

**Sachverhalt und Entscheidungsgründe:**

and

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer außerordentlichen krankheitsbedingten Kündigung eines Betriebsratsmitglieds. Der Gekündigte arbeitete in der Buchbinderei der Beklagten mit vier Kollegen zusammen, die im Krankheitsfall seine Arbeit miterledigen mußten. Er war 1989 an 38 Arbeitstagen, 1990 an 115 Arbeitstagen und 1991 an 91 Arbeitstagen krank. Am 28. 11. 1991 erfolgte die außerordentliche krankheitsbedingte Kündigung ohne Auslaufzeit. Die Beklagte verwies auf ihre Belastung durch Lohnfortzahlungen im Krankheitsfall und auf betriebliche Störungen aufgrund der Mehrarbeit der Kollegen.

Das Arbeitsgericht hatte der Klage in vollem Umfang stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hielt die außerordentliche Kündigung ohne Auslaufzeit für unwirksam, akzeptierte aber eine außerordentliche Kündigung mit einer „sozialen Auslaufzeit“ entsprechend der ordentlichen Kündigungsfrist.

dent-  
ndigung  
rank-  
im  
refall

Das BAG widerspricht dem und hält die außerordentliche Kündigung für unwirksam. Da schon an eine ordentliche krankheitsbedingte Kündigung ein strenger Maßstab angelegt werden müsse, komme eine außerordentliche Kündigung wegen Krankheit lediglich in einigen Ausnahmefällen in Betracht. Bei Betriebsratsmitgliedern lasse das Gesetz eine ordentliche Kündigung nur bei Betriebsstillegung, eine außerordentliche Kündigung nur dann zu, wenn ein wichtiger Grund i. S. d. § 626 BGB vorliege. Dieser Maßstab könne nicht durch die Konstruktion einer außerordentlichen Kündigung mit Auslaufzeit aufgeweicht werden, die der Gesetzgeber nicht vorgesehen habe. Im vorliegenden Fall müsse eine außerordentliche Kündigung schon daran scheitern, daß dem Arbeitgeber hier das Abwarten der ordentlichen Kündigungsfrist von einem Monat zumutbar und somit nicht ein wichtiger Grund iSd. § 626 BGB gegeben war.

Barbara Schirge

§ 23 Abs. 1 S. 3 KSchG; Art. 92 Abs. 1  
EWG-Vertrag

**Kündigungsschutz im Kleinbetrieb**

1. Die Befreiung von Kleinbetrieben von einer nationalen Kündigungsschutzregelung für Arbeitnehmer stellt keine Beihilfe im Sinne von Art. 92 Abs. 1 EWG-Vertrag dar.

2. Der Grundsatz der Gleichbehandlung männlicher und weiblicher Arbeitnehmer hinsichtlich der Entlassungsbedingungen im Sinne der Art. 2 Abs. 1 und 5 Abs. 1 der Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 3. 2. 1976 steht der Anwendung einer nationalen Bestimmung wie § 23 Abs. 1 S. 3 des Kündigungsschutzgesetzes vom 25. 8. 1969 nicht entgegen, die bei der Feststellung, ob ein Unternehmen der Kündigungsschutzregelung unterliegt, Arbeitnehmer nicht berücksichtigt, die wöchentlich zehn Stunden oder monatlich 45 Stunden oder weniger arbeiten, wenn nicht nachgewiesen ist, daß die der Regelung nicht unterliegenden Unternehmen erheblich mehr Frauen als Männer beschäftigen. Selbst wenn dies der Fall wäre, könnte eine solche Regelung durch objektive Faktoren gerechtfertigt sein, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben, soweit sie die den kleinen Unternehmen auferlegten Lasten erleichtern soll. (Tenor der Entscheidung)

*EuGH, Urteil vom 30. 11. 1993*  
— C-189/91 —

**Erläuterung:**

Das Arbeitsgericht Reutlingen hatte dem EuGH in einem interessanten und viel beachteten Beschluß vom 3. 5. 1991 — 4 (2) Ca 685/91 — (AiB 1992, 229) zwei Fragen zum Kündigungsschutz vorgelegt. Nach über 2 1/2 Jahren liegt nunmehr die Antwort vor — auch in Luxemburg verlängert sich offensichtlich die Verfahrensdauer.

Die Antwort auf die erste Frage, ob die Kleinbetriebsklausel des § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG eine unzulässige Beihilfe im Sinne des Art. 92 EWG-Vertrag darstellt, war durch das Urteil des EuGH vom 17. 3. 1993 in Sachen Sloman Neptun (vgl.: EuroAS 4/1993 S. 7) bereits vorgezeichnet: Obwohl der Vertrag seiner Formulierung nach zwischen „staatlichen“ und „aus staatlichen Mitteln gewährten“ Beihilfen unterscheidet, wird nicht jeder vom Staat gewährte Vorteil erfaßt: Nach der vom EuGH praktizierten engen Auslegung des Beihilfenbegriffs muß immer staatliches Geld fließen; das Tatbestandsmerkmal „aus staatlichen Mitteln gewährt“ hat nur die Bedeutung, eine Förderung durch vom Staat benannte oder geschaffene Einrichtungen einzubeziehen. Daß Freistellungen von arbeitsrechtlichen Standards nicht unter Art. 92 EWG-Vertrag fallen, ist von diesem Ausgangspunkt her evident. Im Ergebnis erweitert sich so der wirtschaftspolitische

*Die Beihilfe-  
problematik des  
Art. 92  
EWG-Vertrag*

**Die Diskriminierungsproblematik**

Spielraum der Mitgliedstaaten, denen ein größeres Förderungsinstrumentarium verbleibt. Mit dieser Auslegung schafft der EuGH allerdings einen Anreiz dafür, auf unmittelbare Vergünstigungen zu verzichten und statt dessen durch „Drehen am Arbeitsrecht“ Lohnkosten zu senken, muß man doch dafür nicht um eine Ausnahmegenehmigung in Brüssel nachsuchen.

Überraschender und zugleich noch enttäuschender war die Antwort auf die zweite Frage: Sie richtete sich darauf, ob die Nichtberücksichtigung der „kleinen“ Teilzeitkräfte bei der Sechs-Personen-Grenze des § 23 Abs. 1 KSchG eine unzulässige mittelbare Diskriminierung darstellt. Die Problematik wird deutlicher, wenn man sich einmal eine fiktive Regelung vorstellt, die Frauen ausdrücklich aus der Berechnung des „Schwellenwerts“ ausnimmt. Wäre es mit der Gleichbehandlungsrichtlinie vereinbar, wenn ein nationaler Gesetzgeber bestimmen würde: „Bei der Berechnung der Zahl der Beschäftigten werden Frauen nicht berücksichtigt?“ Der Aufschrei bis hin zum EuGH wäre absehbar, obwohl für diesen Fall genauso die Aussage des EuGH gelten müßte: „Die Herausnahme aus der nationalen Kündigungsschutzregelung betrifft nicht besonders die Frauen, sondern unabhängig vom Geschlecht alle Arbeitnehmer in Unternehmen, die von der Regelung befreit sind.“

In der Tat hätten auch auf der Grundlage einer solchen Regelung Frauen Kündigungsschutz, sofern nur genug Männer im Betrieb beschäftigt sind. Daß die Nichtberücksichtigung des von Frauen gestellten Beschäftigungssegments ihre Aussichten auf Arbeitsplatzschutz verringern würde, daß insbesondere in Betrieben mit hohem Frauenanteil die Chance der Einbeziehung in das Gesetz geringer wäre, läge auf der Hand. Kann aber anderes gelten, wenn nicht die Frauen schlechthin, sondern eine Gruppe von Arbeitnehmern ausgenommen ist, die zu 90 % aus Frauen besteht? Sicher: Die mittelbare Diskriminierung ist im Gegensatz zur unmittelbaren der Rechtfertigung zugänglich, aber der diskriminierende Effekt ist in beiden Fällen erstmal derselbe. Statt darauf einzugehen, hat sich der EuGH mit formaler Argumentation begnügt.

Nachdem die Ausklammerung von Teilzeitkräften nach § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG gebilligt wurde, wendet sich der EuGH der vom vorlegenden Gericht in diesem Zusammenhang gar nicht gestellten Frage zu, ob die Kleinbetriebsklausel insgesamt diskriminierend wirke. Die Bundesregierung hatte Zahlen vorgelegt, wonach in Betrieben mit 1 bis 4 Beschäftigten zu 75 % Männer und zu 25 % Frauen beschäftigt sind.

Der EuGH schien davon nicht besonders beeindruckt gewesen zu sein, da er lediglich fragt, ob die Kleinunternehmen „einen erheblich höheren Pro-

zentsatz Frauen als Männer“ beschäftigen. Der naheliegende Hinweis auf eine potentielle Männerdiskriminierung unterblieb, obwohl der EuGH ansonsten die Gleichberechtigungsrichtlinie keineswegs als ausschließliches Frauenschutzrecht sieht. Statt dessen macht der EuGH Ausführungen zum hypothetischen Fall eines deutlich stärkeren Betroffenseins von Frauen: Der Schutz von Klein- und Mittelunternehmen in Art. 118<sup>a</sup> EWG-Vertrag sei ein ausreichender Grund, um eine mittelbare Schlechterstellung von Frauen zu rechtfertigen.

Das Urteil lehrt zwei Dinge:

Zum einen werden offensichtlich Argumente, die erst in der mündlichen Verhandlung vorgebracht werden, kaum beachtet. Dies betraf hier die oben skizzierte Überlegung mit der Schlechterstellung eines bestimmten „Beschäftigungssegments“. Ähnliches war im Fall *Slooman Neptun* mit der Frage passiert, ob denn nicht Art. 117 EWG-Vertrag wenigstens ein Verbot des drastischen sozialen Rückschritts enthält, der in der „Öffnung“ für Dritt-Welt-Arbeitsbedingungen liegt (vgl.: *EuroAS* Heft 5/1993, S. 13). Man wird daraus in Zukunft die Folgerung zu ziehen haben, nicht anders als in einem Prozeß vor einem deutschen Gericht den entscheidenden Akzent auf die schriftliche Äußerung zu legen. Die Luxemburger Verhandlung mit ihren genau bemessenen Redezeiten und ihrem großen Übersetzungsaufwand scheint doch nicht mehr als ein Ritual zu sein.

Zum zweiten gewinnt man den Eindruck, daß sich der EuGH einer bei uns bisweilen vorkommenden schlechten Praxis annähert: die diskriminierende Wirkung der Kleinbetriebsklausel war zwar nicht Verfahrensgegenstand, dennoch wurde dazu ganz Entscheidendes gesagt. Die Bundesregierung kann sich freuen, wenn sie in Zukunft einzelne Gruppen von Unternehmen aus Schutzregelungen ausnehmen will: Aus Luxemburg sind keine Querschüsse mehr zu erwarten. Sie hat ein üppiges Zuckerbrot erhalten. Ob die Kritik am EuGH vielleicht doch Früchte getragen hat?

**Prof. Dr. Wolfgang Däubler**

Art. 92 Abs. 1 EWG-Vertrag lautet:

Soweit in diesem Vertrag nicht etwas anderes bestimmt ist, sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

**Lehren aus  
Urteil**