

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	
§ 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

Inhaltsverzeichnis

	17
(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.