erworbene Kündigungsschutz der verbliebenen Beschäftigten bestehen. Hinzukommende sind jedoch vom KSchG so lange ausgenommen, bis der Betrieb wieder in der Regel mehr als zehn Beschäftigte hat.

Verfassungskonforme Auslegung der Kleinbetriebsklausel

Nach der Rechtsprechung des BVerfG lässt sich die Herausnahme bestimmter „Einheiten" aus dem Kündigungsschutz im Hinblick auf den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG nur dann rechtfertigen, wenn die (für den Gesetzgeber) maßgebenden Gründe im Regelfall vorliegen. Maßgebend für die „Kleinbetriebsklausel" sind jedoch eigentlich unternehmensbezogene Tatsachen: Der Geschäftserfolg muss stärker als bei größeren Einheiten vom Einsatz jedes Einzelnen abhängen, die wirtschaftliche Belastbarkeit ist geringer, der mit einem Kündigungsschutzverfahren verbundene Verwaltungsaufwand schwerer zu bewältigen.[3] Dies hat das BVerfG zu einer engen Auslegung der Kleinbetriebsklausel veranlasst: Nur dort, wo der Betrieb im Wesentlichen das gesamte Unternehmen ausmacht, lässt sich die Herausnahme aus dem KSchG rechtfertigen.[4] Eine Fünf-Personen-Niederlassung von Siemens mag zwar ein eigener Betrieb sein, vom Kündigungsschutz bleibt sie nicht „verschont".

Wo im Einzelnen die Grenze liegt, ist bis heute unklar. Der Gesetzgeber hätte die Gelegenheit gehabt, durch Abstellen auf das Unternehmen (statt auf den Betrieb) für Klarheit zu sorgen, doch passte eine solche Reform ersichtlich nicht in eine Landschaft, wo sich Regierung und Opposition an unternehmerfreundlichen Vorschlägen überbieten. Lieber wird ein großes Stück Rechtsunsicherheit in Kauf genommen als bei Herrn Rogowski oder Herrn Hundt auch nur ein ganz klein wenig Stirnrunzeln zu provozieren.

Kündigungsschutz in Kleinbetrieben

Je größer der Kreis der Betriebe wird, die aus dem KSchG ausgenommen sind, um so wichtiger wird die Frage, wie viel an Kündigungsschutz auch außerhalb des KSchG existiert.

Das BVerfG hat insbesondere im Zusammenhang mit der Kleinbetriebsklausel aus der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG einen von der Verfassung gebotenen Mindestkündigungsschutz abgeleitet.[5] Dieser soll zwar hinter dem normalen Kündigungsschutz zurückbleiben, weshalb von einem „Kündigungsschutz zweiter Klasse" die Rede ist.[6] Die zivilrechtlichen Generalklauseln nach §§ 138, 242 BGB müssten jedoch so ausgelegt werden, dass der Arbeitnehmer der Kündigung durch den Arbeitgeber nicht schutzlos ausgeliefert sei. Das BVerfG hat dabei drei inhaltliche Gesichtspunkte genannt, die der kündigende Arbeitgeber unabhängig vom KSchG zu beachten hat.

- Die Kündigung darf nicht willkürlich sein oder auf sachfremden Motiven beruhen.
- Bei der Auswahl der zu kündigenden Personen ist ein gewisses Maß an sozialer Rücksichtnahme geboten.
- Schließlich darf ein durch langjährige Mitarbeit erdientes Vertrauen in den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses nicht unberücksichtigt bleiben.[7]

3) So die Gründe in BVerfGE 97, 169, 177 f. Dazu kommt noch das evtl. bestehende persönliche Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer – ein Umstand, der gleichermaßen im Betrieb wie im Unternehmen von Bedeutung sein kann.

4) BVerfGE 97, 186, 196.

5) BVerfGE 97, 169 ff.

6) S. insbes. Hanau ZRP 1996, 349, 353.

7) BVerfGE 97, 169, 179.

Vorliegen eines Kündigungsgrundes

Wie hoch die Anforderungen an den Kündigungsgrund sein müssen, ist vom BVerfG nicht vorentschieden worden. Den Arbeitsgerichten kommt insoweit ein relativ großer Gestaltungsspielraum zu. Der bloße Vertrauensverlust kann grundsätzlich nur bei leitenden Mitarbeitern eine Kündigung rechtfertigen.[8] Zu Recht spricht das Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein[9] von „sachbezogenen und anerkennenswerten Gründen", die allein eine Kündigung rechtfertigen könnten; das Bundesarbeitsgericht formuliert etwas vorsichtiger, es dürfe nicht willkürlich gekündigt werden, was dann ausscheide, wenn „ein irgendwie einleuchtender Grund" vorliege.[10]

Bei der Gewichtigkeit des Grundes ist zu differenzieren. Je stärker der Arbeitgeber auch persönlich betroffen ist, um so geringer sind insoweit die Anforderungen.[11] Konkret bedeutet dies, dass man innerhalb der Kleinbetriebe unterscheiden muss: Sich vom einzigen Arbeitnehmer wegen einer Störung des Vertrauensverhältnisses zu trennen, muss leichter möglich sein, als ein entsprechender Personalabbau in einer Einheit mit drei Vollzeit- und vier Halbtagsbeschäftigten. Differenziert werden muss aber auch auf Arbeitnehmerseite. In der Entscheidung zur sog. Warteschleife sprach das BVerfG den Grundsatz aus, die automatische Beendigung von Arbeitsverhältnissen durch den Einigungsvertrag sei nur dann mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar, wenn für bestimmte Problemgruppen wie insbesondere Schwerbehinderte, ältere Arbeitnehmer und Alleinerziehende kompensatorische Mechanismen vorgesehen seien, die eine Reintegration in das Arbeitsleben erleichtern würden.[12] Dieser Gedanke muss auch beim Kleinbetrieb berücksichtigt werden: Für Schwerbehinderte ergibt sich dies aus dem SGB IX, bei Älteren und bei Alleinerziehenden folgt es aus ihrer besonderen Schutzwürdigkeit, die höhere Anforderungen an den Kündigungsgrund zur Folge hat.

Auswahlprobleme

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. Aus der Rechtsprechung des BVerfG folgt lediglich, dass soziale Gesichtspunkte eine Rolle spielen müssen. Welchen Rang sie haben, ist damit nicht gesagt. Das Bundesarbeitsgericht[13] trägt dem in seiner neuesten Rechtsprechung auf die Weise Rechnung, dass eine Art Evidenzkontrolle praktiziert wird: Die Kündigung verstößt dann gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB), wenn man „auf den ersten Blick" erkennen kann, dass der Gekündigte sozial erheblich schutzwürdiger als vergleichbare andere Arbeitnehmer ist.[14] Auch die Vergleichbarkeit der anderen Beschäftigten muss offen zu Tage treten.[15] In dieser Beschränkung auf das Offenkundige besteht der entscheidende Unterschied zur sozialen Auswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG.

Betriebszugehörigkeit

Was schließlich die Berücksichtigung der Betriebszugehörigkeit betrifft,[16] so muss bei langjährig Beschäftigten der Kündigungsgrund gewichtiger sein als bei Personen, die erst seit kurzem beim Arbeitgeber tätig sind. Die „Grundrechtsbetroffenheit" des Arbeitnehmers ist in einem solchen Falle eine sehr viel stärkere. Bedenklich ist es daher, dass das Bundesarbeitsgericht[17] auch nach 17-jähriger Betriebszugehörigkeit im Kleinbetrieb auf das Erfordernis einer vorherigen Abmahnung im Regelfall verzichten will.

Konkrete Konsequenzen

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 würden. Wegen Lappalien darf das Arbeitsverhältnis auch in Kleinbetrieben nicht in Gefahr kommen. Wer zum ersten Mal zwei Minuten zu spät am Arbeitsplatz erscheint, hat nichts zu befürchten. Ist die Pflichtverletzung „abmahnungsfähig", so hängt es von den Umständen ab, ob sofort gekündigt werden kann oder ob auch hier eine Abmahnung vorauszugehen hat. Dabei ist der Grundgedanke des § 314 BGB zu beachten. Diese Vorschrift lässt bei allen sog. Dauerschuldverhältnissen (zu denen auch das Arbeitsverhältnis gehört) eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grund prinzipiell nur zu, wenn zuvor eine Abmahnung ausgesprochen wurde; bei der ordentlichen Kündigung muss dies erst recht gelten. Das mildere Mittel der Abmahnung muss daher insbesondere dann gewählt werden, wenn die Pflichtverletzung für den Betrieb keine wesentlichen Nachteile brachte und wenn auch die Zusammenarbeit mit der Person des Arbeitgebers nicht unmittelbar betroffen war.

Bei krankheitsbedingten Kündigungen werden die allgemeinen Maßstäbe häufiger als im „Normalbetrieb" zur Be-

8) Dazu BAG, NZA 1995, 269, 271 (gegen Berücksichtigung des Vertrauensverlustes); BAG, NZA 2002, 87 (anders bei leitenden Mitarbeitern).

9) AuR 1998, 376.

10) BAG, NZA 2002, 87, 89.

11) BVerfG, NZA 1998, 440 ff.

12) BVerfG, NJW 1991, 1667, 1669.

13) DB 2001, 1677; BAG, DB 2003, 1393.

14) BAG, DB 2001, 1677.

15) BAG, DB 2003, 1393.

16) Dazu Hanau, FS Dieterich, 1999, S. 205 ff.

17) NZA 2001, 951.

jahung der Kündigungsmöglichkeit führen, da die betrieblichen Auswirkungen spürbarer und in vielen Fällen schwerer zu überwinden sind. Auch hier wird man allerdings bei Ausfallzeiten, die auf Arbeitsunfällen beruhen, vom Arbeitgeber ein längeres Zuwarten verlangen können.

Bei betriebsbedingten Kündigungen stellt sich in der Regel nur ein Auswahlproblem, da die unternehmerischen Dispositionen als solche meist unmittelbar und in schwer bestreitbarer Weise auf die Arbeitsplätze durchschlagen.

Allgemeine Schranken der Kündigung

Auch im Kleinbetrieb gilt der Sonderkündigungsschutz zu Gunsten von Auszubildenden, Schwerbehinderten und Schwangeren. Die Kündigung darf auch nicht durch die Umstände, unter denen sie ausgesprochen wurde, gegen Treu und Glauben verstoßen.[18] Schließlich ist auch bei der Kündigung das Diskriminierungsverbot des § 611a BGB zu beachten: Dies ist nicht nur dann von Bedeutung, wenn bewusst auf das Geschlecht abgestellt wird; vielmehr ist dasselbe auch dann anzunehmen, wenn reale oder vorgestellte Eigenschaften eines Geschlechts maßgebendes Argument für die Kündigung sind. Eine Landschaftsgärtnerin darf beispielsweise nicht mit dem Argument gekündigt werden, sie könne keine hohen Bäume fällen oder Pflastersteine verlegen, obwohl ihre entsprechenden Fähigkeiten nie überprüft wurden.[19] In Zukunft wird auch eine Benachteiligung wegen sexueller Orientierung, wegen eines religiösen oder politischen Bekenntnisses und wegen Alters zu berücksichtigen sein.[20] Je weniger weit der traditionelle Kündigungsschutz reicht, umso stärker werden Diskriminierungsverbote von den Betroffenen herangezogen werden. Das Recht der USA bietet hier viele nützliche Erfahrungen[21] – und es kennt wie viele andere keinen besonderen „Schutzbereich" für Kleinbetriebe. Vielleicht sollte man etwas mehr diese Seiten der amerikanischen Realität zur Kenntnis nehmen.

Prof. Dr. Wolfgang Däubler,
Universität Bremen

18) Einzelheiten bei Kittner/Däubler/Zwanziger, Kündigungsschutzrecht, § 242 BGB Rdnr. 16 ff.

19) So aber das ArbG Herne, zitiert bei Schiek/Horstkötter, NZA 1998, 863; dort auch weiteres Material.

20) Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. Nov. 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABlEG v. 2. 12. 2000, L 303/16.

21) Eingehend Kittner/Kohler, Beilage 4/2000 zu BB.

Änderungen der Sozialauswahl im neuen Kündigungsschutzrecht

Die Sozialauswahl ist in § 1 Abs. 3 und Abs. 4 KSchG geregelt. Diese Bestimmungen machen dem Arbeitgeber Vorgaben, welchen Arbeitnehmer er kündigen darf, wenn aus betriebsbedingten Gründen zwar einige, aber nicht alle Arbeitnehmer gekündigt werden müssen. Mit der Änderung des Kündigungsschutzrechts auf der Basis der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit[1] haben auch die ins Auge gefassten Änderungen der Sozialauswahl Gestalt angenommen. Auch die CDU/CSU Opposition hat praktisch gleich lautende Gesetzgebungsvorschläge gemacht.[2]

System der Sozialauswahl

Die Sozialauswahl findet in drei Stufen statt: Zunächst ist zu prüfen, welche Arbeitnehmer überhaupt miteinander vergleichbar und somit in die Sozialauswahl einzubeziehen sind. Dann ist festzustellen, wie deren soziale Schutzbedürftigkeit sich anhand sozialer Kriterien darstellt. Außerdem wird festgestellt, welche berechtigten betrieblichen Gesichtspunkte der Arbeitgeber bei der Sozialauswahl berücksichtigen darf.

Geplante Änderungen

Vergleichbarkeit

Hinsichtlich der Vergleichbarkeit sind keine Änderungen geplant. Es bleibt dabei, dass solche Arbeitnehmer mit einem zu Kündigenden vergleichbar sind, deren Tätigkeit er ohne Vertragsänderung und nach allenfalls einer gewissen Einarbeitungszeit übernehmen kann.[3]

Soziale Gesichtspunkte

Bislang waren im Gesetz die sozialen Gesichtspunkte nicht ausdrücklich ge-

1) BT-Drs. 15/1587.

2) Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Arbeitsrechtes BT-Drs. 15/1182.

3) BAG v. 17. 2. 2000, AP Nr. 46 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl und v. 5. 5. 1994, AP Nr. 23 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl.