

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 187

Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes

**Das Arbeitsverhältnis im Spannungsfeld zwischen
Kündigungsfreiheit und Kündigungsschutz**

Von

Sandra Urban



Duncker & Humblot · Berlin

SANDRA URBAN

**Der Kündigungsschutz außerhalb
des Kündigungsschutzgesetzes**

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 187

Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes

Das Arbeitsverhältnis im Spannungsfeld zwischen
Kündigungsfreiheit und Kündigungsschutz

Von

Sandra Urban



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Urban, Sandra:

**Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes :
das Arbeitsverhältnis im Spannungsfeld zwischen Kündigungsfreiheit
und Kündigungsschutz / von Sandra Urban. – Berlin : Duncker und
Humblot, 2001**

(Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht ; Bd. 187)

Zugl.: Bochum, Univ., Diss., 2000

ISBN 3-428-10356-4

D 294

Alle Rechte vorbehalten

© 2001 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme und Druck:

Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-0227

ISBN 3-428-10356-4

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit hat im Wintersemester 1999/2000 der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum als Dissertation vorgelegen. Rechtsprechung und Schrifttum sind bis Juni 2000 berücksichtigt.

Für die gute Betreuung der Arbeit gebührt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Rolf Wank, besonderer Dank. Er nahm sich stets Zeit für ein hilfreiches Gespräch und trug durch wertvolle Anregungen zum Gelingen der Arbeit bei. Ihm und Herrn Prof. Dr. Otfried Wlotzke, der die Mühe der Erstellung des Zweitgutachtens auf sich genommen hat, danke ich auch für die rasche Durchsicht meiner Arbeit.

Herzlicher Dank gilt schließlich meinen Eltern, meinem Lebensgefährten sowie meinen Freunden und Kollegen, die mich in jeder Hinsicht unterstützt haben.

Bochum, im Juni 2000

Sandra Urban

Inhaltsübersicht

| | |
|----------------------|----|
| Vorbemerkungen | 27 |
|----------------------|----|

1. Kapitel

| | |
|--|-----------|
| Das Arbeitsverhältnis im Spannungsfeld zwischen Kündigungsfreiheit und Bestandsschutz | 33 |
|--|-----------|

| | |
|--|----|
| § 1 Kündigung des Arbeitsverhältnisses als Ausdruck verfassungsrechtlich verbürgter Freiheitsausübung | 33 |
|--|----|

| | |
|--|----|
| A. Die Vertragsbeendigung bei Arbeitsverhältnissen | 34 |
|--|----|

| | |
|---|----|
| I. Der Begriff des Dauerschuldverhältnisses | 34 |
|---|----|

| | |
|--|----|
| II. Die Kündigung des Dauerschuldverhältnisses | 35 |
|--|----|

| | |
|---|----|
| B. Rechtfertigung des Kündigungsrechts aus der Selbstbestimmungsordnung | 39 |
|---|----|

| | |
|---|----|
| I. Vertragstreue und Kündigungsfreiheit | 41 |
|---|----|

| | |
|--|----|
| II. Kündigungsfreiheit der Parteien eines Dauerschuldverhältnisses | 44 |
|--|----|

| | |
|--------------------------|----|
| C. Zusammenfassung | 45 |
|--------------------------|----|

| | |
|---|----|
| § 2 Bestandsschutz des Arbeitsplatzes als Verfassungsgarantie | 45 |
|---|----|

| | |
|--|----|
| A. Rechtfertigung des partiellen arbeitsrechtlichen Bestandsschutzes mittels des Grundrechts der Berufsfreiheit | 46 |
|--|----|

| | |
|---|----|
| I. Staatliche Schutzpflicht aus Art. 12 Abs. 1 GG | 48 |
|---|----|

| | |
|------------------------------|----|
| II. Drittwirkungslehre | 56 |
|------------------------------|----|

| | |
|--------------------------|----|
| B. Zusammenfassung | 58 |
|--------------------------|----|

2. Kapitel

| | | |
|-----|--|-----|
| | Kündigungsschranken – Verfassungsrechtliche Verpflichtung zur Begrenzung der Kündigungsfreiheit | 60 |
| § 3 | Formale Kündigungsbeschränkungen | 62 |
| | A. Allgemeine Anforderungen an die Kündigungserklärung als einseitiges Rechtsgeschäft | 62 |
| | I. Form der Kündigungserklärung | 62 |
| | II. Bestimmtheitserfordernisse | 63 |
| | III. Angabe eines Kündigungsgrundes | 64 |
| | B. Kündigungsfristen | 65 |
| | C. Kein Bestandsschutz im eigentlichen Sinne | 66 |
| § 4 | Besonderer Kündigungsschutz, Kündigungs- und Benachteiligungsverbote | 67 |
| | A. Sonderkündigungsschutz | 68 |
| | I. Öffentlich-rechtlicher Kündigungsschutz | 68 |
| | II. Schutz betriebsverfassungs- und personalvertretungsrechtlicher Amtsträger | 70 |
| | B. Spezielle Kündigungsverbote | 71 |
| | C. Diskriminierungs- und Benachteiligungsverbote | 72 |
| § 5 | Allgemeiner Kündigungsschutz gegen ordentliche Arbeitgeberkündigung außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes – insbesondere im Kleinbetrieb? | 73 |
| | A. Nichtanwendbarkeit der gesetzlichen Bestimmungen über den allgemeinen Kündigungsschutz | 74 |
| | I. Sachlicher Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes | 76 |
| | II. Verfassungsrechtliche Fragen | 77 |
| | III. Ergebnis | 108 |

| | | |
|-----|--|-----|
| | Inhaltsübersicht | 11 |
| B. | Allgemeiner Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes | 108 |
| | I. Die Bedeutung der zivilrechtlichen Generalklauseln für den allgemeinen Kündigungsschutz vor dem Inkrafttreten des Kündigungsschutzgesetzes 1951 | 109 |
| | II. Die Bedeutung der zivilrechtlichen Generalklauseln für den allgemeinen Kündigungsschutz nach dem Inkrafttreten des Kündigungsschutzgesetzes 1951 | 115 |
| § 6 | Änderung von Arbeitsbedingungen außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes | 194 |
| | A. Kündigung mit Änderungsvorschlag | 196 |
| | I. Regelungsbedarf außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes | 197 |
| | II. Lösungsansatz | 201 |
| | B. Maßstab für die Beurteilung der Mißbräuchlichkeit nach § 242 BGB | 212 |
| | I. ‚Personenbedingte Änderungskündigung‘ | 213 |
| | II. ‚Verhaltensbedingte Änderungskündigung‘ | 214 |
| | III. ‚Betriebsbedingte Änderungskündigung‘ und abgeschwächte Sozialauswahl | 214 |
| | C. Gesetzes- und sittenwidrige Änderungskündigung, §§ 134, 138 BGB | 216 |
| | D. Zusammenfassung | 217 |
| | <i>3. Kapitel</i> | |
| | Verfahrensrechtliche Geltendmachung der Unwirksamkeit der Kündigung | 219 |
| § 7 | Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO | 220 |
| § 8 | Fristwahrung – § 4 KSchG analog? | 222 |

| | |
|---|-----|
| § 9 Darlegungs- und Beweislast | 224 |
| A. Grundsätze der Darlegungs- und Beweislast | 225 |
| I. Bedeutung der Beweislast | 225 |
| II. Begriffsbestimmungen | 226 |
| III. Verteilung der Darlegungs- und Beweislast | 230 |
| B. Beweislastverteilung im Rahmen des § 23 Abs. 1 KSchG | 232 |
| I. Vorliegen eines Betriebes im Sinne des § 23 Abs. 1 KSchG | 233 |
| II. Schwellenregelung des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG | 234 |
| C. Beweislastverteilung im Rahmen des Bestandsschutzes auf der Grundlage der zivilrechtlichen Generalklauseln | 237 |
| I. Beweislastumkehr | 240 |
| II. Beweiserleichterungen | 244 |
| D. Zusammenfassung | 251 |
| <i>4. Kapitel</i> Zusammenfassung in Thesen | |
| | 252 |
| Literaturverzeichnis | 255 |
| Sachwortverzeichnis | 274 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|----------------------|----|
| Vorbemerkungen | 27 |
|----------------------|----|

1. Kapitel

| | |
|--|----|
| Das Arbeitsverhältnis im Spannungsfeld zwischen Kündigungsfreiheit und Bestandsschutz | 33 |
|--|----|

| | |
|--|----|
| § 1 Kündigung des Arbeitsverhältnisses als Ausdruck verfassungsrechtlich verbürgter Freiheitsausübung | 33 |
|--|----|

| | |
|--|----|
| A. Die Vertragsbeendigung bei Arbeitsverhältnissen | 34 |
|--|----|

| | |
|---|----|
| I. Der Begriff des Dauerschuldverhältnisses | 34 |
|---|----|

| | |
|--|----|
| II. Die Kündigung des Dauerschuldverhältnisses | 35 |
|--|----|

| | |
|---|----|
| 1. Ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses | 37 |
|---|----|

| | |
|--|----|
| 2. Außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses | 38 |
|--|----|

| | |
|---|----|
| B. Rechtfertigung des Kündigungsrechts aus der Selbstbestimmungsordnung | 39 |
|---|----|

| | |
|---|----|
| I. Vertragstreue und Kündigungsfreiheit | 41 |
|---|----|

| | |
|--|----|
| II. Kündigungsfreiheit der Parteien eines Dauerschuldverhältnisses | 44 |
|--|----|

| | |
|--------------------------|----|
| C. Zusammenfassung | 45 |
|--------------------------|----|

| | |
|---|----|
| § 2 Bestandsschutz des Arbeitsplatzes als Verfassungsgarantie | 45 |
|---|----|

| | |
|--|----|
| A. Rechtfertigung des partiellen arbeitsrechtlichen Bestandsschutzes mittels des Grundrechts der Berufsfreiheit | 46 |
|--|----|

| | |
|---|----|
| I. Staatliche Schutzpflicht aus Art. 12 Abs. 1 GG | 48 |
|---|----|

| | |
|-----------------------------|----|
| 1. Schutzpflichtlehre | 48 |
|-----------------------------|----|

| | |
|--|----|
| 2. Normativer Schutzauftrag, Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers und arbeitsrechtlicher Bestandsschutz | 50 |
| a) Arbeitsplatzschutz | 51 |
| b) Kündigungsrecht des Arbeitgebers | 52 |
| c) Gesetzgeberischer Gestaltungsfreiraum | 53 |
| II. Drittwirkungslehre | 56 |
| B. Zusammenfassung | 58 |

2. Kapitel

| | |
|--|----|
| Kündigungsschranken – Verfassungsrechtliche Verpflichtung zur Begrenzung der Kündigungsfreiheit | 60 |
| § 3 Formale Kündigungsbeschränkungen | 62 |
| A. Allgemeine Anforderungen an die Kündigungserklärung als einseitiges Rechtsgeschäft | 62 |
| I. Form der Kündigungserklärung | 62 |
| II. Bestimmtheitserfordernisse | 63 |
| III. Angabe eines Kündigungsgrundes | 64 |
| B. Kündigungsfristen | 65 |
| C. Kein Bestandsschutz im eigentlichen Sinne | 66 |
| § 4 Besonderer Kündigungsschutz, Kündigungs- und Benachteiligungsverbote | 67 |
| A. Sonderkündigungsschutz | 68 |
| I. Öffentlich-rechtlicher Kündigungsschutz | 68 |
| 1. Mutterschutz und Erziehungsurlaub | 68 |
| 2. Schwerbehindertenschutz | 69 |
| II. Schutz betriebsverfassungs- und personalvertretungsrechtlicher Amtsträger | 70 |

| | |
|---|------------|
| Inhaltsverzeichnis | 15 |
| B. Spezielle Kündigungsverbote | 71 |
| C. Diskriminierungs- und Benachteiligungsverbote | 72 |
| § 5 Allgemeiner Kündigungsschutz gegen ordentliche Arbeitgeberkündigung außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes – insbesondere im Kleinbetrieb? | 73 |
| A. Nichtanwendbarkeit der gesetzlichen Bestimmungen über den allgemeinen Kündigungsschutz | 74 |
| I. Sachlicher Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes | 76 |
| II. Verfassungsrechtliche Fragen | 77 |
| 1. Verstoß gegen Art. 12 GG | 78 |
| 2. Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG | 80 |
| a) Kündigungsschutzrechtliche Tradition und ratio der Kleinbetriebsklausel | 81 |
| (1) Historische Entwicklung der Kleinbetriebsklausel | 81 |
| (2) Sinn und Zweck der Einschränkung des sachlichen Geltungsbereiches | 84 |
| b) Kein Gleichheitsverstoß bei verfassungskonformer Beschränkung des Betriebsbegriffes | 85 |
| (1) Beispielfälle | 86 |
| (2) Betriebsbegriff des § 23 Abs. 1 KSchG | 87 |
| (3) Teleologische Reduktion des Betriebsbegriffes | 92 |
| (a) Unternehmen bzw. Arbeitgeber | 93 |
| (b) Konzernverbundene Betriebe | 94 |
| (aa) Meinungsstand | 94 |
| (bb) Würdigung | 97 |
| (c) Einbeziehung ausländischer Betriebe | 100 |
| (aa) Bisheriger Stand in Rechtsprechung und Literatur | 100 |
| (bb) Würdigung | 103 |
| (4) Zusammenfassung | 106 |
| c) Zwischenergebnis | 107 |
| III. Ergebnis | 108 |

| | |
|--|-----|
| B. Allgemeiner Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes | 108 |
| I. Die Bedeutung der zivilrechtlichen Generalklauseln für den allgemeinen Kündigungsschutz vor dem Inkrafttreten des Kündigungsschutzgesetzes 1951 | 109 |
| 1. Betriebsrätegesetz vom 4. Februar 1920 | 110 |
| 2. Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. Januar 1934 | 111 |
| 3. Entwicklungslinien nach Beendigung des zweiten Weltkrieges | 112 |
| a) Sowjetische, amerikanische und französische Besatzungszonen | 113 |
| b) Britische Besatzungszone | 113 |
| II. Die Bedeutung der zivilrechtlichen Generalklauseln für den allgemeinen Kündigungsschutz nach dem Inkrafttreten des Kündigungsschutzgesetzes 1951 | 115 |
| 1. Beispielfälle | 116 |
| 2. Sittenwidrigkeit (§ 138 Abs. 1 BGB) | 118 |
| a) Begriff der guten Sitten | 119 |
| b) Abgrenzung von der bloß sozial ungerechtfertigten Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG | 121 |
| c) Beispiele für die Sittenwidrigkeit der Kündigung wegen eines verwerflichen Motivs | 125 |
| d) „Andere Gründe“ im Sinne der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts | 126 |
| e) Objektivierter Beurteilungsmaßstab | 130 |
| (1) Meinungsstand | 130 |
| (2) Würdigung | 132 |
| f) Zusammenfassung | 133 |
| 3. Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) | 134 |
| a) Allgemeiner Kündigungsschutz auf der Grundlage des § 242 BGB .. | 135 |
| (1) Meinungsstand nach dem Inkrafttreten des KSchG 1951 | 135 |
| (a) Rechtsprechung | 135 |
| (b) Literatur | 138 |
| (aa) Kein Bestandsschutz auf der Grundlage des § 242 BGB | 138 |
| (bb) Abgeschwächter Bestandsschutz über § 242 BGB | 140 |

| | |
|---|-----|
| (2) Tendenzen und Strömungen seit den 80er Jahren | 141 |
| (a) Rechtsprechung | 141 |
| (b) Literatur | 144 |
| (aa) Bindung der Kündigung an einen Sachgrund | 144 |
| (bb) Mißbrauchs- und Willkürkontrolle | 147 |
| (cc) Kein Bestandsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes | 150 |
| (3) Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 27. Januar 1998 (Kleinbetriebsklausel I) | 153 |
| (4) Konsequenzen des Kleinbetriebsklauselbeschlusses vom 27. Januar 1998 | 155 |
| (a) Richtungswechsel in der Rechtsprechung | 155 |
| (b) Interpretation des Kleinbetriebsklauselbeschlusses in der Literatur | 156 |
| (aa) Ausbau des allgemeinen Kündigungsschutzes außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes | 157 |
| (bb) Keine Erweiterung des materiellen Kündigungsschutzes außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes | 161 |
| (5) Würdigung | 161 |
| (a) Schutz vor willkürlichen und auf sachfremden Motiven beruhenden Kündigungen | 164 |
| (b) Lösungsansatz | 168 |
| (aa) Anlehnung an die in § 1 Abs. 2 KSchG genannten Gründe | 168 |
| (α) ‚Verhaltensbedingte Kündigung‘ | 169 |
| (β) ‚Personenbedingte Kündigung‘ | 171 |
| (γ) ‚Betriebsbedingte Kündigung‘ | 175 |
| (bb) Soziale Auswahlentscheidung | 175 |
| (cc) Beschränkung auf arbeitsplatzbezogene Gründe? | 179 |
| (dd) Ausdehnung der Grundsätze auf die wegen § 1 Abs. 1 KSchG vom Kündigungsschutzgesetz ausgenommene Personengruppe? | 179 |
| (c) Zusammenfassung | 180 |
| b) Allgemeine Verstöße gegen den Grundsatz von Treu und Glauben .. | 183 |
| (1) Überblick über die Fallgruppen des § 242 BGB | 183 |
| (a) Verbot widersprüchlichen Verhaltens | 183 |
| (b) Verwirkung | 184 |

| | |
|---|------------|
| (c) Verzeihung und Verzicht | 185 |
| (d) Sonstige Fälle | 185 |
| (2) Insbesondere die sogenannte ungehörige Kündigung | 187 |
| 4. Schikaneverbot nach § 226 BGB | 189 |
| 5. Unbillige Kündigung (§ 315 BGB analog) | 189 |
| 6. Begründungspflicht des Arbeitgebers | 192 |
| § 6 Änderung von Arbeitsbedingungen außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes | 194 |
| A. Kündigung mit Änderungsvorschlag | 196 |
| I. Regelungsbedarf außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes | 197 |
| 1. Begriff der Änderungskündigung | 198 |
| 2. Rechtscharakter und Konstruktion der Änderungskündigung | 198 |
| 3. Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitnehmers | 200 |
| a) Vorbehaltlose Annahme und Ablehnung des Änderungsangebotes ... | 200 |
| b) Annahme unter Vorbehalt | 201 |
| II. Lösungsansatz | 201 |
| 1. Teilkündigung | 202 |
| a) Stand in Rechtsprechung und Literatur | 202 |
| b) Würdigung | 203 |
| c) Ergebnis | 209 |
| 2. Annahme unter Vorbehalt, § 2 KSchG analog | 209 |
| B. Maßstab für die Beurteilung der Mißbräuchlichkeit nach § 242 BGB | 212 |
| I. ‚Personenbedingte Änderungskündigung‘ | 213 |
| II. ‚Verhaltensbedingte Änderungskündigung‘ | 214 |
| III. ‚Betriebsbedingte Änderungskündigung‘ und abgeschwächte Sozialauswahl | 214 |
| C. Gesetzes- und sittenwidrige Änderungskündigung, §§ 134, 138 BGB | 216 |
| D. Zusammenfassung | 217 |

3. Kapitel

| | |
|--|------------|
| Verfahrensrechtliche Geltendmachung der Unwirksamkeit der Kündigung | 219 |
| § 7 Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO | 220 |
| § 8 Fristwahrung – § 4 KSchG analog? | 222 |
| § 9 Darlegungs- und Beweislast | 224 |
| A. Grundsätze der Darlegungs- und Beweislast | 225 |
| I. Bedeutung der Beweislast | 225 |
| II. Begriffsbestimmungen | 226 |
| 1. Objektive Beweislast | 226 |
| 2. Subjektive Beweislast | 227 |
| a) Abstrakte subjektive Beweislast | 227 |
| b) Konkrete subjektive Beweislast | 228 |
| 3. Darlegungslast | 229 |
| III. Verteilung der Darlegungs- und Beweislast | 230 |
| 1. Ausdrückliche gesetzliche Beweislastverteilung | 230 |
| 2. Gesetzliche Vermutungen | 230 |
| 3. Allgemeine Grundregel der Beweislastverteilung | 231 |
| 4. Sprachliches Regel-Ausnahme-Verhältnis | 232 |
| B. Beweislastverteilung im Rahmen des § 23 Abs. 1 KSchG | 232 |
| I. Vorliegen eines Betriebes im Sinne des § 23 Abs. 1 KSchG | 233 |
| II. Schwellenregelung des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG | 234 |
| 1. Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur | 234 |
| 2. Würdigung | 236 |

| | |
|---|-----|
| C. Beweislastverteilung im Rahmen des Bestandsschutzes auf der Grundlage der zivilrechtlichen Generalklauseln | 237 |
| I. Beweislastumkehr | 240 |
| 1. Analoge Anwendung gesetzlicher Beweislastsonderregelungen | 241 |
| 2. Fehlender Verstoß gegen die zivilrechtlichen Generalklauseln als negatives Tatbestandsmerkmal | 243 |
| II. Beweiserleichterungen | 244 |
| 1. Anscheinsbeweis | 245 |
| 2. Abgestufte Darlegungs- und Beweislast | 248 |
| D. Zusammenfassung | 251 |

4. Kapitel

Zusammenfassung in Thesen

252

| | |
|-----------------------------------|-----|
| Literaturverzeichnis | 255 |
|-----------------------------------|-----|

| | |
|----------------------------------|-----|
| Sachwortverzeichnis | 274 |
|----------------------------------|-----|

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|-----------------------|--|
| a.A. | anderer Ansicht |
| a.F. | alte Fassung |
| a. a. O. | am angegebenen Ort |
| AbgG | Abgeordnetengesetz |
| ABl. KR | Amtsblatt des Kontrollrates in Deutschland |
| Abs. | Absatz |
| AcP | Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift) |
| AFG | Arbeitsförderungsgesetz |
| AiB | Arbeitsrecht im Betrieb (Zeitschrift) |
| AktG | Aktiengesetz |
| Alt. | Alternative |
| Anm. | Anmerkung |
| AOG | Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. Januar 1934 |
| AöR | Archiv für öffentliches Recht (Zeitschrift) |
| AP | Arbeitsrechtliche Praxis (Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts) |
| ArbBeschFG | Arbeitsrechtliches Beschäftigungsförderungsgesetz 1996 |
| ArbBl. | Arbeitsblatt für die britische Zone |
| ArbeitsplatzwechselVO | Arbeitsplatzwechselverordnung |
| ArbG | Arbeitsgericht |
| ArbGG | Arbeitsgerichtsgesetz |
| ArbPlSchG | Gesetz über den Schutz des Arbeitsplatzes bei Einberufung zum Wehrdienst (Arbeitsplatzschutzgesetz) |
| ArbSchG | Arbeitsschutzgesetz |
| ArbuR | Arbeit und Recht (Zeitschrift) |
| ARS | Arbeitsrechtssammlung, Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und des Reichslehrengerichts, der Landesarbeitsgerichte, Arbeitsgerichte und Ehrengerichte |
| ARSt | Arbeitsrecht in Stichworten |
| Art. | Artikel |
| Aufl. | Auflage |
| AÜG | Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – AÜG) und zur Änderung anderer Gesetze |
| BAG | Bundesarbeitsgericht |

| | |
|-----------------------------|--|
| BAGE | Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (Amtliche Sammlung) |
| BARbBl. | Bundesarbeitsblatt: Arbeitsschutz, Bundesversorgungsblatt, Arbeits- und Sozialstatistik (hrsg. vom Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung) |
| BB | Betriebs-Berater (Zeitschrift) |
| BBiG | Berufsbildungsgesetz |
| Bd. | Band |
| BDSG | Bundesdatenschutzgesetz |
| Begr. | Begründer |
| BERzGG | Bundeserziehungsgeldgesetz |
| BeschäftigtenschutzG | Neschäftigtenschutzgesetz |
| BetrAVG | Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung |
| BetrR | Der Betriebsrat (Fachbeilage zur Fachzeitschrift der IG Chemie-Papier-Keramik, IG Bergbau und Energie und Gewerkschaft Leder) „Umschau“) |
| BetrVG | Betriebsverfassungsgesetz |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGBI. | Bundesgesetzblatt |
| Bl. | Blatt |
| BlStSozArbR | Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht (Zeitschrift) |
| BMA | Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung |
| BPersVG | Bundespersonalvertretungsgesetz |
| Br. | Breisgau |
| BRG | Betriebsrätegesetz vom 4. Februar 1920 |
| BSG | Bundessozialgericht |
| BT-Drucksache | Drucksache des Deutschen Bundestages |
| BVerfG | Bundesverfassungsgericht |
| BVerfGE | Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts |
| BVerfGG | Bundesverfassungsgerichtsgesetz |
| bzw. | beziehungsweise |
| ca. | Circa |
| DB | Der Betrieb (Zeitschrift) |
| ders. | Derselbe |
| d. h. | das heißt |
| dies. | dieselbe / n |
| Diss. | Dissertation |
| DJT | Deutscher Juristentag |
| DÖV | Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift) |
| DVBl. | Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift) |
| EGBGB | Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche |
| EignungsÜG | Eignungsübungsgesetz |
| EntgeltfortzahlungsG | Entgeltfortzahlungsgesetz |

| | |
|---------------|--|
| evtl. | eventuell |
| EWiR | Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift) |
| EzA | Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht |
| f. | folgende |
| FA | Fachanwalt Arbeitsrecht (Zeitschrift) |
| FAZ | Frankfurter Allgemeine Zeitung |
| ff. | fortfolgende |
| Fn. | Fußnote |
| GefahrstoffVO | Gefahrstoffverordnung |
| GewArch | Gewerbe Archiv (Zeitschrift) |
| GewO | Gewerbeordnung |
| GG | Grundgesetz |
| GuVOBl. | Gesetz und Verordnungsblatt |
| Habil. | Habilitation |
| Habil.-Schr. | Habilitationsschrift |
| HAG | Heimarbeitsgesetz |
| Halbs. | Halbsatz |
| HGB | Handelsgesetzbuch |
| hM | herrschende Meinung |
| Hrsg., hrsg. | Herausgeber, herausgegeben |
| i. | im, in |
| i.d.F. | in der Fassung |
| i. S. d. | im Sinne des / der |
| InsO | Insolvenzordnung |
| JBl. | Justizblatt (Zeitschrift) |
| JherJb. | Jherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts (Zeitschrift) |
| Jura | Juristische Ausbildung (Zeitschrift) |
| JuS | Juristische Schulung (Zeitschrift) |
| JW | Juristische Wochenschrift |
| JZ | Juristenzeitung (Zeitschrift) |
| KJ | Kritische Justiz (Zeitschrift) |
| KSchG | Kündigungsschutzgesetz |
| LM | Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, hrsg. von Lindenmaier und Möhring |
| Losebl.-Ausg. | Loseblattausgabe |
| m. w. N. | mit weiteren Nachweisen |
| MDR | Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift) |
| MHG | Gesetz zur Regelung der Miethöhe |
| Mio. | Millionen |
| MitbestG | Mitbestimmungsgesetz |
| MuSchG | Mutterschutzgesetz |
| NJ | Neue Justiz (Zeitschrift) |

| | |
|---------|---|
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift) |
| NJW-RR | Neue Juristische Wochenschrift – RechtsprechungsReport (Zeitschrift) |
| NVwZ | Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (Zeitschrift) |
| NZA | Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht (Zeitschrift) |
| o. | oder |
| ORDO | Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft |
| rd. | rund |
| RegBl. | Regierungsblatt |
| RG | Reichsgericht |
| RGBl. | Reichsgesetzblatt |
| RGZ | Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen |
| S. | Seite |
| s. | siehe |
| SAE | Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Zeitschrift) |
| Schwbg | Schwerbehindertengesetz |
| SeemG | Seemannsgesetz |
| SGB | Sozialgesetzbuch |
| sog. | sogenannte / r |
| SprAuG | Sprecherausschußgesetz |
| Tab. | Tabelle |
| u. | und |
| u. a. | unter anderem / anderen |
| UmwG | Umwandlungsgesetz |
| Univ. | Universität |
| v. | vom, von |
| VersR | Versicherungsrecht (Zeitschrift) |
| vgl. | vergleiche |
| VOBl. | Verordnungsblatt |
| VVDStRL | Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler (Zeitschrift) |
| VVG | Gesetz über den Versicherungsvertrag |
| WiB | Wirtschaftsrechtliche Beratung (Zeitschrift) |
| WM | Wertpapier-Mitteilungen (Zeitschrift) |
| www | world wide web |
| z. | zum |
| z. B. | zum Beispiel |
| ZDG | Zivildienstgesetz |
| ZfA | Zeitschrift für Arbeitsrecht (Zeitschrift) |
| ZfG | Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen (Zeitschrift) |
| ZHR | Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift) |
| ZIP | Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis (Zeitschrift) |

| | |
|-------|---|
| zit. | zitiert |
| ZPO | Zivilprozeßordnung |
| ZTR | Zeitschrift für Tarif-, Arbeits- und Sozialrecht des öffentlichen Dienstes (Zeitschrift) |
| zugl. | zugleich |
| ZZP | Zeitschrift für den Zivilprozeß (Zeitschrift) |

Vorbemerkungen

Das Kündigungsschutzgesetz ist der ‚Allgemeine Teil‘ des Kündigungsschutzrechts, das „Grundgesetz der Kündigungsbeschränkung“¹, gewährt es doch dem Arbeitnehmer auf der Grundlage seines § 1 Abs. 2 KSchG Schutz vor sozial ungeRechtfertigten Kündigungen des Arbeitgebers. Auf die Vorzüge des allgemeinen Kündigungsschutzes nach dem Kündigungsschutzgesetz können sich indes nicht alle Arbeitnehmer berufen. Während der sechsmonatigen gesetzlichen Probezeit (§ 1 Abs. 1 KSchG) sowie im sogenannten *Klein-, Kleinst- oder Zwerbetrieb*² (§ 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG), d. h. in Betrieben, in denen in der Regel fünf oder weniger Arbeitnehmer beschäftigt sind, braucht die ordentliche Arbeitgeberkündigung nicht den strengen Anforderungen zu genügen, die das Kündigungsschutzgesetz ansonsten an eine rechtswirksame Kündigung stellt.³

Der Arbeitsplatz bildet zumeist die Existenzgrundlage des Arbeitnehmers und seiner Familie. Zwar sichern heute Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe und in Notfällen die Sozialhilfe auch dem Erwerbslosen zumindest das Existenzminimum. Gleichwohl führt die unfreiwillige Vertragsauflösung regelmäßig zu einer einschneidenden materiellen und sozialen Schlechterstellung des gekündigten Arbeitnehmers. Für manche Betroffene, insbesondere für ältere Arbeitnehmer, bedeutet der Verlust des Arbeitsplatzes lebenslange Arbeitslosigkeit. Auch wenn nicht in jedem Fall das „Existenzinteresse“⁴ betroffen ist, so ist doch auch die auf wenige Monate beschränkte Erwerbslosigkeit in der Regel mit erheblichen Belastungen verbunden („Umstellungsinteresse“⁵). Diese Nachteile beginnen bereits mit den Kosten für die Suche nach einem neuen Arbeitsplatz. Wer schließlich einen neuen Arbeitsplatz findet, muß in gewissem Sinne wieder „bei Null anfangen“. Es gilt nicht nur, sich erfolgreich im neuen Betrieb zu behaupten und sich die Akzeptanz

¹ *Preis*, Prinzipien, S. 56; *Boemke*, WiB 1997, 617, 617 spricht vom Kündigungsschutzgesetz als „magna charta des Arbeitnehmers“.

² Bei dem dem Kündigungsschutzgesetz nicht positivrechtlich zu entnehmenden Begriff des Kleinbetriebes handelt es sich um keinen Rechtsbegriff (s. *Hetzel*, Kleinbetrieb, S. 13 ff.; *Ramm*, ArbuR 1991, 257, 259 f.). Ist im folgenden von einem Kleinbetrieb oder als Synonym von einem Kleinst- oder Zwerbetrieb die Rede, so bezieht sich diese Bezeichnung ausschließlich auf solche Betriebe, die auf Grund der Schwellenregelung des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG nicht unter den sachlichen Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes fallen (Kleinbetrieb i. S. d. Kündigungsschutzgesetzes).

³ Einschränkungen gelten auch für Angestellte in leitender Stellung, vgl. § 14 KSchG.

⁴ *Wank*, Festschrift Hanau, S. 295, 296.

⁵ *Wank*, Festschrift Hanau, S. 295, 296.

sowie den Respekt des neuen Chefs und der neuen Kollegen zu erarbeiten, sondern auch, sich erst allmählich wieder Rechte zu erwerben, die an die Dauer der Betriebszugehörigkeit geknüpft sind.⁶

Der Schutz des Arbeitnehmers vor dem Verlust des Arbeitsplatzes ist eine der vordringlichsten Aufgaben auch des Arbeitsrechts. Wird sie durch das Kündigungsschutzrecht, insbesondere durch den allgemeinen Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz, für einen Großteil der Arbeitnehmer befriedigend gelöst, so erfährt im Gegensatz dazu die gleichsam wichtige Problematik des allgemeinen Kündigungs- und Arbeitsplatzschutzes im Kleinbetrieb⁷ eine mehr oder weniger stiefmütterliche Behandlung.⁸ Die Kündigung im sogenannten kündigungsschutzfreien Raum wurde lange Zeit lediglich als bürgerlich-rechtliches Rechtsinstitut auf ihre Rechtswirksamkeit als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung überprüft. Nur höchst selten wurde hingegen die Frage aufgeworfen, ob die ordentliche Arbeitgeberkündigung außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes auch anderen als formalen Beschränkungen unterliegt. Eine ‚inhaltliche Immunität‘ der ordentlichen Kündigung außerhalb des Geltungsbereiches des Kündigungsschutzgesetzes kann aber nicht ohne weiteres angenommen werden, da die Kündigungsbefugnis des Arbeitgebers lediglich unter Berücksichtigung eines kollidierenden verfassungsrechtlich verbürgten ‚Bestandsschutzanspruchs‘ des Arbeitnehmers ausgeübt werden darf.

Erst als gesetzgeberische Aktivitäten im Jahre 1996 geradezu dazu aufforderten, sich dieser Materie eingehender zu widmen, rückte auch das Problemfeld „Kündigungsschutz im Kleinbetrieb“ stärker in das Zentrum wissenschaftlicher Aufmerksamkeit.⁹ Am 1. Oktober 1996 trat das Arbeitsrechtliche Gesetz zur Förderung von Wachstum und Beschäftigung (Arbeitsrechtliches Beschäftigungsförderungsgesetz – ArbBeschFG)¹⁰ vom 25. September 1996 in Kraft.¹¹ Das Gesetz sah eine Reihe

⁶ Zu nennen sind hier z. B. längere Kündigungsfristen, betriebliche Sozialleistungen oder auch die Absicherung gegen sozial ungerechtfertigte Kündigungen im Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes.

⁷ Das gleiche Problem stellt sich selbstverständlich auch für Arbeitnehmer, auf die das KSchG mangels Erfüllung der gesetzlichen Probezeit noch nicht anwendbar ist (§ 1 Abs. 1 KSchG).

⁸ Zu dieser Kritik auch *Däubler*, Bestandsschutz, S. 1; *Ramm*, ArbuR 1991, 257.

⁹ Das Problem Kündigung und Kleinbetrieb wurde vorwiegend erst in den letzten 24 Monaten wahrgenommen und häufig in unmittelbarem Zusammenhang mit der Entscheidung des BVerfG zur Verfassungsmäßigkeit der sog. Kleinbetriebsklausel vom 27. 1. 1998 (BVerfGE 97, 169 = AP § 23 KSchG 1969 Nr. 17 = EzA § 23 KSchG Nr. 17 = BB 1998, 1058 = DB 1998, 826) thematisiert, siehe bspw. *Bader*, NZA 1999, 64; *Boemke*, WiB 1997, 617; *Däubler*, BetrR 1997, 1; *Falder*, NZA 1998, 1254; *Gragert / Kreuzfeldt*, NZA 1998, 567; *Kittner*, NZA 1998, 731; *Lakies*, DB 1997, 1078; *Linck*, FA 1999, 382; *Löwisch*, BB 1997, 782; *Oetker*, ArbuR 1997, 41; *Otto*, Festschrift Wiese, S. 353; *Preis*, NZA 1997, 1256; *Stahlhacke*, Festschrift Wiese, S. 513; *Wank*, Festschrift Hanau, S. 295.

¹⁰ BGBl. I, S. 1476. Das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz sollte nach den Vorstellungen des Gesetzgebers den Boden für die Schaffung neuer Arbeitsplätze und die

von Änderungen¹² im Bereich des gesetzlich normierten Arbeitsrechts vor, darunter auch eine durch Art. 1 ArbBeschFG eingeführte Neuregelung des allgemeinen Kündigungsschutzes nach dem Kündigungsschutzgesetz. Insbesondere die Anhebung der Beschäftigtenzahl in § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG erschien von großer praktischer Relevanz, denn es wurde erwartet, daß sich nach der Einschränkung des sachlichen Geltungsbereiches des Gesetzes spätestens nach dem Auslaufen der Übergangsregelung in § 23 Abs. 1 Satz 4 KSchG zum 30. September 1999 etwa ein Drittel der Arbeitnehmerschaft, ca. acht bis neun Millionen abhängig Beschäftigte, nicht mehr auf die allgemeinen Regelungen des Kündigungsschutzgesetzes hätten berufen können.¹³ Galten bis zum 30. September 1996 die Vorschriften des Ersten Abschnitts des Kündigungsschutzgesetzes (§§ 1 – 14 KSchG) nicht für Betriebe und Verwaltungen, in denen in der Regel fünf oder weniger Arbeitnehmer ausschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten beschäftigt waren, lag seit dem 1. Oktober 1996 der Kleinbetriebs-Schwellenwert nicht mehr bei fünf sondern bei zehn Arbeitnehmern (§ 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG i.d.F. v. 1. Oktober 1996). Die durch das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz 1996 eingeführten Einschränkungen des Kündigungsschutzes führten nach Angaben der neuen Regierungsparteien von SPD und Bündnis 90/Die Grünen aber nicht zu den von der Vorgängerregierung erwarteten positiven Beschäftigungseffekten.¹⁴ Daher beschloß der Bundestag¹⁵ am 10. Dezember 1998 in zweiter und dritter Lesung

Förderung der Teilzeitarbeit gerade in kleineren und mittleren Betrieben des Handwerks- und Dienstleistungsbereiches bereiten, welche vermeintlich auf Grund des bis dahin geltenden Schwellenwertes von fünf Arbeitnehmern vor Neueinstellungen zurückschreckten (BT-Drucksache 13/5107, S. 27, 28; BT-Drucksache 13/4612, S. 9, 10; s. auch KR-Etzel, § 23 KSchG Rdn. 13).

¹¹ Zu den Änderungen durch das ArbBeschFG siehe z. B. *Bader*, NZA 1996, 1125; *Fischermeier*, NZA 1997, 1089; *Hanau*, ZRP 1996, 349; *Hinrichs*, AiB 1996, 589; v. *Hoyningen-Huene/Linck*, DB 1997, 41; *Küttner*, ArbuR 1997, 182; *Klebe*, AiB 1996, 717; *Künzl*, ZTR 1996, 385; *Lakies*, NJ 1997, 121; *Leinemann*, BB 1996, 1381; *Lorenz*, DB 1996, 1973; *Löwisch*, NZA 1996, 1009; *Mückenberger*, KJ 1996, 343; *Preis*, NZA 1997, 625; *Preis*, NZA 1997, 1073; *ders.*, NJW 1996, 3369; *Schwedes*, BB 1996, Beilage Nr. 17; *Wlotzke*, BB 1997, 414.

¹² Änderungen traten in folgenden Bereichen in Kraft: KSchG, BUrIG, EntgeltfortzahlungsgG, BeschFG 1985, BetrVG, Konkursrecht, BGB, ArbPISchG, ArbSchG, ArbSichG, BBiG, BErzGG.

¹³ Vgl. zu diesen Schätzungen *Lakies*, DB 1997, 1078; *Mückenberger*, KJ 1996, 343, 346; *Oetker*, ArbuR 1997, 41; *Schwedes*, BB 1996, Beilage Nr. 17, S. 2. Überproportional stark betroffen, waren die Beschäftigten im Bereich der privaten Dienstleistungen, des Handels und des Handwerks (vgl. *Mückenberger*, KJ 1996, 343, 347; s. auch *Mitsch/Richter*, GewArch 1997, 1; *Ramm*, ArbuR 1991, 257, 261; vgl. zu den einzelnen Erscheinungsformen der Kleinbetriebe in der Rechtswirklichkeit die anschauliche Darstellung bei *Hetzl*, Kleinbetrieb, S. 5 ff.).

¹⁴ BT-Drucksache 14/45, S. 1 f., 34 f.; siehe auch Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung *Riester*, ArbuR 1999, 1. Hinsichtlich des beschäftigungspolitischen Erfolges wurden nicht nur von den parteipolitischen Gegenspielern erhebliche Zweifel geäußert, dazu *Hanau*, BT-Drucksache 13/5107, S. 23; *ders.*, ZRP 1996, 349, 353; *Hold*, AuA 1996, 365, 369; *Otto*, Festschrift Wiese, S. 353, 354; *Preis*, NZA 1997, 1073.