

H Kündigungsschutz im Kleinbetrieb ?

Basis : BVerfG vom 27.01.1998 – 1 BvL 15/87 u.a. in DB 1998 S. 826
BVerfG vom 27.01.1998 – 1 BvL 22/93 u.a. in DB 1998 S. 829
BAG vom 06.02.2003 – 2 AZR 672/01 in NJW 2003 S.2188
LAG Köln vom 22.11.2002 – 11 Sa 342/02 – derzeit in Revision beim BAG unter 2 AZR 237/03

I Grundproblematik

Seit jeher ist es wenig befriedigend, dass alle paar Jahre mit irgendeinem wohl oft beliebig gewählten politischen Argument die Schwellenwerte für die betriebliche Geltung des **KSchG** verändert werden – erst wurden sie **1996** erhöht auf 10 AN bei Einführung von $\frac{3}{4}$, $\frac{1}{2}$ und $\frac{1}{4}$ - Arbeitnehmern je nach Umfang ihrer Arbeitszeit. Dann wurde **1998** alles wieder auf Anfang zurückgedreht. Es waren wieder die Zahl 5, die es zu überschreiten galt, um zur Anwendbarkeit des KSchG zu gelangen. Gleichzeitig wurden die $\frac{1}{4}$ Arbeitnehmer aus dem Bewusstsein der Arbeitsrechtsanwender gestrichen. Jetzt wird mit dem **KSchG-E 2003 vom 18.06.2003** erneut an der Schwellenschraube gedreht. Diesmal sollen u. a. befristete Arbeitsverhältnisse nach dem Teilzeit und Befristungsgesetz bis zum Kalenderjahr 2008 nicht mitgerechnet werden, um so den Schwellenwert zu erhöhen. Dies führt dann in die weitergehende Problematik, dass hinsichtlich der von Arbeitgeberseite als befristet eingestellten Arbeitnehmern die Wirksamkeit der einzelnen Befristungen auf dem Prüfstand gestellt würde. Aus Sicht eines Arbeitsrichters keineswegs eine Vereinfachung eines Kündigungsschutzprozesses, weil nunmehr neben dem Umfang der Arbeitszeit von teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmern auch noch die Wirksamkeit der Befristungen überprüft werden müsste. Die Arbeitsvertragsparteien werden sich für die dadurch verursachte längere Laufzeit von Kündigungsschutzprozessen sicherlich bedanken - nur leider nicht beim Gesetzgeber, sondern bei den Gerichten.

Neben dieser sich im Fluss befindlichen Entwicklung gibt es seit den Entscheidungen des **BVerfG vom 27.1.1998** (1 BvL 15/87 und 1 BvL 22/93) immer wieder Ansätze in Rechtsstreitigkeiten, eine Kündigung gegenüber einem Arbeitnehmer/einer Arbeitnehmerin in einem Betrieb, welcher regelmäßig maximal fünf Arbeitnehmer beschäftigt, selbst dann mit einer

Klage anzugreifen, wenn keine Besonderheiten hinsichtlich der Kündigungsfrist, in der Form der Kündigung oder aber des Zustimmungserfordernisses von dritter Seite (Integrationsamt, Gewerbeaufsichtsamt oder Betriebsrat) vorliegen.

Neu hinzugekommen ist jetzt durch eine derzeit noch nicht in Rechtskraft erwachsene Entscheidung des **LAG Köln vom 22.11.2002** (11 Sa 342/02) die Fragestellung, ob auch der 6. Arbeitnehmer, der sich gegen eine Kündigung zur Wehr setzen will, noch Kündigungsschutz genießt, wenn der Arbeitgeber durch die ihm gegenüber ausgesprochene Kündigung auf Dauer die Anzahl seiner Belegschaft auf fünf Arbeitnehmer reduzieren will, um so den Regelungen des KSchG ist zu entgehen.

II Kündigungsschutz im Kleinbetrieb gem. BVerfG

Es ist ein weit verbreiteter Irrtum, dass in jedem Arbeitsverhältnis, welches eine längere Zeit angedauert hat, quasi durch die Hintertür der Frage der sozialen Überlegungen das KSchG nun doch wieder in das Arbeitsverhältnis eines kleinen Betriebes Eingang findet. **Ziel der Entscheidungen des BVerfG war es, Arbeitnehmer vor willkürlichen oder sachfremden Motiven für den Ausspruch einer Kündigung zu schützen.** Nach dem Wortlaut der Begründung soll dann, wenn unter mehreren Arbeitnehmern eine Auswahl zu treffen ist, der verfassungsrechtliche Schutz des Arbeitsplatzes in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip ein gewisses Maß an sozialer Rücksichtnahme dem Arbeitgeber auferlegen. Schließlich darf auch ein durch langjährige Mitarbeit erdientes Vertrauen nicht unberücksichtigt bleiben. Ebenso hat das BVerfG jedoch deutlich gemacht, dass der durch die Generalklauseln vermittelte Schutz gerade nicht dazu führen darf, dem Kleinunternehmer praktisch die im KSchG vorgegebenen Maßstäbe der Sozialwidrigkeit aufzuerlegen.

Nunmehr hat das **Bundesarbeitsgericht** in seiner Entscheidung vom **6.2.2003** (2 AZR 672/01 in NJW 2003 S. 2188) nochmals klargestellt dass ein **Arbeitnehmer**, der sich in einem Kleinbetrieb befindet und sich gegen eine ihm gegenüber ausgesprochene Kündigung zur Wehr setzen will, **ganz konkret vortragen muss, dass er mit einem nicht gekündigten Arbeitnehmer auf den ersten Blick vergleichbar ist**, wenn er rügen will, der Arbeitgeber habe das

gebotene Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme außer Acht gelassen. Damit schreibt das BAG seine Richtung, die es schon in der Entscheidung vom 21.2.2001 (vgl. NZA 2001 S. 833) eingeschlagen hat, fort. Die Auswahlentscheidung des Arbeitgebers kann im Kleinbetrieb nur darauf überprüft werden, ob sie unter Berücksichtigung des Interesses des Arbeitnehmers am Erhalt seines Arbeitsplatzes und der schützenswerten Interessen des Kleinunternehmers gegen Treu und Glauben verstößt. Ein solcher Verstoß ist umso eher anzunehmen, je weniger bei der Auswahlentscheidung eigene Interessen des Arbeitgebers eine Rolle gespielt haben. Der Arbeitnehmer muss, weil er die Ausfall Überlegungen des Arbeitgebers typischerweise nicht kennt, in einem ersten Schritt nur einen Sachverhalt vortragen, der die Treuwidrigkeit der Kündigung nach § 242 BGB indiziert. Ist danach auf den ersten Blick erkennbar, dass der Arbeitgeber einen erheblich weniger schutzbedürftigen, vergleichbaren Arbeitnehmer weiterbeschäftigt, so spricht dies dafür, dass der Arbeitgeber das erforderliche Maß an sozialer Rücksichtnahme außer Acht gelassen hat, und dass deshalb die Kündigung treuwidrig ist. Allerdings fehlt es an der Vergleichbarkeit im Sinne der nach § 1 Abs. 3 KSchG vorgeschriebenen Sozialauswahl, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht einseitig auf den in Betracht kommenden anderen Arbeitsplatz umsetzen oder versetzen kann.

III *kein Kündigungsschutz trotz 6 Arbeitnehmern i.S.d. § 23 KSchG ?*

Für einigen Wirbel sorgt derzeit die Entscheidung des LAG Köln vom 22.11.2002 (11 Sa 342/02), deren Überprüfung durch das BAG noch aussteht (Az. 2 AZR 237/03), wonach auch der 6. Arbeitnehmer, wenn er sich gegen eine Kündigung zur Wehr setzt den Schutz nach dem KSchG dann verliert, wenn der Arbeitgeber darlegt und auch beweisen kann, dass er mit der Kündigung Entscheidung auf Dauer und nicht nur punktuell oder zeitlich begrenzt die Gesamtzahl der beschäftigten Mitarbeiter auf maximal fünf Arbeitnehmer begrenzen will. In dieser Entscheidung war es allerdings von der Tatbestandsseite her aufgeklärt, dass der fragliche Arbeitsplatz auch mehr als ein Jahr nach der Entlassung des klagenden Arbeitnehmers von Seiten des Arbeitgebers nicht wieder besetzt worden war.

Es darf deshalb - auch wenn das LAG Rheinland-Pfalz in einer ähnlichen Entscheidung vom 16.2.1996 (Az. 3 Sa 870/95 in NZA 1997/315) in diese Richtung tendiert hat - keineswegs der Rückschluss gezogen werden, es könne nun jedem 6., 7. oder 8. Arbeitnehmer die Möglichkeit auf die Berufung der Regelungen nach dem KSchG unter Hinweis darauf verwehrt bleiben, der Arbeitgeber habe eine entsprechende Anzahl von Kündigungen ausgesprochen, um den Schwellenwert zu unterschreiten. Abgesehen davon, dass dies nur unsinniger Weise zu einer Prozessverschleppung führen wird, weil es nahe liegt, durch Zeitablauf prüfen zu wollen, ob der Arbeitgeber es ernst meint, verlagert sich das Problem dann auch nach vorn unter dem Gesichtspunkt, dass nunmehr Beweis erhoben werden müsste über die Motive des Arbeitgebers zur Kündigung als Vorstufe eines möglicherweise später dann doch durchzuführenden normalen Kündigungsschutzprozesses (erhöhtes Risiko des Vorwurfs eines begangenen versuchten oder vollendeten Prozessbetrugs).