





Kündigungsschutz außerhalb des KSchG  
und seiner Vorgängerregelungen  
durch Grundrechte und allgemeines Zivilrecht  
(Untersuchungszeitraum 1850 - 2006)

Inaugural-Dissertation  
zur  
Erlangung der Doktorwürde  
einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät  
der Universität zu Köln

vorgelegt von

Tanja Fiedler

aus: Ratingen

Referent: Prof. Dr. Dres. h.c. Peter Hanau

Korreferent: Prof. Dr. Hans-Peter Haferkamp

Tag der mündlichen Prüfung: 28. Juni 2006

gewidmet Martin Olaf Beinlich



## Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis .....	XXV
Einleitung .....	1
1. Kapitel: 1850 - 1920: Die Grenzen der ordentlichen Kündigung bis zum Erlass des Betriebsrätegesetzes .....	5
1. Teil: Einführung .....	5
2. Teil: Die Beschränkung der ordentlichen Kündigung durch Kündigungsfristen und -termine .....	6
3. Teil: Die Ansätze einer weitergehenden Einschränkung der ordentlichen Kündigung.....	8
4. Teil: Stellungnahme.....	12
5. Teil: Zusammenfassung.....	13
2. Kapitel: 1920 - 1933: Der Kündigungsschutz außerhalb des Betriebsrätegesetzes durch Grundrechte der Weimarer Reichsverfassung und allgemeines Zivilrecht .....	15
1. Teil: Einführung .....	15
2. Teil: Der allgemeine Kündigungsschutz durch das BRG vom 4.2.1920.....	16
3. Teil: Der Kündigungsschutz außerhalb des BRG durch Grundrechte der RVerf und allgemeines Zivilrecht.....	22
4. Teil: Stellungnahme.....	41
5. Teil: Zusammenfassung.....	43
3. Kapitel: 1945 - 1950: Der Kündigungsschutz außerhalb der landesrechtlichen Kündigungsschutzregelungen durch allgemeines Zivilrecht.....	45
1. Teil: Einführung .....	45
2. Teil: Der allgemeine Kündigungsschutz durch Kündigungsschutzregelungen der Länder .....	48
3. Teil: Der Kündigungsschutz außerhalb der landesrechtlichen Kündigungsschutzregelungen durch allgemeines Zivilrecht .....	65
4. Teil: Stellungnahme.....	83
5. Teil: Zusammenfassung.....	84

4. Kapitel: 1951 - 2006: Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes durch Grundrechte des Grundgesetzes und allgemeines Zivilrecht.....	85
1. Teil: Einführung.....	85
2. Teil: Der allgemeine Kündigungsschutz durch das KSchG vom 10.8.1951 .....	86
3. Teil: Der Kündigungsschutz außerhalb des KSchG durch Grundrechte des GG und allgemeines Zivilrecht .....	108
4. Teil: Schutz vor ungerechtfertigter Kündigung - Art. II 30 EUVerf(E) .....	272
5. Teil: Der Kündigungsschutz des Entwurfs des Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien v. 16.12.2004.....	274
6. Teil: Zusammenfassung .....	278
Zusammenfassung .....	281
Literaturverzeichnis .....	286
Rechtsprechungsverzeichnis.....	315







## Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis .....	XXV
Einleitung .....	1
1. Kapitel: 1850 - 1920: Die Grenzen der ordentlichen Kündigung bis zum Erlass des Betriebsrätegesetzes .....	5
1. Teil: Einführung .....	5
2. Teil: Die Beschränkung der ordentlichen Kündigung durch Kündigungsfristen und -termine .....	6
3. Teil: Die Ansätze einer weitergehenden Einschränkung der ordentlichen Kündigung.....	8
4. Teil: Stellungnahme.....	12
5. Teil: Zusammenfassung.....	13
2. Kapitel: 1920 - 1933: Der Kündigungsschutz außerhalb des Betriebsrätegesetzes durch Grundrechte der Weimarer Reichsverfassung und allgemeines Zivilrecht .....	15
1. Teil: Einführung .....	15
2. Teil: Der allgemeine Kündigungsschutz durch das BRG vom 4.2.1920.....	16
A. Die Ausgestaltung des allgemeinen Kündigungsschutzes nach dem BRG...	17
B. Die vom allgemeinen Kündigungsschutz des BRG ausgeschlossenen Kündigungen .....	20
I. Die Kündigung von leitenden Angestellten .....	20
II. Die Kündigung von Tendenzträgern in Tendenzbetrieben .....	20
III. Die Kündigung von Arbeitnehmern in Betrieben der See- und Binnenschifffahrt auf dem Land und auf dem Wasser.....	20
IV. Die Kündigung von Arbeitnehmern in Privathaushalten.....	20
V. Die Kündigung aufgrund von Entlassungsverpflichtungen und Betriebsstillegungen.....	21
VI. Die Kündigung von Arbeitnehmern in Kleinbetrieben.....	21
VII. Weitere vom Kündigungsschutz des BRG ausgeschlossene Kündigungen von Arbeitnehmern.....	21

3. Teil: Der Kündigungsschutz außerhalb des BRG durch Grundrechte der RVerf und allgemeines Zivilrecht .....	22
A. Entwicklung .....	22
B. Der Kündigungsschutz durch § 134 BGB .....	23
I. Das Grundrecht der Meinungsfreiheit, Art. 118 RVerf.....	24
II. Das Grundrecht der Vereinigungsfreiheit, Art. 124 RVerf .....	26
III. Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit, Art. 159 RVerf.....	26
IV. Das Grundrecht auf Freizeit zur Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte und zur Ausübung von Ehrenämtern, Art. 160 RVerf .....	29
V. Das Benachteiligungsverbot des § 95 BRG .....	30
C. Der Kündigungsschutz durch § 138 BGB .....	30
D. Der Kündigungsschutz durch § 226 BGB .....	35
E. Der Kündigungsschutz durch § 242 BGB .....	36
F. Der Schadensersatz nach § 823 Abs. 1 BGB.....	39
G. Der Schadensersatz nach § 823 Abs. 2 BGB.....	39
H. Der Schadensersatz nach § 826 BGB .....	39
I. Die gerichtliche Durchsetzung des Kündigungsschutzes durch Grundrechte der RVerf und allgemeines Zivilrecht.....	41
4. Teil: Stellungnahme .....	41
5. Teil: Zusammenfassung .....	43

3. Kapitel: 1945 - 1950: Der Kündigungsschutz außerhalb der landesrechtlichen Kündigungsschutzregelungen durch allgemeines Zivilrecht .....	45
1. Teil: Einführung.....	45
2. Teil: Der allgemeine Kündigungsschutz durch Kündigungsschutzregelungen der Länder.....	48
A. Der allgemeine Kündigungsschutz in Rheinland-Pfalz durch die rhld.-pf. BLVO vom 15.5.1947 .....	48
I. Die Ausgestaltung des allgemeinen Kündigungsschutzes nach der rhld.-pf. BLVO .....	48
II. Die vom allgemeinen Kündigungsschutz der rhld.-pf. BLVO ausgeschlossenen Kündigungen .....	49
1. Grundsatz .....	49
2. Die Kündigung von leitenden Angestellten .....	49
3. Die Kündigung von Arbeitnehmern aufgrund von Entlassungsverpflichtungen oder Betriebsstilllegung .....	49
4. Die Kündigung von Arbeitnehmern in Kleinbetrieben.....	49

---

5. Weitere vom landesrechtlichen Kündigungsschutz ausgeschlossene Kündigungen von Arbeitnehmern .....	50
B. Der allgemeine Kündigungsschutz in Bayern durch das bay. KSchG vom 1.8.1947 und das bay. BRG vom 25.10.1950 .....	50
I. Die Ausgestaltung des allgemeinen Kündigungsschutzes nach dem bay. KSchG und dem bay. BRG .....	50
II. Die vom allgemeinen Kündigungsschutz des bay. KSchG ausgeschlossenen Kündigungen.....	51
1. Die Kündigung von leitenden Angestellten.....	51
2. Die Kündigung von Tendenzträgern in Tendenzbetrieben.....	51
3. Die Kündigung von Arbeitnehmern innerhalb der Wartefrist .....	51
4. Die Kündigung von Arbeitnehmern aufgrund von Entlassungsverpflichtungen.....	51
5. Die Kündigung von Arbeitnehmern in Betrieben ohne Betriebsrat.....	52
6. Weitere vom landesrechtlichen Kündigungsschutz ausgeschlossene Kündigungen von Arbeitnehmern .....	52
III. Die vom allgemeinen Kündigungsschutz des bay. BRG ausgeschlossenen Kündigungen.....	52
1. Die Kündigung von leitenden Angestellten.....	52
2. Die Kündigung von Tendenzträgern in Tendenzbetrieben.....	52
3. Die Kündigung von Arbeitnehmern in Betrieben der See- und Binnenschifffahrt auf dem Wasser .....	52
4. Die Kündigung von Arbeitnehmern innerhalb der Wartefrist .....	52
5. Die Kündigung von Arbeitnehmern aufgrund von Entlassungsverpflichtungen.....	53
6. Die Kündigung von Arbeitnehmern in Kleinbetrieben.....	53
7. Weitere vom landesrechtlichen Kündigungsschutz ausgeschlossene Kündigungen von Arbeitnehmern .....	53
C. Der allgemeine Kündigungsschutz im Saarland durch die saarl. BRVO vom 1.8.1947.....	54
I. Die Ausgestaltung des allgemeinen Kündigungsschutzes nach der saarl. BRVO.....	54
II. Die vom allgemeinen Kündigungsschutz der saarl. BRVO ausgeschlossenen Kündigungen.....	54
1. Grundsatz.....	54
2. Die Kündigung von leitenden Angestellten.....	54
3. Die Kündigung von Arbeitnehmern aufgrund von Entlassungsverpflichtungen und Betriebsstilllegungen .....	55
4. Die Kündigung von Arbeitnehmern in Kleinbetrieben.....	55
5. Weitere vom landesrechtlichen Kündigungsschutz ausgeschlossene Kündigungen von Arbeitnehmern .....	55

D. Der allgemeine Kündigungsschutz in Württemberg-Baden durch das württ.-bad. KSchG vom 18.8.1948 .....	55
I. Die Ausgestaltung des allgemeinen Kündigungsschutzes nach dem württ.-bad. KSchG.....	55
II. Die vom allgemeinen Kündigungsschutz des württ.-bad. KSchG ausgeschlossenen Kündigungen .....	56
1. Grundsatz .....	56
2. Die Kündigung von leitenden Angestellten .....	56
3. Die Kündigung von Arbeitnehmern aufgrund von Entlassungsverpflichtungen .....	56
4. Weitere vom landesrechtlichen Kündigungsschutz ausgeschlossene Kündigungen von Arbeitnehmern.....	57
E. Der allgemeine Kündigungsschutz in Baden durch das bad. BRG vom 24.9.1948 .....	57
I. Die Ausgestaltung des allgemeinen Kündigungsschutzes nach dem bad. BRG .....	57
II. Die vom allgemeinen Kündigungsschutz des bad. BRG ausgeschlossenen Kündigungen .....	57
1. Grundsatz .....	57
2. Die Kündigung von leitenden Angestellten .....	58
3. Die Kündigung von Tendenzträgern in Tendenzbetrieben .....	58
4. Weitere vom landesrechtlichen Kündigungsschutz ausgeschlossene Kündigungen von Arbeitnehmern.....	58
F. Der allgemeine Kündigungsschutz in Hessen durch das hess. BRG vom 31.5.1948 .....	58
I. Die Ausgestaltung des allgemeinen Kündigungsschutzes nach dem hess. BRG.....	58
II. Die vom allgemeinen Kündigungsschutz des hess. BRG ausgeschlossenen Kündigungen .....	59
1. Grundsatz .....	59
2. Die Kündigung von leitenden Angestellten .....	59
3. Die Kündigung von Tendenzträgern in Tendenzbetrieben .....	59
4. Die Kündigung von Arbeitnehmern in Kleinbetrieben .....	59
5. Weitere vom landesrechtlichen Kündigungsschutz ausgeschlossene Kündigungen von Arbeitnehmern.....	59
G. Der allgemeine Kündigungsschutz in Bremen durch das brem. BRG vom 10.1.1949 .....	60
I. Die Ausgestaltung des allgemeinen Kündigungsschutzes nach dem brem. BRG .....	60
II. Die vom allgemeinen Kündigungsschutz des brem. BRG ausgeschlossenen Kündigungen .....	61
1. Grundsatz .....	61
2. Die Kündigung von leitenden Angestellten .....	61
3. Die Kündigung von Tendenzträgern in Tendenzbetrieben .....	61
4. Die Kündigung von Arbeitnehmern in Kleinbetrieben .....	61

---

5. Weitere vom landesrechtlichen Kündigungsschutz ausgeschlossene Kündigungen von Arbeitnehmern .....	61
H. Der allgemeine Kündigungsschutz in Württemberg Hohenzollern durch das württ. hohenz. BRG vom 21.5.1949 .....	62
I. Die Ausgestaltung des allgemeinen Kündigungsschutzes nach dem württ. hohenz. BRG .....	62
II. Die vom allgemeinen Kündigungsschutz des württ. hohenz. BRG ausgeschlossenen Kündigungen.....	62
1. Die Kündigung von leitenden Angestellten.....	62
2. Die Kündigung von Arbeitnehmern innerhalb der Wartefrist .....	63
3. Die Kündigung von Tendenzträgern in Tendenzbetrieben.....	63
4. Die Kündigung von Arbeitnehmern aufgrund von Entlassungsverpflichtungen.....	63
5. Weitere vom landesrechtlichen Kündigungsschutz ausgeschlossene Kündigungen von Arbeitnehmern .....	63
I. Der allgemeine Kündigungsschutz in Berlin durch das berl. KSchG vom 20.5.1950.....	63
I. Die Ausgestaltung des allgemeinen Kündigungsschutzes nach dem berl. KSchG .....	63
II. Die vom allgemeinen Kündigungsschutz des berl. KSchG ausgeschlossenen Kündigungen.....	64
1. Grundsatz.....	64
2. Die Kündigung von Arbeitnehmern innerhalb der Wartefrist .....	64
3. Die Kündigung von Arbeitnehmern in Kleinbetrieben.....	64
4. Weitere vom landesrechtlichen Kündigungsschutz ausgeschlossene Kündigungen von Arbeitnehmern .....	64
3. Teil: Der Kündigungsschutz außerhalb der landesrechtlichen Kündigungsschutzregelungen durch allgemeines Zivilrecht .....	65
A. Einleitung .....	65
B. Der Kündigungsschutz durch § 134 BGB.....	68
C. Der Kündigungsschutz durch § 138 BGB.....	71
D. Der Kündigungsschutz durch § 226 BGB.....	73
E. Der Kündigungsschutz durch § 242 BGB.....	73
I. Entwicklung.....	73
II. Die Fälle der treuwidrigen Kündigung .....	76
III. Die Rechtsfolgen der treuwidrigen Kündigung .....	77
F. Der Schadensersatz nach den §§ 823, 826 BGB .....	77
G. Der Kündigungsschutz durch die allgemeine Rechtsüberzeugung eines eingeschränkten Kündigungsrechts des Arbeitgebers .....	78
H. Der Kündigungsschutz durch den Grundsatz der Treue- und Fürsorgepflicht .....	78

I. Die Bedeutung der Betriebszugehörigkeitsdauer für den Kündigungsschutz durch allgemeines Zivilrecht.....	80
J. Die gerichtliche Durchsetzung des Kündigungsschutzes durch allgemeines Zivilrecht.....	82
I. Die Darlegungs- und Beweislast .....	82
II. Die Klageart .....	83
III. Die Verwirkung des Klagerechts.....	83
4. Teil: Stellungnahme .....	83
5. Teil: Zusammenfassung .....	84
4. Kapitel: 1951 - 2006: Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes durch Grundrechte des Grundgesetzes und allgemeines Zivilrecht.....	85
1. Teil: Einführung.....	85
2. Teil: Der allgemeine Kündigungsschutz durch das KSchG vom 10.8.1951 .....	86
A. Die Ausgestaltung des allgemeinen Kündigungsschutzes nach dem KSchG.....	87
B. Die vom allgemeinen Kündigungsschutz des KSchG ausgeschlossenen Kündigungen.....	88
I. Die Kündigung von Arbeitnehmern vor Erreichen des Mindestalters .	89
II. Die Kündigung von leitenden Angestellten .....	90
III. Die Kündigung von Arbeitnehmern innerhalb der Wartefrist.....	91
IV. Die Kündigung von Arbeitnehmern in Privathaushalten .....	93
V. Die Kündigung von Arbeitnehmern in Kleinbetrieben .....	93
1. Die Kleinbetriebsklausel des § 23 KSchG bis zur Änderung durch das BSchFG 1985.....	93
2. Die Kleinbetriebsklausel des § 23 KSchG i.d.F. des BSchFG 1985 .....	94
3. Die Kleinbetriebsklausel des § 23 KSchG i.d.F. des BSchFG 1996.....	95
4. Die Kleinbetriebsklausel des § 23 KSchG i.d.F. des KorrekturG von 1998 .....	96
5. Die geltende Kleinbetriebsklausel des § 23 KSchG i.d.F. des Gesetzes zu Reformen am Arbeitsmarkt vom 24. Dezember 2003 .....	97
6. Die grundsätzliche Motivation der Kleinbetriebsklausel.....	98
7. Die Kritik und die verfassungsrechtlichen Bedenken an der Kleinbetriebsklausel.....	99
8. Stellungnahme.....	105
9. Die Anzahl der durch die Kleinbetriebsklausel vom KSchG ausgeschlossenen Arbeitnehmer .....	106



3. Teil: Der Kündigungsschutz außerhalb des KSchG durch Grundrechte des GG und allgemeines Zivilrecht.....	108
A. Der Kündigungsschutz durch § 134 BGB – die gesetzeswidrige Kündigung .....	109
I. Der Kündigungsschutz durch § 66 Abs. 1 BetrVG 1952.....	110
II. Der Kündigungsschutz durch § 102 Abs. 1 BetrVG 1972.....	114
III. Stellungnahme .....	114
B. Der Kündigungsschutz durch § 138 Abs. 1 BGB – die sittenwidrige Kündigung .....	115
I. Überwundene Zweifel an der Existenz einer sittenwidrigen Kündigung.....	115
II. Stellungnahme .....	118
III. Die Definition der sittenwidrigen Kündigung .....	118
IV. Stellungnahme .....	125
V. Kündigung aus Rachsucht, rücksichtslosem Eigennutz sowie als Vergeltung und zur Nötigung des Arbeitnehmers .....	126
VI. Stellungnahme .....	127
VII. Kündigung unter Verletzung der Fürsorgepflicht.....	127
VIII. Stellungnahme .....	127
IX. Hinterhältige Kündigung .....	127
X. Stellungnahme .....	128
XI. Kündigung in Zusammenhang mit einer Aidsinfektion.....	128
XII. Stellungnahme .....	131
XIII. Kündigung wegen Homosexualität.....	132
XIV. Stellungnahme .....	133
XV. Kündigung wegen rechtmäßiger Interessen des Arbeitgebers .....	133
XVI. Stellungnahme .....	134
XVII. Kündigung wegen Schwerbehinderung .....	134
XVIII. Stellungnahme .....	134
XIX. Kündigungszeitpunkt oder –ort, Kündigung kurz vor Ablauf der Wartefrist des KSchG .....	135
XX. Stellungnahme .....	135
XXI. Kündigung wegen der Ankündigung einer künstlichen Befruchtung. ....	136
XXII. Stellungnahme .....	136
XXIII. Kündigung nach Zusage einer Dauer- oder Lebensstellung .....	136
XXIV. Stellungnahme .....	136
XXV. Herausgreifende Kündigung .....	137
XXVI. Stellungnahme .....	137
XXVII. Maßregelungskündigung – zunächst Fall des § 138 BGB, später grundsätzliche Regelung durch § 612 a BGB, Sonderfall: Maßregelungskündigung in Zusammenhang mit sexueller Belästigung .....	137
XXVIII. Zusammenfassung.....	145

C. Der Kündigungsschutz durch § 226 BGB .....	146
I. Rechtsprechung und Schrifttum .....	146
II. Stellungnahme .....	147
D. Der Kündigungsschutz durch § 242 BGB – die treuwidrige Kündigung ...	147
I. Überwundene Zweifel an der Anwendbarkeit des § 242 BGB außerhalb des KSchG .....	147
II. Der ehemalige Grundsatz der abschließenden Bestandsschutzschutzregelung im KSchG und des auf die Überprüfung der Kündigungsumstände beschränkten Anwendungsbereichs des § 242 BGB .....	152
1. Treuwidrigkeit wegen widersprüchlichem Verhalten (venire contra factum proprium) .....	154
a) Kündigung nach Versprechen einer Dauer- bzw. Lebensstellung .....	154
b) Stellungnahme.....	155
c) Kündigung nach Einstellung trotz Kenntnis der politischen Vorbelastung .....	156
d) Stellungnahme.....	156
e) Kündigung unter Berufung auf das freie Kündigungsrecht ....	156
f) Stellungnahme.....	156
g) Kündigung nach Umsetzung des Arbeitnehmers und anschließender Streichung des neuen Arbeitsplatzes.....	156
h) Stellungnahme.....	157
i) Kündigung nach vorhergehender Äußerung des Weiterbeschäftigungswillens .....	157
j) Stellungnahme.....	157
k) Kündigung nach Zuweisung einer Springerposition aufgrund häufiger Erkrankungen.....	158
l) Stellungnahme.....	158
2. Treuwidrigkeit wegen Kündigung kurz vor Beginn des allgemeinen gesetzlichen Kündigungsschutzes des KSchG .....	158
3. Stellungnahme.....	159
4. Treuwidrigkeit wegen Kündigung zur Unzeit.....	160
5. Stellungnahme.....	162
6. Treuwidrigkeit wegen Kündigung in verletzender oder beleidigender Form .....	163
7. Stellungnahme.....	164
8. Treuwidrigkeit wegen Kündigung nach Verwirkung des Kündigungsrechts.....	165
9. Stellungnahme.....	166
10. Treuwidrigkeit wegen Kündigung nach Verzicht bzw. Verzeihung .....	166
11. Treuwidrigkeit wegen Missbrauch der unternehmerischen Organisationsfreiheit .....	166
12. Stellungnahme.....	167
13. Treuwidrigkeit wegen Druckkündigung .....	167
14. Stellungnahme.....	167

15. Treuwidrigkeit wegen Kündigung nach angedrohter Eigenkündigung des Arbeitnehmers .....	168
16. Stellungnahme .....	168
17. Treuwidrigkeit wegen Kündigung ohne vorherige Anhörung des Betriebsrats .....	168
18. Treuwidrigkeit wegen Kündigung nach zulässigerweise gewonnener Rechtsstellung des Arbeitgebers .....	168
19. Stellungnahme .....	168
20. Treuwidrigkeit wegen Kündigung mit hoher Abfindung .....	168
21. Stellungnahme .....	168
22. Treuwidrigkeit wegen Kündigung eines ehemals politisch Verfolgten .....	169
23. Stellungnahme .....	169
24. Treuwidrigkeit wegen Kündigung eines Schwerbeschädigten .....	169
25. Stellungnahme .....	169
III. Frühere Abweichungen vom ehemaligen Grundsatz der abschließenden Bestandsschutzregelung im KSchG .....	169
1. Verbot der willkürlichen Kündigung .....	170
2. Stellungnahme .....	170
3. Treuwidrigkeit einer unbegründeten Verdachtskündigung .....	171
4. Stellungnahme .....	171
5. Treuwidrigkeit einer Kündigung zur Kostenreduzierung .....	171
6. Stellungnahme .....	172
7. Treuwidrigkeit wegen eines grundrechtsverletzenden Kündigungsgrundes .....	172
a) Kontrolle des Kündigungsgrundes nach der ehemaligen Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung .....	173
aa) Entwicklung und Inhalt der Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte .....	173
ab) Das Grundrecht der Menschenwürde und der allgemeinen Handlungsfreiheit, Art. 1 Abs. 1 S. 1, 2 Abs. 1 GG .....	175
ac) Der allgemeine Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG .....	176
ad) Der Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau und das Verbot der geschlechtsspezifischen Diskriminierung, Art. 3 Abs. 2, 3 S. 1 1. Alt. GG unter Einschluss der Darstellung des § 611 a BGB sowie der Bedeutung der EU Richtlinie 76/207/EWG .....	176
ae) Die Verbote der Diskriminierung wegen der Abstammung, der Rasse, der Sprache, der Heimat, des Glaubens, der religiösen oder politischen Anschauung, Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG .....	183
af) Das Verbot der behinderungsspezifischen Diskriminierung, Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG .....	185
ag) Das Grundrecht der Glaubens-, Bekenntnis- und Gewissensfreiheit, Art. 4 Abs. 1, 2 GG .....	185
ah) Das Grundrecht der Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 GG .....	186
ai) Das Grundrecht zum Schutz von Ehe und Familie, Art. 6 Abs. 1 GG .....	187

aj)	Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit, Art. 8 Abs. 1 GG.....	187
ak)	Das Grundrecht der Vereinigungsfreiheit, Art. 9 Abs. 1 GG.....	188
al)	Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit, Art. 9 Abs. 3 GG	188
am)	Das Grundrecht der Berufs-, Berufsausübungs- und Ausbildungsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG.....	191
b)	Kontrolle des Kündigungsgrundes nach der ebenfalls inzwischen überwundenen mittelbaren Drittwirkungslehre ...	191
8.	Weitere vom ehemaligen Grundsatz der abschließenden Bestandsschutzregelung im KSchG abweichende Überlegungen im Schrifttum .....	194
a)	Gamillscheg 1964 .....	194
b)	Conrad 1967.....	194
c)	Badura 1973 .....	194
d)	Otto 1978 .....	195
e)	Zöllner 1978.....	195
f)	Wolf 1989 .....	195
g)	Wank 1986 und 1989 (Kündigung wegen Aids) .....	195
9.	Stellungnahme.....	196
IV.	Die Ablösung des ehemaligen Grundsatzes der abschließenden Bestandsschutzregelung im KSchG durch den Grundsatz des verfassungsrechtlichen Mindestbestandsschutzes.....	197
1.	Die Diskussion Mitte der neunziger Jahre des lt. Jh. als erstes Anzeichen eines Richtungswechsels.....	197
a)	Der Auslöser der Diskussion in Bezug auf den Kündigungsgrund - die Warteschleifenentscheidung des BVerfG v. 24.4.1991.....	197
b)	Der Auslöser der Diskussion in Bezug auf die Sozialauswahl - die Entscheidung des BAG v. 19.1.1995 zum Sonderkündigungsrecht des Einigungsvertrags .....	199
c)	Die anschließende Diskussion im Schrifttum .....	200
ca)	Die Diskussion in Bezug auf den Kündigungsgrund.....	200
cb)	Die Diskussion in Bezug auf die Sozialauswahl .....	202
2.	Einführung des neuen Grundsatzes des verfassungsrechtlichen Mindestbestandsschutzes durch den Beschluss des BVerfG v. 27.1.1998.....	203
V.	Gegenwärtiger Meinungsstand zum Kündigungsschutz durch § 242 BGB nach dem heutigen Grundsatz des verfassungsrechtlichen Mindestbestandsschutzes .....	204
1.	Treuwidrige Kündigungsumstände .....	204
2.	Gegenwärtiger Meinungsstand zu den Anforderungen an den Kündigungsgrund.....	205
a)	Vereinzelte Ablehnung einer grundsätzlichen Bindung des Kündigungsgrundes außerhalb des KSchG.....	205
b)	H.M. - Befürwortung grundsätzlicher Anforderungen an den Kündigungsgrund außerhalb des KSchG.....	206

ba) Rechtsprechung .....	207
bb) Schrifttum .....	210
3. Gegenwärtiger Meinungsstand zu den Anforderungen an die Sozialauswahl außerhalb des KSchG .....	214
a) Rechtsprechung .....	215
b) Schrifttum .....	216
4. Gegenwärtiger Meinungsstand, wie eine langjährige Beschäftigung außerhalb des KSchG berücksichtigt werden kann .....	220
a) Rechtsprechung .....	221
b) Schrifttum .....	223
5. Die Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsprinzips .....	225
VI. Stellungnahme .....	226
1. Die staatliche Pflicht zum Schutz vor Kündigungen - Mindestkündigungsschutz aus Art. 12 GG .....	226
2. Die Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB als Umsetzungsinstrumente der Schutzpflicht außerhalb des KSchG .....	227
3. Reichweite des Mindestkündigungsschutzes .....	227
4. Mindestbestandsschutz .....	227
5. Die einzelnen Voraussetzungen des verfassungsrechtlichen Mindestkündigungsschutzes .....	228
a) Abstandsgebot .....	228
b) Verfassungsrechtlicher Mindestkündigungsschutz außerhalb des KSchG in Bezug auf den Kündigungsgrund .....	228
ba) Mindestkündigungsschutz erstreckt sich auf alle Kündigungsmotive .....	228
bb) Interessenabwägung .....	230
bba) Der Grundsatz .....	230
bbb) Betriebsgröße .....	232
bbc) Langjährige Betriebszugehörigkeit .....	233
bbd) Ältere Arbeitnehmer .....	234
bbe) Alleinerziehende Arbeitnehmer .....	234
bbf) Schwerbehinderte Arbeitnehmer .....	235
bbg) Nichtsachfremde Kündigung wegen Meinungsäußerung .....	235
bbh) Druckkündigung .....	235
bbi) Kündigung aus familiären Gründen .....	235
bbj) Kündigung wegen gesellschaftlicher Auswirkungen .....	236
bc) Zusammenfassung .....	236
c) Verfassungsrechtlicher Mindestkündigungsschutz außerhalb des KSchG in Bezug auf die Sozialauswahl .....	237
6. Die Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsprinzips .....	240
7. Möglichkeit einer Reduzierung des allgemeinen Kündigungsschutzes auf den verfassungsrechtlichen Mindeststandard .....	240
VII. Die Rechtsfolgen der treuwidrigen Kündigung .....	242
VIII. Zusammenfassung .....	243

E. Der Schadenersatz wegen Pflichtverletzung (früher positiver Vertragsverletzung) .....	244
I. Schadenersatz wegen Pflichtverletzung bei unberechtigter Kündigung eines Handelsvertretervertrags .....	244
II. Schadenersatz wegen Pflichtverletzung bei unberechtigter Kündigung eines Mietvertrags .....	245
1. Pflichtverletzung .....	245
2. Verschulden, d.h. Vertretenmüssen der Pflichtverletzung .....	247
III. Schadenersatz wegen Pflichtverletzung bei unberechtigter Kündigung des Arbeitsverhältnisses außerhalb des KSchG .....	248
1. Pflichtverletzung durch sachlich unberechtigte Kündigung .....	248
2. Verschulden, d.h. Vertreten müssen der Pflichtverletzung .....	249
3. Schaden .....	250
4. Kausalität .....	251
5. Umfang des Schadenersatzes .....	251
IV. Zusammenfassung .....	253
F. Die gerichtliche Durchsetzung .....	253
I. Die Darlegungs- und Beweislast .....	253
1. Die Darlegungs- und Beweislast bei gesetzeswidriger Kündigung i.S.d. § 134 BGB .....	254
2. Die Darlegungs- und Beweislast bei sitten- und treuwidriger Kündigung i.S.d. §§ 138, 242 BGB .....	257
a) Die Ausgangslage .....	257
b) Die 1996 einsetzende Diskussion .....	257
c) Der Beschluss des BVerfG vom 27.1.1998 .....	260
d) Der Meinungsstand nach dem Beschluss des BVerfG vom 27.1.1998 .....	260
3. Die Darlegungs- und Beweislast beim Schadenersatzanspruch wegen Pflichtverletzung .....	263
4. Stellungnahme .....	264
II. Die zeitliche Beschränkung des Klagerechts .....	266
III. Die Klageart .....	270
4. Teil: Schutz vor ungerechtfertigter Kündigung - Art. II 30 EUVerf(E) .....	272

5. Teil: Der Kündigungsschutz des Entwurfs des Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien v. 16.12.2004.....	274
A. Einführung.....	274
B. Kündigungsschutzrechtlicher Regelungsinhalt des ADG(E) v. 16.12.2004.....	275
I. Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 ADG(E).....	275
II. Maßregelungsverbot des § 17 ADG(E).....	276
C. Auswirkungen des Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien v. 16.12.2004 auf den Kündigungsschutz außerhalb des KSchG.....	277
6. Teil: Zusammenfassung.....	278
Zusammenfassung.....	281
Literaturverzeichnis.....	286
Rechtsprechungsverzeichnis.....	315





## Abkürzungsverzeichnis

### A

a.A.	andere Ansicht
abl.	ablehnend
Abl. AHK	Amtsblatt der Alliierten Hohen Kommission für Deutschland
Abl. KR	Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland
Abl. Saarl.	Amtsblatt des Saarlandes
ABIEG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
Abteil.	Abteilung
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADG(E)	Gesetz zum Schutz vor Diskriminierung - Antidiskriminierungsgesetz (Entwurf)
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
AE	Arbeitsrechtliche Entscheidungen
a.F.	alte Fassung
AGB-DDR	Arbeitsgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb
Aids	acquired immune deficiency syndrome
AIFO	Aids Forschung
AK - Beiträge	Arbeitskammer des Saarlandes - Beiträge
Allg.	allgemein
Allg. BergG KöBayern	Allgemeines Berggesetz des Königreichs Bayern
Allg. BergG KöPreußen	Allgemeines Berggesetz des Königreichs Preußen
Alt.	Alternative
ANBA	Amtliche Nachrichten der Bundesanstalt für Arbeit
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AnnDR	Annalen des Deutschen Reiches
AOG	Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
AR-Blattei	Arbeitsrecht-Blattei
ArbBl.BrZ	Arbeitsblatt für die britische Zone
Arbeit	Die Arbeit
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGeb	Der Arbeitgeber

ArbGer	Das Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbR	Arbeitsrecht
ArbR.-Hdb.	Arbeitsrechtshandbuch
ArbRBereinigG	Gesetz zur Änderung des Kündigungsrechts und anderer arbeitsrechtlicher Vorschriften - Erstes Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz
ArbRefG	Referentenentwurf eines Gesetzes zu Reformen am Arbeitsmarkt
ArbRPrax.	Arbeitsrechts-Praxis
ArbRspr.	Die Rechtsprechung in Arbeitssachen
ArbuSchlicht.	Arbeitsrecht und Schlichtung
ARS	Arbeitsrechtssammlung (auch Bensheimer Sammlung)
ARST	Arbeitsrecht in Stichworten
Art.	Artikel
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht
Außenk.	Außenkammer
Außenst.	Außenstelle
AVAVG	Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung
<b>B</b>	
BABl.	Bundesarbeitsblatt
Bad. BRG	Badisches Betriebsrätegesetz
Bad. LR	Badisches Landrecht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BAT	Bundesangestelltentarifvertrag
Bay KSchG	Bayerisches Kündigungsschutzgesetz
Bay. BRG	Bayerisches Betriebsrätegesetz
BB	Betriebs-Berater
BBiG	Berufsbildungsgesetz
BBZ	britische Besatzungszone
Bd.	Band
Bearb.	Bearbeitung
Beil.	Beilage
Berl. KSchG	Berliner Kündigungsschutzgesetz
bes.	besonders
BeschSG	Gesetz zum Schutz der Beschäftigten vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz (Beschäftigtenschutzgesetz)
BetrVAG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung

BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BewHi	Bewährungshilfe
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt der Bundesrepublik Deutschland
BGBI. Norddeut. Bund	Bundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes
Bi-Zone	Gemeinsames Wirtschaftsgebiet der amerikanischen und britischen Besatzungszone in Deutschland, späterer Beitritt der französischen Besatzungszone
BlStSozArbR	Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht
BR-Drs.	Drucksachen des Bundesrats
Brem. BRG	Betriebsrätegesetz von Bremen
BRG	Betriebsrätegesetz
BRVO Saarl.	Verordnung über Betriebsräte im Saarland
BSchFG	Beschäftigungsförderungsgesetz
BT-Drs.	Drucksachen des Bundestags
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BverfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
bzw.	beziehungsweise

**D**

(D)	Darstellungen
DArbR	Deutsches Arbeitsrecht
DB	Der Betrieb
DBetrV	Die Betriebsverfassung
DDR	Deutsche Demokratische Republik
ders.	derselbe/dieselbe/dieselben
d.h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
dpa	Deutsche Presseagentur
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift
DVBt.	Deutsches Verwaltungsblatt
DWW	Deutsche Wohnungswirtschaft

**E**

EFZG	Gesetz über die Zahlung des Arbeitsentgelts an Feiertagen und im Krankheitsfall (Entgeltfortzahlungsgesetz)
EGV	Vertrag über die Europäische Union
Einf.	Einführung

EinigungsV	Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands - Einigungsvertrag
Einl.	Einleitung
Ent.Beruf.ArbG SBZ	Entscheidungen der Berufungsarbeitsgerichte der sowjetischen Besatzungszone
EntschKalender	Entscheidungskalender
ErfK (Bearbeiter)	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Europarecht
EUVerf(E)	Entwurf des Europäischen Verfassungsvertrags
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht

## **F**

f.	folgende
FA	Fachanwalt Arbeitsrecht
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
Fn´ten	Fußnoten
Frhr.	Freiherr
FS	Festschrift

## **G**

Gbl. Bremen	Gesetzblatt der freien Hansestadt Bremen
Gbl. DDR	Gesetzblatt der DDR
Gbl. Herzogtum Oldenburg	Gesetzblatt des Herzogtums Oldenburg
GefstoffV	Gefahrstoffverordnung
GesO	Gesindeordnung
GesO Baden	Allgemeine Gesindeordnung des Großherzogtums Baden
GesO Preußen	Gesindeordnung für das Königreich Preußen
GewG	Gewerbegericht
GewG Großherzogtum Baden	Gewerbegesetz des Herzogtums Baden
GewG Herzogtum Odenburg	Gewerbegesetz des Herzogtums Odenburg
GewG KöSachsen	Gewerbegesetz des Königreichs Sachsen
GewO	Gewerbeordnung
GewO KöHannover	Gewerbeordnung des Königreichs Hannover
GewO KöPreußen	Gewerbeordnung des Königreichs Preußen
GewO KöWürttemberg	Gewerbeordnung des Königreichs Württemberg
GewO Norddeut. Bund	Gewerbeordnung des Norddeutschen Bundes

GG	Grundgesetz
GKG	Gewerbe- und Kaufmannsgericht
GRC	Europäische Grundrechtscharta
Großkomm. KSchR	Großkommentar zum Kündigungsschutzrecht
GruchBeitr.	Gruchots Beiträge
Grundl.	Grundlagen
Grunds.	Grundsätze
GS KöHannover	Gesetzessammlung für das Königreich Hannover
GS KöPreußen	Gesetz-Sammlung für die Königlich Preußischen Staaten
GuStSamml.	Gesetz- und Statutensammlung der freien Stadt Frankfurt
GuVBl. KöSachsen	Gesetz- und Verordnungsblatt für das Königreich Sachsen
GVBl. Bad.	Badisches Gesetz- und Verordnungsblatt
GVBl. Bay.	Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt
GVBl. Berl.	Gesetz- und Verordnungsblatt für Berlin
GVBl. Hess.	Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Hessen
GVBl. Schl.-Holst.	Gesetz- und Verordnungsblatt für Schleswig-Holstein

**H**

h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
h.Rspr.	herrschende Rechtsprechung
HansOLG	Hanseatisches Oberlandesgericht
Hdb. z. AR	Handbuch zum Arbeitsrecht
HIV	Human Immunodeficiency Virus
Hrsg.	Herausgeber
HZF	Handbuch zur Frauenerwerbstätigkeit

**I**

i.d.F.	in der Fassung
i.S.d.	im Sinne des
i.V.m.	in Verbindung mit
IAB	Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung
insb.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
Int.R.d.Arb.	Internationale Rundschau der Arbeit
IVG	Invalidenversicherungsgesetz

**J**

Jb AuS	Jahrbuch Arbeit und Sozialfürsorge
Jh.	Jahrhundert/Jahrhunderts
Jher.Jb.	Jehrigs Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung

**K**

Kap.	Kapitel
KassHdb. z. ArbR	Kasseler Handbuch zum Arbeitsrecht
KfmG	Kaufmannsgericht
KorrekturG	Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte
KR	Kontrollrat der Alliierten in Deutschland
Krit.	Kritisch
KR - Bearbeiter	Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften
KR - Proklamation	Proklamation des Kontrollrats
KRG	Kontrollratsgesetz
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KSchR	Kündigungsschutzrecht

**L**

LAG	Landesarbeitsgericht
LAGE	Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte
LG	Landgericht
Lief.	Lieferung
lit.	littera (lat. Buchstabe)
LpartG	Lebenspartnerschaftsgesetz
LRS	Landrechtssatz

**M**

m.	mit
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mio.	Millionen
MuA	Mensch und Arbeit
MüHdb. z. ArbR.	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht
MüKo-Bearbeiter	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MuSchG	Mutterschutzgesetz

m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
<b>N</b>	
NachwG	Gesetz über den Nachweis der für ein Arbeitsverhältnis geltenden wesentlichen Bedingungen (Nachweisgesetz)
Neubearb.	Neubearbeitung
n.F.	neue Fassung
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NSDAP	Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei
n.v.	nicht veröffentlicht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, Rechtsprechungsreport
NZfA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (Abkürzung 1921 - 1933)
<b>O</b>	
OGH	Oberster Gerichtshof
OLArbG	Oberlandesarbeitsgericht
OLG	Oberlandesgericht
OLG Rspr.	Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Civilrechts
O.V.	ohne Verfasser
<b>P</b>	
PersR	Der Personalrat
PersV	Die Personalvertretung
PraArbR	Praxis Arbeitsrecht
preuß.	preußisch
ProvArbG	Provinzialarbeitsgericht
<b>R</b>	
RABl.	Reichsarbeitsblatt
RAG	Reichsarbeitsgericht
RAGE	Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts
RdA	Recht der Arbeit
RegBl. Baden	Großherzoglich Badisches Regierungsblatt
RegBl. KöBayern	Regierungsblatt für das Königreich Bayern
RegBl. KöWürttemberg	Regierungsblatt für das Königreich Württemberg
RegBl. W. H.	Regierungsblatt für das Land Württemberg-Hohenzollern
RegBl. W.-B.	Regierungsblatt der Regierung Württemberg-Baden

RESC	Revised European Social Charter
rev. Nachd.	revidierter Nachdruck
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rhld.-pf. BLVO	Landesverordnung über die Errichtung und Tätigkeit von Betriebsräten in Rheinland-Pfalz
Rndr.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
Rspr. RG z. AR	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Arbeitsrecht
RVerf	Reichsverfassung
RVO	Reichsversicherungsordnung
RzK	Rechtsprechung zum Kündigungsrecht
<b>S</b>	
S.	Seite/Satz
Saarl. BRVO	Verordnung über Betriebsräte im Saarland
Saarl. KSchG	Saarländisches Kündigungsschutzgesetz
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen (auch Sammlung Arbeitgeber)
SBZ	Sowjetische Besatzungszone in Deutschland
Schl.-holst. BRG	Betriebsrätegesetz von Schleswig-Holstein
SchlA	Schlichtungsausschuss
SchlW	Das Schlichtungswesen
SchwBG	Schwerbehindertengesetz
(SD)	Systematische Darstellungen
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
SMAD	Sowjetische Militäradministration in Deutschland
SMAD Befehl	Befehl der sowjetischen Militäradministration in Deutschland
sog.	sogenannt
Soz.Prax.	Soziale Praxis
SozR	Zeitschrift für soziales Recht
Sp.	Spalte
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
SprAusG	Sprecherausschussgesetz
<b>T</b>	
TzBfG	Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (Teilzeit und Befristungsgesetz)



**U**

u.	und
u.a.	und andere
UdSSR	Union der Sozialistischen Sowjetrepubliken
UmwG	Umwandlungsgesetz
Urt.	Urteil
USA	Vereinigte Staaten von Amerika
u.U.	unter Umständen

**V**

v.	von/vom
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VOBl. b. Z.	Verordnungsblatt für die britische Zone
VOBl. Groß-Berl. (West)	Verordnungsblatt für Groß-Berlin (Ausgabe West)
VOBl. Rhld.-Pf.	Verordnungsblatt der Landesregierung Rheinland-Pfalz
Vorbem.	Vorbemerkung

**W**

WA	Westdeutsche Arbeitsrechtsprechung
Warn.Rspr.	Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung
WiGBI.	Gesetzblatt der Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebietes in Deutschland
WM	Wertpapiermitteilungen
WM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht)
WSI	Wirtschaftliches und Sozialwissenschaftliches Institut der Hans-Böckler-Stiftung
Württ. hohenz. BRG	Betriebsrätegesetz von Württemberg Hohenzollern
Württ.-bad. KSchG	Kündigungsschutzgesetz von Württemberg-Baden

**Z**

z.B.	zum Beispiel
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
Ziff.	Ziffer
ZfP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

ZSch AuS	Zeitschrift Arbeit und Sozialfürsorge
ZTR	Zeitschrift für Tarifrecht
zust.	zustimmend
Zweigst.	Zweigstelle





## Einleitung

Nach einer Erhebung des Statistischen Bundesamts von 2001 verdienen in Deutschland 80,7 % der Erwerbstätigen ihren Lebensunterhalt als abhängig beschäftigte Arbeitnehmer.<sup>1</sup> Dem Arbeitgeber kommt im Arbeitsverhältnis der unmittelbare Arbeitserfolg seiner Mitarbeiter zugute, und der Arbeitsprozess unterliegt seinem umfangreichen Weisungsrecht. Dafür trägt er das Risiko der wirtschaftlichen Verwertbarkeit der Arbeit, und dem Arbeitnehmer wird die Vergütung insofern in gewissem Umfang unabhängig von der Effektivität seiner Arbeitsleistung gezahlt.

Das Arbeitsverhältnis wird überwiegend als unbefristetes Dauerschuldverhältnis begründet. Trotzdem entsteht für keinen Vertragspartner eine lebenslange Bindung. Die in der Praxis häufigste Beendigungsform ist die Kündigung. Sie kann von beiden Vertragspartnern erklärt werden. Kündigt der Arbeitgeber, verliert der Arbeitnehmer zumeist seine einzige Einnahmequelle und ist darauf angewiesen, möglichst bald einen neuen Arbeitsplatz zu finden. Er ist deshalb grundsätzlich besonders am Erhalt seines Arbeitsplatzes interessiert. Dem steht das Interesse des Arbeitgebers entgegen, als Träger des wirtschaftlichen Risikos frei über die Einstellung und Entlassung von Mitarbeitern zu entscheiden. Gegenüber dem Erhaltungsinteresse des abhängig beschäftigten Arbeitnehmers kann er dieses Interesse regelmäßig besser durchsetzen. Die Einschränkung seines Kündigungsrechts zielt insofern auf einen gerechten Interessenausgleich ab.

Mitte bis Ende des 19. Jh. befand sich die industrielle Revolution in Deutschland auf ihrem Höhepunkt. Das ordentliche Kündigungsrecht des Arbeitgebers war lediglich durch gesetzliche Kündigungsfristen und -termine beschränkt. Ein sachlicher Kündigungsgrund musste nicht vorliegen.

Diese Situation hat sich inzwischen grundlegend verändert. Für die ordentliche Kündigung ist heute vor allem das Kündigungsschutzgesetz (KSchG) von zentraler Bedeutung. Es gewährleistet den sog. allgemeinen Kündigungsschutz und bindet den Arbeitgeber bei Ausspruch einer ordentlichen Kündigung an die Gründe des § 1 KSchG.<sup>2</sup>

Das KSchG gilt jedoch nicht für jeden Arbeitnehmer. Ausgeschlossen sind beispielsweise Arbeitnehmer, die in Kleinbetrieben i.S.d. § 23 KSchG oder in Privathaushalten beschäftigt sind, bzw. solche, deren Arbeitsverhältnis noch keine sechs Monate besteht. Ähnliche Regelungen existierten bereits in dem Betriebsrätegesetz (BRG) von 1920, das in den §§ 84 ff. die ersten bedeutenden Regelungen des allgemeinen Kündigungsschutzes enthielt.

Der gesetzliche allgemeine Kündigungsschutz der Arbeitnehmer ist bis heute Gegenstand unzähliger rechtswissenschaftlicher Stellungnahmen. Die vorliegende Arbeit analysiert demgegenüber umfassend die lange Entwicklung des Kündigungsschutzes durch allgemeines Zivilrecht und Grundrechte für die privatwirtschaftlich beschäftigten Arbeitnehmer, die bei einer ordentlichen Kündigung des Arbeitgebers vom KSchG ausgenommen sind.

Die Untersuchung beginnt bereits vor Erlass der ersten spezialgesetzlichen Vorschriften über den allgemeinen Kündigungsschutz im BRG von 1920, da der Gedanke eines Kündigungsschutzes durch allgemeines Zivilrecht bereits zu einem früheren Zeitpunkt entstanden ist. Das erste Kapitel gibt deshalb zunächst einen kurzen Überblick über die gesetzliche Beschränkung des grundsätzlich freien Kündigungsrechts des Arbeitgebers durch Kündigungsfristen und -termine zwischen 1850 und 1920.

---

<sup>1</sup> Statistisches Bundesamt: [www.destatis.de/basis/d/erwerb/erwerbt1.htm](http://www.destatis.de/basis/d/erwerb/erwerbt1.htm), 21.1.2003.

<sup>2</sup> Das KSchG wird durch den besonderen Kündigungsschutz für bestimmte Arbeitnehmergruppen (z.B. § 9 MuSchG, § 85 SGB IX [früher § 15 SchwbG], § 15 KSchG), die Kündigungsfristen (z.B. §§ 621 f. BGB, 16 SchwbG) ergänzt. § 626 BGB bietet Schutz vor außerordentlichen Kündigungen.

Anschließend werden in dem gleichen Kapitel die damaligen Ansätze einer weitergehenden Begrenzung dargestellt, zu denen auch der Schutz durch die §§ 242, 138, 134, 226, 823, 826 BGB gehörte.

Das zweite Kapitel verfolgt die Bedeutung des Untersuchungsgegenstands während der Zeit der Weimarer Republik.

Dem müsste sich aufgrund der historischen Entwicklung die Analyse der Jahre des sog. Dritten Reichs anschließen. Die Zeit zwischen 1933 und 1945 war geprägt durch die allen Lebensbereichen aufgezwungene nationalsozialistische Ideologie. Sie hatte auch auf die Ausgestaltung des arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzes, die Kündigungspraxis sowie ihre gerichtliche Überprüfung Auswirkungen.<sup>3</sup> Besonders die zivilrechtlichen Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB dienten infolge ihrer Offenheit im Bereich des Arbeitsrechts als wichtige Einfallstore der nationalsozialistischen Rechtsauffassung.<sup>4</sup> Die Auswertung dieses Zeitabschnitts hat allerdings ergeben, dass die kündigungsschutzrechtliche Handhabung der zivilrechtlichen Vorschriften keinerlei Auswirkungen auf die weitere Entwicklung des Untersuchungsgegenstands hatte.<sup>5</sup> Deshalb wird diese Phase hier grundsätzlich nicht in einem eigenen Abschnitt berücksichtigt und bleibt einer gesonderten Betrachtung überlassen.

Da der 1946 aufgehobene allgemeine Kündigungsschutz der Jahre 1934 bis 1945, der § 56 des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit (AOG)<sup>6</sup>, jedoch teilweise Bedeutung für die kündigungsschutzrechtliche Anwendung der zivilrechtlichen §§ 138, 242 BGB nach 1945 hatte, wird er im dritten Teil des dritten Kapitels kurz erläutert.<sup>7</sup>

Schwerpunkt der vorliegenden Arbeit ist das vierte Kapitel. Es analysiert die Entwicklung der aufgeworfenen Frage seit In-Kraft-Treten des KSchG am 14.8.1951 bis in die Gegenwart. Von großer Bedeutung sind hierbei die beiden bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidungen vom 24.4.1991 und vom 27.1.1998.<sup>8</sup> Danach ist das Kündigungsrecht des Arbeitgebers außerhalb des KSchG heute aufgrund eines sich aus dem GG ergebenden Mindestkündigungsschutzes stärker eingeschränkt als in

---

<sup>3</sup> Allgemein dazu *Koch*: Das Kündigungsschutzrecht im Übergang vom Betriebsrätegesetz zum Arbeitsordnungsgesetz als Instrument faschistischer Herrschaftssicherung, 1988; *Michel*: Die Entwicklung der Arbeitsgerichtsbarkeit in den Faschismus, in Reifner (Hrsg.): Das Recht des Unrechtsstaates, 1981, S. 154 ff.

<sup>4</sup> *Rüthers*: Die unbegrenzte Auslegung, 5. Aufl. 1997, S. 261 ff.

<sup>5</sup> Allgemein zur kündigungsschutzrechtlichen Bedeutung der §§ 242, 138 BGB *Bohr*: Das Problem der nichtigen Kündigung im Arbeitsrecht im Lichte nationalsozialistischer Rechtsauffassung, 1936.

<sup>6</sup> RGBI. I 1934, S. 45. Vgl. *Dersch*: AOG, 1934; *Hueck u.a.*: AOG, 4. Aufl. 1943; *Mansfeld u.a.*: AOG, 1. Aufl. 1934.

<sup>7</sup> Vgl. S. 65 ff.

<sup>8</sup> BVerfG v. 24.4.1991, BVerfGE 84, S. 133; BVerfG v. 27.1.1998, AP Nr. 17 zu § 23 KSchG 1969.

den vergangenen vier Jahrzehnten. Darüber hinaus wird zukünftig auch das derzeit im Gesetzgebungsverfahren befindliche Antidiskriminierungsgesetz (ADG) und Art. II 30 der am 29.10.2004 verabschiedeten Europäischen Verfassung Bedeutung für den Kündigungsschutz außerhalb des Gesetzes haben.<sup>9</sup>

Literatur und Rechtsprechung sind bis einschließlich Februar 2006 berücksichtigt.

---

<sup>9</sup> Die Verfassung soll am 1.11.2006 in Kraft treten und muss bis dahin von allen Mitgliedstaaten, entweder durch Parlaments- oder Volksentscheid ratifiziert werden. Vgl. dazu S. 270 ff., 272 ff.





## 1. Kapitel: 1850 - 1920: Die Grenzen der ordentlichen Kündigung bis zum Erlass des Betriebsrätegesetzes

### 1. Teil: Einführung

In der Zeit zwischen 1850 und 1918 gliederte sich Deutschland in eine Vielzahl von Einzelstaaten, die seit 1871 im Deutschen Kaiserreich zusammengefasst wurden. Die rechtlichen Vorschriften waren in allen Bereichen stark zersplittert. Im Zivilrecht brachte das BGB Anfang 1900 eine wesentliche Rechtsvereinheitlichung.<sup>10</sup>

Bis Ende des 19. Jh. waren die allgemeinen Regelungen des Arbeitsvertrags über zahllose Landesgesetze verstreut<sup>11</sup>, die mit In-Kraft-Treten des BGB am 1.1.1900 ihre Geltung verloren. Sie wurden durch die §§ 611 ff. BGB abgelöst. Daneben existierten in den einzelnen Ländern vielfach spezielle Gesetze für einzelne Berufsgruppen, die durch die Einführung des BGB nicht berührt wurden.<sup>12</sup> Die Vorschriften wurden durch zahlreiche Arbeitsordnungen der Arbeitgeber und die ersten Tarifverträge ergänzt.

Inhaltlich waren die gesetzlichen Regelungen des Arbeitsverhältnisses - auch die des BGB - vom damals herrschenden Liberalismus geprägt.<sup>13</sup> Alle Menschen sollten danach als unabhängige Bürger ihre wirtschaftlichen und sozialen Beziehungen weitgehend uneingeschränkt regeln können. Arbeitnehmer und Arbeitgeber sollten ihre Rechtsbeziehung nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit als gleichberechtigte Partner gestalten. Dementsprechend waren nur die Grundzüge der Begründung und der Kündigung des Arbeitsverhältnisses sowie der Hauptpflichten beider Teile gesetzlich fixiert.<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> Zur Zersplitterung des Zivilrechts vor In-Kraft-Treten des BGB *Klippel* (Hrsg.): Deutsche Rechts- u. Gerichtskarte, III, 1996, S. 42.

<sup>11</sup> Z.B. Codex Maximilianus Bavaricus Civilis v. 1756: Dienstvertrag, 6. Kap. des 4. Teils, § 17 f.; Allgemeines Preußisches Landrecht v. 1794: 1. Teil, 11. Titel, §§ 869 ff. (allgemeine Vorschriften, spezielle Vorschriften im 2. Teil); Code Civil v. 1804: § 1780 f. (ergänzend hierzu ausführliche Regelungen des Arbeitsvertrags im "Loi relative aux Manufactures, Fabriques et Ateliers" und im "Arrêté relatif au Livret, dont les Ouvriers travaillant en qualité des compagnons ou Garçon, devron être pourvus"; Badisches Landrecht v. 1809: LRS 1780 f.; Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen v. 1865: §§ 1229 ff.

<sup>12</sup> Handwerk, Gewerbe: z.B. § 134 GewO KöPreußen v. 1845 (GS KöPreußen 1845, S. 41); § 105 GewO Norddeut. Bund v. 1869 (BGBl. Norddeut. Bund 1869, S. 245) - die GewO Norddeut. Bund wurde mit der Gründung des Deutschen Reiches 1871 auf das gesamte Reichsgebiet ausgedehnt; § 59 Abs. 2 GewG KöSachsen v. 1861 (GuVBl. KöSachsen 1861, S. 187). Zu anderen gewerberechtlichen Gesetzen *Strobel*: Zum Fabrikarbeitsvertrag in Deutschland im 19. Jh., Vertragsfreiheit und Kinderschutz, 1986.

Industrie: z.B. § 145 GewO KöPreußen v. 1845; § 127 GewO Norddeut. Bund v. 1869; § 59 Abs. 2 GewG KöSachsen. Zu Regelungen in anderen deutschen Ländern *Strobel*: Zum Fabrikarbeitsvertrag in Deutschland im 19. Jh., Vertragsfreiheit und Kinderschutz, 1986.

Gesinde: Gesindeordnungen der Länder und Städte sowie örtliches Gewohnheitsrecht.

Handel: §§ 57 ff. ADHGB v. 1861 (ab 1897 §§ 59 ff.).

Bergbau: z.B. § 80 Allg. BergG KöPreußen v. 1861; § 77 Allg. BergG KöSachsen v. 1868;

§ 78 Allg. BergG KöBayern v. 1869. Die anderen deutschen Länder übernahmen diese Regelungen größtenteils, vgl. *Hue*: Die Bergarbeiter, Bd. 2, 1913, S. 56, 71.

<sup>13</sup> *Becker*: Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis in Deutschland, 1995, S. 237; *Ramm*: Einführung in das Privatrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 1974, S. 12.

<sup>14</sup> *Becker*: Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis in Deutschland, 1995, S. 232; *Bernert*: Arbeitsverhältnisse im 19. Jh., 1972, S. 239 ff.

## 2. Teil: Die Beschränkung der ordentlichen Kündigung durch Kündigungsfristen und -termine

Der Grundsatz des freien Arbeitsvertrags beinhaltete auch das Recht zur freien Kündigung durch beide Teile.<sup>15</sup> Der Arbeitgeber war gesetzlich nicht an einen bestimmten Kündigungsgrund gebunden. Der Arbeitnehmer konnte aus jedem beliebigen Anlass entlassen werden. Die ordentliche Kündigung wurde lediglich durch Kündigungsfristen und -termine beschränkt. Ein gutes Beispiel hierfür waren die entsprechenden Regelungen für den gewerblichen und den industriellen Bereich und die ab 1.1.1900 geltenden Vorschriften des BGB.<sup>16</sup>

Das gewerbliche Arbeitsverhältnis<sup>17</sup> der Arbeiter war zunächst überwiegend in den Gewerbeordnungen der Länder geregelt.<sup>18</sup> Die gesetzliche Kündigungsfrist für die ordentliche Kündigung belief sich vielfach auf vierzehn Tage.<sup>19</sup> Teils richtete sie sich auch nach der Art der Entlohnung: Bei täglicher Auszahlung konnte täglich und bei wöchentlicher Auszahlung von Zahltag zu Zahltag gekündigt werden. Bei anderen Zahlungszielen betrug die Kündigungsfrist ebenfalls vierzehn Tage.<sup>20</sup> Im Königreich Sachsen war sie an die ortsübliche Entlohnung gebunden.<sup>21</sup> Im Königreich Hannover war die Kündigung nur am Sonntag möglich.<sup>22</sup> Eine Frist gab es nicht. Andere Gesetze wiederum verwiesen auf den örtlichen Gebrauch oder den Gebrauch des jeweiligen Gewerbes.<sup>23</sup> Nach der Reichsgründung 1871 wurde die Gewerbeordnung des Norddeutschen Bundes von 1869 auf das gesamte Reichsgebiet ausgedehnt. Nach § 122 GewO galt damit einheitlich eine Frist von vierzehn Tagen.

Die gesetzlichen Kündigungsfristen waren allerdings grundsätzlich dispositiv und wurden meist durch abweichende Vereinbarungen ersetzt.<sup>24</sup> Häufig galt in der Praxis nur eine tägliche oder stündliche Frist. Verbreitet war auch die völlige Entfristung der ordentlichen Kündigung, so dass der Arbeiter jederzeit

---

<sup>15</sup> *Bornhak*: Das deutsche Arbeitsrecht, AnnDR 1892, S. 501, 626; *Wüllenweber*: Die Entwicklung des Kündigungsschutzrechts seit dem ersten Weltkrieg, 1965, S. 25.

<sup>16</sup> Zum Arbeitsverhältnis und den Kündigungsfristen im Handel *Flud*: Das Recht der Handlungsgehilfen, 1897; *Horrwitz*: Das Recht der Handlungsgehilfen, 2. Aufl. 1905.

Zum Arbeitsverhältnis und den Kündigungsfristen im Bergbau *Klosterman/Fürst*: Allg. BergGesetz für die preuß. Staaten, 6. Aufl. 1911; *Nothhaas/Miesbach*: Das bayerische BergGesetz vom 13.8.1910, 1927; *Rohn*: Der Arbeitsvertrag der Bergarbeiter, 1913.

Zum Gesindearbeitsverhältnis und den Kündigungsfristen *Gerhard*: Die geltenden preußischen Gesindeordnungen, 2. Aufl. 1914; *Suchsland*: Das Recht des Gesindes in allen Bundesstaaten des Deutschen Reiches, 1895.

<sup>17</sup> Zum gewerblichen Arbeitsverhältnis *Burchardt*: Die Rechtsverhältnisse der gewerblichen Arbeiter, 1901; *Strobel*: Zum Fabrikarbeitsvertrag in Deutschland im 19. Jh., Vertragsfreiheit und Kinderschutz, 1986.

<sup>18</sup> Z.B. GewO KöPreußen v. 1845; GewO Norddeut. Bund v. 1869; GewG KöSachsen v. 1861, das von fast allen thüringischen Ländern übernommen wurde; Instruktion KöBayern v. 1825 (RegBl. KöBayern 1826, Sp. 83); GewG Großherzogtum Baden v. 1862 (RegBl. Baden 1862, S. 409); GewO KöWürttemberg v. 1862 (RegBl. KöWürttemberg 1862, S. 67); GewO KöHannover v. 1847 (GS KöHannover 1847, S. 215); GewO Bremen v. 1851 (Gbl. Bremen 1851, S. 103); GewG Herzogtum Oldenburg v. 1861 (Gbl. Herzogtum Oldenburg 1861, S. 723).

<sup>19</sup> § 139 GewO KöPreußen v. 1845; §§ 110, 134 GewO Norddeut. Bund v. 1869; § 39 GewO KöWürttemberg v. 1828.

<sup>20</sup> § 12 des Frankfurter "Gesetzes das gewerbliche Hülfspersonal betreffend" v. 1864.

<sup>21</sup> § 65 GewG KöSachsen v. 1861.

<sup>22</sup> §§ 151 ff. GewO KöHannover v. 1847.

<sup>23</sup> § 33 GewO KöWürttemberg v. 1862; § 11 Nassauer "Edikt, die Dienstverhältnisse des Gesindes und der Handwerksgehülfen betreffend" v. 1819.

<sup>24</sup> *Herkner*: Die Arbeiterfrage, Bd. 1, 8. Aufl. 1922, S. 6 ff.

entlassen werden konnte.<sup>25</sup> Der Arbeitgeber konnte auf diese Weise jemanden faktisch fristlos entlassen, ohne an die auch damals bereits existierenden gesetzlichen Gründe der außerordentlichen Kündigung gebunden zu sein.<sup>26</sup>

Das Arbeitsverhältnis der vorwiegend geistig tätigen, gewerblichen Angestellten<sup>27</sup> war anfangs nicht gesetzlich geregelt. Es wurde häufig eine sechswöchige Kündigungsfrist vereinbart. Hintergrund dieser damals verhältnismäßig langen Frist war, dass die Arbeitgeber auf die Loyalität dieser Arbeitnehmergruppe besonders angewiesen waren und einen Arbeitsplatzwechsel möglichst verhindern wollten.<sup>28</sup> Eine gesetzliche Regelung fand das gewerbliche Angestelltenverhältnis 1891 in den §§ 133 a ff. GewO. Dabei übernahm der Gesetzgeber die bisher allgemein übliche Kündigungsfrist von sechs Wochen, § 133 a GewO. Darüber hinaus konnte die Kündigung nur zum Ablauf eines Kalendervierteljahres erfolgen. Abweichende Vereinbarungen waren nach § 133 aa GewO zwingenden Anforderungen unterworfen: Die Frist musste für beide Parteien gleich lang sein. Ab 1900 galt zusätzlich eine Mindestkündigungsfrist von einem Monat, und die Kündigung konnte nur am Monatsende ausgesprochen werden. Ausnahmen enthielten die §§ 133 ab, 133 ac GewO.

Das Arbeitsverhältnis der Fabrikarbeiter<sup>29</sup> wurde zunächst in den meisten deutschen Staaten ebenfalls durch die dortigen Gewerbevorschriften geregelt.<sup>30</sup> Nach der Reichsgründung von 1871 galten auch für sie in ganz Deutschland die Vorschriften der bisherigen GewO des Norddeutschen Bundes, §§ 105, 122, 127 GewO. Das Arbeitsverhältnis der industriellen Angestellten wurde wie das der gewerblichen Angestellten erstmalig 1891 durch die GewO geregelt. In der Industrie galten damit jeweils die gleichen gesetzlichen Kündigungsfristen wie im Gewerbe. Allerdings waren auch hier abweichende Vereinbarungen der Kündigungsfristen durch die Einzelarbeitsverträge, die ersten Tarifverträge<sup>31</sup> und die einseitig vom Arbeitgeber aufgestellten Fabrikordnungen<sup>32</sup> üblich.

Die ab 1.1.1900 bestehenden, dispositiven Kündigungsfristen der §§ 621 ff. BGB galten für die Arbeitsverhältnisse, die nicht spezialgesetzlich geregelt waren.<sup>33</sup> Bei Angestellten betrug die Kündigungsfrist sechs Wochen zum Quartalsende, § 622 BGB. Bei Arbeitern richtete sie sich nach der

---

<sup>25</sup> *Göller*: Die Entwicklung des Kündigungsschutzrechts in Deutschland, 1974, S. 26; *Lotmar*: Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches, Bd. 2, 1908, S. 562, 583, 682 dort Fn. 3; *Potthoff*: Probleme des Arbeitsrechts, 1912, S. 119 ff.

<sup>26</sup> *Lotmar*: Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches, Bd. 2, 1908, S. 628.

<sup>27</sup> Dazu gehörten z.B. Betriebsbeamte, Werksmeister und ähnliche Angestellte, die mit der Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebs oder einer Abteilung beauftragt waren. Ferner zählten dazu auch Chemiker, Maschinentechniker und Zeichner.

<sup>28</sup> *Becker*: Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis in Deutschland, 1995, S. 66; *Trieschmann*: Ungleichbehandlung im gesetzlichen Arbeitsvertragsrecht, in Hanau u.a. (Hrsg.): FS für Herschel, S. 421, 422. A.A. *Bail*: Das Rechtsverhältnis der Arbeitgeber und Arbeitnehmer in Handwerk, Industrie und Handelsgewerbe nach Reichsrecht, 1912, S. 224.

<sup>29</sup> Vgl. *Strobel*: Zum Fabrikarbeitsvertrag in Deutschland im 19. Jh., Vertragsfreiheit und Kinderschutz, 1986.

<sup>30</sup> Z.B. §§ 145, 134 GewO KöPreußen v. 1845; §§ 105, 127 GewO Norddeut. Bund v. 1869.

<sup>31</sup> Abdruck zahlreicher Tarifverträge aus der Zeit um 1900 bei *Imle*: Gewerbliche Friedensdokumente, 1905.

<sup>32</sup> Zu den Arbeitsordnungen allgemein *Becker*: Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis in Deutschland, 1995, S. 94 ff. m.w.N.; *Köhne*: Die Arbeitsordnungen im deutschen Gewerberecht, 1901.

<sup>33</sup> Sie galten beispielsweise für Landarbeiter (Diese Arbeitnehmer wurden erst ab 1919 von der vorläufigen Landarbeiterordnung erfasst, die jedoch für die ordentliche Kündigung weiterhin auf die §§ 621 ff. BGB verwies.), für Güterbeamte, für Beschäftigte der Eisenbahngesellschaften, für Beschäftigte in nicht auf den Erwerb ausgerichteten Betrieben (z.B. gemeinnützige und kirchliche Betriebe). Zusätzlich galten sie auch für die Gruppe der Heimarbeiter, die jedoch damals wie heute keine Arbeitnehmer sind. Für sie wurde das Heimarbeitsverhältnis erst 1911 spezialgesetzlich durch das Hausarbeitsgesetz geregelt.

Allgemein dazu *Wölbling/Neubauer*: Die Entlassung der Arbeiter und Angestellten nach neuem Recht, Bd. 1, 1923, S. 15.

Art der Bezahlung. Erfolgte die Entlohnung nach Zeitabschnitten, galt § 621 BGB: Bei täglicher Gehaltsauszahlung konnte die Kündigung an jedem Tag zum nächsten ausgesprochen werden. Bei wöchentlicher Entlohnung musste die Kündigung spätestens am ersten Werktag zum Ende der Kalenderwoche erklärt werden. Bei monatlicher Bezahlung erfolgte die Kündigung spätestens am 15. des Monats zum Monatsende. Die Vergütung nach Vierteljahren oder längeren Zeitabschnitten begründete eine sechswöchige Kündigungsfrist zum Ende des Kalenderquartals. Wurde die Entlohnung nicht nach Zeitabschnitten vorgenommen, wie z.B. beim Akkordlohn- oder Stücklohnvertrag galt folgendes: Sollte das Arbeitsverhältnis dem erkennbaren Parteiwillen zufolge nach Herstellung der vereinbarten Stückzahl enden, konnte die Kündigung jederzeit ausgesprochen werden. Nahm das Dienstverhältnis jedoch die Arbeitskraft des Arbeiters vollständig oder hauptsächlich in Anspruch, war eine vierzehntägige Kündigungsfrist zu beachten, § 623 BGB a.F.

### 3. Teil: Die Ansätze einer weitergehenden Einschränkung der ordentlichen Kündigung

Zwischen 1850 und 1920 war eine über die Kündigungsfristen hinausgehende Beschränkung der Arbeitgeberkündigung weder für die Arbeitnehmerschaft noch für die reformorientierten gesellschaftspolitischen Gruppen oder für den Gesetzgeber ein zentrales Thema. Die Bestrebungen waren zunächst vor allem darauf gerichtet, die heute kaum noch vorstellbaren katastrophalen Arbeitsbedingungen zu verbessern. Im Vordergrund standen Entgeltsteigerungen, die Intensivierung des Arbeitsschutzes sowie eine Verringerung der Arbeitszeiten<sup>34</sup>. Gekämpft wurde ferner für eine Einschränkung der Frauen- und Kinderarbeit.<sup>35</sup>

Es entstanden jedoch zu Beginn des 20. Jh. erste Ansätze zur Verbesserung des Kündigungsschutzes. So trat z.B. eine kleine Gruppe von Arbeitgebern für ein auf Selbstbeschränkung beruhendes Kündigungsrecht ein.<sup>36</sup> Sie verzichteten auf unnötige, d.h. vom Arbeitnehmer nicht veranlasste Kündigungen. Im Fall einer nötigen Kündigung zahlten sie bei längerer Betriebszugehörigkeit Abschlussvergütungen in Höhe eines halben Jahreslohns.

Für die Angestellten der Sozialversicherungsträger und Berufsgenossenschaften schlossen die §§ 354 Abs. 2, 693 Abs. 2 Reichsversicherungsordnung (RVO) von 1911<sup>37</sup> nach 10-jähriger Beschäftigungsdauer das Recht zur ordentlichen Kündigung aus.

Es bestanden ferner einige Tarifverträge, die einzelne Kündigungsverbote enthielten.<sup>38</sup> So waren z.B. Kündigungen wegen Gewerkschaftszugehörigkeit, der Teilnahme an Maifeierlichkeiten oder Arbeitsmangels<sup>39</sup> unzulässig.

Mit § 80 fo wurde 1909 ein gesetzliches Novum in das Allg. Preuß. BergG aufgenommen.<sup>40</sup> Von den Arbeitern im Bergbau wurde damals besonders die fehlende Sicherheit am Arbeitsplatz bemängelt. Der

---

<sup>34</sup> Arbeitszeiten von zehneinhalb bis zwölfteinhalb Stunden zuzüglich Pausen waren üblich.

<sup>35</sup> *Strobel*: Zum Fabrikarbeitsvertrag in Deutschland im 19. Jh., Vertragsfreiheit und Kinderschutz, 1986, S. 31 ff., 67, 134 f., 139 ff., 159 ff., 190 f., 206 f., 210 f.

<sup>36</sup> Z.B. Alfred Krupp und Karl Ferdinand Frhr. v. Stumm-Halberg, vgl. *Abbè*: Motive und Erläuterungen zum Entwurf eines Statuts der Carl-Zeiss-Stiftung, in *Abbè*: Gesammelte Abhandlungen, Bd. 3, 1906, S. 349 f.; *Schräpler*: Quellen zur Geschichte der sozialen Frage in Deutschland, Bd. 2, 1957, S. 11 und Quellen Nr. 12, 13.

<sup>37</sup> RVO v. 19.7.1911 (RGBl. I 1911, S. 509).

<sup>38</sup> *Göller*: Die Entwicklung des Kündigungsschutzrechts in Deutschland, 1974, S. 38 f.

<sup>39</sup> Unter dem damals geläufigen Begriff des Arbeitsmangels wurde verstanden, dass Arbeitnehmer wegen ausbleibender Aufträge nicht beschäftigt werden konnten.

<sup>40</sup> GS KöPreußen v. 1909, S. 677 ff.

Gesetzgeber sah sich zu der Einführung des Instituts der Sicherheitsmänner gedrängt. Diese Funktionsträger wurden von der Arbeitnehmerschaft aus den eigenen Reihen gewählt und wachten über die Sicherheit der Bergarbeiter am Arbeitsplatz. Sie konnten nur aus den abschließend in § 80 fo Allg. Preuß. BergG aufgeführten Gründen ordentlich gekündigt werden.<sup>41</sup> Damit wurde die Wirksamkeit der ordentlichen Kündigung erstmalig von dem Vorliegen bestimmter Gründe abhängig gemacht. Obwohl die Vorschrift nicht die Verbesserung des Kündigungsschutzes beabsichtigte, sondern in erster Linie die Unabhängigkeit der Sicherheitsmänner bei Ausübung ihres Amtes gewährleisten sollte<sup>42</sup>, sahen die Gegner des freien Kündigungsrechts hierin einen ersten, wichtigen Schritt in die richtige Richtung.<sup>43</sup> 1920 entfiel die Vorschrift des § 80 fo Allg. Preuß. BergG allerdings durch die gesetzliche Beseitigung der Einrichtung der Sicherheitsmänner wieder.

Die ausschlaggebenden Impulse für die Entwicklung eines materiellen Kündigungsschutzes gingen Anfang des 20. Jh. von einer kleinen Gruppe reformorientierter Juristen und Praktiker aus. Es handelte sich hierbei um die Juristen Flesch, Lotmar, Melsbach und Elster sowie den Volkswirt Potthoff. Sie verfügten in den entscheidenden Gremien über einen ernst zu nehmenden Einfluss und bewirkten, dass das Thema in der Gesellschaft wachsende Beachtung fand.

Seit 1899 sprach sich Flesch immer wieder für eine stärkere Beschränkung des Kündigungsrechts des Arbeitgebers aus.<sup>44</sup> Er plädierte für eine entsprechende gesetzliche Regelung des Kündigungsschutzes, durch die ihm keinesfalls sein Recht zur Kündigung bei Betriebsumstellungen oder -schließungen entzogen werden sollte. Sein Kündigungsrecht sollte ferner weiterhin bestehen, wenn der Arbeitnehmer seiner Leistungspflicht nicht nachkam, die vereinbarte Kenntnis nicht hatte oder arbeitsunfähig wurde. Bereits damals war er jedoch der Auffassung, dass der Arbeitnehmer nicht ohne eine finanzielle Entschädigung willkürlich gekündigt werden dürfe. Willkürlich waren seiner Ansicht nach Kündigungen des Arbeitgebers, "die nicht im Verhalten des Arbeiters oder durch die Verhältnisse des Unternehmers gerechtfertigt sind"<sup>45</sup>.

Anders als Flesch vertrat Melsbach, dass die allgemeinen Regelungen der §§ 242, 262 BGB eine ausreichende Möglichkeit böten, willkürlichen Arbeitgeberkündigungen entgegenzuwirken.<sup>46</sup> Dabei hielt er den Begriff der willkürlichen Kündigung in der Definition von Flesch für zu eng. Es gäbe auch willkürliche Kündigungen, die durch wirtschaftliche Schwierigkeiten oder unzureichende Arbeitsleistungen des Arbeitnehmers mitbedingt seien.<sup>47</sup>

---

<sup>41</sup> Abdruck der Gründe bei *Wüllenweber*: Die Entwicklung des Kündigungsschutzrechts seit dem ersten Weltkrieg, 1965, S. 36 dort Fn. 1.

<sup>42</sup> *Westhoff/Schlüter*: Allgemeines Berggesetz für die Preussischen Staaten v. 24. Juni 1885, 3. Aufl. 1913, § 80 fo Allg. Preuß. BergG Anm. II.

<sup>43</sup> *Flesch*: Die Beschränkung der Macht zur Auflösung des Arbeitsvertrages, GKG 1908/1909, Sp. 377 ff.; *ders.*: Das geltende Recht und das Arbeitsverhältnis, Soz.Prax. 1909/1910, Sp. 449, 454; *Potthoff*: Probleme des Arbeitsrechts, 1912, S. 125.

<sup>44</sup> *Flesch*: Über den Entwurf eines Gesetzes zum Schutze des gewerblichen Arbeitsverhältnisses, DJZ 1899, S. 453, 454 f.; *ders.*: Der Schutz der Arbeitswilligen, Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, III. Folge, Bd. 19, 1900, S. 217 ff.; *ders.*: Die Beschränkung der Macht zur Auflösung des Arbeitsvertrages, GKG 1908/1909, Sp. 377, 381; *ders.*: Das Ehrenamt und der Arbeitsvertrag, Soz.Prax. 1909/1910, Sp. 25, 28 ff.

<sup>45</sup> *Flesch*: Zur Kritik des Arbeitsvertrages, 1901, S. 20; *ders.*: Das geltende Recht und das Arbeitsverhältnis, Soz.Prax. 1909/1910, Sp. 449, 450.

<sup>46</sup> *Melsbach*: Willkürliche Kündigung des Arbeitsvertrages, Soz.Prax. 1909/1910, Sp. 1234; *ders.*: Vertragsbrüchige Streiks und Aussperrungen, 1912, S. 28.

<sup>47</sup> *Melsbach*: Willkürliche Kündigung des Arbeitsvertrages, Soz.Prax. 1909/1910, Sp. 1234.

Er war der Ansicht, die Verpflichtung, einen Vertrag nach Treu und Glauben i.S.d. § 242 BGB zu erfüllen, beinhalte zugleich auch die Verpflichtung, ihn nicht gegen Treu und Glauben zu lösen.<sup>48</sup> Eine Kündigung, die diesen Grundsatz missachtete, sah er als Vertragsbruch an. Melsbach deutete an, dass er als Rechtsfolge ebenfalls eine Entschädigungspflicht des Arbeitgebers für möglich hielt.<sup>49</sup>

Darüber hinaus war er der Auffassung, dass eine gegen Treu und Glauben verstoßende Kündigung in vielen Fällen zugleich eine sittenwidrige Kündigung i.S.d. § 826 BGB sei und auch als unerlaubte Handlung eine Entschädigungspflicht auslösen müsse.<sup>50</sup> Der Arbeitnehmer konnte seiner Ansicht nach wählen, ob er den Verstoß gegen § 242 BGB oder gegen § 826 BGB rügen wollte. Es sollte allerdings auch Fälle geben, in denen ausschließlich § 826 BGB in Betracht kam.

Eine Beschränkung des Kündigungsrechts unter dem Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit hatte auch Lotmar in seinem viel beachteten Werk zum Arbeitsvertragsrecht angedeutet.<sup>51</sup>

Potthoff hielt die Beschränkung des Kündigungsrechts durch bürgerlich-rechtliche Vorschriften zwar ebenfalls für möglich.<sup>52</sup> Er sah allerdings Schwierigkeiten in der praktischen Umsetzung und hielt deshalb wie Flesch eine spezialgesetzliche Regelung für effektiver. Die Anwendung des

§ 242 BGB hatte aus seiner Sicht den Nachteil, dass die Vorschrift das Bestehen einer Verkehrssitte erforderte, nach der die Kündigung des Arbeitgebers als ein Verstoß gegen Treu und Glauben aufzufassen war. Potthoff war der Auffassung, erst wenn sich eine derartige Verkehrssitte entwickelt habe, könne § 242 BGB einen Schutz vor willkürlichen Arbeitgeberkündigungen gewährleisten. Dann sollte allerdings als Rechtsfolge einer treuwidrigen Kündigung ein Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers in Betracht kommen. Darüber hinaus zog er auch die Anwendung der §§ 226, 826 BGB in Betracht.

Elster trat für eine beiderseitige Einschränkung des Kündigungsrechts unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensbruchs ein.<sup>53</sup> Der Begriff des Vertrauensbruchs sollte allerdings über die arbeitsvertraglichen Beziehungen hinaus auch den Fall erfassen, bei dem die Pflichtverletzung des einen Vertragsteils nicht gegenüber dem anderen Vertragsteil, sondern - wie z.B. bei Massenentlassungen oder Streiks - gegenüber der Allgemeinheit erfolgte. Insgesamt waren seine Reformansätze jedoch recht vage. Er selbst wies darauf hin, „wie das im einzelnen gesetzlich angefasst werden muss, darüber muss ein andermal in breiterem Rahmen gesprochen werden“<sup>54</sup>.

---

<sup>48</sup> *Melsbach*: Willkürliche Kündigung des Arbeitsvertrages, *Soz.Prax.* 1909/1910, Sp. 1234, 1235; *ders.*: Vertragsbrüchige Streiks und Aussperrungen, 1912, S. 28. Dieser Argumentation widersprach ausdrücklich *Stein*: Schadensersatzansprüche bei Streik und Aussperrung, 1916, S. 5.

<sup>49</sup> *Melsbach*: Willkürliche Kündigung des Arbeitsvertrages, *Soz.Prax.* 1909/1910, Sp. 1234, 1235 f.

<sup>50</sup> *Melsbach*: Willkürliche Kündigung des Arbeitsvertrages, *Soz.Prax.* 1909/1910, Sp. 1234, 1238.

<sup>51</sup> *Lotmar*: Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches, Bd. 2, 1908, S. 582 dort Fn. 2, 578, 603.

<sup>52</sup> *Potthoff*: Probleme des Arbeitsrechts, 1912, S. 120, 122; *ders.*: Einheitliches Dienstrecht für Angestellte, *ArbR* 1914, Sp. 31, 44 ff.

<sup>53</sup> *Elster*: Recht des Arbeitsvertrages. Was ist Vertragsbruch?, *GKG* 1908/1909, Sp. 395 ff. i.V.m. *ders.*: Eine neue soziale Bewertung des Kontraktbruchs, *Soz.Prax.* 1909/1910, Sp. 192 ff.

<sup>54</sup> *Elster*: Eine neue soziale Bewertung des Kontraktbruchs, *Soz.Prax.* 1909/1910, Sp. 192, 194.

Die Auswertung einer Vielzahl von Entscheidungssammlungen<sup>55</sup> aus den Jahren zwischen 1850 und 1920 hat ergeben, dass die Rspr.<sup>56</sup> bis zirka 1910 bei keiner Überprüfung einer arbeitsrechtlichen Kündigung die Entlassungsbefugnis des Arbeitgebers durch allgemeines Zivilrecht oder übergeordnete Rechtsgedanken beschränkt hat. Später wurden die bereits erläuterten rechtswissenschaftlichen Ansätze nur sehr vereinzelt aufgegriffen.<sup>57</sup> Beispielsweise nahm das Kaufmannsgericht Aue infolge fehlender Kündigungsbefugnis des Arbeitgebers einen Verstoß der Kündigung gegen Treu und Glauben an. Der Kündigung war die Einigung der Arbeitsvertragsparteien über eine zeitlich befristete Gehaltsreduzierung vorausgegangen. Diese Vereinbarung legte das Gericht aufgrund der Verkehrssitte dahingehend aus, dass sie für den entsprechenden Zeitraum einen Ausschluss des Kündigungsrechts auf Arbeitgeberseite beinhalte. Die Kündigung war daher unwirksam.

---

<sup>55</sup> *Auerbach*: Entscheidungen des Reichsgerichts für Industrie, Handel und Gewerbe; *Baum*: Handbuch für Gewerbe- und Kaufmannsgerichte; *Bensheimer*: Annalen der großherzoglichen Badischen Gerichte; *Blum* (Hrsg.): Urtheile und Annalen des Reichsgerichts in Civilsachen; *Bolze*: Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen; *Baum*: Handbuch der Gewerbegerichte; *Buckta/Budde u.a.* (Hrsg.): Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Rostock; *Calm* (Hrsg.): Rechtsgrundsätze der Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts; *Calm/Mallison* (Hrsg.): Wochenschrift für deutsches Handels- und Wechselrecht nach den Entscheidungen des Oberhandelsgerichts zu Leipzig; *Fenner/Mecke* (Hrsg.): Civilrechtliche Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe für die gemeinrechtlichen Bezirke des preussischen Staates (des Oberappellationsgerichts zu Berlin bis zu seiner Vereinigung mit dem Obertribunal); *Flesch* (Hrsg.): Das Gewerbegericht; *Flesch* (Hrsg.): Gewerbe- und Kaufmannsgericht; *Glaubrecht/Dernburg* (Hrsg.): Archiv für das Strafrecht und das öffentliche Gerichtsverfahren in dem Großherzogthum Hessen, sowie für das Civilrecht in der Provinz Rheinhessen; *Grünewald*: Rechtsgrundsätze der Entscheidungen deutscher Gerichtshöfe mit Ausnahme der Reichsoberhandelsgerichte; *Karger/Erdmann*: Jahrbuch arbeitsrechtlicher Entscheidungen; *Keller/Buff u.a.* (Hrsg.): Hessische Rechtsprechung, herausgegeben auf Veranlassung des Richter-Vereins unter Mitwirkung der hess. Anwaltskammer; *Kierulff* (Hrsg.): Sammlung der Entscheidungen des Oberappellationsgerichts der vier freien Städte zu Lübeck; *Langenn/Sickel/Pöchmann u.a.* (Hrsg.): Annalen des Königlich Sächsischen Oberappellationsgerichts in Dresden; *Langenn/Sickel/Pöchmann u.a.* (Hrsg.): Annalen des Königlich Sächsischen Oberlandesgerichts Leipzig; *Maß* (Hrsg.): Die Praxis des Gewerbegerichts Stettin; *Mitglieder der Oberlandesgerichte Cöln und Düsseldorf* (Hrsg.): Rheinisches Archiv für das Civil- u. Criminalrecht; *Mitglieder des Reichsgerichts in Civilsachen* (Hrsg.): Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen; *Mitglieder des Reichsoberhandelsgerichts* (Hrsg.): Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts; *Mugdan/Falkmann* (Hrsg.) Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts; *Rohrscheidt*: Gewerbearchiv für das Deutsche Reich; *Sand* (Hrsg.): Archiv für das Civil- und Kriminalrecht der Königlich Preussischen Rheinlande (Provinzen); *Schulz/Schalhorn* (Hrsg.): Das Gewerbegericht Berlin; *Schulz/Schalhorn* (Hrsg.): Aus der Praxis des Berliner Gewerbegerichts; *Soergel* (Hrsg.): Deutschlands oberstrichterliche Rechtsprechung; *Stegmann* (Hrsg.): Die Rechtsprechung des deutschen Oberhandelsgerichtes zu Leipzig; *Striethorst* (Hrsg.): Archiv für Rechtsfälle, die zur Entscheidung des königlich preussischen Obertribunals gelangt sind; *Unger* (Hrsg.): Entscheidungen des Gewerbegerichts Berlin unter Berücksichtigung der Praxis anderer deutscher Gerichte; Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle in actenmäßigen Darstellungen aus dem Gebiete der Justizpflege und Verwaltung.

<sup>56</sup> Eine Arbeitsgerichtsbarkeit wurde erst durch das ArbGG von 1926 errichtet. Bis dahin waren für arbeitsrechtliche Streitigkeiten in der ersten Instanz bei gewerblichen Arbeitsverhältnissen die Gewerbegerichte, bei handelsrechtlichen Arbeitsverhältnissen die Kaufmannsgerichte und für Arbeitsverhältnisse im Bergbau die BergGerichte zuständig. Die Sondergerichte waren allerdings nicht flächendeckend vorhanden. In diesem Fall und hinsichtlich anderer Arbeitsverhältnisse musste beim Amtsgericht Klage erhoben werden. Für Berufungen waren in jedem Fall bis 1926 die Landgerichte zuständig. Revisionen erfolgten vor Einführung der Arbeitsgerichtsbarkeit bis Ende 1878 vor den Oberappellationsgerichten und mit In-Kraft-Treten des GVG vom 27.1.1877 (RGBl. 1877, S. 41) zum 1.1.1879 vor den Oberlandesgerichten.

<sup>57</sup> KfmG Stadtbezirk Stettin v. 21.1.1910, GKG 1909/1910, Sp. 224; KfmG Schöneberg v. 12.2.1912, GKG 1911/1912, Sp. 138; KfmG Aue v. 4.9.1914, GKG 1914/1915, Sp. 66.

#### 4. Teil: Stellungnahme

Als der Kündigungsschutz der Arbeitnehmer Anfang des 20. Jh. in das Bewusstsein einzelner Arbeitgeber und Arbeitsrechtsrechtswissenschaftler trat, ergab sich die Frage, die sich auch heute immer wieder stellt, wenn es um die rechtliche Regelung bestimmter Situationen geht. In der ersten Auseinandersetzung wurde überlegt, ob bereits bestehende Rechtsvorschriften ausreichen oder neue geschaffen werden müssen. So bestand auch damals die Vision eines spezialgesetzlichen Kündigungsschutzes im Arbeitsrecht neben den Gedanken der Rechtswissenschaft über die Anwendung der allgemeinen, zivilrechtlichen Vorschriften der §§ 242, 138, 826 BGB. Beide Lösungsvorschläge waren für die damalige Zeit gleichermaßen revolutionär. Sie blieben allerdings insgesamt recht unbestimmt und vage. Im Hinblick auf die §§ 242, 138, 826 BGB waren vor allem die Aussagen zu den Rechtsfolgen wenig konkret. Die Gerichte, die zwischen 1850 und 1920 keine eigenen Ansätze zum Kündigungsschutz entwickelten, griffen die neuen Gedanken des Schrifttums nicht in einem beachtenswerten Umfang auf.

Die Zeit war für eine wesentliche Verbesserung des arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzes noch nicht reif. Die Arbeitgeber waren grundsätzlich nicht bereit, sich in der ihnen zustehenden Kündigungsfreiheit zu beschränken. Auch bei den Gerichten fehlte das Bewusstsein für die Notwendigkeit einer solchen Einschränkung. Es ist daher verständlich, dass sich die Forderung einiger weniger fortschrittlich denkenden Juristen nach einem Ausgleich der arbeitsplatzbezogenen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen zwanzig Jahre lang in der Praxis nicht umsetzen ließ. Die damalige Pionierarbeit ist jedoch bis heute von großer Bedeutung. Sie bereitete den Boden für den gegenwärtigen gesetzlichen Kündigungsschutz des KSchG und legte den Grundstein für den Kündigungsschutz außerhalb des KSchG und seiner Vorgängerregelung im BRG von 1920<sup>58</sup> sowie für den Kündigungsschutz nach Ende des zweiten Weltkriegs.

Der damals neue Gedanke, eine inhaltliche Beschränkung des Kündigungsrechts über die Generalklauseln des Zivilrechts vorzunehmen, beeindruckt. Die Offenheit dieser Vorschriften bot die Chance, sich dem im Arbeitsrecht weitgehend unbekanntem Rechtsterrain des materiellen Kündigungsschutzes langsam zu nähern und ihn stetig weiter zu entwickeln. Die Anpassung an den Einzelfall war unter Berücksichtigung der jeweiligen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen möglich. Der Weg über die Generalklauseln erlaubte eine flexible Handhabung. Auf vorsichtige Art wurde so den Arbeitgebern bewusst gemacht, dass ihnen ihre Befugnisse aus dem gegenseitigen Arbeitsverhältnis nur unter Achtung der Interessen ihrer Vertragspartner zustehen konnten. Diese Überzeugung beherrscht heute die Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer und ist das Ergebnis der langen Entwicklung des Arbeitsrechts. Anfang des 20. Jh. fehlte dieses Verständnis in der vom Liberalismus und der Industrialisierung geprägten Wirtschaft weitgehend.

---

<sup>58</sup> Vgl. S. 16 ff.



## **5. Teil: Zusammenfassung**

Zwischen 1850 und 1920 war das ordentliche Kündigungsrecht des Arbeitgebers nur durch gesetzliche Kündigungsfristen und -termine beschränkt, die in der Praxis vielfach zum Nachteil des Arbeitnehmers durch abweichende einzelvertragliche Vereinbarungen, Arbeitsordnungen und Tarifverträge verkürzt oder ganz ausgeschlossen wurden.

Erste ernst zu nehmende Bestrebungen einer weitergehenden Begrenzung des Kündigungsrechts gingen Anfang des 20. Jh. vom rechtswissenschaftlichen Schrifttum aus. Dabei wurden im Wesentlichen zwei Lösungswege verfolgt. Auf der einen Seite bestand die Auffassung, die Einschränkung des Kündigungsrechts müsse durch ein spezielles Arbeitsgesetz erfolgen. Von anderer Seite wurde die Anwendung der allgemeinen, für jeden Vertragstyp geltenden Regelungen der §§ 242, 138, 826 BGB als ausreichend erachtet. Zum damaligen Zeitpunkt konnte sich jedoch keiner der beiden Ansätze in der Praxis der liberalistisch geprägten Industriegesellschaft durchsetzen.



## 2. Kapitel: 1920 - 1933: Der Kündigungsschutz außerhalb des Betriebsrätegesetzes durch Grundrechte der Weimarer Reichsverfassung und allgemeines Zivilrecht

### 1. Teil: Einführung

Nach Ende des Ersten Weltkriegs 1918 und der Gründung der ersten deutschen Republik war die Bewältigung der damaligen großen Arbeitsmarktprobleme eines der wichtigsten Ziele der neuen Regierung. Heimkehrende Soldaten mussten wieder in das Berufsleben eingegliedert werden. Dadurch sollten jedoch Arbeitnehmer, die keinen Kriegsdienst geleistet hatten, nicht arbeitslos werden. Ferner musste auch dem Arbeitsplatzabbau entgegengewirkt werden, der seit Frühjahr 1920 einsetzte, weil Unternehmen aufgrund der wirtschaftlichen Schwierigkeiten Betriebsstätten stilllegten und häufig ihre kompletten Industrieanlagen ins Ausland verkauften.

Um eine Massenarbeitslosigkeit zu verhindern, beschloss der Gesetzgeber die wirtschaftliche Demobilmachung, d.h. die gesetzliche Rückführung der Kriegswirtschaft und der Streitkräfte in den Friedenszustand.<sup>59</sup> Die zu diesem Zweck erlassenen Demobilmachungsverordnungen<sup>60</sup> enthielten neben Einstellungs- und Entlassungsverpflichtungen der Arbeitgeber auch Bestimmungen über den Ausschluss der ordentlichen Kündigung. Diesen arbeitsmarktpolitisch motivierten Verordnungen kam faktisch eine arbeitsplatzschützende Wirkung zugunsten des einzelnen Arbeitnehmers zu. Da sich die vorliegende Untersuchung jedoch ausschließlich mit der kündigungsschutzrechtlichen Bedeutung allgemeiner Zivilrechtsvorschriften außerhalb des speziellen individualrechtlichen Arbeitnehmerkündigungsschutzes auseinandersetzt, bleiben diese Kündigungsbeschränkungen und die von ihnen nicht erfassten Kündigungsfälle im Weiteren unberücksichtigt.

---

<sup>59</sup> Zur Demobilmachung nach Ende des Ersten Weltkriegs *Göller*: Die Entwicklung des Kündigungsschutzrechts in Deutschland, 1974, S. 54 ff.; *Wüllenweber*: Die Entwicklung des Kündigungsschutzrechts seit dem ersten Weltkrieg, 1965, S. 40 ff.

<sup>60</sup> a) Verordnung über Einstellung, Entlassung und Entlohnung gewerblicher Arbeiter während der Zeit der wirtschaftlichen Demobilmachung v. 4.1.1919 (RGBl. I 1919, S. 8).  
b) Verordnung über die Einstellung und Entlassung der Angestellten während der Zeit der wirtschaftlichen Demobilmachung v. 24.1.1919 (RGBl. I 1919, S. 100).  
Vgl. *Syrup*: Die Regelung der Einstellung, Entlassung und Entlohnung Angestellter, 1919.  
c) Verordnung über die Einstellung und Entlassung von Arbeitern und Angestellten während der Zeit der wirtschaftlichen Demobilmachung v. 3.9.1919 (RGBl. I 1919, S. 1500). Sie erlangte besondere Bedeutung in ihrer geänderten Neufassung v. 12.2.1920 (RGBl. I 1920, S. 213). Vgl. *Krauß*: Verordnung über die Einstellung und Entlassung von Arbeitern und Angestellten während der Zeit der wirtschaftlichen Demobilmachung, 1920; *Syrup/Billerbeck*: Einstellung und Entlassung von Arbeitern und Angestellten während der Zeit der wirtschaftlichen Demobilmachung, 1919.  
d) Verordnung, betreffend die Wirksamkeit der Kündigungen der Arbeiter und Angestellten in Reichs- und Staatsbetrieben v. 21.7.1919 (RGBl. I 1919, S. 660).  
e) Verordnung, betreffend Maßnahmen gegenüber Betriebsabbrüchen und -stilllegungen v. 8.11.1920 (RGBl. I 1920, S. 1901) - Stilllegungsverordnung 1, unter Abänderung fortgesetzt durch die Verordnung über Betriebsstilllegungen und Arbeitsstreckung v. 15.10.1923 (RGBl. I 1923, S. 983) - Stilllegungsverordnung 2.  
Vgl. *Hueck*: Die Kündigungsbeschränkungen auf Grund der Verordnung über Betriebsstilllegungen und Arbeitsstreckung vom 15. Oktober 1923 und des Gesetzes über die Beschäftigung Schwerbeschädigter vom 12. Januar 1923, 1924; *Wedler*: Die Entlassung von Arbeitern bei Betriebsstilllegungen, NZfA 1924, Sp. 589.  
f) Verordnung über die Freimachung von Arbeitsstellen während der Zeit der wirtschaftlichen Demobilmachung v. 28.3.1919 (RGBl. I 1919, S. 355).  
g) Gesetz über Wiedereinstellung und Kündigung in Teilen des Reichsgebietes v. 17.7.1923 (RGBl. I 1923, S. 648).  
Vgl. *Spiegel*: Entlassungen im besetzten Gebiet, SchlW 1924, S. 29 f.  
Zu allen Demobilmachungsvorschriften *Wüllenweber*: Die Entwicklung des Kündigungsschutzrechts seit dem ersten Weltkrieg, 1965, S. 41 ff.

Die Demobilmachungsverordnungen konnten nicht verhindern, dass viele Erwerbstätige in den Nachkriegsjahren ihren Arbeitsplatz verloren. Deshalb versuchten die Arbeitnehmer verstärkt, auf betrieblicher Ebene eine Mitwirkung bei Kündigungen zu erreichen. Entsprechende Vereinbarungen mit den Arbeitgebern kamen oft erst nach harten Arbeitskämpfen zustande, wurden allerdings in der Praxis vielfach nicht eingehalten. Insofern wurde die Forderung der Arbeitnehmerschaft nach einer gesetzlichen Regelung der betrieblichen Mitbestimmung immer lauter. Diesem Druck konnte sich der Reichstag nicht länger verschließen und erließ am 4.2.1920 das BRG<sup>61</sup>. Das Gesetz enthielt in den §§ 84 ff. BRG erstmals einen individualrechtlichen Schutzanspruch des Arbeitnehmers gegenüber der ordentlichen Kündigung durch den Arbeitgeber.

## 2. Teil: Der allgemeine Kündigungsschutz durch das BRG vom 4.2.1920

Die §§ 84 ff. BRG stellten einen Meilenstein in der Entwicklung des allgemeinen Kündigungsschutzes dar. Mit diesen Regelungen wurde der bisher unangefochtene Grundsatz aufgegeben, dass die ordentliche Kündigung des Arbeitgebers keinerlei Rechtfertigung bedurfte.<sup>62</sup> Verwunderlich ist allerdings, dass der individuelle Kündigungsschutz<sup>63</sup> seine rechtliche Einordnung in einem ansonsten kollektivrechtlich ausgestalteten Gesetz fand. Der Grund lag in der Entstehungsgeschichte des BRG. Der Gesetzgeber beabsichtigte von Anfang an, die betriebliche Mitbestimmung der Arbeitnehmer auch auf Entlassungen zu erstrecken.<sup>64</sup> Zunächst wurde in Anlehnung an den Tarifvertrag der Angestellten der Berliner Metallindustrie vom 19.4.1919<sup>65</sup> ausschließlich an die Beteiligung der Arbeitnehmervertretungen gedacht. Erst auf Initiative des Kongresses der freiheitlich-nationalen Arbeiter- und Angestelltenverbände wurde als individualrechtliches Kündigungsschutzelement zusätzlich ein Einspruchsrecht der Arbeitnehmer aufgenommen.<sup>66</sup> Da es jedoch nicht jedem Arbeitnehmer zustand<sup>67</sup>, war der Kündigungsschutz durch die Grundrechte der RVerf und durch allgemeines Zivilrecht von besonderer Bedeutung.<sup>68</sup>

---

<sup>61</sup> RGBI. I 1920, S. 147. Vgl. *Feig/Sitzler*: BRG, 13./14. Aufl. 1931; *Flatow*: BRG, 12. Aufl. 1927; *Kieschke/Syrup*: BRG, 2. Aufl. 1920; *Stier-Somlo*: BRG, 2. Aufl. 1921; *Hueck*: Kündigung und Entlassung nach geltendem Recht, 1921.

<sup>62</sup> Nur vereinzelt hielt sich die Ansicht, dass das Kündigungsrecht des Arbeitgebers als elementares Freiheitsrecht keiner Beschränkung zugänglich sei. So *Grässli*: Die ausserordentliche Kündigung des Dienstvertrages nach schweizerischem Recht, 1929, S. 28 dort auch Fn. 2; *Krückmann*: Der Boykott im Lohnkampf, 1918, S. 4 ff.

<sup>63</sup> Die h.M. ging von dem individualrechtlichen Charakter der §§ 84 ff. BRG aus. So z.B. *Hueck/Nipperdey*: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 2, 3./5. Aufl. 1931, S. 12; *Kaskel*: Arbeitsrecht, 3. Aufl. 1928, S. 168; *Wüllenweber*: Die Entwicklung des Kündigungsschutzrechts seit dem ersten Weltkrieg, 1965, S. 56. A.A. *Herschel*: Die Aufgaben im Rahmen der Betriebsvertretung und gewerkschaftlichen Organisationen, in Potthoff (Hrsg.): Die sozialen Probleme des Betriebes, 1925, S. 218; *Titze*: Die Entwicklung des Kündigungsschutzes, in Potthoff (Hrsg.): Die sozialen Probleme des Betriebes, 1925, S. 163, 167.

<sup>64</sup> Dies stieß bei den Arbeitgebern zunächst auf Ablehnung, vgl. *Moras*: in Reichsverband der Deutschen Industrie (Hrsg.): Veröffentlichungen des Reichsverbandes der Deutschen Industrie, Heft 7 (Beratungen über den Gesetzentwurf über Betriebsräte am 24. September 1919 in Berlin), 1919, S. 9. Zu den weiteren Kritikpunkten der Arbeitgeber vgl. die übrigen in diesem Heft veröffentlichten Wortbeiträge.

<sup>65</sup> Abdruck bei *Flatow*: BRG, 1. Aufl. 1920, Anh. 12, S. 194 ff.

<sup>66</sup> *Wüllenweber*: Die Entwicklung des Kündigungsschutzrechts seit dem ersten Weltkrieg, 1965, S. 84.

<sup>67</sup> Vgl. S. 20 ff.

<sup>68</sup> Vgl. S. 22 ff.

## A. Die Ausgestaltung des allgemeinen Kündigungsschutzes nach dem BRG

Nach § 84 Abs. 1 Nr. 1 BRG bestand ein Einspruchsrecht des Arbeitnehmers bei dem begründeten Verdacht, dass "die Kündigung wegen der Zugehörigkeit zu einem bestimmten Geschlecht, wegen politischer, militärischer, konfessioneller oder gewerkschaftlicher Betätigung oder wegen der Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit zu einem politischen, konfessionellen oder beruflichen Verein oder einem militärischen Verbandsverband erfolgt ist".

Der Arbeitnehmer konnte ferner gemäß § 84 Abs. 1 Nr. 2 BRG Einspruch erheben, wenn die Kündigung ohne Angabe von Gründen erfolgt war. Das Einspruchsrecht entfiel jedoch bereits, wenn der Kündigungsgrund für den Arbeitnehmer auf andere Weise erkennbar war, ihm infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt war oder sich offensichtlich aus den Umständen ergab.<sup>69</sup> Nach h.M. war es auch zulässig, dass sich der Arbeitgeber erst im Prozess auf die Kündigungsgründe berief.<sup>70</sup> Das Einspruchsrecht nach § 84 Abs. 1 Nr. 2 BRG bestand ferner, wenn der angegebene Grund nur vorgeschoben war.<sup>71</sup>

Ein Einspruchsrecht bestand auch bei einer Kündigung wegen der berechtigten Weigerung des Arbeitnehmers, dauernd eine andere als die bei der Einstellung vereinbarte Arbeit zu verrichten, § 84 Abs. 1 Nr. 3 BRG. Die Weigerung war allerdings unberechtigt, wenn im gesamten Betrieb keine Möglichkeit mehr bestand, den Arbeitnehmer im Rahmen der vertraglichen Absprache zu beschäftigen. Das Gleiche galt, wenn dem Arbeitnehmer die andere Tätigkeit nach billigem Ermessen zugemutet werden konnte.<sup>72</sup> Eine nur vorübergehende Beschäftigung in einem vertraglich nicht vorgesehenen Tätigkeitsbereich begründete kein Einspruchsrecht.

Nach der generalklauselhaften Regelung des § 84 Abs. 1 Nr. 4 BRG konnte der Arbeitnehmer Einspruch gegen eine Kündigung erheben, wenn sie für ihn unbillig hart und nicht durch sein Verhalten oder durch die Verhältnisse des Betriebs bedingt war. Die Kündigung musste somit zunächst unbillig hart sein.<sup>73</sup> Davon war grundsätzlich auszugehen, wenn der Arbeitnehmer voraussichtlich nur schwierig einen anderen Arbeitsplatz finden konnte. Darüber hinaus konnte die Kündigung auch aufgrund einer langen Betriebszugehörigkeit unbillig hart sein. War die unbillig harte Kündigung jedoch wegen eines Verhaltens des Arbeitnehmers<sup>74</sup> oder aus betriebsbedingten Gründen<sup>75</sup> ausgesprochen worden, entfiel das Einspruchsrecht.

Im Fall einer fristlosen Kündigung konnte der Einspruch darauf gestützt werden, dass der gesetzliche Kündigungsgrund nicht vorlag. Mit dieser Vorschrift sollte verhindert werden, dass sich der Arbeitgeber durch Vortäuschen eines gesetzlich zulässigen, außerordentlichen Kündigungsgrundes dem Einspruchsverfahren des BRG entzog.<sup>76</sup> Die h.M. sah allerdings in § 84 Abs. 2 BRG keinen selbständigen, fünften Einspruchsgrund, sondern hielt ihn nur in Zusammenhang mit einem

---

<sup>69</sup> *Wüllenweber*: Die Entwicklung des Kündigungsschutzrechts seit dem ersten Weltkrieg, 1965, S. 64.

<sup>70</sup> *Wüllenweber*: Die Entwicklung des Kündigungsschutzrechts seit dem ersten Weltkrieg, 1965, S. 66.

<sup>71</sup> *Hueck*: Kündigung und Entlassung nach geltendem Recht, 1921, S. 99.

<sup>72</sup> *Billerbeck*: Die Kündigung und Entlassung von Arbeitern, 1921, S. 63 dort Fn. 10; *Hueck*: Kündigung und Entlassung nach geltendem Recht, 1921, S. 100.

<sup>73</sup> Zu der Definition der unbilligen Härte und dem maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt *Wüllenweber*: Die Entwicklung des Kündigungsschutzrechts seit dem ersten Weltkrieg, 1965, S. 67 ff.

<sup>74</sup> Zum Begriff der verhaltensbedingten Kündigung *Wüllenweber*: Die Entwicklung des Kündigungsschutzrechts seit dem ersten Weltkrieg, 1965, S. 70 f.

<sup>75</sup> Zum Begriff der betriebsbedingten Kündigung *Wüllenweber*: Die Entwicklung des Kündigungsschutzrechts seit dem ersten Weltkrieg, 1965, S. 71 f.

<sup>76</sup> *Hueck*: Kündigung und Entlassung nach geltendem Recht, 1921, S. 102; *Wüllenweber*: Die Entwicklung des Kündigungsschutzrechts seit dem ersten Weltkrieg, 1965, S. 77 ff.

Einspruchsgrund nach § 84 Abs. 1 Nr. 1 - 4 BRG für anwendbar.<sup>77</sup> Teilweise wurde er auch mit der Begründung als überflüssig erachtet, dass das Vortäuschen eines tatsächlich nicht existierenden Grundes bereits durch § 84 Abs. 1 Nr. 2 BRG geregelt werde.<sup>78</sup>

Der Arbeitnehmer hatte den Einspruch grundsätzlich an den Arbeiter- oder Angestelltenrat zu richten, § 84 Abs. 1 BRG.<sup>79</sup> Bestand ein derartiger Gruppenrat nicht, musste er gegenüber dem Betriebsrat erfolgen, § 78 BRG. War ausnahmsweise eine Sondervertretung i.S.d. § 62 BRG eingerichtet worden, hatte der Beschäftigte den Einspruch an sie zu adressieren.

Der Einspruch musste schriftlich oder mündlich binnen fünf Tagen nach Zugang der Kündigung eingelegt werden, § 84 Abs. 1 BRG. Der Arbeitnehmer hatte die Gründe darzulegen und die Beweise für die behaupteten Tatsachen anzugeben, § 86 Abs. 1 BRG.

Anschließend prüfte die Arbeitnehmerversammlung den Einspruch. Sie wies ihn ab, wenn er z.B. wegen Fristversäumung unzulässig, mangels Einspruchsgrund unbegründet oder nach § 85 BRG<sup>80</sup> ausgeschlossen war. Gegen diese Entscheidung bestand für den Arbeitnehmer kein Rechtsmittel.<sup>81</sup> Damit stand es völlig im Belieben des Gruppen- bzw. Betriebsrats, ob er den Einspruch ernsthaft prüfte oder willkürlich verwarf.

War der Einspruch nach Ansicht des Gruppen- bzw. Betriebsrats begründet, hatte sich dieser binnen einer Woche nach der Einlegung um eine Verständigung mit dem Arbeitgeber zu bemühen, § 86 Abs. 1 BRG. Bestenfalls kam es hierbei zur Rücknahme der Kündigung. Es war jedoch auch möglich, dass eine Verlängerung der Kündigungsfrist oder eine Entschädigungsverpflichtung des Arbeitgebers vereinbart wurde. Ergaben die Verhandlungen nach Ansicht des Gruppenrats die Unbegründetheit des Einspruches, war er abzuweisen.

Kam es innerhalb der Woche nicht zu einer einvernehmlichen Verständigung mit dem Arbeitgeber, konnte der Gruppenrat oder der einzelne Arbeitnehmer nach § 86 BRG den Schlichtungsausschuss anrufen. Das Verfahren vor dem Schlichtungsausschuss richtete sich nach Abschnitt III der Verordnung über Tarifverträge, Arbeiter- und Angestelltenausschüsse und Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten vom 23.12.1918<sup>82</sup>.

---

<sup>77</sup> *Flatow/Kahn-Freund*: Die Rechtslage während der Kündigungsfrist bei ungerechtfertigter fristloser Kündigung, *ArbRPrax.* 1929, S. 121, 123 ff.; *Kaskel*: Arbeitsrecht, 3. Aufl. 1928, S. 167; *Osthues*: Die Bedeutung des zweiten Absatzes des § 84 BRG, *NzfA* 1923, Sp. 497, 521; *Potthoff*: Beiträge zur Kritik und Reform, *ArbR* 1923, Sp. 753, 756; *Schiekel*: Ist neben der Einspruchsklage aus § 84 flg. BRG auch die Lohnklage zulässig?, *ArbR* 1928, Sp. 635, 638 f. A.A. *Auerswald*: Ein BeitrAG zur Verfahrensaussetzung nach Errichtung der vorläufigen Arbeitsgerichte (VO v. 30 Okt. 1923), *NzfA* 1924, Sp. 193 ff.; *Fraenkel*: Gibt es ein Einspruchsverfahren nach dem Betriebsrätegesetz für den Fall berechtigter sofortiger Kündigungen?, *SchlW* 1926, S. 159 ff.; *Hueck*: Zur Auslegung des § 84 Abs. 2 BetrRG, *NzfA* 1921, Sp. 209 ff.

<sup>78</sup> *Hueck*: Kündigung und Entlassung nach geltendem Recht, 1921, S. 101 f.

<sup>79</sup> Der Arbeiter- oder Angestelltenrat wurde auch als Gruppenrat bezeichnet.

<sup>80</sup> Vgl. S. 20 ff.

<sup>81</sup> *Dersch*: BRG, 5. Aufl. 1922, § 84 BRG, § 86 BRG Anm. 3 b; *Goerrig*: Die Gefahren des § 86 des Betriebsrätegesetzes, *SchlW* 1921, S. 183 f.; *Hueck*: Die Kündigungsbeschränkungen, in *Molitor/Hueck/Riezler* (Hrsg.): Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertrags-Gesetzes, 1925, Kap. 11, S. 201, 211 ff. m.w.N.; *Schick*: Pflichtwidrige Zustimmung des Betriebsrates zur Kündigung, vgl. § 86 Abs. 1 BRG, *SchlW* 1922, S. 121.

<sup>82</sup> *RGBl.* I 1918, S. 2456.

Der Schlichtungsausschuss war jedoch für die Überprüfung der Kündigung nur bis 1923 zuständig. Mit dem 1.1.1924 ging die Entscheidungsbefugnis auf die Gewerbe-, Kaufmanns- und Berggerichte über.<sup>83</sup> Soweit es diese Sondergerichte in den einzelnen Bezirken nicht gab, blieb auch nach dem 1.1.1924 der Schlichtungsausschuss verantwortlich. Seit 1926 waren schließlich nach dem neu erlassenen ArbGG vom 23.12.1926<sup>84</sup> die Arbeitsgerichte entscheidungsbefugt.

War der Einspruch nach Ansicht des Schlichtungsausschusses bzw. des zuständigen Gerichts begründet, wurde der Arbeitgeber nach § 87 BRG wahlweise zur Weiterbeschäftigung oder zur Zahlung einer Entschädigung verpflichtet. Anders als nach dem heute geltenden KSchG blieb die Kündigung wirksam. Entschied sich der Arbeitgeber nicht innerhalb der dreitägigen Frist des § 87 Abs. 3 BRG schriftlich oder mündlich gegenüber dem Arbeitnehmer zur Weiterbeschäftigung, hatte er die Entschädigung zu zahlen. Damit konnte der Arbeitgeber unter dem BRG nach wie vor aus jedem Grund kündigen. Er war jedoch bei begründetem Einspruch zu einer Entschädigungszahlung verpflichtet, wenn er den Arbeitnehmer nicht weiter beschäftigen wollte. Die Entschädigung wurde vom Schlichtungsausschuss bzw. vom Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen festgesetzt. Sie konnte sich nach § 87 Abs. 2 BRG pro Beschäftigungsjahr höchstens auf ein Zwölftel des letzten Jahresarbeitsverdienstes belaufen und durfte im Ganzen sechs Zwölftel nicht übersteigen.

Umstritten war, ob der Entschädigungsanspruch auch bei einer Beschäftigungsdauer von unter einem Jahr bestand. Vereinzelt wurde dies mit der Begründung abgelehnt, dass der letzte Jahresverdienst i.S.d. § 87 BRG nicht feststellbar sei.<sup>85</sup> Die h.M.<sup>86</sup> bejahte hingegen einen Entschädigungsanspruch unter Hinweis darauf, dass die drohende Entschädigungsverpflichtung den Arbeitgeber unabhängig von der Betriebszugehörigkeit zur Verständigung mit der Betriebsvertretung und zum Widerruf der Kündigung veranlassen sollte. Da allerdings die Entschädigung nach dem BRG selbst bei einjähriger Betriebszugehörigkeit höchstens ein Monatsverdienst betragen konnte, war die Entschädigungsleistung bei kürzerer Beschäftigungsdauer praktisch bedeutungslos.

Entschied sich der Arbeitgeber für den Widerruf der Kündigung und die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers, konnte sie dieser nur ablehnen, wenn er inzwischen einen anderen Arbeitsplatz gefunden hatte, § 89 BRG. War er aus einem anderen Grund nicht mehr zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bereit, machte er sich schadensersatzpflichtig und konnte fristlos gekündigt werden.

---

<sup>83</sup> Art. II §§ 1, 2 Abs. 2 der Verordnung über das Schlichtungswesen v. 30.10.1923 (RGBl. I 1923, S. 1043). Die Gewerbe-, Kaufmanns- und BergGerichte waren damals bis 1926 für arbeitsrechtliche Streitigkeiten zuständig, vgl. Fn. 56.

<sup>84</sup> RGBl. I 1926, S. 507.

<sup>85</sup> *Lange*: Zur Berechnung der Entschädigung nach § 87 BRG, SchW 1923, S. 88 f.; *Osthues*: Die Entschädigung gemäß § 87 BRG beträgt bei Arbeitnehmern mit einer Dienstzeit unter einem Jahre höchstens 1/12 ihres tatsächlichen Einkommens während dieser Dienstzeit. Gerichtliche Nachprüfung einer falschen Entscheidung des Schlichtungsausschusses ist statthaft, SchIW 1922, S. 100 f. m.w.N.

<sup>86</sup> *Brüntink*: Die Höhe der Entschädigung nach § 87 BRG bei Arbeitern, die noch nicht ein Jahr beschäftigt sind, und das Recht der Nachprüfung einer Entscheidung des SA durch die ordentlichen Gerichte, SchIW 1923, S. 90 f.; *Hueck/Nipperdey*: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 1, 1./2. Aufl. 1928, S. 333 m.w.N.; *Mörbitz*: Zweifelsfragen zum Einspruchsrechte des Betriebsrätegesetzes, SchIW 1921, S. 122 f.; *Raab*: Entschädigung nach § 87 BRG, SchIW 1923, S. 86 f.

## **B. Die vom allgemeinen Kündigungsschutz des BRG ausgeschlossenen Kündigungen**

Das Einspruchsrecht stand nicht jedem Arbeitnehmer zu. Hier liegt der Ursprung dafür, dass selbst heute der allgemeine Kündigungsschutz des KSchG nicht für jede ordentliche Kündigung gilt.

### **I. Die Kündigung von leitenden Angestellten**

Nach § 12 Abs. 2 BRG waren neben den ohnehin allgemein nicht als Arbeitnehmer angesehenen Vorstandsmitgliedern und gesetzlichen Vertretern juristischer Personen und Personengesamtheiten auch leitende Angestellte<sup>87</sup> vom Kündigungsschutz ausgeschlossen.

### **II. Die Kündigung von Tendenzträgern in Tendenzbetrieben**

Auch Arbeitnehmern in den Tendenzbetrieben des § 67 BRG<sup>88</sup> stand kein Einspruchsrecht zu, § 85 Abs. 1 BRG. Dies galt allerdings nur bei tendenzbezogener Tätigkeit des gekündigten Arbeitnehmers, nicht jedoch beispielsweise bei der Entlassung einer Reinigungskraft.

### **III. Die Kündigung von Arbeitnehmern in Betrieben der See- und Binnenschifffahrt auf dem Land und auf dem Wasser**

Arbeitnehmern in Betrieben der See- und Binnenschifffahrt<sup>89</sup> stand ebenfalls kein Einspruchsrecht zu, § 5 BRG. Die betriebliche Mitbestimmung sollte hier wegen der besonderen Situation dieser Arbeitsverhältnisse in einem eigenen Gesetz geregelt werden.<sup>90</sup> Da der Gesetzgeber der Weimarer Republik allerdings keine entsprechenden Sondervorschriften erließ, blieb die betriebliche Mitbestimmung in den Schifffahrtsbetrieben ungeregelt.

### **IV. Die Kündigung von Arbeitnehmern in Privathaushalten**

Da dem Privathaushalt auch bereits damals von der h.M. die Betriebseigenschaft abgesprochen wurde, konnten sich dort beschäftigte Arbeitnehmer ebenfalls nicht auf das Einspruchsrecht des § 84 BRG berufen.<sup>91</sup>

---

<sup>87</sup> Leitende Angestellte waren nach dem BRG Geschäftsführer und Betriebsleiter, die zur selbständigen Einstellung oder Entlassung der übrigen im Betrieb oder in den Betriebsabteilungen beschäftigten Arbeitnehmer berechtigt waren oder denen Prokura bzw. Generalvollmacht erteilt worden war.

<sup>88</sup> Betriebe, die politischen, gewerkschaftlichen, militärischen, konfessionellen, wissenschaftlichen, künstlerischen und ähnlichen Bestrebungen dienten.

<sup>89</sup> Zur Begriffsdefinition *Feig/Sitzler*: BRG, 13./14. Aufl. 1931, § 5 BRG Anm. 2 ff.; *Stier-Somlo*: BRG, 2. Aufl. 1921, § 4 BRG Anm. 2.

<sup>90</sup> *O.V.*: Bericht des Ausschusses für soziale Angelegenheiten über den Entwurf eines Gesetzes über Betriebsräte, in Verhandlungen der verfassungsgebenden Nationalversammlung, stenographische Berichte des Reichstages, Bd. 340, Aktenstück Nr. 1838, S. 1905.

<sup>91</sup> *Dersch*: BRG, 5. Aufl. 1922, § 9 BRG Anm. 2 a; *Feig/Sitzler*: BRG, 13./14. Aufl. 1931, § 9 BRG Anm. 1; *Passow*: Betrieb, Unternehmung, Konzern, 1925, S. 11. A.A. *Flatow*: BRG, 12. Aufl. 1927, § 9 BRG Anm. 4; *Jacobi*: Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriffe, in Leipziger Juristische Fakultät (Hrsg.): FS für Ehrenberg, 1927, Anm. 18, S. 8.



## **V. Die Kündigung aufgrund von Entlassungsverpflichtungen und Betriebsstilllegungen**

Das Einspruchsrecht entfiel darüber hinaus, wenn der Arbeitgeber durch Gesetz, Tarifvertrag oder Schiedsspruch eines Schlichtungsausschusses bzw. einer vereinbarten Einigungs- oder Schiedsstelle zur Entlassung verpflichtet war, § 85 Abs. 2 Nr. 1 BRG. Machte eine vollständige oder teilweise Stilllegung des Betriebs die Kündigung erforderlich, schloss § 85 Abs. 2 Nr. 2 BRG das Einspruchsrecht aus.

## **VI. Die Kündigung von Arbeitnehmern in Kleinbetrieben**

Nach den §§ 78, 84 BRG entschied grundsätzlich der aus dem Betriebsrat zu bildende Arbeiter- oder Angestelltenrat über den Einspruch des Arbeitnehmers. Betriebsräte konnten nach § 1 BRG jedoch erst in Betrieben gebildet werden, die in der Regel mindestens zwanzig Arbeitnehmer i.S.d. BRG beschäftigten.<sup>92</sup> Deshalb stand Arbeitnehmern in kleineren Betrieben kein Einspruchsrecht nach § 84 BRG zu. Dies galt ebenfalls, wenn in betriebsratspflichtigen Betrieben kein Betriebsrat gewählt worden war.<sup>93</sup>

## **VII. Weitere vom Kündigungsschutz des BRG ausgeschlossene Kündigungen von Arbeitnehmern**

Der Kündigungsschutz des BRG erstreckte sich auf Hausgewerbetreibende i.S.d. § 3 BRG, § 119 b GewO, wenn sie in der Hauptsache für denselben Betrieb arbeiteten, selbst keine Arbeitnehmer beschäftigten und in der Gemeinde des Betriebs oder in wirtschaftlich mit ihr zusammenhängenden, nahe bei ihr liegenden Gemeinden wohnten. Waren diese Voraussetzungen nicht erfüllt, stand Hausgewerbetreibenden das Einspruchsrecht des § 84 BRG nicht zu.

Da Familienangehörige des Arbeitgebers nach § 10 BRG keine Arbeitnehmer i.S.d. BRG waren, entfiel auch für sie das Einspruchsrecht.<sup>94</sup>

Darüber hinaus fehlte nach dem Wortlaut des § 10 Abs. 2 BRG solchen Personen die Arbeitnehmereigenschaft, deren Beschäftigung nicht in erster Linie ihrem Erwerb diene, sondern durch Rücksichten der körperlichen Heilung, der Wiederherstellung, der sittlichen Besserung oder Erziehung

oder durch Beweggründe karitativer, religiöser, wissenschaftlicher oder künstlerischer Art bestimmt war. Insofern konnte sich auch in diesen Fällen kein Einspruchsrecht aus § 84 BRG ergeben.

Lehrlingen stand kein Einspruchsrecht zu, da das Lehrlingsverhältnis regelmäßig zeitlich befristet und die ordentliche Kündigung oft ausgeschlossen war.<sup>95</sup>

Das Einspruchsrecht des Arbeitnehmers wurde ferner abgelehnt, wenn die Kündigung vor der tatsächlichen Aufnahme der Beschäftigung erfolgt war.<sup>96</sup> Diese Schlussfolgerung leitete man aus den § 87 BRG ab, wonach sich die Höhe der Entschädigung nach der Dauer der Beschäftigung berechnete.

---

<sup>92</sup> In Betrieben der Land- und Forstwirtschaft mussten nach § 4 BRG ständig mindestens zwanzig Arbeitnehmer beschäftigt sein.

<sup>93</sup> *Wüllenweber*: Die Entwicklung des Kündigungsschutzrechts seit dem ersten Weltkrieg, 1965, S. 90 ff.

<sup>94</sup> *Flatow*: BRG, 12. Aufl. 1927, § 10 BRG Anm. 4; *Stier-Somlo*: BRG, 2. Aufl. 1921, § 10 BRG Anm. 3.

<sup>95</sup> *Feig/Sitzler*: BRG, 13./14. Aufl. 1931, § 84 BRG Anm. 2 b m.w.N.

<sup>96</sup> *Hueck*: Die Kündigungsbeschränkungen, in Molitor/Hueck/Riezler (Hrsg.): Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertrags-Gesetzes, 1925, Kap. 11, S. 201, 215.

### 3. Teil: Der Kündigungsschutz außerhalb des BRG durch Grundrechte der RVerf und allgemeines Zivilrecht

#### A. Entwicklung

Die erste große materiell-rechtliche Gesetzesregelung eines allgemeinen arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzes wurde von bedeutenden Vertretern der Rechtswissenschaft heftig kritisiert. Gewarnt wurde unter anderem vor einem Missbrauch des Mitwirkungsrechts durch die Arbeitnehmervertretung.<sup>97</sup> Beispielsweise konnte der Arbeitgeber von der im Betrieb überwiegend vertretenen Gewerkschaft zur Kündigung eines nicht oder anders organisierten Arbeitnehmers gedrängt werden. War der Betriebsrat hiermit einverstanden, wies er unter Umständen den Einspruch des Arbeitnehmers pflichtwidrig zurück.<sup>98</sup> Der Arbeitnehmer konnte grundsätzlich in diesem Fall nicht weiter gegen die Kündigung vorgehen. Vereinzelt wurde ihm jedoch ein Recht zur direkten Anrufung des Schlichtungsausschusses zugestanden.<sup>99</sup>

Im Wesentlichen wurde bemängelt, dass die §§ 84 ff. BRG letztlich keinen echten Bestandsschutz gewährten. Da der Arbeitgeber selbst bei erfolgreichem Einspruch zwischen Entschädigung und Weiterbeschäftigung wählen konnte, war es ihm nach wie vor jederzeit und aus jedem beliebigen Grund möglich, sich von dem Arbeitnehmer zu trennen.<sup>100</sup> Die Kritiker waren der Auffassung, dass der Kündigungsschutz des BRG damit nicht der besonderen Situation des Arbeitsverhältnisses gerecht wurde.

Aufgrund der starken personenrechtlichen Prägung des Arbeitsverhältnisses wurde ein wirksamerer Schutz gegenüber Kündigungen verlangt, die willkürlich erfolgten bzw. wegen anderer Umstände oder der Motive des Arbeitgebers missbilligt wurden. Zur näheren Umschreibung der damit angesprochenen Kündigungen griff man auf die bereits vor dem Ersten Weltkrieg geäußerten kündigungsschutzrechtlichen Gedanken zurück.<sup>101</sup> In Anlehnung an die damals von Fleisch aufgestellte Definition galten Kündigungen als willkürlich, die nicht durch das Verhalten des Arbeitnehmers oder durch die Verhältnisse des Unternehmens gerechtfertigt waren. Die Befürworter eines stärkeren Kündigungsschutzes nahmen ferner auf die 1920 von Melsbach vorgenommene Erweiterung des Willkürbegriffs um den Gesichtspunkt des Vertragsbruchs Bezug und erfassten dadurch Kündigungen, deren zu missbilligender Charakter sich aus anderen Umständen oder den Motiven des Arbeitgebers ergab.<sup>102</sup> Melsbach hatte damals einen Vertragsbruch angenommen, wenn der Arbeitgeber durch die Kündigung die Pflicht verletzte, den Arbeitsvertrag nicht wider Treu und Glauben zu lösen.<sup>103</sup> Groh forderte nun ergänzend dazu eine besondere Intensität der Verstöße.<sup>104</sup> Bewer nahm demgegenüber

---

<sup>97</sup> Groh: Koalitionsrecht, 1923, S. 43 ff.

<sup>98</sup> Potthoff: Denkschrift zum Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, in 28. Sonderheft zum RABl. (Vorarbeiten zum Arbeitsgesetzbuch in zwangloser Folge), 2. Stück (Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes nebst Denkschrift), 1923, S. 12, 27.

<sup>99</sup> SchIA Worms v. 28.12.1920, ArbR 1921, Sp. 264; SchIA Kiel v. 31.1.1921, ArbR 1921, Sp. 264; SchIA Groß-Berlin v. 23.3.1921, ArbR 1921, Sp. 264; SchIA Hildesheim v. 1.3.1922, SchlW 1922, S. 64; Bragard: Die Zuständigkeit des Schlichtungsausschusses bei Kündigungen, SchlW 1922, S. 27 ff.; Herrmann: Zustimmung des Gruppenrates zu einer Kündigung im Sinne des Betriebsrätegesetzes und Schlichtungsausschuß, SchlW 1922, S. 29 ff.

<sup>100</sup> Bewer: Das Recht auf Beschäftigung, NzFA 1921, Sp. 29, 37; Nipperdey: Beiträge zum Tarifrecht, 1924, S. 64, 66.

<sup>101</sup> Vgl. S. 9 ff.

<sup>102</sup> Hueck/Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 1, 1./2. Aufl. 1928, S. 262.

<sup>103</sup> Melsbach: Willkürliche Kündigung des Arbeitsvertrages, Soz.Prax. 1909/1910, Sp. 1234.

<sup>104</sup> Groh: Koalitionsrecht, 1923, S. 100 dort Fn. 13.

einen Vertragsbruch an, wenn durch die Kündigung das Gebot der Vertragstreue und das soziale Sittengebot verletzt wurden.<sup>105</sup>

Die Art und Weise, wie ein effektiver Bestandsschutz gewährleistet werden sollte, basierte ebenfalls auf bereits bekannten Ansätzen zur Einschränkung des Kündigungsrechts des Arbeitgebers.<sup>106</sup> Man griff auf die allgemeinen zivilrechtlichen Gesetzesvorschriften der §§ 157, 242, 823 Abs. 1, Abs. 2, 826 BGB und der §§ 226, 134, 138 BGB zurück.<sup>107</sup> Bei den Gerichten fand der rechtswissenschaftliche Ansatz zur Verbesserung des Kündigungsschutzes zunächst weiterhin kaum Anklang. Bis 1926 griffen ihn nur wenige Urteile direkt oder indirekt auf.<sup>108</sup> Dies änderte sich jedoch, nachdem 1926 die Arbeitsgerichtsbarkeit geschaffen worden war.<sup>109</sup>

## B. Der Kündigungsschutz durch § 134 BGB

Seit dem 1.1.1900 ist ein Rechtsgeschäft nach § 134 BGB nichtig, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, wenn sich aus dem Gesetz nicht etwas

anderes ergibt. Grundsätzlich wurde davon ausgegangen, dass die arbeitsrechtliche Kündigung aufgrund des Motivs oder des Zwecks verbotswidrig und nach § 134 BGB nichtig sein konnte.<sup>110</sup>

Während der Zeit der Weimarer Republik gab es allerdings erst wenige gesetzliche Kündigungsverbote i.S.d. § 134 BGB. Hierzu gehörte beispielsweise das noch heute bestehende befristete Verbot der

---

<sup>105</sup> *Bewer*: Fürsorgepflicht und Beschäftigungszwang, RABl. II 1922, S. 702, 704 f.

<sup>106</sup> Vgl. S. 9 ff.

<sup>107</sup> *Bewer*: Das Recht auf Beschäftigung, NzfA 1921, Sp. 29, 37; *ders.*: Fürsorgepflicht und Beschäftigungszwang, RABl. II 1922, S. 702, 704; *Kaskel*: Arbeitsrecht, 3. Aufl. 1928, S. 161, 280; *Melsbach*: Deutsches Arbeitsrecht, 1923, S. 63; *Nipperdey*: Beiträge zum Tarifrecht, 1924, S. 64; *Potthoff*: Ist eine fristgerechte Kündigung als gewerkschaftliche Maßregelung nichtig?, GKG 1923/1924, Sp. 63, 69 f.

<sup>108</sup> HansOLG v. 12.11.1920, NzfA 1921, Sp. 167; GewG Reichenbach v. 5.8.1924, GKG 1924/1925, Sp. 352; GewG Guben v. 14.11.1924, GKG 1924/1925, Sp. 353; GewG Mannheim v. 26.5.1926, GKG 1925/1926, Sp. 506.

<sup>109</sup> Z.B. LAG Aschaffenburg v. 12.9.1927, ARS 1 (LAG), S. 210 m. abl. Anm. Flatow; LAG Jena v. 23.5.1928, ARS 3 (LAG), S. 194 m. Anm. Hueck; LAG Görlitz v. 6.10.1931, ArbGer 1932, Sp. 94; ArbG Detmold v. 16.5.1928, ArbGer 1928, Sp. 290; ArbG München v. 9.12.1931, ArbGer 1932, Sp. 51.

<sup>110</sup> RG v. 23.3.1926, RGZ 113, S. 169, 172; RAG v. 26.9.1928, ARS 4 (RAG), S. 35, 37 m. zust. Anm. Flatow; RAG v. 24.4.1929, ARS 6 (RAG), S. 96, 98 m. zust. Anm. Nipperdey; RAG v. 24.10.1928, ARS 4 (RAG), S. 317, 319; RAG v. 20.3.1929, ARS 5 (RAG), S. 361, 362 m. zust. Anm. Flatow; RAG v. 18.10.1930, ARS 11 (RAG), S. 75, 78 m. zust. Anm. Nipperdey; RAG v. 19.12.1931, ARS 14 (RAG), S. 72, 73; RAG v. 19.12.1931, NzfA 1932, Sp. 234, 235; RAG v. 24.2.1932, ArbGer 1932, Sp. 216, 219; RAG v. 28.2.1932, ARS 14 (RAG), S. 608, 610 m. zust. Anm. Nipperdey; RAG v. 8.10.1932, ARS 16 (RAG), S. 448, 450 m. Anm. Dersch; RAG v. 10.12.1932, ARS 17 (RAG), S. 174, 175 m. Anm. Dersch; LAG Frankfurt/Oder v. 4.4.1930, ArbGer 1930, Sp. 303, 304 f.; LAG Stettin in RAG v. 18.10.1930, ARS 11 (RAG), S. 75, 76 f.; LAG Halle in RAG v. 19.12.1931; ARS 14 (RAG), S. 72, 73 f.; LAG Osnabrück v. 16.2.1931, ArbGer 1931, Sp. 139, 144 f.; LAG Görlitz v. 6.10.1931, ArbGer 1932, Sp. 94; LAG Berlin in RAG v. 8.10.1932, ARS 16 (RAG), S. 448, 449 f.; LG Berlin I v. 19.11.1925, NzfA 1926, Sp. 702; GewG Mannheim v. 26.5.1926, GKG 1925/1926, Sp. 506; *Flatow*: BRG, 12. Aufl. 1927, § 84 BRG Anm. 9; *Staudinger (Nipperdey)*: BGB, 9. Aufl. 1928, Vorbem. III, 1, i, VI, e, α zu §§ 620 ff. BGB; *Kaskel*: Arbeitsrecht, 3. Aufl. 1928, S. 161, 280; *Nipperdey*: Bücherbesprechungen, NzfA 1923, Sp. 307, 308; *ders.*: Beiträge zum Tarifrecht, 1924, S. 65 dort Fn. 111, I 1; *Pagenkopf*: Der Maßregelungsschutz des Arbeitnehmers, NzfA 1932, Sp. 673, 674 f.; *Potthoff*: Ist eine fristgerechte Kündigung als gewerkschaftliche Maßregelung nichtig?, GKG 1923/1924, Sp. 63, 70; *Rasch*: Unstimmigkeit zwischen Art. 159 der RVerf und § 84 Ziff. 1 des BetrRG, JW 1924, S. 1854; *Salfeld*: Zur Frage der Sittenwidrigkeit von Kündigungen, NzfA 1932, Sp. 433, 438; *Sinzheimer*: Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Aufl. 1927, S. 93; *Wallach*: Nichtigkeits Kündigung nach deutschem Arbeitsrecht, 1931, S. 16 - 22, 28. A.A. *Hueck/Nipperdey*: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 1, 1./2. Aufl. 1928, S. 26; *Molitor*: Die Entwicklung der gesetzlichen Kündigungsbeschränkungen zum Schutz der Arbeitnehmer in den kontinentalen Rechten, Int.R.d.Arb. 1926, S. 1101, 1102. Mit besonderer Begründung *Heindl*: Schikanöse Kündigung von Dienstverhältnissen, SozR 1929/1930, S. 62, 64. Ähnlich *Pines*: Die Verbots- und Sittenwidrigkeit einer ordnungsmäßigen Kündigung nach deutschem und ausländischem Recht, 1930, S. 35 f.

Kündigung von Schwangeren und Müttern nach der Entbindung.<sup>111</sup> Dieses Verbot bleibt hier allerdings unberücksichtigt, da es zu dem von der Bearbeitung ausgeschlossenen besonderen Kündigungsschutz zählt. Diskutiert wurde darüber hinaus über verfassungsrechtliche Kündigungsverbote aus den Grundrechten der Art. 118, 124, 159, 160 RVerf<sup>112</sup> und über § 95 BRG.

In Zusammenhang mit dem kündigungrechtlichen Verbotscharakter der Grundrechte wurde erstmals die Frage relevant, welche Wirkung den Grundrechten innerhalb der Rechtsbeziehungen von Privatrechtssubjekten zukommen sollte.<sup>113</sup> In der Weimarer Republik überwog die Ansicht, dass es sich um bloße an den Staat gerichtete Programmsätze ohne jegliche Auswirkung auf das Privatrecht handele.<sup>114</sup> Einigen Grundrechten wurde allerdings Rechtssatzcharakter und darüber hinaus auch eine unmittelbare privatrechtliche Bedeutung zugesprochen.

## I. Das Grundrecht der Meinungsfreiheit, Art. 118 RVerf

Die Verfassungsvorschrift des Art. 118 RVerf garantierte die Meinungsfreiheit und wurde als Verbotsgesetz i.V.m. § 134 BGB in Betracht gezogen.<sup>115</sup> Jeder Deutsche konnte seine Meinung durch Wort, Schrift, Druck, Bild oder in sonstiger Weise innerhalb der Schranken der

allgemeinen Gesetze frei äußern. Jede Benachteiligung war verboten. Darüber hinaus bestimmte Art. 118 Abs. 1 S. 2 RVerf ausdrücklich, dass kein Arbeits- oder Angestelltenverhältnis den Gebrauch des Grundrechts be- oder verhindern dürfte.

---

<sup>111</sup> § 4 S. 1 des Gesetzes über die Beschäftigung vor und nach der Niederkunft v. 16.7.1927 (RGBl. I 1927, S. 184) verbot die Kündigung einer Arbeitnehmerin sechs Wochen vor und nach der Entbindung. Heute ist ein weitergehendes Kündigungsverbot im MuSchG v. 17.1.1997 (BGBl. I 1997, S. 22) geregelt.

<sup>112</sup> In der Weimarer Republik galten die Grundrechte erstmals für das gesamte Reichsgebiet. Vor der Weimarer Verfassung enthielt nur die Paulskirchenverfassung von 1848/1849 Grundrechte. Sie wurden jedoch von den damals größten deutschen Staaten Preußen, Bayern und Sachsen nicht anerkannt. Infolgedessen galten die schwer erkämpften Grundrechte letztlich in weiten Teilen Deutschlands nicht. Soweit sie von den übrigen Staaten übernommen worden waren, wurden sie bereits 1851 durch den Deutschen Bund wieder aufgehoben. Die anschließenden Verfassungen des Norddeutschen Bundes und des Kaiserreichs von 1871 enthielten keine Grundrechte.

<sup>113</sup> Diese Diskussion prägt bis heute unter dem Stichwort der Drittwirkung der Grundrechte das Verfassungsrecht. Vgl. S. 173 ff., 197 ff.

<sup>114</sup> *Anschütz*: RVerf, 4. Bearb., 14. Aufl. 1933, S. 513, 549; *Gebhard*: RVerf, 1932, S. 468; *Giese*: RVerf, 8. Aufl. 1931, S. 260; *Huber*: Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 6, rev. Nachd. der 1. Aufl. 1993, S. 96; *Reichenbaum*: Grundrechte und soziale Gewalten, 1962, S. 105 m.w.N.

<sup>115</sup> RAG v. 19.12.1931, ARS 14 (RAG), S. 72, 74; LAG Frankfurt/Oder v. 4.4.1930, ArbGer 1930, Sp. 303, 304 f.; LAG Görlitz v. 6.10.1931, ArbGer 1932, Sp. 94; LAG Halle in RAG v. 19.12.1931, ARS 14 (RAG), S. 72, 73 f.; *Giese*: Das Arbeitsrecht in der Reichsverfassung, NzfA 1923, Sp. 209, 222 f.; *Sinzheimer*: Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Aufl. 1927, S. 204; *Wallach*: Nichtigke Kündigung nach deutschem Arbeitsrecht, 1931, S. 30 f. Allgemein dazu *Anschütz*: RVerf, 3./4. Aufl. 1926, Art. 118 RVerf; *Arndt/Arndt*: RVerf, 3. Aufl. 1927, Art. 118 RVerf; *Bühler*: RVerf; 3. Aufl. 1929, Art. 118 RVerf; *Nipperdey* (Hrsg.) (*Hellwig*): Grundrechte und Grundpflichten in der Reichsverfassung, Bd. 2; 1930, Art. 11 RVerf, S. 1 ff.

Art. 118 RVerf wurde unproblematisch die Bedeutung eines unmittelbar anwendbaren Rechtssatzes auch gegenüber Privatrechtsakten zugesprochen.<sup>116</sup> Die Entstehungsgeschichte zeigt, dass die Vorschrift ursprünglich nur einen Schutz vor Maßregelungen des Arbeitgebers bieten sollte, später jedoch zu einem allgemeinen Rechtssatz für jeden Deutschen gegen jedermann ausgedehnt wurde.<sup>117</sup>

Der Grundgedanke des Art. 118 RVerf war die Verhinderung des Missbrauchs einer wirtschaftlichen Machtposition. Derjenige, der seine Meinung äußerte, sollte jedoch nicht in jedem Fall vor Schaden geschützt werden. Der Verfassungsgesetzgeber wollte lediglich eine übermächtige Knebelung der Meinungsfreiheit verhindern. Deshalb wurden nur solche Nachteile i.S.d. Art. 118 RVerf als Benachteiligung angesehen, die erheblich und infolge einer Interessenabwägung nicht hinnehmbar waren.<sup>118</sup> Ferner musste die Benachteiligung gerade wegen der Meinungsäußerung erfolgt sein.

In Rechtsprechung und Literatur bestanden unterschiedliche Auffassungen darüber, ob die Kündigung eine Behinderungshandlung i.S.d. Art. 118 RVerf war. Zum Teil wurde dies mit Hinweis darauf, dass der Arbeitgeber prinzipiell grundlos kündigen konnte, abgelehnt.<sup>119</sup> Die Gegenansicht argumentierte, die Kündigung würde häufig einen Nachteil für den Gekündigten bedeuten.<sup>120</sup> Ferner stünde der Wortlaut des Art. 118 RVerf der Nichtigkeit einer vertragsmäßigen Kündigung nicht entgegen.<sup>121</sup> Des Weiteren wurden Kündigungen des Arbeitgebers bereits vom Verfassungsausschuss der Deutschen Nationalversammlung als Behinderungshandlungen i.S.d. Art. 118 RVerf angesehen.<sup>122</sup>

Die Kündigung wegen einer Meinungsäußerung des Arbeitnehmers wurde allerdings nicht in jedem Fall missbilligt. Soweit höherwertige Interessen des Arbeitgebers überwogen, sollte sie Bestand haben.<sup>123</sup> Diente sie jedoch nicht der Wahrung seiner überwiegenden Interessen, galt sie als maßregelnder Willkürakt. Sie verstieß in diesem Fall gegen Art. 118 RVerf, wenn die Äußerung des

---

<sup>116</sup> RAG v. 11.7.1928, ARS 3 (RAG), S. 229, 232; RAG v. 19.12.1931, ARS 14 (RAG), S. 72, 75; RAG v. 8.10.1932, ARS 16 (RAG), S. 448, 449 f.; LAG Frankfurt/Oder v. 4.4.1930, ArbGer 1930, Sp. 303, 304 f.; LAG Osnabrück v. 16.2.1931, ArbGer 1931, Sp. 139, 140 f.; LAG Görlitz v. 6.10.1931, ArbGer 1932, Sp. 94; LAG Berlin in RAG v. 8.10.1932, ARS 16 (RAG), S. 448, 450; *Anschütz*: RVerf, 3./4. Aufl. 1926, Art. 118 RVerf Anm. 3; *Giese*: RVerf, 3. Aufl. 1921, Art. 118 RVerf Anm. 8; *Nipperdey* (Hrsg.) (*Hellwig*): Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. 2, 1930, Art. 118 RVerf, S. 1, 57, 63; *Biensfeldt*: Die Organisationsklausel, NZfA 1923, Sp. 533, 539; *Hubrich*: Das demokratische Verfassungsrecht des Deutschen Reiches, 1921, S. 209; *Kaskel*: Arbeitsrecht, 3. Aufl. 1928, S. 14; *Pagenkopf*: Der Maßregelungsschutz des Arbeitnehmers, NZfA 1932, Sp. 673, 677; *Stier-Somlo*: Deutsches Reichs- und Landesstaatsrecht, Bd. 1, 1924, S. 449; *Wallach*: Nichtige Kündigung nach deutschem Arbeitsrecht, 1931, S. 30.

<sup>117</sup> *Nipperdey* (Hrsg.) (*Hellwig*): Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. 2, 1930, Art. 118 RVerf, S. 1, 57 f.

<sup>118</sup> *Nipperdey* (Hrsg.) (*Hellwig*): Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. 2, 1930, Art. 118 RVerf, S. 1, 62.

<sup>119</sup> RAG v. 11.7.1928, ARS 3 (RAG), S. 229, 232 f. m. Anm. Flatow (Das RAG änderte seine Ansicht 1931.); LAG Halle in RAG v. 19.12.1931, ARS 14 (RAG), S. 72, 73 f.; *Nipperdey* (Hrsg.) (*Hellwig*): Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. 2, 1930, Art. 118 RVerf, S. 68; *Pines*: Die Verbots- und Sittenwidrigkeit einer ordnungsmäßigen Kündigung nach deutschem und ausländischem Recht, 1930, S. 33 f.

<sup>120</sup> LAG Görlitz v. 6.10.1931, ArbGer 1932, Sp. 94; *Kitzinger*: Das Reichsgesetz über die Presse vom 7. Mai 1874, 1920, S. 204; *Hubrich*: Das demokratische Verfassungsrecht des Deutschen Reiches, 1921, S. 209.

<sup>121</sup> RAG v. 19.12.1931, ARS 14 (RAG), S. 72, 74 f.; RAG v. 19.12.1931, NZfA 1932, Sp. 234, 235; LAG Osnabrück v. 16.2.1931, ArbGer 1931, Sp. 139, 141.

<sup>122</sup> O.V.: Bericht des Verfassungsausschusses, in Verhandlungen der verfassungsgebenden Nationalversammlung, Anlagen zu den stenographischen Berichten des Reichstages, Bd. 336, Aktenstück Nr. 391, S. 377.

<sup>123</sup> *Poetzsch-Heffter*: RVerf, 3. Aufl. 1928, Art. 118 RVerf Anm. 7.

Arbeitnehmers nicht rechtswidrig war.<sup>124</sup> Für den beweispflichtigen Arbeitnehmer war es allerdings besonders schwierig nachzuweisen, dass der Kündigung keine höherwertigen Interessen des Arbeitgebers zugrunde lagen.

## II. Das Grundrecht der Vereinigungsfreiheit, Art. 124 RVerf

Nach Art. 124 RVerf hatten alle Deutschen das Recht, zu Zwecken, die den Strafgesetzen nicht zuwiderliefen, Vereine und Gesellschaften zu bilden.<sup>125</sup> Dieses Grundrecht der Vereinsfreiheit war gegenüber dem Grundrecht der Koalitionsfreiheit in Art. 159 RVerf selbständig, hatte allerdings kaum kündigungsschutzrechtliche Bedeutung. Die Rechtsprechung hat sich in keiner Entscheidung mit der kündigungsschützenden Wirkung dieses Grundrechts befasst. Soweit sich in der Literatur entsprechende Äußerungen finden, wurde teilweise jegliche Bedeutung für den Privatrechtsverkehr abgelehnt.<sup>126</sup> Andere hielten es demgegenüber für möglich, dass eine den Arbeitnehmer in seiner Vereinsfreiheit benachteiligende Kündigung nach § 134 BGB nichtig sein konnte.<sup>127</sup>

## III. Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit, Art. 159 RVerf

Art. 159 S. 1 RVerf gewährleistete die Vereinigungsfreiheit zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen für jedermann und für alle Berufe.<sup>128</sup> Nach Art. 159 S. 2 RVerf waren alle Abreden und Maßnahmen rechtswidrig, die diese Freiheit einschränkten oder behinderten.

Bis zum Erlass der RVerf bestand das Recht der Koalitionsfreiheit nach § 152 Abs. 2 GewO nur für gewerbliche Unternehmer und ihre Beschäftigten. Durch die RVerf wurde es zum Grundrecht für Arbeitgeber und Arbeitnehmer aller Branchen und Berufszweige.<sup>129</sup>

---

<sup>124</sup> RAG v. 19.12.1931, ARS 14 (RAG), S. 72, 77; RAG v. 19.12.1931, NZfA 1932, Sp. 234, 235; RAG v. 24.2.1932, ArbGer 1932, Sp. 216, 219; RAG v. 8.10.1932, ARS 16 (RAG), S. 448, 450 m. zust. Anm. Dersch; LAG Osnabrück v. 16.2.1931, ArbGer 1931, Sp. 139, 140 f.; *Anschütz*: RVerf, 3./4. Aufl. 1926, Art. 118 RVerf Anm. 2; *Arndt/Arndt*: RVerf, 3. Aufl. 1927, Art. 118 RVerf Anm. 2; *Nipperdey* (Hrsg.) (*Hellwig*): Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. 2, 1930, Art. 118 RVerf, S. 1, 56; *Giese*: Das Arbeitsrecht in der Reichsverfassung, NZfA 1923, Sp. 209, 223; *Hensel*: Die fünfte Tagung der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer, München 23. - 26. März 1927, AöR 1927, S. 97, 101.

<sup>125</sup> Allgemein dazu *Arndt/Arndt*: RVerf, 3. Aufl. 1927, Art. 124 RVerf; *Bühler*: RVerf, 3. Aufl. 1929, Art. 124 RVerf; *Giese*: RVerf, 3. Aufl. 1921, Art. 124 RVerf; *Nipperdey* (Hrsg.) (*Delius*): Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. 2, 1930, Art. 124 RVerf, S. 138 ff.

<sup>126</sup> *Nipperdey* (Hrsg.) (*Delius*): Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. 2, 1930, Art. 124 RVerf, S. 142 f.; *Nipperdey* (Hrsg.) (*Nipperdey*): Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. 3, 1930, Art. 159 RVerf, S. 403.

<sup>127</sup> *Bühler*: Organisationszwang und Tarifvertrag, NZfA 1922, Sp. 157, 159; *Kaskel*: Arbeitsrecht, 3. Aufl. 1928, S. 14; *Pagenkopf*: Der Maßregelungsschutz des Arbeitnehmers, NZfA 1932, Sp. 674, 677.

<sup>128</sup> Allgemein dazu *Anschütz*: RVerf, 3./4. Aufl. 1926, Art. 159 RVerf; *Arndt/Arndt*: RVerf, 3. Aufl. 1927, Art. 159 RVerf; *Giese*: RVerf, 3. Aufl. 1921, Art. 159 RVerf; *Nipperdey* (Hrsg.) (*Nipperdey*): Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. 3, 1930, Art. 159 RVerf; *Gätcke*: Das Vereinigungsrecht, 1922.

<sup>129</sup> RG v. 23.3.1926, RGZ 113, S. 169, 172.

Die überwiegende Meinung ging davon aus, dass es sich bei Art. 159 RVerf nicht um einen Programmsatz sondern um einen unmittelbar anwendbaren Rechtssatz handelte.<sup>130</sup> Argumentiert wurde mit dem Wortlaut des Art. 159 S. 2 RVerf. Ein solches Verbot könne nur als aktueller Rechtssatz sinnvoll sein. Darüber hinaus fehle das charakteristische Element eines unverbindlichen Rechtssatzes. Die Bestimmung enthalte nicht die Formulierung, dass die nähere Regelung dem Gesetzgeber obliege.

Die Frage nach der privatrechtlichen Rechtswirkung des Art. 159 S. 2 RVerf wurde darüber hinaus ebenfalls überwiegend positiv beantwortet.<sup>131</sup> Es gab allerdings auch verschiedene Argumente gegen eine privatrechtliche, kündigungsbeschränkende Wirkung des Grundrechts der Koalitionsfreiheit. Die Gegner<sup>132</sup> griffen im Wesentlichen auf ihre Überzeugung zurück, dass die Kündigung ein abstraktes Rechtsgeschäft<sup>133</sup> sei. Es wurde jedoch auch auf § 84 Abs. 1 Nr. 1 BRG verwiesen. Die Vorschrift wurde als abschließende Regelung angesehen, die Art. 159 RVerf vorging, unabhängig davon, ob das BRG Anwendung fand oder nicht.<sup>134</sup> Dem wurde entgegengehalten, dass das BRG erst nach der Verfassung erlassen worden war. Das Gesetz hätte daher nur gegenüber Art. 159 RVerf Vorrang haben können, wenn es die Voraussetzungen eines verfassungsändernden Gesetzes gemäß Art. 76 RVerf

---

<sup>130</sup> *Flatow*: BRG, 12. Aufl. 1927, § 84 BRG Anm. 9; *Mansfeld*: BRG, 2. Aufl. 1930, § 84 BRG Anm. 4 a; *Nipperdey* (Hrsg.) (*Nipperdey*): Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. 3, 1930, Art. 159 RVerf, S. 384, 386; *Bühler*: Organisationszwang und Tarifvertrag, NZfA 1922, Sp. 157, 160; *Dersch*: Die Rechtsprechung des RG zum Berufsvereinsrecht, NZfA 1926, Sp. 449, 459; *Groh*: Koalitionsrecht, 1923, S. 28, 44 f.; *Hueck*: Das Tarifrecht, 1922, S. 26; *Hueck/Nipperdey*: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 2, 1./2. Aufl. 1930, S. 409; *Karger*: Reichsverfassung, Betriebsrätegesetz und gewerkschaftliche Maßregelung durch fristgemäße Kündigung, JW 1924, S. 1032; *Kaskel*: Arbeitsrecht, 3. Aufl. 1928, S. 14; *Nipperdey*: Neunte Übersicht über das Schrifttum des Arbeitsrechts, NZfA 1925, Sp. 661, 662; *ders.*: Anm. zu RAG v. 24.4.1929, ARS 6 (RAG), S. 96, 101 f.; *Potthoff*: Das Recht der Vereinigung gegen ihre Mitglieder nach Art. 159 RV, ArbR 1925, Sp. 781, 782 f.; *ders.*: Zur Kritik der Rechtsprechung, ArbR 1929, Sp. 509, 516; *Richter*: Das subjektive öffentliche Recht, AöR 1925, S. 35 dort Fn. 64; *Sinzheimer*: Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Aufl. 1927, S. 93. A.A. *Arbeitsrechtsausschuss*, in Potthoff: Kündigungsbeschränkung im künftigen Arbeitsvertragsrecht, ArbR 1923, Sp. 601, 603; *Baum*: Organisationszwang und Tarifvertrag, NZfA 1922, Sp. 23, 27; *Giese*: Das Arbeitsrecht in der Reichsverfassung, NZfA 1923, Sp. 209, 213, 219 f.; *Potthoff*: Die Einwirkung der Reichsverfassung auf das Arbeitsrecht, 1925, S. 28, 73 ff. (Er änderte seine Auffassung später.); *ders.*: Ist eine fristgerechte Kündigung als gewerkschaftliche Maßregelung nichtig?, GKG 1923/1924, Sp. 63, 71.

<sup>131</sup> RG v. 2.7.1925, RGZ 111, S. 199, 201; RG v. 23.3.1926, RGZ 113, S. 169, 172; RAG v. 15.2.1928, ARS 2 (RAG), S. 112, 115 m. Anm. Nipperdey; RAG v. 24.4.1929, ARS 6 (RAG), S. 96, 99 m. zust. Anm. Nipperdey. So auch LAG Jena v. 23.5.1928, ARS 3 (LAG), S. 194, 195; *Anschütz*: RVerf, 3./4. Aufl. 1926, Art. 159 RVerf Anm. 5; *Arndt/Arndt*: RVerf, 3. Aufl. 1927, Art. 159 RVerf; *Bühler*: RVerf, 3. Aufl. 1929, Art. 159 RVerf Anm. 1; *Giese*: RVerf, 3. Aufl. 1921, Art. 159 RVerf Anm. 4; *Nipperdey* (Hrsg.) (*Nipperdey*): Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. 3, 1930, Art. 159 RVerf, S. 384, 403, 410; *Berger*: Der Kündigungsgrund im Arbeitsvertrag, 1930, S. 24; *Groh*: Koalitionsrecht, 1923, S. 43 f.; *Giese*: Das Arbeitsrecht in der Reichsverfassung, NZfA 1923, Sp. 209, 222; *Hueck/Nipperdey*: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 2, 1./2. Aufl. 1930, S. 431; *Nipperdey*: Anm. zu RAG v. 24.4.1929, ARS 6 (RAG), S. 96, 101; *Richter*: Das subjektive öffentliche Recht, AöR 1925, S. 1, 35; *ders.*: Vereinigungsfreiheit, Verwaltungsarchiv 1932, S. 1, 10; *O.V.*: Bericht des Verfassungsausschusses, in Verhandlungen der verfassungsgebenden Nationalversammlung, Anlagen zu den stenographischen Berichten des Reichstages, Bd. 336, Aktenstück Nr. 391, S. 389.

<sup>132</sup> LAG Jena v. 23.5.1928, ARS 3 (LAG), S. 194, 195; *Hatschek*: Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, 5./6. Aufl. 1927, S. 193; *Hueck/Nipperdey*: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 1, 1./2. Aufl. 1928, S. 262; *ders.*: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 1, 3./5. Aufl. 1931, S. 305; *Karger*: Reichsverfassung, Betriebsrätegesetz und gewerkschaftliche Maßregelung durch fristgemäße Kündigung, JW 1924, S. 1032; *Marcuse*: Die Ausgestaltung des Koalitionsrechts im geltenden Recht, in Kaskel (Hrsg.): Koalitionen und Koalitionskampfmittel, 1925, S. 72 ff.

<sup>133</sup> Vgl. zu diesem Streit S. 31 ff.

<sup>134</sup> *Karger*: Reichsverfassung, Betriebsrätegesetz und gewerkschaftliche Maßregelung durch fristgemäße Kündigung, JW 1924, S. 1032, 1033.

erfüllt hätte. Dies war jedoch nicht der Fall. Schon deshalb konnte das BRG der Verfassung keinesfalls vorgehen.<sup>135</sup>

Darüber hinaus war unklar, ob sich die Schutzrichtung des Grundrechts überhaupt auf Kündigungen erstreckte. Art 159 RVerf verbot koalitionsfeindliche Abreden und Maßnahmen. Für diejenigen, die als Maßnahmen alle Handlungen ansahen, die nicht Verträge waren, war auch die Kündigung eine Maßnahme i.S.d. Art. 159 RVerf.<sup>136</sup> Das Motiv sollte bei der Maßnahme im Gegensatz zur Abrede notwendigerweise von Bedeutung sein, da sich die koalitionsfeindliche Natur hierbei nur aus der Maßnahme und damit aus dem Beweggrund ergeben könne.<sup>137</sup> Eine Kündigung konnte demnach wegen ihres koalitionsfeindlichen Motivs oder Zwecks nichtig sein.<sup>138</sup>

Auf der subjektiven Ebene wurde vorsätzliches Handeln des Arbeitgebers vorausgesetzt.<sup>139</sup> Das RAG forderte überwiegend sogar eine koalitionsfeindliche Handlungsabsicht.<sup>140</sup> Deshalb wurde z.B. die Verletzung der Koalitionsfreiheit verneint, wenn sich der Arbeitgeber mit der Kündigung der Pflicht zur Zahlung eines höheren Tariflohns entziehen wollte.<sup>141</sup> Der subjektive Tatbestand war demgegenüber erfüllt, wenn der Arbeitnehmer nur wegen seiner Mitgliedschaft in einer Arbeitnehmervereinigung entlassen wurde bzw. weil er aus Sicht des Arbeitgebers einer unpassenden

---

<sup>135</sup> *Nipperdey*: Anm. zu RAG v. 24.4.1929, ARS 6 (RAG), S. 100, 102; *Potthoff*: Die Einwirkung der Reichsverfassung auf das Arbeitsrecht, 1925, S. 73 ff.; *Steinmann*: Das Koalitionsrecht im Deutschen Reich, 1926, S. 53; *Wallach*: Nichtig Kündigung nach deutschem Arbeitsrecht, 1931, S. 29.

<sup>136</sup> *Groh*: Koalitionsrecht, 1923, S. 34 ff.; *Kaskel*: Arbeitsrecht, 3. Aufl. 1928, S. 279 f.; *Hatschek*: Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, 5./6. Aufl. 1927, S. 193; *Nipperdey*: Anm. zu RAG v. 24.4.1929, ARS 6 (RAG), S. 96, 102.

<sup>137</sup> *Groh*: Koalitionsrecht, 1923, S. 44 dort Fn. 25.

<sup>138</sup> RAG v. 24.4.1929, ARS 6 (RAG), S. 96, 99; RAG v. 18.10.1930, ARS 11 (RAG), S. 75, 78 m. zust. Anm. Nipperdey; RAG v. 25.4.1931, ARS 12 (RAG), S. 603, 604 m. zust. Anm. Dersch; RAG v. 20.2.1932, ARS 14 (RAG), S. 444, 446 m. Anm. Nipperdey; RAG v. 28.2.1932, ARS 14 (RAG), S. 608, 610; RAG v. 16.4.1932, ARS 15 (RAG), S. 113; 115; RAG v. 10.12.1932, ARS 17 (RAG), S. 174, 175; LAG Stettin in RAG v. 18.10.1930, ARS 11 (RAG), S. 75, 76 f.; *Flatow*: BRG, 12. Aufl. 1927, § 84 BRG Anm. 9; *Giese*: RVerf, 3. Aufl. 1921, Art. 159 RVerf Anm. 4; *Nipperdey* (Hrsg.) (*Nipperdey*): Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. 3, 1930, Art. 159 RVerf, S. 384, 410; *Staudinger* (*Nipperdey*): BGB, 9. Aufl. 1928, Vorbem. III, 1, i, VI, e, α zu §§ 620 ff. BGB; *Berger*: Der Kündigungsgrund im Arbeitsvertrag, 1930, S. 24 ff.; *Hueck/Nipperdey*: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 2, 1./2. Aufl. 1930, S. 431 f.; *Nipperdey*: Bücherbesprechungen, NZfA 1923, Sp. 307; 308; *ders.*: Beiträge zum Tarifrecht, 1924, S. 65; *Groh*: Koalitionsrecht, 1923, S. 44; *Kaskel/Dersch*: Arbeitsrecht, 4. Aufl. 1932, S. 319; *Sinzheimer*: Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Aufl. 1927, S. 93, 204; *Pagenkopf*: Der Maßregelungsschutz des Arbeitnehmers, NZfA 1932, Sp. 673, 674, 676; *Rasch*: Unstimmigkeit zwischen Art. 159 der RVerf und § 84 Ziff. 1 des BetrRG, JW 1924, S. 1854; *Steinmann*: Das Koalitionsrecht im Deutschen Reich, 1926, S. 52 f.; *Wallach*: Nichtig Kündigung nach deutschem Arbeitsrecht, 1931, S. 29 f. A.A. LAG Offenburg in RAG v. 24.4.1929, ARS 6 (RAG), S. 96, 99; *Kaskel*: Arbeitsrecht, 3. Aufl. 1928, S. 280.

<sup>139</sup> RAG v. 28.2.1932, ARS 14 (RAG), S. 608, 611; *O.V.*: Bericht des Verfassungsausschusses, in Verhandlungen der verfassungsgebenden Nationalversammlung, Anlagen zu den stenographischen Berichten des Reichstages, Bd. 336, Aktenstück Nr. 391, S. 389; *Richter*: Vereinigungsfreiheit, Verwaltungsarchiv 1927, S. 10 ff.

<sup>140</sup> RAG v. 2.6.1930, ARS 9 (RAG), S. 492, 494 f.; RAG v. 18.10.1930, ARS 11 (RAG), S. 75, 78 m. zust. Anm. Nipperdey; RAG v. 25.4.1931, ARS 12 (RAG), S. 603, 605; RAG v. 20.2.1932, ARS 14 (RAG), S. 444, 447 f. m. abl. Anm. Nipperdey; RAG v. 28.2.1932, ARS 14 (RAG), S. 608, 611 m. abl. Anm. Nipperdey; RAG v. 16.4.1932, ARS 15 (RAG), S. 113, 115 m. abl. Anm. Nipperdey; RAG v. 10.12.1932, ARS 17 (RAG), S. 174 f. m. abl. Anm. Dersch; LAG Jena v. 23.5.1928, ARS 3 (LAG), S. 194.

<sup>141</sup> RAG v. 18.10.1930, ARS 11 (RAG), S. 75, 78 m. zust. Anm. Nipperdey; *Dersch*: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Berufsvereinsrecht, in Dersch/Flatow/Hueck/Nipperdey (Hrsg.): Rspr. RG z. AR, Bd. 1, 2. Aufl. 1927, S. 218, 219.



Gewerkschaft angehörte. Koalitionsfeindlich waren in beiden Fällen auch Kündigungen, die auf Drängen anderer Mitarbeiter erfolgten.<sup>142</sup>

Die Nichtigkeit der Kündigung sollte sich nach überwiegender Auffassung i.V.m. § 134 BGB ergeben.<sup>143</sup> Nur ganz vereinzelt bestand die Ansicht, sie ergebe sich direkt aus Art. 159 RVerf.<sup>144</sup> Besonders schwierig war für den beweispflichtigen Arbeitnehmer der Nachweis des subjektiven Tatbestands.

#### **IV. Das Grundrecht auf Freizeit zur Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte und zur Ausübung von Ehrenämtern, Art. 160 RVerf**

Art. 160 RVerf bestimmte: "Wer in einem Dienst- oder Arbeitsverhältnis als Angestellter oder Arbeiter steht, hat das Recht auf die zur Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte und, soweit dadurch der Betrieb nicht erheblich geschädigt wird, zur Ausübung ihm übertragener öffentlicher Ehrenämter nötige freie Zeit."<sup>145</sup> Die h.M. ging davon aus, dass es sich um ein unmittelbar geltendes Grundrecht handelte, das Schutz vor öffentlicher Gewalt und privatrechtlichen Beeinträchtigungen gewährte.<sup>146</sup>

Art. 160 RVerf hatte allerdings ebenso wie Art. 124 RVerf keine große kündigungsbeschränkende Bedeutung.<sup>147</sup> Nach Ansicht des RAG sollten durch das Grundrecht nur fristlose, außerordentliche Entlassungen wegen unbefugten Fernbleibens von der Arbeit, nicht jedoch ordentliche Kündigungen verhindert werden.<sup>148</sup> Es wurde dem Arbeitgeber nicht zugemutet, einen Arbeitsplatz für einen Mitarbeiter freizuhalten, der wegen der Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte oder Ehrenämter nicht als Arbeitskraft zur Verfügung stand. Ein ausdrückliches allgemeines Benachteiligungsverbot war von der verfassungsgebenden Nationalversammlung gestrichen worden.

In den wenigen Schrifttumsäußerungen wurde die Kündigung nur als nichtig i.S.d. Art. 160 RVerf, § 134 BGB angesehen, wenn sie darauf beruhte, dass dem Arbeitgeber die Übernahme des Ehrenamts an sich missfiel.<sup>149</sup> Nicht beanstandet wurde eine Kündigung, wenn die Wahrnehmung der

---

<sup>142</sup> *Rasch*: Unstimmigkeit zwischen Art. 159 der RVerf und § 84 Ziff. 1 des BetrRG, JW 1924, S. 1854; *Wallach*: Nichtige Kündigung nach deutschem Arbeitsrecht, 1931, S. 30.

<sup>143</sup> *Anschütz*: RVerf, 3./4. Aufl. 1926, Art. 159 RVerf Anm. 5; *Flatow*: BRG, 12. Aufl. 1927, § 84 BRG Anm. 9; *Mansfeld*: BRG, 2. Aufl. 1930, § 84 BRG Anm. 4 a; *Nipperdey* (Hrsg.) (*Nipperdey*): Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. 3, 1930, Art. 159 RVerf, S. 384, 410; *Kaskel*: Arbeitsrecht, 3. Aufl. 1928, S. 14, 280; *Hueck/Nipperdey*: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 2, 1./2. Aufl. 1930, S. 432; *Nipperdey*: Anm. zu RAG v. 24.4.1929, ARS 6 (RAG), S. 96, 101 f.; *Rasch*: Unstimmigkeit zwischen Art. 159 der RVerf und § 84 Ziff. 1 des BetrRG, JW 1924, S. 1854; *Richter*: Vereinigungsfreiheit, Verwaltungsarchiv 1932, S. 1, 10; *Sinzheimer*: Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Aufl. 1927, S. 93; *Steinmann*: Das Koalitionsrecht im Deutschen Reich, 1926, S. 52 f.

<sup>144</sup> *Berger*: Der Kündigungsgrund im Arbeitsvertrag, 1930, S. 26 mit Hinweis auf die Beratungen der Nationalversammlung, dort in Fn. 3; *Groh*: Koalitionsrecht, 1923, S. 45.

<sup>145</sup> Allgemein dazu *Anschütz*: RVerf, 3./4. Aufl. 1926, Art. 160 RVerf; *Arndt/Arndt*: RVerf, 3. Aufl. 1927, Art. 160 RVerf; *Bühler*: RVerf, 3. Aufl. 1929, Art. 160 RVerf; *Nipperdey* (Hrsg.) (*Oertmann*): Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. 3, 1930, Art. 160 RVerf, S. 435 ff.

<sup>146</sup> *Anschütz*: RVerf, 3./4. Aufl. 1926, Art. 160; *Berger*: Der Kündigungsgrund im Arbeitsvertrag, 1930, S. 27; *Giese*: Das Arbeitsrecht in der Reichsverfassung, NZfA 1923, Sp. 209, 223; *Kaskel*: Arbeitsrecht, 3. Aufl. 1928, S. 14. Im Ergebnis ebenso *Nipperdey* (Hrsg.) (*Oertmann*): Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. 3, 1930, Art. 160 RVerf, S. 435, 437.

<sup>147</sup> Auf die unterverfassungsrechtlichen Konkretisierungen z.B. durch die §§ 319 RVO, 20 Abs. 2 AVAVG, § 26 ArbGG wird hier nicht eingegangen, da sie aus heutiger Sicht dem von der Untersuchung ausgeschlossenen besonderen Kündigungsschutz zuzuordnen sind.

<sup>148</sup> RAG v. 3.12.1930, ARS 10 (RAG), S. 555, 556 f. m. zust. Anm. Hueck.

<sup>149</sup> *Sitzler*: Übersicht über Verwaltung und Rechtsprechung, NZfA 1925, Sp. 371; *Wallach*: Nichtige Kündigung nach deutschem Arbeitsrecht, 1931, S. 32.

staatsbürgerlichen Rechte oder die Ausübung eines Ehrenamts infolge der betrieblichen Abwesenheit des Arbeitnehmers zu einer erheblichen Schädigung des Arbeitgebers führte.

## V. Das Benachteiligungsverbot des § 95 BRG

Eine unterverfassungsrechtliche Verbotsregelung i.S.d. § 134 BGB enthielt § 95 BRG.<sup>150</sup> Danach war es dem Arbeitgeber untersagt, die Arbeitnehmer in der Ausübung des Wahlrechts zu den Betriebsvertretungen oder in der Übernahme und Ausübung eines betriebsverfassungsrechtlichen Amtes zu beschränken bzw. sie deswegen zu benachteiligen. Mit der Änderung des BRG vom 28.2.1928<sup>151</sup> wurde die Vorschrift erheblich erweitert. Nun war jede Beschränkung oder Benachteiligung der Arbeitnehmer hinsichtlich aller ihnen durch das BRG gewährten Rechte unzulässig. Da die Anwendbarkeit dieser Vorschrift jedoch die grundsätzliche Geltung des BRG voraussetzte, konnte sie für Arbeitnehmer außerhalb des Gesetzes keine kündigungsschützende Wirkung haben.

## C. Der Kündigungsschutz durch § 138 BGB

Seit In-Kraft-Treten des BGB am 1.1.1900 ist ein gegen die guten Sitten verstoßendes Rechtsgeschäft nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig. Als erster hatte bereits vor dem ersten Weltkrieg Lotmar 1908 die nicht weiter begründete Behauptung aufgestellt, dass auch eine arbeitsrechtliche Kündigung sittenwidrig und deshalb nichtig sein könne.<sup>152</sup>

Anfang der zwanziger Jahre des vergangenen Jh. griffen Rechtswissenschaftler auf diesen Gedanken zurück; sie befassten sich jedoch nicht mit einer dogmatischen Begründung.<sup>153</sup> Erste Zweifel an der Möglichkeit einer sittenwidrigen Kündigung äußerte Molitor Mitte der zwanziger Jahre.<sup>154</sup> Daraufhin war stark umstritten, ob § 138 BGB das Kündigungsrecht des Arbeitgebers einschränkte.

Ansatzpunkt für die Diskussion war zunächst die Frage, wann generell ein Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten verstieß. Schon damals galt es prinzipiell als sittenwidrig, wenn es nicht mit dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden übereinstimmte.<sup>155</sup> Wie heute, wurde bereits damals grundsätzlich auf die Vorstellung eines Durchschnittsbetrachters abgestellt.<sup>156</sup> Bei Geschäften zwischen Angehörigen unterschiedlicher Kreise waren die Vorstellungen des Kreises ausschlaggebend, dem der

---

<sup>150</sup> Allgemein dazu *Dersch*: BRG, 5. Aufl. 1922, § 95 BRG; *Feig/Sitzler*: BRG, 13./14. Aufl. 1931, § 95 BRG; *Flatow*: BRG, 12. Aufl. 1927, § 95 BRG.

<sup>151</sup> RGBI. I 1928, S. 46.

<sup>152</sup> Vgl. S. 10.

<sup>153</sup> *Bewer*: Fürsorgepflicht und Beschäftigungszwang, RABl. II 1922, S. 702, 704; *Gschnitzer*: Die Kündigung nach deutschem und österreichischem Recht, Jher.Jb. Bd. 78, 1927, S. 1, 61; *Herkner*: Die Arbeiterfrage, Bd. 1, 8. Aufl. 1922, S. 149 f.; *Nipperdey*: Beiträge zum Tarifrecht, 1924, S. 65 dort Fn. 111, I, 2; *Potthoff*: Ist eine fristgerechte Kündigung als gewerkschaftliche Maßregelung nichtig?, GKG 1923/1924, Sp. 63, 70.

<sup>154</sup> *Molitor*: Die Entwicklung der gesetzlichen Kündigungsbeschränkungen zum Schutz der Arbeitnehmer in den kontinentalen Rechten, Int.R.d.Arb. 1926, S. 1101, 1102.

<sup>155</sup> RG v. 11.4.1901, RGZ 48, S. 114, 124; RG v. 25.11.1911, RGZ 77, S. 419, 421; RG v. 18.6.1912, RGZ 79, S. 415, 418; RAG v. 26.3.1930, ARS 8 (RAG), S. 425, 426 f.; *Staudinger (Riezler)*: BGB, 9. Aufl. 1925, § 138 BGB Anm. I 2; *Berger*: Der Kündigungsgrund im Arbeitsvertrag, 1930, S. 33; *Melsbach*: Willkürliche Kündigung des Arbeitsvertrages, Soz.Prax. 1909/1910, Sp. 1234, 1237.

<sup>156</sup> RG v. 1.6.1904, RGZ 58, S. 214, 217; RG v. 6.5.1931, Warn.Rspr. 1931, S. 244 f.

Handelnde angehörte<sup>157</sup>, sofern sie sich mit der Ansicht des allgemeinen Durchschnittsbetrachters vereinbaren ließen. Liefen sie der allgemeinen Volksanschauung zuwider, galt diese. Hierdurch sollte dem Sittenverfall in einzelnen geschlossenen Kreisen Einhalt geboten werden. Teilweise wurden auch die Anschauungen des gegenüberstehenden Kreises berücksichtigt.<sup>158</sup> Die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts konnte sich dabei aus dem Geschäftsinhalt ergeben, wenn eine unsittliche Leistung (Tun, Dulden, Unterlassen) versprochen wurde, oder wenn sich die Unsittlichkeit aus anderen objektiven Geschäftsbestandteilen ergab.<sup>159</sup> Teilweise sollte sich die Sittenwidrigkeit auch aus den Umständen ergeben können, unter denen das Geschäft vorgenommen worden war.<sup>160</sup> Umstritten war bereits hier, welche Bedeutung dem Motiv zukam. Nach überwiegender Ansicht reichte das Motiv zwar alleine nicht aus, um die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäftes herbeizuführen, war jedoch auch nicht völlig unbeachtlich.<sup>161</sup> Diese Schlussfolgerung wurde insbesondere aus der Entstehungsgeschichte des § 138 BGB abgeleitet. Nach dem Wortlaut des ersten Entwurfs<sup>162</sup> sollte ein Rechtsgeschäft nichtig sein, dessen Inhalt sittenwidrig war. In der zweiten Lesung wurden die Wörter „dessen Inhalts“ gestrichen. Die Protokolle weisen ausdrücklich daraufhin, dass Fälle vorstellbar waren, in denen erst die Berücksichtigung des Motivs eine sachgerechte Einschätzung des Geschäftsinhalts ermöglichte.<sup>163</sup> Der Gesetzgeber wollte diese Fälle nicht von der durch § 138 BGB für rechtsgeschäftliches Handeln gezogenen Grenze ausschließen. In diesem Sinne entschied auch die Rechtsprechung des RG, dass ein Rechtsgeschäft nach „seinem aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und

Zweck erhellenden Gesamtcharakter“ gegen die guten Sitten i.S.d. § 138 BGB verstoßen konnte.<sup>164</sup> Vereinzelt hielt sich jedoch die Ansicht, dass dem Motiv des Rechtsgeschäfts keinerlei Bedeutung zukam.<sup>165</sup>

In der speziellen Auseinandersetzung um die Sittenwidrigkeit der arbeitsrechtlichen Kündigung wurde vor allem auf einen Aspekt aus der allgemeinen Diskussion zurückgegriffen. Dort war insbesondere die Sittenwidrigkeit der abstrakten Rechtsgeschäfte umstritten, zu denen hauptsächlich die dinglichen Verfügungsgeschäfte gehören.<sup>166</sup> Teils wurde die Möglichkeit einer Sittenwidrigkeit bei abstrakten

---

<sup>157</sup> RAG v. 16.1.1929, ARS 5 (RAG), S. 190, 193 m. Anm. Nipperdey; RAG v. 24.4.1929, ARS 6 (RAG), S. 96, 100 m. Anm. Nipperdey; RAG v. 6.11.1929, ARS 7 (RAG), S. 404, 409 m. Anm. Dersch; RAG v. 8.1.1930, ARS 8 (RAG), S. 101, 107 m. Anm. Nipperdey; RAG v. 16.5.1931, ARS 12 (RAG), S. 171, 175; LAG Halle v. 18.2.1928, ARS 3 (LAG), S. 99, 102; LAG Berlin v. 29.7.1931, ArbGer 1931, Sp. 402; *Dersch*: Die Rechtsprechung des RG zum Berufsvereinsrecht, in *Dersch/Flatow/Hueck/Nipperdey* (Hrsg.): *Rspr. RG z. AR*, Bd. 1, 2. Aufl. 1927, S. 218, 219; *Dersch*: Anm. zu RAG v. 23.1.1929, ARS 5 (RAG), S. 253, 258.

<sup>158</sup> RG v. 17.12.1926, JW 1927, S. 513; RG v. 25.2.1929, JW 1929, S. 1395; RAG v. 16.5.1931, ARS 12 (RAG), S. 171, 175.

<sup>159</sup> *Pines*: Die Verbots- und Sittenwidrigkeit einer ordnungsgemäßen Kündigung nach deutschem und ausländischem Recht, 1930, S. 19.

<sup>160</sup> *Vogel*: Der Begriff des gegen die guten Sitten verstoßenden Rechtsgeschäfts, 1906, S. 55.

<sup>161</sup> RG v. 13.5.1909, RGZ 71, S. 170, 172 f.; RG v. 18.6.1912, RGZ 79, S. 415, 417 f.; *Staudinger (Riezler)*: BGB, 9. Aufl. 1925, § 138 BGB Anm. I 2; *Berger*: Der Kündigungsgrund im Arbeitsvertrag, 1930, S. 33; *Dernburg*: Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts des Deutschen Reiches und Preußens, Teil 1, 3. Aufl. 1906, S. 123; *Vogel*: Der Begriff des gegen die guten Sitten verstoßenden Rechtsgeschäfts, 1906, S. 49 m.w.N.

<sup>162</sup> Hier war die Sittenwidrigkeit in § 106 BGB geregelt.

<sup>163</sup> *Achielles*: Protokolle der Kommission über die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 1, 1897, S. 123.

<sup>164</sup> RG v. 15.12.1903, RGZ 56, S. 229, 231; RG v. 29.5.1906, RGZ 63, S. 346, 350; RG v. 5.2.1908, RGZ 68, S. 97, 98; RG v. 13.5.1908, RGZ 71, S. 170, 173; RG v. 17.12.1910, RGZ 75, S. 68, 74; RG v. 6.5.1919, RGZ 93, S. 27, 30; RG v. 24.1.1920, RGZ 98, S. 70, 73; RG v. 26.1.1920, RGZ 98, S. 78, 79; RG v. 30.9.1926, RGZ 114, S. 338, 341. Eine erste Entscheidung in diese Richtung fällt bereits das OLG Köln am 14.5.1902, OLG *Rspr.* Bd. 5, 1902, S. 109.

<sup>165</sup> *Vogel*: Der Begriff des gegen die guten Sitten verstoßenden Rechtsgeschäfts, 1906, S. 51, 53.

<sup>166</sup> Bejahend z.B. *Planck*: BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 1913, § 138 BGB Anm. 3 b. Abl. z.B. *Oertmann*: BGB, 3. Aufl. 1927, § 138 BGB Anm. 2 a. Differenzierend *Mitteis*: Aus römischem und bürgerlichem Recht, in *Leipziger Juristenfakultät* (Hrsg.): *FS für Wach*, 1918, S. 1, 15.

Rechtsgeschäften uneingeschränkt bejaht.<sup>167</sup> Teils wurde dies mit der Begründung abgelehnt, dass sich die Sittenwidrigkeit nur aus dem Beweggrund ergeben könne, der jedoch aufgrund der gesetzlichen Konstruktion des BGB vom Geschäft abgetrennt sei.<sup>168</sup>

Das RG vertrat die Ansicht, dass abstrakte Rechtsgeschäfte weder gegen ein Gesetz noch gegen die guten Sitten verstoßen könnten.<sup>169</sup> Eine vermittelnde Ansicht nahm demgegenüber an, dass die Sittenwidrigkeit eines abstrakten Rechtsgeschäftes sich zwar grundsätzlich nicht aus dem Zweck ergeben könnte, da dieser Geschäftszweck bei abstrakten Rechtsgeschäften nicht hervortrete. Wenn jedoch die abstrakt übernommene Leistung selbst unsittlich sei oder unter der Bedingung eines unsittlichen Verhaltens versprochen werde, könne auch ein abstraktes Rechtsgeschäft ausnahmsweise gegen § 138 BGB verstoßen.<sup>170</sup>

Bei namhaften Vertretern der Rechtswissenschaft führte das Verständnis der Kündigung als ein vom Motiv losgelöstes Rechtsgeschäft dazu, dass sie in ihr ein abstraktes Rechtsgeschäft sahen.<sup>171</sup> Sie prägten den Ausdruck der Kündigung als ein sittlich absolut indifferentes und völlig farbloses Rechtsgeschäft, weil sich der Inhalt lediglich auf die Herbeiführung der Vertragsbeendigung beschränke. Aus der abstrakten Natur der Kündigung schlossen sie auf die Unanwendbarkeit des § 138 BGB. Es fehlte jedoch jegliche Auseinandersetzung mit dem allgemeinen Streit über die Sittenwidrigkeit abstrakter Rechtsgeschäfte und dessen Übertragbarkeit auf die Kündigung.

Dem wurde von der überwiegenden Meinung entgegengehalten, dass bei abstrakten dinglichen Rechtsgeschäften die causa, d.h. der rechtliche Grund für die Vornahme des Geschäfts, von dem Rechtsgeschäft abstrahiert werde. Dies sei vom Gesetzgeber aus Gesichtspunkten der Rechtssicherheit festgelegt worden. Demgegenüber fehle bei der Kündigung eine solche causa, die abgetrennt werden könne. Der Arbeitsvertrag, den die Kündigung beende, sei zwar eine Art Grundgeschäft, auf dem die Kündigung als unselbständiges Hilfsgeschäft aufbaue. Er sei jedoch nicht der Rechtsgrund. Die Kündigung sei deshalb kein abstraktes Rechtsgeschäft.<sup>172</sup> Wegen der gesetzlichen Kündigungsfreiheit sei nur der persönliche Beweggrund, das Motiv des Kündigenden aus dem Geschäft herausgelöst; und der Geschäftsinhalt beschränke sich, ähnlich wie bei den abstrakten dinglichen Rechtsgeschäften, auf die Herbeiführung der Rechtsänderung. Teilweise wurde auch vertreten, dass die Kündigung ein Rechtsgeschäft eigener Art sei.<sup>173</sup> Der Inhalt des Geschäfts, die Vertragsbeendigung herbeizuführen, wurde in Abgrenzung zu dem bei den abstrakten Rechtsgeschäften abstrahierten Rechtsgrund als unmittelbarer Zweck, als Artzweck oder Geschäftsziel bezeichnet.

---

<sup>167</sup> *Dernburg*: Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts des Deutschen Reiches und Preußens, Teil 1, 3. Aufl. 1906, S. 420.

<sup>168</sup> *Planck*: BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 1913, § 138 BGB Anm. 3 b.

<sup>169</sup> RG v. 5.2.1908, RGZ 68, S. 97, 100; RG v. 17.12.1910, RGZ 75, S. 68, 74; RG v. 19.12.1911, RGZ 78, S. 282, 284 f.; RG v. 18.11.1924, RGZ 109, S. 201, 202 f.

<sup>170</sup> *Oertmann*: BGB, 3. Aufl. 1927, § 138 BGB Anm. 2 a.

<sup>171</sup> *Staudinger (Riezler)*: BGB, 9. Aufl. 1925, § 138 BGB Anm. 3 a, c; *Groh*: Kritischer Bericht über die Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte, ArbRuSchlicht. 1929, Sp. 69, 74; *Hueck*: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 1, 1./2. Aufl. 1928, S. 262 dort Fn. 21; *Molitor*: Die Entwicklung der gesetzlichen Kündigungsbeschränkungen zum Schutz der Arbeitnehmer in den kontinentalen Rechten, Int.R.d.Arb. 1926, S. 1101, 1102; *Schöngarth*: Die Zurückweisung von Kündigungen des Arbeitsvertrages, 1929, S. 28.

<sup>172</sup> *Staudinger (Nipperdey)*: BGB, 9. Aufl. 1928, Vorbem. III, 1, i zu §§ 620 ff. BGB; *Nipperdey*: Anm. zu RAG v. 24.4.1929, ARS 6 (RAG), S. 96, 101.

<sup>173</sup> *Berger*: Der Kündigungsgrund im Arbeitsvertrag, 1930, S. 14 ff.; *Nipperdey*: Beiträge zum Tarifrecht, 1924, S. 65 dort Fn. 111, I 2; *Pines*: Die Verbots- und Sittenwidrigkeit einer ordnungsgemäßen Kündigung nach deutschem und ausländischem Recht, 1930, S. 13 ff.; *Wallach*: Nichtigke Kündigung nach deutschem Arbeitsrecht, 1931, S. 22.

Die überwiegende Ablehnung des abstrakten Charakters der Kündigung führte hinsichtlich der Frage ihrer Sittenwidrigkeit jedoch nicht zu einem einheitlichen Standpunkt. Einige Stimmen gingen ohne weiteres davon aus, dass eine Kündigung auch aufgrund ihres Beweggrundes oder Zwecks sittenwidrig sein konnte.<sup>174</sup> Sie nahmen jedoch nicht dazu Stellung, ob sich die Sittenwidrigkeit auch alleine aus dem Motiv ergeben konnte. Weiter wurde vertreten, dass die Kündigung zwar kein abstraktes Rechtsgeschäft sei, allerdings Parallelen zu den abstrakten, dinglichen Rechtsgeschäften aufweise. Hier wie dort sei der Geschäftsinhalt ausschließlich auf die Herbeiführung der Rechtsänderung beschränkt. Daher könne die Frage der Sittenwidrigkeit der arbeitsrechtlichen Kündigung in entsprechender Anlehnung beantwortet werden.<sup>175</sup> Bei der Kündigung dürfe das Augenmerk nicht auf die losgelöste causa gerichtet werden. Sie sei bei der Kündigung gerade nicht vorhanden. Die richtige Fragestellung gehe zunächst dahin, ob ein abstraktes Rechtsgeschäft aus anderen Momenten als der causa heraus sittenwidrig sein könne. Ein abstraktes Rechtsgeschäft könne grundsätzlich nicht alleine aufgrund seines Inhalts sittenwidrig sein, da sich der Inhalt lediglich in der Herbeiführung der Rechtsänderung erschöpfe. Ausnahmen seien nur denkbar, wenn eine unsittliche causa in Form einer Bedingung zum Bestandteil des Geschäftsinhalts gemacht worden sei. Das gelte auch, wenn die abstrakte Leistung unter der Bedingung eines unsittlichen Verhaltens versprochen worden sei.<sup>176</sup> Nun werde allerdings jedes abstrakte Rechtsgeschäft von einem Motiv begleitet, das als Beweggrund des Handelnden scharf von dem Rechtsgrund, der causa zu trennen sei. Auch hinter einer Kündigung stehe ein Motiv. Die Frage, ob sich bei einem abstrakten Rechtsgeschäft die Sittenwidrigkeit aus dem Motiv ergeben kann, beurteilte man dann nach der Grundregel, dass die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften grundsätzlich nicht von dem zugrunde liegenden Motiv beeinflusst werde.<sup>177</sup> In diesem Sinne wurde auch die Rechtsprechung des RG verstanden. Es vertrat die Ansicht, dass sich die Sitten- oder Gesetzeswidrigkeit eines Rechtsgeschäfts allgemein nicht alleine aus dem Beweggrund ergeben könne.<sup>178</sup> Man war deshalb der Auffassung, das Motiv könne nur dann im Zusammenhang mit objektiven Momenten zur Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts führen, wenn sie alleine für eine objektive Unsittlichkeit nicht ausreichten. Für die Kündigung leitete sich daraus ab, dass dementsprechend das Motiv nicht alleine eine Sittenwidrigkeit bewirken konnte. Nicht nachvollziehbar ist jedoch, warum der Gesamtcharakter von Beweggrund und Geschäftsinhalt, anders als bei den abstrakten Rechtsgeschäften, nicht zur Sittenwidrigkeit der Kündigung führen konnte.

Berger folgerte aus der Annahme der Kündigung als reines Zweckgeschäft, dass die Herbeiführung der Vertragsbeendigung als einziger Inhalt des Rechtsgeschäfts grundsätzlich nicht sittenwidrig sein könnte.<sup>179</sup> Der Beweggrund sollte ebenfalls nicht zur Nichtigkeit der Kündigung nach § 138 BGB führen können, weil er aus dem Geschäftsinhalt herausgelöst sei.<sup>180</sup> Berger lehnte auch die Möglichkeit der Sittenwidrigkeit aufgrund des sich aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck ergebenden Gesamtcharakters ab. Zur Begründung verwies er darauf, dass schon der Inhalt und der Zweck, den Vertrag zu beenden, für sich betrachtet, nicht sittenwidrig sein könnte.<sup>181</sup> Eine Ausnahme ergab sich seiner Ansicht nach lediglich, wenn der Beweggrund als Bedingung Bestandteil des

---

<sup>174</sup> *Staudinger (Nipperdey)*: BGB, 9. Aufl. 1928, Vorbem. III, 1, i zu §§ 620 ff. BGB; *Hug*: Kündigungsrecht, 1926, S. 151 ff.; *Sinzheimer*: Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Aufl. 1927, S. 203.

<sup>175</sup> *Hueck/Nipperdey*: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 1, 3./5. Aufl. 1931, S. 305 unter Abkehr von der in der 1. Aufl. v. 1928 vertretenen Ansicht; *Pines*: Die Verbots- und Sittenwidrigkeit einer ordnungsgemäßen Kündigung nach deutschem und ausländischem Recht, 1930, S. 22 ff.

<sup>176</sup> *Pines*: Die Verbots- und Sittenwidrigkeit einer ordnungsmäßigen Kündigung nach deutschem und ausländischem Recht, 1930, S. 23 f.

<sup>177</sup> *Pines*: Die Verbots- und Sittenwidrigkeit einer ordnungsmäßigen Kündigung nach deutschem und ausländischem Recht, 1930, S. 14.

<sup>178</sup> RG v. 9.3.1918, GruchBeitr. Bd. 62, 1918, S. 635, 639 f.

<sup>179</sup> *Berger*: Der Kündigungsgrund im Arbeitsvertrag, 1930, S. 21.

<sup>180</sup> *Berger*: Der Kündigungsgrund im Arbeitsvertrag, 1930, S. 20 f.

<sup>181</sup> *Berger*: Der Kündigungsgrund im Arbeitsvertrag, 1930, S. 21.

Geschäftsinhalts der Kündigung geworden war. Sei in diesem Fall die Bedingung selbst unsittlich, ergebe sich die Unsittlichkeit der Kündigung insgesamt aus ihrem Gesamtcharakter durch Zweck, Inhalt und Beweggrund.<sup>182</sup> Zu einem anderen Ergebnis gelangte Wallach.<sup>183</sup> Sie bezeichnete die Kündigung als Artgeschäft. Geschäftsziel sei es, den Arbeitsvertrag zu beenden. Dieses Geschäftsziel sei objektiv Bestandteil der Kündigung. Sie ging davon aus, dass die Kündigung gegen § 138 BGB verstieß, wenn sich aus dem Beweggrund in Verbindung mit dem Geschäftszweck die Unsittlichkeit ergab. Darüber hinaus konnte die Kündigung ihrer Ansicht nach in den seltenen Fällen sittenwidrig sein, in denen sie eine sittenwidrige Bedingung enthielt. Sie lehnte es jedoch ab, dass sich die Sittenwidrigkeit grundsätzlich alleine aus dem Geschäftsziel oder dem Kündigungsmotiv ergeben konnte. Im Einzelnen sollten im Hinblick auf die Sittenwidrigkeit stets die Besonderheiten des Arbeitsvertrags zu berücksichtigen sein, da die Kündigung im Verhältnis dazu ein unselbständiges Rechtsgeschäft sei.

Auch in der Rechtsprechung der zwanziger und frühen dreißiger Jahre des 20. Jh. finden sich Entscheidungen zu der Frage der Sittenwidrigkeit einer arbeitsrechtlichen Kündigung. Die Instanzrechtsprechung orientierte sich zunächst teilweise an der Auffassung des RG.<sup>184, 185</sup> Danach konnte das Motiv bei Rechtsgeschäften allgemein nicht alleine, sondern nur im Rahmen einer Gesamtbetrachtung mit dem Geschäftsinhalt zur Sittenwidrigkeit führen. Aus diesem Grund lehnte 1920 das HansOLG die Sittenwidrigkeit einer Kündigung ab.<sup>186</sup> In diesem Sinne entschied auch das LAG Offenburg.<sup>187</sup> 1928 vertrat das LAG Jena ausdrücklich die Ansicht, dass die Kündigung ein abstraktes Rechtsgeschäft sei, das nicht gegen § 138 BGB verstoßen könne und daher aus jedem Motiv heraus zulässig sei.<sup>188</sup>

Demgegenüber erkannten 1927 das LAG Berlin und 1928 das LAG Halle an, dass eine arbeitsrechtliche Kündigung wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig sein konnte.<sup>189</sup> Im ersten Fall sah der Tarifvertrag vor, dass der Arbeitgeber an arbeitsfreien Feiertagen Lohn für acht Stunden zu zahlen hatte. Tarifwidrig hatte er jedoch seinen Beschäftigten am Mittwoch vor Ostern gekündigt und sie nach Ende der Feiertage wieder eingestellt. Die Arbeitnehmer erhielten deshalb für Karfreitag und Ostermontag keine Vergütung. Ein Arbeitnehmer klagte daraufhin sein Tarifgehalt für die Feiertage ein. Das LAG Berlin leitete die Nichtigkeit der Kündigung zunächst aus § 242 BGB ab. Anschließend deutete es an, dass eine Kündigung auch gegen § 138 BGB verstoßen könne. Gegenstand des Urteils des LAG Halle war die Kündigung wegen der Streikbeteiligung des Arbeitnehmers. Der Arbeitskampf war durch ein kollektivrechtliches Friedensabkommen beendet worden, das die Maßregelung der Arbeitnehmer wegen ihrer Streikbeteiligung im Wege der Kündigung verbot. Das Gericht erachtete es grundsätzlich als möglich, dass trotzdem ausgesprochene Maßregelungskündigungen gegen § 138 BGB verstoßen könnten.

Am 24.4.1929 erging ein Grundsatzurteil des RAG zur Frage der Sittenwidrigkeit einer arbeitsrechtlichen Kündigung.<sup>190</sup> Es setzte sich in Widerspruch zur Ansicht des RG und dem Teil der

---

<sup>182</sup> *Berger*: Der Kündigungsgrund im Arbeitsvertrag, 1930, S. 23.

<sup>183</sup> *Wallach*: Nichtige Kündigung nach deutschem Arbeitsrecht, 1931, S. 22 ff.

<sup>184</sup> Vgl. Fn. 164. Hintergrund dieser Rechtsprechung dürfte gewesen sein, dass auch nach dem BGB Motiv und Gesinnung für die Rechtswirksamkeit eines Rechtsgeschäfts grundsätzlich nicht von Belang sind.

<sup>185</sup> Das RAG bestand erst nach Schaffung des ArbGG von 1926.

<sup>186</sup> HansOLG v. 12.11.1920, NZfA 1921, Sp. 167.

<sup>187</sup> LAG Offenburg in RAG v. 24.4.1929, ARS 6 (RAG), S. 96, 98.

<sup>188</sup> LAG Jena v. 23.5.1928, ARS 3 (LAG), S. 194 m. zust. Anm. Hueck.

<sup>189</sup> LAG Berlin v. 19.11.1927, ARS 2 (LAG), S. 84, 86; LAG Halle v. 18.2.1928, ARS 3 (LAG), S. 99, 101.

<sup>190</sup> RAG v. 24.4.1929, ARS 6 (RAG), S. 96 ff. m. zust. Anm. Nipperdey.

Rechtswissenschaft, die bisher die Sittenwidrigkeit der Kündigung alleine aus dem Motiv heraus abgelehnt hatten. In dem zugrunde liegenden Fall war der Arbeitnehmer der Ansicht, die Kündigung sei nur wegen der Forderung nach tariflicher Entlohnung erfolgt. Der Arbeitgeber gab als Kündigungsgrund demgegenüber finanzielle Schwierigkeiten infolge Arbeitsmangels an. Das RAG musste die Sache zwar wegen der nicht nachgewiesenen Tatsachenvorträge zur erneuten Entscheidung an das LAG Offenburg zurückverweisen, äußerte sich jedoch zu der Frage einer sittenwidrigen Arbeitgeberkündigung. Das Gericht stellte ausdrücklich fest, dass eine Kündigung grundsätzlich wegen des Beweggrundes und des Zwecks gegen § 138 BGB verstoßen könnte.<sup>191</sup> Die Vorschrift enthalte einen allgemeinen Rechtssatz, „dass keine Handlung, kein Rechtsgeschäft mit gesetzlichen Verboten oder mit den guten Sitten sich in Widerspruch setzen darf“<sup>192</sup>. § 138 BGB gelte ohne weiteres auch für die Kündigung. Etwas anderes könne sich nur bei entsprechendem gesetzlichem Hinweis ergeben. Mit dieser Entscheidung brachte das höchste deutsche Arbeitsgericht zugleich zum Ausdruck, dass es die Kündigung nicht als abstraktes Rechtsgeschäft ansah.

Das RAG bestätigte diese Ansicht 1930 in einem ähnlich gelagerten Fall.<sup>193</sup> Aus den Jahren 1931 und 1932 sind fünf Urteile bekannt, die diese Rechtsprechung ohne weitere Erläuterungen fortführten.<sup>194</sup>

Die Landesarbeitsgerichte schlossen sich nach 1929 schnell der neuen höchstrichterlichen Rechtsprechung an.<sup>195</sup> Nach Ansicht des LAG Frankfurt/Oder verstieß eine Kündigung gegen § 138 BGB, die den Arbeitnehmer dafür maßregelte, dass er an einem Volksbegehren teilnehmen wollte. In einem anderen Fall lehnte das LAG Osnabrück die Sittenwidrigkeit aufgrund der Einzelfallumstände ab. Eindeutig äußerte sich auch das LAG Görlitz. Kündigungsmotiv war hier die Mitgliedschaft und Betätigung des Klägers in der NSDAP. Das Gericht lehnte zunächst ausdrücklich ab, dass die Kündigung abstrakter Natur sei und deshalb nicht sittenwidrig sein könnte. Es führte aus, indem § 84 Abs. 1 Nr. 1 BRG dem Arbeitnehmer schon bei begründetem Verdacht ein Einspruchsrecht zuspreche, sei mittelbar anerkannt, dass gerade die Kündigung von Arbeitsverhältnissen in den Geltungsbereich des § 138 BGB fallen könnte. Unter Hinweis auf die Rechtsprechung des RAG und die ihr zustimmende Literatur stellt das LAG Görlitz weiterhin fest, dass sich die Sittenwidrigkeit auch aus dem Beweggrund der Kündigung ergeben könnte.

Unter den veröffentlichten Urteilen der erstinstanzlichen Arbeitsgerichte fanden sich zur Frage der Sittenwidrigkeit einer arbeitsrechtlichen Kündigung keine Äußerungen.

#### **D. Der Kündigungsschutz durch § 226 BGB**

Seit In-Kraft-Treten des BGB am 1.1.1900 ist nach § 226 BGB die Ausübung eines Rechts unzulässig, wenn sie nur den Zweck verfolgt, einem anderen Schaden zuzufügen. Dieses Schikaneverbot ist bereits vor dem Ersten Weltkrieg im Schrifttum vereinzelt zur Beschränkung der arbeitsrechtlichen

---

<sup>191</sup> RAG v. 24.4.1929, ARS 6 (RAG), S. 96, 99 f. m. zust. Anm. Nipperdey.

<sup>192</sup> RAG v. 24.4.1929, ARS 6 (RAG), S. 96, 99 m. zust. Anm. Nipperdey.

<sup>193</sup> RAG v. 18.10.1930, ARS 11 (RAG), S. 75, 79 m. Anm. Nipperdey.

<sup>194</sup> RAG v. 25.4.1931, ARS 12 (RAG), S. 603, 606 m. Anm. Dersch; RAG v. 16.5.1931, ARS 12 (RAG), S. 172, 175 m. Anm. Nipperdey; RAG v. 19.12.1931, NZfA 1932, Sp. 324; RAG v. 19.12.1931, ARS 14 (RAG), S. 72, 73; RAG v. 2.11.1932, ARS 16 (RAG), S. 297 ff. m. abl. Anm. Hueck.

<sup>195</sup> LAG Frankfurt/Oder v. 4.4.1930, ArbGer 1930, S. 303; LAG Osnabrück v. 16.2.1931, ArbGer 1931, Sp. 139, 143; LAG Görlitz v. 6.10.1931, ArbGer 1932, Sp. 94.

Kündigung herangezogen worden.<sup>196</sup> Es fand jedoch erst während der Zeit der Weimarer Republik eine Auseinandersetzung mit den Anwendungsschwierigkeiten dieser eng gefassten Regelung statt.<sup>197</sup>

Das Problem des § 226 BGB lag darin, dass der Arbeitgeber mit der Kündigung ausschließlich die Schädigung des Arbeitnehmers beabsichtigen musste. Als relevanter Schaden kam nur die Arbeitslosigkeit in Betracht. Die Entlassung musste insofern einzig und allein darauf abzielen, den Arbeitnehmer in die Arbeitslosigkeit zu treiben. Da jedoch bereits der Wille des Arbeitgebers zur Trennung von einem missliebigen Arbeitnehmer als berechtigtes Interesse angesehen wurde, fehlte es in der Regel an der erforderlichen alleinigen Schädigungsabsicht.<sup>198</sup> Auch konnte der beweispflichtige Arbeitnehmer dieses subjektive Tatbestandselement im Prozess meist nur schwer nachweisen.<sup>199</sup> Insgesamt war die Rechtswissenschaft daher der Auffassung, dass sich über diese Vorschrift kein wirkungsvoller Schutz der Arbeitnehmer erreichen ließ.<sup>200</sup> In einschlägigen Fällen sollte die Kündigung allerdings nichtig sein. Die Gerichte bejahten zwar ebenfalls grundsätzlich die Anwendung des § 226 BGB auf die arbeitsrechtliche Kündigung<sup>201</sup>, der Vorschrift kam jedoch in der Praxis keine Bedeutung zu.

## E. Der Kündigungsschutz durch § 242 BGB

Die Rechtsprechung ging in der Weimarer Republik grundsätzlich von der Anwendbarkeit des § 242 BGB aus. Aus dieser Zeit finden sich zirka ein dutzend Urteile zur Frage der treuwidrigen Kündigung durch den Arbeitgeber. Die im Folgenden näher beleuchteten Einzelfallentscheidungen lassen keine systematische Ordnung erkennen.

Im ersten Fall war der Arbeitnehmer zum Reichstagsabgeordneten gewählt worden und hatte daher um „permanenten“ Urlaub gebeten. Der Arbeitgeber kündigte ihm daraufhin, weil er meinte, sein Mitarbeiter sei an einer weiteren Tätigkeit für ihn gehindert. Das RAG verneinte ohne weitere Ausführung die Treuwidrigkeit der Kündigung.<sup>202</sup>

In einer anderen Entscheidung lehnte das RAG eine Verletzung des § 242 BGB aus dem Gesichtspunkt der fehlerhaften Auswahl des gekündigten Arbeitnehmers ab.<sup>203</sup> Darüber hinaus war es auch in späteren

---

<sup>196</sup> Vgl. S. 10 f.

<sup>197</sup> *Berger*: Der Kündigungsgrund im Arbeitsvertrag, 1930, S. 31 f.; *Bewer*: Fürsorgepflicht und Beschäftigungszwang, RABl. II 1922, S. 702, 704; *Groh*: Koalitionsrecht, 1923, S. 44; *Herkner*: Die Arbeiterfrage, Bd. 1, 8. Aufl. 1922, S. 150; *Hueck*: Anm. zu RAG v. 2.5.1928, ARS 2 (RAG), S. 247, 249; *Hug*: Das Kündigungsrecht, 1926, S. 152 dort Fn. 47; *Nipperdey*: Beiträge zum Tarifrecht, 1924, S. 66 dort Fn. 114; *Pagenkopf*: Der Maßregelungsschutz des Arbeitnehmers, NZfA 1932, Sp. 673, 681 f.; *Pines*: Die Verbots- und Sittenwidrigkeit einer ordnungsmäßigen Kündigung nach deutschem und ausländischem Recht, 1930, S. 32, 37 ff.; *Wallach*: Nichtige Kündigung nach deutschem Arbeitsrecht, 1931, S. 10.

<sup>198</sup> *Berger*: Der Kündigungsgrund im Arbeitsvertrag, 1930, S. 31.

<sup>199</sup> *Berger*: Der Kündigungsgrund im Arbeitsvertrag, 1930, S. 31 f.; *Groh*: Koalitionsrecht, 1923, S. 44; *Nipperdey*: Beiträge zum Tarifrecht, 1924, S. 66 dort Fn. 114; *Pines*: Die Verbots- und Sittenwidrigkeit einer ordnungsmäßigen Kündigung nach deutschem und ausländischem Recht, 1930, S. 32, 37 ff.; *Wallach*: Nichtige Kündigung nach deutschem Arbeitsrecht, 1931, S. 10.

<sup>200</sup> *Berger*: Der Kündigungsgrund im Arbeitsvertrag, 1930, S. 31 f.; *Groh*: Koalitionsrecht, 1923, S. 44 f.; *Nipperdey*: Beiträge zum Tarifrecht, 1924, S. 66 dort Fn. 114; *Pagenkopf*: Der Maßregelungsschutz des Arbeitnehmers, NZfA 1932, Sp. 673, 682; *Wallach*: Nichtige Kündigung nach deutschem Arbeitsrecht, 1931, S. 10.

<sup>201</sup> RAG v. 2.5.1928, ARS 2 (RAG), S. 247 m. Anm. Hueck; LAG Frankfurt/Oder v. 4.4.1930, ArbGer 1930, Sp. 303; LAG Berlin v. 29.7.1931, ArbGer 1931, Sp. 402. A.A. HansOLG v. 12.11.1920, NZfA 1921, Sp. 167.

<sup>202</sup> RAG v. 3.12.1930, ARS 10 (RAG), S. 555, 558 m. Anm. Hueck.

<sup>203</sup> RAG v. 15.11.1930, ARS 10 (RAG), S. 605, 606 f. m. Anm. Dersch.



Entscheidungen der Ansicht, dass sachlich begründete Kündigungen nicht wegen der Auswahl des Arbeitnehmers angreifbar waren.<sup>204</sup>

In zwei weiteren Entscheidungen des RAG und des LAG Berlin hatte der Arbeitgeber gekündigt, um Lohn einzusparen. Beide Gerichte gingen davon aus, dass derartige Kündigungen gegen Treu und Glauben verstoßen könnten. Hintergrund des höchstrichterlichen Urteils war die wirtschaftlich unrentable Beschäftigung der Arbeitnehmer an einem Werktag, der zwischen einem Sonntag und einem Feiertag lag. Die Richter waren der Ansicht, der Arbeitgeber handele arglistig und verstoße gegen § 242 BGB, wenn die Kündigung nur dazu dienen sollte, den Arbeitnehmern in einer betrieblichen Zwangslage das nach den Grundsätzen über das Betriebsrisiko vom Arbeitgeber zu tragende Lohnrisiko aufzuerlegen.<sup>205</sup> Aufgrund der Umstände des Einzelfalles lehnte das RAG allerdings einen Verstoß gegen § 242 BGB ab. Das LAG Berlin entschied anders. Der Tarifvertrag sah an Feiertagen, die auf einen Wochenarbeitstag fielen, eine Vergütungspflicht des Arbeitgebers vor. Um sie zu umgehen, kündigte der Arbeitgeber vor einem entsprechenden Feiertag. Nach Ansicht des LAG war der Tarifvertrag nach Treu und Glauben dahingehend auszulegen, dass er ein stillschweigendes Umgehungsverbot enthielt. Dagegen hatte der Arbeitgeber verstoßen.<sup>206</sup>

Das LAG Frankfurt/Main ging in einer weiteren Entscheidung bei der Kündigung einer Lernschwester von einem Verstoß gegen § 242 BGB aus, ohne jedoch weitere Einzelheiten und die Rechtsfolge näher zu erläutern.<sup>207</sup>

Das LAG Halle entschied über die Kündigung aus Anlass eines Arbeitskampfes. Das Gericht verurteilte die Kündigung als treuwidrig, da sich die Tarifparteien zuvor in dem Friedensabkommen über ein Entlassungsverbot im Hinblick auf die streikbeteiligten Arbeitnehmer geeinigt hatten.<sup>208</sup> Die Rechtsfolge der Verletzung des § 242 BGB bleibt jedoch im Unklaren.

Im letzten Fall erachtete das RAG die - allerdings fristlose - Kündigung eines Schwerbeschädigten trotz Zustimmung der Hauptfürsorgestelle (heute Integrationsamt) ohne nähere Ausführungen als treuwidrig und unwirksam.<sup>209</sup>

Im Schrifttum war, wie erläutert, bereits vor dem Ersten Weltkrieg der Gedanken aufgekommen, dass § 242 BGB geeignet sein könnte, das Kündigungsrecht des Arbeitgebers einzuschränken.<sup>210</sup> Eine intensivere rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung mit diesem Aspekt setzte jedoch erst während der Zeit der Weimarer Republik ein. Die Anwendbarkeit des Grundsatzes von Treu und Glauben auf die arbeitsrechtliche Kündigung wurde grundsätzlich nicht bezweifelt.<sup>211</sup> Unsicherheit herrschte allerdings in Bezug auf die dogmatische Begründung und die Rechtsfolge bei Verletzung des § 242 BGB.

Melsbach hatte bereits vor dem Ersten Weltkrieg als erster auf die kündigungsschutzrechtliche Bedeutung des § 242 BGB aufmerksam gemacht. 1923 wies er erneut darauf hin, dass eine Kündigung

---

<sup>204</sup> RAG v. 28.2.1932, ARS 14 (RAG), S. 608 m. abl. Anm. Nipperdey; RAG v. 8.10.1932, ARS 16 (RAG), S. 448 m. abl. Anm. Dersch; RAG v. 18.2.1933, ARS 17 (RAG), S. 392 m. Anm. Hueck.

<sup>205</sup> RAG v. 4.1.1930, ARS 8 (RAG), S. 67, 70 f. m. abl. Anm. Hueck. Ähnlich auch RAG v. 11.5.1929, ARS 6 (RAG), S. 3 f.

<sup>206</sup> LAG Berlin v. 19.11.1927, ARS 2 (LAG), S. 84 m. Anm. Nipperdey.

<sup>207</sup> LAG Frankfurt/Main zit. in RAG v. 2.11.1932, ARS 16 (RAG), S. 297, 300 m. Anm. Hueck.

<sup>208</sup> LAG Halle v. 18.2.1928, ARS 3 (LAG), S. 99, 102.

<sup>209</sup> RAG v. 4.1.1928, ARS 1 (RAG), S. 112, 116 f. m. Anm. Hueck.

<sup>210</sup> Vgl. S. 9 ff.

<sup>211</sup> A.A. HansOLG v. 12.11.1920, NZfA 1921, Sp. 167; *Berger*: Der Kündigungsgrund im Arbeitsvertrag, 1930, S. 34 dort Fn. 4, 75.

treuwidrig sei, wenn sie gegen die Pflicht verstoße, den Arbeitsvertrag nicht entgegen dem Grundsatz von Treu und Glauben zu lösen.<sup>212</sup> Dies verdeutlichte er am Beispiel einer willkürlichen Kündigung durch Missbrauch des Koalitionsrechts. Eine Kündigung, die nach Ende eines Arbeitskampfes als Maßregelung wegen vorangegangener Streikbeteiligung des Arbeitnehmers erfolgte, verstieß seiner Ansicht nach gegen § 242 BGB.

Andere Stimmen schlossen sich im Grundsatz der Auffassung von Melsbach an<sup>213</sup>, fanden jedoch zum Teil abweichende Begründungsansätze. So griff Wallach auf die Pflicht der Vertragspartner zurück, den Vertragszweck nicht zu gefährden. Eine entsprechende Pflichtverletzung widerspreche Treu und Glauben sowie dem Vertragssinn und bewirke die Unwirksamkeit der Kündigung.<sup>214</sup>

Pagenkopf betonte in seiner Stellungnahme von 1932 ausdrücklich, dass der Grundsatz der Vertragsfreiheit einer Einschränkung des Kündigungsrechts durch § 242 BGB nicht widerspreche. Die Stellung der Vorschrift im BGB vor den Regelungen der einzelnen Schuldverhältnisse mache deutlich, dass die Vertragsfreiheit in jedem Vertragsverhältnis nur in den Grenzen von Treu und Glauben bestehe. Aus § 242 BGB i.V.m. § 157 BGB folge der Grundsatz, einen Vertrag so auszulegen und zu erfüllen, wie es Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erforderten. Aus diesem Grundsatz leitete er die Pflicht des Arbeitgebers ab, nur solche Maßnahmen zu treffen, die auch unter Berücksichtigung der Interessen des Arbeitnehmers nach allgemeinen Billigkeitserwägungen gerecht und zulässig seien.<sup>215</sup>

Die vorstehenden Auffassungen wurden dahingehend kritisiert, dass nicht eindeutig sei, welche Rechtsfolgen ein Verstoß gegen § 242 BGB nach sich ziehen sollte.<sup>216</sup> Dieser Vorwurf war allerdings nicht gerechtfertigt. Melsbach vertrat in seinem Beitrag von 1923 ausdrücklich, dass als Rechtsfolge die Unwirksamkeit der Kündigung anzunehmen sei.<sup>217</sup> Soweit ein Schadensersatzanspruch wegen positiver Vertragsverletzung für möglich erachtet wurde<sup>218</sup>, sollte der Arbeitgeber entweder zur Naturalrestitution - d.h. zur Wiedereinstellung bzw. zur Rücknahme der Kündigung<sup>219</sup> - oder zur Zahlung eines Geldbetrages verpflichtet sein. Wallach, die demgegenüber - wie auch Melsbach - als Rechtsfolge die Unwirksamkeit der Kündigung in Betracht zog, begründete als einzige ihre Ansicht. Die Parteien hätten mit dem Vertragsabschluss die Verpflichtung übernommen, den Vertragszweck nicht zu gefährden. Damit hätten sie vertraglich selbst ihre Verfügungsmacht über das Kündigungsrecht beschränkt. Eine Kündigung, die gegen diese Unterlassungsverpflichtung verstieß, sollte deshalb keine rechtliche Wirkung haben.<sup>220</sup>

---

<sup>212</sup> *Melsbach*: Deutsches Arbeitsrecht, 1923, S. 63 ff. Vgl. zu seinen ursprünglichen Äußerungen S. 9 f.

<sup>213</sup> *Groh*: Koalitionsrecht, 1923, S. 100 dort Fn. 13; *Hug*: Kündigungsrecht, 1926, S. 152; *Nipperdey*: Beiträge zum Tarifrecht, 1924, S. 66; *Pagenkopf*: Der Maßregelungsschutz des Arbeitnehmers, NZfA 1932, Sp. 673, 682; *Wallach*: Nichtigke Kündigung nach deutschem Arbeitsrecht, 1931, S. 11 ff.

<sup>214</sup> *Wallach*: Nichtigke Kündigung nach deutschem Arbeitsrecht, 1931, S. 11.

<sup>215</sup> *Pagenkopf*: Der Maßregelungsschutz des Arbeitnehmers, NZfA 1932, Sp. 673, 682 f.

<sup>216</sup> *Nipperdey*: Beiträge zum Tarifrecht, 1924, S. 66 dort Fn. 114; *Pines*: Die Verbots- und Sittenwidrigkeit einer ordnungsmäßigen Kündigung nach deutschem und ausländischem Recht, 1930, S. 4.

<sup>217</sup> *Melsbach*: Deutsches Arbeitsrecht, 1923, S. 62 ff.

<sup>218</sup> *Nipperdey*: Beiträge zum Tarifrecht, 1924, S. 66 dort Fn. 114; *Pines*: Die Verbots- und Sittenwidrigkeit einer ordnungsmäßigen Kündigung nach deutschem und ausländischem Recht, 1930, S. 4.

<sup>219</sup> *Salfeld*: Zur Frage der Sittenwidrigkeit von Kündigungen, NZfA 1932, Sp. 433, 438.

<sup>220</sup> *Wallach*: Nichtigke Kündigung nach deutschem Arbeitsrecht, 1931, S. 13 f.

## F. Der Schadensersatz nach § 823 Abs. 1 BGB

In Hinblick auf eine Maßregelungskündigung wegen der Zugehörigkeit und Betätigung in einer gewerkschaftlichen Vereinigung hatte der achte Ausschuss der verfassungsgebenden Nationalversammlung einen Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers in Betracht gezogen.<sup>221</sup> Da er jedoch die Anspruchsgrundlage offen ließ, zog die Rechtswissenschaft teilweise § 823 Abs. 1 BGB heran.<sup>222</sup> Dem wurde entgegengehalten, dass das Koalitionsrecht des Art. 159 RVerf nicht ein sonstiges Recht i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB, sondern nur eine jedermann zustehende allgemeine Befugnis sei.<sup>223</sup> Deshalb wurde verschiedentlich auch § 823 Abs. 2 BGB oder § 826 BGB als Anspruchsgrundlage angesehen.<sup>224</sup>

## G. Der Schadensersatz nach § 823 Abs. 2 BGB

Wurde ein Arbeitnehmer wegen seiner Mitgliedschaft oder Betätigung in einer Arbeitnehmerkoalition gekündigt, verstieß die Entlassung gegen das Gebot der Koalitionsfreiheit des Art. 159 RVerf. Erfolgte sie wegen der Wahrnehmung staatsbürgerlicher Pflichten bzw. der Ausübung von Ehrenämtern, war unter Umständen Art. 160 RVerf verletzt. In beiden Fällen sollte die Kündigung nicht nur i.V.m. § 134 BGB nichtig sein, sondern auch einen Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB

auslösen.<sup>225</sup> Darüber hinaus wurde dem Arbeitnehmer in dem seltenen Fall einer gegen § 226 BGB verstoßenden Kündigung teilweise ein Ersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB zuerkannt.<sup>226</sup>

## H. Der Schadensersatz nach § 826 BGB

Die Vorschrift des § 826 BGB verpflichtet seit dem 1.1.1900 denjenigen zum Schadensersatz, der einem anderen in sittenwidriger Weise vorsätzlich einen Schaden zufügt. Sie war bereits vor dem

---

<sup>221</sup> O.V.: Bericht des Verfassungsausschusses, in Verhandlungen der verfassungsgebenden Nationalversammlung, Anlagen zu den stenographischen Berichten des Reichstages, Bd. 336, Aktenstück Nr. 391, S. 389. Ebenso *Anschütz*: RVerf, 3./4. Aufl. 1926, Art. 159 RVerf Anm. 5.

<sup>222</sup> *Gätcke*: Das Vereinigungsrecht, 1922, S. 21; *Jacusiell*: Wesen und Inhalt des geltenden Koalitionsrechts, in Kaskel (Hrsg.): Koalitionen und Koalitionskampfmittel, 1925, S. 66, 68; *Kaskel*: Arbeitsrecht, 3. Aufl. 1928, S. 280; *Marcuse*: Die Ausgestaltung des Koalitionsrechts im geltenden Recht, in Kaskel (Hrsg.): Koalitionen und Koalitionskampfmittel, 1925, S. 72, 73; *Richter*: Vereinigungsfreiheit, Verwaltungsarchiv 1927, S. 1, 14 dort Anm. 42; *Sinzheimer*: Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Aufl. 1927, S. 92; *Steinmann*: Das Koalitionsrecht im Deutschen Reich, 1926, S. 51.

<sup>223</sup> LAG Berlin v. 29.7.1931, ArbGer 1931, Sp. 402, 404; *Oertmann*: Deutsches Arbeitsvertragsrecht, 1923, S. 272; *Pines*: Die Verbots- und Sittenwidrigkeit einer ordnungsmäßigen Kündigung nach deutschem und ausländischem Recht, 1930, S. 40 f.

<sup>224</sup> Vgl. S. 39.

<sup>225</sup> RAG v. 4.1.1928, ARS 1 (RAG), S. 80 ff.; RAG v. 24.4.1929, ARS 6 (RAG), S. 96, 100; LAG Altona v. 29.9.1927, ARS 1 (LAG), S. 179, 181 ff. m. abl. Anm. Flatow unter Hinweis auf das unveröffentlichte Urteil des LG Zwickau v. 27.4.1927; LAG Frankfurt/Oder v. 4.4.1930, ArbGer 1930, Sp. 303, 305; *Arndt/Arndt*: RVerf, 3. Aufl. 1927, Art. 159 RVerf; *Bühler*: RVerf, 3. Aufl. 1929, Art. 159 RVerf Anm. 1; *Mansfeld*: BRG, 2. Aufl. 1930, § 84 BRG Anm. 4 a; *Nipperdey* (Hrsg.) (*Nipperdey*): Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. 3, 1930, Art. 159 RVerf, S. 413; *Berger*: Der Kündigungsgrund im Arbeitsvertrag, 1930, S. 32, 34; *Hensel*: Die fünfte Tagung der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer, München 23. - 26. März 1927, AöR 1927, S. 97, 101; *Oertmann*: Deutsches Arbeitsvertragsrecht, 1923, S. 272; *Pagenkopf*: Der Maßregelungsschutz des Arbeitnehmers, NZfA 1932, Sp. 673, 676; *Pines*: Die Verbots- und Sittenwidrigkeit einer ordnungsmäßigen Kündigung nach deutschem und ausländischem Recht, 1930, S. 37, 40 f.

<sup>226</sup> *Pagenkopf*: Der Maßregelungsschutz des Arbeitnehmers, NZfA 1932, Sp. 673, 682; *Pines*: Die Verbots- und Sittenwidrigkeit einer ordnungsmäßigen Kündigung nach deutschem und ausländischem Recht, 1930, S. 38.

Ersten Weltkrieg in die Überlegungen zur Einschränkung des Kündigungsrechts einbezogen worden.<sup>227</sup> Nach 1920 schlugen die in Bezug auf § 138 BGB geäußerten Zweifel an der Möglichkeit einer sittenwidrigen Kündigung auch auf die Diskussion über Anwendung des § 826 BGB durch. Da der Streit hier im Wesentlichen mit den gleichen Argumenten wie bei § 138 BGB geführt wurde, kann insoweit auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden.<sup>228</sup>

Die h.M. befürwortete die Anwendung des § 826 BGB auf eine zu missbilligende Kündigung des Arbeitgebers.<sup>229</sup>

Die erforderliche Schädigung des gekündigten Arbeitnehmers wurde überwiegend nicht in der Vertragsauflösung, sondern in dem Zustand der Arbeitslosigkeit gesehen.<sup>230</sup> Ein Schadenersatzanspruch entfiel allerdings bereits objektiv, wenn der Arbeitgeber ein über das bloße Interesse an der Vertragsauflösung hinausgehendes, berechtigtes Interesse an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nachweisen konnte.<sup>231</sup> Subjektiv erforderte § 826 BGB das vorsätzliche Handeln des Arbeitgebers. Überwiegend sollte hier das Bewusstsein des Arbeitgebers ausreichen, dass der Arbeitnehmer über die bloße Vertragsauflösung hinaus durch die anschließende Arbeitslosigkeit einen Schaden erlitt.<sup>232</sup> Nicht problematisiert wurde, welche Vorstellungen der Arbeitgeber hinsichtlich der sittenwidrigen Umstände haben musste.

In der Praxis konnte es einem Arbeitnehmer allerdings nur höchst selten gelingen, dem Arbeitgeber die sittenwidrigen Momente oder den Schädigungsvorsatz nachzuweisen. Zu leicht konnte sich der Arbeitgeber auf ein gestörtes Vertrauensverhältnis berufen und zwar auch dann, wenn er selbst maßgeblich dazu beigetragen hatte.<sup>233</sup>

---

<sup>227</sup> *Elster*: Recht des Arbeitsvertrages. Was ist Arbeitsvertragsbruch?, GKG 1908/1909, Sp. 395 ff.; *Melsbach*: Willkürliche Kündigung des Arbeitsvertrages, Soz.Prax. 1909/1910, Sp. 1234 ff.; *Pothhoff*: Probleme des Arbeitsrechts, 1912, S. 121 ff.

<sup>228</sup> Vgl. S. 31 ff.

<sup>229</sup> RAG v. 24.4.1929, ARS 6 (RAG), S. 96; RAG v. 20.3.1929, ARS 5 (RAG), S. 361, 362 f.; *Berger*: Der Kündigungsgrund im Arbeitsvertrag, 1930, S. 32 f.; *Bewer*: Fürsorgepflicht und Beschäftigungszwang, RABl. II 1922, S. 702, 704; *Groh*: Koalitionsrecht, 1923, S. 45, 100 dort Fn. 13; *Heindl*: Schikanöse Kündigung von Dienstverhältnissen, SozR 1929/1930, S. 62 ff.; *Herkner*: Die Arbeiterfrage, Bd. 1, 8. Aufl. 1922, S. 150; *Hug*: Das Kündigungsrecht, 1926, S. 152 dort Fn. 47, 280; *Melsbach*: Deutsches Arbeitsrecht, 1923, S. 64; *Oettinger*: Die guten Sitten in der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung nach dem Krieg, 1931, S. 74 f.; *Pagenkopf*: Der Maßregelungsschutz des Arbeitnehmers, NZfA 1932, Sp. 673, 683 f.; *Pines*: Die Verbots- und Sittenwidrigkeit einer ordnungsmäßigen Kündigung nach deutschem und ausländischem Recht, 1930, S. 5, 15, 38 ff.; *Salfeld*: Zur Frage der Sittenwidrigkeit von Kündigungen, NZfA 1932, Sp. 433, 436; *Sinzheimer*: Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Aufl. 1927, S. 201 dort Fn. 2.

<sup>230</sup> RAG v. 26.9.1928, ARS 4 (RAG), S. 35, 37; Bezirksgericht für Handelssachen/Wien v. 23.3.1928 zit. bei *Heindl*: Schikanöse Kündigung von Dienstverhältnissen, SozR 1929/1930, S. 62, 63, *Berger*: Der Kündigungsgrund im Arbeitsvertrag, 1930, S. 32; *Molitor*: Die Entwicklung der gesetzlichen Kündigungsbeschränkungen zum Schutz der Arbeitnehmer in den kontinentalen Rechten, Int.R.d.Arb. 1926, S. 1101, 1102. A.A. *Pagenkopf*: Der Maßregelungsschutz des Arbeitnehmers, NZfA 1932, Sp. 673, 683 f.

<sup>231</sup> RAG v. 23.1.1929, ARS 5 (RAG), S. 253, 258; RAG v. 8.1.1930, ARS 8 (RAG), S. 101 ff., 106; *Berger*: Der Kündigungsgrund im Arbeitsvertrag, 1930, S. 34; *Pines*: Die Verbots- und Sittenwidrigkeit einer ordnungsmäßigen Kündigung nach deutschem und ausländischem Recht, 1930, S. 39.

<sup>232</sup> RAG v. 16.5.1931, ARS 12 (RAG), S. 172, 175; LAG Berlin v. 29.7.1931, ArbGer 1931, Sp. 402, 404; *Salfeld*: Zur Frage der Sittenwidrigkeit von Kündigungen, NZfA 1932, Sp. 433, 438. Die alleinige Schädigungsabsicht forderte demgegenüber *Planck*: BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 1913, § 226 BGB Anm. 1.

<sup>233</sup> *Berger*: Der Kündigungsgrund im Arbeitsvertrag, 1930, S. 33; *Groh*: Koalitionsrecht, 1923, S. 45; *Heindl*: Schikanöse Kündigung von Dienstverhältnissen, SozR 1929/1930, S. 62, 64.

Aus der Zeit zwischen 1920 und 1933 sind nur wenige Beispiele einer nach § 826 BGB zum Schadensersatz verpflichtenden Kündigung bekannt. Angeführt wurde zum einen der Fall, in dem der Arbeitgeber einer Angestellten deswegen kündigte, weil sie sich seinen Annäherungsversuchen widersetzt hatte.<sup>234</sup> Auch andere Maßregelungskündigungen und arbeitskampfbedingte Aussperrungskündigungen sollten in den Anwendungsbereich des § 826 BGB fallen können.<sup>235</sup> Darüber hinaus sollte die Kündigung kurz vor Eintritt eines tariflichen Kündigungsschutzes für Arbeitnehmer mit längerer Betriebszugehörigkeit eine sittenwidrige Schädigung des Gekündigten beinhalten.<sup>236</sup> Bei einer Kündigung wegen nationalsozialistischer Gesinnung des Arbeitnehmers lehnte das RAG die Sittenwidrigkeit unter Hinweis auf die tatsächlichen Feststellungen der Berufungsinstanz ab.<sup>237</sup>

Mit der Realisierung des Schadensersatzanspruchs setzte sich nur Pines auseinander.<sup>238</sup> Danach war der Arbeitgeber bei noch nicht abgelaufener Kündigungsfrist nach der Maßgabe der §§ 249 ff. BGB verpflichtet, die Kündigung zurückzunehmen. War sie hingegen schon wirksam geworden, hatte der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages. Er konnte jedoch auch gemäß § 250 BGB eine angemessene Frist zur Wiedereinstellung festlegen und nach deren erfolglosem Ablauf Schadensersatz in Geld verlangen.

### **I. Die gerichtliche Durchsetzung des Kündigungsschutzes durch Grundrechte der RVerf und allgemeines Zivilrecht**

In der Rspr. wurde die praktische Durchsetzung des Kündigungsschutzes außerhalb des BRG nicht besonders erörtert. In der Literatur fand sich nur eine Stellungnahme von *Bewer*.<sup>239</sup>

Der beweisbelastete Arbeitnehmer konnte den Kündigungsschutz durch die zivilrechtlichen Vorschriften des BGB oder die Grundrechte der RVerf zunächst in erster Instanz in der Regel vor den Gewerbe-, Kaufmanns- und Berggerichten klageweise geltend machen. Soweit diese Sondergerichte regional nicht vorhanden waren, waren die Amtsgerichte zuständig.<sup>240</sup> Die Berufungszuständigkeit lag bei den Landgerichten. Revisionen erfolgten vor den Oberlandesgerichten. Nach der Errichtung der Arbeitsgerichtsbarkeit durch das ArbGG von 1926 waren in erster Instanz bzw. zweiter Instanz die Arbeits- und Landesarbeitsgerichte sowie als dritte Instanz das RAG zuständig.

## **4. Teil: Stellungnahme**

Aufgrund der Veränderung der politischen Machtverhältnisse und dem Druck der Massenarbeitslosigkeit gelang es 1920 den Arbeiter- und Angestelltenverbänden zwar, erstmalig mit den §§ 84 ff. BRG für einen Großteil der Arbeitnehmer individualrechtliche, materielle Kündigungsschutzvorschriften zu erreichen. Letztlich konnte die deutsche Wirtschaft ihre Interessen durch den politischen Einfluss jedoch erfolgreich wahren. Die spezialgesetzlichen Kündigungsschutzvorschriften des BRG stellten keinen echten Ausgleich der Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Fall der Kündigung des Arbeitsverhältnisses dar. Wegen der freien

---

<sup>234</sup> *Berger*: Der Kündigungsgrund im Arbeitsvertrag, 1930, S. 34.

<sup>235</sup> *Pagenkopf*: Der Maßregelungsschutz des Arbeitnehmers, NZfA 1932, Sp. 673, 683 f.

<sup>236</sup> Ähnlich RAG v. 2.5.1928, ARS 2 (RAG), S. 247 ff.

<sup>237</sup> RAG v. 19.12.1931, ARS 14 (RAG), S. 72, 78.

<sup>238</sup> So lediglich *Pines*: Die Verbots- und Sittenwidrigkeit einer ordnungsmäßigen Kündigung nach deutschem und ausländischem Recht, 1930, S. 41 f.

<sup>239</sup> *Bewer*: Das Recht auf Beschäftigung, NZfA 1921, Sp. 29, 38; *ders.*: Fürsorgepflicht und Beschäftigungszwang, RABl. II 1922, S. 702, 704 f.

<sup>240</sup> Vgl. Fn. 56.

Wahlmöglichkeit des Arbeitgebers zwischen Weiterbeschäftigung oder Entschädigung bestand bei begründetem Einspruch des Arbeitnehmers gegen die Kündigung kein echter Bestandsschutz. Darüber hinaus galten die Regelungen des BRG nur in Betrieben mit regelmäßig mindestens zwanzig Beschäftigten. Die Vorschriften waren erst der zweite Schritt auf dem Weg zu einer sachgerechten Einschränkung des Kündigungsrechts des Arbeitgebers.

Infolge der Unzulänglichkeiten der §§ 84 ff. BRG bestand weiterhin die Möglichkeit, dass sich der Ansatz zur Einschränkung des Kündigungsrechts über die allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften des BGB durchsetzen würde. Dies war jedoch nicht der Fall. Trotzdem hat auch hier eine Weiterentwicklung stattgefunden.

Wegen der Kritik an dem gesetzlichen Schutz des BRG erfolgte die damalige Auseinandersetzung über den Kündigungsschutz durch das BGB ohne eine Differenzierung zwischen den vom BRG erfassten und den nicht von dem Gesetz erfassten Arbeitnehmern. Es fand ferner keine Auseinandersetzung darüber statt, in welchem Verhältnis die zivilrechtlichen Vorschriften zu den §§ 84 ff. BRG standen.

Die Diskussion befasste sich hauptsächlich mit den §§ 138, 242 BGB. Dabei lag der Schwerpunkt bei der Frage der sittenwidrigen Kündigung. Dies ist jedoch nicht darauf zurück zu führen, dass § 138 BGB als die geeignetere Kündigungsschutzregelung angesehen wurde. Die Aufmerksamkeit war nur deshalb besonders auf die Vorschrift gerichtet, da der Streit um die Sittenwidrigkeit einer Kündigung das Feld beherrschte. Aus heutiger Sicht ist unverständlich, dass die Kündigung damals vielfach als abstraktes Rechtsgeschäft angesehen wurde und infolge dessen die Möglichkeit der Sittenwidrigkeit aus dem Motiv heraus abgelehnt wurde. Es ist keine causa vorstellbar, die von dem Rechtsgeschäft der Kündigung abtrennbar wäre. Eine die Diskussion beendende Wirkung hatte die Entscheidung des RAG vom 24.4.1929. Danach konnte die Kündigung wegen des Motivs sittenwidrig sein und galt nicht als abstraktes Rechtsgeschäft. Dieses Grundsatzurteil darf jedoch nicht darüber hinweg täuschen, dass die Arbeitsgerichte der Weimarer Republik § 138 BGB überhaupt nur in wenigen Kündigungsfällen als Schutzvorschrift in Betracht zogen.

Demgegenüber wurde § 242 BGB - wie die höhere Anzahl entsprechender gerichtlicher Entscheidungen zeigt - in der Praxis stärker beachtet, obwohl die Literatur heftig um die dogmatische Begründung der kündigungsschützenden Wirkung rang. Gründe hierfür lassen sich weder der Literatur noch der Rechtsprechung selbst entnehmen. Die häufigere Bezugnahme auf § 242 BGB darf jedoch nicht dahingehend missverstanden werden, dass über die Vorschrift zwischen 1920 und 1933 in bedeutsamer Masse wirksamer Kündigungsschutz gewährt wurde. Die Untersuchung der Rechtspraxis ergibt vielmehr, dass die Gerichte im Umgang mit § 242 BGB als Instrument zur Einschränkung des Kündigungsrechts des Arbeitgebers noch sehr unsicher waren. Dies zeigen besonders zwei Aspekte. Erstens bemühte sich die Rechtsprechung nicht um eine eigene dogmatische Begründung. Zweitens vermieden die Richter oftmals klare Äußerungen zur Rechtsfolge der treuwidrigen Kündigung. Stattdessen wichen sie darauf aus, die Entscheidung auf andere Vorschriften zu stützen.

Zwischen 1920 und 1933 fand der Kündigungsschutz durch allgemeine BGB-Vorschriften insgesamt - nicht zuletzt auch durch die Schaffung des spezialgesetzlichen Schutzes in den §§ 84 ff. BRG - zwar seine grundsätzliche Anerkennung in Literatur und Rechtsprechung. Eine größere Bedeutung erreichte er allerdings nicht.

## 5. Teil: Zusammenfassung

Die ersten Bestimmungen über einen allgemeinen Kündigungsschutz im BRG führten nicht zu einem echten Bestandsschutz des Arbeitsplatzes, da sich letztlich der Arbeitgeber jederzeit nach Entschädigungszahlung endgültig vom Arbeitnehmer trennen konnte. Die §§ 84 ff. BRG galten darüber hinaus nicht für alle Arbeitnehmer. Diese Situation veranlasste die Kritiker des Gesetzes, die bereits vor dem Ersten Weltkrieg begonnene Diskussion über einen Kündigungsschutz durch nicht arbeitsrechtsspezifische, bürgerlich-rechtliche Vorschriften fortzuführen und zu intensivieren.<sup>241</sup> Nach Schaffung der Arbeitsgerichtsbarkeit im Jahre 1926 fand die Thematik auch zunehmend Eingang in die Rechtsprechungspraxis der Arbeitsgerichte.

Im Hinblick auf die Anwendung des § 138 BGB wurde heftig darüber gestritten, ob eine Kündigung überhaupt sittenwidrig und deshalb nichtig sein konnte. Bei Schikane sollte die Kündigung nach § 226 BGB nichtig sein. Die Nichtigkeit einer Kündigung wegen Gesetzeswidrigkeit gemäß § 134 BGB war vor allem in Zusammenhang mit Verstößen gegen die Grundrechte der Weimarer Reichsverfassung relevant. Hierbei wurde vor allem diskutiert, welche rechtliche Wirkung den Grundrechten allgemein und insbesondere in Bezug auf privatrechtliche Beziehungen zukam. Als unerlaubte Handlung konnte die Kündigung einen Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers begründen, §§ 823 Abs. 1, 2, 826 BGB. Die gleiche Rechtsfolge wurde auch bei einer treuwidrigen Kündigung i.S.d. § 242 BGB in Betracht gezogen.

---

<sup>241</sup> Daneben bestanden die Forderungen nach einer verbesserten spezialgesetzlichen Regelung des allgemeinen Kündigungsschutzes durch *Hecht*: Die Prinzipien des Arbeitsrechts der Gegenwart, 1921, S. 63; *Melsbach*: Deutsches Arbeitsrecht, 1923, S. 63; *Pines*: Die Verbots- und Sittenwidrigkeit einer ordnungsmäßigen Kündigung nach deutschem und ausländischem Recht, 1930, S. 48; *Potthoff*: Ist eine fristgerechte Kündigung als gewerkschaftliche Maßregelung nichtig?, GKG 1923/1924, Sp. 63, 69.





### **3. Kapitel: 1945 - 1950: Der Kündigungsschutz außerhalb der landesrechtlichen Kündigungsschutzregelungen durch allgemeines Zivilrecht**

#### **1. Teil: Einführung**

Nach der Kapitulation Deutschlands Anfang Mai 1945 übernahmen die USA, die UdSSR, Großbritannien und Frankreich die Staatsgewalt.<sup>242</sup> Sie teilten das Land in vier Besatzungszonen und die bisherige Hauptstadt Berlin in vier entsprechende Sektoren auf. Die oberste Regierungsgewalt wurde durch den Alliierten Kontrollrat ausgeübt. Die ideologisch-weltanschaulichen Interessenunterschiede und -gegensätze der Siegermächte machten eine gesamtdeutsche Besatzungspolitik unmöglich. In den einzelnen Besatzungszonen wurde die Regierungsgewalt von den jeweiligen Militärregierungen wahrgenommen. Sie verfahren in ihren Machtbereichen vorwiegend nach eigenen Vorstellungen.<sup>243</sup> Dies galt insbesondere für den Wiederaufbau der Verwaltung.<sup>244</sup>

Bis 1946 entstanden in Deutschland neue Länder. In Westdeutschland wurden sie mit Gründung der Bundesrepublik Deutschland am 23.5.1949 zu Bundesländern.<sup>245</sup> In Ostdeutschland entstand am 7.10.1949 die DDR.<sup>246</sup>

Anfang 1947 wurde die Wirtschaftsverwaltung der britischen und amerikanischen Zone zum Vereinigten Wirtschaftsgebiet, der sog. Bi-Zone zusammengelegt. Als erstes neues deutsches Gremium nach Kriegsende wurde hier der deutsche Wirtschaftsrat gegründet. Unter der Aufsicht der Briten und Amerikaner konnten die Deutschen im Westen damit die Wirtschaftspolitik wieder zunehmend in eigene Hände nehmen. Die französische Besatzungszone trat dem Vereinigten Wirtschaftsgebiet im April 1949 bei.

Die Gerichte, die gegen Ende des Zweiten Weltkriegs noch eingeschränkt gearbeitet hatten<sup>247</sup>, wurden nach der Kapitulation vorübergehend geschlossen.<sup>248</sup> Es kam zu einem völligen Stillstand der Rechtspflege und zu umfangreichen Entnazifizierungsmaßnahmen. Im Herbst 1945 wurden

---

<sup>242</sup> Deutschland erhielt seine Staatsgewalt, also die Fähigkeit zur selbständigen Entscheidung über äußere und innere Angelegenheiten, größtenteils durch den Deutschlandvertrag v. 5.5.1955 (Pariser Verträge) zurück. Auch danach behielten sich aber die ehemaligen Besatzungsmächte Rechte und Verantwortlichkeiten im Hinblick auf Berlin und auf Deutschland als Ganzes unter Einschluss der Wiedervereinigung Deutschlands sowie einer friedensvertraglichen Regelung vor (Art. 25 des Deutschlandvertrags). Diese letzten Rechte der Alliierten wurden erst 1989/1990 mit der Wiedervereinigung Deutschlands durch den Zwei + Vier - Vertrag aufgehoben.

<sup>243</sup> *Deutscher BundestAG* (Hrsg.): *Fragen an die deutsche Geschichte*, 20. Aufl. 2000, S. 336; *Kistler*: *Die Bundesrepublik Deutschland, Vorgeschichte und Geschichte 1945 - 1983*, 1985, S. 31 ff.

<sup>244</sup> *Borowsky*: *Deutschland 1945 bis 1969*, 1993, S. 449 ff.; *Heilmann*: *Das Arbeitsrecht in der Sowjetischen Besatzungszone 1945 - 1949*, 1973, S. 27 ff.; *Streich*: *Die Entwicklung des Arbeitsrechts in der amerikanischen Besatzungszone unter Berücksichtigung der Bizone vom Zeitpunkt der Kapitulation am 8.5.1945 bis zum Inkrafttreten des Grundgesetzes am 25.4.1949*, 1973, S. 59 ff.

<sup>245</sup> Der Begriff "Länder" wird im Folgenden als Oberbegriff sowohl für die Länder vor Gründung der Bundesrepublik Deutschland als auch für die danach bestehenden Bundesländer verwendet.

<sup>246</sup> Kapitel 3 erfasst die Jahre der Besatzungsherrschaft in Deutschland und einen Zeitraum von etwa zwei Jahren nach Gründung von Bundesrepublik Deutschland und der DDR bis zum In-Kraft-Treten des KSchG 1951. Hierbei beschränkt sich die Untersuchung in Ostdeutschland jedoch ausschließlich auf die Zeit der sowjetischen Besatzung, da sich das Arbeitsrecht der DDR insgesamt völlig abweichend vom Arbeitsrecht der Bundesrepublik entwickelte. Es wurde zunächst in dem Gesetz der Arbeit v. 1.5.1955 und anschließend im Gesetzbuch der Arbeit v. 12.4.1961 kodifiziert. Zu den Anfängen des Arbeitsrechts der DDR *Schneider*: *Geschichte des Arbeitsrechts der Deutschen Demokratischen Republik*, 1957, S. 80 ff.; *Wolf*: *Die Entwicklung des Arbeitsrechts der DDR*, 1980, S. 60 ff.

<sup>247</sup> Allgemein dazu *Breuning*: *Die Beschränkung der deutschen Gerichtsbarkeit durch die Besatzungsmächte*, 1952.

<sup>248</sup> KR - Proklamation Nr. 1 v. 29.10.1945 (Abl. KR 1945, S. 4).

Amts- und Landgerichte unter Abschaffung aller bisherigen Sondergerichte formell wieder eröffnet.<sup>249</sup> Ein dem Reichsgericht entsprechendes, oberstes Zivilgericht zur Wahrung der Rechtseinheit fehlte allerdings. In den einzelnen Besatzungszonen kam es dadurch in vielen Rechtsbereichen zu unterschiedlichen Entwicklungen der Rechtsprechung. Lediglich in der Bi-Zone existierte von Mai 1948 bis September 1950 ein Oberster Gerichtshof (OGH) mit Sitz in Köln.<sup>250</sup>

Nach Abschaffung aller Sondergerichte wurden die bisher von den Arbeitsgerichten erledigten, arbeitsrechtlichen Streitigkeiten zunächst der Zivilgerichtsbarkeit übertragen.<sup>251</sup> Alle Besatzungszonen entschlossen sich jedoch bald zur Schaffung neuer Arbeits- und Landesarbeitsgerichte.<sup>252</sup> Eine dritte Instanz fehlte auch hier. Im Vereinigten Wirtschaftsgebiet war allerdings seit 1948 für Revisionen der bereits erwähnte OGH zuständig. Erst nach Gründung der Bundesrepublik Deutschland wurde mit Inkraft-Treten des Arbeitsgerichtsgesetzes (ArbGG)<sup>253</sup> zum 1.10.1953 das Bundesarbeitsgericht (BAG) als neue oberste arbeitsgerichtliche Instanz errichtet. Es nahm seine Rechtsprechungstätigkeit im April 1954 auf.

Die allgemeine Rechtslage im Nachkriegsdeutschland war aufgrund der unterschiedlichen Vorstellungen der Militärregierungen durch eine starke Rechtszersplitterung gekennzeichnet. Die nach der Aufhebung der nationalsozialistischen Vorschriften durch den Alliierten Kontrollrat erlassenen Gesetze hatten darüber hinaus vielfach nur Rahmencharakter.<sup>254</sup>

Im Arbeitsrecht blieben die meisten der ab 1933 erlassenen Gesetze nach 1945 zunächst bestehen. Formell wurden sie im Wesentlichen erst durch Gesetz Nr. 40 des Alliierten Kontrollrats vom 30.11.1946 (KRG Nr. 40) aufgehoben.<sup>255, 256</sup> Dies galt auch für das AOG von 1934<sup>257</sup>, das während des Nationalsozialismus den arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz in den §§ 56 ff. geregelt hatte.<sup>258</sup>

Teilweise wurde die weitere Anwendung des Gesetzes jedoch sofort nach Kriegsende, d.h. schon vor der formellen Aufhebung des AOG, abgelehnt. Die Rechtsprechung der sowjetischen

---

<sup>249</sup> Art. II des Gesetzes Nr. 2 der Militärregierung Deutschland, Kontrollgebiet des Obersten Befehlshabers, Abdruck bei *Hemken*: Sammlung der vom Alliierten Kontrollrat und der Amerikanischen Militärregierung erlassenen Proklamationen, Gesetze, Verordnungen, Befehle, Direktiven im englischen Originalwortlaut mit deutscher Übersetzung, 3. Aufl., 1946; KR - Proklamation Nr. 3 v. 20.10.1945 (Abl. KR 1945, S. 22).

<sup>250</sup> Errichtet aufgrund der Verordnung Nr. 127 v. 9.2.1948 (VOBl b. Z. 1948, S. 55).

<sup>251</sup> Ziff. 2 der Ausführungsverordnung Nr. 1 v. 16.2.1946 zu Art. II des Gesetzes Nr. 2 der Militärregierung Deutschland, Kontrollgebiet des Obersten Befehlshabers, Abdruck bei *Hemken*: Sammlung der vom Alliierten Kontrollrat und der Amerikanischen Militärregierung erlassenen Proklamationen, Gesetze, Verordnungen, Befehle, Direktiven im englischen Originalwortlaut mit deutscher Übersetzung, 3. Aufl., 1946.

<sup>252</sup> KRG Nr. 21 v. 30.3.1946 - Deutsches ArbGG (Abl. KR 1946, S. 124); SMAD Befehl Nr. 23 v. 25.1.1946, ZSch AuS 1946, S. 14.

<sup>253</sup> BGBl. I 1953, S. 1267.

<sup>254</sup> Zur Aufhebung der nationalsozialistischen Vorschriften allgemein *Etzel*: Die Aufhebung nationalsozialistischer Gesetze durch den Alliierten Kontrollrat: 1945 - 1948, 1992.

<sup>255</sup> Abl. KR 1946, S. 229. Einen Überblick über den Umfang der Aufhebungen im Arbeitsrecht gibt *Helm*: Die Aufhebung des "Gesetzes zur Ordnung der Nationalen Arbeit", ZSch AuS 1947, S. 12 f.

<sup>256</sup> Zum Arbeitsrecht in den westlichen Besatzungszonen *Schell*: Das Arbeitsrecht der Westzonen und der jungen Bundesrepublik, 1994; *Streich*: Die Entwicklung des Arbeitsrechts in der amerikanischen Besatzungszone unter Berücksichtigung der Bizone vom Zeitpunkt der Kapitulation am 8.5.1945 bis zum Inkrafttreten des Grundgesetzes am 25.4.1949, 1973.

Zum Arbeitsrecht in der sowjetischen Besatzungszone *Heilmann*: Das Arbeitsrecht in der Sowjetischen Besatzungszone 1945 - 1949, 1973; *Roesch*: Die Entwicklung des Arbeitsrechts in der Ostzone, BB 1948, S. 387 f.; *Schaum*: Die arbeitsrechtliche Entwicklung in der Ostzone bis zum Jahresende 1947, ZSch AuS 1948, S. 12 ff.

<sup>257</sup> Vgl. Fn. 6.

<sup>258</sup> Vgl. dazu den Überblick auf S. 65 ff.

Besatzungszone (SBZ) betrachtete das nationalsozialistische Arbeitsgesetz bereits seit 1945 als aufgehoben.<sup>259</sup> Als Grundlage galt hierfür der Befehl Nr. 66<sup>260</sup> der Sowjetischen Militäradministration. In die Literatur der Sowjetzone war die Meinung hinsichtlich der Fortgeltung des AOG geteilt.<sup>261</sup> In Westdeutschland ging das Zentralamt für Arbeit der britischen Zone von der Unanwendbarkeit des AOG aus.<sup>262</sup> Im Schrifttum der drei westlichen Besatzungszonen bestanden diesbezüglich zwar ebenfalls Zweifel. Eine wirkliche Auseinandersetzung mit der Frage fand allerdings nicht statt.<sup>263</sup> Auch die Gerichte in den Westzonen befassten sich nicht ausdrücklich mit diesem Problem.

Nach der formellen Aufhebung des AOG zum 1.1.1947 wurde vereinzelt vertreten, der allgemeine Kündigungsschutz ergebe sich infolge eines Auflebens des BRG von 1920 erneut aus den §§ 84 ff. BRG.<sup>264</sup> Überwiegend wurde dies jedoch abgelehnt.<sup>265</sup> Argumentiert wurde damit, dass bereits aufgehobene Gesetze nicht automatisch bei der Beseitigung von Nachfolgeregelungen wieder auflebten, wenn die bisherigen Vorschriften nicht unmittelbar durch neue abgelöst würden.<sup>266</sup> Darüber hinaus bestand bereits eine neue Regelung der betrieblichen Mitbestimmung durch das Betriebsrätegesetz des Alliierten Kontrollrats vom 10.4.1946.<sup>267</sup>

Nach überwiegender Ansicht existierten daher keine spezialgesetzlichen Vorschriften des allgemeinen Kündigungsschutzes. Die Länder der amerikanischen und französischen Besatzungszone bemühten sich deshalb bald nach der formellen Aufhebung des AOG um eine gesetzliche Neuregelung. Diese kündigungrechtlichen Bestimmungen waren teilweise - in der Tradition des BRG von 1920 - in landesrechtlichen Gesetzen über die betriebliche Mitbestimmung der Arbeitnehmer enthalten. Teils wurden sie unabhängig davon in speziellen Kündigungsschutzgesetzen geregelt. In der britischen und sowjetischen Besatzungszone ergingen demgegenüber keine neuen Kündigungsschutzregelungen.<sup>268</sup>

---

<sup>259</sup> *Heilmann*: Das Arbeitsrecht in der Sowjetischen Besatzungszone 1945 - 1949, 1973, S. 231 dort Fn. 442, S. 277 ff. Dies zeigen auch zwei Urteile aus der SBZ von 1946, die ohne weitere Stellungnahme zu dieser Frage einen Kündigungsschutz aus den allgemeinen BGB-Vorschriften ableiteten: ProvArbG Halle v. 23.8.1946, Ent.Beruf.ArbG SBZ 1946, S. 58, 60; LAG Schwerin v. 18.11.1946, ARST I, S. 21.

<sup>260</sup> Abdruck in Jb AuS 1945/1947, S. 290 f.

<sup>261</sup> Die Fortgeltung des AOG bejahend *Helm*: Geltende Gesetze, ZSch AuS 1946, S. 278; *Holling*: Kündigungsbeschränkungen (Kündigungsschutz), ZSch AuS 1948, S. 77, 79; *Schaum*: Zur Neugestaltung des Arbeitsrechts, ZSch AuS 1946, S. 155, 156 f. Die Fortgeltung des AOG abl. *Heilmann*: Das Arbeitsrecht in der Sowjetischen Besatzungszone 1945 - 1949, 1973, S. 277 ff.; *Helm*: Die Aufhebung des "Gesetzes zur Ordnung der Nationalen Arbeit", ZSch AuS 1947, S. 12; *Schulz*: Das neue Arbeitsrecht, 1948, S. 16.

<sup>262</sup> *Präsident, der, des Zentralamts für Arbeit*: Betreff Kündigungsschutz (Erlass des Präsidenten des Zentralamtes für Arbeit der britischen Zone v. 23.1.1947, III/95/47), ArbBl.BrZ 1947, S. 72.

<sup>263</sup> Andeutungen auch bei *Hessel*: Neuordnung des Arbeitsrechts, DRZ 1947, S. 45, 46; *Müller*: Das Problem des allgemeinen Kündigungsschutzes in der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte, DRZ 1948, S. 122.

<sup>264</sup> Anhaltspunkte für diese Ansicht bei *Heilmann*: Das Arbeitsrecht in der Sowjetischen Besatzungszone 1945 - 1949, 1973, S. 232; *Holling*: Kündigungsbeschränkungen (Kündigungsschutz), ZSch AuS 1948, S. 77, 79; *Neumann*: Zum heutigen Stand des Kündigungsschutzes, 1949, S. 24.

<sup>265</sup> *Beine*: Zum Problem des Kündigungsschutzes, ArbBl.BrZ 1947, S. 210, 213; *Duvernell*: Gegenwartsfragen des deutschen Arbeitsrechts, 1948, S. 46; *Helm*: Die Aufhebung des "Gesetzes zur Ordnung der Nationalen Arbeit", ZSch AuS 1947, S. 12, 13 f.; *Hueck*: Der Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, SJZ 1947, Sp. 609, 610; *Leydhecker*: Die arbeitsrechtlichen Bestimmungen des BGB, des HGB und der GewO, BIStSozArbR 1947, S. 245, 249.

<sup>266</sup> *Neumann*: Zum heutigen Stand des Kündigungsschutzes, 1949, S. 24; *Wüllenweber*: Die Entwicklung des Kündigungsschutzrechts seit dem ersten Weltkrieg, 1965, S. 183.

<sup>267</sup> Vgl. S. 70 ff.

<sup>268</sup> Dazu gehörten die Länder Brandenburg, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein, Thüringen.

## **2. Teil: Der allgemeine Kündigungsschutz durch Kündigungsschutzregelungen der Länder**

Die nachfolgende Darstellung der einzelnen landesrechtlichen Kündigungsschutzbestimmungen der amerikanischen und französischen Zone richtet sich nach der zeitlichen Folge, in der sie erlassen wurden. Vorbild war größtenteils das BRG von 1920. Es wurden jedoch auch neue Regelungen eingeführt. Allerdings galten die neuen Kündigungsschutzvorschriften, wie bereits das BRG von 1920, nicht für alle Arbeitnehmer.<sup>269</sup> Für sie hatte der Schutz des Arbeitsplatzes durch allgemeines Zivilrecht daher einen wichtigen Stellenwert.<sup>270</sup>

### **A. Der allgemeine Kündigungsschutz in Rheinland-Pfalz durch die rhld.-pf. BLVO vom 15.5.1947**

Neue Vorschriften über den allgemeinen Kündigungsschutz ergingen zuerst in Rheinland-Pfalz. Die Landesverordnung über die Errichtung und Tätigkeit von Betriebsräten (rhld.-pf. BLVO)<sup>271</sup> trat am 19.7.1947 in Kraft.

#### **I. Die Ausgestaltung des allgemeinen Kündigungsschutzes nach der rhld.-pf. BLVO**

Der Arbeitnehmer konnte binnen fünf Tagen nach Zugang der Kündigung aus den Gründen des § 46 Nr. 1 - 3 rhld.-pf. BLVO Einspruch beim Betriebsrat einlegen. Sie entsprachen im Wesentlichen § 84 Abs. 1 Nr. 2 - 4 BRG.

Sah der Betriebsrat den Einspruch nach aussichtsloser Verhandlung mit dem Arbeitgeber als begründet an, konnte der Arbeitnehmer innerhalb von fünf Tagen nach § 48 rhld.-pf. BLVO Klage beim Arbeitsgericht erheben. Nach der gleichen Vorschrift stand darüber hinaus dem Betriebsrat eine eigene Klagemöglichkeit zu. Dabei war er nicht auf das Einverständnis des Arbeitnehmers angewiesen.<sup>272</sup>

Hatte die Klage Erfolg, wurde der Arbeitgeber wahlweise zur Weiterbeschäftigung oder zur Entschädigung verurteilt. Der Arbeitnehmer konnte die Weiterbeschäftigung ablehnen, wenn er inzwischen einen neuen Dienstvertrag abgeschlossen oder eine andere Tätigkeit aufgenommen hatte, § 51 rhld.-pf. BLVO.

War der Einspruch nach Ansicht des Betriebsrats nicht begründet, konnte der Arbeitnehmer nach der rhld.-pf. BLVO nicht weiter gegen die Kündigung vorgehen. Der Betriebsrat war wie bei dem BRG von 1920 Sperrinstanz, § 48 rhld.-pf. BLVO. Eine hiermit nicht in Einklang stehende Regelung enthielt § 48 Abs. 4 rhld.-pf. BLVO, wonach dem Arbeitnehmer in nicht betriebsratspflichtigen Betrieben mit weniger als fünf Arbeitnehmern ein eigenes, direktes Klagerecht innerhalb von zehn

---

<sup>269</sup> Vgl. S. 49 ff., 51 ff., 52 f., 54 ff., 56 ff., 57 ff., 59 ff.; 61 f. 62 f. 64 ff.

<sup>270</sup> Vgl. S. 65 ff.

<sup>271</sup> VOBl. Rhld.-Pf. 1947, S. 258. Vgl. *Hueck*: Der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers nach dem heutigen Stand von Gesetzgebung und Rechtsprechung in den Westzonen, BStSozArbR 1949, S. 118, 131 ff.; *Kauffmann*: Probleme des Kündigungsschutzes in Betrieben ohne Betriebsrat oder bei Umgehung des Betriebsrates, RdA 1949, S. 174 ff.; *Köller*: Kündigungsschutz für Arbeitnehmer, NJW 1947/1948, S. 260 ff.; *Plumeyer*: Die Betriebsrätegesetze der Länder 1947 - 1950, 1992, S. 54 ff.; *Sadtler*: Landesverordnung über die Errichtung und die Tätigkeit von Betriebsräten v. 15.5.1947, 1949.

<sup>272</sup> *Sadtler*: Landesverordnung über die Errichtung und die Tätigkeit von Betriebsräten v. 15.5.1947, 1949, S. 44.

Tagen nach Zugang der Kündigung zustand. Die Regelung wurde auch auf sonstige betriebsratslose Betriebe entsprechend angewendet.<sup>273</sup>

## **II. Die vom allgemeinen Kündigungsschutz der rhld.-pf. BLVO ausgeschlossenen Kündigungen**

### **1. Grundsatz**

Abweichend zu § 85 BRG von 1920 enthielt das Gesetz keine besonderen Regelungen bei Kündigungen in Tendenzbetrieben oder in der Schifffahrt. In betriebsratslosen Betrieben wurde anders als nach dem BRG der Kündigungsschutz durch das bereits erwähnte Klagerecht des Arbeitnehmers nach § 48 Abs. 4 rhld.-pf. BLVO sichergestellt.

### **2. Die Kündigung von leitenden Angestellten**

Mit dem gleichen Wortlaut wie § 12 Abs. 2 BRG von 1920 schloss die rhld.-pf. BLVO neben den nicht zu den Arbeitnehmern zählenden gesetzlichen Vertretern von juristischen Personen und Personengesamtheiten nach § 7 Abs. 2 rhld.-pf. BLVO auch leitende Angestellte vom allgemeinen Kündigungsschutz des Gesetzes aus. Dieser Ausschluss fand sich im Übrigen bei fast allen landesrechtlichen Kündigungsschutzregelungen.<sup>274</sup>

### **3. Die Kündigung von Arbeitnehmern aufgrund von Entlassungsverpflichtungen oder Betriebsstilllegung**

Nach § 47 rhld.-pf. BLVO bestand - wie nach § 85 BRG von 1920 - das Einspruchsrecht nicht, wenn die Kündigung aufgrund zwingender gesetzlicher oder tariflicher Entlassungsverpflichtungen des Arbeitgebers bzw. wegen Stilllegung des Betriebs oder einer Betriebsabteilung erfolgte.

### **4. Die Kündigung von Arbeitnehmern in Kleinbetrieben**

Nach § 1 rhld.-pf. BLVO waren Betriebsräte in Betrieben mit mehr als zehn Arbeitnehmern zu bilden. Deshalb hatten Arbeitnehmer in kleineren Betrieben kein Einspruchsrecht i.S.d. § 46 rhld.-pf. BLVO. Es waren jedoch nicht alle Kleinbetriebe vom Kündigungsschutz der rhld.-pf. BLVO ausgeschlossen. Wie bereits angesprochen, sah § 48 Abs. 4 rhld.-pf. BLVO für Betriebe mit weniger als fünf Arbeitnehmern bei Vorlage eines Einspruchsgrunds ein arbeitsgerichtliches Klagerecht des gekündigten Arbeitnehmers vor. Die Beschränkung dieser Vorschrift führte allerdings zu der unverständlichen Situation, dass bei Kündigungen in Betrieben zwischen fünf und neun Arbeitnehmern weder ein Einspruchs- noch ein Klagerecht bestand. Arbeitnehmer, die in Betrieben dieser Größenordnung beschäftigt waren, fielen somit aus dem Kündigungsschutz der rhld.-pf. BLVO heraus.

---

<sup>273</sup> *Kauffmann*: Probleme des Kündigungsschutzes in Betrieben ohne Betriebsrat oder bei Umgehung des Betriebsrates, RdA 1949, S. 174, 175.

<sup>274</sup> Anders nur das berl. KSchG v. 24.5.1950.

## **5. Weitere vom landesrechtlichen Kündigungsschutz ausgeschlossene Kündigungen von Arbeitnehmern**

Da Privathaushalte seit jeher nicht als Betriebe angesehen wurden<sup>275</sup>, und die rhld.-pf. BLVO die Beschäftigung in einem Betrieb voraussetzte, wurden private Hausangestellte nicht durch § 46 rhld.-pf. BLVO geschützt.

§ 5 Abs. 1 rhld.-pf. BLVO übernahm den in § 10 Abs. 1 BRG von 1920 geregelten Ausschluss von Familienangehörigen des Arbeitgebers. Insofern genossen sie selbst dann keinen Kündigungsschutz, wenn sie aufgrund eines Arbeitsvertrags im Betrieb beschäftigt waren.

Nahezu wortgleich mit dem § 10 Abs. 2 Nr. 2 BRG von 1920 schloss § 5 Abs. 2 rhld.-pf. BLVO darüber hinaus Personen vom Geltungsbereich des Gesetzes aus, deren Beschäftigung nicht in erster Linie dem Erwerb diene, sondern mehr durch Rücksichten der körperlichen Heilung, der Wiedereingewöhnung, der sittlichen Besserung oder Erziehung oder durch Beweggründe karitativer, religiöser, wissenschaftlicher oder künstlerischer Art bestimmt war.

## **B. Der allgemeine Kündigungsschutz in Bayern durch das bay. KSchG vom 1.8.1947 und das bay. BRG vom 25.10.1950**

Bayern regelte den allgemeinen Kündigungsschutz zunächst rückwirkend zum 19.7.1947 im Gesetz Nr. 76 der amerikanischen Militärregierung vom 1.8.1947 (bay. KSchG)<sup>276</sup>. Ab 15.11.1950 wurde es durch die §§ 67 - 80 des Betriebsrätegesetzes vom 25.10.1950 (bay. BRG)<sup>277</sup> abgelöst. Der dortige Kündigungsschutz entsprach im Wesentlichen dem des bay. KSchG. Inhalt und Verfahren beider Regelungen werden deshalb gemeinsam dargestellt. Unterschiede bestanden hinsichtlich des Geltungsbereichs der beiden Gesetze. Sie werden insoweit gesondert berücksichtigt.

### **I. Die Ausgestaltung des allgemeinen Kündigungsschutzes nach dem bay. KSchG und dem bay. BRG**

In Bayern konnte der Arbeitnehmer - wie nach der rhld.-pf. BLVO - gegen die Kündigung Einspruch beim Betriebsrat einlegen. Die vier in Art. 1 Abs. 1 bay. KSchG bzw. in § 67 bay. BRG festgelegten Einspruchsgründe entsprachen den §§ 84 Abs. 1 lit. 1 - 3 BRG von 1920.

Der Einspruch sollte nach beiden Gesetzen binnen einer Woche nach Zugang der Kündigung erfolgen. Sah ihn der Betriebsrat nach ergebnisloser Verhandlung mit dem Arbeitgeber als begründet an, konnte der Arbeitnehmer, und mit seiner Einwilligung auch der Betriebsrat, innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung arbeitsgerichtliche Klage erheben. War das Verfahren erfolgreich, wurde der Arbeitgeber grundsätzlich wahlweise auf Widerruf der wirksamen Kündigung oder auf Zahlung einer Entschädigung verurteilt, Art. 5 bay. KSchG, § 71 bay. BRG. Wählte der Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung, konnte der Arbeitnehmer sie ablehnen, wenn er inzwischen einen neuen

---

<sup>275</sup> Vgl. S. 20.

<sup>276</sup> GVBl. Bay. 1947, S. 165. Vgl. *Fitting*: Das bayerische Kündigungsschutzgesetz, Die Quelle (Bayern) 1948, S. 242 ff.; *Hueck*: Der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers nach dem heutigen Stand von Gesetzgebung und Rechtsprechung in den Westzonen, BIStSozArbR 1949, S. 118 ff., 131 ff.; *Neumann*: Zum heutigen Stand des Kündigungsschutzes, 1949, S. 18 ff.

<sup>277</sup> GVBl. Bay. 1950, S. 227. Vgl. *Meissinger/Raumer*: Das bayerische Betriebsrätegesetz, 2. Aufl. 1951; *Oechsle*: Das Bayerische Betriebsrätegesetz, RdA 1950, S. 441 ff.; *Plumeyer*: Die Betriebsrätegesetze der Länder 1947 - 1950, 1992, S. 635 ff.

Dienstvertrag abgeschlossen oder eine andere Tätigkeit aufgenommen hatte, Art. 9 bay. KSchG, § 75 bay. BRG. Auf Antrag des Arbeitnehmers konnte der Arbeitgeber nach Art. 11 bay. KSchG, § 77 bay. BRG ausschließlich zur Weiterbeschäftigung verurteilt werden, wenn die Kündigung offenbar willkürlich oder aus nichtigen Gründen unter Missbrauch der Machtstellung im Betrieb erfolgt war. Nach Art. 12 bay. KSchG, § 78 bay. BRG war er umgekehrt auf Antrag des Arbeitnehmers ausschließlich zur Entschädigungszahlung zu verurteilen, wenn dem Gekündigten die Weiterbeschäftigung im Betrieb nicht mehr zuzumuten war.

War der Einspruch nach Ansicht des Betriebsrats nicht begründet, war er sowohl unter dem bay. KSchG als auch unter dem bay. BRG nach h.M. Sperrinstanz, und der Arbeitnehmer konnte, wie nach dem BRG von 1920, nicht weiter gegen die Kündigung vorgehen.<sup>278</sup> Damit war allerdings die nur im bay. BRG enthaltene Regelung des § 69 bay. BRG nicht vereinbar, die Arbeitnehmern in nicht betriebsratspflichtigen Betrieben<sup>279</sup> ab fünf Beschäftigten bei Vorlage eines Einspruchsgrundes ein eigenständiges Klagerecht einräumte.

## **II. Die vom allgemeinen Kündigungsschutz des bay. KSchG ausgeschlossenen Kündigungen**

### **1. Die Kündigung von leitenden Angestellten**

In Art. 1 Abs. 3 bay. KSchG enthielt das Gesetz den Ausschluss der leitenden Angestellten.

### **2. Die Kündigung von Tendenzträgern in Tendenzbetrieben**

Nach Art. 14 S. 1 bay. KSchG war das Einspruchsrecht - wie nach dem BRG von 1920 - in Tendenzbetrieben ausgeschlossen, wenn der Gekündigte eine tendenzbezogene Tätigkeit ausübte.

### **3. Die Kündigung von Arbeitnehmern innerhalb der Wartefrist**

Das bay. KSchG griff das erstmalig im AOG vom 20.1.1934 enthaltene Erfordernis einer bestimmten Wartefrist auf. Im Gegensatz zu der einjährigen Wartefrist des § 56 AOG verlangte das bay. KSchG nur eine dreimonatige Beschäftigungsdauer für den Eintritt des Kündigungsschutzes.

### **4. Die Kündigung von Arbeitnehmern aufgrund von Entlassungsverpflichtungen**

Art. 14 S. 2 bay. KSchG war § 85 Abs. 2 BRG von 1920 nachgebildet. Insofern war das Einspruchsrecht ausgeschlossen, wenn die Kündigung auf einer zwingenden gesetzlichen, tariflichen oder im Schlichtungsverfahren auferlegten Entlassungsverpflichtung beruhte.<sup>280</sup>

---

<sup>278</sup> *Fitting*: Das bayerische Kündigungsschutzgesetz, Die Quelle (Bayern) 1948, S. 242, 253; *Hueck*: Der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers nach dem heutigen Stand von Gesetzgebung und Rechtsprechung in den Westzonen, BIStSozArbR 1949, S. 131; *Meissinger/Raumer*: Das bayerische Betriebsrätegesetz, 2. Aufl. 1951, § 68 bay. BRG Anm. 1; *Neumann*: Zum heutigen Stand des Kündigungsschutzes, 1949, S. 20. A.A. *Müller*: Der allgemeine Kündigungsschutz in der neuen Ländergesetzgebung unter besonderer Berücksichtigung des Hessischen Betriebsrätegesetzes, BB 1948, S. 534.

<sup>279</sup> § 11 bay. BRG sah die Bildung von Betriebsräten erst ab einer Betriebsgröße von 10 Beschäftigten vor.

<sup>280</sup> Beispiele bei *Fitting*: Das bayerische Kündigungsschutzgesetz, Die Quelle (Bayern) 1948, S. 242, 248 f.

## **5. Die Kündigung von Arbeitnehmern in Betrieben ohne Betriebsrat**

Das bay. KSchG setzte das Bestehen eines Betriebsrats voraus. Da in Bayern während der Geltung des bay. KSchG keine Regelung über die Verpflichtung zur Errichtung von Betriebsräten bestand, hing der allgemeine Kündigungsschutz des bay. KSchG davon ab, ob im Betrieb des Gekündigten freiwillig ein vom Arbeitgeber tolerierter Betriebsrat gebildet worden war. In allen Betrieben ohne Betriebsrat konnte sich, unabhängig von den sonstigen im Folgenden dargestellten Ausschlüssen, kein Kündigungsschutz aus Art. 1 bay. KSchG ergeben.

## **6. Weitere vom landesrechtlichen Kündigungsschutz ausgeschlossene Kündigungen von Arbeitnehmern**

Das Gesetz sah keine besonderen Regelungen bei Kündigungen in der Schifffahrt vor. Hinsichtlich der Kündigung von Arbeitnehmern in Privathaushalten gelten die Ausführungen zur rhld.-pf. BLVO entsprechend.<sup>281</sup>

## **III. Die vom allgemeinen Kündigungsschutz des bay. BRG ausgeschlossenen Kündigungen**

Insgesamt war der Geltungsbereich des allgemeinen Kündigungsschutzes im bay. BRG weitaus detaillierter geregelt als unter dem bay. KSchG.

### **1. Die Kündigung von leitenden Angestellten**

Der Ausschluss der leitenden Angestellten ergab sich aus § 2 Abs. 2 lit. b bay. BRG.

### **2. Die Kündigung von Tendenzträgern in Tendenzbetrieben**

Wie unter dem bay. KSchG waren durch § 80 bay. BRG auch Kündigungen der Tendenzträger in Tendenzunternehmen vom Schutz des § 67 bay. BRG ausgeschlossen.

### **3. Die Kündigung von Arbeitnehmern in Betrieben der See- und Binnenschifffahrt auf dem Wasser**

Nach § 9 bay BRG sollte die Bildung von Betriebsräten auf Fahrzeugen der See- und Binnenschifffahrt durch ein besonderes Gesetz geregelt werden. Deshalb galt der Kündigungsschutz des bay. BRG zwar für Landbetriebe der See- und Binnenschifffahrt, nicht jedoch für die Besatzungsmitglieder auf den Schiffen.

### **4. Die Kündigung von Arbeitnehmern innerhalb der Wartefrist**

Da § 67 bay. BRG die dreimonatige Wartefrist des Art. 1 bay. KSchG für den Eintritt des allgemeinen Kündigungsschutzes übernommen hatte, waren Kündigungen vor diesem Zeitpunkt nicht durch das bay. BRG geschützt.

---

<sup>281</sup> Vgl. S. 50.



## **5. Die Kündigung von Arbeitnehmern aufgrund von Entlassungsverpflichtungen**

Wie bereits nach Art. 14 S. 2 bay. KSchG war das Einspruchsrecht auch ausgeschlossen, wenn die Kündigung auf einer zwingenden gesetzlichen, tariflichen oder im Schlichtungsverfahren auferlegten Entlassungsverpflichtung beruhte, § 80 S. 2 bay. BRG.

## **6. Die Kündigung von Arbeitnehmern in Kleinbetrieben**

§ 11 bay. BRG sah die Bildung von Betriebsräten erst vor, wenn in einem Betrieb in der Regel zehn Arbeitnehmer beschäftigt waren. Allerdings sollte die Vorschrift abweichend vom übrigen bay. BRG nicht am 15.11.1950 in Kraft treten, sondern erst mit Erlass einer entsprechenden Wahlordnung.<sup>282</sup> Da sie jedoch nie erlassen worden ist, bestand auch in Bayern unter dem bay. BRG keine Betriebsratspflicht.

Aufgrund dieser Rechtslage ergab sich in Verbindung mit dem bereits angesprochenen direkten Klagerecht des Arbeitnehmers aus § 69 Abs. 2 bay. BRG folgende Situation. War trotz fehlender Verpflichtung in einem Betrieb mit regelmäßig mindestens zehn Beschäftigten ein Betriebsrat gebildet worden, stand dem Arbeitnehmer im Fall des § 67 bay. BRG das Einspruchsrecht beim Betriebsrat zu. Darüber hinaus war er, unabhängig vom Einspruchsverfahren, nach § 69 Abs. 2 bay. BRG zur Erhebung einer arbeitsgerichtlichen Klage befugt.

Existierte in einem Betrieb mit regelmäßig mindestens zehn Arbeitnehmern kein Betriebsrat, bestand zwar kein Einspruchsrecht nach § 67 bay. BRG. Der Arbeitnehmer konnte jedoch ebenfalls von dem Klagerecht des § 69 Abs. 2 bay. BRG Gebrauch machen. Das gleiche Recht bestand in Betrieben mit regelmäßig mindestens fünf Arbeitnehmern. In kleineren Betrieben war die Klagemöglichkeit des § 69 Abs. 2 bay. BRG hingegen ausgeschlossen. Arbeitnehmer in diesen Betrieben kamen somit nicht in den Genuss des Kündigungsschutzes des bay. BRG.

## **7. Weitere vom landesrechtlichen Kündigungsschutz ausgeschlossene Kündigungen von Arbeitnehmern**

Wie § 5 Abs. 1 rhld.-pf. BLVO und § 10 Abs. 1 BRG von 1920 schloss auch das bay. BRG grundsätzlich Familienangehörige des Arbeitgebers aus dem Geltungsbereich des Gesetzes aus, § 2 Abs. 2 bay. BRG.<sup>283</sup>

Bei Kündigungen von Arbeitnehmern in Privathaushalten gelten die Ausführungen zur rhld.-pf. BLVO entsprechend.<sup>284</sup>

Nach dem Wortlaut § 2 Abs. 2 bay. BRG war ferner landwirtschaftliches Gesinde vom bay. BRG ausgeschlossen, soweit es in der häuslichen Gemeinschaft des Arbeitgebers lebte.

Durch § 2 Abs. 3 bay. BRG schloss das Gesetz, wie § 10 Abs. 2 Nr. 2 BRG von 1920, solche Personen vom allgemeinen Kündigungsschutz aus, deren Beschäftigung nicht in erster Linie dem Erwerb diene.

---

<sup>282</sup> *Bachmann*: Das Bayerische Betriebsrätegesetz, Die Quelle (Köln) 1951, S. 22.

<sup>283</sup> *Meissinger/Raumer*: Das bayerische Betriebsrätegesetz, 2. Aufl. 1951, § 2 bay. BRG Anm. 7.

<sup>284</sup> Vgl. S. 50. Für das bay. BRG ausdrücklich *Bachmann*: Das Bayerische Betriebsrätegesetz, Die Quelle (Köln) 1951, S. 22, 24.

Heimarbeiter waren vom allgemeinen Kündigungsschutz ausgenommen, wenn sie nicht die Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 bay. BRG erfüllten oder unter § 9 bay. BRG fielen.

### **C. Der allgemeine Kündigungsschutz im Saarland durch die saarl. BRVO vom 1.8.1947**

In dem bis zum 1.1.1957 noch nicht zur Bundesrepublik Deutschland gehörenden Saarland war der allgemeine Kündigungsschutz seit dem 28.8.1947 in der Verordnung über Betriebsräte im Saarland (saarl. BRVO)<sup>285</sup> geregelt. Inhalt und Geltungsumfang entsprachen weitgehend dem BRG von 1920. Diese Vorschriften wurden 1954 durch das saarl. KSchG abgelöst.<sup>286</sup>

#### **I. Die Ausgestaltung des allgemeinen Kündigungsschutzes nach der saarl. BRVO**

Der Arbeitnehmer konnte nach § 18 Abs. 1 saarl. BRVO aus den gleichen Gründen wie nach § 84 Abs. 1 BRG von 1920 binnen fünf Tagen nach Zugang der Kündigung Einspruch beim Betriebsrat einlegen.

Sah der Betriebsrat den Einspruch nach erfolgloser Verständigung mit dem Arbeitnehmer als begründet an, konnten Arbeitnehmer und Betriebsrat jeweils aus eigenem Klagerecht das Arbeitsgericht anrufen, § 20 saarl. BRVO.

Bei positivem Ausgang des Verfahrens war der Arbeitgeber wahlweise zur Weiterbeschäftigung oder Entschädigung verpflichtet. Nach § 23 saarl. BRVO konnte der Arbeitnehmer die Weiterbeschäftigung verweigern, wenn er inzwischen einen neuen Dienstvertrag abgeschlossen hatte.

Hatte der Betriebsrat den Einspruch als unbegründet zurückgewiesen, konnte der Arbeitnehmer nicht weiter nach § 18 saarl. BRVO gegen die Kündigung angehen. Der Betriebsrat war wie nach dem BRG von 1920 Sperrinstanz.

#### **II. Die vom allgemeinen Kündigungsschutz der saarl. BRVO ausgeschlossenen Kündigungen**

##### **1. Grundsatz**

Hinsichtlich des allgemeinen Kündigungsschutzes von Tendenzträgern oder Arbeitnehmern bei Schifffahrtsbetrieben kannte das Gesetz keine Sonderregelungen. Es machte den Schutz auch nicht von der Erfüllung einer bestimmten Wartefrist abhängig.

##### **2. Die Kündigung von leitenden Angestellten**

Der Ausschluss der leitenden Angestellten durch § 5 Abs. 3 saarl. BRVO deckte sich mit § 12 Abs. 2 BRG von 1920.

---

<sup>285</sup> Abl. Saarl. 1947, S. 293. Vgl. *Einheitsgewerkschaft der Arbeiter, Angestellten und Beamten, Saar* (Hrsg.): Verordnung über die Betriebsräte im Saarland vom 1. August 1947, 1947; *Manderscheid*: Die arbeitsrechtliche Entwicklung im Saarland, RdA 1949, S. 183, 184 f.; *Plumeyer*: Die Betriebsrätegesetze der Länder 1947 - 1950, 1992, S. 101 ff.

<sup>286</sup> Zu der Sondersituation des allgemeinen Kündigungsschutzes im Saarland nach In-Kraft-Treten des KSchG des Bundes am 14.8.1951 vgl. S. 86.

### **3. Die Kündigung von Arbeitnehmern aufgrund von Entlassungsverpflichtungen und Betriebsstillegungen**

In Anlehnung an § 85 BRG von 1920 entfiel das Einspruchsrecht nach § 19 Nr. 1 saarl. BRVO bei einer gesetzlichen oder tarifvertraglichen Entlassungsverpflichtung bzw. wenn sich diese Verpflichtung aus dem Spruch einer Schiedsstelle oder einem arbeitsgerichtlichen Beschluss ergab. Es war darüber hinaus ausgeschlossen, wenn Entlassungen durch die völlige oder teilweise Stilllegung des Betriebs bedingt waren, § 19 Nr. 2 saarl. BRVO.

### **4. Die Kündigung von Arbeitnehmern in Kleinbetrieben**

In Betrieben mit weniger als zwanzig Arbeitnehmern schied das Einspruchsrecht aus, da Betriebsräte in Übereinstimmung mit § 1 BRG von 1920 erst in größeren Betrieben obligatorisch waren, § 1 Abs. 1 saarl. BRVO. Das Einspruchsrecht entfiel ferner, wenn in betriebsratspflichtigen Betrieben keine betriebliche Arbeitnehmervertretung bestand.

### **5. Weitere vom landesrechtlichen Kündigungsschutz ausgeschlossene Kündigungen von Arbeitnehmern**

Wie unter dem BRG von 1920 genossen Familienangehörige des Arbeitgebers keinen Kündigungsschutz, § 5 Abs. 3 saarl. BRVO.

Für Kündigungen von Arbeitnehmern in Privathaushalten gelten die Ausführungen zur rhld.-pf. BLVO entsprechend.<sup>287</sup>

Heimarbeiter, die nicht in der Hauptsache für denselben Betrieb arbeiteten oder selbst Arbeitnehmer beschäftigen, waren nicht von dem Kündigungsschutz der §§ 18 ff. saarl. BRVO erfasst, § 1 Abs. 2 saarl. BRVO.

Nach § 5 Abs. 2 saarl. BRVO waren in Übereinstimmung mit § 10 Abs. 2 Nr. 2 BRG von 1920 ausdrücklich Personen vom Kündigungsschutz ausgeschlossen, deren Beschäftigung nicht in erster Linie ihrem Erwerb diene.

## **D. Der allgemeine Kündigungsschutz in Württemberg-Baden durch das württ.-bad. KSchG vom 18.8.1948**

Seit 2.10.1948 wurde in Württemberg-Baden der allgemeine Kündigungsschutz durch das Gesetz Nr. 708 (Württ.-bad. KSchG)<sup>288</sup> geregelt.

### **I. Die Ausgestaltung des allgemeinen Kündigungsschutzes nach dem württ.-bad. KSchG**

Der Arbeitnehmer konnte beim Betriebsrat aus Gründen, die im Wesentlichen denen des § 84 BRG von 1920 entsprachen, innerhalb einer Woche nach Zugang der Kündigung Einspruch einlegen, § 1 württ.-bad. KSchG. Im weiteren Verfahren war der Arbeitnehmer nicht mehr an die

---

<sup>287</sup> Vgl. S. 50.

<sup>288</sup> RegBl. W.-B. 1948, S. 134. Vgl. Hueck: Die Württemberg-Badischen Kündigungsschutzgesetze, RdA 1948, S. 196 ff.; ders.: Der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers nach dem heutigen Stand von Gesetzgebung und Rechtsprechung in den Westzonen, BIStSozArbR 1949, S. 118, 131 ff.; Kauffmann: Probleme des Kündigungsschutzes in Betrieben ohne Betriebsrat oder bei Umgehung des Betriebsrates, RdA 1949, S. 174.

Entscheidung des Betriebsrats gebunden. Unabhängig davon, ob dieser den Einspruch zurückwies oder für begründet erachtete, konnte der Arbeitnehmer bei Gericht Klage auf Widerruf der zunächst wirksamen Kündigung erheben, § 2 württ.-bad. KSchG. Mit Einwilligung des Arbeitnehmers war auch der Betriebsrat klagebefugt, § 2 Abs. 2 württ.-bad. KSchG. In beiden Fällen galt eine Frist von drei Wochen ab Zugang der Kündigung.

Bestand im Betrieb kein Betriebsrat, war der Arbeitnehmer - unabhängig von der Betriebsgröße - nach § 3 württ.-bad. KSchG ausdrücklich berechtigt, binnen drei Wochen nach Zugang der Kündigung direkt Klage beim Arbeitsgericht zu erheben.

Bei begründeter Widerrufsklage wurde der Arbeitgeber grundsätzlich wahlweise auf Widerruf oder Entschädigung verurteilt. War die Kündigung offenbar willkürlich oder aus nichtigen Gründen unter Missbrauch der Machtstellung im Betrieb erfolgt, erging die Verurteilung ausschließlich auf Widerruf der Kündigung, § 7 Abs. 2 S. 2 württ.-bad. KSchG. Ein entsprechender Antrag des Arbeitnehmers war hierfür nicht erforderlich. Auf Antrag des Arbeitnehmers konnte das Gericht allerdings bei Unzumutbarkeit der Weiterbeschäftigung auch ausschließlich auf Entschädigung erkennen, § 10 württ.-bad. KSchG. Hatte der Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung gewählt bzw. war er zur Weiterbeschäftigung verurteilt worden, konnte der Arbeitnehmer die Weiterbeschäftigung ablehnen, wenn er inzwischen einen neuen Dienstvertrag abgeschlossen oder eine andere Tätigkeit aufgenommen hatte, § 9 württ.-bad. KSchG.

## **II. Die vom allgemeinen Kündigungsschutz des württ.-bad. KSchG ausgeschlossenen Kündigungen**

### **1. Grundsatz**

Der Geltungsbereich des württ.-bad. KSchG war sehr weit gefasst. Das Gesetz kannte weder einen Ausschluss des Kündigungsschutzes in Kleinbetrieben noch in Betrieben ohne Betriebsrat. Der Kündigungsschutz war auch nicht von einer bestimmten Wartefrist abhängig. Das Gesetz sah ferner keine Sonderregelung für Tendenz- oder Schifffahrtbetriebe vor.

### **2. Die Kündigung von leitenden Angestellten**

Die Nichtgeltung des allgemeinen Kündigungsschutzes für leitende Angestellte ergab sich aus § 1 Abs. 4 württ.-bad. KSchG.

### **3. Die Kündigung von Arbeitnehmern aufgrund von Entlassungsverpflichtungen**

In Anlehnung an § 85 BRG von 1920 enthielt das Gesetz den Ausschluss des allgemeinen Kündigungsschutzes bei zwingender gesetzlicher oder tariflicher Entlassungsverpflichtung des Arbeitgebers, § 19 württ.-bad. KSchG.

#### **4. Weitere vom landesrechtlichen Kündigungsschutz ausgeschlossene Kündigungen von Arbeitnehmern**

Für Kündigungen von Arbeitnehmern in Privathaushalten gelten die Ausführungen zur rhld.-pf. BLVO entsprechend.<sup>289</sup>

#### **E. Der allgemeine Kündigungsschutz in Baden durch das bad. BRG vom 24.9.1948**

In Baden regelten die §§ 35 ff. des Landesgesetzes über die Bildung von Betriebsräten (bad. BRG) mit den Durchführungsbestimmungen vom 24.9.1948 den allgemeinen Kündigungsschutz neu.<sup>290</sup>

#### **I. Die Ausgestaltung des allgemeinen Kündigungsschutzes nach dem bad. BRG**

§ 21 lit. c bad. BRG verlangte bei jeder Kündigung eines Arbeitnehmers die vorherige Zustimmung des Betriebsrates. Verweigerte er die sie, oder hatte der Arbeitgeber den Betriebsrat völlig übergangen, war die Kündigung unwirksam. In diesem Fall konnte der Arbeitnehmer die Nichtigkeit gerichtlich feststellen lassen.

Hatte der Betriebsrat der Kündigung zugestimmt, konnte der Arbeitnehmer unter der Voraussetzung des § 35 bad. BRG binnen vierzehn Tagen nach Zugang der Kündigung Widerrufsklage beim Arbeitsgericht erheben. Die Widerrufsgründe des § 35 bad. BRG deckten sich im Wesentlichen mit den Einspruchsgründen des § 84 BRG von 1920. Im Fall des Obsiegens galt die Kündigung als zurückgenommen, § 35 Abs. 5 bad. BRG. Der Arbeitgeber konnte nicht wie bei den meisten landesrechtlichen Kündigungsschutzregelungen zwischen Weiterbeschäftigung und Entschädigung wählen. Der Arbeitnehmer konnte die Weiterbeschäftigung verweigern, wenn er inzwischen einen neuen Dienstvertrag abgeschlossen oder eine andere Tätigkeit aufgenommen hatte, § 35 Abs. 4 bad. BRG. Die Widerrufsklage stand dem Arbeitnehmer in den Fällen des § 35 bad. BRG auch zu, wenn es im Betrieb keinen Betriebsrat gab.

#### **II. Die vom allgemeinen Kündigungsschutz des bad. BRG ausgeschlossenen Kündigungen**

##### **1. Grundsatz**

Aufgrund der Klagemöglichkeit des § 35 bad. BRG enthielt das Gesetz keinen Ausschluss des Kündigungsschutzes in nicht betriebsratspflichtigen Kleinbetrieben. Der Kündigungsschutz war ferner nicht von der Erfüllung einer bestimmten Wartefrist abhängig. Es gab auch keine Sonderbestimmungen über den Kündigungsschutz bei Schifffahrtsbetrieben. Heimarbeiter waren nach § 3 Abs. 1 bad. BRG vom Kündigungsschutz erfasst.

---

<sup>289</sup> Vgl. S. 50.

<sup>290</sup> GVBl. Bad. 1948, S. 209. Vgl. *Meves*: Der Kündigungsschutz im Badischen Betriebsrätegesetz, RdA 1949, S. 247 ff.; *Müller*: Das Mitbestimmungsrecht der Betriebsräte nach den Ländergesetzen von Württemberg-Baden, Hessen, Südbaden und Bremen, BB 1949, S. 335 ff.; *Plumeyer*: Die Betriebsrätegesetze der Länder 1947 - 1950, 1992, S. 399 ff.; *Rappenecker*: Badisches Betriebsräterecht, 1949.

## **2. Die Kündigung von leitenden Angestellten**

Leitende Angestellte waren nach § 3 Abs. 2 lit. a bad. BRG vom allgemeinen Kündigungsschutz ausgeschlossen.

## **3. Die Kündigung von Tendenzträgern in Tendenzbetrieben**

Die Möglichkeit zur Widerrufsklage entfiel in Tendenzbetrieben bei der Kündigung von Tendenzträgern, § 36 bad. BRG.

## **4. Weitere vom landesrechtlichen Kündigungsschutz ausgeschlossene Kündigungen von Arbeitnehmern**

Wie bereits § 10 Abs. 2 Nr. 2 BRG von 1920 schloss auch § 3 Abs. 2 lit. c bad. BRG Personen vom Geltungsbereich des Gesetzes aus, deren Beschäftigung nicht in erster Linie dem Erwerb diene.

Nach § 2 Abs. 1 bad. BRG waren Arbeitnehmer in nicht auf Gewinnerzielung ausgerichteten Privatbetrieben vom Kündigungsschutz ausgeschlossen.

## **F. Der allgemeine Kündigungsschutz in Hessen durch das hess. BRG vom 31.5.1948**

Seit dem 1.10.1948 galt in Hessen der allgemeine Kündigungsschutz des Betriebsrätegesetzes für das Land Hessen (hess. BRG)<sup>291</sup>.

## **I. Die Ausgestaltung des allgemeinen Kündigungsschutzes nach dem hess. BRG**

Völlig unabhängig vom Betriebsrat konnte der Arbeitnehmer nach § 43 f. hess. BRG binnen zwei Wochen nach Zugang der Kündigung Widerrufsklage bei Gericht erheben, wenn die Kündigung unbillig hart und nicht durch die Verhältnisse des Betriebs bedingt war. Er brauchte sich nicht zuvor an den Betriebsrat zu wenden. Es hatte auch keinen Einfluss auf das Klagerecht, wenn dieser im Rahmen seines Beteiligungsrechts die Zustimmung zur Kündigung verweigert hatte, § 43 Abs. 1 S. 2 hess. BRG.

War das Klageverfahren erfolgreich, wurde die Unwirksamkeit wegen Sozialwidrigkeit festgestellt.

---

<sup>291</sup> GVBl. Hess. 1948, S. 117. Vgl. *Berger/Jansen*: Kommentar zum Hessischen Betriebsrätegesetz, 1949; *Engler*: Kommentar zum Betriebsräte-Gesetz für das Land Hessen, 1949; *Fitting*: Die Probleme des Betriebsverfassungsrechts, BABl. 1950, S. 456 ff. (Teil 1), BABl. 1951, S. 17 ff. (Teil 2), S. 75 ff. (Teil 3), S. 116 ff. (Teil 4), BABl. 1952, S. 157 ff. (Teil 5), S. 218 ff. (Teil 6); *Hueck*: Der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers nach dem heutigen Stand von Gesetzgebung und Rechtsprechung in den Westzonen, BStSozArbR 1949, S. 118, 131 ff.; *Kauffmann*: Probleme des Kündigungsschutzes in Betrieben ohne Betriebsrat oder bei Umgehung des Betriebsrates, RdA 1949, S. 174 ff.

## **II. Die vom allgemeinen Kündigungsschutz des hess. BRG ausgeschlossenen Kündigungen**

### **1. Grundsatz**

Der Kündigungsschutz des hess. BRG war nicht von einer bestimmten Beschäftigungsdauer des Arbeitnehmers abhängig.

### **2. Die Kündigung von leitenden Angestellten**

Die leitenden Angestellten waren nach vom § 3 hess. BRG allgemeinen Kündigungsschutz ausgeschlossen.

### **3. Die Kündigung von Tendenzträgern in Tendenzbetrieben**

Tendenzträger der in § 32 hess. BRG abschließend aufgeführten Tendenzbetrieben, die politischen, konfessionellen, künstlerischen und wohlfahrtspflegerischen Bestrebungen dienen und nicht in der Hauptsache auf einen Erwerbszweck gerichtet waren, hatten nicht die Möglichkeit der Widerrufsklage nach § 43 f. hess. BRG.<sup>292</sup> Dieser Ausschluss galt nicht für Arbeitnehmer, die in diesen Betrieben lediglich Verwaltungsarbeit leisteten oder als Hilfspersonal beschäftigt wurden.<sup>293</sup>

### **4. Die Kündigung von Arbeitnehmern in Kleinbetrieben**

In Hessen waren unter den in § 2 Abs. 1 S. 2 hess. BRG genannten Voraussetzungen in Betrieben mit mehr als vier Arbeitnehmern Betriebsräte zu wählen. Von der überwiegenden Ansicht wurde daher der Schutz des § 43 f. hess. BRG für Beschäftigte in nicht betriebsratspflichtigen Kleinbetrieben abgelehnt.<sup>294</sup>

War in betriebsratspflichtigen Betrieben kein Betriebsrat gewählt worden, sollte der Arbeitnehmer einer Ansicht zufolge in jedem Fall vom individuellen Kündigungsschutz ausgeschlossen bleiben.<sup>295</sup> Nach der Gegenansicht stand ihm die Möglichkeit der Widerrufsklage hier zumindest dann zu, wenn der Arbeitgeber die Wahl des Betriebsrats böswillig verhindert hatte.<sup>296</sup>

### **5. Weitere vom landesrechtlichen Kündigungsschutz ausgeschlossene Kündigungen von Arbeitnehmern**

Wiederum blieben diejenigen vom Kündigungsschutz ausgeschlossen, deren Beschäftigung nicht in erster Linie dem Erwerb diene. § 4 Abs. 4 hess. BRG hatte diesbezüglich § 10 Abs. 2 Nr. 2 BRG von 1920 übernommen.

---

<sup>292</sup> Engler: Kommentar zum Betriebsräte-Gesetz für das Land Hessen, 1949, § 32 hess. BRG Anm. 7.

<sup>293</sup> Berger/Jansen: Kommentar zum Hessischen Betriebsrätegesetz, 1949, § 32 hess. BRG.

<sup>294</sup> LAG Frankfurt/Main v. 9.6.1949 und v. 1.9.1949 beide zit. bei Engler: Kommentar zum Betriebsräte-Gesetz für das Land Hessen, 1949, vor § 42 hess. BRG Übersicht Anm. b; Kaufmann: Probleme des Kündigungsschutzes in Betrieben ohne Betriebsrat oder bei Umgehung des Betriebsrates, RdA 1949, S. 174. A.A. Engler: Kommentar zum Betriebsräte-Gesetz für das Land Hessen, 1949, vor § 42 hess. BRG Übersicht Anm. b, § 43 hess. BRG Anm. 5.

<sup>295</sup> Berger/Jansen: Kommentar zum Hessischen Betriebsrätegesetz, 1949, § 43 hess. BRG Anm. 2.

<sup>296</sup> Engler: Kommentar zum Betriebsräte-Gesetz für das Land Hessen, 1949, vor § 42 hess. BRG Übersicht Anm. b, § 43 hess. BRG Anm. 5; Kaufmann: Probleme des Kündigungsschutzes in Betrieben ohne Betriebsrat oder bei Umgehung des Betriebsrates, RdA 1949, S. 174, 175 f.

Heimarbeiter und Hausgewerbetreibende waren nicht vom Kündigungsschutz des hess. BRG erfasst, wenn sie nicht die Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 hess. BRG erfüllten.

Für Kündigungen von Arbeitnehmern in Privathaushalten gelten die Ausführungen zur rhld.-pf. BLVO entsprechend.<sup>297</sup>

### **G. Der allgemeine Kündigungsschutz in Bremen durch das brem. BRG vom 10.1.1949**

Bremen verfügte mit dem Ausführungsgesetz zu Art. 47 der Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen (brem. BRG)<sup>298</sup> vom 10.1.1949 wieder über eine gesetzliche Regelung des allgemeinen Kündigungsschutzes. Das Gesetz trat am 18.1.1949 in Kraft.

Bereits vor Geltung des brem. BRG konnten die Arbeitnehmer in bestimmten Fällen gegen eine Kündigung nach der zweiten Verordnung über die Kündigung von Arbeitsverhältnissen vom 6.7.1945<sup>299</sup> Beschwerde beim Betriebsrat einlegen. Die Verordnung enthielt jedoch keinen echten mit dem brem. BRG vergleichbaren Kündigungsschutz. Sie sah im Anschluss an die vergebliche Beschwerde beim Betriebsrat kein Klagerecht des Arbeitnehmers vor. Der Gekündigte konnte sich lediglich an den Leiter des Arbeitsamts wenden. Dieser konnte nach § 4 die Zustimmung zur Kündigung verweigern oder die Kündigung hinausschieben. Die Verordnung ließ allerdings nicht erkennen, welche Rechtsfolgen die jeweilige Entscheidung des Arbeitsamts nach sich ziehen sollte.

### **I. Die Ausgestaltung des allgemeinen Kündigungsschutzes nach dem brem. BRG**

Ähnlich wie nach dem bad. BRG war es nach § 39 brem. BRG erforderlich, dass der Betriebsrat der Kündigung vor ihrem Ausspruch zustimmte. Lag die Zustimmung vor, konnte der Arbeitnehmer nicht weiter nach dem brem. BRG gegen die Kündigung vorgehen. Insoweit war auch hier der Betriebsrat Sperrinstanz.

Verweigerte der Betriebsrat seine Zustimmung aus den in § 39 Abs. 2 brem. BRG genannten Gründen, und brachte die anschließende Verhandlung mit dem Arbeitgeber keine Einigung, ging das Verfahren in den Verantwortungsbereich des Arbeitnehmers über. Nach § 40 brem. BRG konnte er, und mit seinem Einverständnis auch der Betriebsrat, innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung Klage auf Widerruf der Kündigung erheben. Die Verweigerung der Zustimmung und die Erhebung der Widerrufsklage hatten aufschiebende Wirkung, § 40 Abs. 2 brem. BRG. Die Kündigung war insofern bis zur gerichtlichen Entscheidung schwebend unwirksam.

Bei erfolgreicher Widerrufsklage war der Arbeitgeber wahlweise auf Weiterbeschäftigung oder Entschädigung zu verurteilen, § 41 brem. BRG. Das Gericht konnte ausschließlich auf Weiterbeschäftigung erkennen, wenn die Kündigung offensichtlich willkürlich oder unter Missbrauch der Machstellung des Arbeitgebers im Betrieb erfolgt war, § 41 Abs. 3 brem. BRG. Ein Antrag des Arbeitnehmers war hierzu nicht erforderlich. Hatte der Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung gewählt bzw. war er dazu verurteilt worden, konnte der Arbeitnehmer sie ablehnen, wenn er inzwischen einen neuen Dienstvertrag abgeschlossen hatte, § 43 Abs. 3 brem. BRG. Auf Antrag des Arbeitnehmers war

---

<sup>297</sup> Vgl. S. 50.

<sup>298</sup> GesBl. Brem. 1949, S. 7. Vgl. *Arnold*: Das bremische Betriebsräte-Gesetz, 1950; *Galperin*: Das Bremische Betriebsrätegesetz, RdA 1949, S. 91 ff.; *Plumeyer*: Die Betriebsrätegesetze der Länder 1947 - 1950, 1992, S. 483 ff.

<sup>299</sup> GesBl. Brem. 1945, S. 20. Das Beschwerderecht bestand, wenn einem Arbeitnehmer aufgrund der Verordnung über die Kündigung von Arbeitsverhältnissen v. 15.6.1945 gekündigt worden war.



ausschließlich auf Entschädigung zu erkennen, wenn dem Arbeitnehmer die weitere Beschäftigung im Betrieb nicht zuzumuten war, § 41 Abs. 4 Brem. BRG.

## **II. Die vom allgemeinen Kündigungsschutz des Brem. BRG ausgeschlossenen Kündigungen**

### **1. Grundsatz**

Der allgemeine Kündigungsschutz des Brem. BRG war nicht an eine bestimmte Wartefrist gebunden. Das Gesetz kannte auch keine kündigungsschutzrechtlichen Besonderheiten für Betriebe der Schifffahrt.

### **2. Die Kündigung von leitenden Angestellten**

Leitende Angestellte genossen nach den §§ 3, 36 Abs. 1 Brem. BRG keinen allgemeinen Kündigungsschutz.

### **3. Die Kündigung von Tendenzträgern in Tendenzbetrieben**

In den Tendenzbetrieben des § 32 Brem. BRG war das Klagerecht des § 40 Brem. BRG für den Fall der Kündigung eines Tendenzträgers ausgeschlossen.

### **4. Die Kündigung von Arbeitnehmern in Kleinbetrieben**

Nach § 1 Brem. BRG waren nur solche Betriebe zur Errichtung eines Betriebsrats verpflichtet, in denen mindestens fünf ständige wahlberechtigte Arbeitnehmer über 18 Jahre beschäftigt waren. Da der allgemeine Kündigungsschutz von der Verweigerung der nach § 39 Brem. BRG erforderlichen Zustimmung der Arbeitnehmervertretung abhing, waren die Arbeitnehmer in kleineren Betrieben ohne Betriebsrat vom Kündigungsschutz ausgeschlossen. Dies galt ebenso, wenn es in betriebsratspflichtigen Betrieben nicht zur Wahl eines Betriebsrats gekommen war.

### **5. Weitere vom landesrechtlichen Kündigungsschutz ausgeschlossene Kündigungen von Arbeitnehmern**

Für Kündigungen von Arbeitnehmern in Privathaushalten gelten die Ausführungen zur rhld.-pf. BLVO entsprechend.<sup>300</sup>

---

<sup>300</sup> Vgl. S. 50.

## **H. Der allgemeine Kündigungsschutz in Württemberg Hohenzollern durch das württ. hohenz. BRG vom 21.5.1949**

In Württemberg Hohenzollern enthielten die §§ 84 ff. des Betriebsrätegesetzes (Württ. Hohenz. BRG)<sup>301</sup> einen im Wesentlichen an das BRG von 1920 angelehnten, allgemeinen Kündigungsschutz. Das Gesetz trat am 1.6.1949 in Kraft.

### **I. Die Ausgestaltung des allgemeinen Kündigungsschutzes nach dem württ. hohenz. BRG**

Nach § 84 württ. Hohenz. BRG konnte der Arbeitnehmer beim Betriebsrat Einspruch gegen die Kündigung einlegen, wenn sie unbillig hart und nicht durch das Verhalten des Arbeitnehmers oder durch die Verhältnisse des Betriebs bedingt war. Ein Einspruchsrecht bestand ferner bei begründetem Verdacht, dass die Kündigung eine ungerechtfertigte Benachteiligung i.S.d. § 84 württ. Hohenz. BRG darstellte. Der Einspruch musste binnen einer Woche nach Zugang der Kündigung eingelegt werden und hatte aufschiebende Wirkung, §§ 84 Abs. 2, 86 c württ. Hohenz. BRG. War der Einspruch nach der Verhandlung mit dem Arbeitgeber aus Sicht des Betriebsrats begründet, konnte der Arbeitnehmer Widerrufsklage erheben, § 86 württ. Hohenz. BRG. Dieses Recht stand mit Zustimmung des Gekündigten auch dem Betriebsrat zu. Die Frist betrug in jedem Fall drei Wochen. Sie begann mit dem Zugang der Kündigung.

War die Klage begründet, wurde der Arbeitgeber wahlweise zur Weiterbeschäftigung oder Zahlung einer Entschädigung verurteilt, § 87 württ. Hohenz. BRG. Wählte der Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung, konnte der Arbeitnehmer sie ablehnen, wenn er inzwischen einen neuen Arbeitsvertrag abgeschlossen oder eine neue Tätigkeit aufgenommen hatte, § 89 württ. Hohenz. BRG. Auf Antrag des Arbeitnehmers konnte der Arbeitgeber ausschließlich auf Weiterbeschäftigung verurteilt werden, wenn die Kündigung willkürlich oder aus nichtigen Gründen unter Missbrauch der Machtstellung im Betrieb erfolgt war, § 89 b württ. Hohenz. BRG. Nach § 89 c württ. Hohenz. BRG war der Arbeitgeber auf Antrag ausschließlich auf Entschädigung zu verurteilen, wenn dem Arbeitnehmer die Weiterbeschäftigung im Betrieb nicht mehr zuzumuten war.

Bestand im Betrieb des Gekündigten kein Betriebsrat, hatte der Arbeitnehmer nach § 86 a württ. Hohenz. BRG die Möglichkeit, unmittelbar Widerrufsklage beim Arbeitsgericht zu erheben. Der allgemeine Kündigungsschutz bestand daher auch in nicht betriebsratspflichtigen Betrieben und in größeren Betrieben, in denen kein Betriebsrat gewählt worden war.

## **II. Die vom allgemeinen Kündigungsschutz des württ. hohenz. BRG ausgeschlossenen Kündigungen**

### **1. Die Kündigung von leitenden Angestellten**

Nach § 11 Nr. 1 württ. Hohenz. BRG waren in Anlehnung an § 12 Abs. 2 BRG von 1920 die leitenden Angestellten vom Geltungsbereich des Gesetzes ausgeschlossen.

---

<sup>301</sup> RegBl. W. H. 1949, S. 153. Vgl. *Hessel*: Betriebsrätegesetz in Württemberg-Hohenzollern, DB 1949, S. 359; *Plumeyer*: Die Betriebsrätegesetze der Länder 1947 - 1950, 1992, S. 586 ff.; *Schäffer*: Betriebsrätterecht in Württemberg-Hohenzollern, 1949; *ders.*: Das neue Betriebsrätegesetz in Württemberg-Hohenzollern, RdA 1949, S. 252 ff.

## **2. Die Kündigung von Arbeitnehmern innerhalb der Wartefrist**

Keinen allgemeinen Kündigungsschutz genossen Arbeitnehmer, die bei Zugang der Kündigung noch nicht drei Monate im gleichen Betrieb oder Unternehmen beschäftigt waren, § 84 württ. hohenz. BRG.

## **3. Die Kündigung von Tendenzträgern in Tendenzbetrieben**

In den Tendenzbetrieben i.S.d. § 67 württ. hohenz. BRG war nach § 85 Abs. 2 württ. hohenz. BRG das Einspruchsrecht bei Kündigung eines Tendenzträgers ausgeschlossen.

## **4. Die Kündigung von Arbeitnehmern aufgrund von Entlassungsverpflichtungen**

Gemäß § 85 württ. hohenz. BRG war das Recht auf Einlegung des Einspruchs ausgeschlossen, wenn die Entlassung auf einer gesetzlichen, tariflichen oder gerichtlichen Verpflichtung beruhte. Dies galt ferner, wenn die Entlassung aufgrund der gänzlichen oder teilweisen Stilllegung des Betriebs erforderlich war.

## **5. Weitere vom landesrechtlichen Kündigungsschutz ausgeschlossene Kündigungen von Arbeitnehmern**

Für Kündigungen von Arbeitnehmern in Privathaushalten gelten die Ausführungen zur rhld.-pf. BLVO entsprechend.<sup>302</sup>

In Anlehnung an § 10 Abs. 2 Nr. 2 BRG von 1920 waren nach § 11 Nr. 2 württ. hohenz. BRG wiederum Personen vom Geltungsbereich des Gesetzes ausgenommen, deren Beschäftigung nicht in erster Linie dem Erwerb diene.

Heimarbeiter und Hausgewerbetreibende waren vom allgemeinen Kündigungsschutz ausgenommen, wenn sie nicht die Voraussetzungen des § 10 Abs. 2 - 4 württ. hohenz. BRG erfüllten.

Wie unter dem BRG von 1920 genossen ferner Familienangehörige des Arbeitgebers keinen Kündigungsschutz, § 10 Abs. 1 württ. hohenz. BRG.

## **I. Der allgemeine Kündigungsschutz in Berlin durch das berl. KSchG vom 20.5.1950**

Das berl. KSchG<sup>303</sup> trat am 24.5.1950 in Kraft.

### **I. Die Ausgestaltung des allgemeinen Kündigungsschutzes nach dem berl. KSchG**

Bei der Schaffung des berl. KSchG orientierte sich der Gesetzgeber an den bereits laufenden Vorarbeiten für das 1951 erlassene bundeseinheitliche KSchG. Deshalb entsprach der durch die §§ 1 ff. berl. KSchG geschaffene allgemeine Kündigungsschutz in vollem Umfang dem des späteren KSchG.<sup>304</sup> § 1 Abs. 4 berl. KSchG sah darüber hinaus eine Erweiterung vor. In den dort genannten

---

<sup>302</sup> Vgl. S. 50.

<sup>303</sup> VOBl. Groß-Berl. (West) I 1950, S. 173. Vgl. *Schneider*: KSchG, 1950; *Riese*: Das Berliner Kündigungsschutzgesetz, RdA 1950, S. 371 ff.

<sup>304</sup> Insofern vgl. S. 87 ff.

Fällen war ausdrücklich auch der Ausspruch der Kündigung nach Erkrankung des Arbeitnehmers unwirksam.

## **II. Die vom allgemeinen Kündigungsschutz des berl. KSchG ausgeschlossenen Kündigungen**

### **1. Grundsatz**

Das berl. KSchG war insgesamt sehr weit gefasst. Es galt grundsätzlich für alle Arbeitnehmer, auch für leitende Angestellte. Es sah weder bei Tendenz- noch bei Schifffahrtsbetrieben Besonderheiten vor. Auch der in § 85 BRG von 1920 enthaltene Ausschluss des Kündigungsschutzes bei gesetzlicher oder sonstiger Entlassungsverpflichtung wurde nicht übernommen.

### **2. Die Kündigung von Arbeitnehmern innerhalb der Wartefrist**

Erfolgte die Kündigung innerhalb der ersten drei Monate nach Beschäftigungsaufnahme, kam der Arbeitnehmer nicht in den Genuss des Kündigungsschutzes.

### **3. Die Kündigung von Arbeitnehmern in Kleinbetrieben**

Auch Kleinbetriebe waren vom allgemeinen Kündigungsschutz ausgeschlossen. Ein Arbeitnehmer in einem Betrieb mit drei oder weniger Beschäftigten konnte nicht nach dem berl. KSchG gegen seine Kündigung vorgehen, § 1 ff. berl. KSchG.

### **4. Weitere vom landesrechtlichen Kündigungsschutz ausgeschlossene Kündigungen von Arbeitnehmern**

Für Kündigungen von Arbeitnehmern in Privathaushalten gelten die Ausführungen zur rhld.-pf. BLVO entsprechend.<sup>305</sup>

---

<sup>305</sup> Vgl. S. 50.

### 3. Teil: Der Kündigungsschutz außerhalb der landesrechtlichen Kündigungsschutzregelungen durch allgemeines Zivilrecht

#### A. Einleitung

Aufgrund der schlechten Wirtschaftslage nach Ende des Zweiten Weltkriegs kam es zu einer Vielzahl von Kündigungsschutzprozessen. Soweit auf Landesebene neue Kündigungsschutzvorschriften existierten,<sup>306</sup> wurden die Vorschriften des BGB außerhalb des jeweiligen Geltungsbereichs überwiegend ohne weitere Diskussion für anwendbar erachtet.<sup>307</sup>

Fehlte ein gesetzlicher individualrechtlicher Kündigungsschutz gänzlich<sup>308</sup>, wurde der Schutz des Arbeitsplatzes ausschließlich über die allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Vorschriften der §§ 138, 242 BGB und allgemeine Rechtsgedanken gewährleistet.<sup>309</sup> Ein Rückfall in den kündigungsschutzlosen Rechtszustand, wie er vor 1920 bestanden hatte, wurde grundsätzlich abgelehnt.<sup>310</sup> Dies war grundsätzlich nicht mehr vorstellbar, nachdem 25 Jahre ein allgemeiner Kündigungsschutz existiert hatte. Die §§ 84 ff. BRG von 1920 waren zwar am 1.5.1934 durch die im nationalsozialistischen AOG enthaltenen §§ 56 ff.<sup>311</sup> ersetzt worden, § 65 AOG. Die Kontinuität eines spezialgesetzlichen Kündigungsschutzes auch zwischen 1934 und 1945 ist jedoch ein nicht zu vernachlässigendes Moment dafür, dass der Arbeitnehmer nach seinem Wegfall nicht schutzlos einer Kündigung durch den Arbeitgeber ausgeliefert sein sollte, sondern sich auf allgemeine zivilrechtliche Rechtsprinzipien stützen konnte.

Dieser zwischen 1934 und 1945 gewährte allgemeiner Kündigungsschutz hatte inhaltlich nicht dem BRG von 1920 entsprochen, wonach ein Arbeitnehmer aus vier Gründen gegen eine Kündigung hatte vorgehen können.<sup>312</sup> § 56 AOG enthielt demgegenüber nur noch den folgenden Grund: „Wird einem Angestellten oder Arbeiter nach einjähriger Beschäftigung in dem gleichen Betrieb oder dem gleichen Unternehmen gekündigt, so kann er, wenn es sich um einen Betrieb mit in der Regel mindestens zehn

---

<sup>306</sup> Dies waren die Länder in der amerikanischen und französischen Besatzungszone. Vgl. S. 48 ff.

<sup>307</sup> *Degen*: Beendigung des Arbeitsverhältnisses, 1947, S. 9; *Galperin*: Die Entwicklung des Arbeitsrechts seit 1945, DRZ 1950, S. 73, 74; *Kauffmann*: Probleme des Kündigungsschutzes in Betrieben ohne Betriebsrat oder bei Umgehung des Betriebsrates, RdA 1949, S. 174, 176. Insbesondere für Bayern *Hueck*: Anm. zu LAG München v. 10.11.1948, RdA 1949, S. 351, 352 f. Insbesondere für Berlin ArbG Berlin v. 18.1.1951, EntschKalender 1951, S. 142. Insbesondere für Hessen LAG Frankfurt/Main v. 8.9.1949, WA 1950, S. 66; LAG Frankfurt/Main v. 23.3.1949, AP 1950, Nr. 28. Insbesondere für Württemberg Hohenzollern OLArbG Tübingen v. 2.3.1950, AP 1950, Nr. 282 m. Anm. Hueck; OLArbG Tübingen v. 19.10.1950, DB 1951, S. 156; OLArbG Tübingen v. 18.1.1951, ARST VI, S. 54, 55. A.A. für Baden LAG Freiburg v. 15.2.1951, BB 1951, S. 475; für Berlin *Schneider*: KSchG, 1950, § 4 berl. KSchG Anm. 10.

<sup>308</sup> Dies waren die Länder der sowjetischen und britischen Besatzungszone: Brandenburg, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein, Thüringen.

<sup>309</sup> Innerhalb des verhältnismäßig kurzen Zeitraums zwischen 1945 und 1951 wurden um die 230 entsprechende Entscheidungen ermittelt und ausgewertet.

<sup>310</sup> So ausdrücklich LAG Hannover v. 27.2.1948, WA 1948, S. 66. Andeutungen einer a.A. in LAG Frankfurt/Main v. 17.8.1948, RdA 1949, S. 153 m. Anm. Becker; *Roesch*: Zur Frage des Kündigungsschutzes, BStSozArbR 1947, S. 205.

<sup>311</sup> Zum Kündigungsschutz der §§ 56 ff. AOG *Krause*: Der Kündigungsschutz und die sittenwidrige Kündigung eines Arbeitsvertrages, JW 1935, S. 1311, 1312 ff.; *Mansfeld*: Die Neuregelung des Kündigungsschutzes, DArbR 1934, S. 329 ff.; *Maurer*: Die Kündigung, 1939, S. 41 ff.; *Stritzke*: Das neue Kündigungsrecht, JW 1934, S. 597 ff. Einen Überblick über die Rechtsprechung zu § 56 ff. AOG vermitteln *Koch*: Das Kündigungsschutzrecht im Übergang vom Betriebsrätegesetz zum Arbeitsordnungsgesetz als Instrument faschistischer Herrschaftssicherung, 1988, S. 144 ff.; *Michel*: Die Entwicklung der Arbeitsgerichtsbarkeit in den Faschismus, in Reifner (Hrsg.): Das Recht des Unrechtsstaates, 1981, S. 154, 156 ff.; *Rüthers*: Die unbegrenzte Auslegung, 5. Aufl. 1997, S. 237 ff.

<sup>312</sup> Vgl. S. 16 ff.

Beschäftigten handelt, binnen zwei Wochen nach Zugang der Kündigung beim Arbeitsgericht Klage erheben, wenn diese unbillig hart und nicht durch die Verhältnisse des Betriebes bedingt ist.“ Mit dieser Vorschrift wurde dem Arbeitnehmer zwar erstmalig ein von der betrieblichen Arbeitnehmervertretung<sup>313</sup> unabhängiges eigenständiges Klagerecht zugestanden.<sup>314</sup> Diese Änderung gegenüber dem BRG von 1920 war jedoch keine Verbesserung des Kündigungsschutzes, da mit dem in Anlehnung an § 84 Abs. 1 Nr. 4 BRG von 1920 eingeführten einzigen Klagegrund ein generalklauselhafter Kündigungsschutz eingeführt wurde, der letztlich der Umsetzung der nationalsozialistische Ideologie im Arbeitsrecht zu dienen bestimmt war.<sup>315</sup> Die Klage auf Widerruf der wirksamen Kündigung hatte nur Erfolg, wenn die Kündigung für den Arbeitnehmer erstens unbillig hart und zweiten nicht durch die Verhältnisse des Betriebes bedingt war. Es mussten also beide Voraussetzungen vorliegen. Der Arbeitgeber hatte in diesem Fall, wie nach dem BRG von 1920, die Wahlmöglichkeit zwischen Weiterbeschäftigung nach Widerruf der Kündigung und einer Entschädigungszahlung<sup>316</sup>. Die Klage war innerhalb von zwei Wochen nach Zugang der Kündigung beim Arbeitsgericht zu erheben. Die Versäumung der Frist führte zur Abweisung der Klage<sup>317</sup>. Zunächst war eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht möglich. Dies änderte erst die 14. Durchführungsverordnung zum AOG vom 15.10.1935<sup>318</sup> für Härtefälle, § 6 AOG. Insgesamt war das Kündigungsschutzrecht des AOG durch die Generalklausel weniger berechenbar, als es unter dem BRG von 1920 der Fall gewesen war. Besonders bei Kündigungen, die vor 1934 unter § 84 Abs. 1 Nr. 1 BRG fielen<sup>319</sup>, konnte nun problemlos der Kündigungsschutz dadurch versagt werden, dass man sie als nicht unbillig hart erachtete oder dies zwar annahm, aber argumentierte, dass sie durch die Verhältnisse des Betriebes bedingt war. Die offene Formulierung des § 56 AOG führte dazu, dass Arbeitnehmer, die mit der Begründung einer staatsfeindlichen Einstellung oder aus rassistisch-ideologischen Gründen gekündigt worden waren, kaum Chancen hatten, vor nationalsozialistisch

---

<sup>313</sup> Das AOG hatte den Betriebsrat durch den Vertrauensrat ersetzt, ein Gremium aus Arbeitnehmern und dem Arbeitgeber.

<sup>314</sup> Er mußte zwar in Anlehnung an die Regelung im BRG von 1920 binnen fünf Tagen nach Zugang der Kündigung den Vertrauensrat anrufen, war jedoch nicht mehr von seiner Entscheidung abhängig, § 56 Abs. 2 AOG.

<sup>315</sup> *Michel*: Die Entwicklung der Arbeitsgerichtsbarkeit in den Faschismus, in: *Reifner*: Das Recht des Unrechtsstaates, S. 154, 163 ff.; *Rüthers*: Die unbegrenzte Auslegung, 5. Aufl. 1997, S. 238.

<sup>316</sup> Vgl. § 58 AOG, mit Änderung des Gesetzes vom 10.11.1934, RGBI. I 1934, S. 1193) Heraufsetzung der Höchstsumme.

<sup>317</sup> *Stritzke*: Das neue Kündigungsrecht, JW 1934, S. 597, 599.

<sup>318</sup> RGBI. I 1935, S. 228.

<sup>319</sup> Danach bestand ein Einspruchsrecht des Arbeitnehmers bei dem begründeten Verdacht, dass "die Kündigung wegen der Zugehörigkeit zu einem bestimmten Geschlecht, wegen politischer, militärischer, konfessioneller oder gewerkschaftlicher Betätigung oder wegen der Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit zu einem politischen, konfessionellen oder beruflichen Verein oder einem militärischen Verbands erfolgt ist".

eingestellten Gerichten erfolgreich gegen ihre Entlassung vorzugehen.<sup>320, 321</sup>

Der kündigungsschutzrechtliche Rückgriff auf die §§ 138, 242 BGB nach 1945 erfolgte sehr uneinheitlich, da es kein dem BAG entsprechendes oberstes Arbeitsgericht in Deutschland gab. Die Entscheidungen waren sowohl regional als auch innerhalb eines Gerichtsbezirks unterschiedlich. Mitunter wechselte ein und dasselbe Gericht seine Auffassung in aufeinander folgenden Urteilen. Insgesamt wurde in der SBZ stärker auf § 138 BGB Bezug genommen. In den Westzonen wendete die Praxis die §§ 138, 242 BGB zunächst häufig als Einheit an.<sup>322</sup> Eine zunehmende Differenzierung zwischen beiden Vorschriften erfolgte ab Mitte 1948, wobei § 242 BGB an Bedeutung zunahm.

Eine systematische Darstellung der Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte und Arbeitsgerichte ist im Folgenden aus verschiedenen Gründen nur bedingt möglich. So beschränkte sich der Abdruck der Urteile unmittelbar nach Ende des Zweiten Weltkriegs fast durchweg auf die Darstellung der wichtigsten Kernaussagen. Erst ab Mitte 1948 fanden sich wieder ausführlichere Veröffentlichungen. Nicht selten fehlte die Angabe der Rechtsgrundlage. Zum Teil fehlten Ausführungen über die Voraussetzungen eines Sittenverstößes oder der Treuwidrigkeit.<sup>323</sup> In einigen Urteilen unterblieb jegliche Subsumtion des Sachverhalts.<sup>324</sup> Ferner war der Begriffsinhalt der unzulässigen bzw. der

---

<sup>320</sup> Da sich diese Untersuchung nicht mit dem Kündigungsschutz spezialgesetzlicher Kündigungsschutzvorschriften auseinandersetzt, kann hier auch kein Überblick über die diesbezügliche Kündigungsrechtsprechung zwischen 1933 und 1945, vgl. jedoch *Koch*: Das Kündigungsschutzrecht im Übergang vom Betriebsrätegesetz als Instrument faschistischer Herrschaftssicherung, S. 144 - 149; *Michel*: Die Entwicklung der Arbeitsgerichtsbarkeit in den Faschismus, in: *Reifner*: Das Recht des Unrechtsstaates, S. 154, 156 - 165; *Rüthers*: Die unbegrenzte Aulegung, S. 237 - 255.

<sup>321</sup> Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass viele Arbeitnehmer aufgrund von § 62 AOG nicht nach § 56 AOG vorgehen konnten, da die Kündigung auf Gesetz beruhte. Es waren dies vor allem die Gesetze, die dem Ziel des 1936 aufgestellten Vierjahresplanes, in vier Jahren kriegsbereit zu sein dienten und deshalb verschiedene Arbeitskräftelenkungsmaßnahmen beinhaltetet: z.B. Gesetz zur Regelung des Arbeitseinsatzes vom 15.5.1934, RGBI. I, S. 381; Gesetz zur Befriedigung des Bedarfs der Landwirtschaft an Arbeitskräften, 20.2.1935, RBGI. I 1935, S. 310; Verordnung über die Verteilung von Arbeitskräften vom 10.8.1934, RGBI. I 1934, S. 786. Zu den sonstigen Ausschlüssen des AOG vgl. die Kommentierungen bei *Dersch*: Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit; *Hueck/Nippedey/Dietz*: Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, 1. Aufl. 1934, 2. Aufl. 1937, 4. Aufl. 1943; *Mansfeld/Pohl/Steinmann/Krause*: Die Ordnung der nationalen Arbeit, 1. Aufl. 1934; *Mansfeld*: Die Ordnung der nationalen Arbeit, 2. Aufl. 1943. Juden konnten nach einer Grundsatzentscheidung des RAG v. 24.7.1940, ARS 39 (RAG), S. 383, 385 f. nicht nach § 56 AOG Kündigungsschutzklage erheben, weil sie nach nationalsozialistischem Verständnis nicht Mitglied der Betriebsgemeinschaft waren und man deshalb die Regel des öffentlich-rechtlichen Pflichtarbeitsverhältnisses entsprechend anwendete.

<sup>322</sup> LAG Hamm v. 4.11.1947, NJW 1947/1948, S. 318; LAG Stuttgart v. 28.11.1947, ARST I, S. 257; LAG Dresden v. 19.5.1948, ARST II, S. 161; LAG Bremen v. 4.8.1948, RdA 1948, S. 193 m. Anm. Hueck; LAG Halle v. 6.9.1950, ARST VI, S. 142; ArbG Mannheim v. 12.12.1947, ARST I, S. 258; ArbG Heide v. 17.6.1948, ARST I, S. 259; ArbG Braunschweig v. 7.7.1948, ARST II, S. 161; ArbG Stade v. 9.8.1948, ARST II, S. 45; ArbG Chemnitz v. 26.8.1948, ARST II, S. 101; ArbG Göttingen v. 1.2.1949, ARST II, S. 340; ArbG Essen v. 3.3.1949, SAE 1949, S. 9 m. Anm.; ArbG Oldenburg v. 31.3.1949, ARST III, S. 99; ArbG Duisburg v. 23.3.1950, AP 1950, Nr. 111; ArbG Augsburg v. 24.11.1950, ARST VI, S. 230.

<sup>323</sup> ArbG Ahrensburg v. 1.8.1947, ARST I, S. 106; ArbG Hannover v. 11.8.1947, AE 1947, S. 10; ArbG Heide v. 1.6.1947, AE 1947, S. 24; ArbG Schleswig v. 1.2.1949, ARST III, S. 321; ArbG Hannover v. 20.10.1949, ARST III, S. 262.

<sup>324</sup> ProvArbG Halle v. 23.8.1946, Ent.Beruf.ArbG SBZ 1946, S. 58; ArbG Köln v. 4.11.1948, WA 1949, S. 67; ArbG Oldenburg v. 29.11.1948, ARST II, S. 340; ArbG Stade v. 7.10.1949, ARST III, S. 262; ArbG Bremerhaven v. 22.9.1950, ARST VI, S. 230.

sittenwidrigen Rechtsausübung nicht eindeutig.<sup>325</sup> Einige Gerichte verwendeten die Bezeichnungen gleichermaßen übergeordnet für die treu- und die sittenwidrige Kündigung.<sup>326</sup> Andere Entscheidungen sprachen den Rechtsmissbrauch lediglich im Zusammenhang mit § 242 BGB an.<sup>327</sup>

Die Rechtswissenschaft äußerte sich bis Ende 1946 kaum zu der kündigungsschutzrechtlichen Problematik. Ab 1947 griff sie den Rechtszustand im Kündigungsschutz und die dazu ergangene Rechtsprechung meist lediglich kommentierend auf.<sup>328</sup> Eine dogmatisch-wissenschaftliche Auseinandersetzung blieb im Wesentlichen aus. Ab 1949 wendete sich die Lehre verstärkt der Diskussion um die Schaffung eines neuen, bundesdeutschen Kündigungsschutzgesetzes zu. Bereits bald nach Kriegsende bestand allgemeine Einigkeit darüber, dass Deutschland schnellstmöglichst wieder einen einheitlichen arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz benötigte.<sup>329</sup>

## B. Der Kündigungsschutz durch § 134 BGB

Auch nach Ende des Zweiten Weltkriegs war eine Entlassung bei Verletzung eines gesetzlichen Kündigungsverbots grundsätzlich i.V.m. § 134 BGB nichtig gewesen.

---

<sup>325</sup> LAG Kiel v. 10.4.1947, AE 1947, S. 3; LAG Frankfurt/Main v. 1.7.1947, ARST I, S. 54; LAG Kiel v. 10.9.1947, ARST I, S. 159; LAG Frankfurt/Main v. 12.8.1947, AE 1947, S. 10; LAG Hamm v. 4.11.1947, NJW 1947/1948, S. 318; LAG Stuttgart v. 13.5.1948, RdA 1949, S. 156 m. Anm. Hueck; LAG Schleswig-Holstein v. 19.5.1950, SAE 1951, S. 26 m. Anm.; ArbG Heide v. 1.6.1947, AE 1947, S. 24; ArbG Göttingen v. 3.8.1948, AE 1949, S. 12.

<sup>326</sup> LAG Hamburg v. 5.2.1947, WA 1948, S. 77; ArbG Heide v. 18.3.1947, AE 1947, S. 5; ArbG Heide v. 17.6.1948, ARST I, S. 259; ArbG Braunschweig v. 7.7.1948, ARST II, S. 161; ArbG Bad Oldesloe v. 4.11.1948, ARST II, S. 234; ArbG Schleswig v. 1.2.1949, ARST III, S. 321; Hueck: Der Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, SJZ 1947, Sp. 609; ders.: Der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers nach dem heutigen Stand von Gesetzgebung und Rechtsprechung in den Westzonen, BIStSozArbR 1949, S. 131, 134; Koselke: Zum Kündigungsschutz der Arbeitnehmer, ArbBl.BrZ 1948, S. 148, 151; Maus: Das Deutsche Arbeits- und Sozialrecht, Bd. 1, 1943, S. 331; Redaktionsanm. zu LAG Hamm v. 16.5.1947, BB 1947, S. 245 f.; Savaète: Grundfragen des Arbeitsrechts, 1949, S. 44 f.

<sup>327</sup> LAG Kiel v. 10.9.1947, ARST I, S. 159; LAG Frankfurt/Main v. 16.9.1947, AE 1947, S. 13; LAG Hamburg v. 5.11.1947, AE 1949, S. 11; LAG Stuttgart v. 28.11.1947, ARST I, S. 257; LAG Hamburg v. 10.3.1948, SAE 1949, S. 20 m. Anm.; LAG Hannover v. 20.4.1948, AE 1949, S. 11; LAG Hamburg v. 11.5.1949, SAE 1950, S. 4, 5 m. Anm.; ArbG Hamburg v. 12.5.1947, ARST I, S. 257; ArbG Ahrensburg v. 1.8.1947, ARST I, S. 106; ArbG Lüneburg v. 4.11.1947, ARST I, S. 105; ArbG Flensburg v. 12.2.1949, ARST III, S. 33.

<sup>328</sup> Z.B. Dietz: Die nicht durch die Verhältnisse des Betriebes bedingte Kündigung, ArbBl.BrZ 1948, S. 148 ff.; Duvernell: Gegenwartsfragen des deutschen Arbeitsrechts, 1948, S. 45 ff.; Galperin: Unwirksamkeit der Kündigung und Kündigungsschutz, BB 1948, S. 305 ff.; Hueck: Der Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, SJZ 1947, Sp. 609 ff.; ders.: Der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers nach dem heutigen Stand von Gesetzgebung und Rechtsprechung in den Westzonen, BIStSozArbR 1949, S. 118 ff., 131 ff.; Holling: Kündigungsbeschränkungen (Kündigungsschutz), ZSch AuS 1948, S. 77; Koselke: Zum Kündigungsschutz der Arbeitnehmer, ArbBl.BrZ 1948, S. 148 ff.; Müller: Das Problem des allgemeinen Kündigungsschutzes in der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte, DRZ 1948, S. 122 ff.; Neumann: Zum heutigen Stand des Kündigungsschutzes, 1949; o.V.: Gutachten, Zum Kündigungsschutz nach Fortfall der §§ 56 ff. AOG, BB 1947, S. 102 ff.; Paul: Über die Anwendbarkeit des § 138 Abs. 1 BGB auf Kündigungen, ZSch AuS 1947, S. 461 ff.

<sup>329</sup> Beine: Zum Problem des Kündigungsschutzes, ArbBl.BrZ 1947, S. 210, 212; Haas: Neuer Kündigungsschutz, BIStSozArbR 1947, S. 185; Hueck: Der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers nach dem heutigen Stand von Gesetzgebung und Rechtsprechung in den Westzonen, BIStSozArbR 1949, S. 131, 135; Leydhecker: Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung und Einzelarbeitsvertrag, BIStSozArbR 1947, S. 163; Müller: Das Problem des allgemeinen Kündigungsschutzes in der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte, DRZ 1948, S. 122, 125; Redaktionsanm. zu LAG Hamm v. 16.5.1947, BB 1947, S. 245, 246; Roesch: Zur Frage des Kündigungsschutzes, BIStSozArbR 1947, S. 205.



Während der Zeit der Weimarer Republik waren grundrechtswidrige Kündigungen nach § 134 BGB nichtig.<sup>330</sup> Da die Verfassung von 1919 durch die Nationalsozialisten 1933 außer Kraft gesetzt worden war<sup>331</sup>, existierten bis zur Verkündung des Grundgesetzes am 23.5.1949 keine grundrechtlichen Kündigungsverbote. Deshalb zogen Rechtsprechung und Schrifttum bei Kündigungen, die heute unter dem Gesichtspunkt einer Grundrechtsverletzung überprüft würden, bis Mai 1949 die §§ 138, 242 BGB als Maßstab heran. Nach Verkündung des GG setzte sich dieses Vorgehen teilweise fort.

Beispielsweise wurde die Kündigung einer Frau, die mit einem verheirateten Mann ein gemeinsames außereheliches Kind hatte, 1950 nicht auf Verletzung des Art. 6 GG i.V.m. § 134 BGB geprüft. Das LAG Düsseldorf folgerte die Nichtigkeit vielmehr aus § 242 BGB wegen Verletzung der Fürsorgepflicht.<sup>332</sup> Die Kündigung einer Ärztin durch die Verwaltung eines nur mit Männern belegten Versehrtenkrankenhauses wurde vom ArbG Rosenheim<sup>333</sup> zwar mit Hinweis auf die Organisationserwägungen der Klinikverwaltung gebilligt. Das Gericht stellte jedoch fest, dass eine Kündigung nur wegen des Geschlechts der Arbeitnehmerin als Rechtsmissbrauch zu werten gewesen wäre. Kündigungen wegen des Doppelverdienstes von Ehepaaren wurden nicht unter dem Gesichtspunkt einer Verletzung des Gleichbehandlungsgebots i.S.d. Art. 3 GG überprüft. Einige Gerichte sahen auch in diesem Fall einen Verstoß gegen die §§ 138, 242 BGB gegeben.<sup>334</sup> Die überwiegende Rspr. erachtete die Kündigung als wirksam.<sup>335</sup>

Obwohl nach 1945 keine verfassungsrechtliche Gewährleistung der Koalitionsfreiheit existierte, wurde eine Kündigung wegen Einforderung des Tariflohns als nichtig angesehen.<sup>336</sup> Die Kündigung wegen gewerkschaftlicher Zugehörigkeit und Betätigung war nach Ansicht des ArbG Neumünster und des ArbG Stade nach § 138 BGB sittenwidrig.<sup>337</sup> Auch das ArbG Göttingen erachtete eine Kündigung wegen gewerkschaftlicher Betätigung als unwirksam, äußerte sich jedoch nicht zu der Rechtsgrundlage.<sup>338</sup> In der Literatur wurden koalitionsfeindliche Kündigungen i.S.d. früheren Regelung des Art. 159 RVerf entweder nach § 242 BGB<sup>339</sup> oder nach § 138 BGB<sup>340</sup> missbilligt.

Aus den kollektivrechtlichen Mitwirkungsbefugnissen des Betriebsrats bei Entlassungen in Baden<sup>341</sup>, Bremen<sup>342</sup>, Hessen<sup>343</sup> und Rheinland-Pfalz<sup>344</sup> konnte sich zwischen 1945 und 1951 i.V.m. § 134 BGB keine kündigungsschutzrechtliche Wirkung für die Arbeitnehmer ergeben, die nicht von den dortigen

---

<sup>330</sup> Vgl. S. 24 ff.

<sup>331</sup> Vgl. Notverordnung zum Schutz von Volk und Staat v. 28.2.1933 und das Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich (Ermächtigungsgesetz) v. 24.3.1933 (RGBl. 1933 I, S. 83, 141).

<sup>332</sup> LAG Düsseldorf v. 12.4.1950, RdA 1950, S. 433 m. Anm. Nikisch.

<sup>333</sup> ArbG Rosenheim v. 12.5.1949, ARST III, S. 99.

<sup>334</sup> LAG Hannover v. 10.5.1950, BB 1950, S. 535; ArbG Duisburg v. 23.3.1950, AP 1950, Nr. 111.

<sup>335</sup> LAG Hamm v. 6.9.1950, AP 1951, Nr. 185 m. Anm. Beitzke; LAG Hamm v. 6.9.1950, SAE 1950, S. 104 m. Anm. Sabin; ArbG Oldenburg v. 31.3.1949, ARST III, S. 99; ArbG Köln v. 14.7.1950, RdA 1950, S. 435 m. abl. Anm. Krüger; ArbG Groß-Berlin v. 17.8.1950, ARST V, S. 154; ArbG Bamberg v. 26.1.1951, ARST VI, S. 19.

<sup>336</sup> ArbG Heide v. 2.10.1948, ARST II, S. 236; ArbG Stade v. 7.10.1949, ARST III, S. 262 (Nichtigkeit nach § 138 BGB und Art. 9 Abs. 3 GG.).

<sup>337</sup> ArbG Neumünster v. 28.3.1949, ARST II, S. 337; ArbG Stade v. 7.10.1949, ARST III, S. 262 (Nichtigkeit nach § 138 BGB und Art. 9 Abs. 3 GG.).

<sup>338</sup> ArbG Göttingen v. 19.4.1951, ARST VI, S. 142.

<sup>339</sup> *Holling*: Kündigungsbeschränkungen (Kündigungsschutz), ZSch AuS 1948, S. 77, 80.

<sup>340</sup> *Galperin*: Unwirksamkeit der Kündigung und Kündigungsschutz, BB 1948, S. 305.

<sup>341</sup> § 21 Abs. 1 c des Landesgesetzes über die Bildung von Betriebsräten (bad. BRG) v. 24.9.1948.

<sup>342</sup> § 39 Abs. 1 des Ausführungsgesetzes zu Art. 47 zur Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen (brem. BRG) v. 10.2.1949.

<sup>343</sup> §§ 37, 42 Abs. 1 des Betriebsrätegesetzes für das Land Hessen (hess. BRG) v. 31.5.1948.

<sup>344</sup> § 55 Abs. 1 i.V.m. § 37 Nr. 10 der Landesverordnung über die Errichtung und Tätigkeit von Betriebsräten (rhld.-pf. BLVO) v. 15.5.1947.

landesrechtlichen Kündigungsschutzvorschriften<sup>345</sup> erfasst wurden. Der Grund lag darin, dass sich die betriebsverfassungsrechtlichen Mitwirkungsrechte des Betriebsrats und der allgemeine Kündigungsschutz in diesen vier Ländern aus den jeweiligen Betriebsverfassungen, d.h. aus dem gleichen Gesetz ergaben. Fiel ein Arbeitnehmer aus dem landesrechtlichen Kündigungsschutz heraus, bestand bei seiner Entlassung auch kein Beteiligungsrecht des Betriebsrats.<sup>346</sup>

Eine andere Situation ergab sich demgegenüber in Schleswig-Holstein, das keine speziellen allgemeinen Kündigungsschutzregelungen erlassen hatte. Hier war eine Kündigung ohne die nach § 21 Abs. 1 schl.-holst. BRG<sup>347</sup> erforderliche, betriebsverfassungsrechtliche Zustimmung des Betriebsrats nichtig, §§ 23 schl.-holst. BRG, 134 BGB.

Die übrigen Länder erließen entweder überhaupt keine Betriebsverfassungsgesetze (so Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen, Hamburg, Berlin), oder die Gesetze sahen keine Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei Entlassungen vor<sup>348</sup>.

Darüber hinaus enthielt auch das in allen Besatzungszonen geltende Betriebsrätegesetz des Alliierten Kontrollrats vom 10.4.1946 (KRG Nr. 22) keine kündigungsschutzrechtliche Regelung i.V.m. § 134 BGB.<sup>349</sup> Es ermächtigte in der Rahmenregelung des Art. 5 Nr. 1 lit. b lediglich Arbeitgeber und Betriebsräte zu Betriebsvereinbarungen, die auch die Mitwirkungsbefugnisse der Arbeitnehmervertretungen bei Kündigungen regeln konnten. Nach Erlass der landesrechtlichen Betriebsverfassungsgesetze galt das Gesetz überdies nur noch in den Ländern, in denen keine Betriebsverfassungen existierten.<sup>350</sup> Hier bestand es allerdings bis zum In-Kraft-Treten des bundesdeutschen BetrVG 1952.<sup>351</sup>

---

<sup>345</sup> Vgl. S. 74 ff., 88 f., 90 ff., 94 f.

<sup>346</sup> Insofern braucht auf die damals umstrittene Frage nicht näher eingegangen werden, ob die Beteiligung der Betriebsräte in Baden, Bremen, Hessen und Rheinland-Pfalz überhaupt Wirksamkeitsvoraussetzung einer Kündigung war. Vgl. dazu z.B. für Hessen und Rheinland-Pfalz LAG Frankfurt/Main v. 23.1.1951, BB 1951, S. 195; *Herschel/Steinmann*: KSchG, 3. Aufl. 1955, § 26 KSchG Rndr. 6; *Dietz*: Anm. zu ArbG Frankfurt/Main v. 13.4.1951, AP 1952, Nr. 30, S. 168, 170; *Galperin*: Kündigung und Zustimmung des Betriebsrates, BB 1948, S. 607; *Hueck*: Der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers nach dem heutigen Stand von Gesetzgebung und Rechtsprechung in den Westzonen, B1StSozArbR 1949, S. 131, 132; *Kauffmann*: Probleme des Kündigungsschutzes in Betrieben ohne Betriebsrat oder bei Umgehung des Betriebsrates, RdA 1949, S. 174, 176; und für Baden *Meves*: Der Kündigungsschutz im Badischen Betriebsrätegesetz, RdA 1949, S. 247; *Nikisch*: Personelles Mitbestimmungsrecht und Bundeskündigungsschutzgesetz, DB 1952, S. 37, 38.

<sup>347</sup> Gesetz zur Regelung vordringlicher Angelegenheiten des Betriebsräterechts (schl.-holst. BRG) v. 3.5.1950.

<sup>348</sup> In Westdeutschland betraf dies Bayern, Württemberg Hohenzollern, Württemberg-Baden und das Saarland. In Württemberg Hohenzollern sah das BRG v. 21.5.1949 nur eine Beteiligung des Betriebsrats im Rahmen des Einspruchsrechts des Arbeitnehmers nach dem Vorbild des § 84 BRG von 1920 vor. In Württemberg-Baden enthielt das BRG v. 18.8.1948 zwar ein Mitwirkungsrecht des Betriebsrats bei Entlassungen. Die Regelung erlangte jedoch aufgrund von § 13 württ.-bad. BRG i.V.m. dem württ.-bad. KSchG v. 18.8.1948 keine Wirkung. Im Saarland bestand nach der BRVO v. 1.8.1947 in dem hier untersuchten Zeitraum bis 1951 kein besonderes Mitwirkungsrecht des Betriebsrats bei Entlassungen. Dies änderte sich 1954 mit Erlass des saarl. BetrVG, vgl. Fn. 609.

<sup>349</sup> Abl. KR 1946, S. 133. Zum Inhalt des KRG Nr. 22 *Fitting*: Kontrollratsgesetz Nr. 22 und deutsche Betriebsrätegesetzgebung, RdA 1948, S. 89 ff.; *Haas*: Neuer Kündigungsschutz, B1StSozArbR 1947, S. 185; *Mohr*: Die Betriebsvereinbarung, B1StSozArbR 1946, S. 138 ff.

<sup>350</sup> Dies waren Berlin, Hamburg, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen.

<sup>351</sup> Es wurde allerdings nicht durch das BetrVG 1952 selbst aufgehoben, sondern für Berlin durch Anordnung v. 29.12.1952, DB 1953, S. 63; für Hamburg durch Gesetz A - 25 v. 27.3.1952 (Abl. AHK 1952, S. 1592); für Niedersachsen durch Gesetz A - 27 v. 18.4.1952 (Abl. AHK 1952, S. 1625); für Bremen durch Gesetz Nr. 29 v. 21.7.1952, (Abl. AHK 1952, S. 1831). Soweit kein landesspezifisches Gesetz zur Aufhebung des KRG Nr. 22 erging, wurde es durch Gesetz Nr. 30 v. 30.9.1952 (Abl. AHK 1952, S. 1953) allgemein aufgehoben.

Darüber hinaus fanden sich in Zusammenhang mit § 134 BGB auch Veröffentlichungen von Entscheidungen, die keinen Bezug auf einen bestimmten Sachverhalt oder auf konkrete Verbotsvorschriften erkennen ließen.<sup>352</sup>

### C. Der Kündigungsschutz durch § 138 BGB

Zwischen 1945 und 1951 gab es keine erneute Diskussion darüber, ob eine Kündigung überhaupt sittenwidrig sein konnte.<sup>353</sup> § 138 BGB wurde allerdings in sehr unterschiedlichem Umfang als Kündigungsschutzvorschrift herangezogen. Wie bereits erwähnt, existierten Entscheidungen, die die Unwirksamkeit einer Kündigung ohne weitere Differenzierung auf das Normenpaar der §§ 138, 242 BGB stützten.<sup>354</sup> Darüber hinaus bestanden im Wesentlichen vier Entwicklungstendenzen.

Nach der engsten Auffassung sollte § 138 BGB keinesfalls die Funktion des bisher durch § 56 ff. AOG geregelten Schutzes gegenüber sozialwidrigen Kündigungen übernehmen.<sup>355</sup> Eine unbillig harte, nicht durch die betrieblichen Verhältnisse bedingte Kündigung war demzufolge noch nicht sittenwidrig.<sup>356</sup> § 138 BGB sollte vielmehr nur in Ausnahmefällen, bei besonderen Umständen, ganz groben Verstößen oder offensichtlich asozialer Gesinnung des Arbeitgebers (z.B. Rachsucht) eingreifen.<sup>357</sup> Auf dieser Linie lag auch ein Urteil des ArbG Rosenheim aus dem Jahre 1948. Es erkannte, dass eine Kündigung in der Nachkriegszeit wegen des wirtschaftlichen Niedergangs für sich alleine grundsätzlich schon eine Härte darstellte. Trotzdem lehnte es einen Sittenverstoß ab.<sup>358</sup> Auch das LAG Hamburg unterschied deutlich zwischen Unbilligkeit und der darüber hinausreichenden Unsittlichkeit i.S.d. § 138 BGB.<sup>359</sup> Das LAG Stuttgart beschränkte die Anwendung des § 138 BGB ähnlich wie Galperin auf reine Willkürkündigungen des Arbeitgebers.<sup>360</sup> Sittenwidrig waren demnach Kündigungen, die der Arbeitgeber als Druckmittel einsetzte, um die Arbeitnehmer dazu zu veranlassen, zu schlechteren Bedingungen oder untertariflicher Bezahlung weiter zu arbeiten. Sittenwidrig sollte auch die

---

<sup>352</sup> Z.B. LAG Stuttgart v. 23.3.1949, WA 1949, S. 146 m. Anm.; LAG Bremen v. 10.5.1950, WA 1950, S. 165; LAG Bremen v. 6.6.1951, ARST VI, S. 230; ArbG Heide v. 17.6.1948, ARST I, S. 259; *Galperin*: Gutachten: Unwirksamkeit der Kündigung und Kündigungsschutz, BB 1948, S. 305.

<sup>353</sup> *Wüllenweber*: Die Entwicklung des Kündigungsschutzrechts seit dem ersten Weltkrieg, 1965, S. 147.

<sup>354</sup> Vgl. S. 67 ff.

<sup>355</sup> Nach § 56 AOG war der Arbeitgeber zum Widerruf der wirksam gewordenen Kündigung verpflichtet, wenn die Kündigung unbillig hart und nicht durch die Verhältnisse des Betriebes bedingt war. Zur Aufhebung des AOG vgl. S. 46 f.

<sup>356</sup> LAG Frankfurt/Main v. 16.12.1947, AE 1948, S. 29; LAG Hamburg v. 10.3.1948, SAE 1949, S. 20 m. Anm.; LAG Stuttgart v. 13.5.1948, RdA 1949, S. 156 m. Anm. Hueck; LAG Hannover v. 10.1.1951, ARST XI, S. 19; ArbG Osnabrück v. 20.5.1947, ARST I, S. 53; ArbG Bad Oldesloe v. 4.11.1948, ARST II, S. 234.

<sup>357</sup> LAG Hamburg v. 5.11.1947, AE 1949, S. 11; LAG Stuttgart v. 23.3.1949, WA 1949, S. 146 m. Anm.; LAG Hamburg v. 11.5.1949, SAE 1950, S. 4, 5 m. Anm.; LAG Frankfurt/Main v. 8.9.1949, WA 1950, S. 66; ArbG Mannheim v. 26.9.1947, ARST I, S. 104; ArbG Mannheim v. 12.12.1947, ARST I, S. 258; ArbG Braunschweig v. 7.7.1948, ARST II, S. 161; ArbG Göttingen v. 3.8.1948, AE 1949, S. 12; *Dietz*: Die nicht durch die Verhältnisse des Betriebes bedingte Kündigung, ArbBl.BrZ 1948, S. 148, 150; *Holling*: Kündigungsbeschränkungen (Kündigungsschutz), ZSch AuS 1948, S. 77, 80; *Hueck*: Der Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, SJZ 1947, Sp. 609, 611; *ders.*: Anm. zu LAG Hamburg v. 10.3.1948, RdA 1948, S. 116, 118; *ders.*: Der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers nach dem heutigen Stand von Gesetzgebung und Rechtsprechung in den Westzonen, BIStSozArbR 1949, S. 131, 134; *Leydhecker*: Die arbeitsrechtlichen Bestimmungen des BGB, des HGB, und der GewO, BIStSozArbR 1947, S. 245, 249; *Müller*: Das Problem des allgemeinen Kündigungsschutzes in der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte, DRZ 1948, S. 122, 124; *Neumann*: Zum heutigen Stand des Kündigungsschutzes, 1949, S. 33 f.; *Sadtler*: Landesverordnung über die Errichtung und die Tätigkeit von Betriebsräten vom 15.5.1947, 1949, S. 41.

<sup>358</sup> ArbG Rosenheim v. 17.9.1948, ARST II, S. 298.

<sup>359</sup> LAG Hamburg v. 10.3.1948, SAE 1949, S. 20, 21 m. Anm.

<sup>360</sup> LAG Stuttgart v. 13.5.1948, RdA 1949, S. 156, 157 m. Anm. Hueck; *Galperin*: Unwirksamkeit der Kündigung und Kündigungsschutz, BB 1948, S. 305.

Maßregelungskündigung wegen Einforderung des Tariflohns, gewerkschaftlicher Zugehörigkeit oder Betätigung sein. Sittenwidrig war ferner das Vortäuschen eines berechtigten Kündigungsgrundes, wenn dadurch ein sittenwidriger Kündigungsgrund verdeckt werden sollte.

Nach anderer Meinung bot § 138 BGB eine akzeptable Möglichkeit, die nach Aufhebung des AOG entstandene Lücke im Kündigungsschutz vorübergehend auszufüllen. Kündigungen, die nach früherem Verständnis unbillig hart und nicht durch betriebliche Verhältnisse bedingt waren, sondern willkürlich und unsozial waren sowie ohne billigenwerte, wirklich durchschlagende Gründe erfolgten, waren nach dieser Auffassung wegen Sittenwidrigkeit nichtig.<sup>361</sup>

Am weitesten gingen diejenigen, die durch § 138 BGB den Kündigungsschutz in einem bisher nicht gekannten Umfang erweiterten. Sie vertraten, dass jede Kündigung nur berechtigt war, wenn ein sachlicher Grund in der Person des Arbeitnehmers oder aufgrund der betrieblichen Verhältnisse bestand. Kündigungen ohne sachlichen Grund waren demnach nichtig, ohne dass es darauf ankam, ob für den Arbeitnehmer eine unbillige Härte vorlag.<sup>362</sup> Gegner dieser Ansicht befürchteten, dass diese generelle Abkehr vom Grundsatz der Kündigungsfreiheit für den Arbeitgeber zu wirtschaftlichen Nachteilen führen könnte.<sup>363</sup>

Im Einzelfall verstieß eine Kündigung gegen § 138 BGB, die nur erfolgte, um die Verheiratung des Arbeitnehmers zu verhindern oder ihn wegen der Heirat zu bestrafen. Zum entgegengesetzten Ergebnis gelangte das LAG Kiel, wenn mit der Heirat z.B. tarifliche Mehrleistungen verbunden waren, die für den Arbeitgeber nach betrieblicher Lage nicht tragbar waren.<sup>364</sup> Ferner war eine Kündigung nach § 138 BGB nichtig, die sich nach Ansicht des ArbG Passau als unzulässige Sippenhaft darstellte.<sup>365</sup> Die Kündigung wegen des Verdachts ehewidriger Beziehungen zwischen dem Arbeitnehmer und der Ehefrau des Arbeitgebers verstieß demgegenüber nicht gegen § 138 BGB.<sup>366</sup>

Das LAG München war der Ansicht, dass eine Kündigung trotz ihrer grundsätzlichen Formlosigkeit wegen der Art und Weise ihres Ausspruchs ausnahmsweise gegen die guten Sitten i.S.d. § 138 BGB verstoßen konnte, denn aus "Treu und Glauben, Anstand und Sitte ergeben sich hier gewisse unabdingbare Formvorschriften selbst"<sup>367</sup>.

In der sowjetischen Besatzungszone erfolgte eine besondere Entwicklung der kündigungsschutzrechtlichen Bedeutung des § 138 BGB. Die sozialistisch-kommunistischen Vorstellungen der Besatzungsmacht fanden schnell Eingang in das Arbeitsrecht. Als neue Eckpfeiler des ostdeutschen Kündigungsrechts galten besonders das Recht auf Arbeit und das Recht auf den Arbeitsplatz sowie das Recht auf Betriebszugehörigkeit. Daraus ergab sich in der SBZ die Auffassung,

---

<sup>361</sup> LAG Stuttgart v. 28.11.1947, ARST I, S. 257; LAG Hannover v. 27.2.1948, WA 1948, S. 66; ArbG Sigmaringen v. 20.11.1947, WA 1948, S. 6; *Lüneburg*: Die Kündigung im Arbeitsgerichtsprozeß, ZSch AuS 1947, S. 50, 51.

<sup>362</sup> LAG Dresden v. 24.10.1947, NJW 1947/1948, S. 236; ArbG Heide v. 18.3.1947, AE 1947, S. 5; ArbG Heide v. 17.6.1948, ARST I, S. 259; ArbG Rosenheim v. 16.8.1948, ARST II, S. 162; ArbG Emden v. 2.3.1951, ARST VI, S. 142. Diese weite Auslegung des § 138 BGB wurde abgelehnt z.B. von *Dietz*: Die nicht durch die Verhältnisse des Betriebes bedingte Kündigung, ArbBl.BrZ 1948, S. 148 ff.; *Paul*: Über die Anwendbarkeit des § 138 Abs. 1 BGB auf Kündigungen, ZSch AuS 1947, S. 461, 462.

<sup>363</sup> ArbG Bad Oldesloe v. 4.11.1948, ARST II, S. 234.

<sup>364</sup> LAG Kiel v. 1.9.1948, RdA 1948, S. 195 m. Anm. Hueck.

<sup>365</sup> ArbG Passau, Zweigst. Pfarrkirchen v. 1.12.1950, ARST VII, S. 22.

<sup>366</sup> ArbG Hildesheim v. 11.8.1949, ARST III, S. 160.

<sup>367</sup> LAG München v. 6.7.1949, AP 1950, Nr. 179 m. Anm. Hueck.

dass Kündigungen ohne sachlichen Grund unzulässig waren.<sup>368</sup> Erste Ansätze in diese Richtung zeigte bereits 1946 ein Urteil des ProvArbG Halle.<sup>369</sup> Die neuen „fundamentalen Rechte der Werktätigen“ wurden zunächst in Verbindung mit § 138 BGB zur Prüfung von Kündigungen herangezogen. Sie wurden als herrschendes Volksbewusstsein bezeichnet.<sup>370</sup> Kündigungen, die vor diesem Hintergrund aus Willkür erfolgten und nach ihren Beweggründen größtenteils gegen diese allgemeinen Rechtsvorstellungen verstießen, wurden als sittenwidrig und daher nichtig angesehen.<sup>371</sup> Unwirksam war auch die Kündigung ohne Angabe des Kündigungsgrundes.<sup>372</sup> Zunehmend entfernte man sich jedoch von der Rechtsgrundlage des § 138 BGB und entwickelte aus der sozialistischen Überzeugung der Rechte auf Arbeit, auf einen Arbeitsplatz und auf Betriebszugehörigkeit einen eigenständigen, ungeschriebenen Kündigungsschutz. In diesem Sinne ist beispielsweise die Entscheidung des LAG Halle vom 19.8.1948 zu verstehen. Danach sollte jeder Arbeitnehmer ein Recht auf seinen Arbeitsplatz haben, wenn er seinen Arbeitspflichten nachkam und keine beachtlichen Gründe für eine Kündigung sprachen.<sup>373</sup>

#### **D. Der Kündigungsschutz durch § 226 BGB**

§ 226 BGB hatte infolge der engen Voraussetzung der alleinigen Schädigungsabsicht des Arbeitgebers nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs als Kündigungsschutzbestimmung praktisch keine Bedeutung. Die Vorschrift wurde lediglich als mögliche Schutzbestimmung erwähnt.<sup>374</sup>

#### **E. Der Kündigungsschutz durch § 242 BGB**

##### **I. Entwicklung**

Die kündigungsschutzrechtliche Funktion des § 242 BGB wurde in der Zeit nach Ende des Zweiten Weltkriegs kaum bezweifelt.<sup>375</sup> Vor allem die westdeutschen Gerichte sahen in dem Grundsatz von Treu und Glauben ein taugliches Instrument, um in der Nachkriegssituation dem Interesse des Arbeitnehmers am Erhalt seines Arbeitsplatzes Rechnung zu tragen. Allerdings gab es recht unterschiedliche Auffassungen über den Inhalt dieses Kündigungsschutzes.

Am weitesten gingen diejenigen, die eine Kündigung grundsätzlich vom Vorliegen sachlicher Rechtfertigungsgründe abhängig machten und sich damit erstmalig vom Grundsatz des freien

---

<sup>368</sup> So auch *Mohr*: Zur arbeitsrechtlichen Praxis in der sowjetischen Zone, DRZ 1947, S. 372. Abweichend allerdings *ders.*: Das Kündigungseinspruchsrecht des Arbeitnehmers, BIStSozArbR 1947, S. 203. In ähnlicher Weise, allerdings unter stärkerer Betonung des personenrechtlichen Charakters des Arbeitsverhältnisses, argumentierten auch *Schlicke*: Die Kündigung im Arbeitsrecht, 1949, S. 49 ff. und *Koselke*: Zum Kündigungsschutz der Arbeitnehmer, ArbBl.BrZ 1948, S. 148, 151.

<sup>369</sup> ProvArbG Halle v. 6.9.1946, WA 1948, S. 13.

<sup>370</sup> *Mottek*: Das Kündigungsrecht der Betriebsinhaber, ZSch AuS 1947, S. 211 ff.

<sup>371</sup> LAG Dresden v. 19.5.1948, ARST II, S. 161; ArbG Chemnitz v. 20.5.1948, ARST II, S. 42. Ähnlich auch *Lüneburg*: Die Kündigung im Arbeitsgerichtsprozeß, ZSch AuS 1947, S. 50, 51; *Paul*: Über die Anwendbarkeit des § 138 Abs. 1 BGB auf Kündigungen, ZSch AuS 1947, S. 461, 462 f.

<sup>372</sup> LAG Schwerin v. 18.11.1946, ARST I, S. 21; LAG Dresden v. 19.5.1948, ARST II, S. 161; LAG Halle v. 19.8.1948, ZSch AuS 1948, S. 482. A.A. in Westdeutschland ArbG Osnabrück v. 20.5.1947, ARST I, S. 53.

<sup>373</sup> LAG Halle v. 19.8.1948, ZSch AuS 1948, S. 482.

<sup>374</sup> LAG Hamburg v. 10.3.1948, SAE 1949, S. 20, 22 m. Anm.; ArbG Mannheim v. 12.12.1947, ARST I, S. 258; ArbG Heide v. 17.6.1948, ARST I, S. 259; ArbG Emden v. 2.3.1951, ARST VI, S. 142; *Hueck*: Der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers nach dem heutigen Stand von Gesetzgebung und Rechtsprechung in den Westzonen, BIStSozArbR 1949, S. 131, 134; *Schlicke*: Die Kündigung im Arbeitsrecht, 1949, S. 55.

<sup>375</sup> A.A. *Haas*: Neuer Kündigungsschutz, BIStSozArbR 1947, S. 185.

Kündigungsrechts des Arbeitgebers entfernten.<sup>376</sup> Kündigungen „ohne zwingende Not“<sup>377</sup> wurden als willkürlich und nach § 242 BGB als nichtig angesehen. Berechtigt waren Kündigungen aufgrund eines persönlichen Verhaltens des Arbeitnehmers<sup>378</sup> und aus betriebsbedingten Umständen<sup>379</sup>. Anders als unter der gesetzlichen Regelung des Kündigungsschutzes durch § 84 BRG von 1920 war nicht mehr erforderlich, dass die Kündigung für den Arbeitnehmer unbillig hart sein musste. Darüber hinaus sollte die Kündigung gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn sie sich als Maßregelung darstellte oder aus sonstigen Gründen unbillig war.<sup>380</sup>

Damit wurde der Kündigungsschutz auf Fälle ausgedehnt, die bisher selbst nach der gesetzlichen Regelung des BRG von 1920 nicht zum Einspruch berechtigt hatten. Eine Erweiterung des Kündigungsschutzes ergab sich darüber hinaus auch auf der Rechtsfolgenseite. Anders als unter dem BRG von 1920 bestand keine Wahlmöglichkeit des Arbeitgebers zwischen Weiterbeschäftigung oder Entschädigung des Arbeitnehmers, da die Kündigung bei Treuwidrigkeit stets nichtig sein sollte.

Die Verstärkung des Kündigungsschutzes wurde zum einen damit begründet, dass der Wiederaufbau der deutschen Wirtschaft tatkräftige, pflichtbewusste Menschen erfordere, die einer entsprechenden Absicherung ihrer Existenzgrundlage bedürften. Zum anderen wurde angeführt, dass eine Kündigung ohne sachliche Gründe nicht nur die Rechtsschutzinteressen des Arbeitnehmers, sondern auch seine Würde und Ehre verletzen.<sup>381</sup>

Die Ausdehnung des Kündigungsschutzes wurde von anderer Seite als unvereinbar mit dem bisherigen Kündigungsrecht kritisiert.<sup>382</sup> Erstens wurde darin eine Überspannung der Fürsorgepflicht gesehen. Zweitens befürchteten die Kritiker eine Verwischung der Grenze zur außerordentlichen Kündigung, wenn der Kündigungsgrund grundsätzlich bedeutsam sein sollte. Sie wiesen ferner darauf hin, dass die Arbeitsgerichte nur die Aufgabe hätten, geltendes Recht anzuwenden und nicht gesetzgeberische Funktion ausüben dürften.<sup>383</sup>

---

<sup>376</sup> LAG Kiel v. 10.4.1947, AE 1947, S. 3; LAG Kiel v. 22.5.1947, WA 1948, S. 17; LAG Kiel v. 10.9.1947, ARST I, S. 159; LAG Kiel v. 22.10.1947, RdA 1948, S. 98 m. zust. Anm. Fitting; LAG Hamburg v. 5.11.1947, AE 1949, S. 11; LAG Groß-Berlin v. 10.2.1948, ARST II, S. 237; LAG Hannover v. 20.4.1948, AE 1949, S. 11; ArbG Heide v. 18.3.1947, AE 1947, S. 5; ArbG Heide v. 1.6.1947, AE 1947, S. 24; ArbG Heide v. 10.6.1948, ARST I, S. 259; ArbG Heide v. 17.6.1948, ARST I, S. 259; ArbG Emden v. 2.3.1951, ARST VI, S. 142; *Beine*: Zum Problem des Kündigungsschutzes, ArbBl.BrZ 1947, S. 210, 212; *Holling*: Kündigungsbeschränkungen (Kündigungsschutz), ZSch AuS 1948, S. 77, 80; *Präsident, der, des Zentralamts für Arbeit*: Betreff Kündigungsschutz (Erlass des Präsidenten des Zentralamtes für Arbeit der britischen Zone v. 23.1.1947, III/95/47), ArbBl.BrZ 1947, S. 72; *Savaète*: Grundfragen des Arbeitsrechts, 1949, S. 44.

<sup>377</sup> ArbG Hannover v. 11.8.1947, AE 1947, S. 10.

<sup>378</sup> Z.B. mangelnde Leistung, unkollegiales Verhalten, strafbare Handlungen.

<sup>379</sup> Z.B. Betriebseinschränkungen wegen Arbeitsmangel.

<sup>380</sup> LAG Kiel v. 19.5.1948, AE 1949, S. 45.

<sup>381</sup> ArbG Heide v. 18.3.1947, AE 1947, S. 5; ArbG Heide v. 17.6.1948, ARST I, S. 259.

<sup>382</sup> LAG Hamm v. 2.10.1947, WA 1948, S. 17; LAG Hamm v. 4.11.1947, NJW 1947/1948, S. 318; LAG Bremen v. 4.8.1948, RdA 1948, S. 193 m. Anm. Hueck; ArbG Köln v. 16.3.1948, RdA 1948, S. 156 m. Anm. Bulla; ArbG Braunschweig v. 7.7.1948, ARST II, S. 161; ArbG Köln v. 5.4.1949, ARST III, S. 319; ArbG Köln v. 5.4.1949, ARST IV, S. 359; *Anm.* zu LAG Hamburg v. 11.5.1949, SAE 1950, S. 4, 5; *Dietz*: Die nicht durch die Verhältnisse des Betriebes bedingte Kündigung, ArbBl.BrZ 1948, S. 148, *Leydhecker*: Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung und Einzelarbeitsvertrag, BIStSozArbR 1947, S. 163, 166; *o. V.*: Zum Kündigungsschutz nach Fortfall der §§ 56 ff. AOG, BB 1947, S. 102, 103.

<sup>383</sup> LAG Hamm v. 2.10.1947, WA 1948, S. 17.

Der weit überwiegende Teil der Rechtsprechung vertrat, dass § 242 BGB lediglich geeignet sei, die nach Wegfall des § 56 AOG<sup>384</sup> entstandene Lücke zu füllen.<sup>385, 386</sup> Nach der generalklauselhaften Vorschrift des AOG war eine Kündigung zwischen 1934 und 1945 angreifbar gewesen, wenn sie unbillig hart und zugleich nicht durch betriebliche Verhältnisse bedingt war. Die Offenheit dieser Vorschrift half bis 1945, auch den Kündigungsschutz in den Dienst der nationalsozialistischen Ideologie zu stellen. Die Anwendung des § 242 BGB in ihrem Sinne nach Kriegsende war keine Fortführung dieses Kündigungsschutzes. Sie war letztlich nur die Ausfüllung einer Generalklausel, nämlich der von Treu und Glauben mit einer anderen generalklauselhaften Formulierung, der des aufgehobenen § 56 AOG. Das bot den Anschein einer griffigen Formulierung für treuwidrige Kündigungen, die Generalklauselhaftigkeit bot zugleich die Möglichkeit, sie mit neuen Inhalten und Wertvorstellungen auszugestalten. Eine Kündigung galt insofern als willkürlich und treuwidrig, wenn sie für den Arbeitnehmer unbillig hart war und nicht durch die betrieblichen Verhältnisse bedingt war.<sup>387</sup> Demnach verstieß eine unbillig harte Kündigung nicht gegen Treu und Glauben, wenn sie betriebsbedingt war.<sup>388</sup> Eine Kündigung war unter anderem durch die Verhältnisse des Betriebs bedingt, wenn die wirtschaftliche Lage des Betriebs Sparmaßnahmen erforderlich machte.<sup>389</sup>

Auf der Linie dieser zweiten Auffassung finden sich jedoch auch andere Formulierungen der Treuwidrigkeit. So war der Grundsatz von Treu und Glauben verletzt, wenn die Kündigung willkürlich, unsachlich oder aus sonstigen Gründen grob unbillig war bzw. sich als Maßregelung

---

<sup>384</sup> Formell aufgehoben 1946, vgl. S. 46.

<sup>385</sup> LAG Hamm v. 4.11.1947, NJW 1947/1948, S. 318; LAG Kiel v. 27.11.1947, WA 1948, S. 37 m. Anm. (Das LAG hat zunächst die extreme Auslegung vertreten, ist mit diesem Urteil dann auf die Linie des LAG Hamm umgeschwenkt.); LAG Stuttgart v. 28.11.1947, ARST I, S. 257; LAG Frankfurt/Main v. 16.12.1947, AE 1948, S. 29; LAG Kiel v. 17.2.1948, ARST I, S. 258; LAG Hamburg v. 10.3.1948, SAE 1949, S. 20 m. Anm.; LAG Hamburg v. 17.4.1948, ARST II, S. 41; LAG Frankfurt/Main v. 17.8.1948, RdA 1949, S. 153 m. Anm. Becker; LAG Hamburg v. 10.11.1948, ARST II, S. 299; LAG Frankfurt/Main v. 21.12.1948, RdA 1949, S. 350 m. Anm. Hueck; LAG Hamburg v. 19.2.1949, RdA 1949, S. 423 m. Anm. Hueck; LAG Frankfurt/Main v. 23.3.1949, ARST III, S. 33; LAG Frankfurt/Main v. 23.3.1949, AP 1950, Nr. 28; LAG Hamburg v. 14.9.1949, ARST III, S. 261; LAG Hamburg v. 11.5.1949, SAE 1950, S. 4, 5 m. Anm.; LAG Kiel v. 25.5.1949, RdA 1950, S. 159 m. Anm. Hueck; LAG Hamburg v. 6.6.1949, ARST III, S. 98; LAG Heidelberg v. 8.8.1949, WA 1950, S. 170; LAG Frankfurt/Main v. 8.9.1949, WA 1950, S. 66; LAG Bremen v. 28.6.1950, AP 1951, Nr. 118 m. Anm. Neumann-Duesberg; ArbG Hannover v. 7.7.1947, ARST I, S. 54; ArbG Mannheim v. 12.12.1947, ARST I, S. 258; ArbG Lübeck v. 15.12.1947, ARST I, S. 159; ArbG Stade v. 26.2.1948, ARST I, S. 189; ArbG Heidelberg v. 12.3.1948, ARST I, S. 189; ArbG Köln v. 16.3.1948, RdA 1948, S. 156 m. Anm. Bulla; ArbG Karlsruhe v. 29.7.1948, ARST II, S. 43; ArbG Stade v. 6.11.1948, ARST II, S. 162; ArbG Hildesheim v. 10.1.1949, ARST II, S. 300; ArbG Neuwied v. 21.1.1949, ARST II, S. 235; ArbG Flensburg v. 29.1.1949, ARST II, S. 235; ArbG Flensburg v. 3.3.1949, ARST III, S. 33; ArbG Düsseldorf v. 29.9.1949, ARST III, S. 222; ArbG Stade v. 11.11.1949, ARST III, S. 230; ArbG Bremerhaven v. 9.3.1951, ARST VII, S. 22; Hueck: Der Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, SJZ 1947, Sp. 609, 611 f.; Leydhecker: Die arbeitsrechtlichen Bestimmungen des BGB, des HGB und der GewO, BIStSozArbR 1947, S. 245, 248 f.; ders.: Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung und Einzelarbeitsvertrag, BIStSozArbR 1947, S. 163, 166; Nikisch: Anm. zu LAG Düsseldorf v. 12.4.1950, RdA 1950, S. 433, 435; o. V.: Zum Kündigungsschutz nach Fortfall der §§ 56 ff. AOG, BB 1947, S. 102, 103.

<sup>386</sup> Für einen kurzen Überblick über den Kündigungsschutz des AOG vgl. S. 65 f.

<sup>387</sup> LAG Frankfurt/Main v. 29.4.1947, SJZ 1947, S. 387 m. Anm. Ringer; LAG Hamm v. 2.10.1947, WA 1948, S. 17; LAG Hamburg v. 17.4.1948, ARST II, S. 41; ArbG Stade v. 26.2.1948, ARST I, S. 189; ArbG Köln v. 16.3.1948, RdA 1948, S. 156 m. Anm. Bulla; ArbG Göttingen v. 30.9.1948, WA 1949, S. 10; ArbG Stade v. 6.11.1948, ARST II, S. 162; ArbG Flensburg v. 3.3.1949, ARST III, S. 33.

<sup>388</sup> ArbG Neuwied v. 21.1.1949, ARST II, S. 235; ArbG Flensburg v. 3.3.1949, ARST III, S. 33.

<sup>389</sup> LAG Hannover v. 20.6.1950, ARST IV, S. 541.

darstellte oder unsozial war.<sup>390</sup> Das ArbG Köln verwarf eine Kündigung als treuwidrig, die auf unsachlichen, böswilligen und schikanösen Erwägungen beruhte.<sup>391</sup> § 242 BGB war ferner verletzt, wenn Kündigungen ohne beachtlichen Grund erfolgten, d.h. willkürlich waren und ohne Berücksichtigung der sozialen Belange des Gekündigten einer rücksichtslosen Verfolgung von Arbeitgeberinteressen dienten.<sup>392</sup>

Eine dritte Auffassung lehnte eine Anwendung des § 242 BGB nach dem Verständnis der beiden zuvor erläuterten Meinungen ab. Der Grundsatz von Treu und Glauben könne den zuvor gesetzlich geregelten Kündigungsschutz nicht übernehmen und keinesfalls in seinen Rechtsfolgen darüber hinausgehen. Deshalb sollte § 242 BGB wie bisher nur vor solchen Kündigungen schützen, die aufgrund weiterer besonderer Umstände willkürlich waren oder ohne jeglichen Beweggrund erfolgten.<sup>393</sup>

Einige Gerichte gingen im Hinblick auf die kündigungsschutzrechtliche Bedeutung des § 242 BGB Sonderwege. Nach Ansicht des ArbG Lüneburg ergab sich die Treuwidrigkeit einer Kündigung beispielsweise aus den jeweiligen Umständen, der bisherigen Rechtsprechung und dem volkstümlich lebendigen Rechtsbewusstsein aller gerecht und billig denkenden Menschen.<sup>394</sup>

## II. Die Fälle der treuwidrigen Kündigung

Grundsätzlich waren bei der Prüfung des § 242 BGB sämtliche Umstände des Einzelfalls und die Verhältnisse beider Parteien zu berücksichtigen<sup>395</sup>. Die Betriebszugehörigkeit und die soziale Lage des Arbeitnehmers waren ebenso von Bedeutung wie die Stellung des Gekündigten als leitender Angestellter.<sup>396</sup>

Eine Kündigung war unter anderem deshalb nach § 242 BGB nichtig, weil sie wegen der Forderung des Arbeitnehmers nach tariflicher bzw. ortsüblicher Bezahlung erfolgt war.<sup>397</sup> Aufgrund der Umstände des Einzelfalls führte eine Kündigung unter Missachtung der betrieblich vereinbarten Mitwirkungsbefugnisse des Betriebsrats nach Ansicht des LAG Düsseldorf zur Verletzung des

---

<sup>390</sup> LAG Frankfurt/Main v. 12.8.1947, AE 1947, S. 10; LAG Hamburg v. 25.10.1947, ARST I, S. 106; LAG Frankfurt/Main v. 3.2.1948, WA 1948, S. 45; LAG Kiel v. 1.9.1948, WA 1948, S. 85; ArbG Lübeck v. 15.12.1947, ARST I, S. 159; ArbG Heidelberg v. 12.3.1948, ARST I, S. 189; ArbG Göttingen v. 30.9.1948, WA 1949, S. 10; ArbG Neumünster v. 17.4.1950, ARST IV, S. 500.

<sup>391</sup> ArbG Köln v. 5.4.1949, ARST III, S. 319; ArbG Köln v. 5.4.1949, ARST IV, S. 359; ArbG Neumünster v. 17.4.1950, ARST IV, S. 500.

<sup>392</sup> LAG Frankfurt/Main v. 23.3.1949, AP 1950, Nr. 28.

<sup>393</sup> LAG Halle v. 24.11.1947, ARST II, S. 41; LAG Stuttgart v. 23.3.1949, WA 1949, S. 146 m. Anm.; ArbG Hamburg v. 12.5.1947, ARST I, S. 257; ArbG Mannheim v. 26.9.1947, ARST I, S. 104; ArbG Braunschweig v. 7.7.1948, ARST II, S. 161. In diesem Sinne auch *Roesch*: Zur Frage des Kündigungsschutzes, BStSozArbR 1947, S. 205.

<sup>394</sup> ArbG Lüneburg v. 4.11.1947, ARST I, S. 105.

<sup>395</sup> LAG Frankfurt/Main v. 1.7.1947, ARST I, S. 54; LAG Frankfurt/Main v. 3.2.1948, WA 1948, S. 45.

<sup>396</sup> LAG Hamburg v. 25.10.1947, ARST I, S. 106; LAG Hamburg v. 5.11.1947, AE 1949, S. 11; LAG Hamburg v. 13.3.1948, ARST I, S. 189.

<sup>397</sup> ArbG Oldenburg v. 29.11.1948, ARST II, S. 340; ArbG Göttingen v. 1.2.1949, ARST II, S. 340; ArbG Stade v. 11.11.1949, ARST III, S. 230.



§ 242 BGB.<sup>398</sup> Einige Gerichte der ersten Instanz vertraten, dass eine Kündigung bei Zustimmung des Betriebsrats grundsätzlich nur in Ausnahmefällen rechtsmissbräuchlich sein konnte.<sup>399</sup>

Treuwidrig war ferner eine Kündigung, die ohne besonderen Grund kurz vor Eintritt einer vereinbarten Unkündbarkeit des Arbeitnehmers ausgesprochen wurde.<sup>400</sup> In diesem Sinne entschied auch das ArbG Köln bei einer Kündigung kurz vor der Entstehung von Pensionsansprüchen eines langjährigen Mitarbeiters.<sup>401</sup>

Eine Kündigung wegen Beleidigung des Betriebsrats und des Arbeitgebers war dagegen durch das Verhalten des Arbeitnehmers bedingt und daher nicht nach § 242 BGB angreifbar.<sup>402</sup>

Die Kündigung von Arbeitnehmern zur Wiedereinstellung von Personen mit nationalsozialistischer Vergangenheit verstieß ebenfalls gegen § 242 BGB.<sup>403</sup> Kündigungen von Kriegsheimkehrern waren unter dem Aspekt der falschen Auswahl des Gekündigten nach § 242 BGB nichtig.<sup>404</sup>

### III. Die Rechtsfolgen der treuwidrigen Kündigung

Die treuwidrige Kündigung wurde überwiegend nach § 242 BGB als nichtig angesehen. Nur vereinzelt wurde vertreten, dass der Arbeitgeber die Wahl zwischen Weiterbeschäftigung und Entschädigung haben sollte. Diese Ansicht sah das Wahlrecht aufgrund der vergangenen spezialgesetzlichen Regelungen des arbeitsrechtlichen allgemeinen Kündigungsschutzes als gefestigte Verkehrssitte i.S.d. § 242 BGB an.<sup>405</sup>

### F. Der Schadensersatz nach den §§ 823, 826 BGB

§ 823 Abs. 1 und Abs. 2 BGB hatten zwischen 1945 und 1951 keine kündigungsschutzrechtliche Bedeutung mehr.

Im Hinblick auf § 826 BGB wurde lediglich darauf hingewiesen, dass eine sittenwidrige Kündigung nicht nach § 826 BGB zu einem Schadensersatzanspruch führe, sondern nach § 138 BGB nichtig sei.<sup>406</sup>

---

<sup>398</sup> LAG Düsseldorf v. 25.10.1950, AP 1950, Nr. 180 m. Anm. Hueck.

<sup>399</sup> ArbG Hannover v. 27.5.1948, ARST II, S. 42; ArbG Rosenheim v. 16.8.1948, ARST II, S. 162; ArbG Rosenheim v. 17.9.1948, ARST II, S. 298; ArbG Flensburg v. 2.12.1948, ARST II, S. 235; ArbG Heide v. 27.2.1950, ARST IV, S. 463.

<sup>400</sup> LAG Hamburg v. 14.9.1949, ARST III, S. 261.

<sup>401</sup> ArbG Köln v. 16.3.1948, RdA 1948, S. 156 m. Anm. Bulla.

<sup>402</sup> ArbG Düsseldorf v. 29.9.1949, ARST III, S. 222; ArbG Bayreuth v. 5.10.1950, ARST V, S. 155; ArbG Rheine-Coesfeld v. 17.7.1951, ARST VII, S. 138.

<sup>403</sup> ArbG Bremerhaven v. 16.7.1948, ARST II, S. 101; ArbG Bremerhaven v. 16.7.1948, ARST II, S. 299.

<sup>404</sup> ArbG Göttingen v. 3.8.1948, AE 1949, S. 12; ArbG Neumünster v. 13.12.1950, ARST VI, S. 65.

<sup>405</sup> LAG Stuttgart v. 13.5.1948, RdA 1949, S. 156, 157 m. Anm. Hueck; ArbG Heide v. 24.2.1948, ARST I, S. 160; Hueck: Der Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, SJZ 1947, Sp. 609, 612; ders.: Anm. zu LAG Hamburg v. 10.3.1948, RdA 1948, S. 116, 118; ders.: Anm. zu LAG Stuttgart v. 13.5.1948, RdA 1949, S. 156, 158; ders.: Der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers nach dem heutigen Stand von Gesetzgebung und Rechtsprechung in den Westzonen, BIStSozArbR 1949, S. 131, 134.

<sup>406</sup> LAG Hamburg v. 10.3.1948, SAE 1949, S. 20, 21 m. Anm.

*Savaète*: Grundfragen des Arbeitsrechts, 1949, S. 44 hielt demgegenüber § 826 BGB neben § 138 BGB für möglich.

## **G. Der Kündigungsschutz durch die allgemeine Rechtsüberzeugung eines eingeschränkten Kündigungsrechts des Arbeitgebers**

Wie bereits erwähnt<sup>407</sup>, gab es aufgrund der Nachkriegswirren kündigungsschutzrechtliche Entscheidungen ohne eindeutig erkennbare Rechtsgrundlage. Diesen Urteilen lag die seit In-Kraft-Treten des BRG von 1920 bestehende allgemeine Rechtsüberzeugung zugrunde, dass dem Arbeitgeber das Kündigungsrecht nicht uneingeschränkt zustand.

Für das ArbG Hannover war jede willkürliche Kündigung unwirksam. Nach Ansicht des Gerichts war eine Kündigung willkürlich, wenn sie nicht durch die Verhältnisse des Betriebs oder durch das Verhalten des Arbeitnehmers bedingt war.<sup>408</sup>

Nach der sehr engen Ansicht des ArbG Mosbach sollte eine Kündigung nur dann unwirksam sein, wenn sie ausschließlich auf eine Schädigung des Gekündigten abzielte.<sup>409</sup> Das ArbG Heide sah hingegen eine Kündigung ohne wesentliche Beweggründe als rechtsmissbräuchlich und daher nichtig an. Nach § 157 BGB sei nämlich nicht davon auszugehen, dass die Parteien bei Begründung des Arbeitsverhältnisses eine Kündigung zur Unzeit, d.h. ohne wesentliche Beweggründe, gewollt hätten.<sup>410</sup>

Die Kündigung im Zusammenhang mit einem Betriebsunfall wurde grundsätzlich von den Gerichten missbilligt.<sup>411</sup> Die Kündigung eines unverschuldet erkrankten Arbeitnehmers sollte allerdings rechtmäßig sein, wenn eine Gesundung in absehbarer Zeit nicht zu erwarten war.<sup>412</sup>

Wirksam waren allgemein auch Kündigungen aus verhaltensbedingten Gründen.<sup>413</sup> Kündigungen wegen des Verdachts falscher Personalangaben, illegaler Einkünfte oder strafbarer Handlungen wurden daher als rechtmäßig bestätigt.<sup>414</sup>

Teilweise wurde die Kündigung als wirksam anerkannt, wenn der Arbeitgeber nachweisen konnte, dass ihm eine weitere Zusammenarbeit mit dem Arbeitnehmer nicht mehr zumutbar war.<sup>415</sup> Die Wirksamkeit einer Kündigung wurde darüber hinaus nicht durch ihren Zugang während der Vorweihnachtszeit beeinflusst.<sup>416</sup>

## **H. Der Kündigungsschutz durch den Grundsatz der Treue- und Fürsorgepflicht**

Kündigungsschutzrechtliche Relevanz erlangte nach Ende des Zweiten Weltkriegs des Weiteren die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers.

---

<sup>407</sup> Vgl. S. 67.

<sup>408</sup> ArbG Hannover v. 27.8.1948, ARST III, S. 261.

<sup>409</sup> ArbG Mosbach v. 8.12.1947, ARST I, S. 159.

<sup>410</sup> ArbG Heide v. 17.6.1948, ARST I, S. 259.

<sup>411</sup> LAG Hamburg v. 6.6.1949, ARST III, S. 98; LAG Hannover v. 7.7.1949, ARST III, S. 222; ArbG Stade v. 17.6.1949, ARST III, S. 34; LAG Hannover v. 26.7.1950, BB 1950, S. 620.

<sup>412</sup> *Holling*: Kündigungsbeschränkungen (Kündigungsschutz), ZSch AuS 1948, S. 77, 80.

<sup>413</sup> LAG Hamburg v. 8.1.1949, ARST III, S. 35; LAG Hannover v. 10.2.1949, ARST II, S. 301; LAG Halle v. 16.2.1949, ARST II, S. 300; LAG Halle v. 30.3.1949, ARST II, S. 300.

<sup>414</sup> LAG Stuttgart v. 21.6.1948, WA 1949, S. 4; LAG Mecklenburg v. 8.11.1948, ZSch AuS 1949, S. 439; LAG Halle v. 1.4.1949, ARST II, S. 300.

<sup>415</sup> ArbG Heide v. 17.2.1949, ARST II, S. 301; ArbG Braunschweig v. 9.6.1949, ARST III, S. 99.

<sup>416</sup> LAG Kiel v. 19.5.1950, SAE 1951, S. 26 m. zust. Anm.

Die Rechtsprechung ging teilweise davon aus, dass eine die Fürsorgepflicht verletzende Kündigung nach § 242 BGB nichtig sei.<sup>417</sup> Sie nahm im Wesentlichen einen Verstoß an, wenn die Kündigung weder durch das Verhalten des Arbeitnehmers noch durch das Interesse des Betriebs bedingt war<sup>418</sup> und Folgen hatte, die der Fürsorge- und Treuepflicht widersprachen<sup>419</sup>.

In anderen Entscheidungen gewann der Grundsatz der Fürsorgepflicht unabhängig von § 242 BGB eigenständige Bedeutung.<sup>420</sup> So sah beispielsweise das LAG Bremen die Treue- und Fürsorgepflicht als Ausfluss der besonderen persönlichen Bindung zwischen den Parteien des Arbeitsverhältnisses an.<sup>421</sup> Die Fürsorgepflicht sollte durch das berechnete Eigeninteresse des Arbeitgebers an der Aufrechterhaltung des Betriebs begrenzt sein. Bei hochbezahlten Angestellten in leitender Stellung wurde dieses Eigeninteresse wegen des besonderen Vertrauensverhältnisses höher bewertet als bei sonstigen Arbeitnehmern. Daher war nach Ansicht des Gerichts eine Kündigung auch dann zulässig, wenn das Vertrauen des Arbeitgebers nicht durch Verschulden des leitenden Angestellten zerstört worden war. Allerdings wurde eine Kündigung missbilligt, wenn der Arbeitgeber dem leitenden Angestellten das Vertrauen willkürlich oder in schikanöser Weise entzogen hatte.

Das LAG Frankfurt/Main nahm eine Verletzung der Fürsorgepflicht infolge einer fehlerhaften Auswahl des Gekündigten an.<sup>422</sup> Das LAG Hannover meinte, der Arbeitgeber habe aufgrund der Fürsorgepflicht auch bei betriebsnotwendigen Kündigungen die gegenseitigen Interessen abzuwägen und die sozialen Belange zu würdigen.<sup>423</sup> Das LAG Hamburg war der Auffassung, dass sich aus der Fürsorgepflicht nicht näher bezeichnete Verpflichtungen des Arbeitgebers im Hinblick auf die Art und Weise der Ausübung des Kündigungsrechts ergaben.<sup>424</sup> Die Kündigung eines Arbeitnehmers aufgrund einer vom Arbeitgeber verschuldeten Erkrankung war nach Ansicht des LAG Stuttgart wegen Verletzung der Fürsorgepflicht gemäß § 138 BGB nichtig.<sup>425</sup>

---

<sup>417</sup> LAG Hamburg v. 17.4.1948, ARST II, S. 41; LAG Kiel v. 19.5.1948, AE 1949, S. 45; LAG Stuttgart v. 23.3.1949, WA 1949, S. 146 m. Anm.; LAG Kiel v. 25.5.1949, RdA 1950, S. 159 m. Anm. Hueck; LAG Düsseldorf v. 12.4.1950, RdA 1950, S. 433 m. Anm. Nikisch; LAG Frankfurt/Main v. 4.5.1950, WA 1950, S. 178; ArbG Stade v. 9.8.1948, ARST II, S. 45; ArbG Göttingen v. 30.9.1948, WA 1949, S. 10; ArbG Neumünster v. 3.1.1951, ARST VI, S. 18; *Ringer*: Anm. zu LAG Frankfurt/Main v. 29.4.1947, SJZ 1947, S. 387, 390.

<sup>418</sup> ArbG Stade v. 9.8.1948, ARST II, S. 45.

<sup>419</sup> LAG Hannover v. 11.4.1950, ARST IV, S. 501.

<sup>420</sup> LAG Kiel v. 17.2.1948, ARST I, S. 258; LAG Bremen v. 21.1.1949, WA 1949, S. 98; LAG Hannover v. 7.7.1949, ARST III, S. 222; ArbG Göttingen v. 10.12.1948, ARST II, S. 299; ArbG Flensburg v. 1.6.1949, ARST III, S. 34; ArbG Stade v. 11.11.1949, ARST III, S. 230; ArbG Husum v. 21.6.1950, ARST IV, S. 582; ArbG Göttingen v. 19.4.1951, ARST VI, S. 142.

<sup>421</sup> LAG Bremen v. 21.1.1949, WA 1949, S. 98.

<sup>422</sup> LAG Frankfurt/Main v. 10.8.1949, AP 1950, Nr. 29 m. Anm. Hueck.

<sup>423</sup> LAG Hannover v. 14.12.1950, ARST VI, S. 54.

<sup>424</sup> LAG Hamburg v. 10.3.1948, SAE 1949, S. 20, 22 m. zust. Anm.

<sup>425</sup> LAG Stuttgart v. 9.8.1950, AP 1951, Nr. 145 m. Anm. Hueck.

Nach Ansicht des Arbeitsgerichts Hannover hatte der Arbeitgeber bei einer betriebsbedingten Kündigung aufgrund seiner Treue- und Fürsorgepflicht den Grundsatz der sozialen Gerechtigkeit zu beachten.<sup>426</sup> Dieser konnte beispielsweise durch unsachgemäße Auswahl des Gekündigten verletzt sein.<sup>427</sup> Der Arbeitgeber hatte die Auswahl nach der Leistungsfähigkeit, den betrieblichen Erfordernissen und nach sozialen Gesichtspunkten zu treffen.<sup>428</sup> Allerdings wurde die Kündigung eines ungelerten Arbeitnehmers zugunsten einer Fachkraft von den Gerichten nicht als sozial ungerechtfertigt angesehen.<sup>429</sup>

Im Schrifttum vertrat Hueck, dass die Treue- und Fürsorgepflicht seit langem von Literatur und Rechtsprechung anerkannt sei.<sup>430</sup> Sie war seiner Ansicht nach der geeignete Ansatz zum Schutz vor sozial zu missbilligenden Kündigungen.<sup>431</sup> Er befürwortete als Rechtsfolge einen Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers.<sup>432</sup>

Nach Ansicht Neumanns war die Fürsorgepflicht der einzige Maßstab, der im Rahmen des § 242 BGB bei Überprüfung einer Kündigung auf Rechtsmissbrauch zu berücksichtigen war.<sup>433</sup> Eine Verletzung sollte zur Nichtigkeit führen.<sup>434</sup>

## **I. Die Bedeutung der Betriebszugehörigkeitsdauer für den Kündigungsschutz durch allgemeines Zivilrecht**

Der Betriebszugehörigkeitsdauer kam nach Ende des Zweiten Weltkriegs bei dem Kündigungsschutz durch allgemeines Zivilrecht in zweierlei Hinsicht Bedeutung zu. Zum einen wurde in Anlehnung an vergangene, gesetzliche Kündigungsschutzregelungen über eine Wartefrist diskutiert. Zum anderen wurde die Relevanz einer langjährigen Betriebszugehörigkeit erörtert.

Während des Nationalsozialismus war der gesetzliche Kündigungsschutz durch § 56 AOG erstmalig an eine bestimmte Mindestbeschäftigungsdauer gebunden worden.<sup>435</sup> Seit 1951 setzt das KSchG voraus,

---

<sup>426</sup> ArbG Hannover v. 8.7.1948, ARST II, S. 100.

<sup>427</sup> LAG Frankfurt/Main v. 6.4.1948, ARST II, S. 45; LAG Heidelberg v. 28.9.1948, ARST II, S. 233; LAG Kiel v. 25.5.1949, RdA 1950, S. 159 m. Anm. Hueck; ArbG Göttingen v. 1.10.1948, ARST II, S. 101; ArbG Köln v. 5.4.1949, ARST III, S. 319; ArbG Flensburg v. 9.11.1949, ARST III, S. 262 (Hier wurde wegen unsachgemäßer Auswahl die Nichtigkeit nach § 138 BGB angenommen.); ArbG Groß-Berlin v. 31.7.1950, ARST V, S. 154; ArbG Mosbach v. 9.11.1950, ARST VI, S. 18; ArbG Neumünster v. 3.1.1951, ARST VI, S. 18; *Holling*: Kündigungsbeschränkungen (Kündigungsschutz), ZSch AuS 1948, S. 77, 80; *Hueck*: Anm. zu LAG Frankfurt/Main v. 10.8.1949, AP 1950, Nr. 29. A.A. LAG Hamburg v. 1.11.1949, BB 1950, S. 93 (Das Gericht nahm an, die Auswahl stehe im Ermessen des Arbeitgebers.).

<sup>428</sup> LAG Frankfurt/Main v. 6.4.1948, ARST II, S. 45; LAG Heidelberg v. 28.9.1948, ARST II, S. 233; LAG Frankfurt/Main v. 10.8.1949, AP 1950, Nr. 29 m. Anm. Hueck; ArbG Flensburg v. 14.12.1949, ARST IV, S. 359. Demgegenüber hatte die Kündigung nach Ansicht des LAG Kiel v. 25.5.1949, RdA 1950, S. 159, 160 m. Anm. Hueck aufgrund der Auswahl nur dann keinen Bestand mehr, wenn sie sich als großer Missgriff erwies.

<sup>429</sup> ArbG Flensburg v. 17.5.1949, ARST III, S. 97; ArbG Rosenheim, Zweigt. Mühldorf v. 22.12.1950, ARST VI, S. 54.

<sup>430</sup> *Hueck*: Anm. zu LAG Bremen v. 4.8.1948, RdA 1948, S. 193, 194.

<sup>431</sup> *Hueck*: Der Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, SJZ 1947, Sp. 609, 612; *ders.*: Anm. zu LAG Hamburg v. 10.3.1948, RdA 1948, S. 116, 118; *ders.*: Der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers nach dem heutigen Stand von Gesetzgebung und Rechtsprechung in den Westzonen, BStSozArbR 1949, S. 131, 134. Ähnlich auch *Maus*: Das Deutsche Arbeits- und Sozialrecht, Bd. 1, 1943, S. 336 f.

<sup>432</sup> *Hueck*: Anm. zu LAG Hamburg v. 10.3.1948, RdA 1948, S. 116, 118. Differenzierter *ders.*: Anm. zu LAG Bremen v. 4.8.1948, RdA 1948, S. 193. Ebenso LAG Hamburg v. 10.3.1948, SAE 1949, S. 20, 22 m. zust. Anm.

<sup>433</sup> *Neumann*: Zum heutigen Stand des Kündigungsschutzes, 1949, S. 41 f. (Auf S. 43 f. schlug er für die Ostzone aufgrund der dortigen Sozialisierung jedoch eine abweichende Lösung vor.).

<sup>434</sup> *Neumann*: Zum heutigen Stand des Kündigungsschutzes, 1949, S. 45 f.

<sup>435</sup> § 56 AOG forderte eine einjährige Betriebszugehörigkeit.

dass der Arbeitnehmer mindestens sechs Monate ohne Unterbrechungen in demselben Betrieb oder Unternehmen beschäftigt sein muss, § 1 Abs. 1 KSchG.<sup>436</sup> In der Nachkriegszeit enthielten die landesrechtlichen Kündigungsschutzvorschriften in Bayern und Berlin dreimonatige Wartefristen.<sup>437</sup>

Die Gerichte waren zwischen 1945 und 1951 teilweise der Auffassung, dass der Kündigungsschutz durch allgemeine bürgerlich-rechtlichen Vorschriften ebenfalls erst ab einer bestimmten Beschäftigungsdauer bestehen sollte.<sup>438</sup> Nach Ansicht des LAG Kiel war eine einjährige Betriebszugehörigkeit erforderlich.<sup>439</sup> Das ArbG Braunschweig ging im Rahmen des § 138 BGB von einem halben Jahr Wartezeit aus.<sup>440</sup> Andere Gerichte nahmen eine dreimonatige Probezeit an.<sup>441</sup> Ungenauer war demgegenüber die Forderung von „einigen Monaten“<sup>442</sup>. Teils wurde auch zwischen einfachen Arbeitern und Angestellten und solchen in leitender oder anderweitig verantwortungsvoller Stellung unterschieden. Im ersten Fall sollte die Wartezeit drei bis sechs Monate betragen, im zweiten Fall ein Jahr.<sup>443</sup>

Die Bedeutung einer langjährigen Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers wurde unterschiedlich beurteilt. In einigen Urteilen des LAG Hamburg wurde der Beschäftigungsdauer beispielsweise im Zusammenhang mit der Treu- und Sittenwidrigkeit einer Kündigung grundsätzlich keine Beachtung geschenkt.<sup>444</sup> In anderen Fällen urteilte das Gericht genau gegenteilig.<sup>445</sup>

Das ArbG Aachen war der Auffassung, dass bei einer langjährigen Betriebszugehörigkeit von 15 Jahren die Kündigung nur noch bei Vorliegen eines sachlichen Grundes gerechtfertigt sein konnte.<sup>446</sup> Das ArbG Karlsruhe und das ArbG Rosenheim nahmen an, dass eine langjährige Betriebszugehörigkeit zwar bei betriebsbedingten Kündigungen im Rahmen einer Interessenabwägung besonders zu berücksichtigen sei.<sup>447</sup> Sie sollte allerdings nicht zum grundsätzlichen Ausschluss der Kündigung führen können.

Hinsichtlich des Kündigungsschutzes aufgrund der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers<sup>448</sup> wurde bei langjähriger Betriebszugehörigkeit eine gesteigerte Fürsorgepflicht angenommen.<sup>449</sup>

---

<sup>436</sup> Vgl. S. 91 f.

<sup>437</sup> Art. 1 bay. KSchG, § 67 bay. BRG, § 1 Abs. 1 berl. KSchG. Vgl. S. 51 f., 52 f., 64.

<sup>438</sup> A.A. ArbG Lübeck v. 3.11.1947, ARST I, S. 257; ArbG Heide v. 18.11.1947, ARST I, S. 106; ArbG Lübeck v. 15.12.1947, ARST I, S. 159.

<sup>439</sup> LAG Kiel v. 13.8.1947 zit. bei ArbG Heide v. 18.11.1947, ARST I, S. 106.

<sup>440</sup> ArbG Braunschweig v. 12.2.1948, ARST II, S. 41.

<sup>441</sup> ProvArbG Halle v. 6.9.1946, WA 1948, S. 13; LAG Halle v. 6.1.1948, ZSch AuS 1948, S. 480; ArbG Heide v. 24.2.1948, ARST I, S. 160.

<sup>442</sup> ArbG Chemnitz v. 20.5.1948, ARST II, S. 42; ArbG Rosenheim v. 16.8.1948, ARST II, S. 162.

<sup>443</sup> LAG Kiel v. 17.2.1948, ARST I, S. 258.

<sup>444</sup> LAG Hamburg v. 5.2.1947, WA 1948, S. 77; LAG Hamburg v. 8.5.1948, ARST II, S. 41; LAG Hamburg v. 19.2.1949, RdA 1949, S. 423 m. Anm. Hueck; LAG Hamburg v. 1.11.1949, BB 1950, S. 93. So auch ArbG Halberstadt v. 7.6.1948, ARST II, S. 43.

<sup>445</sup> LAG Hamburg v. 13.3.1948, ARST I, S. 189; LAG Hamburg v. 11.5.1949, SAE 1950, S. 4, 5 m. Anm.; LAG Hamburg v. 28.7.1949, ARST III, S. 320; LAG Hamburg v. 9.2.1950, ARST IV, S. 412. In diesem Sinne auch LAG Frankfurt/Main v. 23.3.1949, AP 1950, Nr. 28; LAG Kiel v. 6.6.1950, AP 1951, Nr. 17 m. Anm. Herschel; *Holling*: Kündigungsbeschränkungen (Kündigungsschutz), ZSch AuS 1948, S. 77, 80.

<sup>446</sup> ArbG Aachen v. 10.4.1947, AE 1947, S. 13.

<sup>447</sup> ArbG Karlsruhe v. 26.11.1948, ARST II, S. 235; ArbG Rosenheim v. 10.1.1951, ARST VI, S. 101.

<sup>448</sup> Vgl. S. 78 f.

<sup>449</sup> ArbG Hildesheim v. 13.12.1949, ARST III, S. 230.

Das LAG Hannover war ferner der Ansicht, dass der Arbeitgeber bei Kündigung eines langjährig Beschäftigten aufgrund der jedem Arbeitsverhältnis innewohnenden Treuepflicht zur Angabe des Kündigungsgrundes verpflichtet sei und bei Nichterfüllung dieser Pflicht gegen § 242 BGB verstoße.<sup>450</sup>

## J. Die gerichtliche Durchsetzung des Kündigungsschutzes durch allgemeines Zivilrecht

### I. Die Darlegungs- und Beweislast

Nach überwiegender Meinung hatte der Arbeitnehmer darzulegen und zu beweisen, dass die Kündigung durch den Arbeitgeber treuwidrig i.S.d. § 242 BGB war.<sup>451</sup> Das LAG Kiel war allerdings der Auffassung, dass es ausreichend sei, wenn der Arbeitnehmer durch Hinweis auf die Umstände des Einzelfalls den Beweis des ersten Anscheins erbringen könne (prima-facie-Beweis).<sup>452</sup>

Diejenigen, die jede sachlich nicht gerechtfertigte Kündigung als treuwidrig werteten, nahmen teilweise an, dass der Arbeitgeber die sachlichen Gründe nachzuweisen habe.<sup>453</sup> Eine ausführliche Begründung für die Beweislastverteilung erfolgte nur durch Holling: Da § 242 BGB eine echte Beschränkung des Anspruchsinhalts sei, habe der Arbeitgeber zu beweisen, dass seine Kündigung nicht treuwidrig sei. Er könne sich gegenüber einer Einwendung des Arbeitnehmers nicht auf bloßes Bestreiten beschränken. Bereits unter Geltung des AOG von 1934 sei der Arbeitgeber zum Nachweis der Kündigungstatsachen verpflichtet gewesen. Demgegenüber habe der Arbeitnehmer unter dem AOG nachweisen müssen, inwieweit die Kündigung für ihn eine unbillige Härte bedeutete.<sup>454</sup>

Im Hinblick auf § 138 BGB wurde die Beweislastfrage nicht weiter problematisiert. Die Darlegungs- und Beweislast hatte eindeutig der Arbeitnehmer zu tragen.<sup>455</sup> "Er ist dafür beweispflichtig, dass es sich um einen offenbar rechtswidrigen Vorgang handelt, dass einwandfrei das Ergebnis bleibt, die Kündigung verstoße gegen das Rechtsgefühl aller billig und gerecht denkenden Menschen."<sup>456</sup>

---

<sup>450</sup> LAG Hannover v. 11.7.1949, ARST III, S. 160.

<sup>451</sup> LAG Kiel v. 10.4.1947, AE 1947, S. 3; LAG Frankfurt/Main v. 16.9.1947, AE 1947, S. 13; LAG Hamm v. 4.11.1947, NJW 1947/1948, S. 318; LAG Kiel v. 17.2.1948, ARST I, S. 258; LAG Hamburg v. 11.5.1949, SAE 1950, S. 4, 5 m. Anm.; LAG Kiel v. 25.5.1949, RdA 1950, S. 159 m. Anm. Hueck; LAG Berlin v. 4.11.1950, EntschKalender 1951, S. 133; ArbG Köln v. 16.3.1948, RdA 1948, S. 156 m. Anm. Bulla; ArbG Braunschweig v. 7.7.1948, ARST II, S. 161; ArbG Oldenburg v. 30.7.1948, ARST II, S. 163; ArbG Hildesheim v. 26.10.1948, ARST II, S. 163; ArbG Flensburg v. 2.12.1948, ARST II, S. 235; ArbG Schleswig v. 1.2.1949, ARST III, S. 321; ArbG Essen v. 3.3.1949, SAE 1949, S. 9; ArbG Neumünster v. 17.4.1950, ARST IV, S. 500; ArbG Emden v. 23.1.1951, ARST VI, S. 102; Hueck: Anm. zu LAG Kiel v. 25.5.1949, RdA 1950, S. 159, 160; o. V.: Zum Kündigungsschutz nach Fortfall der §§ 56 ff. AOG, BB 1947, S. 102, 103; Sadtler: Landesverordnung über die Errichtung und die Tätigkeit von Betriebsräten vom 15.5.1947, 1949, S. 48.

<sup>452</sup> LAG Kiel v. 19.5.1948, AE 1949, S. 45.

<sup>453</sup> *Beine*: Zum Problem des Kündigungsschutzes, ArbBl.BrZ 1947, S. 210, 212; *Holling*: Kündigungsbeschränkungen (Kündigungsschutz), ZSch AuS 1948, S. 77, 80; *Präsident, der, des Zentralamts für Arbeit*: Betreff Kündigungsschutz (Erlass des Präsidenten des Zentralamtes für Arbeit der britischen Zone v. 23.1.1947, III/95/47), ArbBl.BrZ 1947, S. 72; *Savaète*: Grundfragen des Arbeitsrechts, 1949, S. 44.

<sup>454</sup> *Holling*: Kündigungsbeschränkungen (Kündigungsschutz), ZSch AuS 1948, S. 77, 80.

<sup>455</sup> LAG Hamburg v. 10.3.1948, SAE 1949, S. 20, 21 m. Anm.; LAG Berlin v. 4.11.1950, EntschKalender 1951, S. 133; ArbG Braunschweig v. 7.7.1948, ARST II, S. 161; ArbG Oldenburg v. 30.7.1948, ARST II, S. 163; ArbG Nürnberg, Zweigst. Ansbach v. 21.6.1950, ARST IV, S. 541; *Müller*: Das Problem des allgemeinen Kündigungsschutzes in der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte, DRZ 1948, S. 122, 124; *Sadtler*: Landesverordnung über die Errichtung und die Tätigkeit von Betriebsräten vom 15.5.1947, 1949, S. 48.

<sup>456</sup> ArbG Nürnberg, Zweigst. Ansbach v. 21.6.1950, ARST IV, S. 541.

## II. Die Klageart

Ergab sich die Nichtigkeit einer Kündigung aus den erläuterten allgemeinen, zivilrechtlichen Vorschriften und Rechtsgedanken, konnte der Arbeitnehmer mit der Feststellungsklage das Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses gerichtlich feststellen lassen. Erhob er Leistungsklage, verurteilte das Gericht den Arbeitgeber nach § 615 BGB wegen Annahmeverzugs auf Lohnzahlung seit Ablauf der Kündigungsfrist. Hierbei prüfte es inzidenter das Bestehen des Arbeitsverhältnisses. Die erstinstanzliche Klage war nach dem Krieg zunächst beim Amtsgericht zu erheben.<sup>457</sup> Berufungsinstanz war das Landgericht. Nach Wiedereröffnung der Arbeitsgerichtsbarkeit waren die Arbeitsgerichte und die Landesarbeitsgerichte entsprechend zuständig. Revisionen konnten, soweit die räumliche Zuständigkeit gegeben war, bei dem OGH des Vereinigten Wirtschaftsgebiets eingelegt werden.

## III. Die Verwirkung des Klagerechts

Das BRG von 1920 hatte für die gerichtliche Geltendmachung der Einspruchsgründe nach § 84 nur eine Frist von fünf Tagen vorgesehen, § 86 BRG. Heute muss die Unwirksamkeit der Kündigung nach § 1 KSchG und aus den sonstigen Nichtigkeitsgründen außerhalb des Gesetzes nach § 4 KSchG innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung klageweise gerügt werden.<sup>458</sup>

Demgegenüber war der Kündigungsschutz durch die allgemeinen BGB-Vorschriften nicht durch eine gesetzliche Fristenregelung sondern nur durch das Rechtsinstitut der Verwirkung beschränkt. Diesem Aspekt wurde jedoch nach 1945 weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur besondere Aufmerksamkeit geschenkt. Lediglich das ArbG Köln kritisierte in einem Urteil von 1948 die dadurch eingetretene Rechtsunsicherheit und sah das Klagerecht anderthalb Jahre nach Ausspruch der Kündigung als verwirkt an.<sup>459</sup>

## 4. Teil: Stellungnahme

Die starke Bedeutung des Kündigungsschutzes durch allgemeine BGB-Vorschriften zwischen 1945 und 1951 ist ausschließlich darauf zurückzuführen, dass nach dem Wegfall des bisherigen Kündigungsschutzrechts zunächst gar keine spezialgesetzlichen Regelungen existierten und ab 1947 nicht in allen geschaffenen Ländern entsprechende Regelungen neu erlassen wurden. Das Fehlen dieses Kündigungsschutzes bedeutete jedoch keine Rückentwicklung in die Kündigungssituation zum Ende des 19. Jh., da die Rechtsprechung nach ihrer anfänglichen Zurückhaltung zum Beginn des vergangenen Jh. in Folge der Existenz des BRG von 1920 das gefestigte Bewusstsein eines eingeschränkten Kündigungsrechts des Arbeitgebers entwickelt hatte.<sup>460</sup> Darüber hinaus war die kündigungsschützende Wirkung der allgemeinen Zivilrechtsvorschriften anerkannt.

Das Fehlen des spezialgesetzlichen Schutzes zwang die Gerichte dazu, den Umfang des zivilrechtlichen Kündigungsschutzes selbst festzulegen. Dass hierbei im Wesentlichen ein Schutz im Sinne der bisherigen Vorschriften vertreten wurde, lag nahe. Es musste eine plötzlich entstandene Lücke schnellstmöglich und effektiv gefüllt werden. Mit den Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB bot sich dafür ein Instrument mit ausreichender Flexibilität an. Soweit einige Gerichte durch die zivilrechtlichen Vorschriften einen über die bisherigen spezialgesetzlichen Regelungen hinausgehenden Kündigungsschutz vertraten, deutete sich damit bereits die Weiterentwicklung zu dem

---

<sup>457</sup> Vgl. S. 46.

<sup>458</sup> Vgl. S. 268 f. Dies gilt jedoch ausnahmsweise nicht für die Unwirksamkeit nach §§ 623, 125 BGB, vgl. dazu S. 270.

<sup>459</sup> ArbG Köln v. 4.11.1948, WA 1949, S. 67.

<sup>460</sup> So auch damals *Hueck*: Der Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, SJZ 1947, Sp. 609.

inhaltlich stärkeren Kündigungsschutz an, der 1951 im KSchG umgesetzt wurde. Er ging in diesem Fall jedoch insofern weiter, da er sich auf alle Arbeitnehmer erstreckte.

Die Rechtswissenschaft setzte sich mit dem Kündigungsschutz nur in geringem Maße auseinander; so wie sie im Übrigen insgesamt weniger arbeitsrechtliche Beiträge in der Fachpresse veröffentlichte als zuvor. Unter dem Eindruck der neuen Vorstellungen der Alliierten und ihrer Maßnahmen zur Beseitigung des nationalsozialistischen Gedankenguts standen auch große Teile der Wissenschaft der weiteren Entwicklung in Deutschland zunächst abwartend gegenüber.

## **5. Teil: Zusammenfassung**

Soweit nach Ende des Zweiten Weltkriegs in Deutschland kein einheitlicher gesetzlicher Schutz des Arbeitnehmers gegen den Verlust des Arbeitsplatzes bestand, griffen die Gerichte auf die allgemeinen BGB-Vorschriften zur Lösung kündigungsschutzrechtlicher Streitigkeiten zurück. Im Vordergrund stand dabei die Anwendung der §§ 138, 242 BGB. Die Rechtsprechung sprach den durch diese Regelungen vermittelten Kündigungsschutz überwiegend in dem Umfang zu, wie er bisher nach dem BRG von 1920 und dem AOG von 1934 bestanden hatte. Teilweise wurde der Anwendungsbereich der Vorschriften jedoch auch darüber hinaus ausgedehnt oder im Gegensatz dazu nur auf ganz besondere Umstände begrenzt. Der Kündigungsschutz im Nachkriegsdeutschland wurde daher sehr uneinheitlich gewährleistet.



## **4. Kapitel: 1951 - 2006: Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes durch Grundrechte des Grundgesetzes und allgemeines Zivilrecht**

### **1. Teil: Einführung**

Nach Ende des Zweiten Weltkriegs waren die politisch bedeutsamsten Ereignisse für Deutschland 1949 die Gründung der Bundesrepublik und der DDR sowie die Wiedervereinigung beider deutschen Staaten am 3.10.1990. Die Wirtschaft war in den fünfziger und sechziger Jahren des vergangenen Jh. durch eine sehr gute Konjunktorentwicklung geprägt. Seit den siebziger Jahren kämpft die Gesellschaft jedoch zum einen mit dem Strukturwandel von der Industrie- zur Dienstleistungsgesellschaft und mit grundlegenden Veränderungen der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen<sup>461</sup>. Zum anderen ist die im Gesamtverlauf der vergangenen Jahrzehnte stetig wachsende Arbeitslosigkeit derzeit ein großes Problem. Im Februar 2006 betrug die Arbeitslosenquote 12,2%.<sup>462</sup> Damit waren zu diesem Zeitpunkt 5.05 Mio. Menschen ohne Beschäftigung.<sup>463</sup>

Im Arbeitsrecht wurden vor allem Anfang der fünfziger Jahre des letzten Jh. zahlreiche, grundlegende Gesetze erlassen. Bereits 1949 wurde das Tarifrecht durch das Tarifvertragsgesetz<sup>464</sup> neu kodifiziert. Das Betriebsverfassungsgesetz von 1952 (BetrVG 1952)<sup>465</sup> regelte die betriebliche und teilweise auch die unternehmensbezogene Mitbestimmung der Arbeitnehmer. Umfassende Reformen der betrieblichen Mitbestimmung erfolgten 1972 und 2001<sup>466</sup>. Das Montanmitbestimmungsgesetz<sup>467</sup> sichert seit 1951 die Mitbestimmung auf Unternehmensebene in der Montanindustrie. Das Mitbestimmungsgesetz von 1976<sup>468</sup> enthält bis heute die Regelung der unternehmensbezogenen Mitbestimmung in Großunternehmen. Das ArbGG vom 3.9.1953<sup>469</sup> regelte das arbeitsgerichtliche Verfahren neu. Es schaffte mit Errichtung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) wieder eine für die Wahrung der Rechtseinheit zuständige dritte arbeitsgerichtliche Instanz für ganz Deutschland.<sup>470</sup> Das Gericht nahm seine Rechtsprechungstätigkeit im April 1954 auf.

---

<sup>461</sup> Z.B. die Globalisierung der Wirtschaft und die Verlagerung von Produktionsstandorten in das Ausland.

<sup>462</sup> Monatsbericht der Bundesagentur für Arbeit, Februar 2006, <http://www.pub.arbeitsamt.de/hst/services/statistik/000000/html/start/monat/aktuell.pdf>.

<sup>463</sup> Vgl. Fn. 462.

<sup>464</sup> WiGBI. 1949, S. 55.

<sup>465</sup> BGBl. I 1952, S. 681.

<sup>466</sup> BGBl. I 2001, S. 1852.

<sup>467</sup> BGBl. I 1951, S. 347.

<sup>468</sup> BGBl. I 1976, S. 1153.

<sup>469</sup> Vgl. Fn. 253.

<sup>470</sup> Nach 1945 war die Arbeitsgerichtsbarkeit vorübergehend auf zwei Instanzen begrenzt worden, vgl. S. 46.

## 2. Teil: Der allgemeine Kündigungsschutz durch das KSchG vom 10.8.1951

Der allgemeine arbeitsrechtliche Kündigungsschutz ist seit 1951 spezialgesetzlich im KSchG geregelt. Wichtige Vorarbeiten enthielten das Kündigungsschutzgesetz des Frankfurter Wirtschaftsrats von 1949<sup>471</sup>, der Hattenheimer Entwurf<sup>472</sup> und der Entwurf der von Adenauer geführten Bundesregierung<sup>473</sup>.

Das am 10.8.1951 vom Bundestag beschlossene KSchG trat am 14.8.1951 in Kraft.<sup>474</sup> Davon ausgenommen waren die für das Untersuchungsthema nicht relevanten Vorschriften der §§ 15 ff. KSchG 1951<sup>475</sup> über Massenentlassungen. Sie wurden erst nach Errichtung der Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung<sup>476</sup> wirksam, § 26 Abs. 3 KSchG 1951. Die bisherigen landesrechtlichen Vorschriften zum Schutz gegen sozialwidrige Kündigungen traten nach § 26 Abs. 2 KSchG 1951 außer Kraft.<sup>477</sup>

Sonderregelungen bestanden für West-Berlin und das Saargebiet. In West-Berlin galt bis zur Übernahme des bundesdeutschen KSchG am 1.1.1953 das bereits erläuterte berl. KSchG vom 20.5.1950 fort.<sup>478</sup> Im Saarland, das erst ab dem 1.1.1957 wieder voll zu Deutschland gehörte, war der allgemeine Kündigungsschutz bis 1954 zunächst weiterhin in der saarl. BRVO vom 1.8.1947 geregelt.<sup>479</sup> Seit dem 1.8.1954 enthielt das saarl. KSchG vom 7.7.1954<sup>480</sup> den allgemeinen arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz. Es lehnte sich inhaltlich eng an das bundesdeutsche KSchG an<sup>481</sup>, das schließlich 1958 vom Saarland übernommen wurde.<sup>482</sup>

---

<sup>471</sup> Das Gesetz trat wegen fehlender Genehmigung der Militärregierung nicht in Kraft. Vgl. *Hueck*: Das neue Kündigungsschutzgesetz des Wirtschaftsrates, RdA 1949, S. 331; *Weber*: Neuregelung des Kündigungsschutzes (Westzonen), BB 1949, S. 666 ff.

<sup>472</sup> *Hueck*: Der Hattenheimer Entwurf des KSchG, RdA 1950, S. 65 ff.

<sup>473</sup> *O.V.*: Die weitere Entwicklung des Bundeskündigungsschutzgesetzes einschließlich Stellungnahme der Bundesregierung zu den Änderungsvorschlägen des Deutschen Bundesrates zum Entwurf eines Kündigungsschutzgesetzes, RdA 1951, S. 178 ff.

<sup>474</sup> BGBI. I 1951, S. 499. Erstes Schrifttum zum KSchG *Bührig u.a.*: KSchG, 1952; *Erdmann*: KSchG, 1. Aufl. 1951; *Herschel/Steinmann*: KSchG, 1. Aufl. 1951; *Hueck*: KSchG, 1. Aufl. 1951; *Rohlfing*: KSchG, 1951; *Dietz*: Das neue Kündigungsschutzgesetz, NJW 1951, S. 941 ff.; *Galperin*: Grundgedanken und Struktur des Kündigungsschutzgesetzes - Eine dogmatische Studie, RdA 1966, S. 361 ff.; *Hueck*: Das Bundeskündigungsschutzgesetz, RdA 1951, S. 281 ff.

<sup>475</sup> Der Zusatz "1951" wird im folgenden verwendet, wenn sich die Ausführungen ausschließlich auf das KSchG in der Fassung vom 14.8.1951 bis zur Änderung durch das ArbRBereiniGG v. 14.8.1969 beziehen.

<sup>476</sup> Seit 1969 Bundesanstalt für Arbeit, seit 2004 Bundesagentur für Arbeit.

<sup>477</sup> BAG v. 10.11.1954, BAGE 1, S. 158, 159 f.; BAG v. 17.12.1959, AP Nr. 21 zu § 616 BGB m. Anm. *Hueck*; *Rohlfing*: KSchG, 1951, § 2 KSchG Anm. 5, § 26 KSchG Anm. 3; *Meissinger*: BetrVG, 1952, § 60 BetrVG Anm. 1; *Franke*: Ländergesetzliches personelles Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats beim Kündigungsschutz und das neue Bundeskündigungsschutzgesetz, BABI. 1952, S. 309, 311.

<sup>478</sup> Vgl. S. 63 ff. Das KSchG des Bundes wurde übernommen durch das Gesetz zur Übernahme des KSchG 1951 vom 22.12.1952 (GVBl. Berlin 1952, S. 1197).

<sup>479</sup> Vgl. S. 54 ff.

<sup>480</sup> Abl. Saarl. 1954, S. 878.

<sup>481</sup> *Frey*: Kündigungsschutz und Betriebsverfassung im Saarland, RdA 1956, S. 50 ff.

<sup>482</sup> Die Übernahme erfolgte durch Art. 7 § 23 des Gesetzes Nr. 628 zur Einführung des Gesetzes über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung im Saarland vom 18.6.1958 (Abl. Saarl. 1958, S. 1249).

Eine kündigungsschutzrechtliche Sondersituation ergab sich auch im Zusammenhang mit der deutschen Wiedervereinigung. Für Kündigungen in den heutigen neuen Bundesländern, die vor dem 1.7.1990<sup>483</sup> zugegangen waren, galt das AGB-DDR i.d.F. vom 16.6.1977<sup>484</sup>. Bei Zugang in der Zeit vom 1.7. bis 2.10.1990 waren sie nach dem AGB-DDR i.d.F. vom 22.6.1990<sup>485</sup> und dem KSchG<sup>486</sup> zu beurteilen. Der Beitritt der früheren DDR zur Bundesrepublik Deutschland führte am 3.10.1990 zur grundsätzlichen Aufhebung des ostdeutschen Rechts. Zum gleichen Tag wurde das deutsche Bundesrecht gemäß Art. 8 Einigungsvertrag in den neuen Bundesländern in Kraft gesetzt. Alle nach dem 3.10.1990 im Beitrittsgebiet zugegangenen Kündigungen sind deshalb nach dem KSchG und den anderen bundesdeutschen Kündigungsvorschriften zu beurteilen.<sup>487</sup>

Wie die §§ 84 ff. BRG von 1920 und die landesrechtlichen Kündigungsschutzvorschriften nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs schließt das KSchG ebenfalls bis heute bestimmte Arbeitnehmer von seinem Geltungsbereich aus.<sup>488</sup> Für sie ist daher der Schutz des Arbeitsplatzes durch Grundrechte und allgemeines Zivilrecht bedeutsam.<sup>489</sup>

### A. Die Ausgestaltung des allgemeinen Kündigungsschutzes nach dem KSchG

Die Grundkonzeption des allgemeinen gesetzlichen Kündigungsschutzes hat sich seit 1951 nicht verändert. Die zentrale Norm ist § 1 KSchG. Eine Kündigung ist unwirksam, wenn sie i.S.d. § 1 Abs. 2, 3 KSchG sozial nicht gerechtfertigt ist. Der Arbeitnehmer kann gegen eine ungerechtfertigte Kündigung innerhalb von drei Wochen nach ihrem Zugang Klage beim Arbeitsgericht erheben. Der Antrag ist auf die Feststellung des Fortbestands des Arbeitsverhältnisses zu richten. Verstreicht die Frist und kommt keine nachträgliche Zulassung der Klage nach den §§ 5, 6 KSchG in Betracht, ist die Kündigung wirksam, § 7 KSchG.<sup>490</sup>

Ist die fristgemäß eingereichte Klage begründet, besteht das Arbeitsverhältnis mit allen gegenseitigen Pflichten fort. Der Arbeitgeber ist insbesondere zur Nachzahlung des Gehalts seit Ablauf der Kündigungsfrist verpflichtet. Bei begründetem Antrag jeder einzelnen Vertragspartei ist das Gericht

---

<sup>483</sup> Beginn der Wirtschafts-, Währungs- und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der ehemaligen DDR auf der Grundlage des Vertrags über die Schaffung einer Wirtschafts-, Währungs- und Sozialunion v. 18.5.1990 (BGBl. II 1990, S. 537).

<sup>484</sup> Gbl. DDR I 1977, S. 185.

<sup>485</sup> Gbl. DDR I 1990, S. 371.

<sup>486</sup> § 32 InkrafttretungsG v. 21.6.1990 (Gbl. DDR I 1990, S. 357) setzte das KSchG im Gebiet der ehemaligen DDR mit Wirkung zum 1.7.1990 in Kraft.

<sup>487</sup> Anlage 2 zum Einigungsvertrag regelt allerdings die Fortgeltung einiger, hier nicht relevanter Vorschriften des AGB-DDR, vgl. *Fenski/Linck*: Besonderheiten der Beendigung von Arbeitsverhältnissen in den neuen Bundesländern, NZA 1992, S. 337, 338; *Neumann*: Das Arbeitsrecht in den neuen Bundesländern, RdA 1999, S. 90 ff.

<sup>488</sup> Zu den Ausschlüssen durch das BRG von 1920 vgl. S. 20 ff. Zu den Ausschlüssen durch die landesrechtlichen Kündigungsschutzregelungen nach Ende des Zweiten Weltkriegs Vgl. S. 49 ff., 51 ff., 52 ff., 54 ff., 56 f., 57 f., 59 ff., 61 f., 62 f., 64 ff. Zu den Ausschlüssen durch das KSchG vgl. S. 88 ff.

<sup>489</sup> Vgl. S. 108 ff.

<sup>490</sup> Früher konnte sie jedoch aus anderen Gründen außerhalb des KSchG unwirksam sein, z.B. wegen Verletzung der §§ 116 ff., 134, 138, 242 BGB. Dies ist seit 1.1.2004 nicht mehr möglich, da sich die in § 4 KSchG festgelegte Frist heute grundsätzlich auch auf Nichtigkeitsgründe außerhalb des KSchG erstreckt, vgl. dazu auch S. 268 f.

allerdings berechtigt, das Arbeitsverhältnis aufzulösen, §§ 9, 10 KSchG. In diesem Fall setzt es eine vom Arbeitgeber zu zahlende Abfindung fest.<sup>491</sup>

Der Antrag des Arbeitnehmers ist begründet, wenn ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar ist. Der Arbeitgeber kann die Auflösung beantragen, wenn eine den Betriebszwecken dienliche Zusammenarbeit beider Parteien nicht mehr zu erwarten ist. Bei sozial ungerechtfertigten Kündigungen der seit 1969 vom KSchG erfassten leitenden Angestellten<sup>492</sup> braucht der Arbeitgeber seinen Auflösungsantrag nicht zu begründen, § 14 Abs. 2 S. 2 KSchG.

Darüber hinaus ergibt sich aus § 1 a KSchG seit der neusten Änderung des KSchG durch das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt vom 24. Dezember 2003<sup>493</sup> seit 1.1.2004 unter vier Voraussetzungen unabhängig von § 9 KSchG ein eigenständiger Abfindungsanspruch des Arbeitnehmers. Erstens muss es sich um eine betriebsbedingte Kündigung handeln. Ferner darf der Arbeitnehmer innerhalb der Frist des § 4 KSchG keine Kündigungsschutzklage erheben. Drittens muss aus der Kündigungserklärung hervorgehen, dass der Arbeitgeber die Kündigung auf dringende betriebliche Erfordernisse stützt. Viertens muss sie zugleich den Hinweis enthalten, dass der Arbeitnehmer bei Verstreichenlassen der Klagefrist die Abfindung beanspruchen kann.

Das KSchG hat den allgemeinen Kündigungsschutz im Vergleich zu seinen Vorgängerregelungen im BRG von 1920<sup>494</sup> und im AOG von 1934<sup>495</sup> deutlich verbessert. Nach den §§ 84 ff. BRG, 56 ff. AOG war die Kündigung trotz Sozialwidrigkeit zunächst wirksam. War das Einspruchs- bzw. Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers begründet, hatte der Arbeitgeber die Wahl zwischen Rücknahme der Kündigung oder Entschädigungszahlung. Die Beweislast lag nach beiden Regelungen beim Arbeitnehmer. Demgegenüber ist die sozialwidrige Kündigung seit 1951 stets nach § 1 Abs. 1 KSchG unwirksam. Ferner trägt der Arbeitgeber grundsätzlich die prozessuale Beweislast für den Nachweis der sozialen Rechtfertigung der Kündigung, § 1 Abs. 2 S. 4 KSchG. Lediglich in Bezug auf die Unwirksamkeit der Kündigung wegen fehlerhafter Sozialauswahl liegt sie nach § 1 Abs. 3 S. 3 KSchG beim Arbeitnehmer.

## **B. Die vom allgemeinen Kündigungsschutz des KSchG ausgeschlossenen Kündigungen**

Wie bereits erwähnt, erstreckt sich der allgemeine Kündigungsschutz des KSchG nicht auf alle Arbeitnehmer. Der Kreis der vom Gesetz ausgeschlossenen Personen wurde seit 1951 mehrmals verändert. Die entsprechenden sechs Gesetzesänderungen werden im Anschluss an den folgenden Kurzüberblick näher erläutert.

---

<sup>491</sup> Die Regelung soll nach der Konzeption des KSchG eigentlich die Ausnahme sein. Trotzdem enden heute die meisten erfolgreichen Kündigungsschutzklagen nicht mit der Rückkehr des Arbeitnehmers an seinen Arbeitsplatz. Vielmehr vereinbaren die Parteien häufig in einem Prozessvergleich die Auflösung des Arbeitsverhältnisses und die Zahlung einer Abfindung durch den Arbeitgeber.

<sup>492</sup> Vgl. S. 90 f.

<sup>493</sup> BGBl. I 2003, S. 2003.

<sup>494</sup> Vgl. S. 16 ff.

<sup>495</sup> Vgl. 65 f.

Umfangreiche Änderungen des Geltungsbereichs des KSchG erfolgten erstmalig durch das ArbRBereinigungG vom 14.8.1969.<sup>496</sup> Auf dieser Grundlage wurde das KSchG mit geänderter Paragraphenfolge am 25.8.1969 neu bekannt gemacht und trat am 1.9.1969 in Kraft.<sup>497</sup> Das Gesetz dehnte den allgemeinen Kündigungsschutz auf bestimmte, bisher vom KSchG 1951 nicht erfasste Kündigungsfälle aus. Eine Erweiterung des Geltungsbereichs erfolgte ferner durch das Erste Gesetz zur Änderung des Kündigungsschutzgesetzes vom 5.7.1976.<sup>498</sup>

Demgegenüber verengte das ab dem 1.5.1985 geltende Beschäftigungsförderungsgesetz (BSchFG 1985)<sup>499</sup> erstmals den Anwendungsbereich des Gesetzes. Eine deutliche Einschränkung des KSchG erfolgte durch ein weiteres Beschäftigungsförderungsgesetz (BSchFG 1996) zum 1.10.1996<sup>500</sup>. Demgegenüber führte das Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte (KorrekturG) mit Wirkung vom 1.1.1999 die Beschränkung des gesetzlichen Kündigungsschutzes im Wesentlichen wieder auf den Stand des BSchFG 1985 zurück.<sup>501</sup> Nach dem entsprechenden Vorschlag des Wirtschaftsministers Clement im Januar 2003<sup>502</sup> wurde der Geltungsbereich des KSchG trotz heftigen Widerstands der Gewerkschaften<sup>503</sup> durch das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt<sup>504</sup> zum 1.1.2004 erneut geändert.<sup>505</sup>

## I. Die Kündigung von Arbeitnehmern vor Erreichen des Mindestalters

Erstmals in der Geschichte des spezialgesetzlichen Kündigungsschutzes war der Schutz des Arbeitsplatzes nach § 1 KSchG zwischen 1951 und 1976 von einem bestimmten Mindestalter des Arbeitnehmers abhängig. Nach der ursprünglichen Fassung des KSchG von 1951 hatten Arbeitnehmer

---

<sup>496</sup> Erstes Gesetz zur Änderung des Kündigungsrechtes und anderer arbeitsrechtlicher Vorschriften - Erstes Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz (BGBl. I 1969, S. 1106). Zur Entstehungsgeschichte *Fitting*: Das Erste Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz, DB 1969, S. 1569 ff.; *Monjau*: Erstes Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz, BB 1969, S. 1042 ff.; *Richardi*: Streitfragen aus dem Ersten Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz, ZfA 1971, S. 73 ff.

<sup>497</sup> BGBl. I 1969, S. 1317.

<sup>498</sup> BGBl. I 1976, S. 1769. Vgl. *Becker*: Der Fortfall der Altersgrenze im Kündigungsschutzrecht, NJW 1976, S. 1486 f.; *Becker/Rommelspacher*: Ansatzpunkte für eine Reform des Kündigungsschutzrechts, ZRP 1976, S. 40 ff.

<sup>499</sup> BGBl. I 1985, S. 710. Vgl. *Halbach*: Beschäftigungsförderungsgesetz, 1985; *Löwisch*: Das Beschäftigungsförderungsgesetz 1985, BB 1985, S. 1200 ff.; *Lorenz/Schwedes*: Das Beschäftigungsförderungsgesetz, DB 1985, S. 1077 ff.

<sup>500</sup> Arbeitsrechtliches Gesetz zur Förderung von Wachstum und Beschäftigung -Arbeitsrechtliches Beschäftigungsförderungsgesetz (BGBl. I 1996, S. 1476). Vgl. *Backmeister/Trittin/Mayer (Mayer)*: KSchG, 3. Aufl. 2004, § 1 KSchG Rndr. 6 f.; *Bader*: Neuregelungen im Bereich des Kündigungsschutzgesetzes durch das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz, NZA 1996, S. 1125 ff.; *Hanau*: Reformbedarf im Arbeitsvertragsrecht, ZRP 1996, S. 349, 352 f.; *Löwisch*: Das arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz, NZA 1996, S. 1009 f.; *Schiefer/Worzalla*: Das arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz und seine Auswirkungen für die betriebliche Praxis, 1996.

<sup>501</sup> BGBl. I 1998, S. 3843. Vgl. *Backmeister/Trittin/Mayer (Mayer)*: KSchG, 3. Aufl. 2004, § 1 KSchG Rndr. 6; *Däubler*: Das Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte, NJW 1999, S. 601, 604 f.; *Pietrek*: Verschlechterung des Kündigungsschutzes in Kleinbetrieben bis 30. September 1999, BB 1999, S. 586 ff.; *Schiefer*: Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte, DB 1999, S. 48, 51.

<sup>502</sup> "Clement greift den Kündigungsschutz an", Financial Times Deutschland v. 17.1.2003, S. 1; "Mehr Jobs durch weniger Schutz", Financial Times Deutschland v. 20.1.2003, S. 26.

<sup>503</sup> "Clement bringt Gewerkschaften in Rage", Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung v. 18.1.2003, S. 11.

<sup>504</sup> BGBl. I 2003, S. 3002.

<sup>505</sup> Vgl. zu allen Änderungen im einzelnen S. 93 ff.

vor Vollendung des 20. Lebensjahres keine Möglichkeit, gegen eine sozial ungerechtfertigte Kündigung i.S.d. § 1 KSchG vorzugehen.<sup>506</sup>

Infolge der Änderung des KSchG durch das ArbRBereinigG war der Ausschluss jugendlicher Arbeitnehmer seit dem 1.9.1969 auf die unter 18-jährigen beschränkt.<sup>507</sup> Der Gesetzgeber übernahm damit die bereits im Saarland als Sonderregelung geltende Mindestaltersgrenze.<sup>508</sup> Das Erste Gesetz zur Änderung des Kündigungsschutzgesetzes vom 5.7.1976<sup>509</sup> hob die Altersbeschränkung vollständig auf und weitete den allgemeinen Kündigungsschutz somit auch auf die jüngsten Arbeitnehmer aus.<sup>510</sup>

Die Mindestaltersgrenze führte bis zu ihrer Aufhebung 1976 vor allem bei ungelerten Jungarbeitnehmern zum Ausschluss des Kündigungsschutzes. Bei jungen Arbeitnehmern in der Berufsausbildung war sie bis zum In-Kraft-Treten des Berufsbildungsgesetzes (BBiG)<sup>511</sup> am 1.9.1969 von Bedeutung. Seitdem ist die ordentliche Kündigung des Ausbildungsverhältnisses durch den Arbeitgeber nach Ablauf der Probezeit ausgeschlossen, § 15 Abs. 2 BBiG. Bis zur Absenkung der Altersgrenze im Jahre 1969 traf der Ausschluss auch die ausgelernten Handwerksgesellen im ersten und zweiten Gesellenjahr, da sie nach Abschluss ihrer Lehre in der Regel zirka 17 Jahre alt waren.<sup>512</sup>

## II. Die Kündigung von leitenden Angestellten

Die leitenden Angestellten waren bis zur Änderung des KSchG durch das ArbRBereinigG von 1969 grundsätzlich vom allgemeinen Kündigungsschutz ausgeschlossen, § 12 lit. c KSchG 1951.<sup>513</sup> Ausnahmsweise erstreckte er sich allerdings nach § 22 Abs. 5 KSchG 1951 von Anfang an auf Kapitäne und sonstige leitende Angestellte, die auf Schiffen oder Luftfahrzeugen beschäftigt waren.

Leitende Angestellte stehen aufgrund ihrer Leitungsfunktion in einem gesteigerten Nähe- und Vertrauensverhältnis zum Arbeitgeber. Nach Auffassung des damaligen Gesetzgebers sollte sich der Arbeitgeber deshalb leichter von diesen Beschäftigten trennen können.<sup>514</sup> Darüber hinaus wurde davon

---

<sup>506</sup> Der Gesetzgeber begründete diese Regelung damit, dass es für Berufsanfänger grundsätzlich gut sei, sich betrieblich zu verändern und auf Wanderschaft zu gehen. So *Herschel/Steinmann*: KSchG, 4. Aufl. 1958, § 1 KSchG Rndr. 32 b; *Hueck*: Das Bundeskündigungsschutzgesetz, RdA 1951, S. 281, 283.

<sup>507</sup> Der Gesetzgeber begründete die Änderung damit, dass die Arbeitnehmer in der Regel mit Vollendung des 20. Lebensjahres bereits ihre Berufsausbildung abgeschlossen hätten und in das Arbeitsleben eingegliedert seien, BT-Drs. 5/2913, S. 8.

<sup>508</sup> Zur kündigungsschutzrechtlichen Sondersituation im Saarland nach 1951 vgl. S. 86. Zunächst war die Vollendung des 18. Lebensjahres nach dem saarl. KSchG von 1954 Voraussetzung für den Eintritt des allgemeinen Kündigungsschutzes. Als das KSchG des Bundes 1958 vom Saarland übernommen wurde, blieb diese Sonderregelung bestehen.

<sup>509</sup> BGBl. I 1976, S. 1769.

<sup>510</sup> Den Wegfall der Altersgrenze begründete der Gesetzgeber damit, dass der Ausschluss der jugendlichen Arbeitnehmer aus dem KSchG ursächlich für deren hohen Anteil an der Gesamtarbeitslosigkeit sei. Ferner sei ihre soziale Schlechterstellung nicht gerechtfertigt, BT-Drs. 7/4519, S. 5; BT-Drs. 5074, S. 2.

<sup>511</sup> BGBl. I 1969, S. 1112.

<sup>512</sup> *Rohlfing*: KSchG, 1951, § 1 KSchG Anm. 14.

<sup>513</sup> Leitende Angestellte waren nach Wortlaut der Vorschrift Arbeitnehmer, die als Geschäftsführer, Betriebsleiter und ähnlich leitende Personen beschäftigt wurden und zur selbständigen Einstellung oder Entlassung von Arbeitnehmern befugt waren. Die leitenden Angestellten wurden bereits gemäß § 12 Abs. 2 BRG von 1920 und auch nach den meisten landesrechtlichen Kündigungsschutzvorschriften vor Geltung des KSchG vom allgemeinen Kündigungsschutz ausgenommen.

Vgl. S. 20, 49, 51, 52, 54, 56, 57, 59, 61, 62.

<sup>514</sup> *Auffarth/Müller*: KSchG, 1960, § 12 KSchG Rndr. 1; *Erdmann/Müller*: KSchG, 2. Aufl. 1954, S. 97; *Herschel*: Kündigungsschutz leitender Angestellter, DB 1961, S. 66, 68.

ausgegangen, dass leitende Angestellte aufgrund der individuellen Vereinbarung ihrer Arbeitsbedingungen ohnehin in der Lage seien, ihr Interesse am Bestand des Arbeitsverhältnisses ausreichend zu wahren.<sup>515</sup>

Mit der zum 1.9.1969 durch § 14 Abs. 2 KSchG vorgenommenen Ausdehnung des allgemeinen Kündigungsschutzes auf diese Personengruppe erkannte der Gesetzgeber jedoch an, dass auch die leitenden Angestellten gegenüber sozialwidrigen Kündigungen grundsätzlich schutzbedürftig sind.<sup>516</sup> Ihrer besonderen Stellung trägt das KSchG bis heute dadurch Rechnung, dass sich der Arbeitgeber auch bei sozial nicht gerechtfertigter Kündigung ohne weitere Begründung gegen Zahlung einer Abfindung von einem bestimmten, engen Kreis leitender Angestellter trennen kann, §§ 14 Abs. 2 S. 2, 9 Abs. 1 S. 2 KSchG.<sup>517</sup> Hier ist das unter dem BRG von 1920 entwickelte Wahlrecht des Arbeitgebers zwischen Weiterbeschäftigung und Entschädigung insoweit ansatzweise erhalten geblieben, dass er sich letztlich auch ohne sachlichen Grund von dem Arbeitnehmer trennen kann.<sup>518</sup>

Nach § 14 Abs. 1 lit. a, b KSchG<sup>519</sup> sind auch die Vertreter der juristischen Personen und der Personengesamtheiten vom allgemeinen Kündigungsschutz nach § 1 ff. KSchG ausgeschlossen. Ihnen wird von der überwiegenden Meinung keine Arbeitnehmereigenschaft zugesprochen.<sup>520</sup> Da sich die vorliegende Untersuchung jedoch auf Arbeitnehmer beschränkt, bleiben sie im Weiteren unberücksichtigt.

### III. Die Kündigung von Arbeitnehmern innerhalb der Wartefrist

Im Gegensatz zu den bisher angesprochenen, gegenwärtig nicht mehr bestehenden Ausschlüssen vom allgemeinen Kündigungsschutz des KSchG, enthält § 1 Abs. 1 KSchG bis heute eine zeitliche Wartefrist nach Begründung des Arbeitsverhältnisses.<sup>521</sup>

Nach § 1 Abs. 1 KSchG 1951 waren die Arbeitnehmer gegenüber sozialwidrigen Kündigungen nicht geschützt, wenn sie bei Zugang der Kündigung noch nicht länger als sechs Monate ununterbrochen in demselben Betrieb oder Unternehmen beschäftigt waren. Unklar war bei der damaligen Regelung, ob für die Berechnung der Wartefrist die tatsächliche Aufnahme der Beschäftigung nach Vertragsschluss

---

<sup>515</sup> *Monjau/Heimeier*: KSchG, 1. Aufl. 1951, § 12 KSchG Rndr. 3. A.A. *Herschel*: Kündigungsschutz leitender Angestellter, DB 1961, S. 66, 68.

<sup>516</sup> Allgemein zur Entwicklung des Kündigungsschutzes leitender Angestellter seit 1969 *Rumler*: Der Kündigungsschutz leitender Angestellter, 1990.

<sup>517</sup> Bei den übrigen vom KSchG geschützten Arbeitnehmern ist dies nur möglich, wenn der Arbeitgeber nachweist, dass ein betriebsdienliches Zusammenarbeiten in Zukunft nicht mehr möglich ist, § 9 Abs. 1 S. 2 KSchG,

<sup>518</sup> Vgl. S. 19 f.

<sup>519</sup> Unter der Geltung des KSchG 1951 in der Zeit vom 14.8.1951 bis 31.8.1969 § 12 lit. a, b.

<sup>520</sup> BAG v. 28.9.1960, AR-Blattei, (D) Kündigungsschutz, Entscheidungen, Nr. 55; *Ascheid/Preis/Schmidt (Biebl)*: Großkomm. KSchR, 2004, § 14 KSchG Rndr. 2 m.w.N.; *Auffarth/Müller*: KSchG, 1960, § 12 KSchG Rndr. 1; *Herschel/Steinmann/Löwisch*: KSchG, 6. Aufl. 1984, vor § 14 KSchG Rndr. 1; *Hueck*: KSchG, 7. Aufl. 1970, § 14 KSchG Rndr. 2. Zu der Sonderproblematik, inwieweit hier ausnahmsweise ein Arbeitnehmerstatus angenommen werden kann *Ascheid/Preis/Schmidt (Biebl)*: Großkomm. KSchR, 2004, § 14 KSchG Rndr. 11 ff.; *Kittner u.a. (Kittner)*: KSchR, 6. Aufl. 2004, § 14 KSchG Rndr. 1, *KR-Etzel*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 1 KSchG Rndr. 87 f.; *Jaeger*: Die Zuständigkeit des ArbG und Geltung des Kündigungsschutzes für Geschäftsführer, NZA 1998, S. 961.

<sup>521</sup> Erstmals eingeführt durch § 56 AOG v. 20.1.1934, der eine einjährige Beschäftigung im gleichen Betrieb oder Unternehmen forderte. Diese Voraussetzung wurde zwischen 1947 und 1951 auch durch einige der landesrechtlichen Gesetze über den allgemeinen Kündigungsschutz aufgegriffen. Vgl. S. 51, 52, 62, 64.

maßgebend sein sollte. Dies wurde überwiegend bejaht.<sup>522</sup> Teilweise wurde demgegenüber auf den Beginn des Arbeitsverhältnisses abgestellt.<sup>523</sup> Danach war der Zeitpunkt entscheidend, zu dem der Arbeitnehmer vereinbarungsgemäß die Beschäftigung aufnehmen sollte. Dies galt auch, wenn er die Beschäftigung aufgrund gerechtfertigter, persönlicher<sup>524</sup> oder sonstiger betriebsbedingter<sup>525</sup> Gründe erst später aufnehmen konnte.

Bei einer Unterbrechung der Beschäftigung begann die Wartezeit nach ihrer Wiederaufnahme erneut. Dies war beispielsweise der Fall, wenn sich nach Beendigung eines bestehenden Arbeitsverhältnisses ein weiteres in dem gleichen Betrieb oder Unternehmen anschloss. Keine Beschäftigungsunterbrechung i.S.d. § 1 KSchG war die kurzzeitige Abwesenheit aufgrund von Krankheit, Urlaub, unentschuldigtem Fernbleiben von der Arbeit oder Annahmeverzug des Arbeitgebers.

Seit der Änderung des § 1 Abs. 1 KSchG durch das ArbRBereinigungG von 1969 richtet sich der Beginn der Wartezeit ausdrücklich nach dem Bestehen des Arbeitsverhältnisses. Maßgebend ist heute daher der Zeitpunkt, zu dem der Arbeitnehmer vereinbarungsgemäß seine Beschäftigung aufnehmen soll.<sup>526</sup> Die Wartezeit beginnt allerdings nach Treu und Glauben ausnahmsweise erst mit der tatsächlichen Beschäftigungsaufnahme, wenn der Arbeitnehmer seine Tätigkeit aus von ihm zu vertretenden Gründen später als vereinbart aufnimmt.<sup>527</sup>

Bei Schifffahrts- und Luftverkehrsbesatzungen verlängert sich die Wartezeit, wenn die erste Reise eines Besatzungsmitglieds länger als sechs Monate dauert, um drei Tage nach deren Beendigung, § 24 Abs. 2 KSchG<sup>528</sup>.

Dem Arbeitgeber wird durch die Wartezeit die Erprobung des Arbeitnehmers ermöglicht.<sup>529</sup> Entspricht der Mitarbeiter nicht seinen Vorstellungen, kann er sich unabhängig von den Kündigungsgründen des § 1 KSchG wieder vom Arbeitnehmer lösen. Dieses Interesse wird in den ersten sechs Monaten des Arbeitsverhältnisses höher bewertet als das Bestandsschutzinteresse des Arbeitnehmers.<sup>530</sup>

---

<sup>522</sup> BAG v. 3.12.1964, AP Nr. 79 zu § 1 KSchG 1951 m. Anm. Hueck; *Auffarth/Müller*: KSchG, 1960, § 1 KSchG Rndr. 152; *Hueck*: KSchG, 5. Aufl. 1965, § 1 KSchG Rndr. 18 m.w.N.; *Rohlfing*: KSchG, 1951, § 1 KSchG Anm. 13.

<sup>523</sup> *Herschel/Steinmann*: KSchG, 5. Aufl. 1961, § 1 KSchG Rndr. 32.

<sup>524</sup> Z.B. Krankheit.

<sup>525</sup> Z.B. Annahmeverzug des Arbeitgebers, Auftrags- oder Rohstoffmangel.

<sup>526</sup> *Backmeister/Trittin/Mayer (Mayer)*: KSchG, 3. Aufl. 2004, § 1 KSchG Rndr. 37; *KR-Etzel*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 1 KSchG Rndr. 99; *Berger-Delhey*: Wartezeit und Kündigung - Aspekte der ordentlichen Kündigung des Arbeitgebers, NZA 1988, S. 790.

<sup>527</sup> *Hoyningen-Huene/Linck*: KSchG, 13. Aufl. 2002, § 1 KSchG Rndr. 7; *KR-Etzel*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 1 KSchG Rndr. 100.

<sup>528</sup> Unter der Geltung des KSchG 1951 in der Zeit vom 14.8.1951 bis 31.8.1969 § 22 Abs. 2.

<sup>529</sup> BAG v. 15.3.1978, AP Nr. 45 zu § 620 BGLB befristeter Arbeitsvertrag; *Auffarth/Müller*: KSchG, 1960, § 1 KSchG Rndr. 150; *Dorndorf u.a. (Dorndorf)*: KSchG, 4. Aufl. 2001, § 1 KSchG Rndr. 59 ff. m.w.N.; *Herschel/Steinmann/Löwisch*: KSchG, 6. Aufl. 1984, § 1 KSchG Rndr. 47; *Hueck*: KSchG, 7. Aufl. 1970, § 1 KSchG Rndr. 15; *KR-Etzel*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 1 KSchG Rndr. 93; *Rohwer-Kahlmann*: KSchG, 2. Aufl. 1954, § 1 KSchG Anm. 2 c.

<sup>530</sup> *Dorndorf u.a. (Dorndorf)*: KSchG, 4. Aufl. 2001, § 1 KSchG Rndr. 59 m.w.N.



#### **IV. Die Kündigung von Arbeitnehmern in Privathaushalten**

§ 1 Abs. 1 KSchG setzt eine Beschäftigung des Arbeitnehmers in einem Betrieb oder Unternehmen voraus. Der Privathaushalt ist auch heute nach überwiegender Ansicht kein Betrieb, da er i.S.d. allgemeinen, auf Jacobi<sup>531</sup> zurückgehenden Betriebsbegriffs keinem arbeitstechnischen Zweck sondern ausschließlich dem Eigenverbrauch dient.<sup>532</sup> Deshalb bleibt die inzwischen eher kleine Gruppe der in Privathaushalten Beschäftigten vom allgemeinen Kündigungsschutz des KSchG ausgeschlossen. Unabhängig davon greift heute in den meisten Fällen der nachfolgend näher erläuterte Ausschluss des § 23 Abs. 1 KSchG, da inzwischen nur noch wenige Privathaushalte mehr als fünf bzw. zehn Arbeitnehmer beschäftigen.

#### **V. Die Kündigung von Arbeitnehmern in Kleinbetrieben**

Nach der sog. Kleinbetriebsklausel des § 23 Abs. 1 KSchG<sup>533</sup> setzt der Schutz gegenüber sozialwidrigen Kündigungen eine bestimmte Betriebsgröße voraus.

Bereits unter dem BRG von 1920 bestand der allgemeine Kündigungsschutz der §§ 84 ff. erst, wenn in der Regel mindestens zwanzig Arbeitnehmer in einem Betrieb beschäftigt waren. Nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs machten die landesrechtlichen Kündigungsschutzregelungen den Kündigungsschutz teilweise von einer bestimmten Betriebsgröße abhängig.<sup>534</sup> In den Ländern, in denen der gesetzliche Kündigungsschutz keine Kleinbetriebsklausel enthielt<sup>535</sup>, verschlechterte sich insofern nach In-Kraft-Treten des KSchG der Kündigungsschutz für Arbeitnehmer, die nun unter die Kleinbetriebsklausel des § 23 Abs. 1 KSchG fielen.

§ 23 KSchG hat bis heute durch das BSchFG 1985, das BSchFG 1996 und das KorrekturG von 1998 und das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt vom 24.12.2003 die im folgenden näher dargestellten Veränderungen erfahren.

##### **1. Die Kleinbetriebsklausel des § 23 KSchG bis zur Änderung durch das BSchFG 1985**

Bis zum 30.4.1985 waren Arbeitnehmer in Betrieben mit in der Regel fünf oder weniger Beschäftigten vom Schutz gegen sozialwidrige Kündigungen ausgeschlossen, § 23 Abs. 1 KSchG. Lehrlinge blieben bei der Berechnung der Betriebsgröße ausdrücklich unberücksichtigt. Die bis 1969 vom KSchG ausgeschlossenen leitenden Angestellten wurden bei der Berechnung der Betriebsgröße bereits seit In-Kraft-Treten des KSchG mitberücksichtigt.<sup>536</sup> Jeder Mitarbeiter zählte bis zur Änderung der

---

<sup>531</sup> *Jacobi*: Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriffe, 1926, S. 4 ff., 8.

<sup>532</sup> *Auffarth/Müller*: KSchG, 1960, § 1 KSchG Rndr. 144; *Hueck*: KSchG, 7. Aufl. 1970, § 1 KSchG Rndr. 14; *KR-Etzel*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 1 KSchG Rndr. 138. Vgl. S. 20.

<sup>533</sup> Unter der Geltung des KSchG 1951 in der Zeit vom 14.8.1951 bis 31.8.1969 § 21 Abs. 1.

<sup>534</sup> So das bay. BRG, die saarl. BRVO, das hess. BRG, das Brem. BRG, das berl. KSchG. Vgl. S. 51, 54, 59, 61, 64.

<sup>535</sup> So Baden, Rheinland-Pfalz, Württemberg-Baden, Württemberg Hohenzollern.

<sup>536</sup> *Auffarth/Müller*: KSchG, 1960, § 21 KSchG Rndr. 1; *Herschel/Steinmann*: KSchG, 4. Aufl. 1958, § 21 KSchG Rndr. 1; *Hueck*: KSchG, 7. Aufl. 1970, § 23 KSchG Rndr. 2; *Hueck/Hueck/Hoyningen-Huene*: KSchG, 10. Aufl. 1980, § 23 KSchG Rndr. 3 m.w.N.

Kleinbetriebsklausel durch das BSchFG 1985 pro Kopf.<sup>537</sup> Es wurde nicht zwischen Voll- oder Teilzeitbeschäftigten differenziert.

## 2. Die Kleinbetriebsklausel des § 23 KSchG i.d.F. des BSchFG 1985

Nach der Änderung des KSchG durch das BSchFG 1985 blieb § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG in seiner bisherigen Formulierung erhalten. Wie bisher galt das KSchG insofern nicht in Betrieben, die in der Regel fünf oder weniger Arbeitnehmer beschäftigten. Die Bezeichnung „Lehrlinge“ in § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG wurde durch „zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigte“ ersetzt; diese Personengruppe wird bis heute bei der Berechnung der Betriebsgröße nicht berücksichtigt. Eine Änderung der Kleinbetriebsklausel ergab sich durch die Berücksichtigung der inzwischen in ihrer Bedeutung gestiegenen Teilzeitarbeit.<sup>538</sup>

Vom 1.5.1985 bis zum In-Kraft-Treten des BSchFG 1996 wurden geringfügig Beschäftigte mit einer Wochenarbeitszeit von bis zu 10 Stunden oder einer monatlichen Arbeitszeit von bis zu 45 Stunden nicht in die Berechnung der Betriebsgröße einbezogen, § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG.<sup>539</sup> In größerem Umfang teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer wurden weiterhin wie Vollzeitbeschäftigte pro Kopf berücksichtigt.

Diese Neuregelung hätte ohne Aufnahme eines Bestandsschutzes dazu geführt, dass bisher vom KSchG erfasste Arbeitnehmer unabhängig von dem Umfang ihrer Beschäftigung den gesetzlichen Kündigungsschutz verloren hätten, wenn der Betrieb aufgrund der geänderten Berechnungsgrundlage unter die Kleinbetriebsklausel gefallen wäre. Die zeitlich unbefristete Bestandsschutzvorschrift des § 23 Abs. 1 S. 4 KSchG hielt den Kündigungsschutz des § 1 KSchG jedoch für Arbeitnehmer aufrecht, deren unbefristetes Teil- oder Vollzeitverhältnis am 1.5.1985 bereits länger als sechs Monate bestand.<sup>540</sup> Für Arbeitsverhältnisse, die am 1.5.1985 noch keine sechs Monate bestanden hatten oder erst danach begründet worden waren, galt die Regelung des § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG jedoch unmittelbar. Diese Beschäftigten genossen damit nach dem 1.5.1985 nicht den Schutz des KSchG, wenn ihr Betrieb infolge der Gesetzesänderung unter die Kleinbetriebsklausel gefallen war.

In einem Betrieb, der nach dem 1.5.1985 erstmals unter die Kleinbetriebsklausel fiel, konnten sich aufgrund des § 23 Abs. 1 S. 4 KSchG drei kündigungrechtliche Situationen ergeben. In der ersten Variante genossen alle Arbeitnehmer aufgrund der Bestandsschutzregelung weiterhin den Schutz des KSchG. Es war nach Variante zwei allerdings auch möglich, dass das Gesetz für keinen der Arbeitnehmer galt. Häufiger war jedoch die dritte Variante, bei der in einem nunmehr als Kleinbetrieb

---

<sup>537</sup> BAG v. 9.6.1983, AP Nr. 2 zu § 23 KSchG 1969; *Hueck/Hueck/Hoyningen-Huene*: KSchG, 10. Aufl. 1980, § 23 KSchG Rndr. 3; *KR-Becker*: KSchG, 3. Aufl. 1989, § 23 KSchG Rndr. 20 m.w.N. A.A. ArbG Hagen v. 13.12.1976, DB 1977, S. 589; *Thömmes*: Sind Teilzeitbeschäftigte bei der Bestimmung der Betriebsgröße im Rahmen des § 23 Abs. 1 Satz 1 KSchG zu berücksichtigen?, RdA 1984, S. 154, 156.

<sup>538</sup> Das BSchFG 1985 beabsichtigte eine Verbesserung des Arbeitsmarkts durch Schaffung von mehr Beschäftigungsmöglichkeiten, vgl. BT-Drs. 10/2102, S. 14; BR-Drs. 393/84, S. 30. Der durch das Gesetz geänderte § 23 Abs. 1 KSchG sollte zu einem stärkeren Angebot der Teilzeitarbeitsplätze führen. Im Vordergrund der öffentlichen Diskussion stand allerdings die gleichfalls durch das Gesetz eingeführte Erleichterung zum Abschluss von befristeten Arbeitsverträgen. Zum BSchFG 1985 vgl. Fn. 499.

<sup>539</sup> Kritisch hierzu *Hanau*: Der Entwurf eines BeschäftigungsförderungsG 1985: Hier hat der Chef selbst gekocht, NZA 1984, S. 345, 347; *Löwisch*: Arbeits- und sozialrechtliche Hemmnisse einer weiteren Flexibilisierung der Arbeitszeit, RdA 1984, S. 197, 203 f.

<sup>540</sup> BAG v. 26.9.1990, AP Nr. 10 zu § 3 KSchG 1969.

anzusehenden Betrieb einige Mitarbeiter aufgrund der Bestandsregelung Kündigungsschutz genossen und andere vom KSchG ausgeschlossen waren.

### 3. Die Kleinbetriebsklausel des § 23 KSchG i.d.F. des BSchFG 1996

Unter dem Druck der sich stetig verschlechternden Arbeitsmarktsituation<sup>541</sup> beschloss der Gesetzgeber am 25.9.1996 das BSchFG 1996<sup>542</sup>. Es trat am 1.10.1996 in Kraft und ist unter dem Begriff „Sparpaket“ bekannt geworden. Obwohl es eine Vielzahl von arbeitsrechtlichen Änderungen enthielt, erregte es bei der Bevölkerung vor allem wegen der Reduzierung der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall Aufmerksamkeit.

Im Kündigungsschutzrecht erleichterte das BSchFG 1996 zum einen die betriebsbedingte Kündigung durch geänderte Voraussetzungen der Sozialauswahl, § 1 Abs. 3 KSchG. Zum anderen nahm das Gesetz eine erhebliche Ausweitung der Kleinbetriebsklausel des § 23 Abs. 1 KSchG vor. Infolgedessen war eine große Zahl von Arbeitnehmern nicht mehr gegenüber sozialwidrigen Kündigungen i.S.d. § 1 KSchG geschützt.<sup>543</sup> Diese Änderungen fanden in der Öffentlichkeit allerdings eher wenig Beachtung.

Das BSchFG 1996 hatte - wie auch das BSchFG 1985 - das Ziel, insgesamt mehr Beschäftigung zu schaffen und die Teilzeitarbeit stärker als bisher zu fördern.<sup>544</sup> Von Anfang an hat die Fachöffentlichkeit jedoch bezweifelt, dass der richtige Weg zur Erreichung dieses Ziels über einen Abbau des jahrzehntelang bewährten Arbeitsplatzschutzes führt.<sup>545</sup> Darüber hinaus wurde befürchtet, dass die größere Möglichkeit zum Ausspruch von sozial nicht gebundenen Kündigungen mittelbar das Absinken anderer Arbeitnehmerschutzrechte nach sich ziehen könnte.<sup>546</sup>

Die Kleinbetriebsklausel des § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG sah in der durch das BSchFG 1996 geänderten Fassung die Geltung des KSchG erst ab einer Betriebsgröße von in der Regel mehr als zehn Arbeitnehmern vor. Dabei wurden die zum Zwecke ihrer Berufsausbildung Beschäftigten weiterhin nicht mitgerechnet. Teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer wurden in Abänderung der bisherigen Fassung des § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG bei einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von nicht mehr als 10 Stunden mit 0,25, bei nicht mehr als 20 Stunden mit 0,5 und bei nicht mehr als 30 Stunden mit 0,75 berücksichtigt. Lag die wöchentliche Arbeitszeit über 30 Stunden, zählten die Arbeitnehmer weiterhin pro Kopf. Das KSchG galt damit erst ab einer Betriebsgröße von 10,25 Arbeitnehmer.

Die Erhöhung des Schwellenwerts führte in Kombination mit der stufenweise Anrechnung der Teilzeitbeschäftigten im Extremfall dazu, dass ein Arbeitgeber 40 Arbeitnehmer mit einer

---

<sup>541</sup> Im Oktober 1996 waren, auch bedingt durch die Wiedervereinigung, 3,9 Mio. Menschen ohne Arbeit. Die Arbeitslosenquote belief sich auf der Basis aller zivilen Erwerbspersonen für das gesamte Bundesgebiet auf 10,1 %, ANBA 1996, S. 1661.

<sup>542</sup> Zum BSchFG 1996 und den einzelnen arbeitsrechtlichen Änderungen vgl. Fn. 500.

<sup>543</sup> Vgl. S. 106 f.

<sup>544</sup> BT-Drs. 13/4612, S. 8 f.

<sup>545</sup> *Buschmann*: Gemeine Marktwirtschaft, AuR 1996, S. 285, 286; *Hanau*: Reformbedarf im Arbeitsvertragsrecht, ZRP 1996, S. 349, 353; *ders.*: Intensitätsstufen arbeits- und sozialrechtlicher Beschäftigungsförderung, DB 1999, S. 45, 46; *Leinemann*: Fit für ein neues Arbeitsvertragsrecht?, BB 1996, S. 1381; *Preis*: Aktuelle Tendenzen im Kündigungsschutzrecht, NZA 1997, S. 1073.

<sup>546</sup> *Buschmann*: Gemeine Marktwirtschaft, AuR 1996, S. 285, 287; *Kittner*: Zehn Thesen zum Abbau des Kündigungsschutzrechts, in Engelen-Kefer u.a. (Hrsg.): Arbeitsrecht in der Bewährung, FS für Kehrmann, 1997, S. 99, 100.

Wochenarbeitszeit von nur 10 Stunden beschäftigen konnte, ohne in den Geltungsbereich des KSchG zu fallen.<sup>547</sup>

§ 23 Abs. 1 S. 4 KSchG enthielt auch eine neugefasste Bestandsschutzregelung.<sup>548</sup> Anders als zuvor war sie jedoch bis zum 30.9.1999 befristet. Der Schutz gegenüber sozialwidrigen Kündigungen aus § 1 ff. KSchG bestand für Arbeitnehmer bis zu diesem Datum fort, wenn er ihnen erstens bereits am 30.9.1996 zugestanden hatte. Zweitens war erforderlich, dass sie den Arbeitsplatzschutz ohne diese Übergangsregelung zum 1.10.1996 durch die Änderung des § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG verloren hätten.

Der Kündigungsschutz blieb deshalb für bereits bestehende Arbeitsverhältnisse nur bis zum 30.9.1999 erhalten, wenn zu diesem Datum bereits eine mehr als sechsmonatige Betriebszugehörigkeit bestand und in dem Betrieb zwischen sechs und zehn Arbeitnehmer beschäftigt waren. Die Übergangsregelung galt hingegen nicht, wenn das Arbeitsverhältnis am 30.9.1996 noch nicht sechs Monate bestanden hatte.<sup>549</sup> Sie war ferner für einen Arbeitnehmer bedeutungslos, der ab 1.10.1996 in einem Kleinbetrieb nach der nun geltenden Fassung des § 23 Abs. 1 KSchG eingestellt worden war.<sup>550</sup> Durch die Neuregelung des Bestandsschutzes konnten auch Arbeitnehmer ihren Kündigungsschutz nach § 1 ff. KSchG verlieren, denen durch das BSchFG 1985 unbefristeter Bestandsschutz zugesprochen worden war.<sup>551</sup>

#### 4. Die Kleinbetriebsklausel des § 23 KSchG i.d.F. des KorrekturG von 1998

Die durch das BSchFG 1996 vorgenommene Reduzierung der unter das KSchG fallenden Arbeitnehmer kam jedoch nicht in vollem Umfang zum Tragen. Bevor die Bestandsschutzregelung des § 23 Abs. 1 S. 4 KSchG am 30.9.1999 auslaufen konnte, änderte der Gesetzgeber die Kleinbetriebsklausel durch das KorrekturG vom 19.12.1998<sup>552</sup> ein weiteres Mal. Die Neufassung des § 23 Abs. 1 KSchG trat am 1.1.1999 in Kraft und hob die bisherige Fassung vollständig auf. Eine neue Bestandsschutzregelung wurde nicht aufgenommen.<sup>553</sup>

Nach der Fassung des KorrekturG bestand in Betrieben mit in der Regel fünf oder weniger Arbeitnehmern, ausschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten, kein Schutz gegen sozialwidrige Kündigungen i.S.d. § 1 ff. KSchG. Damit entsprach der Inhalt der Kleinbetriebsklausel im Wesentlichen dem § 23 Abs. 1 KSchG vor der Änderung durch das BSchFG 1996. Die stufenweise

---

<sup>547</sup> *Bader*: Neuregelungen im Bereich des Kündigungsschutzgesetzes durch das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz, NZA 1996, S. 1125, 1126; *Heise/Lessenich/Merten*: Änderung des Kündigungsschutzgesetzes, ArbGeb 1997, S. 57, 61; *Preis*: Aktuelle Tendenzen im Kündigungsschutzrecht, NZA 1997, S. 1073, 1074. Weitere Beispiele bei *Wlotzke*: Einschränkungen des Kündigungsschutzgesetzes durch Anhebung der Schwellenzahl und Veränderungen bei der Sozialauswahl, BB 1997, S. 414, 415.

<sup>548</sup> Zur Bestandsschutzregelung des § 23 Abs. 1 S. 4 KSchG in der Fassung des BSchFG 1996 ausführlich *Richter/Mitsch*: Neuer Schwellenwert im Kündigungsschutzgesetz, DB 1997, S. 526 ff.

<sup>549</sup> *Schiefer/Worzalla*: Das arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz und seine Auswirkungen für die betriebliche Praxis, 1996, S. 54; *Wlotzke*: Einschränkungen des Kündigungsschutzgesetzes durch Anhebung der Schwellenzahl und Veränderungen bei der Sozialauswahl, BB 1997, S. 414, 416.

<sup>550</sup> *Heise/Lessenich/Merten*: Änderung des Kündigungsschutzgesetzes, ArbGeb 1997, S. 57, 61.

<sup>551</sup> *Buschmann*: Gemeine Marktwirtschaft, AuR 1996, S. 285, 287.

<sup>552</sup> Zum KorrekturG vgl. Fn. 501.

<sup>553</sup> Kritisch hierzu *Däubler*: Das Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte, NJW 1999, S. 601, 604 f.; *Pietrek*: Verschlechterung des Kündigungsschutzes in Kleinbetrieben bis 30. September 1999, BB 1999, S. 586 ff.; *Schiefer*: Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte, DB 1999, S. 48, 51.

Anrechnung der Teilzeitarbeitnehmer wurde in leicht abgeänderter Form beibehalten. Alle Arbeitnehmer, die regelmäßig nicht mehr als 20 Stunden wöchentlich arbeiteten, wurden mit 0,5 und diejenigen mit einer Wochenarbeitszeit bis einschließlich 30 Stunden mit 0,75 berücksichtigt. Bei darüber hinausgehender Wochenarbeitszeit wurde jeder Arbeitnehmer wie zuvor schon pro Kopf auf die Betriebsgröße angerechnet.

## **5. Die geltende Kleinbetriebsklausel des § 23 KSchG i.d.F. des Gesetzes zu Reformen am Arbeitsmarkt vom 24. Dezember 2003**

Die angespannte Arbeitsmarktlage hatte bereits die CDU geführte Bundesregierung 1996 zur Einschränkung des Geltungsbereichs und zur inhaltlichen Änderung des KSchG veranlasst.<sup>554</sup> Sie erhoffte sich davon die Schaffung neuer Arbeitsplätze. Nach dem Wahlsieg der SPD im Jahre 1998 war die neue Bundesregierung der Auffassung, dieses Ziel sei nicht durch Einschränkung des Kündigungsschutzes zu erreichen<sup>555</sup> und revidierte die Kleinbetriebsklausel durch das eben erläuterte KorrekturG.

Heute versucht sie jedoch selbst, die stetig steigende Arbeitslosenquote durch eine Einschränkung des Kündigungsschutzes zu reduzieren. Wie nach dem BSchFG 1996 hat der Gesetzgeber mit dem Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt<sup>556</sup> seit 1.1.2004 erneut die Sozialauswahl bei betriebsbedingter Kündigung innerhalb des KSchG erleichtert. Darüber hinaus enthält das Gesetz wiederum eine Änderung des § 23 KSchG. Die Vorschrift beinhaltet zum einen die unten näher erörterte Erstreckung des § 4 KSchG auf die Kleinbetriebe außerhalb des KSchG<sup>557</sup>. In Bezug auf den Schwellenwert bleiben Kleinbetriebe mit fünf oder weniger Arbeitnehmern weiterhin uneingeschränkt vom allgemeinen gesetzlichen Kündigungsschutz ausgenommen. Bei Betrieben mit 5,25 bis einschließlich zehn Arbeitnehmern, die bisher in den Geltungsbereich des KSchG fielen, bleibt der Schutz für alle Arbeitsverhältnisse, bei denen die Beschäftigung vor dem 31.12.2003 aufgenommen wurde, unbegrenzt erhalten. Soweit ein Arbeitsverhältnis erst nach dem 1.1.2004 begonnen hat, also der Arbeitnehmer erst nach diesem Zeitpunkt die Beschäftigung aufgenommen hat, gilt in dieser Betriebsgrößengruppe der Schutz des KSchG hingegen nicht mehr. Neu nach dem 31.12.2003 beschäftigte Arbeitnehmer werden ferner bei der Betriebsgrößeberechnung nicht berücksichtigt, soweit dadurch nicht insgesamt mit den bisherigen Mitarbeitern regelmäßig mehr als 10 Arbeitnehmer in einem Betrieb beschäftigt sind. Wird durch die neubeschäftigten Arbeitnehmer der neue Schwellenwert überschritten, gilt für alle das KSchG.

Für die Einbeziehung der teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer in die Berechnung der Betriebsgröße bleibt es allerdings bei der bisherigen Regelung: Arbeitnehmer mit einer Arbeitszeit von regelmäßig nicht mehr als 20 Stunden werden weiterhin mit 0,5 und diejenigen mit einer Wochenarbeitszeit bis einschließlich 30 Stunden mit 0,75 berücksichtigt. Bei darüber hinausgehender Wochenarbeitszeit wird jeder Arbeitnehmer pro Kopf auf die Betriebsgröße angerechnet.

---

<sup>554</sup> Vgl. S. 95 f.

<sup>555</sup> BR-Drs. 14/45, S. 1. Zu den sonstigen kündigungsrechtlichen Änderungen des KorrekturG *Bader*: Das Kündigungsschutzgesetz in neuer (alter) Fassung, NZA 1999, S. 64, 65 ff.; *Däubler*: Das Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte, NJW 1999, S. 601 ff.

<sup>556</sup> BGBl. I 2003, S. 2003. Vgl. dazu *Bader*: Das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt: neues im Kündigungsschutzgesetz und im Befristungsrecht, NZA 2004, S. 65 ff.; *Preis*: Die „Reform“ des Kündigungsschutzrechts, DB 2004, 70 ff.; *Quecke*: Die Änderung des Kündigungsschutzgesetzes zum 1.1.2004, RdA 2004, S. 86 ff.; *Richardi*: Misslungene Reform des Kündigungsschutzes durch das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt, DB 2004, S. 486 ff.; *Willemsen/Annuf*: Kündigungsschutz nach der Reform, NJW 2004, S. 177 ff.

<sup>557</sup> Vgl. S. 268 f.

Die Neufassung des Schwellenwertes kommt insofern der Fassung nach dem BSchFG 1996 nahe, da wiederum in einigen Kleinbetrieben (diejenigen mit 5,5 bis zehn Beschäftigten) bestimmte Arbeitnehmer Kündigungsschutz genießen und andere nicht. Sie entspricht der damaligen Regelung hinsichtlich des Umfangs der dadurch vom KSchG ausgeschlossenen Betriebe jedoch insofern nicht vollständig, da bei Altverträgen der Kündigungsschutz heute unbegrenzt erhalten bleibt.

Aufgrund der besonderen Anrechnung der Teilzeitbeschäftigten greift der allgemeine gesetzliche Kündigungsschutz seit dem 1.1.2004 ein, sofern ein Betrieb rechnerisch 10,25 Mitarbeiter beschäftigt.

## 6. Die grundsätzliche Motivation der Kleinbetriebsklausel

Der Kleinbetriebsklausel des KSchG liegt die gesetzgeberische Überzeugung zugrunde, dass das Arbeitsverhältnis in einem Kleinbetrieb durch besondere Umstände gekennzeichnet ist. Häufig arbeitet der Arbeitgeber selbst mit. Dadurch entsteht regelmäßig eine enge persönliche Bindung zwischen ihm und dem Arbeitnehmer.<sup>558</sup> In größeren Betrieben besteht meist kein direktes Verhältnis zwischen den Arbeitsvertragsparteien, weil der Arbeitgeber als natürliche Person oft nicht im Betrieb präsent ist oder eine juristische Person ist. Arbeitet der Arbeitgeber in größeren Betrieben mit, wird sich zwischen ihm und dem Arbeitnehmer eine vergleichbare Bindung wie im Kleinbetrieb schon aufgrund der höheren Zahl der Arbeitnehmer nicht ergeben. Zwischenmenschliche Diskrepanzen und Störungen im Arbeitsverhältnis schlagen in Kleinbetrieben zwangsläufig auf das direkte Verhältnis der Vertragsparteien durch und gefährden dadurch letztlich die Funktionsfähigkeit dieser Betriebe.<sup>559</sup> Der Arbeitgeber soll sich deshalb hier ohne größere Schwierigkeiten von einem Mitarbeiter trennen können.<sup>560</sup>

Der Gesetzgeber hob das Argument der engen Beziehung zwischen Betriebsinhaber und Mitarbeiter selbst bei der Anhebung des Schwellenwerts auf 10,25 Arbeitnehmer durch das BSchFG 1996 hervor.<sup>561</sup>

Demgegenüber kritisierte das Schrifttum, dass Betriebe zwischen sechs und zehn Arbeitnehmern nicht mehr durch diesen Aspekt geprägt würden. Die Literatur lehnte infolgedessen die Heranziehung dieses Arguments zur Begründung der ausgeweiteten Kleinbetriebsklausel ab.<sup>562</sup>

---

<sup>558</sup> BVerfG v. 27.1.1998, AP Nr. 17 zu § 23 KSchG 1969; *Auffarth/Müller*: KSchG, 1960, § 21 KSchG Rndr. 1; *Dorndorf u.a. (Kriebel)*: KSchG, 4. Aufl. 2001, § 23 KSchG Rndr. 22; *Hoyningen-Huene/Linck*: KSchG, 13. Aufl. 2002, § 23 KSchG Rndr. 19; *Hueck*: KSchG, 7. Aufl. 1970, § 23 KSchG Rndr. 2; *Kittner u.a. (Kittner)*: KSchR, 6. Aufl. 2004, § 23 KSchG Rndr. 10.

<sup>559</sup> BAG v. 9.6.1983, AP Nr. 2 zu § 23 KSchG 1969; BAG v. 19.4.1990, AP Nr. 8 zu § 23 KSchG 1969; *KR-Becker*: KSchG, 3. Aufl. 1989, § 23 KSchG Rndr. 7; *Müller*: Das Kündigungsschutzgesetz und Treu und Glauben unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, DB 1960, S. 1037, 1039; differenzierend für die Fassung des § 23 Abs. 1 KSchG in der Fassung des BSchFG 1985 *Wank*: Teilzeitbeschäftigte im Kündigungsschutzgesetz, ZIP 1986, S. 206, 210 f.

<sup>560</sup> *Herschel/Steinmann/Löwisch*: KSchG, 6. Aufl. 1984, § 23 KSchG Rndr. 2.

<sup>561</sup> BT-Drs. 13/4612, S. 9. Zust. *Löwisch*: KSchG, 7. Aufl. 1997, § 23 KSchG Rndr. 2; *Fiebig u.a. (Pfeiffer)*: KSchG, 2. Aufl. 2004, § 23 KSchG Rndr. 19.

<sup>562</sup> *Bader*: Neuregelungen im Bereich des Kündigungsschutzgesetzes durch das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz, NZA 1996, S. 1125, 1126; *Preis*: Aktuelle Tendenzen im Kündigungsschutzrecht, NZA 1997, S. 1073, 1074; *Weigand*: Kleinbetrieb und Kündigungsschutz - Anhaltspunkte für ein zeitgemäßes Kleinunternehmerprofil, DB 1997, S. 2484, 2486; *Wlotzke*: Einschränkungen des Kündigungsschutzgesetzes durch Anhebung der Schwellenzahl und Veränderungen bei der Sozialauswahl, BB 1997, S. 414, 415.

Ein weiterer tragender Grund des § 23 KSchG ist die tendenziell eher geringe Finanzdecke der Kleinbetriebe.<sup>563</sup> Würde das KSchG auch für Kleinbetriebe gelten, würden sie durch mögliche Abfindungsverpflichtungen in ihrer wirtschaftlichen Beweglichkeit unzumutbar eingeschränkt. In Einzelfällen könnten diese Zahlungen sogar ihren Ruin bedeuten.

Die Freistellung der Kleinbetriebe vom gesetzlichen Kündigungsschutz dient nach Ansicht des BAG auch dem Schutz des Mittelstands, der ein wesentlicher Träger der deutschen Wirtschaft ist.<sup>564</sup>

## 7. Die Kritik und die verfassungsrechtlichen Bedenken an der Kleinbetriebsklausel

1951 lehnte Hueck den Ausschluss der Kleinbetriebe aus dem Geltungsbereich des KSchG ab.<sup>565</sup> Alle Arbeitnehmer waren seiner Ansicht nach unabhängig von der Betriebsgröße in gleichem Maße gegenüber sozialwidrigen Kündigungen schutzbedürftig. Den Besonderheiten des Kleinbetriebs wollte er durch eine entsprechende Würdigung im Einzelfall Rechnung tragen.

Mitte der siebziger Jahre des letzten Jh. begann eine intensive Diskussion über die Berechtigung des § 23 Abs. 1 KSchG. Eine Auffassung lehnte den Ausschluss der Kleinbetriebe aus dem KSchG unter Berufung auf das bereits von Hueck angeführte Argument als unzulässig ab.<sup>566</sup> Der Gegenmeinung zufolge war die Kleinbetriebsklausel jedoch sachlich berechtigt.<sup>567</sup> Sie stelle sicher, dass die persönlichen und finanziellen Besonderheiten im Kleinbetrieb bei der Kündigung des Arbeitsverhältnisses berücksichtigt würden. Dies sei erforderlich, da Kleinbetriebe für eine funktionierende Marktwirtschaft unerlässlich seien. Insofern müssten ihre Gründungs- und Entfaltungsmöglichkeiten durch § 23 Abs. 1 KSchG gesichert werden.

1986 legte das ArbG Reutlingen § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG i.d.F. des BSchFG 1985 dem BVerfG zur Überprüfung vor. Es sah die Vorschrift wegen Verstoßes gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 GG als verfassungswidrig an, da Arbeitnehmer in Kleinbetrieben anders als Arbeitnehmer in größeren Betrieben dadurch keine Möglichkeit hätten, mit dem Arbeitgeber im Fall einer beabsichtigten Kündigung eine Abfindung auszuhandeln.<sup>568</sup> Der Sachverhalt betraf die Kündigung eines seit 18 Jahren

---

<sup>563</sup> BVerfG v. 27.1.1998, AP Nr. 17 zu § 23 KSchG 1969; BAG v. 19.4.1990, AP Nr. 8 zu § 23 KSchG 1969; *Auffarth/Müller*: KSchG, 1960, § 21 KSchG Rndr. 1; *Hueck*: KSchG, 7. Aufl. 1970, § 23 KSchG Rndr. 2; *Bader*: Neuregelungen im Bereich des Kündigungsschutzgesetzes durch das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz, NZA 1996, S. 1125, 1126; *Löwisch*: Das arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz, NZA 1996, S. 1009; *Wank*: Teilzeitbeschäftigte im Kündigungsschutzgesetz, ZIP 1986, S. 206, 210.

<sup>564</sup> BAG v. 19.4.1990, AP Nr. 8 zu § 23 KSchG 1969. Zust. *Löwisch*: Das arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz, NZA 1996, S. 1009.

<sup>565</sup> *Hueck*: Das Bundeskündigungsschutzgesetz, RdA 1951, S. 281, 283.

<sup>566</sup> *KR-Etzel*: KSchG, 1. Aufl. 1981, § 23 KSchG Rndr. 7; *Becker/Rommelspacher*: Ansatzpunkte für eine Reform des Kündigungsschutzrechts, ZRP 1976, S. 40, 42 f.; *Hetzl*: Das Arbeitsverhältnis im Kleinbetrieb, 1983, S. 312 ff.

<sup>567</sup> *Herschel/Steinmann/Löwisch*: KSchG, 6. Aufl. 1984, § 23 KSchG Rndr. 2; *Hanau*: Der Kommissionsentwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes, ZRP 1978, S. 215, 221; *Zöllner*: Sind im Interesse einer gerechteren Verteilung der Arbeitsplätze Begründung und Beendigung der Arbeitsverhältnisse neu zu regeln?, in Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.): Verhandlungen des 52. Deutschen Juristentages, Bd. 1, Gutachten D, 1978, S. 90, 118 f.

<sup>568</sup> ArbG Reutlingen v. 11.12.1986, AuR 1987, S. 417. Im Schrifttum gingen *Bock*: Zur Verfassungsmäßigkeit des § 23 Abs. 1 Satz 2 Kündigungsschutzgesetz, DB 1988, S. 2204, 2205; *Kraushaar*: Ist die Herausnahme der Kleinbetriebe aus dem Kündigungsschutz verfassungswidrig?, AuR 1988, S. 137 ff.; *Weber*: Zur Frage der Vereinbarkeit des § 23 Abs. 1 Sätze 2 und 3 KSchG mit Art. 3 Abs. 1 und 3 GG, AuR 1995, S. 113, 115 ff. ebenfalls von einer Verfassungswidrigkeit der Vorschrift aus. A.A. *Hueck/Hueck/Hoyningen-Huene*: KSchG, 11. Aufl. 1992, § 23 KSchG Rndr. 19; *Hönsch*: Die Kleinbetriebsklausel und Gleichheitssatz, DB 1988, S. 1650 f.

in einem Kleinbetrieb beschäftigten Arbeitnehmers aus Anlass der ersten schweren Erkrankung Ende August 1986 trotz kurzfristiger Wiederherstellungsprognose des behandelnden Arztes.

Bevor das BVerfG über die Vorlage des ArbG Reutlingen entschied, bejahte das BAG 1990 in einem anderen Fall die Verfassungsmäßigkeit des § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG i.d.F. des BSchFG 1985.<sup>569</sup> Das Gericht überprüfte die Vorschrift insbesondere im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 19 Abs. 4 GG. Es sah in dem Ausschluss der Kleinbetriebe aus dem gesetzlichen allgemeinen Kündigungsschutz keine verfassungswidrige, gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßende Ungleichbehandlung. Er sei nach Art und Gewicht der im Verhältnis zu größeren Betrieben bestehenden Unterschiede gerechtfertigt. Die enge persönliche Beziehung zwischen Kleinbetriebsarbeitgebern und Arbeitnehmern gewährleiste das Funktionieren dieser Betriebe. Insofern würde sich ein gesetzlicher Kündigungsschutz nur hinderlich auswirken. Kleinbetriebe könnten ferner aufgrund ihrer eher schwächeren finanziellen Ausstattung weder in verwaltungstechnischer noch in wirtschaftlicher Hinsicht mit der Führung eines Kündigungsschutzprozesses und sich daraus eventuell ergebender Abfindungskosten belastet werden. Darüber hinaus würde die Einbeziehung in den gesetzlichen Kündigungsschutz dem Gedanken des Mittelstandsschutzes zuwiderlaufen. Kleinunternehmern müsse eine gewisse arbeitsmarktpolitische Freizügigkeit und verlässliche marktwirtschaftliche Rahmenbedingungen garantiert werden. Die Existenz kleiner Betriebe stelle einen volkswirtschaftlich notwendigen Ausgleich im Hinblick auf die zunehmende Konzentration der Marktmacht bei den Konzernen dar. Im Übrigen würde der Kleinarbeitgeber bei Geltung des KSchG durch eine eventuelle Weiterbeschäftigungspflicht stärker belastet als Mittel- und Großbetriebe.

Das BAG sah darüber hinaus auch in der durch das BSchFG 1985 als Satz 3 in § 23 Abs. 1 KSchG eingeführten eingeschränkten Anrechnung von Teilzeitarbeitnehmern auf die Betriebsgröße keinen Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Gleichheitsgebot. Der Beschäftigungsumfang der danach nicht zu berücksichtigenden Teilzeitarbeitnehmer sei so gering, dass die gesetzgeberische Konzeption dadurch nicht gegenstandslos würde.

Einen Verstoß des § 23 Abs. 1 KSchG gegen die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG verneinte das BAG ebenfalls. Arbeitnehmer könnten bei Kündigungen in Kleinbetrieben Klage beim Arbeitsgericht erheben.

1991 war das ArbG Reutlingen der Auffassung, dass § 23 Abs. 1 KSchG i.d.F. des BSchFG 1985 europäischem Recht widerspreche.<sup>570</sup> Es legte dem EuGH zum einen die Frage zur Überprüfung vor, ob der Ausschluss der Kleinbetriebe aus dem KSchG eine unzulässige Beihilfe i.S.d. Art. 92 Abs. 1 EWG-Vertrag<sup>571</sup> sei. Dazu trug es vor, dass die Kleinbetriebe einen erheblichen Wettbewerbsvorteil gegenüber anderen Unternehmen erhielten, da sie nicht verpflichtet seien, bei sozial ungerechtfertigten Kündigungen Abfindungen zu zahlen oder Prozesskosten zu tragen, die bei Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit der Kündigung von Arbeitnehmern entstünden. Der EuGH sah in § 23 Abs. 1 KSchG i.d.F. des BSchFG 1985 keine Verletzung des Art. 92 Abs. 1 EWG-Vertrag.

---

<sup>569</sup> BAG v. 19.4.1990, AP Nr. 8 zu § 23 KSchG 1969. Kritisch *Ramm*: Arbeitsrecht und Kleinunternehmen, AuR 1991, S. 257, 264 f.

<sup>570</sup> ArbG Reutlingen v. 3.5.1991, BB 1991, S. 1642. Vgl. *Kraushaar/Storz*: Kleinbetriebsklausel und EG-Recht nach § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG, BB 1992, S. 1787 ff.

<sup>571</sup> Wortlaut des Art. 92 Abs. 1 EWG-Vertrag: „Soweit in diesem Vertrag nicht etwas anders 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 Mitgliedsstaaten beeinträchtigen.“



Unter den Beihilfebegriff fielen zwar nicht nur solche Vorteile, die aus staatlichen Mitteln finanziert würden, sondern auch die, die durch vom Staat benannte oder errichtete öffentliche oder private Einrichtungen gewährt würden. Die Befreiung der Kleinbetriebe vom allgemeinen Kündigungsschutz des KSchG stelle jedoch keine unmittelbare oder mittelbare Übertragung staatlicher Mittel dar. Durch § 23 Abs. 1 KSchG würde lediglich der Wille des Gesetzgebers zum Ausdruck gebracht, dass Kleinbetriebe durch finanzielle Lasten nicht in ihrer Entwicklung behindern werden sollen. Insofern sei die Kündigung kein Mittel, um unmittelbar oder mittelbar einen Vorteil aus staatlichen Mitteln zu gewähren.

Als zweites beehrte das ArbG Reutlingen in dem gleichen Vorlagebeschluss eine Entscheidung des EuGH darüber, ob die eingeschränkte Anrechnung der Teilzeitbeschäftigten in § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG i.d.F. des BSchFG 1985 eine indirekte Frauendiskriminierung darstelle, die gegen Art. 5 und 2 der Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EWG vom 9.2.1976<sup>572</sup> verstoße.<sup>573</sup> Nach Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie beinhaltet die Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung hinsichtlich der Arbeitsbedingungen einschließlich der Entlassungsbedingungen, dass Männern und Frauen dieselben Bedingungen ohne Diskriminierung aufgrund des Geschlechts gewährt werden müssen. Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie verbietet auch mittelbare Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts.

Richtlinien sind nach Art. 189 Abs. 3 EWG-Vertrag für jeden Staat, an den sich gerichtet sind, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich. Das ArbG Reutlingen war der Auffassung, da fast 90 % aller teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer Frauen seien, stelle die Regelung des § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG i.d.F. des BSchFG 1985 eine gegen die Richtlinie verstoßende mittelbare Diskriminierung dar.

Der EuGH kam zu dem Schluss, dass die eingeschränkte Berücksichtigung der Teilzeitarbeitnehmer die Richtlinie 76/207/EWG nicht verletzt. Eine mittelbare Diskriminierung weiblicher Arbeitnehmer sei grundsätzlich dann anzunehmen, wenn eine Bestimmung zwar neutral gefasst sei, jedoch tatsächlich prozentual erheblich mehr Frauen als Männer benachteilige und diese unterschiedliche Behandlung nicht durch objektive Faktoren gerechtfertigt sei, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun hätten. Das Gericht war der Ansicht, § 23 Abs. 1 KSchG schließe alle Arbeitnehmer eines Kleinbetriebs vom Kündigungsschutz aus und benachteilige deshalb nicht nur Teilzeitbeschäftigte. Eine mittelbare Diskriminierung weiblicher Arbeitnehmer sei insofern nur dann vorstellbar, wenn die Kleinunternehmen einen erheblich höheren Prozentsatz Frauen als Männer beschäftigen würden. Die Regelung müsste ferner nicht durch objektive Faktoren gerechtfertigt sein, die nichts mit einer Diskriminierung des Geschlechts zu tun hätten. Aufgrund der dem Gericht vorgelegten Angaben sei jedoch nicht von einem überwiegenden Anteil weiblicher Arbeitnehmer in den deutschen Kleinbetrieben auszugehen. Darüber hinaus würden objektive Faktoren, die nicht mit einer Diskriminierung des Geschlechts zu tun haben, die Existenz der Vorschrift rechtfertigen. § 23 Abs. 1 KSchG sichere in zulässiger Weise den notwendigen Fortbestand der für die wirtschaftliche Entwicklung und die Schaffung von Arbeitsplätzen wichtigen Kleinbetriebe durch Reduzierung finanzieller Belastungen. Wie Art. 118 a EWG-Vertrag zeige, stehe diese Zielsetzung in Einklang mit europäischen Vorstellungen. Danach dürften Richtlinien, die auf dem Gebiet der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer erlassen würden, keine verwaltungsmäßigen, finanziellen oder rechtlichen Auflagen vorschreiben, die der Gründung und Entwicklung von Klein-

---

<sup>572</sup> Richtlinie zur Verwirklichung der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsausbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen v. 9.2.1976, ABIEG L 39, S. 40.

<sup>573</sup> EuGH v. 30.11.1993, AP Nr. 13 zu § 23 KSchG 1969.

und Mittelbetrieben entgegenstünden. Nach der Ansicht des EuGH ist § 23 Abs. 1 KSchG i.d.F. des BSchFG 1985 also mit europäischem Recht vereinbar.

Nach der Änderung des § 23 Abs. 1 KSchG durch das BSchFG 1996 hielt ein Teil des Schrifttums die Vorschrift wegen der deutlichen Ausweitung der Kleinbetriebsklausel für verfassungswidrig.<sup>574</sup> Die Neuregelung habe die Möglichkeit geschaffen, in weitaus größeren Betrieben als bisher den Kündigungsschutz auszuschließen. Diese Ungleichbehandlung sei im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 GG sachlich nicht mehr zu rechtfertigen. Die 1990 vom BAG angeführten sachlichen Gründe (enge persönliche Beziehung im Kleinbetrieb, geringe verwaltungsmäßig und wirtschaftliche Belastbarkeit des Kleinunternehmens, Schutz des Mittelstands, Gegensteuerung gegen die zunehmende, volkswirtschaftlich unerwünschte Marktkonzentration) trügen § 23 Abs. 1 KSchG i.d.F. des BSchFG 1996 nicht mehr.

Darüber hinaus wurde es als verfassungsrechtlich bedenklich angesehen, dass § 23 Abs. 1 KSchG weiterhin an den Betriebsbegriff anknüpfte, da durch die Vorschrift auch Kleinbetriebe mittlerer und großer Unternehmen erfasst wurden. Es sei eine sachlich nicht begründete, verfassungswidrige Ungleichbehandlung, dass einige Großunternehmen aufgrund ihrer Struktur in der Lage seien, zur Umgehung des Kündigungsschutzes zahlreiche Kleinbetriebe abzuspalten, andere vergleichbare Unternehmen aufgrund ihrer Organisation hingegen nicht. Eine entsprechende Ungleichbehandlung habe zwar schon nach dem bisherigen Recht bestanden. Sie sei jedoch unter dem § 23 Abs. 1 KSchG i.d.F. des BSchFG 1996 nicht mehr verfassungsrechtlich hinnehmbar, da sie durch die erhebliche Anhebung der Schwellenzahl sehr vergrößert worden sei.

Das BVerfG entschied schließlich am 27.1.1998 über die Vorlage des ArbG Reutlingen von 1986.<sup>575</sup> Obwohl das KSchG zu diesem Zeitpunkt bereits i.d.F. des BSchFG 1996 galt, prüfte das Gericht die Fassung des § 23 Abs. 1 KSchG nach dem BSchFG 1985 im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG, da sich die Vorlage auf diese Fassung bezog.

Es kam zu dem Ergebnis, dass die Vorschrift verfassungsgemäß ist. Durch das Grundrecht der freien Wahl des Arbeitsplatzes sei der Entschluss des Arbeitnehmers, eine konkrete Beschäftigungsmöglichkeit zu ergreifen oder ein bestehendes Arbeitsverhältnis beizubehalten oder aufzugeben, vor staatlichen Maßnahmen geschützt, die ihn am Erwerb eines bestimmten Arbeitsplatzes hinderten oder zur Aufnahme, Beibehaltung oder Aufgabe desselben zwingen. Art. 12 GG beinhalte keinen Anspruch auf Bereitstellung eines Arbeitsplatzes eigener Wahl. Er garantiere nicht den Bestand des einmal gewählten Arbeitsplatzes. Es würde darüber hinaus kein unmittelbarer Schutz vor dem Verlust des Arbeitsplatzes aufgrund privater Disposition gewährt. Diesbezüglich ergebe sich aus

---

<sup>574</sup> *Buschmann*: Gemeine Marktwirtschaft, AuR 1996, S. 285, 286 f.; *Kittner*: Das neue Recht der Sozialauswahl bei betriebsbedingter Kündigung und die Ausdehnung der Kleinbetriebsklausel, AuR 1997, S. 182, 190 ff.; *Grunewald*: Das Kündigungsschutzrecht zwischen Theorie und Praxis - Argumente für ein anderes Kündigungsschutzgesetz, ZRP 1996, S. 472, 474; *Preis*: Aktuelle Tendenzen im Kündigungsschutzrecht, NZA 1997, S. 1073, 1074 f.; *Weigand*: Kleinbetrieb und Kündigungsschutz - Anhaltspunkte für ein zeitgemäßes Kleinunternehmerprofil, DB 1997, S. 2484 ff.; *Wlotzke*: Einschränkungen des Kündigungsschutzgesetzes durch Anhebung der Schwellenzahl und Veränderungen bei der Sozialauswahl, BB 1997, S. 414, 415. A.A. *Bader*: Neuregelungen im Bereich des Kündigungsschutzgesetzes durch das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz, NZA 1996, S. 1125, 1126; *Lakies*: Änderung des Kündigungsschutzgesetzes und allgemeiner Kündigungsschutz nach § 242 BGB - Verfassungsrechtliche Fragen, DB 1997, S. 1078; *Löwisch*: Das arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz, NZA 1996, S. 1009; *Schiefer/Worzalla*: Das arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz und seine Auswirkungen für die betriebliche Praxis, 1996, S. 48.

<sup>575</sup> BVerfG v. 27.1.1998, AP Nr. 17 zu § 23 KSchG 1969.

Art. 12 GG allerdings eine staatliche Schutzpflicht, der die geltenden Kündigungsschutzvorschriften Rechnung trügen.

Das KSchG diene dem Ausgleich zwischen dem Arbeitnehmerinteresse an einer Erhaltung des Arbeitsplatzes und dem Arbeitgeberinteresse, Personalentscheidungen nach seinen eigenen Vorstellungen treffen zu können. Diese widerstreitenden Interessen habe der Gesetzgeber innerhalb des ihm zustehenden weiten Gestaltungs- und Bewertungsspielraums zum Ausgleich gebracht. Insbesondere genüge § 23 Abs. 1 KSchG der Schutzpflicht und sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

Der Arbeitsplatz sei regelmäßig in wirtschaftlicher und auch in sozialer Hinsicht die Existenzgrundlage des Arbeitnehmers. Der Wegfall des Arbeitsplatzes könne je nach Arbeitsmarktlage zu finanziellen Einbußen und dem Verlust von Nachbarschaftsbeziehungen führen. Ältere Arbeitnehmer seien bei struktureller Arbeitslosigkeit besonders davon bedroht, keinen vergleichbaren Arbeitsplatz mehr zu finden. Für den Arbeitgeber eines Kleinbetriebs sei das Kündigungsrecht andererseits von großer Bedeutung. Die wirtschaftliche Existenz des Kleinbetriebs hänge wesentlich von der Leistungsfähigkeit und den Persönlichkeitsmerkmalen jedes Mitarbeiters ab. Beide Gesichtspunkte wirkten sich auf das Betriebsklima aus. Verschlechtere es sich durch die Leistungsschwäche eines Arbeitnehmers oder aufgrund seines persönlichen Verhaltens, habe dies stärkere Auswirkungen auf den Geschäftserfolg als bei größeren Betrieben. Darüber hinaus habe das Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer in kleinen Betrieben wegen der häufigen Mitarbeit des Chefs einen besonderen Stellenwert. Im Übrigen sei die finanzielle Ausstattung dieser Betriebe regelmäßig geringer. Das durch Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Interesse des Kleinbetriebsarbeitgebers, vor diesem Hintergrund möglichst frei über den Personalbestand entscheiden zu können, rechtfertige einen Ausschluss der Arbeitnehmer aus dem allgemeinen Kündigungsschutz des KSchG. Hinzu komme, dass Arbeitnehmer in Kleinbetrieben dem Verlust des Arbeitsplatzes nicht völlig schutzlos ausgeliefert seien. Eine sittenwidrige oder treuwidrige Ausübung des Kündigungsrechts durch den Arbeitgeber werde durch die §§ 138, 242 BGB verhindert.

Die weiteren Ausführungen des BVerfG zum Umfang des Kündigungsschutzes, der durch diese Vorschriften außerhalb des KSchG gewährt wird, sind für die Erörterung der Verfassungsmäßigkeit des § 23 Abs. 1 KSchG nicht weiter relevant. Sie werden daher erst bei der Frage nach den verfassungsrechtlichen Anforderungen an den Kündigungsschutz außerhalb des KSchG erörtert.<sup>576</sup>

Das BVerfG verneinte ferner eine Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG durch § 23 Abs. 1 KSchG. Arbeitnehmer in Kleinbetrieben würden zwar durch die Vorschrift im Vergleich zu Arbeitnehmern in größeren Betrieben ungleich im Hinblick auf den Schutz ihres Arbeitsplatzes behandelt. Dies sei jedoch aufgrund der bereits im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG angeführten Gründe, die für ein Überwiegen der Kündigungsinteressen der Kleinarbeitgeber sprächen, verfassungsgemäß. Darüber hinaus sei auch die vorgenommene Definition des Kleinbetriebs nicht zu beanstanden, durch die die Gruppe der ungleich behandelten Arbeitnehmer gebildet werde. Mit der Festlegung der Betriebsgröße, die eine Geltung des KSchG zur Folge habe, habe der Gesetzgeber entschieden, ab wann die Vorschriften der §§ 1 ff. KSchG einen angemessenen Ausgleich der gegenläufigen Arbeitnehmer und Arbeitgeberinteressen böten. Die Grenze sei sachlich gerechtfertigt. Bei kleineren Betrieben könnte der Unternehmer durchaus noch, wie vom Gesetzgeber angenommen, schutzwürdiger sein als der Arbeitnehmer, auch wenn dies nicht in jedem Einzelfall so sei. Das Gericht bestätigte darüber hinaus, dass die Anknüpfung an den Begriff „Betrieb“ als Unterscheidungsmerkmal verfassungsgemäß sei. Es

---

<sup>576</sup> Vgl. S. 203 ff.

stellte allerdings fest, dass er dahingehend einschränkend auszulegen sei, dass § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG nicht Einheiten zugute kommen dürfe, auf die der Schutzgedanke der Vorschrift nicht zutreffe.

Hinsichtlich der an Art. 3 Abs. 1 GG ausgerichteten Überprüfung der eingeschränkten Anrechnung teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer auf die Betriebsgröße durch § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG i.d.F. des BSchFG 1985 verwies das Gericht auf eine weitere eigene Entscheidung des gleichen Tages<sup>577</sup>. Nach der dieser Entscheidung zugrunde liegenden Fassung des § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG wurden in Bezug auf die Betriebsgröße nur Arbeitnehmer berücksichtigt, deren regelmäßige Arbeitszeit wöchentlich 10 Stunden oder monatlich 45 Stunden überstieg. Diese Regelung erachtete das BVerfG bei verfassungskonformer Auslegung als mit dem Grundgesetz vereinbar. Aufgrund des Satzes 3 des § 23 KSchG i.d.F. des BSchFG 1985 könne ein Betrieb eine beliebige Zahl von Arbeitnehmer beschäftigen, solange er nicht mehr als fünf Vollzeitarbeitskräfte und darüber hinaus ausschließlich Teilzeitkräfte beschäftige, die weniger als zehn Wochenstunden bzw. 45 Stunden pro Monat arbeiteten. Bezogen auf einen Betrieb, der auf dieser Basis insgesamt 50 Personen beschäftige, war das Gericht der Auffassung, dass hier keine Gründe vorlägen, die die Benachteiligung der Arbeitnehmer rechtfertigen würden.

Die arbeitsmarktpolitischen Erwägungen, die den Gesetzgeber 1985 zu der Einfügung des Satzes 3 in § 23 Abs. 1 KSchG veranlasst hätten, könnten eine ungleiche Behandlung von Arbeitnehmern in Kleinbetrieben nicht rechtfertigen, weil es sich dabei nicht um Erwägungen handele, die sich spezifisch auf solche Betriebe bezögen. § 23 Abs. 1 KSchG i.d.F. des BSchFG 1985 sei allerdings unter der Voraussetzung einer einschränkenden Auslegung verfassungsgemäß. Die Anwendung der Norm könne im Wege der teleologischen Reduktion auf Fälle beschränkt werden, in denen unter Zugrundelegung der Anrechnungsmodalitäten des Satzes 3 in der seit 1.10.1996 geltenden Fassung des § 23 Abs. 1 KSchG ein Kleinbetrieb vorläge.

Nachdem der Gesetzgeber die Kleinbetriebsgrenze durch das KorrekturG von 1998 zum 1.1.1999 im Wesentlichen wieder auf den Stand des BSchFG 1985 zurückgeführt hat, ging die Literatur überwiegend - auch aufgrund der Entscheidungen des BVerfG von 1998 - von der Verfassungsmäßigkeit der Kleinbetriebsklausel aus.<sup>578</sup> Es bleibt abzuwarten, ob sich diese Einschätzung durch die jetzt zum 1.1.2004 durch das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt eingeführte Neufassung des § 23 KSchG verändern wird.<sup>579</sup> Ausdrücklich wird jedoch bereits jetzt bezweifelt, dass sie ihrem Ziel gerecht und zur Entspannung der Arbeitsmarktsituation beitragen wird. Ein Beschäftigungseffekt sei nicht erkennbar.<sup>580</sup> Es sei allgemein äußerst schwierig, nachzuweisen, welche Bedeutung die Ausgestaltung des Kündigungsschutzes für die Beschäftigung habe.<sup>581</sup> Als

---

<sup>577</sup> BVerfG v. 27.1.1998, AP Nr. 18 zu § 23 KSchG 1969.

<sup>578</sup> *Bader u.a. (Dörner)*: KSchG, 56. Lief. 9/2005, § 23 KSchG Rndr. 9; *Fiebig u.a. (Pfeiffer)*: KSchG, 2. Aufl. 2004, § 23 KSchG Rndr. 19; *Hoyningen-Huene/Linck*: KSchG, 13. Aufl. 2002, § 23 KSchG Rndr. 19 a; *Kittner u.a. (Kittner)*: KSchR, 5. Aufl. 2001, § 23 KSchG Rndr. 10; *KR-Weigand*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 23 KSchG, Rndr. 14 ff.; *Bader*: Das Kündigungsschutzgesetz in neuer (alter) Fassung, NZA 1999, S. 64, 66, 68; *Rossa*: Keine Verschlechterung des Kündigungsschutzes in Kleinbetrieben bis zum 30. September 1999, BB 1999, S. 1160, 1162.

<sup>579</sup> *Bader*: Das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt: neues im Kündigungsschutzgesetz und im Befristungsrecht, NZA 2004, S. 65, 66 hält es nach dem ersten Eindruck für noch verfassungsgemäß. Ebenso *Quecke*: Die Änderung des Kündigungsschutzgesetzes zum 1.1.2004, RdA 2004, S. 86, 103; *Kittner u.a. (Kittner)*: KSchR, 6. Aufl. 2004, § 23 KSchG Rndr. 10.

<sup>580</sup> *Rehwald*: Weniger Kündigungsschutz gleich mehr Beschäftigung? - Die Gewerkschaftssicht, NZA 2003 Sonderbeilage zu Heft 21, S. 46.

<sup>581</sup> *Preis*: Reform des Bestandsschutzrechts im Arbeitsverhältnis, RdA 2003, S. 65, 66 ff.

weiteres Argument wird vom WSI angeführt, dass viele Kleinbetriebe aufgrund mangelnder Kenntnisse fälschlicherweise von der Geltung des KSchG ausgingen. Die Ausgestaltung des Kündigungsschutzes habe insofern keine nennenswerte Auswirkung auf das Einstellungsverhalten.<sup>582</sup> Diese kritischen Stimmen befinden sich in Einklang mit internationalen Studien, die zwischen 1997 und 1999 erstellt wurden.<sup>583</sup>

Demgegenüber vertritt das Institut der Deutschen Wirtschaft unter Berufung auf eine im März 2003 vom Forsa Institut im Auftrag der Bundesregierung erstellten Studie, dass durch die Änderung des Kündigungsschutzes 300 000 neue Stellen geschaffen werden könnten.<sup>584</sup> Es werden allerdings keine Angaben über den maßgeblichen Zeitraum gemacht, in dem diese Arbeitsplätze entstehen sollen.

## 8. Stellungnahme

Klein- und Mittelbetriebe prägen traditionell die deutsche Wirtschaft. Sie sichern einen wesentlichen Teil der Arbeitsplätze und sind ein wichtiges Gegengewicht zu den heutigen Großunternehmen und Konzernen. Durch sie wird eine wirtschaftspolitisch bedenkliche Konzentration der Wirtschaft verhindert und ein ausgewogenes Machtgefüge angestrebt. Da Kleinbetriebe jedoch in der Regel nicht über vergleichbare Finanzmittel verfügen wie größere Betriebe, ist ihr Fortbestand nur gesichert, wenn sie nicht in dem Umfang wie diese wirtschaftlichen Belastungen ausgesetzt werden. Zur Sicherung ihrer Existenz bedürfen sie daher notwendigerweise eines besonderen gesetzlichen Schutzes.

Das KSchG belegt den Arbeitgeber im Fall eines Kündigungsschutzprozesses mit dem Risiko erheblicher Prozess- und Abfindungskosten. Diese finanziellen Belastungen würden die Existenz eines Kleinbetriebs nicht selten ernsthaft bedrohen.

Sofern der Ausschluss der Kleinbetriebe aus dem KSchG auch auf dem engen Vertrauensverhältnis zwischen dem vielfach mitarbeitenden Betriebsinhaber und seinen Beschäftigten und dem Erfordernis eines guten Betriebsklimas basiert, steht dahinter wiederum die Gewährleistung der Existenz. Dauerhafte Leistungsschwächen oder Verhaltensmängel einzelner Mitarbeiter bedrohen entweder direkt oder auf dem Umweg über die Verschlechterung des Betriebsklimas die Effizienz und Konkurrenzfähigkeit eines Kleinbetriebs.

Die gesamtwirtschaftlich wichtige Funktion der Kleinbetriebe rechtfertigt es, grundsätzlich dem Bestandsschutzinteresse der dort beschäftigten Arbeitnehmer einen geringeren Stellenwert beizumessen und diese Betriebe aus dem KSchG auszuschließen. Sie ist darüber hinaus auch für das Verständnis des Kleinbetriebsbegriffs und die Festlegung der konkreten Größe der Kleinbetriebe innerhalb des KSchG maßgebend. Kleinbetriebe können ihren notwendigen Beitrag zum Erhalt einer lebendigen, vielfältigen deutschen Wirtschaftsstruktur nur dann leisten, wenn sie sich neben der Befreiung von finanziellen Belastungen auch hinsichtlich der Größe von Mittel- und Großbetrieben unterscheiden. Die bis 31.12.2003 geltende rechnerische Größe von bis zu fünf regelmäßigen Vollzeitarbeitnehmern gewährleistete diesen Unterschied auf jeden Fall. Für die derzeitige Betriebsgröße von bis zu zehn Arbeitnehmer kann dies ebenfalls angenommen werden. Demgegenüber

---

<sup>582</sup> *Pfarr/Bothfeld/Kaiser/u.a.*: Regam-Studie: Die Einschätzung der Geltung des Kündigungsschutzgesetzes in den Kleinbetrieben, BB 2003, S. 2061; *ders.*: Regam-Studie: Hat der Kündigungsschutz eine prohibitive Wirkung auf das Einstellungsverhalten der kleinen Betriebe?, BB 2003, S. 2286, 2289.

<sup>583</sup> Nachweise bei *Pfarr/Bothfeld/Kaiser/u.a.*: Regam-Studie: Hat der Kündigungsschutz eine prohibitive Wirkung auf das Einstellungsverhalten der kleinen Betriebe?, BB 2003, S. 2286 dort Fn. 4.

<sup>584</sup> Kündigungsschutz – Nur kosmetische Korrekturen, Informationsdienst des Instituts der deutschen Wirtschaft, Heft Nr. 17 v. 25.4.2003, S. 2.

wäre eine generelle Erhöhung des Schwellenwertes auf zwanzig Arbeitnehmer als kritisch einzustufen. Eine Abgrenzung zu den Mittelbetrieben wäre in diesem Fall nicht mehr eindeutig möglich.

Die bei der Betriebsgrößenberechnung vorzunehmende anteilige Berücksichtigung der Teilzeitkräfte führt zwar dazu, dass ein Betrieb unter Umständen wesentlich mehr als zehn Personen beschäftigen kann. Dadurch findet jedoch keine grundsätzliche Erweiterung des Kündigungsschutzausschlusses größerer Betrieben statt. Diese Gefahr wäre nur dann gegeben, wenn größere Betriebe oder Unternehmen - gegebenenfalls mit Konzernbezug - zur Umgehung des Kündigungsschutzes zunehmend Kleinbetriebe abspalten würden. Diese Vorgehensweise würde letztlich nicht zur Stützung sondern zur Aufweichung einer ausgeglichenen Wirtschaftsstruktur führen. Insofern darf der Begriff des Kleinbetriebs im KSchG nicht solche Betriebe erfassen, die derart in eine andere Betriebs- oder Unternehmensstruktur eingegliedert sind, dass das oberste Schutzziel des Ausschlusses leer läuft.

Die jüngste Änderung des Schwellenwertes zum 1.1.2004<sup>585</sup> wird die Struktur der deutschen Wirtschaft nicht wesentlich verändern. Kleinunternehmen werden durch eine Lockerung des Kündigungsschutzes für neu eingestellte Arbeitnehmer nicht zu einer Aufstockung ihres Personalbestands im großen Stil veranlasst und insofern auch nicht wie erhofft den Arbeitsmarkt entlasten. Sie werden sich erst dann grundsätzlich zu Neueinstellungen - und dann nur in begrenztem Umfang - entschließen, wenn sie ihre Aufträge nicht mehr mit dem bisherigen Beschäftigten erledigen können und darüber hinaus ein gefestigtes Zutrauen in eine weitere optimistische wirtschaftliche Entwicklung haben.

Überdies spielt die Neufassung des Schwellenwertes bei den durch das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt eingeführten Änderungen des allgemeinen Kündigungsschutzes eine eher unbedeutende Rolle. Im Vordergrund stehen vielmehr die Beschränkung der Sozialauswahl innerhalb des KSchG sowie die neue Abfindungsregelung des § 1 a KSchG und die damit eingeleitete Schwerpunktverschiebung des Kündigungsschutzes vom Bestandsschutz zum Abfindungsausgleich. Eine stärkere Anhebung des Schwellenwertes hätte die Bundesregierung in eine nicht auflösbare Erklärungsnot gebracht, warum sie nun Zuflucht in einem Mittel sucht, dass sie 1996 selbst als unzutreffendes Instrument der heutigen Opposition abgelehnt und nach dem Regierungswechsel 1998 insofern schnellstmöglichst wieder revidiert hatte.

## **9. Die Anzahl der durch die Kleinbetriebsklausel vom KSchG ausgeschlossenen Arbeitnehmer**

Anfang der sechziger Jahre des vergangenen Jh. waren ein Viertel bis ein Drittel aller Arbeitnehmer in Kleinbetrieben i.S.d. § 21 KSchG 1951 beschäftigt.<sup>586</sup> Mitte der siebziger Jahre wurde ein Zehntel aller Betriebe mit zirka 2,0 Mio. Arbeitnehmern von der Kleinbetriebsklausel erfasst.<sup>587</sup>

Während der Geltung der Kleinbetriebsklausel i.d.F. des BSchFG 1985 vom 1.5.1985 bis 30.9.1996 wurde geschätzt, dass etwa 67 % aller Betriebe und 25 % aller Arbeitnehmer nicht unter das KSchG fielen.<sup>588</sup> Nach der Neufassung des § 23 Abs. 1 KSchG durch das BSchFG 1996 gingen die Befürchtungen dahin, dass etwa 8,0 Mio. Arbeitnehmer in über 80 % aller Betriebe nicht mehr vom

---

<sup>585</sup> Vgl. S. 97 f.

<sup>586</sup> Auffarth/Müller: KSchG, 1960, § 21 KSchG Rndr. 2.

<sup>587</sup> Falke/Höland/Rodhe/Zimmermann: Kündigungspraxis und Kündigungsschutz in der Bundesrepublik Deutschland, 1981, S. 74.

<sup>588</sup> Richter/Mitsch: Neuer Schwellenwert im Kündigungsschutzgesetz, DB 1997, S. 526.

Schutz der §§ 1 ff. KSchG erfasst würden.<sup>589</sup> Anderen Schätzungen zufolge waren 30 % aller Arbeitnehmer betroffen.<sup>590</sup> Konkretere Zahlen sollte ursprünglich ein vom Bundestag in der 13. Legislaturperiode zum 31.12.2000 angeforderter Bericht bringen.<sup>591</sup> Nach Änderung des § 23 Abs. 1 KSchG durch das KorrekturG von 1998 erachtete der Bundestag ihn jedoch als überflüssig.<sup>592</sup>

Über die Anzahl der durch die Kleinbetriebsklausel in der Fassung des KorrekturG vom KSchG ausgeschlossenen Arbeitnehmer existierten nur wenige Angaben. Eine nicht auf statistischen Grundlagen beruhende Schätzung belief sich auf 4,0 bis 5,0 Mio.<sup>593</sup>, eine andere Angabe spricht allgemein von 3,5 Mio. Arbeitnehmern<sup>594</sup>.

Vom WSI wurde vor der letzten Änderung des § 23 KSchG angenommen, dass 3,5 Mio. Menschen in Betrieben bis fünf<sup>595</sup> und ca. 1,5 Mio. in den Betrieben zwischen sechs und zehn Arbeitnehmern beschäftigt waren<sup>596</sup>. Durch den § 23 KSchG n.F. verlieren die 1,5 Mio. Arbeitnehmer in der Gruppe der größeren Kleinbetriebe jedoch nicht ihren Kündigungsschutz, da die Altverträge unbegrenzten Bestandsschutz genießen und nur die nach dem 31.12.2003 neu beschäftigten Arbeitnehmer zukünftig nicht vom KSchG erfasst werden.

Da diese größeren Kleinbetriebe in den vergangenen fünf Jahren im Durchschnitt jeweils nur eine Einstellung vorgenommen haben<sup>597</sup> und aufgrund der allgemeinen wirtschaftlichen Auftragslage sowie ihrer eigenen finanziellen Möglichkeiten realistisch betrachtet nicht in dem Umfang, wie vom Bundeswirtschaftsministerium angenommen, Neueinstellungen vornehmen werden, wird sich die Anzahl der durch die Kleinbetriebsklausel vom KSchG ausgeschlossenen Arbeitnehmer nicht wesentlich erhöhen.

---

<sup>589</sup> *Buschmann*: Gemeine Marktwirtschaft, AuR 1996, S. 285, 286.

<sup>590</sup> *Düwell*: Das arbeitsrechtliche Gesetz zur Förderung von Wachstum und Beschäftigung, AiB 1996, S. 393; *Leinemann*: Fit für ein neues Arbeitsvertragsrecht?, BB 1996, S. 1381.

<sup>591</sup> Verhandlungen des Bundestages, Stenographische Berichte, 13. Wahlperiode, Bd. 184, 117. Sitzung, S. 10616 unter Bezugnahme auf eine entsprechende Beschlussempfehlung des Ausschusses des Bundestages für Arbeit und Sozialordnung v. 26.6.1996, BT-Drs. 13/5107, S. 5.

<sup>592</sup> Verhandlungen des Bundestages, Stenographische Berichte, 14. Wahlperiode, Bd. 194, 14. Sitzung, S. 899 unter Bezugnahme auf eine entsprechende Beschlussempfehlung des Ausschusses des Bundestages für Arbeit und Sozialordnung v. 4.12.1998, BT-Drs. 14/151, S. 4. Nach Auskunft des IAB v. 30.1.2003 wurde keine Erhebung zur Gesamtzahl der zwischen 1996 und 1998 in Kleinbetrieben i.S.d. § 23 KSchG beschäftigten Arbeitnehmer vorgenommen.

<sup>593</sup> *Däubler*: Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, in Schmidt (Hrsg.): Arbeitsrecht und Arbeitsgerichtsbarkeit, FS Arbeitsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz, 1999, S. 271, 272 der jedoch ausdrücklich darauf hinweist, dass es diesbezüglich keine ausreichenden statistischen Erhebungen gibt. Auch nach Auskunft des IAB v. 30.1.2003 existiert derzeit keine Statistik zur Gesamtzahl der in Kleinbetrieben i.S.d. § 23 KSchG beschäftigten Arbeitnehmer.

<sup>594</sup> *Stein*: Mindestkündigungsschutz außerhalb des KSchG - Praktisches Fragen der Darlegungs- und Beweislast, DB 2005, S. 1218.

<sup>595</sup> [www.boeckler.de/rde/xchg/SID-3D0AB75F-DAF1700A/hbs/hs.xsl/512\\_29771.html](http://www.boeckler.de/rde/xchg/SID-3D0AB75F-DAF1700A/hbs/hs.xsl/512_29771.html), 6.01.2004.

<sup>596</sup> So Auskunft Frau Bothe vom WSI am 17.12.2003.

<sup>597</sup> So Auskunft Frau Bothe vom WSI am 17.12.2003.

Durch § 23 Abs. 1 KSchG werden bis heute vor allem Arbeitnehmer im Handwerk, im Einzelhandel, im Gaststättengewerbe, im Dienstleistungsbereich, in der Land- und Forstwirtschaft sowie in der Fischerei vom KSchG ausgeschlossen.<sup>598</sup>

### **3. Teil: Der Kündigungsschutz außerhalb des KSchG durch Grundrechte des GG und allgemeines Zivilrecht**

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass bis heute nicht alle Arbeitnehmer vom allgemeinen Kündigungsschutz des KSchG erfasst werden. Deshalb ist seit In-Kraft-Treten des Gesetzes am 14.8.1951 relevant, inwieweit das Kündigungsrecht des Arbeitgebers außerhalb dieses spezialgesetzlichen Arbeitsplatzschutzes einer Beschränkung durch allgemeine bürgerlich-rechtliche Vorschriften und das GG unterliegt. In Betracht kommen hier vor allem die §§ 134, 138, 242 BGB und Grundrechte.

Seit 1951 beschäftigen unterschiedliche Fallgestaltungen aus diesem Bereich die Arbeitsgerichtsbarkeit und die Wissenschaft. 1991 und 1998 äußerte das BVerfG sich zu dieser Frage. Es verankerte den Kündigungsschutz außerhalb des KSchG ausdrücklich in dem Grundrecht der Berufsfreiheit des Art. 12 GG und legte Eckpfeiler in Bezug auf den Kündigungsgrund, die Auswahl, die Tatsache einer langjährigen Betriebszugehörigkeit sowie hinsichtlich der Beweislast bei der gerichtlichen Durchsetzung des Schutzes fest.

Die darauf einsetzende Diskussion ist derzeit noch im Fluss. In Zukunft wird sie neben den Vorgaben des BVerfG auch Art. II 30 EUVerf berücksichtigen müssen, wenn die am 29.10.2004 verabschiedete Europäische Verfassung Geltung erlangt.<sup>599</sup> Auch das geplante deutsche Antidiskriminierungsgesetz wird nach der derzeitigen Entwurfsfassung weitreichenden Einfluss auf den Kündigungsschutz außerhalb des KSchG nehmen.<sup>600</sup>

Die nachfolgenden Ausführungen setzen sich mit Rechtsprechung und Schrifttum seit 1951 auseinander.

---

<sup>598</sup> BVerfG v. 27.1.1998, AP Nr. 17 zu § 23 KSchG 1969; BVerfG v. 27.1.1998, AP Nr. 18 zu § 23 KSchG 1969; *Erdmann/Müller*: KSchG, 2. Aufl. 1954, S. 141; *Hetzel*: Das Arbeitsverhältnis im Kleinbetrieb, 1983, S. 4 f.; *Hueck*: Das Bundeskündigungsschutzgesetz, RdA 1951, S. 281, 282; *Ramm*: Arbeitsrecht und Kleinunternehmen, AuR 1991, S. 257, 261.

<sup>599</sup> Dazu muss sie von allen Mitgliedsstaaten ratifiziert werden. Für einen kurzen Überblick vgl. S. 270 ff.

<sup>600</sup> Vgl. S. 272 ff.



## A. Der Kündigungsschutz durch § 134 BGB – die gesetzeswidrige Kündigung

Ein Kündigungsschutz außerhalb des KSchG ergibt sich zunächst aus dem Verbot der gesetzeswidrigen Kündigung i.S.d. § 134 BGB. Das Recht, sich auf diesen Unwirksamkeitsgrund zu berufen, steht grundsätzlich jedem Arbeitnehmer unbestritten zu.<sup>601</sup>

Der Umfang der kündigungsschützend wirkenden Verbotsgesetze hat seit den fünfziger Jahren des vergangenen Jh. stetig zugenommen.<sup>602</sup> Ein großer Teil betrifft den außerhalb des Untersuchungsbereichs liegenden besonderen Kündigungsschutz und braucht daher nicht erörtert zu werden. Die übrigen relevanten Verbotsregelungen sind allerdings immer noch so zahlreich, dass nur eine beispielhafte Erörterung stattfindet.

Aufgrund der engen Verbindung zu der Entwicklung des gesetzlichen allgemeinen Kündigungsschutzes<sup>603</sup> bietet sich zum einen insbesondere die Frage an, welche kündigungsschützende Wirkung das Mitwirkungsrecht der Betriebsräte bei Entlassungen außerhalb des KSchG i.V.m. § 134 BGB hat.

Bis heute spielen die Grundrechte der Verfassung im Kündigungsschutz außerhalb des KSchG eine wichtige Rolle. Unter der inzwischen aufgegebenen Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung entfalteten einige von ihnen als Verbotsgesetze i.V.m. § 134 BGB kündigungsschützende Wirkung. Wegen der historischen Verbindung dieser Lehre mit der im Anschluss an sie vertretenen Theorie der mittelbaren Grundrechtsdrittwirkung wird die frühere kündigungsschützende Bedeutung der Grundrechte als Verbotsgesetze weiter unten im Zusammenhang mit der sie ablösenden Auffassung

---

<sup>601</sup> BAG v. 30.11.1956, AP Nr. 26 zu § 1 KSchG 1951 m. Anm. Schnorr von Carolsfeld; BAG v. 3.12.1998, RdA 1999, S. 264, 267 m. Anm. Oetker; BAG v. 11.3.1999, AP Nr. 4 zu § 18 BerzGG; LAG Bremen v. 23.1.1952, BB 1952, S. 521; LAG Mannheim v. 16.4.1952, BB 1952, S. 521; LAG Hamm v. 11.6.1952, AP 1952, Nr. 224 m. Anm. Hueck; LAG Kiel v. 7.7.1953, BB 1953, S. 708; LAG Rheinland-Pfalz v. 5.12.1991, AiB 1992, S. 531 m. Anm. Kunz; ArbG Rosenheim, Zweigst. Mühldorf v. 25.5.1954, ARST XIII, S. 21; ArbG Lübeck v. 5.7.1956, ARST XVIII, S. 17; ArbG Weiden/Opf. v. 11.2.1960, ARST XXVII, S. 12; ArbG München v. 26.5.1987, DB 1987, S. 2662; *Erdmann*: BetrVG, 2. Aufl. 1956, S. 40 f.; *ErfK (Ascheid)*: Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2006, § 1 KSchG Rndr. 36, § 13 KSchG Rndr. 29; *Erman/Westermann* (Hrsg.) (*Palm*): BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2000, § 134 BGB Rndr. 25 i; *Fiebig u.a. (Pfeiffer)*: KSchG, 2. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. 70; *Herschel/Steinmann*: KSchG, 5. Aufl. 1961, § 11 KSchG Rndr. 9; *Hueck*: KSchG, 7. Aufl. 1970, § 11 KSchG Rndr. 32; *Kittner u.a. (Däubler)*: KSchR, 6. Aufl. 2004, § 134 BGB Rndr. 18; *KR-Friedrich*: KSchG, 3. Aufl. 1989, § 13 KSchG Rndr. 178; *Soergel/Siebert (Kraft)*: BGB, Bd. 4/1, 12. Aufl. 1997, vor § 620 BGB Rndr. 69; *Sowka* (Hrsg.) (*Bengelsdorf*): KSchG, 2. Aufl. 2000, Teil H, § 13 KSchG Rndr. 44; *Staudinger (Neumann)*: BGB, 11. Aufl. 1958, vor § 620 BGB Rndr. 59; *Staudinger (Neumann)*: BGB, 13. Bearb. 1995, vor § 620 BGB Rndr. 69; *Ascheid*: Kündigungsschutzrecht, 1. Aufl. 1993, S. 31; *Hönig*: Der allgemeine zivilrechtliche Schutz des Arbeitnehmers gegen die ordentliche Kündigung, 1954, S. 81; *Leinemann* (Hrsg.) (*Isenhardt*): Hdb. z. ArbR., 285. Lief. 12/2005, Gruppe 5, Teilbereich 1, Kündigung, Rndr. 70; *Schaub*: ArbR.-Hdb., 10. Aufl. 2002, § 123 Rndr. 78; *Schnorr v. Carolsfeld*: Arbeitsrecht, 2. Aufl. 1954, S. 352; *Stahlhacke*: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 4. Aufl. 1982, S. 46; *Stahlhacke/Preis/Vossen*: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9. Aufl. 2005, Rndr. 269.

<sup>602</sup> Eine umfangreiche Auflistung aller Verbotsgesetze i.S.d. § 134 BGB seit Änderung des KSchG durch das ArbRBereiniGG v. 1969 findet sich bei *KR-Friedrich*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. 204 ff.; *Schmidt*: Kündigungsschutz außerhalb des KSchG, AR-Blattei, (D) Kündigungsschutz VIII, 1978, B I. Für Verbotsgesetze zur Zeit der Geltung des KSchG 1951 wird auf die damalige Kommentarliteratur zu § 11 KSchG 1951 verwiesen.

<sup>603</sup> Vgl. S. 16.

erläutert.<sup>604</sup> Innerhalb der dortigen Ausführungen zu Art. 3 Abs. 2 GG wird wegen des Sachzusammenhangs zudem auf die Verbotsregelung des § 611 a BGB eingegangen.<sup>605</sup>

Darüber hinaus ist in die Darstellung des Kündigungsschutzes durch § 138 BGB das Verbotsgesetz des § 612 a BGB eingebettet, da diese Vorschrift als grundsätzliche Spezialvorschrift seit Mitte 1980 die ehemals sittenwidrigen Maßregelungskündigungen erfasst.<sup>606</sup> Unmittelbar im Anschluss daran wird zudem auf die ihrerseits heute dem § 612 a BGB vorgehenden §§ 4 Abs. 3 BeschSchG, 84, 85 BetrVG hinsichtlich des Sonderfalls der Maßregelungskündigung im Zusammenhang mit sexueller Belästigung eingegangen.<sup>607</sup>

Im 5. Teil der Arbeit wird schließlich ein Ausblick auf die Verbotsgesetze der §§ 7 Abs. 1, 17 ADG(E) gegeben, die nach jetziger Entwurfsfassung zukünftig Bestandteil des geplanten Antidiskriminierungsgesetzes werden sollen.<sup>608</sup>

## I. Der Kündigungsschutz durch § 66 Abs. 1 BetrVG 1952

Das am 14.11.1952 in Kraft getretene BetrVG 1952 galt für die gesamte damalige Bundesrepublik einschließlich West-Berlin.<sup>609</sup> Nach § 66 Abs. 1 BetrVG 1952 musste der Arbeitgeber dem Betriebsrat die Kündigung eines Arbeitnehmers vor deren Ausspruch mitteilen und ihn anhören. Der Gesetzgeber hatte allerdings nicht festgelegt, welche Rechtsfolge die Missachtung der Anhörungspflicht nach sich ziehen sollte.

Deshalb wurde diese Frage schnell Gegenstand einer heftig geführten Diskussion. Die Vertreter der Wirksamkeitstheorie<sup>610</sup> waren der Ansicht, die vorherige Betriebsratsanhörung sei trotz des eindeutig kollektivrechtlichen Charakters des § 66 Abs. 1 BetrVG 1952 eine individualrechtliche Wirksamkeitsvoraussetzung der Kündigung. Eine Kündigung galt deshalb nach dieser Ansicht bei fehlender oder mangelhafter Anhörung gemäß § 66 Abs. 1 BetrVG 1952 i.V.m. § 134 BGB als

---

<sup>604</sup> Vgl. S. 173 ff.

<sup>605</sup> Vgl. S. 178 ff.

<sup>606</sup> Vgl. S. 137 ff.

<sup>607</sup> Vgl. S. 143 ff.

<sup>608</sup> Vgl. S. 275 f.

<sup>609</sup> Es galt zunächst nicht in dem erst am 1.1.1957 wieder zu Deutschland gehörenden Saarland. Hier wurde vielmehr am 7.7.1954 das saarl. BetrVG (Abl. Saarl. 1954, S. 869) erlassen, das in einigen Punkten von der bundesrechtlichen Regelung des Betriebsverfassungsrechts abwich. Dazu *Frey*: Kündigungsschutz und Betriebsverfassung im Saarland, RdA 1956, S. 50 ff. Das BetrVG 1952 wurde im Saarland durch das Saarländische Gesetz Nr. 559 zur Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes v. 7.7.1954 (Abl. Saarl. 1954, S. 869) vom 22.12.1956 (Abl. Saarl. 1956, S. 1688) zum 1.1.1957 übernommen.

<sup>610</sup> *Bührig u.a.*: KSchG, 1952, Anm. 3 S. 310; *Fitting/Kraegeloh*: BetrVG, 1. Aufl. 1952, § 66 BetrVG Rndr. 4; *Küchenhoff*: BetrVG, 1. Aufl. 1954, § 66 BetrVG Anm. 3 a; *Franke*: Die Anhörung des Betriebsrats als Institution des Betriebsverfassungsrechts, BABl. 1954, S. 197, 198 ff.; *Haberkorn*: Mitwirkungsrechte der Betriebsräte und Einzelentlassungen, NJW 1952, S. 1233, 1234 f.; *Gross*: Die Mitwirkung des Betriebsrates bei der Kündigung des Arbeitsverhältnisses, AuR 1953, S. 115 f.; *Reuß*: Die Nichtigkeit der ohne Anhörung des Betriebsrates erfolgten Kündigung, RdA 1954, S. 56 ff.; *Savaète*: Zur Anhörungspflicht des Arbeitgebers nach § 66 I des Betriebsverfassungsgesetzes, AuR 1953, S. 203; *Uerpmann*: Die Anhörung des Betriebsrates als Voraussetzung für die Wirksamkeit der Kündigung, DB 1953, S. 106 f.

nichtig.<sup>611</sup> Jeder Arbeitnehmer sollte sich auf den Nichtigkeitsgrund berufen können, soweit er vom Geltungsbereich des § 66 Abs. 1 BetrVG 1952 erfasst wurde.<sup>612</sup>

Die Wirksamkeitstheorie berief sich auf verschiedene Argumente. Die gesetzliche Formulierung „ist zu hören“ sollte nicht nur auf den zwingenden Charakter der Vorschrift hindeuten. Der Gesetzgeber habe damit zugleich auch zum Ausdruck gebracht, dass die Kündigung bei Verletzung des § 66 Abs. 1 BetrVG 1952 unwirksam sein solle.<sup>613</sup> Andernfalls hätte er die Bestimmung als Sollvorschrift formuliert.

Darüber hinaus wurde auf die Beratungen des zuständigen Bundesratsausschusses für Arbeit und Sozialpolitik verwiesen. Dort sei der Antrag auf Aufnahme des Satzes „Eine ohne Anhörung des Betriebsrats erfolgte Kündigung ist nichtig“ in den Gesetzestext als überflüssig abgelehnt worden. Der Ausschuss sei der Ansicht gewesen, diese Rechtsfolge ergebe sich bereits automatisch.<sup>614</sup>

Außerdem wurde auf die seit dem BRG von 1920 historisch gewachsene enge Beziehung zwischen dem Beteiligungsrecht des Betriebsrats bei Kündigungen und dem individualrechtlichen Bestandsschutz des Arbeitsplatzes hingewiesen.<sup>615</sup> Die Wirksamkeitstheorie konnte sich im rechtswissenschaftlichen Schrifttum allerdings nicht als h.M. etablieren.

Die Literatur war überwiegend der Auffassung, dass § 66 Abs. 1 BetrVG 1952 eine *lex imperfecta* sei. Eine unterlassene Anhörung führte danach nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung.<sup>616</sup> Der Vorschrift wurde lediglich kollektivrechtliche, betriebsverfassungsrechtliche Bedeutung zugesprochen. Sie betraf nur das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat.

Das stärkste Argument für die ausschließlich betriebsverfassungsrechtliche Bedeutung des § 66 Abs. 1 BetrVG 1952 war der systematische Zusammenhang mit den §§ 61, 63 BetrVG 1952.<sup>617</sup> Die Vorschriften regelten das Beteiligungsrecht des Betriebsrats bei Einstellungen, Umgruppierungen und Versetzungen. Der Betriebsrat verfügte in diesen Fällen unter bestimmten Voraussetzungen über ein Einspruchsrecht. Der Arbeitgeber musste sich nach einem Einspruch mit dem Betriebsrat einigen.

---

<sup>611</sup> ArbG Düsseldorf v. 22.12.1952, AuR 1953, S. 94; *Gross*: Die Mitwirkung des Betriebsrates bei der Kündigung des Arbeitsverhältnisses, AuR 1953, S. 115, 117; *Haberkorn*: Mitwirkungsrechte der Betriebsräte und Einzelentlassungen, NJW 1952, S. 1233, 1235; *Uerpmann*: Die Anhörung des Betriebsrates als Voraussetzung für die Wirksamkeit der Kündigung, DB 1953, S. 106, 107. A.A. *Franke*: Die Anhörung des Betriebsrats als Institution des Betriebsverfassungsrechts, BABl. 1954, S. 197, 198, 202 f.

<sup>612</sup> *Fitting/Kraegeloh*: BetrVG, 1. Aufl. 1952, § 66 BetrVG Rndr. 4.

<sup>613</sup> *Reuß*: Die Nichtigkeit der ohne Anhörung des Betriebsrates erfolgten Kündigung, RdA 1954, S. 56, 57.

<sup>614</sup> *Haberkorn*: Mitwirkungsrechte der Betriebsräte und Einzelentlassungen, NJW 1952, S. 1233, 1234 f.; *Reuß*: Die Nichtigkeit der ohne Anhörung des Betriebsrates erfolgten Kündigung, RdA 1954, S. 56, 57.

<sup>615</sup> ArbG Bieberach v. 23.12.1952, BB 1953, S. 145; *Gross*: Die Mitwirkung des Betriebsrates bei der Kündigung des Arbeitsverhältnisses, AuR 1953, S. 115, 116.

<sup>616</sup> *Bohn*: BetrVG, 1. Aufl. 1952, § 66 BetrVG Anm. 1; *Dietz*: BetrVG, 1. Aufl. 1953, § 66 BetrVG Rndr. 11; *Galperin*: BetrVG, 1. Aufl. 1953, § 66 BetrVG Rndr. 13; *Meissinger*: BetrVG, 1952, § 66 BetrVG Anm. 2; *Hueck*: Die Anhörung des Betriebsrates vor der Kündigung, RdA 1953, S. 127 ff.; *Kunkel*: Mitbestimmungsrecht und Kündigungsschutz, DB 1953, S. 355 f.; *Monjau*: Ist die Anhörung des Betriebsrats Voraussetzung für die Wirksamkeit einer Kündigung, BStSozArbR 1953, S. 203 ff.; *Nikisch*: Das Mitbestimmungsrecht in personellen Angelegenheiten nach dem Betriebsverfassungsgesetz, DB 1952, S. 844, 847; *Osswald*: Ist eine Kündigung ohne Anhörung des Betriebsrates wirksam?, ArbGeb 1953, S. 389; *Sabin*: Betriebsverfassungsrecht und Kündigungsschutzgesetz, JR 1953, S. 445; *Schnorr v. Carolsfeld*: Arbeitsrecht, 2. Aufl. 1954, S. 361; *Siebert*: Die Mitwirkung und Mitbestimmung der Arbeitnehmer nach dem Betriebsverfassungsgesetz, BB 1952, S. 832, 835.

<sup>617</sup> *Kunkel*: Mitbestimmungsrecht und Kündigungsschutz, DB 1953, S. 355, 356; *Osswald*: Ist eine Kündigung ohne Anhörung des Betriebsrates wirksam?, ArbGeb 1953, S. 389.

Es wurde darauf verwiesen, dass die Mitwirkung der betrieblichen Arbeitnehmervertretung in den Fällen der §§ 61 BetrVG 1952 stärker ausgebildet worden sei als bei § 66 Abs. 1 BetrVG 1952. Bei einer Kündigung sei der Arbeitgeber nur verpflichtet, sich die Stellungnahme des Betriebsrats anzuhören. Er brauche sie allerdings nicht weiter zu berücksichtigen. Wenn jedoch nach den §§ 61, 63 BetrVG 1952 ein Einspruch trotz fehlender anschließender Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ohne Auswirkungen auf die Wirksamkeit der Einstellung oder der anderen personellen Maßnahme sei, könne eine Verletzung des schwächeren Mitwirkungsrechts des § 66 Abs. 1 BetrVG 1952 nicht die Unwirksamkeit der Kündigung bewirken. Darüber hinaus wurde ohne nähere Erläuterung Bezug auf die Entstehungsgeschichte genommen.<sup>618</sup>

Die arbeitsgerichtliche Instanzrechtsprechung schloss sich bis zur ersten Entscheidung des BAG im Jahr 1954 im Wesentlichen der Ansicht von der *lex imperfecta* an.<sup>619</sup>

Das BAG lehnte in Übereinstimmung mit der bisher h.L. in seinen beiden Grundsatzentscheidungen vom 15.9.1954 § 66 Abs. 1 BetrVG 1952 als Wirksamkeitsvoraussetzung der Kündigung ausdrücklich ab.<sup>620</sup> Nach Ansicht des Gerichts sprach gegen die Wirksamkeitstheorie vor allem, dass der allgemeine Kündigungsschutz seine abschließende Regelung im KSchG 1951 gefunden habe. Es stehe im Widerspruch dazu, wenn außerhalb des KSchG ein weiterer zivilrechtlicher Nichtigkeitsgrund geschaffen würde. Nach Ansicht des Gerichts hatte § 66 Abs. 1 BetrVG 1952 lediglich im Geltungsbereich des KSchG Bedeutung. Eine Kündigung war gemäß § 1 KSchG 1951 sozialwidrig, wenn der Arbeitgeber die Anhörung vor der Kündigung rechtswidrig, vorsätzlich und schuldhaft unterlassen hatte.

Das Gericht bestätigte seine Auffassung anschließend in zahlreichen Urteilen.<sup>621</sup> Infolge der Einbindung des § 66 Abs. 1 BetrVG 1952 in die Gesamtsystematik des KSchG hatte eine Verletzung des § 66 Abs. 1 BetrVG 1952 danach bei Kündigungen außerhalb des KSchG keinerlei Auswirkungen

---

<sup>618</sup> LAG Düsseldorf v. 19.5.1953, DB 1953, S. 576; *Erdmann*: BetrVG, 1. Aufl. 1952, Vorbem. zu § 66 BetrVG; *Galperin*: BetrVG, 1. Aufl. 1953, § 66 BetrVG Rndr. 13; *Hueck*: Die Anhörung des Betriebsrates vor der Kündigung, RdA 1953, S. 127, 129; *Monjau*: Ist die Anhörung des Betriebsrats Voraussetzung für die Wirksamkeit einer Kündigung, B1StSozArbR 1953, S. 203; *Sommer*: Anhörung des Betriebsrates und Einzelkündigung nach dem Betriebsverfassungsgesetz, BB 1952, S. 980.

<sup>619</sup> LAG Hamm v. 7.5.1953, DB 1953, S. 535; LAG Düsseldorf v. 19.5.1953, DB 1953, S. 576; LAG Hamburg v. 24.7.1953, RdA 1953, S. 398; LAG Kiel v. 24.7.1953, DB 1953, S. 696; LAG Düsseldorf v. 9.12.1953, DB 1954, S. 391; LAG Stuttgart v. 19.12.1952, BB 1953, S. 236; ArbG Düsseldorf v. 5.2.1953, DB 1953, S. 256; ArbG Mannheim v. 26.2.1953, DB 1953, S. 236; ArbG Düsseldorf v. 23.3.1953, DB 1953, S. 356. Der Wirksamkeitstheorie folgten LAG Frankfurt/Main v. 12.12.1952, AP 1954, Nr. 150 m. abl. Anm. Neumann-Duesberg; LAG Berlin v. 1.4.1954, BB 1954, S. 562; ArbG Düsseldorf v. 22.12.1952, AuR 1953, S. 94; ArbG Bieberach v. 23.12.1952, BB 1953, S. 145; ArbG Göttingen v. 6.2.1953, BB 1953, S. 236.

<sup>620</sup> BAG v. 15.9.1954, AP Nr. 1 zu § 66 BetrVG 1952 m. Anm. Hueck; BAG v. 15.9.1954, AP Nr. 1 zu § 13 KSchG 1951.

<sup>621</sup> BAG v. 9.12.1955, AP Nr. 2 zu § 7 KSchG 1951; BAG v. 17.7.1956, AP Nr. 6 zu § 66 BetrVG 1952; BAG v. 1.3.1957, AP Nr. 10 zu § 66 BetrVG 1952; BAG v. 20.9.1957, AP Nr. 34 zu § 1 KSchG 1951 m. Anm. Hueck; BAG v. 9.12.1957, AP Nr. 11 zu § 66 BetrVG 1952; BAG v. 28.2.1958, BB 1958, S. 558; BAG v. 18.1.1962, AP Nr. 20 zu § 66 BetrVG 1952 m. Anm. Hueck; BAG v. 3.12.1964, AP Nr. 79 zu § 1 KSchG 1951 m. Anm. Hueck; BAG v. 14.10.1965, AP Nr. 27 zu § 66 BetrVG 1952 m. Anm. Wiedemann; BAG v. 18.1.1968, AP Nr. 28 zu § 66 BetrVG 1952; BAG v. 27.3.1969, AP Nr. 30 zu § 66 BetrVG 1952.

auf deren Wirksamkeit.<sup>622</sup>

Die höchstrichterliche Rechtsprechung sah sich zwar heftiger Kritik durch einzelne Vertreter des Schrifttums ausgesetzt.<sup>623</sup> Überwiegend folgten Literatur und Instanzrechtsprechung jedoch weiterhin der Lehre von der *lex imperfecta*.<sup>624</sup> Aus § 66 Abs. 1 BetrVG 1952 ergab sich insofern für Kündigungen außerhalb des KSchG nach h.L. und Rspr. kein Schutz. Die Wirksamkeitstheorie wurde nach 1954 allerdings weiterhin vereinzelt vertreten.<sup>625</sup>

Rückblickend ist zu vermuten, dass der Gesetzgeber bereits unter dem BetrVG 1952 von der Unwirksamkeit der Kündigung bei Verletzung des Anhörungsrechts ausging. Hierfür spricht vor allem die damalige Äußerung des Bundesratsausschusses für Arbeit und Sozialpolitik, wonach die Nichtigkeitsfolge als selbstverständlich angesehen und ihre Regelung infolgedessen als überflüssig abgelehnt worden war.

---

<sup>622</sup> So ausdrücklich BAG v. 20.9.1957, AP Nr. 34 zu § 1 KSchG 1951 m. Anm. Hueck; BAG v. 3.12.1964, AP Nr. 79 zu § 1 KSchG 1951 m. Anm. Hueck; BAG v. 18.1.1968, AP Nr. 28 zu § 66 BetrVG 1952; *Herschel/Steinmann*: KSchG, 5. Aufl. 1961, § 1 KSchG Rndr. 10 e; *Hueck*: KSchG, 7. Aufl. 1970, Einl. III, Anm. 3 a; *Hueck/Nipperdey (Nipperdey)*: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 2, 7. Aufl. 1970, S. 1440.

<sup>623</sup> *Auffarth/Müller*: KSchG, 1960, § 2 KSchG Rndr. 9; *Galperin/Siebert*: BetrVG, 4. Aufl. 1963, § 66 BetrVG Rndr. 13, 25 f.; *Böttcher*: Die Kündigung ohne Anhörung des Betriebsrates, BB 1954, S. 970; *Bohn*: Anm. zu BAG v. 15.9.1954, SAE 1955, S. 29; *Fitting*: Anm. zu BAG v. 15.9.1954, BABl. 1955, S. 172; *Frey*: Anm. zu BAG v. 27.6.1955, AuR 1955, S. 319 f.; *Nikisch*: Arbeitsrecht, Bd. 3, 2. Aufl. 1966, S. 483 f.; *Osthold*: Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zu § 66 Abs. 1 BVG - Ein alter Streit in neuer Auflage, ArbGeb 1955, S. 211 ff.; *Reichel*: Verstoß gegen § 66 Abs. 1 BetrVG und seine Rechtsfolge, AcP Bd. 167, 1967, S. 268, 274 f.

<sup>624</sup> LAG Hamm v. 15.3.1955, AP Nr. 3 zu § 66 BetrVG 1952; LAG München v. 13.1.1956, AP Nr. 8 zu § 66 BetrVG 1952; LAG München v. 31.1.1956, AP Nr. 6 zu § 132 GewO m. Anm. Hueck; LAG Mannheim v. 3.6.1955, AP Nr. 5 zu § 66 BetrVG 1952; LAG Bremen v. 2.4.1958, SAE 1958, S. 143; ArbG Ulm v. 26.6.1956, BB 1956, S. 818; *Herschel/Steinmann*: KSchG, 5. Aufl. 1961, § 1 KSchG Rndr. 10 b; *Hueck*: KSchG, 4. Aufl. 1961, Einl. III, Anm. 3 a; *ders.*: KSchG, 7. Aufl. 1970, Einl. III, Anm. 3 a; *Bohn*: BetrVG, 2. Aufl. 1957, § 66 BetrVG Anm. 1; *Galperin*: Die Rechtsmängel der Kündigung des Arbeitsverhältnisses, BB 1966, S. 1458, 1461; *Hueck*: Anm. zu AP Nr. 1 zu § 66 BetrVG 1952; *Hueck/Nipperdey*: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 1, 6. Aufl. 1959, S. 588; *ders.*: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 2, 7. Aufl. 1970, S. 1436 ff.; *Isele*: Reflexwirkungen der Betriebsverfassung im Individualrecht, RdA 1962, S. 373, 375; *Kaskel/Dersch*: Arbeitsrecht, 5. Aufl. 1957, S. 223; *Krüger*: Die Rechtswirkungen einer Kündigung ohne Anhörung des Betriebsrats, DB 1955, S. 70, 73 f.; *Lüke*: Zum Streitgegenstand im arbeitsgerichtlichen Kündigungsschutzprozeß, JZ 1960, S. 203, 208; *Meisel*: Die Anhörung des Betriebsrates vor Ausspruch der ordentlichen Kündigung, DB 1963, S. 1765; *Molitor*: Wandlungen der Kündigung in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, BB 1960, S. 216, 218; *Müller*: Einflüsse des kollektiven Arbeitsrechts auf das Arbeitsverhältnis, DB 1967, S. 903, 906; *Prellwitz*: Rechtsfolgen der Nichtbeteiligung des Betriebsrates nach dem 4. Teil des Betriebsverfassungsgesetzes, S. 37 ff., 42 ff.; *Schröder*: Die Mitwirkung des Betriebsrates bei der Kündigung von Arbeitnehmern nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, DB 1958, S. 543 f.

<sup>625</sup> LAG Düsseldorf v. 13.9.1955, ARST XV, S. 137; LAG Frankfurt/Main v. 14.9.1964, NJW 1965, S. 654; LAG Bremen v. 13.12.1968, DB 1969, S. 666 f.; *Auffarth/Müller*: KSchG, 1960, § 2 KSchG Rndr. 9; *Fitting/Kraegeloh/Auffarth*: BetrVG, 6. Aufl. 1962, § 66 BetrVG Rndr. 13 ff.; *Frey*: Nichtanhörung des Betriebsrates und Kündigung, AuR 1959, S. 332 f.; *Haberkorn*: Zur Frage der vorherigen Anhörung des Betriebsrates bei Kündigungen, DbetrV 1955, Heft Nr. 3, S. 8; *Neumann-Duesberg*: Präzisierung des Unterschieds zwischen unwirksamer und nichtiger Kündigung, NJW 1965, S. 1895 f.; *Reichel*: Verstoß gegen § 66 Abs. 1 BetrVG und seine Rechtsfolge, AcP Bd. 167, 1967, S. 268, 276, 279; *Reinhardt*: Die Nichtanhörung des Betriebsrates, in Böttcher u.a. (Hrsg.): FS für Nikisch, 1958, S. 109, 117 ff.; *Reuß*: Nochmals: zur Kündigung ohne Anhörung des Betriebsrats, RdA 1963, S. 51.

## II. Der Kündigungsschutz durch § 102 Abs. 1 BetrVG 1972

Die Rechtsfolgenproblematik bei Verletzung des Anhörungsrechts wurde 1972 im Rahmen der Neufassung des BetrVG<sup>626</sup> durch den Gesetzgeber geklärt. Seit In-Kraft-Treten des Gesetzes am 19.1.1972 ist das Mitwirkungsrecht des Betriebsrats bei Kündigungen in § 102 BetrVG geregelt. Es gilt unabhängig davon, ob Arbeitnehmer in den Geltungsbereich des KSchG fallen oder nicht.<sup>627</sup> § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG stellt ausdrücklich fest, dass eine Kündigung ohne vorherige Anhörung des Betriebsrats unwirksam ist.<sup>628</sup>

Aufgrund dieser Rechtsfolgenanordnung im BetrVG bestehen Zweifel, ob sich die Nichtigkeit der Kündigung erst i.V.m. § 134 BGB oder bereits alleine aus § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG ergibt. Rechtsprechung und Literatur stellen, ohne diese Frage zu erörtern, bei der Prüfung des § 102 Abs. 1 BetrVG überwiegend keinen Bezug zu § 134 BGB her. Nur sehr vereinzelt wird § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG i.V.m. § 134 BGB gesetzt.<sup>629</sup>

## III. Stellungnahme

Der Gesetzgeber hat die in § 66 BetrVG 1952 versäumte Rechtsfolgenregelung bei Verletzung des Mitwirkungsrechts des Betriebsrats im Falle einer Einzelkündigung des Arbeitgebers mit der Neufassung des BetrVG 1972 unmissverständlich und klar getroffen. Aus dem Wortlaut des § 102 Abs. 1 BetrVG 1972 ergibt sich bereits, dass die Kündigung unwirksam ist. Insofern ist der Rückgriff auf § 134 BGB nicht erforderlich. Er kommt erst zur Anwendung, wenn die Rechtsfolgen des Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nicht besonders geregelt sind. Für diesen Fall enthält die Vorschrift die Vermutung, dass das Rechtsgeschäft nichtig ist.

Da die vorliegende Untersuchung auf die kündigungsschützende Wirkung zivilrechtlicher Vorschriften und der Grundrechte beschränkt ist, wird im Folgenden nicht detaillierter auf § 102 Abs. 1 BetrVG eingegangen.

---

<sup>626</sup> BGBl. I 1972, S. 13. Zur Entstehungsgeschichte des BetrVG von 1972 *KR-Etzel*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 102 BetrVG Rndr. 1 ff.

<sup>627</sup> BAG v. 13.7.1978, AP Nr. 17 zu § 102 BetrVG 1972 m. Anm. Hueck; BAG v. 13.7.1978, AP Nr. 18 zu § 102 BetrVG 1972 m. Anm. Hueck; BAG v. 8.9.1988, AP Nr. 49 zu § 102 BetrVG 1972; BAG v. 18.5.1994, AP Nr. 64 zu § 102 BetrVG 1972 m. Anm. Kraft; *Däubler u. a. (Kittner)*: BetrVG, 9. Aufl. 2004, § 102 BetrVG Rndr. 43; *ErfK (Kania)*: Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2006, § 102 BetrVG Rndr. 2; *Fitting u. a.*: BetrVG, 10. Aufl. 1972, § 102 BetrVG Rndr. 8; *Gnade u. a.*: BetrVG, 2. Aufl. 1983, § 102 BetrVG Rndr. 11; *Hess u. a.*: BetrVG, 3. Aufl. 1986, § 102 BetrVG Rndr. 6, 13; *Hoyningen-Huene*: Betriebsverfassungsrecht, 1. Aufl. 1983, S. 225; *Richardi*: BetrVG, 10. Aufl. 2006, § 102 BetrVG Rndr. 14; *Leinemann* (Hrsg.) (*Isenhardt*): KassHdb. z. ArbR., Bd. 2, 2. Aufl. 2000, 6.3 Rndr. 100, 172; *Stahlhacke/Preis/Vossen*: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9. Aufl. 2005, Rndr. 368.

<sup>628</sup> Der Gesetzgeber hat sich damit der zu § 66 Abs. 1 BetrVG 1952 als Mindermeinung vertretenen Wirksamkeitstheorie angeschlossen. Vgl. S. 111 f.

<sup>629</sup> *Erman/Westermann* (Hrsg.) (*Belling*): BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2000, § 620 BGB Rndr. 128; *Stahlhacke/Preis/Vossen*: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9. Aufl. 2005, Rndr. 435; *KR-Friedrich*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. Rndr. 217 prüft die Vorschrift unter der Überschrift des § 134 BGB.

## **B. Der Kündigungsschutz durch § 138 Abs. 1 BGB – die sittenwidrige Kündigung**

Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum findet der Kündigungsschutz durch § 138 BGB bis heute große Beachtung.<sup>630</sup> In der Praxis nimmt die Bedeutung seit den siebziger Jahren des vergangenen Jh. allerdings immer mehr ab. In der ersten Instanz konnten seit 1951 insgesamt 59 Urteile ermittelt werden, die sich mit einem Kündigungsschutz durch § 138 BGB außerhalb des KSchG auseinandergesetzt haben. Davon ergingen nur fünf Entscheidungen nach 1970.<sup>631</sup> Bei den Landesarbeitsgerichten ließen sich zwischen 1951 und 1975 31 Fälle ausmachen. Ab 1975 beschäftigten sich hingegen nur noch 10 Entscheidungen mit § 138 BGB.<sup>632</sup> Auch die höchstrichterliche Rechtsprechung des BAG zeigt eine ähnliche Entwicklung. Bis 1964 befassten sich 10 Urteile mit § 138 BGB außerhalb des KSchG. Zwischen 1965 und 1969 gab es keine einschlägigen Entscheidungen. Ab 1970 bis Anfang 2006 lassen sich 19 Urteile ausmachen. Teilweise enthalten sie allerdings nur knappe Hinweise auf § 138 BGB.<sup>633</sup>

### **I. Überwundene Zweifel an der Existenz einer sittenwidrigen Kündigung**

Nach dem Wortlaut des § 13 Abs. 2 S. 1 KSchG<sup>634</sup> kann der Arbeitnehmer die Nichtigkeit einer gegen die guten Sitten verstoßenden Kündigung unabhängig von den Vorschriften des KSchG geltend machen. Trotzdem äußerten in der Vergangenheit einzelne Stimmen Zweifel an der Möglichkeit einer sittenwidrigen Kündigung.

Molitor hatte bereits in den zwanziger Jahren des letzten Jh. entsprechende Bedenken vorgebracht, als die Sittenwidrigkeit einer Kündigung grundsätzlich noch heftig umstritten war.<sup>635</sup> 1951 bestätigte er seine damalige Auffassung. Danach konnte die Kündigung nur in den seltenen Fällen gegen § 138 BGB verstoßen, in denen Inhalt oder Form den Sittenverstoß enthielten. Erstmals erkannte er jedoch an, dass ein Rechtsgeschäft auch aufgrund des sich aus Inhalt, Zweck und Beweggrund ergebenden Gesamtcharakters sittenwidrig sein konnte.<sup>636</sup> Nach wie vor lehnte er allerdings die Sittenwidrigkeit alleine wegen eines verwerflichen Motivs, des Beweggrunds oder wegen sonst zu missbilligender Umstände ab. In diesen Fällen ging er vielmehr von einer mangelnden Kündigungsbefugnis des Arbeitgebers aus. Seiner Ansicht nach widersprach eine derartige Kündigung dem Inhalt des Arbeitsverhältnisses. Nach den Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung hätten die Parteien diesen Kündigungsfall vertraglich ausgeschlossen, wenn sie bei Vertragsschluss daran gedacht hätten.

---

<sup>630</sup> Vgl. Fn. 644.

<sup>631</sup> ArbG Celle v. 29.1.1970, ARST 1970, S. 54; ArbG Verden v. 16.11.1978, ARST 1979, S. 184; ArbG Düsseldorf v. 11.2.1988, NJW 1988, S. 1548; ArbG Regensburg v. 23.4.1990, RzK I 8 k, Nr. 6; ArbG Elmshorn v. 29.1.1997, EzA § 242 BGB, Nr. 40.

<sup>632</sup> LAG Hamm v. 17.1.1975, ARST 1976, S. 174; LAG Düsseldorf v. 17.4.1978, DB 1979, S. 120; LAG Schleswig-Holstein v. 20.2.1985, RzK I 8 k, Nr. 2; LAG Hamm v. 1.3.1985, RzK I 8 k, Nr. 3; LAG Bremen v. 29.10.1985, LAGE § 242 BGB, Nr. 1 m. Anm. Buchner; LAG Düsseldorf v. 10.5.1988, LAGE § 138 BGB, Nr. 3; LAG Berlin v. 3.10.1988, ARST 1989, S. 13; LAG Berlin v. 5.2.1992, LAGE § 54 AGB 1977 (DDR), Nr. 4; LAG Hamm v. 21.10.1993, ARST 1995, S. 46; LAG Köln v. 18.10.1995, NZA 1996, S. 596; LAG Schleswig-Holstein v. 17.11.1997, RzK I 8 k, Nr. 11.

<sup>633</sup> So die letzten seit Mitte der neunziger Jahre des 20. Jh. zu § 138 BGB ergangenen Entscheidungen des BAG: BAG v. 23.6.1994, AP Nr. 9 zu § 242 BGB; BAG v. 9.5.1996, RzK I 8 k, Nr. 10; BAG v. 24.4.1997, NZA 1998, S. 145; BAG v. 29.4.1999, NJW 1999, S. 3212; BAG v. 21.2.2001, NZA 2001, S. 833; BAG v. 5.4.2001, NZA 2001, S. 890; BAG v. 25.4.2001, DB 2001, S. 2504.

<sup>634</sup> Unter der Geltung des KSchG 1951 in der Zeit vom 14.8.1951 bis 31.8.1969 war dies in § 11 Abs. 3 S. 1 geregelt.

<sup>635</sup> Vgl. S. 30 ff.

<sup>636</sup> Molitor: Die Kündigung, 2. Aufl. 1951, S. 220 ff.

Bötticher lehnte einen Rückgriff auf § 138 BGB ab, da diese Vorschrift seiner Meinung nach nicht die Ausübung von Rechten betraf. Sie sollte lediglich die rechtsgeschäftliche Gestaltungsfreiheit einengen.<sup>637</sup> Für ihn stand der Charakter der Kündigung als Rechtsausübung im Vordergrund. Er sah in ihr weniger ein Rechtsgeschäft. In den Fällen der Sittenwidrigkeit einer arbeitsrechtlichen Kündigung boten seiner Meinung nach die §§ 226, 826 BGB ausreichend Schutz.

Joachim schloss sich im Wesentlichen Molitor und Bötticher an. Er verwies zudem auf Beweisprobleme in Bezug auf die echte Kündigungsmotivation, die der Arbeitgeber in der Regel nicht preisgebe.<sup>638</sup> Darüber hinaus führte er an, dass das Motiv aufgrund der Entstehungsgeschichte der Vorschrift zwar für die Klarstellung des Geschäftsinhalts bedeutsam sei, jedoch nicht alleine die Unsittlichkeit herbeiführen könne.

Nach Ansicht Schwerdtners widersprach es dem Willen des BGB-Gesetzgebers, die Ausübung von Gestaltungsrechten aus verwerflichen Motiven über § 138 BGB zu sanktionieren.<sup>639</sup> Er hielt deshalb eine Berufung der nicht unter das KSchG fallenden Arbeitnehmer auf § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts für sachgerechter.<sup>640</sup> Diese Ansicht bestätigte er zuletzt 1997.<sup>641</sup>

Lämmerhirt lehnte die Anwendung des § 138 BGB auf die arbeitsrechtliche Kündigung grundsätzlich ab. Zur Begründung griff er auf das Argument der zwanziger Jahre des vergangenen Jh. zurück.<sup>642</sup> Die Kündigung könne weder aufgrund des Motivs noch wegen des Zwecks sittenwidrig sein, da sie sittlich indifferent sei.<sup>643</sup> Die Vorstellung des Kündigenden sei daher bedeutungslos für ihre Wirksamkeit. Mit der Behauptung, dass die „guten Sitten“ überdies keinen juristischen Inhalt hätten, kam er zu dem Schluss, dass § 13 Abs. 2 S. 1 KSchG unwirksam sei. Molitor und die anderen kritischen Stimmen konnten sich jedoch zu keinem Zeitpunkt mit ihren jeweiligen Ansichten durchsetzen. Die h.M.

---

<sup>637</sup> *Bötticher*: Die "sozial ungerechtfertigte Kündigung" im Sinne des KSchG vom 10.8.1951, MDR 1952, S. 260 ff.; *ders.*: Besinnung auf das Gestaltungsrecht und das Gestaltungsklagerecht, in Caemmerer (Hrsg.): Vom deutschen zum europäischen Recht, FS für Dölle, 1963, S. 40, 68.

<sup>638</sup> *Joachim*: Die sittenwidrige Kündigung, DbetrV 1957, S. 221, 222.

<sup>639</sup> *Schwerdtner*: Anm. zu BAG v. 28.9.1972, JZ 1973, S. 377 ff.; *ders.*: Arbeitsrecht I, 1976, S. 124.

<sup>640</sup> *MüKo-Schwerdtner*: BGB, Bd. 3, 1. Aufl. 1980, vor § 620 BGB Rndr. 117 ff.; *MüKo-Schwerdtner*: BGB, Bd. 3, 2. Aufl. 1988, vor § 620 BGB Rndr. 187 f.

<sup>641</sup> *MüKo-Schwerdtner*: BGB, Bd. 4, 3. Aufl. 1997, § 622 BGB Anh. Rndr. 18.

<sup>642</sup> Zur Auseinandersetzung über die Sittenwidrigkeit einer arbeitsrechtlichen Kündigung in den zwanziger Jahren des letzten Jh. vgl. S. 30 ff.

<sup>643</sup> *Lämmerhirt*: Die auf Druck am Arbeitsverhältnis nicht beteiligter Dritter erfolgende Kündigung seitens des Arbeitgebers, 1973, S. 57 ff.



erkennt die kündigungsschutzrechtliche Wirkung des § 138 BGB seit 1951 bis heute uneingeschränkt an.<sup>644</sup> Zur Begründung wird angeführt, dass die Vorschrift als grundlegende Norm des Zivilrechts allgemeine Geltung beanspruche und die letzte Grenze für die Zulässigkeit aller Rechtsgeschäfte sei.<sup>645</sup> Ein sittenwidriges Rechtsgeschäft könne vor dem Recht keinen Bestand haben.<sup>646</sup> § 138 BGB verlange die Einhaltung eines rechtsethischen Minimums, das eine auf dem Prinzip der Vertragsfreiheit aufbauende Privatrechtsordnung gewährleisten müsse.<sup>647</sup>

---

<sup>644</sup> BAG v. 23.11.1961, AP Nr. 22 zu § 138 BGB; BAG v. 26.2.1970, AP Nr. 28 zu § 138 BGB; BAG v. 13.7.1978, AP Nr. 18 zu § 102 BetrVG 1972 m. Anm. Hueck; BAG v. 21.3.1980, AP Nr. 1 zu § 17 SchwbG; BAG v. 16.2.1989, AP Nr. 46 zu § 138 BGB m. Anm. Kramer; BAG v. 23.6.1994, AP Nr. 9 zu § 242 BGB; BAG v. 21.2.2001, NZA 2001, S. 833, 835; BAG v. 5.4.2001, NZA 2001, S. 890, 891 f.; BAG v. 6.2.2003, NZA 2003, S. 717; LAG Berlin v. 26.4.1957, WA 1957, S. 135; LAG Bremen v. 29.10.1985, LAGE § 242 BGB, Nr. 1 m. Anm. Buchner; LAG Hamm v. 6.5.1960, BB 1961, S. 484; LAG Berlin v. 10.6.1987, AIFO 1987, S. 566; LAG Düsseldorf v. 10.5.1988, LAGE § 138 BGB, Nr. 3; LAG Schleswig-Holstein v. 17.11.1997, RzK I 8 k, Nr. 11; ArbG Bayreuth v. 27.2.1956, ARST XVI, S. 55; ArbG Ravensburg v. 7.6.1956, ARST XVII, S. 16; ArbG Rosenheim, Zweigst. Mühldorf v. 23.7.1957, ARST XIX, S. 96; ArbG Regensburg v. 23.4.1990, RzK I 8 k, Nr. 6; ArbG Elmshorn v. 29.1.1997, EzA § 242 BGB, Nr. 40; *Bader u.a. (Bader)*: KSchG, 56. Lief. 9/2005, § 13 KSchG Rndr. 41 ff.; *Dorndorf u.a. (Dorndorf)*: KSchG, 4. Aufl. 2001, § 13 KSchG Rndr. 89 ff.; *ErfK (Ascheid)*: Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2006, § 13 KSchG Rndr. 18 ff.; *Fiebig u.a. (Pfeiffer)*: KSchG, 2. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. 46; *Hoyningen-Huene/Linck*: KSchG, 13. Aufl. 2002, § 13 KSchG Rndr. 57; *Hueck*: KSchG, 1. Aufl. 1951, § 11 KSchG Rndr. 16; *ders.*: KSchG, 4. Aufl. 1961, § 11 KSchG Rndr. 16; *ders.*: KSchG, 6. Aufl. 1968, § 11 KSchG Rndr. 16; *ders.*: KSchG, 7. Aufl. 1979, § 13 KSchG Rndr. 23 ff.; *KR-Friedrich*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. 116 ff.; *Sowka* (Hrsg.) (*Sowka/Meisel*): KSchG, 2. Aufl. 2000, Teil A, Kündigung außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, III Rndr. 4 f.; *Staudinger (Neumann)*: BGB, 11. Aufl. 1958, vor § 620 BGB Rndr. 60; *Dodenberg*: Der Gedanke des Rechtsmissbrauchs im französischen Recht verglichen mit dem deutschen Kündigungsschutz, 1971, S. 140; *Fastenau*: Die unwirksame Kündigung, 1956, S. 37; *Hueck/Nipperdey*: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 1, 7. Aufl. 1963, S. 558; *Jobst/Bader*: Der allgemeine Kündigungsschutz, AR-Blattei, (D) Kündigungsschutz I, 1981, I Übersicht, B III 2 c; *Kauffmann*: Grenzfragen der Anwendung des neuen Bundeskündigungsschutzgesetzes, DB 1951, S. 1012, 1013; *Monjau*: Sozial ungerechtfertigte, sittenwidrige und gegen Treu und Glauben verstoßende Kündigung, DB 1951, S. 742 f.; *Otto*: Personale Freiheit und soziale Bindung, 1978, S. 58; *Preis*: Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, 1987, S. 396; *Roesch*: Sozialwidrige und sittenwidrige Kündigung von Arbeitsverhältnissen, BIStSozArbR 1953, S. 75; *Schlessmann*: Die Kündigung von Arbeitsverhältnissen, 2. Aufl. 1965, S. 234; *Schmidt*: Kündigungsschutz außerhalb des KSchG, AR-Blattei, (D) Kündigungsschutz VIII, 1978, C; *Trappe*: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, 2. Aufl. 1969, S. 26; *Urban*: Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, 2001, S. 108 f., 118 f.; *Weimar*: Kann die Kündigung eines Handelsvertretervertrages wegen Sittenverstößes nichtig sein?, MDR 1959, S. 986; *Wüllenweber*: Die Entwicklung des Kündigungsschutzrechts seit dem ersten Weltkrieg, 1965, S. 223.

<sup>645</sup> *Herschel/Steinmann*: KSchG, 5. Aufl. 1961, vor § 1 KSchG Rndr. 4; *Hueck*: KSchG, 4. Aufl. 1961, Einl. III, Anm. 6 b m.w.N.; *Maus*: KSchG, 1973, § 13 KSchG Rndr. 19; *Fastenau*: Die unwirksame Kündigung, 1956, S. 126; *Hueck*: Das Bundeskündigungsschutzgesetz, RdA 1951, S. 281, 283; *Müller*: Gedanken zum arbeitsrechtlichen Kündigungsrecht, ZfA 1982, S. 475, 479.

<sup>646</sup> *Nikisch*: Arbeitsrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 1955, S. 650; *ders.*: Arbeitsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 1961, S. 800. Ähnlich *Herschel*: Kündigungsschutz leitender Angestellter, DB 1961, S. 66; *Löwisch*: Grenzen der ordentlichen Kündigung in kündigungsschutzfreien Betrieben, BB 1997, S. 782, 784 f.; *Siebert*: Unwirksamkeit der Kündigung wegen Sittenwidrigkeit oder Verstoßes gegen Treu und Glauben, BB 1952, S. 522, 523.

<sup>647</sup> BAG v. 21.2.2001, NZA 2001, S. 833, 835; *Ascheid/Preis/Schmidt (Preis)*: Großkomm. KSchR, 2. Aufl. 2004, Grundl. J, Rndr. 39; *Ascheid*: Beweislastfragen im Kündigungsschutzprozeß, 1989, S. 208; *Boemke*: Kündigungsschutz in Kleinbetrieben, WiB 1997, S. 617, 620; *Stahlhacke/Preis/Vossen*: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9. Aufl. 2005, Rndr. 298. Ähnlich *Miese*: Zur Wirksamkeit der Druckkündigung und zum Schadensausgleich, 1956, S. 18 f.

## II. Stellungnahme

Dieser h.M. ist zuzustimmen. § 138 BGB bestimmt, dass ein sittenwidriges Rechtsgeschäft nichtig ist. Aufgrund ihrer Stellung im allgemeinen Teil des BGB hat die Vorschrift grundsätzliche Bedeutung für alle Rechtsgeschäfte des BGB, also auch für die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses. Sie ist eine rechtsethische Grenze, die jeder zu beachten hat, der Rechtsgeschäfte gleich welcher Art tätigt. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber in Bezug auf die arbeitsrechtliche Kündigung in § 13 Abs. 2 S. 1 KSchG deutlich zum Ausdruck gebracht, dass sie sittenwidrig sein kann. Dies muss gleichermaßen für Fälle innerhalb wie außerhalb des KSchG gelten, da die Regelung keinen Anhaltspunkt für eine nur eingeschränkte Geltung in Bezug auf Kündigungen innerhalb des Gesetzes enthält.

## III. Die Definition der sittenwidrigen Kündigung

Die grundsätzliche Anerkennung der sittenwidrigen Kündigung eines Arbeitsverhältnisses sagt noch nichts darüber aus, wann sie außerhalb des KSchG gegen § 138 BGB verstößt. Die dazu seit Anfang der fünfziger Jahre des 20. Jh. entwickelten Auffassungen konnten nicht auf eine in der früheren Vergangenheit gefestigte Überzeugung zurückgreifen. Zunächst war in den zwanziger Jahren noch höchst strittig, ob eine Kündigung überhaupt sittenwidrig sein konnte. Später, nach Ende des Zweiten Weltkriegs, ging es dann vor allem darum, das kündigungsschutzrechtliche Defizit nach Wegfall des gesetzlichen Kündigungsschutzes schnell unter anderem auch durch eine einzelfallorientierte Anwendung des § 138 BGB auszugleichen.

Seit 1951 werden verschiedene, teils nur geringfügig von einander abweichende Definitionen vertreten. Eine intensive Diskussion hat bisher allerdings nicht stattgefunden.

Eine Kündigung wird von der h.M. als sittenwidrig angesehen, wenn sie dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspricht<sup>648</sup>, es gröblich oder krass verletzt<sup>649</sup>, bzw. in der Kündigung ein dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden grob widersprechendes Gesamtverhalten

---

<sup>648</sup> BAG v. 9.2.1956, AP Nr. 1 zu § 10 Bergmannsversorgungsschein NRW; BAG v. 29.5.1956, AP Nr. 2 zu § 184 BGB m. Anm. Hueck; BAG v. 21.2.2001, NZA 2001, S. 833, 835; LAG Frankfurt/Main v. 3.9.1954, SAE 1955, S. 139; LAG Hamm v. 6.5.1960, BB 1961, S. 484; ArbG Passau, Zweigst. Degendorf v. 19.6.1952, ARST X, S. 178; ArbG Husum v. 21.8.1957, ARST XIX, S. 96; ArbG Wuppertal v. 30.11.1960, SAE 1961, S. 222 m. Anm. Herschel; *Monjau/Heimann*: KSchG, 1. Aufl. 1951, § 1 KSchG Rndr. 18; *Palandt (Weidenkaff)*: BGB, 65. Aufl. 2006, Vorbem. vor § 620 BGB Rndr. 48 i.V.m. § 138 BGB Rndr. 2, 91; *Sowka* (Hrsg.) (*Bengelsdorf*): KSchG, 2. Aufl. 2000, Teil H, § 13 KSchG Rndr. 32; *Fastenau*: Die unwirksame Kündigung, 1956, S. 128; *Hönig*: Der allgemeine zivilrechtliche Schutz des Arbeitnehmers gegen die ordentliche Kündigung, 1954, S. 73.

<sup>649</sup> BAG v. 30.11.1960, AP Nr. 2 zu § 242 BGB Kündigung m. Anm. Hueck; BAG v. 28.4.1994, RzK I 8 k, Nr. 8; BAG v. 21.2.2001, NZA 2001, S. 833, 835; BAG v. 5.4.2001, NZA 2001, S. 890, 891 f.; LAG Schleswig-Holstein v. 17.11.1997, RzK I 8 k, Nr. 11; ArbG Augsburg v. 8.1.1960, ARST XXIV, S. 179; ArbG Düsseldorf v. 11.2.1988, NJW 1988, S. 1548; *Herschel/Löwisch*: KSchG, 6. Aufl. 1984, § 13 KSchG Rndr. 36 ff.; *Maus*: KSchG, 1973, Einl. Rndr. 7, § 13 KSchG Rndr. 37 ff.; *Sowka* (Hrsg.) (*Sowka/Meisel*): KSchG, 2. Aufl. 2000, Teil A, Kündigung außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, III Rndr. 4; *Staudinger (Neumann)*: BGB, 13. Bearb. 1995, vor § 620 BGB Rndr. 76 ff.; *Däubler*: Das Arbeitsrecht, Bd. 2, 7. Aufl. 1990, S. 489; *Fastenau*: Die unwirksame Kündigung, 1956, S. 138; *Galperin*: Die Rechtsmängel der Kündigung des Arbeitsverhältnisses, BB 1966, S. 1458, 1461; *Knöpfel*: Entlassung von Arbeitskräften, 1952, S. 47; *Wenzel*: Der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers (XVIII), Teil 14: Außerordentliche Rechtsbehelfe gegen eine Kündigung, MDR 1978, S. 896, 897 f.

zum Ausdruck kommt.<sup>650</sup> Es müsse sich um eine sozialetisch besonders verwerfliche Kündigung handeln; über die Willkür hinaus müssten besondere Umstände vorliegen,<sup>651</sup> die jenes Maß von Sittlichkeit und Anstandsrücksichten übersteigen, das von Menschen durchschnittlich zu fordern sei.<sup>652</sup>

---

<sup>650</sup> BAG v. 25.6.1964, AP Nr. 3 zu § 242 BGB Auskunftspflicht; *Kittner/Trittin*: KSchR, 1. Aufl. 1993, § 13 KSchG Rndr. 22; *Besgen*: Fragen zur Nichtigkeit, Sittenwidrigkeit und Treuwidrigkeit (Ungehörigkeit) einer Kündigung, AiB 1987, S. 182, 184; *Bleistein*: Kündigung und Kündigungsschutz, 1970, S. 47; *Bopp*: Kündigung und Kündigungsschutzprozeß im Arbeitsrecht, 1980, S. 181; *Linck*: Die nichtige Kündigung, AR-Blattei, (SD) Kündigung III, Mängel der Kündigung, 1010.3, 67. Lief. 8/1999, Rndr. 79; *Schmidt*: Kündigungsschutz außerhalb des KSchG, AR-Blattei, (D) Kündigungsschutz VIII, 1978, C II; *Stahlhacke/Preis/Vossen*: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9. Aufl. 2005, Rndr. 295.

Daneben existierten in den fünfziger Jahren des 20. Jh. verschiedene Einzelschreibungen: ArbG Nürnberg v. 8.1.1952, ARST VII, S. 55; ArbG Nürnberg v. 4.9.1952, ARST IX, S. 134; ArbG Nürnberg v. 13.12.1954, ARST XIV, S. 460; ArbG Nürnberg v. 16.12.1955, ARST XVI, S. 97; ArbG Weiden/Opf. v. 11.2.1960, ARST XXVII, S. 12; *Bötticher*: Die "sozial ungerechtfertigte Kündigung" im Sinne des KSchG vom 10.8.1951, MDR 1952, S. 260, 263; *Sieverts*: Der Einfluß des Kündigungsmotivs auf die Rechtswirksamkeit der Kündigung des Arbeitsverhältnisses, 1959, S. 37.

<sup>651</sup> BAG v. 28.12.1956, AP Nr. 1 zu § 22 KSchG 1951 ; LAG Bremen v. 10.10.1951, AP 1953, Nr. 49 m. Anm. Hueck; LAG Stuttgart v. 23.11.1951, WA 1952, S. 98; LAG Hannover v. 2.10.1952, BB 1953, S. 60; LAG Berlin v. 25.9.1958, WA 1958, S. 175; LAG Düsseldorf v. 17.12.1958, DB 1959, S. 236; ArbG Mannheim v. 22.4.1953, ARST XI, S. 18; ArbG Rheine v. 20.10.1953, ARST XI, S. 219; ArbG Augsburg v. 22.5.1954, ARST XIII, S. 97; ArbG Bremen v. 5.8.1954, ARST XIII, S. 98; ArbG Weiden v. 9.9.1955, ARST XV, S. 180; ArbG Hamburg v. 6.5.1957, ARST XVIII, S. 180; ArbG Kiel v. 28.6.1957, ARST XIX, S. 60; ArbG Wilhelmshaven v. 8.4.1965, ARST 1965, Bd. 2, S. 265; *Hoyningen-Huene/Linck*: KSchG, 13. Aufl. 2002, § 13 KSchG Rndr. 61; *Hueck*: KSchG, 1. Aufl. 1951, § 11 KSchG Rndr. 17 ff.; *ders.*: KSchG, 4. Aufl. 1961, § 11 KSchG Rndr. 17 ff.; *ders.*: KSchG, 7. Aufl. 1970, § 13 KSchG Rndr. 24 ff.; *KR-Friedrich*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. 118 ff.; *Palandt (Friesecke)*: BGB, 9. Aufl. 1951, Vorbem. vor § 620 BGB, Anm. 2 c; *Soergel/Siebert (Hefermehl)*: BGB, Bd. 1, 12. Aufl. 1987, § 138 BGB Rndr. 154; *Staudinger (Neumann)*: BGB, 11. Aufl. 1958, vor § 620 BGB Rndr. 60; *Bobrowski/Gaul*: Das Arbeitsrecht im Betrieb, Bd. 2, 7. Aufl. 1979, S. 239; *Boemke*: Kündigungsschutz in Kleinbetrieben, WiB 1997, S. 617, 620; *Galperin*: Die Rechtsmängel der Kündigung des Arbeitsverhältnisses, BB 1966, S. 1458, 1461; *Hueck/Nipperdey*: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 1, 7. Aufl. 1963, S. 558; *Jobst/Bader*: Der allgemeine Kündigungsschutz, AR-Blattei, (D) Kündigungsschutz I, 1981, I Übersicht, B III 2 c; *Knöpfel*: Entlassung von Arbeitskräften, 1952, S. 47; *Knorr u.a.*: Handbuch des Kündigungsrechts, 4. Aufl. 1998, S. 118; *Schlessmann*: Die Kündigung von Arbeitsverhältnissen, 2. Aufl. 1965, S. 235; *Schmidt*: Kündigungsschutz außerhalb des KSchG, AR-Blattei, (D) Kündigungsschutz VIII, 1978, C II; *Stahlhacke*: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 3. Aufl. 1977, S. 24.

Ähnlich *Schaub*: ArbR.-Hdb., 10. Aufl. 2002, § 123, VII, Anm. Rndr. 79 a.

<sup>652</sup> *Schaub*: ArbR.-Hdb., 10. Aufl. 2002, § 123 Rndr. 79.

Die Kündigung sei deshalb vor allem sittenwidrig, wenn sie auf einem verwerflichen Motiv beruhe<sup>653</sup> oder aus anderen Gründen bzw. Umständen dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspreche, aus dem sich die allgemeinen Wertvorstellungen des Durchschnittsbetrachters ergäben.<sup>654</sup>

Die Sittenwidrigkeit scheidet jedoch wegen des gesetzlichen Ausschlusses bestimmter Arbeitnehmer aus dem Geltungsbereich des KSchG aus, wenn die Kündigung personen- oder verhaltensbedingt sei bzw. aufgrund dringender betrieblicher Erfordernisse sowie wegen eines wichtigen Grundes

---

<sup>653</sup> BAG v. 29.5.1956, AP Nr. 2 zu § 184 BGB m. Anm. Hueck; BAG v. 25.6.1964, AP Nr. 3 zu § 242 BGB Auskunftspflicht; BAG v. 8.6.1972, AP Nr. 1 zu § 13 KSchG 1969 m. Anm. Konzen; BAG v. 21.2.2001, NZA 2001, S. 833, 835; LAG Hamm v. 6.5.1960, BB 1961, S. 484; LAG Baden-Württemberg, Außenk. Stuttgart v. 9.4.1962, WA 1962, S. 129; LAG Bremen v. 29.10.1985, LAGE § 242 BGB, Nr. 1 m. Anm. Buchner; LAG Schleswig-Holstein v. 17.11.1997, RzK I 8 k, Nr. 11; ArbG Heidelberg v. 23.4.1957, ARST XIX, S. 17; ArbG Hamburg v. 6.5.1957, ARST XVIII, S. 180; ArbG Hamburg v. 21.3.1958, ARST XX, S. 222; ArbG Kaiserslautern v. 25.6.1958, ARST XXI, S. 60; ArbG Radolfzell v. 21.6.1960, ARST XXVI, S. 47; ArbG Detmold v. 25.10.1960, ARST XXVI, S. 17; *Ascheid/Preis/Schmidt (Preis)*: Großkomm. KSchR, 2. Aufl. 2004, Grundl. J, Rndr. 36; *Kittner/Trittin*: KSchR, 1. Aufl. 1993, § 13 KSchG Rndr. 22; *Kittner u.a. (Kittner)*: KSchR, 4. Aufl. 1999, § 13 KSchG Rndr. 22; *Palandt (Weidenkaff)*: BGB, 65. Aufl. 2006, Vorbem. vor § 620 BGB Rndr. 48; *Ascheid*: Kündigungsschutzrecht, 1. Aufl. 1993, S. 32; *Besgen*: Fragen zur Nichtigkeit, Sittenwidrigkeit und Treuwidrigkeit (Ungehörigkeit) einer Kündigung, AiB 1987, S. 182, 184; *Bleistein*: Kündigung und Kündigungsschutz, 1970, S. 47; *Boemke*: Kündigungsschutz in Kleinbetrieben, WiB 1997, S. 617, 620; *Däubler*: Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, in Schmidt (Hrsg.): Arbeitsrecht und Arbeitsgerichtsbarkeit, FS Arbeitsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz, 1999, S. 271, 275; *Gragert/Kreutzfeldt*: Sturm auf die Gerichte? - Die Konsequenzen aus dem Beschluß des BVerfG zur Kleinbetriebsklausel in § 23 I 2 KSchG, NZA 1998, S. 567, 568; *Haesen*: Zur Aids-Problematik im Arbeitsrecht und öffentlichen Dienstrecht, RdA 1988, S. 158, 163; *Leinemann (Hrsg.) (Isenhardt)*: Hdb. z. ArbR., 285. Lief. 12/2005, Gruppe 5, Teilbereich 1, Kündigung, Rndr. 78; *Jobst/Bader*: Der allgemeine Kündigungsschutz, AR-Blattei, (D) Kündigungsschutz I, 1981, I Übersicht, B III 2 c; *Lakies*: Änderung des Kündigungsschutzgesetzes und allgemeiner Kündigungsschutz nach § 242 BGB - Verfassungsrechtliche Fragen, DB 1997, S. 1078, 1081; *Monjau*: Sozial ungerechtfertigte, sittenwidrige und gegen Treu und Glauben verstößende Kündigung, DB 1951, S. 742 f.; *Preis*: Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, 1989, S. 396; *Richard/Wlotzke (Wank)*: MÜHdb. z. ArbR., Bd. 2, 2. Aufl. 2000, § 119 Rndr. 102, 104; *Schaub*: ArbR.-Hdb., 10. Aufl. 2002, § 123 Rndr. 79; *Siebert*: Unwirksamkeit der Kündigung wegen Sittenwidrigkeit oder Verstoßes gegen Treu und Glauben, BB 1952, S. 522, 523; *Stahlhacke*: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 3. Aufl. 1977, S. 24; *Wenzel*: Kündigung und Kündigungsschutz, 6. Aufl. 1994, Rndr. 596.

<sup>654</sup> BAG v. 8.6.1972, AP Nr. 1 zu § 13 KSchG 1969 m. Anm. Konzen; BAG v. 19.7.1973, AP Nr. 32 zu § 138 BGB m. Anm. Schnorr v. Carolsfeld; BAG v. 21.3.1980, AP Nr. 1 zu § 17 SchwbG; BAG v. 2.4.1987, AP Nr. 1 zu § 612 a BGB m. Anm. Pröbsting; BAG v. 16.2.1989, AP Nr. 46 zu § 138 BGB m. Anm. Kramer; BAG v. 21.2.2001, NZA 2001, S. 833, 835; LAG Düsseldorf v. 10.5.1988, LAGE § 138 BGB, Nr. 3; LAG Berlin v. 3.10.1988, ARST 1989, S. 13; ArbG Düsseldorf v. 11.2.1988, NJW 1988, S. 1548; *Ascheid/Preis/Schmidt (Preis)*: Großkomm. KSchR, 2. Aufl. 2004, Grundl. J, Rndr. 36; *Bader u.a. (Bader)*: KSchG, 56. Lief. 9/2005, § 13 KSchG Rndr. 43; *Dorndorf u.a. (Dorndorf)*: KSchG, 4. Aufl. 2001, § 13 KSchG Rndr. 93; *ErfK (Ascheid)*: Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2006, § 13 KSchG Rndr. 18; *Fiebig u.a. (Fiebig)*: KSchG, 2. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. 48; *Herschel/Löwisch*: KSchG, 6. Aufl. 1984, § 13 KSchG Rndr. 42; *Löwisch/Spinner*: KSchG, 9. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. 39 ff.; *Kittner u.a. (Däubler)*: KSchR, 6. Aufl. 2004, § 138 BGB Rndr. 12; *MüKo-Schwerdtner*: BGB, Bd. 4, 3. Aufl. 1997, § 622 BGB Anh. Rndr. 17; *Ascheid*: Beweislastfragen im Kündigungsschutzprozeß, 1989, S. 208; *Berger-Delhey*: Wartezeit und Kündigung - Aspekte der ordentlichen Kündigung des Arbeitgebers, NZA 1988, S. 790, 792; *ders.*: Probezeit und Wartezeit, BB 1989, S. 977, 982; *Kittner/Zwanziger (Appel)*: Arbeitsrecht: Handbuch für die Praxis, 3. Aufl. 2005, § 88 Rndr. 13; *Küttner*: Personalbuch 2002, 9. Aufl. 2002, S. 1483 Rndr. 21; *Lakies*: Änderung des Kündigungsschutzgesetzes und allgemeiner Kündigungsschutz nach § 242 BGB - Verfassungsrechtliche Fragen, DB 1997, S. 1078, 1081; *Preis*: Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, 1989, S. 396; *Stahlhacke*: Grundrechtliche Schutzpflichten und allgemeiner Kündigungsschutz, in Hanau u.a. (Hrsg.): FS für Wiese, 1998, S. 513, 525. Bereits 1957 ArbG Hamburg v. 6.5.1957, ARST XVIII, S. 180.

i.S.d. § 626 BGB erfolge; bei betriebsbedingter Entlassung führe ferner eine falsche Sozialauswahl nicht zur Verletzung des § 138 BGB.<sup>655</sup>

Über diesen Grundsatz hinaus wird der Inhalt des früheren § 7 Abs. 1 S. 3 KSchG 1951<sup>656</sup> einschränkend herangezogen. Aus dieser Regelung schloss die h.M. bis 1969, dass die willkürliche, d.h. grundlose und die in diesem Sinne grob sozialwidrige Kündigung stets als sozialwidrige Kündigung i.S.d. § 1 KSchG zu behandeln war und damit niemals einen Sittenverstoß begründen

---

<sup>655</sup> BAG v. 29.5.1956, AP Nr. 2 zu § 184 BGB m. Anm. Hueck; BAG v. 14.5.1964, AP Nr. 5 zu § 242 BGB Kündigung m. Anm. Herschel; BAG v. 23.9.1976, AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Wartezeit m. Anm. Hueck; BAG v. 16.2.1989, AP Nr. 46 zu § 138 BGB m. Anm. Kramer; BAG v. 28.4.1994, RzK I 8 k, Nr. 8; BAG v. 24.4.1997, NZA 1998, S. 145; BAG v. 21.2.2001, NZA 2001, S. 833, 835; LAG Bremen v. 10.10.1951, AP 1953, Nr. 49 m. Anm. Hueck; LAG Düsseldorf v. 10.10.1952, BB 1952, S. 1026; LAG Hamburg v. 26.1.1955, ARST XIV, S. 381; LAG Berlin v. 25.9.1958, WA 1958, S. 175; LAG Düsseldorf v. 10.5.1988, LAGE § 138 BGB, Nr. 3; ArbG Paderborn v. 15.1.1952, BB 1952, S. 144; ArbG Villingen v. 28.11.1962, WA 1964, S. 53; ArbG Düsseldorf v. 11.2.1988, NJW 1988, S. 1548; *Bader u.a. (Bader)*: KSchG, 56. Lief. 9/2005, § 13 KSchG Rndr. 43; *ErfK (Ascheid)*: Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2006, § 13 KSchG Rndr. 18; *Fiebig u.a. (Fiebig)*: KSchG, 2. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. 47; *Kittner/Trittin*: KSchR, 1. Aufl. 1993, § 13 KSchG Rndr. 21; *KR-Friedrich*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. 118; *Palandt (Weidenkaff)*: BGB, 65. Aufl. 2006, Vorbem. vor § 620 BGB Rndr. 48; *Sowka (Hrsg.) (Sowka/Meisel)*: KSchG, 2. Aufl. 2000, Teil A, Kündigung außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, III Rndr. 4 f.; *Sowka (Hrsg.) (Bengelsdorf)*: KSchG, 2. Aufl. 2000, Teil H, § 13 KSchG Rndr. 32; *Ascheid*: Beweislastfragen im Kündigungsschutzprozeß, 1989, S. 208; *ders.*: Kündigungsschutzrecht, 1. Aufl. 1993, S. 31; *Berger-Delhey*: Wartezeit und Kündigung - Aspekte der ordentlichen Kündigung des Arbeitgebers, NZA 1988, S. 790, 792; *ders.*: Probezeit und Wartezeit, BB 1989, S. 977, 982; *Besgen*: Fragen zur Nichtigkeit, Sittenwidrigkeit und Treuwidrigkeit (Ungehörigkeit) einer Kündigung, AiB 1987, S. 182, 184; *Boemke*: Kündigungsschutz in Kleinbetrieben, WiB 1997, S. 617, 620; *Grager*: Kündigungsschutz in Kleinbetrieben, NZA 2000, S. 961, 966; *Jobst/Bader*: Der allgemeine Kündigungsschutz, AR-Blattei, (D) Kündigungsschutz I, 1981, I Übersicht, B III 2 c; *Küttner*: Personalbuch 2002, 9. Aufl. 2002, S. 1483 Rndr. 21; *Lepke*: Anm. zu BAG v. 23.9.1976, SAE 1977, S. 153, 159; *Preis*: Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, 1987, S. 396; *ders.*: Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, NZA 1997, S. 1256, 1264 f.; *Schnorr v. Carolsfeld*: Arbeitsrecht, 2. Aufl. 1954, S. 357; *Sedelies*: Arbeitsrechtliche Probleme im Umgang mit der Immunschwäche Aids, 1992, S. 138 f.; *Stahlhacke*: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 3. Aufl. 1977, S. 24; *Urban*: Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, 2001, S. 109, 121.

<sup>656</sup> Der Antrag des Arbeitgebers auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch Urteil des Arbeitsgerichts "ist jedoch abzulehnen, wenn der Arbeitnehmer die Unrichtigkeit dieser Gründe in wesentlichen Punkten beweist oder wenn die Kündigung offensichtlich willkürlich oder aus nichtigen Gründen unter Mißbrauch der Machtstellung des Arbeitgebers im Betrieb erfolgt ist".

konnte.<sup>657</sup> § 138 BGB sollte Fällen vorbehalten bleiben, die über das Maß des § 7 Abs. 1 S. 3 KSchG 1951 hinausgingen.

---

<sup>657</sup> BAG v. 28.12.1956, AP Nr. 1 zu § 22 KSchG 1951; BAG v. 23.11.1961, AP Nr. 22 zu § 138 BGB; BAG v. 14.5.1964, AP Nr. 5 zu § 242 BGB Kündigung m. Anm. Herschel; LAG Stuttgart v. 23.11.1951, WA 1952, S. 98; LAG Stuttgart v. 21.1.1952, BB 1952, S. 144; LAG Bremen v. 23.1.1952, BB 1952, S. 421; LAG Hannover v. 2.10.1952, BB 1953, S. 60; LAG Düsseldorf v. 12.1.1954, DB 1954, S. 260; LAG Hamburg v. 22.11.1954, ARST XIII, S. 217; LAG Bremen v. 26.1.1955, BB 1955, S. 194; LAG Düsseldorf v. 17.12.1958, DB 1959, S. 236; LAG Hamburg v. 24.2.1961, ARST XXVI, S. 47; LAG Düsseldorf v. 20.4.1966, DB 1966, S. 1734; ArbG Passau, Zweigst. Deggendorf v. 19.6.1952, ARST X, S. 178; ArbG Nürnberg v. 4.9.1952, ARST IX, S. 134; ArbG Bremen v. 30.10.1952, ARST IX, S. 178; ArbG Wilhelmshaven v. 28.11.1952, WA 1953, S. 27; ArbG Mannheim v. 22.4.1953, ARST XI, S. 18; ArbG Wesel v. 31.7.1953, ARST XI, S. 61; ArbG Augsburg v. 22.5.1954, ARST XIII, S. 97; ArbG Mannheim v. 12.11.1954, ARST XV, S. 180; ArbG Weiden v. 9.9.1955, ARST XV, S. 180; ArbG Bayreuth v. 27.2.1956, ARST XVI, S. 55; ArbG Hamburg v. 6.5.1957, ARST XVIII, S. 180; ArbG Kiel v. 28.6.1957, ARST XIX, S. 60; ArbG Karlsruhe v. 18.12.1957, ARST XX, S. 222; ArbG Augsburg v. 8.1.1960, ARST XXIV, S. 179; ArbG Weiden/Opf. v. 11.2.1960, ARST XXVII, S. 12; ArbG Radolfzell v. 21.6.1960, ARST XXVI, S. 47; ArbG Wilhelmshaven v. 2.2.1961, AuR 1961, S. 220; Hueck: KSchG, 1. Aufl. 1951, Einl. III, Anm. 5 b, § 11 KSchG Rndr. 17 ff.; ders.: KSchG, 6. Aufl. 1968, Einl. III, Anm. 6 b, § 11 KSchG Rndr. 17 ff.; Staudinger (Neumann): BGB, 11. Aufl. 1958, vor § 620 BGB Rndr. 60; Fastenau: Die unwirksame Kündigung, 1956, S. 135 ff.; Hueck/Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 1, 7. Aufl. 1963, S. 558; Knöpfel: Entlassung von Arbeitskräften, 1952, S. 47; Monjau: Sozial ungerechtfertigte, sittenwidrige und gegen Treu und Glauben verstoßende Kündigung, DB 1951, S. 742 f.; Sieverts: Der Einfluß des Kündigungsmotivs auf die Rechtswirksamkeit der Kündigung des Arbeitsverhältnisses, 1959, S. 37. Die Gegenauffassung wertete die Fälle des § 7 Abs. 1 S. 3 KSchG 1951 zugleich als sozialwidrige Kündigung i.S.d. § 1 KSchG und als Sittenverstoß i.S.d. § 138 BGB. So ArbG Rheine v. 27.3.1956, ARST XVII, S. 16; Erdmann/Müller: KSchG, 2. Aufl. 1954, § 11 Abs. 3 KSchG, Anm. 10; Hertslet: Das rechtliche Verhältnis zwischen der sozialwidrigen und der sittenwidrigen Kündigung im Kündigungsschutzrecht, AuR 1955, S. 115, 116 f.; Monjau: Sozial ungerechtfertigte, sittenwidrige und gegen Treu und Glauben verstoßende Kündigung, DB 1951, S. 742 f.; Nikisch: Arbeitsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 1961, S. 800; Osthold: Der Kündigungsschutz der vom Kündigungsschutzgesetz nicht betroffenen Personen, ArbGeb 1955, S. 486; Savaète: Sittenwidriges Verhalten im Zusammenhang mit Arbeitsverhältnissen, AuR 1957, S. 97, 101 f.; Siebert: Unwirksamkeit der Kündigung wegen Sittenwidrigkeit oder Verstoßes gegen Treu und Glauben, BB 1952, S. 522.

Diese Auffassung wurde nach der Streichung des § 7 Abs. 1 S. 3 KSchG 1951 durch das ArbRBereinigG vom 14.8.1969<sup>658</sup> im Wesentlichen beibehalten.<sup>659</sup> Bis heute sind deshalb nach h.M. willkürliche, grob sozialwidrige Kündigungen oder krasse Fälle der sozialwidrigen Kündigung nicht sittenwidrig.

Die Verletzung des § 138 BGB erfordert darüber hinaus nach Ansicht des Schrifttums, dass dem kündigenden Arbeitgeber auch subjektiv der Vorwurf der Sittenwidrigkeit gemacht werden könne.<sup>660</sup> Dafür sei jedoch weder eine Schädigungsabsicht erforderlich, noch müsse er sich der Sittenwidrigkeit oder seiner verwerflichen Gesinnung bewusst sein. Es reiche aus, wenn er grob leichtfertig handle und sich der Tatsachen bewusst sei, die die Sittenwidrigkeit der Kündigung begründeten.

Rspr. und Schrifttum betonen, dass bei der Entscheidung über den Sittenverstoß stets sämtliche Umstände des jeweiligen Sachverhalts zu berücksichtigen seien.<sup>661</sup>

Die Anknüpfung der Sittenwidrigkeit an ein verwerfliches Motiv wurde in den siebziger Jahren des letzten Jh. erstmals von Schwerdtner kritisiert. Wie bereits erläutert, stand er der Sittenwidrigkeit einer

---

<sup>658</sup> Seit der Änderung des KSchG durch das ArbRBereinigG v. 1969 ist der Auflösungsantrag in § 9 Abs. 1 geregelt.

<sup>659</sup> BAG v. 19.7.1973, AP Nr. 32 zu § 138 BGB m. Anm. Schnorr v. Carolsfeld; LAG Schleswig-Holstein v. 20.2.1985, RzK I 8 k, Nr. 2; LAG Schleswig-Holstein v. 17.11.1997, RzK I 8 k, Nr. 11; *Fiebig u.a. (Fiebig)*: KSchG, 2. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. 47; *Hoyningen-Huene/Linck*: KSchG, 13. Aufl. 2002, § 13 KSchG Rndr. 60 f.; *Hueck*: KSchG, 7. Aufl. 1970, Einl. IV, Anm. 6 b, § 13 KSchG Rndr. 24 ff.; *Kittner/Trittin*: KSchR, 1. Aufl. 1993, § 13 KSchG Rndr. 21 ff.; *Kittner u.a. (Kittner)*: KSchR, 4. Aufl. 1999, § 13 KSchG Rndr. 21 ff.; *KR-Friedrich*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. 119 ff.; *Maus*: KSchG, 1973, Einl. Rndr. 7; *Sowka* (Hrsg.) (*Sowka/Meisel*): KSchG, 2. Aufl. 2000, Teil A, Kündigung außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, III Rndr. 5; *Staudinger (Neumann)*: BGB, 13. Bearb. 1995, vor § 620 BGB Rndr. 76 ff.; *Besgen*: Fragen zur Nichtigkeit, Sittenwidrigkeit und Treuwidrigkeit (Ungehörigkeit) einer Kündigung, AiB 1987, S. 182, 184; *Boemke*: Kündigungsschutz in Kleinbetrieben, WiB 1997, S. 617, 620; *Bleistein*: Kündigung und Kündigungsschutz, 1970, S. 47; *Bopp*: Kündigung und Kündigungsschutzprozeß im Arbeitsrecht, 1980, S. 181; *Gragert*: Kündigungsschutz in Kleinbetrieben, NZA 2000, S. 961, 965; *Hetzel*: Das Arbeitsverhältnis im Kleinbetrieb, 1983, S. 196 f.; *Leinemann* (Hrsg.) (*Isenhardt*): KassHdb. z. ArbR., Bd. 2, 2. Aufl. 2000, 6.3 Rndr. 79; *Linck*: Die nichtige Kündigung, AR-Blattei, (SD) Kündigung III, Mängel der Kündigung, 1010.3, 67. Lief. 8/1999, Rndr. 78; *Müller*: Gedanken zum arbeitsrechtlichen Kündigungsrecht, ZfA 1982, S. 475, 479; *Schmidt*: Kündigungsschutz außerhalb des KSchG, AR-Blattei, (D) Kündigungsschutz VIII, 1978, C II; *Stahlhacke/Preis/Vossen*: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9. Aufl. 2005, Rndr. 296; *Wenzel*: Kündigung und Kündigungsschutz, 6. Aufl. 1994, Rndr. 596. A.A. *Backmeister/Trittin/Mayer (Backmeister)*: KSchG, 2. Aufl. 2002, § 13 KSchG Rndr. 23; *Dodenberg*: Der Gedanke des Rechtsmißbrauchs im französischen Recht verglichen mit dem deutschen Kündigungsschutz, 1971, S. 141 f.

<sup>660</sup> *ErfK (Ascheid)*: Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2006, § 13 KSchG Rndr. 18; *KR-Friedrich*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. 126; *Maus*: KSchG, 1973, § 13 KSchG Rndr. 37 ff.; *Lepke*: AIDS als arbeitsrechtlicher Kündigungsgrund, DB 1987, S. 1299, 1301; *Löwisch*: Grenzen der ordentlichen Kündigung in kündigungsschutzfreien Betrieben, BB 1997, S. 782, 784 f.; *Oetker*: Gibt es einen Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes?, AuR 1997, S. 41, 48; *Otto*: Schranken der Kündigungsfreiheit außerhalb des allgemeinen Kündigungsschutzes, in Hanau u.a. (Hrsg.): FS für Wiese, 1998, S. 353, 364.

<sup>661</sup> BAG v. 12.10.1954, AP Nr. 5 zu § 13 KSchG 1951 m. Anm. Hueck; BAG v. 23.11.1961, AP Nr. 22 zu § 138 BGB; BAG v. 28.4.1994, RzK I 8 k, Nr. 8; LAG Schleswig-Holstein v. 17.11.1997, RzK I 8 k, Nr. 11; ArbG Wuppertal v. 30.11.1960, SAE 1961, S. 222 m. Anm. Herschel; *Ascheid/Preis/Schmidt (Biebl)*: Großkomm. KSchR, 2. Aufl. 2004, § 13 KSchG, Rndr. 49; *Soergel/Siebert (Kraft)*: BGB, Bd. 4/1, 12. Aufl. 1997, vor § 620 BGB Rndr. 70; *Besgen*: Fragen zur Nichtigkeit, Sittenwidrigkeit und Treuwidrigkeit (Ungehörigkeit) einer Kündigung, AiB 1987, S. 182, 184; *Linck*: Die nichtige Kündigung, AR-Blattei, (SD) Kündigung III, Mängel der Kündigung, 1010.3, 67. Lief. 8/1999, Rndr. 80; *Monjau*: Sozial ungerechtfertigte, sittenwidrige und gegen Treu und Glauben verstößende Kündigung, DB 1951, S. 742 f.; *Richard/Wlotzke (Wank)*: MüHdb. z. ArbR., Bd. 2, 2. Aufl. 2000, § 119 Rndr. 103 ff., § 122 Rndr. 72; *Wenzel*: Der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers (XVIII), Teil 14: Außerordentliche Rechtsbehelfe gegen eine Kündigung, MDR 1978, S. 896, 897 f.

arbeitsrechtlichen Kündigung zwar generell kritisch gegenüber. Er beugte sich jedoch letztlich ihrer allgemeinen Anerkennung durch die h.M.<sup>662</sup>, machte allerdings darauf aufmerksam, dass der beweiselastete Arbeitnehmer<sup>663</sup> das verwerfliche Kündigungsmotiv des Arbeitgebers in der Regel nur schwer nachweisen könne. Dieser würde in der Regel nicht so ungeschickt sein und den wahren Kündigungsgrund offenbaren, zumal er außerhalb des KSchG nicht an sozial gerechtfertigte Gründe gebunden sei. Deshalb schlug Schwerdtner vor, den Begriff der sittenwidrigen Kündigung einem objektiven Bewertungsmaßstab zu unterwerfen.<sup>664</sup> Dadurch wollte er die Sozialbindung des Arbeitgebers und die Kontrolle seiner wirtschaftlichen Macht verstärken.<sup>665</sup>

Schwerdtner griff mit seinem Vorschlag die Meinung Essers auf, der sich bereits 1971 in Bezug auf die Anwendung des § 138 BGB im Wirtschaftsrecht dafür ausgesprochen hatte, wegen der Nachweisprobleme bei der Prüfung des Sittenverstößes nicht länger auf die subjektiven Beweggründe des Handelnden abzustellen.<sup>666</sup> Seiner Ansicht stand ein wirtschaftsrechtliches Handeln im Einklang mit den guten Sitten, wenn es mit den Voraussetzungen vereinbar war, „von denen her Privatautonomie ihre Aufgabe in unserer Wirtschaftsordnung erfüllen kann“<sup>667</sup>. Diese Ausführungen konkretisierte Esser jedoch nicht näher. Auch Schwerdtners Ausführungen ließen offen, welchen Inhalt der objektive Bewertungsmaßstab in Bezug auf die sittenwidrige Kündigung haben sollte. Seine Ausführungen deuteten lediglich darauf hin, dass er die Sittenwidrigkeit nicht von der Existenz eines verwerflichen Motivs, sondern von Umständen abhängig machen wollte, aus denen sie sich bei Anlegung eines objektiven Maßstabes ergeben sollte.

Das BAG erörterte diese Meinung 1981 und 1989, ließ eine Entscheidung darüber jedoch offen.<sup>668</sup> In späteren Entscheidungen folgte das Gericht weiterhin ausschließlich der h.M.<sup>669</sup> Im arbeitsrechtlichen Schrifttum wurde der Ansatz Schwerdtners fast dreißig Jahre nicht beachtet. Seit Ende der neunziger Jahre des 20. Jh. treten jedoch einige Stimmen für einen objektivierten Bewertungsmaßstab bei der sittenwidrigen Kündigung eines Arbeitsverhältnisses ein.<sup>670</sup> Auf der Grundlage der von Esser 1971 geäußerten Grenze soll sich die Sittenwidrigkeit einer Kündigung danach beurteilen, ob das Rechtsgeschäft mit den Voraussetzungen vereinbar sei, unter denen allein die Privatautonomie ihre Aufgabe erfüllen könne bzw. das Rechtsgeschäft einen Zustand herbeiführe, den die Rechtsordnung nicht zulassen könne.<sup>671</sup> Kündigungen, die objektive Verstöße gegen das Prinzip der Vertragsfreiheit oder gegen Grundrechte als Verkörperung des objektiven Wertgehalts unserer Gesamtrechtsordnung enthielten, könnten so über § 138 BGB unterbunden werden.<sup>672</sup> Sie seien nicht schon sittenwidrig,

---

<sup>662</sup> *Schwerdtner*: Anm. zu BAG v. 28.9.1972, JZ 1973, S. 377, 378; *ders.*: Arbeitsrecht I, 1976, S. 124 f.

<sup>663</sup> Zur Darlegungs- und Beweislast vgl. S. 257 ff.

<sup>664</sup> *Schwerdtner*: Anm. zu BAG v. 28.9.1972, JZ 1973, S. 377, 379; *ders.*: Arbeitsrecht I, 1976, S. 128.

<sup>665</sup> *Schwerdtner*: Anm. zu BAG v. 28.9.1972, JZ 1973, S. 377, 378.

<sup>666</sup> *Esser*: § 138 BGB und die Bankpraxis der Globalzession, ZHR 1971 (Bd. 134), S. 320, 332 ff.

<sup>667</sup> *Esser*: § 138 BGB und die Bankpraxis der Globalzession, ZHR 1971 (Bd. 134), S. 320, 336.

<sup>668</sup> BAG v. 23.4.1981, zit. bei *KR-Friedrich*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. 129; BAG v. 16.2.1989, AP Nr. 46 zu § 138 BGB m. Anm. Kramer.

<sup>669</sup> BAG v. 28.4.1994, RzK I 8 k, Nr. 8; BAG v. 9.5.1996, RzK I 8 k, Nr. 10; BAG v. 21.2.2001, NZA 2001, S. 833, 835; BAG v. 5.4.2001, NZA 2001, S. 890, 891 f.

<sup>670</sup> *Dorndorf u.a. (Dorndorf)*: KSchG, 4. Aufl. 2001, § 13 KSchG Rndr. 95; *Oetker*: Gibt es einen Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes?, AuR 1997, S. 41, 48; *Preis*: Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, NZA 1997, S. 1256, 1266; *Richardi/Wlotzke (Wank)*: MüHdb. z. ArbR., Bd. 2, 2. Aufl. 2000, § 119 Rndr. 105 m.w.N.; *Stahlhacke/Preis/Vossen*: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9. Aufl. 2005, Rndr. 297.

<sup>671</sup> *Richardi/Wlotzke (Wank)*: MüHdb. z. ArbR., Bd. 2, 2. Aufl. 2000, § 119 Rndr. 105 m.w.N.

<sup>672</sup> *Stahlhacke/Preis/Vossen*: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9. Aufl. 2005, Rndr. 297.



wenn sie ohne erkennbaren Grund ausgesprochen würden, ausschlaggebend sei vielmehr das Hinzutreten besonderer Umstände, die orientiert an der objektiven Wertordnung des Grundgesetzes, die Sittenwidrigkeit aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Umstände begründeten.<sup>673</sup>

Zusammenfassend ergibt sich folgende Situation. Nach den von der h.M. vertretenen, oft nur geringfügig von einander abweichenden Ansichten scheidet § 138 BGB aus, wenn die Kündigung sozialwidrig i.S.d. § 1 KSchG oder willkürlich ist. Im Übrigen kann sie aus einem verwerflichen Motiv gegen § 138 BGB verstoßen. Sie ist auch sittenwidrig, wenn das Rechtsgeschäft unter Umständen vorgenommen wird, die das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verletzen, und in denen sich die verwerfliche Gesinnung des Kündigenden äußert. Dabei sind alle Umstände des Einzelfalles entscheidungserheblich.

Die Auffassung der objektiven Betrachtung weicht davon ab, da ihr Bezugspunkt gerade nicht das verwerfliche Motiv bzw. die verwerfliche Gesinnung des Arbeitgebers ist. Es sollen vielmehr das Prinzip der Vertragsfreiheit und die in den Grundrechten verkörperte objektive Werteordnung als rein objektive Maßstäbe für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit herangezogen werden.

#### **IV. Stellungnahme**

Im Zivilrecht kommt der Vorschrift seit ihrem In-Kraft-Treten am 1.1.1900 die grundsätzliche Aufgabe zu, Rechtsgeschäfte, die aus einer verwerflichen Gesinnung heraus vorgenommen werden, zu sanktionieren. Alleine ihre Existenz wirkt auf die Sozialmoral einer rechtsgeschäftlich handelnden Gesellschaft ein. Die innere Gesinnung, aus der jemand handelt, muss daher bei der Beurteilung eine Rolle spielen, ob ein Rechtsgeschäft sittenwidrig ist und insofern mit den rechtsethischen Prinzipien der Rechtsordnung nicht vereinbar ist.

Die Beurteilung der Sittenwidrigkeit kann deshalb nicht anhand eines objektiven Bewertungsmaßstabs vorgenommen werden. Zudem ist es bisher trotz über dreißigjähriger Existenz dieser Idee nicht gelungen einen hinreichend konkretisierten Bewertungsmaßstab zu finden. Es gibt lediglich Gedankenansätze, die nicht fortgeführt werden; es fehlt eine dogmatische Auseinandersetzung mit dem zivilrechtlichen Begriff der guten Sitten.

Darüber hinaus kann die grundsätzliche Definition der Sittenwidrigkeit nur für alle Bereiche des Zivilrechts einheitlich erfolgen. Die Vorstellung von einem objektiven Maßstab ist jedoch auf das Arbeitsrecht beschränkt.

Bei der sittenwidrigen Kündigung des Arbeitgebers ist daher erforderlich, dass ihr eine verwerfliche Gesinnung zugrunde liegt. Sie ist grundsätzlich nach § 138 BGB nichtig, wenn sie das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verletzt. Allerdings ist bei der kündigungsschutzrechtlichen Anwendung des § 138 BGB zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber nicht alle Arbeitnehmer in den Schutz vor sozialwidrigen Kündigungen i.S.d. § 1 KSchG einziehen will. Damit muss § 138 BGB ausscheiden, wenn die Kündigung verhaltens-, personen- bzw. betriebsbedingt ist oder nach § 626 BGB erfolgt. Gleiches gilt bei unrichtiger Sozialauswahl i.S.d. § 1 Abs. 3 KSchG. Die willkürliche, also grundlose Kündigung ist darüber hinaus nicht sittenwidrig, weil in ihr nicht zwangsläufig eine verwerfliche Gesinnung zum Ausdruck kommt.

---

<sup>673</sup> Powietzka: Kündigungsschutz im Kleinbetrieb und in der Wartezeit, 2003, S. 133 ff., 151.

Die folgenden Ausführungen zeichnen die Diskussion über die sittenwidrige Kündigung außerhalb des KSchG in Rechtsprechung und Schrifttum anhand der in der Praxis entschiedenen Fälle des BAG, der Landesarbeits- und Arbeitsgerichte nach. Innerhalb der Instanzen wurde jeweils eine historische Reihenfolge gewählt.

## V. Kündigung aus Rachsucht, rücksichtslosem Eigennutz sowie als Vergeltung und zur Nötigung des Arbeitnehmers

Als Beispiele für besonders verwerfliche Motive, die einen Sittenverstoß begründen, werden seit langem immer wieder Rachsucht<sup>674</sup>, Vergeltung<sup>675</sup>, rücksichtsloser Eigennutz<sup>676</sup> und Nötigung des

---

<sup>674</sup> BAG v. 23.11.1961, AP Nr. 22 zu § 138 BGB; BAG v. 13.7.1978, AP Nr. 18 zu § 102 BetrVG 1972 m. Anm. Hueck; BAG v. 21.3.1980, AP Nr. 1 zu § 17 SchwbG; BAG v. 21.2.2001, NZA 2001, S. 833, 835; LAG Stuttgart v. 23.11.1951, WA 1952, S. 98; LAG Berlin v. 25.9.1958, WA 1958, S. 175; LAG Düsseldorf v. 10.5.1988, LAGE § 138 BGB, Nr. 3; ArbG Mannheim v. 22.4.1953, ARST XI, S. 18; ArbG Augsburg v. 22.5.1954, ARST XIII, S. 97; ArbG Bremen v. 5.8.1954, ARST XIII, S. 98; ArbG Bayreuth v. 27.2.1956, ARST XVI, S. 55; ArbG Rosenheim, Zweigst. Mühldorf v. 23.7.1957, ARST XIX, S. 96; ArbG Karlsruhe v. 18.12.1957, ARST XX, S. 222; ArbG Augsburg v. 8.1.1960, ARST XXIV, S. 179; *Ascheid/Preis/Schmidt (Preis)*: Großkomm. KSchR, 2. Aufl. 2004, Grundl. J, Rndr. 36; *Hoyningen-Huene/Linck*: KSchG, 13. Aufl. 2002, § 13 KSchG Rndr. 61 a; *Hueck*: KSchG, 1. Aufl. 1951, § 11 KSchG Rndr. 17 ff.; *ders.*: KSchG, 7. Aufl. 1970, § 13 KSchG Rndr. 24 ff.; *KR-Friedrich*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. 123; *Maus*: KSchG, 1973, § 13 KSchG Rndr. 37 ff.; *Sowka* (Hrsg.) (*Bengelsdorf*): KSchG, 2. Aufl. 2000, Teil H, § 13 KSchG Rndr. 32 i; *Däubler*: Das Arbeitsrecht, Bd. 2, 7. Aufl. 1990, S. 489; *ders.*: Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, in Schmidt (Hrsg.): Arbeitsrecht und Arbeitsgerichtsbarkeit, FS Arbeitsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz, 1999, S. 271, 275; *Fastenau*: Die unwirksame Kündigung, 1956, S. 135 ff.; *Hetzl*: Das Arbeitsverhältnis im Kleinbetrieb, 1983, S. 196 f.; *Knöpfel*: Entlassung von Arbeitskräften, 1952, S. 47; *Knorr u.a.*: Handbuch des Kündigungsrechts, 4. Aufl. 1998, S. 118; *Küttner*: Personalbuch 2002, 9. Aufl. 2002, S. 1483 Rndr. 21; *Lakies*: Änderung des Kündigungsschutzgesetzes und allgemeiner Kündigungsschutz nach § 242 BGB - Verfassungsrechtliche Fragen, DB 1997, S. 1078, 1081; *Müller*: Gedanken zum arbeitsrechtlichen Kündigungsrecht, ZfA 1982, S. 475, 479; *Schlessmann*: Die Kündigung von Arbeitsverhältnissen, 2. Aufl. 1965, S. 235; *Schmidt*: Kündigungsschutz außerhalb des KSchG, AR-Blattei, (D) Kündigungsschutz VIII, 1978, C II; *Stahlhacke/Preis/Vossen*: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9. Aufl. 2005, Rndr. 295; *Wenzel*: Der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers (XVIII), Teil 14: Außerordentliche Rechtsbehelfe gegen eine Kündigung, MDR 1978, S. 896, 897 f.

<sup>675</sup> BAG v. 23.11.1961, AP Nr. 22 zu § 138 BGB; BAG v. 26.2.1970, AP Nr. 28 zu § 138 BGB; BAG v. 21.3.1980, AP Nr. 1 zu § 17 SchwbG; LAG Berlin v. 25.9.1958, WA 1958, S. 175; LAG Düsseldorf v. 10.5.1988, LAGE § 138 BGB, Nr. 3; ArbG Mannheim v. 22.4.1953, ARST XI, S. 18; ArbG Bayreuth v. 27.2.1956, ARST XVI, S. 55; ArbG Ravensburg v. 7.6.1956, ARST XVII, S. 16; ArbG Rosenheim, Zweigst. Mühldorf v. 23.7.1957, ARST XIX, S. 96; ArbG Karlsruhe v. 18.12.1957, ARST XX, S. 222; ArbG Düsseldorf v. 11.2.1988, NJW 1988, S. 1548; *Ascheid/Preis/Schmidt (Preis)*: Großkomm. KSchR, 2. Aufl. 2004, Grundl. J, Rndr. 36; *Herschel/Löwisch*: KSchG, 6. Aufl. 1984, § 13 KSchG Rndr. 36 ff.; *Hoyningen-Huene/Linck*: KSchG, 13. Aufl. 2002, § 13 KSchG Rndr. 61 a; *Hueck*: KSchG, 1. Aufl. 1951, § 11 KSchG Rndr. 17 ff.; *ders.*: KSchG, 7. Aufl. 1970, § 13 KSchG Rndr. 24 ff.; *KR-Friedrich*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. 123; *Maus*: KSchG, 1973, § 13 KSchG Rndr. 37 ff.; *Sowka* (Hrsg.) (*Sowka/Meisel*): KSchG, 2. Aufl. 2000, Teil A, Kündigung außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, III Rndr. 4; *Sowka* (Hrsg.) (*Bengelsdorf*): KSchG, 2. Aufl. 2000, Teil H, § 13 KSchG Rndr. 32; *Hetzl*: Das Arbeitsverhältnis im Kleinbetrieb, 1956, S. 196 f.; *Hueck/Nipperdey*: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 1, 7. Aufl. 1963, S. 558; *Lakies*: Änderung des Kündigungsschutzgesetzes und allgemeiner Kündigungsschutz nach § 242 BGB - Verfassungsrechtliche Fragen, DB 1997, S. 1078, 1081; *Lepke*: AIDS als arbeitsrechtlicher Kündigungsgrund, DB 1987, S. 1299, 1301; *Löwisch*: Grenzen der ordentlichen Kündigung in kündigungsschutzfreien Betrieben, BB 1997, S. 782, 784 f.; *Schmidt*: Kündigungsschutz außerhalb des KSchG, AR-Blattei, (D) Kündigungsschutz VIII, 1978, C II; *Stahlhacke/Preis/Vossen*: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9. Aufl. 2005, Rndr. 295.

<sup>676</sup> ArbG Rheine v. 27.3.1956, ARST XVII, S. 16; *Siebert*: Unwirksamkeit der Kündigung wegen Sittenwidrigkeit oder Verstoßes gegen Treu und Glauben, BB 1952, S. 522, 523.

Arbeitnehmers<sup>677</sup> genannt. In der Vergangenheit wurden vereinzelt ohne weitere Begründung auch verfassungswidrige Motive - z.B. die Verletzung der Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG und der Verstoß gegen die Diskriminierungsverbote des § 3 Abs. 2, 3 GG - als verwerflich angesehen.<sup>678</sup>

## **VI. Stellungnahme**

Vergeltung, Rachsucht, rücksichtsloser Eigennutz und die Nötigung des Arbeitnehmers werden zu Recht als besonders verwerfliche Kündigungsgründe angesehen. Es handelt sich um Motive, die nach unseren heutigen Vorstellungen zu den niedrigsten Gründen für menschliches Handeln zählen. Allerdings werden diese Motive in Rechtsprechung und Schrifttum immer wieder gebetsmühlenartig als theoretische Grundfälle angeführt. In der Praxis sind diese Fälle jedoch bisher nicht relevant geworden.

## **VII. Kündigung unter Verletzung der Fürsorgepflicht**

Eine Kündigung unter Verletzung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers war nach einem Urteil des BAG von 1957 nicht sitten-, sondern nur sozialwidrig.<sup>679</sup> Eine Kündigung, die als Mittel zur politischen Auseinandersetzung eingesetzt wurde, begründete nach Ansicht des LAG Hamm ebenfalls keinen Sittenverstoß.<sup>680</sup> Aus der Veröffentlichung ergibt sich jedoch nicht, auf welche Begründung das Gericht seine Entscheidung gestützt hat.

## **VIII. Stellungnahme**

Eine Stellungnahme erscheint hier insofern nicht möglich, das die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers sehr vielgestaltig ist und sich aus den Entscheidungen nicht ergibt, in welcher Hinsicht der Arbeitgeber sie verletzt hat.

## **IX. Hinterhältige Kündigung**

Nach einer Entscheidung des BAG von 1961 soll darüber hinaus eine Kündigung wegen Hinterhältigkeit sittenwidrig sein, mit der der Arbeitgeber auf den Widerstand eines Arbeitnehmers gegen seine Versetzung reagiert hat, wobei er die Versetzung zuvor bewusst in dem Wissen angeordnet hatte, dass der Arbeitnehmer ihr nicht folgen würde.<sup>681</sup>

---

<sup>677</sup> ArbG Rheine v. 27.3.1956, ARST XVII, S. 16; *Siebert*: Unwirksamkeit der Kündigung wegen Sittenwidrigkeit oder Verstoßes gegen Treu und Glauben, BB 1952, S. 522, 523.

<sup>678</sup> ArbG Rosenheim, Zweigst. Mühldorf v. 23.7.1957, ARST XIX, S. 96; *Herschel/Löwisch*: KSchG, 6. Aufl. 1984, § 13 KSchG Rndr. 40.

<sup>679</sup> BAG v. 29.5.1956, AP Nr. 2 zu § 184 BGB m. Anm. Hueck. So auch LAG Bremen v. 26.1.1955, BB 1955, S. 194; ArbG Bayreuth v. 27.2.1956, ARST XVI, S. 55. A.A. LAG Düsseldorf v. 3.2.1955, BB 1955, S. 512; ArbG Würzburg, Zweigst. Aschaffenburg v. 9.12.1952, ARST X, S. 215; ArbG Ravensburg v. 7.6.1956, ARST XVII, S. 16; *Schnorr v. Carolsfeld*: Arbeitsrecht, 2. Aufl. 1954, S. 357.

<sup>680</sup> LAG Hamm v. 17.1.1975, ARST 1976, S. 174.

<sup>681</sup> BAG v. 23.11.1961, AP Nr. 22 zu § 138 BGB.

Als hinterhältig wurde auch die Kündigung eines Arbeitnehmers nach einem vom Arbeitgeber verschuldeten Arbeitsunfall erachtet. Der Arbeitsunfall war bewusst herbeigeführt worden, um den Mitarbeiter loszuwerden. Das BAG bejahte im Jahre 1972 einen Sittenverstoß.<sup>682</sup>

## X. Stellungnahme

Das Motiv der Hinterhältigkeit ist als ebenso niedrig anzusehen wie Vergeltung, Rachsucht und rücksichtsloser Eigennutz. Dem BAG ist daher in beiden Fällen zuzustimmen.

## XI. Kündigung in Zusammenhang mit einer Aidsinfektion

Seit den achtziger Jahren des vergangenen Jh. stellt sich infolge der Verbreitung von Aids in Deutschland die Frage, wie die Wirksamkeit einer wegen dieser Virusinfektion ausgesprochenen Kündigung zu beurteilen ist.<sup>683</sup> Es wird dabei auch darüber diskutiert, inwieweit eine entsprechende Kündigung außerhalb des KSchG sittenwidrig sein kann.<sup>684</sup>

Anlass zu dieser Frage war die sog. „Floristenentscheidung“ aus dem Jahre 1989.<sup>685</sup> Einem angestellten Floristen war gekündigt worden, nachdem er aufgrund seiner Aidsinfektion einen Selbstmordversuch unternommen hatte und seitdem arbeitsunfähig erkrankt war. Bis zur Kündigung erstreckte sich die Arbeitsunfähigkeit auf einen Zeitraum von etwa drei Monaten, und nach einem dem Arbeitgeber vorliegenden Attest sollte sie bis auf weiteres fortbestehen. Das KSchG fand keine Anwendung, da das Arbeitsverhältnis noch keine sechs Monate bestanden hatte. In seiner Entscheidung ließ das BAG offen, ob eine Kündigung, die ausschließlich wegen einer HIV-Infektion erfolgt, sittenwidrig sein kann, wenn die Infektion bis zum Zeitpunkt der Kündigung keine Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis hatte. Es war der Ansicht, dass hier die mehrmonatige Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers im Anschluss an seinen Selbstmordversuch für die Kündigung zumindest mitentscheidend gewesen war. Da jedoch der Umstand der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit im Rahmen des § 1 KSchG zu berücksichtigen sei und dort eine Kündigung sozial rechtfertigen könne, könne sie außerhalb des KSchG nicht zur Sittenwidrigkeit führen.

Angestoßen durch die Entscheidung, haben sich im Schrifttum inzwischen zur Kündigung wegen Aids einige Leitlinien herausgebildet. Erfolge die Kündigung aufgrund infektionsbedingter Kurzerkrankungen oder aufgrund vollständiger, längerfristiger Arbeitsunfähigkeit des Beschäftigten,

---

<sup>682</sup> BAG v. 8.6.1972, AP Nr. 1 zu § 13 KSchG 1969 m. Anm. Konzen; *Küttner*: Personalbuch 2002, 9. Aufl. 2002, S. 1483 Rndr. 22.

<sup>683</sup> BAG v. 16.2.1989, AP Nr. 46 zu § 138 BGB m. Anm. Kramer; LAG Berlin v. 10.6.1987, AIFO 1987, S. 566; LAG Düsseldorf v. 10.5.1988, LAGE § 138 BGB, Nr. 3; ArbG Berlin v. 6.11.1986, zit. bei *Lepke*: AIDS als arbeitsrechtlicher Kündigungsgrund, DB 1987, S. 1299; ArbG Berlin v. 16.6.1986, NZA 1987, S. 637; ArbG Düsseldorf v. 11.2.1988, NJW 1988, S. 1548; *Bruns*: Aids im Betrieb und im Arbeitsleben, MDR 1988, S. 95, 97 f.; *Lepke*: AIDS als arbeitsrechtlicher Kündigungsgrund, DB 1987, S. 1299 ff.; *Richard*: Arbeitsrechtliche Probleme bei Einstellung und Entlassung Aids-infizierter Arbeitnehmer, NZA 1988, S. 73, 78 f. Für die neunziger Jahre des vergangenen Jh. Vgl. auch *Sedlitz*: Arbeitsrechtliche Probleme im Umgang mit der Immunschwäche Aids, 1992, S. 134 ff.; *Walter*: Arbeitsrechtliche Konsequenzen von AIDS, 1991, S. 87 ff.

<sup>684</sup> Darüber hinaus wird - allerdings in weitaus geringerem Masse - erörtert, inwieweit eine Verletzung des § 242 BGB in Betracht kommt, vgl. S. 195 ff.

<sup>685</sup> BAG v. 16.2.1989, AP Nr. 46 zu § 138 BGB m. Anm. Kramer.

würden die allgemeinen Grundsätze der krankheitsbedingten Kündigung gelten.<sup>686</sup> Da die Erkrankung des Arbeitnehmers jedoch ein im Rahmen des § 1 KSchG zu berücksichtigender Umstand sei, könne die Kündigung außerhalb des KSchG auf keinen Fall sittenwidrig sein.<sup>687</sup>

Sei der Arbeitnehmer zwar mit dem Aids-Virus infiziert, zeige jedoch bisher noch keine Krankheitssymptome, könne eine Kündigung auf verschiedenen fallspezifischen Umständen beruhen. Häufig werde ein Aids-infizierter Arbeitnehmer entlassen, weil der Arbeitgeber die Ansteckung Dritter, insbesondere der Arbeitskollegen und seiner Kunden befürchte. Gehöre der Arbeitnehmer zu einer Berufsgruppe mit erhöhtem Ansteckungsrisiko, wie z.B. in den medizinischen Berufen, sei die Kündigung aus personellen Gründen i.S.d. § 1 KSchG gerechtfertigt, wenn das Risiko nicht durch betriebliche Schutzmaßnahmen oder eine Versetzung beseitigt werden könne.<sup>688</sup> Schon aus diesem Grund scheitere die Sittenwidrigkeit dieser Kündigung. Sie beruhe darüber hinaus nicht auf einem verwerflichen Motiv.<sup>689</sup> Aids-Infizierte verdienten zwar ebenso wie Aids-Kranke den besonderen Schutz der Gesellschaft und unterständen als Arbeitnehmer der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers. Der Arbeitgeber sei allerdings gleichermaßen für die anderen Arbeitnehmer in seinem Betrieb verantwortlich.

Darüber hinaus habe die Entscheidung des BAG im Floristenfall gezeigt, dass es auch außerhalb der Risikoberufsgruppen Arbeitssituationen gebe, bei denen eine realistische Ansteckungsgefahr bestehe. Hier müsse der Arbeitgeber zunächst versuchen, die Ansteckungsgefahr zu vermeiden. Dazu gehöre die sachgerechte Information der Belegschaft und wohl auch der Kunden durch den Arbeitgeber selbst bzw. durch Personen mit medizinischen Vorkenntnissen.<sup>690</sup> Als weitere Möglichkeit zur Minimierung der Ansteckungsgefahr käme die Einführung von betrieblichen Schutzmaßnahmen und gegebenenfalls die Versetzung des Arbeitnehmers in Betracht. Sei jedoch die Kündigung die einzige wirksame Möglichkeit, die Gefahren für Dritte zu beseitigen, sei sie innerhalb des KSchG sozial gerechtfertigt.<sup>691</sup> Sie könne bereits deshalb außerhalb des KSchG nicht sittenwidrig sein.<sup>692</sup> Hinzu komme, dass der Arbeitgeber in diesem Fall auch aus haftungsrechtlichen Gesichtspunkten zur Kündigung berechtigt sein müsse.<sup>693</sup>

Im Übrigen sei bei einer Beschäftigung des Arbeitnehmers außerhalb eines Risikoberufs die Gefahr der Ansteckung mit dem Aids-Virus im Rahmen der Erfüllung der arbeitsrechtlichen Pflichten

---

<sup>686</sup> *Haesen*: Zur Aids-Problematik im Arbeitsrecht und öffentlichen Dienstrecht, RdA 1988, S. 158, 163; *Richardi*: Arbeitsrechtliche Probleme bei Einstellung und Entlassung Aids-infizierter Arbeitnehmer, NZA 1988, S. 73, 79; *Walter*: Arbeitsrechtliche Konsequenzen von AIDS, 1991, S. 101.

<sup>687</sup> *Sedelies*: Arbeitsrechtliche Probleme im Umgang mit der Immunschwäche Aids, 1992, S. 140.

<sup>688</sup> *Lepke*: AIDS als arbeitsrechtlicher Kündigungsgrund, DB 1987, S. 1299, 1300; *Sedelies*: Arbeitsrechtliche Probleme im Umgang mit der Immunschwäche Aids, 1992, S. 157; *Walter*: Arbeitsrechtliche Konsequenzen von AIDS, 1991, S. 98.

<sup>689</sup> *Sedelies*: Arbeitsrechtliche Probleme im Umgang mit der Immunschwäche Aids, 1992, S. 157.

<sup>690</sup> *Heemann*: AIDS und Arbeitsrecht, 1992, S. 116; *Pedernana*: HIV-Infektion und Aids, 1990, S. 198; *Traub*: Die Kündigung von symptomfrei HIV-infizierten Arbeitnehmern, 1995, S. 202; *Walter*: Arbeitsrechtliche Konsequenzen von AIDS, 1991, S. 104.

<sup>691</sup> *Lepke*: AIDS als arbeitsrechtlicher Kündigungsgrund, DB 1987, S. 1299, 1300 f.; *Mayer-Maly*: Was leisten die guten Sitten, AcP Bd. 194, 1994, S. 163 f.; *Richardi*: Arbeitsrechtliche Probleme bei Einstellung und Entlassung Aids-infizierter Arbeitnehmer, NZA 1988, S. 73, 78; *Sedelies*: Arbeitsrechtliche Probleme im Umgang mit der Immunschwäche Aids, 1992, S. 135; *Walter*: Arbeitsrechtliche Konsequenzen von AIDS, 1991, S. 99 f.

<sup>692</sup> *Traub*: Die Kündigung von symptomfrei HIV-infizierten Arbeitnehmern, 1995, S. 163 lehnt allerdings schon deshalb die Möglichkeit einer Sittenwidrigkeit ab, weil das Motiv der Ansteckungsgefahr Relevanz bei der personenbedingten Kündigung aufweise und daher nicht als Motiv im Zusammenhang mit § 138 BGB berücksichtigt werden könne.

<sup>693</sup> *Haesen*: Zur Aids-Problematik im Arbeitsrecht und öffentlichen Dienstrecht, RdA 1988, S. 158, 162; *Lepke*: AIDS als arbeitsrechtlicher Kündigungsgrund, DB 1987, S. 1299, 1300 f.

grundsätzlich sehr gering, wenn hygienische Vorschriften eingehalten würden. In diesem Fall beruhe eine Kündigung in der Regel auf den mit der Infektion verbundenen Ängsten des Arbeitgebers und der Arbeitskollegen. Auch sie sei weder sozial- noch sittenwidrig.<sup>694</sup> Die Ängste und die Besorgnis vor Ansteckungsgefahren, mögen sie noch so unbegründet sein, widersprechen nicht dem Verständnis aller billig und gerecht Denkenden. Ein verwerfliches Motiv liege daher nicht vor.

Gerate ein noch nicht erkrankter Aids-Infizierter aufgrund der Infektion in eine psychische Krise und komme es infolgedessen zur Arbeitsunfähigkeit, müssten die Grundsätze der Kündigung bei Krankheit gelten. Da Krankheit als personenbedingter Grund im Rahmen des § 1 KSchG zu berücksichtigen sei, könne sich hieraus kein Sittenverstoß ergeben.<sup>695</sup> Dies gelte auch für eine Kündigung, wenn es aufgrund der Krise zu vermehrten Beurteilungsfehlern des Arbeitnehmers bei seiner Tätigkeit gekommen sei, die mit Schäden für den Arbeitgeber und für Dritte verbunden seien.<sup>696</sup>

Habe der Arbeitnehmer die Frage nach einer bestehenden Aids-Infektion wahrheitswidrig beantwortet, sei der Arbeitgeber vor allem bei infektionsgefährdeten Arbeitsplätzen zu einer verhaltensbedingten Kündigung berechtigt.<sup>697</sup> Auch die Verweigerung eines HIV-Tests rechtfertige eine Kündigung innerhalb des KSchG.<sup>698</sup> Ein Sittenverstoß sei deshalb in beiden Fällen ebenfalls ausgeschlossen.

Verweigere ein Aids-infizierter Arbeitnehmer die Einhaltung der erforderlichen Schutzmaßnahmen zur Verhinderung einer Ansteckung Dritter, sei die Kündigung gleichfalls als verhaltensbedingt i.S.d. § 1 KSchG gerechtfertigt.<sup>699</sup> Zulässig sei auch eine Kündigung, die wegen der Drohung des Arbeitnehmers erfolge, andere Kollegen zu infizieren.<sup>700</sup>

Weigerten sich Arbeitskollegen eines bisher noch symptomlosen HIV-infizierten Arbeitnehmers unter Androhung der eigenen Kündigung, weiter mit ihm zusammenzuarbeiten, seien die allgemeinen

---

<sup>694</sup> *Boemke*: Kündigungsschutz in Kleinbetrieben, WiB 1997, S. 617, 620, 621; *Haesen*: Zur Aids-Problematik im Arbeitsrecht und öffentlichen Dienstrecht, RdA 1988, S. 158, 162; *Lepke*: AIDS als arbeitsrechtlicher Kündigungsgrund, DB 1987, S. 1299, 1300; *Sedelies*: Arbeitsrechtliche Probleme im Umgang mit der Immunschwäche Aids, 1992, S. 156; *Traub*: Die Kündigung von symptomfrei HIV-infizierten Arbeitnehmern, 1995, S. 164; *Walter*: Arbeitsrechtliche Konsequenzen von AIDS, 1991, S. 98. A.A. *Hinrichs*: Anm. zu BAG v. 16.2.1989, AiB 1990, S. 166. Ausdrücklich offen gelassen von BAG v. 16.2.1989, AP Nr. 46 zu § 138 BGB m. Anm. Kramer.

<sup>695</sup> BAG v. 16.2.1989, AP Nr. 46 zu § 138 BGB m. Anm. Kramer; LAG Düsseldorf v. 10.5.1988, LAGE § 138 BGB, Nr. 3; LAG Berlin v. 10.6.1987, AIFO 1987, S. 566; ArbG Düsseldorf v. 11.2.1988, NJW 1988, S. 1548; ArbG Berlin v. 6.11.1986, zit. bei *Lepke*: AIDS als arbeitsrechtlicher Kündigungsgrund, DB 1987, S. 1299; *Sowka* (Hrsg.) (*Bengelsdorf*): KSchG, 2. Aufl. 2000, Teil H, § 13 KSchG Rndr. 32; *Ascheid*: Kündigungsschutzrecht, 1. Aufl. 1993, S. 32; *Lepke*: AIDS als arbeitsrechtlicher Kündigungsgrund, DB 1987, S. 1299, 1300; *Sedelies*: Arbeitsrechtliche Probleme im Umgang mit der Immunschwäche Aids, 1992, S. 149; *Traub*: Die Kündigung von symptomfrei HIV-infizierten Arbeitnehmern, 1995, S. 163 allerdings erneut unter Berufung auf die personenbedingte Relevanz des Motivs.

<sup>696</sup> *Walter*: Arbeitsrechtliche Konsequenzen von AIDS, 1991, S. 100.

<sup>697</sup> *Eich*: Aids und Arbeitsrecht, NZA 1987, Beil. 2, S. 10, 18 f.; *Haesen*: Zur Aids-Problematik im Arbeitsrecht und öffentlichen Dienstrecht, RdA 1988, S. 158, 162; *Sedelies*: Arbeitsrechtliche Probleme im Umgang mit der Immunschwäche Aids, 1992, S. 166 ff. Zur Problematik, wann im Einzelnen ein Fragerecht besteht *Richardi*: Arbeitsrechtliche Probleme bei Einstellung und Entlassung Aids-infizierter Arbeitnehmer, NZA 1988, S. 73, 74 f., 78.

<sup>698</sup> *Sedelies*: Arbeitsrechtliche Probleme im Umgang mit der Immunschwäche Aids, 1992, S. 168 ff.; *Walter*: Arbeitsrechtliche Konsequenzen von AIDS, 1991, S. 93.

<sup>699</sup> *Sedelies*: Arbeitsrechtliche Probleme im Umgang mit der Immunschwäche Aids, 1992, S. 134, 161, 165 ff.

<sup>700</sup> *Sedelies*: Arbeitsrechtliche Probleme im Umgang mit der Immunschwäche Aids, 1992, S. 162 ff.

Grundsätze der sog. Druckkündigung anzuwenden.<sup>701</sup> Das gelte auch, wenn Geschäftspartner des Arbeitgebers bei Weiterbeschäftigung des betreffenden Arbeitnehmers mit dem Abbruch der Geschäftsbeziehung drohten.

Bei der hier in Betracht kommenden sog. echten Druckkündigung<sup>702</sup> drängen am Arbeitsverhältnis nicht beteiligte Dritte den Arbeitgeber - oft unter Androhung von Nachteilen - zur Kündigung des Arbeitnehmers, obwohl weder in dessen Person noch in dessen Verhalten ein sachlicher Kündigungsgrund besteht. Eine derartige Kündigung ist als betriebsbedingte Kündigung i.S.d. § 1 Abs. 2 KSchG gerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber die Drucksituation nicht verschuldet hat. Ferner muss er alles ihm Zumutbare getan haben, um die Drucksituation zu beseitigen.<sup>703</sup> Darüber hinaus muss ihm ein weiteres Zuwarten in Anbetracht der angedrohten Nachteile nicht mehr zumutbar sein.<sup>704</sup>

Da die echte Druckkündigung ein im Rahmen des § 1 Abs. 1 KSchG zu berücksichtigender Umstand ist, wird auch in dem hier diskutierten Fall kein Sittenverstoß in Betracht gezogen.<sup>705</sup>

Nach allgemeiner Auffassung kann demnach eine auf die Aids-Infektion des Arbeitnehmers gestützte Kündigung außerhalb des KSchG nicht sittenwidrig sein.

## **XII. Stellungnahme**

Dem ist zuzustimmen. Zur Zeit kann der HIV-Virus noch nicht erfolgreich bekämpft werden. Aids ist unheilbar und ansteckend. Diese Tatsache und die große Aufmerksamkeit, die der Infektionskrankheit seit Jahren in den Medien zuteil wird, verunsichern die Menschen. Trotz der intensiven Berichterstattung sind jedoch viele nicht ausreichend über das Ausmaß der Ansteckungsgefahr und die Möglichkeiten informiert, sie zu verhindern. Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass es im Arbeitsleben bereits dann zu Kündigungen kommt, wenn ein Arbeitnehmer nur mit dem Virus infiziert, jedoch in seiner Arbeitsleistung noch nicht beeinträchtigt ist.

---

<sup>701</sup> ArbG Berlin v. 16.6.1987, NZA 1987, S. 637; *Haesen*: Zur Aids-Problematik im Arbeitsrecht und öffentlichen Dienstrecht, RdA 1988, S. 158, 162; *Lepke*: AIDS als arbeitsrechtlicher Kündigungsgrund, DB 1987, S. 1299 f., 1301; *Richardi*: Arbeitsrechtliche Probleme bei Einstellung und Entlassung Aids-infizierter Arbeitnehmer, NZA 1988, S. 73, 78; *Sedelies*: Arbeitsrechtliche Probleme im Umgang mit der Immunschwäche Aids, 1992, S. 171 ff.; *Traub*: Die Kündigung von symptomfrei HIV-infizierten Arbeitnehmern, 1995, S. 197 ff.; *Walter*: Arbeitsrechtliche Konsequenzen von AIDS, 1991, S. 102 ff.

<sup>702</sup> Zur Definition und zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen BAG v. 21.2.1957, AP Nr. 22 zu § 1 KSchG 1951; BAG v. 10.10.1957, AP Nr. 1 zu § 626 BGB Druckkündigung; BAG v. 11.2.1960, AP Nr. 3 zu § 626 BGB Druckkündigung; BAG v. 26.1.1962, AP Nr. 8 zu § 626 BGB Druckkündigung; BAG v. 18.9.1975, AP Nr. 10 zu § 626 BGB Druckkündigung; BAG v. 19.6.1986, AP Nr. 33 zu § 1 KSchG 1969 betriebsbedingte Kündigung; BAG v. 4.10.1990, AP Nr. 12 zu § 626 BGB Druckkündigung; BAG v. 31.1.1996, AP Nr. 13 zu § 626 BGB Druckkündigung; *Bader u.a. (Bram)*: KSchG, 56. Lief. 9/2005, § 1 KSchG Rndr. 280 ff.; *Dorndorf u.a. (Dorndorf/Weller)*: KSchG, 4. Aufl. 2001, § 1 KSchG Rndr. 816 ff., 993 ff.; *Hoyningen-Huene/Linck*: KSchG, 13. Aufl. 2002, § 1 KSchG Rndr. 201 ff.; *KR-Etzel*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 1 KSchG Rndr. 586; *Schaub*: ArbR.-Hdb., 10. Aufl. 2002, § 130, Rndr. 37 ff.

<sup>703</sup> BAG v. 26.1.1962, AP Nr. 8 zu § 626 BGB Druckkündigung; ArbG Berlin v. 16.6.1986, NZA 1987, S. 637; *Kittner u.a. (Däubler)*: KSchR, 6. Aufl. 2004, § 626 BGB Rndr. 171 f.; *KR-Fischermeier*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 626 BGB Rndr. 208; *Hinrichs*: AIDS und Arbeitsrecht, BewHi 1989, S. 41, 56.

<sup>704</sup> BAG v. 19.6.1986, AP Nr. 33 zu § 1 KSchG 1969 betriebsbedingte Kündigung; *Bader u.a. (Bram)*: KSchG, 56. Lief. 9/2005, § 1 KSchG Rndr. 281; *KR-Etzel*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 1 KSchG Rndr. 586.

<sup>705</sup> *Ramstorf*: Die Druckkündigung, 1998, S. 22 f.

Bei der rechtlichen Beurteilung aidsbedingter Kündigungssituationen im Rahmen des § 138 BGB muss wegen der Anknüpfung des Sittenbegriffs an das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden der besondere gesellschaftliche Umgang mit dem Thema und die Angst in der Bevölkerung berücksichtigt werden. Hinzu kommt, dass Aids auch rechtlich als Krankheit anzusehen ist und damit neben anderen Krankheiten steht.

Ist der Arbeitnehmer trotz der Infektion weder psychisch noch physisch an der Erbringung seiner vollen Arbeitsleistung gehindert, steht hinter der Kündigung regelmäßig die Angst der Arbeitgebers, der Kollegen und Kunden vor Ansteckung, soweit sie von der Infektion erfahren haben. Diese Angst mag je nach Berufsfeld und nach den heutigen Erkenntnissen über die Ansteckung durch den Kontakt mit Körperflüssigkeiten im Einzelfall mehr oder weniger begründet sein. Eine Ansteckung kann jedoch nie - unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer einen sog. Risikoarbeitsplatz hat oder nicht - zu hundert Prozent ausgeschlossen werden. Insofern kann die Motivation der Kündigung, das Ansteckungsrisiko zu beseitigen, nicht i.S.d. § 138 BGB als verwerflich angesehen werden. Wegen der Unmöglichkeit, jegliches Ansteckungsrisikos auszuschließen, gilt dies auch dann, wenn der Arbeitgeber zunächst nicht alle Möglichkeiten zu seiner Verringerung, wie Versetzung und Einführung von Schutzmaßnahmen, ausgeschöpft hat.

Kommt es infolge der psychischen Belastung zu Minder- oder Fehlleistungen des Arbeitnehmers sind dies verhaltensbedingte Kündigungsgründe, die außerhalb des KSchG im Hinblick auf einen Sittenverstoß unbeachtlich sind. Das gleiche muss gelten, wenn es zu immer wiederkehrenden kürzeren oder langandauernden Zeiten krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit kommt. Da Aids eine Krankheit ist, gelten die Grundsätze der Kündigung bei Krankheit, die eine personenbedingte Kündigung innerhalb des KSchG rechtfertigen können. Fehlzeiten wegen Aids, die auf eine Arbeitsunfähigkeit zurückzuführen sind, können deshalb im Hinblick auf eine Verletzung des § 138 BGB nicht von Bedeutung sein.

Wegen der grundsätzlichen Ansteckungsgefahr kann es ferner nicht als verwerflich angesehen werden, wenn die Kündigung wegen der Weigerung des Arbeitnehmers erfolgt, eingeführte Schutzmaßnahmen zu befolgen. Das gleiche muss unabhängig vom Arbeitsplatz des Arbeitnehmers auch gelten, wenn dieser die Frage nach einer Infektion wahrheitswidrig beantwortet hat oder sich weigert, an einem Test teilzunehmen. Aufgrund der Gefahr für die Menschen, mit denen der HIV-Infizierte durch seinen Arbeitsplatz in Kontakt kommt, kann eine Kündigung hier außerhalb des KSchG nicht gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstoßen.

Zusammenfassend ist daher davon auszugehen, dass Kündigungen in Zusammenhang mit einer HIV-Infektion nicht sittenwidrig und deshalb i.S.d. § 138 BGB nichtig sein können.

### **XIII. Kündigung wegen Homosexualität**

1994 entschied das BAG über die Wirksamkeit einer Kündigung, die in den ersten sechs Monaten des Arbeitsverhältnisses wegen der Homosexualität des Arbeitnehmers erfolgt war. Das Gericht lehnte einen Sittenverstoß mit der Begründung ab, dass die Homosexualität keine geschützte Lebensform sei und daher als Kündigungsanlass mit dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden vereinbar sei.<sup>706</sup>

---

<sup>706</sup> BAG v. 23.6.1994, AP Nr. 9 zu § 242 BGB.



Im Übrigen lag der Schwerpunkt dieses Urteils bei der Erörterung des § 242 BGB.<sup>707</sup> Zu der Frage der Sittenwidrigkeit wurde nur vereinzelt Stellung genommen.<sup>708</sup> So verneinte Hoyningen-Huene eine Verletzung des § 138 BGB, da das Selbstbestimmungsrecht des Arbeitnehmers aus Art. 2 Abs. 1 GG keinen Vorrang vor der grundrechtlich ebenfalls geschützten Berufsausübungsfreiheit des Arbeitgebers aus Art. 12 Abs. 1 GG hätte.<sup>709</sup> Löwisch und Preis kamen hingegen zu dem Schluss, dass die Kündigung wegen Homosexualität nach § 138 BGB bzw. § 612 a BGB i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG unwirksam sei.<sup>710</sup> Preis führte an, dass es sittenwidrig sei, vertragsrechtliche Instrumente zur Verfolgung verfassungswidriger Ziel einzusetzen. Die Entscheidung des Gesetzgebers, bestimmte Arbeitnehmer vom KSchG auszuschließen, beinhalte nicht, dass außerhalb des Gesetzes durch Kündigungen gegen Grundrechte verstoßen werden könne. Der Arbeitgeber dürfe auch hier nicht wegen eines persönlichen Sexualverhaltens kündigen, wenn kein Bezug zum Arbeitsverhältnis bestehe. Löwisch sah die Kündigung als besonders verwerflich an, weil sie an ein der Intimsphäre des Arbeitnehmers zuzurechnendes Verhalten anknüpfe, das in keiner Beziehung zum Arbeitsverhältnis stehe.

#### **XIV. Stellungnahme**

Die Beurteilung einer Gesinnung als sittenwidrig orientiert sich an dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden. Was nach gesellschaftlicher Einschätzung eines Durchschnittsbetrachters als „anständig“ angesehen werden kann, ist nicht ein für allemal festgefügt, sondern wie die Gesellschaft selbst einer fortschreitenden Wandlung unterworfen. Die gesellschaftlichen Vorstellungen können sich dabei mal schneller und mal langsamer verändern. In Bezug gleichgeschlechtliche Lebensbeziehungen ist in den letzten Jahrzehnten eine wenn auch noch nicht ausreichende doch stetig zunehmende Akzeptanz zu beobachten. Gleichgeschlechtlichkeit wird weitgehend nicht mehr als Krankheit verstanden, sondern als genetische Vorbestimmung. Die große Veranstaltung des „Christopher Street Day“ findet inzwischen nicht nur in den USA sondern auch in einigen großen deutschen Städten unter regem Zuschauerzustrom statt. Die zunehmende Anerkennung zeigt sich nicht zuletzt auch in dem Erlass des Lebenspartnerschaftsgesetzes vom 16.2.2001<sup>711</sup>. Es ermöglicht zwei Personen gleichen Geschlechts miteinander eine Partnerschaft auf Lebenszeit zu führen, an die die in den §§ 2 - 11 LPartG festgelegten rechtlichen Folgen gebunden sind. Es muss insofern als heute nicht mehr mit dem Anstandsgefühl i.S.d. § 138 BGB vereinbar angesehen werden, wenn ein Arbeitnehmer wegen seiner gleichgeschlechtlichen sexuellen Eigenschaft gekündigt wird, ohne dass ein konkreter Bezug zum Arbeitsverhältnis besteht.

#### **XV. Kündigung wegen rechtmäßiger Interessen des Arbeitgebers**

2003 bestätigte das BAG darüber hinaus kurz und ohne nähere Begründung, dass eine Kündigung nicht sittenwidrig sei, wenn sie zur Umsetzung rechtmäßiger und legitimer Interessen des Arbeitgebers

---

<sup>707</sup> Vgl. S. 192, 211, 212.

<sup>708</sup> Nicht angesprochen wird die Frage des Sittenverstößes z.B. bei *Boemke*: Anm. zu BAG v. 23.6.1994, WiB 1994, S. 912; *Kempff*: Anm. zu BAG v. 23.6.1994, AiB 1995, S. 188; *Papsthart*: Anm. zu BAG v. 23.6.1994, AuA 1995, S. 179 f.; *Sandmann*: Anm. zu BAG v. 23.6.1994, AP Nr. 9 zu § 242 BGB; *Sieg*: Anm. zu BAG v. 23.6.1994, AuA 1995, S. 178.

<sup>709</sup> *Hoyningen-Huene*: Anm. zu BAG v. 23.6.1994, EzA § 242 BGB, Nr. 39.

<sup>710</sup> *Löwisch*: Grenzen der ordentlichen Kündigung in kündigungsschutzfreien Betrieben, BB 1997, S. 782, 785; *Preis*: Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, NZA 1997, S. 1256, 1265 f. Nicht eindeutig *Oetker*: Gibt es einen Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes?, AuR 1997, S. 41, 48.

<sup>711</sup> BGBl. I 2001. S. 266.

diene.<sup>712</sup> Im zugrunde liegenden Fall hatte der Arbeitnehmer sich geweigert, eine bei Vertragsschluss zugesagte Tätigkeit zu übernehmen.

## **XVI. Stellungnahme**

Dem ist zuzustimmen. Sofern der Arbeitgeber kündigt, weil der Arbeitnehmer mit seinem Verhalten arbeitsvertragliche Pflichten verletzt, kann innerhalb des KSchG eine verhaltensbedingte Kündigung in Betracht kommen, und § 138 BGB ist daher nicht anwendbar.

## **XVII. Kündigung wegen Schwerbehinderung**

Die Kündigung, die wenige Tage nach Arbeitsbeginn ohne ausreichende betriebliche Notwendigkeit ein Arbeitsverhältnis eines schwerbeschädigten Arbeitnehmers beendete, verstieß nach einem Urteil des LAG Berlin aus dem Jahre 1957 wegen des verwerflichen Motivs gegen § 138 BGB.<sup>713</sup> Hintergrund der Entlassung waren vom Arbeitgeber erwartete Beeinträchtigungen der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers aufgrund seiner Schwerbeschädigung. Das Gericht war der Ansicht, da der Arbeitgeber den Arbeitnehmer aus einem ungekündigten Arbeitsverhältnis eingestellt habe, habe er die Verpflichtung übernommen, dem Schwerbeschädigten den Schutz der Erhaltung des Arbeitsplatzes angedeihen zu lassen.

## **XVIII. Stellungnahme**

Die Entscheidung des LAG Berlin ist nicht zu teilen. Sicherlich findet ein behinderter Mensch grundsätzlich schwerer einen Arbeitsplatz als ein nichtbehinderter Arbeitnehmer. Trotzdem verstößt die Kündigung nicht gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden, wenn der Arbeitgeber bereits nach Arbeitsbeginn erkennt, dass der Arbeitnehmer aufgrund seiner Behinderung nicht die vereinbarte Leistung erbringen kann. Hier einen Sittenverstoß anzunehmen, wäre zu weitgehend.

Aus der Veröffentlichung ist nicht ersichtlich, ob auch eine Unwirksamkeit der Kündigung nach § 15 SchwbG geprüft worden ist, bzw. ob der Arbeitnehmer ausnahmsweise nicht in den Anwendungsbereich der Vorschrift gefallen ist. Nach dieser Vorschrift des SchwbG von 1953 erforderte die Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers die vorherige Zustimmung der Hauptfürsorgestelle. Fehlte sie, war die Kündigung nach § 134 BGB unwirksam. Damals bestand für diesen Sonderkündigungsschutz noch keine sechsmonatige Wartefrist. Sie wurde erst mit Änderung des SchwbG 1986 eingeführt und ergab sich aus § 20 Abs. 1 Nr. 1 SchwbG. Nach der Einfügung des Schwerbehindertenrechts in das SGB (SGB IX) im Jahre 2001 besteht diese Rechtslage gemäß den §§ 85, 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX fort. Seit 1986 hätte sich in einem vergleichbaren Fall eine Unwirksamkeit der Kündigung bereits deshalb nicht aus einer Verletzung des Sonderkündigungsrechts für Schwerbehinderte ergeben können, da der Arbeitgeber kurz nach Arbeitsbeginn, also noch innerhalb der Wartezeit gekündigt hatte.

---

<sup>712</sup> BAG v. 22.5.2003, AP Nr. 18 zu § 1 KSchG 1969, Wartezeit.

<sup>713</sup> LAG Berlin v. 26.4.1957, WA 1957, S. 135.

## **XIX. Kündigungszeitpunkt oder -ort, Kündigung kurz vor Ablauf der Wartefrist des KSchG**

Das LAG Bremen war 1985 der Auffassung, dass eine Kündigung ausschließlich aufgrund des Zugangsortes und -zeitpunkts nach § 138 BGB sittenwidrig sein könne.<sup>714</sup> Im zugrunde liegenden Fall lehnte es jedoch einen Sittenverstoß ab, da der Arbeitgeber betriebsbedingte Kündigungsgründe nachweisen konnte. Dem Arbeitnehmer war die Kündigung unmittelbar nach einem Arbeitsunfall im Krankenhaus ausgesprochen worden.<sup>715</sup>

Das herrschende Schrifttum lehnt bis heute die Sittenwidrigkeit alleine aufgrund des Zugangszeitpunkts ab.<sup>716</sup> Beispielsweise enthalte eine Kündigung am Heiligen Abend keinen Verstoß gegen § 138 BGB, da der 24.12. i.S.d. staatlichen Feiertagsrechts, des Arbeitsrechts und des Gewerberechts ein Werktag sei. Ebenfalls verneint wird die Sittenwidrigkeit alleine aufgrund der Form der Kündigung.<sup>717</sup>

Ähnlich ist die Situation bei der Kündigung kurz vor Ablauf der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG mit dem Zweck, den Eintritt des gesetzlichen Kündigungsschutzes zu vermeiden. Sie begründet nach Rechtsprechung und Literatur ebenfalls keinen Verstoß gegen § 138 BGB.<sup>718</sup> Das gilt auch, wenn die Kündigung einige Zeit vor dem letztmöglichen Kündigungstermin erfolgt, bevor der Kündigungsschutz eintritt.<sup>719</sup>

## **XX. Stellungnahme**

Es kein Fall vorstellbar, bei dem sich allein in der Formulierung einer Kündigung, in der Auswahl des Zugangsortes oder des -zeitpunkts eine tatsächlich verwerfliche Gesinnung des Arbeitgebers äußern könnte. Aus diesen Aspekten kann sich deshalb kein Sittenverstoß ergeben. Insofern wird auch der Auffassung des LAG Bremen nicht gefolgt.

Die Kündigung kurz vor Ablauf der Wartefrist offenbart ebenfalls keine besonders verwerfliche Gesinnung i.S.d. § 138 BGB.

---

<sup>714</sup> LAG Bremen v. 29.10.1985, LAGE § 242 BGB, Nr. 1 m. Anm. Buchner.

<sup>715</sup> Das Gericht nahm jedoch wegen des Zugangszeitpunkts einen Verstoß gegen § 242 BGB an, vgl. S. 162.

<sup>716</sup> BAG v. 14.11.1984, AP Nr. 88 zu § 626 BGB; ArbG Hildesheim v. 16.3.1967, ARST 1968, S. 31; *Richard/Wlotzke (Wank)*: MüHdb. z. ArbR., Bd. 2, 2. Aufl. 2000, § 119 Rndr. 108, der in diesem Fall § 242 BGB als möglich erachtet.

<sup>717</sup> *Herschel/Löwisch*: KSchG, 6. Aufl. 1984, § 13 KSchG Rndr. 42; *Hueck*: KSchG, 1. Aufl. 1951, § 11 KSchG Rndr. 17 ff.; *ders.*: KSchG, 4. Aufl. 1961, § 11 KSchG Rndr. 17 ff.; *ders.*: KSchG, 6. Aufl. 1968, § 11 KSchG Rndr. 17 ff.; *ders.*: KSchG, 7. Aufl. 1970, § 13 KSchG Rndr. 24 ff.; *KR-Friedrich*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. 114; *Fastenau*: Die unwirksame Kündigung, 1956, S. 135 ff.; *Hueck/Nipperdey*: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 1, 7. Aufl. 1963, S. 558. A.A. ArbG Würzburg, Zweigst. Aschaffenburg v. 9.12.1952, ARST X, S. 215; *Sowka* (Hrsg.) (*Bengelsdorf*): KSchG, 2. Aufl. 2000, Teil H, § 13 KSchG Rndr. 32; *Hanau/Adomeit*: Arbeitsrecht, 1. Aufl. 1972, J II 4 a, S. 186 f.; *Schwerdtner*: Anm. zu BAG v. 28.9.1972, JZ 1973, S. 377 ff.

<sup>718</sup> LAG Düsseldorf v. 30.10.1953, DB 1954, S. 216 (Kündigung erfolgte hier 20 Tage vor Ablauf der Wartezeit); ArbG Rosenheim, Zweigst. Mühldorf v. 15.1.1957, ARST XVIII, S. 21 (Kündigung erfolgte hier drei Wochen vor Ablauf der Wartezeit); *Sowka* (Hrsg.) (*Bengelsdorf*): KSchG, 2. Aufl. 2000, Teil H, § 13 KSchG Rndr. 32.

<sup>719</sup> ArbG Essen v. 13.12.1967, ARST 1968, S. 111; *Sowka* (Hrsg.) (*Bengelsdorf*): KSchG, 2. Aufl. 2000, Teil H, § 13 KSchG Rndr. 32.

## **XXI. Kündigung wegen der Ankündigung einer künstlichen Befruchtung**

Ein weiterer Fall zur Sittenwidrigkeit einer arbeitsrechtlichen Kündigung wurde in erster Instanz vom ArbG Elmshorn und in zweiter Instanz vom LAG Schleswig-Holstein entschieden. In einer kleinbetrieblichen Arztpraxis wurde eine Arzthelferin entlassen, nachdem sie ihren Arbeitgeber über eine bevorstehende künstliche Befruchtung informiert hatte. Die Kündigung erfolgte nach Angaben des Arbeitgebers wegen der zu erwartenden Fehlzeiten und einer möglichen anschließenden Schwangerschaft. Das LAG Schleswig-Holstein hielt es zwar 1997 für denkbar, dass eine Kündigung allein wegen künstlicher Befruchtung einer Arbeitnehmerin grundsätzlich sittenwidrig sein könne. Es verneinte im betreffenden Fall allerdings einen Sittenverstoß unter Hinweis auf den tatsächlichen Kündigungsgrund der befürchteten Fehlzeiten.<sup>720</sup> Auch das ArbG Elmshorn lehnte in der ersten Instanz das Vorliegen eines verwerflichen Motivs i.S.d. § 138 BGB mit der gleichen Begründung ab.<sup>721</sup> Es sei nicht sittenwidrig, wenn der Arbeitgeber die mit einer Schwangerschaft verbundenen Kosten durch die Kündigung einsparen wolle.

## **XXII. Stellungnahme**

Erfolgt eine Kündigung ausschließlich aus dem Grund, weil der Arbeitgeber die Möglichkeit der künstlichen Befruchtung zur Herbeiführung einer Schwangerschaft ablehnt, ist sie wie die Kündigung ausschließlich wegen Gleichgeschlechtlichkeit als verwerflich einzuordnen. Wiederum geht es um einen ganz besonders intimen Bereich der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers<sup>722</sup>. Sofern im konkreten Einzelfall kein Bezug zum Arbeitsverhältnis besteht, muss eine derartige Kündigung deshalb als sittenwidrig bewertet werden. Wenn, wie im vorliegenden Fall, die Kündigung nur wegen befürchteter Fehlzeiten im Zusammenhang mit einer künstlichen Befruchtung erfolgt, wird eine Sittenwidrigkeit nicht in Betracht kommen. Man mag die Kündigung zwar als unangemessen empfinden, da es noch gar nicht zu Fehlzeiten gekommen ist und auch nicht feststeht, ob sie tatsächlich eintreten werden. Sie kann jedoch keinesfalls als grober und krasser Verstoß gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden gewertet werden.

## **XXIII. Kündigung nach Zusage einer Dauer- oder Lebensstellung**

Nicht sittenwidrig war des Weiteren die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses, das dem Arbeitnehmer bei der Einstellung als Dauer- bzw. Lebensstellung versprochen worden war.<sup>723</sup> Diese Ansicht vertrat das ArbG Ludwigshafen 1969 nach dem Leitsatz des Urteils. Den veröffentlichten Entscheidungsgründen kann keine weitere Begründung entnommen werden.

## **XXIV. Stellungnahme**

Auch in diesem Fall scheidet die Sittenwidrigkeit der Kündigung richtigerweise aus. Dies ergibt sich schon daraus, dass selbst ein unbefristetes Arbeitsverhältnis beide Vertragspartner grundsätzlich nicht auf Lebenszeit bindet. Zudem kann dem Angebot einer Dauer- bzw. Lebensstellung nicht der

---

<sup>720</sup> LAG Schleswig-Holstein v. 17.11.1997, RzK I 8 k, Nr. 11.

<sup>721</sup> ArbG Elmshorn v. 29.1.1997, EzA § 242 BGB, Nr. 40.

<sup>722</sup> Auch ein Mann kann prinzipiell von solch einer Kündigung betroffen sein.

<sup>723</sup> ArbG Ludwigshafen, Zweigst. Landau v. 20.1.1969, ARST 1969, S. 70. Ähnlich ArbG Celle v. 29.1.1970, ARST 1970, S. 54.

Ausschluss jedes Kündigungsrechts entnommen werden. Ist ein solch weitreichender Schritt tatsächlich von einer Partei gewollt, muss er eindeutig zum Ausdruck gebracht werden.

### **XXV. Herausgreifende Kündigung**

Nach den Leitsätzen eines Urteils des ArbG Regensburg aus dem Jahr 1990 war eine Kündigung ohne Rücksicht auf den Grund sittenwidrig, bei der mehreren Arbeitnehmern zwar das gleiche Fehlverhalten vorgeworfen, jedoch nur einem Mitarbeiter deswegen gekündigt worden war (herausgreifende Kündigung).<sup>724</sup> Es sei nicht gestattet, bei gleichem Fehlverhalten mehrerer Arbeitnehmer an einzelnen ein Exempel zu statuieren und den anderen zu verzeihen.

### **XXVI. Stellungnahme**

Eine Auseinandersetzung mit der Entscheidung ist zwar wegen der auf die Leitsätze beschränkte Veröffentlichung nicht möglich. Wenn jedoch der Umstand der herausgreifenden Kündigung der alleinige Grund für die Annahme der Sittenwidrigkeit gewesen ist, so reicht er nicht aus. Darin liegt an sich noch keine verwerfliche Gesinnung. Anders wäre es allerdings, wenn hinter der Auswahl des Gekündigten zusätzlich zu seinem Fehlverhalten die Motivation des Arbeitgebers gestanden hätte, sich besonders an diesem Mitarbeiter - eventuell auch für früheres Verhalten - zu rächen.

### **XXVII. Maßregelungskündigung – zunächst Fall des § 138 BGB, später grundsätzliche Regelung durch § 612 a BGB, Sonderfall: Maßregelungskündigung in Zusammenhang mit sexueller Belästigung**

Mit der sog. Maßregelungskündigung sanktioniert der Arbeitgeber ein vorangegangenes rechtmäßiges Verhalten des Arbeitnehmers. Bis Mitte 1980 war sie sittenwidrig. Daher war eine Kündigung, weil der Arbeitnehmer seinen vereinbarten Lohn eingefordert hatte, nach § 138 BGB unwirksam.<sup>725</sup> Das gleiche galt bei einer Kündigung, nachdem er zuvor die Beihilfe zu strafbaren Handlungen des Arbeitgebers abgelehnt hatte, bzw. weil er den Arbeitgeber auf die Nichteinhaltung der Arbeitsschutzvorschriften aufmerksam gemacht hatte.<sup>726</sup> Sittenwidrig war auch die Kündigung wegen Ablehnung eines neuen Arbeitsvertrages, in dem der Arbeitnehmerin das Recht auf den ihr gesetzlich zustehende bezahlten Hausarbeitstag abgesprochen wurde.<sup>727</sup> Demgegenüber lehnte das BAG die Nichtigkeit einer Kündigung gemäß § 138 BGB mangels ausreichenden Sachverhaltsvortrags ab, durch die sich der Arbeitgeber nach dem Arbeitnehmersvortrag von der vertraglichen Provisionszahlungspflicht lösen wollen.<sup>728</sup>

---

<sup>724</sup> ArbG Regensburg v. 23.4.1990, RzK I 8 k, Nr. 6.

<sup>725</sup> BAG v. 23.11.1961, AP Nr. 22 zu § 138 BGB; LAG Düsseldorf v. 8.10.1954, DB 1954, S. 1107; LAG Hamm v. 6.5.1960, BB 1961, S. 484; ArbG Ulm v. 11.6.1957, ARST XIX, S. 60; ArbG Rheine v. 22.4.1966, ARST 1966, S. 138.

<sup>726</sup> ArbG Heilbronn v. 14.3.1955, ARST XIV, S. 381; *Backmeister/Trittin/Mayer (Backmeister)*: KSchG, 2. Aufl. 2002, § 13 KSchG Rndr. 22; *Sowka* (Hrsg.) (*Bengelsdorf*): KSchG, 2. Aufl. 2000, Teil H, § 13 KSchG Rndr. 32.

<sup>727</sup> LAG Hamm v. 6.5.1960, BB 1961, S. 484.

<sup>728</sup> BAG v. 25.6.1964, AP Nr. 3 zu § 242 BGB Auskunftspflicht.

Heute ist die Maßregelungskündigung durch verschiedene Vorschriften spezialgesetzlich geregelt, ein Rückgriff auf § 138 BGB scheidet daher aus.<sup>729</sup> Ihre grundsätzliche Regelung findet sie in § 612 a<sup>730</sup>, der Mitte 1980 in das BGB eingefügt wurde. Danach darf kein Arbeitnehmer vom Arbeitgeber durch eine Maßnahme, wozu anerkanntermaßen auch die Kündigung zählt<sup>731</sup>, benachteiligt werden, weil er in zulässiger Weise seine Rechte ausübt.

§ 612 a BGB ist ein allgemeines, zwingendes Diskriminierungsverbot.<sup>732</sup> Es schützt den Arbeitnehmer dahingehend, dass er alle ihm durch die Rechtsordnung gewährten Rechte gegenüber dem Arbeitgeber auch geltend machen kann.<sup>733</sup> Dazu zählen seine arbeitsvertraglichen Befugnisse ebenso wie seine grundgesetzlichen Rechtspositionen<sup>734</sup>, insbesondere auch sein Recht auf allgemeine Handlungsfreiheit.

Der Schutz reicht so weit, soweit die Rechtsausübung mit der Rechtsordnung als ganzes übereinstimmt. Der Arbeitnehmer darf dadurch jedoch nicht die Rechte des Arbeitgebers bzw. sonstiger Dritter, insbesondere auch deren Grundrechte oder seine eigenen arbeitsvertraglichen Pflichten verletzen.<sup>735</sup>

Nach h.M. muss das geltend gemachte Recht objektiv bestehen und in zulässiger Weise ausgeübt werden.<sup>736</sup> Dies ergebe sich auch der Formulierung „bei Ausübung seiner Rechte...“ sowie aus der Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung.<sup>737</sup> Würde § 612 a BGB bereits bei subjektiv

---

<sup>729</sup> BAG v. 2.4.1987, AP Nr. 1 zu § 612 a BGB; BAG v. 21.7.1988, AP Nr. 10 zu § 1 TVG Rückwirkung; LAG Hamm v. 18.12.1987, DB 1988, S. 917; LAG Düsseldorf v. 13.12.1988, LAGE § 612 a BGB Nr. 3; ArbG Düsseldorf v. 9.9.1992, BB 1992, S. 2364; *Bader u.a. (Bader)*: KSchG, 56. Lief. 9/2005, § 13 KSchG Rndr. 44; *ErfK (Preis)*: Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2006, § 612 a BGB Rndr. 2; *Kittner u.a. (Däubler)*: KSchR, 6. Aufl. 2004, § 612 a BGB Rndr. 6; *KR-Pfeiffer*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 612 a BGB Rndr. 2; *MüKo-Müller-Glöge*: BGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2005, § 612 a BGB Rndr. 2; *Ascheid*: Beweislastfragen im Kündigungsschutzprozess, 1989, S. 209; *Krause*: Anmerk. zu BAG v. 12.6.2002, SAE 2002, S. 207; *Leinemann (Hrsg.) (Isenhardt)*: KassHdb. z. ArbR., Bd. 2, 2. Aufl. 2000, 6.3 Rndr. 80.

<sup>730</sup> Eingefügt durch das Gesetz über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen am Arbeitsplatz und über die Erhaltung von Ansprüchen bei Betriebsübergang (Arbeitsrechtliches EG-Anpassungsgesetz) vom 13.8.1980 (BGBl. I 1980, S. 1308). In Kraft getreten am 21.8.1980. Anlass war die Umsetzung der europäischen Richtlinie 75/117/EWG des Rates v. 10.2.1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen (Lohngleichheitsrichtlinie), ABIEG L 45, S. 19 und der europäischen Richtlinie 76/207/EWG v. 9.2.1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABIEG L 39, S. 40. Vgl. dazu allgemein *Thüsing*: Anwendungsbereich und Regelungsgehalt des Maßregelungsverbot gem. § 612 a BGB, NZA 1994, S. 728 ff.

<sup>731</sup> BAG v. 2.4.1987, AP Nr. 1 zu § 612 a BGB; BAG v. 21.7.1988, AP Nr. 10 zu § 1 TVG Rückwirkung; BAG v. 16.2.1989, NZA 1989, S. 923, 926; BAG v. 9.2.1995, NZA 1996, S. 249, 251; LAG Hamm v. 18.12.1987, DB 1988, S. 917; LAG Nürnberg v. 7.10.1988, LAGE § 612 a BGB Nr. 2; LAG Düsseldorf v. 13.12.1988, LAGE § 612 a BGB Nr. 3; LAG Köln v. 13.10.1993, NZA 1995, S. 128; ArbG Hamburg v. 23.7.1990, DB 1991, S. 103; ArbG Düsseldorf v. 9.9.1992, BB 1992, S. 2364; *KR-Pfeiffer*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 612 a BGB Rndr. 4; *MüKo-Müller-Glöge*: BGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2005, § 612 a BGB Rndr. 13, 19, 20.

<sup>732</sup> *Erman/Westermann (Hrsg.) (Edenfeld)*: BGB, Bd. 1, 11. Aufl. 2004, § 612 a BGB Rndr. 2.

<sup>733</sup> BAG v. 16.2.1989, NZA 1989, S. 923, 927; LAG Nürnberg v. 7.10.1988, LAGE § 612 a BGB Nr. 2.

<sup>734</sup> Über § 612 a BGB wird heute auch in den Fällen der Maßregelungskündigung Schutz gewährt, die früher nach der überholten Lehre von der unmittelbare Drittwirkung durch die Grundrechte i.V.m. § 134 BGB erfaßt wurden, vgl. dazu S. \_\_\_\_.

<sup>735</sup> *Erman/Westermann (Hrsg.) (Edenfeld)*: BGB, Bd. 1, 11. Aufl. 2004, § 612 a BGB Rndr. 3.

<sup>736</sup> *ErfK (Preis)*: Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2006, § 612 a BGB Rndr. 2; *KR-Pfeiffer*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 612 a BGB Rndr. 6; *MüKo-Müller-Glöge*: BGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2005, § 612 a BGB Rndr. 6, 10; *Gamillscheg*: Maßregelungsverbot (§ 612 a BGB), AR Blattei, SD 1183, S. 1 ff. Rndr. 17 ff.

<sup>737</sup> *Gamillscheg*: Maßregelungsverbot (§ 612 a BGB), AR Blattei, SD 1183, S. 1 ff. Rndr. 17.

irriger Annahme eines Rechts eingreifen, wäre dies ein unverhältnismäßiger Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit des Arbeitgebers.<sup>738</sup> Zudem könnte sich der Arbeitnehmer den Konsequenzen jeder Nichterfüllung seiner Arbeitspflicht mit der Ausrede entziehen, er sei von seinem Recht ausgegangen, so handeln zu dürfen.<sup>739</sup>

Dem wird entgegengehalten, dass die h.M. den Arbeitnehmer zu sehr beschränke.<sup>740</sup> Das Maßregelungsverbot wolle die Selbstbestimmung des Arbeitnehmers stärken. Der Arbeitnehmer dürfe hinsichtlich der Maßregelung insofern nicht das volle Risiko des Bestehens seiner Rechte tragen.<sup>741</sup> § 612 a BGB sei deshalb auch verletzt, wenn der Arbeitnehmer vom Bestehen des geltend gemachten Rechts ausgegangen sei, und ihn dabei nicht der Vorwurf der Willkür bzw. der Fahrlässigkeit trafe.<sup>742</sup> Fahrlässigkeit läge beispielsweise vor, wenn er seiner Erkundigungspflicht nicht ausreichend nachgekommen sei.

Dieser zweiten Ansicht ist zuzustimmen. Es würde dem Schutzzweck des § 612 a BGB nicht gerecht, wenn er nur bei objektivem Bestehen des geltend gemachten Rechts eingriffe. Dies muss bereits der Fall sein, wenn der Arbeitnehmer davon guten Glaubens und unter ausreichender Erfüllung seiner Erkundigungspflicht ausgegangen ist. Durch diese Grenze wird auch den Interessen des Arbeitgebers angemessen Rechnung getragen.

Das Bewusstsein des Arbeitgebers, dass der Arbeitnehmer seine Rechte ordnungsgemäß ausübt, ist nicht erforderlich.<sup>743</sup>

Ferner muss die Berufung des Arbeitnehmers auf seine Rechte nach ganz herrschender Auffassung das maßgebliche, d.h. das wesentliche Motiv der Kündigung sein.<sup>744</sup> Insofern greift § 612 a BGB anders als § 611 a BGB nicht bei nur mittelbarer Diskriminierung ein.

Verstößt eine Kündigung gegen § 612 a BGB, ist sie nach § 134 BGB nichtig, da die Regelung ein Verbotsgesetz ist.<sup>745</sup> Die Kündigung ist in der Praxis die häufigste Benachteiligungshandlung i.S.d. dieser Vorschrift. Die Rechtsprechung hat sich bis heute mit verschiedenen Sachverhalten befasst.

Nach Auffassung des BAG aus dem Jahre 1987 ist eine Kündigung nichtig, durch die der Arbeitgeber den Arbeitnehmer an der Geltendmachung seines tariflichen Anspruchs auf Eintritt in den

---

<sup>738</sup> *Gamillscheg*: Maßregelungsverbot (§ 612 a BGB), AR Blattei, SD 1183, S. 1 ff. Rndr. 18.

<sup>739</sup> *Gamillscheg*: Maßregelungsverbot (§ 612 a BGB), AR Blattei, SD 1183, S. 1 ff. Rndr. 20.

<sup>740</sup> *Pröbsting*: Anmerk. zu BAG v. 2.4.1987, AP Nr. 1 zu § 612 a BGB.

<sup>741</sup> *Pröbsting*: Anmerk. zu BAG v. 2.4.1987, AP Nr. 1 zu § 612 a BGB.

<sup>742</sup> *Erman/Westermann* (Hrsg.) (*Edenfeld*): BGB, Bd. 1, 11. Aufl. 2004, § 612 a BGB Rndr. 3. Ablehnend ausdrücklich *ErfK (Preis)*: Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2006, § 612 a BGB Rndr. 5; *MüKo-Müller-Glöge*: BGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2005, § 612 a BGB Rndr. 10; *Gamillscheg*: Maßregelungsverbot (§ 612 a BGB), AR Blattei, SD 1183, S. 1 ff. Rndr. 20.

<sup>743</sup> LAG Köln v. 13.10.1993, NZA 1995, S. 128.

<sup>744</sup> BAG v. 2.4.1987, AP Nr. 1 zu § 612 a BGB; LAG Nürnberg v. 7.10.1988, LAGE § 612 a BGB Nr. 2; *ErfK (Preis)*: Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2004, § 612 a BGB Rndr. 11; *KR-Pfeiffer*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 612 a BGB Rndr. 7; *MüKo-Müller-Glöge*: BGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2005, § 612 a BGB Rndr. 116; *ErfK (Preis)*: Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2006, § 612 a BGB Rndr. 11; Kittner, Rndr. 17. Nur vereinzelt wird nicht auf das subjektive Motiv abgestellt, sondern darauf, dass die Rechtsausübung objektiv die einzige Ursache der Maßregelung ist, vgl. *Schwarze*: Die Auslegung des gesetzlichen Maßregelungsverbots (§ 612 a BGB) am Beispiel streikbedingter Sonderzuwendungen, NZA 1993, S. 967, 969.

<sup>745</sup> BAG v. 21.7.1988, AP Nr. 10 zu § 1 TVG Rückwirkung; LAG Nürnberg v. 7.10.1988, LAGE § 612 a BGB Nr. 2; LAG Düsseldorf v. 13.12.1988, LAGE § 612 a BGB Nr. 3; *KR-Pfeiffer*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 612 a BGB Rndr. 11; *MüKo-Müller-Glöge*: BGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2005, § 612 a BGB Rndr. 19.

Vorruhestand hindern wollte, weil er die damit verbundenen finanziellen Belastungen scheute.<sup>746</sup> In einem anderen Fall, in dem der Arbeitnehmer den gleichen Sachverhalt vortrug, lehnte es 1988 eine Verletzung des § 612 a BGB aufgrund mangelnden Nachweises ab.<sup>747</sup> 1995 beurteilte es eine Kündigung als nichtig, der die Klage des Arbeitnehmers auf Gehaltsnachzahlung vorausgegangen war.<sup>748</sup>

In der oben bei § 138 BGB bereits angesprochenen<sup>749</sup> sog. Floristenentscheidung, deren Gegenstand die Kündigung eines bisher symptomlosen Aids-infizierten, jedoch im Kündigungszeitpunkt arbeitsunfähigen Arbeitnehmers in der Probezeit war, prüfte das BAG ebenfalls einen Verstoß gegen § 612 a BGB. Es verneinte ihn, da dem Arbeitnehmer kein Recht zugestanden habe, wegen dessen Ausübung er durch die Kündigung benachteiligt worden sei. Der Arbeitnehmer, der nicht dem KSchG unterläge, sei infolge des Selbstmordversuchs bei Zugang der Kündigung drei Monate arbeitsunfähig gewesen, die nach ärztlichem Attest bis auf weiteres fortbestehen sollte. Er habe vor Einsetzen des allgemeinen Kündigungsschutzes kein Recht auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses über die gesetzliche oder vertragliche Kündigungsfrist hinaus erworben. Die Kündigung stelle somit keine Reaktion auf eine vorangehende Wahrnehmung von Arbeitnehmerrechten dar.

Das Ergebnis des BAG ist zutreffend. § 612 a BGB war nicht verletzt, da das wesentliche Kündigungsmotiv die Unfähigkeit des Arbeitnehmers war, seiner Arbeitspflicht nachzukommen.

Unterschiedliche Meinungen bestehen darüber, ob eine krankheitsbedingte Kündigung nach § 612 a BGB nichtig ist, die wegen bereits gezahlter oder künftig zu erwartender hoher Lohnfortzahlungskosten vom Arbeitgeber ausgesprochen wird. Das BAG lehnt dies ab.<sup>750</sup> Es argumentiert unter Zustimmung der h.L., dass eine entsprechende Kündigung innerhalb des KSchG aus dem Aspekt erheblicher wirtschaftlicher Belastungen des Arbeitgebers sozial gerechtfertigt sein könne, wenn Lohnfortzahlungskosten für jährlich jeweils einen Zeitraum von mehr als sechs Wochen aufzuwenden seien. Ferner würde der Arbeitnehmer durch die Kündigung nicht wegen der Ausübung seiner Rechte benachteiligt, da der Lohnfortzahlungsanspruch ohne sein Zutun von Rechts wegen entstünde. Zudem fehle es an der Kausalität, da Kündigungsmotiv die Arbeitsunfähigkeit sei und die Lohnfortzahlungskosten nur eine den Arbeitgeber treffende Folge dessen darstellten.<sup>751</sup>

Dies wurde von Preis anders beurteilt. Er vertrat, dass krankheitsbedingte Kündigungen, deren primärer Anlass die Lohnfortzahlungskosten seien, § 612 a BGB verletzen, da sie im Sinne der Vorschrift das letztlich tragende Motiv der Kündigung seien.<sup>752</sup> Ihm stimmt bisher nur Däubler zu, der in der Kündigung eine Benachteiligung des Arbeitnehmers wegen seines Rechts aus den §§ 3, 4 EFZG auf Gehaltszahlung im Krankheitsfall sieht.<sup>753</sup> Unklar ist allerdings, ob Preis seine ursprüngliche Ansicht weiterhin aufrechterhält. An einer Stelle beruft er sich weiterhin darauf, dass der Arbeitnehmer

---

<sup>746</sup> BAG v. 2.4.1987, AP Nr. 1 zu § 612 a BGB; *Ascheid/Preis/Schmidt (Linck)*: Großkomm. KSchR, 2004, § 612 a BGB Rndr. 15; *ErfK (Preis)*: Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2006, § 612 a BGB Rndr. 13.

<sup>747</sup> BAG v. 21.7.1988, AP Nr. 10 zu § 1 TVG Rückwirkung.

<sup>748</sup> BAG v. 9.2.1995, NZA 1996, S. 249, 251.

<sup>749</sup> Vgl. zum Sachverhalt S. 128 f.

<sup>750</sup> BAG v. 23.6.1983, NJW 1984, S. 1836; BAG v. 15.2.1984, NZA 1984, S. 86; BAG v. 16.2.1989, NZA 1989, S. 923 m.w.Nachw. der h.L.; BAG v. 5.7.1990, NZA 1991, S. 185, 188; BAG v. 29.7.1993, NZA 1994, S. 67; BAG v. 27.1.1994, NZA 1994, S. 840; BAG v. 7.11.2002, AP Nr. 40 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit.

<sup>751</sup> BAG v. 16.2.1989, NZA 1989, S. 923, 926 f. Zustimmend *KR-Pfeiffer*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 612 a BGB Rndr. 7.

<sup>752</sup> *Preis*: Neuere Tendenzen im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz (II), DB 1988, S. 1444, 1445.

<sup>753</sup> *Kittner u.a. (Däubler)*: KSchR, 6. Aufl. 2004, § 612 a BGB Rndr. 16.



in diesem Fall wegen seines Rechts auf Lohnfortzahlung gekündigt würde und nicht wegen der Krankheit alleine.<sup>754</sup> An anderer Stelle äußert er in Bezug auf die Rechtsprechung des BAG zu der Frage der sozialen Rechtfertigung wegen unzumutbar hoher Lohnfortzahlungskosten: „kündigungsbegründend ist der Umstand, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht vertragsgerecht (so) einsetzen kann, wie dies - im Rahmen der üblich hinzunehmenden Ausfallzeiten - geschuldet sei“<sup>755</sup>.

Es ist dem BAG darin zu folgen, dass eine krankheitsbedingte Kündigung, die wegen unzumutbar hoher Lohnkosten ausgesprochen wird, nicht gegen § 612 a BGB verstößt. Das tragende Motiv ist die Arbeitsunfähigkeit des Mitarbeiters. Die Personalkosten in Form der Lohnfortzahlungskosten sind nur eine Folgewirkung, die höchstens mitbestimmend für die Kündigung ist.

Nichtig war nach Meinung des LAG Hamm 1987 die Kündigung nach Ablehnung der vom Arbeitgeber vorgeschlagenen einvernehmlichen Änderung der Arbeitsbedingungen.<sup>756</sup> Nach einer weiteren Entscheidung des LAG Hamm vom gleichen Tag war auch die Kündigung wegen zulässiger gewerkschaftlicher Werbung und Information unwirksam.<sup>757</sup> Das gleiche galt ferner nach Ansicht des LAG Nürnberg 1988 für eine Kündigung, der zuvor eine Arbeitnehmerkündigung vorausgegangen war.<sup>758</sup> Nach einer Entscheidung des LAG Düsseldorf von 1988 ist es unzulässig, einen Arbeitnehmer zu kündigen, nachdem er in zulässiger Weise versucht hat, aus einem vorausgegangenen erstinstanzlichen Urteil seine Weiterbeschäftigung nach § 888 ZPO zu vollstrecken.<sup>759</sup>

Nach § 45 Abs. 3 S. 1 SGB V hat ein Arbeitnehmer bei Erkrankung seines Kindes den Anspruch auf Freistellung. Bei ihrer rechtswidrigen Verweigerung hat er nach § 5 Abs. 3 S. 1 SGB V das Recht, eigenmächtig dem Arbeitsplatz fernzubleiben. Eine aus diesem Grund ausgesprochene Kündigung ist nach Auffassung des LAG Köln aus dem Jahre 1993 gemäß § 612 a BGB unwirksam.<sup>760</sup>

Nach Auffassung des LAG Sachsen Anhalt von 1999 soll eine Kündigung wegen Krankheit in der Probezeit nicht gegen § 612 a BGB verstoßen. Der Arbeitnehmer übe mit der Leistungsverweigerung kein Recht aus. Sie sei ihm wegen der Arbeitsunfähigkeit vielmehr unmöglich geworden, und er sei nach § 275 BGB von ihr frei geworden. Das Gericht deutete jedoch an, dass ein Verstoß dann anzunehmen sei, wenn der Arbeitgeber den arbeitsunfähigen Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung auffordere und dieser sich daraufhin weigere. Hier erfolge die Kündigung nicht wegen der Krankheit sondern wegen des Widerstands gegen die Leistungsaufforderung unter Bezugnahme auf die Leistungsfreiheit.<sup>761</sup>

---

<sup>754</sup> *ErfK (Preis)*: Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2006, § 612 a BGB Rndr. 12.

<sup>755</sup> *Stahlhacke/Preis/Vossen*: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9. Aufl. 2005, Rndr. 1223.

<sup>756</sup> LAG Hamm v. 18.12.1987, DB 1988, S. 917; *Kittner u.a. (Däubler)*: KSchR, 6. Aufl. 2004, § 612 a BGB Rndr. 14.

<sup>757</sup> LAG Hamm v. 18.12.1987, NZA 1988 S. 586; *Kittner u.a. (Däubler)*: KSchR, 6. Aufl. 2004, § 612 a BGB Rndr. 13.

<sup>758</sup> LAG Nürnberg v. 7.10.1988, LAGE § 612 a BGB Nr. 2; *Ascheid/Preis/Schmidt (Linck)*: Großkomm. KSchR, 2004, § 612 a BGB Rndr. 15; *ErfK (Preis)*: Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2006, § 612 a BGB Rndr. 13.

<sup>759</sup> LAG Düsseldorf v. 13.12.1988, LAGE § 612 a BGB Nr. 3; *Ascheid/Preis/Schmidt (Linck)*: Großkomm. KSchR, 2004, § 612 a BGB Rndr. 14.

<sup>760</sup> LAG Köln v. 13.10.1993, NZA 1995, S. 128; *Ascheid/Preis/Schmidt (Linck)*: Großkomm. KSchR, 2004, § 612 a BGB Rndr. 14; *ErfK (Preis)*: Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2006, § 612 a BGB Rndr. 13.

<sup>761</sup> LAG Sachsen Anhalt v. 27.7.1999, LAGE § 612 a BGB Nr. 6; zustimmend *Stahlhacke/Preis/Vossen*: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 8. Aufl. 2002, Rndr. 302.

Nach Meinung des LAG Baden Württemberg aus dem Jahre 2002 soll die vorsorgliche Kündigung eines befristet eingestellten Arbeitnehmers, der gerichtlich die Unwirksamkeit der Befristung geltend macht, nicht gegen § 612 a BGB verstoßen. Eine vorsorgliche Kündigung sei allgemein zulässig, wenn das Arbeitsverhältnis nicht bereits aus einem anderen Grund, insbesondere sonstiger Kündigung oder Zeitablauf aufgelöst sei. Sie sei keine Sanktion des Arbeitgebers in Bezug auf die Klage des Arbeitnehmers gewesen. Es sei nur der Anlass für den Arbeitgeber gewesen, aktiv zu werden, um das von ihm ursprünglich zulässigerweise bezweckte Ziel, die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, zu erreichen.<sup>762</sup>

Das ArbG Hamburg erachtete 1990 eine Kündigung nach vorherigem Verlangen des Arbeitnehmers auf Entfernung einer Abmahnung ebenfalls als nichtig.<sup>763</sup> Das ArbG Düsseldorf beurteilte 1992 eine Kündigung als unwirksam, mit der der Arbeitgeber auf das Verlangen des Arbeitnehmers nach einem schriftlichen Arbeitsvertrag reagiert hatte.<sup>764</sup> Dem wird von Seiten der Rechtswissenschaft teilweise unter Hinweis auf § 2 NachwG zugestimmt.<sup>765</sup> Dagegen wird eingewendet, dass ohne eine besondere vertragliche Regelung kein Recht des Arbeitnehmers auf einen schriftlichen Arbeitsvertrag bestehe. § 2 NachwG gebe dem Arbeitnehmer lediglich einen Anspruch auf einen schriftlichen Nachweis der wesentlichen Vertragsbedingungen.<sup>766</sup>

Der Auffassung des ArbG Düsseldorf kann nicht gefolgt werden. Das NachwG erstreckt den Anspruch des Arbeitnehmers aus § 2 nur die wesentlichen Vertragsbedingungen, die in Abs. 1 Nr. 1 - 10 - wenn auch nicht abschließend - benannt sind. Nach Auffassung des EuGH ist ein Aspekt des Arbeitsverhältnisses wesentlich, wenn er von wesentlicher Bedeutung bzw. in Anbetracht seiner Bedeutung als wesentliche Bedingung des Arbeitsverhältnisses anzusehen ist.<sup>767</sup> Ein Verstoß gegen § 612 a BGB ist nach dem Wortlaut des § 2 NachwG daher nur möglich, wenn der Arbeitnehmer gekündigt wird, weil er einen schriftlichen Nachweis der wesentlichen Bestandteile seines Arbeitsvertrags verlangt.

Darüber hinaus verstößt nach einer Auffassung in der Literatur eine Kündigung wegen Verweigerung der Zustimmung zu einer routinemäßigen Blutuntersuchung gegen § 612 a BGB, durch die in einem bestehenden Arbeitsverhältnis getestet werden soll, ob der Arbeitnehmer alkohol- oder drogensüchtig ist.<sup>768</sup> Ein entsprechender Sachverhalt war 1998 vom BAG entschieden worden, allerdings ohne Berücksichtigung des § 612 a BGB.<sup>769</sup>

Dem ist grundsätzlich zuzustimmen, sofern es sich um routinemäßige Tests ohne konkreten Anlass handelt. Hier macht der Arbeitnehmer mit seiner Weigerung das Recht auf Achtung seiner körperlichen Integrität geltend. Eine Kündigung würde ihn daher deswegen benachteiligen. Anders liegt jedoch der Fall, wenn die Untersuchung wegen eines konkreten Verdachts erfolgen soll, und das bisherige Verhalten zukünftig Unfälle mit schweren Schäden für Arbeitgeber oder Belegschaft

---

<sup>762</sup> LAG Baden Württemberg v. 23.4.2002, LAGE § 14 TzBfG Nr. 7.

<sup>763</sup> ArbG Hamburg v. 23.7.1990, DB 1991, S. 103; *ErfK (Preis)*: Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2006, § 612 a BGB Rndr. 13; *Kittner u.a. (Däubler)*: KSchR, 6. Aufl. 2004, § 612 a BGB Rndr. 14.

<sup>764</sup> ArbG Düsseldorf v. 9.9.1992, BB 1992, S. 2364.

<sup>765</sup> *ErfK (Preis)*: Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2006, § 612 a BGB Rndr. 13; *Stahlhacke/Preis/Vossen*: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9. Aufl. 2005, Rndr. 302.

<sup>766</sup> *MüKo-Müller-Glöge*: BGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2005, § 612 a BGB Rndr. 6.

Etwas weiter: *ErfK (Preis)*: Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2006, Einf. NachwG Rndr 7.

<sup>767</sup> EuGH v. 8.2.2001, Slg. 2001 I - 1076.

<sup>768</sup> *MüKo-Müller-Glöge*: BGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2005, § 612 a BGB Rndr. 12.

<sup>769</sup> BAG v. 12.8.1999, NZA 1999, S. 1209.

befürchten lässt. Beispielsweise wäre die Kündigung eines Kranführers im Hamburger Containerhafen nicht nach § 612 a BGB unwirksam, wenn dieser eine solche Blutuntersuchung ablehnen würde, obwohl Anzeichen für eine Alkoholabhängigkeit bestehen und zu befürchten ist, dass er durch unsachgemäße Handhabung seines Krans Kollegen verletzen und Container beschädigen könnte.

Das allgemeine Benachteiligungsverbot des § 612 a BGB wird durch weitere Vorschriften ergänzt, die ihm in ihrem Geltungsbereich wegen Spezialität vorgehen<sup>770</sup>: § 84 Abs. 3 schützt den Arbeitnehmer vor Benachteiligungen, wenn er von seinem Beschwerderecht aus § 84 Abs. 1 BetrVG bzw. § 85 Abs. 1 BetrVG Gebrauch macht.<sup>771</sup> § 20 Abs. 2 BetrVG enthält ein Benachteiligungsverbot in Zusammenhang mit dem betriebsverfassungsrechtlichen Wahlrecht der Arbeitnehmer aus den §§ 13 ff. BetrVG. § 78 S. 2 BetrVG schützt Betriebsratsmitglieder und vergleichbare Personen vor Benachteiligungen infolge ihrer Tätigkeit. Auch das Maßregelungsverbot des § 21 Abs. 6 S. 3 GefStoffV ist ein Spezialfall des § 612 a BGB.

Ferner dürfen Beschäftigte nach § 4 Abs. 3 BeschSchG nicht benachteiligt werden, weil sie sich gegen eine sexuelle Belästigung gewehrt und in zulässiger Weise ihre Rechte ausgeübt haben. Diese Regelung wurde wie das gesamte Beschäftigtenschutzgesetz (BeschSchG) 1994 als Umsetzung einer Empfehlung der EG Kommission von 1991 vom deutschen Gesetzgeber erlassen.<sup>772</sup> Die Vorschriften dienen dem Schutz vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz. Das Benachteiligungsverbot unterstützt Betroffene darin, sich gegen sexuelle Belästigungen zu wehren. Es erfasst als mögliche Benachteiligungshandlung auch die Kündigung des Belästigten.

Bisher hat allerdings die Kündigung eines Arbeitnehmers, weil er sich gegen eine sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz zur Wehr gesetzt hat, weder in der Praxis noch in der Rechtswissenschaft eine beachtenswerte Rolle gespielt. Lediglich in den sechziger Jahren des vergangenen Jh. entschied das ArbG Göttingen, dass die Kündigung wegen Zurückweisung sexueller Annäherungsversuche als sittenwidrige Maßregelungs- bzw. Vergeltungskündigung nach § 138 BGB unwirksam sei.<sup>773</sup>

Nach der Schaffung des allgemeinen Maßregelungsverbots im BGB Mitte 1980 wäre die Kündigung in diesem Fall nach § 612 a BGB unwirksam gewesen. Die Lösung über § 138 BGB wäre wegen seiner Spezialität unzulässig gewesen. Allerdings kam es in der Praxis zu keiner Entscheidung über vergleichbare Fälle.

Seit seinem Erlass 1994 verdrängt nun § 4 Abs. 3 BeschSchG seinerseits in seinem Geltungsbereich § 612 a BGB.<sup>774</sup> Auch dieser Vorschrift kommt allerdings bisher in Rechtsprechung und

---

<sup>770</sup> Zur Bedeutung des zukünftigen Antidiskriminierungsgesetzes - ADG vgl. S. 272 ff.

<sup>771</sup> § 85 BetrVG enthält ausdrücklich kein Benachteiligungsverbot und verweist nicht auf § 84 Abs. 3 BetrVG. Trotzdem gilt das Benachteiligungsverbot des § 84 Abs. 3 BetrVG auch für das Beschwerderecht nach § 85 Abs. 1 BetrVG. Vgl. *Fitting u.a.*: BetrVG, 22. Aufl. 2004, § 85 BetrVG Rndr. 11; *Richardi*: BetrVG, 10. Aufl. 2006, § 85 BetrVG Rndr. 37.

<sup>772</sup> Gesetz zum Schutz der Beschäftigten vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz (Beschäftigtenschutzgesetz), BGBl. I 1994, S. 1406. Umsetzung der Empfehlung der EG Kommission „zum Schutz der Würde von Männer und Frauen am Arbeitsplatz“ v. 27.11.1991, AbIEG C 27/1992, S. 4, RdA 1993, S. 43. Vgl. allgemein dazu *Linde*: Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz, BB 1994, S. 2412 ff.; *Herzog*: Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz: im US amerikanischen und deutschen Recht, 1997; *Schiek*: Zweites Gleichberechtigungsgesetz für die Privatwirtschaft, 1995; *Schlachter*: Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz, NZA 2001, S. 121 ff; *Worzalla*: Das Beschäftigtenschutzgesetz in der Praxis, NZA 1994, S. 1016 ff.

<sup>773</sup> Vgl. ArbG Göttingen v. 9.3.1961, DB 1961, S. 1296.

<sup>774</sup> *ErfK (Schlachter)*: Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2006, § 4 BeschSchG Rndr. 6.

Rechtswissenschaft kaum Bedeutung zu.<sup>775</sup> Da sie jedoch einen früheren praktischen Fall der sittenwidrigen Kündigung betrifft, wird sie an dieser Stelle berücksichtigt. Eine Kündigung, die gegen § 4 Abs. 3 BeschSchG verstößt ist, i.V.m. § 134 BGB unwirksam.

Das Benachteiligungsverbot des § 4 Abs. 3 BeschSchG greift zunächst ein, wenn ein Arbeitnehmer gekündigt wird, weil er sich sexuell belästigt gefühlt hat und sich deswegen bei zuständiger Stelle im Betrieb beschwert hat. Dieses Beschwerderecht ergibt sich aus § 3 Abs. 1 BeschSchG. Es setzt nicht voraus, dass objektiv eine sexuelle Belästigung stattgefunden hat.

Nach der Definition des § 2 Abs. 2 BeschSchG ist sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz allgemein jedes vorsätzliche, sexuell bestimmte Verhalten, das die Würde von Beschäftigten am Arbeitsplatz verletzt.<sup>776</sup> Anschließend werden in Nr. 1 und 2 des § 2 Abs. 2 BeschSchG nicht abschließende Beispiele sexueller Belästigungen aufgeführt: sexuelle Handlungen und Verhaltensweisen, die nach den strafrechtlichen Vorschriften unter Strafe gestellt sind<sup>777</sup>, sowie sonstige sexuelle Handlungen und Aufforderungen zu diesen, sexuell bestimmte körperliche Berührungen, Bemerkungen sexuellen Inhalts sowie Zeigen und sichtbares Anbringen von pornographischen Darstellungen, die von Betroffenen erkennbar abgelehnt werden<sup>778</sup>.

Die sexuelle Belästigung kann vom Arbeitgeber selber, von Vorgesetzten, Kollegen und betriebsfremden Dritten ausgehen. Der Begriff des Arbeitsplatzes wird funktional im Sinne der Abgrenzung der beruflichen Sphäre verstanden.<sup>779</sup>

Hat der Arbeitgeber keine zuständige Beschwerdestelle für sexuelle Belästigungen bestimmt, ist zunächst der Vorgesetzte Adressat der Beschwerde. Belästigt jedoch der Vorgesetzte selber, ist wiederum sein Vorgesetzter zuständig. Auch der Betriebsrat soll gemäß § 3 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 85 BetrVG als zuständige Stelle in Betracht kommen.<sup>780</sup>

Eine Kündigung verletzt § 4 Abs. 3 BeschSchG, wenn sie kausal darauf beruht, dass der Arbeitnehmer zulässigerweise sein Beschwerderecht aus § 3 Abs. 1 BeschSchG ausgeübt hat. Die Kausalität ist gegeben, wenn es keinen anderen sachlichen Grund für die Kündigung gibt.<sup>781</sup>

Dieses Beschwerderecht des BeschSchG wird durch die Beschwerderechte der §§ 84, 85 BetrVG ergänzt, die ausdrücklich unberührt bleiben, § 3 Abs. 1 S. 2 BeschSchG. Der Arbeitnehmer, der sich sexuell belästigt fühlt, kann sich nach § 84 Abs. 1 BetrVG an die für Beschwerden allgemein zuständige betriebliche Stelle wenden. Die Vorschrift ist enger als § 3 Abs. 1 BeschSchG. Sie gilt nicht für leitende Angestellte und als zuständige Stelle kommt anders als bei § 3 Abs. 1 BeschSchG nicht der Betriebsrat in Betracht. § 85 Abs. 1 BetrVG ermöglicht demgegenüber eine Beschwerde beim Betriebsrat. Auch hier ist der Anwendungsbereich enger als bei dem Beschwerderecht nach dem BeschSchG, da neben den leitenden Angestellten auch die Kleinbetriebe und größere Betriebe ohne Betriebsrat ausgeschlossen sind. Diese Beschwerderechte sind jedoch in Zusammenhang mit sexueller Belästigung am Arbeitsplatz bisher bedeutungslos geblieben. Eine Kündigung, die wegen einer

---

<sup>775</sup> Zur geplanten Aufhebung des gesamten BeschSchG durch das Antidiskriminierungsgesetz - ADG vgl. S. 277.

<sup>776</sup> Vgl. im Einzelnen dazu *ErfK (Schlachter)*: Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2006, § 2 BeschSchG Rndr. 4.

<sup>777</sup> Vgl. im Einzelnen dazu *ErfK (Schlachter)*: Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2006, § 2 BeschSchG Rndr. 6.

<sup>778</sup> Vgl. im Einzelnen dazu *ErfK (Schlachter)*: Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2006, § 2 BeschSchG Rndr. 8 ff.

<sup>779</sup> *ErfK (Schlachter)*: Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2006, § 2 BeschSchG Rndr. 2.

<sup>780</sup> *ErfK (Schlachter)*: Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2006, § 3 BeschSchG Rndr. 1.

<sup>781</sup> *ErfK (Schlachter)*: Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2006, § 4 BeschSchG Rndr. 7.

Beschwerde nach § 84 BetrVG bzw. wegen einer Beschwerde nach § 85 BetrVG erfolgt, wäre aufgrund des Benachteiligungsverbots des § 84 Abs. 3 BetrVG i.V.m. § 134 BGB unwirksam.<sup>782</sup>

Eine Kündigung kann weiter nach § 4 Abs. 3 BeschSchG unwirksam sein, wenn sie kausal darauf beruht, dass der Arbeitgeber oder der Vorgesetzte zur Unterbindung der sexuellen Belästigung des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz entweder keine oder offensichtlich ungeeignete Maßnahmen ergriffen hat und der Arbeitnehmer deshalb seine Arbeitsleistung an dem betreffenden Arbeitsplatz gemäß § 4 Abs. 2 BeschSchG verweigert. In diesen Fällen hat der Arbeitgeber oder Vorgesetzte entweder keine sexuelle Belästigung festgestellt, sie bewusst ignoriert oder die ergriffenen Gegenmaßnahmen konnten eine Wiederholung nicht verhindern. Im Gegensatz zu der Kündigung wegen Ausübung des Beschwerderechts ist hier das Leistungsverweigerungsrecht nur zulässigerweise ausgeübt, wenn tatsächlich objektiv eine sexuelle Belästigung i.S.d. § 2 Abs. 2 BeschSchG vorgelegen hat. Darüber hinaus muss die Leistungsverweigerung zum Schutz des Beschäftigten erforderlich gewesen sein. Dies ist der Fall, wenn dem Arbeitnehmer objektiv kein milderes Mittel als die Einstellung der Tätigkeit auf dem betreffenden Arbeitsplatz zur Abwehr der Belästigung zur Verfügung stand. Das Leistungsverweigerungsrecht soll allerdings ausnahmsweise entfallen, wenn die Beschäftigten besonderer Berufsgruppen (z.B. bei Polizei, Feuerwehr oder im Krankenhaus), zur Erfüllung ihrer Aufgaben unverzichtbar sind.<sup>783</sup> Da sich das Recht auf Arbeitseinstellung nur den konkreten Arbeitsplatz bezieht, müssen ersatzweise angebotene Arbeitsplätze akzeptiert werden.

Nach den §§ 4 Abs. 3 BeschSchG, 134 BGB kann eine Kündigung ferner unwirksam sein, wenn sie kausal darauf beruht, dass sich ein Arbeitnehmer gegen eine sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz gewehrt hat. Da diese Formulierung sehr weit gefasst ist, kann darunter jede Art der zulässigen Abwehr außerhalb des Beschwerderechts und des Leistungsverweigerungsrecht verstanden werden. Insofern fällt darunter zunächst jede aktive verbale oder körperliche Gegenwehr des Belästigten. Es dürfte jedoch auch jede andere der Abwehr dienende Wahrnehmung bestehende Rechte erfasst sein. Zu denken ist hier beispielsweise an die Einschaltung der Strafverfolgungsbehörden. Eine Kündigung wäre daher unwirksam, wenn sie darauf beruht, dass der Arbeitnehmer die Person angezeigt hat, die ihn sexuell belästigt hat.

Die Schwierigkeiten des Nachweises der jeweiligen Voraussetzungen werden weiter unten gesondert erläutert.<sup>784</sup>

## **XXVIII. Zusammenfassung**

Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber kann grundsätzlich wie jedes andere Rechtsgeschäft sittenwidrig sein. § 138 BGB ist ein rechtsethischer Grundpfeiler unserer Rechtsordnung, der Rechtsgeschäfte auf Basis einer verwerflichen Gesinnung richtigerweise verhindern soll. Dieser Grenze unterliegen auch arbeitsrechtliche Kündigungen, sofern sich nach dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden unserer Rechtsgesellschaft in dem Motiv oder in den Umständen in krasser Weise eine verwerfliche Gesinnung des Arbeitgebers zeigt. In diesem Fall ist sie nach § 138 BGB unwirksam.

---

<sup>782</sup> § 85 BetrVG enthält ausdrücklich kein Benachteiligungsverbot und verweist nicht auf § 84 Abs. 3 BetrVG. Trotzdem gilt das Benachteiligungsverbot des § 84 Abs. 3 BetrVG auch für das Beschwerderecht nach § 85 Abs. 1 BetrVG. Vgl. *Fitting u.a.*: BetrVG, 22. Aufl. 2004, § 85 BetrVG Rndr. 11; *Richardi*: BetrVG, 10. Aufl. 2006, § 85 BetrVG Rndr. 37.

<sup>783</sup> *ErfK (Schlachter)*: Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2006, § 4 BeschSchG Rndr. 5.

<sup>784</sup> Vgl. S. 255 ff.

Wegen des in jedem Fall zu achtenden gesetzgeberischen Ausschlusses bestimmter Arbeitnehmer aus dem allgemeinen Kündigungsschutz des KSchG kann eine Kündigung jedoch niemals von einer verwerflichen Gesinnung getragen sein, wenn sie nach § 1 KSchG oder nach § 626 BGB gerechtfertigt wäre. Auch einer willkürlichen, d.h. ohne verständlichen Grund ausgesprochenen Kündigung liegt nicht allein aufgrund der Willkür eine verwerfliche Gesinnung zugrunde.

Allerdings ergibt diese Untersuchung, dass die kündigungsschützende Wirkung des § 138 BGB außerhalb des KSchG bisher nur theoretisch von Bedeutung ist. Die Sittenwidrigkeit der Kündigung eines Arbeitgebers wird seit Jahrzehnten intensiv diskutiert. Dadurch ist weitgehend verdeckt worden, dass § 138 BGB in der Praxis bedeutungslos ist. Ausschlaggebend hierfür sind die hohen Anforderungen des Sittenverstoßes. Da die Voraussetzung der besonders krassen Verletzung des Anstandsgefühls aller billig und gerecht Denkenden schwer fassbar ist, ist die Berufung auf § 138 BGB zum einen für den beweisbelasteten Arbeitnehmer<sup>785</sup> mit einem großen Unsicherheitsfaktor verbunden. Insofern berufen sich nur wenige Kläger auf eine Verletzung der Vorschrift. Zum anderen wenden sich die Gerichte regelmäßig nach einer oft kurzen Ablehnung des § 138 BGB einer intensiveren Prüfung des § 242 BGB zu.

Selbst die seit langem zu Recht anerkannten sittenwidrigen Kündigungsmotive der Rachsucht, Vergeltung, Hinterhältigkeit, des rücksichtslosen Eigennutzes oder der Nötigung des Arbeitnehmers haben bisher in keinem praktischen Fall die Sittenwidrigkeit einer Kündigung begründet.

Eine Änderung der Situation ist zukünftig insbesondere wegen des Einflusses des geplanten Antidiskriminierungsgesetzes<sup>786</sup> nicht zu erwarten, wenn auch grundsätzlich nicht ausgeschlossen ist, dass neue Lebens- und Arbeitssituationen praktische Anwendungsfälle der sittenwidrigen Kündigung begründen können.

## C. Der Kündigungsschutz durch § 226 BGB

### I. Rechtsprechung und Schrifttum

§ 226 BGB findet heute im Rahmen der Diskussion um einen Kündigungsschutz außerhalb des KSchG kaum Beachtung. Die wenigen Stellungnahmen der Rechtswissenschaft der letzten gut fünfzig Jahre erkannten zwar durchweg an, dass § 226 BGB grundsätzlich zur Unwirksamkeit einer arbeitsrechtlichen Kündigung führen kann. Sie kamen allerdings zu dem Schluss, dass die Regelung wegen der erforderlichen alleinigen Schädigungsabsicht des Arbeitgebers nur äußerst selten einschlägig sein dürfte.<sup>787</sup> In der Rechtsprechung ist § 226 BGB vereinzelt als mögliche

---

<sup>785</sup> Vgl. zur Darlegungs- und Beweislast S. 257 ff.

<sup>786</sup> Vgl. S. 272 ff.

<sup>787</sup> *Herschel/Steinmann*: KSchG, 5. Aufl. 1961, § 11 KSchG Rndr. 9; *KR-Friedrich*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. 258; *Soergel/Siebert (Siebert)*: BGB, Bd. 1, 8. Aufl. 1952, § 242 BGB, S. 627; *Staudinger (Neumann)*: BGB, 11. Aufl. 1958, vor § 620 BGB Rndr. 59; *Beitzke*: Anm. zu LAG Frankfurt/Main v. 18.5.1954, SAE 1955, S. 1 f.; *Böttcher*: Die "sozial ungerechtfertigte Kündigung" im Sinne des KSchG vom 10.8.1951, MDR 1952, S. 260, 263; *ders.*: Besinnung auf das Gestaltungsrecht und das Gestaltungsklagerecht, in Caemmerer (Hrsg.): Vom deutschen zum europäischen Recht, FS für Dölle, 1963, S. 40, 68; *Buschmann*: Gemeine Marktwirtschaft, AuR 1996, S. 285, 287; *Hönig*: Der allgemeine zivilrechtliche Schutz des Arbeitnehmers gegen die ordentliche Kündigung, 1954, S. 94 f.; *Joachim*: Die sittenwidrige Kündigung, DBetrV 1957, S. 221, 224; *Molitor*: Die Kündigung, 2. Aufl. 1951, S. 224; *Otto*: Personale Freiheit und soziale Bindung, 1978, S. 58.

Schutzvorschrift angesprochen worden.<sup>788</sup> Es existiert bis heute jedoch nur ein erstinstanzliches Urteil von 1957, das die Unwirksamkeit einer Kündigung mit einem Verstoß gegen § 226 BGB begründete.<sup>789</sup>

## II. Stellungnahme

§ 226 BGB ist außerhalb des KSchG als Kündigungsschutzvorschrift zu vernachlässigen. Eine alleinige Schädigungsabsicht wird den Arbeitgeber so gut wie nie zur Kündigung veranlassen.

### D. Der Kündigungsschutz durch § 242 BGB – die treuwidrige Kündigung

Bis Ende der sechziger Jahre des 20. Jh. war die Anwendbarkeit des § 242 BGB außerhalb des KSchG sehr umstritten. Die damals überwiegende Meinung, die sich schließlich durchsetzen konnte, hielt einen begrenzten Rückgriff für möglich. Sie galt jahrzehntelang uneingeschränkt als herrschend, bis schließlich das BVerfG mit seiner Entscheidung vom 27.1.1998<sup>790</sup> neue Maßstäbe für den Anwendungsbereich des § 242 BGB außerhalb des KSchG vorgegeben hat.

#### I. Überwundene Zweifel an der Anwendbarkeit des § 242 BGB außerhalb des KSchG

In dem Streit über die Anwendbarkeit des § 242 BGB außerhalb des KSchG sollte die Vorschrift nach Ansicht einiger Instanzgerichte sowie Teilen des Schrifttums keine Bedeutung mehr haben.<sup>791</sup> Sie gingen davon aus, dass der

gesetzliche Kündigungsschutz des KSchG den Grundsatz von Treu und Glauben in seinen Voraussetzungen und Wirkungen für die arbeitgeberseitige Kündigung abschließend in der Weise konkretisiere, dass sämtliche Fälle einer treuwidrigen Kündigung durch den Begriff der sozialwidrigen Kündigung i.S.d. KSchG erfasst würden. Daraus folgerten sie, dass der Gesetzgeber außerhalb des KSchG einen Schutz gegen treuwidrige Kündigungen ablehnte.

Das KSchG wurde als *lex specialis* angesehen und sollte deshalb der Generalklausel des § 242 BGB vorgehen.<sup>792</sup> Darüber hinaus wurde auf die Regelung des § 7 Abs. 1 S. 3 KSchG 1951 verwiesen. Sie schloss den Antrag auf gerichtliche Auflösung des Arbeitsvertrags aus, wenn es sich um eine offensichtlich willkürliche oder unter Ausnutzung der Machtstellung des Arbeitgebers im Betrieb erfolgte Kündigung handelte. Man konnte sich keine treuwidrigen Kündigungen vorstellen, die über

---

<sup>788</sup> LAG Bremen v. 30.3.1955, BB 1955, S. 510, 512; ArbG Weiden/Opf. v. 11.2.1960, ARST XXVII, S. 12; ArbG Düsseldorf v. 9.9.1992, BB 1992, S. 2364 f.

<sup>789</sup> ArbG Ulm v. 11.6.1957, ARST XIX, S. 60.

<sup>790</sup> BVerfG v. 27.1.1998, AP Nr. 17 zu § 23 KSchG 1969.

<sup>791</sup> LAG Bayern v. 18.1.1952 zit. bei ArbG Augsburg, Zweigst. Memmingen v. 20.1.1953, ARST XI, S. 100; LAG Hamm v. 22.1.1952, 1953, Nr. 50 m. Anm. Herschel; LAG Düsseldorf v. 10.10.1952, BB 1952, S. 1026; LAG Düsseldorf v. 3.2.1955, BB 1955, S. 512; ArbG Oldenburg v. 30.6.1953, ARST XI, S. 18; ArbG Rosenheim, Zweigst. Mühldorf v. 25.5.1954, ARST XIII, S. 21; ArbG Mannheim v. 8.6.1954, ARST XIII, S. 97; *Hueck*: KSchG, 1. Aufl. 1951, Einl. III Anm. 5 a, b; *ders.*: KSchG, 5. Aufl. 1965 Einl. III Anm. 6 a, b (differenzierend); *Rohlfing*: KSchG, 1951, § 6 KSchG Anm. 4, § 12 KSchG Anm. 4, § 21 KSchG Anm. 6; *Böttcher*: Buchbesprechung zu neuen Kündigungsschutzkommentaren, RdA 1951, S. 433; *Dietz*: Das neue Kündigungsschutzgesetz, NJW 1951, S. 941, S. 944; *Hueck/Nipperdey*: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 1, 6. Aufl. 1959, S. 505 f.; *Nikisch*: Arbeitsrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 1955, S. 651; *Osthold*: Der Kündigungsschutz der vom Kündigungsschutzgesetz nicht betroffenen Personen, ArbGeb 1955, S. 486.

<sup>792</sup> Kritische Untersuchung dieses Arguments durch *Leimert*: § 242 BGB als Kündigungsschutzbestimmung, 1970, S. 31 ff.

diese Fälle der als grob sozialwidrig bezeichneten Kündigungen hinausgingen. Ferner wurde damit argumentiert, dass in § 11 Abs. 3 KSchG 1951 nur die Konkurrenz von § 138 BGB ausdrücklich angesprochen werde.

Da sich die treu- und die sozialwidrige Kündigung nach dieser Ansicht deckten, wären Arbeitnehmer außerhalb des KSchG bei Anwendung des § 242 BGB entgegen dem Willen des Gesetzgebers ebenfalls gegen sozialwidrige Kündigungen geschützt gewesen.<sup>793</sup> Dies wurde als unzulässige Besserstellung der Arbeitnehmer außerhalb des KSchG angesehen, da die gerichtliche Geltendmachung der Unwirksamkeit der Kündigung damals nicht an die Drei-Wochen-Frist des § 3 S. 1 KSchG 1951<sup>794</sup> gebunden war.<sup>795</sup>

Die gerade erläuterte Auffassung erkannte zwar, dass die Unanwendbarkeit des § 242 BGB außerhalb des KSchG den Kündigungsschutz in diesem Bereich reduzierte. Sie brach mit der Nachkriegstradition zwischen 1945 und 1950, die selbst nach der engsten Auffassung grundsätzlich von der Anwendbarkeit des § 242 BGB ausgegangen war.<sup>796</sup> Dies wurde jedoch mit Hinweis auf die Konzeption des KSchG hingenommen, wonach nicht alle Arbeitnehmer gegen sozialwidrige Kündigungen geschützt werden sollten.<sup>797</sup>

Diese strenge Meinung galt bei ihren Befürwortern und ihren Gegnern als herrschend.<sup>798</sup> Ein genauerer Blick zeigt allerdings, dass der weitaus größere Teil der Literatur und auch das BAG anderer Ansicht waren. Danach sollte das grundsätzlich freie Kündigungsrecht des Arbeitgebers außerhalb des KSchG

---

<sup>793</sup> *Erdmann*: KSchG, 1. Aufl. 1951, S. 31.

<sup>794</sup> Seit der Änderung des KSchG durch das ArbRBereiniGG v. 1969 § 4.

<sup>795</sup> Diese Rechtslage ist erst zum 1.1.2004 verändert worden durch das Gesetz zu Reformen am Arbeitsplatz, BGBI. I 2003, S. 2003. Vgl. S. 268 ff.

<sup>796</sup> Zu § 242 BGB nach 1945 vgl. S. 73 ff.

<sup>797</sup> *Erdmann/Müller*: KSchG, 2. Aufl. 1954, S. 41.

<sup>798</sup> *Knöpfel*: Entlassung von Arbeitskräften, 1952, S. 48; *Hessel*: Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes?, DB 1952, S. 349; *Siebert*: Treu und Glauben im Kündigungsschutzrecht, BB 1960, S. 1029, 1030.



neben § 138 BGB auch durch den Grundsatz von Treu und Glauben begrenzt werden.<sup>799</sup> Diese zweite Auffassung sah das KSchG im Verhältnis zu § 242 BGB ebenfalls als *lex specialis* an, das abschließend die Wirkungen und Voraussetzungen einer sozialwidrigen Kündigung konkretisierte. Deshalb wurde in Übereinstimmung mit der engen Meinung auch ein Schutz der vom KSchG ausgeschlossenen Arbeitnehmer gegenüber sozialwidrigen Kündigungen i.S.d. § 1 KSchG durch § 242 BGB abgelehnt. Es konkretisierte jedoch nach dieser Auffassung den Grundsatz von Treu und Glauben nur insoweit, als es um den Bestandsschutz, d.h. das Interesse des Arbeitnehmers an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes ging.<sup>800</sup> Außerhalb dieses Bereichs wurden daher weitere Fälle rechtsmissbräuchlicher und treuwidriger Kündigungen für möglich gehalten. Hier sollte der Grundsatz von Treu und Glauben weiterhin seine Gültigkeit behalten. Das KSchG war dieser Ansicht zufolge nur in der Lage, den rechtsethisch bedeutsamen Grundsatz von Treu und Glauben in dem Geltungsbereich

---

<sup>799</sup> BAG v. 20.9.1957, AP Nr. 34 zu § 1 KSchG 1951 m. Anm. Hueck; BAG v. 8.10.1959, AP Nr. 1 zu § 620 BGB schuldrechtliche Kündigungsbeschränkung m. Anm. Hueck; BAG v. 30.11.1960, AP Nr. 2 zu § 242 BGB Kündigung m. Anm. Hueck; BAG v. 17.5.1962, AP Nr. 2 zu § 620 BGB Bedingung; LAG Hamburg v. 19.3.1952, ARST VIII, S. 179; LAG Hamm v. 11.6.1952, AP 1952, Nr. 224 m. Anm. Hueck; LAG Düsseldorf v. 30.10.1953, DB 1954, S. 216; LAG Bremen v. 30.3.1955, BB 1955, S. 510; LAG Freiburg v. 8.11.1955, WA 1956, S. 20; LAG Düsseldorf v. 30.8.1956, BB 1956, S. 1198; LAG Kiel v. 14.11.1957, AP Nr. 2 zu § 1 KSchG 1951 Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses m. Anm. Herschel; LAG Baden-Württemberg, Außenk. Stuttgart v. 28.2.1961, BB 1961, S. 754; LAG Düsseldorf v. 4.12.1962, BB 1963, S. 782; LAG Düsseldorf v. 20.4.1966, DB 1966, S. 1734; ArbG Stade v. 6.3.1953, WA 1953, S. 125; ArbG Nürnberg v. 10.12.1953, ARST XII, S. 14; ArbG Rheine v. 22.3.1957, ARST XVIII, S. 98; ArbG Kiel v. 28.6.1957, ARST XIX, S. 60; ArbG Wilhelmshaven v. 1.11.1961, AuR 1963, S. 154; ArbG Hamburg v. 18.2.1963, BB 1963, S. 605; ArbG Ludwigshafen, Zweigst. Landau v. 20.1.1969, ARST 1969, S. 70; *Herschel/Steinmann*: KSchG, 5. Aufl. 1961, vor § 1 KSchG Rndr. 3 a; *Hueck*: KSchG, 6. Aufl. 1968, Einl. III, Anm. 6 b i.V.m. 6 a; *Monjau/Heimeier*: KSchG, 1. Aufl. 1951, Anm. 18, S. 51; *Palandt (Friesecke)*: BGB, 9. Aufl. 1951, § 242 BGB Anm. 4 d; *Soergel/Siebert (Siebert)*: BGB, Bd. 1, 8. Aufl. 1952, § 242 Anm. 3 f cc; *Adomeit*: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 1962, S. 75 f.; *Bötticher*: Die "sozial ungerechtfertigte Kündigung" im Sinne des KSchG vom 10.8.1951, MDR 1952, S. 260, 264; *Galperin*: Grundgedanken und Struktur des Kündigungsschutzgesetzes - Eine dogmatische Studie, RdA 1966, S. 361, 362; *Hessel*: Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes?, DB 1952, S. 349 f.; *Hönig*: Der allgemeine zivilrechtliche Schutz des Arbeitnehmers gegen die ordentliche Kündigung, 1954, S. 4; *Hueck/Nipperdey*: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 1, 7. Aufl. 1963, S. 559 i.V.m. Fn. 80; *Kauffmann*: Grenzfragen der Anwendung des neuen Bundeskündigungsschutzgesetzes, DB 1951, S. 1012, 1013; *Monjau*: Sozial ungerechtfertigte, sittenwidrige und gegen Treu und Glauben verstoßende Kündigung, DB 1951, S. 742, 743; *Müller*: Das Kündigungsschutzgesetz und Treu und Glauben unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, DB 1960, S. 1037, 1040; *Ritzmann*: Das Kündigungsschutzgesetz und die Weitergeltung des § 242 BGB, RdA 1953, S. 14, 15; *Schlessmann*: Die Kündigung von Arbeitsverhältnissen, 2. Aufl. 1965, S. 236 f.; *Siebert*: Unwirksamkeit der Kündigung wegen Sittenwidrigkeit oder Verstoßes gegen Treu und Glauben, BB 1952, S. 522, 524; *ders.*: Treu und Glauben im Kündigungsschutzrecht, BB 1960, S. 1029, 1031; *Zeitmann*: Kündigung von nicht unter das Kündigungsschutzgesetz fallenden Arbeitnehmern, BStSozArbR 1960, S. 124 f. In einer Einzelentscheidung allerdings abweichend BAG v. 14.5.1964, AP Nr. 5 zu § 242 BGB Kündigung m. Anm. Herschel.

<sup>800</sup> BAG v. 30.11.1960, AP Nr. 2 zu § 242 BGB Kündigung m. Anm. Hueck; LAG Stuttgart v. 18.11.1955, BB 1956, S. 307; LAG Düsseldorf v. 30.8.1956, BB 1956, S. 1198; *Galperin*: Grundgedanken und Struktur des Kündigungsschutzgesetzes - Eine dogmatische Studie, RdA 1966, S. 361, 362; *ders.*: Die Rechtsmängel der Kündigung des Arbeitsverhältnisses, BB 1966, S. 1458, 1462; *Siebert*: Treu und Glauben im Kündigungsschutzrecht, BB 1960, S. 1029, 1030; *Steiner*: Die arbeitsrechtliche Druckkündigung, 1969, S. 98.

des Gesetzes zu konkretisieren. Es sollte ihn jedoch nicht für die übrigen Fälle der rechtsmissbräuchlichen Kündigung ausschalten können.<sup>801</sup>

Darüber hinaus war dem Gesetzgeber die weite kündigungsschutzrechtliche Anwendung des § 242 BGB in der Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg bekannt. Daraus schlossen einige Stimmen, dass er eine entsprechende Regelung in das Gesetz aufgenommen hätte, wenn er beabsichtigt hätte, den Grundsatz von Treu und Glauben für arbeitsrechtliche Kündigungen gänzlich auszuschalten.<sup>802</sup>

Es wurde betont, dass die Unanwendbarkeit des § 242 BGB außerhalb des KSchG im Wesentlichen zu einer nur durch § 138 BGB beschränkten Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers führen würde. Diese Situation wurde jedoch als nicht hinnehmbarer sozialer Rückschritt in die Zeit der wertfreien Kündigung vor In-Kraft-Treten des BRG von 1920 angesehen.<sup>803</sup> Zudem wurde eine derartige Verschlechterung des Kündigungsschutzes außerhalb des KSchG als Widerspruch zu dem sozialpolitischen Grundgehalt des Gesetzes empfunden, den Kündigungsschutz gegenüber früheren Regelungen insgesamt zu verbessern.<sup>804</sup>

Vereinzelte wurde angeführt, dass der Grundsatz von Treu und Glauben außerhalb des KSchG weiterhin grundsätzlich anwendbar sei, weil das Gesetz offen gelassen habe, inwieweit die Kündigung von Arbeitnehmern außerhalb des KSchG wegen Sozialwidrigkeit, Sittenwidrigkeit oder aus sonstigen Gründen unwirksam sein könne.<sup>805</sup> Darüber hinaus sollte die Ausschaltung des Grundsatzes von Treu und Glauben nicht mit dem Sozialstaatsgebot der Art. 20 Abs. 2, 28 Abs. 1 GG vereinbar sein.<sup>806</sup>

Der Auffassung von der grundsätzlichen Anwendbarkeit des § 242 BGB außerhalb des KSchG wurde vorgeworfen, dass sie die Arbeitnehmer außerhalb des Gesetzes unzulässigerweise besser stelle als die Arbeitnehmer im Geltungsbereich des Gesetzes. Sie seien bei der gerichtlichen Geltendmachung der Unwirksamkeit der Kündigung anders als innerhalb des KSchG nicht an eine Frist gebunden. Diesem Vorwurf wurde entgegnet, dass die fehlende Frist kein Vorteil sei, da der Schutz über den Grundsatz von Treu und Glauben insgesamt materiellrechtlich geringer sei als der des KSchG.<sup>807</sup> § 242 BGB biete außerhalb des KSchG keinen Schutz gegenüber

---

<sup>801</sup> *Rohwer-Kahlmann*: KSchG, 2. Aufl. 1954, § 1 KSchG Anm. 5 b; *Adomeit*: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 1962, S. 75 f.; *Fastenau*: Die unwirksame Kündigung, 1956, S. 144, 146; *Galperin*: Die Rechtsmängel der Kündigung des Arbeitsverhältnisses, BB 1966, S. 1458, 1461; *Hessel*: Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes?, DB 1952, S. 349; *Miese*: Zur Wirksamkeit der Druckkündigung und zum Schadensausgleich, 1956, S. 18 f.; *Müller*: Das Kündigungsschutzgesetz und Treu und Glauben unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, DB 1960, S. 1037, 1040 f.

<sup>802</sup> *Bührig*: Der Kündigungsschutz der nicht vom Kündigungsschutzgesetz erfassten Arbeitnehmer, RdA 1955, S. 265, 266. Ähnlich *Herschel*: Kündigungsschutz leitender Angestellter, DB 1961, S. 66, S. 67.

<sup>803</sup> *Rohwer-Kahlmann*: KSchG, 2. Aufl. 1954, § 1 KSchG Anm. 5 b; *Fastenau*: Die unwirksame Kündigung, 1956, S. 144; *Hessel*: Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes?, DB 1952, S. 349; *Hönig*: Der allgemeine zivilrechtliche Schutz des Arbeitnehmers gegen die ordentliche Kündigung, 1954, S. 5; *Ritzmann*: Das Kündigungsschutzgesetz und die Weitergeltung des § 242 BGB, RdA 1953, S. 14.

<sup>804</sup> *Hessel*: Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes?, DB 1952, S. 349.

<sup>805</sup> *Hönig*: Der allgemeine zivilrechtliche Schutz des Arbeitnehmers gegen die ordentliche Kündigung, 1954, S. 4.

<sup>806</sup> *Bührig*: Der Kündigungsschutz der nicht vom Kündigungsschutzgesetz erfassten Arbeitnehmer, RdA 1955, S. 265, 266.

<sup>807</sup> *Bührig*: Der Kündigungsschutz der nicht vom Kündigungsschutzgesetz erfassten Arbeitnehmer, RdA 1955, S. 265, 266.

sozialwidrigen Kündigungen i.S.d. § 1 KSchG, und der Arbeitnehmer trüge anders als unter dem KSchG die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer treuwidrigen Kündigung.<sup>808</sup> Des Weiteren wurde angeführt, dass der Arbeitnehmer bei Unwirksamkeit der Kündigung nach § 242 BGB nicht den mit einer Abfindung verbundenen Antrag auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 7 Abs. 1 KSchG 1951<sup>809</sup> stellen könne.<sup>810, 811</sup>

Die Auffassung, die § 242 BGB außerhalb des KSchG weiterhin für anwendbar hielt, konnte sich im Laufe der Diskussion behaupten.<sup>812</sup> Sie setzte damit die seit Weimarer Republik existierende Überzeugung fort, dass das Kündigungsrecht in Bezug auf jedes Arbeitsverhältnis durch den Grundsatz von Treu und Glauben begrenzt wird. Indem sie jedoch einen Schutz im Abstand zum KSchG forderte, wich sie von der herrschenden Rechtsprechung der Nachkriegsjahre<sup>813</sup> ab, die § 242 BGB zur Füllung der durch den Wegfall des gesetzlichen Kündigungsschutzes entstandenen Lücke eingesetzt hatte.

---

<sup>808</sup> BAG v. 20.9.1957, AP Nr. 34 zu § 1 KSchG 1951 m. Anm. Hueck; LAG Düsseldorf v. 30.10.1953, DB 1954, S. 216; LAG Bremen v. 30.3.1955, BB 1955, S. 510; *Herschel/Steinmann*: KSchG, 4. Aufl. 1958, § 12 KSchG Rndr. 1 a, § 21 KSchG Rndr. 4; *Fastenau*: Die unwirksame Kündigung, 1956, S. 152; *Hönig*: Der allgemeine zivilrechtliche Schutz des Arbeitnehmers gegen die ordentliche Kündigung, 1954, S. 72; *Röhler*: Die ungehörige Kündigung, DB 1969, S. 1147, 1151; *Siebert*: Treu und Glauben im Kündigungsschutzrecht, BB 1960, S. 1029, 1032. Vgl. zur Darlegungs- und Beweislast S. 257 ff.

<sup>809</sup> Seit der Änderung des KSchG durch das ArbRBereiniGG v. 1969 § 9.

<sup>810</sup> *Bühlig*: Der Kündigungsschutz der nicht vom Kündigungsschutzgesetz erfassten Arbeitnehmer, RdA 1955, S. 265, 266.

<sup>811</sup> Bis heute kann er nur seinerseits selber kündigen, wenn er das Arbeitsverhältnis infolge eines Vertrauensverlustes nicht weiter fortführen will. Darüber hinaus besteht gegebenenfalls ein Schadensersatzanspruch wegen Vertragspflichtverletzung, der jedoch keinen Bestandsschutz gewährt, vgl. S. 244 ff.

<sup>812</sup> Sie gilt seit Anfang der siebziger Jahre des letzten Jh. unangefochten als herrschend. Danach wurde die Anwendbarkeit des § 242 BGB auf arbeitsrechtliche Kündigungen außerhalb des KSchG nur noch vereinzelt bezweifelt. So *MüKo-Schwerdtner*: BGB, Bd. 4, 3. Aufl. 1997, § 622 BGB Anh. Rndr. 15; *Lämmerhirt*: Die auf Druck am Arbeitsverhältnis nicht beteiligter Dritter erfolgende Kündigung seitens des Arbeitgebers, 1973, S. 54; *Wenzel*: Kündigung und Kündigungsschutz, 6. Aufl. 1994, Rndr. 597.

<sup>813</sup> Vgl. S. 75 f.

## II. Der ehemalige Grundsatz der abschließenden Bestandsschutzschutzregelung im KSchG und des auf die Überprüfung der Kündigungsumstände beschränkten Anwendungsbereichs des § 242 BGB

Die gegen § 242 BGB verstoßende Kündigung außerhalb des KSchG wird bis heute mit einer Vielzahl allgemeiner Begriffe umschrieben, die ihren Ursprung in den fünfziger und sechziger Jahren des letzten Jh. haben. Eine treuwidrige Kündigung ist offensichtlich rechtsmissbräuchlich<sup>814</sup>, in besonderem Maße treuwidrig oder offensichtlich willkürlich bzw. erfolgt aus nichtigen Gründen unter Missbrauch der Machtstellung des Arbeitgebers<sup>815</sup>. Diese Formulierungen wurden jedoch nie näher präzisiert. Insofern sagen sie nichts darüber aus, wann eine Kündigung § 242 BGB verletzt.

Dies ergab sich nach h.M.<sup>816</sup> jahrzehntelang aus der bereits erläuterten, in den fünfziger Jahren des lt. Jh. entwickelten Überzeugung, dass das KSchG den Grundsatz von Treu und Glauben im Hinblick auf den Bestandsschutz, d.h. das Interesse des Arbeitnehmers an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes, abschließend konkretisiere. Weiter unten wird näher erläutert, warum dieser Grundsatz nach dem Beschluss des BVerfG vom 27.1.1998 nicht mehr aufrechterhalten werden kann.<sup>817</sup>

Nach der ehemaligen h.M. konnte § 242 BGB außerhalb des KSchG keinen Schutz gegenüber sozialwidrigen Kündigungen i.S.d. § 1 KSchG bieten und weder Kündigungsgrund noch die

---

<sup>814</sup> LAG Freiburg v. 8.11.1955, WA 1956, S. 20; *Hessel*: Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes?, DB 1952, S. 349, 350; *König*: Fragen des neuen Kündigungsschutzrechtes, DB 1951, S. 783.

<sup>815</sup> BAG v. 17.5.1962, AP Nr. 2 zu § 620 BGB Bedingung; LAG Bremen v. 23.1.1952, BB 1952, S. 521; LAG Hamburg v. 19.3.1952, ARST VIII, S. 179; LAG Frankfurt/Main v. 3.9.1954, SAE 1955, S. 139; LAG Freiburg v. 8.11.1955, WA 1956, S. 20; LAG Düsseldorf v. 30.8.1956, BB 1956, S. 1198; LAG Düsseldorf v. 20.4.1966, DB 1966, S. 1734; ArbG Husum v. 12.1.1953, ARST XII, S. 62; ArbG Husum v. 18.1.1956, ARST XVI, S. 136; ArbG Lübeck v. 5.7.1956, ARST XVIII, S. 17; ArbG Ludwigshafen, Zweigst. Landau v. 20.1.1969, ARST 1969, S. 70; *Bührig u.a.*: KSchG, 1952, § 1 KSchG Rndr. 19; *Herschel/Steinmann*: KSchG, 4. Aufl. 1958, vor § 1 KSchG Rndr. 3 a, § 12 KSchG Anm. 1 a, § 21 KSchG Rndr. 4; *ders.*: KSchG, 5. Aufl. 1961, vor § 1 KSchG Rndr. 3 a; *Fastenau*: Die unwirksame Kündigung, 1956, S. 150 f.; *Galperin*: Die Rechtsmängel der Kündigung des Arbeitsverhältnisses, BB 1966, S. 1458, 1462; *Miese*: Zur Wirksamkeit der Druckkündigung und zum Schadensausgleich, 1956, S. 19; *Reif*: Die Nichtanhörung des Betriebsrats vor der Kündigung von nicht unter das Kündigungsschutzgesetz fallenden Arbeitnehmern, 1957, S. 23; *Ritzmann*: Das Kündigungsschutzgesetz und die Weitergeltung des § 242 BGB, RdA 1953, S. 14, 15. Das LAG Düsseldorf v. 30.8.1956, BB 1956, S. 1198 und das ArbG Oldenburg v. 30.6.1953, ARST XI, S. 18 forderten etwas abweichend davon eine krasse Verletzung der Fürsorgepflicht bzw. einen besonders schweren Verstoß gegen die Fürsorgepflicht.

<sup>816</sup> BAG v. 23.9.1976, AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Wartezeit m. Anm. Hueck; BAG v. 21.3.1980, AP Nr. 1 zu § 17 SchwbG; BAG v. 16.2.1989, AP Nr. 46 zu § 138 BGB m. Anm. Kramer; BAG v. 12.7.1990, AP Nr. 87 zu § 613 a BGB; BAG v. 23.6.1994, AP Nr. 9 zu § 242 BGB; LAG Düsseldorf v. 31.5.1978, BB 1978, S. 1266; LAG Schleswig-Holstein v. 17.11.1997, RzK I 8 k, Nr. 11; ArbG Düsseldorf v. 11.2.1988, NJW 1988, S. 1548; *Herschel/Steinmann/Löwisch*: KSchG, 6. Aufl. 1984, vor § 1 KSchG Rndr. 41; *Hueck/Hueck/Hoyningen-Huene*: KSchG, 10. Aufl. 1980, Einl. Rndr. 86, 89; *Maus*: KSchG, 1973, Einl. Rndr. 9; *Soergel/Siebert (Kraft)*: BGB, Bd. 4/1, 12. Aufl. 1997, vor § 620 BGB Rndr. 71 f.; *Berger-Delhey*: Wartezeit und Kündigung - Aspekte der ordentlichen Kündigung des Arbeitgebers, NZA 1988, S. 790, 792; *Bleistein*: Kündigung und Kündigungsschutz, 1970, S. 47; *Hetzl*: Das Arbeitsverhältnis im Kleinbetrieb, 1983, S. 209; *Jobst/Bader*: Der allgemeine Kündigungsschutz, AR-Blattei, (D) Kündigungsschutz I, 1981, I Übersicht, C; *Müller*: Gedanken zum arbeitsrechtlichen Kündigungsrecht, ZfA 1982, S. 475, 480; *Preis*: Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, 1987, S. 398; *Schmidt*: Kündigungsschutz außerhalb des KSchG, AR-Blattei, (D) Kündigungsschutz VIII, 1978, D I; *Stahlhacke*: Grundrechtliche Schutzpflichten und allgemeiner Kündigungsschutz, in Hanau u.a. (Hrsg.): FS für Wiese, 1998, S. 513, 523. Etwas abweichend *Preis*: Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, NZA 1997, S. 1256, 1264.

<sup>817</sup> Vgl. S. 277 f.

Sozialauswahl sollten durch § 242 BGB überprüfbar sein. Die Treuwidrigkeit konnte sich danach vielmehr nur aus Begleitumständen ergeben, die grundsätzlich nicht bei § 1 KSchG zu berücksichtigen sind.<sup>818</sup> Infolgedessen wurden die nachfolgenden treuwidrigen Umstände diskutiert, die bis heute zur Nichtigkeit einer Kündigung nach § 242 BGB führen können.

---

<sup>818</sup> BAG v. 28.9.1972, AP Nr. 2 zu § 134 BGB m. Anm. Schwerdtner; BAG v. 13.7.1978, AP Nr. 18 zu § 102 BetrVG 1972 m. Anm. Hueck; BAG v. 2.11.1983, AP Nr. 29 zu § 102 BetrVG 1972; BAG v. 16.2.1989, AP Nr. 46 zu § 138 BGB m. Anm. Kramer; BAG v. 12.7.1990, AP Nr. 87 zu § 613 a BGB; BAG v. 23.6.1994, AP Nr. 9 zu § 242 BGB m. Anm. Sandmann; BAG v. 24.4.1997, NZA 1998, S. 145; LAG Düsseldorf v. 31.5.1978, BB 1978, S. 1266; LAG Bremen v. 29.10.1985, LAGE § 242 BGB, Nr. 1 m. Anm. Buchner; LAG Düsseldorf v. 10.5.1988, LAGE § 138 BGB, Nr. 3; ArbG Düsseldorf v. 11.2.1988, NJW 1988, S. 1548; Hueck: KSchG, 7. Aufl. 1970, Einl. IV, Anm. 6 b i.V.m. 6 a; Hueck/Hueck/Hoyningen-Huene: KSchG, 10. Aufl. 1980, Einl. Rndr. 89; KR-Friedrich: KSchG, 3. Aufl. 1989, § 13 KSchG Rndr. 233; Maus: KSchG, 1973, Einl. Rndr. 10; Berger-Delhey: Wartezeit und Kündigung - Aspekte der ordentlichen Kündigung des Arbeitgebers, NZA 1988, S. 790, 792; Besgen: Fragen zur Nichtigkeit, Sittenwidrigkeit und Treuwidrigkeit (Ungehörigkeit) einer Kündigung, AiB 1987, S. 182, 185; Bleistein: Kündigung und Kündigungsschutz, 1970, S. 47; Bopp: Kündigung und Kündigungsschutzprozeß im Arbeitsrecht, 1980, S. 182; Hessel: Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes?, DB 1952, S. 349; Hoefmann: Handbuch des Kündigungs- und Kündigungsschutzrechts, 8. Aufl. 1989, S. 19; Hönig: Der allgemeine zivilrechtliche Schutz des Arbeitnehmers gegen die ordentliche Kündigung, 1954, S. 6; Jobst/Bader: Der allgemeine Kündigungsschutz, AR-Blattei, (D) Kündigungsschutz I, 1981, I Übersicht, C; Otto: Personale Freiheit und soziale Bindung, 1978, S. 59; Preis: Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, 1987, S. 398; Schmidt: Kündigungsschutz außerhalb des KSchG, AR-Blattei, (D) Kündigungsschutz VIII, 1978, D I; Siebert: Unwirksamkeit der Kündigung wegen Sittenwidrigkeit oder Verstoßes gegen Treu und Glauben, BB 1952, S. 522, 524; Wank: Teilzeitbeschäftigte im Kündigungsschutzgesetz, ZIP 1986, S. 206, 210. Mit abweichender Begründung Leimert: § 242 BGB als Kündigungsschutzbestimmung, 1970, S. 34 ff., 55 f.

## 1. Treuwidrigkeit wegen widersprüchlichem Verhalten (*venire contra factum proprium*)

In der Literatur ist anerkannt, dass eine Kündigung, durch die sich der Arbeitgeber i.S.d. *venire contra factum proprium* in Widerspruch zu seinem

vorangegangenen Verhalten setzt, gegen § 242 BGB verstößt.<sup>819</sup> In der gerichtlichen Praxis wurde ein widersprüchliches Verhalten nur in wenigen nachfolgenden Fällen angenommen, zumeist jedoch mangels entsprechenden Sachvortrags abgelehnt<sup>820</sup>.

### a) Kündigung nach Versprechen einer Dauer- bzw. Lebensstellung

Bis in die sechziger Jahre des vergangenen Jh. hinein fanden sich in der Rechtsprechung Fälle, in denen der Arbeitgeber den Arbeitnehmer innerhalb der Wartefrist des § 1 KSchG gekündigt hatte, nachdem er ihn zuvor - u.U. unter Angebot einer Dauer- oder Lebensstellung - von seinem bisherigen Arbeitsplatz abgeworben hatte. Die Entlassungen wurden von der überwiegenden Meinung wegen

---

<sup>819</sup> *Ascheid/Preis/Schmidt (Preis)*: Großkomm. KSchR, 2004, Grundl. J, Rndr. 46; *Bader u.a. (Bader)*: KSchG, 56. Lief. 9/2005, § 13 KSchG Rndr. 58; *ErfK (Ascheid)*: Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2006, § 4 KSchG Rndr. 3; *Erman/Westermann (Hrsg.) (Belling)*: BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2000, § 620 BGB Rndr. 130; *Fiebig u.a. (Gallner)*: KSchG, 2. Aufl. 2004, § 1 KSchG Teil B Rndr. 90; *Herschel/Steinmann/Löwisch*: KSchG, 6. Aufl. 1984, § 1 KSchG Rndr. 55 i.V.m. vor § 1 KSchG Rndr. 42, § 23 KSchG Rndr. 15 i.V.m. vor § 1 KSchG Rndr. 42; *Hoyningen-Huene/Linck*: KSchG, 13. Aufl. 2002, § 13 KSchG Rndr. 89 i.V.m. 90; *Hueck*: KSchG, 7. Aufl. 1970, Einl. IV, Anm. 6 b i.V.m. 6 a; *Kittner u.a. (Däubler)*: KSchR, 6. Aufl. 2004, § 242 BGB Rndr. 6; *KR-Friedrich*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 13 KSchG, Rndr. 236 ff.; *Löwisch*: KSchG, 9. Aufl. 2004, Vorbem. zu § 1 KSchG Rndr. 81; *Palandt (Heinrichs)*: BGB, 65. Aufl. 2006, § 242 BGB Rndr. 61; *Soergel/Siebert (Kraft)*: BGB, Bd. 4/1, 12. Aufl. 1997, vor § 620 BGB Rndr. 71 f.; *Sowka (Hrsg.) (Bengelsdorf)*: KSchG, 2. Aufl. 2000, Teil H, § 13 KSchG Rndr. 77; *Staudinger (Neumann)*: BGB, 13. Bearb. 1995, Vorbem. zu § 620 BGB Rndr. 78; *Berger-Delhey*: Wartezeit und Kündigung - Aspekte der ordentlichen Kündigung des Arbeitgebers, NZA 1988, S. 790, 792; *Besgen*: Fragen zur Nichtigkeit, Sittenwidrigkeit und Treuwidrigkeit (Ungehörigkeit) einer Kündigung, AiB 1987, S. 182, 185; *Bopp*: Kündigung und Kündigungsschutzprozeß im Arbeitsrecht, 1980, S. 182; *Däubler*: Das Arbeitsrecht, Bd. 2, 7. Aufl. 1990, S. 490; *ders.*: Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, in Schmidt (Hrsg.): Arbeitsrecht und Arbeitsgerichtsbarkeit, FS Arbeitsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz, 1999, S. 271, 275; *Hetzel*: Das Arbeitsverhältnis im Kleinbetrieb, 1983, S. 211 f.; *Jobst/Bader*: Der allgemeine Kündigungsschutz, AR-Blattei, (D) Kündigungsschutz I, 1981, I Übersicht, C; *Kittner/Zwanziger (Appel)*: Arbeitsrecht: Handbuch für die Praxis, 3. Aufl. 2005, § 88 Rndr. 9; *Küttner*: Personalbuch 2002, 9. Aufl. 2002, S. 1484 Rndr. 26; *Leinemann (Hrsg.) (Isenhardt)*: KassHdb. z. ArbR., Bd. 2, 2. Aufl. 2000, 6.3. Rndr. 82; *Linck*: Die nichtige Kündigung, AR-Blattei, (SD) Kündigung III, Mängel der Kündigung, 1010.3, 67. Lief. 8/1999, Rndr. 60; *ders.*: Die treuwidrige Kündigung, FA 1999, S. 382, 385; *Löwisch*: Grenzen der ordentlichen Kündigung in kündigungsschutzfreien Betrieben, BB 1997, S. 782, 785; *Preis*: Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, 1987, S. 398; *Richardi/Wlotzke (Wank)*: MüHdb. z. ArbR., Bd. 2, 2. Aufl. 2000, § 119 Rndr. 113; *Schaub*: ArbR.-Hdb., 10. Aufl. 2002, § 123 Rndr. 80 a; *Schmidt*: Kündigungsschutz außerhalb des KSchG, AR-Blattei, (D) Kündigungsschutz VIII, 1978, D, II; *Spinti*: Der allgemeine Kündigungsschutz, AR-Blattei, (SD) Kündigungsschutz I, Übersicht, 1020.1, 41. Lief. 5/1997, Rndr. 166; *Stahlhacke/Preis/Vossen*: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9. Aufl. 2005, Rndr. 310.

<sup>820</sup> BAG v. 23.9.1976, AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Wartezeit m. Anm. Hueck; BAG v. 13.7.1978, AP Nr. 18 zu § 102 BetrVG 1972 m. Anm. Hueck; BAG v. 21.3.1980, AP Nr. 1 zu § 17 SchwbG; BAG v. 16.2.1989, AP Nr. 46 zu § 138 BGB m. Anm. Kramer; LAG Hamm v. 9.1.1981, ARST 1983, S. 62. Ohne konkreten Sachverhalt wurde darüber hinaus die Existenz dieser Fallgruppe erkannt durch BAG v. 24.10.1996, RzK I 8 1, Nr. 22; BAG v. 23.6.1994, AP Nr. 9 zu § 242 BGB; BAG v. 1.7.1999, NZA 2000, S. 437; BAG v. 21.2.2001, NZA 2001, S. 833, 835; BAG v. 5.4.2001, NZA 2001, S. 890, 891; LAG Düsseldorf v. 31.5.1978, BB 1978, S. 1266; LAG Düsseldorf v. 10.5.1988, LAGE § 138 BGB, Nr. 3; LAG Schleswig-Holstein v. 17.11.1997, RzK I 8 k, Nr. 11.

Treuwidrigkeit als nichtig erachtet.<sup>821</sup> Vereinzelt wurde dem Arbeitnehmer jedoch ein Schadensersatzanspruch nach den Grundsätzen des Verschuldens bei Vertragsschluss (*culpa in contrahendo*) zugesprochen<sup>822</sup>, da der Arbeitgeber bei den Vertragsverhandlungen verpflichtet sei, den abgeworbenen Arbeitnehmer über das grundsätzlich freie Kündigungsrecht des Arbeitgebers innerhalb der Wartezeit des § 1 KSchG 1951 und über die Leistungsanforderungen aufzuklären. Sei dies nicht erfolgt, begründe die Kündigung den Ersatzanspruch. Eine weitere Auffassung legte den Arbeitsvertrag nach Treu und Glauben dahingehend aus, dass die Parteien das Kündigungsrecht des Arbeitgebers für derartig treuwidrige Kündigungen nach Abwerbung stillschweigend ausgeschlossen hätten.<sup>823</sup> Bei dem zusätzlichen Angebot einer Dauer- oder Lebensstellung wurde angenommen, dass die Parteien die Geltung des allgemeinen Kündigungsschutzes bereits ab Beginn des Arbeitsverhältnisses vereinbart hätten.<sup>824</sup>

## b) **Stellungnahme**

Eine stillschweigende Vereinbarung über den Kündigungsausschluss bzw. über die vorzeitige Geltung des KSchG in den ersten sechs Monaten des neuen Arbeitsverhältnisses ist in den Abwerbefällen abzulehnen. In diesem Zeitraum soll der Arbeitgeber nach der Konzeption des KSchG die Leistungen, die Kenntnisse und die Persönlichkeit des Arbeitnehmers besser kennen lernen und sich gegebenenfalls leicht wieder von ihm lösen können.<sup>825</sup> Anders als bei einer ausdrücklichen Vereinbarung besteht im Fall der Abwerbung kein Anhaltspunkt, dass der Arbeitgeber auf diese Möglichkeit grundsätzlich verzichten will. Dem Arbeitgeber trifft auch bei der Abwerbung keine gesteigerte Verpflichtung, den Arbeitnehmer auf den anfänglich fehlenden Kündigungsschutz und die an ihn gestellten Leistungsanforderungen hinzuweisen. Bei jeder Begründung eines neuen Arbeitsverhältnisses kann der betreffende Arbeitnehmer rechtlich frei entscheiden, ob er den Vertrag abschließen will oder nicht. Bei der Abwerbung ist der Arbeitnehmer insofern in keiner schlechteren Situation, die eine gesteigerte Aufklärungspflicht des Arbeitgebers rechtfertigen würde. Aus diesem Grund ist ferner nicht ersichtlich, warum eine Kündigung nach Abwerbung treuwidrig sein soll. Auch in diesem Fall kann der Arbeitgeber erst nach Beschäftigungsbeginn feststellen, ob der

Arbeitnehmer tatsächlich den Vorstellungen entspricht, die ihn zur Abwerbung veranlasst haben. Allein die Tatsache der Abwerbung rechtfertigt nach den Grundsätzen des widersprüchlichen Verhaltens keine Einschränkung des Kündigungsrechts.

---

<sup>821</sup> LAG Kiel v. 14.11.1957, AP Nr. 2 zu § 1 KSchG 1951 Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses m. Anm. Herschel; ArbG Ludwigshafen, Zweigst. Landau v. 20.1.1969, ARST 1969, S. 70; *Herschel/Steinmann*: KSchG, 5. Aufl. 1961, § 12 KSchG Rndr. 1 a; *Hueck*: KSchG, 6. Aufl. 1968, Einl. III, Anm. 6 b i.V.m. 6 a; *Adomeit*: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 1962, S. 75 f.; *Müller*: Das Kündigungsschutzgesetz und Treu und Glauben unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, DB 1960, S. 1037, 1041; *Röhler*: Die ungehörige Kündigung, DB 1969, S. 1147 f.; *Schlessmann*: Die Kündigung von Arbeitsverhältnissen, 2. Aufl. 1965, S. 237.

<sup>822</sup> LAG Freiburg v. 8.11.1955, WA 1956, S. 20; LAG Baden-Württemberg, Außenk. Stuttgart v. 28.2.1961, BB 1961, S. 754; *Bötticher*: Die "sozial ungerechtfertigte Kündigung" im Sinne des KSchG vom 10.8.1951, MDR 1952, S. 260, 264. So auch noch BAG v. 12.12.1957, AP Nr. 2 zu § 276 BGB Verschulden bei Vertragsschluss m. Anm. Larenz; vergleichbar BAG v. 8.10.1959, AP Nr. 1 zu § 620 BGB schuldrechtliche Kündigungsbeschränkung m. Anm. Hueck.

<sup>823</sup> LAG Düsseldorf v. 30.8.1956, BB 1956, S. 1198; *Bötticher*: Die "sozial ungerechtfertigte Kündigung" im Sinne des KSchG vom 10.8.1951, MDR 1952, S. 260, 264.

<sup>824</sup> BAG v. 18.2.1967, AP Nr. 81 zu § 1 KSchG 1951 m. Anm. Hueck.

<sup>825</sup> Vgl. S. 92.

**c) Kündigung nach Einstellung trotz Kenntnis der politischen Vorbelastung**

1996 erklärte das BAG die Kündigung eines politisch belasteten, ehemaligen Ministerialmitarbeiters der DDR für treuwidrig.<sup>826</sup> Der neue Arbeitgeber hatte ihn in Kenntnis seiner Vergangenheit zunächst übernommen, anschließend jedoch gerade deswegen gekündigt.

**d) Stellungnahme**

Der Entscheidung ist zu zustimmen. Das Verhalten des Arbeitgebers kann nur als unverständlich und höchst widersprüchlich i.S.d. § 242 BGB angesehen werden. Der Arbeitgeber hätte sich bereits bei der Einstellung gut überlegen müssen, ob er diesen Mitarbeiter mit der ihm bekannten Vergangenheit wirklich einstellen will.

**e) Kündigung unter Berufung auf das freie Kündigungsrecht**

In einem 1978 vom LAG Düsseldorf entschiedenen Sachverhalt war einer Arbeitnehmerin zunächst fristlos gekündigt worden, weil sie die Arbeitgeberin zuvor angeblich gegenüber einer Reporterin als „betrügerische Firma“ bezeichnet haben sollte. Diesen Vorwurf konnte die Arbeitgeberin jedoch nicht beweisen. Sie zog sich deshalb auf die vorsorglich hilfsweise aufgrund dessen ebenfalls ausgesprochene fristgemäße, sachlich nicht gebundene Kündigung außerhalb des KSchG zurück. Das Gericht war daraufhin der Ansicht, die Arbeitgeberin könne sich außerhalb des Gesetzes nicht auf ihr formales Recht zur begründungslosen Kündigung berufen. Dieses Verhalten stehe im Widerspruch zu ihrem früheren Verhalten, also der Kündigung aus sachlichem Grund. Die Kündigung sei daher wegen groben Verstoßes gegen Treu und Glauben ungehörig und rechtsmissbräuchlich.<sup>827</sup>

**f) Stellungnahme**

Die Entscheidung des LAG ist abzulehnen. Bei dem Fall des venire contra factum proprium steht die Kündigung selbst im Widerspruch zu einem früheren Verhalten des Arbeitgebers. Hier hat der Arbeitgeber jedoch beide Kündigungen, die fristlose und die hilfsweise fristgemäße gleichzeitig ausgesprochen. Darin liegt kein widersprüchliches Verhalten. Es liegt auch nicht darin, dass er sich später im Verfahren auf die fristgemäße Kündigung berufen hat, als er feststellen musste, dass er mit der fristlosen Kündigung keinen Erfolg haben würde.

**g) Kündigung nach Umsetzung des Arbeitnehmers und anschließender Streichung des neuen Arbeitsplatzes**

Das LAG Bremen nahm 1996 ebenfalls einen Verstoß gegen § 242 BGB wegen widersprüchlichen Verhaltens an.<sup>828</sup> Der Arbeitgeber hatte dem Arbeitnehmer zunächst einen anderen Arbeitsplatz angeboten, wobei sein bisheriger Arbeitsplatz nicht wegfallen sollte. Nach vier Monaten kündigte der Arbeitgeber seinem Mitarbeiter wegen Streichung des neuen Arbeitsplatzes. Das LAG ging von der Nichtigkeit der Kündigung aus, da der Arbeitgeber einen Vertrauenstatbestand geschaffen habe, auf den sich der Arbeitnehmer verlassen dürfte.

---

<sup>826</sup> BAG v. 21.3.1996, zit. bei *KR-Friedrich*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. 236.

<sup>827</sup> LAG Düsseldorf v. 31.5.1978, BB 1978, S. 1266.

<sup>828</sup> LAG Bremen v. 14.6.1996, ARST 1996, S. 204, 207.



## **h) Stellungnahme**

Warum in diesem Fall ein besonderes Vertrauen des Arbeitnehmers entstanden sein soll, ist schwer nachvollziehbar. Davon hätte man vielmehr bei umgekehrter Sachlage ausgehen müssen. Wäre der alte Arbeitsplatz weggefallen und hätte der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zunächst anderweitig beschäftigen können, hätte dieser davon ausgehen können, dass seinem Chef weiterhin viel an ihm liegt, und er zunächst nicht mit einer Kündigung zu rechnen braucht.

## **i) Kündigung nach vorübergehender Äußerung des Weiterbeschäftigungswillens**

Das LAG Hessen bejahte 1997 in einer nicht veröffentlichten Entscheidung ebenfalls die Treuwidrigkeit einer Kündigung wegen widersprüchlichen Verhaltens.<sup>829</sup> Der Arbeitnehmer war einen Monat, nachdem der Betrieb infolge eines Betriebsübergangs zum Kleinbetrieb i.S.d. § 23 KSchG geworden war, trotz der vorherigen Zusicherung gekündigt worden, dass sich für ihn keine Änderungen ergeben würden. Das Gericht kam allerdings nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung. Es nahm aufgrund des beim Arbeitnehmer erweckten Vertrauens auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses die Weitergeltung des KSchG an.

Ähnlich hatte bereits 1968 das ArbG Hanau entschieden.<sup>830</sup> Auch hier war bei dem Arbeitnehmer durch eindeutige Aussagen des Arbeitgebers der Eindruck erweckt worden, dass er in der nächsten Zeit nicht mit einer Entlassung zu rechnen brauche. Die Kündigung war allerdings nur insoweit nichtig, als sie zu dem nächstzulässigen Termin nach der arbeitgeberseitigen Zusicherung des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses erfolgt war. Das Gericht meinte, weitere Folgerungen könnten dem vom Arbeitgeber geschaffenen Vertrauenstatbestand nicht entnommen werden. Insofern sei eine spätere Kündigung grundsätzlich möglich. Das führte im Ergebnis dazu, dass die ausgesprochene Kündigung in die nächst zulässige umgedeutet wurde.

## **j) Stellungnahme**

Welche Begründung der Entscheidung des LAG Hessen zugrunde lag, ist der Veröffentlichung nicht zu entnehmen. Es liegt jedoch nahe, dass die betriebliche Umgestaltung dem Zweck diene, den gesetzlichen allgemeinen Kündigungsschutz zukünftig auszuschließen. In diesem Fall ist eine so kurzfristige im Anschluss an die Betriebsänderung erfolgende Kündigung, nachdem bei dem Arbeitnehmer ein Vertrauen auf den Bestand des Arbeitsverhältnisses geweckt wurde, richtigerweise als widersprüchlich anzusehen. Da der Arbeitnehmer zuvor Kündigungsschutz genossen hatte, ist es auch sachgerecht, ihm diesen hier ausnahmsweise zu erhalten.

Dem Urteil des ArbG Hanau ist darin zuzustimmen, dass derartige Zusagen keinesfalls eine unbegrenzte Bindungswirkung entfalten können. Nach welcher Zeit der vom Arbeitgeber geschaffene Vertrauenstatbestand seine Bedeutung verliert, kann jedoch nur in Abhängigkeit vom jeweiligen Einzelfall bestimmt werden.

---

<sup>829</sup> LAG Hessen v. 11.11.1997, zit. bei *KR-Friedrich*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. 238.

<sup>830</sup> ArbG Hanau v. 15.8.1968, AuR 1969, S. 122.

### k) Kündigung nach Zuweisung einer Springerposition aufgrund häufiger Erkrankungen

Nach einer Entscheidung des Arbeitsgerichts Celle von 1979 war es widersprüchlich, dass einem Arbeitnehmer wegen häufiger Erkrankungen gekündigt wurde, obwohl ihm gerade deswegen zuvor eine Position als Springer zugewiesen worden war.<sup>831</sup> Weitere Ausführungen lassen sich der Veröffentlichung nicht entnehmen.

### l) Stellungnahme

Dieser Entscheidung ist zu folgen. Die Widersprüchlichkeit dieses Arbeitgeberverhaltens liegt auf der Hand.

## 2. Treuwidrigkeit wegen Kündigung kurz vor Beginn des allgemeinen gesetzlichen Kündigungsschutzes des KSchG

Bei Kündigungen kurz vor Beginn des allgemeinen Kündigungsschutzes i.S.d. KSchG handelt es um Entlassungen kurz vor Ablauf der Wartezeit des § 1 KSchG. Früher betraf dies auch Kündigungen kurz vor Erreichen der Mindestaltersgrenze des § 1 KSchG.<sup>832</sup>

Einen entsprechenden Fall hatte 1953 erstmalig die zweite Kammer des LAG Düsseldorf zu entscheiden.<sup>833</sup> Nach Ansicht der Richter war das KSchG aufgrund der analogen Anwendung des § 162 BGB ausnahmsweise auf den Sachverhalt anwendbar. Voraussetzung war allerdings, dass die Kündigung ausschließlich erfolgt war, um den Geltungsbeginn des Gesetzes zu vereiteln. Die Kündigung wurde als unzulässige Umgehung des KSchG angesehen. Anders urteilte kurz darauf die dritte Kammer des gleichen LAG. Sie lehnte einen Rechtsmissbrauch bei einer Kündigung kurz vor Ablauf der Wartezeit des § 1 KSchG 1951 grundsätzlich ab, machte jedoch keine näheren Ausführungen zur Begründung ihrer abweichenden Ansicht.<sup>834</sup>

Das BAG und die Literatur übernahmen in vergleichbaren Fällen den Ansatz der zweiten Kammer.<sup>835</sup> Ihrer Ansicht nach kommt in § 162 BGB der über das Recht der Bedingung hinaus wirkende, allgemeine Rechtsgrundsatz zum Ausdruck, dass sich eine Partei nicht auf den Eintritt oder Nichteintritt eines Ereignisses berufen kann, wenn sie in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise das betreffende Ereignis selbst herbeigeführt oder verhindert hat. Gegenüber der Rechtsprechung der zweiten Kammer des LAG Düsseldorf schränkte das BAG mit diesen Ausführungen ein, dass für den Treuverstoß nicht nur die Motivation des Arbeitgebers, den Eintritt des gesetzlichen Kündigungsschutz zu vereiteln, ausreichend sei, sondern besonders Umstände des Einzelfalles hinzutreten müssten, die dieses Verhalten letztlich treuwidrig erscheinen ließen. Im vorliegenden Fall, der eine Kündigung kurz vor Erreichen der früher bestehenden Mindestaltersgrenze zum Gegenstand hatte, verneinte das Gericht besondere Umstände.

---

<sup>831</sup> ArbG Celle v. 12.7.1979, ARST 1980, S. 79.

<sup>832</sup> Die Mindestaltersgrenze wurde 1976 aufgehoben, vgl. S. 89 f.

<sup>833</sup> LAG Düsseldorf v. 21.7.1953, DB 1953, S. 1096. Ebenso LAG Düsseldorf v. 16.6.1965, AR-Blattei, (D) Kündigungsschutz, Entscheidungen, Nr. 83.

<sup>834</sup> LAG Düsseldorf v. 30.10.1953, DB 1954, S. 216.

<sup>835</sup> BAG v. 20.9.1957, AP Nr. 34 zu § 1 KSchG 1951 m. Anm. Hueck; Hueck: KSchG, 6. Aufl. 1968, Einl. III, Anm. 6 b i.V.m. 6 a; Müller: Das Kündigungsschutzgesetz und Treu und Glauben unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, DB 1960, S. 1037, 1041. Kritisch Röhler: Die ungehörige Kündigung, DB 1969, S. 1147, 1149 f.

Bis heute wird diese Rechtsprechung fortgesetzt und ist von der Literatur allgemein anerkannt.<sup>836</sup> Danach gilt für eine Kündigung kurz vor Ablauf der Wartefrist nicht bereits dann der gesetzliche Kündigungsschutz des § 1 KSchG, wenn der Arbeitgeber nur den Eintritt des Kündigungsschutzes mit der Kündigung vereiteln und so einen möglichen Streit über die soziale Rechtfertigung der Kündigung vermeiden will. Dies soll erst der Fall sein, wenn sich die Vereitelung des Eintritts des gesetzlichen Kündigungsschutzes aufgrund weiterer besonderer Umstände des Einzelfalles als Verstoß gegen Treu und Glauben darstellt. Ansonsten mache der Arbeitgeber nur in zulässiger Weise von dem ihm zustehenden Kündigungsrecht Gebrauch. Bisher ging das BAG in keiner Entscheidung zur dieser Problematik von besonderen Umstände aus.

### 3. Stellungnahme

In den in der Praxis bekannt gewordenen Fälle kündigt der Arbeitgeber immer an dem letztmöglichen Termin, an dem er das Arbeitsverhältnis noch außerhalb des KSchG beenden kann, fristwährend zum nächstmöglichen Termin, der selbst jenseits der Wartefrist liegt. Beispielsweise kündigt der Arbeitgeber ein Arbeitsverhältnis, das am 1. Januar mit vierwöchiger Kündigungsfrist begründet wurde, am 30. Juni zum nächstmöglichen Termin, also zum 30. Juli.

Es ist jedoch auch eine andere Situation denkbar. Beispielsweise könnte der Arbeitgeber das gleiche Arbeitsverhältnis am 30. Juni auch zum 30.12. kündigen. Hier kündigt er früher als er eigentlich müsste. Wollte er den Arbeitnehmer erst zum Jahresende entlassen, wäre der letzte Kündigungstermin erst der 30.11. Durch die verfrühte Kündigung am 30. Juni (mit Zugang am gleichen Tag) erreicht er jedoch, dass er außerhalb des KSchG kündigen kann, obwohl der Arbeitnehmer letztlich über die Wartezeit hinaus bei ihm beschäftigt ist.

Der Arbeitgeber hat nach der gesetzlichen Wertung des § 1 KSchG grundsätzlich während der gesamten Wartezeit das Recht zu einer gegenüber dem KSchG einfacheren Lösbarkeit des Arbeitsverhältnisses. Will er mit seiner Kündigung den Eintritt des gesetzlichen Kündigungsschutzes vereiteln, kann ihm dies deshalb nicht als treuwidrig vorgeworfen werden. Dies gilt auch bei verfrühter Kündigung. Sie ist kein Missbrauch seines Kündigungsrechts, denn es besteht keine Verpflichtung des Arbeitgebers, bis zum letzten Termin zu warten, in dem er noch fristwährend zum nächsten Kündigungstermin kündigen kann.

Soweit die h.M. jedoch bei Vorliegen weiterer besonderer Umstände das KSchG durch Anwendung des Rechtsgedankens des § 162 BGB für anwendbar hält, kann ihr nicht gefolgt werden. Derartige Umständen können nur solche sein, die auch zu einem anderen Kündigungszeitpunkt außerhalb des

---

<sup>836</sup> BAG v. 28.9.1978, AP Nr. 19 zu § 102 BetrVG 1972; BAG v. 18.8.1982, AP Nr. 24 zu § 102 BetrVG 1972; BAG v. 5.3.1987, RzK I 4 d Wartezeit, Nr. 7; LAG Schleswig-Holstein v. 3.3.1983, DB 1983, S. 2260; LAG Hamm v. 19.1.1988, NZA 1988, S. 554; ArbG Wuppertal v. 11.2.1981, ARST 1981, S. 152; *Ascheid/Preis/Schmidt (Preis)*: Großkomm. KSchR, 2004, Grundl. J, Rndr. 50; *Bader u.a. (Bram)*: KSchG, 56. Lief. 9/2005, § 1 KSchG Rndr. 89; *Dorndorf u.a. (Dorndorf)*: KSchG, 4. Aufl. 2001, § 1 KSchG Rndr. 89; *ErfK (Ascheid)*: Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2006, § 1 KSchG Rndr. 92; *Hueck*: KSchG, 7. Aufl. 1970, § 1 KSchG Rndr. 17; *Kittner u.a. (Däubler)*: KSchR, 6. Aufl. 2004, § 242 BGB Rndr. 21; *KR-Friedrich*: KSchG, 3. Aufl. 1989, § 13 KSchG Rndr. 250; *ders.*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. 250; *Sowka* (Hrsg.) (*Bengelsdorf*): KSchG, 2. Aufl. 2000, Teil H, § 13 KSchG Rndr. 77; *Berger-Delhey*: Wartezeit und Kündigung - Aspekte der ordentlichen Kündigung des Arbeitgebers, NZA 1988, S. 790, 793; *Jobst/Bader*: Der allgemeine Kündigungsschutz, AR-Blattei, (D) Kündigungsschutz I, 1981, I Übersicht, C; *Knorr u.a.*: Handbuch des Kündigungsrechts, 4. Aufl. 1998, Kap. 9, Rndr. 28; *Spinti*: Der allgemeine Kündigungsschutz, AR-Blattei, (SD) Kündigungsschutz I, Übersicht, 1020.1, 41. Lief. 5/1997, Rndr. 168. Abl. *Herschel/Steinmann/Löwisch*: KSchG, 6. Aufl. 1984, § 1 KSchG Rndr. 54.

KSchG die Treuwidrigkeit begründen würden. Wegen des während der gesamten Wartezeit bestehenden Rechts zur leichteren Lösbarkeit stellt die h.M. jedoch eine nicht begründbare Besserstellung gegenüber anderen Fällen der Treuwidrigkeit dar. Die verfrühte Kündigung kann darüber hinaus nicht als ein besonderer Umstand im Sinne der h.M. angesehen werden, da das Gesetz eine derartige Einschränkung der Wartefrist bisher nicht zulässt. Eine andere Bewertung der verfrühten Kündigung ist insofern auch nur durch den Gesetzgeber möglich.

#### 4. Treuwidrigkeit wegen Kündigung zur Unzeit

Die Kündigung kann zwar grundsätzlich an jedem Ort und zu jeder Zeit erfolgen. Trotzdem können der Ort des Zugangs und der Zugangszeitpunkt wegen Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben nach h.M. in Ausnahmefällen zur Unwirksamkeit einer Kündigung führen.<sup>837</sup>

In den fünfziger Jahren des letzten Jh. wurde die unzeitige Kündigung nur im Schrifttum diskutiert.<sup>838</sup> Als Beispiele wurden Kündigungen bei geselligen oder gesellschaftlichen Zusammenkünften<sup>839</sup>, auf der Toilette sowie vor versammelter Betriebsbelegschaft genannt. Sie sind bis heute als unzeitige Kündigungen anerkannt.<sup>840</sup>

Die erste Entscheidung der Rechtsprechung erfolgte 1960. Das BAG bestätigte die Treuwidrigkeit einer unmittelbar vor den Weihnachtsfeiertagen ausgesprochenen Kündigung. Nach Ansicht des Gerichts ergab sich für den Arbeitnehmer aufgrund des Zugangszeitpunkts eine besondere seelische Härte.<sup>841</sup> Die Kündigung war daher unwirksam.

---

<sup>837</sup> BAG v. 14.11.1984, AP Nr. 88 zu § 626 BGB; BAG v. 12.7.1990, AP Nr. 87 zu § 613 a BGB; BAG v. 23.6.1994, AP Nr. 9 zu § 242 BGB; BAG v. 24.10.1996, RzK I 8 I, Nr. 22; BAG v. 21.2.2001, NZA 2001, S. 833, 835; BAG v. 5.4.2001, NZA 2001, S. 890, 891; LAG Hamburg v. 24.2.1986, NZA 1986, S. 478; LAG Schleswig-Holstein v. 17.11.1997, RzK I 8 k, Nr. 11; ArbG Passau v. 13.5.1987, ARST 1988, S. 52; *Ascheid/Preis/Schmidt (Preis)*: Großkomm. KSchR, 2004, Grundl. J, Rndr. 47; *Bader u.a. (Bader)*: KSchG, 56. Lief. 9/2005, § 13 KSchG Rndr. 58; *Dorndorf u.a. (Dorndorf)*: KSchG, 4. Aufl. 2001 § 13 KSchG Rndr. 114; *Fiebig u.a. (Pfeiffer)*: KSchG, 2. Aufl. 2004, § 13 KSchG, Rndr. 74; *Herschel/Steinmann/Löwisch*: KSchG, 6. Aufl. 1984, § 1 KSchG Rndr. 55 i.V.m. vor § 1 KSchG Rndr. 42, § 23 KSchG Rndr. 15 i.V.m. vor § 1 KSchG Rndr. 42; *KR-Friedrich*: KSchG, 3. Aufl. 1989, § 13 KSchG Rndr. 248 ff.; *ders.*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. 248; *Sowka (Hrsg.) (Meisel)*: KSchG, 2. Aufl. 2000, Teil H, § 1 KSchG Rndr. 56; *Staudinger (Neumann)*: BGB, 13. Bearb. 1995, vor § 620 BGB Rndr. 79; *Besgen*: Fragen zur Nichtigkeit, Sittenwidrigkeit und Treuwidrigkeit (Ungehörigkeit) einer Kündigung, AiB 1987, S. 182, 186; *Bopp*: Kündigung und Kündigungsschutzprozeß im Arbeitsrecht, 1980, S. 182; *Hetzel*: Das Arbeitsverhältnis im Kleinbetrieb, 1983, S. 211; *Kittner/Zwanziger (Appel)*: Arbeitsrecht: Handbuch für die Praxis, 3. Aufl. 2005, § 88 Rndr. 11; *Knorr u.a.*: Handbuch des Kündigungsrechts, 4. Aufl. 1998, Kap. 9, Rndr. 8; *Oetker*: Gibt es einen Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes?, AuR 1997, S. 41, 47; *Preis*: Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, 1987, S. 398; *Röhler*: Die ungehörige Kündigung, DB 1969, S. 1147, 1149; *Sedelies*: Arbeitsrechtliche Probleme im Umgang mit der Immunschwäche AIDS, 1992, S. 143; *Stahlhacke/Preis/Vossen*: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9. Aufl. 2005, Rndr. 311 f.

<sup>838</sup> *Böttcher*: Die "sozial ungerechtfertigte Kündigung" im Sinne des KSchG vom 10.8.1951, MDR 1952, S. 260, 264; *Schlessmann*: Die Kündigung von Arbeitsverhältnissen, 2. Aufl. 1965, S. 237; *Siebert*: Treu und Glauben im Kündigungsschutzrecht, BB 1960, S. 1029, 1030 f.

<sup>839</sup> Z.B. in einer Theaterpause, beim Kirchgang am Sonntag, bei einer Hochzeitsfeier.

<sup>840</sup> Vgl. Fn. 837.

<sup>841</sup> BAG v. 14.7.1960, AP Nr. 13 zu § 123 BGB m. Anm. Hueck.

In einer Entscheidung von 1964 urteilte das BAG hingegen, dass die Kündigung zur Unzeit Umstände betreffe, die bei der Prüfung der Sozialwidrigkeit der Kündigung zu berücksichtigen seien.<sup>842</sup> Das Gericht begründete seine Entscheidung damit, dass nach eigener, nicht weiter angegebener Rechtsprechung zur Prüfung im Rahmen des § 1 KSchG eine umfassende Abwägung aller Umstände gehöre, die einen gerecht und sozial denkenden Arbeitgeber dazu bestimmen könnten, eine ordentliche Kündigung auszusprechen oder von ihr abzusehen. Zu diesen Umständen zählte das BAG auch den Zugangszeitpunkt. Unzeitige Kündigungen sollten deshalb außerhalb des KSchG nicht zum Rechtsmissbrauch i.S.d. § 242 BGB führen können.

In der nächsten Entscheidung über eine unzeitige Kündigung nahm das BAG 1984 diese Rechtsprechung zwanzig Jahre später ohne Erläuterung des Meinungswechsels wieder zurück und berücksichtigte die Kündigung zur Unzeit erneut bei der Prüfung des § 242 BGB.<sup>843</sup> Zugleich knüpfte es die Treuwidrigkeit einer unzeitigen Kündigung an strengere Voraussetzungen. Die Kündigung war dem Arbeitnehmer in dem zur Entscheidung anstehenden Fall am Vormittag des 24.12. zugegangen. Das BAG stellte fest, dass sich die Treuwidrigkeit einer Kündigung nicht alleine aus dem Zugangszeitpunkt ergeben könne. Hinzukommen müsse eine Beeinträchtigung berechtigter Interessen des Erklärungsempfängers, insbesondere auf Achtung seiner Persönlichkeit. Sie sei beispielsweise anzunehmen, wenn der Arbeitgeber absichtlich oder aufgrund einer auf Missachtung der persönlichen Belange des Arbeitnehmers beruhenden Gedankenlosigkeit einen Zugangszeitpunkt wähle, der den Arbeitnehmer besonders beeinträchtige. Davon ging das BAG bei der zu prüfenden Kündigung nicht aus und verneinte einen Treueverstoß. Die schutzwürdigen Interessen des Arbeitnehmers seien bei einem Zugang der Kündigung am 24.12. nicht beeinträchtigt, da der Heilige Abend für einen Großteil der Arbeitnehmer ein Arbeitstag sei. Das ArbG Passau entschied 1987 genau entgegengesetzt. Es erachtete eine dem Arbeitnehmer am Nachmittag des 24.12. zugehende Kündigung wegen Rechtsmissbrauchs als nichtig.<sup>844</sup> Die Wahl des Zugangszeitpunkts beruhte nach Auffassung des Gerichts auf einer die persönlichen Belange des Arbeitnehmers missachtenden Gedankenlosigkeit des Arbeitgebers.

Bis heute prüft das BAG die unzeitige Kündigung weiterhin im Rahmen des § 242 BGB.<sup>845</sup> 1990 lehnte es die Treuwidrigkeit einer Kündigung ab, die der Arbeitnehmerin kurz nach einer Fehlgeburt zugeht.<sup>846</sup> Es führte an, dass bei Beendigung einer Schwangerschaft durch eine Fehlgeburt, d.h. durch den Abgang eines nicht lebensfähigen Fötus, kein Kündigungsschutz nach dem MuSchG bestehe. Wenn aber die mit einer Fehlgeburt verbundenen physischen und psychischen Belastungen kündigungsschutzrechtlich nicht besonders berücksichtigt würden, könne die Kündigung auch nicht aufgrund des Zugangszeitpunkts nach § 242 BGB unwirksam sein. Sonstige Umstände, aus denen sich die Ungehörigkeit der Kündigung hätte ergeben können, lagen nach Ansicht des Gerichts nicht vor.

Zu dem gleichen Ergebnis kam das Gericht auch 2001.<sup>847</sup> Die Arbeitnehmerin war in diesem Fall wegen der psychischen Belastungen im Zusammenhang mit der unheilbaren Krebserkrankung ihres Lebensgefährten arbeitsunfähig geschrieben worden. In den Zeitraum der Arbeitsunfähigkeit fiel zum einen der Tod des Lebensgefährten und zum anderen die ihr acht Tage später zugehende Kündigung des Arbeitgebers. Das BAG erkannte zwar die belastende Situation der Arbeitnehmerin im Zeitpunkt

---

<sup>842</sup> BAG v. 14.5.1964, AP Nr. 5 zu § 242 BGB Kündigung m. Anm. Herschel.

<sup>843</sup> BAG v. 14.11.1984, AP Nr. 88 zu § 626 BGB.

<sup>844</sup> ArbG Passau v. 13.5.1987, ARST 1988, S. 52.

<sup>845</sup> BAG v. 12.7.1990, AP Nr. 87 zu § 613 a BGB; BAG v. 23.6.1994, AP Nr. 9 zu § 242 BGB; BAG v. 24.10.1996, RzK I 8 I, Nr. 22; BAG v. 21.2.2001, NZA 2001, S. 833, 835; BAG v. 5.4.2001, NZA 2001, S. 890, 891.

<sup>846</sup> BAG v. 12.7.1990, AP Nr. 87 zu § 613 a BGB.

<sup>847</sup> BAG v. 5.4.2001, NZA 2001, S. 890, 891.

der Kündigung an. Es lehnte jedoch einen Verstoß gegen § 242 BGB mit der Begründung ab, dass es keinen Sonderkündigungsschutz wegen des Todes eines nahen Angehörigen, des Ehegatten oder des Lebensgefährten gebe.

In Einklang mit der Rechtsprechung des BAG entschied 1985 das LAG Bremen über die Entlassung eines Arbeitnehmers außerhalb des KSchG im Anschluss an einen schweren Arbeitsunfall.<sup>848</sup> Die schriftliche Kündigung wurde ihm unmittelbar danach im Krankenhaus durch den Beauftragten des Arbeitgebers kurz vor einer Operation ausgehändigt. Die Kündigung erfolgte zwar nachweisbar aus betriebsbedingten Gründen. Nach Ansicht des Gerichts war jedoch unbeachtlich, dass die Kündigung durch einen sachlichen Grund bedingt war. Sie sei alleine aufgrund des Zugangszeitpunkts nach dem schweren Arbeitsunfall kurz vor der Operation wegen Treuwidrigkeit nach § 242 BGB nichtig.<sup>849</sup> Der Arbeitgeber habe in gedankenloser Weise rücksichtslos die persönlichen Belange des Arbeitnehmers missachtet. Er hätte dem Arbeitnehmer die Möglichkeit geben müssen, sich in der bestehenden Situation ganz auf sich selbst zu konzentrieren. Eine Operation sei ungeachtet der erlittenen Verletzungen immer ein Risiko für Leib und Leben. Demgegenüber hätte der Arbeitgeber die Kündigung nach Ansicht des Gerichts durchaus auch angemessene Zeit nach der Operation auszusprechen können, ohne dass der Arbeitnehmer dann bereits unter das KSchG gefallen wäre.

Nicht durchsetzen konnte sich die vereinzelte, nicht weiter begründete Ansicht, dass die gerichtliche Geltendmachung der unzeitigen Kündigung ihre sofortige bzw. eine zeitlich angemessene Zurückweisung erfordere.<sup>850</sup> Lediglich in der gerichtlichen Entscheidung des LAG Bremen<sup>851</sup> findet sich der knappe Hinweis, dass die Zurückweisung der Kündigung eine vertragliche Nebenpflicht sei, deren Nichtbeachtung seinerseits § 242 BGB verletze.

## 5. Stellungnahme

Der Zugangszeitpunkt und Zugangsort einer Kündigung sind nicht Bestandteil des Motivs sondern äußere Umstände. Sie können außerhalb des KSchG in Bezug auf § 242 BGB von Bedeutung sein. Hier muss gelten, dass Kündigungsort und -zeitpunkt zwar grundsätzlich frei sind, der Arbeitgeber den Bogen allerdings auch nicht überspannen darf, sondern berechnete Interessen des Arbeitnehmers zu beachten hat. Als berechtigtes Interesse ist auf jeden Fall das elementarste Interesse eines Menschen, sein Recht auf Achtung der eigenen Persönlichkeit, zu berücksichtigen. Wann es durch Ort oder Zeitpunkt des Zugangs einer Kündigung in besonderem Masse verletzt wird, kann nur anhand des Einzelfalls entschieden werden.

Die zu Anfang dieser Fallgruppe angesprochenen klassischen Beispiele sind entwürdigend und grundsätzlich geeignet, Arbeitnehmer bloßzustellen. Sie sind eine massive Missachtung der Persönlichkeit des Arbeitnehmers.

---

<sup>848</sup> LAG Bremen v. 29.10.1985, LAGE § 242 BGB, Nr. 1 m. Anm. Buchner.

<sup>849</sup> Eine Sittenwidrigkeit verneinte das Gericht jedoch, vgl. S. 135.

<sup>850</sup> LAG Bremen v. 29.10.1985, LAGE § 242 BGB, Nr. 1 m. Anm. Buchner; *Erman/Westermann* (Hrsg.) (*Belling*): BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2000, § 620 BGB Rndr. 131; *KR-Wolf*: KSchG, 3. Aufl. 1989, Grunds. Rndr. 279; *Staudinger (Neumann)*: BGB, 11. Aufl. 1958, vor § 620 BGB Rndr. 56; *Hueck/Nipperdey*: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 1, 7. Aufl. 1963, S. 554. Ausdrücklich abl. *KR-Friedrich*: KSchG, 3. Aufl. 1989, § 13 KSchG Rndr. 257 b; *ders.*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. 257 b m.w.N.

<sup>851</sup> LAG Bremen v. 29.10.1985, LAGE § 242 BGB, Nr. 1 m. Anm. Buchner.

Bei Zugang einer Kündigung am Heiligen Abend sind verschiedene Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Zum einen ist der 24.12. rechtlich ein Werktag. Andererseits haben viele Arbeitnehmer an diesem Tag frei, ohne dafür Urlaub nehmen zu müssen. Jedoch gibt es auch Menschen, für die es ein ganz normaler voller oder zumindest halber Arbeitstag ist. Darüber hinaus feiert in Deutschland zwar die Mehrheit der Bevölkerung dieses christliche Fest. Für viele Arbeitnehmer hat es jedoch nicht unbedingt eine besondere Bedeutung, sei es, dass sie sich vom christlichen Glauben losgesagt haben oder einer Glaubensrichtung angehören, die die Geburt von Jesus nicht begehrt. Insofern wird die Beurteilung stark von den Einzelfallumständen abhängen. Beispielsweise wird eine Kündigung am Abend des Heiligen Abends regelmäßig nicht treuwidrig sein, wenn der Arbeitnehmer zu diesem Zeitpunkt arbeitet. Das entgegengesetzte Ergebnis wird hingegen der Fall sein, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer der bereits zu Hause mit der Familie feiert, die Kündigung an der Haustür übergibt.

In dem vom BAG 1990 entschiedenen Fall ist richtigerweise die gesetzliche Wertung des § 9 MuSchG zu berücksichtigen. Wenn bereits der Sonderkündigungsschutz dieses Gesetzes bei der Kündigung nach einer Fehlgeburt ausscheidet, kann sie nicht wegen des Zugangszeitpunkts treuwidrig sein. Damit würde letztlich der Ausschluss aus § 9 MuSchG umgangen.

Im Fall des LAG Bremen von 1985 war hingegen zu Recht eine besondere Beeinträchtigung der Persönlichkeit des Gekündigten angenommen worden. Die Kündigung erfolgte zum einen nach einem schweren Unfall, den sich der Arbeitnehmer bei Erfüllung seiner arbeitsvertraglichen Leistungsverpflichtung zugezogen hatte. Ferner befand er sich im Krankenhaus, und die Operation stand unmittelbar bevor, als ihm das Kündigungsschreiben überbracht wurde.

Von der in diesem Fall durch die Kündigungsumstände unnötig gesteigerten Belastung des Arbeitnehmers unterscheidet sich der vom BAG 2001 entschiedene Sachverhalt. Auch hier stand die Betroffene durch den Tod des Lebensgefährten zwar unter einem großen seelischen Druck. Der Partner war jedoch bereits acht Tage vor Zugang der Kündigung gestorben, und der Arbeitgeber kannte den Todeszeitpunkt nicht. Infolgedessen konnte er auch nicht davon ausgehen, dass in der Zeit, als die Kündigung zugeht, nach normalem Ablauf die Beerdigung stattfinden würde. Ein anderes Ergebnis wäre demgegenüber sachgerecht gewesen, wenn der Arbeitgeber die Kündigung der Arbeitnehmerin auf der Beerdigung selbst überreicht hätte. Diese Missachtung jeglichen Anstandsgefühls hätte die Persönlichkeit der Trauernden in besonderem Masse verletzt.

## 6. Treuwidrigkeit wegen Kündigung in verletzender oder beleidigender Form

1960 hat Siebert erstmalig geäußert, dass eine Kündigung auch aufgrund ihres Ausspruchs in verletzender oder beleidigender Form gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßen könne.<sup>852</sup> Als Beispiel nannte er die Kündigung, die einem langjährigen Mitarbeiter durch die Sekretärin des Arbeitgebers übermittelt wurde.<sup>853</sup> Weitere Beispiele enthielt eine Entscheidung des LAG Baden-Württemberg von 1967.<sup>854</sup> Treuwidrig sollte demnach die Kündigung vor dem Fabrikator durch den Pförtner, oder die Kündigung durch einen bevollmächtigten Lehrling sein. Das Gericht betonte allerdings, dass scharfe oder sogar verletzende Formulierungen im Kündigungsschreiben grundsätzlich

---

<sup>852</sup> *Siebert*: Treu und Glauben im Kündigungsschutzrecht, BB 1960, S. 1029, 1030 f.; so auch *Schlessmann*: Die Kündigung von Arbeitsverhältnissen, 2. Aufl. 1965, S. 237.

<sup>853</sup> Diesen Fall hatte das LAG München 1949 unter § 138 BGB subsumiert, LAG München v. 6.7.1949, AP 1950, Nr. 179 m. Anm. Hueck.

<sup>854</sup> LAG Baden-Württemberg v. 29.9.1967, BB 1968, S. 334.

nicht zu missbilligen seien. Die Wortwahl sei jedoch ausnahmsweise grob treuwidrig, wenn sie „völlig aus der Luft gegriffen wäre“<sup>855</sup>.

Einen weiteren Fall hatte die Rechtsprechung bis heute nicht zu entscheiden. Trotzdem ist die Fallgruppe der sog. ungehörigen Kündigung anerkannt.<sup>856</sup> Der Arbeitgeber müsse bei Ausspruch einer Kündigung grundsätzlich eine die Persönlichkeit des Arbeitnehmers achtende Formulierung wählen. Sein übriges Verhalten habe angemessen zu sein. Deshalb seien Aussprüche wie „Du blöde Sau, hau ab“, „Du Mörder, Du Verbrecher, du gehörst hinter Schloss und Riegel“ oder „Dich blöden Gewerkschaftsspitzen will ich in meinem Betrieb nicht mehr sehen“ als treuwidrig zu missbilligen.

## 7. Stellungnahme

Ähnlich wie hinsichtlich des Zugangsorts und des Zugangzeitpunkts hat der Arbeitgeber auch in Bezug auf die Wortwahl einer Kündigung die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten. Die obigen Ausdrücke sind Beispiele, die das Recht des Arbeitnehmers auf Achtung seiner Persönlichkeit besonders beeinträchtigen und führen zu einem Treuerverstoß der Kündigung.

Seit Einführung des Schriftformerfordernisses des § 623 BGB<sup>857</sup> für jede Art der Kündigung am 1.5.2000 stellt sich die Frage, welche Auswirkungen entsprechende mündliche Äußerungen auf die Wirksamkeit haben. Man wird je nach den Umständen des Einzelfalls differenzieren müssen. Erfolgt eine derart persönlichkeitsverletzende Äußerung, ohne dass dem Arbeitnehmer unmittelbar danach eine schriftliche Kündigung zugeht, liegt eine selbständige Kündigung vor, die über die Treuwidrigkeit hinaus wegen Verletzung der Formvorschrift des § 623 BGB nach § 125 S. 1 BGB unwirksam ist. Da das Gesetz keine Heilungsmöglichkeit vorsieht, muss der Arbeitgeber bei fortbestehendem Kündigungsentschluss die Kündigung unter Einhaltung der Schriftform erneut aussprechen. Sofern er dann keine Formulierungen wählt, die den Achtungsanspruch des Arbeitnehmers besonders

---

<sup>855</sup> LAG Baden-Württemberg v. 29.9.1967, BB 1968, S. 334.

<sup>856</sup> BAG v. 23.9.1976, AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Wartezeit m. Anm. Hueck; BAG v. 16.2.1989, AP Nr. 46 zu § 138 BGB m. Anm. Kramer; BAG v. 23.6.1994, AP Nr. 9 zu § 242 BGB; BAG v. 24.10.1996, RzK I 8 1, Nr. 22; BAG v. 21.2.2001, NZA 2001, S. 833; BAG v. 5.4.2001, NZA 2001, S. 890, 891; LAG Düsseldorf v. 10.5.1988, LAGE § 138 BGB, Nr. 3; LAG Schleswig-Holstein v. 17.11.1997, RzK I 8 k, Nr. 11; *Ascheid/Preis/Schmidt (Biebl)*: Großkomm. KSchR, 2004, § 13 KSchG, Rndr. 58; *Dorndorf u.a. (Dorndorf)*: KSchG, 4. Aufl. 2001, § 13 KSchG, Rndr. 113; *ErfK (Ascheid)*: Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2006, § 4 KSchG, Rndr. 3; *Fiebig u.a. (Pfeiffer)*: KSchG, 2. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. 74; *Herschel/Steinmann/Löwisch*: KSchG, 6. Aufl. 1984, § 1 KSchG Rndr. 55 i.V.m. vor § 1 KSchG Rndr. 42, § 23 KSchG Rndr. 15 i.V.m. vor § 1 KSchG Rndr. 42; *Kittner u.a. (Däubler)*: KSchR, 6. Aufl. 2004, § 242 BGB Rndr. 17; *KR-Friedrich*: KSchG, 3. Aufl. 1989, § 13 KSchG Rndr. 243 ff.; *ders.*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 13 KSchG, Rndr. 243 ff.; *Löwisch*: KSchG, 9. Aufl. 2004, Vorbem. zu § 1 KSchG Rndr. 81; *Palandt (Heinrichs)*: BGB, 65. Aufl. 2006, § 242 BGB Rndr. 61; *Sowka (Hrsg.) (Bengelsdorf)*: KSchG, 2. Aufl. 2000, Teil H, § 13 KSchG Rndr. 77; *Berger-Delhey*: Wartezeit und Kündigung - Aspekte der ordentlichen Kündigung des Arbeitgebers, NZA 1988, S. 790, 792; *Boemke*: Kündigungsschutz in Kleinbetrieben, WiB 1997, S. 617, 619; *Däubler*: Das Arbeitsrecht, Bd. 2, 7. Aufl. 1990, S. 490; *Hetzl*: Das Arbeitsverhältnis im Kleinbetrieb, 1983, S. 211; *Knorr u.a.*: Handbuch des Kündigungsrechts, 4. Aufl. 1998, Kap. 9, Rndr. 8; *Leinemann (Hrsg.) (Isenhardt)*: Hdb. z. ArbR., 285. Lief. 12/2005, Gruppe 5, Teilbereich 1, Kündigung, Rndr. 82; *Preis*: Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, 1987, S. 398; *Richardt/Wlotzke*: MüHdb. z. ArbR., Bd. 2, 2. Aufl. 2000, § 119, Rndr. 118; *Schmidt*: Kündigungsschutz außerhalb des KSchG, AR-Blattei, (D) Kündigungsschutz VIII, 1978, D, II; *Spinti*: Der allgemeine Kündigungsschutz, AR-Blattei, (SD) Kündigungsschutz I, Übersicht, 1020.1, 41. Lief. 5/1997, Rndr. 166. Die aufgrund ihrer verletzenden Form rechtsmissbräuchliche Kündigung wurde nur von *MüKo-Schwerdtner*: BGB, Bd. 3, 1. Aufl. 1980, vor § 620 BGB Rndr. 116 abgelehnt.

<sup>857</sup> Eingefügt durch das Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung des arbeitsgerichtlichen Verfahrens v. 30.3.2000, BGBl. I 2002, S. 333, in Kraft getreten am 1.5.2000.



beinträchtigen, können die vorherigen mündlichen Äußerungen keine Wirkung mehr entfalten. Die Kündigung wäre jedoch ebenfalls treuwidrig, wenn der Arbeitgeber die vorhergehenden mündlichen Äußerungen in dem Kündigungsschreiben aufgreifen würde. Dazu wird es jedoch kaum kommen, da sich die Emotionen zum Zeitpunkt der schriftlichen Kündigung in der Regel beruhigt haben dürften, so dass sie eher sachlich formuliert sein wird.

Stehen die verbalen persönlichkeitsverletzenden Formulierungen hingegen in direktem zeitlichem Zusammenhang mit einer der Schriftform genügenden Kündigung, enthalten sie keine isolierte mündliche Kündigung. Hier liegt vielmehr eine Kündigung vor, die dem Erfordernis des § 623 BGB genügt, jedoch wegen Treuwidrigkeit nach § 242 BGB unwirksam ist.

Die mündlichen Äußerungen und die schriftliche Kündigung bilden eine rechtliche Einheit, deren Wirksamkeit insgesamt zu beurteilt ist. Dies beispielsweise wäre der Fall, wenn der Arbeitgeber nach der Entladung seiner Emotionen ohne zeitliche Verzögerung die schriftliche Kündigung ausfertigt bzw. ausfertigen lässt, und sie anschließend umgehend dem betreffenden Arbeitnehmer zugeht. Eine untrennbare Verbindung ist ferner anzunehmen, wenn einem anwesenden Arbeitnehmer die schriftliche Kündigung begleitet von mündlichen Persönlichkeitsverletzungen übergeben wird.

## 8. Treuwidrigkeit wegen Kündigung nach Verwirkung des Kündigungsrechts

Der Arbeitgeber kann sein Kündigungsrecht durch Verwirkung verlieren. Dazu muss er trotz Kenntnis des Kündigungsgrundes längere Zeit vergehen lassen, ohne das Kündigungsrecht auszuüben. Der Arbeitnehmer darf insofern davon ausgehen, dass der Arbeitgeber ihm aus diesem Grund nicht mehr kündigen wird.<sup>858</sup>

In den fünfziger und sechziger Jahren des vergangenen Jh. war umstritten, ob eine Kündigung nach Verwirkung des Kündigungsrechts treuwidrig ist. Im Schrifttum wurde die Verwirkung des Kündigungsrechts überwiegend als Umstand erachtet, der außerhalb der Sozialwidrigkeit im Rahmen des § 242 BGB zur Unwirksamkeit der Kündigung führen könne.<sup>859</sup> Von einer Seite wurde die Verwirkung demgegenüber als Umstand i.S.d. § 1 Abs. 2 KSchG 1951 berücksichtigt.<sup>860</sup> Der Arbeitnehmer könne sich darauf berufen, dass kein Kündigungsgrund mehr vorläge. Dies sei der Grundtatbestand der sozialwidrigen Kündigung nach dem KSchG.

In diesem Sinne äußerte sich 1964 auch das BAG in der Entscheidung, in der es auch die unzeitige Kündigung § 1 KSchG zuordnete, allerdings ohne Bezug zum konkreten Sachverhalt.<sup>861</sup> Da die Begründung des Gerichts sich auf beide Situationen bezog, wird insofern auf die obige Darstellung verweisen.<sup>862</sup>

---

<sup>858</sup> *KR-Etzel*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 1 KSchG Rndr. 25 m.w.N.; *KR-Friedrich*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. 239 m.w.N.; *Röhler*: Die ungehörige Kündigung, DB 1969, S. 1147, 1148 m.w.N.

<sup>859</sup> *Auffarth/Müller*: KSchG, 1960, § 1 KSchG Rndr. 117; *Adomeit*: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 1962, S. 76; *Böttcher*: Die "sozial ungerechtfertigte Kündigung" im Sinne des KSchG vom 10.8.1951, MDR 1952, S. 260, 264; *Hueck/Nipperdey*: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 1, 7. Aufl. 1963, S. 559 i.V.m. dort Fn. 80; *Joachim*: Die sittenwidrige Kündigung, DBetrV 1957, S. 221, 224; *Röhler*: Die ungehörige Kündigung, DB 1969, S. 1147, 1148; *Siebert*: Treu und Glauben im Kündigungsschutzrecht, BB 1960, S. 1029, 1030.

<sup>860</sup> *Herschel/Steinmann*: KSchG, 4. Aufl. 1958, vor § 1 KSchG Rndr. 3; *ders.*: KSchG, 5. Aufl. 1961, vor § 1 KSchG Rndr. 3.

<sup>861</sup> BAG v. 14.5.1964, AP Nr. 5 zu § 242 BGB Kündigung m. Anm. Herschel.

<sup>862</sup> Vgl. S. 161.

Das LAG Schleswig-Holstein stellte 1997 ohne weitere Ausführungen fest, dass die Verwirkung des Kündigungsrechts ein bei § 242 BGB zu berücksichtigender Umstand sei, jedoch der Sachverhalt für einen Verstoß keine Anhaltspunkte enthalte.<sup>863</sup> Diese Ansicht wird bis heute ohne nähere Begründung auch von der h.L. vertreten.<sup>864</sup>

## 9. Stellungnahme

Mit dem anerkannten Rechtsinstitut der Verwirkung wird das Vertrauen des Arbeitnehmers auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses als schützenswerter anerkannt, als das Beendigungsinteresse des Arbeitgebers, wenn nach dem Entstehen des Kündigungsgrundes eine gewisse Zeit vergangen ist. Deshalb darf eine Kündigung keine Wirkung mehr entfalten, die nach Eintritt der Verwirkung erfolgt. Man kann sie als einen besonderen Fall des widersprüchlichen Verhaltens verstehen. Die Kündigung steht quasi im Widerspruch zu dem vorhergehenden Untätigbleiben des Arbeitgebers. Sie ist treuwidrig.

## 10. Treuwidrigkeit wegen Kündigung nach Verzicht bzw. Verzeihung

Hat der Arbeitgeber auf sein Kündigungsrecht verzichtet bzw. hat er dem Arbeitnehmer den Kündigungsanlass verziehen, ist eine anschließende auf diesen Anlass gestützte Kündigung treuwidrig i.S.d. § 242 BGB.<sup>865</sup> Diesem Fall des Treueverstoßes kommt allerdings weder in der Praxis noch im Schrifttum Bedeutung zu.

## 11. Treuwidrigkeit wegen Missbrauch der unternehmerischen Organisationsfreiheit

In zwei Entscheidungen von 1998 und 1999 äußerte das BAG die allgemeine Ansicht, dass eine Kündigung grundsätzlich unter dem Gesichtspunkt des Missbrauchs der unternehmerischen Organisationsfreiheit wegen Treuwidrigkeit nach § 242 BGB unwirksam sein könne.<sup>866</sup> Darunter verstand das BAG, dass Unternehmen zunächst durch Umstrukturierung von Unternehmensteilen zu selbständigen Kleinbetrieben missliebigen Arbeitnehmern den allgemeinen Kündigungsschutz des

---

<sup>863</sup> LAG Schleswig-Holstein v. 17.11.1997, RzK I 8 k, Nr. 11.

<sup>864</sup> *Hoyningen-Huene/Linck*: KSchG, 13. Aufl. 2002, § 13 KSchG Rndr. 92 c; *Kittner u.a. (Däubler)*: KSchR, 6. Aufl. 2004, § 242 BGB Rndr. 10 ff.; *KR-Friedrich*: KSchG, 3. Aufl. 1989, § 13 KSchG Rndr. 239, 257 a; *ders.*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 13 KSchG, Rndr. 238; *Palandt (Weidenkaff)*: BGB, 65. Aufl. 2006, Vorbem. vor § 620 BGB Rndr. 49; *Hoyningen-Huene*: Anm. zu BAG v. 23.6.1994, EZA § 242 BGB, Nr. 39; *Kittner/Zwanziger (Appel)*: Arbeitsrecht: Handbuch für die Praxis, 3. Aufl. 2005, § 88 Rndr. 10; *Linck*: Die treuwidrige Kündigung, FA 1999, S. 382, 385; *Preis*: Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, 1987, S. 398; *Richard/Wlotzke*: MüHdb. z. ArbR., Bd. 2, 2. Aufl. 2000, § 119 Rndr. 114. A.A. *Sowka* (Hrsg.) (*Bengelsdorf*): KSchG, 2. Aufl. 2000, Teil H, § 13 KSchG Rndr. 77.

<sup>865</sup> BAG v. 13.7.1978, AP Nr. 18 zu § 102 BetrVG 1972 m. Anm. Hueck; *Herschel/Steinmann/Löwisch*: KSchG, 6. Aufl. 1984, § 1 KSchG Rndr. 55 i.V.m. vor § 1 KSchG Rndr. 42; *Kittner u.a. (Däubler)*: KSchR, 6. Aufl. 2004, § 242 BGB Rndr. 8; *KR-Friedrich*: KSchG, 3. Aufl. 1989, § 13 KSchG Rndr. 239, 281 a; *Besgen*: Fragen zur Nichtigkeit, Sittenwidrigkeit und Treuwidrigkeit (Ungehörigkeit) einer Kündigung, AiB 1987, S. 182, 185 f.; *Röhler*: Die ungehörige Kündigung, DB 1969, S. 1147, 1148.

<sup>866</sup> BAG v. 12.11.1998, NZA 1999, S. 590, 593; BAG v. 29.4.1999, NJW 1999, S. 3212.

KSchG entziehen, um sie dann außerhalb des KSchG zu kündigen.<sup>867</sup> In den konkreten Fällen verneinte es allerdings einen solchen Missbrauch.

## 12. Stellungnahme

Der Meinung des BAG ist entgegen zu halten, dass der Missbrauch von Umstrukturierungsmaßnahmen zu Kündigungszwecken durch den Sonderkündigungsschutz des § 613 Abs. 4 BGB geregelt wird. Er verbietet innerhalb wie außerhalb des KSchG Kündigungen wegen eines Betriebsübergangs. Eine darüber hinausreichende Begrenzung der Organisationsbefugnis des Arbeitgebers über den Grundsatz von Treu und Glauben würde ihn zu stark beschränken.

## 13. Treuwidrigkeit wegen Druckkündigung

Die sog. echte Druckkündigung ist nach der ehemals h.M. von der abschließenden Regelung des Bestandsschutzes kein Fall der treuwidrigen Kündigung. Wie bereits im Zusammenhang mit dem Kündigungsschutz durch § 138 BGB erwähnt<sup>868</sup>, drängen hier am Arbeitsverhältnis nicht beteiligte Dritte den Arbeitgeber ohne sachlichen Grund unter Androhung von Nachteilen zur Kündigung eines Arbeitnehmers. Beispielsweise können gewerkschaftlich organisierte Arbeitnehmer unter Androhung von Streiks die Entlassung eines nicht entsprechend organisierten Kollegen verlangen. Kunden des Arbeitgebers können aus anderen Gründen mit dem Abbruch der Geschäftsbeziehungen drohen. Da eine derartige Kündigung gegebenenfalls als betriebsbedingte Kündigung gerechtfertigt sein kann<sup>869</sup>, ist sie ein im Rahmen des § 1 Abs. 1 KSchG zu berücksichtigender Umstand und kann außerhalb des KSchG daher nach der langjährig h.M. nicht zu einem Verstoß gegen § 242 BGB führen.<sup>870</sup>

## 14. Stellungnahme

Auf der Grundlage der früheren Auffassung, dass die Treuwidrigkeit sich nur aus nicht bei § 1 KSchG zu berücksichtigenden sonstigen Kündigungsumständen ergeben kann<sup>871</sup>, war dies zutreffend.<sup>872</sup>

---

<sup>867</sup> Für die meisten Betriebsumwandlungen gilt ausschließlich § 613 a BGB. In diesem Fall verlieren die Arbeitnehmer ohne Übergangsregelung ihren allgemeinen Kündigungsschutz des KSchG, wenn für die Betriebe durch Veränderung der Organisationsstruktur das Gesetz nicht mehr anwendbar ist. Greift hingegen das UmwG v. 28.10.1994 (BGBl. I 1994, S. 3210), enthält § 323 UmwG eine zeitlich befristete kündigungsschutzrechtliche Bestandsschutzregelung.

<sup>868</sup> Vgl. S. 131.

<sup>869</sup> Vgl. S. 131.

<sup>870</sup> *Bader u.a. (Bram)*: KSchG, 56. Lief. 9/2005, § 1 KSchG Rndr. 280; *KR-Etzel*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 1 KSchG Rndr. 473; *Galperin*: Die Rechtsmängel der Kündigung des Arbeitsverhältnisses, BB 1966, S. 1458, 1463; *Lämmerhirt*: Die auf Druck am Arbeitsverhältnis nicht beteiligter Dritter erfolgende Kündigung seitens des Arbeitgebers, 1973; *Miese*: Zur Wirksamkeit der Druckkündigung und zum Schadensausgleich, 1956; *Ramstorf*: Die Druckkündigung, 1998; *Schaub*: ArbR.-Hdb., 10. Aufl. 2002, § 130 Rndr. 37 ff.; *Schultz*: Die Druckkündigung im Arbeitsrecht; kritische Betrachtungen zu einer scheinbar gefestigten Rechtsprechung, RdA 1963, S. 81 ff.; *Steiner*: Die arbeitsrechtliche Druckkündigung, 1969.

<sup>871</sup> Heute gilt dieser Grundsatz nicht mehr, vgl. S. 152.

<sup>872</sup> Nach heute h.M. ist die echte Druckkündigung ebenfalls nicht treuwidrig, vgl. S. 203 ff., 323.

### **15. Treuwidrigkeit wegen Kündigung nach angedrohter Eigenkündigung des Arbeitnehmers**

1972 erachtete das BAG eine Kündigung als rechtsmissbräuchlich, die im Anschluss an die zuvor angedrohte Eigenkündigung des Arbeitnehmers erfolgt war.<sup>873</sup>

### **16. Stellungnahme**

Die Entscheidung kann wegen fehlender weiterer Ausführungen letztlich nicht beurteilt werden.

### **17. Treuwidrigkeit wegen Kündigung ohne vorherige Anhörung des Betriebsrats**

Da die Beteiligung des Betriebsrats gemäß des früheren § 66 Abs. 1 BetrVG 1952 nach h.M. nicht Wirksamkeitsvoraussetzung einer Kündigung war<sup>874</sup>, wurde sie vereinzelt bei fehlender vorheriger Anhörung der Arbeitnehmervertretung als treuwidrig erachtet.<sup>875</sup>

### **18. Treuwidrigkeit wegen Kündigung nach zulässigerweise gewonnener Rechtsstellung des Arbeitgebers**

Rechtsmissbräuchlich war nach Ansicht des LAG Hamburg eine Kündigung, durch die der Arbeitgeber eine zuvor in zulässiger Weise gewonnene Rechtsstellung ausnutzte.<sup>876</sup>

### **19. Stellungnahme**

Eine Stellungnahme zu diesem Urteil ist unmöglich, da außer dieser allgemeinen Feststellung keine weiteren Angaben zu Sachverhalt und Begründung gemacht wurden.

### **20. Treuwidrigkeit wegen Kündigung mit hoher Abfindung**

1962 lehnte das LAG Düsseldorf 1962 ohne weitere Begründung den Treueverstoß einer Kündigung ab, weil dem Arbeitnehmer eine hohe Abfindung gezahlt worden sei.<sup>877</sup>

### **21. Stellungnahme**

Aus der Veröffentlichung ist weder die Höhe der Zahlung ersichtlich, noch wurden die Umstände genannt, aus denen sich die Verletzung des § 242 BGB möglicherweise ergeben hätte, wenn sie nicht gezahlt worden wäre. Die Entscheidung lässt sich daher nicht beurteilen.

---

<sup>873</sup> BAG v. 8.6.1972, AP Nr. 13 zu § 1 KSchG 1969.

<sup>874</sup> Vgl. S. 111 f.

<sup>875</sup> *Röhler*: Die ungehörige Kündigung, DB 1969, S. 1147, 1150; *Siebert*: Treu und Glauben im Kündigungsschutzrecht, BB 1960, S. 1029, 1030 f.

<sup>876</sup> LAG Hamburg v. 27.2.1952, ARST VIII, S. 216.

<sup>877</sup> LAG Düsseldorf v. 4.12.1962, BB 1963, S. 782.

## **22. Treuwidrigkeit wegen Kündigung eines ehemals politisch Verfolgten**

In der Kommentarliteratur der fünfziger Jahre des letzten Jh. wurde vereinzelt ohne nähere Erläuterung die Kündigung eines während der Nazizeit politisch verfolgten Arbeitnehmers als treuwidrig erachtet, dem nach Kriegsende zunächst sein früherer Arbeitsplatz in einem Kleinbetrieb wieder eingeräumt worden war.<sup>878</sup>

## **23. Stellungnahme**

Eine Stellungnahme scheidet an den geringen Sachverhaltsangaben.

## **24. Treuwidrigkeit wegen Kündigung eines Schwerbeschädigten**

Ebenso galt die Kündigung eines zu 50 % erwerbsgeminderten Arbeitnehmers als rechtmisbräuchlich.<sup>879</sup> Es fehlte allerdings jede Begründung.

## **25. Stellungnahme**

Eine Stellungnahme scheidet wiederum an den geringen Sachverhaltsangaben.

## **III. Frühere Abweichungen vom ehemaligen Grundsatz der abschließenden Bestandsschutzregelung im KSchG**

Obwohl die h.M. seit den fünfziger Jahren des lt. Jh. vehement die abschließende Konkretisierung des Bestandsschutzes durch das KSchG vertrat und eine Kontrolle des Kündigungsmotivs über die §§ 134, 138 BGB hinaus durch § 242 BGB ausschloss, wurde dieser Grundsatz in der Vergangenheit nicht konsequent durchgehalten. Ohne besondere Beachtung hervorgerufen, ist die Vorschrift verschiedentlich zur Überprüfung von Kündigungsgründen herangezogen worden. In Bezug auf die Sozialauswahl finden sich hingegen keine entsprechenden Anhaltspunkte.

---

<sup>878</sup> *Staudinger (Neumann)*: BGB, 11. Aufl. 1958, vor § 620 BGB Rndr. 162.

<sup>879</sup> *Staudinger (Neumann)*: BGB, 11. Aufl. 1958, vor § 620 BGB Rndr. 162.

## 1. Verbot der willkürlichen Kündigung

Ein Beispiel bietet die Anerkennung des Schutzes vor willkürlichen Kündigungen durch § 242 BGB.<sup>880</sup> Es blieb Jahrzehnte unbemerkt, dass sich daraus letztlich eine Beschränkung des Kündigungsgrundes aufgrund des Grundsatzes von Treu und Glauben ergab, da keine Auseinandersetzung über den Begriff der willkürlichen Kündigung stattfand.

Lediglich in den fünfziger Jahren des vergangenen Jh. bezeichneten zwei Landesarbeitsgerichte eine ohne Vernunftsgründe bzw. ohne allen sachlichen Grund ausgesprochene Kündigung als willkürlich.<sup>881</sup> Beide Entscheidungen kommen jedoch konkret zu dem Ergebnis, dass die vorliegende Kündigung einen nachvollziehbaren Grund hatte und geben darüber hinaus keine Beispiele für ihrer Ansicht nach willkürliche Kündigungen an. In den achtziger Jahren stellte Preis<sup>882</sup> die Frage nach der logischen Vorstellbarkeit einer willkürlichen Kündigung außerhalb des KSchG. Er führte aus, dass das KSchG seiner Grundkonzeption nach auch vor willkürlichen Kündigungen schütze. Anschließend wies er darauf hin, dass man von einer willkürlichen Kündigung wohl nur sprechen könne, wenn die Rechtsausübung ohne einen irgendwie gearteten sachlichen Grund erfolge. Beide Aussagen führte er zu dem Schluss zusammen, dass es insofern bedenklich sei, eine willkürliche Kündigung außerhalb des KSchG über § 242 BGB zu sanktionieren, da dadurch, entgegen der Wertung des Gesetzgebers, die Kündigung auch außerhalb des KSchG letztlich an sachliche Gründe gebunden würde. Auch Preis bleibt ein Beispiel schuldig.

## 2. Stellungnahme

Die fehlende Auseinandersetzung verwundert sehr, da bereits der allgemeine Sprachgebrauch mit dem Begriff Willkür ein menschliches Verhalten verbindet, das wahllos, ohne Überlegung bzw. ohne nachvollziehbare Veranlassung erfolgt. Schon dadurch wird deutlich, dass Willkür beim Motiv ansetzt.

---

<sup>880</sup> BAG v. 17.5.1962, AP Nr. 2 zu § 620 BGB - Bedingung; BAG v. 23.9.1976, AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Wartezeit m. Anm. Hueck; LAG Hamburg v. 19.3.1952, ARST VIII, S. 179; LAG Frankfurt/Main v. 3.9.1954, SAE 1955, Nr. 69, S. 139; LAG Düsseldorf v. 30.10.1953, DB 1954, S. 216; LAG Düsseldorf v. 30.8.1956, BB 1956, S. 1198; LAG Düsseldorf v. 20.4.1966, DB 1966, S. 1734; LAG Düsseldorf v. 31.5.1978, BB 1978, S. 1266; LAG Düsseldorf v. 10.5.1988, LAGE § 138 BGB, Nr. 3; ArbG Husum v. 12.1.1953, ARST XII, S. 62; ArbG Husum v. 18.1.1956, ARST XVI, S. 136, Nr. 383; ArbG Lübeck v. 5.7.1956, ARST XVIII, S. 17; ArbG Wilhelmshaven v. 1.11.1961, AuR 1963, S. 154; ArbG Ludwigshafen Zweigst. Landau v. 20.1.1969, ARST 1969, S. 70; *Bührig/Wittholz/Paulsen*: KSchG, 1952, § 1 KSchG Rndr. 19; *Herschel/Steinmann*: KSchG, 5. Aufl. 1961, vor § 1 KSchG Rndr. 3 a; *KR-Friedrich*: KSchG, 3. Aufl. 1989, § 13 KSchG Rndr. 254; *Maus*: KSchG, 1973, Einl. Rndr. 10; *Soergel/Siebert (Siebert)*: BGB, Bd. 1, 8. Aufl. 1952, § 242 BGB Anm. 3 f cc; *Soergel/Siebert (Kraft)*., Bd. 4/1, 12. Aufl. 1997, vor § 620 BGB Rndr. 71 f.; *Staudinger (Neumann)*: BGB, 13. Bearb. 1995, vor § 620 BGB Rndr. 78; *Berger-Delhey*: Wartezeit und Kündigung - Aspekte der ordentlichen Kündigung des Arbeitgebers, NZA 1988, S. 790, 792; *Bleistein*: Kündigung und Kündigungsschutz, 1970, S. 49; *Däubler*: Das Arbeitsrecht, Bd. 2, 7. Aufl. 1990, S. 490; *Fastenau*: Die unwirksame Kündigung, 1956, S. 150 f.; *Galperin*: Die Rechtsmängel der Kündigung des Arbeitsverhältnisses, BB 1966, S. 1458, 1462; *Herschel*: Kündigungsschutz leitender Angestellter, DB 1961, S. 66, 67; *Knorr u.a.*: Handbuch des Kündigungsrechts, 4. Aufl. 1998, Kap. 9, Rndr. 28; *Miese*: Zur Wirksamkeit der Druckkündigung und zum Schadensausgleich, 1956, S. 19; *Preis*: Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, NZA 1997, S. 1256, 1266; *Ritzmann*: Das Kündigungsschutzgesetz und die Weitergeltung des § 242 BGB, RdA 1953, S. 14, 15; *Traub*: Die Kündigung von symptomfrei HIV-infizierten Arbeitnehmern, 1995, S. 158; *Wank*: Teilzeitbeschäftigte im Kündigungsschutzgesetz, ZIP 1986, S. 206, 210. A.A. *Boemke*: Kündigungsschutz in Kleinbetrieben, WiB 1997, S. 617, 622.

<sup>881</sup> LAG Hamburg v. 19.3.1952, ARST VIII, S. 179; LAG Frankfurt/Main v. 3.9.1954, SAE 1955, Nr. 69, S. 139.

<sup>882</sup> *Preis*: Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, 1987, S. 399.

Die Einbeziehung willkürlicher Kündigungen in dem Bereich des § 242 BGB beinhaltete somit notwendigerweise grundsätzliche Anforderungen an den Kündigungsgrund.

### **3. Treuwidrigkeit einer unbegründeten Verdachtskündigung**

Das BAG ließ erstmals 1960 erkennen, dass es das Motiv innerhalb des § 242 BGB nicht als völlig bedeutungslos erachtet. Nach seiner Ansicht war eine Kündigung i.S.d. § 242 BGB nichtig, die aufgrund eines gegen den Arbeitnehmer bestehenden Verdachts (z.B. strafbarer Handlungen) erfolgt war, wobei der Arbeitgeber nicht bereit gewesen war, dem Arbeitnehmer nähere Einzelheiten oder die Verdachtsquelle mitzuteilen.<sup>883</sup> Der Arbeitgeber - so das Gericht - sei nach Treu und Glauben verpflichtet, bei schweren Vorwürfen die Herkunft und nähere Einzelheiten des Verdachts zu nennen, damit sich der Betroffene verteidigen könne.

Diese Auffassung bestätigte das BAG in einer Entscheidung von 1983.<sup>884</sup> In diesem Fall war der Arbeitnehmer in der Probezeit wegen des Verdachts des Haschischkonsums gekündigt worden. Die Vermutungen des Arbeitgebers hatten sich auf Angaben einer Zeugin von Hörensagen gestützt. Sie wurden allerdings von der Tatzeugin gegenüber der Geschäftsleitung nicht bestätigt. Im Prozess konnte der Arbeitgeber den Verdacht nicht ausreichend substantiieren. Die Kündigung war nach Ansicht des BAG wegen der Schwere des Vorwurfs, seiner Bedeutung für das weitere berufliche Fortkommen des Arbeitnehmers und der fehlenden Möglichkeit, vor Ausspruch der Kündigung zu dem Verdacht Stellung nehmen zu können, treuwidrig und nach § 242 BGB nichtig.

#### **a) Stellungnahme**

Mit diesen Entscheidungen von 1960 und 1983 schenkte das BAG Umständen bei der kündigungsschutzrechtlichen Anwendung des § 242 BGB Beachtung, die grundsätzlich geeignet gewesen wären, die Unwirksamkeit einer Kündigung nach § 1 KSchG herbeizuführen. Der Verdacht des Arbeitgebers bezog sich auf ein Verhalten des Arbeitnehmers, das grundsätzlich Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis haben konnte. Darüber hinaus ist die Verdachtskündigung - wenn sie nicht wegen der besonderen Schwere des Verdachts eine außerordentliche Kündigung rechtfertigt - nach h.M. eine personenbedingte Kündigung i.S.d. § 1 KSchG.<sup>885</sup> Die Entscheidungen beinhalteten daher letztlich die Anforderung an den Kündigungsgrund, dass er auch bei einer Kündigung in der Probezeit zumindest nicht völlig haltlos sein darf.

### **4. Treuwidrigkeit einer Kündigung zur Kostenreduzierung**

In der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte sprach bereits 1953 das ArbG Stade dem Kündigungsgrund im Rahmen des § 242 BGB Bedeutung zu.<sup>886</sup> Seiner Ansicht nach war die Kündigung zwecks Einsparung von Personalkosten treuwidrig. Dem Arbeitnehmer war gekündigt worden, um ihn durch

---

<sup>883</sup> BAG v. 30.11.1960, AP Nr. 2 zu § 242 BGB Kündigung m. Anm. Hueck; bestätigt BAG v. 2.11.1983, AP Nr. 29 zu § 102 BetrVG 1972. Ähnlich LAG Berlin v. 25.9.1958, WA 1958, S. 175; LAG Berlin v. 18.5.1961, AuR 1962, S. 56. Zust. *Herschel/Steinmann*: KSchG, 5. Aufl. 1961, vor § 1 KSchG Rndr. 3; *Röhler*: Die ungehörige Kündigung, DB 1969, S. 1147, 1149.

<sup>884</sup> BAG v. 2.11.1983, AP Nr. 29 zu § 102 BetrVG 1972.

<sup>885</sup> *Stahlhacke/Preis/Vossen*: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9. Aufl. 2005, Rndr. 755 m.w.N.

<sup>886</sup> ArbG Stade v. 6.3.1953, WA 1953, S. 125.

einen geringer bezahlten Kriegsbeschädigten zu ersetzen. Das Gericht führte an, der Arbeitgeber habe nicht genügend Rücksicht auf die sich aus dem Arbeitsplatzverlust für den Arbeitnehmer ergebenden Nachteile genommen und hätte zunächst eine Weiterbeschäftigung zu geringerem Entgelt anbieten müssen.

## 5. Stellungnahme

Das Gericht hat mit seiner Entscheidung einen Kündigungsgrund berücksichtigt, der innerhalb des KSchG eine betriebsbedingte Kündigung rechtfertigen kann.

## 6. Treuwidrigkeit wegen eines grundrechtsverletzenden Kündigungsgrundes

Die Praxis hat in der Vergangenheit verschiedentlich abweichend vom herrschenden Grundsatz der abschließenden Bestandsschutzregelung im KSchG auch i.V.m. den Grundrechten eine Kontrolle des Kündigungsgrundes anhand von § 242 BGB vorgenommen. Dem lag die, heute allerdings nicht mehr geltende Lehre von der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte zugrunde, die die zuvor überwiegend vertretende Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte abgelöst hatte.<sup>887, 888</sup> Im Folgenden werden beide Drittwirkungslehren berücksichtigt, da sie in historischer Abfolge als Kontrollinstrument des Kündigungsgrundes eingesetzt worden sind. Erstmals war die grundrechtliche Einschränkung des Kündigungsrechts des Arbeitgebers bereits unter der Weimarer RVerf thematisiert worden.<sup>889</sup>

---

<sup>887</sup> Vgl. allgemein zur sog. Drittwirkungsdiskussion *Bäuerle*: Vertragsfreiheit und Grundgesetz, Normativität und Faktizität individueller Vertragsfreiheit in verfassungsrechtlicher Perspektive, 2001; *Canaris*: Grundrechte und Privatrecht, AcP Bd. 184, 1984, S. 201 ff.; *ders*: Grundrechte und Privatrecht: eine Zwischenbilanz, 1999; *Gamillscheg*: Die Grundrechte im Arbeitsrecht, 1989; *Gressierer*: Die Leistungsfähigkeit der Grundrechte im Arbeitsrecht - Ein BeitrAG zur Privatautonomie im Arbeitsrecht, 1999; *Kempff*: Grundrechte im Arbeitsverhältnis - Zum Grundrechtsverständnis des Bundesarbeitsgerichts, 1988; *Hager*: Grundrechte und Privatrecht, 1994; *Langner*: Die Problematik der Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 1998; *Leisner*: Grundrechte und Privatrecht, 1960; *Linders*: Über die Frage der unmittelbaren Grundrechtsbestimmungen des Bonner Grundgesetzes für den privatrechtlichen Rechtsverkehr, 1960; *Nannen*: Grundrechte und privatrechtliche Verträge, 2000; *Reichenbaum*: Grundrechte und soziale Gewalten, 1962; *Reimers*: Die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht, 1958; *Schwabe*: Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971; *Stemmler*: Grundrechtswirkung und Privatrechtsentfaltung, 1998; *Stern*: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3/1, 1988, § 76; *Vogt*: Die Drittwirkung der Grundrechte und Grundrechtsbestimmungen des Bonner Grundgesetzes, 1960.

<sup>888</sup> Zu der heute geltenden Drittwirkungslehre vgl. S. 197 ff.

<sup>889</sup> Vgl. S. 24 ff.



**a) Kontrolle des Kündigungsgrundes nach der ehemaligen Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung**

**aa) Entwicklung und Inhalt der Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte**

Nach Art. 1 Abs. 3 GG binden die Grundrechte unmittelbar Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung und begründen subjektiv-öffentliche Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat.<sup>890</sup> Dies galt unmittelbar nach In-Kraft-Treten des GG im Jahre 1949 überwiegend als ihre einzige Funktion.<sup>891</sup> Den Grundrechten wurde deshalb nach dieser Auffassung jede Wirkung im Privatrechtsverkehr abgesprochen. Mitte der sechziger Jahre des vergangenen Jh. konnte sich jedoch die bereits seit den fünfziger Jahren vertretene Gegenansicht durchsetzen, dass die Grundrechte über ihre historisch gewachsene Bedeutung im Verhältnis zwischen Staat und Bürger hinaus auch innerhalb der Rechtsbeziehungen von Privatrechtssubjekten Bedeutung haben.<sup>892</sup> Man war der Auffassung, dass die verfassungsrechtlich gewährleistete Freiheit des Einzelnen nicht nur durch staatliche Gewalt sondern gleichermaßen durch nichtstaatliche Machtausübung gefährdet sei.<sup>893</sup> Die Freiheit jedes Arbeitnehmers könne beispielsweise durch die stärkere Machtposition der Arbeitgeberverbände oder Gewerkschaften (sog. soziale Gewalten) sowie durch einzelne Arbeitgeber beeinträchtigt werden.

Im Arbeitsrecht wurde über Jahrzehnte hinweg bis Mitte der achtziger Jahre des lt. Jh. die von Nipperdey entwickelte, inzwischen jedoch überwundene Lehre der unmittelbaren Drittwirkung der

---

<sup>890</sup> BVerfG v. 15.1.1958, BVerfGE 7, S. 198, 204; *Linders*: Über die Frage der unmittelbaren Grundrechtsbestimmungen des Bonner Grundgesetzes für den privatrechtlichen Rechtsverkehr, 1961, S. 63 m.w.N.; *Müller*: Die Drittwirkung der Grundrechte und das Sozialstaatsprinzip, in Burghardt u.a. (Hrsg.): Im Dienste der Sozialreform, FS für Kummer, 1965, S. 369; *Nipperdey*: Grundrechte und Privatrecht, 1961, S. 12 f.; *Nipperdey*: Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung, RdA 1950, S. 121, 124; *Reimers*: Die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht, 1958, S. 11 f.; *Schwabe*: Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971, S. 11; *Stern*: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3/1, 1988, § 76, S. 1565; *Werthemann*: Die Bedeutung der verfassungsmäßigen Freiheitsrechte für die privatrechtlichen Beziehungen, 1960, S. 58.

<sup>891</sup> Umfangreicher Nachweis bei *Eckhold-Schmidt*: Legitimation durch Begründung, 1974, S. 26 dort Fn. 1; *Leisner*: Grundrechte und Privatrecht, 1960, S. 310 ff. dort Fn. 60, 63 ff.; *Vogt*: Die Drittwirkung der Grundrechte und Grundrechtsbestimmungen des Bonner Grundgesetzes, 1960, S. 143 ff. dort Fn. 366 f. Eine gute Auseinandersetzung mit den Argumenten dieser Auffassung bei *Reichenbaum*: Grundrechte und soziale Gewalten, 1962, S. 114 ff.

<sup>892</sup> BVerfG v. 15.1.1958, BVerfGE 7, S. 198, 204; *Canaris*: Grundrechte und Privatrecht, AcP Bd. 184, 1984, S. 201, 203; *Koll*: Die Grundlagen der Wandlung des materiellen Verfassungsbegriffs als Vorstudien zur Problematik der Drittwirkung der Grundrechte, 1961, S. 10; *Laufke*: Vertragsfreiheit und Grundgesetz, in Nipperdey (Hrsg.): Das Deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts, FS für Lehmann, 1956, Bd. 1, S. 145, 146 m.w.N.; *Leisner*: Grundrechte und Privatrecht, 1960, S. 286, 332 ff., 338 ff. m.w.N.; *Nipperdey*: Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung, RdA 1950, S. 121, 125; *Pieroth/Schlink*: Grundrechte, Staatsrecht II, 4. Aufl. 1988, Rndr. 205; *Rüfner*: Drittwirkung der Grundrechte, in Selmer/Münch (Hrsg.): Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens, 1987, S. 215, 218 f.; *Stern*: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3/1, 1988, § 76, S. 1553, 1561 f.; *Werthemann*: Die Bedeutung der verfassungsmäßigen Freiheitsrechte für die privatrechtlichen Beziehungen, 1960, S. 68.

<sup>893</sup> *Bosch/Habscheid*: Nochmals: Vertragspflicht und Gewissenskonflikt, JZ 1956, S. 297, 298; *Linders*: Über die Frage der unmittelbaren Grundrechtsbestimmungen des Bonner Grundgesetzes für den privatrechtlichen Rechtsverkehr, 1961, S. 5 f.; *Nipperdey*: Boykott und freie Meinungsäußerung, DVBl. 1958, S. 445, 447; *Stern*: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3/1, 1988, § 76, S. 1541 f., 1586 ff.

Grundrechte vertreten.<sup>894</sup> Die Grundrechte hatten danach sowohl im Verhältnis zwischen Staat und Bürger als auch im Rechtsverkehr unter Privaten unmittelbare Geltung.<sup>895</sup>

Die Ansicht knüpfte an die traditionelle Abwehrfunktion der Grundrechte an. Sie betrachtete die Privatrechtssubjekte ebenso wie den Staat als Grundrechtsadressaten.<sup>896</sup> Die unmittelbare Privatrechtsgeltung wurde für jedes Grundrecht aus seinem Inhalt, seinem Wesen und seiner Funktion ermittelt.<sup>897</sup>

Unstreitig unmittelbar drittwirkungsfähig war und ist Art. 9 Abs. 3 GG, da nach dieser Vorschrift dem Einzelnen ausdrücklich ein unmittelbarer Schutz gegenüber jeder staatlichen und nichtstaatlichen Gewalt gewährt wird.<sup>898</sup> Auch den Grundrechten aus Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 3, 5 Abs. 1, 6 Abs. 1, 10 GG wurde eine unmittelbare Drittwirkung zugesprochen.<sup>899</sup> Als nicht drittwirkungsfähig galten demgegenüber die Grundrechte der Art. 8, 11, 13, 14 Abs. 1 und Abs. 3, 16, 17 GG.<sup>900</sup> Die Drittwirkungsfähigkeit des Art. 12 GG wurde unterschiedlich beurteilt.<sup>901</sup>

---

<sup>894</sup> BVerfG v. 15.1.1958, BVerfGE 7, S. 198, 204; BVerfG v. 14.2.1973, BVerfGE 34, S. 269, 280; BVerfG v. 25.7.1979, BVerfGE 52, S. 131, 165 f.; BVerfG v. 11.6.1991, BVerfGE 84, S. 192, 196 f.; BVerfG v. 19.10.1993, BVerfGE 89, S. 214, 229 ff. Umfangreicher Rechtsprechungs- und Schrifttumsnachweise bei *Bleckmann*: Staatsrecht II - Die Grundrechte, 4. Aufl. 1997, Rndr. 122; *Kopp*: Fiskalgeltung und Drittwirkung der Grund- und Freiheitsrechte im Bereich des Privatrechts, in Baltl (Hrsg.): FS für Wilburg, 1975, S. 141, 157 dort Fn. 64; *Langner*: Die Problematik der Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 1998, S. 66 dort Fn. 78; *Linders*: Über die Frage der unmittelbaren Grundrechtsbestimmungen des Bonner Grundgesetzes für den privatrechtlichen Rechtsverkehr, 1961, S. 10 ff.; *Pieroth/Schlink*: Grundrechte, Staatsrecht II, 4. Aufl. 1988, § 5 II 2 Rndr. 210; *Stern*: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3/1, 1988, § 76, S. 1547 dort Fn. 225. Die Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung wurde von den Verfassungsrechtlern wegen der grundrechtlichen Gewährleistung des generellen, auch die Privatautonomie umfassenden Freiheitsrechts in Art. 2 Abs. 1 GG abgelehnt. Man sah durch sie das gesamte Privatrechtssystem gefährdet, so ausdrücklich *Stern*: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3/1, 1988, § 76, S. 1553.

<sup>895</sup> *Enneccerus/Nipperdey*: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Hbd. 1, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl. 1959, § 15, S. 93 ff.; *Nipperdey*: Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung, RdA 1950, S. 121, 124 f.; *ders.*: Die Würde des Menschen, in Neumann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg.): Die Grundrechte, Bd. 2, 1954, S. 1, 18 f.; *ders.*: Referat, in Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.): Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages, Bd. 2, D, 1957, S. 3, 9 ff.; *ders.*: Boykott und freie Meinungsäußerung, DVBl. 1958, S. 445 ff.; *ders.*: Grundrechte und Privatrecht, 1961, S. 15 ff.

<sup>896</sup> *Canaris*: Grundrechte und Privatrecht, AcP Bd. 184, 1984, S. 201, 202.

<sup>897</sup> *Herschel*: Das Arbeitsrecht, in Bettermann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg.): Die Grundrechte, Bd. 3, 1. Hb., 1958, S. 325, 327 f.; *Nipperdey*: Die Würde des Menschen, in Neumann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg.): Die Grundrechte, Bd. 2, 1954, S. 1, 18.

<sup>898</sup> *Dürig*: Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in Maunz (Hrsg.): Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, FS für Nawiasky, 1956, S. 157, 162; *Huber*: Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl. 1953, S. 382; *Linders*: Über die Frage der unmittelbaren Grundrechtsbestimmungen des Bonner Grundgesetzes für den privatrechtlichen Rechtsverkehr, 1961, S. 62 m.w.N.; *Müller*: Die Drittwirkung der Grundrechte und das Sozialstaatsprinzip, in Burghardt u.a. (Hrsg.): Im Dienste der Sozialreform, FS für Kummer, 1965, S. 369, 370; *Oldiges*: Neue Aspekte der Grundrechtsgeltung im Privatrecht, in Wendt u.a. (Hrsg.): Staat Wirtschaft Steuern, FS für Friauf, 1996, S. 281, 283; *Reimers*: Die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht, 1958, S. 20; *Stern*: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3/1, 1988, § 76, S. 1538, 1570 f.; *Werthemann*: Die Bedeutung der verfassungsmäßigen Freiheitsrechte für die privatrechtlichen Beziehungen, 1960, S. 66.

<sup>899</sup> *Nipperdey*: Grundrechte und Privatrecht, 1961, S. 21 ff.

<sup>900</sup> *Nipperdey*: Die Würde des Menschen, in Neumann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg.): Die Grundrechte, Bd. 2, 1954, S. 1, 19. A.A. für Art. 14 Abs. 1 *Müller*: Die Drittwirkung der Grundrechte und das Sozialstaatsprinzip, in Burghardt u.a. (Hrsg.): Im Dienste der Sozialreform, FS für Kummer, 1965, S. 369, 734.

<sup>901</sup> Vgl. Fn. 988.

Die unmittelbare Privatrechtswirkung der Grundrechte bestand darin, dass bestehende Privatrechtsnormen modifiziert und neue geschaffen wurden, "seien es Verbote, Gebote, subjektive Rechte, Schutzgesetze oder Rechtfertigungsgründe"<sup>902</sup>. Der Einzelne konnte nach dieser Theorie die Grundrechte als Rechtsnormen ohne Zwischenschaltung einer einfachgesetzlichen Gesetzesvorschrift gegenüber anderen Bürgern geltend machen. In Bezug auf rechtsgeschäftliche Grundrechtsverletzungen wirkten die Grundrechte als Verbotsnormen i.S.d. § 134 BGB.<sup>903</sup> Ein grundrechtswidriges Rechtsgeschäft - z.B. die Kündigung - war deshalb unwirksam.

Die dogmatische Begründung der Lehre stützte sich auf verschiedene Argumente.<sup>904</sup> So sollte die ausdrückliche Bindung des Staates an die Grundrechte in Art. 1 Abs. 3 GG auch die Bindung der Privatrechtssubjekte enthalten.<sup>905</sup> Ferner wurde aus dem Auftrag des Staates, die Würde des Menschen zu achten und zu schützen, sowie aus dem Bekenntnis des Deutschen Volkes zu den unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten in Art. 1 GG gefolgert, dass alle folgenden Grundrechte Bestandteile dieser menschlichen Würde seien. Aus Art. 1 Abs. 1, 2 GG sollte sich ferner ergeben, dass das GG nicht nur eine Ordnung des staatlichen Lebens war. Die Grundrechte wurden darüber hinaus als Ordnungsgrundsätze für das soziale Leben angesehen.<sup>906</sup> Außerdem sollte das normative Bekenntnis des GG zum sozialen Rechtsstaat in Art. 20, 28 GG wegen seiner grundlegenden Bedeutung für die unmittelbare Drittwirkung sprechen.<sup>907</sup>

Die nachfolgenden Ausführungen zeigen, inwieweit die Grundrechte bis Mitte der achtziger Jahre des 19. Jh. nach der damals herrschenden Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung kündigungsschützende Wirkung i.V.m. § 134 BGB entfaltet haben.

#### **ab) Das Grundrecht der Menschenwürde und der allgemeinen Handlungsfreiheit, Art. 1 Abs. 1 S. 1, 2 Abs. 1 GG**

Dem Grundrecht der Menschenwürde und der allgemeinen Handlungsfreiheit wurde im Allgemeinen keine kündigungsschützende Bedeutung zuerkannt. Nur vereinzelt wurde eine Kündigung wegen der Weigerung des Arbeitnehmers, sich gewerkschaftlich zu organisieren nach Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. § 134 BGB als nichtig erachtet.<sup>908</sup> Hintergrund dieser Entscheidung war der später, Anfang der sechziger Jahre beendete Streit um die verfassungsrechtliche Absicherung der negativen

---

<sup>902</sup> *Nipperdey*: Grundrechte und Privatrecht, 1961, S. 17 f.

<sup>903</sup> *Canaris*: Grundrechte und Privatrecht, AcP Bd. 184, 1984, S. 201, 202; *ders.*: *Canaris*: Grundrechte und Privatrecht: eine Zwischenbilanz, 1999, S. 34; *Leisner*: Grundrechte und Privatrecht, 1960, S. 356 i.V.m. dort Fn. 175; *Nipperdey*: Grundrechte und Privatrecht, 1961, S. 15; *Rüfner*: Drittwirkung der Grundrechte, in Selmer/Münch (Hrsg.): Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens, 1987, S. 215, 226.

<sup>904</sup> Eine ausführliche Zusammenstellung der Argumente bei *Eckhold-Schmidt*: Legitimation durch Begründung, 1974, S. 33 ff.; *Reichenbaum*: Grundrechte und soziale Gewalten, 1962, S. 123 ff.; *Stemmler*: Grundrechtswirkung und Privatrechtsentfaltung, 1998, S. 56 ff.

<sup>905</sup> *Nipperdey*: Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung, RdA 1950, S. 121, 125.

<sup>906</sup> BAG v. 3.12.1954, AP Nr. 2 zu § 13 KSchG 1951; BAG v. 10.5.1957, AP Nr. 1 zu Art. 6 Abs. 1 GG Ehe und Familie. Ähnlich *Laufke*: Vertragsfreiheit und Grundgesetz, in *Nipperdey* (Hrsg.): Das Deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts, FS für Lehmann, 1956, Bd. 1, S. 145, 152 f.

<sup>907</sup> BAG v. 10.5.1957, AP Nr. 1 zu Art. 6 Abs. 1 GG Ehe und Familie.

<sup>908</sup> BAG v. 15.2.1957, AP Nr. 33 zu § 1 KSchG 1951 m. Anm. Tophoven; *Galperin*: Die Rechtsmängel der Kündigung des Arbeitsverhältnisses, BB 1966, S. 1458, 1460; *Hueck/Nipperdey*: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 2, 6. Aufl. 1957, S. 119.

Koalitionsfreiheit. Vor der allgemeinen Anerkennung ihrer Verankerung in Art. 9 Abs. 3 GG war sie verschiedentlich als Bestandteil der allgemeinen Handlungsfreiheit angesehen worden.<sup>909</sup>

### ac) Der allgemeine Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG

Dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG kam nach überwiegender Auffassung ebenfalls keine unmittelbare kündigungsbeschränkende Wirkung i.V.m. § 134 BGB zu.<sup>910</sup> Als Begründung wurde unter anderem angeführt, dass Art. 3 Abs. 1 GG auf Gestaltungsrechte nicht anwendbar sei. Darüber hinaus wurde argumentiert, dass der Gleichheitssatz lediglich formalrechtlichen Inhalt habe. Daher könne eine Verwirklichung nur im Hinblick auf Ziele festgestellt werden, die nicht im Gleichheitssatz enthalten, sondern diesem vorgegeben seien. Dies gelte auch bezüglich des Kündigungsschutzes, der nicht in Art. 3 GG verankert sei, sondern durch das Sozialstaatsgebot und Art. 12 GG vorgegeben sei.<sup>911</sup>

Der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz des GG wird im Arbeitsrecht oft nicht deutlich von dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz abgegrenzt, der jedoch weder in seiner dogmatischen Begründung noch hinsichtlich seines Inhalts mit Art. 3 Abs. 1 GG identisch ist.<sup>912</sup> Deshalb sei an dieser Stelle ergänzend darauf hingewiesen, dass auch dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz keine kündigungsschutzrechtliche Bedeutung i.V.m. § 134 BGB zugesprochen wurde.<sup>913</sup> Begründet wurde dies damit, dass es sich bei dem Grundsatz nicht um ein Verbotsgesetz sondern nur um eine Auslegungsregel handele.<sup>914</sup>

### ad) Der Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau und das Verbot der geschlechtsspezifischen Diskriminierung, Art. 3 Abs. 2, 3 S. 1 1. Alt. GG unter Einschluss der Darstellung des § 611 a BGB sowie der Bedeutung der EU Richtlinie 76/207/EWG

Art. 3 Abs. 2, 3 S. 1 1. Alt. GG verbietet jede geschlechtsspezifische Benachteiligung. Seit den fünfziger Jahren des letzten Jh. sprach die Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung dieser Vorschrift eine direkte Wirkung im Privatrechtsverkehr zu. Eine Kündigung, die das Verbot missachtete, war

---

<sup>909</sup> Vgl. Fn. 908. Zur Nichtigkeit einer Kündigung wegen Verstoßes gegen die negative Koalitionsfreiheit vgl. S. 189 f.

<sup>910</sup> BAG v. 28.2.1958, AP Nr. 1 zu § 14 AZO; BAG v. 21.10.1969, AP Nr. 41 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; *KR-Wolf*: KSchG, 3. Aufl. 1989, Grunds. Rndr. 42 e; *Böhm*: Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Kündigungsrecht, DB 1977, S. 2448; *Fastenau*: Die unwirksame Kündigung, 1956, S. 75 m.w.N.; *Galperin*: Die Rechtsmängel der Kündigung des Arbeitsverhältnisses, BB 1966, S. 1458, 1460 f.; *Kempff*: Grundrechte im Arbeitsverhältnis - Zum Grundrechtsverständnis des Bundesarbeitsgerichts, 1988, S. 33; *Röhler*: Die Kündigung und der Grundsatz der Gleichbehandlung im Arbeitsrecht, DB 1957, S. 992 ff.; *Schmidt*: Kündigungsschutz außerhalb des KSchG, AR-Blattei, (D) Kündigungsschutz VIII, 1978, B II 9. A.A. *Kempff*: Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Kündigungsrecht, DB 1977, S. 1413 f.

<sup>911</sup> *KR-Wolf*: KSchG, 3. Aufl. 1989, Grunds. Rndr. 42 e.

<sup>912</sup> Zum arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz *ErfK (Preis)*: Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2006, § 611 BGB Rndr. 711 ff.; *Palandt (Weidenkaff)*: BGB, 65. Aufl. 2006, § 611 BGB Rndr. 110 ff.; *Schaub*: ArbR.-Hdb., 10. Aufl. 2002, § 112 Rndr. 1 ff.

<sup>913</sup> BAG v. 22.2.1979, DB 1979, S. 1659, 1660; BAG v. 28.4.1982, DB 1982, S. 1776, 1777; LAG Hamm v. 20.12.1967, DB 1968, S. 446; *KR-Friedrich*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. 301 m.w.N.; *Böttcher*: Der Anspruch auf Gleichbehandlung im Arbeitsrecht, RdA 1953, S. 161, 168. A.A. *Buchner*: Der Gleichheitssatz bei der Kündigung von Arbeitsverhältnissen, RdA 1970, S. 225, 227 ff.; *Gumpert*: Die praktische Anwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes, BB 1959, S. 707, 711; *Hilger*: Zum Anspruch auf Gleichbehandlung im Arbeitsrecht, RdA 1975, S. 32 ff.

<sup>914</sup> *Galperin*: Die Rechtsmängel der Kündigung des Arbeitsverhältnisses, BB 1966, S. 1458, 1461.

daher nach § 134 BGB nichtig.<sup>915</sup> Sie musste allerdings gerade wegen und nur wegen des Geschlechts erfolgen.<sup>916</sup> Erforderlich war daher die Diskriminierungsabsicht des Arbeitgebers.

Praxisbeispiele zu Art. 3 Abs. 2, 3 S. 1. Alt. GG finden sich im Wesentlichen in der Rspr. der fünfziger Jahre des vergangenen Jh. So wurde die Nichtigkeit der Kündigung einer verheirateten Frau wegen Doppelverdienertums angenommen.<sup>917</sup> Wenn die Kündigung mit der Begründung erfolge, dass der ebenfalls berufstätige Ehemann für ihren Unterhalt sorgen könne, sei dies eine Sonderbehandlung nur wegen des Geschlechts und entbehre eines verständigen und zu billigen Sinnes. Obwohl der Gedanke nahe lag, prüfte das BAG in diesem Fall darüber hinaus nicht die Einschlägigkeit des Art. 6 GG.

Als Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2, 3 S. 1. Alt. GG wurden ferner Kündigungen von Frauen wegen Verheiratung gewertet.<sup>918</sup> Demgegenüber wurde eine Diskriminierung in einem Fall abgelehnt, in dem der Arbeitgeber allen männlichen Arbeitnehmern gekündigt hatte, weil er nach der Umstellung seiner Produktion auf einen vollautomatischen Betrieb Frauen für die Bedienung der Maschinen als geeigneter erachtete.<sup>919</sup> Nach Ansicht des Gerichts lag hier der Entlassung ein sachliches, nicht geschlechtsspezifisches Motiv zugrunde. Aus der Urteilsbegründung ergab sich jedoch nicht, warum der Arbeitgeber Frauen für geeigneter angesehen hatte.

Eine Kündigung, die ausschließlich Arbeitnehmerinnen traf, obwohl bei den beschäftigten männlichen Arbeitnehmern in gleicher Lage gleiche Kündigungsvoraussetzungen bestanden, stellte nach Ansicht des BAG eine Verletzung des Art. 3 Abs. 2, 3 S. 1. Alt. GG dar. Hier lag nach Ansicht des Gerichts der Grund für die unterschiedliche Behandlung gerade in dem Geschlecht der gekündigten Frauen.<sup>920</sup>

Das LAG Frankfurt/Main erklärte die Kündigung von 25 Straßenbahnschaffnerinnen für unwirksam, wodurch nach Kriegsende die weiblichen Beschäftigten wieder durch männliche Schaffner ersetzt werden sollten.<sup>921</sup> Demgegenüber sah das LAG Bremen keinen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2 GG darin, dass bei der gleichzeitigen Beschäftigung von Eheleuten in einem Betrieb der später eingestellten Ehefrau gekündigt wurde. Der Arbeitgeber hatte seine Entscheidung damit begründet, dass eine unmittelbare Zusammenarbeit von Eheleuten betrieblich unerwünscht sei. Das Gericht sah es als sachgerecht an, deshalb den später eingetretenen Ehepartner zu entlassen.<sup>922</sup>

Seit den sechziger Jahren des letzten Jh. findet sich keine Rechtsprechung mehr, die einen Kündigungssachverhalt auf eine Verletzung des Art. 3 Abs. 2, 3 S. 1. Alt. GG i.V.m. § 134 BGB hin untersucht.

---

<sup>915</sup> BAG v. 30.11.1956, AP Nr. 26 zu § 1 KSchG 1951 m. Anm. Schnorr v. Carolsfeld; *Herschel/Steinmann*: KSchG, 4. Aufl. 1958, § 11 KSchG Rndr. 9; *KR-Friedrich*: KSchG, 1. Aufl. 1981, § 13 KSchG Rndr. 182; *Galperin*: Die Rechtsmängel der Kündigung des Arbeitsverhältnisses, BB 1966, S. 1458, 1460; *Nikisch*: Arbeitsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 1961, S. 704 f.; *Schmidt*: Kündigungsschutz außerhalb des KSchG, AR-Blattei, (D) Kündigungsschutz VIII, 1978, B II 1; *Schnorr v. Carolsfeld*: Arbeitsrecht, 2. Aufl. 1954, S. 352.

<sup>916</sup> BAG v. 3.12.1954, AP Nr. 2 zu § 13 KSchG 1951; BAG v. 30.11.1956, AP Nr. 26 zu § 1 KSchG 1951 m. Anm. Schnorr v. Carolsfeld; *KR-Friedrich*: KSchG, 1. Aufl. 1981, § 13 KSchG Rndr. 184.

<sup>917</sup> BAG v. 30.11.1956, AP Nr. 26 zu § 1 KSchG 1951 m. Anm. Schnorr v. Carolsfeld; *Fastenau*: Die unwirksame Kündigung, 1956, S. 71. A.A. LAG Mainz v. 22.9.1950, AP Nr. 12 zu Art. 3 GG, bestätigt durch BAG v. 15.1.1955, BB 1955, S. 449, 450; LAG Bremen v. 30.3.1955, BB 1955, S. 511.

<sup>918</sup> *Fastenau*: Die unwirksame Kündigung, 1956, S. 72. A.A. LAG Hamm v. 6.9.1950, SAE 1950, S. 104.

<sup>919</sup> LAG Düsseldorf v. 27.6.1955, BB 1955, S. 803.

<sup>920</sup> BAG v. 15.1.1955, BB 1955, S. 449, 450.

<sup>921</sup> LAG Frankfurt v. 23.2.1950, AR-Blattei, (D) Kündigungsschutz, Entscheidung, Nr. 1.

<sup>922</sup> LAG Bremen v. 30.3.1955, BB 1955, S. 510, 511.

Ein Grund für den Rückgang der Überprüfung von Kündigungsfällen anhand von Art. 3 Abs. 2, 3 S. 1 1. Alt. GG könnte die stärkere gesellschaftliche Sensibilisierung für geschlechtsspezifische Diskriminierungen von Frauen sein. Sie könnte Arbeitgeber zunehmend dazu veranlassen, Kündigungen nicht offensichtlich auf die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Geschlecht zu stützen sondern andere Gründe vorzuschieben, so dass die Kündigung letztlich unter dem Gesichtspunkt des Art. 3 Abs. 2, 3 S. 1 1. Alt. GG, § 134 BGB nicht angreifbar war.

### **Bedeutung des § 611 a BGB**

Ein weiterer Grund ergibt sich aus dem Mitte 1980 in das BGB eingefügten § 611 a BGB<sup>923</sup>. Die Regelung konkretisiert für das Arbeitsrecht auf einfachgesetzlicher Ebene das grundrechtliche Verbot der Geschlechterdiskriminierung. Bei geschlechtsspezifischen Diskriminierungen ist daher seit diesem Zeitpunkt ein Rückgriff auf das Verfassungsrecht weder zulässig noch erforderlich.<sup>924</sup> Aus Gründen des Sachzusammenhangs wird die kündigungsschützende Bedeutung der Vorschrift an dieser Stelle in die Darstellung einbezogen, deren Aufhebung durch das zukünftige Antidiskriminierungsgesetz jedoch geplant ist.<sup>925</sup>

Die Wirkung des § 611 a BGB erstreckt sich auf beide Geschlechter. In der Praxis kommt es jedoch bis heute immer noch häufiger zu Diskriminierungen von Frauen. Insofern liegt der Schwerpunkt bisher auf dem Schutz von Arbeitnehmerinnen. Die Vorschrift ist ein Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB.<sup>926</sup>

Zur Überprüfung von Kündigungen haben die deutschen Arbeitsgerichte das Gesetz bisher allerdings nur vereinzelt herangezogen. 1985 nahm das ArbG Herne die Unwirksamkeit der Kündigung einer Landschaftsgärtnerin an. Das Gericht war der Ansicht, dass die Entlassung nicht auf die generelle - im Einzelfall darüber hinaus nicht nachgewiesene - Annahme gestützt werden könne, dass eine Frau keine hohen Bäume fällen oder Wege pflastern könne.<sup>927</sup> Das ArbG Essen sah in der Kündigung eines Gymnastiklehrers wegen angeblich grundsätzlich besserer Akzeptanz von Lehrerinnen eine sachlich nicht gerechtfertigte geschlechtsspezifische Diskriminierung und erklärte die Kündigung ebenfalls für

---

<sup>923</sup> Eingefügt durch das Gesetz über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen am Arbeitsplatz und über die Erhaltung von Ansprüchen bei Betriebsübergang (Arbeitsrechtliches EG-Anpassungsgesetz) vom 13.8.1980 (BGBl. I 1980, S. 1308). In Kraft getreten am 21.8.1980. Neufassung durch Gesetz v. 29.6.1998 (BGBl. I 1998, S. 1694). Umsetzung der europäischen Richtlinie 76/207/EWG v. 9.2.1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABIEG L 39, S. 40.

<sup>924</sup> *Bader u.a. (Bader)*: KSchG, 56. Lief. 9/2005, § 13 KSchG Rndr. 73; *Sowka* (Hrsg.) (*Bengelsdorf*): KSchG, 2. Aufl. 2000, Teil H, § 13 KSchG Rndr. 49; *Richard/Wlotzke (Wank)*: MüHdb. z. ArbR., Bd. 2, 2. Aufl. 2000, § 119 Rndr. 78; *Stahlhacke/Preis/Vossen*: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9. Aufl. 2005, Rndr. 274.

<sup>925</sup> Zur geplanten Aufhebung der Vorschrift durch das zukünftige Antidiskriminierungsgesetz vgl. S. 277 ff.

<sup>926</sup> *Ascheid/Preis/Schmidt (Linck)*: Großkomm. KSchR, 2004, § 611 a BGB Rndr. 94; *ErfK (Schlachter)*: Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2006, § 611 a BGB Rndr. 31; *Erman/Westermann* (Hrsg.) (*Hanau*): BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2000, § 611 a BGB Rndr. 16; *Kittner u.a. (Zwanziger)*: KSchR, 6. Aufl. 2004, § 611 a BGB Rndr. 37; *KR-Friedrich*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. 184 a m.w.N.; *MüKo-Müller-Glöge*: BGB, Bd. 4, 3. Aufl. 1997, § 611 a BGB Rndr. 9, 40; *Palandt (Weidenkaff)*: BGB, 65. Aufl. 2006, § 611 a BGB Rndr. 3; *Staudinger (Richard/Annuf)*: BGB, 13. Bearb. 1999, § 611 a BGB Rndr. 66 m.w.N.; *Küttner*: Personalbuch 2002, 9. Aufl. 2002, S. 1485 Rndr. 32. Vereinzelt wird § 611 a BGB auch als Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB angesehen: LAG Hamburg v. 11.2.1987, LAGE § 611 a BGB, Nr. 3; LAG Hamm v. 21.11.1996, BB 1997, S. 844; *Soergel/Siebert (Raab)*: BGB, Bd. 4/1, 12. Aufl. 1997, § 611 a BGB Rndr. 74 m.w.N.

<sup>927</sup> ArbG Herne v. 17.1.1985, HZF P 51, Nr. 9.

unwirksam.<sup>928</sup> Das Urteil setzte die Aussage des ArbG Herne fort. Auch in diesem Fall wurde die Kündigung auf einen Grund gestützt, der in dieser allgemeinen Formulierung nicht zutreffend war und daher den Arbeitnehmer aufgrund seines Geschlechts diskriminierte.

Die Literatur stimmte dieser Rechtsprechung zu. Auch sie wertete Entlassungen wegen der Annahme einer generell geringeren Leistungsfähigkeit von Arbeitnehmerinnen als Verstoßes gegen die §§ 611 a, 134 BGB.<sup>929</sup> Darüber hinaus sollte die Kündigung ihrer Ansicht nach ebenfalls die Vorschrift verletzen, wenn sie darauf beruhe, dass der Berufstätigkeit einer Frau ein geringerer Stellenwert als der des Mannes beigemessen würde.<sup>930</sup> Unwirksam sollen weiter Kündigungen sein, die ein neuer Betriebsinhaber ausspricht, um auf bestimmten Positionen künftig nur noch Männer oder nur noch Frauen zu beschäftigen.<sup>931</sup> Das gleiche sollte ferner bei einer Kündigung wegen der Ankündigung der Arbeitnehmerin gelten, sich künstlich befruchten zu lassen.<sup>932, 933</sup>

### Stellungnahme

§ 611 a BGB hat als Konkretisierung des grundgesetzlichen Verbots der geschlechtsspezifischen Diskriminierung bis heute zwar kündigungsschutzrechtlich keine große Bedeutung erlangt, die beiden gerichtlichen Entscheidungen sind jedoch zu begrüßen. Sie zeigen, dass § 611 a BGB dem Schutz beider Geschlechter dient. Sie sanktionieren zu Recht Kündigungen, denen kein rechtfertigender geschlechtsbezogener Anlass i.S.d. § 611 a Abs. 1 S. 2 BGB zugrunde lag. Dies ist nur der Fall, wenn der Arbeitnehmer seine vertragliche Arbeitspflichten im Einzelfall aufgrund des Geschlechts nicht erfüllen kann, was allerdings die Arbeitgeber in beiden Fällen nicht nachweisen konnten. Sie hatten die Kündigungen auf pauschale geschlechtstypische Merkmale gestützt, die in der Allgemeinheit unzutreffend waren und nicht dazu führten, dass die Arbeitnehmer ihren vertraglichen Pflichten nicht nachkommen konnten. Auch wenn Männer aufgrund der körperlichen Konstitution speziell im Oberkörper vielfach mehr Kraft entfalten können als Frauen, kann eine Frau im konkreten Fall gleichviel oder sogar mehr Kraft haben als ein Mann; es gibt in unserer Gesellschaft durchaus auch körperlich schwächere Männer. Die allgemeine Akzeptanz von Gymnastiklehrern ist ebenfalls nicht schlechter zu beurteilen als die von -lehrerinnen. Zum einen ist sie in erster Linie von dem Können des Übungsleiters abhängig, und in vielen Fitnessstudios genießen männliche Lehrer darüber hinaus gerade bei den weiblichen Teilnehmern ein gutes Ansehen.

Richtigerweise sind zudem Kündigungen unzulässig, durch die der Arbeitgeber seine Überzeugung offenbart, dass er der Berufstätigkeit einer Frau einen geringeren Stellenwert als der des Mannes beigemisst. Die Einstellung ist heute mit keinem vernünftigen Grund mehr vertretbar. Frauen haben in

---

<sup>928</sup> ArbG Essen v. 12.9.1985, HZF P 51, Nr. 10.

<sup>929</sup> *Hetzel*: Das Arbeitsverhältnis im Kleinbetrieb, 1983, S. 202; *Knigge*: Gesetzliche Neuregelung der Gleichbehandlung von Männer und Frauen am Arbeitsplatz, BB 1980, S. 1272, 1273; *Lorenz*: Gesetz über die Gleichbehandlung von Männer und Frauen am Arbeitsplatz und über die Erhaltung von Ansprüchen bei Betriebsübergang, DB 1980, S. 1745.

<sup>930</sup> *Hetzel*: Das Arbeitsverhältnis im Kleinbetrieb, 1983, S. 202; *Knigge*: Gesetzliche Neuregelung der Gleichbehandlung von Männer und Frauen am Arbeitsplatz, BB 1980, S. 1272, 1273; *Lorenz*: Gesetz über die Gleichbehandlung von Männer und Frauen am Arbeitsplatz und über die Erhaltung von Ansprüchen bei Betriebsübergang, DB 1980, S. 1745.

<sup>931</sup> *Löwisch*: KSchG, 9. Aufl. 2004, Vorbem. zu § 1 KSchG Rndr. 76.

<sup>932</sup> *Kittner u.a. (Zwanziger)*: KSchR, 4. Aufl. 1999, § 611 a BGB Rndr. 20; *Grager*: Kündigungsschutz in Kleinbetrieben, NZA 2000, S. 961, 964; *Schiek/Horstkötter*: Kündigungsschutz via Diskriminierungsverbot, NZA 1998, S. 863, 864.

<sup>933</sup> Das ArbG Elmshorn hatte diesen Sachverhalt 1997 zwar unter dem Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit, nicht aber im Hinblick auf § 611 a BGB überprüft, ArbG Elmshorn v. 29.1.1997, EzA § 242 BGB, Nr. 40, vgl. S. 136 f.

unserer Gesellschaft das gleiche Recht wie Männer, einer Berufstätigkeit nachzugehen und sich selbst eine wirtschaftliche Existenzgrundlage zu schaffen.

Erfolgt eine Kündigung, um auf bestimmten Positionen künftig nur noch Männer oder nur noch Frauen zu beschäftigen, kann dies bei Eingreifen des § 611 a Abs. 1 S. 2 BGB ausnahmsweise zulässig sein. Dies wird jedoch nicht häufig der Fall sein.

Eine Kündigung wegen einer geplanten künstlichen Befruchtung der Arbeitnehmerin ist ebenfalls richtigerweise nach § 611 a BGB unwirksam. Die mit diesem Eingriff verbundenen körperlichen Folgen können zum einen nur Frauen betreffen. Zum anderen führt eine nachfolgende Schwangerschaft wie im Fall der natürlichen Befruchtung nicht grundsätzlich dazu, dass eine Arbeitnehmerin ihren vertraglichen Pflichten nicht mehr nachkommen kann.

### **Bedeutung der EU Richtlinie 76/207/EWG**

Mit § 611 a BGB wird in Deutschland die europäische Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EWG<sup>934</sup> umgesetzt. Insofern sind für den Kündigungsschutz außerhalb des KSchG auch die Entscheidungen von Bedeutung, die der EuGH bis heute zu der Vereinbarkeit mehrerer Kündigungsfälle mit dieser Richtlinie getroffen hat. Bei gleichen Sachverhalten entfalten sie für die nationalen Gerichte zukünftig präjudizielle Bindungswirkung bei der Anwendung der Norm, die im jeweils nationalen Recht der Mitgliedstaaten die Richtlinie umsetzt. In Deutschland sind sie deshalb bei der Anwendung und Auslegung des § 611 a BGB zu berücksichtigen.

In mehreren Entscheidungen hat sich das Gericht zu der Vereinbarkeit von Kündigungen mit der Richtlinie 76/207/EWG geäußert, die in Verbindung mit einer Schwangerschaft erfolgten. Es war der Auffassung, dass Kündigungen wegen einer Schwangerschaft nicht mit Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 76/207/EWG vereinbar seien.<sup>935</sup> Sie seien eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts. In einer Kündigung wegen krankheitsbedingter Fehlzeiten, die während der Schwangerschaft der gekündigten Arbeitnehmerin angefallen waren, sah der EuGH ebenfalls einen Verstoß gegen die Richtlinie.<sup>936</sup> Die Richtlinie lasse nationale Rechtsvorschriften zu, die den Frauen besondere Rechte wegen Schwangerschaft und Mutterschaft zusichern. Daraus folge, dass die Frau während des ihr nach nationalem Recht zustehenden Mutterschaftsurlaubs durch die Richtlinie dagegen gesichert sei, aufgrund ihres Fernbleibens von der Arbeit entlassen zu werden. Wenn einer Frau jedoch nach Art. 2 Abs. 3 der Richtlinie ein solches Kündigungsverbot zustehe, gebiete es das Diskriminierungsverbot, dass während der gesamten Schwangerschaft ein gleichartiger Schutz gewährt werde. Werde eine Frau während ihrer Schwangerschaft aufgrund von Fehlzeiten entlassen, die sich aus ihrer durch die Schwangerschaft bedingten Arbeitsunfähigkeit ergäben, so hänge diese Entlassung mit den Risiken zusammen, die mit einer Schwangerschaft verbunden seien. Insofern sei die Schwangerschaft als der hauptsächliche Grund für die Entlassung anzusehen. Eine solche Entlassung treffe nur Frauen und sei daher eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts.

---

<sup>934</sup> Vgl. Fn. 923.

<sup>935</sup> EuGH v. 11.8.1990, AP Nr. 24 zu Art. 119 EWG-Vertrag; EuGH v. 14.7.1994, AP Nr. 21 zu § 9 MuSchG 1968. Zust. *Soergel/Siebert (Raab)*: BGB, Bd. 4/1, 12. Aufl. 1997, § 611 a BGB Rndr. 28.

<sup>936</sup> EuGH v. 30.6.1998, NZA 1998, S. 871, 872.



Anders urteilte das Gericht in einem Fall, in dem die krankheitsbedingten Fehlzeiten zwar ihre Ursache in einer Schwangerschaft hatten, jedoch erst nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs entstanden waren.<sup>937</sup> Bei Krankheiten, die erst danach aufträten, bestünde kein Anlass, zwischen einer durch eine Schwangerschaft verursachten und anderen Krankheiten zu unterscheiden.

---

<sup>937</sup> EuGH v. 11.8.1990, AP Nr. 24 zu Art. 119 EWG-Vertrag; bestätigend EuGH v. 30.6.1998, NZA1998, S. 871, 872. Krit. *Ascheid/Preis/Schmidt (Linck)*: Großkomm. KSchR, 2004, § 611 a BGB Rndr. 69 ff.; *Soergel/Siebert (Raab)*: BGB, Bd. 4/1, 12. Aufl. 1997, § 611 a BGB Rndr. 28.

Hier müssten die allgemeinen Regelungen für Krankheitsfälle greifen. Das gleiche soll nach Auffassung des EuGH auch gelten, wenn die schwangerschaftsbedingte Krankheit bereits während der Schwangerschaft entstanden ist und nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs noch fortbesteht.<sup>938</sup>

Nach Ansicht des EuGH stand darüber hinaus die Kündigung wegen einer Geschlechtsumwandlung eines Arbeitnehmers im Widerspruch zu Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie.<sup>939</sup> Das Recht, nicht aufgrund seines Geschlechts diskriminiert zu werden, sei ein Grundrecht jedes Menschen. Vor diesem Hintergrund könne sich die Richtlinie nicht nur auf Diskriminierungen wegen der Zugehörigkeit zu einem Geschlecht erstrecken. Ihrem Gegenstand nach und der Natur der Rechte, die sie schützen solle, müsse sie auch für solche Diskriminierungen gelten, die ihre Ursache in der Geschlechtsumwandlung des Betroffenen hätten, da sie hauptsächlich, wenn nicht ausschließlich auf dem Geschlecht des Betroffenen beruhten. Eine Entlassung aufgrund einer beabsichtigten oder erfolgten Geschlechtsumwandlung beinhalte eine Schlechterbehandlung des Gekündigten im Vergleich zu dem Geschlecht, dem er vorher angehörte.

### **Stellungnahme**

Der EuGH sah die Kündigung allein wegen Schwangerschaft zu Recht als diskriminierend an, da hier der Grund nur bei Frauen vorhanden sein kann. Darüber hinaus ist die Schwangerschaft an sich kein regelwidriger Zustand des weiblichen Körpers, also keine Krankheit. Das Gericht vertrat darüber hinaus jedoch den Grundsatz, dass Kündigungen wegen nur bei einem Geschlecht auftretenden Erkrankungen keine Diskriminierung im Sinne der Richtlinie darstellen. Mit der oben dargestellten Begründung machte es allerdings eine Ausnahme, wenn die schwangerschafts- oder entbindungsbedingte Erkrankung im Zeitraum seit Beginn der Schwangerschaft bis zum Ende des nationalen Mutterschaftsurlaubs zur Arbeitsunfähigkeit führt.

Dieser Auffassung wird nicht gefolgt. Die schwangerschafts- bzw. entbindungsbedingte Erkrankung steht ebenso wie andere nur für eines der beiden Geschlechter spezifischen Erkrankungen in unmittelbarem Zusammenhang mit der Geschlechtszugehörigkeit. Insofern verstößt jede Kündigung wegen einer Krankheit, die nur ein Geschlecht treffen kann, gegen die Richtlinie. Für Kündigungen wegen schwangerschafts- oder entbindungsbedingter zur Arbeitsunfähigkeit führender Erkrankungen gilt dieses Ergebnis daher unabhängig davon, zu welchem Zeitpunkt sie auftritt. Derartige Kündigungen müssen demnach nach deutschem Recht wegen Verstoßes gegen § 611 a BGB i.V.m. § 134 BGB als nichtig angesehen werden, wenn nicht die Ausnahme des § 611 a Abs. 1 S. 2 BGB eingreift.

In dem Fall der Kündigung wegen einer Geschlechtsumwandlung wird der Auffassung des EuGH zugestimmt. Die Richtlinie muss auch vor arbeitsrechtlichen Diskriminierungen schützen, die sich im Zusammenhang mit einer Geschlechtsumwandlung ergeben. Zu diesem folgenschweren, alle Lebensbereiche beeinflussenden Schritt entschließen sich nur Menschen, bei denen das Empfinden, sich in einem falschen Körper zu befinden, zu einer psychischen, nicht länger hinnehmbaren Drucksituation geführt hat. Arbeitsrechtliche Maßnahmen, die an die Geschlechtsumwandlung als die einzige Möglichkeit zur Linderung dieser unerträglichen Situation negative Folgen für den Arbeitnehmer knüpfen, benachteiligen ihn unmittelbar wegen eines geschlechtsspezifischen Umstandes. Jedes andere Ergebnis müsste als menschenunwürdig eingestuft werden. Eine Ausnahme

---

<sup>938</sup> EuGH v. 29.5.1997, NZA 1998, S. 25 f.

<sup>939</sup> EuGH v. 30.4.1996, NZA 1996, S. 695.

ist lediglich in der seltenen Situation denkbar, in der der Arbeitnehmer die vertragliche Arbeitsleistung nach dem Wechsel des Geschlechts nicht mehr erbringen kann.

**ae) Die Verbote der Diskriminierung wegen der Abstammung, der Rasse, der Sprache, der Heimat, des Glaubens, der religiösen oder politischen Anschauung, Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG**

Rechtsprechung und Literatur gingen allgemein davon aus, dass die Verbote der Diskriminierung wegen der Abstammung, der Rasse, der Sprache, der Heimat, des Glaubens, der religiösen oder politischen Anschauung des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG gesetzliche Kündigungsverbote i.V.m. § 134 BGB darstellten.<sup>940</sup> Dabei musste die Entlassung gerade und nur wegen der genannten Differenzierungskriterien erfolgen.<sup>941</sup>

Bedeutung hatten im Rahmen des Art. 3 Abs. 3 GG zunächst Kündigungen wegen der politischen Anschauung des Arbeitnehmers. Eine Kündigung allein wegen der Mitgliedschaft in einer Partei oder einer politischen Organisation verstieß gegen Art. 3 Abs. 3 GG.<sup>942</sup> Teilweise sollte dies jedoch nicht gelten, wenn eine Partei oder Organisation verfassungsfeindliche Ziele verfolgte, jedoch nicht verboten war.<sup>943</sup>

Die Kündigung wegen politischer Betätigung des Arbeitnehmers stellte ebenfalls eine Verletzung des Art. 3 Abs. 3 GG dar, wenn sie sich nicht beeinträchtigend auf das Arbeitsverhältnis auswirkte und die Entlassung daher eines verständigen und zu billigen Sinnes entbehrte.<sup>944</sup>

In der Nachkriegszeit erlangte das heimatspezifische Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG in einer Entscheidung des ArbG Rosenheim i.V.m. § 134 BGB kündigungsschützende Bedeutung.<sup>945</sup> Der Arbeitgeber wollte durch die Kündigung verhindern, dass der Arbeitnehmer, ein Flüchtling aus der sowjetischen Besatzungszone, am Ort der Arbeitsstätte ansässig wurde. Das Gericht war der Ansicht,

---

<sup>940</sup> BAG v. 28.9.1972, AP Nr. 2 zu § 134 BGB m. Anm. Schwerdtner; BAG v. 16.2.1989, AP Nr. 46 zu § 138 BGB m. Anm. Kramer; LAG Mannheim v. 16.4.1952, BB 1952, S. 521; LAG Düsseldorf v. 22.3.1984, DB 1985, S. 391; ArbG Rosenheim, Zweigst. Traunstein v. 25.7.1957, ARST XIX, S. 96; *Bührig u.a.*: KSchG, 1952 § 1 KSchG Rndr. 60; *Erdmann/Müller*: KSchG, 2. Aufl. 1954, S. 93; *Berger-Delhey*: Wartezeit und Kündigung - Aspekte der ordentlichen Kündigung des Arbeitgebers, NZA 1988, S. 790, 792; *Besgen*: Fragen zur Nichtigkeit, Sittenwidrigkeit und Treuwidrigkeit (Ungehörigkeit) einer Kündigung, AiB 1987, S. 182, 184; *Fastenau*: Die unwirksame Kündigung, 1956, S. 73; *Hetzel*: Das Arbeitsverhältnis im Kleinbetrieb, 1983, S. 203; *Nikisch*: Arbeitsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 1961, S. 704 f.; *Schmidt*: Kündigungsschutz außerhalb des KSchG, AR-Blattei, (D) Kündigungsschutz VIII, 1978, B II 1; *Schnorr v. Carolsfeld*: Arbeitsrecht, 2. Aufl. 1954, S. 352; *Stahlhacke*: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 4. Aufl. 1982, S. 48; *Wenzel*: Der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers (XVIII), Teil 14: Außerordentliche Rechtsbehelfe gegen eine Kündigung, MDR 1978, S. 896, 897.

<sup>941</sup> BAG v. 28.9.1972, AP Nr. 2 zu § 134 BGB m. Anm. Schwerdtner; *Schmidt*: Kündigungsschutz außerhalb des KSchG, AR-Blattei, (D) Kündigungsschutz VIII, 1978, B II 1; *Stahlhacke*: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 4. Aufl. 1982, S. 48; *Wenzel*: Der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers (XVIII), Teil 14: Außerordentliche Rechtsbehelfe gegen eine Kündigung, MDR 1978, S. 896, 897.

<sup>942</sup> ArbG Solingen v. 22.12.1982, Demokratie und Recht 1983, S. 220 m. Anm. Ridder; *Schmidt*: Kündigungsschutz außerhalb des KSchG, AR-Blattei, (D) Kündigungsschutz VIII, 1978, B II 8; *Wenzel*: Der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers (XVIII), Teil 14: Außerordentliche Rechtsbehelfe gegen eine Kündigung, MDR 1978, S. 896, 897. A.A. LAG Düsseldorf v. 31.1.1974, DB 1974, S. 732.

<sup>943</sup> LAG Hamm v. 13.10.1988, AuR 1990, S. 27; *Schmidt*: Kündigungsschutz außerhalb des KSchG, AR-Blattei, (D) Kündigungsschutz VIII, 1978, B II 8.

<sup>944</sup> BAG v. 11.12.1957, AP Nr. 1 zu § 15 KSchG 1951; BAG v. 15.7.1971, EzA § 1 KSchG, Nr. 19; BAG v. 28.9.1972, AP Nr. 2 zu § 134 BGB m. Anm. Schwerdtner; *Schmidt*: Kündigungsschutz außerhalb des KSchG, AR-Blattei, (D) Kündigungsschutz VIII, 1978, B II 8.

<sup>945</sup> ArbG Rosenheim, Zweigst. Traunstein v. 25.7.1957, ARST XIX, S. 96.

dass diese „merkwürdig erscheinende Einstellung“ des Arbeitgebers einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 GG begründete.

Kündigungen wegen der Hautfarbe verstießen nach Ansicht Fastenaus unter dem Gesichtspunkt der Rassendiskriminierung gegen Art. 3 Abs. 3 GG.<sup>946</sup>

Die Kündigung eines Bagwanjägers wegen des Tragens der typischen Sektentracht während der Arbeitszeit war wegen religionsbedingter Diskriminierung nichtig.<sup>947</sup> Das LAG Düsseldorf war der Ansicht, dass die Kündigung die Kultusfreiheit des Arbeitnehmers stark einschränke, da er bei Nichttragen der vorgeschriebenen Bekleidung zwei der vier Regeln der Bewegung breche. Demgegenüber müssten die Interessen des Arbeitgebers zurücktreten, insbesondere da das Erscheinungsbild des im Übrigen hervorragend arbeitenden Mitarbeiters nicht zu einer Beeinträchtigung betrieblicher Interessen geführt hatte.

Nach der nicht näher begründeten Ansicht von Plassmann war auch eine Kündigung nichtig, die aufgrund des Glaubenswechsels des Arbeitnehmers erfolgt war.<sup>948</sup> Eine Ausnahme sollte allerdings in dem Fall bestehen, wenn dem Arbeitnehmer dadurch die Erbringung der Arbeitsleistung unmöglich wurde. So sollte ein Küster beispielsweise nach seiner Konvertierung zum Islam nicht mehr seiner Aufgabe in einer katholischen Kirche nachkommen können.

### **Stellungnahme**

Die Entscheidung des LAG Düsseldorf und die Ansicht von Plassmann waren sachgerecht. Das Diskriminierungsverbot wegen der Religion betrifft einen sehr sensiblen und intimen Bereich der menschlichen Existenz. Ihm muss daher auch innerhalb von Privatrechtsbeziehungen ein hoher Stellenwert zukommen. Trotzdem darf das Verbot nicht unbeschränkt gelten, da im Privatrecht jeder Beteiligte Grundrechtsträger ist. Im Rahmen des Arbeitsverhältnisses ist es im Hinblick auf die dem Arbeitgeber zustehenden Grundfreiheiten sachgerecht, die Grenze dort zu ziehen, wo es durch die religiöse Überzeugung des Arbeitnehmers zu betrieblichen Beeinträchtigungen kommt, die nicht durch Maßnahmen beseitigt werden können, die für beide Parteien zumutbar sind. Dies ist sicher dann der Fall, wenn die Religion des Arbeitnehmers dazu führt, dass der Arbeitnehmer seine Eignung und Fähigkeit zur Erbringung seiner vertraglichen geschuldeten Arbeitsleistung grundsätzlich verliert.

Gegenwärtig ist in Bezug auf das Tragen religiöser Bekleidung am Arbeitsplatz relevant, inwieweit muslimische Arbeitnehmerinnen gegen den Willen ihres Arbeitgebers ein Kopftuch tragen dürfen. In diesem Zusammenhang stellt sich für diese Untersuchung die Frage, ob eine Kündigung außerhalb des KSchG wegen des Tragens eines Kopftuchs außerhalb des KSchG wirksam ist.<sup>949</sup>

Abschließend sei in diesem Abschnitt noch darauf kurz hingewiesen, dass das BAG 1989 in der bereits bei § 138 BGB angesprochenen Floristenentscheidung<sup>950</sup> eine Verletzung des Art. 3 Abs. 3 GG prüfte und mit der Begründung verneinte, dass eine Benachteiligung wegen einer Erkrankung nach dieser Grundrechtsvorschrift nicht verboten sei. Dabei griff es in diesem Einzelfall nochmals ohne weitere

---

<sup>946</sup> Fastenau: Die unwirksame Kündigung, 1956, S. 73.

<sup>947</sup> LAG Düsseldorf v. 22.3.1984, DB 1985, S. 391. Vgl. dazu auch S. 185 f.

<sup>948</sup> Plassmann: Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses, 5. Aufl. 1963, S. 62.

<sup>949</sup> Vgl. S. 231.

<sup>950</sup> BAG v. 16.2.1989, AP Nr. 46 zu § 138 BGB m. Anm. Kramer. Vgl. zum Sachverhalt und zu § 138 BGB S. 128.

Erläuterungen auf die Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung zurück, obwohl es zwischenzeitlich mehrfach seine Hinwendung zur Lehre von der mittelbaren Drittwirkung deutlich gemacht hatte.<sup>951</sup>

**af) Das Verbot der behinderungsspezifischen Diskriminierung, Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG**

Dem in Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG verankerten Benachteiligungs- und Diskriminierungsverbot wegen Behinderung konnte unter der Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung keine kündigungsschützende Bedeutung i.V.m. § 134 BGB zugesprochen werden, da das Grundrecht erst nach der Abkehr von dieser Auffassung im Jahre 1994 in das GG aufgenommen wurde.<sup>952</sup>

**ag) Das Grundrecht der Glaubens-, Bekenntnis- und Gewissensfreiheit, Art. 4 Abs. 1, 2 GG**

Den Grundrechten der Glaubens-, Bekenntnis- und Gewissensfreiheit wurde auf der Grundlage der unmittelbaren Drittwirkungslehre kündigungsschützende Wirkung zugesprochen.<sup>953</sup> Kündigungen, die auf einer Verletzung der vertraglichen Arbeitspflicht aus Religions- und Gewissensgründen beruhten, konnten deshalb wegen Verletzung des Art. 4 Abs. 1, 2 GG i.V.m. § 134 BGB nichtig sein. Da jedoch nicht von einem absoluten Vorrang der Grundrechte des Art. 4 Abs. 1, 2 GG gegenüber der Arbeitspflicht aus § 611 BGB ausgegangen wurde, wurde die Nichtigkeit erst angenommen, wenn der Glaubens- oder Gewissenskonflikt des Arbeitnehmers gegenüber den betrieblichen Belangen des Arbeitgebers überwog. Bei dieser Güterabwägung sollte berücksichtigt werden, ob der Arbeitnehmer bei Eingehung des Arbeitsverhältnisses mit dem Eintritt eines Glaubens- bzw. Gewissenskonflikts rechnen musste. Ferner war zu prüfen, ob der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine andere Arbeit zuweisen konnte, und ob mit weiteren Konflikten zu rechnen war.

Nach Meinung des LAG Düsseldorf konnte ein mohammedanischer Arbeitnehmer, der sich weigerte, an bestimmten moslemischen Feiertagen zu arbeiten, wirksam wegen Verletzung der Arbeitspflicht gekündigt werden.<sup>954</sup> Das Gericht erachtete es bei Abwägung der gegenseitigen Interessen für den Arbeitnehmer als zumutbar, die vertragliche vereinbarte Arbeitsleistung zu erbringen. Da der Arbeitsvertrag nach deutschem Recht zustande gekommen sei, dürfe der Arbeitnehmer bei seiner Gewissensentscheidung, die Arbeit aus religiösen Gründen zu verweigern, nicht die übernommene Dienstverpflichtung außer Acht lassen. Da eine Freistellung für die betreffenden Feiertage nicht gesetzlich vorgesehen gewesen sei, hätte er sie auch nicht beanspruchen können. Der Arbeitgeber habe darauf vertrauen dürfen, dass der Arbeitnehmer seine Verpflichtung im Einklang mit den Gesetzen nachkommt.

Darüber hinaus sollte die Kündigung wegen Tragens religionsbedingter Kleidung nach Art. 4 GG i.V.m. § 134 BGB zur Unwirksamkeit einer Kündigung führen können. In dem bereits dargestellten Fall der Kündigung wegen Tragen der religiösen Kleidung der Bagwansekte ging das LAG Düsseldorf davon aus, dass die Bagwanbewegung als Religions- bzw. Weltanschauungsgemeinschaft den Schutz des Art. 4 GG genoss.<sup>955</sup> Es kam deshalb mit gleicher Begründung wie im Hinblick auf die Verletzung

---

<sup>951</sup> Vgl. S. 191.

<sup>952</sup> Gesetz v. 27.10.1994 (BGBl. I 1994, S. 3146).

<sup>953</sup> LAG Düsseldorf v. 14.2.1963, JZ 1964, S. 258; LAG Düsseldorf v. 22.3.1984, DB 1985, S. 391; *Schmidt*: Kündigungsschutz außerhalb des KSchG, AR-Blattei, (D) Kündigungsschutz VIII, 1978, B II 2.

<sup>954</sup> LAG Düsseldorf v. 14.2.1963, JZ 1964, S. 258.

<sup>955</sup> LAG Düsseldorf v. 22.3.1984, DB 1985, S. 391. Vgl. S. 184.

des Art. 3 Abs. 3 GG zu dem Ergebnis, dass die Kündigung das Grundrecht aus Art. 4 GG verletzte. Insoweit kann daher auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.<sup>956</sup>

#### ah) Das Grundrecht der Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 GG

Die Rspr. setzte sich auf der Grundlage der Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung ferner mit zahlreichen Fällen aus dem Spannungsfeld zwischen der Meinungsfreiheit des Arbeitnehmers und dem Kündigungsrecht des Arbeitgebers auseinander. Sie betrafen zwar vielfach außerordentliche Kündigungen. Die rechtliche Beurteilung galt allerdings gleichermaßen auch für ordentliche Kündigungen. Anlass der Entlassungen waren politische und parteipolitische Äußerungen der Beschäftigten<sup>957</sup>, Stellungnahmen zu betrieblichen Vorgängen<sup>958</sup> oder Beleidigungen des Arbeitgebers<sup>959</sup> bzw. tendenzwidrige Äußerung von Arbeitnehmern in Tendenzbetrieben<sup>960</sup>.

Die Meinungsfreiheit, d.h. das Recht des Einzelnen, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern, war nach einer Entscheidung des BAG im Jahre 1954 durch Art. 5 Abs. 1 GG unmittelbar auch im Arbeitsverhältnis gewährleistet.<sup>961</sup> Das Gericht führte aus, dass das Grundrecht der freien Meinungsäußerung ein Grundsatz für das soziale Leben sei und deshalb auch für den Rechtsverkehr der Bürger untereinander unmittelbare Bedeutung habe.<sup>962</sup> Dies bestätigte das BVerfG 1976. Es war der Auffassung, das Grundrecht sei ein konstituierendes Element der freiheitlich demokratischen Staatsordnung und gewährleiste eine der wesentlichen Äußerungsformen der menschlichen Persönlichkeit. Aufgrund dieser großen Bedeutung sei seine Berücksichtigung im Rahmen des Möglichen geboten.<sup>963</sup> Dies gelte auch im Bereich der betrieblichen Arbeitswelt, wo das Grundrecht allerdings seine Schranken in den allgemeinen Gesetzen fände. Zu den allgemeinen Gesetzen zählten nach h.M. auch die Grundregeln des Arbeitsverhältnisses.<sup>964</sup>

Nach diesen Grundregeln verstießen Kündigungen nicht gegen Art. 5 Abs. 1 GG, wenn der Arbeitnehmer durch Gebrauch seiner Meinungsfreiheit seine vertragliche Arbeitspflicht verletzte. Dies galt uneingeschränkt, soweit der Arbeitnehmer seine Ansichten auch außerhalb der tatsächlichen Arbeitszeit, z.B. in den Pausen ausreichend äußern konnte.<sup>965</sup> Darüber hinaus durfte der Arbeitnehmer

---

<sup>956</sup> Vgl. Fn. 955.

<sup>957</sup> BAG v. 3.12.1954, AP Nr. 2 zu § 13 KSchG 1951; BAG v. 28.9.1972, AP Nr. 2 zu § 134 BGB m. Anm. Schwerdtner; BAG v. 9.12.1982, AP Nr. 73 zu § 626 BGB. Nachweise der Instanzrechtsprechung bei *Fastenau*: Die unwirksame Kündigung, 1956, S. 83 dort Fn. 1; *Sieverts*: Der Einfluß des Kündigungsmotivs auf die Rechtswirksamkeit der Kündigung des Arbeitsverhältnisses, 1959, S. 19 f. dort Fn. 47 ff.

<sup>958</sup> BAG v. 13.10.1977, AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 verhaltensbedingte Kündigung m. Anm. Pfarr; LAG Berlin v. 14.1.1985, LAGE § 626, Nr. 21.

<sup>959</sup> BAG v. 26.5.1977, AP Nr. 5 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht m. Anm. Weber.

<sup>960</sup> Z.B. LAG Berlin v. 6.12.1982, EzA § 1 KSchG Tendenzbetrieb, Nr. 11.

<sup>961</sup> Dies war bereits unter der Rverf von 1919 der Fall. Vgl. S. 24 ff.

<sup>962</sup> BAG v. 3.12.1954, AP Nr. 2 zu § 13 KSchG 1951.

<sup>963</sup> BVerfG v. 28.4.1976, NJW 1976, S. 1627.

<sup>964</sup> Allgemein zu dem Inhalt dieser Grundregeln BAG v. 28.9.1972, AP Nr. 2 zu § 134 BGB m. Anm. Schwerdtner; BAG v. 13.10.1977, AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 verhaltensbedingte Kündigung m. Anm. Pfarr; BAG v. 9.12.1982, AP Nr. 73 zu § 626 BGB; *Fastenau*: Die unwirksame Kündigung, 1956, S. 77; *Galperin*: Die Rechtsmängel der Kündigung des Arbeitsverhältnisses, BB 1966, S. 1458, 1460; *Schmidt*: Kündigungsschutz außerhalb des KSchG, AR-Blattei, (D) Kündigungsschutz VIII, 1978, B II 3; *Sieverts*: Der Einfluß des Kündigungsmotivs auf die Rechtswirksamkeit der Kündigung des Arbeitsverhältnisses, 1959, S. 16 ff.; *Stahlhacke*: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 4. Aufl. 1982, S. 49; *Wenzel*: Der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers (XVIII), Teil 14: Außerordentliche Rechtsbehelfe gegen eine Kündigung, MDR 1978, S. 896, 897.

<sup>965</sup> *Kittner u.a. (Däubler)*: KSchR, 6. Aufl. 2004, Art. 5 GG Rndr. 9.

die Interessen des Arbeitgebers nicht beeinträchtigen oder diesen zuwider handeln.<sup>966</sup> Er musste Rücksicht auf die betriebliche Ordnung und Zusammenarbeit nehmen. Er durfte keinesfalls den Betriebsfrieden gefährden oder stören. Äußerungen mussten deshalb grundsätzlich maßvoll und zurückhaltend sein.<sup>967</sup>

Eine wirksame Kündigung setzte in jedem Fall eine konkrete Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses voraus. Davon ging das BAG aus, wenn die Meinungsäußerung Auswirkungen auf den Leistungsbereich, auf den Vertrauensbereich der Vertragspartner oder auf den gesamten Unternehmensbereich hatte.<sup>968</sup> Es spielte keine Rolle, ob die Äußerung des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz oder in seiner Freizeit erfolgt war.

In Tendenzbetrieben sollte der Beschäftigte je nach seinem vertraglichen Tätigkeitsfeld gegebenenfalls stärkeren Beschränkungen in seiner Grundrechtsausübung unterworfen sein. So durfte sich ein Redakteur einer Zeitung auch in seiner Freizeit nicht in einer Weise äußern, durch die die publizistische Grundhaltung oder Glaubwürdigkeit des Verlags wesentlich beeinträchtigt und in Frage gestellt wurde.<sup>969</sup> Eine Kündigung wegen einer Verletzung dieser Verhaltenspflicht war wirksam.

Ergänzend sei an dieser Stelle angemerkt, dass in den vom Untersuchungsbereich ausgeschlossenen religiösen Tendenzbetrieben Kündigungen in Zusammenhang mit Meinungsäußerungen über die allgemeinen Grundsätze hinaus auch möglich waren, wenn sie zur Erhaltung der Glaubwürdigkeit und zur Wahrung der Identität erforderlich waren.<sup>970</sup> Besondere Einschränkungen ergaben sich hier ferner unter dem Gesichtspunkt der durch Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 3 RVerf gewährleisteten Kirchenautonomie.<sup>971</sup>

#### **ai) Das Grundrecht zum Schutz von Ehe und Familie, Art. 6 Abs. 1 GG**

Nach Ansicht des BAG kam auch Art. 6 Abs. 1 GG eine unmittelbare Wirkung im Privatrecht zu.<sup>972</sup> Anders als in dem von der Untersuchung ausgeschlossenen Bereich der kirchlichen Arbeitsverhältnisse erlangte der Schutz von Ehe und Familie i.V.m. § 134 BGB bei Kündigungen in der Privatwirtschaft jedoch keine Bedeutung.

#### **aj) Das Grundrecht der Versammlungsfreiheit, Art. 8 Abs. 1 GG**

Die Kündigung eines Arbeitnehmers gerade wegen und nur wegen der Teilnahme an einer erlaubten Versammlung, Kundgebung oder Demonstration wurde ebenfalls nach Art. 8 GG i.V.m. § 134 BGB als nichtig angesehen.<sup>973</sup> Allerdings sollte die Kündigung dann wirksam sein, wenn die betrieblichen Belange des Arbeitgebers das Teilnahmeinteresse des Arbeitnehmers überwogen. Die Frage, wann dies der Fall sein sollte, wurde nicht weiter untersucht. Es hätte jedoch danach unterschieden werden müssen, ob die Teilnahme während oder außerhalb der Arbeitszeit erfolgt war. Im ersten Fall hätten die betrieblichen Belange im Regelfall überwogen, da die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers vorrangig

---

<sup>966</sup> BAG v. 28.9.1972, AP Nr. 2 zu § 134 BGB m. Anm. Schwerdtner.

<sup>967</sup> BAG v. 3.12.1954, AP Nr. 2 zu § 13 KSchG 1951 .

<sup>968</sup> BAG v. 6.2.1969, AP Nr. 58 zu § 626 BGB m. Anm. Hueck.

<sup>969</sup> LAG Berlin v. 6.12.1982, EzA § 1 KSchG Tendenzbetrieb, Nr. 11.

<sup>970</sup> BAG v. 14.10.1980, NJW 1981, S. 1228; bestätigt durch BVerfG v. 5.6.1981, AP Nr. 7 a zu Art. 140 GG .

<sup>971</sup> BAG v. 21.10.1982, AP Nr. 14 zu Art. 140 GG m. Anm. Stein.

<sup>972</sup> BAG v. 10.5.1957, AP Nr. 1 zu Art. 6 Abs. 1 GG Ehe und Familie.

<sup>973</sup> *Schmidt*: Kündigungsschutz außerhalb des KSchG, AR-Blattei, (D) Kündigungsschutz VIII, 1978, B II 5.

gewesen wäre. Eine Ausnahme wäre jedoch vorstellbar gewesen, wenn es sich um eine Versammlung, Kundgebung oder Demonstration gehandelt hätte, deren Anlass der Erhalt der wesentlichen Grundpfeiler der deutschen Demokratie gewesen wäre. Im zweiten Fall hätte die Entscheidung, ob betriebliche Belange überwiegen, vom Einzelfall, also im Wesentlichen vom Versammlungsthema, abhängig gemacht werden müssen.

#### **ak) Das Grundrecht der Vereinigungsfreiheit, Art. 9 Abs. 1 GG**

Ohne eine nähere Erörterung wurde in der Literatur vereinzelt festgestellt, dass eine Kündigung gerade wegen und nur wegen der Mitgliedschaft in einem Verein gegen Art. 9 Abs. 1 GG verstoße und i.V.m. § 134 BGB nichtig sei.<sup>974</sup> In der Rechtsprechung erlangte dieses Verbot keine Bedeutung.

#### **al) Das Grundrecht der Koalitionsfreiheit, Art. 9 Abs. 3 GG**

Im Gegensatz zu den übrigen Grundrechtsnormen ist die Drittwirkung des Art. 9 Abs. 3 GG innerhalb von Privatrechtsbeziehungen eindeutig festgelegt. Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG ordnet hier die unmittelbare Bedeutung der Koalitionsfreiheit ausdrücklich an. Seit langem ist allgemein anerkannt, dass die Verfassung die positive und negative Koalitionsfreiheit gleichermaßen schützt. Deshalb ist jede Kündigung, die dagegen verstößt, i.V.m. § 134 BGB nichtig.<sup>975</sup>

Entlassungen, die nach Ansicht von Rechtsprechung und Literatur die Koalitionsfreiheit des Arbeitnehmers verletzen, lassen sich - neben weiteren Einzelfällen<sup>976</sup> - in drei Gruppen einteilen.

---

<sup>974</sup> *Schmidt*: Kündigungsschutz außerhalb des KSchG, AR-Blattei, (D) Kündigungsschutz VIII, 1978, B II 7.

<sup>975</sup> *Bühlig u.a.*: KSchG, 1952 § 1 KSchG Rndr. 60; *Erdmann/Müller*: KSchG, 2. Aufl. 1954, S. 93; *Erman/Westermann* (Hrsg.) (*Palm*): BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2000, § 134 BGB Rndr. 43; *Herschel/Steinmann*: KSchG, 5. Aufl. 1961, § 11 KSchG Rndr. 9; *Hoyningen-Huene/Linck*: KSchG, 13. Aufl. 2002, § 13 KSchG Rndr. 79; *Hueck*: KSchG, 6. Aufl. 1968, § 11 KSchG Rndr. KSchG 22; *KR-Friedrich*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. 197; *Löwisch*: KSchG, 9. Aufl. 2004, Vorbem. zu § 1 KSchG Rndr. 75; *MüKo-Schwerdtner*: BGB, Bd. 4, 3. Aufl. 1997, § 622 BGB Anh. Rndr. 16; *Soergel/Siebert (Kraft)*: BGB, Bd. 4/1, 12. Aufl. 1997, vor § 620 BGB Rndr. 69; *Sowka* (Hrsg.) (*Bengelsdorf*): KSchG, 2. Aufl. 2000, Teil H, § 13 KSchG Rndr. 54; *Staudinger (Neumann)*: BGB, 13. Bearb. 1995, Vorbem. zu § 620 BGB Rndr. 73; *Besgen*: Fragen zur Nichtigkeit, Sittenwidrigkeit und Treuwidrigkeit (Ungehörigkeit) einer Kündigung, AiB 1987, S. 182, 184; *Fastenau*: Die unwirksame Kündigung, 1956, S. 85, 88; *Galperin*: Die Rechtsmängel der Kündigung des Arbeitsverhältnisses, BB 1966, S. 1458, 1460; *Hetzel*: Das Arbeitsverhältnis im Kleinbetrieb, 1983, S. 205; *Hönig*: Der allgemeine zivilrechtliche Schutz des Arbeitnehmers gegen die ordentliche Kündigung, 1954, S. 85; *Hueck/Nipperdey*: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 1, 7. Aufl. 1963, S. 560; *Leinemann* (Hrsg.) (*Isenhardt*): KassHdb. z. ArbR, Bd. 2, 2. Aufl. 2000, 6.3. Rndr. 72; *Nikisch*: Arbeitsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 1961, S. 704 f.; *Preis*: Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, NZA 1997, S. 1256, 1264; *Richardi/Wlotzke (Wank)*: MüHdb. z. ArbR., Bd. 2, 2. Aufl. 2000, § 119 Rndr. 85; *Schmidt*: Kündigungsschutz außerhalb des KSchG, AR-Blattei, (D) Kündigungsschutz VIII, 1978, B II 6; *Schnorr v. Carolsfeld*: Arbeitsrecht, 2. Aufl. 1954, S. 352; *Stahlhacke/Preis/Vossen*: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9. Aufl. 2005, Rndr. 272. Vgl. zur Rspr. die folgenden Fn'ten.

<sup>976</sup> BAG v. 17.12.1976, AP Nr. 51 zu Art. 9 GG Arbeitskampf m. Anm. Rüthers; ArbG Bamberg v. 12.1.1989, AiB 1989, S. 157 m. Anm. Zachert.



Zur ersten Gruppe gehören Kündigungen wegen der Gewerkschaftszugehörigkeit des Arbeitnehmers.<sup>977</sup> Hinzu kommen Kündigungen, um den Arbeitnehmer zum Austritt aus der Arbeitnehmerkoalition zu bewegen.<sup>978</sup> So kann beispielsweise ein Arbeitnehmer durch Ausspruch einer Änderungskündigung zum Austritt aus seiner bisherigen Gewerkschaft und zum anschließenden Eintritt in eine andere Koalition gezwungen werden.<sup>979</sup> Damit beabsichtigt der Arbeitgeber in der Regel die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zu den aus seiner Sicht günstigeren tariflichen Bedingungen der neuen Gewerkschaft.

Bei der zweiten Gruppe wird die Kündigung durch eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft veranlasst. Um ihren Einfluss zu bewahren und zu stärken wirkt sie unter Androhung von Nachteilen auf den Arbeitgeber ein, koalitionsunwillige oder nicht in dieser Gewerkschaft organisierte Arbeitnehmer zu entlassen.<sup>980</sup>

In der dritten Gruppe richten sich die Kündigungen gegen die gewerkschaftliche Betätigung des Arbeitnehmers im Betrieb.<sup>981</sup> Es geht vielfach darum, dass die Beschäftigten am Arbeitsplatz verbal, durch Flugblätter oder mit ähnlichen Maßnahmen für ihre Gewerkschaft werben.<sup>982</sup> Über Jahrzehnte hinweg galt der Grundsatz, dass Gewerkschaftsmitglieder im Betrieb außerhalb der Arbeitszeit für die Gewerkschaft auf verschiedene Weise werben können, soweit Betriebsablauf oder Betriebsfrieden

---

<sup>977</sup> BAG v. 15.2.1957, AP Nr. 33 zu § 1 KSchG 1951 m. Anm. Tophoven; BAG v. 5.3.1987, RzK I 8 1, Nr. 6; LAG Nürnberg v. 13.3.1990, AuR 1992, S. 26; *Backmeister/Trittin/Mayer (Backmeister)*: KSchG, 3. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. 19; *Kittner u.a. (Däubler)*: KSchR, 6. Aufl. 2004, Art. 9 GG Rndr. 18; *KR-Friedrich*: KSchG, 1. Aufl. 1981, § 13 KSchG Rndr. 197; *MüKo-Schwerdtner*: BGB, Bd. 4, 3. Aufl. 1997, § 622 BGB Anh. Rndr. 16; *Staudinger (Neumann)*: BGB, 11. Aufl. 1958, vor § 620 BGB Rndr. 59; *Besgen*: Fragen zur Nichtigkeit, Sittenwidrigkeit und Treuwidrigkeit (Ungehörigkeit) einer Kündigung, AiB 1987, S. 182, 184; *Galperin*: Die Rechtsmängel der Kündigung des Arbeitsverhältnisses, BB 1966, S. 1458, 1460; *Hönig*: Der allgemeine zivilrechtliche Schutz des Arbeitnehmers gegen die ordentliche Kündigung, 1954, S. 86; *Hueck/Nipperdey*: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 1, 6. Aufl. 1959, S. 506; *Leinemann (Hrsg.) (Isenhardt)*: KassHdb. z. ArbR., Bd. 2, 2. Aufl. 2000, 6.3. Rndr. 72; *Nikisch*: Arbeitsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 1961, S. 704 f.; *Schmidt*: Kündigungsschutz außerhalb des KSchG, AR-Blattei, (D) Kündigungsschutz VIII, 1978, B II 6; *Schnorr v. Carolsfeld*: Arbeitsrecht, 2. Aufl. 1954, S. 352.

<sup>978</sup> *KR-Friedrich*: KSchG, 1. Aufl. 1981, § 13 KSchG Rndr. 197; *Leinemann (Hrsg.) (Isenhardt)*: KassHdb. z. ArbR., Bd. 2, 2. Aufl. 2000, 6.3. Rndr. 72; *Hueck/Nipperdey*: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 1, 6. Aufl. 1959, S. 506; *Richardi/Wlotzke (Wank)*: MüHdb. z. ArbR., Bd. 2, 2. Aufl. 2000, § 119 Rndr. 85.

<sup>979</sup> BAG v. 15.2.1957, AP Nr. 33 zu § 1 KSchG 1951 m. Anm. Tophoven.

<sup>980</sup> BAG v. 15.2.1957, AP Nr. 33 zu § 1 KSchG 1951 m. Anm. Tophoven; LAG Hannover v. 10.7.1951, AP 1951, Nr. 236; LAG Mannheim v. 14.5.1952, AP 1953, Nr. 34 m. Anm. Bulla; *Sowka (Hrsg.) (Bengelsdorf)*: KSchG, 2. Aufl. 2000, Teil H, § 13 KSchG Rndr. 54; *Fastenau*: Die unwirksame Kündigung, 1956, S. 91; *Galperin*: Die Rechtsmängel der Kündigung des Arbeitsverhältnisses, BB 1966, S. 1458, 1460; *Nikisch*: Arbeitsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 1961, S. 704 f.; *Richardi/Wlotzke (Berkowsky)*: MüHdb. z. ArbR., Bd. 2, 1. Aufl. 1993, § 133 Rndr. 61; *Schmidt*: Kündigungsschutz außerhalb des KSchG, AR-Blattei, (D) Kündigungsschutz VIII, 1978, B II 6; *Schnorr v. Carolsfeld*: Arbeitsrecht, 2. Aufl. 1954, S. 352; *Wenzel*: Der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers (XVIII), Teil 14: Außerordentliche Rechtsbehelfe gegen eine Kündigung, MDR 1978, S. 896. Ähnlich ArbG Bremerhaven v. 15.4.1965, AuR 1965, S. 282. A.A. LAG Hamm v. 11.6.1952, AP 1952, Nr. 224 m. Anm. Hueck.

<sup>981</sup> LAG Mannheim v. 16.4.1952, WA 1953, S. 83; *Kittner u.a. (Däubler)*: KSchR, 6. Aufl. 2004, Art. 9 GG Rndr. 19; *KR-Friedrich*: KSchG, 3. Aufl. 1989, § 13 KSchG Rndr. 198; *Hönig*: Der allgemeine zivilrechtliche Schutz des Arbeitnehmers gegen die ordentliche Kündigung, 1954, S. 86; *Plassmann*: Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses, 5. Aufl. 1963, S. 6; *Preis*: Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, NZA 1997, S. 1256, 1264; *Richardi/Wlotzke (Wank)*: MüHdb. z. ArbR., Bd. 2, 2. Aufl. 2000, § 119 Rndr. 85; *Wenzel*: Der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers (XVIII), Teil 14: Außerordentliche Rechtsbehelfe gegen eine Kündigung, MDR 1978, S. 896.

<sup>982</sup> Dazu besonders BVerfG v. 30.11.1965, AP Nr. 7 zu Art. 9 GG .

dadurch nicht beeinträchtigt werden.<sup>983</sup> Inzwischen hat das BVerfG neue, weitere Maßstäbe gesetzt.<sup>984</sup> Die Mitgliederwerbung wird danach als Fundament für die Erfüllung der in Art. 9 Abs. 3 GG genannten Aufgaben heute auch während der Arbeitszeit verfassungsrechtlich garantiert. Allerdings dürfen weiterhin betriebliche Ordnung und Betriebsfrieden nicht gestört werden. Unzulässig ist es ferner, das Eigentum des Arbeitgebers zu gewerkschaftlichen Werbezwecken einzusetzen.<sup>985</sup>

Mit der Entscheidung von 1995 hat das BVerfG formal einen Ausgleich zwischen den Interessen der Gewerkschaften und denen des Arbeitgebers gefunden. Wenn durch die Werbung keine tatsächliche betriebliche Beeinträchtigung erfolgt, ist kein sachlicher Grund ersichtlich, warum den Gewerkschaften eine Mitgliederwerbung während der Arbeitszeit versagt werden sollte. Allerdings ist es tatsächlich schwer vorstellbar, dass eine Werbung der Arbeitnehmerkoalitionen in Unternehmen während der Arbeitszeit nicht zur Beeinträchtigungen führt. In dieser Zeit sind die Arbeitnehmer in der Regel mit der Erfüllung ihrer vertraglichen Arbeitspflicht beschäftigt. Selbst das kommentarlose Auslegen von schriftlichem Werbematerial während der Arbeitszeit wird regelmäßig dazu führen, dass Mitarbeiter ihre momentane Tätigkeit unterbrechen und den Inhalt der Mitteilungen lesen. Soweit dies nur wenige Minuten in Anspruch nimmt, dürfte die Werbung noch von der Koalitionsfreiheit gedeckt sein. Schließen sich daran jedoch Gespräche einzelner Arbeitnehmer untereinander an, kann dadurch die betriebliche Ordnung beeinträchtigt werden. Die Grenzen sind allerdings fließend und jeder Einzelfall der gewerkschaftlichen Werbung während der Arbeitszeit ist daher gesondert auf seine Vereinbarkeit mit den betrieblichen Belangen des Arbeitgebers zu überprüfen.

Seit 1980 ist eine Kündigung wegen Koalierung oder gewerkschaftlicher Betätigung des Arbeitnehmers auch auf einfachgesetzlicher Ebene nach § 612 a BGB i.V.m. § 134 BGB unwirksam.<sup>986</sup> Teilweise wird deshalb vertreten, ein Rückgriff auf Art. 9 Abs. 3 GG sei insofern nicht mehr erforderlich.<sup>987</sup> Trotzdem ist die Bedeutung des Art. 9 Abs. 3 GG bisher nicht zurückgegangen. Dies ist verständlich. Auch wenn der Schutz vor koalitionswidrigen Kündigungen inzwischen einfachgesetzlich geregelt ist, ist Art. 9 Abs. 3 GG als eine der grundlegenden Garantien für den Ausgleich von Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen fest in dem rechtlichen Bewusstsein verhaftet. Das Grundrecht war schon in der RVerf verankert. Aufgrund seiner historischen Bedeutung kommt ihm sowohl in Bezug auf die Schaffung des modernen Arbeitsrechts als auch in der gegenwärtigen rechtlichen Diskussion ein sehr hoher Stellenwert, und das Verfassungsrecht selbst ordnet seine unmittelbare Drittwirkung an. Deshalb wird in kündigungsschutzrechtlichen Konfliktfällen außerhalb des KSchG, die die Koalitionsfreiheit berühren, zukünftig vermutlich weiterhin eher auf Art. 9 Abs. 3 GG i.V.m. § 134 BGB zurückgegriffen als auf § 612 a BGB.

---

<sup>983</sup> BVerfG v. 30.11.1965, AP Nr. 7 zu Art. 9 GG ; BVerfG v. 26.5.1970, AP Nr. 16 zu Art. 9 GG ; BAG v. 14.2.1967, AP Nr. 10 zu Art. 9 GG m. Anm. Mayer-Maly; BAG v. 26.1.1982, DB 1982, S. 1327; *Küttner*: Personalbuch 2001, 8. Aufl. 2001, S. 1455 Rndr. 18; *Richardi/Wlotzke (Berkowsky)*: MüHdb. z. ArbR., Bd. 2, 1. Aufl. 1993, § 133 Rndr. 60.

<sup>984</sup> BVerfG v. 14.11.1995, DB 1996, S. 1627 f.

<sup>985</sup> BAG v. 23.2.1979, NJW 1979, S. 1847.

<sup>986</sup> § 612 a BGB ist ein gesetzlich geregelter Spezialfall des § 138 BGB.  
Vgl. dazu auch S. 137 ff.

<sup>987</sup> *Bader u.a. (Bader)*: KSchG, 56. Lief. 9/2005, § 13 KSchG Rndr. 75; *KR-Friedrich*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. 199; *Preis*: Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, NZA 1997, S. 1256, 1264 m.w.N. in Fn. 64, 65; *Richardi/Wlotzke (Wank)*: MüHdb. z. ArbR., Bd. 2, 2. Aufl. 2000, § 119 Rndr. 85.

**am) Das Grundrecht der Berufs-, Berufsausübungs- und Ausbildungsfreiheit,  
Art. 12 Abs. 1 GG**

Aus Art. 12 Abs. 1 GG wurde unter der unmittelbaren Drittwirkungslehre keine kündigungsbeschränkende Wirkung i.V.m. § 134 BGB abgeleitet, da die damalige h.M. die Drittwirkungsfähigkeit des Grundrechts ablehnte.<sup>988</sup>

**b) Kontrolle des Kündigungsgrundes nach der ebenfalls inzwischen überwundenen mittelbaren Drittwirkungslehre**

Nach der Theorie der mittelbaren Drittwirkung hatten die Grundrechte - mit Ausnahme des Art. 9 Abs. 3 GG - keine unmittelbare, sondern nur mittelbare Bedeutung für Privatrechtsbeziehungen. Sie sollten über die als Einfallstore bezeichneten wertausfüllungsfähigen und -bedürftigen Begriffe und Generalklauseln, insbesondere über die §§ 138, 242, 315, 826 BGB wirken.<sup>989</sup> Die Gerichte hatten bei ihrer Anwendung und Auslegung den objektiven Gehalt der Grundrechte zu berücksichtigen und ihm Geltung zu verschaffen.

Die Lehre ging zurück auf Krüger und Jellinek, die 1949/1950 erstmals den Gedanken einer nur indirekten Drittwirkung geäußert hatten.<sup>990</sup> In den fünfziger Jahren des vergangenen Jh. entwickelte Dürig diesen Ansatz weiter.<sup>991</sup> Sie wurde dogmatisch vor allem damit begründet, dass die im Grundgesetz enthaltenen Einzelgrundrechte das in Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG deklaratorisch anerkannte, der Verfassung vorgegebene Wertesystem verkörpern würden.<sup>992</sup> Dieses objektive Wertesystem sei durch die Grundrechte gegen Gefährdungen aus Staatsrichtung geschützt und darüber hinaus mit einem sich aus Art. 1 Abs. 3 GG ergebenden Anspruchssystem verbunden. Außerdem wurde Art. 1 Abs. 1 GG als oberstes Konstitutionsprinzip der deutschen Rechtsordnung angesehen. Die Grundrechte müssten nicht nur vor unangemessener staatlicher Machtausübung, sondern gerade auch vor Bedrohungen durch private Gewalt geschützt werden.

Im Verfassungsrecht galt dieses Verständnis der Drittwirkung bereits seit Ende der fünfziger Jahre des lt. Jh. als herrschend.<sup>993</sup> Das BAG und die arbeitsrechtliche h.L. hielten demgegenüber jahrzehntelang

---

<sup>988</sup> BAG v. 23.9.1976, AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Wartezeit m. Anm. Hueck; *KR-Friedrich*: KSchG, 5. Aufl. 1998, § 13 KSchG Rndr. 194; *Sowka* (Hrsg.) (*Bengelsdorf*): KSchG, 2. Aufl. 2000, Teil H, § 13 KSchG Rndr. 55; *Berger-Delhey*: Wartezeit und Kündigung - Aspekte der ordentlichen Kündigung des Arbeitgebers, NZA 1988, S. 790, 792; *Schmidt*: Kündigungsschutz außerhalb des KSchG, AR-Blattei, (D) Kündigungsschutz VIII, 1978, B II 10; *Stahlhacke*: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 4. Aufl. 1982, S. 49. A.A. *Müller*: Die Drittwirkung der Grundrechte und das Sozialstaatsprinzip, in Burghardt u.a. (Hrsg.): Im Dienste der Sozialreform, FS für Kummer, 1965, S. 369, 374.

<sup>989</sup> *Stern*: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3/1, 1988, § 76, S. 1543.

<sup>990</sup> *Jellinek*: Die Entlohnung der Frau und Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes, BB 1950, S. 425, 426; *Krüger*: Die Verfassungen in der Zivilrechtsprechung, NJW 1949, S. 163, 166.

<sup>991</sup> *Maunz/Dürig/u.a.* (*Dürig*): GG, Bd. 1, 39. Lief. 7/2002, Art. 1 GG Rndr. 16 ff.; *Dürig*: Freizügigkeit, in Neumann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg.): Die Grundrechte, Bd. 2, 1954, S. 507 ff.; *ders.*: Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in Maunz (Hrsg.): Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, FS für Nawiasky, 1956, S. 157 ff.; *ders.*: Zum "Lüth-Urteil" des Bundesverfassungsgerichts vom 15.1.1958, DÖV 1958, S. 194 ff.

<sup>992</sup> Ausführlich zur dogmatischen Begründung *Stern*: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3/1, 1988, § 76, S. 1544 ff.

<sup>993</sup> Vgl. dazu Fn. 894.

an der unmittelbaren Drittwirkungslehre fest.<sup>994</sup> Der Wechsel zur mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte deutete sich im Arbeitsrecht erst durch eine Entscheidung des BAG aus dem Jahre 1982 an. Das Gericht ließ darin erstmals erkennen, dass es dieser Auffassung nicht mehr völlig ablehnend gegenüberstand.<sup>995</sup> 1984 bekannte sich das BAG schließlich ausdrücklich zur mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte und bestätigte dies in weiteren Entscheidungen.<sup>996</sup> Das herrschende Schrifttum im Arbeitsrecht folgte dem BAG ohne in eine Diskussion einzutreten.<sup>997</sup>

Ihre kündigungsschützende Wirkung entfaltet die Drittwirkungslehre dadurch, dass eine grundrechtswidrige Kündigung i.V.m. § 242 BGB als nichtig angesehen wurde. Allerdings setzten die Arbeitsgerichte diesen grundrechtlichen Kündigungsschutz nur vereinzelt ein. Dies ist vor allem darauf zurückzuführen, dass die Lehre von der mittelbaren Drittwirkung bald nach ihrer Anerkennung im Arbeitsrecht durch die heute herrschende Ansicht von der Schutzgebotsfunktion der Grundrechte abgelöst wurde.<sup>998</sup>

In Bezug auf die bereits bei § 138 BGB erwähnte Kündigung außerhalb des KSchG wegen der Homosexualität des Arbeitnehmers stellte das BAG 1994 unter ausdrücklicher Bezugnahme auf das BVerfG<sup>999</sup> fest, dass bei der Konkretisierung des Grundsatzes von Treu und Glauben die grundrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie, das Recht auf Achtung der Menschenwürde und das allgemeine Persönlichkeitsrecht zu berücksichtigen seien.<sup>1000</sup> Die Begriffe Treu und Glauben und Verkehrssitte würden eine Konkretisierung am Maßstab von Wertvorstellungen verlangen, die in erster

---

<sup>994</sup> BAG v. 3.12.1954, AP Nr. 2 zu § 13 KSchG 1951; BAG v. 15.1.1955, AP Nr. 4 zu Art. 3 GG m. Anm. Beitzke; BAG v. 10.11.1955, AP Nr. 2 zu 611 BGB Beschäftigungspflicht m. Anm. Hueck; BAG v. 23.3.1957, AP Nr. 16 zu Art. 3 GG; BAG v. 10.5.1957, AP Nr. 1 zu Art. 6 Abs. 1 GG Ehe und Familie; BAG v. 23.2.1959, AP Nr. 1 zu Art. 5 Abs. 1 GG Meinungsfreiheit; BAG v. 29.6.1962, AP Nr. 25 zu Art. 12 GG m. Anm. Hueck; BAG v. 25.1.1963, AP Nr. 77 zu Art. 3 GG m. Anm. Mayer-Maly; BAG v. 28.9.1972, AP Nr. 2 zu § 134 BGB m. Anm. Schwerdtner; BAG v. 11.1.1973, AP Nr. 110 zu Art. 3 GG; BAG v. 23.9.1976, AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Wartezeit m. Anm. Hueck; BAG v. 26.5.1977, AP Nr. 5 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht m. Anm. Weber; BAG v. 9.12.1982, AP Nr. 73 zu § 626 BGB; BAG v. 22.9.1994, AP Nr. 68 zu § 102 BetrVG 1972; *Fastenau*: Die unwirksame Kündigung, 1956, S. 66; *Galperin*: Die Rechtsmängel der Kündigung des Arbeitsverhältnisses, BB 1966, S. 1458, 1460; *Schmidt*: Kündigungsschutz außerhalb des KSchG, AR-Blattei, (D) Kündigungsschutz VIII, 1978, B II; *Wenzel*: Der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers (XVIII), Teil 14: Außerordentliche Rechtsbehelfe gegen eine Kündigung, MDR 1978, S. 896 f. Beispiele aus der instanzgerichtlichen Arbeitsrechtsprechung LAG Bremen v. 23.1.1952, BB 1952, S. 521; LAG Hannover v. 18.9.1952, AP 1953, Nr. 68; LAG Stuttgart v. 2.6.1954, AP Nr. 2 zu § 626 BGB; LAG Stuttgart v. 21.7.1954, AP Nr. 1 zu Art. 12 GG m. Anm. Hueck.

<sup>995</sup> BAG v. 25.8.1982, AP Nr. 53 zu § 242 BGB Gleichbehandlung.

<sup>996</sup> BAG v. 20.12.1984, AP Nr. 27 zu § 611 BGB Direktionsrecht m. Anm. Brox; bestätigt durch BAG v. 27.2.1985, AP Nr. 14 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht; BAG v. 27.5.1986, AP Nr. 15 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung; BAG v. 24.5.1989, AP Nr. 1 zu § 611 BGB Gewissensfreiheit; BAG v. 12.6.1992, AP Nr. 101 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers; BAG v. 23.6.1994, AP Nr. 9 zu § 242 BGB; BAG v. 27.9.1994, AP Nr. 103 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers.

<sup>997</sup> *KR-Friedrich*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. 180; *Beater*: Der Gesetzesbegriff von § 134 BGB, AcP Bd. 197, 1997, S. 505, 524 m.w.N. in Fn. 93. Mit der Drittwirkung der Grundrechte haben sich vor allem auseinandergesetzt *Gamillscheg*: Die Grundrechte im Arbeitsrecht, AcP Bd. 164, 1964, S. 385 ff.; *ders.*: Die Grundrechte im Arbeitsrecht, 1989; *Gremper*: Arbeitsrechtliche Aspekte der Ausübung verfassungsmäßiger Rechte, 1993; *Gressierer*: Die Leistungsfähigkeit der Grundrechte im Arbeitsrecht - Ein BeitrAG zur Privatautonomie im Arbeitsrecht, 1999; *Kempff*: Grundrechte im Arbeitsverhältnis - Zum Grundrechtsverständnis des Bundesarbeitsgerichts, 1988; *Ramm*: Grundrechte und Arbeitsrecht, JZ 1991, S. 1 ff.

<sup>998</sup> Vgl. S. 197.

<sup>999</sup> BVerfG v. 15.1.1958, BVerfGE 7, 198, 204 f.; BVerfG v. 11.5.1976, BVerfGE 42, S. 143, 148; BVerfG v. 19.10.1993, BVerfGE 89, S. 214, 220.

<sup>1000</sup> BAG v. 23.6.1994, AP Nr. 9 zu § 242 BGB. Vgl. bezüglich § 138 BGB S. 132 f.

Linie von den Grundsatzentscheidungen der Verfassung bestimmt würden. Bei Anwendung des § 242 BGB seien deshalb die Grundrechte als Richtlinien zu beachten. Die Kündigung ausschließlich wegen Homosexualität verletze das Recht des Gekündigten auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit aus Art. 2 Abs. 1 GG. Die Kündigung berühre zwar nicht unmittelbar das Recht des Arbeitnehmers zur gleichgeschlechtlichen Partnerwahl, beträfe jedoch den Intimbereich des Arbeitnehmers. Sie entziehe ihm die ökonomische Basis für die selbst gewählte Lebensführung. Einem heterosexuellen Beschäftigten hätte der Arbeitgeber bei den gleichen, nicht zu beanstandenden Arbeitsleistungen nicht gekündigt. Die ebenfalls aus Art. 2 Abs. 1 GG fließende Privatautonomie des Arbeitgebers müsse zurück treten, da das private Verhalten des Arbeitnehmers nicht zu Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis oder zu Störungen der betrieblichen Sphäre geführt hätte.

Das Gericht wiederholte seine Auffassung zur Anwendung des § 242 BGB i.V.m. der Lehre von der mittelbaren Drittwirkung wortgleich in einer Entscheidung von 1997.<sup>1001</sup> Auf den Sachverhalt wird hier nicht weiter eingegangen, da er die außerhalb des Untersuchungsbereichs liegende Kündigung eines kirchlichen Arbeitnehmers betraf.

1998 überprüfte darüber hinaus das ArbG Gelsenkirchen die Kündigung in einem betriebsratslosen Betrieb nach dieser Lehre auf ihre grundrechtliche Vereinbarkeit.<sup>1002</sup> Das Gericht sah die Anhörung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber vor Ausspruch der Kündigung in einem Betrieb ohne Betriebsrat als Wirksamkeitsvoraussetzung der Kündigung an. Gebe der Arbeitgeber einem Arbeitnehmer in betriebsratslosen Betrieben vor Ausspruch der Kündigung keine Möglichkeit zur Gegenäußerung, verletze er den Grundsatz von Treu und Glauben, da er der ihm obliegenden Fürsorgepflicht nicht nachkomme. Eine Verpflichtung zur Anhörung ergebe sich aus dem Arbeitsvertrag und einer verfassungskonformen Auslegung und Anwendung des § 242 BGB. Ohne ein vorheriges Anhörungsverfahren sei kein verfassungskonformer, angemessener Ausgleich der Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer gegeben. Die vorliegende Kündigung verstoße daher gegen die Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG, das Recht auf freie Persönlichkeitsentfaltung aus Art. 2 Abs. 1 GG, die Berufsfreiheit des Art. 12 GG und trage zudem nicht dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung. Die Kündigung sei deshalb wegen Treuwidrigkeit unwirksam.

Das BAG<sup>1003</sup> war dagegen in einer zeitlich vorausgegangen Entscheidung der Auffassung, dass die Anhörung des Arbeitnehmers aus Gründen der Rechtssicherheit grundsätzlich keine Wirksamkeitsvoraussetzung einer Kündigung sei. Ob die Kündigung rechtmäßig erfolgt sei, hätten ausschließlich die Gerichte zu klären.

Die Entscheidung des ArbG Gelsenkirchen ist abzulehnen. Eine unterbliebene Anhörung des Arbeitnehmers in betriebsratslosen Betrieben vor Ausspruch einer Kündigung stellt keine verfassungswidrige, unangemessene Benachteiligung seiner Interessen dar. Seine Menschenwürde, sein Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, seine Berufsfreiheit und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit werden dadurch nicht verletzt. Der Arbeitnehmer kann seine Interessen am Erhalt des Arbeitsplatzes angemessen durch Beschreitung des Rechtsweges verfolgen. Zudem wird durch das Urteil des Arbeitsgerichts die gesetzgeberische Entscheidung in § 102 BetrVG umgangen. Mit dieser Regelung des vorherigen Anhörungsrechts des Betriebsrats hat der Gesetzgeber zum einen ausdrücklich über sein betriebsverfassungsrechtliches Mitwirkungsrecht bei dieser personellen

---

<sup>1001</sup> BAG v. 24.4.1997, NZA 1998, S. 145.

<sup>1002</sup> ArbG Gelsenkirchen v. 26.6.1998, EzA § 242 BGB, Nr. 41.

<sup>1003</sup> BAG v. 18.9.1997, DB 1998, S. 136.

Einzelmaßnahme entschieden. Zum anderen hat er jedoch damit indirekt auch zum Ausdruck gebracht, dass die Interessen des Arbeitnehmers vor Ausspruch einer Kündigung nur über diesen Weg in den Entscheidungsprozess des Arbeitgebers eingebracht werden sollen, soweit er sie nicht aus eigenem Antrieb bereits berücksichtigt. Soweit in Betrieben kein Betriebsrat besteht, enthält § 102 BetrVG damit die Wertung, dass hier der Arbeitgeber nicht gezwungen werde soll, sich die Auffassung des Arbeitnehmers zu der bevorstehenden Kündigung anhören zu müssen. Diese gesetzgeberische Entscheidung ist zu respektieren. Sie entspricht auch der Rechtsnatur der Kündigung als einseitiges Gestaltungsrecht. Ein grundsätzliches Anhörungsrecht des Arbeitnehmers vor seiner Kündigung in betriebsratslosen Betrieben würde dem Arbeitnehmer als Vertragspartner einen Anspruch auf Teilhabe an diesem Gestaltungsrecht einräumen. Dies würde jedoch unangemessen die Entscheidungsbefugnis des Arbeitgebers zur Lösung des Vertragsverhältnisses beeinträchtigen.

## **7. Weitere vom ehemaligen Grundsatz der abschließenden Bestandsschutzregelung im KSchG abweichende Überlegungen im Schrifttum**

Über die gerade erläuterten einzelnen Abweichungen vom inzwischen überwundenen Bestandsschutzgrundsatz hinaus fanden sich früher bereits vereinzelt Stimmen, die grundsätzlich außerhalb des KSchG eine Überprüfung des Kündigungsgrundes durch § 242 BGB anstrebten. Sie konnten jedoch lange keine entsprechende Diskussion auslösen.

### **a) Gamillscheg 1964**

1964 vertrat zunächst Gamillscheg, dass bei Kündigungen im Kleinbetrieb die politische Überzeugung und die Konfession des Arbeitnehmers im Verhältnis zum Interesse des Arbeitgebers an der freien Gestaltung des Betriebs von Bedeutung seien.<sup>1004</sup>

### **b) Conrad 1967**

Conrad forderte bereits 1967 unter Berufung auf die verfassungsrechtlichen Grundfreiheiten für jede Kündigung das Vorliegen sachlicher Gründe.<sup>1005</sup>

### **c) Badura 1973**

1973 sprach sich Badura für ein Recht am Arbeitsplatz i.S.e. arbeitsrechtlichen Grundrechts aus.<sup>1006</sup> Diesem Grundrecht sollte der Verlust des Arbeitsplatzes ohne sachbezogene Gründe widersprechen. Vergleichbare Überlegungen wurden in Art. 3 des 1977 vorgelegten Entwurfs eines Arbeitsvertragsgesetzbuchs aufgenommen, der den Kündigungsschutz auch auf Kleinbetriebe erstreckte.<sup>1007</sup>

---

<sup>1004</sup> *Gamillscheg*: Die Grundrechte im Arbeitsrecht, AcP Bd. 164, 1964, S. 385, 409.

<sup>1005</sup> *Conrad*: Freiheitsrechte und Arbeitsverfassung, 1967, S. 173.

<sup>1006</sup> *Badura*: Grundfreiheiten der Arbeit - Zur Frage einer Kodifikation "sozialer Grundrechte", in Blumenwitz/Randelzhofer (Hrsg.): FS für Berber, 1973, S. 11, 23.

<sup>1007</sup> *Hanau*: Verfassungsrechtlicher Kündigungsschutz, in Hanau/Heither/Kühling (Hrsg.): Richterliches Arbeitsrecht, FS für Dieterich, 1999, S. 201, 202.

**d) Otto 1978**

1978 stützte Otto die Forderung einer sachlichen Bindung des Kündigungsrechts des Arbeitgebers auf § 75 BetrVG und die Diskriminierungsverbote des GG.<sup>1008</sup>

**e) Zöllner 1978**

Ebenfalls 1978 Jahr lehnte Zöllner die grundsätzliche Zulässigkeit von diskriminierenden Kündigungen ab.<sup>1009</sup>

**f) Wolf 1989**

Wolf war 1989 der Ansicht, dass willkürliche und grundlose Kündigungen nicht mit dem sozialstaatlich beeinflussten Schutz der Berufsfreiheit vereinbar seien.<sup>1010</sup>

**g) Wank 1986 und 1989 (Kündigung wegen Aids)**

Wank sprach sich in den achtziger Jahren des lt. Jh. für eine abgeschwächte Inhaltskontrolle außerhalb des KSchG aus, konkretisierte dies allerdings nicht näher.<sup>1011</sup>

Bei einer Kündigung in Zusammenhang mit einer HIV-Infektion bzw. Aidserkrankung war er darüber hinaus entgegen der h.M. der Auffassung, dass die Kündigung eines leistungsfähigen, noch nicht erkrankten HIV-infizierten Arbeitnehmers wegen der Infektion bei normaler Ansteckungsgefahr treuwidrig sei, weil bloße Ängste und Besorgnisse nicht für eine Kündigung genügen.<sup>1012</sup>

Das herrschende Schrifttum lehnt bis heute die Treuwidrigkeit einer Kündigung in Zusammenhang mit Aids ab. Die Kündigungen eines HIV-infizierten, aber noch vollständig leistungsfähigen Arbeitnehmers aus Angst vor einer Infektion bei normaler wie erhöhter Ansteckungsgefahr sei nicht treuwidrig, da die HIV-Infektion ein Umstand im Rahmen des § 1 KSchG sei.<sup>1013</sup> Insbesondere bei einem Arbeitsplatz mit gesteigerten Ansteckungsmöglichkeiten könne der Arbeitnehmer auf die Eignung für die geschuldete Tätigkeit verlieren und die Kündigung insofern sachlich gerechtfertigt sein. Bei kurz- oder längerfristiger Arbeitsunfähigkeit infolge der Infektion mit dem Virus wurde ebenfalls ein Rückgriff auf § 242 BGB abgelehnt, da die Arbeitsunfähigkeit ein im Rahmen des § 1 KSchG zu berücksichtigender Umstand sei.<sup>1014</sup> Die Kündigung wegen Drohung der Kollegen mit Eigenkündigung oder der Kunden mit Abbruch der Geschäftsbeziehung aus Angst vor einer Ansteckung, wurde als echte Druckkündigung angesehen und ein Verstoß gegen § 242 BGB insofern

---

<sup>1008</sup> *Otto*: Personale Freiheit und soziale Bindung, 1978, S. 56 ff.

<sup>1009</sup> *Zöllner*: Sind im Interesse einer gerechteren Verteilung der Arbeitsplätze Begründung und Beendigung der Arbeitsverhältnisse neu zu regeln?, in Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.): Verhandlungen des 52. Deutschen Juristentages, Bd. 1, Gutachten D, 1978, S. 90, 105 f.

<sup>1010</sup> *KR-Wolf*: KSchG, 3. Aufl. 1989, Grunds. Rndr. 42 c.

<sup>1011</sup> *Wank*: Teilzeitbeschäftigte im Kündigungsschutzgesetz, ZIP 1986, S. 206, 210. Wiederholt in *Richardi/Wlotzke (Wank)*: MüHdB z. ArbR., Bd. 2, 1. Aufl. 1993, § 116 Rndr. 149.

<sup>1012</sup> *Wank*: Anm. zu BAG v. 16.2.1989, EzA § 138 BGB, Nr. 23, III, 3.

<sup>1013</sup> *Haesen*: Zur Aids-Problematik im Arbeitsrecht und öffentlichen Dienstrecht, RdA 1988, S. 158, 162 f.;

*Sedelies*: Arbeitsrechtliche Probleme im Umgang mit der Immunschwäche Aids, 1992, S. 156 i.V.m. 158;

*Walter*: Arbeitsrechtliche Konsequenzen von AIDS, 1991, S. 92.

<sup>1014</sup> BAG v. 16.2.1989, AP Nr. 46 zu § 138 BGB m. Anm. Kramer; LAG Düsseldorf v. 10.5.1988, LAGE § 138 BGB, Nr. 3; ArbG Düsseldorf v. 11.2.1988, NJW 1988, S. 1548.

ebenfalls ablehnt.<sup>1015</sup> Lediglich Traub nahm 1995 eine Verletzung des § 242 BGB - allerdings aufgrund der Kündigungsumstände an, wenn der Arbeitgeber den Kündigungsgrund der gesamten Belegschaft mitteile.<sup>1016</sup> Der Arbeitgeber verletze damit das Recht des Arbeitnehmers auf Geheimhaltung von Tatsachen, die dessen Intimsphäre betreffen.

Das BAG, das die Auseinandersetzung durch die bereits bei § 138 BGB erläuterte sog. Floristenentscheidung von 1989<sup>1017</sup> ausgelöst hatte, äußerte sich selbst nicht dazu, ob eine Kündigung wegen einer HIV-Infektion treuwidrig sein kann. Für den Kündigungsentschluss des Arbeitgebers war in diesem Fall seiner Ansicht nach die durch den Selbstmordversuch verursachte Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers mitbestimmend. Dieser Umstand könne wegen seiner Relevanz innerhalb des KSchG nicht bei § 242 BGB berücksichtigt werden; die Kündigung sei insofern nicht treuwidrig.

### **Stellungnahme**

Ungeachtet der Frage nach der Bedeutung des Kündigungsmotivs innerhalb des § 242 BGB ist eine Kündigung in Verbindung mit Aids richtigerweise nicht treuwidrig. Wie bereits bei § 138 BGB ausgeführt<sup>1018</sup>, besteht auch auf Arbeitsplätzen mit normaler Infektionsgefahr kein vollständiger Schutz vor einer Ansteckung mit dem bisher unheilbaren Virus. Da der Arbeitgeber für alle seine Arbeitnehmer verantwortlich ist, kann eine Kündigung eines bisher nur HIV-infizierten Arbeitnehmers deshalb weder bei geringem noch bei erhöhtem Ansteckungsrisiko außerhalb des KSchG unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs nichtig sein. Soweit der Arbeitnehmer bereits wegen aidsbedingter Krankheitssymptome arbeitsunfähig ist, kann hier auf der Grundlage der früheren h.M. kein Rechtsmissbrauch in Betracht kommen, da der Umstand im Rahmen des § 1 Abs. 2 KSchG von Bedeutung ist. Dies gilt ebenfalls für die Kündigung wegen eines von Mitarbeitern oder Geschäftspartnern auf den Arbeitgeber ausgeübten Drucks, den betreffenden Arbeitnehmer nicht mehr zu beschäftigen. Auch die vom Arbeitgeber an die Arbeitskollegen weitergegebene Information über die HIV-Infektion eines ihrer Kollegen führt außerhalb des KSchG wegen des grundsätzlichen Ansteckungsrisikos für jeden nicht zu einem Rechtsmissbrauch einer anschließenden Kündigung des Infizierten.

### **8. Stellungnahme**

Die vorangegangenen Ausführungen weisen nach, dass der Grundsatz der abschließenden Bestandsschutzregelung durch das KSchG in der Vergangenheit keinesfalls uneingeschränkt vertreten wurde. Die Vehemenz, mit der immer wieder auf ihn verwiesen wurde, überdeckte lange Zeit, dass daneben ohne weitere Auseinandersetzung eine Kontrolle des Kündigungsgrundes - wenn auch nicht in großem Umfang - durch § 242 BGB erfolgte. Demgegenüber fanden sich keine dementsprechenden Anhaltspunkte in Bezug auf die Sozialauswahl.

---

<sup>1015</sup> *Sedelies*: Arbeitsrechtliche Probleme im Umgang mit der Immunschwäche Aids, 1992, S. 171.

<sup>1016</sup> *Traub*: Die Kündigung von symptomfrei HIV-infizierten Arbeitnehmern, 1995, S. 157.

<sup>1017</sup> BAG v. 16.2.1989, AP Nr. 46 zu § 138 BGB m. Anm. Kramer. Vgl. auch zu § 138 BGB S. 128 f.

<sup>1018</sup> Vgl. S. 128 f.



#### **IV. Die Ablösung des ehemaligen Grundsatzes der abschließenden Bestandsschutzregelung im KSchG durch den Grundsatz des verfassungsrechtlichen Mindestbestandsschutzes**

##### **1. Die Diskussion Mitte der neunziger Jahre des lt. Jh. als erstes Anzeichen eines Richtungswechsels**

###### **a) Der Auslöser der Diskussion in Bezug auf den Kündigungsgrund - die Warteschleifenentscheidung des BVerfG v. 24.4.1991**

Der Grundstein für die in den neunziger Jahren des lt. Jh. einsetzende Diskussion über einen sachlichen Kündigungsschutz außerhalb des KSchG durch § 242 BGB im Sinne eines Bestandsschutzes war die Entscheidung des BVerfG vom 24.4.1991 zur sog. großen Warteschleife des Einigungsvertrags<sup>1019, 1020</sup>. Mit dieser Entscheidung wendete das BVerfG seine seit 1975 entwickelte Theorie von der Schutzgebotsfunktion der Grundrechte<sup>1021</sup> auch auf das Arbeitsrecht an.

Ursprünglich hatte es dieser Schutzpflichtenlehre nur im öffentlichen und im Strafrecht Bedeutung zugesprochen. Mitte der achtziger Jahre des letzten Jh. sah das verfassungsrechtliche Schrifttum in dieser Theorie erstmals auch einen neuen Lösungsansatz für die Drittwirkungsproblematik.<sup>1022</sup> Das BVerfG schloss sich dieser Ansicht vor ihrer Übernahme im Arbeitsrecht bereits für den Bereich des Handels- und Zivilrechts mit der sog. Handelsvertreterentscheidung von 1990<sup>1023</sup> und den Bürgschaftsfällen von 1993<sup>1024</sup> an.

Nach dieser Lehre sind die Grundrechte Abwehrrechte gegenüber staatlichen Eingriffen und enthalten darüber hinaus die Verpflichtung des Staates, den einzelnen Bürger vor Grundrechtsgefährdungen und -verletzungen durch andere Privatpersonen zu schützen. Bis heute ist allerdings das dogmatische Fundament der Lehre nicht eindeutig geklärt. Teils wird es in der Aufgabe des Staates gesehen, für

---

<sup>1019</sup> Anlage 1 Kap. XIX, Sachgebiet A Abschnitt III Nr. 1 Abs. 2 EinigungsV (BGBl. II 1990, S. 885, 1140) i.V.m. Art. 13 II EinigungsV (BGBl. II 1990, S. 885). Bei öffentlichen Einrichtungen, die nach dem Zusammenbruch der DDR aufgelöst und abgewickelt wurden, sah der Einigungsvertrag zum einen eine sofortige Suspendierung und Befristung der Arbeitsverhältnisse auf sechs bzw. neun Monate vor. Zum anderen wurden die Vergütungsansprüche der Arbeitnehmer auf 70% reduziert.

<sup>1020</sup> BVerfG v. 24.4.1991, BVerfGE 84, S. 133 (große Warteschleifenentscheidung). Durch das BAG übernommen durch BAG v. 18.10.1994, AP Nr. 11 zu § 615 BGB Kurzarbeit und BAG v. 27.6.1996, EzA Einigungsvertrag Art. 20, Nr. 54.

<sup>1021</sup> Grundlegend zur Schutzgebotsfunktion der Grundrechte BVerfG v. 25.2.1975, BVerfGE 39, S. 1, 42 ff. (Schwangerschaftsabbruch, § 218 StGB) Nachweis weiterer Entscheidungen bei *Klein*: Grundrechtliche Schutzpflichten des Staates, NJW 1989, S. 1633, 1635 ff.; *Stemmler*: Grundrechtswirkung und Privatrechtsentfaltung, 1998, S. 201 ff. Vgl. ferner die umfangreichen Ausführungen von *Dietlein*: Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992; *Isensee*: Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht, in *Isensee/Kirchhof*: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 5, 1992, § 111; *Stern*: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3/1, 1988, § 6.

<sup>1022</sup> *Mangold/Klein/Starck (Starck)*: GG, 3. Aufl. 1985, Art. 1 Abs. 3 GG Rndr. 198 ff.; *Canaris*: Grundrechte und Privatrecht, AcP Bd. 184, 1984, S. 225 ff.; *Stern*: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3/1, 1988, § 76, S. 1560, 1572 ff. Weitere Nachweise bei *Enderlein*: Rechtspaternalismus und Vertragsrecht, 1996, S. 163 dort Fn. 171. Vor diesem neuen Ansatz haben im wesentlichen *Schwabe*: Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971, und *Alexy*: Theorie der Grundrechte, 1. Aufl. 1986 versucht, eine von den herkömmlichen Drittwirkungslehren abweichende Lösung für die Drittwirkungsthematik zu finden. Sie konnten sich aber nicht behaupten.

<sup>1023</sup> BVerfG v. 7.2.1990, BVerfGE 81, S. 242, 256.

<sup>1024</sup> BVerfG v. 19.10.1993, BVerfGE 89, S. 214, 229 ff.

Sicherheit und Rechtsfrieden in seinem Herrschaftsbereich zu sorgen.<sup>1025</sup> Andere leiten die Schutzgebotsfunktion aus dem objektivrechtlichen Charakter des jeweils einschlägigen Grundrechts ab.<sup>1026</sup> Für jedes Grundrecht ist gesondert zu prüfen, ob es ein Schutzgebot enthält.<sup>1027</sup>

Adressat der grundrechtlichen Schutzpflicht ist der Staat. Auf der Grundlage eines weiten Einschätzungs-, Bewertungs- und Gestaltungsspielraums ist es in erster Linie die Aufgabe des Gesetzgebers, eine grundrechtsadäquate, dem Schutzbedarf genügende Rechtsordnung zu schaffen.<sup>1028</sup> Dabei hat er zu berücksichtigen, dass in privatrechtlichen Rechtsbeziehungen beide Teile Grundrechtsträger sind. Es gilt deshalb unter sorgfältiger Abwägung einen verfassungskonformen, angemessenen Ausgleich der kollidierenden Grundrechtspositionen zu schaffen.<sup>1029</sup> Ferner muss die Privatautonomie als tragendes Prinzip der Privatrechtsordnung gewahrt bleiben.

In zweiter Linie ist die Rechtsprechung für die Umsetzung der Schutzgebotsfunktion zuständig.<sup>1030</sup> Die Gerichte haben zunächst die Aufgabe, die durch den Gesetzgeber geschaffenen Schutznormen verfassungsgemäß anzuwenden. Die Schutzpflicht trifft die Gerichte deshalb mediatisiert, d.h. vermittelnd durch einfachgesetzliches Recht.

Darüber hinaus ist der Fachrichter zur unmittelbaren Verwirklichung des Schutzgebots verpflichtet, wenn wegen fehlender oder mangelhafter gesetzlicher Regelung kein grundrechtskonformer Ausgleich der betroffenen Grundrechtspositionen existiert. Ihm stehen zwei Möglichkeiten zur Verfügung. Erstens kann er das entscheidungserhebliche Gesetz nach Art. 100 GG dem BVerfG zur verfassungsmäßigen Überprüfung vorlegen. Zweitens kann der Richter einen entsprechenden Ausgleich durch verfassungskonforme Gesetzesauslegung erzielen. Der Weg führt hierbei vor allem über die Anwendung und Auslegung der zivilrechtlichen Generalklauseln (z.B. über die §§ 138, 242, 315, 826 BGB). Sie werden wegen ihrer offenen Ausgestaltung als besonders geeignet angesehen, den grundrechtlichen Schutzauftrag des Staates im Privatrecht zu verwirklichen. Insoweit steht die Lehre von der Schutzgebotsfunktion der Lehre von der mittelbaren Drittwirkung nahe. Ihr dogmatischer Vorzug wird jedoch darin gesehen, dass sie im Gegensatz zur Ansicht von der mittelbaren Drittwirkung die Wirkung der Grundrechte innerhalb von Privatrechtsbeziehungen auf der Grundlage der ihrer Staatsrichtung begründet.

In der Entscheidung vom 24.4.1991 entwickelte das BVerfG aus der in Art. 12 GG gewährleisteten Freiheit der Arbeitsplatzwahl die Schutzpflicht des Staates im Hinblick auf den Verlust des Arbeitsplatzes.<sup>1031</sup> Das Gericht entschied, dass die verfassungsrechtliche Gewährleistung der

---

<sup>1025</sup> *Isensee*: Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht, in *Isensee/Kirchhof*: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 5, 1992, § 111, Rndr. 83 ff.

<sup>1026</sup> *Stern*: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3/1, 1988, § 69 IV 5.

<sup>1027</sup> *Isensee*: Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht, in *Isensee/Kirchhof*: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 5, 1992, § 111, Rndr. 86, 93 ff.; *Stern*: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3/1, 1988, § 69 IV 2 ff.

<sup>1028</sup> BVerfG v. 25.2.1975, BVerfGE 39, S. 1, 44; BVerfG v. 30.11.1988, BVerfGE 79, S. 174, 202 f.; BVerfG v. 28.1.1992, BVerfGE 85, S. 191, 212; *Langner*: Die Problematik der Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, 1998, S. 104 m.w.N.

<sup>1029</sup> *Stern*: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3/1, 1988, § 76, S. 1578 ff.

<sup>1030</sup> *Stern*: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3/1, 1988, § 76, S. 1582 ff.

<sup>1031</sup> BVerfG v. 24.4.1991, BVerfGE 84, S. 133 (große Warteschleifenentscheidung). Durch das BAG übernommen durch BAG v. 18.10.1994, AP Nr. 11 zu § 615 BGB Kurzarbeit und BAG v. 27.6.1996, EzA Einigungsvertrag Art. 20, Nr. 54.

Arbeitsplatzwahlfreiheit neben dem Entschluss des Einzelnen, eine konkrete Beschäftigung in einem von ihm gewählten Beruf zu ergreifen, auch den Willen umfasse, diese Beschäftigung beizubehalten oder aufzugeben.<sup>1032</sup> Damit sei allerdings unmittelbar keine Bestandsgarantie für den bestehenden Arbeitsplatz verbunden.<sup>1033</sup> Zum Inhalt der Schutzpflicht äußerte sich das BVerfG nur insoweit, dass das KSchG, die Kündigungsschutzvorschriften des besonderen Kündigungsschutzes und § 626 BGB der Schutzpflicht ausreichend Rechnung trügen.<sup>1034</sup> An anderer Stelle<sup>1035</sup> weist indirekt daraufhin, dass Schwerbehinderte, ältere Arbeitnehmer und Alleinerziehende aufgrund ihrer speziellen Situation besonders schutzbedürftig seien.

#### **b) Der Auslöser der Diskussion in Bezug auf die Sozialauswahl - die Entscheidung des BAG v. 19.1.1995 zum Sonderkündigungsrecht des Einigungsvertrags**

Aufgrund des jahrzehntelang geltenden Grundsatzes der abschließenden Bestandsschutzregelung des KSchG war die Auswahlentscheidung des Arbeitgebers bei betriebsbedingten Kündigungen außerhalb des KSchG lange keiner Beschränkungen unterworfen. Wie bereits oben erwähnt<sup>1036</sup>, hat es hier anders als in Bezug auf den Kündigungsgrund in der Vergangenheit keine Abweichung gegeben.

Der Richtungswechsel wurde durch die Rechtsprechung des BAG zum Sonderkündigungsrecht des Einigungsvertrags eingeleitet. Der Vertrag sah vor, dass in der öffentlichen Verwaltung der neuen Bundesländer beschäftigte Arbeitnehmer unter anderem bei fehlendem Bedarf gekündigt werden konnten.<sup>1037</sup> Hierbei war umstritten, ob nach § 1 Abs. 3 KSchG eine Sozialauswahl erforderlich war.<sup>1038</sup> Nach ausdrücklicher Aufforderung durch das BVerfG<sup>1039</sup> stellte das BAG die Unanwendbarkeit des § 1 Abs. 3 KSchG für diese Kündigungsfälle fest<sup>1040</sup>. Es unterwarf das Auswahlermessen des

---

<sup>1032</sup> BVerfG v. 24.4.1991, BVerfGE 84, S. 133; inzwischen bestätigt durch BVerfG v. 10.3.1992, BVerfGE 85, 360; BVerfG v. 21.2.1995, BVerfGE 92, S. 140, 150; BVerfG v. 8.7.1997, BVerfGE 96, S. 153; BVerfG v. 8.7.1997, BVerfGE 96, S. 171; BVerfG v. 8.7.1997, BVerfGE 96, S. 189; BVerfG v. 8.7.1997, BVerfGE 96, S. 205; BVerfG v. 23.10.1997, EzA Einigungsvertrag Art. 20, Nr. 60; BVerfG v. 23.10.1997, AP Nr. 72 zu Einigungsvertrag Anlage I Kap. XIX; BVerfG v. 27.1.1998, AP Nr. 17 zu § 23 KSchG 1969; BVerfG v. 13.2.1998, EzA Einigungsvertrag Art. 20, Nr. 61. Nach Angaben von *Oetker*: Der arbeitsrechtliche Bestandsschutz unter dem Firmament der Grundrechtsordnung, 1996, S. 27 dort Fn. 85 bereits erstmalig durch BAG v. 29.6.1962, AP Nr. 25 zu Art. 12 GG.

<sup>1033</sup> Dies bestätigend BVerfG v. 21.2.1995, BVerfGE 92, S. 140, 150. Zustimmend *Dieterich*: Die "Warteschleifen-Rechtsprechung" des Bundesverfassungsgerichts, RdA 1992, S. 330, 332; *ders.*: Grundgesetz und Privatautonomie im Arbeitsrecht, RdA 1995, S. 129, 134; *Hanau*: Entwicklungslinien im Arbeitsrecht, DB 1998, S. 69, 72; *Hanau/Adomeit*: Arbeitsrecht, 13. Aufl. 2004, Rndr. 923; *Hantel*: Kündigungsschutz und Hochschulerneruerung nach dem Einigungsvertrag, NJ 1994, S. 489, 490; *Kühling*: Die Berufsfreiheit des Arbeitnehmers, in Hanau/Heither/Kühling (Hrsg.): Richterliches Arbeitsrecht, FS für Dieterich, 1999, S. 325, 327, 332; *Preis*: Perspektiven der Arbeitswissenschaft, RdA 1995, S. 333, 341. Kritisch bis abl. hinsichtlich der Rechtsgrundlage der Schutzpflicht *Joost*: Kündigung außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, in Henssler/Moll (Hrsg.): Kündigung und Kündigungsschutz in der betrieblichen Praxis, 2000, S. 215, 218 f.

<sup>1034</sup> BVerfG v. 24.4.1991, BVerfGE 84, S. 133, 147.

<sup>1035</sup> BVerfG v. 24.4.1991, BVerfGE 84, S. 133, 154.

<sup>1036</sup> Vgl. S. 170.

<sup>1037</sup> Anlage I Kap. XIX, Sachgebiet A Abschnitt III Nr. 1 Abs. 4 Nr. 2 Einigungsvertrag (BGBl. II 1990, S. 885, 1140).

<sup>1038</sup> Zum Streitstand *Langanke/Hanau*: Kündigungsmöglichkeiten in der öffentlichen Verwaltung nach dem Einigungsvertrag, NJ 1993, S. 437, 439; *Holzhauser*: Zur gerichtlichen Überprüfung von Kündigungen im öffentlichen Dienst nach dem Einigungsvertrag, Neue Justiz 1991, S. 494, 495.

<sup>1039</sup> BVerfG v. 2.3.1993, AP Nr. 7 zu Einigungsvertrag Anlage I Kap. XIX, S. 4.

<sup>1040</sup> BAG v. 19.1.1995, BAGE 79, S. 128; bestätigt durch BAG v. 26.10.1995, NZA 1996, S. 703; BAG v. 29.8.1996, EzA Einigungsvertrag Art. 20 soziale Auswahl, Nr. 1; BAG v. 24.4.1997, EzA Einigungsvertrag Art. 20 soziale Auswahl, Nr. 3; BAG v. 11.9.1997, AP Nr. 7 zu Art. 38 Einigungsvertrag.

Arbeitgebers jedoch den Schranken der §§ 242, 315 BGB.<sup>1041</sup> Die Entscheidung musste nach vernünftigen, sachlichen Gesichtspunkten getroffen werden und hatte billigem Ermessen zu entsprechen. Darüber hinaus waren das Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG und der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG zur Geltung zu bringen. Als besonders schutzbedürftig wurden Schwangere und Mütter kurz nach der Entbindung angesehen. In Einklang mit dem Beschluss des BVerfG vom 24.4.1991 galt dies darüber hinaus auch für Schwerbehinderte, ältere Arbeitnehmer und Alleinerziehende. Ohne eine Analogie zu § 1 Abs. 3 KSchG anzunehmen, waren ferner Lebensalter und Unterhaltspflichten maßgebend. Das Kriterium der Betriebszugehörigkeit sollte bei der Kündigung wegen mangelnden Bedarfs ausdrücklich zurücktreten.

### c) Die anschließende Diskussion im Schrifttum

#### ca) Die Diskussion in Bezug auf den Kündigungsgrund

Im Anschluss an die Entscheidung des BVerfG vom 24.4.1991 vertrat das Schrifttum, dass sich aus der Schutzpflicht für jedes Arbeitsverhältnis die verfassungsrechtliche Gewährleistung eines kündigungsschutzrechtlichen Mindeststandards i.S.d. Untermaßverbots ergebe, dem durch § 242 BGB Rechnung zu tragen sei.<sup>1042</sup> Die Auseinandersetzung, wie dieser Mindeststandard eines Kündigungsschutzes aussehen könnte, kam allerdings erst in Gang, als das KSchG im Jahre 1996 durch das damalige BSchFG 1996 eingeschränkt wurde<sup>1043</sup>.

Als erster vertrat 1996 Oetker, dass aufgrund des verfassungsrechtlich garantierten Mindestkündigungsschutzes in Art. 12 GG das Bestandsschutzinteresse des Arbeitnehmers außerhalb des KSchG nicht völlig unberücksichtigt bleiben dürfe.<sup>1044</sup> Es müsse in die Rechtmäßigkeitsprüfung einfließen, dürfe jedoch nicht in einem dem KSchG entsprechenden Umfang relevant sein. Der gesetzgeberische Wille, bestimmte Arbeitnehmer vom Schutz des KSchG auszuschließen, sei auf jeden Fall zu beachten. Dies erzwingt jedoch nicht den Schluss, dass die ordentliche Kündigung außerhalb des KSchG auch grundlos ausgesprochen werden könne. Vielmehr dürfe eine Kündigung außerhalb des KSchG nicht gegen das verfassungsrechtliche Untermaßverbot verstoßen. Deshalb sei der Schutzpflicht des Art. 12 GG außerhalb des KSchG über die zivilrechtliche Generalklauseln dadurch Rechnung zu tragen, dass dem Arbeitnehmer der Arbeitsplatz gegen seinen Willen nicht ohne sachbezogene und aner kennenswerte Gründe entzogen werden dürfe. Der Schutzzumfang entspreche jedoch nicht dem des KSchG.

---

<sup>1041</sup> Vgl. Fn. 1040.

<sup>1042</sup> *Dieterich*: Die "Warteschleifen-Rechtsprechung" des Bundesverfassungsgerichts, RdA 1992, S. 330, 332; *ders.*: Grundgesetz und Privatautonomie im Arbeitsrecht, RdA 1995, S. 129, 134; *Hanau*: Entwicklungslinien im Arbeitsrecht, DB 1998, S. 69, 72; *Hanau/Adomeit*: Arbeitsrecht, 13. Aufl. 2004, Rndr. 923; *Hantel*: Kündigungsschutz und Hochschülerneuerung nach dem Einigungsvertrag, NJ 1994, S. 489, 490; *Kühling*: Die Berufsfreiheit des Arbeitnehmers, in Hanau/Heither/Kühling (Hrsg.): Richterliches Arbeitsrecht, FS für Dieterich, 1999, S. 325, 327, 332; *Preis*: Perspektiven der Arbeitswissenschaft, RdA 1995, S. 333, 341. Zum Institut des Untermaßverbots *Isensee*: Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht, in Isensee/Kirchhof: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 5, 1992, § 111 Rndr. 1 ff., 77 ff. m.w.N.

<sup>1043</sup> Vgl. S. 102.

<sup>1044</sup> *Oetker*: Der arbeitsrechtliche Bestandsschutz unter dem Firmament der Grundrechtsordnung, 1996, S. 35 f. Wiederholt in *Oetker*: Arbeitsrechtlicher Bestandsschutz und Grundrechtsordnung, RdA 1997, S. 9, 15 ff., insb. 17 f.

In einem zweiten Beitrag konkretisierte Oetker, dass unter sachbezogenen Gründen solche zu verstehen seien, die Eigenschaften bzw. Verhaltensweisen des Arbeitnehmers betreffen und auf das Arbeitsverhältnis ausstrahlen.<sup>1045</sup> Darüber hinaus bezeichnete er betriebliche Erfordernisse als sachbezogene Gründe. Den Abstand zur Kontrolle des Kündigungsgrundes innerhalb des KSchG sah er dadurch gewahrt, dass er außerhalb des Gesetzes die Anwendung des ultima-ratio-Prinzips ausschloss. Ferner sollte die Anwendung des Erforderlichkeitsgrundsatzes darauf beschränkt sein, nur evident unverhältnismäßige Kündigungen zu verhindern.

Darüber hinaus gab es weitere Gedanken zu einer aus der Schutzpflicht des Art. 12 GG abgeleiteten an § 242 BGB ausgerichteten Kontrolle des Kündigungsgrundes außerhalb des KSchG. Preis sah die Grenze zulässiger Kündigungsmotive außerhalb des KSchG nicht bereits dann erreicht, wenn kein arbeitsvertragsbezogener Grund vorlag.<sup>1046</sup> Er setzte jedoch voraus, dass der Kündigungsgrund außerhalb des KSchG zumindest einleuchtend sein müsse. Andernfalls sei die Kündigung willkürlich und nach § 242 BGB nichtig.

Lakies ging etwas weiter.<sup>1047</sup> Er forderte wie Oetker außerhalb des KSchG sachbezogene und aner kennenswerte Gründe, unterwarf sie allerdings nur einer Plausibilitätskontrolle.

Auch Hanau sprach sich für eine abgeschwächte Inhaltskontrolle außerhalb des KSchG aus.<sup>1048</sup> Er erachtete eine Kündigung aus nicht nachvollziehbaren, irrationalen oder diskriminierenden Motiven unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten als nicht akzeptabel. Deshalb forderte er wie Lakies eine Inhaltskontrolle i.S.e. Plausibilitätsprüfung.

Diese Vorschläge konnten allerdings die überwiegende Meinung nicht überzeugen. Besonders die Bindung jeder Kündigung an sachliche Gründe, wie sie Oetker vorschlug, wurde durchweg abgelehnt.<sup>1049</sup> Seine Auffassung wurde unter anderem als unzulässige Rechtsfortbildung kritisiert. Ferner wurde darauf verwiesen, dass das BVerfG in der Entscheidung vom 24.4.1991 ausdrücklich festgestellt habe, dass die geltenden Kündigungsschutzvorschriften der Schutzpflicht hinreichend Rechnung trügen.<sup>1050</sup> Die zahlreichen Regelungen des besonderen Kündigungsschutzes, die

---

<sup>1045</sup> *Oetker*: Gibt es einen Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes?, AuR 1997, S. 41, 52.

<sup>1046</sup> *Preis*: Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, NZA 1997, S. 1256, 1266.

<sup>1047</sup> *Lakies*: Änderung des Kündigungsschutzgesetzes und allgemeiner Kündigungsschutz nach § 242 BGB - Verfassungsrechtliche Fragen, DB 1997, S. 1078, 1081.

<sup>1048</sup> *Hanau*: Die Rechtsprechung zu den Grundrechten der Arbeit, in Grupp/Weth: Arbeitnehmerinteressen und Verfassung, 1998, S. 73, 89.

<sup>1049</sup> *Boemke*: Kündigungsschutz in Kleinbetrieben, WiB 1997, S. 617, 621; *Fischermeier*: Die betriebsbedingte Kündigung nach den Änderungen durch das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz, NZA 1997, S. 1089, 1090; *Löwisch*: Grenzen der ordentlichen Kündigung in kündigungsschutzfreien Betrieben, BB 1997, S. 782, 786; *Preis*: Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, NZA 1997, S. 1256, 1267; *Spinti*: Der allgemeine Kündigungsschutz, AR-Blattei, (SD) Kündigungsschutz I, Übersicht, 1020.1, 41. Lief. 5/1997, Rndr. 163 ff.; *Stahlhacke*: Grundrechtliche Schutzpflichten und allgemeiner Kündigungsschutz, in Hanau u.a. (Hrsg.): FS für Wiese, 1998, S. 513, 531 f. Zust. dagegen *Kittner*: Das neue Recht der Sozialauswahl bei betriebsbedingter Kündigung und die Ausdehnung der Kleinbetriebsklausel, AuR 1997, S. 182, 190; *Otto*: Schranken der Kündigungsfreiheit außerhalb des allgemeinen Kündigungsschutzes, in Hanau u.a. (Hrsg.): FS für Wiese, 1998, S. 353, 368.

<sup>1050</sup> *Löwisch*: Grenzen der ordentlichen Kündigung in kündigungsschutzfreien Betrieben, BB 1997, S. 782, 786; *Stahlhacke*: Grundrechtliche Schutzpflichten und allgemeiner Kündigungsschutz, in Hanau u.a. (Hrsg.): FS für Wiese, 1998, S. 513, 531 f.

Kündigungs- und Diskriminierungsverbote und die Fristen würden außerhalb des KSchG einen ausreichenden Bestandsschutz gewähren.<sup>1051</sup>

Die h.M. war weiterhin der Ansicht, dass der Arbeitgeber außerhalb des KSchG wie bisher aus jedem beliebigen Grund kündigen können sollte, der nicht gesetzes- oder sittenwidrig war.<sup>1052</sup>

### cb) Die Diskussion in Bezug auf die Sozialauswahl

Etwas anders verlief die Auseinandersetzung im Anschluss an die Entscheidung des BAG v. 19.1.1995 über eine Kontrolle der Sozialauswahl außerhalb des KSchG. Hier waren die befürwortenden und die ablehnenden Stimmen in etwa gleich verteilt.<sup>1053</sup>

Allerdings lehnte das bejahende Schrifttum die Rechtsgrundlage des § 315 BGB ausdrücklich ab, da das Erfordernis des billigen Ermessens nicht die Begründung oder Beendigung von Rechtsverhältnissen sondern ausschließlich die Leistungsbestimmung beträfe.<sup>1054</sup> Kontrollmaßstab war nach überwiegender Ansicht ausschließlich § 242 BGB. Oetker zufolge sollte sich die Bindung der Auswahlentscheidung an den Grundsatz von Treu und Glauben aus der Schutzpflicht des Art. 12 GG ableiten.<sup>1055</sup>

Hinsichtlich der sich aus § 242 BGB an die Auswahlentscheidungen ergebenden Anforderungen orientierte sich die Literatur teils ohne weitere Diskussion an der Rechtsprechung des BAG zum einigungsvertraglichen Sonderkündigungsrecht.<sup>1056</sup> Teils sollte bei der Sozialauswahl außerhalb des

---

<sup>1051</sup> *Boemke*: Kündigungsschutz in Kleinbetrieben, WiB 1997, S. 617, 621; *Löwisch*: Grenzen der ordentlichen Kündigung in kündigungsschutzfreien Betrieben, BB 1997, S. 782, 786; *Preis*: Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, NZA 1997, S. 1256, 1267; *Stahlhacke*: Grundrechtliche Schutzpflichten und allgemeiner Kündigungsschutz, in Hanau u.a. (Hrsg.): FS für Wiese, 1998, S. 513, 531 f.

<sup>1052</sup> *Hueck/Hoyningen-Huene*: KSchG, 12. Aufl. 1997, § 13 KSchG Rndr. 92 b; *Boemke*: Kündigungsschutz in Kleinbetrieben, WiB 1997, S. 617, 621; *Fischermeier*: Die betriebsbedingte Kündigung nach den Änderungen durch das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz, NZA 1997, S. 1089, 1090; *Hoyningen-Huene*: Anm. zu BAG v. 23.6.1994, EZA § 242 BGB, Nr. 23; *Spinti*: Der allgemeine Kündigungsschutz, AR-Blattei, (SD) Kündigungsschutz I, Übersicht, 1020.1, 41. Lief. 5/1997, Rndr. 163 ff.; *Stahlhacke*: Grundrechtliche Schutzpflichten und allgemeiner Kündigungsschutz, in Hanau u.a. (Hrsg.): FS für Wiese, 1998, S. 513, 531 ff.

<sup>1053</sup> Befürworter z.B. *Buschmann*: Gemeine Marktwirtschaft, AuR 1996, S. 285, 287; *Lakies*: Änderung des Kündigungsschutzgesetzes und allgemeiner Kündigungsschutz nach § 242 BGB - Verfassungsrechtliche Fragen, DB 1997, S. 1078, 1082; *Otto*: Schranken der Kündigungsfreiheit außerhalb des allgemeinen Kündigungsschutzes, in Hanau u.a. (Hrsg.): FS für Wiese, 1998, S. 353, 369 f. Gegner z.B. *Hueck/Hoyningen-Huene*: KSchG, 12. Aufl. 1997, § 13 KSchG Rndr. 92 e; *Löwisch*: Grenzen der ordentlichen Kündigung in kündigungsschutzfreien Betrieben, BB 1997, S. 782, 787 f.; *Spinti*: Der allgemeine Kündigungsschutz, AR-Blattei, (SD) Kündigungsschutz I, Übersicht, 1020.1, 41. Lief. 5/1997, Rndr. 163.

<sup>1054</sup> *Oetker*: Der arbeitsrechtliche Bestandsschutz unter dem Firmament der Grundrechtsordnung, 1996, S. 39 dort Fn. 146; *ders.*: Arbeitsrechtlicher Bestandsschutz und Grundrechtsordnung, RdA 1997, S. 9, 18; *Langanke/Hanau*: Kündigungsmöglichkeiten in der öffentlichen Verwaltung nach dem Einigungsvertrag, NJ 1993, S. 437, 439; *Löwisch*: Grenzen der ordentlichen Kündigung in kündigungsschutzfreien Betrieben, BB 1997, S. 782, 788; *Otto*: Schranken der Kündigungsfreiheit außerhalb des allgemeinen Kündigungsschutzes, in Hanau u.a. (Hrsg.): FS für Wiese, 1998, S. 353, 369 f.; *Urban*: Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, 2001, S. 191; *Vollmer*: Ordentliche Kündigung im öffentlichen Dienst nach dem Einigungsvertrag, AuR 1993, S. 17, 21. So auch später *Powietzka*: Kündigungsschutz im Kleinbetrieb und in der Wartezeit, 2003, S. 211. Zweifelnd *KR-Friedrich*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. 258 a.

<sup>1055</sup> *Oetker*: Der arbeitsrechtliche Bestandsschutz unter dem Firmament der Grundrechtsordnung, 1996, S. 38 f.; *ders.*: Gibt es einen Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes?, AuR 1997, S. 41, 52.

<sup>1056</sup> *Lakies*: Änderung des Kündigungsschutzgesetzes und allgemeiner Kündigungsschutz nach § 242 BGB - Verfassungsrechtliche Fragen, DB 1997, S. 1078, 1082.

KSchG nur eine Willkürkontrolle erfolgen.<sup>1057</sup> Oetker vertrat ohne nähere Ausführungen, dass der Arbeitgeber zwar nicht an die Anforderungen des § 1 Abs. 3 GG gebunden sei, soziale Belange dürften allerdings auf der anderen Seite auch nicht völlig unberücksichtigt bleiben.<sup>1058</sup> Der Arbeitgeber habe die erhöhte Schutzbedürftigkeit von Schwerbehinderten, älteren Arbeitnehmern und alleinerziehenden Elternteilen angemessen zu berücksichtigen.

## **2. Einführung des neuen Grundsatzes des verfassungsrechtlichen Mindestbestandsschutzes durch den Beschluss des BVerfG v. 27.1.1998**

Mit der Begründung der staatlichen Schutzpflicht aus Art. 12 GG im Hinblick auf den Verlust des Arbeitsplatzes in der bereits erläuterten Entscheidung des BVerfG von 1991<sup>1059</sup> hatte das Gericht seinen Beschluss vom 27.1.1998<sup>1060</sup> vorbereitet.

In dieser zweiten Entscheidung formte es die Gestalt dieser Schutzpflicht näher aus, und entzog damit dem jahrzehntelang immer wieder betonten Grundsatz von der abschließenden Bestandsschutzregelung im KSchG die Grundlage. Das Verfahren beruhte auf der weiter oben bereits vorgestellten Vorlage des ArbG Reutlingen zur Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit des § 23 Abs. 1 KSchG i.d.F. des BSchFG 1985 nach Art. 100 GG.<sup>1061</sup>

Das BVerfG stellte zunächst allgemein fest, dass der Kündigungsschutz außerhalb des KSchG besonders über die zivilrechtlichen Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB erfolge, bei deren Anwendung der objektive Gehalt der Grundrechte zu berücksichtigen sei. Die maßgebenden Grundsätze, die es anschließend näher ausformulierte, ergäben sich aus Art. 12 GG.

Ausgangspunkt sei die gesetzgeberische Einschränkung des gesetzlichen allgemeinen Kündigungsschutzes durch § 23 Abs. 1 KSchG. Sie sei in jedem Fall zu respektieren.

Weiterhin gelte, dass der Grundrechtsschutz um so schwächer sei, je stärker die mit der Kleinbetriebsklausel des § 23 Abs. 1 KSchG geschützten Grundrechtspositionen des Arbeitgebers im Einzelfall berührt seien.

Ferner sei der Arbeitnehmer bei durch die zivilrechtlichen Generalklauseln in sachlicher Hinsicht vor allem vor willkürlichen oder auf sachfremden Motiven beruhenden Kündigungen zu schützen. Als Beispiele für derartige, unzulässige Kündigungen verwies es auf die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG. Damit unterwarf das BVerfG das Motiv jeder Kündigung aufgrund der Schutzpflicht des Art. 12 GG eindeutig besonderen Anforderungen, deren Konkretisierung es jedoch ausdrücklich der Arbeitsgerichtsbarkeit übertrug.

Weiter stellte es fest, dass auch die Auswahl bei betriebsbedingten Kündigungen in vom KSchG ausgeschlossenen Kleinbetrieben nicht im freien Ermessen des Arbeitgebers stehe. „Soweit unter mehreren Arbeitnehmern eine Auswahl zu treffen ist, gebietet der verfassungsrechtliche Schutz des

---

<sup>1057</sup> *Preis*: Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, NZA 1997, S. 1256, 1267 f.

<sup>1058</sup> *Oetker*: Der arbeitsrechtliche Bestandsschutz unter dem Firmament der Grundrechtsordnung, 1996, S. 39 dort Fn. 146; *ders.*: Arbeitsrechtlicher Bestandsschutz und Grundrechtsordnung, RdA 1997, S. 9, 18; *ders.*: Gibt es einen Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes?, AuR 1997, S. 41, 52.

<sup>1059</sup> BVerfG v. 24.4.1991, BVerfGE 84, S. 133. Vgl. S. 197 ff.

<sup>1060</sup> BVerfG v. 27.1.1998, AP Nr. 17 zu § 23 KSchG 1969.

<sup>1061</sup> Vgl. zum Sachverhalt S. 99 f. Zum endgültigen Urteil des ArbG Reutlingen nach dem Beschluss des BVerfG vom 27.1.1998 vgl. S. 233.

Arbeitsplatzes in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip ein gewisses Maß an sozialer Rücksichtnahme.“<sup>1062</sup> Dabei verwies das Gericht auf die eigene Entscheidung vom 24.4.1991 zur großen Warteschleife des Einigungsvertrags und auf das Urteil des BAG vom 19.1.1995<sup>1063</sup>, woraus sich eine erhöhte Schutzbedürftigkeit bei älteren, schwerbehinderten und alleinerziehenden Beschäftigten ergab.

Darüber hinaus forderte das BVerfG 1998, dass ein durch langjährige Mitarbeit erdientes Vertrauen des Arbeitnehmers auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zu berücksichtigen sei.<sup>1064</sup>

Neben diesen materiellrechtlich bedeutsamen Grundsätzen des verfassungsrechtlichen Mindestkündigungsschutzes außerhalb des KSchG enthält der Beschluss auch verfahrensrechtlich relevante Konsequenzen seiner Anerkennung. Sie werden wegen ihres Sachzusammenhangs weiter unten bei den Ausführungen über die Durchsetzung des Kündigungsschutzes außerhalb des KSchG erläutert.<sup>1065</sup>

## **V.       Gegenwärtiger Meinungsstand zum Kündigungsschutz durch § 242 BGB nach dem heutigen Grundsatz des verfassungsrechtlichen Mindestbestandsschutzes**

Da das BVerfG in seinem Beschluss vom 27.1.1998 bei Kündigungen grundsätzlich Anforderungen an den Kündigungsgrund und die Sozialauswahl stellt, ist der Grundsatz von der abschließenden Bestandsschutzregelung durch das KSchG nicht mehr vertretbar.

Die h.M. wurde dadurch zu einem Meinungswechsel gezwungen, den sie ohne jede Auseinandersetzung über die Anerkennung des verfassungsrechtlichen Bestandsschutzes durch das BVerfG stillschweigend vollzogen hat. Es wird weder über die Verankerung des Mindestkündigungsschutzes in Art. 12 GG noch dessen einzelne Elemente diskutiert. Eine ausdrückliche Formulierung, dass der alte Grundsatz nun nicht mehr haltbar ist, sucht man ebenfalls vergeblich. Die bisherigen Äußerungen, dass eine Kündigung außerhalb des KSchG nicht aus anderen Momenten als den Kündigungsumständen treuwidrig sein kann, sind vielmehr einfach verstummt. Man widmet sich vielmehr ohne weiteres der Konkretisierung des Mindestkündigungsschutzes, den Anforderungen an den Kündigungsgrund und die Sozialauswahl und die Berücksichtigung einer langjährigen Betriebszugehörigkeit. Dabei werden die höchstrichterlichen Vorgaben insgesamt stillschweigend übernommen.

Nur noch vereinzelt wird eine Bindung des Kündigungsgrundes bzw. der Sozialauswahl außerhalb des KSchG weiterhin abgelehnt.

### **1.       Treuwidrige Kündigungsumstände**

Nach wie vor können Kündigungen nach allgemeiner Auffassung gegen § 242 BGB verstoßen, wenn ihnen treuwidrige Kündigungsumstände zugrunde liegen. Insofern wird diesbezüglich auf die

---

<sup>1062</sup> BVerfG v. 27.1.1998, AP Nr. 17 zu § 23 KSchG 1969.

<sup>1063</sup> BAG v. 19.1.1995, BAGE 79, S. 128, 138.

<sup>1064</sup> BVerfG v. 27.1.1998, AP Nr. 17 zu § 23 KSchG 1969.

<sup>1065</sup> Vgl. S. 260 ff.



Erläuterungen weiter oben verweisen, die die bisher entwickelten Fälle ausführlich darstellen und für die Gegenwart weiterhin Bedeutung haben.<sup>1066</sup>

## 2. Gegenwärtiger Meinungsstand zu den Anforderungen an den Kündigungsgrund

### a) Vereinzelt Ablehnung einer grundsätzlichen Bindung des Kündigungsgrundes außerhalb des KSchG

Nach der Entscheidung des BVerfG wird die grundsätzliche Bindung des Kündigungsgrundes an allgemeingültige Anforderungen vereinzelt weiterhin abgelehnt.<sup>1067</sup> Annuß ist beispielsweise der Ansicht, dass dem Grundsatz von Treu und Glauben keine Beschränkung des Kündigungsgrundes entnommen werden könne, weil § 242 BGB die Wirksamkeit der Kündigung voraussetze.<sup>1068</sup> Linck erachtet eine Inhaltskontrolle als nicht mit dem Abstandsgebot vereinbar.<sup>1069</sup> Ferner bestehe für die Kontrolle des Motivs durch § 242 BGB kein Bedarf, da die §§ 138, 612 a BGB diesbezüglich hinreichenden Schutz gewährleisteten.

Boemke und Gründel gehen davon aus, dass die Schutzpflicht aus Art. 12 GG zu Gunsten des Arbeitnehmers nicht gegenüber dem Arbeitgeber bestehe.<sup>1070</sup> Sie soll sich vielmehr nur auf den Schutz vor Beeinträchtigungen der arbeitsplatzrechtlichen Beziehungen durch außenstehende Dritte erstrecken.

Auch Stelljes vertritt, dass der Kündigungsgrund nicht über § 242 BGB überprüfbar sei.<sup>1071</sup> Seiner Ansicht nach ist, abweichend von der herrschenden Bestandschutztheorie, die sog. Flankenschutztheorie die dogmatisch einwandfreie Begründung für die Reichweite des Kündigungsschutzes innerhalb und außerhalb des KSchG.<sup>1072</sup>

Nach der Bestandschutztheorie ergibt sich die Notwendigkeit des allgemeinen gesetzlichen Kündigungsschutzes aus dem Schutzbedürfnis des Arbeitgebers vor dem Verlust der ökonomischen und sozialen Existenzgrundlage. Der Kündigungsschutz ist danach das Instrument zur Sicherung des Interesses des Arbeitnehmers am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses. Die Flankenschutztheorie geht demgegenüber davon aus, dass der Kündigungsschutz aufgrund der institutionellen Abhängigkeit des Arbeitnehmers erforderlich sei, die dadurch entstehe, dass der Arbeitnehmer in die fremde arbeitsteilige Betriebsorganisation eingegliedert sei. Dabei bringe das Direktionsrecht des Arbeitgebers die Gefahr mit sich, dass der Arbeitnehmer Gegenstand von fremden Entscheidungen werde, die seine Persönlichkeit beeinträchtigen könnten. Um dem zu begegnen, seien ihm vom Gesetzgeber verschiedene Rechten und Freiheiten zugesprochen worden. Die Möglichkeit, die Rechte und

---

<sup>1066</sup> Vgl. S. 251 ff.

<sup>1067</sup> *Hoyningen-Huene/Linck*: KSchG, 13. Aufl. 2002, § 13 KSchG Rndr. 92; *Annuß*: § 242 BGB als Fundament eines allgemeinen Kündigungsschutzes?, BB 2001, S. 1898, 1901; *Boemke/Gründel*: Grundrechte im Arbeitsverhältnis, ZfA 2001, S. 245, 278 f.; *Linck*: Die treuwidrige Kündigung, FA 1999, S. 382, 384.

<sup>1068</sup> *Annuß*: § 242 BGB als Fundament eines allgemeinen Kündigungsschutzes?, BB 2001, S. 1898, 1901.

<sup>1069</sup> *Hoyningen-Huene/Linck*: KSchG, 13. Aufl. 2002, § 13 KSchG Rndr. 92; *Linck*: Die treuwidrige Kündigung, FA 1999, S. 382, 384.

<sup>1070</sup> *Boemke/Gründel*: Grundrechte im Arbeitsverhältnis, ZfA 2001, S. 245, 278 f.

<sup>1071</sup> *Stelljes*: Zu Grundlage und Reichweite des allgemeinen Kündigungsschutzes, 2002.

<sup>1072</sup> *Stelljes*: Zu Grundlage und Reichweite des allgemeinen Kündigungsschutzes, 2002, S. 263 ff., S. 266, zu den verschiedenen Theorien S. 22 ff.

Freiheiten auch für sich in Anspruch nehmen zu können, werde durch den Kündigungsschutz flankierend gesichert.<sup>1073</sup>

Außerhalb des KSchG fordere die Flankenschutztheorie, dass ein Kündigungsschutz in diesem Bereich ebenfalls nicht völlig fehlen dürfe, da die Arbeitnehmer auch außerhalb des Gesetzes über Rechte und Freiheiten verfügten, die es zu schützen gelte.<sup>1074</sup> Stelljes ist jedoch der Auffassung, dass dem vom BVerfG im Wege der Rechtsfortbildung entwickelten Mindestkündigungsschutz im Kleinbetrieb aus methodischen Gründen der Weg versperrt sei<sup>1075</sup>, da mit § 612 a BGB außerhalb des KSchG bereits eine gesetzliche Bestimmung existiere, die in diesem Bereich dem verfassungsrechtlichen Erfordernis eines Kündigungsschutzes in ausreichenden Maße nachkomme.<sup>1076</sup> Er schütze den Arbeitnehmer umfassend vor Kündigungen aus Anlass der Ausübung seiner Rechte und Wahrnehmung seiner Freiheiten. Die Vorschrift verkörpere den der Flankenschutztheorie zugrunde liegenden Gedanken<sup>1077</sup>, ihre Geltung sei unabhängig von einer bestimmten Betriebsgröße und die Schutzintensität reiche nicht an die des KSchG heran. Im Kleinbetrieb sei eine sichernde Flankierung der Arbeitnehmerrechte insofern nicht in dem Umfang wie im Großbetrieb erforderlich, da hier die institutionelle Abhängigkeit des Arbeitnehmers nicht so ausgeprägt sei. Er sei nur in geringerem Maße in die Arbeitsbedingungen verflochten und müsse eine Disziplinierung durch Drohung mit einer Kündigung weniger stark befürchten als in einem Großbetrieb. Darüber hinaus gewährleiste § 612 a BGB auch in der Wartezeit einen genügenden Kündigungsschutz.<sup>1078</sup> In dieser Phase stehe die Erprobung des Arbeitnehmers im Vordergrund und es sei daher ausreichend, wenn die dem Arbeitnehmer in dieser Zeit zustehenden Rechte und Freiheiten durch die Vorschrift abgesichert würden.

#### **b) H.M. - Befürwortung grundsätzlicher Anforderungen an den Kündigungsgrund außerhalb des KSchG**

Wie bereit erläutert<sup>1079</sup>, erkennen Rechtsprechung und das überwiegende Schrifttum an, dass das Motiv auch außerhalb des KSchG - also im Wesentlichen bei Kündigungen im Kleinbetrieb und innerhalb der Wartezeit des § 1 KSchG - grundsätzlichen nach § 242 BGB überprüfbaren Voraussetzungen

---

<sup>1073</sup> Diese Auffassung wurde in der Vergangenheit nur vereinzelt vertreten, vgl. *Stelljes*: Zu Grundlage und Reichweite des allgemeinen Kündigungsschutzes, 2002, S. 28 f.

<sup>1074</sup> *Stelljes*: Zu Grundlage und Reichweite des allgemeinen Kündigungsschutzes, 2002, S. 267.

<sup>1075</sup> *Stelljes*: Zu Grundlage und Reichweite des allgemeinen Kündigungsschutzes, 2002, S. 279.

<sup>1076</sup> *Stelljes*: Zu Grundlage und Reichweite des allgemeinen Kündigungsschutzes, 2002, S. 270.

<sup>1077</sup> *Stelljes*: Zu Grundlage und Reichweite des allgemeinen Kündigungsschutzes, 2002, S. 268.

<sup>1078</sup> *Stelljes*: Zu Grundlage und Reichweite des allgemeinen Kündigungsschutzes, 2002, S. 271.

<sup>1079</sup> Vgl. S. 204.

unterliegt. Es herrscht die Grundüberzeugung, dass dabei der Abstand zum Schutz des Gesetzes gewahrt bleiben müsse<sup>1080</sup>, und eine willkürliche Kündigung weiterhin gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoße<sup>1081</sup>.

Da sich der Meinungswechsel unter stillschweigender Übernahme der höchstrichterlichen Rechtsprechung vollzogen hat<sup>1082</sup>, erstreckt sich die Diskussion in Bezug auf den Kündigungsgrund nur darauf, wann er unter Berücksichtigung der bundesverfassungsgerichtlichen Vorgaben außerhalb des KSchG treuwidrig sein soll.

### ba) Rechtsprechung

Durch das BAG sind seit dem Beschluss des BVerfG vom 27.1.1998 mehrere Entscheidungen ergangen. Das erste Urteil vom November 1998 betrifft die Kündigung des Kantors einer als Kleinbetrieb anzusehenden evangelischen Kirchengemeinde.<sup>1083</sup>

Anlass der Kündigung ist der Vorwurf einer arbeitsvertraglichen Pflichtverletzung in Zusammenhang mit dem Aufbau des Gemeindecchors. Zunächst schließt sich das BAG dem BVerfG ausdrücklich darin an, dass der Arbeitnehmer in Kleinbetrieben vor willkürlichen und sachfremd motivierten Kündigungen zu schützen sei. Gleichwohl lehnt es anschließend die Überprüfung der Kündigung anhand von § 242 BGB ab, da die Pflichtverletzung als verhaltensbedingter Kündigungsgrund innerhalb des KSchG Bedeutung habe und insoweit ein Rückgriff auf § 242 BGB versperrt sei. Es setzt sich nicht damit auseinander, wie der arbeitsplatzspezifischen Schutzpflicht außerhalb des KSchG im Hinblick auf den Kündigungsgrund Rechnung zu tragen ist.

In der zweiten Entscheidung des Gerichts bleibt diese Auseinandersetzung ebenfalls aus. Die Treuwidrigkeit der innerhalb der Wartefrist des § 1 KSchG ausgesprochenen Kündigung scheidet daran, dass das BAG die vom Arbeitgeber angeführten sachlichen Kündigungsgründe bestätigt.<sup>1084</sup>

---

<sup>1080</sup> BAG v. 12.11.1998, NZA 1999, S. 590, 393 f.; BAG v. 21.2.2001, NZA 2001, S. 951; BAG v. 22.5.2003, AP Nr. 18 zu § 1 KSchG 1969 Wartezeit; ArbG Reutlingen v. 20.10.1998, AuR 1999, S. 325; *Ascheid/Preis/Schmidt (Preis)*: Großkomm. KSchR, 2004, Grundl. J, Rndr. 32; *Bader*: Das Kündigungsschutzgesetz in neuer (alter) Fassung, NZA 1999, S. 64, 67; *Däubler*: Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, in Schmidt (Hrsg.): Arbeitsrecht und Arbeitsgerichtsbarkeit, FS Arbeitsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz, 1999, S. 271, 275; *Grager*: Kündigungsschutz in Kleinbetrieben, NZA 2000, S. 961, 967, 968; *Grager/Kreutzfeldt*: Sturm auf die Gerichte? - Die Konsequenzen aus dem Beschluß des BVerfG zur Kleinbetriebsklausel in § 23 I 2 KSchG, NZA 1998, S. 567, 568; *Gressierer*: Die Leistungsfähigkeit der Grundrechte im Arbeitsrecht - Ein BeitrAG zur Privatautonomie im Arbeitsrecht, 1999, S. 258; *Kittner/Zwanziger (Appel)*: Arbeitsrecht: Handbuch für die Praxis, 3. Aufl. 2005, § 88 Rndr. 6; *Oetker*: Arbeitnehmerähnliche Personen und Kündigungsschutz, in Schmidt (Hrsg.): Arbeitsrecht und Arbeitsgerichtsbarkeit, FS Arbeitsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz, 1999, S. 311, 318; *Richard/Wlotzke (Wank)*: MüHdb. z. ArbR., Bd. 2, 2. Aufl. 2000, § 122 Rndr. 6; *Urban*: Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, 2001, S. 163; *Wank*: Die Kündigung außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, in Isenhardt/Preis (Hrsg.): Arbeitsrecht und Sozialpartnerschaft, FS für Hanau, 1999, S. 295, 305.

<sup>1081</sup> *Ascheid/Preis/Schmidt (Preis)*: Großkomm. KSchR, 2004, Grundl. J, Rndr. 51; *Kittner u.a. (Däubler)*: KSchR, 4. Aufl. 1999, § 242 BGB Rndr. 25; *Fiebig u.a. (Gallner)*: KSchG, 2. Aufl. 2004, § 1 KSchG Teil B Rndr. 90; *KR-Friedrich*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 13 KSchG, Rndr. 254; *Sowka (Hrsg.) (Sowka/Meisel)*: KSchG, 2. Aufl. 2000, Teil A, Kündigung außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, II, Rndr. 2; *Richard/Wlotzke*: MüHdb. z. ArbR., Bd. 2, 2. Aufl. 2000, § 119 Rndr. 116; *Schaub*: ArbR.-Hdb., 10. Aufl. 2002, § 123 Rndr. 80; *Stahlhacke/Preis/Vossen*: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9. Aufl. 2005, Rndr. 316.

<sup>1082</sup> Vgl. S. 204.

<sup>1083</sup> BAG v. 12.11.1998, NZA 1999, S. 590, 393.

Auch die dritte Entscheidung des BAG von Februar 2001 zur Kündigung eines Musikers einer als Kleinbetrieb i.S.d. § 23 Abs. 1 KSchG anzusehenden Kirchengemeinde schafft keine Klärung. Das Gericht stellt ohne weitere Erläuterungen lediglich fest, dass die vorgebrachten verhaltensbedingten Kündigungsgründe nicht anhand des § 242 BGB überprüfbar seien.<sup>1085</sup>

Die vierte Entscheidung des BAG vom 25.4.2001 befasst sich mit der Treuwidrigkeit der Kündigung einer Arbeitnehmerin in einem Kleinbetrieb i.S.d. § 23 Abs. 1 i.d.F. des BSchFG 1996.<sup>1086</sup> Sie wurde wegen ihrer Lebenspartnerschaft mit einem Mann gekündigt, der den Arbeitgeber wegen geschäftlicher Aktivitäten vor den eigenen Mitarbeitern deutlich kritisiert hatte. Zudem hatte der Mann geplant, gegen den Willen des Vorstands die Aktienmehrheit des betreffenden Unternehmens zu übernehmen. Der Arbeitnehmerin selbst wurde vom Arbeitgeber kein illoyales Verhalten vorgeworfen. Das Gericht sieht die Kündigung wegen der auf der Lebenspartnerschaft beruhenden Verstrickung in die gesamten Vorgänge unter dem Aspekt des Vertrauensverlustes als gerechtfertigt an. Es lehnt deshalb die Annahme einer willkürlichen, nach § 242 BGB unwirksamen Kündigung ausdrücklich ab. Das Gericht ist der Auffassung, dass der Arbeitgeber hier außerhalb des KSchG berechtigt ist, ordentlich zu kündigen. Es beendet seine Ausführungen mit den Worten: "Der Willkürvorwurf scheidet aus, wenn irgendein einleuchtender Grund für die Rechtsausübung vorliegt." Mit diesem etwas abstrakt, ohne direkten Bezug zum Sachverhalt wirkenden Satz am Schluss der Entscheidung scheint das BAG fast wie nebenbei zum Ausdruck zu bringen, dass die Kündigung außerhalb des KSchG grundsätzlich einen einleuchtenden Grund erfordern soll. Da sich keine weiteren Ausführungen allgemein zum Begriff des einleuchtenden Grundes anschließen, wird durch diese Entscheidung nicht deutlich, wie das BAG dem verfassungsrechtlichen Schutz vor sachfremd motivierten Kündigungen außerhalb des KSchG Rechnung tragen will.

In einer Entscheidung vom Mai 2003 stellt das BAG fest, dass rechtsmissbräuchliche und diskriminierende Kündigungen typischerweise einen Treueverstoß des Arbeitgebers nach § 242 BGB begründen würden.<sup>1087</sup> Ein Rechtsmissbrauch läge vor, wenn der Kündigung keine schutzwürdigen Eigeninteressen des Arbeitgebers zugrunde lägen, sondern vielmehr vertragsfremde oder unlautere Zwecke angestrebt würden.

Im vorliegenden Fall war es zu der Kündigung innerhalb der Wartezeit gekommen, weil der Arbeitnehmer sich geweigert hatte, seine Arbeitsleistung im Rahmen des vertraglich vereinbarten Zwecks zu erfüllen. Das Gericht verneint wegen dieses arbeitsvertragsbezogenen Grundes einen Rechtsmissbrauch.

Anschließend prüft es die Treuwidrigkeit unter dem Gesichtspunkt des diskriminierenden Kündigungsgrundes. Diskriminierende Kündigungen sind nach der bundesverfassungsrechtlichen Rechtsprechung ein Beispiel für sachfremde Motive des Arbeitgebers. Die Kündigung beruhte konkret darauf, dass sich der Arbeitnehmer trotz Einwilligung bei Vertragsschluss geweigert hatte, unter anderem auch als Bestattungsgehilfe auf einem Friedhof tätig zu werden. Er führte an, dass es ihm als Sinti untersagt sei, Kontakt mit Toten zu haben. Würde eine Missachtung dieses Gebot in seiner Gemeinschaft bekannt, würde er von ihr ausgestoßen.

---

<sup>1084</sup> BAG v. 1.7.1999, NZA 2000, S. 437.

<sup>1085</sup> BAG v. 21.2.2001, NZA 2001, S. 951.

<sup>1086</sup> BAG v. 25.4.2001, DB 2001, S. 2504.

<sup>1087</sup> BAG v. 22.5.2003, AP Nr. 18 zu § 1 KSchG 1969 Wartezeit.

Das Gericht verneint sowohl eine Verletzung der Art. 3 Abs. 3 S. 1, Art. 1 Abs. 1 GG als auch einen Verstoß gegen das Grundrecht der Gewissensfreiheit des Art. 4 Abs. 1 GG. Die Kündigung habe mittelbar ihre Ursache in der Herkunft des Arbeitnehmers, da seine Weigerung, als Bestattungsgehilfe tätig zu sein, auf seiner Herkunft als Sinti beruhe. Mittelbare Benachteiligungen unterfielen allerdings nicht dem Verbot des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG, wenn sie durch sachliche Gründe bedingt seien, die nicht mit den verbotenen Unterscheidungsmerkmalen zu tun hätten. Dies bejaht das BAG. Die Entlassung des Klägers aus den vom Arbeitgeber angeführten Motiven sei ein sachlicher und plausibler Grund. Deswegen scheidet auch eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG aus.

Das Grundrecht der Gewissensfreiheit sieht das Gericht ebenfalls nicht als beeinträchtigt an. Lege ein Arbeitnehmer dar, dass es ihm wegen einer aus einer spezifischen Sachlage folgenden Gewissensnot heraus nicht zuzumuten sei, die vertraglich geschuldete Leistung zu erbringen, hänge es von einer Interessenabwägung ab, ob die Zuweisung der Arbeit aufgrund des Direktionsrechts billigem Ermessen widerspreche oder nicht. Dabei sei wichtig, ob der Arbeitnehmer bereits bei Abschluss des Arbeitsvertrags damit rechnen musste, Tätigkeiten zugewiesen zu bekommen, die ihn in Gewissensnot bringen würden. Weiter sei maßgeblich, ob der Arbeitgeber aus betrieblichen Gründen auf die Zuweisung bestehen müsse. Entscheidend sei ferner, ob auch in Zukunft mit weiteren Gewissenskonflikten zu rechnen sei.

Für den Arbeitnehmer war der Gewissenskonflikt seit dem Vorstellungsgespräch vorhersehbar gewesen, da er zu diesem Zeitpunkt auf Nachfragen bejaht hatte, auch die Tätigkeit eines Bestattungsgehilfen ausüben zu wollen. Der Arbeitgeber war wegen der ungünstigen Alterstruktur im Bestattungsteam darauf angewiesen, dass jüngere Mitarbeiter wie der Gekündigte wegen der körperlichen Anforderungen der Tätigkeit die älteren Mitarbeiter unterstützte. Nach Ansicht des BAG verstieß deshalb die Zuweisung des Arbeitgebers nicht gegen billiges Ermessen. Das Gericht verneint insofern auch eine Verletzung des Art. 4 Abs. 1 GG. Die Kündigung war deshalb nicht nach § 242 BGB nichtig.<sup>1088</sup>

In der instanzgerichtlichen Rechtsprechung scheint das LAG Schleswig-Holstein außerhalb des KSchG stets sachliche, auf das Arbeitsverhältnis bezogene Gründe für erforderlich anzusehen, da es vom Arbeitnehmer den Nachweis fordert, dass die Kündigung ohne sachbezogene und aner kennenswerte Gründe erfolgt sei.<sup>1089</sup> Darüber hinaus hält das Gericht das ultima-ratio-Prinzip außerhalb des KSchG für nicht anwendbar. Es führt aus, dass es nicht darauf ankomme, ob die Arbeitnehmerin bei Geltung des KSchG zur Vermeidung der Kündigung auf einen anderen Arbeitsplatz hätte umgesetzt werden müssen.

Das ArbG Reutlingen kommt in dem Sachverhalt, der ursprünglich der Entscheidung des BVerfG vom 27.1.1998 zugrunde lag<sup>1090</sup> zu dem Schluss, dass die Kündigung treuwidrig sei.<sup>1091</sup> Der kleinbetriebliche Arbeitgeber habe mit der krankheitsbedingten Kündigung trotz günstiger Zukunftsprognose nur eigene Interessen verfolgt und dabei das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers „nicht besonders ernst genommen“. Das ArbG berücksichtigt mit dieser Entscheidung außerhalb des KSchG sachliche, personenbedingte Kündigungsumstände i.S.d. § 1 KSchG. Es hat sich jedoch nicht dazu geäußert, ob

---

<sup>1088</sup> Zur der Frage der Sittenwidrigkeit vgl. S. 133.

<sup>1089</sup> LAG Schleswig-Holstein v. 14.4.1998, RzK I 8 I, Nr. 24.

<sup>1090</sup> Vgl. zum Sachverhalt S. 99.

<sup>1091</sup> ArbG Reutlingen v. 20.10.1998, AuR 1999, S. 325.

außerhalb des KSchG stets ein sachlicher, in Bezug auf das Arbeitsverhältnis stehender Grund erforderlich sein soll.<sup>1092</sup>

## bb) Schrifttum

Im Schrifttum existieren zu den verfassungsrechtlich notwendigen Anforderungen an den Kündigungsgrund außerhalb des KSchG zwei Hauptansichten. Die eine Meinung verlangt die grundsätzliche Bindung des Kündigungsmotivs an einen auf das Arbeitsverhältnis bezogenen, sachlichen Grund. Die andere Ansicht stellt hingegen geringere Anforderungen. Innerhalb beider Auffassungen gibt es allerdings differierende Einzelansätze.

Die erste Hauptmeinung wurde bereits vor dem Beschluss des BVerfG vom 27.1.1998 durch Oetker vertreten. Wie bereits erläutert, forderte er in einem Beitrag aus dem Jahre 1996 auch bei Kündigungen außerhalb des KSchG sachliche, auf den Arbeitsvertrag bezogene Gründe.<sup>1093</sup> Seine Auffassung, die er weiterhin verfolgt, wird inzwischen zunehmend geteilt.<sup>1094</sup>

In eine vergleichbare Richtung argumentiert auch Wank. In einer Stellungnahme von 1999 lehnt er zwar mit Hinweis auf die Methodik der einfachgesetzlichen Auslegung unter Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Gesichtspunkte des Art. 3 Abs. 1 GG und unter Berufung auf das Gewaltenteilungsprinzip ab, die Kündigung außerhalb des KSchG an einen Sachgrund zu binden. Er plädiert jedoch unter Verweis auf seine frühere Äußerung für einen Kündigungsschutz mittlerer Intensität.<sup>1095</sup> In einer nachfolgenden Veröffentlichung wiederholt er seine Ansicht von einer abgeschwächten Inhaltskontrolle der Kündigungen außerhalb des KSchG und führt konkretisierend dazu die bereits 1997 von Oetker geäußerten Gedanken an.<sup>1096</sup> Die Gründe, die in Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stünden, ließen sich anhand der Schrankentrias des § 1 KSchG ausmachen. Der Abstand zum Kündigungsschutz des KSchG sei dadurch zu wahren, dass der Arbeitgeber außerhalb des Gesetzes nicht zu einer Interessenabwägung verpflichtet sei. Ferner müsse die Kündigung nicht ultima ratio sein. Seine Ausführungen sind in sich nicht widerspruchsfrei, da er einerseits außerhalb des KSchG keine sachlichen Gründe fordert, andererseits aber die Kontrolle des Kündigungsgrundes in diesem Bereich anhand der Schrankentrias des § 1 KSchG befürwortet.

---

<sup>1092</sup> Das Urteil hat auch Bedeutung hinsichtlich der vom BVerfG in der Entscheidung vom 27.1.1998 geforderten Berücksichtigung langjähriger Betriebszugehörigkeit bei Kündigungen außerhalb des KSchG. Vgl. S. 221.

<sup>1093</sup> Oetker: Der arbeitsrechtliche Bestandsschutz unter dem Firmament der Grundrechtsordnung, 1996, S. 35 f. Vgl. S. 200.

<sup>1094</sup> Dorndorf u.a. (Dorndorf): KSchG, 4. Aufl. 2001, § 13 KSchG Rndr. 120 ff.; KR-Etzel: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 1 KSchG Rndr. 127; Kittner: Neues Kündigungsschutzrecht außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, NZA 1998, S. 731, 732 f.; so bereits vor der Entscheidung des BVerfG v. 27.1.1998 in Kittner: Das neue Recht der Sozialauswahl bei betriebsbedingter Kündigung und die Ausdehnung der Kleinbetriebsklausel, AuR 1997, S. 182, 190; Oetker: Arbeitnehmerähnliche Personen und Kündigungsschutz, in Schmidt (Hrsg.): Arbeitsrecht und Arbeitsgerichtsbarkeit, FS Arbeitsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz, 1999, S. 311, 318 f. Abl. Gragert: Kündigungsschutz in Kleinbetrieben, NZA 2000, S. 961, 967.

<sup>1095</sup> Wank: Die Kündigung außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, in Isenhardt/Preis (Hrsg.): Arbeitsrecht und Sozialpartnerschaft, FS für Hanau, 1999, S. 295, 304, 306.

<sup>1096</sup> Richardi/Wlotzke (Wank): MüHdb. z. ArbR., Bd. 2, 2. Aufl. 2000, § 122 Rndr. 35 f. Ebenso Gressierer: Die Leistungsfähigkeit der Grundrechte im Arbeitsrecht - Ein BeitrAG zur Privatautonomie im Arbeitsrecht, 1999, S. 259.

Däublers Formulierung setzt sich etwas von den bisher erläuterten Vorschlägen ab.<sup>1097</sup> Danach erfordert die Kündigung außerhalb des KSchG zwingend eine objektive Störung des Arbeitsverhältnisses. Bei Pflichtverletzungen sei eine Kündigung außerhalb des KSchG unzulässig, wenn sie innerhalb des KSchG noch nicht einmal eine Abmahnung rechtfertigen würde. Bei darüber hinausgehenden Pflichtverletzungen soll zuvor eine Abmahnung erfolgen, wenn dem Betrieb durch das Zurückstellen der Kündigung keine wesentlichen Nachteile entstünden und sich die Situation nicht unmittelbar auf die Zusammenarbeit mit dem Arbeitgeber auswirke. Bei krankheitsbedingten Kündigungen legt Däubler die allgemeinen Maßstäbe an. Grundsätzlich soll hier jedoch außerhalb des KSchG die Kündigung eher in Betracht kommen, da die betrieblichen Auswirkungen regelmäßig spürbarer und schwerer zu überwinden seien. Allerdings müssten bei Kündigungen wegen arbeitsbedingter Erkrankungen die allgemein üblichen, strengeren Maßstäbe gelten. Er betont ferner, dass irgendwelche Vorlieben, allgemeine Antipathie oder der Wunsch des Arbeitgebers nach neuen Gesichtern nicht ausreichend seien. Darüber hinaus fordert er, dass die Kündigungsgründe in der Weise schlüssig sein müssten, dass sie nicht nur einen Teil des zum Anlass genommen Lebenssachverhalts berücksichtigen dürften.

Die zweite Hauptmeinung lehnt demgegenüber die Voraussetzung eines sachlichen, auf das Arbeitsverhältnis bezogenen Kündigungsgrundes bei Kündigungen außerhalb des KSchG grundsätzlich ab. Die Kritik an der Gegenansicht lässt sich dahingehend zusammenfassen, dass der ausdrücklich geforderte Abstand zum Kündigungsschutz des KSchG auf diesem Weg nicht gewahrt werden könne.<sup>1098</sup> Es bestehe die Gefahr, dass sich letztlich auch in diesem Bereich ein dem Gesetz entsprechender Kündigungsschutz entwickeln würde. Die abschließende Konkretisierung des Grundsatzes von Treu und Glauben durch das KSchG verhindere, dass das Motiv außerhalb des Gesetzes daraufhin überprüft werden könne, ob es sachbezogen sei.

Die verfassungsrechtlich geforderten Voraussetzungen an den Kündigungsgrund werden von den Vertretern dieser Meinungsgruppe dementsprechend niedriger angesetzt, differieren allerdings teilweise. Nach Ansicht von Preis sollen außerhalb des KSchG nur völlig willkürliche Kündigungen durch § 242 BGB verhindert werden.<sup>1099</sup> Als Beispiele nennt er die vom BAG entschiedenen Fälle der Kündigung wegen haltlosem Verdacht des Haschischkonsums und die Kündigung wegen Homosexualität. Das Kündigungsmotiv könne außerhalb des KSchG letztlich nur daran gebunden werden, dass ein irgendwie einleuchtender Grund existiere. Es seien hier weder wichtige, triftige oder sachliche Gründe erforderlich. Diskriminierende Kündigungen ließen sich über § 138 BGB verhindern und seien im Rahmen des § 242 BGB nicht angreifbar.

Nach Gragert verlangt das verfassungsrechtlich geforderte Mindestmaß eines Kündigungsschutzes außerhalb des KSchG hinsichtlich des Grundes nur, dass der Arbeitgeber nicht völlig willkürlich kündigt.<sup>1100</sup> Wie Preis setzt sie keinen wichtigen, triftigen oder sachlichen Grund voraus. Abweichend zu seiner Ansicht sollen jedoch auch diskriminierende Kündigungen völlig willkürlich sein, wenn sie nicht durch betriebliche Belange gerechtfertigt sind. Sie spricht in diesem Fall von Kündigungen zu vertragsfremden Zwecken.

---

<sup>1097</sup> *Kittner u.a. (Däubler)*: KSchR, 6. Aufl. 2004, § 242 BGB Rndr. 27 f.; *Däubler*: Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, in Schmidt (Hrsg.): Arbeitsrecht und Arbeitsgerichtsbarkeit, FS Arbeitsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz, 1999, S. 271, 281, 284.

<sup>1098</sup> So ausdrücklich *Ascheid/Preis/Schmidt (Preis)*: Großkomm. KSchR, 2004, Grundl. J, Rndr. 55; *Stahlhacke/Preis/Vossen*: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9. Aufl. 2005, Rndr. 273, 307.

<sup>1099</sup> *Ascheid/Preis/Schmidt (Preis)*: Großkomm. KSchR, 2004, Grundl. J, Rndr. 51 ff.

<sup>1100</sup> *Gragert*: Kündigungsschutz in Kleinbetrieben, NZA 2000, S. 961, 967, 968.

Den Begriff der Kündigung zu vertragsfremden Zwecken hatte ursprünglich Löwisch in die Diskussion eingeführt. Er war bereits vor der Entscheidung des BVerfG vom 27.1.1998 der Auffassung, dass bei Kündigungen zu vertragsfremden Zwecken unterhalb des § 138 BGB eine Verletzung des § 242 BGB vorliegt.<sup>1101</sup> Diese Ansicht vertritt er auch weiterhin.<sup>1102</sup> Als Beispiel führt er die Kündigung wegen Homosexualität und die Kündigung wegen politischer Einstellung bzw. Betätigung des Arbeitnehmers an, soweit die Betätigung nicht das Arbeitsverhältnis berühre. Eine darüber hinausgehende Kontrolle des Kündigungsgrundes lehnt Löwisch ab.

Nach Ansicht von Polzer/Powietzka verbietet die Schutzpflicht des Art. 12 GG willkürliche und grundlose Kündigungen.<sup>1103</sup> Diese Stellungnahme kann nur dahingehend verstanden werden, dass damit ebenfalls Kündigungen ohne einleuchtenden, verständlichen Grund gemeint sind.

Dieser Eindruck wird durch eine spätere Untersuchung Powietzkas bestätigt.<sup>1104</sup> Er erkennt zunächst zutreffend, dass die Bedeutung des häufig in Rechtsprechung und Literatur herangezogenen Begriffs der willkürlichen Kündigung bisher nicht zufrieden stellend geklärt worden ist. Aus diesem Grund bevorzugt er es weiterhin, von grundlosen Kündigungen in Abgrenzung zu sachwidrigen Kündigungen zu sprechen.<sup>1105</sup> Welche Kündigungen damit gemeint sind, bleibt unklar, da er an anderer Stelle wiederum vertritt, dass es in der Praxis Kündigungen ohne eine irgendwie geartete Motivation des Arbeitgebers nicht gebe<sup>1106</sup>. Aus seinen nachfolgenden Ausführungen ergibt sich allerdings, dass er außerhalb des KSchG einen irgendwie einleuchtenden Grund für ausreichend ansieht, so dass in diesem Fall kein Verstoß gegen § 242 BGB möglich sei.<sup>1107</sup> Soweit subjektive Empfindungen des Arbeitgebers Anlass für die Kündigung seien, soll die Kündigung nicht treuwidrig sein, wenn der Arbeitgeber im Prozess die subjektive Begründung in objektiv nachvollziehbarer Weise erläutern könne.<sup>1108</sup> Als einleuchtend betrachtet er auch die Kündigung, die der Arbeitgeber mit dem Argument ausspricht, dass die vorhandene Arbeit in Zukunft durch weniger Mitarbeiter erledigt werden soll.<sup>1109</sup>

Joost vertritt, dass der Kündigungsgrund außerhalb des KSchG unter der Anforderung stehe, dass er von der Rechtsordnung nicht missbilligt werden dürfe.<sup>1110</sup> Andernfalls sei die Kündigung nach § 242 BGB unwirksam. In diesem Fall müsse die grundsätzlich freie Entscheidung des Arbeitgebers für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zurückstehen.

Nach Gallner gebietet Art. 12 GG über den Grundsatz von Treu und Glauben nur den Ausschluss von diskriminierenden oder persönlichkeitsverletzenden Kündigungen.<sup>1111</sup>

Einen widersprüchlichen Eindruck hinterlässt die Ansicht von Urban.<sup>1112</sup> Auch sie teilt grundsätzlich die überwiegende Meinung, dass infolge des verfassungsrechtlichen Mindestkündigungsschutzes der

---

<sup>1101</sup> *Löwisch*: Grenzen der ordentlichen Kündigung in kündigungsschutzfreien Betrieben, BB 1997, S. 782, 785 f.

<sup>1102</sup> *Löwisch/Spinner*: KSchG, 9. Aufl. 2004, vor § 1 KSchG Rndr. 83.

<sup>1103</sup> *Polzer/Powietzka*: Rechtsextremismus als Kündigungsgrund?, NZA 2000, S. 970, 976.

<sup>1104</sup> *Powietzka*: Kündigungsschutz im Kleinbetrieb und in der Wartezeit, 2003.

<sup>1105</sup> *Powietzka*: Kündigungsschutz im Kleinbetrieb und in der Wartezeit, 2003, S. 174.

<sup>1106</sup> *Powietzka*: Kündigungsschutz im Kleinbetrieb und in der Wartezeit, 2003, S. 172.

<sup>1107</sup> *Powietzka*: Kündigungsschutz im Kleinbetrieb und in der Wartezeit, 2003, S. 180.

<sup>1108</sup> *Powietzka*: Kündigungsschutz im Kleinbetrieb und in der Wartezeit, 2003, S. 180 f.

<sup>1109</sup> *Powietzka*: Kündigungsschutz im Kleinbetrieb und in der Wartezeit, 2003, S. 182.

<sup>1110</sup> *Joost*: Kündigung außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, in Henssler/Moll (Hrsg.): Kündigung und Kündigungsschutz in der betrieblichen Praxis, 2000, S. 215, 223 f., der allerdings die Schutzpflicht aus Art. 12 GG ablehnt.

<sup>1111</sup> *Fiebig u. a. (Gallner)*: KSchG, 1. Aufl. 2000, § 1 KSchG Teil B Rndr. 75.



Kündigungsgrund auch außerhalb des KSchG Beschränkungen unterliegt, die jedoch keinesfalls den Umfang des KSchG erreichen dürfen.<sup>1113</sup> Die vom BVerfG geforderte Konkretisierung des Maßstabes des Kündigungsschutzes außerhalb des KSchG müsse aufgrund einer verfassungsorientierten Auslegung des Arbeitsrechts vorgenommen werden.

Sie schlägt bei Kündigungen im Kleinbetrieb vor, zunächst zu prüfen, ob ansatzweise ein verhaltens-, personen- oder betriebsbedingter Grund ausgemacht werden könne.<sup>1114</sup> Als Maßstab für die Zulässigkeit einer verhaltensbedingten Kündigung greift sie auf die Grundsätze der Abmahnung zurück, um einen Kündigungsschutz unterhalb der Schwelle des KSchG zu gewährleisten. Der für die Abmahnung erforderliche objektive Vertragspflichtverstoß reiche unabhängig von dem Verschuldensgesichtspunkt für die Kündigung aus, sofern er nicht völlig unerheblich sei oder nur unwesentliche Umstände betreffe.<sup>1115</sup> Bei Störungen im Vertrauensbereich, bei denen grundsätzlich eine Abmahnung nicht erforderlich sei, sei jedoch die Schwelle zulässiger Kündigungen weiter abzusenken, da gerade im Kleinbetrieb die vertrauensvolle Zusammenarbeit ein wesentliches Merkmal der Vertragsbeziehung sei.<sup>1116</sup> In diesem Fall soll jedes Fehlverhalten eine Kündigung rechtfertigen, z.B. auch geringfügige Beleidigungen des Arbeitgebers.

Welche Grenzen für Kündigungen außerhalb des KSchG bei personenbedingten Gründen gelten sollen, führt sie nicht grundsätzlich aus, sondern beschränkt sich auf den praktisch relevantesten Fall der Kündigung wegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit.<sup>1117</sup> Dem Arbeitgeber komme gegenüber einem kranken Arbeitnehmer eine Fürsorgepflicht zu, die darin ihren gesetzlichen Ausdruck gefunden habe, dass § 3 Entgeltfortzahlungsgesetz ihn für die Dauer von sechs Wochen zur Weiterzahlung der Arbeitsvergütung verpflichte. Wäre eine Kündigung außerhalb des KSchG wegen Krankheit unmittelbar nach deren Eintritt zulässig, könne das Entgeltfortzahlungsgesetz umgangen werden. Aus dieser Überlegung ergebe sich, dass eine zwar längerfristige Erkrankung von mehreren Wochen, die jedoch insgesamt nur vorübergehend sei, nicht zum Anlass für eine Kündigung gemacht werden dürfe. Sei nach sechs Wochen nicht absehbar, wann der Arbeitnehmer wieder arbeitsfähig sei, könne hingegen eine Kündigung bei Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung möglich sein. Die Grenze der Zumutbarkeit sei bei auf unbestimmte Dauer nicht tragbaren finanziellen Belastungen sowie erheblichen Betriebsablaufstörungen anzunehmen. Ergänzend sei jedoch auch die Betriebszugehörigkeit des Mitarbeiters zu berücksichtigen. Bei langjähriger Betriebszugehörigkeit würden für den Arbeitgeber höhere Anforderungen an die Fürsorge- und Rücksichtspflicht gestellt. Insofern müssten dann grundsätzlich auch längere Erkrankungsphasen als sechs Wochen hingenommen werden, die sich in Anlehnung an die verlängerten Kündigungsfristen des § 622 BGB ergäben. Für die Situation des Arbeitsunfalls müssten besondere Bedingungen gelten. Sei der Arbeitsunfall nicht Folge eines grob fahrlässigen oder vorsätzlichen Verhaltens des Arbeitnehmers, habe der Arbeitgeber die mit dem Arbeitsausfall verbundenen Belastung hinzunehmen, dürfe also nicht kündigen.

Ausnahmen seien jedoch insgesamt dann anzunehmen, wenn dem Arbeitgeber ein Abwarten bis zur Arbeitsfähigkeit oder zur Zulässigkeit Kündigung in dem geforderten Zeitrahmen nicht zumutbar sei. Davon sei auszugehen, wenn der ausgefallene Arbeitnehmer nicht durch betriebliche Umsetzungen für den Zeitraum der Arbeitsunfähigkeit ersetzt werden und die betreffende Tätigkeit nicht aufgeschoben

---

<sup>1112</sup> *Urban*: Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, 2001.

<sup>1113</sup> *Urban*: Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, 2001, S. 162, 179 f.

<sup>1114</sup> *Urban*: Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, 2001, S. 168.

<sup>1115</sup> *Urban*: Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, 2001, S. 170.

<sup>1116</sup> *Urban*: Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, 2001, S. 170.

<sup>1117</sup> *Urban*: Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, 2001, S. 171 ff.

werden könne. Ein maßgebliches Anzeichen sei, wenn der Arbeitgeber für den erkrankten Arbeitnehmer umgehend eine Ersatzkraft einstelle. In diesem Fall müsse eine Kündigung ebenso als zulässig erachtet werden, wie wenn beispielsweise durch ein weder vom Arbeitgeber noch von den Arbeitnehmern verschuldeter Autounfall dazu führe, dass nahezu das gesamte Personal des Arbeitgebers nicht arbeitsfähig sei.<sup>1118</sup> Hier könne der Betrieb nur in seiner Existenz gerettet werden, wenn der Arbeitgeber zu den notwendigen Neueinstellungen nicht noch mit den Lohnfortzahlungskosten der arbeitsunfähigen Mitarbeiter belastet werde.

Bei betriebsbedingten Kündigungen sei eine Kontrolle des Kündigungsgrundes nur insoweit möglich, ob überhaupt eine Unternehmensentscheidung vorliege, die für das Entfallen des Arbeitsplatzes ursächlich sei.<sup>1119</sup> Eine weitergehende Begrenzung des Kündigungsrechts scheidet in diesem Fall aus, da auch innerhalb des KSchG die unternehmerische Entscheidung nicht gerichtlich überprüfbar sei. Dies müsse auch außerhalb des KSchG gelten.

Im Übrigen sollen Kündigungen in der Wartezeit nur dann nach § 242 BGB nichtig sein, wenn sie nicht durch ein triftiges Motiv gerechtfertigt sind.<sup>1120</sup> Aus verfassungsrechtlichen Gründen müsste zwar auch in diesem Bereich der Kündigungsgrund einer gewissen Kontrolle unterliegen. Da jedoch hinter dem Ausschluss aus dem KSchG die Erprobung des Arbeitnehmers stehe, müsse der Arbeitgeber weiterhin die Möglichkeit haben, sich von ihm auch wieder komplikationslos trennen zu können.

Nicht nachvollziehbar ist jedoch, warum Urban im Anschluss vertritt, dass im Fall sonstiger, nicht arbeitsplatzbezogener Kündigungsgründe, die also nicht verhaltens-, personen- oder betriebsbedingt sind, ein triftiger, nicht diskriminierender Kündigungsgrund ausreichen soll. Zum einen wird nicht erläutert, was genau unter triftigen Gründen zu verstehen ist. Zum anderen ist unverständlich, warum für einen Arbeitgeber, der sich auf arbeitsplatzbezogene Motive beruft, eine stärkere Einschränkung des Kündigungsrechts gelten soll als für den, der beispielsweise kündigt, weil er sich an Einstellungen oder Ansichten eines Mitarbeiters stört, die jedoch keine Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis haben. Diese Differenzierung bietet zudem die Gefahr, dass der Arbeitgeber arbeitsplatzbezogene Gründe wegen der höheren Anforderungen verschleiert und stattdessen nicht arbeitsplatzbezogene Motive vorschiebt.

### **3. Gegenwärtiger Meinungsstand zu den Anforderungen an die Sozialauswahl außerhalb des KSchG**

Nach der Entscheidung des BVerfG geht die h.M. in Rechtsprechung und Literatur heute ohne weiteres von einer verfassungsrechtlichen Bindung der Sozialauswahl außerhalb des KSchG aus. Auch hier hat der Meinungswechsel stillschweigend, ohne kritische Auseinandersetzung mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung stattgefunden.<sup>1121</sup> Lediglich nach Löwisch und Annuß sollen soziale Gesichtspunkte bei einer Auswahlentscheidung außerhalb des KSchG bedeutungslos sein.<sup>1122</sup>

---

<sup>1118</sup> Urban: Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, 2001, S. 175.

<sup>1119</sup> Urban: Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, 2001, S. 175.

<sup>1120</sup> Urban: Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, 2001, S. 179 f.

<sup>1121</sup> Vgl. dazu auch vgl. S. 204.

<sup>1122</sup> Löwisch/Spinner: KSchG, 9. Aufl. 2004, § 23 KSchG Rndr. 29; Annuß: § 242 BGB als Fundament eines allgemeinen Kündigungsschutzes?, BB 2001, S. 1898, 1901.

Einigkeit besteht darüber, dass die Auswahl aufgrund der angemahnten Beachtung des Abstandsgebots nicht den strengen Anforderungen des § 1 Abs. 3 KSchG unterliegen darf.<sup>1123</sup> Im Einzelnen bestehen jedoch unterschiedliche Auffassungen darüber, wann sie das vom BVerfG aufgrund des GG geforderte Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme beachtet bzw. es verletzt.

#### a) **Rechtsprechung**

Das BAG hat sich bisher in zwei, in ihren Aussagen deckungsgleichen Entscheidungen zur Sozialauswahl außerhalb des KSchG geäußert.<sup>1124</sup> Es stellt fest, dass der Bestandsschutz hinsichtlich der Auswahl nicht abschließend durch das KSchG konkretisiert sei. Das Gericht wiederholt zudem die wesentlichen Aussagen des BVerfG. Die Auswahlentscheidung in Kleinbetrieben sei aufgrund des verfassungsrechtlichen Arbeitsplatzschutzes des Art. 12 GG nach § 242 BGB daraufhin überprüfbar, ob der Arbeitgeber ein gewisses Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme beachte. Aber es dürfe durch § 242 BGB auch in diesem Punkt keinesfalls ein dem KSchG entsprechender Schutz gewährt werden.

Insgesamt müsse die Auswahlentscheidung sachlichem und billigem Ermessen entsprechen. Die Missachtung eines gewissen Maßes an sozialer Rücksichtnahme sei gegeben, wenn der Arbeitgeber die Auswahl evident fehlerhaft vorgenommen habe. Maßgebliche Auswahlkriterien scheinen nach Ansicht des BAG die Betriebszugehörigkeit, das Alter und mögliche Unterhaltungspflichten zu sein.

Bei der Vergleichbarkeitsprüfung der Daten sei zu berücksichtigen, dass der Arbeitgeber außerhalb des KSchG nicht zu einer Sozialauswahl i.S.d. § 1 Abs. 3 KSchG verpflichtet sei. Er müsse deshalb außerhalb des KSchG nicht wie innerhalb des Gesetzes eine sorgfältige rechtliche Vorprüfung vornehmen. Dies würde dem Ausschluss der Kleinbetriebe aus dem KSchG widersprechen, wodurch dem Kleinunternehmer gerade auch der mit einem Kündigungsschutzprozess und seiner Vorbereitung verbundene Verwaltungsaufwand erspart werden solle. Durch § 242 BGB sollten außerhalb des KSchG nur sachfremde und willkürliche Kündigungen ausgeschlossen werden. Insofern könne eine evident fehlerhafte Auswahl und damit eine Verletzung des Mindestmaßes an sozialer Rücksichtnahme nur vorliegen, wenn die Nichteinbeziehung eines Arbeitnehmers in den Auswahlkreis willkürlich erfolgt sei. Dies sei anzunehmen, wenn ein erster Blick bereits zeige, dass der Arbeitgeber davon ausgehen konnte, dass der gekündigte und der oder die nicht gekündigten Arbeitnehmer ohne weiteres austauschbar seien.<sup>1125</sup>

Die Auswahl eines schutzwürdigeren Arbeitnehmers verletze § 242 BGB jedoch nicht, wenn der Arbeitgeber betriebliche, persönliche oder sonstige Gründe für die Kündigung habe, und eine auf den Einzelfall bezogene Abwägung ergäbe, dass die mit der Kleinbetriebsklausel geschützten Grundrechtspositionen des Arbeitgebers den aus § 242 BGB fließenden Grundrechtsschutz des Arbeitnehmers überwögen.

---

<sup>1123</sup> BAG v. 21.2.2001, NZA 2001, S. 833; BAG v. 6.2.2003, NZA 2003, S. 717 f.; *Richardi/Wlotzke (Wank)*: MüHdb. z. ArbR., Bd. 2, 2. Aufl. 2000, § 122 Rndr. 38; *Falder*: Kündigungsschutz für alle - Wunschenken oder Realität, NZA 1998, S. 1254, 1256; *Gragert/Kreutzfeldt*: Sturm auf die Gerichte? - Die Konsequenzen aus dem Beschluß des BVerfG zur Kleinbetriebsklausel in § 23 I 2 KSchG, NZA 1998, S. 567, 568; *Kittner*: Neues Kündigungsschutzrecht außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, NZA 1998, S. 731, 733; *Wank*: Die Kündigung außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, in Isenhardt/Preis (Hrsg.): Arbeitsrecht und Sozialpartnerschaft, FS für Hanau, 1999, S. 295, 309, 312.

<sup>1124</sup> BAG v. 21.2.2001, NZA 2001, S. 833; BAG v. 6.2.2003, NZA 2003, S. 717.

<sup>1125</sup> BAG v. 6.2.2003, NZA 2003, S. 717, 719.

Nach Ansicht BAG läge beispielsweise eine § 242 BGB verletzende Sozialauswahl vor, wenn der Arbeitgeber keine spezifischen Eigeninteressen an der Kündigung des ausgewählten Arbeitnehmers habe, der am längsten im Betrieb beschäftigt sei, das älteste Belegschaftsmitglied sei und die meisten Unterhaltspflichten zu erfüllen habe.

Die BAG-Rechtsprechung lässt nicht eindeutig erkennen, welche Sozialdaten des Arbeitnehmers für die Beurteilung der Auswahl am Maßstab des § 242 BGB bedeutsam sein sollen. Aufgrund des vom Gericht angeführten Beispiels und der Betonung des Abstandsgebots ist jedoch die ausschließliche Relevanz der Sozialdaten Betriebszugehörigkeit, Alter und Unterhaltsverpflichtungen anzunehmen. Es bleibt allerdings offen, ob der Arbeitnehmer bei treuwidriger Auswahl in allen drei Punkten kumulativ schutzwürdiger sein muss als vergleichbare Arbeitnehmer, oder ob es auch ausreicht, wenn dies nur auf einen Aspekt zutrifft.

Schwierigkeiten bereitet ferner das Kriterium der eigenen Interessen des Arbeitgebers, den schutzwürdigeren Arbeitnehmer zu entlassen. Das Gericht spricht, ohne dies weiter zu konkretisieren, von betrieblichen, persönlichen bzw. sonstigen Interessen. Da es in diesem Zusammenhang jedoch zweimal eine sachliche, billigem Ermessen entsprechende Auswahl fordert, scheint es damit Interessen des Arbeitgebers zu meinen, die im Hinblick auf die relevanten Sozialdaten sachlich im Sinne von vernünftig und einleuchtend sein müssen. Besteht danach ein nachvollziehbares, vernünftiges Interesse des Arbeitgebers an der Kündigung des schutzwürdigeren Arbeitnehmers, soll eine Abwägung der jeweiligen Einzelumstände ergeben, ob die mit der Kleinbetriebsklausel geschützten Grundrechtpositionen des Arbeitgebers<sup>1126</sup> gegenüber dem ebenfalls grundrechtlichen Interesse des Arbeitnehmers am Erhalt seines Arbeitsplatzes überwiegen. In diesem Fall wäre die Auswahl gerechtfertigt, andernfalls würde sie gegen § 242 BGB verstoßen und zur Nichtigkeit der Kündigung führen.

## b) Schrifttum

In der Rechtswissenschaft herrscht Übereinstimmung, dass eine Kündigung dieses Mindestmaß an sozialer Rücksicht vernachlässige und deshalb treuwidrig sei, wenn der Arbeitgeber bei seiner Entscheidung grundsätzlich gar keine sozialen Gesichtspunkte berücksichtige.<sup>1127</sup> Im Übrigen differieren die Auffassungen jedoch.

Nach der Entscheidung des BVerfG von 1998 äußern sich zunächst Gragert/Kreutzfeldt<sup>1128</sup> zu den verfassungsrechtlich geforderten Auswahlkriterien außerhalb des KSchG. Sie setzen an dem zur Zeit

---

<sup>1126</sup> Vgl. S. 103.

<sup>1127</sup> *Däubler*: Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, in Schmidt (Hrsg.): Arbeitsrecht und Arbeitsgerichtsbarkeit, FS Arbeitsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz, 1999, S. 271, 283; *Falder*: Kündigungsschutz für alle - Wunschenken oder Realität, NZA 1998, S. 1254, 1256; *Gragert/Kreutzfeldt*: Sturm auf die Gerichte? - Die Konsequenzen aus dem Beschluß des BVerfG zur Kleinbetriebsklausel in § 23 I 2 KSchG, NZA 1998, S. 567, 568; *Kittner*: Neues Kündigungsschutzrecht außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, NZA 1998, S. 731, 733; *Krenz*: Zur Sozialauswahl in Kleinbetrieben, 2001, S. 144; *Wank*: Die Kündigung außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, in Isenhardt/Preis (Hrsg.): Arbeitsrecht und Sozialpartnerschaft, FS für Hanau, 1999, S. 295, 309, 312. Nur vereinzelt wird auf Kontrollmöglichkeit durch auf § 315 BGB verwiesen: *Bader u.a. (Bader)*: KSchG, 56. Lief. 9/2005, § 13 KSchG Rndr. 59; *Dorndorf u.a. (Dorndorf)*: KSchG, 4. Aufl. 2001, § 13 KSchG Rndr. 130; *Linck*: Die treuwidrige Kündigung, FA 1999, S. 382, 384 f.

<sup>1128</sup> *Gragert/Kreutzfeldt*: Sturm auf die Gerichte? - Die Konsequenzen aus dem Beschluß des BVerfG zur Kleinbetriebsklausel in § 23 I 2 KSchG, NZA 1998, S. 567, 568; bestätigt in *Gragert*: Kündigungsschutz in

ihres Beitrags geltenden Inhalt des § 1 Abs. 3 KSchG i.d.F. bis 31.12.1998 an. Relevante Gesichtspunkte bei der Sozialauswahl im Bereich des KSchG waren zu dem Zeitpunkt ausschließlich die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter und Unterhaltsverpflichtungen des Arbeitnehmers. Außerhalb des KSchG sei die Auswahlentscheidung nach Gragert/Kreutzfeldt unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüfbar. Grob fehlerhaft sei die Auswahl, wenn der gekündigte Arbeitnehmer im Verhältnis zu anderen vergleichbaren Arbeitnehmern in allen drei Punkten offensichtlich sozial schutzbedürftiger sei.

Nach der Änderung des § 1 Abs. 3 KSchG durch das KorrekturG, das seit dem 1.1.1999 bis zum 31.12.2003 den Kreis der innerhalb des KSchG relevanten sozialen Aspekte wieder auf den Stand vor dem 1.10.1996 ausdehnte, geht Gragert in Zusammenarbeit mit Wiehe davon aus, dass die Gesetzesänderung außerhalb des KSchG keine entsprechende Erweiterung der zu beachtenden Gesichtspunkte zur Folge habe.<sup>1129</sup> In Bezug auf die Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter und die Unterhaltsverpflichtungen seien darüber hinaus nur solche Aspekte berücksichtigungsfähig, die in den Grundrechten des Arbeitnehmers ihren Niederschlag gefunden hätten. Um welche Aspekte es sich dabei handeln soll, wird nicht näher ausgeführt.

Däubler fordert bei der Auswahl außerhalb des KSchG, dass den drei wichtigsten Sozialkriterien irgendwie Bedeutung beigemessen werden müsse.<sup>1130</sup> In welcher Weise, führt er jedoch nicht weiter aus. Darüber hinaus soll der Aspekt Krankheit eine Rolle spielen, wenn sie durch einen Arbeitsunfall hervorgerufen worden sei. Diese Aussage wird ebenfalls nicht näher konkretisiert.

Hanau ist der Ansicht, auch wenn sich das BVerfG 1998 auf seine Entscheidung vom 24.4.1991 und auf das Urteil des BAG vom 19.1.1995 berufe, seien nicht alle dort als besonders schutzbedürftig erachteten Umständen bei der Auswahlentscheidung in Kleinbetrieben zu berücksichtigen.<sup>1131</sup> Schwerbehinderte seien bereits durch den besonderen Kündigungsschutz hinreichend geschützt. Alleinerziehende seien nicht generell schutzbedürftiger als sonstige Arbeitnehmer. Inwieweit dies der Fall sei, müsse stets einzelfallabhängig in Verbindung mit einer Interessenabwägung beurteilt werden. Demgegenüber sei die stärkere Schutzbedürftigkeit älterer Arbeitnehmer grundsätzlich bei der Auswahlentscheidung zu berücksichtigen.

Wank unterwirft die Sozialdaten der Betriebszugehörigkeit, des Lebensalters und der Unterhaltspflichten außerhalb des KSchG lediglich bei evident grober Vernachlässigung einer Missbrauchskontrolle durch § 242 BGB.<sup>1132</sup>

Demgegenüber hält Falder einen nur beschränkten Rückgriff auf die Merkmale des § 1 Abs. 3 KSchG in der Fassung der Vorschrift nach dem BSchFG 1996 nicht für vertretbar.<sup>1133</sup> Seiner Ansicht nach sind bei der Auswahl außerhalb des KSchG auch einige Gesichtspunkte zu berücksichtigen, die nach der

---

Kleinbetrieben, NZA 2000, S. 961, 968 f.; ebenso *Fiebig u.a. (Fiebig)*: KSchG, 1. Aufl. 2000, vor § 1 KSchG Teil B Rndr. 137.

<sup>1129</sup> *Gragert/Wiehe*: Das Aus für die freie Auswahl in Kleinbetrieben - § 242 BGB!, NZA 2001, S. 934, 936 f.

<sup>1130</sup> *Däubler*: Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, in Schmidt (Hrsg.): Arbeitsrecht und Arbeitsgerichtsbarkeit, FS Arbeitsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz, 1999, S. 271, 283.

Bestätigt durch *Kittner u.a. (Däubler)*: KSchR, 6. Aufl. 2004, § 242 BGB Rndr. 33.

<sup>1131</sup> *Hanau*: Verfassungsrechtlicher Kündigungsschutz, in Hanau/Heither/Kühling (Hrsg.): Richterliches Arbeitsrecht, FS für Dieterich, 1999, S. 201, 208.

<sup>1132</sup> *Richard/Wlotzke (Wank)*: MüHdb. z. ArbR., Bd. 2, 2. Aufl. 2000, § 122 Rndr. 38; *Wank*: Die Kündigung außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, in Isenhardt/Preis (Hrsg.): Arbeitsrecht und Sozialpartnerschaft, FS für Hanau, 1999, S. 295, 312 f.

<sup>1133</sup> *Falder*: Kündigungsschutz für alle - Wunschenken oder Realität, NZA 1998, S. 1254, 1255 f.

Änderung des KSchG durch das BSchFG 1996 bis 31.12.1998 aus der Sozialauswahl des § 1 Abs. 3 KSchG ausgeschieden waren. Es handelt sich hierbei um die Aspekte der Krankheit des Arbeitnehmers oder eines seiner Familienangehörigen, die Berufsaussichten, die wirtschaftliche Situation des Arbeitnehmers und die Einkommensverhältnisse des Ehepartners.<sup>1134</sup>

Auch Urban tritt für eine verfassungsrechtlich gebotene Einschränkung des das Auswahlmessens bei betriebsbedingten Kündigungen im Kleinbetrieb ein. Allgemein müsse gelten: Solange der Arbeitgeber bei seiner Auswahlentscheidung soziale Belange nicht vollkommen vernachlässige und sein Entschluss deutlich mache, dass er zudem Rücksicht auf die sozialen Bedürfnisse und Verpflichtungen des Mitarbeiters genommen habe, führe sie nicht zur Treuwidrigkeit der Kündigung.<sup>1135</sup> Eine gänzliche Missachtung der sozialen Belange sei dem Arbeitgeber allerdings nur dann vorzuwerfen, wenn der Arbeitnehmer in Bezug auf Betriebszugehörigkeit, Lebensalter und eventuelle Unterhaltspflichten kumulativ offensichtlich sozial schutzwürdiger sei als vergleichbare Kollegen.<sup>1136</sup> Zugleich ist sie allerdings der Ansicht, dass im Kleinbetrieb nur selten Mitarbeiter im Sinne des Kündigungsschutzrechts vergleichbar wirklich seien.<sup>1137</sup> Ob auch bei der Kündigung von Arbeitnehmern innerhalb der Wartefrist das Auswahlmessen derart beschränkt sein soll, wird nicht ausgeführt.

Krenz definiert Kündigungen unter Verletzung des verfassungsrechtlichen Mindestkündigungsschutzes allgemein als sozial unerträgliche Kündigung.<sup>1138</sup> Hinsichtlich der Auswahlentscheidung bei betriebsbedingter Kündigung im Kleinbetrieb teilt er darüber hinaus die grundsätzliche Ansicht, dass seit dem Beschluss des BVerfG v. 27.1.1998 bei Vergleichbarkeit mehrerer Arbeitnehmer soziale Belange grundsätzlich in einem Umfang unterhalb der Grenze des § 1 KSchG zu berücksichtigen sind.<sup>1139</sup> Wie andere Stimmen sieht er dabei ausschließlich die Kriterien der Betriebszugehörigkeit, des Lebensalters und der Unterhaltspflichten als berücksichtigungsfähig an. Die Berücksichtigung der übrigen, innerhalb des KSchG in der Fassung des KorrekturG maßgeblichen Faktoren lehnt er ab, da durch eine derart breite Palette außerhalb des KSchG nicht hinnehmbare Unsicherheiten entstünden.<sup>1140</sup> Sie würden zudem teilweise den Privatbereich der Arbeitnehmer betreffen, von dem der Arbeitgeber in der Regel keine Kenntnis habe. Außerhalb des KSchG dürften die Auswahlanforderungen nicht besonders hoch sein, da hier grundsätzlich ein Vorrang der Interessen des Arbeitgebers bestehe. Durch die eindeutige Festlegung der drei Kriterien würden die Auswahlbelange eindeutig konturiert, und der Arbeitgeber würde so nicht übermäßig belastet.<sup>1141</sup>

Allerdings könnten die drei maßgeblichen Sozialdaten bei der Auswahlentscheidung nicht alle den gleichen Stellenwert einnehmen. Dies vertrete das BAG bereits innerhalb des KSchG, und es gäbe mangels anderweitiger Anhaltspunkte keinen Anlass, davon abzuweichen.<sup>1142</sup> Außerhalb des KSchG müsste der Betriebszugehörigkeit eine hervorgehobene Bedeutung zu kommen.<sup>1143</sup> Dies ergäbe sich aus dem Beschluss des BVerfG vom 27.1.1998, in dem das Gericht über die Forderung nach einem

---

<sup>1134</sup> Die Auswahlkriterien sind inzwischen seit 1.1.1999 innerhalb des KSchG wieder berücksichtigungsfähig.

<sup>1135</sup> Urban: Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, 2001, S. 177.

<sup>1136</sup> Urban: Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, 2001, S. 179.

<sup>1137</sup> Urban: Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, 2001, S. 176.

<sup>1138</sup> Krenz: Zur Sozialauswahl in Kleinbetrieben, 2001, S. 133 ff.

<sup>1139</sup> Krenz: Zur Sozialauswahl in Kleinbetrieben, 2001, S. 126, 132, 152 ff.

<sup>1140</sup> Der BeitrAG von Krenz erschien vor der Änderung des § 1 KSchG durch das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt im Jahr 2001.

<sup>1141</sup> Krenz: Zur Sozialauswahl in Kleinbetrieben, 2001, S. 175.

<sup>1142</sup> Krenz: Zur Sozialauswahl in Kleinbetrieben, 2001, S. 178 f. mit Nachweis der Rspr.

<sup>1143</sup> Krenz: Zur Sozialauswahl in Kleinbetrieben, 2001, S. 182, 186.

gewissen Maß an sozialer Rücksichtnahme hinaus zusätzlich ausdrücklich darauf hinweise, dass dem durch langjährige Mitarbeit verdienten Vertrauen des Arbeitnehmers auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses Rechnung zu tragen sei.<sup>1144</sup>

Aus Gründen der Rechtssicherheit und der Praktikabilität schlägt er abweichend von der Praxis innerhalb des KSchG vor, die Bewertung der Kriterien nicht durch eine jeweils am Einzelfall orientierte Gesamtabwägung vorzunehmen. Er bevorzugt vielmehr ein Punktesystem.<sup>1145</sup> Anhand dessen müsse ermittelt werden, ob die Auswahlentscheidung als grob fehlerhaft zu bewerten sei. Dieser Maßstab sei wegen des Abstandsgebots außerhalb des KSchG der richtige Weg zur Einschränkung des Auswahlermessens des Arbeitgebers. Eine einfache oder nur leichte Fehlbeurteilung könne insofern nicht zur Nichtigkeit der Kündigung nach § 242 BGB führen.<sup>1146</sup>

Seiner Ansicht kommt es für die grobe Fehlerhaftigkeit nicht darauf an, ob es der Arbeitgeber versäumt, einen oder mehrere maßgebliche Belange in seine Auswahlentscheidung mit einzubeziehen. Ausschlaggebend sei nicht das „Wie“ der Auswahlentscheidung, sondern das Ergebnis der Gewichtung der Sozialbelange. Grobe Fehlerhaftigkeit liege vor, wenn der Arbeitgeber die Belange so eindeutig fehlerhaft bewerte, dass dies sofort ins Auge springen müsse, es müsse offensichtlich sei.<sup>1147</sup> Ob dies der Fall sei, hänge von dem Urteil eines abstrakten, unvoreingenommenen Dritten ab, der - ohne besondere juristische Kenntnisse zu haben - mit den Gegebenheiten.<sup>1148</sup> Durch das Erfordernis der offensichtlichen Fehlgewichtung der Sozialbelange sei sichergestellt, dass der Arbeitgeber bei der Auswahlentscheidung außerhalb des KSchG einen weiteren Beurteilungsspielraum behalte als innerhalb des KSchG<sup>1149</sup>

Da sich die Untersuchung zu den Grenzen der Auswahlentscheidung des Arbeitgebers bei betriebsbedingter Kündigung auf den Kleinbetrieb beschränkt, kann ihr nicht entnommen werden, welche Auffassung Krenz im Fall der betriebsbedingten Kündigung eines Arbeitnehmers in der Wartezeit vertritt.

Im Zusammenhang mit den Anforderungen an den Kündigungsschutz wurde bereits die von der h.M. abweichende Ansicht von Stelljes erläutert, dass sich der Kündigungsschutz grundsätzlich dogmatisch auf die Flankenschutztheorie<sup>1150</sup> zurückführen lasse und sich außerhalb des KSchG hinreichend aus § 612 a BGB ergebe.<sup>1151</sup> Aufgrund seiner Auffassung schließt er jede Einschränkung des Arbeitgebers bei der Auswahlentscheidung aus.<sup>1152</sup> Die Rechtsfortbildung des BVerfG sei nicht möglich, da eine Bindung der Auswahlentscheidung nur innerhalb des KSchG vorgesehen sei, die außerhalb des KSchG einschlägige Gesetzesvorschrift des Kündigungsschutz des § 612 a BGB dies jedoch nicht vorsehe.

Nach Powietzka seien über die Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter und die Unterhaltungspflichten hinaus auch weitere Kriterien wie Schwerbehinderung, Arbeitsmarkchancen und Alleinerziehung bei der Auswahlentscheidung zu berücksichtigen.<sup>1153</sup> Nicht verständlich ist, warum bei dem

---

<sup>1144</sup> Krenz: Zur Sozialauswahl in Kleinbetrieben, 2001, S. 182.

<sup>1145</sup> Krenz: Zur Sozialauswahl in Kleinbetrieben, 2001, S. 191 ff.

<sup>1146</sup> Krenz: Zur Sozialauswahl in Kleinbetrieben, 2001, S. 139 f.

<sup>1147</sup> Krenz: Zur Sozialauswahl in Kleinbetrieben, 2001, S. 146 ff.

<sup>1148</sup> Krenz: Zur Sozialauswahl in Kleinbetrieben, 2001, S. 147.

<sup>1149</sup> Krenz: Zur Sozialauswahl in Kleinbetrieben, 2001, S. 149.

<sup>1150</sup> Vgl. S. 205 ff.

<sup>1151</sup> Vgl. S. 205 ff.

<sup>1152</sup> Stelljes: Zu Grundlage und Reichweite des allgemeinen Kündigungsschutzes, 2002, S. 275 ff.

<sup>1153</sup> Powietzka: Kündigungsschutz im Kleinbetrieb und in der Wartezeit, 2003, S. 228 ff.

Auswahlermessen zusätzlich der Gesichtspunkt des Betriebsunfalls eine Rolle spielen soll.<sup>1154</sup> Diesem besonderen Umstand kann allenfalls im Rahmen einer personenbedingten Kündigung wegen Arbeitsunfähigkeit Bedeutung zukommen. Die Überprüfung der Auswahlentscheidung kommt jedoch nur bei betriebsbedingter Kündigung in Betracht.

Inhaltlich soll die Auswahlentscheidung in jedem Einzelfall auf evidente Fehlerhaftigkeit überprüfbar sein. Jede „Erbsenzählerei“<sup>1155</sup> sei zu vermeiden, kleine Unterschiede seien in jedem Fall zu vernachlässigen.<sup>1156</sup>

Ob der gekündigte Arbeitnehmer evident schutzbedürftiger als die Kollegen der Vergleichsgruppe sei, müsse durch eine Einzelfallbewertung festgestellt werden. In Einklang mit dem BAG sei dies anzunehmen, wenn der Mitarbeiter hinsichtlich Betriebszugehörigkeit, Lebensalter und Unterhaltspflichten bei weitem schutzbedürftiger sei.

Bei der sich anschließenden Abwägung mit den betrieblichen Interessen des Arbeitgebers kämen grundsätzlich die Gesichtspunkte in Betracht, die auch bei § 1 Abs. 3 KSchG als entgegenstehende betriebliche Belange anerkannt seien.<sup>1157</sup> Der Kreis ginge jedoch darüber hinaus. Zusätzlich könnten auch persönliche und verhaltensbedingte Umstände des Arbeitnehmers im Rahmen der Sozialauswahl zugunsten des Arbeitgebers berücksichtigt werden.

Die Diskussion über die Grenzen des Auswahlermessens außerhalb KSchG beschränkt sich im Wesentlichen auf betriebsbedingte Kündigungen in Kleinbetrieben. Die Rechtsprechung hat sich bisher nicht geäußert, ob der verfassungsrechtliche Arbeitsplatzschutz aus Art. 12 GG auch bei betriebsbedingten Kündigungen innerhalb der Wartefrist des § 1 KSchG eine an sozialen Belangen orientierte Auswahlentscheidung erfordert. Im Schrifttum findet diese Frage vereinzelt Beachtung. Sie wird teilweise bejaht.<sup>1158</sup> Ablehnende Stimmen führen an, dass in diesem Fall das Interesse des Arbeitgebers an der Erprobung des Arbeitnehmers im Vordergrund stehe.<sup>1159</sup> Der Arbeitnehmer erwerbe deshalb in dieser Zeit kein Vertrauen auf den Fortbestand des Arbeitsplatzes, und bei einer betriebsbedingten Kündigung bräuchten insofern soziale Gesichtspunkte nicht zu seinen Gunsten berücksichtigt werden.

#### **4. Gegenwärtiger Meinungsstand, wie eine langjährige Beschäftigung außerhalb des KSchG berücksichtigt werden kann**

In Rechtsprechung und Literatur wird ferner darum gerungen, wie der vom BVerfG geforderte Berücksichtigung des durch eine langjährige Mitarbeit erdienten Vertrauens auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses Rechnung zu tragen ist. Wiederum erkennt man diesen Gesichtspunkt als

---

<sup>1154</sup> Powietzka: Kündigungsschutz im Kleinbetrieb und in der Wartezeit, 2003, S. 232.

<sup>1155</sup> Powietzka: Kündigungsschutz im Kleinbetrieb und in der Wartezeit, 2003, S. 229.

<sup>1156</sup> Powietzka: Kündigungsschutz im Kleinbetrieb und in der Wartezeit, 2003, S. 229.

<sup>1157</sup> Powietzka: Kündigungsschutz im Kleinbetrieb und in der Wartezeit, 2003, S. 237.

<sup>1158</sup> Gragert/Wiehe: Das Aus für die freie Auswahl in Kleinbetrieben - § 242 BGB!, NZA 2001, S. 934, 937; Hanau: Verfassungsrechtlicher Kündigungsschutz, in Hanau/Heither/Kühling (Hrsg.): Richterliches Arbeitsrecht, FS für Dieterich, 1999, S. 201, 211; Powietzka: Kündigungsschutz im Kleinbetrieb und in der Wartezeit, 2003, S. 213.

<sup>1159</sup> Kittner: Neues Kündigungsschutzrecht außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, NZA 1998, S. 731, 733; Linck: Die nichtige Kündigung, AR-Blattei, (SD) Kündigung III, Mängel der Kündigung, 1010.3, 67. Lief. 8/1999, Rndr. 76; ders.: Die treuwidrige Kündigung, FA 1999, S. 382, 386.



Wesenselement des Mindestkündigungsschutzes außerhalb des KSchG ohne Auseinandersetzung mit seinem verfassungsrechtlichen Ursprung an.

Die Betriebszugehörigkeitsdauer ist innerhalb des KSchG ein wichtiges Kriterium der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG. Außerhalb des KSchG kam ihr lange Zeit überhaupt keine Bedeutung zu. Als Mitte der neunziger Jahre des lt. Jh. - vor der Entscheidung des BVerfG vom 27.1.1998 - die Diskussion um Anforderungen an den Kündigungsschutz außerhalb des KSchG begann, wurde sie lediglich in die Frage der nach § 242 BGB überprüfbaren Sozialauswahl einbezogen.<sup>1160</sup>

#### a) **Rechtsprechung**

Die Rechtsprechung hat sich inzwischen verschiedentlich zu der geforderten Berücksichtigung einer langjährigen Betriebszugehörigkeit bei Kündigungen außerhalb des KSchG geäußert.

Zwei Entscheidungen des BAG ist lediglich die Aussage zu entnehmen, dass das Kriterium unabhängig von den Anforderungen an die Sozialauswahl Teil des Kündigungsschutzes außerhalb des KSchG sei.<sup>1161</sup> Eine Verbindung zum Sachverhalt wird nicht hergestellt.

In einem dritten Urteil ist das Gericht der Auffassung, dass der langjährigen Beschäftigung im Rahmen einer Interessenabwägung Rechnung getragen werden müsse.<sup>1162</sup> Gegenstand der Entscheidung war die Kündigung eines für eine Kirchengemeinde im Nebenberuf tätigen Kirchenmusikers, der auch Chorleiter war. Er war bis zu seiner Entlassung 17 Jahre bei der Gemeinde, die das BAG als Kleinbetrieb ansieht, beschäftigt. Anlass der Kündigung war, dass der Arbeitnehmer zu den zwischen den Vertragsparteien bestehenden Differenzen in Bezug auf seinen Arbeitsplatz verschiedentlich öffentlich Stellung genommen hatte, obwohl die Arbeitgeberin um eine ausschließlich interne Diskussion gebeten hatte.

Das BAG sah keine Verletzung des § 242 BGB. Der Kündigung lägen zum einen verhaltensbedingte Gründe zugrunde. Anschließend stellt es fest, dass sich die Treuwidrigkeit zum anderen auch nicht aus der Vernachlässigung des besonderen Vertrauens des Arbeitnehmers auf den Fortbestand des Arbeitsplatzes infolge der langen Betriebszugehörigkeit ergebe. Unter Berufung auf den Beschluss des BVerfG führt es aus, der Grundrechtsschutz des Arbeitsplatzes durch § 242 BGB sei um so schwächer, je stärker die mit der Kleinbetriebsklausel geschützten Positionen des Arbeitgebers im Einzelfall betroffen seien. In der daraufhin vorgenommenen Interessenabwägung kommt das BAG zu dem Ergebnis, dass die Interessen des Arbeitgebers denen des Arbeitnehmers voringen. Die Gemeinde werde von einem kleinen Team geleitet. Insofern würden sich Misstimmungen besonders stark auswirken. Der Arbeitnehmer habe Betriebsklima und Vertrauensverhältnis besonders gestört, da er der Bitte der Arbeitgeberin nicht nachgekommen sei. Beides sei für eine gute Leitung des Betriebs durch das kleine Leitungsteam unerlässlich und bei einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers nicht wiederherstellbar.

In einem weiteren Fall des BAG<sup>1163</sup> stützt der Kläger die Unwirksamkeit der Kündigung in einem Kleinbetrieb zwar darauf, dass die Kündigung aus heiterem Himmel gekommen und ohne Würdigung der langen Betriebszugehörigkeit erfolgt sei. Er führt auch an, bei Abschluss des Arbeitsvertrages nicht

---

<sup>1160</sup> Vgl. S. 204 ff.

<sup>1161</sup> BAG v. 21.2.2001, NZA 2001, S. 833 und BAG v. 6.2.2003, NZA 2003, S. 717.

<sup>1162</sup> BAG v. 21.2.2001, NZA 2001, S. 951.

<sup>1163</sup> BAG v. 16.1.2003, AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Gemeinschaftsbetrieb.

vom Arbeitgeber auf den fehlenden gesetzlichen allgemeinen Kündigungsschutz hingewiesen worden zu sein. Das BAG beurteilt die Kündigung jedoch als wirksam. Es prüft nicht, ob die sie wegen fehlender Berücksichtigung der langjährigen Betriebszugehörigkeit treuwidrig ist. Sie sei wegen der seit langem bestehenden Meinungsverschiedenheiten der Parteien keine rücksichtslose Überrumpelung gewesen. Die Treuwidrigkeit ergebe sich auch nicht aus der fehlenden Angabe des Kündigungsgrundes bzw. aus der mangelnden Information des Arbeitgebers über den Ausschluss aus dem KSchG bei Abschluss des Arbeitsvertrages.

In dem abschließenden Urteil über den Sachverhalt, der zum Beschluss des BVerfG vom 27.1.1998 geführt hat<sup>1164</sup>, spricht sich das ArbG Reutlingen<sup>1165</sup> demgegenüber für eine Anknüpfung an die Unverfallbarkeitsfristen § 1 BetrAVG aus. Danach sollen solche Arbeitnehmer als besonders schutzwürdig anzusehen sein, die mindestens das 35. Lebensjahr vollendet haben und 10 Jahre dem Betrieb angehören. Darüber hinaus trägt das Gericht im konkreten Fall der langjährigen Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers in einer nicht verallgemeinerungsfähigen Weise Rechnung. Es führt aus, dass die 18-jährige Mitarbeit des Arbeitnehmers eine erhöhte gegenseitige Treu- und Fürsorgepflicht begründe. Deshalb hätte der Arbeitgeber vor der Kündigung abwarten müssen, ob der Arbeitnehmer nach dem vom Arzt prognostizierten Wiederherstellungstermin weiterhin arbeitsunfähig gewesen wäre.

## b) Schrifttum

Das Schrifttum diskutiert darüber, ab welcher Dauer die Berücksichtigung der Betriebszugehörigkeit verfassungsrechtlich geboten ist, und wie sie in die Prüfung der treuwidrigen Kündigung einfließen soll.

Zur ersten Frage werden zwei Vorschläge gemacht. Däubler will bereits drei bis fünf Jahre ausreichen lassen.<sup>1166</sup> Hanau nimmt Bezug auf die tarifvertragliche Regelung über den Ausschluss der ordentlichen Kündigung in § 53 BAT.<sup>1167</sup> Demzufolge sei eine langjährige Mitarbeit anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer das 40. Lebensjahr vollendet habe und mindestens 15 Jahre im Betrieb beschäftigt sei.

Im Hinblick auf den zweiten Diskussionspunkt existieren verschiedene Auffassungen. Den stärksten Zuspruch findet der Vorschlag von Däubler, das Vertrauen des Arbeitnehmers bei der Überprüfung des Kündigungsgrundes im Wege eines besonderen Begründungserfordernisses in die Interessenabwägung einfließen zu lassen.<sup>1168</sup> Das im Bereich des KSchG geltende ultima-ratio-Prinzip soll allerdings nicht zur Anwendung kommen. Die Kündigung wäre insofern nicht erst zulässig, wenn kein anderes milderes Mittel zur Erreichung des mit der Kündigung verfolgten Zwecks zur Verfügung stünde.

Niedriger setzt demgegenüber die Forderung von Preis nach einer der Kündigung vorausgehenden Abmahnung bei Entlassungen langjähriger Mitarbeiter infolge von Vertragsstörungen an.<sup>1169</sup>

---

<sup>1164</sup> Vgl. S. 209 ff.

<sup>1165</sup> ArbG Reutlingen v. 20.10.1998, AuR 1999, S. 325. Wegen der mangelnden Vergleichbarkeit von Kündigungsschutz und Betriebsrentenrecht abl. Hanau: Verfassungsrechtlicher Kündigungsschutz, in Hanau/Heither/Kühling (Hrsg.): Richterliches Arbeitsrecht, FS für Dieterich, 1999, S. 201, 208.

<sup>1166</sup> Däubler: Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, in Schmidt (Hrsg.): Arbeitsrecht und Arbeitsgerichtsbarkeit, FS Arbeitsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz, 1999, S. 271, 284.

<sup>1167</sup> Hanau: Verfassungsrechtlicher Kündigungsschutz, in Hanau/Heither/Kühling (Hrsg.): Richterliches Arbeitsrecht, FS für Dieterich, 1999, S. 201, 208.

<sup>1168</sup> Kittner u.a. (Däubler): KSchR, 6. Aufl. 2004, § 242 BGB Rndr. 35; Däubler: Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, in Schmidt (Hrsg.): Arbeitsrecht und Arbeitsgerichtsbarkeit, FS Arbeitsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz, 1999, S. 271, 284; Hanau: Verfassungsrechtlicher Kündigungsschutz, in Hanau/Heither/Kühling (Hrsg.): Richterliches Arbeitsrecht, FS für Dieterich, 1999, S. 201, 209; Kittner: Neues Kündigungsschutzrecht außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, NZA 1998, S. 731, 733; Kittner/Zwanziger (Appel): Arbeitsrecht: Handbuch für die Praxis, 3. Aufl. 2005, § 88 Rndr. 15; Linck: Die nichtige Kündigung, AR-Blattei, (SD) Kündigung III, Mängel der Kündigung, 1010.3, 67. Lief. 8/1999, Rndr. 73.

<sup>1169</sup> Ascheid/Preis/Schmidt (Preis): Großkomm. KSchR, 2004, Grundl. J, Rndr. 57; Preis: Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, NZA 1997, S. 1256, 1267.

Ein zweiter Ansatz Däublers geht dahin, die Kündigung eines langjährigen Mitarbeiters im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung nur noch unter den Voraussetzungen des § 1 KSchG zuzulassen.<sup>1170</sup> Dieser Vorschlag birgt allerdings die Gefahr, das Abstandsgebot des BVerfG zu verletzen.

Falder spricht dem Kriterium der langjährigen Mitarbeit eine verfahrensrechtliche Bedeutung zu. Im Rahmen der verfassungsrechtlich gebotenen Abstufung der Darlegungs- und Beweislast „wäre vom Arbeitgeber ein höheres Maß an Begründung zu fordern, ohne dass das Kriterium der langjährigen Zusammenarbeit für sich genommen eine eigenständige Bedeutung gewinnt“.<sup>1171</sup> Die Schlussfolgerung wird daraus abgeleitet, dass das BVerfG in der Entscheidung nach der Forderung einer Berücksichtigung der langjährigen Mitarbeit Ausführungen zum Einfluss des Verfassungsrechts auf die Darlegungs- und Beweislast beim Arbeitsplatzschutz außerhalb des KSchG macht.

Diese Interpretation ist jedoch nicht nachvollziehbar.<sup>1172</sup> Hätte der langjährigen Zusammenarbeit lediglich im Bereich der Darlegungs- und Beweislast unselbständig Bedeutung zukommen sollen, hätte das BVerfG dies auch an dieser Stelle betont. Die selbständige Bedeutung der Schutzwürdigkeit dieses Umstands wird demgegenüber jedoch gerade dadurch unterstrichen, dass die entsprechende Äußerung des Gerichts vor den Ausführungen zum Verfahrensrecht erfolgt.

Demgegenüber lehnt Stelljes, der den Kündigungsschutz außerhalb des KSchG durch § 612 a BGB umfassend gewährleistet sieht<sup>1173</sup>, die vom BVerfG geforderte Berücksichtigung eines durch langjährige Mitarbeit erdienten Vertrauens als Wirksamkeitsvoraussetzung der Kündigung außerhalb des Gesetzes ab. Er ist der Ansicht, dass sich dieser Aspekt mit dem Gebot des BVerfG nach sozialer Rücksichtnahme überschneide und insofern das bereits zu der Auswahlentscheidung Gesagte hier ebenfalls gelten müsse.<sup>1174</sup>

Auch Powietzka ist kritisch, geht jedoch nicht soweit wie Stelljes. Er vertritt die Auffassung, dass ein vom KSchG ausgeschlossener Arbeitnehmer gerade wegen der mangelnden Geltung des Gesetzes nicht auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses vertrauen könne. Trotzdem würden die Feststellungen des BVerfG in dem Beschluss vom 27.1.1998 die Gewährleistung eines Vertrauensschutzes über § 242 BGB vorschreiben, da sie aufgrund § 31 Abs. 1 BVerfGG für die staatlichen Gewalten bindend seien.<sup>1175</sup> Dem beugt er sich und meint, eine Kündigung wegen eines geringfügigen Pflichtverstoßes, wie einmaliges, geringfügiges Zu-spät-kommen, sei bei einer Betriebszugehörigkeit von 25 Jahren als treuwidrig einzustufen.<sup>1176</sup> Eine Betriebszugehörigkeit bis zu zehn Jahren könne demgegenüber unabhängig vom Kündigungsanlass keinesfalls einen Vertrauensschutz i.S.d. BVerfG rechtfertigen.

---

<sup>1170</sup> *Kittner u.a. (Däubler)*: KSchR, 6. Aufl. 2004, § 242 BGB Rndr. 36; *Däubler*: Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, in Schmidt (Hrsg.): Arbeitsrecht und Arbeitsgerichtsbarkeit, FS Arbeitsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz, 1999, S. 271, 284.

<sup>1171</sup> *Falder*: Kündigungsschutz für alle - Wunschenken oder Realität, NZA 1998, S. 1254, 1256. Zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast vgl. S. 260 ff.

<sup>1172</sup> Abl., allerdings ohne weitere Begründung auch *Gragert/Kreutzfeldt*: Sturm auf die Gerichte? - Die Konsequenzen aus dem Beschluß des BVerfG zur Kleinbetriebsklausel in § 23 I 2 KSchG, NZA 1998, S. 567, 569.

<sup>1173</sup> Vgl. S. 205 ff.

<sup>1174</sup> *Stelljes*: Zu Grundlage und Reichweite des allgemeinen Kündigungsschutzes, 2002, S. 278. Vgl. auch S. 219.

<sup>1175</sup> *Powietzka*: Kündigungsschutz im Kleinbetrieb und in der Wartezeit, 2003, S. 200 f., 202 f.

<sup>1176</sup> *Powietzka*: Kündigungsschutz im Kleinbetrieb und in der Wartezeit, 2003, S. 205.

## 5. Die Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsprinzips

Innerhalb des KSchG ist es allgemein anerkannt, dass das Verhältnismäßigkeitsprinzip die Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers über die sachliche Rechtfertigung der Kündigung hinaus zusätzlich einschränkt<sup>1177</sup>: Die Kündigung kommt erst als letztmögliche Maßnahme in Betracht, d.h. sie muss ultima ratio sein. Inwieweit das Verhältnismäßigkeitsprinzip auch außerhalb des KSchG Bedeutung hat, wird in Rechtsprechung und Lehre nur wenig thematisiert. Das BVerfG stellt in seinem Beschluss vom 27.1.1998<sup>1178</sup> zwar fest, dass der durch Art. 12 GG vermittelte und über § 242 BGB umzusetzende Grundrechtsschutz der Interessen des Arbeitnehmers am Erhalt des Arbeitsplatzes um so schwächer wirkt, je stärker die durch § 23 KSchG geschützten Grundrechtspositionen des Arbeitgebers, also letztlich seine durch Art. 12 GG, 2 Abs. 1 GG geschützten Kündigungsinteressen betroffen sind. Mit dieser Aussage bringt es jedoch nicht zum Ausdruck, dass der Mindestkündigungsschutz grundsätzlich eine geeignete, erforderliche und angemessene Kündigung verlangt. Auch im Übrigen enthält der Beschluss keinen Hinweis, dass der verfassungsrechtliche Mindestkündigungsschutz außerhalb des KSchG die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips erfordert.

Das BAG<sup>1179</sup> hat sich bisher nur dahingehend geäußert, dass es außerhalb des KSchG keine vorherige Abmahnung voraussetze. Dieses Erfordernis sei innerhalb des KSchG Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Ihm komme insoweit nur im Rahmen des normierten Kündigungsschutzes Bedeutung zu.<sup>1180</sup> Das Gericht hat seine Entscheidung nicht weiter begründet.

Im Schrifttum gab es in den achtziger Jahren des vergangenen Jh. erstmalig Überlegungen, das Kündigungsrecht des Arbeitgebers auch außerhalb des KSchG durch Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips einzuschränken.<sup>1181</sup> So sollte eine unverhältnismäßige Kündigung grundsätzlich nach § 242 BGB rechtsmissbräuchlich sein, da das Übermaßverbot für jede arbeitsrechtliche Kündigung gelte.<sup>1182</sup>

Dem wurde entgegen gehalten, dass das Kündigungsrecht dadurch in diesem Bereich ungebührlich eingeschränkt und der Kündigungsgrund einer nicht zulässigen Kontrolle unterworfen würde.<sup>1183</sup>

Seit Ende der neunziger Jahre des letzten Jh. wird die Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsprinzips außerhalb des KSchG nicht mehr aktiv diskutiert. Einige Stimmen der Literatur geben - ohne darauf allerdings näher einzugehen - jedoch zu erkennen, dass sie seine Anwendbarkeit in diesem Bereich für

---

<sup>1177</sup> *ErfK (Ascheid)*: Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2006, § 1 KSchG Rndr. 123; *Kittner u.a. (Däubler)*: KSchR, 6. Aufl. 2004, § 1 KSchG Rndr. 51; *KR-Etzel*: KSchG, 5. Aufl. 1998, § 1 KSchG Rndr. 214 m.w.N.

<sup>1178</sup> BVerfG v. 27.1.1998, AP Nr. 17 zu § 23 KSchG 1969.

<sup>1179</sup> BAG v. 21.2.2001, NZA 2001, S. 951, 953; BAG v. 22.5.2001, AP Nr. 18 zu § 1 KSchG 1969 Wartezeit. Zust. *Powietzka*: Kündigungsschutz im Kleinbetrieb und in der Wartezeit, 2003, S. 186 f.

<sup>1180</sup> BAG v. 21.2.2001, NZA 2001, S. 951, 953.

<sup>1181</sup> Vgl. insbesondere *Holly*: Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und ultima-ratio-Prinzip im arbeitsvertraglichen Kündigungsrecht, 1989.

<sup>1182</sup> *KR-Wolf*: KSchG, 3. Aufl. 1989, Grunds. 280.

<sup>1183</sup> *Stahlhacke*: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 4. Aufl. 1982, Rndr. 146; (bestätigt in *Stahlhacke/Preis*: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 6. Aufl. 1995 Rndr. 195); *Preis*: Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, 1987, S. 398 f.

denkbar halten.<sup>1184</sup> Nach einem Beitrag von Oetker aus dem Jahre 1997 soll sich die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips außerhalb des KSchG aus der arbeitsplatzspezifischen Schutzpflicht des Art. 12 GG ergeben.<sup>1185</sup> Er schlägt vor, das Verhältnismäßigkeitsprinzip durch eine Interessenabwägung zur Geltung zu bringen: Bei evidenter Unverhältnismäßigkeit i.S.d. früheren § 7 Abs. 2 S. 3 KSchG 1951 soll die Kündigung nach § 242 BGB unwirksam sein.

## VI. Stellungnahme

Das BVerfG hat seine grundlegenden Ausführungen zum verfassungsrechtlichen Mindestkündigungsschutz in der Warteschleifenentscheidung vom 24.4.1991<sup>1186</sup> und in dem Beschluss vom 27.1.1998<sup>1187</sup> insgesamt kurz gehalten. An mehreren Stellen ergeben sich insofern Fragen und Unsicherheiten, die das Gericht durch eine umfangreichere Entscheidungsbegründung hätte vermeiden können.

### 1. Die staatliche Pflicht zum Schutz vor Kündigungen - Mindestkündigungsschutz aus Art. 12 GG

1991 stellt es lediglich fest, dass die Arbeitsplatzwahlfreiheit nicht nur die Übernahme eines bestimmten Arbeitsplatzes erfasse, sondern auch den Willen, einen bestimmten Arbeitsplatz beizubehalten oder aufzugeben. Damit hat es zunächst nicht mehr als einen zutreffenden Ausgangspunkt für die weitere Entwicklung geschaffen, da das Grundrecht nur bei dieser Reichweite alle Situationen in Bezug auf die Wahl eines Arbeitsplatzes erfasst.

Die damit einhergehende Einführung einer Schutzpflicht des Staates in Bezug auf den Verlust des Arbeitsplatzes lässt bedauerlicherweise nicht erkennen, welche verfassungsrechtlichen Beweggründe das Gericht zu ihrer Annahme veranlasst haben. Hier wären nähere Erläuterungen wünschenswert gewesen. So kann nur vermutet werden, dass sie sich aus der sozialen Schutzbedürftigkeit der abhängig Beschäftigten speist, deren Arbeitsplatz in der Regel ihre einzige Existenzgrundlage ist. Darüber hinaus kann als Basis der staatlichen Verpflichtung zudem die Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers aufgrund der zumeist nicht vorhandenen Vertragsparität angeführt werden, die sich vor allem durch das einseitige Kündigungsrecht des Arbeitgebers auswirkt.

---

<sup>1184</sup> *Ascheid/Preis/Schmidt (Preis)*: Großkomm. KSchR, 2004, Grndl. J, Rndr. 57; *Fiebig u.a. (Fiebig)*: KSchG, 1. Aufl. 2000, vor § 1 KSchG Teil B Rndr. 134; *KR-Friedrich*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 13 KSchG, Rndr. 301 c; *Kittner*: Neues Kündigungsschutzrecht außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, NZA 1998, S. 731, 733; *Kittner/Zwanziger (Appel)*: Arbeitsrecht: Handbuch für die Praxis, 3. Aufl. 2005, § 88 Rndr. 15; *Preis*: Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, NZA 1997, S. 1256, 1267; *ders*: Verhältnismäßigkeit und Privatrechtsordnung, in Hanau/Heither/Kühling (Hrsg.): Richterliches Arbeitsrecht, FS für Dieterich, 1999, S. 429, 439; *Richardi/Wlotzke (Wank)*: MüHdb. z. ArbR., Bd. 2, 2. Aufl. 2000, § 122 Rndr. 31; *Stahlhacke/Preis/Vossen*: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9. Aufl. 2005, Rndr. 317.

<sup>1185</sup> *Oetker*: Gibt es einen Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes?, AuR 1997, S. 41, 52.

<sup>1186</sup> BVerfG v. 24.4.1991, BVerfGE 84, S. 133. Vgl. dazu auch S. 197 ff.

<sup>1187</sup> BVerfG v. 27.1.1998, AP Nr. 17 zu § 23 KSchG 1969. Vgl. dazu auch S. 203 ff.

## **2. Die Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB als Umsetzungsinstrumente der Schutzpflicht außerhalb des KSchG**

In dem Beschluss von 1998 nennt das BVerfG als Instrumente zur Umsetzung der Schutzpflicht die §§ 138, 242 BGB. Das Gericht führt nicht näher aus, in welchem Umfang und auf welche Art und Weise § 138 BGB bzw. § 242 BGB dieser Aufgabe jeweils gerecht werden sollen. Es gibt lediglich Anhaltspunkte, dass sich die Umsetzung des Mindestkündigungsschutzes in erster Linie durch § 242 BGB vollziehen soll.

§ 138 BGB setzt nach allgemeingültiger Definition voraus, dass die Kündigung in krasser Weise gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden Menschen verstoßen muss. Diese hohen Anforderungen können jedoch bei einer sachfremden Kündigung oder einer Auswahl, die ein gewisses Maß an sozialer Rücksichtnahme vermissen lässt, nicht erfüllt sein. Insofern muss davon ausgegangen werden, dass die Vorgaben des BVerfG zugleich auch die Aussage umfassen, dass der Mindestkündigungsschutz im Wesentlichen über den Grundsatz von Treu und Glauben umzusetzen ist, zumal sich das Gericht über die kündigungsschutzrechtliche Bedeutungslosigkeit der Vorschrift in der Praxis bewusst gewesen sein wird.

## **3. Reichweite des Mindestkündigungsschutzes**

Des Weiteren hinterlässt der Beschluss von 1998 die Frage, ob sich seine Aussagen zum Mindestkündigungsschutz grundsätzlich auf alle Kündigungen außerhalb des KSchG erstrecken sollen. Die Unsicherheit ergibt sich zum einen aus der Feststellung des Gerichts, dass der Grundrechtsschutz des Arbeitnehmers um so schwächer wirken soll, je stärker die mit der Kleinbetriebsklausel geschützten Grundrechtspositionen des Arbeitgebers betroffen sind. Zweitens soll die Auswahl nicht grundsätzlich frei sein und auch die langjährige Betriebszugehörigkeit ist von Bedeutung.

Diese Ausführungen des BVerfG könnten fälschlicherweise zu der Annahme eines verfassungsrechtlichen Mindestkündigungsschutzes nur für Kleinbetriebe verleiten. Nach dem Urteil von 1991 besteht die Schutzpflicht aus Art. 12 GG in Bezug auf den Verlust des Arbeitsplatzes jedoch für alle Arbeitsverhältnisse gleichermaßen. Darüber hinaus weist das BVerfG in dem Beschluss von 1998 zu Beginn seiner Ausführungen zum Mindestkündigungsschutz darauf hin: „Wo die Bestimmungen des Kündigungsschutzgesetzes nicht greifen, sind die Arbeitnehmer durch die zivilrechtlichen Generalklauseln vor einer sitten- oder treuwidrigen Ausübung des Kündigungsrechts des Arbeitgebers geschützt.“ Deshalb muss der Mindestkündigungsschutz sich auf alle Kündigungsfälle außerhalb des KSchG erstrecken.

## **4. Mindestbestandsschutz**

Der Beschluss von 1998 lässt darüber hinaus nicht erkennen, warum das BVerfG eine ausreichende Umsetzung der Schutzpflicht nur dann gewährleistet sieht, wenn außerhalb des KSchG zivilrechtlich eine Bindung des Kündigungsgrundes und der Sozialauswahl erfolgt. Diese Vorgaben haben weitreichende Bedeutung. Sie führen einen verfassungsrechtlichen Mindestbestandsschutz für jedes Arbeitsverhältnis ein und beseitigen damit den langjährigen Grundsatz des abschließend im KSchG geregelten Bestandsschutzes. Es wäre eine gerichtliche Begründung wünschenswert gewesen, warum der Schutzpflicht ein Schutz nur vor willkürlichen Kündigungen außerhalb des KSchG nicht gerecht geworden wäre.

## 5. Die einzelnen Voraussetzungen des verfassungsrechtlichen Mindestkündigungsschutzes

Die einzelnen Elemente des verfassungsrechtlichen Mindestkündigungsschutzes haben lediglich den Charakter von Eckpfeilern, die ebenfalls wenig konkret sind und Fragen offen lassen.

### a) Abstandsgebot

Eindeutig ist allerdings die Feststellung des BVerfG, dass der Kündigungsschutz außerhalb des KSchG in jedem Fall nur im Abstand zum KSchG möglich ist. Das Abstandsgebot ist damit das oberste Prinzip des verfassungsrechtlichen Mindestkündigungsschutzes.

### b) Verfassungsrechtlicher Mindestkündigungsschutz außerhalb des KSchG in Bezug auf den Kündigungsgrund

Jahrzehnte galt mit wenigen Abweichungen außerhalb des KSchG, dass der Kündigungsgrund grundsätzlich keinen sachlichen Voraussetzungen unterliegt. Das BVerfG hat dieser immer wieder betonten Überzeugung 1998 unter Hinweis auf die Schutzpflicht des Art. 12 GG die Grundlage entzogen. Seitdem versuchen Rechtsprechung und Schrifttum den höchstrichterlichen Vorgaben zum verfassungsrechtlichen Mindestkündigungsschutz in Bezug auf das Kündigungsmotiv gerecht zu werden. Dies gestaltet sich vor allem deshalb schwierig, da der Beschluss vom 27.1.1998 auch in diesem Punkt nur wenige konkrete Anhaltspunkte enthält. Man schwankt zwischen dem Erfordernis eines lediglich einleuchtenden und eines auf das Arbeitsverhältnis bezogenen Motivs. Insgesamt wurden in allen einschlägigen Entscheidungen des BAG die Kündigungen außerhalb des KSchG bisher wegen Vorliegen eines ausreichenden Grundes gebilligt.<sup>1188</sup> Zu einem anderen Ergebnis kam nur das ArbG Reutlingen, dass die krankheitsbedingte Kündigung eines Bäckers unter Hinweis auf seine lange Betriebszugehörigkeit verwarf.<sup>1189</sup>

Nicht haltbar ist auf jeden Fall die auch nach der Entscheidung von 1998 vereinzelt noch vertretene Ansicht, der Kündigungsanlass sei nach wie vor keiner Überprüfung durch § 242 BGB zugänglich.<sup>1190</sup>

### ba) Mindestkündigungsschutz erstreckt sich auf alle Kündigungsmotive

Das BVerfG lässt auf den ersten Blick nicht eindeutig erkennen, auf welche Kündigungsgründe sich der Mindestkündigungsschutz erstreckt. Das Gericht nennt zunächst wörtlich willkürliche und sachfremde Kündigungen. Offen bleibt allerdings, welche Kündigungen damit genau erfasst werden, und ob es sich hierbei um zwei unterschiedliche Kategorien handelt, oder ob „willkürlich“ gleichbedeutend mit „sachfremd“ ist. Klarheit wäre insbesondere deshalb notwendig gewesen, weil die willkürliche Kündigung seit Jahrzehnten in der Theorie als treuwidrige Kündigung anerkannt ist, praktisch jedoch keine, mit Beispielen versehene Begriffsbestimmung des Merkmals erfahren hat.<sup>1191</sup>

---

<sup>1188</sup> BAG v. 12.11.1998, NZA 1999, S. 590, 393; BAG v. 1.7.1999, NZA 2000, S. 437, BAG v. 21.2.2001, NZA 2001, S. 951; BAG v. 25.4.2001, DB 2001, S. 2504; BAG v. 22.5.2003, AP Nr. 18 zu § 1 KSchG 1969 Wartezeit; vgl. auch S. 207 ff.

<sup>1189</sup> ArbG Reutlingen v. 20.10.1998, AuR 1999, S. 325; vgl. auch S. 209.

<sup>1190</sup> So *Hoyningen-Huene/Linck*: KSchG, 13. Aufl. 2002, § 13 KSchG Rndr. 92; *Annuß*: § 242 BGB als Fundament eines allgemeinen Kündigungsschutzes?, BB 2001, S. 1898, 1901; *Boemke/Gründel*: Grundrechte im Arbeitsverhältnis, ZfA 2001, S. 245, 278 f.; *Linck*: Die treuwidrige Kündigung, FA 1999, S. 382, 384.

<sup>1191</sup> Vgl. S. 170 ff.



Da das BVerfG die Konkretisierung des Mindestkündigungsschutzes insgesamt den Arbeitgerichten übertragen hat, wird man den Beschluss insoweit ebenfalls als Auftrag an sie verstehen müssen, hier lange Versäumtes nachzuholen.

An anderer Stelle dieser Untersuchung ist bereits ausgeführt worden, dass ein brauchbares Hilfsmittel zur Inhaltsbestimmung der willkürlichen Kündigung der allgemeine Sprachgebrauch des Wortes „Willkür“ ist.<sup>1192</sup> Er umschreibt ein wahlloses menschliches Verhalten, ohne Überlegung bzw. ohne nachvollziehbare Veranlassung. Insofern könnte eine willkürliche Kündigung vorliegen, wenn sie völlig unverständlich ist und ohne einleuchtenden, nachvollziehbaren Grund ausgesprochen wird. In eine vergleichbare Richtung gingen früher auch die beiden vereinzelt Entscheidungen des LAG Hamburg von 1952 und des LAG Frankfurt von 1954 sowie die einzige rechtswissenschaftliche Stellungnahme von Preis 1987, die sich zum Begriff der willkürlichen Kündigung geäußert hatten.<sup>1193</sup> In allen drei Fällen fehlen jedoch konkrete Beispiele.

Hier liegt in der Tat die Schwierigkeit, da menschliches Verhalten ohne jeden Grund schwer vorstellbar ist. Selbst wenn ein Arbeitgeber nur deshalb eine Kündigung ausspricht, um sich daran zu erfreuen, andere Menschen ins Unglück zu stürzen, beruht sein Handeln strenggenommen immer noch auf einem, wenn auch keineswegs billigen Grund. Ob dieser Fall zugleich die Voraussetzungen des § 226 BGB erfüllt, wäre im Einzelfall davon abhängig, ob für den Arbeitgeber sein eigenes Vergnügen die Veranlassung war, oder ob er die Kündigung in der Absicht ausgesprochen hat, dem Arbeitnehmer Schaden zuzufügen. Dieser zweite Fall ist zwar ebenso verachtenswert wie die erste Variante, wird aber in der Praxis kaum vorkommen. Trotzdem wäre dies ein völlig unverständlicher, nicht nachvollziehbarer oder einleuchtender Grund, und damit nach dem hier gemachten Definitionsvorschlag zugleich eine willkürliche Kündigung. Ein ebenso abstruser, praktisch jedoch gleichfalls nur schwer vorstellbarer willkürlicher Grund wäre die Kündigung, um den Arbeitnehmer durch die anschließende Arbeitslosigkeit zum christlichen Glauben bekehren zu wollen.

Die Frage jedoch, ob willkürliche und sachfremde Kündigungen von einander abzugrenzen sind oder nicht, ist damit noch nicht geklärt. Dafür muss man sich der Definition der sachfremden Kündigung zuwenden. Sie kann nur an das Arbeitsverhältnis anknüpfen, d.h. an die „Sache“, die Arbeitnehmer und Arbeitgeber verbindet und muss in jedem Fall das Abstandsgebot des BVerfG berücksichtigen. Insofern können damit keinesfalls sozial ungerechtfertigte Kündigungen i.S.d. § 1 KSchG gemeint sein. Außerhalb des KSchG sind als sachfremd nur solche Kündigungen vorstellbar, die keinen irgendwie gearteten Bezug zum Arbeitsverhältnis aufweisen.<sup>1194</sup>

Jedoch weist auch die willkürliche Kündigung keinen Bezug zum Arbeitsverhältnis auf. Sie ist insofern ein Teilbereich der sachfremden Kündigung und eine entsprechende Abgrenzung erübrigt sich. Der verfassungsrechtliche Mindestkündigungsschutz bezieht sich daher allgemein auf sachfremde Kündigungen.

Es stellt sich allerdings die Frage, ob er nicht darüber hinaus auch für Kündigungen mit sachlichem, in Bezug auf das Arbeitsverhältnis stehenden Grund in Betracht kommt. Sie lässt sich anhand von drei Stellen in dem Beschluss positiv beantworten. Zunächst wird ausgeführt: „In sachlicher Hinsicht geht es vor allem darum, Arbeitnehmer vor willkürlichen und auf sachfremden Motiven beruhenden Kündigungen zu schützen (...).“ Durch die Worte „vor allem“ wird erkennbar, dass die Schutzrichtung

---

<sup>1192</sup> Vgl. S. 170 ff.

<sup>1193</sup> Vgl. S. 170 ff.

<sup>1194</sup> In diese Richtung deutet auch BAG v. 22.5.2001, AP Nr. 18 zu § 1 KSchG 1969 Wartezeit.

zwar im Wesentlichen, jedoch nicht ausschließlich den willkürlichen und sachfremden Kündigungen gilt, sondern weiter gefasst ist. Der zweite Anhaltspunkt ergibt sich in diesem Zusammenhang aus dem Hinweis auf die Diskriminierungen i.S. des Art. 3 Abs. 3 GG. Kündigungen, die entsprechende Grundrechtsverletzungen enthalten, können sowohl sachfremd als auch nichtsachfremd sein. Ein drittes Argument ergibt sich aus der Feststellung des Gerichts, dass eine langjährige Betriebszugehörigkeit nicht unberücksichtigt bleiben darf. Hieraus ergibt sich ein Anhaltspunkt für die Geltung des Mindestkündigungsschutzes auch bei sachlich motivierten Kündigungen, wenn man den Sachverhalt hinzunimmt, der seinerseits das dem Beschluss zugrundeliegende Verfahren ausgelöst hat<sup>1195</sup>. Die Kündigung des Bäckers, der dem Betrieb bereits 18 Jahre angehört hatte, war infolge seiner Krankheit und damit sachlich begründet erfolgt.

Der verfassungsrechtliche Mindestkündigungsschutz gilt somit grundsätzlich für alle Kündigungsmotive. Allerdings könnte das geplante Antidiskriminierungsgesetz diskriminierende Kündigung i.S.d. Art. 3 Abs. 3 GG aus dem Schutzbereich des § 242 BGB ausschließen. Das Gesetz befindet sich gegenwärtig im Gesetzgebungsverfahren, und die §§ 1, 7 Abs. 1 ADG(E) sehen einen spezialgesetzlichen, § 242 BGB verdrängenden Schutz gegen diskriminierende Kündigungen vor. Im Einzelnen wird die Bedeutung des Gesetzes unten in einem eigenen Abschnitt kurz erläutert.<sup>1196</sup>

## **bb) Interessenabwägung**

### **bba) Der Grundsatz**

Hinsichtlich weiterer Anforderungen an den verfassungsrechtlichen Mindestkündigungsschutz rückt insbesondere die Feststellung des BVerfG ins Blickfeld, der Grundrechtsschutz des Arbeitnehmers wirke um so schwächer, je stärker die mit der Kleinbetriebsklausel geschützten Grundrechtspositionen des Arbeitgebers im Einzelfall betroffen seien<sup>1197</sup>.

Auf den ersten Blick könnte man meinen, damit sollte lediglich die bereits erfolgte Anmahnung der zwingenden Beachtung des Abstandsgebots verstärkt werden. Dem widerspricht es jedoch, dass das BVerfG ausdrücklich auf den Einzelfall Bezug nimmt. Dieser Hinweis enthält vielmehr zwei äußerst bedeutsame Aussagen. Erstens verbietet der verfassungsrechtliche Mindestkündigungsschutz außerhalb des KSchG grundsätzlich von dem Überwiegen der Arbeitgeberinteressen an der leichteren Lösbarkeit des Arbeitsverhältnisses auszugehen. Die Beurteilung, ob Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerinteressen vorrangig sind, ist vielmehr immer vom Einzelfall abhängig, wobei allerdings das Abstandsgebot nie außer Acht gelassen werden darf.

Das BVerfG fordert insofern zweitens eine Abwägung zwischen dem Bestandsschutzinteresse des Arbeitnehmers und den Grundrechtspositionen des Arbeitgebers, die seine Interessen an einer leichteren Lösung des Vertrags absichern. Damit bringt es letztlich das im Verfassungsrecht geltende Prinzip der praktischen Konkordanz in den Mindestkündigungsschutz ein: Stehen sich zwei Grundrechtspositionen gegenüber, sind sie angemessen zum Ausgleich zu bringen. Dieser allgemeine Grundsatz gilt nicht nur für die Kündigung im Kleinbetrieb sondern ebenso bei der Kündigung in der Wartezeit.

---

<sup>1195</sup> Vgl. S. 99 f.

<sup>1196</sup> Vgl. S. 272 ff.

<sup>1197</sup> BVerfG v. 27.1.1998, AP Nr. 17 zu § 23 KSchG 1969.

Damit ist die Abwägung das eigentlich tragende Element des Mindestkündigungsschutzes außerhalb des KSchG, dessen konkrete Ausgestaltung das BVerfG allerdings der Rechtsprechung und Lehre überantwortet hat.

Um sachgerechte Abwägungsergebnisse zu erzielen ist es zunächst erforderlich, entsprechende Grundsätze herauszubilden. Ausgangspunkt sind hierbei die einander gegenüberstehenden Interessen. Dem Bestandsschutzinteresse des Arbeitnehmers<sup>1198</sup> stehen konkrete Grundrechtspositionen des Arbeitgebers gegenüber. Mit dem Ausschluss bestimmter Arbeitsverhältnisse aus dem KSchG wird er in seiner Berufsfreiheit aus Art. 12 GG unter Einschluss der Dispositionsfreiheit sowie der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG unter Einschluss der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit geschützt. Dahinter steht bei der Lösung von Arbeitsverhältnissen das Interesse des Arbeitgebers, zu entscheiden, wie viele und welche Mitarbeiter, oder ob er überhaupt Arbeitnehmer bzw. einen bestimmten Arbeitnehmer weiterhin in seinem Betrieb beschäftigen will.

Unzulässig wäre es erstens, dem Arbeitgeberinteresse immer die vorrangige Bedeutung beizumessen, da in diesem Fall der Mindestkündigungsschutz nahezu leer laufen würde. Dies würde jedoch der vom BVerfG im Zusammenhang mit der Darlegungs- und Beweislast aufgestellten, jedoch allgemeingültigen Vorgabe widersprechen, dass die praktische Realisierung des zivilrechtlichen Kündigungsschutzes in jedem Fall sicherzustellen ist.

Zweitens muss bei der Abwägung die Differenzierung zwischen sachfremder oder nichtsachfremder Kündigung zum Tragen kommen. In der Bewertung der Kündigung macht es einen Unterschied, ob ein konkreter Bezug zum Arbeitsverhältnis vorhanden ist oder nicht. Bei sachfremden Kündigungen ist wegen des fehlenden Bezugs zum Arbeitsverhältnis grundsätzlich von einem Überwiegen der Arbeitnehmerinteressen auszugehen. Anders bei sachbezogenen Kündigungen. Hier überwiegen generell die Arbeitgeberinteressen infolge der konkreten Verbindung zwischen Motiv und Arbeitsverhältnis. Dementsprechend lässt sich formulieren: sachfremde Kündigungen sind grundsätzlich treuwidrig, sachbezogene Kündigungen grundsätzlich wirksam.

Beispielsweise ist eine Kündigung ausschließlich wegen der Homosexualität des Arbeitnehmers sachfremd und damit treuwidrig. Das gleiche gilt für die Kündigung ausschließlich wegen des Kinderwunsches der Arbeitnehmerin. Nicht sachfremd wäre es dagegen, wenn der Arbeitgeber in diesem Fall wegen der befürchteten Fehlzeiten kündigt. Auch die Kündigung nur wegen einer HIV-Infektion des Arbeitnehmers wäre sachfremd und treuwidrig. Sie müsste demgegenüber als sachbezogen beurteilt werden, wenn sie aus der Angst des Arbeitgebers erfolgt, dass Kollegen, Kunden oder auch er selber sich anstecken könnten.<sup>1199</sup> In der oben angeschnittenen Frage<sup>1200</sup>, ob eine Kündigung einer moslemischen Arbeitnehmerin wegen Tragens eines Kopftuchs am Arbeitsplatz außerhalb des KSchG wirksam ist, wird man differenzieren müssen. Sie wäre sachfremd und treuwidrig, wenn dem Arbeitgeber das Kleidungsstück an sich missfällt bzw. wenn er die Religion der Betroffenen ablehnt. Dagegen wäre sie sachlich, wenn er durch das Tragen des Kopftuchs eine Beeinträchtigung des Betriebsablaufs oder -klimas bzw. geschäftsschädigende Störungen der Kundenbeziehungen befürchtet. Die Kündigung wegen Äußerung einer bestimmten Meinung müsste ähnlich bewertet werden. Es bestünde ein sachlicher Bezug zum Arbeitsverhältnis, wenn der Arbeitgeber auf betrieblicher Ebene oder innerhalb der Geschäftsbeziehungen zu Dritten Beeinträchtigungen befürchtet. Demgegenüber wäre sie sachfremd, wenn sie nur deshalb

---

<sup>1198</sup> Geschützt seit dem Beschluss des BVerfG v. 27.1.1998 durch Art. 12 GG.

<sup>1199</sup> Vgl. auch die Argumentation auf S. 192 f., 196 f.

<sup>1200</sup> Vgl. S. 185 f.

ausgesprochen würde, weil der Arbeitgeber die Meinung des Arbeitnehmers nicht akzeptiert, aber keine betrieblichen Beeinträchtigungen drohen. Die echte Druckkündigung, z.B. wegen Homosexualität, HIV-Infektion oder einer Meinungsäußerung des Arbeitnehmers wäre ebenfalls sachbezogen. Das gleiche gilt für eine Druckkündigung wegen Tragens eines Kopftuchs.

Der hier dargestellte Grundsatz und die dazu angeführten Beispielfälle können jedoch die Frage, wann eine Kündigung treuwidrig ist, nicht in jedem Fall abschließend beantworten. Das BVerfG hat einen passgenauen Mindestkündigungsschutz für jeden einzelnen Kündigungsfall gefordert. Dieser Maßgabe kann man dadurch gerecht werden, dass bei Vorliegen besonderer Umstände vom Abwägungsgrundsatz abgewichen werden kann.

Er lässt sich insofern dahin fortschreiben, dass sachfremde Kündigungen grundsätzlich treuwidrig und sachbezogene Kündigungen grundsätzlich wirksam sind, wenn nicht besondere Umstände ausnahmsweise die Treuwidrigkeit einer sachbezogenen Kündigung bzw. die Wirksamkeit einer sachfremden Kündigung begründen. Allerdings lassen sich diese besonderen Aspekte nicht abschließend erfassen, da es in der Praxis immer neue Fallkonstellationen geben wird. Die nachfolgenden Ausführungen gehen beispielhaft auf einige Gesichtspunkte ein.

### **bbb) Betriebsgröße**

Im Kleinbetrieb ist die vertrauensvolle Arbeitnehmer-Arbeitgeber-Beziehung sowie das gute Zusammenarbeiten der Belegschaft besonders entscheidend für den Unternehmenserfolg und ein Grund für den Ausschluss aus dem KSchG. Die Bedeutung dieser Tatsache wird um so gewichtiger, je weniger Beschäftigte ein solcher Betrieb hat, und sie wirkt sich weniger aus je größer die Belegschaft ist.

Aus dieser Überlegung heraus wird die Betriebsgröße bei nichtsachfremden Kündigungen zu einem abwägungsrelevanten Umstand. Bei sachfremden Kündigungen kann er hingegen nicht von Bedeutung sein, da die Beschäftigtenzahl in einem Gesamtzusammenhang zum Arbeitsverhältnis steht, zu dem die Kündigung keinen Bezug aufweist.

Wegen der tendenziell sinkenden Bedeutung einer persönlichen Zusammenarbeit der Belegschaft für den Unternehmenserfolg mit zunehmender Betriebsgröße liegt es nahe, die inhaltlichen Anforderungen an sachliche Kündigungen zu differenzieren: In sog. Minibetrieben können Kündigungen bereits bei geringfügigen Anlässen wirksam das Arbeitsverhältnis beenden, sofern nicht andere besondere Umstände vorliegen. In den größeren Kleinbetrieben hingegen müssen die Motive schwerer wiegen. Beispielsweise könnte die Missachtung eines Rauchverbots bei einem kleinen Steuerberater mit einer vierköpfigen Belegschaft die Kündigung rechtfertigen, in einer größeren Kanzlei mit zehn Mitarbeitern, die alle ihr eigenes Büro haben, hingegen nicht. Ähnlich wäre es zu beurteilen, wenn in beiden Betrieben eine Sekretärin zwei Mal mit fünf Minuten Verspätung zur Arbeit erscheint.

Ein Kleinbetrieb kann bis zu einer Größenordnung von einschließlich sechs Mitarbeitern als Minibetrieb angesehen werden. Hier hängt der Unternehmenserfolg und die vertrauensvolle Zusammenarbeit der Belegschaft stärker vom Einzelnen ab als bei größeren Betrieben. Bei der Ermittlung der Betriebsgröße bietet sich unter dem Gesichtspunkt der Einheitlichkeit des Kündigungsschutzrechts als Teilbereich unserer Rechtsordnung eine Berechnung i.S.d. § 23 KSchG an. Dementsprechend sind teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer mit einer regelmäßigen wöchentlichen

Arbeitszeit von nicht mehr als 20 Stunden mit 0,5 und nicht mehr als 30 Stunden mit 0,75 zu berücksichtigen.

Die Anforderungen außerhalb des KSchG bei sachlichen Kündigungen in Kleinunternehmen bei zunehmender Betriebsgröße in der Weise zu erhöhen, dass geringfügige Verstöße nicht ausreichen, darf jedoch keinesfalls dazu verleiten, im Einzelfall den Blick für sonstige Umstände zu verstellen, die dennoch ein anderes Ergebnis rechtfertigen können. Zu denken ist beispielsweise an die Kündigung einer Arzhelferin wegen mehrerer geringfügiger Behandlungsfehler bei Patienten in einer größeren Arztpraxis. Der Arbeitsbereich der Arbeitnehmerin ist äußerst sensibel. Der Arzt muss sich auf seine Mitarbeiter besonderes verlassen können. Es ist ihm nicht zuzumuten, abzuwarten, bis die Arbeitnehmerin, die bereits mehrfach ermahnt wurde, schwerwiegendere Behandlungsfehler macht. Insofern wäre hier die Kündigung als wirksam anzusehen. Im Gegensatz dazu wäre die Kündigung wegen einer einmaligen, sehr emotionalen Auseinandersetzung mit einem Geschäftsführer A einer kleinbetrieblichen GmbH unabhängig von ihrer Größe nicht gerechtfertigt, wenn die Geschäfte grundsätzlich von einem weiteren Geschäftsführer B geleitet werden, während A altersbedingt nur noch sehr selten - zu Besuch - vorbei kommt.

### **bbc) Langjährige Betriebszugehörigkeit**

Einen besonderen Umstand spricht bereits das BVerfG selbst an. Es fordert: „Schließlich darf auch ein durch langjährige Mitarbeit erdientes Vertrauen in den Fortbestand eines Arbeitsverhältnisses nicht unberücksichtigt bleiben...“<sup>1201</sup>

Dieser Satz schließt sich unmittelbar an die Ausführungen zur Sozialauswahl an. Deshalb ist er in jedem Fall in dieser Hinsicht von Bedeutung.<sup>1202</sup> Jedoch kann sich die Aussage nicht darauf beschränken. Dieser Schluss ergibt sich, da das Gericht die Hinweise, die sich ausschließlich auf die Auswahlkriterien beziehen sollen, innerhalb des die Sozialauswahl betreffenden Satzes durch den Verweis auf die eigene Entscheidung von 24.4.1991 und das Urteil des BAG v. 19.1.1995 platziert. Demgegenüber ist der nachfolgende Satz, der die langjährige Mitarbeit betrifft, allgemein gehalten. Insofern ist davon auszugehen, dass eine längere Betriebszugehörigkeit auch im Hinblick auf eine Überprüfung der sachlichen Zulässigkeit einer Kündigung außerhalb des KSchG berücksichtigt werden muss. Dies kann allerdings nur bei Kündigungen der Fall sein, die im Kleinbetrieb erfolgen. Innerhalb der Wartefrist kann der Arbeitnehmer wegen der kurzen Betriebszugehörigkeit noch kein Vertrauen auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses erdient haben.

Zunächst ist zu klären, wann von einer langjährigen Betriebszugehörigkeit auszugehen ist. Man kann sie in Anlehnung an § 53 BAT, der ebenfalls eine besondere Berücksichtigung der Betriebszugehörigkeit bei Kündigungen fordert, bei einer 15-jährigen Betriebszugehörigkeitsdauer annehmen. Demzufolge würde ab einer Betriebszugehörigkeit von 15 Jahren ein besonderes Vertrauen auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses bestehen.

In der konkreten Abwägung kann der Umstand nur zugunsten des Arbeitnehmers Bedeutung erlangen. Ein gutes Beispiel bietet hier das bereits oben angesprochene Urteil des ArbG Reutlingen<sup>1203</sup> in dem Fall, der schließlich zum Beschluss des BVerfG 1998 geführt hatte: Die krankheitsbedingte - also

---

<sup>1201</sup> BVerfG v. 27.1.1998, AP Nr. 17 zu § 23 KSchG 1969.

<sup>1202</sup> Vgl. dazu S. 238 f.

<sup>1203</sup> ArbG Reutlingen v. 20.10.1998, AuR 1999, S. 325.

sachbezogene - Kündigung des seit 18 Jahren dem Betrieb des Arbeitgebers angehörenden Bäckers war nach Ansicht des Gerichts treuwidrig.

Das Gericht hat eine Entscheidung getroffen, die angemessen die Aspekte des zugrundeliegenden Sachverhalts berücksichtigt. Einem erkrankten Arbeitnehmer, der so lange gute Arbeitsleistungen ohne frühere bedeutsame Vorerkrankungen erbracht hat, ist der Arbeitgeber zur einer gesteigerten Fürsorge verpflichtet, wenn die Arbeitsunfähigkeit nach ärztlicher Beurteilung nur noch vier Wochen fortauern soll. Daher hätte er abwarten müssen, ob der Arbeitnehmer nach Ablauf dieser Zeitspanne tatsächlich wieder einsatzbereit gewesen wäre. Nur wenn dies auch weiterhin nicht der Fall gewesen wäre, hätte er eine Kündigung in Betracht ziehen dürfen. Daher ist dem Gericht darin zuzustimmen, die Kündigung wegen fehlender Berücksichtigung der langen Betriebszugehörigkeitsdauer des Arbeitnehmers als treuwidrig zu erachten.

### **bbd) Ältere Arbeitnehmer**

Als weiterer besonderer Umstand könnte das Alter des Arbeitnehmers in Betracht kommen. Ältere Arbeitnehmer finden grundsätzlich schwerer einen neuen Arbeitsplatz und können diese Situation selbst, z.B. durch Weiterqualifikation, kaum beeinflussen. Ihre besondere Schutzbedürftigkeit hat das BVerfG bereits 1991 betont.<sup>1204</sup>

Man geht inzwischen davon aus, dass bereits ab Anfang bis Mitte 40 die Chancen auf dem Arbeitsmarkt nur noch gering sind. Insofern erscheint es sachgerecht, das Alter des Arbeitnehmers ab dem 45. Lebensjahr als besonderen Abwägungsumstand zu seinen Gunsten zu berücksichtigen. Dabei sollte die Gewichtung zunehmen, je älter er ist. So ist beispielsweise die Kündigung eines 60-jährigen Bäckers wegen Leistungsschwächen sachbezogen. Wenn die Minderleistung aber nur geringfügig ist, könnte das Alter des Arbeitnehmers die Kündigung als treuwidrig erscheinen lassen. Ebenso könnte eine Kündigung wegen einer kurzen Erkrankung treuwidrig sein, wenn der 50-jährige Arbeitnehmer bisher nie ernsthaft erkrankt war.

### **bbe) Alleinerziehende Arbeitnehmer**

Ähnlich wie ältere haben es auch alleinerziehende Arbeitnehmer schwerer, einen neuen Arbeitsplatz zu finden. Sie sind teilweise wegen ihrer Kinder nicht in der Situation eine Vollzeitbeschäftigung auszuüben bzw. sind auf andere Betreuungspersonen oder -einrichtungen angewiesen. Auch ihre besondere Schutzbedürftigkeit hat das BVerfG 1991 festgestellt.<sup>1205</sup> Insofern ist dieser Umstand bei der Abwägung in gleicher Weise wie das Alter des Arbeitnehmers besonders zu berücksichtigen. Beispielsweise kann eine Kündigung einer alleinerziehenden Arbeitnehmerin wegen Zu-spät-Kommens treuwidrig sein, obwohl ein Sachbezug vorliegt. Dies wäre der Fall, wenn die Verspätung dadurch verursacht wurde, dass die Tagesmutter vor Arbeitsbeginn der Arbeitnehmerin kurzfristig absagen musste. Infolgedessen musste die Arbeitnehmerin die Betreuung ihres Kindes schnell umorganisieren und dann zu der weiter entfernt wohnenden Freundin fahren, die bereit war auszuhelfen.

---

<sup>1204</sup> BVerfG v. 24.4.1991, BVerfGE 84, S. 133 ff., B, III, 3, d, cc.

<sup>1205</sup> Vgl. Fn. 1204.

### **bbf) Schwerbehinderte Arbeitnehmer**

Zwar hat das BVerfG 1991 auch auf Schwierigkeit schwerbehinderter Arbeitnehmer bei der Arbeitsplatzsuche und ihrer sich daraus ergebenden Schutzbedürftigkeit hingewiesen.<sup>1206</sup> Trotzdem scheidet dieses Merkmal im Rahmen des Mindestkündigungsschutzes als besonders zu berücksichtigender Umstand aus. Diese Arbeitnehmergruppe ist durch den Sonderkündigungsschutz im SGB IX ausreichend angesichert.

### **bbg) Nichtsachfremde Kündigung wegen Meinungsäußerung**

Nachdem Arzthelferin A eine Auseinandersetzung mit ihrem Chef B hatte, äußert sie sich vor den anderen Arzthelferinnen in der Praxis, dass er und alle seine Kollegen Kurpfuscher und Ausbeuter seien, die sich für die Bedürfnisse der Patienten nicht im mindesten interessierten. Die daraufhin erfolgende nichtsachfremde Kündigung berührt zwar das Grundrecht der Arbeitnehmerin auf freie Meinungsäußerung, erscheint jedoch wegen der Beleidigung und Störung des Betriebsfriedens sachgerecht. Bei einer anderen Fallgestaltung wird man jedoch abweichend eine treuwidrige Kündigung annehmen müssen: A hatte B in dem Gespräch, dass im Streit endete, um gutachterliche Hilfe und Unterstützung gebeten. Einem Kollegen von B war bei A ein schwerwiegender Behandlungsfehler unterlaufen, den er abstritt. B verweigerte hochmütig seine Unterstützung mit dem Argument, seinem Kollegen unterlaufe grundsätzlich kein Fehler.

### **bbh) Druckkündigung**

Auch wenn die Kündigung darauf beruht, dass der beste Kunde des Arbeitgebers seine Geschäftsbeziehungen zum Arbeitgeber z.B. wegen Homosexualität des Arbeitnehmers, seiner HIV Infektion, oder des Kopftuchtragens einer Arbeitnehmerin bzw. einer Meinungsäußerung des Arbeitnehmers abzurechnen droht, sind Grundrechte des Arbeitnehmers betroffen. Da dem Arbeitgeber jedoch bei Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers eine ernsthafte Gefährdung des Unternehmenserfolgs wegen Abbruch der wichtigsten Geschäftsbeziehung droht, besteht die Situation der Druckkündigung. Bei ihr gilt der allgemeine Abwägungsgrundsatz vom überwiegenden Arbeitgeberinteresse, da die Druckkündigung als betriebsbedingte Kündigung gilt. In diesem Sonderfall erscheint es aufgrund der Unternehmensgefährdung nicht sachgerecht, wegen der Grundrechtsbeeinträchtigung auf Arbeitnehmerseite zu einem anderen Abwägungsergebnis zu kommen.

### **bbi) Kündigung aus familiären Gründen**

Entlässt der Arbeitgeber einen Mitarbeiter, um den frei werdenden Arbeitsplatz mit einem arbeitslosen Familienmitglied, beispielsweise dem Sohn oder dem Schwiegersohn zu besetzen, ist die Kündigung zwar sachfremd. Wegen der besonderen familiären Bindungen liegt jedoch ausnahmsweise ein überwiegendes Arbeitgeberinteresse vor, und sie müsste als wirksam angesehen werden. Anders wäre es, wenn der Arbeitgeber den Arbeitsplatz mit einem Arbeitslosen aus dem Freundeskreis besetzen will. Hier wird ein überwiegendes Arbeitgeberinteresse nicht vorliegen, da nicht die besondere familiäre Situation und Verantwortlichkeit füreinander besteht. Die Kündigung wäre treuwidrig.

---

<sup>1206</sup> Vgl. Fn. 1204.

In dem zweiten Beispiel handelt es sich um eine kleine Versicherungsagentur, deren Inhaber selbständig ist und zwei Mitarbeiter beschäftigt. Er stellt einen dritten Mitarbeiter C ein, der gute Leistungen erbringt, viele Versicherungsabschlüsse macht und sich auch gegenüber den Kunden korrekt verhält. Nach einigen Monaten kommt dem Arbeitgeber durch Zufall zu Ohren, dass C Mitglied einer rechtsradikalen Gruppe ist, die sich immer wieder in einschlägigen Lokalen trifft und dort Versammlungen abhält. Straftaten konnten ihm bisher allerdings noch nicht nachgewiesen werden. Nachdem der Arbeitgeber von diesen privaten Aktivitäten seines Mitarbeiters erfahren hat, kündigt er ihm. Er tut dies aus Rücksicht auf seine Frau, die immer wieder in der Agentur vorbeikommt. Sie ist Jüdin, die ihre Familie durch den Holocaust verloren hat. Die wegen der rein privaten Meinungsäußerung des Arbeitnehmers an sich sachfremde Kündigung ist hier durch die persönliche Verbindung des Arbeitgebers mit einer von den schrecklichsten Ereignissen unserer jüngeren Geschichte Betroffenen von seinem überwiegenden Interesse an der Lösung des Arbeitsverhältnisses gedeckt.

Im weiteren Beispiel scheint eine Kündigung ausschließlich wegen einer HIV-Infektion des Arbeitnehmers gerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber eine gesteigerte Angst vor eigener und der Ansteckung seiner übrigen Mitarbeiter hat, weil sein Sohn durch seinen Beruf mit Aids infiziert worden ist und inzwischen gestorben ist.

#### **bbj) Kündigung wegen gesellschaftlicher Auswirkungen**

Unter dieser Überschrift ist folgender Fall eines überwiegenden Arbeitgeberinteresses bei sachfremder Kündigung vorstellbar. Der einzige, gut arbeitende Mitarbeiter A eines Beratungsunternehmens fällt in dem kleinen Ort, wo das Büro ist und Arbeitgeber und Arbeitnehmer wohnen, immer wieder durch ausländerfeindliche Meinungsäußerungen in der Öffentlichkeit auf. Die Kunden des Beratungsunternehmens kommen nicht aus dem näheren Umkreis, der Arbeitgeber B ist jedoch in zahlreichen Gremien des Ortes sehr aktiv, die sich für ein gutes interkulturelles Zusammenleben der verschiedenen ansässigen Nationalitäten einsetzen. Als bekannt wird, dass der ausländerfeindlich eingestellte A Mitarbeiter von B ist, wirft man B von Seiten der Gremien vor, dass sein privates Engagement unglaublich sei, wenn er so jemanden wie A beschäftige. B verliert sein bisher gutes Ansehen. Er wird geschnitten und zunehmend bei der Gremienarbeit ausgeschlossen. Allerdings kommt es nicht zu Auswirkungen auf seinen Betrieb, er verliert keinen seiner Kunden. Die Schädigung liegt hier nicht nur in der persönlichen, immateriellen Sphäre des Arbeitgebers, sondern erstreckt sich weiter in einen wichtigen, gesellschaftlichen Bereich, in dem er wertvolle Arbeit leistet. In dieser Sondersituation müsste die Kündigung des A wegen seiner öffentlichen ausländerfeindlichen Äußerungen, die wegen fehlender Auswirkung auf das Arbeitsverhältnis als sachfremd zu bewerten wäre, ausnahmsweise durch überwiegendes Arbeitgeberinteresse gerechtfertigt sein.

#### **bc) Zusammenfassung**

Der verfassungsrechtliche Mindestkündigungsschutz liegt entsprechend dem höchstrichterlichen Abstandsgebot in seiner Intensität unterhalb der Grenze des KSchG. Das Kündigungsmotiv muss grundsätzlich in Bezug zum Arbeitsverhältnis stehen, braucht jedoch nicht den Anforderungen des § 1 KSchG zu genügen.

Bei sachfremden Kündigungen überwiegt grundsätzlich das Arbeitnehmerinteresse an Fortbestand des Arbeitsverhältnisses. Sie sind deshalb nach § 242 BGB treuwidrig, wenn nicht besondere Umstände zu



einem ausnahmsweise überwiegenden Arbeitgeberinteresse führen und daher die Kündigung rechtfertigen können. Als Beispiele sachfremder Kündigungen kommen unter anderem Grundrechtsverletzungen in Betracht. Besondere Umstände zur ausnahmsweisen Rechtfertigung einer sachfremden Kündigung können sich etwa aus familiären oder gesellschaftlichen Verpflichtungen oder Verbindungen des Arbeitgebers ergeben.

Bei nichtsachfremden Kündigungen, bei denen grundsätzlich das Arbeitgeberinteresse an der Lösung des Arbeitsverhältnisses stärker wirkt, können besondere Gesichtspunkte ausnahmsweise zu einem Hervortreten des Arbeitnehmerinteresses mit der Folge ihrer Treuwidrigkeit führen. Eine Rolle können hier z.B. die Betriebsgröße, eine lange Betriebszugehörigkeit, das Alter des Arbeitnehmers, seine alleinige Erziehungsverpflichtung oder auch besondere Konstellationen bei sachbezogenen grundrechtsverletzenden Kündigungen spielen.

Darüber hinaus wird das Abstandsgebot durch den Ausschluss des ultima-ratio-Prinzips garantiert. Der Arbeitgeber ist außerhalb des Gesetzes nicht verpflichtet, vor Ausspruch der Kündigung andere weniger einschneidende Mittel auszuschöpfen. Weiter ergibt sich die Distanz zum KSchG durch die abweichende Verteilung der Darlegungs- und Beweislast, wozu weiter unten gesondert Stellung genommen wird.<sup>1207</sup>

### **c) Verfassungsrechtlicher Mindestkündigungsschutz außerhalb des KSchG in Bezug auf die Sozialauswahl**

Nach dem Beschluss des BVerfG vom 27.1.1998 steht die Auswahl des Arbeitnehmers bei betriebsbedingten Kündigungen in Kleinbetrieben nicht im freien Belieben des Arbeitgebers, sondern muss ein gewisses Mindestmaß an sozialer Rücksicht erkennen lassen.

Das BVerfG begründet auch hier nicht, warum die grundrechtliche Schutzpflicht aus Art. 12 GG in Bezug auf den Verlust des Arbeitsplatzes die damit zum Ausdruck gebrachte grundsätzliche Bindung der Sozialauswahl erfordert. Ferner ergeben sich aus dem Beschluss von 1998 keine eindeutigen Aussagen zu den Anforderungen an die Sozialauswahl. Die interpretationsoffene Formulierung hat deshalb unterschiedliche Auffassungen über die maßgeblichen Kriterien und den Umfang der Überprüfbarkeit der Sozialauswahl außerhalb des KSchG hervorgebracht.<sup>1208</sup>

Einen wichtigen Anhaltspunkt für die zwingenden Kriterien der Sozialauswahl außerhalb des KSchG gibt das BVerfG mit dem Hinweis auf die eigene Entscheidung vom 24.4.1991<sup>1209</sup> und das Urteil des BAG vom 19.1.1995<sup>1210, 1211</sup>. Demnach kommt älteren, schwerbehinderten und alleinerziehenden Arbeitnehmern eine erhöhte Schutzbedürftigkeit zu.

Insofern kann man dem Verweis des BVerfG entnehmen, dass bei der Sozialauswahl außerhalb des KSchG zum einen das Kriterium des Alters maßgeblich sein soll. Der Hinweis auf die erhöhte Schutzbedürftigkeit alleinerziehender Arbeitnehmer ist jedoch etwas schwieriger zu einzuordnen. Es dürfte sich nicht nur ausschließlich um diese Arbeitnehmergruppe handeln. Innerhalb des KSchG ist das Merkmal Bestandteil des grundlegenden Auswahlkriteriums der Unterhaltspflichten. Insofern wird

---

<sup>1207</sup> Vgl. S. 257 ff.

<sup>1208</sup> Vgl. S. 214 ff.

<sup>1209</sup> BVerfG v. 24.4.1991, BVerfGE 84, S. 133, 154 ff.

<sup>1210</sup> BAG v. 19.1.1995, BAGE 79, S. 128, 138.

<sup>1211</sup> BVerfG v. 27.1.1998, NZA 1998, S. 469, 472.

man das BVerfG dahingehend verstehen müssen, dass auch außerhalb des KSchG gesetzliche Unterhaltspflichten als Auswahlkriterium berücksichtigt werden müssen. Eine besondere Berücksichtigung der Schwerbehinderung im Rahmen der Sozialauswahl erscheint jedoch zu weitgehend, da dieser Umstand durch den Sonderkündigungsschutz im SGB IX bereits hinreichend berücksichtigt wird.

Darüber hinaus ergibt sich aus dem Beschluss des BVerfG als weiteres notwendiges Kriterium der Sozialauswahl die Dauer der Betriebszugehörigkeit. Bereits oben ist erläutert worden<sup>1212</sup>, dass diesem Aspekt durch seine Erwähnung unmittelbar im Anschluss an die Ausführung zur Sozialauswahl auch in diesem Bereich Bedeutung zukommen muss, jedoch nicht darauf beschränkt ist. Hier kommt ihm - wie innerhalb des KSchG - die Funktion als Auswahl Gesichtspunkt zu.

Aufgrund der Anfang 2004 vorgenommenen Reduzierung der maßgeblichen Auswahlmerkmale des § 1 Abs. 3 KSchG erfolgt die Sozialauswahl innerhalb des Gesetzes ebenfalls unter Berücksichtigung von Betriebszugehörigkeit, Alter, Unterhaltspflichten. Dass das BVerfG die Sozialauswahl auch außerhalb des KSchG den nahezu gleichen Gesichtspunkten unterwirft, beruht auf der Anerkennung der grundsätzlichen Schutzbedürftigkeit dieser Arbeitnehmer. Unterhaltspflichtige sind sehr auf das Einkommen aus ihrer Beschäftigung angewiesen und können ihre soziale Situation regelmäßig kaum selbst positiv beeinflussen. Ältere Menschen sind zudem extrem auf den Erhalt ihres Arbeitsplatzes angewiesen, da sie in der Regel nur besonders schwer einen neuen Arbeitsplatz finden. Dies gilt allerdings unter Umständen gleichfalls für Beschäftigte, die auf eine lange Betriebszugehörigkeit zurückblicken können. Hier ist zudem zu berücksichtigen, dass diese Arbeitnehmer über einen langen Zeitraum mit ihren Kenntnissen, Fähigkeiten und ihrer Arbeitskraft zum Erfolg des Unternehmens beigetragen haben, und insofern eine gesteigerte Fürsorge des Arbeitgebers gerechtfertigt ist.

Durch die Berücksichtigung der drei wichtigsten Auswahlkriterien innerhalb wie außerhalb des KSchG wird das Abstandsgebot nicht verletzt, da mit der Forderung des BVerfG nach einem Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme eine gegenüber dem KSchG abgeschwächte Überprüfung der Kündigung verbunden ist.

Die bisherigen Meinungen<sup>1213</sup> in Rechtsprechung und Literatur zeigen, wie schwer es ist, hier einen ausgewogenen Maßstab unterhalb der Grenze des Gesetzes zu finden. Die vom BAG und Powietzka vertretenen Ansichten<sup>1214</sup> sind nicht zu teilen; es ist weder eindeutig, welche Sozialdaten ausschlaggebend sein sollen, noch wird die Interessenabwägung in ihren einzelnen Elementen hinreichend konkretisiert. Es kann auch nicht dem Vorschlag gefolgt werden, dass eine fehlerhafte Sozialauswahl nur dann vorliege, wenn der Arbeitnehmer in Bezug auf alle drei Merkmale der Betriebszugehörigkeit, Lebensalter und eventuelle Unterhaltspflichten zugleich offensichtlich sozial schutzwürdiger als vergleichbare Kollegen sei<sup>1215</sup>. Hierdurch wird die Grenze zugunsten des Arbeitgebers zu weit oben angesetzt. Da dieser Fall kaum vorstellbar ist, würde der Schutzpflicht so nicht mehr Genüge getan.

Demgegenüber eignet sich der Maßstab der groben Fehlerhaftigkeit für eine verfassungsgemäße Bindung der Sozialauswahl außerhalb des KSchG. Allerdings sollte der Überprüfung hier kein

---

<sup>1212</sup> Vgl. S. 233.

<sup>1213</sup> Vgl. S. 215 f., 216 f.

<sup>1214</sup> Vgl. S. 221 f., S. 224.

<sup>1215</sup> Vgl. S. 218.

Punktesystem zugrundegelegt werden, wie dies Krenz vorgeschlagen hat<sup>1216</sup>. Es wäre zu unbeweglich, um den besonderen Umständen der Einzelfälle gerecht zu werden.

Der Begriff der groben Fehlerhaftigkeit ist dem Kündigungsschutzrecht nicht fremd. So ist die Überprüfung der Sozialauswahl nach § 1 Abs. 4 KSchG auf grobe Fehlerhaftigkeit beschränkt, wenn tarifliche oder betriebliche Auswahlrichtlinien vereinbart wurden. In Anlehnung an die dort entwickelten Kriterien<sup>1217</sup> ist auch außerhalb des KSchG eine verfassungskonforme Bindung der Sozialauswahl möglich. Sie kann als grob fehlerhaft angesehen werden, wenn der Betriebszugehörigkeit, dem Alter oder den Unterhaltungspflichten keine oder eine offensichtlich völlig unzureichende bzw. überhöhte Bedeutung beigemessen wird und die Gewichtung der Gesichtspunkte damit jede Ausgewogenheit vermissen lässt.

Insofern wäre eine völlig fehlende Sozialauswahl grob fehlerhaft. Das Gleiche müsste gelten, wenn bereits auf den ersten Blick eindeutig ist, dass der Arbeitnehmer in einem oder in allen genannten Gesichtspunkten schutzbedürftiger ist als andere Kollegen.

Eine grob fehlerhafte Sozialauswahl führt jedoch nicht in jedem Fall zur Treuwidrigkeit der Kündigung. Da sich die Vorgabe des Gerichts, dass der Grundrechtsschutz um so schwächer wirkt, je stärker die mit dem Ausschluss aus dem KSchG geschützten Grundrechtspositionen des Arbeitgebers im Einzelfall betroffen sind, auf mehrere Elemente des Beschlusses erstreckt<sup>1218</sup>, muss auch bei der Sozialauswahl eine Abwägung zwischen dem Bestandsschutzinteresse des Arbeitnehmers und dem Interesse des Arbeitgebers an der leichteren Lösbarkeit des Arbeitsverhältnisses stattfinden. Grundsätzlich wird aus den bereits oben angeführten Gründen die Vermutung für ein überwiegendes Interesse des Arbeitnehmers an dem Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses bestehen, so dass die betriebsbedingte Kündigung bei grob fehlerhafter Sozialauswahl grundsätzlich treuwidrig sein und nur aufgrund eines ausnahmsweise vorliegenden überwiegenden Arbeitgeberinteresses Bestand haben wird.

Als Beispiele eines überwiegenden Arbeitgeberinteresses an der Kündigung gerade des betreffenden, im Vergleich zu anderen Mitarbeitern sozial schwächeren Arbeitnehmers könnten die berechtigten betrieblichen Bedürfnisse in Betracht kommen, die auch innerhalb des KSchG nach § 1 Abs. 2 S. 3 die Weiterbeschäftigung anderer Mitarbeiter ermöglichen. Die vergleichbaren, aber sozial stärkeren Mitarbeiter müssten entweder besondere Leistungsträger sein, oder ihre weitere Betriebszugehörigkeit könnte mit der Erhaltung einer ausgewogenen Alterstruktur im Unternehmen begründet werden.

Die Betriebszugehörigkeitsdauer ist bei der Abwägung anders als bei der sachlichen Überprüfung der Kündigung nicht zu berücksichtigen, da ihr bereits als Kriterium innerhalb der Frage nach dem Vorliegen einer grob fehlerhaften Sozialauswahl angemessen Rechnung getragen wird.

Die Voraussetzungen einer treuwidrigen Sozialauswahl sind insgesamt sehr eng. Zunächst wird wegen der geringen Mitarbeiterzahl in Kleinbetrieben oft bereits fraglich sein, ob überhaupt eine Gruppe vergleichbarer Arbeitnehmer besteht. Selbst wenn dies der Fall ist, wird auch eine grobe

---

<sup>1216</sup> Vgl. S. 219.

<sup>1217</sup> Vgl. *ErfK (Ascheid)*: Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2006, § 1 KSchG Rndr. 514; *Kittner u.a. (Däubler)*: KSchR, 6. Aufl. 2004, § 1 KSchG Rndr. 493 ff.; *Hoyningen-Huene/Linck*: KSchG, 13. Aufl. 2002, § 1 KSchG Rndr. 482 h; *Bütefisch*: Die Sozialauswahl, 2000, S. 426; *Ascheid/Preis/Schmidt (Kiel)*: Großkomm. KSchR, 2. Aufl. 2004, § 1 KSchG Rndr. 767; *Preis*: Der Kündigungsschutz nach dem Korrekturgesetz, RdA 1999, S. 311, 321.

<sup>1218</sup> Vgl. dazu bereits die Stellungnahme S. 230 ff.

Fehlerhaftigkeit nicht häufig in Betracht kommen. Insofern ist nicht davon auszugehen, dass die treuwidrige Sozialauswahl außerhalb des KSchG in der Praxis eine größere Rolle spielen wird.

Abschließend ist allerdings noch darauf hinzuweisen, dass das geplante Antidiskriminierungsgesetz nicht nur Einfluss auf die sachliche Überprüfung der Kündigung außerhalb des KSchG haben wird, sondern auch auf die Sozialauswahl außerhalb des Gesetzes. Auch darauf wird weiter unten in einem eigenen Abschnitt eingegangen.<sup>1219</sup>

## **6. Die Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsprinzips**

Außerhalb des KSchG braucht der Arbeitgeber den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht zu berücksichtigen. Insbesondere muss die Kündigung nicht ultima ratio sein.

Der Kündigungsschutz hat die gesetzgeberische Motivation des Ausschlusses bestimmter Arbeitnehmer vom allgemeinen Kündigungsschutz zu respektieren. Selbst bei Bestehen eines Mindestkündigungsschutzes außerhalb des Gesetzes kommt dadurch dem Interesse des Arbeitgebers an einer gegenüber dem KSchG leichteren Lösbarkeit der Arbeitsverhältnisse grundsätzlich mehr Gewicht zu als dem Interesse des Arbeitnehmers an der Erhaltung seines Arbeitsplatzes. Die Forderung nach der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips außerhalb des KSchG würde dieser Wertung zuwiderlaufen. Bei einer geeigneten, erforderlichen und angemessenen Kündigung stehen die Interessen der Vertragsparteien grundsätzlich in einem dem Einzelfall angemessenen ausgewogenen Verhältnis. Mit dem Ausschluss wird jedoch gerade - abweichend vom KSchG - die Vorrangigkeit der Arbeitgeberinteressen gesichert.

Die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes außerhalb des KSchG würde deshalb das Abstandsgebot missachten, das nach dem Beschluss des BVerfG vom 27.1.1998<sup>1220</sup> wesentlicher Bestandteil des verfassungsrechtlichen Mindestkündigungsschutzes ist.

## **7. Möglichkeit einer Reduzierung des allgemeinen Kündigungsschutzes auf den verfassungsrechtlichen Mindeststandard**

Es ist ein interessanter Gedanke, ob der allgemeine Kündigungsschutz nach dem Beschluss des BVerfG vom 27.1.1998 generell auf den verfassungsrechtlichen Mindeststandard reduziert werden könnte. Diese Frage betrifft einen Randbereich der Untersuchung. Eine Ausweitung des Kündigungsschutzes durch den Grundsatz von Treu und Glauben wäre damit allerdings nicht verbunden, da er in seinem Anwendungsbereich bereits jetzt auch für solche Kündigungen gilt, die dem aktuellen KSchG unterfallen. Die gekündigten Arbeitnehmer würden sich lediglich vermehrt auf die Treuwidrigkeit berufen.

Die Reduzierung des allgemeinen Kündigungsschutzes auf das verfassungsrechtliche Mindestmaß wäre auf zweierlei Weise vorstellbar. Erstens würde bei ersatzloser Aufhebung der §§ 1 ff. KSchG der allgemeine Kündigungsschutz nur noch durch § 242 BGB, § 134 BGB und selten durch § 138 BGB gewährt. Zweitens könnte das KSchG auf alle Arbeitsverhältnisse erstreckt werden, verbunden mit der Verminderung des Umfangs des Kündigungsschutzes auf das verfassungsrechtliche Mindestmaß i.S.d. der gegenwärtigen kündigungsschutzrechtlichen Funktion des § 242 BGB. Damit würde der

---

<sup>1219</sup> Vgl. S. 278 f.

<sup>1220</sup> BVerfG v. 27.1.1998, AP Nr. 17 zu § 23 KSchG 1969.

allgemeiner Grundsatz von Treu und Glauben abschließend spezialgesetzlich geregelt, wiederum ergänzt durch die §§ 134, 138 BGB.

Die ersatzlose Streichung des KSchG hätte zur Folge, dass im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz die Situation vom Beginn des 20. Jh. wiederbelebt würde. Damals wurde intensiv darüber diskutiert, ob die bestehenden BGB-Vorschriften zum Schutz vor dem Verlust des Arbeitsplatzes ausreichen, oder ob dieser Schutz besser in einem Spezialgesetz geregelt werden sollte.<sup>1221</sup> Nach zwanzig Jahren Auseinandersetzung siegte 1920 die zweite Auffassung, und es kam zum Erlass der §§ 84 ff. BRG. Ein Rückfall in die Rechtslage um 1900 nach mehr als 80 Jahren wäre mit dem Grundgesetz nicht vereinbar. Den grundrechtlichen Schutzpflichten hat der Staat in erster Linie durch den Erlass entsprechender Gesetze Rechnung zu tragen.<sup>1222</sup> Er muss zunächst eine grundrechtsadäquate, dem Schutzbedarf genügende Rechtsordnung zu schaffen. Nur ausnahmsweise sind die Gerichte bei fehlender oder mangelhafter gesetzlicher Regelung aufgerufen, einen Ausgleich der betroffenen Grundrechtspositionen durch verfassungskonforme Anwendung und Auslegung insbesondere der zivilrechtlichen Generalklauseln zu gewährleisten.<sup>1223</sup> Eine Verringerung des allgemeinen Kündigungsschutzes lediglich durch die ersatzlose Aufhebung des spezialgesetzlichen allgemeinen Kündigungsschutzes würde die staatliche Pflicht aus Art. 12 GG verletzen, den Arbeitnehmer gegen den Verlust des Arbeitsplatzes zu schützen, weil der Staat damit die ihr innewohnende vorrangige Pflicht zur Schaffung entsprechender Vorschriften missachten würde.

Jedoch erscheint auch die grundsätzliche Reduzierung des Kündigungsschutzes auf das verfassungsrechtliche Mindestmaß durch eine entsprechende Anpassung des KSchG im eben dargestellten Sinn nicht möglich. Aus einer Gesamtbetrachtung des höchstrichterlichen Beschlusses vom 27.1.1998 ergibt sich, dass der Gesetzgeber dadurch ebenso Art. 12 GG verletzen würde.

Das BVerfG hat bestätigt, dass die geltenden Kündigungsschutzvorschriften des KSchG der staatlichen Schutzpflicht aus Art. 12 GG Rechnung tragen. Von dieser Aussage ist zum einen der grundsätzliche Schutz gegen sozial ungerechtfertigte Kündigungen i.S.d. § 1 KSchG umfasst. Darüber hinaus erstreckt sie sich zum anderen auch darauf, dass der Gesetzgeber in Sondersituationen der Arbeitsvertragsbeendigung, nämlich bei Kündigung in Kleinbetrieben des § 23 KSchG und während der Wartezeit des § 1 KSchG eine stärkere Berücksichtigung der Arbeitgeberinteressen zu Lasten der Arbeitnehmerinteressen vorgenommen hat. Diese Sonderbewertung ist Teil des ihm innerhalb der Schutzpflicht zustehenden Gestaltungs- und Bewertungsspielraums.<sup>1224</sup> Seinen Schluss zieht das BVerfG auch vor dem Hintergrund des in diesen Fällen durch die BGB-Vorschriften gewährten Kündigungsschutzes.

Würde der Kündigungsschutz des KSchG nur noch den Umfang des verfassungsrechtlichen Mindestmaßes i.S.d. § 242 BGB haben und für alle Arbeitsverhältnisse gelten, wäre die derzeit für eine kündigungsschutzrechtliche Sondersituation geltende stärkere Berücksichtigung von Arbeitgeberinteressen der Grundsatz, obwohl die Gründe, die diese Sonderbewertung rechtfertigen normalerweise nicht vorhanden sind.<sup>1225</sup>

Nach Auffassung des BVerfG kann eine Verletzung grundrechtlicher Schutzpflichten dann in Betracht kommen, wenn eine Grundrechtsposition den Interessen des anderen Vertragspartners derart

---

<sup>1221</sup> Vgl. S. 9 ff.

<sup>1222</sup> Vgl. S. 198.

<sup>1223</sup> Vgl. S. 198.

<sup>1224</sup> Vgl. S. 198.

<sup>1225</sup> Zu den Gründen für die höhere Schutzbedürftigkeit der Arbeitgeberinteressen in diesen Fällen vgl. S. 98 ff.

untergeordnet wird, dass von einem angemessenen Ausgleich in Anbetracht der Bedeutung und Tragweite des betroffenen Grundrechts nicht mehr gesprochen werden kann.<sup>1226</sup>

Eine generelle, für alle ordentlichen Kündigungen geltende Verschiebung in der Bewertung der widerstreitenden Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer würde den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers überschreiten. Die Regelung würde die hohe Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmer nicht ausreichend berücksichtigen. Es bestünde kein angemessener Ausgleich mehr. Es würde nicht ausreichend berücksichtigt, dass sich die Kündigung auf sehr sensible Lebensbereiche des Arbeitnehmers nachteilig auswirkt: Betroffen sind die durch Art. 12 GG gewährleistete Ausübung einer beruflichen Tätigkeit, die wirtschaftliche Existenzgrundlage, die Lebensplanung, das -umfeld einschließlich der sozialen Beziehungen und Kontakte und bei längerer Arbeitslosigkeit gegebenenfalls auch die Gesundheit.

Abschließend lässt sich daher feststellen, dass eine Verringerung des allgemeinen Kündigungsschutzes des KSchG zwar nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist, beispielsweise durch eine erneute Veränderung des Schwellenwertes des § 23 KSchG. In diesem Fall wäre unter Fortgeltung des derzeitigen Anrechnungsmodus der teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer eine Erhöhung auf rechnerisch bis zu 15 Vollzeitbeschäftigte noch verfassungsgemäß. Dann könnte ein Betrieb, dessen Belegschaft ausschließlich aus mit 0,5 anzurechnenden Teilzeitkräften besteht, 30 Arbeitnehmer beschäftigen. Bei Betrieben bis zu dieser Größe treffen die Gründe für Höherbewertung der Arbeitgeberinteressen in Kleinbetrieben noch zu, bei größeren Belegschaften hingegen nicht mehr. Beispielsweise können im letzteren Fall Leistungsschwächen einzelner Mitarbeiter so durch andere aufgefangen werden, dass sie nicht unmittelbar auf das Unternehmensergebnis durchschlagen. Auch zwischenmenschliche Diskrepanzen wirken sich nicht mehr so gravierend aus.

Es wäre jedoch nicht verfassungsgemäß, den allgemeinen Kündigungsschutz grundsätzlich für alle Arbeitsverhältnisse nur noch im Umfang des verfassungsrechtlich gebotenen Mindestmaßes zu gewährleisten.

## VII. Die Rechtsfolgen der treuwidrigen Kündigung

Vereinzelt war in den fünfziger und sechziger Jahren des vergangenen Jh. ein Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo, aufgrund der Verletzung der vertraglichen Fürsorgepflicht oder wegen eines durch Auslegung gem. § 157 BGB begründeten vertraglichen Ausschlusses treuwidriger Kündigungen in Betracht gezogen worden.<sup>1227</sup> Rechtsprechung und Literatur gehen seit langem jedoch grundsätzlich davon aus, dass die treuwidrige Kündigung nach § 242 BGB als unzulässige Rechtsausübung unwirksam ist.<sup>1228</sup>

---

<sup>1226</sup> BVerfG v. 27.1.1998, AP Nr. 17 zu § 23 KSchG 1969 m.w.Nachw.

<sup>1227</sup> LAG Düsseldorf v. 30.8.1956, BB 1956, S. 1198; LAG Baden-Württemberg, Außenk. Stuttgart v. 28.2.1961, BB 1961, S. 754; *Adomeit*: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 1962, S. 75 f.; *Bötticher*: Die "sozial ungerechtfertigte Kündigung" im Sinne des KSchG vom 10.8.1951, MDR 1952, S. 260, S. 264; *Hueck/Nipperdey*: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 1, 7. Aufl. 1963, S. 559 i.V.m. dort Fn. 80; *Joachim*: Die sittenwidrige Kündigung, DBetrV 1957, S. 221, 224; *Molitor*: Die Kündigung, 2. Aufl. 1951, S. 226 f.; *Nikisch*: Arbeitsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 1961, S. 801 dort Fn. 207; *Zeitmann*: Kündigung von nicht unter das Kündigungsschutzgesetz fallenden Arbeitnehmern, BIStSozArbR 1960, S. 124 f.

<sup>1228</sup> BAG v. 13.7.1978, AP Nr. 18 zu § 102 BetrVG 1972 m. Anm. Hueck; BAG v. 2.11.1983, AP Nr. 29 zu § 102 BetrVG 1972; LAG Düsseldorf v. 31.5.1978, BB 1978, S. 1266; LAG Bremen v. 29.10.1985, LAGE § 242 BGB, Nr. 1

Abweichend davon wurde allerdings zum Ende des 19. Jh. teilweise bei unzeitiger Kündigung ein Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers in Anlehnung an die gesetzlichen Fälle der unzeitigen Kündigung in den §§ 671 Abs. 2, 723 Abs. 2 BGB wegen Verletzung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts vertreten.<sup>1229</sup> Dem hielt das BAG entgegen, dass die Rechtsfolge der gesetzlichen Fälle nicht verallgemeinerungsfähig sei. Aus den genannten Vorschriften ergebe sich lediglich, dass die Rechtsfolge der Unwirksamkeit nicht allein aufgrund des Zugangszeitpunkts angenommen werden könne.<sup>1230</sup>

Bei der unzulässigen Kündigung kurz vor Ablauf der Wartezeit wird abweichend vom Grundsatz nicht von der Nichtigkeit ausgegangen, sondern ausnahmsweise das KSchG für anwendbar erachtet.<sup>1231</sup>

### Stellungnahme

In Übereinstimmung mit der h.M. ist eine treuwidrige Kündigung grundsätzlich nichtig; auch wenn sie kurz vor Ablauf der Wartezeit erfolgt. Dies ergibt sich aus dem allgemeinen zivilrechtlichen Gedanken, dass ein Rechtsgeschäft bei Rechtsmissbrauch nach Treu und Glauben nicht die ansonsten mit der Ausübung des Rechts verbundenen Folgen entfalten soll. Ob und inwieweit eine wegen Treuwidrigkeit nichtige Kündigung darüber hinaus wegen Vertragspflichtverletzung einen Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers begründen kann, wird weiter unten erörtert.<sup>1232</sup>

## VIII. Zusammenfassung

Nach den Entscheidungen des BVerfG vom 24.4.1991 und 27.1.1998 ist der Staat durch das Grundrecht der Arbeitsplatzwahlfreiheit in Art. 12 GG verpflichtet, jeden Arbeitnehmer hinsichtlich des Fortbestehens seines Arbeitsplatzes zu schützen. Dieser Schutz erfolgt außerhalb des KSchG im Wesentlichen durch § 242 BGB.

Die staatliche Schutzpflicht erfordert auch in diesem Bereich eine Bindung von Kündigungsgrund und Sozialauswahl an bestimmte Voraussetzungen und garantiert damit grundsätzlich einen Bestandsschutz. Insofern kann der jahrzehntelang vertretene Grundsatz heute nicht mehr aufrechterhalten werden, er sei abschließend durch das KSchG geregelt und außerhalb des Gesetzes sei durch § 242 BGB nur eine Kontrolle der Kündigungsumstände möglich.

Insgesamt handelt es sich jedoch um einen gegenüber dem KSchG schwächeren Bestandsschutz, da er wegen des Abstandsgebots keinesfalls dem des Gesetzes entsprechen darf.

Außerhalb des KSchG ist eine Kündigung grundsätzlich treuwidrig, wenn der Grund keinen Bezug zum Arbeitsverhältnis aufweist (sachfremde Kündigung). In diesem Fall ist das Arbeitnehmerinteresse am Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses vorherrschend. Dieses Kräfteverhältnis kann sich nur dann

---

m. Anm. Buchner; *Herschel/Steinmann/Löwisch*: KSchG, 6. Aufl. 1984, § 13 KSchG Rndr. 52; *KR-Friedrich*: KSchG, 3. Aufl. 1989, § 13 KSchG Rndr. 229; *Bopp*: Kündigung und Kündigungsschutzprozeß im Arbeitsrecht, 1980, S. 181; *Preis*: Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, 1987, S. 398; *Schmidt*: Kündigungsschutz außerhalb des KSchG, AR-Blattei, (D) Kündigungsschutz VIII, 1978, D, II.

<sup>1229</sup> *Soergel/Siebert (Kraft)*: BGB, Bd. 4/1, 12. Aufl. 1997, vor § 620 BGB Rndr. 73; *Linck*: Die nichtige Kündigung, AR-Blattei, (SD) Kündigung III, Mängel der Kündigung, 1010.3, 67. Lief. 8/1999, Rndr. 61 ff.; *Oetker*: Gibt es einen Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes?, AuR 1997, S. 41, 47; *Richard/Wlotzke*: MüHdb. z. ArbR., Bd. 2, 2. Aufl. 2000, § 119 Rndr. 118.

<sup>1230</sup> BAG v. 5.4.2001, NZA 2001, S. 890, 891.

<sup>1231</sup> Vgl. S. 158 f.

<sup>1232</sup> Vgl. S. 244 ff.

ausnahmsweise zugunsten des Arbeitgebers verschieben, wenn seine Interessen aufgrund besonderer Umstände in den Vordergrund rücken. In diesem Fall wäre eine sachfremde Kündigung wirksam. Als Beispiele sachfremder Kündigungen kommen unter anderem Grundrechtsverletzungen in Betracht. Besondere Umstände zur ausnahmsweisen Rechtfertigung einer sachfremden Kündigung können sich etwa aus familiären oder gesellschaftlichen Verpflichtungen oder Verbindungen des Arbeitgebers ergeben.

Demgegenüber ist eine Kündigung, die nicht sachfremd ist sondern in Beziehung zum Arbeitsverhältnis steht, grundsätzlich wirksam, es sei denn hier würden besondere Umstände für eine besondere bevorzugte Berücksichtigung der Arbeitnehmerinteressen sprechen und die Kündigung daher treuwidrig erscheinen lassen. Eine Rolle können hier z.B. die Betriebsgröße, eine lange Betriebszugehörigkeit, das Alter des Arbeitnehmers, seine alleinige Erziehungsverpflichtung oder auch besondere Konstellationen bei sachbezogenen grundrechtsverletzenden Kündigungen spielen.

Ferner kann sich eine Verletzung des § 242 BGB aus einer grob fehlerhaften Sozialauswahl ergeben. Maßgebliche Auswahlkriterien sind Betriebszugehörigkeit, Alter und Unterhaltungspflichten. Im Rahmen der auch hier notwendigen Interessenabwägung spricht die Vermutung grundsätzlich für ein überwiegendes Interesse des Arbeitnehmers am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses, sofern nicht besondere Umstände ein überwiegendes Arbeitgeberinteresse begründen.

Im Übrigen kann eine Kündigung auch aufgrund der Umstände des Einzelfalls gegen § 242 BGB verstoßen. Beispielsweise bei widersprüchlichem Verhalten, einer Kündigung kurz vor Ablauf der Wartefrist, wenn besondere Umstände vorliegen. Treuwidrig ist auch die Kündigung zur Unzeit, wenn dadurch berechnete Interessen des Arbeitnehmers, insbesondere sein Recht auf Achtung der Persönlichkeit, beeinträchtigt werden. Dies gilt ferner für sog. ungehörige Kündigungen, die aufgrund der Form, in der sie ausgesprochen werden, zu missbilligen sind. § 242 BGB wird darüber hinaus verletzt bei einer Kündigung nach Verwirkung des Kündigungsrechts, Verzicht oder Verzeihung.

#### **E. Der Schadenersatz wegen Pflichtverletzung (früher positiver Vertragsverletzung)**

Im Rahmen des Untersuchungsthemas spielten bisher Schadenersatzansprüche des Arbeitnehmers kaum eine Rolle.<sup>1233</sup> Im Handelsvertreter-, Miet-, Pacht- und Architektenrecht ist demgegenüber bei sachlich ungerechtfertigter Kündigung eines Vertrags der Schadenersatzanspruch aus dem Rechtsgrund der Pflichtverletzung<sup>1234</sup> seit langem anerkannt.

#### **I. Schadenersatz wegen Pflichtverletzung bei unberechtigter Kündigung eines Handelsvertretervertrags**

Seit 1966 vertritt der BGH unter allgemeiner Zustimmung der Literatur die Auffassung, dass die fristlose Kündigung eines Handelsvertreters ohne hinreichenden wichtigen Grund den Unternehmer bei Verschulden wegen Pflichtverletzung zum Schadenersatz verpflichtet.<sup>1235</sup> Die Begründung ist kurz und

---

<sup>1233</sup> Vgl. S. 9 ff., 39 ff., 77.

<sup>1234</sup> Der Begriff der Pflichtverletzung hat mit der Schuldrechtsreform 2002 die bisher gebräuchliche Bezeichnung „positive Vertragsverletzung“ abgelöst und wird insofern nachfolgend ausschließlich verwendet. Vgl. auch BAG v. 12.6.2003, BB 2003, S. 2747, 2749.

<sup>1235</sup> BGH v. 14.11.1966, NJW 1967, S. 248, 250; BGH v. 12.1.1970, DB 1970, S. 339; BGH v. 7.7.1978, BB 1979, S. 242, 243; BGH v. 11.10.1990, DB 1990, S. 2592; BGH v. 22.11.2000, NJW 2001, S. 821 unter Verweis auf das



findet sich nur in der ersten Entscheidung: Der Handelsvertreter sei durch die unberechtigte Maßnahme des Unternehmers daran gehindert, weitere Aufträge abschließen und könne keine weiteren Provisionen verdienen. Eine intensive Diskussion über die einzelnen Voraussetzungen des Anspruchs, insbesondere darüber, welche Pflicht aus dem Handelsvertretervertrag der Unternehmer durch die Kündigung verletzt, erfolgte bis heute nicht.

## II. Schadensersatz wegen Pflichtverletzung bei unberechtigter Kündigung eines Mietvertrags

Nach anfänglich heftiger Diskussion in den siebziger und achtziger Jahren des letzten Jh. hat sich inzwischen im Mietrecht die gefestigte Rechtsauffassung entwickelt, dass eine sachlich unbegründete Eigenbedarfskündigung eine Pflichtverletzung sein kann und bei Vorliegen von Verschulden und eines kausal verursachten Schadens den Vermieter wegen Pflichtverletzung zum Schadensersatz verpflichtet.<sup>1236</sup> Relevant geworden sind Fälle eines vorgetäuschten Eigenbedarfs, des nach der Kündigung weggefallenen Eigenbedarfs und Fälle, in denen die wahrheitsgemäß angegebenen Umstände bereits im Zeitpunkt der Kündigung keinen Eigenbedarf begründet hatten.

### 1. Pflichtverletzung

Nach h.M. verletzt der Vermieter seine Pflichten aus dem Mietvertrag, wenn sich aus den nach § 564 a BGB a.F. (heute §§ 568, 573 Abs. 3 BGB n.F.) schriftlich anzugebenden Kündigungsgründen ein nur vorgetäuschter Eigenbedarf ergibt, der den Mieter zur widerspruchslosen Räumung der Wohnung veranlasst hat. Der Vermieter verweigere durch die unwirksame Kündigung die Erfüllung des nach wie vor bestehenden Mieteranspruchs auf Gebrauchsüberlassung.<sup>1237</sup> Mit der Weigerung, den Mietvertrag zu erfüllen, verletze der Vermieter die Leistungstreuepflicht. Diese sich aus § 242 BGB ergebenden Pflicht wohne nach allgemein anerkannter Auffassung jedem Schuldverhältnis inne. Sie verpflichte die Vertragspartner, den Vertragszweck nicht zu gefährden oder zu beeinträchtigen und stelle eine

---

vorausgegangene rechtskräftige Urteil des LG Mainz; *Ebenroth, u.a. (Löwisch)*: HGB, 2001, § 89 a HGB Rndr. 64; *Glanegger (Ruß)*: HGB, 5. Aufl. 1999, 89 a HGB Rndr. 1; *Hopt/Merk/Baumbach (Hopt)*: HGB, 32. Aufl. 2006, § 89 a HGB Rndr. 40; *MüKO-Hoyningen-Huene*: HGB, 1996, § 89 a HGB Rndr. 81; *Schlegelberger*: HGB, 5. Aufl. 1973, § 89 a HGB Rndr. 19 ff. Die gleiche Ansicht vertrat der BGH darüber hinaus im Hinblick auf die ungerechtfertigte fristlose Kündigung durch einen Handelsvertreter (BGH v. 30.5.2001, DB 2001, 2189 f.) und in Bezug auf die unberechtigte Kündigung eines Architektenvertrags durch den Bauherrn (BGH v. 5.12.1968, NJW 1969, S. 419).

<sup>1236</sup> OLG Celle v. 8.11.1983, WuM 1984, S. 5 f.; LG Kiel v. 12.3.1975, NJW 1975, S. 1973; LG Freiburg/BR. v. 20.2.1979, WM 1979, S. 215; LG Berlin v. 21.6.1986, Grundeigentum 1986, S. 453; *Erman/Westermann* (Hrsg.) (*Jendrek*): BGB, Bd. 1, 10. Aufl. 2000, § 564 b BGB Rndr. 51; *Barthelmess*: Wohnraumkündigungsschutzgesetz, Miethöhegesetz, 5. Aufl. 1995, § 564 B BGB Rndr. 242; *Schmidt-Futterer*: Wohnraumschutzgesetz, 6. Aufl. 1988, B 609, S. 341; *Schmidt-Futterer (Eisenschmid)*: Mietrecht, 8. Aufl. 2003, Rndr. 503 f.; *Staudinger (Sonnenschein)*: BGB, 12. Aufl. 1978, § 564 b BGB Rndr. 134 f.; *Staudinger (Rolf)*: BGB, Neubearb. 2003, § 573 BGB Rndr. 167; *Kinne*: Wohnraumkündigung wegen Vertragsverletzung des Mieters und wegen Eigenbedarf des Vermieters - Voraussetzungen und Folgen (Teil III), ZMR 2001, S. 321, 322; *Köhler/Krossmann*: Handbuch der Wohnraummiete, 6. Aufl. 2003, § 123 Rndr. 1 ff.; *Löwe*: Kein Schadensersatz wegen Vorspiegelung des Eigenbedarfs, ZMR 1975, S. 289, 290; *Sternel*: Schadensersatz bei unberechtigter Kündigung von Mietverhältnissen, MDR 1976, S. 265 f., 267; *ders.*: Mietrecht aktuell, 3. Aufl. 1996, Rndr. 631.

<sup>1237</sup> LG Freiburg/BR. v. 20.2.1979, WM 1979, S. 215; LG Saarbrücken v. 19.12.1988, WuM 1989, S. 25 f.; *Sternel*: Mietrecht aktuell, 3. Aufl. 1996, Rndr. 631.

Pflichtverletzung da.<sup>1238</sup> Ferner enthalte § 753 BGB n.F. (früher § 564 b BGB a.F.) die Pflicht, nur bei Vorliegen der dortigen Voraussetzungen zu kündigen. Die Vortäuschung des Eigenbedarfs sei auch deshalb eine vertragswidrige Handlung.<sup>1239</sup>

Eine inzwischen verstummte Stimme argumentiert früher dagegen, der Mieter habe aus dem Mietverhältnis kein Recht darauf, dass der Vermieter sein Kündigungsrecht nur dann ausübe, wenn es gerechtfertigt sei.<sup>1240</sup> Eine entsprechende Pflicht ließe sich deshalb nicht aus § 242 BGB ableiten. Eine unrichtige Kündigung sei lediglich nichtig. Darüber hinaus könne sich aus dem besonderen Vertrauensverhältnis zwischen Mieter und Vermieter kein Anspruch auf Ersatz der Schäden ergeben, die infolge einer Räumung nach vorgetäuschter Eigenbedarfskündigung entstanden seien. Diese Schäden seien letztlich durch die Räumung verursacht worden und nicht durch die Kündigung. Weiter wurde gegen die h.M. eingewendet, die Vortäuschung von Eigenbedarf könne keine Pflichtverletzung sein, weil sie keine Verletzung von Mietvertragsnormen sei sondern nur Normen des gesetzlichen Mietrechts betreffe.<sup>1241</sup>

Nach h.M. soll ferner dann eine Pflichtverletzung vorliegen, wenn der bei Ausspruch der Kündigung bestehende Eigenbedarf vor der Räumung der Wohnung durch den Mieter weggefallen ist, der Vermieter dies jedoch verschwiegen hat und der Mieter infolgedessen ausgezogen ist.<sup>1242</sup> In diesem Fall treffe den Vermieter die vertragliche Pflicht, den Mieter auf die geänderte Rechtssituation, also den Wegfall des Eigenbedarfs hinzuweisen. Ausnahmsweise soll die Hinweispflicht jedoch entfallen, wenn der Vermieter ein rechtskräftiges Räumungsurteil erstritten hat.<sup>1243</sup> Hier sei die Rechtswirksamkeit der Eigenbedarfskündigung nicht mehr angreifbar und könne in einem nachfolgenden Schadensersatzprozess nicht anders beurteilt werden.

Teils wird allerdings in diesem zweiten Fall nur dann eine Pflichtverletzung angenommen, wenn der Vermieter den späteren Wegfall des Eigenbedarfs trotz Nachfragen des ehemaligen Mieters verschweige. § 753 BGB n.F. (früher § 564 b BGB a.F.) lasse die Kündigung nur bei berechtigtem Interesse zu, und in den meisten Fällen würde der Mieter auf die Kündigungsberechtigung vertrauen. Dieses Vertrauen würde jedoch den Vermieter nicht von seiner Pflicht befreien, nur berechtigt zu kündigen. Erhalte der Mieter nach dem Auszug Kenntnis von Umständen, die ihn an der Berechtigung zweifeln ließen, könne er vom Vermieter den Grund für den Wegfall des Eigenbedarfs erfragen. Dieses Recht ergebe sich überdies aus den Grundsätzen unseres sozialen Mietrechts, das der wichtigen

---

<sup>1238</sup> LG Kiel v. 12.3.1975, NJW 1975, S. 1973; LG Freiburg/BR. v. 20.2.1979, WM 1979, S. 215 unter Verweis auf BGHZ 51, S. 190, 192; BGH v. 14.11.1966, NJW 1967, S. 248, 250; *Sternel*: Schadensersatz bei unberechtigter Kündigung von Mietverhältnissen, MDR 1976, S. 265, 266.

<sup>1239</sup> *Schmidt-Futterer*: Wohnraumschutzgesetz, 6. Aufl. 1988, B 609, S. 341.

<sup>1240</sup> *Schickedanz*: Schadensersatz wegen Vorspielgelung des Eigenbedarfs?, ZMR 1975, S. 196, 197.

<sup>1241</sup> *Schickedanz*: Schadensersatz wegen Vorspielgelung des Eigenbedarfs?, ZMR 1975, S. 196, 197.

<sup>1242</sup> OLG Karlsruhe v. 7.10.1981, NJW 1982, S. 54 f.; OLG Celle v. 8.11.1983, WuM 1984, S. 5 f.; BayObLG v. 25.5.1982, NJW 1982, S. 203 f.; LG Düsseldorf v. 12.2.1976, ZMR 1976, S. 281 f.; LG Freiburg/Br. v. 16.6.1977, WM 1978, S. 122 f.; AG Butzbach v. 28.8.1984, WuM 1986, S. 89 f.; *Barthelmess*: Wohnraumkündigungsschutzgesetz, Miethöhegesetz, 5. Aufl. 1995, § 564 b BGB Rndr. 240; *Kinne*: Wohnraumkündigung wegen Vertragsverletzung des Mieters und wegen Eigenbedarf des Vermieters - Voraussetzungen und Folgen (Teil III), ZMR 2001, S. 321, 322 f.; *Köhler/Krossmann*: Handbuch der Wohnraummiete, 6. Aufl. 2003, § 123 Rndr. 7; *Sternel*: Schadensersatz bei unberechtigter Kündigung von Mietverhältnissen, MDR 1976, S. 265, 267; *ders.*: Mietrecht aktuell, 3. Aufl. 1996, Rndr. 631.

<sup>1243</sup> AG Düsseldorf v. 11.2.1997, DWW 1997, S. 156.

Bedeutung der Wohnung als Lebensmittelpunkt Rechnung trüge. Teils wird die Pflicht ohne nähere Begründung nach der Räumung abgelehnt.<sup>1244</sup>

Entsprechen die Tatsachen, mit denen der Vermieter die Kündigung begründet, zwar der Wahrheit, reichen sie jedoch für eine Eigenbedarfskündigung i.S.d. § 753 BGB n.F. (früher § 564 b BGB a.F.) nicht aus, wird eine Pflichtverletzung drittens in Anlehnung an die Begründung zum vorgetäuschten Eigenbedarf überwiegend - jedoch ohne weitere Erläuterungen - angenommen.<sup>1245</sup>

Vereinzelte Gegenstimmen begründen ihre Ablehnung einer Pflichtverletzung in dieser Fall mit folgenden Argumenten:<sup>1246</sup> Eine Kündigung sei zwar grundsätzlich geeignet, das Vertrauen des Mieters auf einen ungestörten Fortgang des Vertrags zu erschüttern und insofern sei eine aus Rechtsgründen unwirksame Kündigung auch eine Störung des Vertragszwecks. Ferner stehe ein vertragliches Rücktrittsrecht grundsätzlich nur dann zu, wenn die Fortsetzung des Vertrages nicht zumutbar ist. Deshalb könne auch nur dann eine relevante Pflichtverletzung vorliegen, wenn der Mieter durch die unwirksame Kündigung entgegen Treu und Glauben unzumutbar belastet würde, und sich die Räumung der Wohnung als Konsequenz eines vom Vermieter zerstörten Vertrauensverhältnisses darstelle.

Die aus Rechtsgründen unwirksame Kündigung belaste jedoch weder den Mieter unzumutbar noch werde dadurch die Vertrauensgrundlage zwischen den Parteien zerstört, wenn der Vermieter lediglich Kündigungsgründe mitteilt, die ihm nach seinem Dafürhalten zu Kündigung berechtigen, mag sich dies auch bei nachträglicher rechtlicher Würdigung als falsch herausstellen.

## 2. Verschulden, d.h. Vertretenmüssen der Pflichtverletzung

In allen drei vorgestellten Fällen der unberechtigten Eigenbedarfskündigung muss den Vermieter ein Verschulden, d.h. mindestens Fahrlässigkeit treffen.

Bei vorgetäushtem Eigenbedarf kündigt er vorsätzlich. Begründen dagegen die wahrheitsgemäß angeführten Tatsachen nach rechtlicher Bewertung keinen Eigenbedarf, wird in Bezug auf die Verantwortlichkeit wegen Fahrlässigkeit vertreten, dass der Vermieter sich grundsätzlich vor der Kündigung mit den zumutbaren Mitteln Gewissheit darüber verschaffen müsse, ob die vorhandenen Gründe die Kündigung rechtfertigen können.<sup>1247</sup> Wegen der hohen Schutzbedürftigkeit des Mieters werden diesbezüglich strenge Anforderungen gestellt. Dem Vermieter wird zugemutet, sich vor Ausspruch der Kündigung bei fachkundiger Stelle zu informieren, d.h. z.B. bei der Interessenvereinigung der Vermieter<sup>1248</sup>, einem Rechtsanwalt oder einer öffentlichen Rechtsauskunftsstelle.<sup>1249</sup>

---

<sup>1244</sup> OLG Karlsruhe v. 7.10.1981, NJW 1982, S. 54 f.; BayObLG v. 25.5.1982, NJW 1982, S. 203 f.

<sup>1245</sup> BGH v. 11.1.1984, NJW 1984, S. 1028, 1029 f.; BGH v. 14.1.1988, NJW 1988, S. 1268 f. (Pachtvertrag); LG Kiel v. 12.3.1975, NJW 1975, S. 1973; LG Hamburg v. 22.4.1976, MDR 1976, S. 844 f.; LG Kassel v. 27.8.1987, WuM 1989, S. 392 f.; AG Hamburg-Harburg v. 28.5.1976, WM 1978, S. 65 f.

<sup>1246</sup> OLG Hamm v. 31.1.1984, NJW 1984, S. 1044; AG Sinzig v. 30.1.1990, WuM 1990, S. 512.

<sup>1247</sup> BGH v. 11.1.1984, NJW 1984, S. 1028, 1029 f.; LG Kiel v. 12.3.1975, NJW 1975, S. 1973; LG Freiburg/BR. v. 20.2.1979, WM 1979, S. 215 f.; AG Hamburg-Harburg v. 28.5.1976, WM 1978, S. 65.

<sup>1248</sup> Verband der deutschen Haus-, Wohnungs-, und Grundeigentümer e.V., kurz Haus & Grund.

<sup>1249</sup> *Staudinger* (*Sonnenschein*): BGB, 12. Aufl. 1978, § 564 b BGB Rndr. 135; *Barthelmess*: Wohnraumkündigungsschutzgesetz, Miethöhegesetz, 5. Aufl. 1995, § 564 b BGB Rndr. 241; *Sternel*: Schadensersatz bei unberechtigter Kündigung von Mietverhältnissen, MDR 1976, S. 265, 266; *ders.*: Mietrecht aktuell, 3. Aufl. 1996, Rndr. 632.

### **III. Schadensersatz wegen Pflichtverletzung bei unberechtigter Kündigung des Arbeitsverhältnisses außerhalb des KSchG**

Im Arbeitsrecht hat sich das BAG bisher in der Entscheidung vom 12.6.2003 unter dem Gesichtspunkt der Pflichtverletzung nur mit dem Ersatzanspruch eines Arbeitnehmers wegen sozial ungerechtfertigter Kündigung befasst.<sup>1250</sup>

Es stellt sich jedoch darüber hinaus die Frage, ob auch eine nicht den sachlichen Anforderungen an den Kündigungsgrund genügende und daher nach § 242 BGB unwirksame Kündigung außerhalb des KSchG<sup>1251</sup> den Arbeitgeber wegen Pflichtverletzung zum Schadensersatz verpflichten kann.

Für Arbeitsverhältnisse, die nach dem 1.1.2002 begründet wurden, ist § 280 BGB n.F. maßgeblich. Für früher abgeschlossene Arbeitsverträge gilt die bis zum 31.12.2001 bestehende Rechtslage, d.h. Anspruchsgrundlage sind in diesen Fällen die §§ 280, 286 BGB a.F. analog. § 280 BGB n.F. bzw. die §§ 280, 286 BGB a.F. analog können jedoch durch die Spezialregelung der Pflichtverletzung in § 628 Abs. 2 BGB verdrängt werden.<sup>1252</sup>

#### **1. Pflichtverletzung durch sachlich unberechtigte Kündigung**

Zunächst müsste der Arbeitgeber durch die sachlich unzureichende und nach § 242 BGB unwirksame Kündigung eine Pflicht aus dem Arbeitsvertrag verletzt haben.

Das bereits angesprochene Urteil des BAG vom 12.6.2003<sup>1253</sup> lässt vermuten, dass das Gericht in einer sozial ungerechtfertigten Kündigung i.S.d. § 1 KSchG auch eine Pflichtverletzung i.S.d. § 280 BGB sieht. Gegenstand des Verfahrens war unter anderem die Frage, ob der Verlust einer Anwartschaft auf betriebliche Altersversorgung nach Auflösung eines Arbeitsverhältnisses gemäß § 9 KSchG als gesonderter Schaden ersatzfähig ist.

Das Gericht verneinte zunächst § 628 Abs. 2 BGB als Anspruchsgrundlage mit der hier nicht weiter relevanten Begründung, dass der Verlust der Anwartschaft wegen des Charakters der nach den §§ 9, 10 KSchG festgesetzten Abfindung kein nach dieser Vorschrift ersatzfähiger Schaden sei. Dabei bestätigte es erneut, dass § 628 Abs. 2 BGB grundsätzlich nicht nur bei einer fristlosen Kündigung i.S.d. §§ 626, 627 BGB sondern auch dann zur Anwendung kommt, wenn das Arbeitsverhältnis auf sonstige Weise beendet wird, und der andere Vertragsteil durch vertragswidriges schuldhaftes Verhalten hierfür den Anlass gegeben hat.<sup>1254</sup> Dabei müsse allerdings das Auflösungsver schulden den Merkmalen des wichtigen Grundes i.S.d. § 626 BGB entsprechen.

Darüber hinaus prüfte das Gericht die Anspruchsgrundlage der Pflichtverletzung. Es stellte fest, dass § 280 BGB n.F. noch keine Anwendung fand, da das Arbeitsverhältnis vor dem 1.1.2002 entstanden war und deshalb nach Art. 229 § 5 EGBGB die bis zu diesem Tag bestehende Fassung des Gesetzes

---

<sup>1250</sup> BAG v. 12.6.2003, BB 2003, S. 2747, 2749.

<sup>1251</sup> Vgl. S. 228 ff.

<sup>1252</sup> BAG v. 12.6.2003, BB 2003, S. 2747, 2749.

<sup>1253</sup> BAG v. 12.6.2003, BB 2003, S. 2747, 2749.

<sup>1254</sup> So bereits BAG v. 10.5.1971, AP Nr. 6 zu § 628 BGB; BAG v. 11.2.1981, AP Nr. 8 zu § 4 KSchG 1969; *Erman/Westermann* (Hrsg.) (*Belling*): BGB, Bd. 2, 10. Aufl. 2000, § 826 BGB Rndr. 23; *KR-Weigand*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 628 BGB Rndr. 20; *MüKo-Schwerdtner*: BGB, Bd. 4, 3. Aufl. 1997, § 628 BGB Rndr. 33. Zu den Hintergründen vgl. *ErfK (Müller-Glöge)*: Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2006, § 628 BGB Rndr. 43.

galt. Im Anschluss daran führte das BAG aus, dass ein Anspruch aus Pflichtverletzung auch nach der vor dem 1.1.2002 geltenden Rechtsgrundlage der §§ 280, 286 BGB a.F. analog ausscheide, da § 628 Abs. 2 BGB als Spezialfall der Pflichtverletzung einen Rückgriff auf die allgemeineren Vorschriften verbiete. Dadurch bringt es zugleich zum Ausdruck, dass, wenn es nicht um ein Auflösungsver schulden i.S.d. § 626 BGB geht, die allgemeine Rechtsgrundlage des § 280 BGB n.F. Anwendung findet. Indirekt ergibt sich daraus, dass das BAG auch sozialwidrige Kündigungen als Vertragspflichtverletzung i.S.d. § 280 BGB n.F. ansieht.

Die sachlich unzulässige Kündigung außerhalb des KSchG stellt ebenso wie die ungerechtfertigte Kündigung eines Mietvertrags oder eines Arbeitsvertrags im Geltungsbereich des KSchG eine Pflichtverletzung i.S.d. § 280 BGB n.F. dar. Zum einen ist im Miet- wie im Arbeitsrecht das ordentliche Kündigungsrecht des einen Vertragspartners aufgrund der grundsätzlichen Schutzbedürftigkeit der anderen Partei inhaltlich an Voraussetzungen gebunden. Die sachliche Beschränkung des Kündigungsrechts ist ferner in allen Fällen verfassungsrechtlich verankert. Im Mietrecht vereitelt der Vermieter durch die unwirksame Kündigung den für den Mieter wirtschaftlich oder persönlich existenziell wichtigen Gebrauch der Mietsache, sofern er - von der Berechtigung der Kündigung überzeugt - die Wohnung räumt. Im Arbeitsrecht ist die Situation noch brisanter. Hier entfällt die Leistung des Arbeitgebers nicht erst, wenn der Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz räumt. Mit Ablauf der Kündigungsfrist der unwirksamen Kündigung stellt der Arbeitgeber vielmehr die Gehaltszahlungen ein. Dadurch ist die wirtschaftliche Existenzgrundlage des Arbeitnehmers noch stärker gefährdet als die des Mieters, der grundsätzlich die Möglichkeit hat, zunächst einmal die Räumung der Wohnung abzulehnen.

Zum anderen verweigert der Kündigende ganz allgemein, unabhängig von der sachlichen Berechtigung der Kündigung, die Leistung für die Zukunft. Die gesetzlich unberechtigte Kündigung ist insofern eine unberechtigte Leistungsverweigerung und Vereitelung des Vertragszwecks. Die als vertragliche leistungsbezogene Nebenpflicht anerkannte Leistungstreuepflicht verpflichtet jeden Vertragspartner, den vereinbarten Vertragszweck nicht zu gefährden. Da durch die ungerechtfertigte Kündigung der Vertragszweck vereitelt wird, ist also die Leistungstreuepflicht verletzt.

Eine sachlich unzulässige Kündigung außerhalb des KSchG ist daher nicht nur nach § 242 BGB treuwidrig, sondern stellt auch eine Pflichtverletzung i.S.d. § 280 BGB n.F. dar. Dabei ist es für die Frage des Vorliegens der Pflichtverletzung unerheblich, ob der Arbeitgeber wissentlich zu Unrecht gekündigt hat oder von seiner Berechtigung ausgegangen ist. Die Verletzung der Leistungstreuepflicht ist als objektive Voraussetzung des Ersatzanspruchs unabhängig davon, ob das Vertrauen des Arbeitnehmers auf den weiteren Fortbestand des Arbeitsverhältnisses bewusst oder unbewusst verletzt wird.

## **2. Verschulden, d.h. Vertreten müssen der Pflichtverletzung**

Ein Ersatzanspruch nach § 280 BGB n.F. bzw. den §§ 280, 286 BGB a.F. analog setzt jedoch voraus, dass der Arbeitgeber die unwirksame Kündigung - also die Pflichtverletzung - auch zu vertreten hat. Erst hier wird bedeutsam, ob sich der Arbeitgeber seiner fehlenden Kündigungsberechtigung bewusst war. Nach § 276 BGB hat er grundsätzlich Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten.

Der Arbeitgeber spricht die nach § 242 BGB unwirksame Kündigung vorsätzlich zu Unrecht aus, wenn er aktuell weiß, dass sie den sachlichen Anforderungen außerhalb des KSchG nicht genügt. Es ist allerdings anders als im Fall des mietrechtlichen Eigenbedarfs nicht dazu verpflichtet, dem Arbeitnehmer den Kündigungsgrund mitzuteilen. Die vorsätzlich treuwidrigen Kündigungen werden

jedoch in der Praxis nicht allzu häufig vorkommen. Der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit wird weit häufiger im Bereich der Fahrlässigkeit zu suchen sein, weil der Arbeitgeber in der Regel davon ausgeht, zu Recht zu kündigen.

Diese Fehleinschätzung hat er zu vertreten, wenn er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. Allerdings können hier nicht die gleichen strengen Maßstäbe wie im Mietrecht angelegt werden.

Zwar besteht auch außerhalb des KSchG eine Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers. Mit dem Ausschluss bestimmter Beschäftigter aus dem KSchG hat der Gesetzgeber jedoch die Vorrangigkeit der Arbeitgeberinteressen in diesem Bereich festgeschrieben. Damit wäre es unvereinbar, dem Arbeitgeber außerhalb des KSchG ähnliche Sorgfaltspflichtenanforderungen wie im Mietrecht bei der Prüfung der sachlichen Kündigungsberechtigung aufzuerlegen. Da der Ausschluss bestimmter Arbeitnehmer aus dem KSchG dem Arbeitgeber eine leichtere Lösbarkeit der Arbeitsverhältnisse als innerhalb des KSchG sichern soll, muss eine Sorgfaltspflichtverletzung auf solche Fälle beschränkt bleiben, in denen er aufgrund eines gesunden Menschenverstandes und seiner eigenen vorhandenen Kenntnisse ohne weiteres die sachliche Unzulässigkeit der Kündigung außerhalb des KSchG hätte erkennen können.

### **3. Schaden**

Des weiteren setzt der Schadensersatzanspruch voraus, dass dem Arbeitnehmer durch die sachlich ungerechtfertigte, nach § 242 BGB nichtige Kündigung des Arbeitgebers ein Schaden entstanden ist.

Hat sich er zunächst erfolgreich gerichtlich gegen die Kündigung zur Wehr gesetzt, besteht das Arbeitsverhältnis fort. Er kann insofern die Arbeitslosigkeit nicht als Schaden geltend machen. Hingegen sind die von ihm zu tragenden Gerichtskosten im Zusammenhang mit der Überprüfung der Kündigung berücksichtigungsfähig. Dies wird bei angefallenen Anwaltskosten oder sonstigen Prozessvertretungskosten nur für die durch ein Berufungs- oder Revisionsverfahren entstandenen Belastungen gelten können, da der Arbeitnehmer hier anders als im ersten Rechtszug nicht zu gerichtserheblichen Handlungen befugt ist.

Hat sich der Arbeitnehmer zwischenzeitlich, da er sich des Prozessausgangs nicht sicher sein konnte, anderweitig beworben, sind als Schaden auch die Bewerbungskosten anzusehen, die nicht von einem interessierten Unternehmen ersetzt werden (z.B. Kosten für Bewerbungsunterlagen, -fotos, Porto, Telefonkosten). Dies muss auch für Kosten einer Qualifizierungsmaßnahme gelten, wenn der Arbeitnehmer ohne sie auf dem Arbeitsmarkt geringere Chancen gehabt hätte.

War die Bewerbung erfolgreich, befindet sich der neue Arbeitsplatz nicht zwangsläufig am Ort des bisherigen Arbeitgebers. Insofern können dem Arbeitnehmer als Schaden zu berücksichtigende Kosten durch einen Umzug oder höhere Wegeaufwendungen entstehen. Ein Nachteil kann sich auch daraus ergeben, dass das neue Gehalt niedriger als das bisherige ist.

Der Verlust von Anwartschaften einer betrieblichen Altersversorgung wird bei dem Ersatzanspruch wegen Pflichtverletzung außerhalb des KSchG nicht als Schaden zu berücksichtigen sein. Erscheint es doch sehr unwahrscheinlich, dass bei Arbeitnehmern außerhalb des KSchG überhaupt Anwartschaften bestehen. Erfolgt die Kündigung des Arbeitgebers innerhalb der Wartefrist des § 1 KSchG, scheidet der Erwerb bereits wegen der kurzen Betriebszugehörigkeit aus. Kleinbetriebe werden in der Regel bereits wegen mangelnder finanzieller Möglichkeiten keine ausschließlich arbeitgeberfinanzierte

Altersversorgung anbieten. Darüber hinaus käme ein Verlust derartiger Anwartschaften grundsätzlich nur dann in Betracht, wenn das Arbeitsverhältnis nach der unwirksamen Kündigung des Arbeitgebers auf andere Weise beendet würde.

#### **4. Kausalität**

Der Schaden ist dem Arbeitnehmer ist jedoch vom Arbeitgeber nur dann zu ersetzen, wenn er auch ursächlich durch seine Pflichtverletzung hervorgerufen wurde. Die Anwalts-, Gerichtskosten und Bewerbungskosten sind unmittelbar auf die Kündigung zurückzuführen. Es kann dem Arbeitnehmer, und wegen seines zwischenzeitlich gegebenenfalls bestehenden Anspruches auf Arbeitslosengeld, auch der Sozialgemeinschaft der Versicherten nicht zugemutet werden, mit der Suche nach einem anderen Arbeitsplatz bis zum Ausgang des Kündigungsschutzverfahrens zu warten. Bei den Qualifizierungskosten muss im Einzelfall sorgfältig geprüft werden, inwieweit sie zur erfolgreichen Arbeitsplatzsuche notwendig waren. Daran bestehen z.B. Zweifel, wenn sie in erster Linie dem Zweck dienen, den nächsten beruflichen Entwicklungsschritt vorzubereiten. Nur wenn ohne sie eine neue vergleichbare Stelle längerfristig nicht möglich gewesen wäre, kann die Kündigung des Arbeitgebers als ursächlich angesehen werden.

Problematisch ist die Ursächlichkeit bei den Umzugskosten, den höheren Wegekosten und der Gehaltseinbuße. Man könnte sich auf den Standpunkt stellen, dass der Auslöser hierfür nicht in der unwirksamen Kündigung des Arbeitgebers zu sehen ist, sondern in dem Abschluss des neuen Arbeitsvertrags. Dies wäre jedoch eine rein formalistische Betrachtungsweise, die der Situation nicht gerecht würde. Hat sich der Arbeitnehmer nicht nachweislich bereits vor der Kündigung aus eigenem Antrieb um einen neuen Arbeitsplatz bemüht, wurden seine Aktivitäten ausschließlich durch die nicht gerechtfertigte Maßnahme des Arbeitgebers veranlasst. Dabei ist dem Arbeitnehmer kein Abwarten bis zum Abschluss der gerichtlichen Überprüfung der Kündigung zumutbar, zumal auch die Geltendmachung des Ersatzanspruchs seit 1.1.2004 der Frist des § 4 KSchG unterliegt<sup>1255</sup>. Er braucht ferner seine Suche nach einem neuen Arbeitsplatz nicht insoweit zu beschränken, dass er weder umziehen, noch weiter fahren muss. Auch für eine eventuelle Gehaltseinbuße beim neuen Arbeitgeber wird die Kündigung regelmäßig ursächlich sein.

Allerdings können Gehaltseinbußen nicht unbegrenzt, sondern nur bis zum Ablauf eines Jahres nach Begründung des neuen Arbeitsverhältnisses als Schaden gelten. Zum einen wird hierdurch angemessen berücksichtigt, dass das vorherige Arbeitsverhältnis nicht in den Geltungsbereich des KSchG gefallen war. Zum anderen endet nach diesem Zeitraum die Verantwortung des bisherigen Arbeitgebers für den Schaden in Form einer Gehaltseinbuße. Die Höhe des Gehalts beim neuen Arbeitgeber wird nach einem Jahr Betriebszugehörigkeit unabhängig von der ehemals unwirksamen Kündigung des alten Arbeitgebers ausschließlich durch das Leistungsverhalten des Arbeitnehmers, die Gehaltsstruktur des neuen Betriebs und die tariflichen bzw. einzelvertraglich Gehaltserhöhungen bestimmt.

#### **5. Umfang des Schadensersatzes**

Nach den §§ 280 n.F., 249 BGB (bzw. den §§ 280, 286 BGB a.F. analog, 249 BGB) sind dem Arbeitnehmer alle Schäden zu ersetzen, die unmittelbar oder mittelbar durch die unwirksame Kündigung des Arbeitgebers entstanden sind, soweit sie nicht außerhalb des Schutzzwecks der verletzten Vertragspflicht liegen. Deshalb hat der Arbeitgeber in dem Umfang Schadensersatz zu

---

<sup>1255</sup> Vgl. S. 268 ff.

leisten, in dem dem Arbeitnehmer durch die unwirksame Kündigung die oben erläuterten Schäden im Einzelfall tatsächlich entstanden sind. Etwas anders gilt nur, wenn der Anspruch ausgeschlossen oder beschränkt ist.

Ein Ausschluss könnte sich daraus ergeben, dass das Arbeitsverhältnis nach der unwirksamen Kündigung durch eine Aufhebungsvereinbarung mit Abgeltungsklausel beendet worden ist. Hat der Arbeitnehmer einen anderen Arbeitsplatz gefunden, wird er das wegen der Unwirksamkeit der Kündigung fortbestehende Arbeitsverhältnis beenden wollen. Kommt es deshalb zu einer einvernehmlichen, gerichtlichen oder außergerichtlichen Aufhebung des Arbeitsverhältnisses, wird sie vielfach eine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Zahlung einer Abfindung enthalten und die Bestimmung, dass damit alle Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis abgegolten sind (Abgeltungsklausel). Dadurch wird der Ersatzanspruch nach § 280 BGB ausgeschlossen. Wurde keine Abgeltungsklausel vereinbart, erscheint es sachgerecht, die Abfindung auf den Ersatzanspruch anzurechnen.

Bei der unberechtigten Eigenbedarfskündigung von Wohnraum wurde zeitweilig darüber gestritten, ob die widerspruchslose Räumung der Wohnung die konkludente Annahme eines in der unwirksamen Kündigung des Vermieters liegenden Angebots auf Abschluss einer Vertragsaufhebungsvereinbarung sei und infolgedessen ein Schadensersatzanspruch deshalb entfalle.<sup>1256</sup> Diese Diskussion braucht hier nicht weiter berücksichtigt werden. Die Situationen im Mietrecht und im Arbeitsrecht sind nicht vergleichbar. Bei der Wohnraumkündigung kann sich der Mieter, der ihre Unwirksamkeit annimmt, grundsätzlich während des Kündigungsschutzes dafür entscheiden, die Wohnung nach Ablauf der Kündigungsfrist nicht zu räumen. Räumt er sie jedoch zunächst, ohne sich zur Wehr zusetzen, und klagt anschließend auf Schadensersatz, kann man zu Recht fragen, welchen Einfluss dieses Verhalten auf einen Ersatzanspruch hat. Bei der arbeitsrechtlichen Kündigung erscheint der Arbeitnehmer nach Ablauf der Kündigungsfrist regelmäßig schon deshalb nicht an seinem Arbeitsplatz, weil der Arbeitnehmer seine Gehaltszahlung mit diesem Zeitpunkt einstellt. Diesem Verhalten kann deshalb keinesfalls irgendein Erklärungsinhalt in Bezug auf einen Aufhebungsvertrag zugemessen werden. Insofern kann offen bleiben, inwieweit die unwirksame Kündigung als entsprechendes Angebot in Betracht kommt.

Eine Anspruchsreduzierung unter dem Gesichtspunkt des Mitverschuldens des Arbeitnehmers kommt hingegen nicht in Betracht. Zwar wird bei der unberechtigten Wohnraumkündigung die Räumung der Wohnung - verbunden mit den dadurch anfallenden Kosten für den Bezug einer Ersatzwohnung - auch als Mitverschulden diskutiert.<sup>1257</sup> Bei der sachlich unzulässigen Arbeitgeberkündigung gibt es jedoch kein der Räumung vergleichbares Verhalten des Arbeitnehmers. Kosten, die ihm durch die

---

<sup>1256</sup> BGH v. 11.1.1984, NJW 1984, S. 1028, 1029 f.; OLG Karlsruhe v. 7.10.1981, NJW 1982, S. 55 f.; LG Kiel v. 12.3.1975, NJW 1975, S. 1973; AG Hamburg-Harburg v. 28.5.1976, WM 1978, S. 65; *Barthelmess*: Wohnraumkündigungsschutzgesetz, Miethöhegesetz, 5. Aufl. 1995, § 564 b BGB Rndr. 243; *Schopp*: Ersatzansprüche des Mieters bei Vortäuschen von Eigenbedarf, ZMR 1975, S. 353 ff.; *Sternel*: Schadensersatz bei unberechtigter Kündigung von Mietverhältnissen, MDR 1976, S. 265, 267; *ders.*: Mietrecht aktuell, 3. Aufl. 1996, Rndr. 634.

<sup>1257</sup> BGH v. 11.1.1984, NJW 1984, S. 1028, 1030 f.; OLG Hamm v. 31.1.1984, NJW 1984, S. 1046; LG Hamburg v. 22.4.1976, MDR 1976, S. 844 f.; LG Freiburg/Br. v. 16.6.1977, WM 1978, S. 122 f.; LG Freiburg/BR. v. 20.2.1979, WM 1979, S. 216; LG Kassel v. 27.8.1987, WuM 1989, S. 392 f.; *Barthelmess*: Wohnraumkündigungsschutzgesetz, Miethöhegesetz, 5. Aufl. 1995, § 564 b BGB Rndr. 256; *Staudinger (Sonnenschein)*: BGB, 12. Aufl. 1978, § 564 b BGB Rndr. 138; *Staudinger (Rofls)*: BGB, Neubearb. 2003, § 573 BGB Rndr. 175; *Sternel*: Schadensersatz bei unberechtigter Kündigung von Mietverhältnissen, MDR 1976, S. 265, 268.



Stellensuche oder den Abschluss eines neuen Arbeitsverhältnisses entstehen und Schäden sind, können nicht anspruchsmindernd i.S.d. § 254 BGB berücksichtigt werden. Dem Arbeitnehmer kann nicht angelastet werden, dass er nicht zunächst den Ausgang einer gerichtlichen Überprüfung der Kündigung abwartet, bevor er sich um einen neuen Arbeitsplatz bemüht. Die Lohnersatzleistung ist zum einen geringer als das bisherige Gehalt. Dies wirkt sich insofern unmittelbar auf seine Lebenshaltung aus. Zum anderen verschlechtern sich für den Arbeitnehmer bei einem Zuwarten mit der Stellensuche seine Chancen auf dem Arbeitsmarkt.

#### **IV. Zusammenfassung**

Insgesamt kann der Anspruch wegen Pflichtverletzung anders als die Grundrechte und die §§ 242, 138, 134 BGB keinen Bestandsschutz gewähren. Da das Arbeitsverhältnis infolge der unwirksamen Kündigung fortbesteht, kann er nur einen Ersatz für die Schäden und Kosten gewähren, die dem Arbeitnehmer durch die Maßnahme des Arbeitgebers - unabhängig von den gegenseitigen vertraglichen Pflichten - entstanden sind.

Wird das Arbeitsverhältnis im Anschluss daran durch Eigenkündigung des Arbeitnehmers beendet, kommt der Ersatzanspruch jedoch einer Abfindungszahlung nahe. Dies ist auch der Fall, wenn das Arbeitsverhältnis nach unwirksamer Kündigung durch eine Aufhebungsvereinbarung ohne Abfindungs- und Abgeltungsklausel aufgelöst wird. Der in der Praxis am ehesten vorstellbare Fall dürfte jedoch die Aufhebungsvereinbarung mit Abfindungsanspruch und Abgeltungsklausel sein, wodurch der Anspruch aus Pflichtverletzung ausgeschlossen wäre. Deshalb wird dem Schadensersatzanspruch letztlich nur ein sehr kleiner Anwendungsbereich zukommen. Trotzdem darf die vom BVerfG<sup>1258</sup> geforderte Beachtung des Abstandsgebots auch hier nicht vernachlässigt werden. Es wird jedoch - ungeachtet der Höhe des Ersatzanspruchs - ausreichend dadurch gewahrt, da der Anspruch stets eine nichtige Kündigung des Arbeitgebers voraussetzt, deren Wirksamkeitsprüfung unter Beachtung des Abstandsgebots erfolgt.

Der Ersatzanspruch aus § 280 BGB wegen Pflichtverletzung kommt darüber hinaus außerhalb des KSchG nur in Betracht, wenn der Kündigungsgrund nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt und deshalb nach § 242 BGB treuwidrig ist. In den übrigen Fällen der unwirksamen Kündigung außerhalb des KSchG ist er dagegen abzulehnen, da andernfalls das gesetzlich garantierte Kündigungsrecht des Arbeitgebers mit einem unerträglich hohen Haftungsrisiko belastet würde, und seine Vertrags- und Gestaltungsfreiheit unzumutbar eingeschränkt wäre.

#### **F. Die gerichtliche Durchsetzung**

##### **I. Die Darlegungs- und Beweislast**

Innerhalb des KSchG trägt der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast, § 1 Abs. 2 S. 4 KSchG. Nur im Hinblick auf die fehlerhafte Sozialauswahl trifft sie nach dem Wortlaut des § 1 Abs. 3 S. 4 KSchG den Arbeitnehmer. Für die Geltendmachung der Unwirksamkeit außerhalb des KSchG finden die Beweislastregelung des Gesetzes nach § 13 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 KSchG<sup>1259</sup> keine Anwendung.

---

<sup>1258</sup> BVerfG v. 27.1.1998, AP Nr. 17 zu § 23 KSchG 1969.

<sup>1259</sup> Unter der Geltung des KSchG 1951 in der Zeit vom 14.8.1951 bis 31.8.1969 § 11 Abs. 3 S. 1, Abs. 4.

## 1. Die Darlegungs- und Beweislast bei gesetzeswidriger Kündigung i.S.d. § 134 BGB

Die vorliegende Arbeit hat exemplarisch die kündigungsschützende Wirkung der §§ 611 a<sup>1260</sup>, 612 a BGB<sup>1261</sup>, § 4 Abs. 3 BeschSchG<sup>1262</sup> und der §§ 84, 85 BetrVG<sup>1263</sup> i.V.m. § 134 BGB untersucht. Will der Arbeitnehmer gerichtlich die Unwirksamkeit einer Kündigung wegen Verletzung dieser oder eines der sonstigen Verbotsgesetze geltend machen, richtet sich die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast grundsätzlich nach den allgemeinen Regeln i.S.d. der Rosenbergsche Normentheorie. Danach muss derjenige die erforderlichen Voraussetzungen vortragen und nachweisen, der sich auf eine für ihn günstige Norm oder die Nichtigkeit bzw. Rechtsunwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts beruft.

Der Arbeitnehmer muss deshalb grundsätzlich nachweisen, dass der Arbeitgeber eine gesetzeswidrige Kündigung ausgesprochen hat. Ausnahmsweise kann sich jedoch aus der Verbotsnorm selbst eine abweichende Verteilung der Beweislast oder eine Beweiserleichterung ergeben. Beispielsweise braucht der Arbeitnehmer bei § 611 a BGB nicht nachweisen, dass die Kündigung als Benachteiligungshandlung wegen des Geschlechts erfolgt ist. Es reicht aus, wenn er Tatsachen glaubhaft machen kann, die dies vermuten lassen. Gelingt ihm die Glaubhaftmachung, muss der Arbeitgeber entweder nachweisen, dass sachliche nicht auf das Geschlecht bezogene Gründe eine unterschiedliche Behandlung gerechtfertigt haben, oder das Geschlecht, das der Arbeitnehmer nicht hat, unverzichtbare Voraussetzung für die Tätigkeit ist, § 611 a Abs. 1 S. 3 BGB. Hinsichtlich der übrigen Tatbestandsvoraussetzungen trifft den Arbeitnehmer jedoch die volle Beweislast.

Demgegenüber ergibt sich aus § 612 a BGB keine vom Grundsatz abweichende Verteilung der Beweislast. Sie trifft in vollem Umfang den Arbeitnehmer.<sup>1264</sup> Er muss deshalb nachweisen, dass die Wahrnehmung seiner Rechte ursächlich für die Maßregelungskündigung war. Die Beweiserleichterung des § 611 a Abs. 1 S. 3 BGB ist hier nicht übertragbar.<sup>1265</sup>

Sie kann sich jedoch - wie bei jedem anderen Verbotsgesetz auch - aus dem gesetzlich nicht geregelten Anscheinsbeweis (prima-facie-Beweis) ergeben. Er wurde von der Rechtsprechung entwickelt<sup>1266</sup> und ist seit langem anerkannt. Voraussetzung ist ein Kündigungssachverhalt, der einen typischen Geschehensablauf darstellt. Dafür muss ein gewisser Sachverhalt feststehen, der nach der Lebenserfahrung nur auf eine bestimmte Ursache oder einen bestimmten Ablauf hinweist. Der Beweispflichtige braucht in diesem Fall nur den typischen Tatbestand dartun und beweisen, der allerdings durch den einfachen Gegenbeweis eines atypischen Geschehensablaufs entkräftet werden

---

<sup>1260</sup> Vgl. S. 178 ff.

<sup>1261</sup> Vgl. S. 137 ff.

<sup>1262</sup> Vgl. S. 143 f.

<sup>1263</sup> Vgl. S. 143 f.

<sup>1264</sup> BAG v. 2.4.1987, AP Nr. 1 zu § 612 a BGB; *ErfK (Preis)*: Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2006, § 612 a BGB Rndr. 22; *Erman/Westermann* (Hrsg.) (*Edenfeld*): BGB, Bd. 1, 11. Aufl. 2004, § 612 a BGB Rndr. 2; *MüKo-Müller-Glöge*: BGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2005, § 612 a BGB Rndr. 24 m.w.Nachw.

<sup>1265</sup> BAG v. 2.4.1987, AP Nr. 1 zu § 612 a BGB; *ErfK (Preis)*: Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2006, § 612 a BGB Rndr. 22; *Erman/Westermann* (Hrsg.) (*Edenfeld*): BGB, Bd. 1, 11. Aufl. 2004, § 612 a BGB Rndr. 2; *MüKo-Müller-Glöge*: BGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2005, § 612 a BGB Rndr. 24 m.w.Nachw.

<sup>1266</sup> RG v. 26.11.1930, RGZ 130, S. 357, 359; BGH v. 17.4.1951, BGHZ 2, S. 1, 5; Nachweise der arbeitsgerichtlichen Rspr. bei *Germelmann u.a.(Prütting)*: ArbGG, 5. Aufl. 2004, § 58 ArbGG Rndr. 67 f. Vgl. im übrigen *Baumbach u.a.(Hartmann)*: ZPO, 64. Aufl. 2006, Anh. § 286 ZPO Rndr. 15 ff.

kann. Da der Anscheinsbeweis nicht die Beweislast verändert<sup>1267</sup>, geht es zu Lasten des Beweispflichtigen, wenn ihm daraufhin nicht der volle Beweis gelingt.

Bei § 612 a BGB wird die Kausalität teilweise nach den Grundsätzen des Anscheinsbeweises vermutet, wenn ein evident enger zeitlicher Zusammenhang zwischen Rechtsausübung des Arbeitnehmers und der Kündigung besteht.<sup>1268</sup>

Ein zuvor sexuell belästigter Arbeitnehmer, der eine deswegen erfolgte Kündigung angreift, trägt ebenfalls grundsätzlich nach den allgemeiner Regeln die Beweislast, unabhängig, ob er eine Verletzung des § 4 Abs. 3 BeschSchG oder des § 84 Abs. 3 BetrVG anführt.<sup>1269</sup> Der Nachweis der Unwirksamkeit ist jedoch je nach dem, auf welche Norm er sich beruft, unterschiedlich schwer zu erbringen. Trägt er vor, wegen Geltendmachung seines Leistungsverweigerungsrechts aus § 4 Abs. 2 BeschSchG gekündigt worden sein, muss er die zulässige Rechtsausübung nachweisen. Deshalb muss er beweisen, dass tatsächlich eine sexuelle Belästigung i.S.d. § 2 Abs. 2 BeschSchG vorgelegen hat. Bereits dies kann erhebliche Schwierigkeiten machen. Darüber hinaus muss er jedoch auch beweisen, dass der Arbeitgeber bzw. sein Vorgesetzter keine oder nur eine unzureichende Maßnahme ergriffen hat, um die sexuelle Belästigung für die Zukunft zu verhindern. Dies kann er jedoch meist gar nicht feststellen, da er häufig keine Kenntnis darüber hat, ob und welche Maßnahme der Arbeitgeber bzw. Vorgesetzte ergriffen hat. Im Fall einer sexuellen Belästigung die Leistung zu verweigern und sich bei einer anschließenden Kündigung auf eine Verletzung des § 4 Abs. 3 BeschSchG zu berufen, ist insofern für einen Arbeitnehmer mit einem großen Risiko verbunden. Deshalb soll nach einer vereinzelt Auffassung eine Glaubhaftmachung und damit gemäß § 294 ZPO auch eine eidesstattliche Versicherung als Beweismittel im Rahmen des Nachweises der sexuellen Belästigung ausreichen.<sup>1270</sup> Der Nachweis der Kausalität soll i.S.d. Anscheinsbeweises durch einen engen zeitlichen Zusammenhang zwischen der Kündigung und dem Abwehrverhalten geführt werden können.<sup>1271</sup>

Greift ein Arbeitnehmer eine Kündigung wegen Verletzung des § 4 Abs. 3 BeschSchG mit dem Vortrag an, sie sei ausschließlich wegen des ihm nach § 3 Abs. 1 BeschSchG zustehenden Beschwerderechts erfolgt, braucht er nicht nachweisen, dass tatsächlich eine sexuelle Belästigung stattgefunden hat. Da das Beschwerderecht ihm bereits zu steht, wenn er sich sexuell belästigt fühlt, braucht er auch nur dies zu beweisen. Jedoch

---

<sup>1267</sup> *Baumbach u.a. (Hartmann)*: ZPO, 64. Aufl. 2006, Anh. § 286 ZPO Rndr. 15.

<sup>1268</sup> LAG Kiel v. 25.7.1989, LAGE Nr. 4 zu § 612 a BGB; ArbG Hamburg v. 23.7.1990, DB 1991, S. 103.

<sup>1269</sup> *ErfK (Schlachter)*: Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2006, § 4 BeschSchG Rndr. 7.

<sup>1270</sup> *Ascheid/Preis/Schmidt (Preis)*: Großkomm. KSchR, 2004, § 4 BeschSchG Rndr. 11; *Linde*: Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz, BB 1994, S. 2412, 2417.

<sup>1271</sup> *ErfK (Schlachter)*: Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2006, § 4 BeschSchG Rndr. 7.

besteht auch hier das Risiko, dass ihm dieser Nachweis nicht gelingt. Deshalb erscheint es in einem solchen Fall einfacher, gegen die Kündigung unter Berufung auf eine Verletzung des § 84 Abs. 3 BetrVG vorzugehen. Hier ist der Inhalt der Beschwerde i.S.d. § 84 BetrVG bzw. § 85 BetrVG irrelevant. Der Arbeitnehmer braucht lediglich beweisen, dass die Kündigung wegen der Wahrnehmung des betriebsverfassungsrechtlichen Beschwerderechts ausgesprochen worden ist.

Im Fall einer Kündigung wegen sexueller Belästigung die Verletzung des § 4 Abs. 3 BeschSchG bzw. § 84 Abs. 3 BetrVG gerichtlich erfolgreich geltend machen zu können, ist insgesamt schwierig und mit einem hohen Risiko des Fehlschlags behaftet. Die großen verfahrensrechtlichen Probleme verhindern nach hier vertretender Auffassung, dass § 4 Abs. 3 BeschSchG bzw. § 84 Abs. 3 BetrVG einen wirksamen Kündigungsschutz eines Arbeitnehmers gewährleisten kann, der sich zuvor mit zulässigen Mitteln gegen eine sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz gewehrt hat und deswegen entlassen wurde. Dies spiegelt auch die Praxis wider, in der Kündigungen bisher kaum wegen einer Verletzung der §§ 4 Abs. 3 BeschSchG bzw. 84 Abs. 3 BetrVG angegriffen wurden.

## 2. Die Darlegungs- und Beweislast bei sitten- und treuwidriger Kündigung i.S.d.

### §§ 138, 242 BGB

#### a) Die Ausgangslage

Auch im Fall der sitten- und treuwidrigen Kündigung wurde lange von der uneingeschränkten Beweislast des Arbeitnehmers ausgegangen.<sup>1272</sup> Auf die Beweiserleichterung nach den allgemein geltenden, bereits erläuterten<sup>1273</sup> Grundsätzen des prima-facie-Beweises wurde lediglich vereinzelt hingewiesen.<sup>1274</sup>

Im Rahmen des § 138 BGB hätte die von Schwerdtner Mitte der siebziger Jahre des letzten Jh. vorgeschlagene Objektivierung des Sittenwidrigkeitsbegriffs<sup>1275</sup> zu einer Änderung der Beweissituation führen können. Da sich die Sittenwidrigkeit danach nicht aus dem verwerflichen, oft vom Arbeitgeber verborgenen Kündigungsmotiv ergeben sollte, hätte der Arbeitnehmer dieses auch nicht nachweisen müssen. Nach dieser Ansicht, die sich allerdings kein Gehör verschaffen konnte, wäre er lediglich verpflichtet gewesen, die für den Sittenverstoß maßgeblichen objektiven Verstöße gegen das Prinzip der Vertragsfreiheit oder gegen die den Wertgehalt der Gesamtrechtsordnung verkörpernden Grundrechte darzulegen und zu beweisen.

#### b) Die 1996 einsetzende Diskussion

In die Beweislastfrage kam Bewegung, als der gesetzliche allgemeine Kündigungsschutz durch das BSchFG 1996 gelockert wurde. Allerdings befasste sich die daraufhin einsetzende Diskussion lediglich im Zusammenhang mit § 242 BGB mit Beweiserleichterungen.

---

<sup>1272</sup> BAG v. 14.5.1964, AP Nr. 5 zu § 242 BGB Kündigung m. Anm. Herschel; BAG v. 25.6.1964, AP Nr. 3 zu § 242 BGB Auskunftspflicht; BAG v. 21.3.1980, AP Nr. 1 zu § 17 SchwbG; BAG v. 28.9.1972, AP Nr. 2 zu § 134 BGB m. Anm. Schwerdtner; BAG v. 5.12.1985, AP Nr. 47 zu § 613 a BGB; BAG v. 16.2.1989, AP Nr. 46 zu § 138 BGB m. Anm. Kramer; BAG v. 23.6.1994, AP Nr. 9 zu § 242 BGB; LAG Düsseldorf v. 30.10.1953, DB 1954, S. 216; LAG Schleswig-Holstein v. 3.3.1983, DB 1983, S. 2260; LAG Bremen v. 29.10.1985, LAGE § 242 BGB, Nr. 1 m. Anm. Buchner; LAG Düsseldorf v. 10.5.1988, LAGE § 138 BGB, Nr. 3; ArbG Passau, Zweigst. Degendorf v. 19.6.1952, ARST X, S. 178; ArbG Bremen v. 21.1.1954, ARST XII, S. 216; ArbG Rosenheim, Zweigst. Mühldorf v. 25.5.1954, ARST XIII, S. 21; ArbG Bremen v. 5.8.1954, ARST XIII, S. 98; ArbG Wilhelmshaven v. 22.5.1956, ARST XVII, S. 98; *Erdmann*: KSchG, 1. Aufl. 1951, S. 57 f.; *Erdmann/Müller*: KSchG, 2. Aufl. 1954, § 11 KSchG Abs. 3, Anm. 10; *Herschel/Löwisch*: KSchG, 6. Aufl. 1984, § 13 KSchG Rndr. 36 ff.; *Maus*: KSchG, 1973, Einl. Rndr. 7, § 13 KSchG Rndr. 37 ff.; *Ascheid*: Beweislastfragen im Kündigungsschutzprozeß, 1989, S. 210 ff.; *Besgen*: Fragen zur Nichtigkeit, Sittenwidrigkeit und Treuwidrigkeit (Ungehörigkeit) einer Kündigung, AiB 1987, S. 182, 186; *Bobrowski/Gaul*: Das Arbeitsrecht im Betrieb, Bd. 2, 7. Aufl. 1979, S. 239; *Fastenau*: Die unwirksame Kündigung, 1956, S. 139; *Lepke*: AIDS als arbeitsrechtlicher Kündigungsgrund, DB 1987, S. 1299, 1301; *Plassmann*: Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses, 5. Aufl. 1963, S. 66; *Preis*: Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, 1987, S. 399; *Schmidt*: Kündigungsschutz außerhalb des KSchG, AR-Blattei, (D) Kündigungsschutz VIII, 1978, C II, E; *Sieverts*: Der Einfluß des Kündigungsmotivs auf die Rechtswirksamkeit der Kündigung des Arbeitsverhältnisses, 1959, S. 37.

<sup>1273</sup> Vgl. S. 254.

<sup>1274</sup> *Besgen*: Fragen zur Nichtigkeit, Sittenwidrigkeit und Treuwidrigkeit (Ungehörigkeit) einer Kündigung, AiB 1987, S. 182, 186. A.A. *Ascheid*: Beweislastfragen im Kündigungsschutzprozeß, 1989, S. 211 f.

<sup>1275</sup> Vgl. S. 123 f.

Nach Ansicht von Oetker sollte der Schutzpflicht aus Art. 12 GG zur Gewährung eines Minimums an Arbeitsplatzschutz außerhalb des KSchG nur dann Genüge getan sein, wenn die prozessuale Beweislastverteilung die Normen, durch die die Schutzpflicht auf einfachgesetzlicher Ebenen materiellrechtlich realisiert würden, nicht leerlaufen ließe. Dies sei bei ausschließlicher Anwendung der Rosenbergschen Normentheorie der Fall. Insofern zwingt die verfassungsrechtliche Schutzpflicht zu einer abweichenden Regelung der Beweislast. Hinsichtlich ihrer Ausgestaltung wollte sich Oetker nicht festlegen. Er hielt jedoch die Fortgeltung der bisherigen Beweislastverteilung im Grundsatz für denkbar, und es sollte „lediglich hinsichtlich des subjektiven Kausalitätserfordernisses eine Korrektur im Sinne einer Beweislastumkehr“<sup>1276</sup> gelten.<sup>1277</sup> Er hat diese Feststellung allerdings nicht weiter konkretisiert.

Lakies schloss sich im Wesentlichen der Ansicht von Oetker an.<sup>1278</sup> Ergänzend führte er aus, dass der Arbeitnehmer die für eine Verletzung des § 242 BGB maßgeblichen Tatsachen nur schlüssig vortragen müsse. Anschließend sei es Aufgabe des Arbeitgebers, hierzu substantiiert Stellung zu nehmen. Dabei reiche nach § 138 Abs. 2 ZPO kein einfaches Bestreiten, sondern nur der Vortrag der Kündigungstatsachen. Diese Gründe habe das Gericht lediglich einer Plausibilitätskontrolle zu unterziehen. Bei Auswahlentscheidungen im Zusammenhang mit betriebsbedingten Kündigungen sollten außerhalb des KSchG seiner Ansicht nach die Grundsätze gelten, die das BAG hinsichtlich der Auswahlentscheidung bei Kündigungen nach dem Einigungsvertrag aufgestellt habe.<sup>1279</sup> Zunächst müsse der Arbeitgeber nach Aufforderung durch den Arbeitnehmer die Gründe für die Auswahl offen legen. Er habe wie im Bereich des § 1 Abs. 3 KSchG substantiiert die inneren Tatsachen der Auswahlentscheidung vorzutragen. Eine Nachweispflicht hinsichtlich der betrieblichen Erfordernisse treffe ihn jedoch nicht.

Als dritter Vertreter des Schrifttums setzte sich Preis mit der Beweissituation außerhalb des KSchG auseinander.<sup>1280</sup> Bei Kündigungen unter Verstoß gegen die nichtgeschlechtsspezifischen Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG<sup>1281</sup> sprach er sich für eine analoge Anwendung des § 611 a Abs. 1 S. 3 BGB aus.

Diese Vorschrift enthält eine begrenzte Beweislastumkehr. Bei Vereinbarungen und Maßnahmen im Zusammenhang mit der Begründung eines Arbeitsverhältnisses bzw. dem beruflichen Aufstieg, oder bei einer Weisung oder einer Kündigung trägt der Arbeitnehmer zwar grundsätzlich die Beweislast. So muss er beispielsweise unter anderem nachweisen, dass der Arbeitgeber ihn im Verhältnis zu einem oder mehreren anderen Arbeitnehmern ungleich behandelt hat. Im Hinblick auf die Geschlechtsbezogenheit der Benachteiligung reicht es jedoch aus, wenn er Tatsachen glaubhaft machen kann, die die geschlechtsspezifische Diskriminierung vermuten lassen.<sup>1282</sup> Gelingt ihm dies, trifft den Arbeitgeber die Beweislast, wenn er die Vermutungstatsachen nicht oder nicht hinreichend

---

<sup>1276</sup> Oetker: Gibt es einen Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes?, AuR 1997, S. 41, 53.

<sup>1277</sup> Oetker: Gibt es einen Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes?, AuR 1997, S. 41, 53.

<sup>1278</sup> Lakies: Änderung des Kündigungsschutzgesetzes und allgemeiner Kündigungsschutz nach § 242 BGB - Verfassungsrechtliche Fragen, DB 1997, S. 1078, 1082.

<sup>1279</sup> Lakies: Änderung des Kündigungsschutzgesetzes und allgemeiner Kündigungsschutz nach § 242 BGB - Verfassungsrechtliche Fragen, DB 1997, S. 1078, 1082 unter Verweis auf BAG v. 29.8.1996, EzA Einigungsvertrag Art. 20 soziale Auswahl, Nr. 1.

<sup>1280</sup> Preis: Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, NZA 1997, S. 1256, 1268 ff.

<sup>1281</sup> Abstammung, Rasse, Sprache, Heimat, Glauben, religiöse oder politische Anschauung.

<sup>1282</sup> KR-Pfeiffer: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 611 a BGB Rndr. 138.

substantiiert bestreitet. Werden sie hinreichend bestritten, kommt dem Arbeitnehmer wiederum nur die - im Einzelnen allerdings umstrittene - Feststellungslast zu, die keine volle Beweislast ist.<sup>1283</sup>

Preis sah bei Kündigungen, die die nichtgeschlechtsspezifischen Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG verletzen, keinen Grund für eine unterschiedliche verfahrensrechtliche Behandlung im Verhältnis zu einer Kündigung, die eine Diskriminierung wegen des Geschlechts darstellt.

Ferner verwies er auch auf Beweiserleichterungen durch den Anscheinsbeweis. In den Fällen, in denen nach dem Sachverhalt ein typischer Geschehensablauf feststehe, reiche es aus, wenn sich aufgrund des schlüssigen Tatsachenvortrags des Arbeitnehmers die Unwirksamkeit der Kündigung ergebe oder sie zumindest nicht ausgeschlossen erscheine. Der Arbeitgeber könne den Anscheinsbeweis allerdings durch einen vereinfachten Gegenbeweis erschüttern.

Im Übrigen befürwortete Preis eine Senkung des Beweismaßes und eine Erleichterung der Beweislastführung. In Anlehnung an § 611 a Abs. 1 S. 3 BGB sollte der Arbeitnehmer danach lediglich zur Glaubhaftmachung des objektiven Tatbestands durch substantiierten Tatsachenvortrag verpflichtet sein. Im Anschluss daran verwies er auf § 138 Abs. 2 ZPO. Diese Vorschrift verpflichte jede Partei, sich zu den vom Gegner vorgetragene Tatsachen zu erklären. Dabei sei es dem Prozessgegner ausnahmsweise zuzumuten, dem Beweispflichtigen eine ordnungsgemäße Darlegung durch nähere Angaben über die zu seinem Wahrnehmungsbereich gehörenden Verhältnisse zu ermöglichen. Außerhalb des KSchG müsse dies auch für subjektiv motivierte Kündigungsgründe gelten. Insofern träfe den Arbeitnehmer für das ("Nicht")-Vorliegen der inneren Tatsachen nicht die volle Beweislast. Erfülle der Arbeitgeber die ihm durch § 138 Abs. 2 ZPO auferlegte sog. sekundäre Behauptungslast nicht, müsse die Behauptung des Arbeitnehmers trotz mangelnder Substantiierung als zugestanden gelten. Der Umfang der vom Arbeitgeber zu tragenden Behauptungslast orientiere sich an den Anforderungen, die im Rahmen des § 102 Abs. 1 BetrVG nach dem Grundsatz der subjektiven Determination an die Mitteilung der Gründe bei Kündigungen außerhalb des KSchG gestellt würden.<sup>1284</sup> Den Arbeitnehmer solle die volle Beweislast erst treffen, wenn ein hinreichend substantiiertes Vortrag des Arbeitgebers vorläge. Diese Beweiserleichterungen wurden von Preis auch bei Auswahlentscheidungen außerhalb des KSchG herangezogen.

---

<sup>1283</sup> *KR-Pfeiffer*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 611 a BGB Rndr. 140.

<sup>1284</sup> Nach dem Grundsatz der subjektiven Determination reicht bei Kündigungen außerhalb des KSchG für die auch hier nach § 102 Abs. 1 BetrVG erforderliche vorherigen Anhörung des Betriebsrats die Mitteilung subjektiver Werturteile oder die pauschale Angabe des Kündigungsgrundes durch den Arbeitgeber aus. Vgl. dazu hierzu BAG v. 8.9.1988, AP Nr. 49 zu § 102 BetrVG 1972; BAG 11.7.1991, AP Nr. 57 zu § 102 BetrVG 1972; BAG v. 18.5.1994, AP Nr. 64 zu § 102 BetrVG 1972; BAG v. 3.12.1998, AP Nr. 99 zu § 102 BetrVG 1972; BAG v. 12.9.2001, dpa v. 22.2.2002; *Ascheid/Preis/Schmidt (Koch)*: Großkomm. KSchR, 2. Aufl. 2004, § 102 BetrVG Rndr. 104; *Däubler u.a. (Kittner)*: BetrVG, 9. Aufl. 2004, § 102 BetrVG Rndr. 104; *Dorndorf u.a. (Höland)*: KSchG, 4. Aufl. 2001, § 1 KSchG Anh. 1 Rndr. 18; *Fitting u.a.*: BetrVG, 21. Aufl. 2002, § 102 BetrVG Rndr. 41, 47 (kritisch); *Gnade u.a.*: BetrVG, 10. Aufl. 2002, § 102 BetrVG Rndr. 6; *Kittner u.a. (Kittner)*: KSchR, 6. Aufl. 2004, § 102 BetrVG Rndr. 87, 104; *KR-Etzel*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 102 BetrVG Rndr. 62 b, 107 a; *Siebert u.a.*: BetrVG, 8. Aufl. 1999, § 102 BetrVG Rndr. 12; *Steger/Weinspach/Schiefer*: BetrVG, 9. Aufl. 2002, § 102 BetrVG Rndr. 59; *Etzel*: Betriebsverfassungsrecht, 8. Aufl. 2002, Rndr. 833; *Hoyningen-Huene*: Betriebsverfassungsrecht, 1. Aufl. 1983, S. 224; *Leinemann (Hrsg.) (Isenhardt)*: KassHdb. z. ArbR., Bd. 2, 2. Aufl. 2000, 6.3 Rndr. 128 m.w.N. d. Rspr.; *Schaub*: ArbR.-Hdb., 10. Aufl. 2002, § 123 Rndr. 101 a; *Richardi*: BetrVG, 10. Aufl. 2006, § 102 BetrVG Rndr. 72; *Sowka (Hrsg.) (Sowka)*: KSchG, 2. Aufl. 2000, Teil B Die Mitwirkung des Betriebsrates, I Rndr. 1; *Wlotzke*: BetrVG, 2. Aufl. 1992, § 102 BetrVG, S. 353; *Richardi/Wlotzke (Berkowsky)*: MüHdb. z. ArbR., Bd. 2, 2. Aufl. 2002, § 147 Rndr. 25; *Stahlhacke/Preis/Vossen*: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9. Aufl. 2005, Rndr. 370, 406.

**c) Der Beschluss des BVerfG vom 27.1.1998**

In seiner Entscheidung vom 27.1.1998 entschied das BVerfG unter Berücksichtigung des Gedankens von Oetker, dass der objektive Grundrechtsgehalt des Art. 12 GG auch im Verfahrensrecht Bedeutung habe.<sup>1285</sup> Die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast sei für die Wirksamkeit des gerichtlichen Kündigungsschutzes von besonderer Bedeutung. Sie ließe sich jedoch bei der Anwendung der Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB nicht allgemein festlegen und müsse unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Positionen beider Vertragsparteien beurteilt werden. Da der Kündigungsschutz außerhalb des KSchG Abstand zu dem durch das Gesetz gewährleisteten Schutz zu wahren habe, dürfe die Beweislast aber keinesfalls nur den Arbeitgeber treffen. Das BVerfG sah in der Abstufung der Darlegungs- und Beweislast eine geeignete Möglichkeit, den verfassungsrechtlichen Maßstäben gerecht zu werden. Es ließ jedoch offen, wie sie im Einzelnen aussehen sollte.

**d) Der Meinungsstand nach dem Beschluss des BVerfG vom 27.1.1998**

Seit dem Beschluss des BVerfG von 1998 wird die Diskussion um die Beweislast weitergeführt. Sie lässt allerdings - wie schon im Hinblick auf die materiellrechtlichen Inhalte der Entscheidung festgestellt<sup>1286</sup> - eine kritische Auseinandersetzung mit der Aussage vermissen, dass der verfassungsrechtliche Mindestkündigungsschutz notwendigerweise auch verfahrensrechtliche Elemente enthalten müsse. Darüber hinaus befasst sie sich hauptsächlich mit der Beweissituation der treuwidrigen Kündigung. § 138 BGB spielt in der Auseinandersetzung keine Rolle. Lediglich eine Stimme vertritt, bei Vorhandensein eines Betriebsrats sei ein leichterer Nachweis einer sittenwidrigen Kündigungen möglich, da der Arbeitgeber hier im Rahmen der nach § 102 Abs. 1 BetrVG erforderlichen Anhörung der Arbeitnehmervertretung die Kündigungsgründe mitzuteilen habe und es zumindest schwer haben dürfte, einen sittenwidrigen Grund durchzubekommen.<sup>1287</sup> Eine andere greift den Vorschlag der Objektivierung des Sittenwidrigkeitsbegriffs von Schwerdtner wieder auf<sup>1288</sup>. Es reiche insofern aus, wenn der Arbeitnehmer Umstände nachweisen könne, die bei Anlegung eines objektiven Wertmaßstabes die Sittenwidrigkeit der Kündigung offenbaren. Da dem Arbeitgeber nach dieser Ansicht auch subjektiv der Vorwurf der Sittenwidrigkeit treffen muss, soll im Wege des Anscheinbeweises vermutet werden, dass er grob leichtfertig gehandelt und sich der Tatsachen bewusst gewesen sei, die die Sittenwidrigkeit der Kündigung begründen.

---

<sup>1285</sup> BVerfG v. 27.1.1998, AP Nr. 17 zu § 23 KSchG 1969.

<sup>1286</sup> Vgl. S. 204.

<sup>1287</sup> *Richardi/Wlotzke (Wank)*: MüHdb. z. ArbR., Bd. 2, 2. Aufl. 2000, § 119 Rndr. 109.

<sup>1288</sup> *Stein*: Mindestkündigungsschutz außerhalb des KSchG – Praktisches Fragen der Darlegungs- und Beweislast, DB 2005, S. 1218, 1222, vgl. Fn. 1275.



Im Grundsatz vertritt die h.M.<sup>1289</sup> wie bisher, dass der Arbeitnehmer die Unwirksamkeit einer Kündigung darzulegen und zu beweisen habe; die die Verringerung der Beweisanforderungen sei jedoch verfassungsrechtlich geboten. Die Art und Weise der Beweislastreduzierung basiert im Wesentlichen auf der bereits erläuterten, differenzierenden Ansicht von Preis.

Bei Kündigungen mit typischem Geschehensablauf soll die Beweiserleichterung durch Anwendung der Grundsätze des Beweises des ersten Anscheins erfolgen.<sup>1290</sup> Der Arbeitnehmer müsse zunächst in schlüssiger Weise die Tatsachen vortragen, die einen Grundrechtsverstoß oder die Unwirksamkeit einer Kündigung zumindest nicht ausgeschlossen erscheinen lassen. Unsubstantiierte Behauptungen ins Blaue hinein sollen nicht ausreichen. Nach einer Meinung soll es genügen, wenn der Arbeitnehmer „vorträgt, dass an seiner Führung und an seiner Leistung nie Kritik geübt wurde und dass betriebliche Schwierigkeiten nicht bestünden, also seiner Kenntnis nach überhaupt kein Kündigungsgrund existiere“<sup>1291</sup>. Hinsichtlich einer unsozialen Auswahl oder der mangelnden Rücksichtnahme auf eine langjährige Beschäftigung soll teilweise einfaches Bestreiten ausreichen.<sup>1292</sup> Nach anderer Auffassung soll der Arbeitnehmer bei behaupteter fehlerhafter Auswahl darüber hinaus vom Arbeitgeber Auskunft über die konkreten Gründe der Auswahlentscheidung verlangen können.<sup>1293</sup>

---

<sup>1289</sup> BAG v. 21.2.2001, NZA 2001, S. 833 f., 836; BAG v. 25.4.2001, DB 2001, S. 2504; BAG v. 22.5.2003, AP Nr. 18 zu § 1 KSchG 1969 Wartezeit; *ErfK (Ascheid)*: Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2006, § 4 KSchG Rndr. 3 a; *KR-Friedrich*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. 320 f.; *Sowka* (Hrsg.) (*Sowka/Meisel*): KSchG, 2. Aufl. 2000, Teil A, Kündigung außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, III Rndr. 5; *Sowka* (Hrsg.) (*Bengelsdorf*): KSchG, 2. Aufl. 2000, Teil H, § 13 KSchG Rndr. 32; *Däubler*: Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, in Schmidt (Hrsg.): Arbeitsrecht und Arbeitgebergerichtsbarkeit, FS Arbeitsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz, 1999, S. 271, 285; *Gragert/Kreutzfeldt*: Sturm auf die Gerichte? - Die Konsequenzen aus dem Beschluss des BVerfG zur Kleinbetriebsklausel in § 23 I 2 KSchG, NZA 1998, S. 567, 569; *Gragert*: Kündigungsschutz in Kleinbetrieben, NZA 2000, S. 961, 970; *Joost*: Kündigung außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, in Henssler/Moll (Hrsg.): Kündigung und Kündigungsschutz in der betrieblichen Praxis, 2000, S. 215, 229; *Linck*: Die treuwidrige Kündigung, FA 1999, S. 382, 385; *Powietzka*: Kündigungsschutz im Kleinbetrieb und in der Wartezeit, 2003, S. 309 f.; *Richard/Wlotzke (Wank)*: MüHdb. z. ArbR., Bd. 2, 2. Aufl. 2000, § 122 Rndr. 39 f.; *Stahlhacke/Preis/Vossen*: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9. Aufl. 2005, Rndr. 340; *Stein*: Mindestkündigungsschutz außerhalb des KSchG - Praktisches Fragen der Darlegungs- und Beweislast, DB 2005, S. 1218, 1221; *Wank*: Die Kündigung außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, in Isenhardt/Preis (Hrsg.): Arbeitsrecht und Sozialpartnerschaft, FS für Hanau, 1999, S. 295, 307. Lediglich *Kittner*: Neues Kündigungsschutzrecht außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, NZA 1998, S. 731, 734 hält eine völlige Umkehr der Beweislast zu Lasten des Arbeitgebers für möglich.

<sup>1290</sup> BAG v. 22.5.2003, AP Nr. 18 zu § 1 KSchG 1969 Wartezeit; *Ascheid/Preis/Schmidt (Preis)*: Großkomm. KSchR, 2004, Grndl. J, Rndr. 77; *Dorndorf u.a. (Dorndorf)*: KSchG, 4. Aufl. 2001, § 13 KSchG Rndr. 123 c; *Fiebig u.a. (Pfeiffer)*: KSchG, 2. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. 61 f., 90; *Gragert*: Kündigungsschutz in Kleinbetrieben, NZA 2000, S. 961, 970; *Hanau*: Verfassungsrechtlicher Kündigungsschutz, in Hanau/Heither/Kühling (Hrsg.): Richterliches Arbeitsrecht, FS für Dieterich, 1999, S. 201, 209; *Joost*: Kündigung außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, in Henssler/Moll (Hrsg.): Kündigung und Kündigungsschutz in der betrieblichen Praxis, 2000, S. 215, 229 f.; *Kittner*: Neues Kündigungsschutzrecht außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, NZA 1998, S. 731, 734; *Kittner/Zwanziger (Appel)*: Arbeitsrecht: Handbuch für die Praxis, 3. Aufl. 2005, § 88 Rndr. 25 f.; *Linck*: Die treuwidrige Kündigung, FA 1999, S. 382, 385; *Richard/Wlotzke (Wank)*: MüHdb. z. ArbR., Bd. 2, 2. Aufl. 2000, § 122 Rndr. 41; *Stahlhacke/Preis/Vossen*: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9. Aufl. 2005, Rndr. 342; *Wank*: Die Kündigung außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, in Isenhardt/Preis (Hrsg.): Arbeitsrecht und Sozialpartnerschaft, FS für Hanau, 1999, S. 295, 307 f.

<sup>1291</sup> *Stein*: Mindestkündigungsschutz außerhalb des KSchG - Praktisches Fragen der Darlegungs- und Beweislast, DB 2005, S. 1218, 1222.

<sup>1292</sup> *Kittner*: Neues Kündigungsschutzrecht außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, NZA 1998, S. 731, 734.

<sup>1293</sup> *Kittner/Zwanziger (Appel)*: Arbeitsrecht: Handbuch für die Praxis, 2001, § 88 Rndr. 26.

Den ausreichenden Sachvortrag des Arbeitnehmers könne der Arbeitgeber seinerseits durch substantiiertes Vorbringen im Wege eines einfachen Gegenbeweises erschüttern. Nach einer Meinung soll hierbei bereits das Aufzeigen eines ernsthaften atypischen Geschehensablaufs ausreichen.<sup>1294</sup> Gelänge dem Arbeitgeber der Gegenbeweis, sei der Arbeitnehmer zum Vollbeweis verpflichtet. Sei dem Arbeitgeber der Gegenbeweis nicht möglich, führe der Anscheinsbeweis nach § 286 ZPO i.V.m. § 46 Abs. 2 ArbGG zur richterlichen Überzeugung.

Bei Kündigung mit atypischem Geschehensablauf kämen die Grundsätze des prima-facie-Beweises nicht in Betracht. In diesem Fall soll die Beweiserleichterung nach Preis und der h.M. durch eine Abstufung der Darlegungs- und Beweislast erfolgen.<sup>1295</sup> In Anlehnung an die Beweiserleichterung des § 611 a Abs. 1 S. 3 BGB sei auf der ersten Stufe das Beweismaß abzusenken. Es reiche aus, wenn der Arbeitnehmer durch schlüssigen, substantiierten Vortrag die Unwirksamkeit der Kündigung glaubhaft mache.

In dem nächsten Schritt könne durch Anwendung des § 138 Abs. 2 ZPO die konkrete Beweisführungslast gesenkt werden.<sup>1296</sup> Die Vorschrift begründe auch im Kündigungsschutzverfahren außerhalb des KSchG die Pflicht des Arbeitgebers, sich als Partei zu den vom Gegner behaupteten Tatsachen zu erklären. Der Umfang dieser Erklärungspflicht hänge wesentlich davon ab, inwieweit dem Arbeitnehmer Angaben grundsätzlich möglich seien. Sie intensiviere sich bei Umständen, die hauptsächlich zum Wahrnehmungsbereich des Arbeitgebers gehörten. In diesem Fall sei der Arbeitgeber zu einem eigenen substantiierten Vortrag aufgefordert. Diese sekundäre Behauptungslast trage er regelmäßig besonders in Bezug auf sein Kündigungsmotiv. Hier sei er zu einer Darlegung verpflichtet, wie sie ihn außerhalb des KSchG nach den Grundsätzen der subjektiven Determination im Zusammenhang mit der vor der Kündigung erforderlichen Betriebsratsanhörung nach § 102 Abs. 1 BetrVG treffe.<sup>1297</sup> Hinsichtlich seiner Auswahlentscheidung habe er die maßgebenden Gründe darzulegen und die Sozialdaten der vergleichbaren Arbeitnehmer mitzuteilen. Darüber hinaus sei er verpflichtet, über die wirtschaftliche Situation des Betriebs und innerbetrieblicher Vorgänge Auskunft zu geben, soweit sie im Einzelfall relevant seien.

---

<sup>1294</sup> *Richardi/Wlotzke (Wank)*: MüHdb. z. ArbR., Bd. 2, 2. Aufl. 2000, § 122 Rndr. 41.

<sup>1295</sup> BAG v. 21.2.2001, NZA 2001, S. 833, 836; BAG v. 25.4.2001, DB 2001, S. 2504; *Ascheid/Preis/Schmidt (Preis)*: Großkomm. KSchR, 2004, Grundl. J, Rndr. 78 f.; *Dorndorf u.a. (Dorndorf)*: KSchG, 4. Aufl. 2001, § 13 KSchG Rndr. 123 b; *Fiebig u.a. (Pfeiffer)*: KSchG, 2. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. 61 f., 90; *Grager*: Kündigungsschutz in Kleinbetrieben, NZA 2000, S. 961, 970; *Grager/Kreutzfeldt*: Sturm auf die Gerichte? - Die Konsequenzen aus dem Beschluß des BVerfG zur Kleinbetriebsklausel in § 23 I 2 KSchG, NZA 1998, S. 567, 569; *Grager/Wiehe*: Das Aus für die freie Auswahl in Kleinbetrieben - § 242 BGB!, NZA 2001, S. 934, 936; *Hanau*: Verfassungsrechtlicher Kündigungsschutz, in Hanau/Heither/Kühling (Hrsg.): Richterliches Arbeitsrecht, FS für Dieterich, 1999, S. 201, 209; *Joost*: Kündigung außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, in Henssler/Moll (Hrsg.): Kündigung und Kündigungsschutz in der betrieblichen Praxis, 2000, S. 215, 229 f.; *Kittner*: Neues Kündigungsschutzrecht außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, NZA 1998, S. 731, 734; *Kittner/Zwanziger (Appel)*: Arbeitsrecht: Handbuch für die Praxis, 3. Aufl. 2005, § 88 Rndr. 25 f.; *Linck*: Die treuwidrige Kündigung, FA 1999, S. 382, 385; *Richardi/Wlotzke (Wank)*: MüHdb. z. ArbR., Bd. 2, 2. Aufl. 2000, § 122 Rndr. 42; *Stahlhacke/Preis/Vossen*: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9. Aufl. 2005, Rndr. 340 ff.; *Wank*: Die Kündigung außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, in Isenhardt/Preis (Hrsg.): Arbeitsrecht und Sozialpartnerschaft, FS für Hanau, 1999, S. 295, 307 f. Ähnlich *Kittner u.a. (Däubler)*: KSchR, 6. Aufl. 2004, § 242 BGB Rndr. 42 f.; *Däubler*: Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, in Schmidt (Hrsg.): Arbeitsrecht und Arbeitsgerichtsbarkeit, FS Arbeitsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz, 1999, S. 271, 285.

<sup>1296</sup> BAG v. 22.5.2003, AP Nr. 18 zu § 1 KSchG 1969 Wartezeit. So auch *Stein*: Mindestkündigungsschutz außerhalb des KSchG – Praktisches Fragen der Darlegungs- und Beweislast, DB 2005, S. 1218, 1221.

<sup>1297</sup> Vgl. Fn. 1284.

Komme der Arbeitgeber seiner sekundären Behauptungslast nach, sei der Arbeitnehmer zum endgültigen Beweis verpflichtet. Sei das Vorbringen des Arbeitgebers unzureichend, gelte die Behauptung des Arbeitnehmers nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden.<sup>1298</sup>

In Bezug auf den Nachweis eines unzureichenden Kündigungsgrundes außerhalb des KSchG differenziert ein vereinzelter Vorschlag darüber hinaus nach dem Vorbringen des gekündigten Arbeitnehmers im Prozess. Werde lediglich geltend gemacht, dass die Kündigung nicht auf einem ausreichenden Grund basiere, sei die gerade erläuterte Auffassung zutreffend.<sup>1299</sup> Trage der Arbeitnehmer jedoch ausdrücklich bestimmte Motive als Anlass für die Kündigung vor, stünde er bei Geltung der allgemeinen Regeln vor der erheblichen Schwierigkeit, deren Kausalität für seine Entlassung nicht nachweisen zu können.<sup>1300</sup> Dies wäre jedoch wegen des verfassungsrechtlichen Mindestkündigungsschutzes bedenklich. Deshalb wird bezogen auf das Kausalitätserfordernis eine Beweiserleichterung in Anlehnung an das Maklerecht vorgeschlagen.<sup>1301</sup> In diesem Bereich bestehe nach § 652 BGB der Anspruch auf den Maklerlohn, wenn der Makler beweisen könne, dass seine Tätigkeit (der Nachweis einer Vertragsabschlussmöglichkeit) für den Vertragsschluss des Auftraggebers (mit)ursächlich gewesen sei. Wegen der auch hier bestehenden Beweisschwierigkeiten hinsichtlich des Ursachenzusammenhangs von Nachweis und Vertragsabschluss werde dieser vermutet, wenn der Auftraggeber in einen zeitlichen Zusammenhang mit dem Nachweis eines entsprechenden Vertrags geschlossen habe, und der Auftraggeber diese Vermutung nicht entkräften könne. Bei der treuwidrigen Kündigung außerhalb des KSchG begründe die Vorlage einer objektiv diskriminierenden Situation und der zeitnahe Ausspruch der Kündigung ebenfalls die Vermutung des Ursachenzusammenhangs. Der Arbeitgeber könne sie dadurch entkräften, dass er andere nachvollziehbare Gründe vorbringe.

### 3. Die Darlegungs- und Beweislast beim Schadensersatzanspruch wegen Pflichtverletzung

Die bereits angesprochenen allgemeinen Beweislastregeln gelten auch in bezug auf einen Schadensersatzanspruch wegen Pflichtverletzung. Deshalb hätte der Arbeitnehmer in diesem Fall im Prozess die Unwirksamkeit der Kündigung, das Verschulden des Arbeitgebers, den eigenen Schaden und Kausalzusammenhang zwischen Schaden und Pflichtverletzung nachzuweisen.

Im Mietrecht ist man jedoch bei dem Ersatzanspruch des Mieters wegen unberechtigter Eigenbedarfskündigung des Vermieters teilweise von diesem Grundsatz abgewichen. So wird dem Vermieter verschiedentlich der Nachweis der Wirksamkeit der Kündigung auferlegt. Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass sich die Umstände des Kündigungsgrundes ausschließlich in seiner Sphäre befänden.<sup>1302</sup> Auch in Bezug auf den Verschuldensnachweis sprechen sich einige Stimmen unter Berufung auf den Sphärengedanken für die Verpflichtung des Vermieters aus, nachzuweisen, dass ihn

---

<sup>1298</sup> BAG v. 22.5.2003, AP Nr. 18 zu § 1 KSchG 1969 Wartezeit.

<sup>1299</sup> *Powietzka*: Kündigungsschutz im Kleinbetrieb und in der Wartezeit, 2003, S. 288 ff.

<sup>1300</sup> *Powietzka*: Kündigungsschutz im Kleinbetrieb und in der Wartezeit, 2003, S. 291 f.

<sup>1301</sup> *Powietzka*: Kündigungsschutz im Kleinbetrieb und in der Wartezeit, 2003, S. 299 f.

<sup>1302</sup> LG Freiburg/BR. v. 20.2.1979, WM 1979, S. 215 f.; AG Hamburg-Harburg v. 28.5.1976, S. 65; AG Butzbach v. 28.8.1984, WuM 1986, S. 89 f.; *Sternel*: Schadensersatz bei unberechtigter Kündigung von Mietverhältnissen, MDR 1976, S. 265, 269 f. n.w.Nachw. Fn. 53. A.A. (jedoch Beweiserleichterungen) *Köhler/Krossmann*: Handbuch der Wohnraummiete, 6. Aufl. 2003, § 132 Rndr. 19; *Schmidt-Futterer*: Wohnraumschutzgesetz, 6. Aufl. 1988, B 615, S. 346 f.; *Staudinger (Sonnenschein)*: BGB, 12. Aufl. 1978, § 564 b BGB Rndr. 139; *Staudinger (Rolfs)*: BGB, Neubearb. 2003, § 573 BGB Rndr. 176.

weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit vorzuwerfen seien.<sup>1303</sup> Für den Schaden und die Ursächlichkeit der unberechtigten Kündigung sollte die Beweislast vollständig beim Mieter verbleiben.<sup>1304</sup>

#### 4. Stellungnahme

Das BVerfG stellt fest, dass den Arbeitnehmer beim verfassungsrechtlichen Kündigungsschutz außerhalb des KSchG - der sich vorwiegend über § 242 BGB realisiert<sup>1305</sup> - grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast trifft. Insoweit besteht also keine Abweichung zu der entsprechenden verfahrensrechtlichen Grundregel, die auch für gesetzeswidrige Kündigungen gilt.

Die Ausdehnung der Schutzpflicht des Art. 12 GG in Bezug auf den Verlust des Arbeitsplatzes auf den verfahrensrechtlichen Bereich soll dem Arbeitnehmer die Umsetzung des materiellen Kündigungsschutzes absichern. Zu der Frage, mit welchen Mitteln die Schutzpflicht im Verfahrensrecht umzusetzen ist, enthält der Beschluss lediglich den Hinweis auf eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast und lässt insofern Raum für weiteres Engagement des Schrifttums.

Die von Preis entwickelten und von der h.M. geteilten Grundsätze der Darlegungs- und Beweislastabstufung konnten bisher allerdings noch nicht beweisen, inwieweit sie in der Praxis tatsächlich geeignet sind, den durch Art. 12 GG geforderten Mindestkündigungsschutz zu gewährleisten.

Die Beweiserleichterung durch Anwendung des allgemeinen Verfahrensgrundsatzes des Anscheinsbeweises kommt nur bei typischem Geschehensablauf in Betracht. Bisher ist allerdings offen, wann er vorliegen und nach welchen Kriterien sich die Beurteilung richten soll.

Darüber hinaus bietet sich bei atypischen Geschehensabläufen die vorgeschlagene Senkung der Beweislast in Anlehnung an § 611 a Abs. 1 S. 3 BGB an, der Schutzpflicht im Hinblick auf die Darlegungs- und Beweislast nach zu kommen. Durch die entsprechende Anwendung der Regelung wird in angemessener Art und Weise verhindert, dass der Kündigungsschutz außerhalb des KSchG bei atypischen Geschehensabläufen an prozessualen Hürden zu scheitern droht. Zugleich wird gewährleistet, dass durch Beibehaltung der allgemeinen geltenden Beweislastverteilung dem grundsätzlich zu wahren Interesse des Arbeitgebers an der leichteren Lösbarkeit der Arbeitsverhältnisse außerhalb des KSchG hinreichend Rechnung getragen wird. Insofern muss es ausreichen, wenn es dem Arbeitnehmer gelingt, zunächst durch schlüssigen Vortrag glaubhaft zu machen, dass die Kündigung sachfremd bzw. grob fehlerhaft in der Auswahl ist und sein Interesse am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses das des Arbeitgebers überwiegt.

Anschließend hat der Arbeitgeber nach § 138 Abs. 2 ZPO die Pflicht, sich zu den Angaben des Arbeitnehmers erklären und substantiiert zu Tatsachen seines Wahrnehmungsbereichs vorzutragen. Hier können wegen des Abstandsgebots vom Arbeitgeber keine Angaben verlangt werden, wie sie innerhalb des KSchG aufgrund der ihn dort treffenden Beweislast erforderlich sind. Wie bei der Betriebsratsanhörung außerhalb des KSchG muss die Mitteilung von Werturteilen bzw. die pauschale Bezeichnung des Kündigungsgrundes ausreichen. Ebenso müssen pauschale Ausführungen zu den maßgeblichen Kriterien einer Sozialauswahl genügen.

---

<sup>1303</sup> LG Freiburg/BR. v. 20.2.1979, WM 1979, S. 216.

<sup>1304</sup> So ausdrücklich LG Freiburg/BR. v. 20.2.1979, WM 1979, S. 215 f.

<sup>1305</sup> Vgl. S. 227 f.

Dadurch kann der Arbeitgeber, ohne selbst greifbare Ausführungen machen zu müssen, seiner sekundären Behauptungslast genügen; und die volle Beweislast trifft wieder den Arbeitnehmer. Auch wenn diese Beweissituation nicht richtig zu befriedigen vermag, wird sie hingenommen werden müssen, weil dem Arbeitgeber kein Vortrag wie innerhalb des KSchG abverlangt werden kann. Eine Behauptungslast, die mehr ist als ein Werturteil bzw. die pauschale Bezeichnung des Kündigungsgrundes und zugleich unter dem Umfang der Beweislast im KSchG liegt, ist nicht vorstellbar.

Bei Geltendmachung eines Ersatzanspruchs des Arbeitnehmers wegen Pflichtverletzung ist die oben angesprochene Beweislastverteilung aus dem Mietrecht nur bedingt übertragbar. Die Tatsachen, mit denen der Vermieter seine Eigenbedarfskündigung begründet, ergeben sich ausschließlich aus dessen privatem Umfeld, in das der Mieter grundsätzlich keinen Einblick hat. Davon unterscheidet sich die Situation des Arbeitnehmers insofern, dass er an seinem Arbeitsplatz und im Betrieb grundsätzlich rein faktisch mehr Möglichkeiten hat, Informationen über die Berechtigung der Kündigung zu erlangen oder aus anderen Umständen entsprechende Rückschlüsse zu ziehen. Eine vollständige Beweislastumkehr kann daher im Hinblick auf die Pflichtverletzung des Arbeitgebers, also die Unwirksamkeit der Kündigung, nicht in Betracht kommen. Da jedoch bereits oben ausgeführt wurde, dass es auch bei der arbeitsrechtlichen Kündigung außerhalb des KSchG für den Arbeitnehmer vielfach tatsächlich nicht möglich ist, die eigentlichen Kündigungsgründe zu ermitteln, erscheint es angemessen, in diesem Punkt auch die bereits in Bezug auf die Nichtigkeit nach den §§ 134, 138, 242 BGB erörterten Beweiserleichterung zuzulassen.

Hinsichtlich des Verschuldens ist seit der Kodifizierung der positiven Vertragsverletzung als Pflichtverletzung in § 280 BGB n.F. eine ausdrückliche Regelung der Beweislastverteilung erfolgt. Das Verschulden des Arbeitgebers wird grundsätzlich vermutet. Er kann diese Vermutung entkräften, wenn ihm der Nachweis gelingt, dass er weder vorsätzlich noch fahrlässig zu Unrecht von seinem Kündigungsrecht Gebrauch gemacht hat. Kann der Anspruch demgegenüber nur nach der alten Rechtsgrundlage der §§ 280, 286 BGB a.F. analog geltend gemacht werden, weil das Arbeitsverhältnis vor dem 1.1.2002 begründet wurde, gilt diese gesetzliche Vermutungsregel nicht. Trotzdem muss die Beweislast auch hier den Arbeitgeber treffen. Wie im Mietrecht ist es der Kenntnis des Arbeitnehmers vollständig entzogen, inwieweit der Arbeitgeber im Bewusstsein seines nicht bestehenden Kündigungsrechts gehandelt hat und inwieweit er es gewissenhaft - u.U. unter Hinzuziehung sachkundiger Dritter - geprüft hat. In Bezug auf den Schaden des Arbeitnehmers und die Ursächlichkeit der unwirksamen Kündigung des Arbeitgebers besteht allerdings kein Anlass, von den allgemeinen Grundsätzen abzuweichen. Die Darlegungs- und Beweislast trifft daher den Arbeitnehmer.

Diese Beweislastverteilung muss aus den angeführten Gründen auch gelten, wenn sich der Anspruch aus § 628 Abs. 2 BGB ergibt.

## II. Die zeitliche Beschränkung des Klagerechts

Bis zum 1.1.2004 war die gerichtliche Geltendmachung der Unwirksamkeit einer Kündigung außerhalb des KSchG nach allgemeiner Überzeugung nicht an die Drei-Wochen-Frist des § 4 KSchG<sup>1306</sup> gebunden.<sup>1307</sup> Vereinzelt wurde allerdings in jüngerer Vergangenheit eine analoge Anwendung der Vorschrift in Betracht gezogen.<sup>1308</sup>

Dem Arbeitnehmer stand jedoch kein zeitlich unbegrenztes Klagerecht zu. Es war vielmehr durch die prozessuale, nicht von Amts wegen zu berücksichtigende Einrede der Verwirkung beschränkt.<sup>1309</sup> Wenn der Arbeitnehmer mit der Klage längere Zeit abwartete und dadurch beim Arbeitgeber das Vertrauen hervorrief, mit einer Klage nicht mehr rechnen zu müssen, war dem Arbeitgeber die Einlassung auf die

---

<sup>1306</sup> Unter der Geltung des KSchG 1951 in der Zeit vom 14.8.1951 bis 31.8.1969 § 3.

<sup>1307</sup> BAG v. 27.1.1955, AP Nr. 5 zu § 11 KSchG 1951 m. Anm. Hueck; LAG Hannover v. 16.9.1954, SAE 1958, S. 136; LAG Baden-Württemberg, Außenk. Mannheim v. 6.6.1958, BB 1959, S. 739; ArbG Mannheim v. 16.12.1953, ARST XII, S. 179; ArbG Bremen v. 21.1.1954, ARST XII, S. 216; ArbG Ulm v. 23.6.1960, DB 1960, S. 1132; *Bührig u.a.*: KSchG, 1952, § 1 KSchG Rndr. 19; *Dorndorf u.a. (Höland)*: KSchG, 4. Aufl. 2001, § 1 KSchG, Anh. 1 Rndr. 45; *Erdmann*: KSchG, 2. Aufl. 1956, § 11 Abs. 3, Anm. 10; *Fitting u.a.*: BetrVG, 15. Aufl. 1987, § 102 BetrVG Rndr. 25 a; *ders.*: BetrVG, 21. Aufl. 2002, § 102 BetrVG Rndr. 57; *Herschel/Steinmann/Löwisch*: KSchG, 6. Aufl. 1984, § 13 KSchG Rndr. 53; *Hueck/Hueck/Hoyningen-Huene*: KSchG, 10. Aufl. 1980, Einl. Rndr. 89, § 13 KSchG Rndr. 49; *Hess u.a. (Schlochauer)*: BetrVG, 3. Aufl. 1986, § 102 BetrVG Rndr. 52; *KR-Friedrich*: KSchG, 3. Aufl. 1989, § 13 KSchG Rndr. 302; *KR-Friedrich*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. 156 ff., 303 f.; *Dietsch/Richardi*: BetrVG, Bd. 2, 6. Aufl. 1982, § 102 BetrVG Rndr. 104 m.w.N.; *Richardi*: BetrVG, 8. Aufl. 2002, § 102 BetrVG Rndr. 131; *Sowka* (Hrsg.) (*Sowka/Meisel*): KSchG, 2. Aufl. 2000, Teil A, Kündigung außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, III Rndr. 5; *Staudinger (Neumann)*: BGB, 11. Aufl. 1958, vor § 620 BGB Rndr. 162; *Steg/Weinspach*: BetrVG, 5. Aufl. 1984, § 102 BetrVG Rndr. 37; *Steg/Weinspach/Schiefer*: BetrVG, 9. Aufl. 2002, § 102 BetrVG Rndr. 37; *Besgen*: Fragen zur Nichtigkeit, Sittenwidrigkeit und Treuwidrigkeit (Ungehörigkeit) einer Kündigung, AiB 1987, S. 182, 185; *Bleistein*: Kündigung und Kündigungsschutz, 1970, S. 48; *Bopp*: Kündigung und Kündigungsschutzprozeß im Arbeitsrecht, 1980, S. 182 f.; *Hoyningen-Huene*: Betriebsverfassungsrecht, 1. Aufl. 1983, S. 226; *Hueck*: Das Bundeskündigungsschutzgesetz, RdA 1951, S. 281, 285; *Löwisch*: Grenzen der ordentlichen Kündigung in kündigungsschutzfreien Betrieben, BB 1997, S. 782, 787; *Müller*: Gedanken zum arbeitsrechtlichen Kündigungsrecht, ZfA 1982, S. 475, 480; *Plassmann*: Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses, 5. Aufl. 1963, S. 66; *Ritzmann*: Das Kündigungsschutzgesetz und die Weitergeltung des § 242 BGB, RdA 1953, S. 14, 15; *Schmidt*: Kündigungsschutz außerhalb des KSchG, AR-Blattei, (D) Kündigungsschutz VIII, 1978, E; *Siebert*: Unwirksamkeit der Kündigung wegen Sittenwidrigkeit oder Verstoßes gegen Treu und Glauben, BB 1952, S. 522; *Spinti*: Prozessuale Fragen des Kündigungsrechts, AR-Blattei, (D) Kündigungsschutz III, Prozessuale Fragen, 502. Lief. 4/1992. A.A. ArbG Ludwigshafen v. 22.11.1971, ARST 1972, S. 70; *Buchner*: Anm. zu LAG Bremen v. 29.10.1985, LAGE § 242 BGB, Nr. 1 (analoge Anwendung des § 4 KSchG); *Freese*: Muß eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung in der Frist nach § 4 KSchG angefochten werden?, BB 1973, S. 665 f.; *Güntner*: Der Anwendungsbereich der Drei-Wochen-Klagefrist des KSchG, RdA 1954, S. 131, 134.

<sup>1308</sup> *Gragert/Kreutzfeldt*: Sturm auf die Gerichte? - Die Konsequenzen aus dem Beschluß des BVerfG zur Kleinbetriebsklausel in § 23 I 2 KSchG, NZA 1998, S. 567, 570; *Gragert*: Kündigungsschutz in Kleinbetrieben, NZA 2000, S. 961, 969. Abl. ausdrücklich *Powietzka*: Kündigungsschutz im Kleinbetrieb und in der Wartezeit, 2003, S. 277; *Urban*: Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, 2001, S. 223.

<sup>1309</sup> BAG v. 20.5.1988, AP Nr. 5 zu § 242 BGB Prozeßverwirkung m.w.N.; *ErfK (Ascheid)*: Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. 25; *Herschel/Steinmann/Löwisch*: KSchG, 6. Aufl. 1984, § 13 KSchG Rndr. 53 i.V.m. § 7 KSchG Rndr. 3; *KR-Friedrich*: KSchG, 3. Aufl. 1989, § 13 KSchG Rndr. 302 ff.; *ders.*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. 157, 304 ff. m.w.N. der Rspr.; *Sowka* (Hrsg.) (*Bengelsdorf*): KSchG, 2. Aufl. 2000, Teil H, § 13 KSchG Rndr. 21, 35; *Aufderhaar*: Anfechtung, Kündigung und Limitierung von Arbeitsverhältnissen, 1976, S. 64; *Kort*: Anm. zu LAG Bremen v. 29.10.1985, AR-Blattei, (D) Kündigungsschutz, Entscheidungen, Nr. 268; *Spinti*: Prozessuale Fragen des Kündigungsrechts, AR-Blattei, (D) Kündigungsschutz III, Prozessuale Fragen, 502. Lief. 4/1992; *Urban*: Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, 2001, S. 224.

Klage nicht mehr zuzumuten.<sup>1310</sup> In diesem Fall war das Vertrauen des Arbeitgebers schützenswerter als das Interesse des Arbeitnehmers an der Überprüfung der Kündigung. Das Gericht wies die Klage wegen Unzulässigkeit ab.

Problematisch war, nach welchem Zeitablauf das Klagerecht als verwirkt anzusehen war. Es wurde allgemein davon ausgegangen, dass der Arbeitnehmer seine Bedenken innerhalb einer angemessenen Frist geltend machen müsse.<sup>1311</sup> Teilweise wurde hierbei in Anlehnung § 4 KSchG a.F. die Entstehung des erforderlichen Vertrauenstatbestands nach einer Frist von drei Wochen bis etwa einem Monat nach Zugang der Kündigung angenommen.<sup>1312</sup> Andere setzten die Obergrenze bei zwei bis drei Monaten<sup>1313</sup> oder bei einem Jahr<sup>1314</sup> an. Demgegenüber lehnte die h.M. die Indizierung des Vertrauenstatbestands durch eine vom Einzelfall unabhängige, statische Frist ab. Die Verwirkung war danach stets aufgrund

---

<sup>1310</sup> BAG v. 7.3.1980, AP Nr. 45 zu § 620 BGB befristeter Arbeitsvertrag; BAG v. 20.5.1988, AP Nr. 5 zu § 242 BGB Prozeßverwirkung m. Anm. Kreitner; BAG v. 6.11.1997, AP Nr. 45 zu § 242 BGB Verwirkung; BAG v. 28.5.1998, AP Nr. 68 zu § 2 KSchG 1969; *Auffarth/Müller*: KSchG, 1960, § 1 KSchG Rndr. 20 i.V.m. Rndr. 117; *Dorndorf u.a. (Dorndorf)*: KSchG, 4. Aufl. 2001, § 13 KSchG Rndr. 136; *Hess u.a. (Schlochauer)*: BetrVG, 5. Aufl. 1997, § 102 BetrVG Rndr. 60; *Kittner u.a. (Däubler)*: KSchR, 6. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. 32; *KR-Friedrich*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. 304 ff. m.w.N. unter Rndr. 308; *Kittner/Zwanziger (Kittner)*: Arbeitsrecht: Handbuch für die Praxis, 3. Aufl. 2005, § 23 Rndr. 14 ff.; *Leinemann (Hrsg.) (Isenhardt)*: KassHdb. z. ArbR., Bd. 2, 2. Aufl. 2000, 6.3 Rndr. 175; *Linck*: Die nichtige Kündigung, AR-Blattei, (SD) Kündigung III, Mängel der Kündigung, 1010.3, 67. Lief. 8/1999, Rndr. 2.

<sup>1311</sup> BAG v. 10.1.1956, AP Nr. 3 zu § 242 BGB Verwirkung m. Anm. Neumann-Duesberg; BAG v. 6.11.1997, AP Nr. 45 zu § 242 BGB Verwirkung; BAG v. 2.12.1999, NZA 2000, S. 541; LAG Kiel v. 7.3.1951, BB 1951, S. 364; LAG Hannover v. 16.9.1954, SAE 1958, S. 136; LAG Baden-Württemberg, Außenk. Mannheim v. 6.6.1958, BB 1959, S. 739; ArbG Wilhelmshaven v. 23.2.1960, BB 1960, S. 1060; ArbG Ulm v. 23.6.1960, DB 1960, S. 1132; ArbG Herne v. 10.10.1967, ARST 1968, S. 112, Nr. 1221; *Kittner u.a. (Däubler)*: KSchR, 6. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. 32 ff.; *KR-Friedrich*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. 305. Weitere Nachweise der Rspr. bei *KR-Rost*: KSchG, 3. Aufl. 1989, § 7 KSchG Rndr. 41 f.

<sup>1312</sup> LAG Hamm v. 21.11.1985, LAGE § 13 KSchG, Nr. 1; ArbG Bielefeld v. 22.11.1984, NZA 1985, S. 187. Ähnlich *Fiebig u.a. (Pfeiffer)*: KSchG, 1. Aufl. 2000, § 13 KSchG Rndr. 64; *Richardi*: BetrVG, 8. Aufl. 2002, § 102 BetrVG Rndr. 132; *Gamillscheg*: Betriebsrat und Kündigung, in Gamillscheg/Hueck/Wiedemann (Hrsg.): FS 25 Jahre BAG, 1979, S. 117, 120; *Wank*: Die Kündigung außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, in Isenhardt/Preis (Hrsg.): Arbeitsrecht und Sozialpartnerschaft, FS für Hanau, 1999, S. 295, 314 f. (befürwortet eine gesetzliche Regelung, die alle Arbeitnehmerklagen gegen Kündigungen an eine Frist von vier Wochen bindet).

<sup>1313</sup> LAG Schleswig-Holstein v. 24.8.1995, zit. bei *KR-Friedrich*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. 310; ArbG Wilhelmshaven v. 23.2.1960, BB 1960, S. 1060; ArbG Bielefeld v. 22.11.1984, NZA 1985, S. 187; ArbG Karlsruhe v. 9.3.1988, ZIP 1988, S. 1210; *Ascheid/Preis/Schmidt (Biebl)*: Großkomm. KSchR, 2. Aufl. 2004, § 13 KSchG, Rndr. 62; *Backmeister/Trittin/Mayer (Backmeister)*: KSchG, 2. Aufl. 2002, § 13 KSchG Rndr. 31; *Stege/Weinspach/Schiefer*: BetrVG, 9. Aufl. 2002, § 102 BetrVG Rndr. 37; *Richardi/Wlotzke (Wank)*: MüHdb. z. ArbR., Bd. 2, 2. Aufl. 2000, § 119 Rndr. 125.

<sup>1314</sup> BAG v. 9.1.1987, zit. bei *KR-Friedrich*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. 310.

der jeweiligen Umstände des vorliegenden Sachverhalts zu beurteilen.<sup>1315</sup>

Verschiedentlich war in der Literatur kritisiert worden, dass die Überprüfung der Kündigung außerhalb des KSchG nicht an eine konkrete zeitliche Begrenzung gebunden war.<sup>1316</sup>

Seit dem 1.1.2004 bestimmt die Neufassung des § 4 KSchG: „Will ein Arbeitnehmer geltend machen, dass eine Kündigung sozial ungerechtfertigt ist oder aus anderen Gründen rechtsunwirksam ist, so muss er innerhalb von drei Wochen nach dem Zugang der schriftlichen Kündigung Klage auf Feststellung erheben, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst ist.“<sup>1317</sup> Nach dem Wortlaut der Vorschrift ist die Klage zur Überprüfung der Wirksamkeit einer Kündigung nun auch im Fall der Gesetzes-, Sitten- und Treuwidrigkeit an diese Frist gebunden. Es stellt sich allerdings die Frage, wieweit diese Regelung außerhalb des KSchG von Bedeutung ist.

§ 23 S. 2 KSchG n.F. ordnet die Geltung der §§ 4 - 7 KSchG n.F. ausdrücklich für Kündigungen in ansonsten vom gesetzlichen allgemeinen Kündigungsschutz ausgeschlossenen Kleinbetrieben an. Darüber hinaus bestimmt § 13 Abs. 3 KSchG n.F., dass diese Vorschriften auf eine Kündigung Anwendung finden, die aus anderen Gründen als der Sozialwidrigkeit unwirksam ist. Aus dem Gesetzestext ergibt sich nicht eindeutig, ob dadurch auch Kündigungen in der Wartefrist und alle übrigen Kündigungsfälle außerhalb des KSchG an die §§ 4 - 7 KSchG n.F. gebunden werden. Eine mit § 23 KSchG n.F. vergleichbare ausdrückliche Geltung der Fristenregelung für Kündigungen in den ersten sechs Monaten des Arbeitsverhältnisses enthält das KSchG nicht. Bis zur jüngsten Änderung des KSchG erstreckte sich die Bedeutung des § 13 Abs. 3 KSchG auf alle Unwirksamkeitsgründe außerhalb der Sozialwidrigkeit, unabhängig davon, ob das KSchG anwendbar war oder nicht. Der Gesetzgeber hat bei der Diskussion um die Neufassung des KSchG nicht erkennen lassen, dass dies in Zukunft anders sei soll. Aufgrund der historischen Bedeutung des § 13 Abs. 3 KSchG ist daher davon auszugehen, dass die Fristenregelung auch für alle Kündigungen außerhalb des KSchG Anwendung findet. Der entsprechende ausdrückliche Hinweis in § 23 KSchG wiederholt daher nur, was sich bereits aus § 13 Abs. 3 KSchG ergibt. Überdies wäre es nicht verständlich, weshalb bei Kündigungen

---

<sup>1315</sup> BAG v. 23.12.1957, AP Nr. 4 zu § 242 BGB Verwirkung m. Anm. Larenz; BAG v. 20.5.1988, AP Nr. 5 zu § 242 BGB Prozeßverwirkung m. Anm. Kreitner; BAG v. 29.5.1988, DB 1988, S. 2156 f.; BAG v. 13.4.1989, AP Nr. 21 zu § 4 KSchG 1969 m. Anm. Natzel; BAG v. 25.9.1997, zit. bei *KR-Friedrich*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. 310; BAG v. 28.5.1998, AP Nr. 68 zu § 2 KSchG 1969. So auch LAG Berlin v. 13.5.1985, LAGE § 242 BGB Prozeßverwirkung, Nr. 1; LAG Berlin v. 17.8.1987, LAGE § 4 KSchG, Nr. 12; LAG Berlin v. 5.2.1992, LAGE § 54 AGB 1977 (DDR), Nr. 4; LAG Nürnberg v. 13.4.1995, zit. bei *KR-Friedrich*: KSchG, 5. Aufl. 1998, § 13 KSchG Rndr. 310; LAG Berlin v. 28.5.1996, zit. bei *KR-Friedrich*: KSchG, 5. Aufl. 1998, § 13 KSchG Rndr. 310; ArbG Weiden v. 29.3.1995, NZA RR 1996, S. 9; *Ascheid/Preis/Schmidt (Biebl)*: Großkomm. KSchR, 2. Aufl. 2004, § 13 KSchG, Rndr. 62; *Dietz/Richardi*: BetrVG, 5. Aufl. 1973, § 102 BetrVG Rndr. 66; *Fabricius u.a. (Raab)*: BetrVG, Bd. 2, 7. Aufl. 2002, § 102 BetrVG Rndr. 83; *Galperin/Löwisch*: BetrVG, Bd. 2, 5. Aufl. 1976, § 102 BetrVG Rndr. 47; *Hess u.a. (Schlochauer)*: BetrVG, 3. Aufl. 1986, § 102 BetrVG Rndr. 53; *Kittner u.a. (Däubler)*: KSchR, 6. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. 33; *KR-Rost*: KSchG, 3. Aufl. 1989, § 7 KSchG Rndr. 41 f. m.w.N. der Rspr.; *KR-Friedrich*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. 304 ff. m.w.N. der Rspr.; *Steger/Weinspach/Schiefer*: BetrVG, 9. Aufl. 2002, § 102 BetrVG Rndr. 37.

<sup>1316</sup> *Powietzka*: Kündigungsschutz im Kleinbetrieb und in der Wartezeit, 2003, S. 279 m.w.Nachw.

<sup>1317</sup> Vgl. zu dem Entwurf der Vorschrift *Bauer*: Weniger Kündigungsschutz gleich mehr Beschäftigung? - Die Arbeitgebersicht, NZA 2003 Sonderbeil. zu Heft 21, S. 47, 50; *Meinel*: Agenda 210 - Regierungsentwurf zu Reformen am Arbeitsmarkt, DB 2003, S. 1438; *Richardi*: Die neue Klagefrist bei Kündigungen, NZA 2003, S. 764, 765; *Thüsing/Stelljes*: Fragen zum Entwurf des Gesetzes zu Reformen am Arbeitsmarkt, BB 2003, S. 1673, 1678; *Wank*: Bestandsschutz in Deutschland aus arbeitsrechtlicher Sicht, NZA 2003, Sonderbeil. zu Heft 21, S. 3, 10.



außerhalb des KSchG unterschiedliche Fristen gelten sollten, je nachdem, ob sich der Ausschluss aus dem Gesetz aus § 23 KSchG oder § 1 KSchG ergibt.

Da § 4 KSchG den Fristbeginn vom Zugang der schriftlichen Kündigung abhängig macht, wird sie ausnahmsweise nicht für die nach den §§ 623, 125 BGB unwirksame, mündliche Kündigung gelten.<sup>1318</sup> Hinsichtlich der anderen Unwirksamkeitsgründe ergibt der Wortlaut eindeutig die Bindung an die Drei-Wochen-Frist.

Die Vereinheitlichung der Klagefrist ist zu begrüßen, da außerhalb des KSchG nicht klar definiert war, ab wann die Verwirkung des Kündigungsrechts eintreten sollte. Diese Rechtsunsicherheit ist mit der Ausweitung des Anwendungsbereichs des § 4 KSchG auf Kündigungen außerhalb des Gesetzes beseitigt worden. Wird die Unwirksamkeitsklage außerhalb des KSchG nicht rechtzeitig erhoben, ist die Kündigung nach § 7 KSchG wirksam.

### III. Die Klageart

Die Unwirksamkeit einer Kündigung nach § 1 Abs. 2, 3 KSchG kann heute nur mit der Feststellungsklage gemäß § 4 KSchG<sup>1319</sup> geltend gemacht werden. Davon abweichend konnte der Arbeitnehmer bis zum 31.12.2003 gegen eine unwirksame Kündigung außerhalb des KSchG zwischen der zivilrechtlichen Feststellungs- und der Leistungsklage wählen.<sup>1320</sup>

Bei der Feststellungsklage i.S.d. §§ 256 Abs. 1 ZPO, 46 Abs. 2 ArbGG war der Klageantrag auf die Feststellung zu richten, dass das Arbeitsverhältnis durch die datumsmäßig benannte Kündigung des Arbeitgebers nicht aufgelöst worden war und daher fortbestand.<sup>1321</sup> Das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche besondere Interesse an der alsbaldigen Feststellung des Bestehens des Arbeitsverhältnisses wurde allgemein angenommen. Von dem Fortbestand des Arbeitsverhältnisses hingen regelmäßig zahlreiche Ansprüche (z.B. Lohnzahlungs- und Beschäftigungsanspruch) ab, für die das Feststellungsurteil präjudizial wirkte.<sup>1322</sup>

---

<sup>1318</sup> *Eberle*: Geltendmachung der Unwirksamkeit der mündlichen Kündigung, NZA 2003, S. 1121 f.; *Quecke*: Die Änderung des Kündigungsschutzgesetzes zum 1.1.2004, RdA 2004, S. 86, 100; *Richardi*: Misslungene Reform des Kündigungsschutzes durch das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt, DB 2004, S. 486, 489; *Willemsen/Annuß*: Kündigungsschutz nach der Reform, NJW 2004, S. 177, 184.

<sup>1319</sup> Unter der Geltung des KSchG 1951 in der Zeit vom 14.8.1951 bis 31.8.1969 § 3.

<sup>1320</sup> *Ascheid/Preis/Schmidt (Biebl)*: Großkomm. KSchR, 2. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. 63 f.; *Dorndorf u.a. (Dorndorf)*: KSchG, 4. Aufl. 2001, § 13 KSchG Rndr. 137; *Fiebig u.a. (Fiebig/Pfeiffer)*: KSchG, 1. Aufl. 2000, § 13 KSchG Rndr. 55, 79 f.; *KR-Friedrich*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. 158, 311 f.; *Dietz*: Das neue Kündigungsschutzgesetz, NJW 1951, S. 941, 944; *Siebert*: Unwirksamkeit der Kündigung wegen Sittenwidrigkeit oder Verstoßes gegen Treu und Glauben, BB 1952, S. 522; *Stahlhacke*: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 4. Aufl. 1982, S. 58 f.

<sup>1321</sup> *Ascheid/Preis/Schmidt (Biebl)*: Großkomm. KSchR, 2. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. 63; *KR-Friedrich*: KSchG, 3. Aufl. 1989, § 13 KSchG Rndr. 313; *Schaub*: ArbR.-Hdb., 10. Aufl. 2002, § 139 Rndr. 11.

<sup>1322</sup> BAG v. 4.8.1960, AP Nr. 34 zu § 256 ZPO m. Anm. Baumgärtel; BAG v. 17.5.1962, AP Nr. 2 zu § 620 BGB Bedingung; BAG v. 3.12.1964, AP Nr. 79 zu § 1 KSchG 1951 m. Anm. Hueck; BAG v. 24.10.1996, EzA Art. 12 GG Nr. 29; BAG v. 21.2.2001, NZA 2001, S. 833, 834; LAG Bremen v. 23.1.1952, BB 1952, S. 521; LAG Hamm v. 14.11.1966, DB 1966, S. 908; LAG Stuttgart v. 29.2.1968, DB 1968, S. 943; *KR-Friedrich*: KSchG, 7. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. 313; *Schaub*: ArbR.-Hdb., 10. Aufl. 2002, § 139 Rndr. 11; *Stahlhacke/Preis/Vossen*: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 8. Aufl. 2002, Rndr. 1956. A.A. LAG Düsseldorf v. 25.10.1960, BB 1961, S. 134; ArbG Kiel v. 27.6.1967, AP Nr. 1 zu § 178 AVAVG. Kritisch *Fiebig u.a. (Pfeiffer)*: KSchG, 1. Aufl. 2000, § 13 KSchG Rndr. 55, 81.

Mit der Leistungsklage konnte der Arbeitnehmer die Verurteilung des Arbeitgebers zur Zahlung des vereinbarten Entgelts seit Ablauf der Kündigungsfrist beantragen.<sup>1323</sup> Die Wirksamkeit der Kündigung wurde hier inzidenter geprüft. War sie nichtig, geriet der Arbeitgeber nach Ablauf der Kündigungsfrist automatisch mit der Entgeltzahlung in Annahmeverzug, § 615 BGB. Ein vorangehendes Angebot der Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer war nicht erforderlich.<sup>1324</sup> Der Arbeitgeber kam nur ausnahmsweise nicht in Annahmeverzug, wenn ihm die weitere Beschäftigung des Arbeitnehmers unzumutbar war.<sup>1325</sup> Hierbei war ein strenger Maßstab anzusetzen.<sup>1326</sup>

Ergab die gerichtliche Überprüfung des Klagebegehrens die Unwirksamkeit der Kündigung, bestand das Arbeitsverhältnis fort. War der Arbeitnehmer an einer Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr interessiert, konnte er außerhalb des KSchG nur eine Aufhebungsvereinbarung anstreben oder selber kündigen.

Die seit 1.1.2004 geltende Fassung des § 4 KSchG hat nicht nur eine Änderung im Hinblick auf die Klagefrist zur Geltendmachung der Unwirksamkeit bei Kündigungen außerhalb des KSchG herbeigeführt. Sie hat nach hier vertretenen Ansicht auch zu einer Veränderung der zulässigen Klageart geführt. Der Wortlaut der Vorschrift ergibt, dass der Arbeitnehmer innerhalb der Drei-Wochen-Frist auch bei sonstigen Unwirksamkeitsgründen außerhalb der Sozialwidrigkeit Klage auf Feststellung erheben muss, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst worden ist. Da § 4 KSchG - wie gerade erläutert<sup>1327</sup> - aufgrund der Verweise in den §§ 13 Abs. 3, 23 Abs. 1 KSchG auch für die in dieser Untersuchung dargestellten Unwirksamkeitsgründe Anwendung findet, führt die Neuregelung dazu, dass der Arbeitnehmer zunächst den Feststellungsantrag nach dem KSchG stellen muss. Er kann nicht mehr nach § 256 Abs. 1 ZPO gegen die Kündigung vorgehen oder ausschließlich die der Leistungsklage erheben. Er hat grundsätzlich nur noch die Möglichkeit, den Leistungsantrag mit dem Feststellungsantrag nach § 4 KSchG verbinden. Diese Auswirkung der Änderung des KSchG wurde bisher nicht angesprochen. Lediglich im Fall der Unwirksamkeit nach § 623, 125 BGB kann der Arbeitnehmer weiterhin Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO oder wahlweise Leistungsklage erheben.

Für die gerichtliche Geltendmachung des Ersatzanspruchs wegen positiver Vertragsverletzung bedeutet die Neuregelung des § 4 KSchG, dass der Arbeitnehmer nicht ausschließlich den Schadensersatzanspruch geltend machen kann, da dadurch die Unwirksamkeit der Kündigung als Anspruchsvoraussetzung inzidenter im Rahmen der Leistungsklage geprüft würde.<sup>1328</sup> Er muss insofern zunächst fristgerecht die gerichtliche Feststellung beantragen, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung nicht aufgelöst worden ist. Damit wird er in der Regel dann praktischerweise die Leistungsklage auf Schadensersatz verbinden. Da er diesbezüglich jedoch nicht an die Drei-Wochen-Frist gebunden ist, kann er ihn allerdings auch erst später stellen. In diesem Fall ist das Ergebnis der Kündigungsschutzklage zugrunde zu legen.

---

<sup>1323</sup> LAG Bremen v. 7.7.1965, DB 1965, S. 1154.

<sup>1324</sup> BAG v. 9.8.1984, AP Nr. 34 zu § 615 BGB m. Anm. Konzen; BAG v. 24.11.1994, AP Nr. 60 zu § 615 BGB m. Anm. Ramrath; *Ascheid/Preis/Schmidt (Biebl)*: Großkomm. KSchR, 2. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. 68.

<sup>1325</sup> BAG v. 29.10.1987, AP Nr. 42 zu § 615 BGB m. Anm. Konzen/Weber.

<sup>1326</sup> *Ascheid/Preis/Schmidt (Biebl)*: Großkomm. KSchR, 2. Aufl. 2004, § 13 KSchG Rndr. 68.

<sup>1327</sup> Vgl. S. 268 ff.

<sup>1328</sup> Vgl. S. 271.

#### **4. Teil: Schutz vor ungerechtfertigter Kündigung - Art. II 30 EUVerf(E)**

Der Entwurf eines Verfassungsvertrags der Europäischen Union EUVerf(E) beinhaltet in seinem zweiten Teil einen Grundrechtskatalog, der in den Art. II 27 - 38 EUVerf(E) soziale Grundrechte vorsieht.

Soziale Grundrechte sind Rechte, die dem einzelnen Bürger zukommen. Er kann sie nur in seiner Verbindung zu anderen Menschen als Mitglieder einer Gruppe wahrnehmen, und sie können nur verwirklicht werden, wenn die staatliche Gemeinschaft Leistungen zu Sicherung der Lebensgestaltung des einzelnen Bürgers erbringt.<sup>1329</sup>

Nach dem sozialen Grundrecht des Art. II 30 EUVerf(E) hat jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer in den Grenzen des Art. 51 EUVerf(E) nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten Anspruch auf Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung.

Die gleiche Formulierung enthält auch der derzeitige Art. 30 der Europäischen Grundrechtscharta (GRC)<sup>1330</sup>. Die Regelung erfolgte in Anlehnung an Art. 24 der revidierten Europäischen Sozialcharta von 1996 (RESC - Revised European Social Charter). Beide Normen haben allerdings bisher keine Wirkung in Deutschland entfalten können. Die RESC wurde nicht ratifiziert, und Art. 30 GRC begründet keine Verbindlichkeit, da die Grundrechtscharta auf dem EU Gipfel von Nizza am 7.12.2000 lediglich feierlich, aber unverbindlich proklamiert wurde. Sie würde Rechtsverbindlichkeit erlangen, wenn sie in die bestehenden Europäischen Verträge oder, wie beabsichtigt, in den Europäischen Verfassungsvertrag aufgenommen würde.

Grundsätzlich soll Schutz vor Entlassungen gewährt werden. Da als Entlassung allgemein jede vom Arbeitgeber ausgehende Beendigung des Arbeitsverhältnisses anzusehen ist, wird von Art. II 30 EUVerf(E) auch die Kündigung des Arbeitgebers erfasst.

Der Schutz soll allerdings nur in Betracht kommen, wenn die Kündigung ungerechtfertigt ist. Diese Formulierung ist sehr unbestimmt, und die geplante Verfassungsvorschrift steht nicht in einer gefestigten Verfassungstradition. Ein ausdrücklicher verfassungsrechtlicher Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung existiert bis heute nur in Portugal. Art. 53 der portugiesischen Verfassung erklärt Entlassungen ohne rechtfertigenden Grund ausdrücklich für unzulässig.

In den übrigen EU-Mitgliedsländern wird der Entlassungsschutz in unterschiedlicher Ausprägung grundsätzlich auf einfachgesetzlicher Ebene gewährt. In Deutschland ist er seit 1951 im KSchG geregelt. Für jedes Arbeitsverhältnis, auch für diejenigen, die nicht in den Geltungsbereich des KSchG fallen, ergibt sich darüber hinaus der oben ausführlich darstellte, verfassungsrechtliche Mindestkündigungsschutz aus der aus Art. 12 GG abgeleiteten staatlichen Bestandsschutzpflicht.<sup>1331</sup> Hinzu tritt außerhalb des KSchG der erläuterte Schutz durch die §§ 134, 138, 242 BGB im Fall der gesetzes-, sitten- und treuwidrigen Kündigung.<sup>1332</sup>

---

<sup>1329</sup> [www.europarl.eu.int/workingpapers/soci/104/teil1\\_de.htm](http://www.europarl.eu.int/workingpapers/soci/104/teil1_de.htm) v. 17.11.2003, S. 2 unter Verweis auf *Wipfelder*: Die verfassungsrechtliche Kodifizierung sozialer Grundrechte, ZRP 1986, S. 140.

<sup>1330</sup> Abl. EU 2000/c 364/01 v. 18.12.2000. Auch die übrigen in der Charta formulierten Grundrechte wurden in die EuVerfV(E) übernommen.

<sup>1331</sup> Vgl. S. 204 ff., 226 ff.

<sup>1332</sup> Vgl. S. 109 ff., 115 ff., 152 ff.

Es existieren allerdings Anhaltspunkte zur Interpretation des Begriffs der ungerechtfertigten Kündigung in Art. II 30 EUVerf(E). Der Schutz besteht nach dem Unionsrecht, den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten. Diese Formulierung legt nahe, dass es sich bei ungerechtfertigten Entlassungen nur um solche handeln kann, die nach Unionsrecht, einzelstaatlichem Recht und den nationalen Gepflogenheiten zu missbilligen sind. Kündigungen, die danach zulässig sind, dürften nicht von Art. II 30 EUVerf(E) erfasst werden.

Weitere Hinweise zum Inhalt des Begriffs der ungerechtfertigten Entlassung bietet Art. 24 RESC. Er verpflichtete die Vertragsparteien, das Recht der Arbeitnehmer anzuerkennen, nicht ohne einen triftigen Grund gekündigt zu werden, der auf ihren Fähigkeiten, ihrem Verhalten oder auf den Erfordernissen der Tätigkeit des Unternehmens bzw. des Betriebs beruht. Der zu dem Art. bestehende Annex am Ende der RESC enthält darüber hinaus in Abs. 3 lit. a. - f. eine Auflistung von Gründen, die im Rahmen des

Art. 24 RESC als nicht triftig anzusehen sein sollten.<sup>1333</sup> Man wird davon ausgehen müssen, dass diese Gründe auch in Rahmen des Art. II 30 EUVerf(E) als ungerechtfertigt zu betrachten sein werden. Sie sind jedoch größtenteils auch durch den deutschen besonderen Kündigungsschutz abgedeckt oder werden jedenfalls von dem Mindestkündigungsschutz erfasst.

Insgesamt reicht der Schutz des Art. II 30 EUVerf(E) damit nach der hier vertretenen Auffassung nicht weiter als der nationale Mindestkündigungsschutz durch das GG.

---

<sup>1333</sup> Wortlaut des Annex zu Art. 24 RESC:

- „Für die Zwecke dieses Artikels gelten insbesondere nicht als triftige Gründe für eine Kündigung:
- a. die Zugehörigkeit zu einer Gewerkschaft oder die gewerkschaftliche Betätigung außerhalb der Arbeitszeit oder, mit Zustimmung des Arbeitgebers, während der Arbeitszeit;
  - b. die Tatsache, daß sich jemand um das Amt eines Arbeitnehmervertreters bewirbt, ein solches Amt ausübt oder ausgeübt hat;
  - c. die Tatsache, daß jemand wegen einer behaupteten Verletzung von Rechtsvorschriften eine Klage gegen den Arbeitgeber einreicht, an einem Verfahren gegen ihn beteiligt ist oder die zuständigen Verwaltungsbehörden anruft;
  - d. Rasse, Hautfarbe, Geschlecht, Familienstand, Familienpflichten, Schwangerschaft, Religion, politische Anschauung, nationale oder soziale Herkunft;
  - e. Mutterschaftsurlaub oder Elternurlaub;
  - f. vorübergehende Abwesenheit von der Arbeit aufgrund einer Krankheit oder eines Unfalls.“

## 5. Teil: Der Kündigungsschutz des Entwurfs des Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien v. 16.12.2004

### A. Einführung

Der Gesetzgeber beabsichtigt ein Gesetz zum Schutz vor Diskriminierung zu erlassen. Er kommt damit - wenn auch verspätet - der europäischen Verpflichtung nach, mehrere Antidiskriminierungsrichtlinien der EU<sup>1334</sup> in deutsches Recht umzusetzen.

Der Bundestag hat inzwischen in erster Lesung am 21.1.2005 über den von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf des „Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien v. 16.12.2004“<sup>1335</sup> beraten, dessen Art. 1 den Entwurf des „Gesetzes zum Schutz vor Diskriminierung (Antidiskriminierungsgesetz - ADG)“ - im weiteren ADG(E) enthält.<sup>1336</sup>

Ziel des ADG(E) ist es, das Recht aller Menschen auf Gleichbehandlung und auf Schutz vor Diskriminierung, wie es in Deutschland insbesondere in Art. 3 GG festgeschrieben ist, durch Umsetzung der oben genannten Richtlinien der EU in Zukunft stärker und effektiver zu schützen.<sup>1337</sup> In den Fällen, in denen die EU einen Schutz vor Benachteiligungen fordert, das deutsche Recht jedoch bisher noch keine entsprechende einfachgesetzliche Rechtsgrundlage kennt, soll das ADG(E) zudem diese Lücke füllen.<sup>1338</sup>

Das gesamte Gesetz zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien wird weitreichende Auswirkungen auf den allgemeinen Kündigungsschutz innerhalb und außerhalb des KSchG haben. Die folgenden Ausführungen geben einen kurzen Überblick über die kündigungsschutzrechtlich relevanten Inhalte des Gesetzes und die Bedeutung für den Untersuchungsbereich dieser Arbeit.

---

<sup>1334</sup> a) Richtlinie 2000/43/EG des Rates v. 26.9.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (Abl. EG Nr. L 180, S. 22) – Umsetzungsfrist 19.7.2003;  
b) Richtlinie 2000/78/EG des Rates v. 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (Abl. EG Nr. L 303, S. 16) - Umsetzungsfrist 2.12.2003;  
c) Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23.9.2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen (Abl. EG Nr. L 269, S. 15) – Umsetzungsfrist 5.10.2005 Allerdings soll diese dritte Richtlinie wiederum durch eine neue Richtlinie des Europäischen Parlaments zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung abgelöst werden. Diese geplante Richtlinie wurde erst am 7.12.2004 beraten, ist derzeit noch nicht verabschiedet und wird auch vom deutschen ADG(E) nicht berücksichtigt.  
d) Richtlinie des Rates v. 13.12.2004 zur Gleichbehandlung von Frauen und Männern auch bei Zugang zu und Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (derzeit noch nicht im Abl. EG Nr. L veröffentlicht).

<sup>1335</sup> BT-Drs. 15/4538.

<sup>1336</sup> Dem Regierungsentwurf war ein Referentenentwurf des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend v. 6.5.2004 vorausgegangen, vgl. dazu *Herms/Meinel*: Vorboten einer neuen Ära: Das geplante Antidiskriminierungsgesetz, DB 2004, S. 2370 ff.; *Schiek*: Gleichbehandlungsrichtlinien der EU - Umsetzung im deutschen Arbeitsrecht, NZA 2004, S. 873 ff.; *Thüsing*: Das Arbeitsrecht der Zukunft? - Die deutsche Umsetzung der Anti-Diskriminierungsrichtlinien im internationalen Vergleich, NZA 2004, Sonderbeilage zu Heft 22, S. 3 ff.; *Wank*: Diskriminierung in Europa - Die Umsetzung der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien aus deutscher Sicht, NZA 2004, Sonderbeilage zu Heft 22, S. 16 ff.

<sup>1337</sup> Vgl. § 1 ADG(E); BT-Drs. 15/4538, S. 17.

<sup>1338</sup> BT-Drs. 15/4538, S. 2.

## **B. Kündigungsschutzrechtlicher Regelungsinhalt des ADG(E) v. 16.12.2004**

### **I. Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 ADG(E)**

§ 7 Abs. 1 ADG(E) enthält ein arbeitsrechtliches Benachteiligungsverbot. Danach darf kein Arbeitnehmer oder sonstiger Beschäftigter i.S.d. § 6 Abs. 1 ADG(E) wegen einem der in genannten § 1 ADG(E) Gründe (Rasse, ethnische Herkunft, Geschlecht, Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Identität<sup>1339</sup>) benachteiligt werden. Möglich ist dabei grundsätzlich, dass die Benachteiligung nicht nur einen sondern auch mehrere Gründe berühren kann, § 4 ADG(E).

Nach § 7 Abs. 1 S. 2 ADG(E) ist für die Erfüllung des Tatbestands nicht erforderlich, dass objektiv eine Benachteiligung i.S.d. § 1 ADG(E) vorliegt. Es reicht aus, wenn der Benachteiligende nur von ihr ausgeht.

Als benachteiligende Maßnahme kommt grundsätzlich auch die Kündigung in Betracht, da § 2 Abs. 1 Nr. 2 ADG(E) unter anderem festlegt, dass es in Bezug auf Maßnahmen bei der Beendigung von Beschäftigungsverhältnissen nicht zu Benachteiligungen aus den in § 1 ADG(E) genannten Gründen kommen darf.

Die benachteiligende Person kann nach § 6 Abs. 2 ADG(E) grundsätzlich der Arbeitgeber oder ein Dritte sein. Insofern wird der Arbeitnehmer auch vor benachteiligenden Kündigungen durch Vorgesetzter geschützt. Nach § 3 Abs. 1 und 2 bietet § 7 Abs. 1 ADG(E) sowohl Schutz vor unmittelbar als auch mittelbar benachteiligenden Kündigungen.

Die Verletzung des Benachteiligungsverbots scheidet allerdings aus, wenn eine durch eine Kündigung erfolgte unterschiedliche Behandlung nach den §§ 8, 9, 10 ADG(E) oder § 5 ADG(E) ausnahmsweise zulässig ist.

Eine das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 ADG(E) verletzende Kündigung ist nach den §§ 7 Abs. 1 ADG(E), 134 BGB unwirksam. Der Rückgriff auf § 134 BGB ist notwendig, das die ausdrückliche Rechtsfolgenanordnung in § 7 Abs. 2 ADG(E) sich nicht auf Kündigungen bezieht.

Das ADG(E) bestimmt nicht, innerhalb welcher Frist die gesetzeswidrige Kündigung geltend gemacht werden kann. Insofern ist davon auszugehen, dass ein Antrag auf Feststellung des Fortbestehens des Arbeitsverhältnisses nur innerhalb der seit 1.1.2004 für alle Unwirksamkeitsgründe geltenden Drei-Wochen-Frist des § 4 KSchG gestellt werden kann.

Als weitere Rechtsfolge kommt nach § 15 Abs. 1, 16 Abs. 1 ADG(E) ein Entschädigungsanspruch des gekündigten Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber in Betracht. Er ist nicht von einem Verschulden des Kündigenden (Arbeitgeber/Vorgesetzter) abhängig, setzt allerdings einen Schaden voraus, der nicht Vermögensschaden ist. In Betracht kommt hier eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Ob sie in jedem Fall einer benachteiligenden Kündigung tatsächlich vorliegt, wird entgegen der Entwurfsbegründung<sup>1340</sup> bezweifelt<sup>1341</sup>. Der Höhe nach ist der Anspruch nicht begrenzt. § 15 Abs. 1 ADG(E) verlangt lediglich eine angemessene Entschädigung. Damit obliegt den Gerichten

---

<sup>1339</sup> Zu den einzelnen Diskriminierungsgründen näher *Thüsing*: Das Arbeitsrecht der Zukunft? - Die deutsche Umsetzung der Anti-Diskriminierungsrichtlinien im internationalen Vergleich, NZA 2004, Sonderbeilage zu Heft 22, S. 3, 9 ff.

<sup>1340</sup> BT-Drs. 15/4538, S. 35.

<sup>1341</sup> *Thüsing*: Das Arbeitsrecht der Zukunft? - Die deutsche Umsetzung der Anti-Diskriminierungsrichtlinien im internationalen Vergleich, NZA 2004, Sonderbeilage zu Heft 22, S. 3, 15.

ihre konkrete Festsetzung. Nach der Entwurfsbegründung muss die Entschädigung zur Abschreckung des Arbeitgebers geeignet sein und zugleich in einem angemessenen Verhältnis zum Schaden stehen.<sup>1342</sup> Bei einer Mehrfachbenachteiligung soll deshalb beispielsweise eine erhöhte Entschädigung geboten sein. Entscheidend soll Art und Schwere des Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot sein.<sup>1343</sup> Der Entschädigungsanspruch ist innerhalb einer Frist von sechs Monaten ab Kenntnis von der Benachteiligung geltend zu machen. Da hier inzidenter eine Verletzung des Benachteiligungsverbots überprüft wird, kann auf diesem Weg die Unwirksamkeit nach § 7 Abs. 1 ADG(E) auch nach Ablauf der Drei-Wochen-Frist innerhalb der Frist des § 15 Abs. 3 ADG(E) geltend gemacht werden.

Als Spezialfall des § 280 BGB<sup>1344</sup> enthält § 15 Abs. 4, 16 Abs. 1 ADG(E) einen Anspruch auf Ersatz des entstandenen materiellen Schadens. Dieser Anspruch ist anders als der Entschädigungsanspruch des § 15 Abs. 1 ADG(E) verschuldensabhängig i.S.d. §§ 276 ff. BGB und nicht an die Frist des § 15 Abs. 3 ADG(E) gebunden. Da auch in diesem Verfahren der Verstoß gegen § 7 Abs. 1 ADG(E) zu überprüfen ist, ist es auch hierdurch möglich, die Unwirksamkeit der Kündigung wegen Verletzung des Benachteiligungsverbots außerhalb der Frist des § 4 KSchG geltend zu machen.

Beruft sich der Arbeitnehmer auf die Unwirksamkeit der Kündigung bzw. macht er den Entschädigungs- oder Schadensersatzanspruch des § 15 Abs. 1, 4 ADG(E) geltend, trifft ihn nach den allgemeinen Regeln grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast. Er muss daher beweisen, im Verhältnis zu anderen Arbeitnehmern durch die Kündigung unterschiedlich behandelt worden zu sein. Nach § 23 ADG(E) ist er jedoch nicht verpflichtet, nachzuweisen, dass die unterschiedliche Behandlung auf einem der in § 1 ADG(E) genannten Gründe beruht. Nach der Vorschrift genügt es, wenn er sogenannte Vermutungstatsachen vortragen kann, aus denen sich dies ergibt. Werden sie vom Arbeitgeber nicht bestritten, gelten sie als zugestanden. Bestreitet sie der Arbeitgeber, muss Arbeitnehmer sie zwar nachweisen, jedoch es reicht aus, wenn das Gericht aufgrund des Vortrags des Arbeitnehmers ihr Vorliegen für wahrscheinlich hält.<sup>1345</sup> Anschließend trägt der Arbeitgeber die volle Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot vorliegt, also insbesondere dafür, dass die unterschiedliche Behandlung nach den §§ 8, 9, 10 ADG(E) und § 5 ADG(E) gerechtfertigt ist. Im Übrigen verbleibt die Beweislast beim Arbeitnehmer, so dass er auch die Voraussetzungen des Entschädigungs- und Schadensersatzanspruchs nach §§ 15 Abs. 1, 4 ADG(E) beweisen muss.

## II. Maßregelungsverbot des § 17 ADG(E)

Nach den §§ 17 ADG(E), 134 BGB sind Kündigungen unwirksam, die darauf beruhen, dass der Arbeitnehmer sein Beschwerderecht aus § 13 ADG(E) oder sein Leistungsverweigerungsrecht aus § 14 ADG(E) zulässigerweise in Anspruch genommen hat. Die Vorschrift ist § 4 Abs. 3 BeschSchG nachgebildet.<sup>1346</sup>

Fühlt sich ein Arbeitnehmer aus den in § 1 ADG(E) genannten Gründen benachteiligt, kann er sich nach § 13 Abs. 1 ADG(E) bei der zuständigen Stelle beschweren. Auch das Beschwerderecht ist

---

<sup>1342</sup> BT-Drs. 15/4538, S. 35.

<sup>1343</sup> BT-Drs. 15/4538, S. 35.

<sup>1344</sup> Vgl. hierzu S. 248 ff.

<sup>1345</sup> BT-Drs. 15/4538, S. 45.

<sup>1346</sup> Vgl. S. 143 ff.



§ 3 Abs. 1 BeschSch nachgebildet.<sup>1347</sup> Eine Benachteiligung kann hierbei allerdings nicht nur in einer unmittelbaren oder mittelbaren ungleichen Behandlung (§ 3 Abs. 1, 2 ADG(E)), sondern auch in einer Belästigung (§ 3 Abs. 3 ADG(E)), einer sexuellen Belästigung (§ 3 Abs. 4 ADG(E)) oder einer Anweisung zu einer Benachteiligung i.S.d. des § 3 Abs. 1, 2 3, 4 ADG(E) liegen (§ 3 Abs. 5 ADG(E)). Sie kann durch den Arbeitgeber, einen Vorgesetzten, Arbeitskollegen und auch betriebsfremden Dritten erfolgen. Wie nach dem BeschSchG reicht es aus, wenn sich der betroffene Arbeitnehmer benachteiligt, belästigt oder sexuell belästigt fühlt. Hat er zulässigerweise von diesem Recht Gebrauch gemacht und wird er deswegen gekündigt, ist die Kündigung unwirksam.

Das gleiche gilt, wenn die Kündigung darauf beruht, dass der Arbeitnehmer wegen einer objektiv bestehenden, auf den Gründen des § 1 ADG(E) beruhenden Benachteiligung i.S.d. § 3 ADG(E) seine Tätigkeit verweigert, weil der Arbeitgeber keine oder offensichtlich ungeeignete Maßnahmen zur Unterbindung der Benachteiligung ergriffen hat. Auch das Leistungsverweigerungsrecht des § 14 ADG(E) ist § 4 Abs. 2 BeschSch nachgebildet.<sup>1348</sup>

Verstößt eine Kündigung gegen das Maßregelungsverbot des § 17 ADG(E) ergibt sich über die Nichtigkeit heraus aus dieser Maßnahme des Arbeitgebers kein Entschädigungs- oder Schadensersatzanspruch nach dem ADG(E). § 15 ADG(E) ist in diesem Fall nicht anwendbar. Hinsichtlich der Beweislast gilt das in Bezug auf die Verletzung des Benachteiligungsverbots des § 7 Abs. 1 ADG(E) bereits Gesagte.<sup>1349</sup> § 17 Abs. 3 ADG(E) ordnet die entsprechende Geltung des § 23 ADG(E) ausdrücklich an.

### **C. Auswirkungen des Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien v. 16.12.2004 auf den Kündigungsschutz außerhalb des KSchG**

Tritt das Gesetz zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien mit dem in Art. 1 enthaltenen ADG in der jetzigen Entwurfsfassung v. 16.12.2004 in Kraft, enthält es für Kündigungen außerhalb des KSchG mit den §§ 7 Abs. 1, 17 ADG zwei neue Kündigungsverbotsregelungen. Hinzu kommen der Entschädigungs- und der spezielle Schadensersatzanspruch in §§ 15 Abs.1, 4, 16 ADG(E), wenn die Kündigung § 7 Abs. 1 ADG(E) verletzt und ursächlich einen immateriellen bzw. materiellen Schaden verursacht hat, den der Arbeitgeber oder der kündigende Vorgesetzte im Fall des § 15 Abs. 4 ADG(E) zu vertreten haben muss.

Darüber hinaus hat der Entwurf des Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien Auswirkungen auf die in dieser Arbeit näher dargestellten, für den Kündigungsschutz außerhalb des KSchG bedeutsamen Vorschriften. § 611 a BGB<sup>1350</sup> soll nach Art. 3 Abs. 14 des Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien aufgehoben werden. Das Gleiche gilt nach Art. 4 für das BeschSchG, so dass das Benachteiligungsverbot des § 4 Abs. 3 BeschSch<sup>1351</sup> entfällt.

Da das Maßregelungsverbot des § 17 ADG(E) ein Spezialfall des allgemeinen Maßregelungsverbots ist, ist § 612 a BGB<sup>1352</sup> insoweit nicht anwendbar.

---

<sup>1347</sup> Vgl. S. 143 ff.

<sup>1348</sup> Vgl. S. 143 ff.

<sup>1349</sup> Vgl. S. 276.

<sup>1350</sup> Vgl. S. 178 ff.

<sup>1351</sup> Vgl. S. 143 ff.

<sup>1352</sup> Vgl. S. 137 ff.

Im Hinblick auf die Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB entfaltet § 7 Abs. 1 ADG(E) i.V.m. § 134 BGB ebenfalls verdrängende Wirkung. Auf § 138 BGB wird das ADG(E) allerdings wegen seiner kündigungsschutzrechtlichen Bedeutungslosigkeit im Rechtsleben<sup>1353</sup> keine praktischen Auswirkungen haben. Anders stellt sich die Situation in Bezug auf den Kündigungsschutz des § 242 BGB da.

Infolge des Beschlusses des BVerfG von 1998 sind diskriminierende Kündigungen i.S.d. Art. 3 Abs. 3 GG nach der hier vertretenden Auffassung heute i.S.d. § 242 BGB sachfremd und bei überwiegendem Arbeitnehmerinteresse wegen Treuwidrigkeit nichtig.<sup>1354</sup> Da sich die Diskriminierungsmerkmale des Art. 3 Abs. GG im Wesentlichen mit denen des § 1 ADG(E) decken, wäre wegen der verdrängenden Spezialität des § 7 Abs. 1 ADG(E) in diesen Fällen ein Rückgriff auf § 242 BGB ausgeschlossen. Die Kündigungen wäre vielmehr nach §§ 7 Abs. 1 ADG(E), 134 BGB nichtig. Damit würde die staatliche Schutzpflicht in einem nicht unwesentlichen Teilbereich, der gegenwärtig unter § 242 BGB zu subsumieren ist, zukünftig durch die §§ 7 Abs. 1 ADG(E), 134 BGB umgesetzt. Die kündigungsschützende Bedeutung des § 242 BGB würde insoweit durch das ADG(E) wieder verringert.

Darüber hinaus wird das ADG(E) Auswirkungen im Bereich der treuwidrigen Sozialauswahl haben. Das Kriterium des Alters ist aufgrund des Beschlusses des BVerfG von 1998 ein maßgeblicher Differenzierungsaspekt bei der Sozialauswahl außerhalb des KSchG.<sup>1355</sup> Ein Arbeitgeber, der dieses Merkmal bei einer Sozialauswahl berücksichtigt, würde sich jedoch in Widerspruch zu dem Verbot der Benachteiligung wegen des Alters nach dem ADG(E) setzen. Gleichzeitig wäre es zukünftig problematisch, außerhalb des KSchG im Rahmen der Prüfung der Sozialauswahl anhand des § 242 BGB dieses Kriterium weiterhin uneingeschränkt zu berücksichtigen. Hier wäre vorstellbar, es nur noch dann bei § 242 BGB heranzuziehen, wenn der Arbeitgeber ausnahmsweise nach §§ 8 Abs. 1 Nr. 2, 10 ADG(E) zu einer Ungleichbehandlung berechtigt ist.

Der geplante vielgestaltige Schutz des ADG vor Benachteiligungen lässt erwarten, dass außerhalb des KSchG Kündigungen zukünftig vielfach unter Berufung auf eine Verletzung des Verbots des § 7 Abs. 1 ADG(E) angegriffen werden. Auch der neu eingeführte Entschädigungsanspruch des § 15 Abs. 1 ADG(E) wird hierzu sicherlich einen nicht zu vernachlässigenden Anreiz bieten. Das Gesetz wird die kündigungsschützende Bedeutung des § 242 BGB vermutlich zurückdrängen und darüber hinaus für den gesamten Kündigungsschutz bisher kaum überschaubare Fragen und Schwierigkeiten aufwerfen.

## **6. Teil: Zusammenfassung**

Obwohl auch das geltende KSchG nicht für jeden abhängig Beschäftigten gilt, sind die Arbeitnehmer außerhalb des Anwendungsbereichs des Gesetzes Kündigungen des Arbeitgebers ebenso wie in der Vergangenheit nicht schutzlos ausgeliefert. Der verfassungsrechtlich in Art. 12 GG verankerte Mindestkündigungsschutz gilt grundsätzlich für jedes Arbeitsverhältnis. In der Praxis wird der dadurch

---

<sup>1353</sup> Vgl. S. 146 f.

<sup>1354</sup> Vgl. S. 202 ff.

<sup>1355</sup> §§ 7 Abs. 1 ADG(E), 134 BGB.

gewährleistete Bestandsschutz auf einfachgesetzlicher Stufe im Wesentlichen durch § 242 BGB umgesetzt. Darüber hinaus vermitteln die zahlreichen Verbotsgesetze unserer Rechtsordnung in Verbindung mit § 134 BGB Schutz vor gesetzeswidrigen Kündigungen. Zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen wird im Übrigen auf die unmittelbar anschließende Zusammenfassung verwiesen.



## Zusammenfassung

Der Schutz der Arbeitnehmer vor ordentlichen Kündigungen außerhalb spezialgesetzlicher Regelungen hat eine langjährige Tradition. Die Auseinandersetzung in Rechtswissenschaft und -praxis blickt inzwischen auf eine über 100-jährige Entwicklung zurück.

Anfang des 20. Jh. setzte sich in Deutschland eine kleine Gruppe von Rechtswissenschaftlern und Praktikern dafür ein, Arbeitnehmer über die bestehenden Kündigungsfristen und -termine hinaus stärker gegen den Verlust des Arbeitsplatzes abzusichern. Eine Überlegung ging dahin, den Kündigungsschutz durch Anwendung der zivilrechtlichen Vorschriften der §§ 242, 138, 134, 226, 823 Abs. 1, 2, 826 BGB zu gewährleisten. Durchsetzen konnte sich jedoch der zweite Vorschlag zur Einführung spezieller, arbeitsrechtlicher Kündigungsschutzvorschriften. 1920 wurde das BRG erlassen. Es enthielt in den §§ 84 ff. BRG von 1920 für das gesamte Deutsche Reich einheitliche materielle Kündigungsschutzvorschriften.

Da die Regelungen des BRG inhaltlich teilweise als unzureichend erachtet wurden und nicht für alle Arbeitnehmer galten, wurde nach der Schaffung des Gesetzes weiterhin über die kündigungsschutzrechtliche Wirkung der allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften diskutiert. Dabei war allerdings bis Ende der zwanziger Jahre des letzten Jh. stark umstritten, ob eine Kündigung i.S.d. §§ 138, 826 BGB sittenwidrig sein konnte. Im Rahmen des § 134 BGB wurde verschiedentlich auch den Grundrechten der RVerf eine kündigungsschützende Wirkung zugesprochen. Die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung setzte die BGB-Vorschriften außerhalb des BRG insgesamt noch recht zögerlich zu Kündigungsschutzzwecken ein.

Nach Ende des Zweiten Weltkriegs und der Aufhebung der nationalsozialistischen Kündigungsschutzvorschriften der §§ 56 ff. AOG waren die Generalklauseln der §§ 242, 138 BGB zunächst die einzige Möglichkeit, bei einer ordentlichen Kündigung das Interesse des Arbeitnehmers am Bestand seines Arbeitsplatzes zu sichern. Die Meinungen über die Reichweite dieses Kündigungsschutzes gingen innerhalb der Rspr. und im Schrifttum weit auseinander. Im Vordergrund stand jedoch weniger die rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung, sondern vielmehr die praktische Anwendung der Zivilrechtsvorschriften, um möglichst schnell die kündigungsschutzrechtlichen Schwierigkeiten dieser Jahre zu bewältigen.

Nachdem einige der nach Kriegsende neu geschaffenen Länder wieder spezielle arbeitsrechtliche Kündigungsschutzvorschriften erlassen hatten, behielten die §§ 242, 138, 134, 226, 823 Abs. 1, 2, 826 BGB ihre kündigungsschutzrechtliche Bedeutung vor allem für die Arbeitnehmer, für die die neuen Gesetze nicht galten.

Von der heutigen Regelung des allgemeinen Kündigungsschutzes durch das 1951 erlassene KSchG sind ebenfalls nicht alle Arbeitnehmer erfasst. Sie sind allerdings nicht völlig schutzlos gestellt, da in Fortsetzung der Anfang des 20. Jh. entwickelten Gedanken außerhalb des KSchG das Verbot der gesetzes-, sitten- und treuwidrigen Ausübung des Kündigungsrechts des Arbeitgebers besteht. Anders als damals kommt hingegen den §§ 226, 823, 826 BGB gegenwärtig keine kündigungsschutzrechtliche Bedeutung mehr zu.

§ 134 BGB schützt den Arbeitnehmer in Verbindung mit den zahlreichen Verbotsgesetzen unserer Rechtsordnung gegen gesetzeswidrige Kündigungen. Beispielsweise verbietet § 611 a BGB die Kündigung bei geschlechtsspezifischer Benachteiligung. § 612 a BGB verhindert als allgemeines Maßregelungsverbot Kündigungen, durch die der Arbeitnehmer für die zulässige Wahrnehmung seiner Rechte bestraft werden soll. Demgegenüber enthalten die §§ 4 Abs. 3 BeschSchG, 84 Abs. 3 BetrVG

spezielle Maßregelungsverbote, die § 612 a BGB grundsätzlich vorgehen. § 4 Abs. 3 BeschSchG schützt den Arbeitnehmer zum einen vor einer Kündigung, die darauf beruht, dass er wegen einer sexueller Belästigung seine vertragliche Arbeitsleistung verweigert hat. Zu anderen werden auch Kündigungen verhindert, die erfolgen, weil sich ein Mitarbeiter sexuell belästigt gefühlt und daraufhin beschwert hat. § 84 Abs. 3 BetrVG enthält ein allgemeines Verbot von Kündigungen im Anschluss an die Wahrnehmung des betriebsverfassungsrechtlichen Beschwerderechts aus den §§ 84, 85 BetrVG.

Unter der inzwischen seit Mitte der achtziger Jahren des letzten Jh. überwundenen Theorie von der unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte wurden früher die drittwirkungsfähigen Grundrechte als Verbotsgesetze i.S.d. § 134 BGB angesehen. Grundrechtswidrige Kündigungen waren daher auf der Grundlage die Lehre nach § 134 BGB nichtig. Dies gilt heute nur noch für Kündigungen, die das Grundrecht der Koalitionsfreiheit verletzen, da Art. 9 Abs. 3 GG die unmittelbare Drittwirkung in diesem Fall ausdrücklich anordnet.

§ 138 BGB schützt grundsätzlich vor sittenwidrigen Kündigungen. In der Rechtswissenschaft ist die Diskussion über die kündigungsschutzrechtliche Bedeutung dieser Vorschrift bisher nicht verstummt. Sie beschränkt sich jedoch weitgehend darauf, die Kündigung aus Rachsucht, rücksichtslosem Eigennutz, zur Nötigung des Arbeitnehmers und aus Vergeltung gebetsmühlenartig als klassische Fälle der sittenwidrigen Kündigung zu betonen, ohne dass sie bisher praktisch relevant geworden sind. Da § 138 BGB in der Rechtsprechung in den letzten Jahrzehnten nur äußerst selten überhaupt in Betracht gezogen und nicht in einem einzigen Fall zur Nichtigkeit der Kündigung geführt hat, ist kündigungsschutzrechtliche Bedeutung dieser Vorschrift rein theoretischer Natur.

Hauptinstrument des Kündigungsschutzes außerhalb des KSchG ist bis heute der Grundsatz von Treu und Glauben, nachdem Mitte der sechziger Jahre des vergangenen Jh. die Zweifel an der Anwendbarkeit des § 242 BGB in diesem Bereich überwunden waren.

Bis in die neunziger Jahre des letzten Jh. vertrat die h.M., der Bestandsschutz sei abschließend durch das KSchG geregelt. Danach konnte eine Kündigung nur wegen der Kündigungsumstände treuwidrig sein. Eine Überprüfung des Kündigungsgrundes durch § 242 BGB wurde unter Hinweis auf den Grundsatz vom abschließend geregelten Bestandsschutz abgelehnt.

In dieser Zeit entwickelten sich die klassischen Fälle der treuwidrigen Kündigungsumstände, die heute weiterhin anerkannt sind: widersprüchliches Verhalten; Kündigung kurz vor Ablauf der Wartefrist, sofern besondere Umstände vorliegen; Kündigung zur Unzeit, sofern dadurch berechnete Interessen des Arbeitnehmers, insbesondere sein Recht auf Achtung der Persönlichkeit, beeinträchtigt werden; sog. ungehörige Kündigungen, die aufgrund der Form, in der sie ausgesprochen werden, zu missbilligen sind; Kündigung nach Verwirkung des Kündigungsrechts, Verzicht oder Verzeihung.

Von der h.M., die eine Überprüfung des Kündigungsmotivs durch § 242 BGB ablehnte und vehement hervorhob, dass nur Umstände außerhalb des § 1 KSchG bei § 242 BGB zu berücksichtigen seien, die nicht im Rahmen des § 1 KSchG die Sozialwidrigkeit einer Kündigung begründen könnten, gab es bereits früher vereinzelte Abweichungen in Rechtsprechung und Schrifttum.

1991 leitet das BVerfG in der großen Warteschleifenentscheidung aus dem Grundrecht der Arbeitsplatzwahlfreiheit des Art. 12 GG in Bezug auf den Verlust des Arbeitsplatzes eine staatliche Schutzpflicht ab. Damit war der Weg für die Diskussion vorbereitet, die sich nach der Einschränkung des KSchG durch das BSchFG 1996 intensiv mit einer Kontrollmöglichkeit des Motivs und der Auswahl anhand des Grundsatzes von Treu und Glauben auseinandersetzte.

Mit dem Beschluss des BVerfG von 1998 wurde der Kündigungsschutz durch § 242 BGB auf eine neue Grundlage gestellt. Das Gericht wiederholte seine Ausführungen von 1991 zu der Schutzpflicht des Staates in Bezug auf den Arbeitsplatz und verankerte zugleich den Kündigungsschutz des § 242 BGB in Art. 12 GG. Oberste Leitlinie dieses verfassungsrechtlichen Mindestkündigungsschutzes ist, dass der Schutz keinesfalls dem KSchG entsprechen darf. Als neue Eckpfeiler enthält der Beschluss darüber hinaus die grundsätzliche Bindung des Kündigungsgrundes und der Sozialauswahl.

Insofern hat der Grundsatz der abschließenden Bestandsschutzregelung durch das KSchG seine Gütigkeit verloren und kann nicht mehr vertreten werden.

Die Kündigung kann deshalb heute zum einen nach wie vor aufgrund der anerkannten Begleitumstände gegen § 242 BGB verstoßen.

Der Grundsatz von Treu und Glauben ist weiter verletzt, wenn der Kündigungsgrund sachfremd ist, also keinen verständlichen Bezug zum Arbeitsverhältnis hat. In diesem Fall besteht grundsätzlich ein überwiegendes Interesse des Arbeitnehmers am Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses. Es tritt nur zugunsten des Arbeitgeberinteresses an der Lösung der Vertragsverbindung in den Hintergrund, wenn besondere Umstände dafür vorliegen. In diesem Fall wäre eine sachfremde Kündigung ausnahmsweise wirksam. Als Beispiele sachfremder Kündigungen kommen unter anderem Grundrechtsverletzungen in Betracht. Besondere Umstände zur ausnahmsweisen Rechtfertigung einer sachfremden Kündigung können sich etwa aus familiären oder gesellschaftlichen Verpflichtungen oder Verbindungen des Arbeitgebers ergeben.

Darüber hinaus ist eine treuwidrige Kündigung anzunehmen, wenn sie zwar in Beziehung zum Arbeitsverhältnis ergangen ist, also nicht sachfremd ist, jedoch besondere Umstände für die Vorrangigkeit der Arbeitnehmerinteressen sprechen. Eine Rolle können hier z.B. die Betriebsgröße, eine lange Betriebszugehörigkeit, das Alter des Arbeitnehmers, seine alleinige Erziehungsverpflichtung oder auch besondere Konstellationen bei sachbezogenen grundrechtsverletzenden Kündigungen spielen.

Viertens verstößt eine betriebsbedingte Kündigung gegen § 242 BGB, wenn die Sozialauswahl grob fehlerhaft ist und die anschließende Interessenabwägung ebenfalls zugunsten des Arbeitnehmers ausfällt. Auch hier gilt grundsätzlich die Vermutung überwiegender Arbeitnehmerinteressen, wenn nicht im Einzelfall Umstände auf Arbeitgeberseite überwiegen. Maßgebliche Auswahlkriterien sind die Betriebszugehörigkeit, das Alter und bestehende Unterhaltspflichten.

Eine Kündigung, die gegen § 242 BGB verstößt, ist unwirksam. Sie muss nicht ultima ratio sein, da das Verhältnismäßigkeitsprinzip hier nicht gilt.

Die vom BVerfG aus Art. 12 GG abgeleitete Schutzpflicht hat zudem maßgebliche Bedeutung für den Nachweis einer treuwidrigen Kündigung. Für den grundsätzlich beweisbelasteten Arbeitnehmer ergeben sich bei typischen Geschehensabläufen Beweiserleichterungen durch das Institut des Anscheinsbeweises, und bei atypischen Geschehensabläufen gilt eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast.

Bei treuwidrigem Kündigungsgrund kann neben der Unwirksamkeit der Kündigung nach § 242 BGB zusätzlich ein Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers wegen Pflichtverletzung i.S.d. § 280 BGB n.F. bzw. §§ 280, 286 BGB a.F. in Betracht kommen, der allerdings im Gegensatz zu § 242 BGB keinen Bestandsschutz gewährt.

In Zukunft wird das Thema des Kündigungsschutzes außerhalb des KSchG aktuell bleiben. Die Diskussion wird zum einen durch die zum 1.1.2004 eingetretene Einschränkung des Geltungsbereichs des KSchG durch das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt angeregt. Es bleibt abzuwarten, ob und inwieweit die Gerichte dadurch die Möglichkeit erhalten, den verfassungsrechtlichen Mindestkündigungsschutz im Sinne des Auftrags des BVerfG weiter zu konkretisieren. Hier wird die weitere Entwicklung insbesondere auch von dem geplanten Antidiskriminierungsgesetz abhängen, das durch sein umfangreiches Verbot diskriminierender Kündigungen die durch das BVerfG erweiterte Bedeutung des § 242 BGB in Bezug auf den Kündigungsgrund zurückdrängen könnte. Durch das Gesetz wird zudem außerhalb des KSchG die Kündigungsschutzfunktion des § 134 BGB stärker in den Vordergrund treten.

Drittens gibt die beabsichtigte Aufnahme des Schutzes vor ungerechtfertigten Entlassungen in Art. II 30 der zukünftigen Europäischen Verfassung weiterhin Anlass, sich mit dem vorliegenden Untersuchungsthema auseinander zu setzen.





## Literaturverzeichnis

- Abbè; Ernst: Motive und Erläuterungen zum Entwurf eines Statuts der Carl-Zeiss-Stiftung, in Ernst Abbè: Gesammelte Abhandlungen, Band 3, Jena 1906, Seite 349 - 387.
- Achielles, Alexander; Spahn, Gebhard: Protokolle der Kommission über die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, Band 1, Berlin 1897.
- Adomeit, Klaus: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, Düsseldorf 1962.
- Alexy, Robert: Theorie der Grundrechte, 1. Auflage, Frankfurt am Main 1986.
- Annuß, Georg: § 242 BGB als Fundament eines allgemeinen Kündigungsschutzes?, Betriebs-Berater 2001, Seite 1898 - 1902.
- Anschütz, Gerhard: Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 3./4., völlig umgearbeitete Auflage, Berlin 1926.
- Anschütz, Gerhard: Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 4. Bearbeitung, 14., Auflage, Berlin 1933.
- Arndt, Morel; Arndt, Adolf: Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 3., sehr verbesserte und vermehrte Auflage, Berlin 1927.
- Arnold, Hilmer: Das bremische Betriebsrätegesetz, Bremen 1950.
- Arnold, Michael: Die Entstehung des Betriebsverfassungsgesetzes 1952, Diss. Freiburg 1978.
- Ascheid, Reiner: Beweislastfragen im Kündigungsschutzprozeß, Pfaffenweiler 1989.
- Ascheid, Reiner: Kündigungsschutzrecht, Stuttgart 1993.
- Ascheid, Reiner; Preis, Ulrich; Schmidt, Ingrid: Großkommentar zum Kündigungsschutzrecht, 2. Auflage, München 2004.
- Auerswald: Ein Beitrag zur Verfahrensaussetzung nach Errichtung der vorläufigen Arbeitsgerichte (VO v. 30. Okt. 1923), Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1924, Spalte 193 - 202.
- Aufderhaar, Dieter: Anfechtung, Kündigung und Limitierung von Arbeitsverhältnissen, Diss. Würzburg 1976.
- Auffarth, Fritz; Müller, Gerhard: Kündigungsschutzgesetz, Berlin 1960.
- Bachmann, H.: Das Bayerische Betriebsrätegesetz, Die Quelle (Köln) 1951, Seite 22 - 24.
- Backmeister, Thomas; Trittin Wolfgang; Mayer, Udo R. : Kündigungsschutzgesetz mit Nebengesetzen, 2., neu bearbeitete Auflage, München 2002.
- Backmeister, Thomas; Trittin Wolfgang; Mayer, Udo R. : Kündigungsschutzgesetz mit Nebengesetzen, 3., neu bearbeitete Auflage, München 2004.
- Bader, Peter; Becker, Friedrich; Etzel, Gerhard; Friedrich, Karl; Lipke, Gerd-Albert; Pfeiffer, Thomas; Rost, Friedhelm; Spilger, Michael; Vogt, Norbert; Weigand, Horst; Wolff, Ingeborg: Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 7., neubearbeitete Auflage, Neuwied 2004.
- Bader, Peter: Das Kündigungsschutzgesetz in neuer (alter) Fassung, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1999, Seite 64 - 70.
- Bader, Peter: Neuregelungen im Bereich des Kündigungsschutzgesetzes durch das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1996, Seite 1125 - 1134.
- Bader, Peter; Bram, Rainer; Dörner, Hans-Jürgen; Wenzel Leonhard: Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, Loseblattsammlung, 56. Lieferung, Frankfurt am Main September 2005.

- Bader, Peter: Das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt: Neues im Kündigungsschutzgesetz und im Befristungsrecht, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2004, S. 65 – 76.
- Badura, Peter: Arbeit als Beruf (Art. 12 Abs. 1 GG), in Hanau, Peter; Müller, Gerhard; Wiedemann, Herbert; Wlotzke, Otfried (Hrsg.): Festschrift für Wilhelm Herschel zum 85. Geburtstag, München 1982, Seite 21 - 35.
- Badura, Peter: Grundfreiheiten der Arbeit - Zur Frage einer Kodifikation "sozialer Grundrechte", in Blumenwitz, Dieter; Randelzhofer, Albrecht (Hrsg.): Festschrift für Friedrich Berber zum 75. Geburtstag, München 1973, Seite 11 - 45.
- Bail, Hugo: Das Rechtsverhältnis der Arbeitgeber und Arbeitnehmer in Handwerk, Industrie und Handelsgewerbe nach Reichsrecht, Berlin 1912.
- Bamberger, Heinz Georg: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, München 2003.
- Barthelmeß, Jochen: Wohnraumkündigungsschutzgesetz, Miethöhegesetz, 5., neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Düsseldorf 1995.
- Bauer, Jobst-Hubertus: Weniger Kündigungsschutz gleich mehr Beschäftigung? - Die Arbeitgebersicht, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2003, Sonderbeilage zu Heft 21, Seite 47 - 51.
- Bäuerle, Michael: Vertragsfreiheit und Grundgesetz, Normativität und Faktizität individueller Vertragsfreiheit in verfassungsrechtlicher Perspektive, Baden-Baden 2001.
- Baum, Georg: Organisationszwang und Tarifvertrag, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1922, Spalte 23 - 30.
- Baumbach, Adolf; Lauterbach, Wolfgang; Albers, Jan; Hartmann, Peter: Zivilprozessordnung, 64., neu bearbeitete Auflage, München 2006.
- Baumgärtel, Gottfried: Handbuch der Beweislast im Privatrecht, 2., neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Köln 1991.
- Beater, Axel: Der Gesetzesbegriff von § 134 BGB, Archiv für die civilistische Praxis, Band 197, 1997, Seite 505 - 528.
- Becker, Friedrich: Der Fortfall der Altersgrenze im Kündigungsschutzrecht, Neue Juristische Wochenschrift 1976, Seite 1486 - 1487.
- Becker, Friedrich; Etzel, Gerhard; Fischermeier, Ernst; Friedrich, Hans-Wolf; Hillebrecht, Wilfried; Lipke, Gerd-Albert; Pfeiffer, Thomas; Rost, Friedhelm; Spilger, Michael; Weigand, Horst; Wolff, Ingeborg: Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 5. Auflage, Neuwied 1998.
- Becker, Friedrich; Etzel, Gerhard; Friedrich, Hans-Wolf; Gröninger, Karl; Hillebrecht, Wilfried; Rost, Friedhelm; Weigand, Horst; Wolf, Manfred: Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 1. Auflage, Neuwied 1981.
- Becker, Friedrich; Etzel, Gerhard; Friedrich, Hans-Wolf; Gröninger, Karl; Hillebrecht, Wilfried; Rost, Friedhelm; Weigand, Horst; Wolf, Manfred; Wolff, Ingeborg: Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 2. Auflage, Neuwied 1984.
- Becker, Friedrich; Etzel, Gerhard; Friedrich, Hans-Wolf; Gröninger, Karl; Hillebrecht, Wilfried; Rost, Friedhelm; Weigand, Horst; Weller, Bernd; Wolf, Manfred; Wolff, Ingeborg: Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 3. Auflage, Neuwied 1989.
- Becker, Friedrich; Rommelpacher, Peter: Ansatzpunkte für eine Reform des Kündigungsschutzrechts, Zeitschrift für Rechtspolitik 1976, Seite 40 - 44.
- Becker, Martin: Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis in Deutschland - Vom Beginn der Industrialisierung bis zum Ende des Kaiserreichs, Diss. Frankfurt am Main 1995.

- Beine, Reinhard: Zum Problem des Kündigungsschutzes, Arbeitsblatt für die britische Zone 1947, Seite 210 - 214.
- Berger, Walter: Der Kündigungsgrund im Arbeitsvertrag, Diss. Leipzig 1930.
- Berger, Walter; Jansen: Kommentar zum Hessischen Betriebsrätegesetz, Hanau 1949.
- Berger-Delhey, Ulf: Probezeit und Wartezeit, Betriebs-Berater 1989, Seite 977 - 983.
- Berger-Delhey, Ulf: Wartezeit und Kündigung - Aspekte der ordentlichen Kündigung des Arbeitgebers, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1988, Seite 790 - 793.
- Bernert, Günther: Arbeitsverhältnisse im 19. Jahrhundert, Marburg 1972.
- Besgen, Dietmar: Fragen zur Nichtigkeit, Sittenwidrigkeit und Treuwidrigkeit (Ungehörigkeit) einer Kündigung, Arbeitsrecht im Betrieb 1987, Seite 182 - 186.
- Bewer: Das Recht auf Beschäftigung, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1921, Spalte 29 - 38.
- Bewer: Fürsorgepflicht und Beschäftigungszwang, Reichsarbeitsblatt II 1922, Seite 702 - 705.
- Biensfeldt, J.: Die Organisationsklausel, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1923, Spalte 533 - 544.
- Billerbeck, Gerhard: Die Kündigung und Entlassung von Arbeitern, Berlin 1921.
- Bleckmann, Albert: Staatsrecht II - Die Grundrechte, 4., neu bearbeitete Auflage, Köln 1997.
- Bleistein, Franzjosef: Kündigung und Kündigungsschutz, Berlin 1970.
- Bobrowski, Paul; Gaul, Dieter: Das Arbeitsrecht im Betrieb, Band 2, 7., vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg 1979.
- Bock, Margot: Zur Verfassungsmäßigkeit des § 23 Abs. 1 Satz 2 Kündigungsschutzgesetz, Der Betrieb 1988, Seite 2204 - 2205.
- Boemke, Burkhard: Kündigungsschutz in Kleinbetrieben, Wirtschaftsrechtliche Beratung 1997, Seite 617 - 672.
- Boemke, Burkhard; Gründel, Mirko: Grundrechte im Arbeitsverhältnis, Zeitschrift für Arbeitsrecht 2001, Seite 245 - 280.
- Böhm, Wolfgang: Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Kündigungsrecht, Der Betrieb 1977, Seite 2448.
- Bohn, Hans: Das Betriebsverfassungsgesetz vom 11. Oktober 1952, 2., neu bearbeitete Auflage, Düsseldorf 1957.
- Bohn, Hans: Das Betriebsverfassungsgesetz vom 11. Oktober 1952, Düsseldorf 1952.
- Bohr, Franz: Das Problem der nichtigen Kündigung im Arbeitsrecht im Lichte nationalsozialistischer Rechtsauffassung, Diss. Köln 1936.
- Bopp, Peter: Kündigung und Kündigungsprozeß im Arbeitsrecht, Stuttgart 1980.
- Bornhak, Conrad: Das deutsche Arbeitsrecht, Annalen des Deutschen Reichs 1892, Seite 501 - 661.
- Borowsky, Peter: Deutschland 1945 bis 1969, Hannover 1993.
- Bosch, Friedrich Wilhelm; Habscheid, Walther J.: Nochmals: Vertragspflicht und Gewissenskonflikt, Juristenzeitung 1956, Seite 297 - 303.
- Bötticher, Eduard: Besinnung auf das Gestaltungsrecht und das Gestaltungsklagerecht, in Caemmerer, Ernst von (Hrsg.): Vom deutschen zum europäischen Recht, Festschrift für Hans Dölle, Tübingen 1963, Seite 40 - 77.
- Bötticher, Eduard: Buchbesprechung zu neuen Kündigungsschutzkommentaren, Recht der Arbeit 1951, Seite 433.
- Bötticher, Eduard: Der Anspruch auf Gleichbehandlung im Arbeitsrecht, Recht der Arbeit 1953, Seite 161 - 169.
- Bötticher, Eduard: Die "sozial ungerechtfertigte Kündigung" im Sinne des KSchG vom 10.8.1951, Monatsschrift für Deutsches Recht 1952, Seite 260 - 264.

- Bötticher, Eduard: Gutachten: Die Kündigung ohne Anhörung des Betriebsrates, Betriebs-Berater 1954, Seite 970 - 971.
- Bragard: Die Zuständigkeit des Schlichtungsausschusses bei Kündigungen, Das Schlichtungswesen 1922, Seite 27 - 29.
- Breuning, Heinz: Die Beschränkung der deutschen Gerichtsbarkeit durch die Besatzungsmächte, Diss. Tübingen 1952.
- Broß, Siegfried: Grundrechte und Grundwerte in Europa, Juristenzeitung 2003, Seite 429 - 433.
- Bruns, Manfred: Aids im Betrieb und im Arbeitsleben, Monatsschrift für Deutsches Recht 1988, Seite 95 - 98.
- Brüntink, J.: Die Höhe der Entschädigung nach § 87 BRG bei Arbeitern, die noch nicht ein Jahr beschäftigt sind, und das Recht der Nachprüfung einer Entscheidung des SA durch die ordentlichen Gerichte, Das Schlichtungswesen 1923, Seite 90 - 91.
- Buchner, Herbert: Der Gleichheitssatz bei der Kündigung von Arbeitsverhältnissen, Recht der Arbeit 1970, Seite 225 - 230.
- Bühler, Ottmar: Die Reichsverfassung vom 11. August 1919, 3. Auflage, Leipzig 1929.
- Bühler, Ottmar: Organisationszwang und Tarifvertrag, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1922, Spalte 157 - 163.
- Bührig, Erich: Der Kündigungsschutz der nicht vom Kündigungsschutzgesetz erfaßten Arbeitnehmer, Recht der Arbeit 1955, Seite 265 - 267.
- Bührig, Erich; Wittholz, Joachim; Paulsen, Bruno: Kündigungsschutzgesetz, Köln 1952.
- Bütfisch, Wylka: Die Sozialauswahl, Köln 2000.
- Burchardt, Franz: Die Rechtsverhältnisse der gewerblichen Arbeiter, Berlin 1901.
- Buschmann, Rudolf: Gemeine Marktwirtschaft, Arbeit und Recht 1996, Seite 285 - 291.
- Callies, Christian: Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2002, Seite 261 - 268.
- Canaris, Claus-Wilhelm: Grundrechte und Privatrecht, Archiv für die civilistische Praxis, Band 184, 1984, Seite 201 - 246.
- Canaris, Claus-Wilhelm: Grundrechte und Privatrecht: eine Zwischenbilanz, Berlin 1999.
- Conrad, Dieter: Freiheitsrechte und Arbeitsverfassung, Berlin 1967.
- Däubler, Wolfgang: Das Arbeitsrecht, Band 2, 7., vollständig überarbeitete, erweiterte Auflage, Reinbek bei Hamburg 1990.
- Däubler, Wolfgang: Das Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte, Neue Juristische Wochenschrift 1999, Seite 601 - 608.
- Däubler, Wolfgang: Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, in Schmidt, Klaus (Hrsg.): Arbeitsrecht und Arbeitsgerichtsbarkeit, Festschrift zum 50-jährigen Bestehen der Arbeitsgerichtsbarkeit in Rheinland-Pfalz, Neuwied 1999, Seite 271 - 286.
- Däubler, Wolfgang; Kittner, Michael; Klebe, Thomas (Hrsg.): Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, §§ 121 - 128 InsO und EBR-Gesetz, 9., überarbeitete und aktualisierte Auflage, Frankfurt am Main 2004.
- Degen, Alois: Beendigung des Arbeitsverhältnisses, Frankfurt am Main Stand 1.9.1947.
- Dernburg, Heinrich: Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts des Deutschen Reiches und Preußens, Teil 1, 3. Auflage, Halle/Saale 1906.
- Dersch, Hermann: Betriebsrätegesetz vom 4. Februar 1920 nebst Wahlordnung vom 5. Februar 1920, 5., durchgesehene Auflage, Mannheim 1922.
- Dersch, Hermann: Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, Berlin 1934.

- Dersch, Hermann: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Berufsvereinsrecht, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1926, Spalte 449 - 468.
- Dersch, Hermann: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Berufsvereinsrecht, in Dersch, Hermann; Flatow, Georg; Hueck, Alfred; Nipperdey, Hans Carl (Hrsg.): Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Arbeitsrecht, Band 1, 2., unveränderte Auflage, Mannheim 1927, Seite 218 - 240.
- Deutscher Bundestag, der, Referat Öffentlichkeitsarbeit (Hrsg.): Fragen an die Deutsche Geschichte, 20., unveränderte Auflage, Berlin 2000.
- Dieterich, Thomas: Die "Warteschleifen-Rechtsprechung" des Bundesverfassungsgerichts, Recht der Arbeit 1992, Seite 330 - 334.
- Dieterich, Thomas: Grundgesetz und Privatautonomie im Arbeitsrecht, Recht der Arbeit 1995, Seite 129 - 136.
- Dieterich, Thomas; Hanau, Peter; Schaub, Günther (Hrsg.): Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 1. Auflage, München 1998.
- Dieterich, Thomas; Hanau, Peter; Schaub, Günther (Hrsg.): Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 3., neu bearbeitete Auflage, München 2003.
- Dieterich, Thomas; Hanau, Peter; Schaub, Günther (Hrsg.): Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 4., neu bearbeitete Auflage, München 2004.
- Dieterich, Thomas; Preis, Ulrich; Müller, Glöge, Rudi; Schaub, Günther (Hrsg.): Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 6., neu bearbeitete Auflage, München 2006.
- Dietlein, Johannes: Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, Diss. Münster 1992.
- Dietz, Rolf: Betriebsverfassungsgesetz, 1. Auflage, München 1953.
- Dietz, Rolf: Das neue Kündigungsschutzgesetz, Neue Juristische Wochenschrift 1951, Seite 941 - 946.
- Dietz, Rolf: Die nicht durch die Verhältnisse des Betriebes bedingte Kündigung, Arbeitsblatt für die britische Zone 1948, Seite 148 - 151.
- Dietz, Rolf; Richardi, Reinhard: Betriebsverfassungsgesetz, 5. Auflage, München 1973.
- Dietz, Rolf; Richardi, Reinhard: Betriebsverfassungsgesetz, Band 1, 6., völlig neu bearbeitete Auflage, München 1981.
- Dietz, Rolf; Richardi, Reinhard: Betriebsverfassungsgesetz, Band 2, 6., völlig neu bearbeitete Auflage, München 1982.
- Dodenberg, Henning: Der Gedanke des Rechtsmißbrauchs im französischen Recht verglichen mit dem deutschen Kündigungsschutz, Diss. Göttingen 1971.
- Dorndorf, Eberhard; Hauck, Friedrich; Kriebel, Volhart; Weller, Bernhard; Höland, Armin; Neef, Klaus: Heidelberger Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 4., neu bearbeitete Auflage, Heidelberg 2001.
- Dürig, Günter: Freizügigkeit, in Neumann, Franz L.; Nipperdey, Hans Carl; Scheuner, Ulrich (Hrsg.): Die Grundrechte, Band 2, Berlin 1954, Seite 507 - 534.
- Dürig, Günter: Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in Maunz, Theodor (Hrsg.): Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, München 1956, Seite 157 - 190.
- Dürig, Günter: Zum "Lüth-Urteil" des Bundesverfassungsgerichts vom 15.1.1958, Die öffentliche Verwaltung 1958, Seite 194 - 201.
- Duvernell, Helmut: Gegenwartsfragen des deutschen Arbeitsrechts, Hamburg 1948.
- Düwell, Franz Josef: Das arbeitsrechtliche Gesetz zur Förderung von Wachstum und Beschäftigung, Arbeitsrecht im Betrieb 1996, Seite 393 - 395.

- Ebenroth, Carsten Thomas; Boujong, Karlheinz; Joost, Detlev: *Handelsgesetzbuch*, München 2001.
- Eberle, Catrin: *Geltendmachung der Unwirksamkeit der mündlichen Kündigung*, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2003, Seite 1121 - 1126.
- Eckhold-Schmidt, Friedel: *Legitimation durch Begründung*, Berlin 1974.
- Eich, Rolf Achim: *Aids und Arbeitsrecht*, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 1987, Beilage 2, Seite 10 - 20.
- Eich, Rolf Achim: *Das Anhörungsverfahren nach § 102 BetrVG*, *Der Betrieb* 1975, Seite 1603 - 1607.
- Einheitsgewerkschaft der Arbeiter, Angestellten und Beamten, Saar (Hrsg.): *Verordnung über die Betriebsräte im Saarland vom 1. August 1947*, Saarbrücken 1947.
- Elster, Alexander: *Eine neue soziale Bewertung des Kontraktbruches*, *Soziale Praxis* 1909/1910, Spalte 191 - 194.
- Elster, Alexander: *Recht des Arbeitsvertrages. Was ist Arbeitsvertragsbruch?*, *Gewerbe- und Kaufmannsgericht* 1908/1909, Spalte 395 - 400.
- Enderlein, Wolfgang: *Rechtspaternalismus und Vertragsrecht*, München 1996.
- Engler, Herbert: *Kommentar zum Betriebsräte-Gesetz für das Land Hessen*, Offenbach 1949.
- Enneccerus, Ludwig; Nipperdey, Hans Carl: *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Halbband 1, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 15. Auflage, Tübingen 1959.
- Erdmann, Gerhard: *Betriebsverfassungsgesetz*, 1. Auflage, Neuwied 1952.
- Erdmann, Gerhard: *Das Betriebsverfassungsgesetz*, 2., wesentlich erweiterte Auflage, Neuwied 1954.
- Erdmann, Gerhard: *Das Kündigungsschutzgesetz*, Neuwied 1951.
- Erdmann, Gerhard; Müller, Franz: *Das Kündigungsschutzgesetz vom 10. August 1951*, 2., vollständig neu bearbeitete Auflage, Neuwied 1954.
- Erman, Walter; Westermann, Harm Peter (Hrsg.): *Bürgerliches Gesetzbuch, Band 1*, 10., neu bearbeitete Auflage, Münster 2000.
- Erman, Walter; Westermann, Harm Peter (Hrsg.): *Bürgerliches Gesetzbuch, Band 2*, 10., neu bearbeitete Auflage, Münster 2000.
- Erman, Walter; Westermann, Harm Peter (Hrsg.): *Bürgerliches Gesetzbuch, Band 1*, 11., neu bearbeitete Auflage, Münster 2004.
- Esser, Josef: *§ 138 BGB und die Bankpraxis der Globalzession*, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* 1971 (Bd. 134), Seite 320 - 339.
- Etzel, Gerhard: *Betriebsverfassungsrecht*, 8., neu arbeitete Auflage, Neuwied 2002.
- Etzel, Matthias: *Die Aufhebung nationalsozialistischer Gesetze durch den Alliierten Kontrollrat: 1945 - 1948*, Tübingen 1992.
- Fabricius, Fritz; Kraft Alfons; Wiese, Günther; Kreutz, Peter; Oetker, Hartmut; Raab, Thomas; Weber, Christoph: *Betriebsverfassungsgesetz - Gemeinschaftskommentar, Band 2*, 7. Auflage, Neuwied 2002.
- Falder, Roland: *Kündigungsschutz für alle - Wunschdenken oder Realität*, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 1998, Seite 1254 - 1258.
- Falke, Josef; Höland, Armin; Rodhe, Barbara; Zimmermann, Gabriele: *Kündigungspraxis und Kündigungsschutz in der Bundesrepublik Deutschland*, Bonn 1981.
- Fastenau, Rolf: *Die unwirksame Kündigung*, Diss. Göttingen 1956.
- Feig, J.; Sitzler, F.: *Betriebsrätegesetz, Betriebsbilanzgesetz und Aufsichtsratsgesetz*, 13./14. Auflage, Berlin 1931.
- Fenski, Martin; Linck, Rüdiger: *Besonderheiten der Beendigung von Arbeitsverhältnissen in den neuen Bundesländern*, *Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht* 1992, Seite 337 - 350.

- Fiebig, Stefan; Gallner, Inken; Pfeiffer, Gerhard: Kündigungsschutzgesetz, 1. Auflage, Baden-Baden 2000.
- Fiebig, Stefan; Gallner, Inken; Pfeiffer, Gerhard: Kündigungsschutzgesetz, 2. Auflage, Baden-Baden 2004.
- Fischermeier, Ernst: Die betriebsbedingte Kündigung nach den Änderungen durch das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1997, Seite 1089 - 1100.
- Fitting, Karl: Das bayerische Kündigungsschutzgesetz, Die Quelle (Bayern) 1948, Seite 242 - 276.
- Fitting, Karl: Das Erste Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz, Der Betrieb 1969, Seite 1569 - 1463.
- Fitting, Karl: Die Probleme des Betriebsverfassungsrechts, Bundesarbeitsblatt 1950, Seite 456 - 463 (Teil 1), Bundesarbeitsblatt 1951, Seite 17 - 21 (Teil 2), Seite 75 - 77 (Teil 3), Seite 116 - 121 (Teil 4), Bundesarbeitsblatt 1952, Seite 157 - 161 (Teil 5), Seite 218 - 225 (Teil 6).
- Fitting, Karl: Kontrollratsgesetz Nr. 22 und deutsche Betriebsrätegesetzgebung, Recht der Arbeit 1948, Seite 89 - 92.
- Fitting, Karl; Auffahrt, Fritz; Kaiser, Heinrich; Heither, Friedrich: Betriebsverfassungsgesetz, 15., neu bearbeitete Auflage, München 1987.
- Fitting, Karl; Auffahrt, Fritz; Kaiser, Heinz; Heither, Friedrich: Betriebsverfassungsgesetz, 10., neu bearbeitete Auflage, München 1972.
- Fitting, Karl; Engels, Gerd; Schmidt, Ingrid; Trebinger Yvonne; Linsenmaier, Wolfgang: Betriebsverfassungsgesetz, 22., neu bearbeitete Auflage, München 2004.
- Fitting, Karl; Kraegeloh, Walter: Betriebsverfassungsgesetz, 1. Auflage, Berlin 1952.
- Fitting, Karl; Kraegeloh, Walter; Auffahrt, Fritz: Betriebsverfassungsgesetz nebst Wahlordnung, 6., neu bearbeitete Auflage, Berlin 1962.
- Flatow, Georg: Betriebsrätegesetz vom 4.2.1919 nebst Wahlordnung, Ausführungsverordnungen und Ergänzungsgesetzen, 12., verbesserte Auflage, Berlin 1927.
- Flatow, Georg: Kommentar zum Betriebsrätegesetz, 1. Auflage, Berlin 1920.
- Flatow, Georg; Kahn-Freund, Otto: Die Rechtslage während der Kündigungsfrist bei ungerechtfertigter fristloser Kündigung, Arbeitsrechts-Praxis 1929, Seite 121 - 127.
- Flesch, Karl: Das Ehrenamt und der Arbeitsvertrag. Die Unkündbarkeit der "Sicherheitsmänner" im preußischen Berggesetz, Soziale Praxis 1909/1910, Spalte 25 - 31.
- Flesch, Karl: Das geltende Recht und das Arbeitsverhältnis, Soziale Praxis 1909/1910, Spalte 449 - 455.
- Flesch, Karl: Der Schutz der Arbeitswilligen, Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, III. Folge, Band 19, 1900, Seite 217 - 226.
- Flesch, Karl: Die Beschränkung der Macht zur Auflösung des Arbeitsvertrages, Das Gewerbe- und Kaufmannsgericht 1908/1909, Spalte 377 - 384.
- Flesch, Karl: Zur Kritik des Arbeitsvertrages, Jena 1901.
- Flud, Ludwig: Das Recht der Handlungsgehilfen, Hannover 1897.
- Fraenkel, Ernst: Gibt es ein Einspruchsverfahren nach dem Betriebsrätegesetz für den Fall berechtigter sofortiger Kündigungen?, Das Schlichtungswesen 1926, Seite 159 - 161.
- Franke, Robert: Die Anhörung des Betriebsrats als Institution des Betriebsverfassungsrechts, Bundesarbeitsblatt 1954, Seite 197 - 204.
- Franke, Robert: Notwendigkeit und Wege einer Unschädlichmachung des Kündigungsdruckes, Deutsches Arbeitsrecht 1934, Seite 307- 312.
- Freese, Jan Willem: Muß eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung in der Frist nach § 4 KSchG angefochten werden?, Betriebs-Berater 1973, Seite 665 - 667.
- Frey, Erich: Begründungszwang oder Nachschieben von Kündigungsgründen?, Betriebs-Berater 1953, Seite 1070 - 1072.



- Frey, Erich: Kündigungsschutz und Betriebsverfassung im Saarland, *Recht der Arbeit* 1956, Seite 50 - 52.
- Frey, Erich: Nichtanhörung des Betriebsrats und Kündigung, *Arbeit und Recht* 1959, Seite 332 - 336.
- Galperin, Hans: Das Bremische Betriebsrätegesetz, *Recht der Arbeit* 1949, Seite 91 - 93.
- Galperin, Hans: Die Entwicklung des Arbeitsrechts seit 1945, *Deutsche Rechtszeitschrift* 1950, Seite 73 - 75.
- Galperin, Hans: Die Rechtsmängel der Kündigung des Arbeitsverhältnisses, *Betriebs-Berater* 1966, Seite 1458 - 1465.
- Galperin, Hans: Grundgedanken und Struktur des Kündigungsschutzgesetzes - Eine dogmatische Studie, *Recht der Arbeit* 1966, Seite 362 - 366.
- Galperin, Hans: Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 1. Auflage, Heidelberg 1953.
- Galperin, Hans: Kündigung und Zustimmung des Betriebsrates, *Betriebs-Berater* 1948, Seite 607.
- Galperin, Hans: Unwirksamkeit der Kündigung und Kündigungsschutz, *Betriebs-Berater* 1948, Seite 305 - 308.
- Galperin, Hans; Löwisch, Manfred: Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, Band 1, 5., neu bearbeitete Auflage, Heidelberg 1975.
- Galperin, Hans; Löwisch, Manfred: Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, Band 2, 5., neu bearbeitete Auflage, Heidelberg 1976.
- Galperin, Hans; Siebert, Wolfgang: Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 4., neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg 1963.
- Gamillscheg, Franz: Betriebsrat und Kündigung, in Gamillscheg, Franz; Hueck, Götz; Wiedemann, Herbert (Hrsg.): *Festschrift 25 Jahre Bundesarbeitsgericht*, München 1979, Seite 117 - 131.
- Gamillscheg, Franz: Die Grundrechte im Arbeitsrecht, *Archiv für die civilistische Praxis*, Band 164, 1964, Seite 385 - 444.
- Gamillscheg, Franz: *Die Grundrechte im Arbeitsrecht*, Berlin 1989.
- Gätcke, Ernst: *Das Vereinigungsrecht*, Hamburg 1922.
- Gebhard, Ludwig: *Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919*, München 1932.
- Gerhard, Stephan: *Die geltenden preußischen Gesindeordnungen*, 2. Auflage, Berlin 1914.
- Germelmann, Class-Hinrich; Matthes, Hans-Christoph; Müller-Glöße, Rudi; Prütting, Hanns: *Arbeitsgerichtsgesetz*, 5., neu bearbeitete Auflage, München 2004.
- Giese, Friedrich: Das Arbeitsrecht in der Reichsverfassung, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 1923, Spalte 209 - 224.
- Giese, Friedrich: *Verfassung des deutschen Reiches vom 11. August 1919*, 3., neu bearbeitete Auflage, Berlin 1921.
- Giese, Friedrich: *Verfassung des deutschen Reiches vom 11. August 1919*, 8., neu bearbeitete Auflage, Berlin 1931.
- Glanegger, Peter: *Heidelberger Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Handelsrecht, Bilanzrecht und Steuerrecht*, 5., neu bearbeitete Auflage, Heidelberg 1999.
- Gnade, Albert; Kehrmann, Karl; Schneider, Wolfgang; Blanke, Hermann: *Betriebsverfassungsgesetz*, 2., völlig überarbeitete und erweiterte Auflage, Frankfurt am Main 1983.
- Gnade, Albert; Kehrmann, Karl; Schneider, Wolfgang; Klebe, Thomas; Ratayczek, Jürgen: *Betriebsverfassungsgesetz*, 10., neu bearbeitete Auflage, Frankfurt am Main 2002.
- Goerrig, Franz: Die Gefahren des § 86 des Betriebsrätegesetzes, *Das Schlichtungswesen* 1921, Seite 183 - 184.
- Göller, Irmgard: *Die Entwicklung des Kündigungsschutzrechts in Deutschland*, Diss. München 1974.

- Gragert, Nicola: Kündigungsschutz in Kleinbetrieben, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2000, Seite 961 - 969.
- Gragert, Nicola; Kreutzfeldt, Heiko: Sturm auf die Gerichte? - Die Konsequenzen aus dem Beschluß des BVerfG zur Kleinbetriebsklausel in § 23 I 2 KSchG, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1998, Seite 567 - 571.
- Gragert, Nicola; Wiehe, Henning: Das Aus für die freie Auswahl in Kleinbetrieben - § 242 BGB!, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2001, Seite 934 - 937.
- Grässli, Max: Die ausserordentliche Kündigung des Dienstvertrages nach schweizerischem Recht, Diss. Bern 1929.
- Gremper, Philipp: Arbeitsrechtliche Aspekte der Ausübung verfassungsmäßiger Rechte, Basel 1993.
- Gressierer, Christine: Die Leistungsfähigkeit der Grundrechte im Arbeitsrecht - Ein Beitrag zur Privatautonomie im Arbeitsrecht, Diss. Kassel 1999.
- Groh, Wilhelm: Koalitionsrecht, Mannheim 1923.
- Groh, Wilhelm: Kritischer Bericht über die Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte, Arbeitsrecht und Schlichtung 1929, Spalte 69 - 78.
- Gross, Harald: Mitwirkung des Betriebsrates bei der Kündigung des Arbeitsverhältnisses, Arbeit und Recht 1953, Seite 115 - 117.
- Grunewald, Benno: Das Kündigungsschutzrecht zwischen Theorie und Praxis - Argumente für ein anderes Kündigungsschutzgesetz, Zeitschrift für Rechtspolitik 1996, Seite 472 - 474.
- Gschnitzer, Franz: Die Kündigung nach deutschem und österreichischem Recht, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Band 78, 1927, Seite 1 - 86.
- Gumpert, Jobst: Die praktische Anwendung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes, Betriebs-Berater 1959, Seite 707 - 711.
- Güntner, Hans: Der Anwendungsbereich der Drei-Wochen-Klagefrist des KSchG, Recht der Arbeit 1954, Seite 131 - 137.
- Haas, Gerhard: Neuer Kündigungsschutz, Blätter für Steuer-, Sozial- und Arbeitsrecht 1947, Seite 185 - 186.
- Haberkorn: Mitwirkungsrechte der Betriebsräte und Einzelentlassungen, Neue Juristische Wochenschrift 1952, Seite 1233 - 1236.
- Haberkorn: Zur Frage der vorherigen Anhörung des Betriebsrates bei Kündigungen, Die Betriebsverfassung 1955, Heft Nr. 3, Seite 8 - 11.
- Haesen, Wilfried: Zur Aids-Problematik im Arbeitsrecht und öffentlichen Dienstrecht, Recht der Arbeit 1988, Seite 158 - 163.
- Hager, Johannes: Grundrechte und Privatrecht, Berlin 1994.
- Halbach, Günter: Beschäftigungsförderungsgesetz, Bonn 1985.
- Hanau, Peter: Der Entwurf eines Beschäftigungsförderungsgesetzes 1985: Hier hat der Chef selbst gekocht, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1984, Seite 345 - 350.
- Hanau, Peter: Der Kommissionsentwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes, Zeitschrift für Rechtspolitik 1978, Seite 215 - 221.
- Hanau, Peter: Die Rechtsprechung zu den Grundrechten der Arbeit, in Grupp, Klaus; Weth, Stephan: Arbeitnehmerinteressen und Verfassung, Berlin 1998, Seite 73 - 93.
- Hanau, Peter: Die Zukunft des Arbeitsrechts, Recht der Arbeit 1999, Seite 159- 165.
- Hanau, Peter: Entwicklungslinien im Arbeitsrecht, Der Betrieb 1998, Seite 69 - 79.
- Hanau, Peter: Intensitätsstufen arbeits- und sozialrechtlicher Beschäftigungsförderung, Der Betrieb 1999, Seite 45 - 48.
- Hanau, Peter: Reformbedarf im Arbeitsvertragsrecht, Zeitschrift für Rechtspolitik 1996, Seite 349 - 354.

- Hanau, Peter: Verfassungsrechtlicher Kündigungsschutz, in Hanau, Peter; Heither, Friedrich; Kühling, Jürgen (Hrsg.): Richterliches Arbeitsrecht, Festschrift für Dieterich, Thomas zum 65. Geburtstag, München 1999, Seite 201 - 214.
- Hanau, Peter; Adomeit, Klaus: Arbeitsrecht, 1. Auflage, Neuwied 1972.
- Hanau, Peter; Adomeit, Klaus: Arbeitsrecht, 13., neu bearbeitete Auflage, Neuwied 2004.
- Hantel, Peter: Kündigungsschutz und Hochschülerneuerung nach dem Einigungsvertrag, Neue Justiz 1994, Seite 489 - 494.
- Hatschek, Julius: Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, 5./6., verbesserte Auflage, Leipzig 1927.
- Hecht, Hans: Die Prinzipien des Arbeitsrechts der Gegenwart, Wien 1921.
- Heeman, Gregor: AIDS und Arbeitsrecht: rechtliche Fragen bei der Begründung und Beendigung von Arbeitsverhältnissen in der Bundesrepublik Deutschland und in England, Baden-Baden 1992.
- Heilmann, Joachim: Das Arbeitsrecht in der Sowjetischen Besatzungszone (1945 - 1949) - Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte der DDR, Diss. Pietzeritz/Elbe 1973.
- Heindl: Schikanöse Kündigung von Dienstverhältnissen, Zeitschrift für soziales Recht 1929/1930, Seite 62 - 64.
- Heise, Dietmar; Lessenich, Holger M.; Merten W.: Änderung des Kündigungsschutzgesetzes, Der Arbeitgeber 1997, Seite 57 - 61.
- Helm, Rolf: Die Aufhebung des "Gesetzes zur Ordnung der Nationalen Arbeit", Zeitschrift für Arbeit und Sozialfürsorge 1947, Seite 12 - 14.
- Helm, Rolf: Geltende Gesetze, Zeitschrift für Arbeit und Sozialfürsorge 1946, Seite 278.
- Hemken, Ruth: Sammlung der vom Alliierten Kontrollrat und der Amerikanischen Militärregierung erlassenen Proklamationen, Gesetze, Verordnungen, Befehle, Direktiven im englischen Originalwortlaut mit deutscher Übersetzung, 3. Auflage, Stuttgart 1946.
- Hensel, Albert: Die fünfte Tagung der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer, München 23. - 26. März 1927, Archiv des öffentlichen Rechts, Band 52, 1927, Seite 97 - 121.
- Herkner, Heinrich: Die Arbeiterfrage, Band 1, 8., umgearbeitete Auflage, Berlin 1922.
- Herms, Sacha; Meinel, Gernod: Vorboten einer neuen Ära: Das geplante Antidiskriminierungsgesetz, Der Betrieb 2004, Seite 2370 - 2373.
- Herrmann, Karl: Zustimmung des Gruppenrates zu einer Kündigung im Sinne des Betriebsrätegesetzes und Schlichtungsausschuß, Das Schlichtungswesen 1922, Seite 29 - 32.
- Herschel, Wilhelm: Das Arbeitsrecht, in Bettermann, Karl August; Nipperdey, Hans Carl; Scheuner, Ulrich (Hrsg.): Die Grundrechte, Band 3, Halbband 1, Berlin 1958, Seite 325 - 371.
- Herschel, Wilhelm: Die Aufgaben im Rahmen der Betriebsvertretung und gewerkschaftlichen Organisationen, in Potthoff (Hrsg.): Die sozialen Probleme des Betriebes, Berlin 1925, Seite 218 - 229.
- Herschel, Wilhelm: Kündigungsschutz leitender Angestellter, Der Betrieb 1961, Seite 66 - 68.
- Herschel, Wilhelm; Steinmann, Georg: Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, Heidelberg 1951.
- Herschel, Wilhelm; Steinmann, Georg: Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 3., neu bearbeitete Auflage, Heidelberg 1955.
- Herschel, Wilhelm; Steinmann, Georg: Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 4., neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg 1958.
- Herschel, Wilhelm; Steinmann, Georg: Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 5., neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg 1961.

- Herschel, Wilhelm; Steinmann, Georg; Löwisch, Manfred: Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 6., neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg 1984.
- Hertslet, Heinrich: Das rechtliche Verhältnis zwischen der sozialwidrigen und der sittenwidrigen Kündigung im Kündigungsschutzrecht, Arbeit und Recht 1955, Seite 115 - 117.
- Herzog, Ulrich: Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz: im US amerikanischen und deutschen Recht, Heidelberg 1997.
- Hess, Harald; Schlochauer, Ursula; Glaubitz, Werner: Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 3. Auflage, Neuwied 1986.
- Hess, Harald; Schlochauer, Ursula; Glaubitz, Werner: Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 5. Auflage, Neuwied 1997.
- Hessel, Philipp: Betriebsrätegesetz in Württemberg-Hohenzollern, Der Betrieb 1949, Seite 359 - 360.
- Hessel, Philipp: Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes?, Der Betrieb 1952, Seite 349 - 350.
- Hessel, Philipp: Neuordnung des Arbeitsrechts, Deutsche Rechtszeitschrift 1947, Seite 45 - 48.
- Hessel, Philipp: Personelles Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats und Bundeskündigungsschutzgesetz, Der Betrieb 1952, Seite 145 - 146.
- Hetzl, Michael: Das Arbeitsverhältnis im Kleinbetrieb, Diss. Freiburg 1983.
- Hilger, Marie Luise: Zum Anspruch auf Gleichbehandlung im Arbeitsrecht, Recht der Arbeit 1975, Seite 32 - 35.
- Hinrichs, Werner: AIDS und Arbeitsrecht, Bewährungshilfe 1989, Seite 41 - 57.
- Hoefmann, Heide: Handbuch des Kündigungs- und Kündigungsschutzrechts, Teil II: Der allgemeine und besondere Kündigungsschutz, 8., völlig neu bearbeitete Auflage, Hannover 1989.
- Holling, Werner: Kündigungsbeschränkungen (Kündigungsschutz), Arbeits- und Sozialfürsorge 1948, Seite 77 - 81.
- Holzhauser, Guido: Zur gerichtlichen Überprüfung von Kündigungen im öffentlichen Dienst nach dem Einigungsvertrag, Neue Justiz 1991, Seite 494 - 495.
- Hönig, Johannes: Der allgemeine zivilrechtliche Schutz des Arbeitnehmers gegen die ordentliche Kündigung, Diss. Bonn 1954.
- Hönsch, Ronald: Die Kleinbetriebsklausel und Gleichheitssatz, Der Betrieb 1988, Seite 1650 - 1652.
- Hopt, Klaus J.; Merk, Hanno; Baumbach, Adolf: Handelsgesetzbuch, 32., neu bearbeitete und erweiterte Auflage, München 2006.
- Horrwitz, Hugo: Das Recht der Handlungsgehilfen, 2., vollständig neu bearbeitete Auflage, Berlin 1905.
- Hoyningen-Huene, Gerrick Frhr. von: Betriebsverfassungsrecht, 1. Auflage, München 1983.
- Hoyningen-Huene, Gerrick Frhr. von; Linck, Rüdiger: Kündigungsschutzgesetz, 13., völlig neu bearbeitete Auflage, München 2002.
- Huber, Ernst Rudolf: Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Band 6, rev. Nachd. der 1. Auflage, Stuttgart 1993.
- Huber, Ernst Rudolf: Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2., neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Tübingen 1953.
- Hubrich, Eduard: Das demokratische Verfassungsrecht des Deutschen Reiches, Greifswald 1921.
- Hue, Otto: Die Bergarbeiter, Band 2, Stuttgart 1913.
- Hueck, Alfred: Das Bundeskündigungsschutzgesetz, Recht der Arbeit 1951, Seite 281 - 286.
- Hueck, Alfred: Das neue Kündigungsschutzgesetz des Wirtschaftsrates, Recht der Arbeit 1949, Seite 331 - 336.

- Hueck, Alfred: Das Tarifrecht, Stuttgart 1922.
- Hueck, Alfred: Der Hattenheimer Entwurf des KSchG, Recht der Arbeit 1950, Seite 65 - 67.
- Hueck, Alfred: Der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers nach dem heutigen Stand von Gesetzgebung in den Westzonen, Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht 1949, Seite 118 - 121 (Teil 1), Seite 131 - 135 (Teil 2).
- Hueck, Alfred: Der Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, Süddeutsche Juristenzeitung 1947, Spalte 609 - 616.
- Hueck, Alfred: Die Anhörung des Betriebsrates vor der Kündigung, Recht der Arbeit 1953, Seite 127 - 130.
- Hueck, Alfred: Die Kündigungsbeschränkungen auf Grund der Verordnung über Betriebsstillegungen und Arbeitsstreckung vom 15. Oktober 1923 und des Gesetzes über die Beschäftigung Schwerbeschädigter vom 12. Januar 1923, zugleich Nachtrag zu Hueck, Alfred: Kündigung und Entlassung nach geltendem Recht aus dem Jahre 1921, Stuttgart 1924.
- Hueck, Alfred: Die Kündigungsbeschränkungen, in Hueck, Alfred; Riezler, Erwin; Molitor, Erich: Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertrags-Gesetzes, Mannheim 1925, Kapitel 11, Seite 201 - 215.
- Hueck, Alfred: Die Württemberg-Badischen Kündigungsschutzgesetze, Recht der Arbeit 1948, Seite 169 - 172.
- Hueck, Alfred: Kündigung und Entlassung nach geltendem Recht, Stuttgart 1921.
- Hueck, Alfred: Kündigungsschutzgesetz, 1. Auflage, München 1951.
- Hueck, Alfred: Kündigungsschutzgesetz, 4., neu bearbeitete und vermehrte Auflage, München 1961.
- Hueck, Alfred: Kündigungsschutzgesetz, 5., neu bearbeitete Auflage, München 1965.
- Hueck, Alfred: Kündigungsschutzgesetz, 6., neu bearbeitete Auflage, München 1968.
- Hueck, Alfred: Kündigungsschutzgesetz, 7., neu bearbeitete Auflage, München 1970.
- Hueck, Alfred: Zur Auslegung des § 84 Abs. 2 BetrRG, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1921, Spalte 209 - 214.
- Hueck, Alfred; Hueck, Götz; Hoyningen-Huene, Gerrick Frhr. von: Kündigungsschutzgesetz, 10., völlig neu bearbeitete Auflage, München 1980.
- Hueck, Alfred; Hueck, Götz; Hoyningen-Huene, Gerrick Frhr. von: Kündigungsschutzgesetz, 11., völlig neu bearbeitete Auflage, München 1992.
- Hueck, Götz; Hoyningen-Huene, Gerrick Frhr. von: Kündigungsschutzgesetz, 12., völlig neu bearbeitete Auflage, München 1997.
- Hueck, Alfred; Nipperdey, Hans Carl: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band 1, 1. - 2. Auflage, Mannheim 1928.
- Hueck, Alfred; Nipperdey, Hans Carl: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band 1, 3. - 5., neu bearbeitete Auflage, Mannheim 1931.
- Hueck, Alfred; Nipperdey, Hans Carl: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band 1, 6., völlig neu bearbeitete Auflage, Berlin 1959.
- Hueck, Alfred; Nipperdey, Hans Carl: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band 1, 7., neu bearbeitete Auflage, Berlin 1963.
- Hueck, Alfred; Nipperdey, Hans Carl: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band 2, 1. - 2. Auflage, Berlin 1930.
- Hueck, Alfred; Nipperdey, Hans Carl: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band 2, 6., völlig neu bearbeitete Auflage, Berlin 1957.
- Hueck, Alfred; Nipperdey, Hans Carl: Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band 2, Halbband 2, 7., völlig neu bearbeitete Auflage, Berlin 1970.
- Hueck, Alfred; Nipperdey, Hans Carl; Dietz, Rolf: Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, 4., neu bearbeitete Auflage, München 1943.

- Hug, Walther: Das Kündigungsrecht, Diss. Zürich/Aarau 1926.
- Imle, Fanny: Gewerbliche Friedensdokumente, Jena 1905.
- Isele, Helmut Georg: Reflexwirkungen der Betriebsverfassung im Individualrecht, Recht der Arbeit 1962, Seite 373 - 375.
- Isensee, Josef: Das Grundrecht als Abwehrrecht und staatliche Schutzpflicht, in Isensee, Josef; Kirchhof, Paul: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band 5, Heidelberg 1992, § 111.
- Jacobi, Erwin: Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriffe, in Leipziger Juristische Fakultät (Hrsg.): Festschrift der Leipziger Juristischen Fakultät für Dr. Victor Ehrenberg zum 30. März 1926, Leipzig 1927, Seite 1 - 39.
- Jacobi, Erwin: Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriffe, Leipzig 1926.
- Jacusi, Alfred: Wesen und Inhalt des geltenden Koalitionsrechts, in Kaskel, Walter (Hrsg.): Koalitionen und Koalitionskampfmittel, Berlin 1925, Seite 66 - 71.
- Jaeger, Georg: Die Zuständigkeit des ArbG und Geltung des Kündigungsschutzes für Geschäftsführer, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1998, Seite 961 - 967.
- Jellinek, Walter: Die Entlohnung der Frau und Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes, Betriebs-Berater 1950, Seite 425 - 427.
- Joachim, Hans G.: Die sittenwidrige Kündigung, Die Betriebsverfassung 1957, Seite 221 - 224.
- Jobst, Friedhelm; Bader, Peter: Der allgemeine Kündigungsschutz, Arbeitsrecht-Blattei, (D) Kündigungsschutz I, I Übersicht, Loseblattsammlung, Stuttgart 1981.
- Joost, Detlev: Kündigung außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, in Henssler, Martin; Moll, Wilhelm (Hrsg.): Kündigung und Kündigungsschutz in der betrieblichen Praxis, Köln 2000, Seite 215 - 238.
- Karger, Walter von: Reichsverfassung, Betriebsrätegesetz und gewerkschaftliche Maßregelung durch fristgemäße Kündigung, Juristische Wochenschrift 1924, Seite 1032 - 1033.
- Kaskel, Walter, Dersch, Hermann: Arbeitsrecht, 5. Auflage, Berlin 1957.
- Kaskel, Walter: Arbeitsrecht, 3., erweiterte Auflage, Berlin 1928.
- Kaskel, Walter; Dersch, Hermann: Arbeitsrecht, 4. Auflage, Berlin 1932.
- Kauffmann: Grenzfragen der Anwendung des neuen Bundeskündigungsschutzgesetzes, Der Betrieb 1951, Seite 1012 - 1013.
- Kauffmann: Probleme des Kündigungsschutzes in Betrieben ohne Betriebsrat oder bei Umgehung des Betriebsrates, Recht der Arbeit 1949, Seite 174 - 176.
- Kempff, Gilbert: Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Kündigungsrecht, Der Betrieb 1977, Seite 1413 - 1414.
- Kempff, Gilbert: Grundrechte im Arbeitsverhältnis - Zum Grundrechtsverständnis des Bundesarbeitsgerichts, Köln 1988.
- Kieschke, Werner; Syrup, Friedrich: Betriebsrätegesetz vom 4.2.1920 nebst der Wahlordnung vom 5.2.1920 und den Ausführungsbestimmungen, 2., vermehrte und durchgearbeitete Auflage, Berlin 1920.
- Kinne, Harald: Wohnraumkündigung wegen Vertragsverletzung des Mieters und wegen Eigenbedarf des Vermieters - Voraussetzungen und Folgen (Teil III), Zeitschrift für Miet- und Raumrecht 2001, Seite 321 - 324.
- Kistler, Helmut: Die Bundesrepublik Deutschland, Vorgeschichte und Geschichte 1945 - 1983, Bonn 1985.
- Kittner, Michael: Das neue Recht der Sozialauswahl bei betriebsbedingter Kündigung und die Ausdehnung der Kleinbetriebsklausel, Arbeit und Recht 1997, Seite 182 - 192.
- Kittner, Michael: Neues Kündigungsschutzrecht außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1998, Seite 731 - 734.

- Kittner, Michael: Zehn Thesen zum Abbau des Kündigungsschutzrechts, in Engelen-Kefer, Ursula; Schoden, Michael; Zachert, Ulrich (Hrsg.): Arbeitsrecht in der Bewährung, Festschrift für Karl Kehrman zum 65. Geburtstag, Köln 1997, Seite 99 - 103.
- Kittner, Michael; Däubler, Wolfgang; Zwanziger, Bertram: Kündigungsschutzrecht, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu anderen Kündigungsvorschriften, 4., überarbeitete und aktualisierte Auflage, Frankfurt am Main 1999.
- Kittner, Michael; Däubler, Wolfgang; Zwanziger, Bertram: Kündigungsschutzrecht, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu anderen Kündigungsvorschriften, 5., überarbeitete und aktualisierte Auflage, Frankfurt am Main 2001.
- Kittner, Michael; Däubler, Wolfgang; Zwanziger, Bertram: Kündigungsschutzrecht, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu anderen Kündigungsvorschriften, 6., überarbeitete und aktualisierte Auflage, Frankfurt am Main 2004.
- Kittner, Michael; Trittin, Wolfgang: Kündigungsschutzrecht, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu anderen Kündigungsvorschriften, mit den Übergangsregelungen in den neuen Bundesländern, Kempten 1993.
- Kittner, Michael; Trittin, Wolfgang: Kündigungsschutzrecht, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu anderen Kündigungsvorschriften, 2., völlig überarbeitete und erweiterte Auflage, Frankfurt am Main 1995.
- Kittner, Michael; Zwanziger, Bertram (Hrsg.): Arbeitsrecht - Handbuch für die Praxis, 3., überarbeitete und aktualisierte Auflage, Frankfurt am Main 2005.
- Kitzinger, Friedrich: Das Reichsgesetz über die Presse vom 7. Mai 1874, Tübingen 1920.
- Klein, Eckart: Grundrechtliche Schutzpflichten des Staates, Neue Juristische Wochenschrift 1989, Seite 1633 - 1640.
- Klippel, Diethelm (Hrsg.): Deutsche Rechts- und Gerichtskarte, Goldbach 1996 (Nachdruck von 1895).
- Klostermann R.; Fürst, Max: Allgemeines Berggesetz für die preußischen Staaten, 6. Auflage, Berlin 1911.
- Knigge, Arnold: Gesetzliche Neuregelung der Gleichbehandlung von Männer und Frauen am Arbeitsplatz, Betriebs-Berater 1980, Seite 1272 - 1276.
- Knöpfel, Erwin: Entlassung von Arbeitskräften, Stuttgart 1952.
- Knorr, Gerhard; Bichelmeier, Gerd; Kremhelmer, Hans: Handbuch des Kündigungsrechts, 4., überarbeitete und erweiterte Auflage, München 1998.
- Koch, Rainer: Das Kündigungsschutzrecht im Übergang vom Betriebsrätegesetz zum Arbeitsordnungsgesetz als Instrument faschistischer Herrschaftssicherung, Diss. Bremen 1988.
- Köhler, Wolfgang; Krossmann, Ralph: Handbuch der Wohnraummiete, 6., neu bearbeitete Auflage, München 2003.
- Köhne, Carl: Die Arbeitsordnungen im deutschen Gewerberecht, Berlin 1901.
- Koll, Matthias: Die Grundlagen der Wandlung des materiellen Verfassungsbegriffs als Vorstudien zur Problematik der Drittwirkung der Grundrechte, Diss. Köln 1961.
- Köller, Jürgen von: Kündigungsschutz für Arbeitnehmer, Neue Juristische Wochenschrift 1947/1948, Seite 260 - 261.
- König: Fragen des neuen Kündigungsschutzrechtes, Der Betrieb 1951, Seite 783.
- Kopp, Ferdinand O.: Fiskalgeltung und Drittwirkung der Grund- und Freiheitsrechte im Bereich des Privatrechts, in Baltl, Hermann (Hrsg.): Festschrift für Walter Wilburg zum 70. Geburtstag, Graz 1975, Seite 141 - 161.
- Koselke, Bruno: Zum Kündigungsschutz der Arbeitnehmer, Arbeitsblatt für die britische Zone 1948, Seite 151 - 153.

- Krause, U. B.: Der Kündigungsschutz und die sittenwidrige Kündigung eines Arbeitsvertrages, Juristische Wochenschrift 1935, Seite 1311 - 1317.
- Kraushaar, Bernhard: Ist die Herausnahme der Kleinbetriebe aus dem Kündigungsschutz verfassungswidrig?, Arbeit und Recht 1988, Seite 137 - 142.
- Kraushaar, Bernhard; Storz, Joachim: Kleinbetriebsklausel und EG-Recht nach § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG, Betriebs-Berater 1992, Seite 1787 - 1790.
- Krauß, Theodor: Verordnung über die Einstellung und Entlassung von Arbeitern und Angestellten während der Zeit der wirtschaftlichen Demobilmachung, Berlin 1920.
- Krückmann, Paul: Der Boykott im Lohnkampf, Leipzig 1918.
- Krüger, Herbert: Die Verfassungen in der Zivilrechtsprechung, Neue Juristische Wochenschrift 1949, Seite 163 - 166.
- Krüger, Hildegard: Die Rechtswirkungen einer Kündigung ohne Anhörung des Betriebsrats, Der Betrieb 1955, Seite 70 - 74.
- Krenz, Heiko: Zur Sozialauswahl in Kleinbetrieben, Aachen 2001.
- Küchenhoff, Günther: Betriebsverfassungsgesetz, 1. Auflage, Münster 1954.
- Kühling, Jürgen: Die Berufsfreiheit des Arbeitnehmers, in Hanau, Peter; Heither, Friedrich; Kühling, Jürgen (Hrsg.): Richterliches Arbeitsrecht, Festschrift für Dieterich, Thomas zum 65. Geburtstag, München 1999, Seite 325 - 335.
- Kunkel, Manfred: Mitbestimmungsrecht und Kündigungsschutz, Der Betrieb 1953, Seite 355 - 356.
- Küttner, Wolfdieter: Personalbuch 20025, 9., vollständig neu bearbeitete Auflage, München 2005.
- Lakies, Thomas: Änderung des Kündigungsschutzgesetzes und allgemeiner Kündigungsschutz nach § 242 BGB - Verfassungsrechtliche Fragen, Der Betrieb 1997, Seite 1078 - 1083.
- Lämmerhirt, Karl-Peter: Die auf Druck am Arbeitsverhältnis nicht beteiligter Dritter erfolgende Kündigung seitens des Arbeitgebers, Diss. Marburg 1973.
- Langanke, Annemarie; Hanau, Peter: Kündigungsmöglichkeiten in der öffentlichen Verwaltung nach dem Einigungsvertrag, Neue Justiz 1993, Seite 437 - 440.
- Lange, Erich: Zur Berechnung der Entschädigung nach § 87 BRG, Das Schlichtungswesen 1923, Seite 88 - 89.
- Langner, Thomas: Die Problematik der Geltung der Grundrechte zwischen Privaten, Frankfurt am Main 1998.
- Laufke, Franz: Vertragsfreiheit und Grundgesetz, in Nipperdey, Hans Carl (Hrsg.): Das Deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts, Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag, Band 1, Berlin 1956, Seite 145 - 188.
- Leimert, Dirck: § 242 BGB als Kündigungsschutzbestimmung, Diss. Frankfurt am Main 1970.
- Leinemann, Wolfgang (Hrsg.): Handbuch zum Arbeitsrecht, Loseblattsammlung, 285. Lieferung, Neuwied Dezember 2005.
- Leinemann, Wolfgang (Hrsg.): Kasseler Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, 2. Auflage Neuwied 2000.
- Leinemann, Wolfgang: Fit für ein neues Arbeitsvertragsrecht?, Betriebs-Berater 1996, Seite 1381 - 1383.
- Leisner, Walter: Grundrechte und Privatrecht, München 1960.
- Lepke, Achim: AIDS als arbeitsrechtlicher Kündigungsgrund, Der Betrieb 1987, Seite 1299 - 1302.
- Leydhecker, E. G.: Die arbeitsrechtlichen Bestimmungen des BGB, des HGB und der GewO, Blätter für Steuer-, Sozial- und Arbeitsrecht 1947, Seite 245 - 249.
- Leydhecker, E. G.: Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung und Einzelarbeitsvertrag, Blätter für Steuer-, Sozial- und Arbeitsrecht 1947, Seite 163 - 166.



- Linck, Rüdiger: Die nichtige Kündigung, Arbeitsrecht-Blattei, Systematische Darstellungen (SD), Kündigung III, Mängel der Kündigung, 1010.3, Loseblattsammlung, 67. Lieferung, Stuttgart August 1999.
- Linck, Rüdiger: Die treuwidrige Kündigung, Fachanwalt Arbeitsrecht 1999, Seite 382 - 386.
- Linde, Godela: Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz, Betriebs-Berater 1994, Seite 2412 – 2417.
- Linders, Horst: Über die Frage der unmittelbaren Grundrechtsbestimmungen des Bonner Grundgesetzes für den privatrechtlichen Rechtsverkehr, Diss. Münster 1961.
- Lorenz, Martin: Gesetz über die Gleichbehandlung von Männer und Frauen am Arbeitsplatz und über die Erhaltung von Ansprüchen bei Betriebsübergang, Der Betrieb 1980, Seite 1745 - 1748.
- Lorenz, Martin; Schwedes, Rolf: Das Beschäftigungsförderungsgesetz, Der Betrieb 1985, Seite 1077 - 1083.
- Lotmar, Philipp: Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches, Band 2, Leipzig 1908.
- Löwe, Walter: Kein Schadensersatz wegen Vorspiegelung des Eigenbedarfs, Zeitschrift für Miet- und Raumrecht 1975, Seite 289 - 291.
- Löwisch, Manfred: Arbeits- und sozialrechtliche Hemmnisse einer weiteren Flexibilisierung der Arbeitszeit, Recht der Arbeit 1984, Seite 197 - 214.
- Löwisch, Manfred: Arbeitsrecht und wirtschaftlicher Wandel, Recht der Arbeit 1999, Seite 69 - 80.
- Löwisch, Manfred: Das arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1996, Seite 1009 - 1017.
- Löwisch, Manfred: Das Beschäftigungsförderungsgesetz 1985, Betriebs-Berater 1985, Seite 1200 - 1207.
- Löwisch, Manfred: Der arbeitsrechtliche Teil des sogenannten Korrekturgesetzes, Betriebs-Berater 1999, Seite 102 - 107.
- Löwisch, Manfred: Grenzen der ordentlichen Kündigung in kündigungsschutzfreien Betrieben, Betriebs-Berater 1997, Seite 782 - 790.
- Löwisch, Manfred: Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 7., völlig neu bearbeitete Auflage, Heidelberg 1997.
- Löwisch, Manfred; Spinner, Günter: Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 9., neu bearbeitete Auflage, Heidelberg 2004.
- Löwisch, Manfred: Kündigung nach altem Recht bis 31. Dezember möglich, Betriebs-Berater 1998, Seite 2581 - 2582.
- Lüke, Gerhard: Zum Streitgegenstand im arbeitsgerichtlichen Kündigungsschutzprozeß, Juristenzeitung 1960, Seite 203 - 209.
- Lüneburg, Edgar: Die Kündigung im Arbeitsgerichtsprozeß, Zeitschrift Arbeit und Sozialfürsorge 1947, Seite 50 - 51.
- Manderscheid, P.: Die arbeitsrechtliche Entwicklung im Saarland, Recht der Arbeit 1949, Seite 183 - 185 (Teil 1), Seite 298 - 301 (Teil 2).
- Mangold, Hermann von; Klein, Friedrich; Starck, Christian: Das Bonner Grundgesetz, 3., vollständig neu bearbeitete Auflage, München 1985.
- Mansfeld, Werner: Betriebsrätegesetz vom 4. Februar 1920 mit den einschließlichen Nebengesetzen, 2., vollständig neu bearbeitete und stark vermehrte Auflage, Berlin 1930.
- Mansfeld, Werner: Die Neuregelung des Kündigungsschutzes, Deutsches Arbeitsrecht 1934, Seite 329 - 332.
- Mansfeld, Werner; Pohl, W.; Steinmann, G.; Krause, A. B.: Die Ordnung der nationalen Arbeit, Kommentar, Berlin 1934.
- Marcuse, Richard: Die Ausgestaltung des Koalitionsrechts im geltenden Recht, in Kaskel, Walter (Hrsg.): Koalitionen und Koalitionskampfmittel, Berlin 1925, Seite 72 - 76.

- Maunz, Theodor; Dürig, Günter; Badura Peter; Herdegen, Matthias; Herzog, Roman; Klein, Hans H.; Lerche, Peter; Papier, Hans-Jürgen; Randelzhofer, Albrecht; Schmidt-Assmann, E.; Scholz, Rupert: Grundgesetz, Band 1, Loseblattsammlung, 39. Lieferung, München Juli 2002.
- Maurer, Kurt: Die Kündigung, Berlin 1939.
- Maus, Wilhelm: Das Deutsche Arbeits- und Sozialrecht, Band 1, Bleckede 1943.
- Maus, Wilhelm: Kündigungsschutzgesetz, Baden-Baden 1973.
- Mayer-Maly, Theo: Was leisten die guten Sitten?, Archiv für die civilistische Praxis, Band 194, 1994, Seite 105 - 176.
- Meinel, Gernod: Agenda 210 – Regierungsentwurf zu Reformen am Arbeitsmarkt, Der Betrieb 2003, Seite 1438-1439.
- Meisel, Peter G.: Die Anhörung des Betriebsrates vor Ausspruch der ordentlichen Kündigung, Der Betrieb 1963, Seite 1765 - 1771.
- Meissinger, Hermann: Betriebsverfassungsgesetz, München 1952.
- Meissinger, Hermann; Raumer, Konrad: Das bayerische Betriebsrätegesetz, 2., verbesserte Auflage, München 1951.
- Melsbach, Erich: Deutsches Arbeitsrecht, Berlin 1923.
- Melsbach, Erich: Vertragsbrüchige Streiks und Aussperrungen, Wiesbaden 1912.
- Melsbach, Erich: Willkürliche Kündigung des Arbeitsvertrages, Soziale Praxis 1909/1910, Spalte 1234 - 1238.
- Meves, R.: Der Kündigungsschutz im Badischen Betriebsrätegesetz, Recht der Arbeit 1949, Seite 247 - 250.
- Michel, Bertram: Die Entwicklung der Arbeitsgerichtsbarkeit in den Faschismus, in Reifner, Udo (Hrsg.): Das Recht des Unrechtsstaates, Frankfurt am Main 1981, Seite 154 - 177.
- Miese, Heinz: Zur Wirksamkeit der Druckkündigung und zum Schadensausgleich, Diss. Köln 1956.
- Mitteis, Ludwig: Aus römischem und bürgerlichem Recht, in Leipziger Juristenfakultät (Hrsg.): Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Adolf Wach zum 16. November 1915, München 1918, Seite 1 - 41.
- Mohr, Werner: Das Kündigungseinspruchsrecht des Arbeitnehmers, Blätter für Steuer-, Sozial- und Arbeitsrecht 1947, Seite 203 -204.
- Mohr, Werner: Die Betriebsvereinbarung, Blätter für Steuer-, Sozial- und Arbeitsrecht 1946, Seite 138 - 139.
- Mohr, Werner: Zur arbeitsrechtlichen Praxis in der sowjetischen Zone, Deutsche Rechtszeitschrift 1947, Seite 372.
- Molitor, Erich: Die Entwicklung der gesetzlichen Kündigungsbeschränkungen zum Schutz der Arbeitnehmer in den kontinentalen Rechten, Internationale Rundschau der Arbeit 1926, Seite 1101 - 1113.
- Molitor, Erich: Die Kündigung, 2., ergänzte und vermehrte Auflage, Mannheim 1951.
- Molitor, Erich: Wandlungen der Kündigung in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, Betriebs-Berater 1960, Seite 216 - 219.
- Monjau, Herbert: Betriebsverfassungsgesetz, Köln 1952.
- Monjau, Herbert: Erstes Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz, Betriebs-Berater 1969, Seite 1042 - 1046.
- Monjau, Herbert: Ist die Anhörung des Betriebsrats Voraussetzung für die Wirksamkeit einer Kündigung (§ 66 Abs. 1 BetrVG), Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht 1953, Seite 103 - 205.
- Monjau, Herbert: Sozial ungerechtfertigte, sittenwidrige und gegen Treu und Glauben verstoßende Kündigung, Der Betrieb 1951, Seite 742 - 743.

- Monjau, Herbert; Heimeier, Wilhelm: Kündigungsschutzgesetz, 1. Auflage, Düsseldorf 1951.
- Moras, Otto: in Reichsverband der Deutschen Industrie (Hrsg.): Veröffentlichungen des Reichsverbandes der Deutschen Industrie, Heft 7 (Beratungen über den Gesetzentwurf über Betriebsräte am 24. September 1919 in Berlin), Berlin 1919, Seite 9.
- Mörbitz: Zweifelsfragen zum Einspruchsrechte des Betriebsrätegesetzes, Das Schlichtungswesen 1921, Seite 122 - 125.
- Mottek, Hans: Das Kündigungsrecht der Betriebsinhaber, Zeitschrift Arbeits- und Sozialfürsorge 1947, Seite 211 - 213.
- Müller, Gerhard: Das Kündigungsschutzgesetz und Treu und Glauben unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, Der Betrieb 1960, Seite 1037 - 1041.
- Müller, Gerhard: Das Mitbestimmungsrecht der Betriebsräte nach den Ländergesetzen von Württemberg-Baden, Hessen, Südbaden und Bremen, Betriebs-Berater 1949, Seite 335 - 336.
- Müller, Gerhard: Das Problem des allgemeinen Kündigungsschutzes in der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte, Deutsche Rechtszeitschrift 1948, Seite 122 - 125.
- Müller, Gerhard: Der allgemeine Kündigungsschutz in der neuen Ländergesetzgebung unter besonderer Berücksichtigung des Hessischen Betriebsrätegesetzes, Betriebs-Berater 1948, Seite 534 - 538.
- Müller, Gerhard: Die Drittwirkung der Grundrechte und das Sozialstaatsprinzip, in Burghardt, Anton; Lugmayer, Karl; Machek, Erich; Müller, Gerhard; Schmitz, Hans (Hrsg.): Im Dienste der Sozialreform, Festschrift für Karl Kummer, Wien 1965, Seite 369 - 388.
- Müller, Gerhard: Einflüsse des kollektiven Arbeitsrechts auf das Arbeitsverhältnis, Der Betrieb 1967, Seite 903 - 909.
- Müller, Gerhard: Gedanken zum arbeitsrechtlichen Kündigungsrecht, Zeitschrift für Arbeitsrecht 1982, Seite 475 - 504.
- Nannen, Ole: Grundrechte und privatrechtliche Verträge, Diss. Trier 2000.
- Neumann, Dirk: Das Arbeitsrecht in den neuen Bundesländern, Recht der Arbeit 1999, Seite 90 - 96.
- Neumann, Dirk: Zum heutigen Stand des Kündigungsschutzes, Diss. Köln 1949.
- Neumann-Duesberg, Horst: Präzisierung des Unterschieds zwischen unwirksamer und nichtiger Kündigung, Neue Juristische Wochenschrift 1965, Seite 1895 - 1896.
- Nikisch, Arthur: Arbeitsrecht, Band 1, 2., erweiterte und völlig umgearbeitete Auflage, Tübingen 1955.
- Nikisch, Arthur: Arbeitsrecht, Band 1, 3., erweiterte und völlig neu bearbeitete Auflage, Tübingen 1961.
- Nikisch, Arthur: Arbeitsrecht, Band 3, 2., erweiterte und vollständig neu bearbeitete Auflage, Tübingen 1966.
- Nikisch, Arthur: Arbeitsverhältnis und Gerichtsschutz, Neue Juristische Wochenschrift 1964, Seite 2387 - 2390.
- Nikisch, Arthur: Das Mitbestimmungsrecht in personellen Angelegenheiten nach dem Betriebsverfassungsgesetz, Der Betrieb 1952, Seite 844 - 847.
- Nipperdey, Hans Carl (Hrsg.): Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Band 2, Berlin 1930.
- Nipperdey, Hans Carl (Hrsg.): Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Band 3, Berlin 1930.
- Nipperdey, Hans Carl: Beiträge zum Tarifrecht, Mannheim 1924.
- Nipperdey, Hans Carl: Boykott und freie Meinungsäußerung, Deutsches Verwaltungsblatt 1958, Seite 445 - 452.
- Nipperdey, Hans Carl: Bücherbesprechungen - Übersicht über das Schrifttum zum Arbeitsrecht, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1923, Spalte 307 - 312.
- Nipperdey, Hans Carl: Die Würde des Menschen, in Neumann, Franz L.; Nipperdey, Hans Carl; Scheuner, Ulrich (Hrsg.): Die Grundrechte, Band 2, Berlin 1954, Seite 1 - 50.

- Nipperdey, Hans Carl: Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung, Recht der Arbeit 1950, Seite 121 - 128.
- Nipperdey, Hans Carl: Grundrechte und Privatrecht, Krefeld 1961.
- Nipperdey, Hans Carl: Neunte Übersicht über das Schrifttum des Arbeitsrechts, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1925, Spalte 661 - 662.
- Nipperdey, Hans Carl: Referat, in Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.): Verhandlungen des Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages, Band 2, D, Tübingen 1957, Seite 3 - 23.
- Nothhaas, Leopold; Miesbach, Hermann: Das bayerische Berggesetz vom 13.8.1910, München 1927.
- O.V.: Aus der Gesetzgebung, Berichtszeitraum Dezember 1998, Arbeit und Recht 1999, Seite 55.
- O.V.: Bericht des Ausschusses für soziale Angelegenheiten über den Entwurf eines Gesetzes über Betriebsräte, in Verhandlungen der verfassungsgebenden Nationalversammlung, stenographische Berichte des Reichstages, Band 340, Aktenstück Nr. 1838.
- O.V.: Bericht des Verfassungsausschusses, in Verhandlungen der verfassungsgebenden Nationalversammlung, Anlagen zu den stenographischen Berichten des Reichstages, Band 336, Aktenstück Nr. 391.
- O.V.: Die weitere Entwicklung des Bundeskündigungsschutzgesetzes einschließlich Stellungnahme der Bundesregierung zu den Änderungsvorschlägen des Deutschen Bundesrates zum Entwurf eines Kündigungsschutzgesetzes, Recht der Arbeit 1951, Seite 178 - 180.
- O.V.: Kündigungsschutz in Kleinbetrieben und betriebsbedingte Kündigung - Verhältnis zwischen arbeitsrechtlichem Beschäftigungsförderungsgesetz und § 2 Abs. 1 SBG III, Der Betrieb 1998, Seite 1134.
- Oechsle, Richard: Das Bayerische Betriebsrätegesetz, Recht der Arbeit 1950, Seite 441 - 447.
- Oertmann, Paul: Bürgerliches Gesetzbuch, 3., umgearbeitete Auflage, Berlin 1927.
- Oertmann, Paul: Deutsches Arbeitsvertragsrecht, Berlin 1923.
- Oetker, Hartmut: Arbeitnehmerähnliche Personen und Kündigungsschutz, in Schmidt, Klaus (Hrsg.): Arbeitsrecht und Arbeitsgerichtsbarkeit, Festschrift zum 50-jährigen Bestehen der Arbeitsgerichtsbarkeit in Rheinland-Pfalz, Neuwied 1999, Seite 311 - 329.
- Oetker, Hartmut: Arbeitsrechtlicher Bestandsschutz und Grundrechtsordnung, Recht der Arbeit 1997, Seite 9 - 21.
- Oetker, Hartmut: Der arbeitsrechtliche Bestandsschutz unter dem Firmament der Grundrechtsordnung, Stuttgart 1996.
- Oetker, Hartmut: Die Anhörung des Betriebsrats vor Kündigungen und die Darlegungs- und Beweislast im Kündigungsschutzprozeß, Betriebs-Berater 1989, Seite 417 - 421.
- Oetker, Hartmut: Gibt es einen Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes?, Arbeit und Recht 1997, Seite 41 - 54.
- Oettinger, Fritz: Die guten Sitten in der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung nach dem Krieg, Hamburg 1931.
- Oldiges, Martin: Neue Aspekte der Grundrechtsgeltung im Privatrecht, in Wendt, Rudolf; Höfling, Wolfram; Karpen, Ulrich; Oldiges, Martin (Hrsg.): Staat Wirtschaft Steuern, Festschrift für Karl Heinrich Friauf zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1996, Seite 281 - 308.
- Osswald, R.: Ist eine Kündigung ohne Anhörung des Betriebsrates wirksam?, Der Arbeitgeber 1953, Seite 389 - 390.
- Osthold, E. A.: Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zu § 66 Abs. 1 BVG - Ein alter Streit in neuer Auflage, Der Arbeitgeber 1955, Seite 211 - 213.
- Osthold, E. A.: Der Kündigungsschutz der vom Kündigungsschutzgesetz nicht betroffenen Personen, Der Arbeitgeber 1955, Seite 486 - 493.
- Osthues: Die Bedeutung des zweiten Absatzes des § 84 BRG, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1923, Spalte 497 - 502.

- Osthues: Die Entschädigung gemäß § 87 BRG beträgt bei Arbeitnehmern mit einer Dienstzeit unter einem Jahre höchstens 1/12 ihres tatsächlichen Einkommens während dieser Dienstzeit. Gerichtliche Nachprüfung einer falschen Entscheidung des Schlichtungsausschusses ist statthaft, Das Schlichtungswesen 1922, Seite 100 - 101.
- Otto, Hansjörg: Personale Freiheit und soziale Bindung, München 1978.
- Otto, Hansjörg: Schranken der Kündigungsfreiheit außerhalb des allgemeinen Kündigungsschutzes, in Hanau, Peter; Lorenz, Egon; Matthes, Hans-Christoph (Hrsg.): Festschrift für Günther Wiese zum 70. Geburtstag, München 1998, Seite 353 - 375.
- Pache, Eckhard: Eine Verfassung für Europa - Krönung oder Kollaps der europäischen Integration, Europarecht 2002, Seite 767 - 784.
- Pagenkopf, Hans: Der Maßregelungsschutz des Arbeitnehmers, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1932, Spalte 673 - 686.
- Palandt, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch, 9., neu bearbeitete und erweiterte Auflage, München 1951.
- Palandt, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch, 65., neu bearbeitete Auflage, München 2006.
- Papier, Hans-Jürgen: Art. 12 GG - Freiheit des Berufs und Grundrecht auf Arbeit, Deutsches Verwaltungsblatt 1984, Seite 808 - 814.
- Passow, Richard: Betrieb, Unternehmung, Konzern, Jena 1925.
- Paul, Heinz: Über die Anwendbarkeit des § 138 Abs. 1 BGB auf Kündigungen, Arbeit und Sozialfürsorge 1947, Seite 461 - 463.
- Pedergnana, Ronald: HIV-Infektion und Aids: arbeitsrechtliche Probleme, Grusch 1990.
- Pfarr, Heide; Bothfeld, Silke; Kaiser, Lutz C.; Kimmich, Martin; Peiuker, Andreas; Ullman, Karen: Regam-Studie: Die Einschätzung der Geltung des Kündigungsschutzgesetzes in den Kleinbetrieben, Betriebs-Berater 2003, Seite 2061 - 2063.
- Pfarr, Heide; Bothfeld, Silke; Kaiser, Lutz C.; Kimmich, Martin; Peiuker, Andreas; Ullman, Karen: Regam-Studie: Hat der Kündigungsschutz eine prohibitive Wirkung auf das Einstellungsverhalten der kleinen Betriebe?, Betriebs-Berater 2003, S. 2286 - 2289.
- Pieroth, Bodo; Schlink, Bernhard: Grundrechte, Staatsrecht II, 4., überarbeitete Auflage, Heidelberg 1988.
- Pietrek, André: Verschlechterung des Kündigungsschutzes in Kleinbetrieben bis 30. September 1999, Betriebs-Berater 1999, Seite 586 - 587.
- Pines, Heinrich: Die Verbots- und Sittenwidrigkeit einer ordnungsgemäßen Kündigung nach deutschem und ausländischem Recht, Diss. Jena 1930.
- Planck, Gottlieb: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Band 1, 4., völlig neu bearbeitete Auflage, Berlin 1913.
- Plassmann, Norbert: Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses, 5. Auflage, Boorberg 1963.
- Plumeyer, Matthias: Die Betriebsrätegesetze der Länder 1947 - 1950, Diss. Hannover 1992.
- Poetzsch-Heffter, Fritz: Handkommentar der Reichsverfassung vom 11.8.1919, 3., völlig neu bearbeitete und stark vermehrte Auflage, Berlin 1928.
- Polzer, Ulrich; Powietzka, Arnim: Rechtsextremismus als Kündigungsgrund?, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2000, Seite 970 - 977.
- Potthoff, Heinz: Beiträge zur Kritik und Reform, Arbeitsrecht 1923, Spalte 753 - 762.
- Potthoff, Heinz: Das Recht der Vereinigung gegen ihre Mitglieder nach Art. 159 RV, Arbeitsrecht 1925, Spalte 781 - 786.
- Potthoff, Heinz: Denkschrift zum Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, in 28. Sonderheft zum Reichsarbeitsblatt (Vorarbeiten zum Arbeitsgesetzbuch in zwangloser Folge), 2. Stück (Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes nebst Denkschrift), 1923.

- Potthoff, Heinz: Die Einwirkung der Reichsverfassung auf das Arbeitsrecht, Leipzig 1925.
- Potthoff, Heinz: Einheitliches Dienstrecht für Angestellte, Arbeitsrecht 1914, Spalte 31 - 50.
- Potthoff, Heinz: Ist eine fristgerechte Kündigung als gewerkschaftliche Maßregelung nichtig?, Gewerbe- und Kaufmannsgericht 1923/1924, Spalte 63 - 72.
- Potthoff, Heinz: Kündigungsbeschränkung im künftigen Arbeitsvertragsrecht, Arbeitsrecht 1923, Spalte 601- 608.
- Potthoff, Heinz: Probleme des Arbeitsrechts, Jena 1912.
- Potthoff, Heinz: Zur Kritik der Rechtsprechung, Arbeitsrecht 1929, Spalte 509 - 516.
- Powietzka, Arnim: Kündigungsschutz im Kleinbetrieb und in der Wartezeit, 1. Auflage, Lohmar 2003.
- Präsident, der, des Zentralamts für Arbeit: Betreff Kündigungsschutz (Erlass des Präsidenten des Zentralamtes für Arbeit der britischen Zone v. 23.1.1947, III/95/47), Arbeitsblatt für die britische Zone 1947, Seite 72.
- Preis, Bernd: Die betriebsbedingte Kündigung, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1997, Seite 625 - 634.
- Preis, Ulrich: Aktuelle Tendenzen im Kündigungsschutzrecht, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1997, Seite 1073 - 1089.
- Preis, Ulrich: Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1997, Seite 1256 - 1270.
- Preis, Ulrich: Der Kündigungsschutz nach dem "Korrekturgesetz", Recht der Arbeit 1999, Seite 311 - 322.
- Preis, Ulrich: Neuere Tendenzen im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz (II), Der Betrieb 1988, Seite 1444 - 1451.
- Preis, Ulrich: Perspektiven der Arbeitswissenschaft, Recht der Arbeit 1995, Seite 333 - 343.
- Preis, Ulrich: Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, Diss. Köln 1987.
- Preis, Ulrich: Reform des Bestandsschutzrechts im Arbeitsverhältnis, Recht der Arbeit 2003, Seite 65 - 76.
- Preis, Ulrich: Die „Reform“ des Kündigungsschutzrechts, Der Betrieb 2004, Seite 70 - 79.
- Preis, Ulrich: Verhältnismäßigkeit und Privatrechtsordnung, in Hanau, Peter; Heither, Friedrich; Kühling, Jürgen (Hrsg.): Richterliches Arbeitsrecht, Festschrift für Dieterich, Thomas zum 65. Geburtstag, München 1999, Seite 429 - 462.
- Preis, Ulrich; Stoffels, Markus: Kündigung wegen politischer Betätigung, Recht der Arbeit 1996, Seite 210 - 223.
- Prellwitz, Wolf Hartmut: Rechtsfolgen der Nichtbeteiligung des Betriebsrates nach dem 4. Teil des Betriebsverfassungsgesetzes, Diss. Köln 1959.
- Prütting, Hanns: Gegenwartsprobleme der Beweislast, München 1983.
- Quecke, Martin: Die Änderung des Kündigungsschutzgesetzes zum 1.1.2004, Recht der Arbeit 2004, Seite 86 - 106.
- Raab: Entschädigung nach § 87 BRG, Das Schlichtungswesen 1923, Seite 86 - 87.
- Ramm, Thilo: Arbeitsrecht und Kleinunternehmen, Arbeit und Recht 1991, Seite 257 - 266 (Teil I), Seite 289 - 298 (Teil II).
- Ramm, Thilo: Einführung in das Privatrecht, Allgemeiner Teil des BGB, Band 1, 2. Auflage, München 1974.
- Ramm, Thilo: Grundrechte und Arbeitsrecht, Juristenzeitung 1991, Seite 1 - 16.
- Ramstorf, Frank: Die Druckkündigung, Diss. München 1998.
- Rappenecker, Franz Xaver: Badisches Betriebsräterecht, Waldkirch im Breisgau 1949.
- Rasch: Unstimmigkeit zwischen Art. 159 der RVerf und § 84 Ziff. 1 des BetrRG, Juristische Wochenschrift 1924, Seite 1854.

- Rebmann, Kurt; Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 4. Auflage, München 2001.
- Rebmann, Kurt; Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, Halbband 1, 1. Auflage, München 1980.
- Rebmann, Kurt; Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, Halbband 1, 2. Auflage, München 1988.
- Rebmann, Kurt; Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, 3. Auflage, München 1997.
- Rehwald, Rainer: Weniger Kündigungsschutz gleich mehr Beschäftigung? – Die Gewerkschaftssicht, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2003 Sonderbeilage zu Heft 21, Seite 46 - 47.
- Reichel, Gerhard Hans:  
Verstoß gegen § 66 Abs. 1 BetrVG und seine Rechtsfolge, Archiv für die civilistische Praxis, Band 167, 1967, Seite 268 - 281.
- Reichenbaum, Werner: Grundrechte und soziale Gewalten, Diss. Köln 1962.
- Reif, Werner: Die Nichtanhörung des Betriebsrates vor der Kündigung von nicht unter das Kündigungsschutzgesetz fallenden Arbeitnehmern, Diss. Köln 1957.
- Reimers, Walter: Die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht, Hamburg 1958.
- Reinhardt, Rudolf: Die Nichtanhörung des Betriebsrates, in Bötticher, Eduard; Dietz, Rolf; Herschel, Wilhelm; Hueck, Alfred u.a. (Hrsg.): Festschrift für Arthur Nikisch, Seite 109 - 125, Tübingen 1958.
- Reuß, Hermann: Die Nichtigkeit der ohne Anhörung des Betriebsrates erfolgten Kündigung, Recht der Arbeit 1954, Seite 56 - 58.
- Reuß, Hermann: Nochmals: zur Kündigung ohne Anhörung des Betriebsrats, Recht der Arbeit 1963, Seite 51.
- Richardi, Reinhard: Arbeitsrechtliche Probleme bei Einstellung und Entlassung Aids-infizierter Arbeitnehmer, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1988, Seite 73 - 79.
- Richardi, Reinhard: Betriebsverfassungsgesetz, 8., völlig neu bearbeitete Auflage, München 2002.
- Richardi, Reinhard: Betriebsverfassungsgesetz, 10., neu bearbeitete Auflage, München 2006.
- Richardi, Reinhard: Die neue Klagfrist bei Kündigungen, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2003, Seite 764 - 766.
- Richardi, Reinhard: Streitfragen aus dem Ersten Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz, Zeitschrift für Arbeitsrecht 1971, Seite 73 - 113.
- Richardi, Reinhard: Misslungene Reform des Kündigungsschutzes durch das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt, Der Betrieb 2004, Seite 486 - 490.
- Richardi, Reinhard; Wlotzke, Otfried: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, 1. Auflage, München 1993.
- Richardi, Reinhard; Wlotzke, Otfried: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 2, 2. Auflage, München 2000.
- Richter, Lutz: Das subjektive öffentliche Recht, Archiv des öffentlichen Rechts 1925, Seite 1 - 84.
- Richter, Lutz: Vereinigungsfreiheit, Verwaltungsarchiv 1932, Seite 1 - 24.
- Richter, Torsten S.; Mitsch, Michael: Neuer Schwellenwert im Kündigungsschutzgesetz - Praxisbeispiele zur 3jährigen Übergangsregelung, Der Betrieb 1997, Seite 526 - 531.
- Rieble, Volker: Arbeitsmarkt und Wettbewerb, Berlin 1996.
- Riese, Walter: Das Berliner Kündigungsschutzgesetz, Recht der Arbeit 1950, Seite 371 - 374.

- Ritzmann, Günther: Das Kündigungsschutzgesetz und die Weitergeltung des § 242 BGB, Recht der Arbeit 1953, Seite 14 - 16.
- Roesch, D.: Sozialwidrige und sittenwidrige Kündigung von Arbeitsverhältnissen, Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht 1953, Seite 75 - 76.
- Roesch, Heinz: Gutachten, Die Entwicklung des Arbeitsrechts in der Ostzone, Betriebs-Berater 1948, Seite 387 - 388.
- Roesch, Heinz: Zur Frage des Kündigungsschutzes, Blätter für Steuer-, Sozial- und Arbeitsrecht 1947, Seite 205.
- Rohlfing, Theodor: Kündigungsschutzgesetz, Frankfurt am Main 1951.
- Rohn, Wilhelm: Der Arbeitsvertrag der Bergarbeiter, Marburg 1913.
- Röhler, Waldemar: Die Kündigung und der Grundsatz der Gleichbehandlung in Arbeitsrecht, Der Betrieb 1957, Seite 992 - 993.
- Röhler, Waldemar: Die ungehörige Kündigung, Der Betrieb 1969, Seite 1147 - 1152.
- Rohwer-Kahlmann, Harry: Kündigungsschutzgesetz, 2., neu bearbeitete Auflage, Bremen 1954.
- Rohwer-Kahlmann, Harry: Kündigungsschutzgesetz, Bremen 1952.
- Rosenberg, Leo: Die Beweislast auf der Grundlage des BGB und der ZPO, 5., durchgelesene Auflage, München 1965.
- Rossa, Jan Marcus: Kein Verschlechterung des Kündigungsschutzes in Kleinbetrieben bis zum 30. September 1999, Betriebs-Berater 1999, Seite 1160 - 1162.
- Rüfner, Wolfgang: Drittwirkung der Grundrechte, in Selmer, Peter; Münch, Ingo von (Hrsg.): Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens, Berlin 1987, Seite 215 - 230.
- Rumler, Marie-Theres: Der Kündigungsschutz leitender Angestellter, Baden-Baden 1990.
- Rüthers, Bernd: Die unbegrenzte Auslegung, 5., erweiterte Auflage, Heidelberg 1997.
- Sabel, Anton: Das Deutsche Betriebsverfassungsgesetz, Recht der Arbeit 1952, Seite 281 - 297.
- Sabin, Fritz: Betriebsverfassungsrecht und Kündigungsschutzgesetz, Juristische Rundschau 1953, Seite 445 - 446.
- Sadtler, Siegfried: Landesverordnung über die Errichtung und die Tätigkeit von Betriebsräten v. 15.5.1947, Diss. Köln 1949.
- Salfeld, Heinz: Zur Frage der Sittenwidrigkeit von Kündigungen, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1932, Spalte 433 - 438.
- Savaète, Eugen: Grundfragen des Arbeitsrechts, Schweningen am Neckar 1949.
- Savaète, Eugen: Sittenwidriges Verhalten im Zusammenhang mit Arbeitsverhältnissen, Arbeit und Recht 1957, Seite 97 - 105.
- Savaète, Eugen: Zur Anhörungspflicht des Arbeitgebers nach § 66 I des Betriebsverfassungsgesetzes, Arbeit und Recht 1953, Seite 203 - 205.
- Schäffer, Carl: Betriebsräterecht in Württemberg-Hohenzollern, Schweningen am Neckar 1949.
- Schäffer, Carl: Das neue Betriebsrätegesetz in Württemberg-Hohenzollern, Recht der Arbeit 1949, Seite 251 - 254.
- Schaub, Günther: Arbeitsrechts-Handbuch, 10., neu bearbeitete Auflage, München 2002.
- Schaum, Gustav: Die arbeitsrechtliche Entwicklung in der Ostzone bis zum Jahresende 1947, Zeitschrift Arbeit und Sozialfürsorge 1948, Seite 12 - 16.
- Schaum, Gustav: Zur Neugestaltung des Arbeitsrechts, Zeitschrift Arbeit und Sozialfürsorge 1946, Seite 155 - 158.
- Schell, Veit: Das Arbeitsrecht der Westzonen und der jungen Bundesrepublik, Diss. Bayreuth 1994.



- Schick: Pflichtwidrige Zustimmung des Betriebsrates zur Kündigung, vgl. § 86 Abs. 1 BRG, Das Schlichtungswesen 1922, Seite 121.
- Schickedanz, Erich: Schadensersatz wegen Vorspielgelung des Eigenbedarfs?, Zeitschrift für Miet- und Raumrecht 1975, Seite 196 - 198.
- Schiefer, Bernd: Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte, Der Betrieb 1999, Seite 48 - 51.
- Schiefer, Bernd; Worzalla, Michael: Das arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz und seine Auswirkungen für die betriebliche Praxis, Neuwied 1996.
- Schick, Dagmar: Gleichbehandlungsrichtlinien der EU - Umsetzung im deutschen Arbeitsrecht, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2004, Seite 873 - 884.
- Schick, Dagmar: Zweites Gleichberechtigungsgesetz für die Privatwirtschaft, Köln 1995.
- Schick, Dagmar; Horstkötter, Inge: Kündigungsschutz via Diskriminierungsverbot, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1998, Seite 863 - 868.
- Schiekel: Ist neben der Einspruchsklage aus § 84 flg. BRG auch die Lohnklage zulässig?, Arbeitsrecht 1928, Spalte 635 - 642.
- Schlachter, Monika: Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2001, Seite 121 - 126.
- Schlegelberger, Franz: Handelsgesetzbuch, 5., neu bearbeitete Auflage, München 1973.
- Schlessmann, Karl: Die Kündigung von Arbeitsverhältnissen, 2. Auflage, München 1965.
- Schlicke, Georg: Die Kündigung im Arbeitsrecht, Wiesbaden 1949.
- Schmidt, Carsten, Basedow, Jürgen: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, München 1996.
- Schmidt, Karl Heinrich: Kündigungsschutz außerhalb des KSchG, Arbeitsrecht-Blattei, Darstellungen (D), Kündigungsschutz VIII, Loseblattsammlung, Stuttgart 1978.
- Schmidt, Monika: Die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes auf Kleinbetriebe vor dem Hintergrund der zunehmenden internationalen Unternehmensverflechtungen, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1998, Seite 169 - 173.
- Schmidt-Futterer, Wolfgang: Mietrecht, 8., völlig neu bearbeitete Auflage, München 2003.
- Schmidt-Futterer, Wolfgang: Wohnraumschutzgesetze, 6., überarbeitete Auflage, München 1988.
- Schneider, Alfred: Kündigungsschutzgesetz, Berlin 1950.
- Schneider, Rudolf: Geschichte des Arbeitsrechts der Deutschen Demokratischen Republik, Berlin 1957.
- Schnorr von Carolsfeld, Ludwig: Arbeitsrecht, 2. Auflage, Göttingen 1954.
- Schöngarth, Eberhard: Die Zurückweisung von Kündigungen des Arbeitsvertrages, Diss. Erfurt 1929.
- Schopp, Heinrich: Ersatzsatzansprüche des Mieters bei Vortäuschen von Eigenbedarf, Zeitschrift für Miet- und Raumrecht 1975, Seite 353 - 357.
- Schräpler, Ernst: Quellen zur Geschichte der sozialen Frage in Deutschland, Band 2, Göttingen 1957.
- Schröder, Georg: Die Mitwirkung des Betriebsrates bei der Kündigung von Arbeitnehmern nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, Der Betrieb 1958, Seite 543 - 545.
- Schröder, Meinhard: Wirkungen der Grundrechtscharta in der europäischen Rechtsordnung, Juristenzeitung 2002, Seite 849 - 854.
- Schultz, Dietrich: Die Druckkündigung im Arbeitsrecht; kritische Betrachtungen zu einer scheinbar gefestigten Rechtsprechung, Recht der Arbeit 1963, Seite 81 - 87.
- Schulz, Paul: Das neue Arbeitsrecht, Dresden 1948.
- Schwabe, Jürgen: Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, München 1971.

- Schwarze, Roland: Die Auslegung des gesetzlichen Maßregelungsverbots (§ 612 a BGB) am Beispiel streikbedingter Sonderzuwendungen, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 1993, Seite 967 - 973.
- Schwerdtner, Peter: *Arbeitsrecht I, Individualarbeitsrecht*, München 1976.
- Sedelies, Maren: *Arbeitsrechtliche Probleme im Umgang mit der Immunschwäche Aids*, Diss. Gießen, Aachen 1992.
- Siebert, Gerd; Becker, Knut; Wendt, Bärbel: *Betriebsverfassungsgesetz*, 8. Auflage, Bonn 1999.
- Siebert, Wolfgang: *Treu und Glauben im Kündigungsschutz*, *Betriebs-Berater* 1960, Seite 1029 - 1032.
- Siebert, Wolfgang: *Die Mitwirkung und Mitbestimmung der Arbeitnehmer nach dem Betriebsverfassungsgesetz*, *Betriebs-Berater* 1952, Seite 832 - 836.
- Siebert, Wolfgang: *Unwirksamkeit der Kündigung wegen Sittenwidrigkeit oder Verstoßes gegen Treu und Glauben*, *Betriebs-Berater* 1952, Seite 522 - 524.
- Sieverts, Jan: *Der Einfluß des Kündigungsmotivs auf die Rechtswirksamkeit der Kündigung des Arbeitsverhältnisses*, Diss. Hamburg 1959.
- Sinzheimer, Hugo: *Grundzüge des Arbeitsrechts*, 2., erweiterte und völlig umgearbeitete Auflage, Jena 1927.
- Sitzler, Fritz: *Übersicht über Verwaltung und Rechtsprechung*, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 1925, Spalte 371.
- Soergel, Hans Theodor; Siebert, Wolfgang: *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Band 1, 8., neu bearbeitete Auflage, Stuttgart 1952.
- Soergel, Hans Theodor; Siebert, Wolfgang: *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Band 1, 12., neu bearbeitete Auflage, Stuttgart 1987.
- Soergel, Hans Theodor; Siebert, Wolfgang: *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Band 4/1, 12., neu bearbeitete Auflage, Stuttgart 1997.
- Sommer, H.: *Anhörung des Betriebsrates und Einzelkündigung nach dem Betriebsverfassungsgesetz*, *Betriebs-Berater* 1952, Seite 980.
- Sowka, Hans Harald (Hrsg.): *Kündigungsschutzgesetz*, 2. Auflage, Köln 2000.
- Spinti, Henning: *Der allgemeine Kündigungsschutz*, *Arbeitsrecht-Blattei, Systematische Darstellungen (SD)*, Kündigungsschutz I, Übersicht, 1020.1, Loseblattsammlung, 41. Lieferung, Stuttgart Mai 1997.
- Spinti, Henning: *Prozessuale Fragen des Kündigungsrechts*, *Arbeitsrecht-Blattei, Darstellungen*, Kündigungsschutz III, Prozessuale Fragen, Loseblattsammlung, 502. Lieferung, Stuttgart April 1992.
- Spitzweg, Hans-Jürgen; Lücke, Oliver: *Die Darlegungs- und Beweislast gemäß § 102 BetrVG im Kündigungsschutzprozeß*, *Neue Zeitschrift Arbeitsrecht* 1995, Seite 406 - 411.
- Stahlhacke, Eugen: *Grundrechtliche Schutzpflichten und allgemeiner Kündigungsschutz*, in Hanau, Peter; Lorenz, Egon; Matthes, Hans-Christoph (Hrsg.): *Festschrift für Günther Wiese zum 70. Geburtstag*, München 1998, Seite 513 - 533.
- Stahlhacke, Eugen: *Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis*, 3., völlig neu bearbeitete Auflage, München 1977.
- Stahlhacke, Eugen: *Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis*, 4., völlig neu bearbeitete Auflage, München 1982.
- Stahlhacke, Eugen; Preis, Ulrich: *Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis*, 6., völlig neu bearbeitete Auflage, München 1995.
- Stahlhacke, Eugen; Preis, Ulrich; Vossen, Reinhard: *Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis*, 8., völlig neu bearbeitete Auflage, München 2002.

- Stahlhacke, Eugen; Preis, Ulrich; Vossen, Reinhard: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9., völlig neu bearbeitete Auflage, München 2005.
- Statistisches Bundesamt: [www.destatis.de/basis/d/erwerb/erwerbtab1.htm](http://www.destatis.de/basis/d/erwerb/erwerbtab1.htm), 21.1.2003.
- Staudinger, Julius von: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, §§ 1 - 240, 9., neu bearbeitete Auflage, München 1925.
- Staudinger, Julius von: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, §§ 433 - 630 BGB, 9., neu bearbeitete Auflage, München 1928.
- Staudinger, Julius von: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, §§ 611 - 707 BGB, 11., neu bearbeitete Auflage, Berlin 1958.
- Staudinger, Julius von: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, §§ 433 - 580 BGB, 12., neu bearbeitete Auflage, München 1978.
- Staudinger, Julius von: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, §§ 611 - 615 BGB, 13. Bearbeitung, Berlin 1999.
- Staudinger, Julius von: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, §§ 620 - 630 BGB, 13. Bearbeitung, Berlin 1995.
- Staudinger, Julius von: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, §§ 563 - 580 a BGB, Neubearbeitung, Berlin 2003.
- Stege, Dieter; Weinspach, F. K.: Betriebsverfassungsgesetz, 5., überarbeitete und erweiterte Auflage, Köln 1984.
- Stege, Dieter; Weinspach, F. K.; Schiefer, Bernd: Betriebsverfassungsgesetz, 9., neu bearbeitete Auflage, Köln 2002.
- Stein, Herbert: Schadensersatzansprüche bei Streik und Aussperrung, Diss. Marburg/Tübingen 1916.
- Stein, Peter: Mindestkündigungsschutz außerhalb des KSchG - Praktische Fragen der Darlegungs- und Beweislast, Der Betrieb 2005, Seite 1218 - 1222.
- Steinau-Steinrück, Robert, v.; Schneider, Volker; Wagner, Tobias: Der Entwurf eines Antidiskriminierungsgesetzes: Ein Beitrag zur Kultur der Antidiskriminierung, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2005, Seite 28 - 32.
- Steindorff, Ernst: Persönlichkeitsschutz im Zivilrecht, Heidelberg 1983.
- Steiner, Gerhard: Die arbeitsrechtliche Druckkündigung, Diss. Hamburg 1969.
- Steinmann, Georg: Das Koalitionsrecht im Deutschen Reich, Mönchengladbach 1926.
- Stelljes, Volker: Zu Grundlage und Reichweite des allgemeinen Kündigungsschutzes - Probleme der Kleinbetriebsbeschlüsse des Bundesverfassungsgerichts, Diss., Berlin 2002.
- Stemmler, Jochen: Grundrechtswirkung und Privatrechtsentfaltung, Diss. Frankfurt am Main 1998.
- Stern, Klaus: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band 3/1, München 1988.
- Sternel, Friedemann: Mietrecht aktuell, 3., aktualisierte und stark erweiterte Auflage, Köln 1996.
- Sternel, Friedemann: Schadensersatz bei unberechtigter Kündigung von Mietverhältnissen, Monatsschrift für Deutsches Recht 1976, Seite 265 - 270.
- Stier-Somlo, Fritz: Deutsches Reichs- und Landesstaatsrecht, Band 1, Berlin 1924.
- Stier-Somlo, Fritz: Kommentar zum Betriebsrätegesetz vom 4.2.1920 nebst Wahlordnung und Ausführungsbestimmungen, 2. Auflage, Berlin 1921.
- Streich, Rudolf: Die Entwicklung des Arbeitsrechts in der amerikanischen Besatzungszone unter Berücksichtigung der Bizone vom Zeitpunkt der Kapitulation am 8.5.1945 bis zum Inkrafttreten des Grundgesetzes am 25.4.1949, Diss. Gießen 1973.
- Stritzke, Otto: Das neue Kündigungsrecht, Juristische Wochenschrift 1934, Seite 597 - 600.

- Strobel, Gallus: Zum Fabrikarbeitsvertrag in Deutschland im 19. Jahrhundert, Vertragsfreiheit und Kinderschutz, Diss. Rheinfelden 1986.
- Suchsland, Karl: Das Recht des Gesindes in allen Bundesstaaten des Deutschen Reiches, Berlin 1895.
- Syrup, Friedrich: Die Regelung der Einstellung, Entlassung und Entlohnung Angestellter, Berlin 1919.
- Syrup, Friedrich; Billerbeck, Gerhard: Einstellung, Entlassung und Entlohnung von Arbeitern und Angestellten während der Zeit der wirtschaftlichen Demobilmachung, Berlin 1919.
- Thömmes, Otmar: Sind Teilzeitbeschäftigte bei der Bestimmung der Betriebsgröße im Rahmen des § 23 Abs. 1 Satz 1 KSchG zu berücksichtigen?, Recht der Arbeit 1984, Seite 154 - 157.
- Thüsing, Georg: Anwendungsbereich und Regelungsgehalt des Maßregelungsverbots gem. § 612 a BGB, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1994, Seite 728 - 732.
- Thüsing, Georg: Das Arbeitsrecht der Zukunft? – Die deutsche Umsetzung der Anti-Diskriminierungsrichtlinien im internationalen Vergleich, Neue Zeitschrift für Arbeit 2004, Sonderbeilage zu Heft 22, Seite 3 - 16.
- Thüsing, Georg; Stelljes, Volker: Fragen zum Entwurf des Gesetzes zu Reformen am Arbeitsmarkt, Betriebs-Berater 2003, Seite 1673 - 1681.
- Titze, Heinrich: Die Entwicklung des Kündigungsschutzes, in Pothhoff, Heinz (Hrsg.): Die sozialen Probleme des Betriebes, Berlin 1925, Seite 163 - 173.
- Trappe, Hermann: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, 2., erweiterte Auflage, Herne 1969.
- Traub, Thilo: Die Kündigung symptomfrei HIV-infizierter Arbeitnehmer, Diss. Konstanz 1995.
- Trieschmann, Günther: Ungleichbehandlung im gesetzlichen Arbeitsvertragsrecht, in Hanau, Peter; Müller, Gerhard; Wiedemann, Herbert; Wlotzke, Otfried (Hrsg.): Festschrift für Wilhelm Herschel zum 85. Geburtstag, München 1982, Seite 421 - 461.
- Uerpmann, Karl: Die Anhörung des Betriebsrates als Voraussetzung für die Wirksamkeit der Kündigung, Der Betrieb 1953, Seite 106 - 107.
- Urban, Sandra: Der Kündigungsschutz außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes: das Arbeitsverhältnis im Spannungsfeld zwischen Kündigungsfreiheit und Kündigungsschutz, Diss., Berlin 2001.
- Vogel, Paul: Der Begriff des gegen die guten Sitten verstoßenden Rechtsgeschäfts, Diss. Leipzig 1906.
- Vogt, Dieter: Die Drittwirkung der Grundrechte und Grundrechtsbestimmungen des Bonner Grundgesetzes, Diss. Münster 1960.
- Vollmer, Herbert: Ordentliche Kündigung im öffentlichen Dienst nach dem Einigungsvertrag, Arbeit und Recht 1993, Seite 17 - 21.
- Wallach, Käthe: Nichtigke Kündigung nach deutschem Arbeitsrecht, Diss. Köln 1931.
- Walter, Anna Maria: Arbeitsrechtliche Konsequenzen von AIDS, Hamburg 1991.
- Waltermann, Reimund: Freiheit der Arbeitsplatzwahl (Art. 12 GG) - Grundrecht der Arbeitnehmer, Deutsches Verwaltungsblatt 1989, Seite 699 - 704.
- Wank, Rolf: Bestandsschutz in Deutschland aus arbeitsrechtlicher Sicht, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2003, Sonderbeilage zu Heft 21, Seite 3 - 11.
- Wank, Rolf: Diskriminierung in Europa - Die Umsetzung der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien aus deutscher Sicht, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2004, Sonderbeilage zu Heft 22, Seite 16 - 26.
- Wank, Rolf: Die Kündigung außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes, in Isenhardt, Udo; Preis, Ulrich (Hrsg.): Arbeitsrecht und Sozialpartnerschaft, Festschrift für Peter Hanau, Köln 1999, Seite 295 - 315.
- Wank, Rolf: Teilzeitbeschäftigte im Kündigungsschutzgesetz, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1986, Seite 206 - 218.

- Weber, Ingrid: Zur Frage der Vereinbarkeit des § 23 Abs. 1 Sätze 2 und 3 KSchG mit Art. 3 Abs. 1 und 3 GG, Arbeit und Recht 1995, Seite 113 - 119.
- Weber, Robert: Neuregelung des Kündigungsschutzes (Westzonen), Betriebs-Berater 1949, Seite 666 - 668.
- Weigand, Horst: Kleinbetrieb und Kündigungsschutz - Anhaltspunkte für ein zeitgemäßes Kleinunternehmerprofil, Der Betrieb 1997, Seite 2484 - 2487.
- Weimar, Wilhelm: Kann die Kündigung eines Handelsvertretervertrages wegen Sittenverstoßes nichtig sein?, Monatsschrift für Deutsches Recht 1959, Seite 986.
- Wenzel, Leonhard: Der Kündigungsschutz des Arbeitnehmers (XVIII), Teil 14: Außerordentliche Rechtsbehelfe gegen eine Kündigung, Monatsschrift für Deutsches Recht 1978, Seite 896 - 898.
- Wenzel, Leonhard: Kündigung und Kündigungsschutz, 6. Auflage, Neuwied 1994.
- Werthemann, Catherine: Die Bedeutung der verfassungsmäßigen Freiheitsrechte für die privatrechtlichen Beziehungen, Diss. Basel 1960.
- Westhoff, Wilhelm; Schlüter, Wilhelm: Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten vom 24. Juni 1885, 3., vermehrte und verbesserte Auflage, Berlin 1913.
- Willemsen, Heinz Josef; Annuß, Georg: Kündigungsschutz nach der Reform, Neue Juristische Wochenschrift 2004, S. 177 - 184.
- Wlotzke, Otfried: Betriebsverfassungsgesetz, 2., neu bearbeitete Auflage, München 1992.
- Wlotzke, Otfried: Einschränkungen des Kündigungsschutzgesetzes durch Anhebung der Schwellenzahl und Veränderungen bei der Sozialauswahl, Betriebs-Berater 1997, Seite 414 - 419.
- Wölbling, Paul; Neubauer, Horst: Die Entlassung der Arbeiter und Angestellten nach neuem Recht, Band 1, Berlin 1923.
- Wolf, Heinz: Die Entwicklung des Arbeitsrechts der DDR, Potsdam 1980.
- Worzalla, Michael: Das Beschäftigtenschutzgesetz in der Praxis, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1994, Seite 1016 - 1021.
- Wüllenweber, Joachim: Die Entwicklung des Kündigungsschutzrechts seit dem ersten Weltkrieg, Diss. Mönchengladbach 1965.
- Zachert, Ulrich: Ein Mosaik von Arbeitnehmergrundrechten im Grundgesetz, Betriebs-Berater 1998, Seite 1310 - 1314.
- Zeitlmann, Rupert: Kündigung von nicht unter das Kündigungsschutzgesetz fallenden Arbeitnehmern, Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht 1960, Seite 124 - 125.
- Zöllner, Wolfgang: Sind im Interesse einer gerechteren Verteilung der Arbeitsplätze Begründung und Beendigung der Arbeitsverhältnisse neu zu regeln? in Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.): Verhandlungen des 52. Deutschen Juristentages, Band 1, Gutachten D, Wiesbaden 1978, Seite 90 - 151.



## Rechtsprechungsverzeichnis

### Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte

EGMR v. 15.2.2001, 42393/98, NJW 2001, S. 2871.

### Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte

EuGH v. 11.8.1990, Rs. C 179/88, AP Nr. 24 zu Art. 119 EWG-Vertrag.

EuGH v. 30.11.1993, C 189/91, AP Nr. 13 zu § 23 KSchG 1969 = EzA § 23 KSchG, Nr. 13 = DB 1994, S. 50 = AuR 1994, S. 73.

EuGH v. 14.7.1994, Rs. C 32/93, AP Nr. 21 zu § 9 MuSchG 1968.

EuGH v. 30.4.1996, Rs. C-13/94 (P/S u. Cornwall Country Council), NZA 1996, S. 695 = RzK I 8 1, Nr. 21 = NJW 1996, S. 2421.

EuGH v. 29.5.1997, Rs. C-400/95, NZA 1998, S. 25

EuGH v. 30.6.1998, Rs. C 394/96, NZA 1998, S. 871.

EuGH v. 8.2.2001, Rs. C – 350/99, Slg. 2001 I – 1076.

### Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

BVerfG v. 15.1.1958, 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, S. 198.

BVerfG v. 30.11.1965, AP Nr. 7 zu Art. 9 GG = BVerfGE 19, S. 303 = RdA 1966, S. 120 = NJW 1966, S. 49 = BB 1966, S. 204 = DB 1966, S. 229.

BVerfG v. 11.5.1976, 1 BvR 671/70, BVerfGE 42, S. 143.

BVerfG v. 26.5.1970, 2 BvR 664/65, AP Nr. 16 zu Art. 9 GG = BVerfGE 28, S. 295 = RdA 1970, S. 320 = BB 1970, S. 1135 = NJW 1970, S. 1637.

BVerfG v. 14.2.1973, 1 BvR 112/65, BVerfGE 34, S. 269.

BVerfG v. 25.2.1975, 1 BvF 1, 2, 3, 4, 5, 6/74, BVerfGE 39, S. 1.

BVerfG v. 28.4.1976, 1 BvR 71/73, NJW 1976, S. 1627.

BVerfG v. 25.7.1979, 2 BvR 878/74, BVerfGE 52, S. 131.

BVerfG v. 5.6.1981, 2 BvR 288/81, AP Nr. 7 a zu Art. 140 GG.

BVerfG v. 13.1.1982, 1 BvR 848, 1047/77 und 916, 1307/78 und 350/79 und 474, 902, 965, 1177, 1238, 1461/80, BVerfGE 59, S. 231.

BVerfG v. 30.11.1988, 1 BvR 1301/84, BVerfGE 79, S. 174.

BVerfG v. 7.2.1990, 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, S. 242 = AP Nr. 65 zu Art. 12 GG m. Anm. Canaris = JZ 1990, S. 695 m. Anm. Wiedemann = EzA § 90 a HGB, Nr. 1 m. Anm. Schwerdtner.

BVerfG v. 24.4.1991, 1 BvR 1341/90, BVerfGE 84, S. 133 = AP Nr. 70 zu Art. 12 GG = BB 1991, Beil. 10, S. 13 = DB 1991, S. 1021 = NJW 1991, S. 1667.

BVerfG v. 11.6.1991, 1 BvR 239/90, BVerfGE 84, S. 192.

BVerfG v. 28.1.1992, 1 BvR 1025/82 und 1 BvL 16/38 und 10/91, BVerfGE 85, S. 191.

BVerfG v. 10.3.1992, 1 BvR 454, 470, 602, 616, 939 - 955, 957 - 963, 1128, 1315 - 1318, 1453/91, BVerfGE 85, S. 360.

BVerfG v. 2.3.1993, 1 BvR 107/93 und 152/93, AP Nr. 7 zu Einigungsvertrag Anlage I Kap. XIX.

- BVerfG v. 19.10.1993, 1 BvR 567/89 und 1 BvR 1044/89, BVerfGE 89, S. 214 = NJW 1994, S. 36 = BB 1994, S. 16 = ZIP 1993, S. 1775.
- BVerfG v. 21.2.1995, 1 BvR 1397/93, BVerfGE 92, S. 140 = NZA 1995, S. 619.
- BVerfG v. 14.11.1995, 1 BvR 601/92, DB 1996, S. 1627.
- BVerfG v. 8.7.1997, 1 BvR 1243, 1247/95 und 744/96, BVerfGE 96, S. 153.
- BVerfG v. 8.7.1997, 1 BvR 2111/94 und 195, 2189/95, BVerfGE 96, S. 171.
- BVerfG v. 8.7.1997, 1 BvR 1934/93, BVerfGE 96, S. 189.
- BVerfG v. 8.7.1997, 1 BvR 1621/94, BVerfGE 96, S. 205.
- BVerfG v. 23.10.1997, BvR 1986/94 und 454/95, EzA Einigungsvertrag Art. 20, Nr. 60 = AuR 1998, S. 35.
- BVerfG v. 23.10.1997, 1 BvR 949/94, AP Nr. 72 zu Einigungsvertrag Anlage I Kap. XIX.
- BVerfG v. 27.1.1998, 1 BvL 15/87, AP Nr. 17 zu § 23 KSchG 1969 = NZA 1998, S. 470 = AuR 1998, S. 207 = EzA § 23 KSchG, Nr. 17 = ZIP 1998, S. 705 = AR-Blattei (ES) 1020, Nr. 346 m. Anm. Dieterich = EWIR 1998, S. 509 m. Anm. Ehrich = BB 1998, S. 1058 = DB 1998, S. 826 = JZ 1998, S. 848 m. Anm. Otto.
- BVerfG v. 27.1.1998, 1 BvL 22/93, AP Nr. 18 zu § 23 KSchG 1969 = BVerfGE 97, S. 186 = EzA § 23 KSchG, Nr. 18 = NJW 1998, S. 1478 = BB 1998, S. 1060 = DB 1998, S. 829 = NZA 1998, S. 469 = AuR 1998, S. 209 m. Anm. Buschmann = JZ 1998, S. 851 m. Anm. Otto.
- BVerfG v. 13.2.1998, 1 BvR 743/96, EzA Einigungsvertrag Art. 20, Nr. 61.
- BVerfG v. 30.7.2003, 1 BvR 792/03, DB 2003, S. 1908.
- BVerfG v. 24.9.2003, 2 BvR 1436/02, [www.bverfg.de/entscheidungen/rs20030602\\_2bvr143602.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20030602_2bvr143602.html);



**Entscheidungen des Reichsgerichts**

- RG v. 15.12.1903, Rep. II 185/03, RGZ 56, S. 229.  
RG v. 29.5.1906, Rep. II 519/05, RGZ 63, S. 346.  
RG v. 5.2.1908, Rep. V 236/07, RGZ 68, S. 97.  
RG v. 13.5.1908, Rep. IV 235/08, RGZ 71, S. 170.  
RG v. 17.12.1910, Rep. V 62/10, RGZ 75, S. 68.  
RG v. 19.12.1911, Rep. II 82/11, RGZ 78, S. 282.  
RG v. 9.3.1918, V 345/17, GruchBeitr. Bd. 62, 1918, S. 635.  
RG v. 6.5.1919, Rep. IV 450/17, RGZ 93, S. 27.  
RG v. 24.1.1920, I 241/19, RGZ 98, S. 70.  
RG v. 26.1.1920, IV 449/19, RGZ 98, S. 78.  
RG v. 18.11.1924, VI 164/24, RGZ 109, S. 201.  
RG v. 2.7.1925, IV 154/25, RGZ 111, S. 199.  
RG v. 23.3.1926, III 258/25, RGZ 113, S. 169.  
RG v. 30.9.1926, IV 146/26, RGZ 114, S. 338.  
RG v. 26.11.1930, IX 277/30, RGZ 130, S. 357.

## **Entscheidungen des Bundesgerichtshofs**

BGH v. 17.4.1951, I ZR 28/50, BGHZ 2, S. 1.

BGH v. 14.11.1966, NJW 1967, S. 248 = DB 1966, S. 1965 = BB 1966, S. 1410 = MDR 1967, S. 122.

BGH v. 5.12.1968, VII ZR 127/66, NJW 1969, S. 419.

BGH v. 12.1.1970, VII ZR 191/67, DB 1970, S. 339.

BGH v. 7.7.1978, I ZR 126/76, BB 1979, S. 242 = DB 1978, S. 1882 = MDR 1979, S. 29.

BGH v. 11.1.1984, VIII ZR 255/82, NJW 1984, S. 1028 = BGHZ 89, S. 296.

BGH v. 14.1.1988, IX ZR 265/86, NJW 1988, S. 1268.

BGH v. 11.10.1990, I ZR 32/89, DB 1990, S. 2592 = WM 1991, S. 196 = MDR 1991, S. 319 = NJW RR 1991, S. 156.

BGH v. 22.11.2000, VIII ZR 40/00, NJW 2001, S. 821 = BB 2001, S. 115 = MDR 2001, S. 283 = WM 2001, S. 686.

BGH v. 30.5.2001, VIII ZR 70/00, DB 2001, 2189 = MDR 2001, S. 1249 = NJW RR 2001, S. 1542.

**Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts**

- RAG v. 4.1.1928, RAG 32/27, ARS 1 (RAG), S. 80 m. Anm. Flatow = RAGE 1, S. 75 = ArbRspr. 1928, S. 145 = ArbGer 1928, Sp. 123.
- RAG v. 4.1.1928, RAG 33/27, ARS 1 (RAG), S. 112 m. Anm. Hueck.
- RAG v. 2.5.1928, RAG 92/28, ARS 2 (RAG), S. 247 m. Anm. Hueck = NZfA 1928, S. 573 = ArbRspr. 1928, S. 310.
- RAG v. 11.7.1928, RAG RB 19/28, ARS 3 (RAG), S. 229 m. Anm. Flatow.
- RAG v. 26.9.1928, RAG 77/28, ARS 4 (RAG), S. 34 m. Anm. Flatow.
- RAG v. 24.10.1928, RAG 163/28, ARS 4 (RAG), S. 317 m. Anm. Flatow.
- RAG v. 23.1.1929, RAG 328/28, ARS 5 (RAG), S. 253 m. Anm. Dersch.
- RAG v. 20.3.1929, RAG 637/28, ARS 5 (RAG), S. 261 m. Anm. Flatow.
- RAG v. 24.4.1929, RAG 533/28, ARS 6 (RAG), S. 96 m. Anm. Nipperdey = RAGE 4, S. 23 = ArbGer 1929, Sp. 850.
- RAG v. 11.5.1929, RAG 566/28, ARS 6 (RAG), S. 3.
- RAG v. 6.11.1929, RAG 246/29, ARS 7 (RAG), S. 404 m. Anm. Dersch.
- RAG v. 4.1.1930, RAG 439/29, ARS 8 (RAG), S. 67 m. Anm. Hueck.
- RAG v. 8.1.1930, RAG 356/29, ARS 8 (RAG), S. 101 m. Anm. Nipperdey.
- RAG v. 18.10.1930, RAG 195/30, ARS 11 (RAG), S. 75 m. Anm. Nipperdey.
- RAG v. 15.11.1930, RAG 266/30, ARS 10 (RAG), S. 605 m. Anm. Dersch.
- RAG v. 3.12.1930, RAG 283/30, ARS 10 (RAG), S. 555 m. Anm. Hueck = JW 1932, S. 534.
- RAG v. 25.4.1931, RAG 561/30, ARS 8 (RAG), S. 603 m. Anm. Dersch.
- RAG v. 16.5.1931, RAG 636/30, ARS 12 (RAG), S. 172 m. Anm. Nipperdey.
- RAG v. 19.12.1931, RAG 134/31, NZfA 1932, Sp. 323.
- RAG v. 20.2.1932, RAG 466/31 und 467/31, ARS 14 (RAG), S. 444 m. Anm. Nipperdey.
- RAG v. 24.2.1932, RAG 523/1931, ArbGer 1932, Sp. 216 = ARS 14 (RAG), S. 614.
- RAG v. 28.2.1932, RAG 409/31, ARS 14 (RAG), S. 608 m. Anm. Nipperdey.
- RAG v. 16.4.1932, RAG 31/32, ARS 15 (RAG), S. 113 m. Anm. Nipperdey.
- RAG v. 8.10.1932, RAG 227/32, ARS 16 (RAG), S. 448 m. Anm. Dersch.
- RAG v. 2.11.1932, RAG 303/32, ARS 16 (RAG), S. 297 m. Anm. Hueck = JW 1933, S. 1042.
- RAG v. 10.12.1932, RAG 415/32, ARS 17 (RAG), S. 174 m. Anm. Dersch.
- RAG v. 18.2.1933, RAG 491/32, ARS 17 (RAG), S. 392 m. Anm. Hueck.
- RAG v. 24.7.1940, RAG 71/40, ARS 39 (RAG), S. 383 m. Anm. Mansfeld = JW 1940, S. 1852.

### Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts

- BAG v. 15.9.1954, 1 AZR 154/54, AP Nr. 1 zu § 13 KSchG 1951 = AP Nr. 2 zu § 66 BetrVG 1952 m. Anm. Hueck = BAGE 1, S. 80 = DB 1954, S. 803 = BB 1954, S. 871 = BB 1954, S. 970 m. Anm. Bötticher = SAE 1955, S. 26 m. Anm. Bohn = NJW 1954, S. 1702.
- BAG v. 15.9.1954, 1 AZR 258/48, AP Nr. 1 zu § 66 BetrVG 1952 m. Anm. Hueck = BAGE 1, S. 69 = JZ 1954, S. 759 = AR-Blattei Betriebsverfassung XIV C, Nr. 2 m. Anm. Molitor = DB 1954, S. 803 = DB 1955, S. 196 = EzA § 66 BetrVG 1952, Nr. 1 = BABl. 1955, S. 170 = SAE 1955, S. 26.
- BAG v. 12.10.1954, 2 AZR 36/53, AP Nr. 5 zu § 13 KSchG 1951 m. Anm. Hueck = BAGE 1, S. 110.
- BAG v. 21.10.1954, 2 AZR 25/53, AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1951 m. Anm. Hueck = BAGE 1, S. 128 = RdA 1954, S. 479 = BB 1954, S. 1061 = DB 1954, S. 1023 = NJW 1955, S. 1050 m. Anm. Krüger = SAE 1956, S. 33 m. Anm. Westhofen.
- BAG v. 10.11.1954, 1 AZR 19/53, BAGE 1, S. 158.
- BAG v. 3.12.1954, 1 AZR 150/54, AP Nr. 2 zu § 13 KSchG 1951 = BAGE 1, S. 185 = BB 1955, S. 128 = NJW 1955, S. 607 = JZ 1955, S. 117.
- BAG v. 15.1.1955, 1 AZR 3/53, BB 1955, S. 449 = BABl. 1955, S. 893.
- BAG v. 15.1.1955, 1 AZR 305/54, AP Nr. 4 zu Art. 3 GG m. Anm. Beitzke = BAGE 1, S. 258 = RdA 1955, S. 119 = BB 1955, S. 290 = DB 1955, S. 98 = NJW 1955, S. 684 m. Anm. Krüger = AuR 1955, S. 250 m. Anm. Meindigo.
- BAG v. 27.1.1955, 2 AZR 418/54, AP Nr. 5 zu § 11 KSchG 1951 m. Anm. Hueck = BAGE 1, S. 279 = SAE 1955, S. 152 = AuR 1956, S. 2 m. Anm. Savaète.
- BAG v. 15.9.1955, 2 AZR 475/54, AP Nr. 7 zu § 11 KSchG 1951 m. Anm. Hueck = BAGE 2, S. 194 = DB 1955, S. 1167 = NJW 1956, S. 39 = SAE 1956, S. 7 m. Anm. Müller.
- BAG v. 10.11.1955, 2 AZR 591/54, AP Nr. 2 zu 611 BGB Beschäftigungspflicht m. Anm. Hueck = BAGE 2, S. 221 = RdA 1956, S. 119 = BB 1956, S. 141 = DB 1955, S. 1091 = NJW 1956, S. 359 = SAE 1956, S. 145 m. Anm. Pieper.
- BAG v. 9.12.1955, 1 AZR 513/54, AP Nr. 2 zu § 7 KSchG 1951 = AP Nr. 14 zu § 66 BetrVG 1952 = DB 1956, S. 114.
- BAG v. 10.1.1956, 3 AZR 254/54, AP Nr. 3 zu § 242 BGB Verwirkung m. Anm. Neumann-Duesberg = AuR 1957, S. 42 m. Anm. Güntner.
- BAG v. 9.2.1956, 2 AZR 176/55, AP Nr. 1 zu § 10 Bergmannsversorgungsschein NRW.
- BAG v. 29.5.1956, 3 AZR 454/54, AP Nr. 2 zu § 184 BGB m. Anm. Hueck = BB 1956, S. 690 = ARST XVI, S. 216.
- BAG v. 17.7.1956, 1 AZR 570/55, AP Nr. 6 zu § 66 BetrVG 1952 = BB 1956, S. 786.
- BAG v. 30.11.1956, 1 AZR 260/55, AP Nr. 26 zu § 1 KSchG 1951 m. Anm. Schnorr von Carolsfeld.
- BAG v. 28.12.1956, 2 AZR 207/56, AP Nr. 1 zu § 22 KSchG 1951 = AR-Blattei (D) Kündigungsschutz, Entscheidungen, Nr. 31 m. Anm. Steinmann.
- BAG v. 21.2.1957, 3 AZR 278/54, AP Nr. 22 zu § 1 KSchG 1951.
- BAG v. 15.2.1957, 1 AZR 391/55, AP Nr. 33 zu § 1 KSchG 1951 m. Anm. Tophoven = BAGE 4, S. 22 = RdA 1957, S. 480 = BB 1957, S. 546 = DB 1957, S. 484 = NJW 1957, S. 924 = AuR 1957, S. 342.
- BAG v. 1.3.1957, 1 AZR 433/54, AP Nr. 10 zu § 66 BetrVG 1952 = BB 1957, S. 580.
- BAG v. 23.3.1957, 1 AZR 326/56, AP Nr. 16 zu Art. 3 GG = BAGE 4, S. 240 = RdA 1957, S. 359 = BB 1957, S. 857 = DB 1957, S. 823 = AuR 1958, S. 87 m. Anm. Krüger.
- BAG v. 10.5.1957, 1 AZR 249/57, AP Nr. 1 zu Art. 6 Abs. 1 GG Ehe und Familie = BAGE 4, S. 274 = NJW 1957, S. 1689 = NJW 1957, S. 1688 = JZ 1957, S. 762.

- BAG v. 20.9.1957, 1 AZR 136/56, AP Nr. 34 zu § 1 KSchG 1951 m. Anm. Hueck = DB 1957, S. 1155 = BB 1957, S. 1182 = WA 1957, S. 186 = BAGE 4, S. 306 = AR-Blattei (D) Kündigungsschutz, Entscheidungen, Nr. 34.
- BAG v. 10.10.1957, 2 AZR 32/56, AP Nr. 1 zu § 626 BGB Druckkündigung.
- BAG v. 9.12.1957, 1 AZR 497/57, AP Nr. 11 zu § 66 BetrVG 1952 = BB 1958, S. 83.
- BAG v. 11.12.1957, 2 AZR 426/74, AP Nr. 1 zu § 15 KSchG 1951 = EzA § 15 KSchG, Nr. 6 = RdA 1976, S. 208 = BB 1976, S. 464 = DB 1976, S. 870 = AuR 1976, S. 185 = JZ 1976, S. 288.
- BAG v. 12.12.1957, 2 AZR 547/55, AP Nr. 2 zu § 276 BGB Verschulden bei Vertragsschluß m. Anm. Larenz = BAGE 5, S. 182 = DB 1958, S. 371.
- BAG v. 15.2.1957, 1 AZR 391/55, AP Nr. 33 zu § 1 KSchG 1951 m. Anm. Tophoven = BAGE 4, S. 22 = RdA 1957, S. 480 = MDR 1957, S. 592 = BB 1957, S. 511 = DB 1957, S. 484 = NJW 1957, S. 924.
- BAG v. 23.12.1957, 1 AZR 565/56, AP Nr. 4 zu § 242 BGB Verwirkung m. Anm. Larenz = RdA 1958, S. 199.
- BAG v. 28.2.1958, 1 AZR 491/56, AP Nr. 1 zu § 14 AZO = RdA 1958, S. 360 = BB 1958, S. 558 = DB 1958, S. 575 = SAE 1958, S. 138 m. Anm. Molitor = AuR 1958, S. 378 m. Anm. Frey.
- BAG v. 23.2.1959, 3 AZR 583/57, AP Nr. 1 zu Art. 5 Abs. 1 GG Meinungsfreiheit = BAGE 7, S. 256 = RdA 1960, S. 199 = BB 1959, S. 490 = DB 1959, S. 491 = NJW 1959, S. 1197 = SAE 1963, S. 1 = AuR 1962, S. 248.
- BAG v. 21.3.1959, 2 AZR 375/56, PersV 1960, S. 164.
- BAG v. 8.10.1959, 2 AZR 501/56, AP Nr. 1 zu § 620 BGB schuldrechtliche Kündigungsbeschränkung m. Anm. Hueck = BAGE 8, S. 132 = AR-Blattei (D) Kündigungsschutz, Entscheidungen, Nr. 41 m. Anm. Molitor = BB 1959, S. 1249 = DB 1959, S. 1374 = DB 1960, S. 1037 = SAE 1960, S. 153 m. Anm. Hueck = AuR 1960, S. 93 m. Anm. Herschel = NJW 1960, S. 67.
- BAG v. 17.12.1959, GS 2/59, AP Nr. 21 zu § 616 BGB m. Anm. Hueck = BAGE 8, S. 285 = RdA 1960, S. 160 = BB 1960, S. 363 = DB 1960, S. 353 = NJW 1960, S. 738 = AuR 1960, S. 217 m. Anm. Herschel.
- BAG v. 11.2.1960, 5 AZR 210/58, AP Nr. 3 zu § 626 BGB Druckkündigung = EzA § 611 BGB, Nr. 2 = BAGE 9, S. 53 = BB 1960, S. 520 = DB 1960, S. 527.
- BAG v. 14.7.1960, 2 AZR 64/59, AP Nr. 13 zu § 123 BGB m. Anm. Hueck = AuR 1962, S. 61 m. Anm. Herschel = SAE 1961, S. 175 m. Anm. Isele.
- BAG v. 4.8.1960, 2 AZR 499/59, AP Nr. 34 zu § 256 ZPO m. Anm. Baumgärtel = BAGE 9, S. 361 = RdA 1961, S. 92 = BB 1960, S. 1060 = DB 1960, S. 1102 = NJW 1960, S. 2071.
- BAG v. 28.9.1960, 2 AZR 428/60, AR-Blattei, (D) Kündigungsschutz, Entscheidungen, Nr. 55.
- BAG v. 30.11.1960, 3 AZR 480/58, AP Nr. 2 zu § 242 BGB Kündigung m. Anm. Hueck = BAGE 10, S. 207 = NJW 1961, S. 1085 = AR-Blattei (D) Kündigungsschutz, Entscheidungen, Nr. 47 = BB 1961, S. 483 = EzA § 242 BGB, Nr. 3 = DB 1961, S. 543 = MDR 1961, S. 540.
- BAG v. 23.11.1961, 2 AZR 301/61, AP Nr. 22 zu § 138 BGB = EzA § 138 BGB, Nr. 2 = BAGE 12, S. 60 = DB 1962, S. 243 = AR-Blattei (D) Kündigungsschutz, Entscheidungen, Nr. 58 = BB 1962, S. 223 = MDR 1962, S. 337 = ARST XXVII, S. 173.
- BAG v. 18.1.1962, 2 AZR 179/59, AP Nr. 20 zu § 66 BetrVG 1952 m. Anm. Hueck = RdA 1962, S. 128 = DB 1962, S. 410.
- BAG v. 26.1.1962, 2 AZR 244/61, AP Nr. 8 zu § 626 BGB Druckkündigung = DB 1962, S. 744 = BAGE 12, S. 220.
- BAG v. 17.5.1962, 2 AZR 354/60, AP Nr. 2 zu § 620 BGB Bedingung = AuR 1962, S. 219 = BB 1962, S. 839 = DB 1962, S. 969 = RdA 1962, S. 359.

- BAG v. 29.6.1962, 1 AZR 343/61, AP Nr. 25 zu Art. 12 GG m. Anm. Hueck = BAGE 13, S. 168 = RdA 1962, S. 412 = BB 1962, S. 1121 = DB 1962, S. 1309 = NJW 1962, S. 1981 = SAE 1963, S. 1 = AuR 1962, S. 248.
- BAG v. 25.1.1963, 1 AZR 122/62, AP Nr. 77 zu Art. 3 GG m. Anm. Mayer-Maly = BAGE 14, S. 61 = RdA 1963, S. 120 = BB 1963, S. 187 = DB 1963, S. 626 = NJW 1963, S. 1172 = SAE 1963, S. 152 m. Anm. Isele = AuR 1963, S. 90.
- BAG v. 14.5.1964, 2 AZR 244/63, AP Nr. 5 zu § 242 BGB Kündigung m. Anm. Herschel = BAGE 16, S. 21 = DB 1964, S. 739 = AuR 1965, S. 153 m. Anm. Heither = NJW 1964, S. 1542 = AR-Blattei (D) Kündigungsschutz, Entscheidungen, Nr. 70 = BB 1964, S. 806.
- BAG v. 25.6.1964, 2 AZR 135/63, AP Nr. 3 zu § 242 BGB Auskunftspflicht = DB 1964, S. 1066 = AR-Blattei (D) Kündigungsschutz, Entscheidungen, Nr. 69 = SAE 1965, S. 96 m. Anm. Hueck.
- BAG v. 3.12.1964, 2 AZR 104/64, AP Nr. 79 zu § 1 KSchG 1951 m. Anm. Hueck = BAGE 16, S. 345 = NJW 1965, S. 885 = SAE 19765, S. 158 m. Anm. Mayer-Maly.
- BAG v. 14.2.1967, 1 AZR 494/65, AP Nr. 10 zu Art. 9 GG m. Anm. Mayer-Maly = BAGE 19, S. 217 = RdA 1967, S. 160 = BB 1967, S. 370 = NJW 1967, S. 343.
- BAG v. 14.10.1965, 2 AZR 466/64, AP Nr. 27 zu § 66 BetrVG 1952 m. Anm. Wiedemann = RdA 1966, S. 79 = BB 1966, S. 81 = DB 1966, S. 155 = SAE 1966, S. 39 m. Anm. Mayer-Maly.
- BAG v. 18.2.1967, 2 AZR 114/66, AP Nr. 81 zu § 1 KSchG 1951 m. Anm. Hueck = SAE 1967, S. 233 m. Anm. Hiersemann.
- BAG v. 18.1.1968, 2 AZR 45/67, AP Nr. 28 zu § 66 BetrVG 1952.
- BAG v. 6.2.1969, 2 AZR 241/68, AP Nr. 58 zu § 626 BGB m. Anm. Hueck = EzA § 626 BGB, Nr. 11 = BB 1969, S. 493 = DB 1969, S. 709 = SAE 1971, S. 43.
- BAG v. 27.3.1969, 2 AZR 422/68, AP Nr. 30 zu § 66 BetrVG 1952.
- BAG v. 21.10.1969, 1 AZR 93/68, AP Nr. 41 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = BAGE 22, S. 162 = BB 1970, S. 126 = DB 1970, S. 208 = NJW 1970, S. 486 = SAE 1970, S. 230 m. Anm. Lieb = AuR 1969, S. 379.
- BAG v. 26.2.1970, KZR 17/68, AP Nr. 28 zu § 138 BGB = NJW 1970, S. 855 = RdA 1971, S. 158.
- BAG v. 10.5.1971, 3 AZR 126/70, AP Nr. 6 zu § 628 BGB.
- BAG v. 15.7.1971, 2 AZR 232/70, EzA § 1 KSchG, Nr. 19.
- BAG v. 8.6.1972, 2 AZR 285/71, AP Nr. 1 zu § 13 KSchG 1969 m. Anm. Konzen = DB 1972, S. 2070 = AR-Blattei (D) Kündigungsschutz, Entscheidungen, Nr. 133.
- BAG v. 8.6.1972, 2 AZR 336/71, AP Nr. 13 zu § 1 KSchG 1969 = EzA § 1 KSchG, Nr. 24 = EzA § 626 BGB n.F., Nr. 12 = BAGE 24, S. 292 = ARST 1973, S. 69 = DB 1972, S. 1680 = BB 1972, S. 1095 = NJW 1972, S. 1878 = AR-Blattei (D) Kündigungsschutz, Entscheidungen, Nr. 134.
- BAG v. 28.9.1972, 2 AZR 469/71, AP Nr. 2 zu § 134 BGB m. Anm. Schwerdtner = EzA § 1 KSchG, Nr. 25 = BAGE 42, S. 438 = JZ 1973, S. 375 m. Anm. Schwerdtner = AR-Blattei (D) Kündigungsschutz, Entscheidungen, Nr. 136 = DB 1972, S. 2356 = SAE 1973, S. 157 m. Anm. Buchner = AuR 1972, S. 218 m. Anm. Ramm = RdA 1973, S. 60 = ARST 1973, S. 25 = MDR 1973, S. 167 = NJW 1973, S. 77 = RzK I 8 I, Nr. 1 = KJ 1972, S. 409 m. Anm. Ladeur.
- BAG v. 11.1.1973, 5 AZR 321/72, AP Nr. 110 zu Art. 3 GG = RdA 1973, S. 204 = BB 1973, S. 520 = DB 1973, S. 728 = SAE 1973, S. 33 = AuR 1973, S. 87.
- BAG v. 19.7.1973, 2 AZR 464/72, AP Nr. 32 zu § 138 BGB m. Anm. Schnorr von Carolsfeld = AR-Blattei (D) Lohnabtretung, Nr. 12 = EzA § 138 BGB, Nr. 13 = AR-Blattei (ES) 1120, Nr. 12 = BB 1973, S. 1534 = DB 1973, S. 2307 = ARST 1974, S. 47 = AuR 1974, S. 56 = AR-Blattei (D) Kündigungsschutz, Entscheidungen, Nr. 144 = RzK I 8 k Nr. 1.

- BAG v. 19.8.1975, 1 AZR 613/74, AP Nr. 5 zu § 102 BetrVG 1972 m. Anm. Herschel = BAGE 27, S. 230 = EzA § 102 BetrVG 1972, Nr. 15 m. Anm. Meisel = RdA 1975, S. 390 = BB 1975, S. 1483 = DB 1975, S. 2138 = NJW 1976, S. 310 = SAE 1976, S. 261 m. Anm. Otto = AuR 1976, S. 57.
- BAG v. 18.9.1975, 2 AZR 311/74, AP Nr. 10 zu § 626 BGB Druckkündigung EzA § 626 BGB Druckkündigung, Nr. 1 = BAGE 27, S. 263 = BB 1976, S. 465 = DB 1976, S. 634.
- BAG v. 31.3.1976, 5 AZR 104/74, AP Nr. 2 zu Art. 33 GG m. Anm. Scheuner = BAGE 28, S. 62 = RdA 1976, S. 337.
- BAG v. 23.9.1976, 2 AZR 309/75, AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Wartezeit m. Anm. Hueck = BAGE 28, S. 176 = AR-Blattei (D) Kündigungsschutz, Entscheidungen, Nr. 168 m. Anm. Herschel = SAE 1977, S. 153 m. Anm. Lepke = EzA § 1 KSchG, Nr. 35 = BB 1977, S. 194 = DB 1977, S. 213 = RdA 1977, S. 123 = NJW 1977, S. 1311.
- BAG v. 17.12.1976, 1 AZR 605/75, AP Nr. 51 zu Art. 9 GG Arbeitskampf m. Anm. Rütters = BAGE 28, S. 295 = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf, Nr. 19 m. Anm. Otto = RdA 1977, S. 194 = BB 1977, S. 595 = NJW 1977, S. 1079.
- BAG v. 26.5.1977, 2 AZR 632/76, AP Nr. 5 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht m. Anm. Weber = BAGE 29, S. 195 = EzA § 611 BGB Beschäftigungspflicht, Nr. 2 m. Anm. Dütz = BB 1977, S. 849 = DB 1977, S. 1141 = SAE 1978, S. 242 m. Anm. Reuter.
- BAG v. 13.10.1977, 2 AZR 387/76, AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung m. Anm. Pfarr = AR-Blattei (D) Betriebsverfassung VI, Entscheidungen Nr. 53 = EzA § 74 BetrVG 1972, Nr. 3 m. Anm. Löwisch = BB 1978, S. 660 = DB 1978, S. 641 = NJW 1978, S. 1872 = ARST 1978, S. 67 = AuR 1978, S. 379 = SAE 1979, S. 76 = RzK I 8 I, Nr. 2.
- BAG v. 15.3.1978, 5 AZR 831/76, AP Nr. 45 zu § 620 BGB befristeter Arbeitsvertrag.
- BAG v. 13.7.1978, 2 AZR 717/76, AP Nr. 17 zu § 102 BetrVG 1972 m. Anm. Hueck = BAGE 30, S. 386 = AR-Blattei (D) Betriebsverfassung XIV C, Entscheidungen, Nr. 57 m. Anm. Herschel = EzA § 102 BetrVG 1972, Nr. 35 m. Anm. Meisel.
- BAG v. 13.7.1978, 2 AZR 798/77, AP Nr. 18 zu § 102 BetrVG 1972 m. Anm. Hueck = AR-Blattei (D) Betriebsverfassung XIV C, Entscheidungen, Nr. 58 m. Anm. Herschel = EzA § 102 BetrVG 1972, Nr. 36 m. Anm. Otto = DB 1979, S. 313.
- BAG v. 28.9.1978, 2 AZR 2/77, AP Nr. 19 zu § 102 BetrVG 1972 = EzA § 102 BetrVG 1972, Nr. 39 = BB 1979, S. 1094 = BAGE 31, S. 83 = SAE 1980, S. 36 m. Anm. Schreiber = AR-Blattei (D) Kündigungsschutz, Entscheidungen, Nr. 187 = AR-Blattei (D) Betriebsverfassung XIV C, Entscheidungen, Nr. 62 m. Anm. Herschel = DB 1979, S. 1136 = RdA 1979, S. 253 = JuS 1979, S. 828 = NJW 1979, S. 2421 = ARST 1979, S. 184 = WM 1979, S. 1227.
- BAG v. 22.2.1979, 2 AZR 115/78, DB 1979, S. 1659.
- BAG v. 23.2.1979, 1 AZR 172/78, NJW 1979, S. 1847.
- BAG v. 6.2.1980, 5 AZR 848/77, AP Nr. 5 zu Art. 33 Abs. 2 GG m. Anm. Rütters/Henssler = RdA 1980, S. 236 = BB 1981, S. 614 = DB 1980, S. 1500 = AuR 1980, S. 344.
- BAG v. 7.3.1980, 7 AZR 177/78, AP Nr. 45 zu § 620 BGB befristeter Arbeitsvertrag = EzA § 4 KSchG n.F., Nr. 17 m. Anm. Herschel = RdA 1980, S. 238 = DB 1980, S. 1498 = AuR 1980, S. 259.
- BAG v. 21.3.1980, 7 AZR 314/78, AP Nr. 1 zu § 17 SchwbG = DB 1980, S. 1701 = EzA § 17 SchwbG, Nr. 2.
- BAG v. 14.10.1980, 1 AZR 1274/79, NJW 1981, S. 1228.
- BAG v. 11.2.1981, 7 AZR 12/79, AP Nr. 8 zu § 4 KSchG 1969
- BAG v. 26.1.1982, 1 AZR 610/80, DB 1982, S. 1327.
- BAG v. 28.4.1982, 7 AZR 1139/79, DB 1982, S. 1776.

- BAG v. 18.8.1982, 7 AZR 437/80, AP Nr. 24 zu § 102 BetrVG 1972 = BAGE 40, S. 42 = BB 1983, S. 251 = AR-Blattei (D) Betriebsverfassung XIV C, Entscheidungen, Nr. 80 m. Anm. Herschel = EzA § 102 BetrVG 1972, Nr. 48 m. Anm. Heinze = AuR 1983, S. 60 = AiB 1983, S. 79 m. Anm. Schneider = RdA 1983, S. 71 = DB 1983, S. 289 = NJW 1983, S. 2836 = ARST 1983, S. 81 = BStSozArbR 1983, S. 100 = JZ 1983, S. 484 = SAE 1984, S. 121 m. Anm. König.
- BAG v. 25.8.1982, 5 AZR 107/80, AP Nr. 53 zu § 242 BGB Gleichbehandlung = BAGE 39, S. 336 = EzA § 242 BGB Gleichbehandlung, Nr. 31 = RdA 1983, S. 66 = BB 1982, S. 1546 = DB 1982, S. 2345 = NJW 1983, S. 190 = AuR 1982, S. 353.
- BAG v. 21.10.1982, 2 AZR 591/80, AP Nr. 14 zu Art. 140 GG m. Anm. Stein = EzA § 1 KSchG Tendenzbetrieb, Nr. 12 m. Anm. Rüthers = BB 1982, S. 1932 = DB 1983, S. 2778 = SAE 1984, S. 78.
- BAG v. 9.12.1982, 2 AZR 620/80, AP Nr. 73 zu § 626 BGB = BB 1983, S. 2257 = DB 1982, S. 2704 = SAE 1984, S. 158 m. Anm. Roemheld.
- BAG v. 9.6.1983, 2 AZR 494/81, AP Nr. 2 zu § 23 KSchG 1969 = EzA § 23 KSchG, Nr. 4 = NJW 1984, S. 82 = BB 1984, S. 1430.
- BAG v. 23.6.1983, 2 AZR 15/82, NJW 1984, S. 1836 = AP Nr. 10 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit.
- BAG v. 23.6.1983, 2 AZR 1/82, AP Nr. 10 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit m. Anm. Neyses = EzA § 1 KSchG Krankheit, Nr. 12 m. Anm. Kraft = RdA 1984, S. 61 = BB 1983, S. 1688 = DB 1983, S. 2524 = NJW 1984, S. 1836.
- BAG v. 2.11.1983, 7 AZR 65/82, AP Nr. 29 zu § 102 BetrVG 1972 = EzA § 102 BetrVG 1972, Nr. 53 m. Anm. Streckel = BB 1984, S. 1749 = DB 1984, S. 407 = SAE 1984, S. 299.
- BAG v. 15.2.1984, 2 AZR 573/82, NZA 1984, S. 86 = AP Nr. 14 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit.
- BAG v. 9.8.1984, 2 AZR 37/83, AP Nr. 34 zu § 615 BGB m. Anm. Konzen = BAGE 46, S. 234 = RdA 1985, S. 61 = EzA § 615 BGB, Nr. 43 m. Anm. Kraft = BB 1985, S. 399 = DB 1985, S. 52 = NJW 1985, S. 935 = NZA 1985, S. 119 = AuR 1985, S. 60.
- BAG v. 14.11.1984, 7 AZR 174/83, AP Nr. 88 zu § 626 BGB = EzA § 242 BGB, Nr. 38 = BB 1985, S. 1913 = DB 1985, S. 2003 = SAE 1985, S. 272 = NZA 1986, S. 97 = AR-Blattei (D) Kündigung, Entscheidungen, Nr. 34 = NJW 1986, S. 97 = NJW 1987, S. 94 = AuR 1985, S. 368 = EzA BAT § 54 BAT, Nr. 22 = ARST 1985, S. 183 = RzK I 8 I, Nr. 3.
- BAG v. 20.12.1984, 2 AZR 436/83, AP Nr. 27 zu § 611 BGB Direktionsrecht m. Anm. Brox = BAGE 47, S. 363 = EzA § 1 KSchG verhaltensbedingte Kündigung, Nr. 16 = RdA 1985, S. 191 = BB 1985, S. 1853 = BB 1985, S. 2689 = NJW 1986, S. 85 = NZA 1986, S. 21 = AuR 1985, S. 368 = JZ 1985, S. 1108 m. Anm. Mayer.
- BAG v. 27.2.1985, GS 1/84, AP Nr. 14 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht = BAGE 48, S. 122 = EzA § 611 BGB Beschäftigungspflicht, Nr. 9 m. Anm. Gamillscheg = RdA 1985, S. 380 = BB 1985, S. 463 = DB 1985, S. 551 = NJW 1985, S. 2968 = NZA 1985, S. 702.
- BAG v. 5.12.1985, 2 AZR 3/85, AP Nr. 47 zu § 613 a BGB = EzA § 613 a BGB, Nr. 50 = RdA 1986, S. 269 = DB 1986, S. 1290 = NJW 1986, S. 2008 = NZA 1986, S. 522 = SAE 1986, S. 227 = AuR 1986, S. 182.
- BAG v. 27.5.1986, 1 ABR 48/84, AP Nr. 15 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung = BAGE 52, S. 88 = RdA 1986, S. 403 = BB 1986, S. 1087 = DB 1986, S. 1287 = NJW 1987, S. 674 = NZA 1986, S. 643 = SAE 1989, S. 277 m. Anm. Ehrmann = AuR 1986, S. 316.
- BAG v. 19.6.1986, 2 AZR 563/85, AP Nr. 33 zu § 1 KSchG 1969 betriebsbedingte Kündigung = EzA § 1 KSchG betriebsbedingte Kündigung, Nr. 39 = DB 1986, S. 2499 = NZA 1987, S. 21.
- BAG v. 5.3.1987, 2 AZR 187/86, RzK I 8 I, Nr. 6.
- BAG v. 2.4.1987, 2 AZR 227/86, AP Nr. 1 zu § 612 a BGB m. Anm. Pröbsting = BAGE 55, S. 190 = AR-Blattei (D) Kündigungsschutz, Entscheidungen, Nr. 287 = NZA 1988, S. 18 = BB 1988,



- S. 485 = DB 1987, S. 2525 = SAE 1988, S. 40 = AuR 1987, S. 417 = RzK I 8 I, Nr. 8 = AiB 1988, S. 93 m. Anm. Degen.
- BAG v. 29.10.1987, 2 AZR 144/87, AP Nr. 42 zu § 615 BGB m. Anm. Konzen/Weber = EzA § 615 BGB, Nr. 43 m. Anm. Buchner = RdA 1988, S. 126 = BB 1988, S. 914 = DB 1988, S. 866 = NZA 1988, S. 465 = SAE 1988, S. 215 = AuR 1988, S. 153.
- BAG v. 20.5.1988, 2 AZR 711/87, AP Nr. 5 zu § 242 BGB Prozeßverwirkung m. Anm. Kreitner = EzA § 242 BGB Prozeßverwirkung, Nr. 1 m. Anm. Schulin = NZA 1989, S. 16 = AR-Blattei (ES) 1720, Nr. 4 = RdA 1988, S. 381 = BB 1989, S. 990 = DB 1988, S. 2156 = SAE 1989, S. 198.
- BAG v. 29.5.1988, 2 AZR 711/87, DB 1988, S. 2156.
- BAG v. 21.7.1988, 2 AZR 527/87, AP Nr. 10 zu § 1 TVG Rückwirkung.
- BAG v. 8.9.1988, 2 AZR 103/88, AP Nr. 49 zu § 102 BetrVG 1972 = BAGE 59, S. 295 = EzA § 102 BetrVG 1972, Nr. 73 = DB 1988, S. 2156 = BB 1989, S. 1345 = NJW 1990, S. 69 = NZA 1989, S. 582 = DB 1989, S. 1575.
- BAG v. 16.2.1989, 2 AZR 299/88, NZA 1989, S. 923 = AP § 1 KSchG Krankheit Nr. 20.
- BAG v. 16.2.1989, 2 AZR 347/88, AP Nr. 46 zu § 138 BGB m. Anm. Kramer = BAGE 61, S. 151 = BB 1989, S. 425 = BB 1990, S. 209 = DB 1989, S. 2382 = NZA 1989, S. 962 = EzA § 138 BGB, Nr. 23 m. Anm. Wank = NJW 1989, S. 962 = NJW 1990, S. 141 = AuR 1989, S. 385 = SAE 1990, S. 135 = ZTR 1989, S. 498 = AR-Blattei (D) Kündigung IX, Entscheidungen, Nr. 73 = RzK I 8 k, Nr. 5 = AiB 1990, S. 166 m. Anm. Hinrichs = ARST 1990, S. 5.
- BAG v. 13.4.1989, 2 AZR 441/88, AP Nr. 21 zu § 4 KSchG 1969 m. Anm. Natzel = BAGE 61, S. 258 = EzA § 13 KSchG, Nr. 4 m. Anm. Brehm = BB 1989, S. 2256 = DB 1990, S. 586 = NJW 1990, S. 395 = SAE 1990, S. 179 = AuR 1989, S. 385 = NZA 1990, S. 395.
- BAG v. 24.5.1989, 2 AZR 285/88, AP Nr. 1 zu § 611 BGB Gewissensfreiheit = BAGE 62, S. 59 = EzA § 611 BGB Direktionsrecht, Nr. 3 = RdA 1989, S. 379 = BB 1989, S. 2255 = DB 1989, S. 2589 = NJW 1989, S. 203 = NZA 1990, S. 144 = SAE 1991, S. 1 = AuR 1990, S. 265 m. Anm. Mayer.
- BAG v. 11.10.1989, 2 AZR 61/89, AP Nr. 47 zu § 1 KSchG 1969 betriebsbedingte Kündigung m. Anm. Berger-Delhey = RdA 1990, S. 187 = BB 1990, S. 1207 = DB 1990, S. 2024 = NZA 1990, S. 609 = SAE 1990, S. 95 = AuR 1990, S. 232.
- BAG v. 19.4.1990, 2 AZR 487/89, AP Nr. 8 zu § 23 KSchG 1969 = EzA § 23 KSchG, Nr. 8 m. Anm. Wank = SAE 1992, S. 22 m. Anm. Hönsch = BB 1990, S. 1635 = DB 1991, S. 176 = NZA 1990, S. 724.
- BAG v. 5.7.1990, 2 AZR 154/90, NZA 1991, S. 185, 188.
- BAG v. 12.7.1990, 2 AZR 39/90, AP Nr. 87 zu § 613 a BGB = DB 1991, S. 340 = AR-Blattei (D) Betriebsinhaberwechsel, Entscheidungen, Nr. 87 = EzA § 613 a BGB, Nr. 90 m. Anm. Rütters/Franke = BB 1991, S. 140 = NZA 1991, S. 63 = NJW 1991, S. 247 = ARST 1991, S. 35 = AuR 1990, S. 387 = SAE 1992, S. 44 = RzK I 8 I, Nr. 16 = ZIP 1990, S. 1609.
- BAG v. 26.9.1990, 2 AZR 176/90, AP Nr. 10 zu § 3 KSchG 1969 = EzA § 3 KSchG, Nr. 10 = AR-Blattei (D) Kündigungsschutz, Entscheidungen, Nr. 316 = BB 1991, S. 552 = DB 1991, S. 1467 = SAE 1992, S. 144.
- BAG v. 4.10.1990, 2 AZR 201/90, AP Nr. 12 zu § 626 BGB Druckkündigung.
- BAG 11.7.1991, 2 AZR 119/91, AP Nr. 57 zu § 102 BetrVG 1972 = EzA § 102 BetrVG 1972, Nr. 81 = DB 1991, S. 2445 = NZA 1992, S. 38.
- BAG v. 12.6.1992, GS 1/89, AP Nr. 101 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers = BAGE 70, S. 337 = EzA § 611 BGB Arbeitnehmerhaftung, Nr. 58 = RdA 1993, S. 122 = BB 1993, S. 1009 =

- DB 1993, S. 939 = NJW 1993, S. 1732 = NZA 1994, S. 241 m. Anm. Richardi = SAE 1994, S. 89 = AuR 1993, S. 260 = JZ 1993, S. 908 m. Anm. Marhold.
- BAG v. 5.11.1992, 2 AZR 287/92, AuR 1993, S. 124.
- BAG v. 29.7.1993, 2 AZR 155/93, NZA 1994, S. 67.
- BAG v. 27.1.1994, 2 AZR 584/93, NZA 1994, S. 840.
- BAG v. 28.4.1994, 2 AZR 726/93, RzK I 8 k, Nr. 8.
- BAG v. 18.5.1994, 2 AZR 920/93, AP Nr. 64 zu § 102 BetrVG 1972 m. Anm. Kraft = EzA § 102 BetrVG 1972, Nr. 85 = BAGE 77, S. 13 = NZA 1995, S. 24 = BB 1994, S. 1783.
- BAG v. 23.6.1994, 2 AZR 617/93, AP Nr. 9 zu § 242 BGB m. Anm. Sandmann = BAGE 77, S. 128 = DB 1994, S. 2190 = NZA 1994, S. 1080 = SAE 1995, S. 103 m. Anm. Sandmann = EzA § 242 BGB, Nr. 39 m. Anm. v. Hoyningen-Huene = BB 1994, S. 1353 = BB 1995, S. 204 = ARST 1994, S. 231 = AuR 1994, S. 307 = NJW 1995, S. 275 = RzK I 8 I, Nr. 20 = WiB 1994, S. 912 m. Anm. = AiB 1995, S. 188 m. Anm. Kempff.
- BAG v. 22.9.1994, 2 AZR 31/94, AP Nr. 68 zu § 102 BetrVG 1972 = BAGE 78, S. 39 = EzA § 102 BetrVG 1972, Nr. 86 = DB 1995, S. 477 = BB 1995, S. 363.
- BAG v. 27.9.1994, GS 1/89, AP Nr. 103 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers = BAGE 78, S. 56 = EzA § 611 BGB Arbeitnehmerhaftung, Nr. 59 = RdA 1995, S. 64 = BB 1994, S. 2005 = DB 1994, S. 2237 = NJW 1995, S. 210 = NZA 1994, S. 1083 = SAE 1996, S. m. Anm. Koller = AuR 1995, S. 70 m. Anm. Otto.
- BAG v. 18.10.1994, 1 AZR 503/93, AP Nr. 11 zu § 615 BGB Kurzarbeit = EzA § 615 BGB Kurzarbeit, Nr. 2 = DB 1995, S. 2618 = PersR 1995, S. 223 = ZTR 1995, S. 265 = RdA 1995, S. 249 = NZA 1995, S. 1064.
- BAG v. 24.11.1994, 2 AZR 197/94, AP Nr. 60 zu § 615 BGB m. Anm. Ramrath = BAGE 73, S. 333 = EzA § 615 BGB, Nr. 83 m. Anm. Treber = DB 1995, S. 1181 = NJW 1995, S. 2653 = NZA 1995, S. 263 = SAE 1995, S. 185 m. Anm. Misera.
- BAG v. 19.1.1995, 8 AZR 914/93, BAGE 79, S. 128 = EzA Einigungsvertrag Art. 20, Nr. 43 = DB 1995, S. 1415 = NZA 1996, S. 585.
- BAG v. 9.2.1995, 2 AZR 389/94, NZA 1996, S. 249, 251.
- BAG v. 26.10.1995, 2 AZR 1026/94, NZA 1996, S. 703 = EzA Einigungsvertrag Art. 20, Nr. 51 = DB 1996, S. 993.
- BAG v. 31.1.1996, 2 AZR 158/95, AP Nr. 13 zu § 626 BGB Druckkündigung = EzA § 626 BGB Druckkündigung, Nr. 3.
- BAG v. 14.2.1996, 2 AZR 274/95, AP Nr. 26 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung = EzA § 626 BGB n.F., Nr. 160 m. Anm. Wank = DB 1996, S. 2134 = NJW 1996, S. 2253 = NZA 1996, S. 873.
- BAG v. 9.5.1996, 2 AZR 128/95, RzK I 8 k, Nr. 10.
- BAG v. 27.6.1996, 8 AZR 1024/94, EzA Einigungsvertrag Art. 20, Nr. 54.
- BAG v. 29.8.1996, 8 AZR 35/95, EzA Einigungsvertrag Art. 20 soziale Auswahl, Nr. 1.
- BAG v. 24.10.1996, 2 AZR 845/95, EzA Art. 12 GG Nr. 29 = NJW 1997, S. 587.
- BAG v. 24.10.1996, 2 AZR 874/95, RzK I 8 I, Nr. 22.
- BAG v. 12.12.1996, 2 AZR 7/96, EzA § 1 KSchG Krankheit, Nr. 1.
- BAG v. 24.4.1997, 2 AZR 268/96, NZA 1998, S. 145 = EzA § 611 BGB Kirchliche Arbeitnehmer, Nr. 43.
- BAG v. 24.4.1997, 8 AZR 117/95, EzA Einigungsvertrag Art. 20 soziale Auswahl, Nr. 3.
- BAG v. 11.9.1997, 8 AZR 4/96, AP Nr. 7 zu Art. 38 Einigungsvertrag = BAGE 86, S. 278 = EzA Einigungsvertrag Art. 20 soziale Auswahl, Nr. 5 = DB 1998, S. 526 = AuR 1998, S. 35.

- BAG v. 18.9.1997, 2 AZR 36/97, DB 1998, S. 136.
- BAG v. 6.11.1997, 2 AZR 162/97, AP Nr. 45 zu § 242 BGB Verwirkung = EzA § 242 BGB Prozeßverwirkung, Nr. 2 = NZA 1998, S. 374.
- BAG v. 28.5.1998, 2 AZR 615/97, AP Nr. 68 zu § 2 KSchG 1969 = EzA § 2 KSchG, Nr. 29 = NZA 1998, S. 1167.
- BAG v. 12.11.1998, 2 AZR 459/97, NZA 1999, S. 590 = AP Nr. 20 zu § 23 KSchG 1969 = DB 1999, S. 945.
- BAG v. 3.12.1998, 2 AZR 234/98, AP Nr. 99 zu § 102 BetrVG 1972 = EzA § 102 BetrVG 1972, Nr. 100 = NZA 1999, S. 477 = DB 1999, , S. 1172 = NJW 1999, S. 1653 = AiB 1999, S. 468.
- BAG v. 3.12.1998, 2 AZR 341/98, RdA 1999, S. 264 m. Anm. Oetker = NZA 1999, S. 431 = DB 1999, S. 487 = BB 1999, S. 847 = NJW 1999, S. 1732 = MDR 1999, S. 487 = NJ 1999, S. 333 m. Anm. Lakies.
- BAG v. 11.3.1999, 2 AZR 19/98, AP Nr. 4 zu § 18 BErzGG = NZA 1999, S. 1047.
- BAG v. 29.4.1999, 2 AZR 352/98, NJW 1999, S. 3212 = NZA 1999, S. 932.
- BAG v. 1.7.1999, 2 AZR 926/98, NZA 2000, S. 437 = RzK I 8 I, Nr. 28 = PersR 1999, S. 507.
- BAG v. 12.8.1999, 2 AZR 55/99, NZA 1999, S. 1209.
- BAG v. 2.12.1999, 8 AZR 890/98, NZA 2000, S. 541.
- BAG v. 17.2.2000, 2 AZR 142/99, EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl, Nr. 43.
- BAG v. 21.2.2001, 2 AZR 15/00, NZA 2001, S. 833 = RdA 2002, S. 99 m. Anm. Otto.
- BAG v. 21.2.2001, 2 AZR 579/99, NZA 2001, S. 951.
- BAG v. 5.4.2001, 2 AZR 185/00, NZA 2001, S. 890 = DB 2001, S. 2453.
- BAG v. 25.4.2001, 5 AZR 360/99, DB 2001, S. 2504.
- BAG v. 12.9.2001, 9 Ca 5699/01, dpa v. 22.2.2002.
- BAG v. 10.10.2002, 2 AZR 472/01, DB 2003, S. 830.
- BAG v. 7.11.2002, 2 AZR 599/01, AP Nr. 40 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit
- BAG v. 16.1.2003, 2 AZR 609/01, AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Gemeinschaftsbetrieb.
- BAG v. 6.2.2003, 2 AZR 6702/01, NZA 2003, S. 717 = DB 2003, S. 1393.
- BAG v. 22.5.2003, 2 AZR 426/02, AP Nr. 18 zu § 1 KSchG 1969 Wartezeit.
- BAG v. 12.6.2003, 8 AZR 341/02, BB 2003, S. 2747.
- BAG v. 22.1.2004, 2 AZR 237/03, NZA 2004, S. 479 = AP Nr. 31 zu § 23 KSchG 1969 = NJW 2004, S. 1818.

### **Entscheidungen des Bundesverwaltungsrichts**

BVerwG v. 4.7.2002, 2 C 21/01, BVerwGE 116, S. 359 = NJW 2002, S. 3344.

### **Entscheidungen der Oberlandesgerichte**

OLG Köln v. 14.5.1902, OLG Rspr. Bd. 5, 1902, S. 109.

HansOLG v. 12.11.1920, V 27/20, NZfA 1921, Sp. 167.

OLG Karlsruhe v. 7.10.1981, 3 ReMiet 6/81, NJW 1982, S. 54 = JuS 1982, S. 461.

BayObLG v. 25.5.1982, ReMiet 2/82, NJW 1982, S. 203 = MDR 1982, S. 939.

OLG Celle v. 8.11.1983, 2 UH 1/83, WuM 1984, S. 5 = ZMR 1984, S. 318.

OLG Hamm v. 31.1.1984, 4 ReMiet 7/83, NJW 1984, S. 1046 = MDR 1984, S. 494.

### **Entscheidungen des Oberlandesarbeitsgerichts Tübingen**

OLArbG Tübingen v. 2.3.1950, GR 5/49, AP 1950, Nr. 282 m. Anm. Hueck = DB 1950, S. 218.

OLArbG Tübingen v. 18.1.1951, Gr. 9/50, ARST VI, S. 54 = WA 1952, S. 28.

OLArbG Tübingen v. 19.10.1950, Gr. 8/50, ARST V, S. 18 = DB 1951, S. 156.

### **Entscheidungen der Landgerichte**

LG Kiel v. 12.3.1975, 1 S 148/74, NJW 1975, S. 1973.

LG Düsseldorf v. 12.2.1976, 21 S 330/75, ZMR 1976, S. 281.

LG Hamburg v. 22.4.1976, 11 S 193/75, MDR 1976, S. 844.

LG Freiburg/Br. v. 16.6.1977, 3 S 50/77, WM 1978, S. 122.

LG Freiburg/BR. v. 20.2.1979, 9 S 178/78, WM 1979, S. 216.

LG Berlin v. 21.6.1986, 64 S 370/84, Grundeigentum 1986, S. 453.

LG Kassel v. 27.8.1987, 1 S 58/87, WuM 1989, S. 392.

LG Saarbrücken v. 19.12.1988, 13 B S 117/88, WuM 1989, S. 25.

## **Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte und des Provinzialarbeitsgerichts Halle**

- LAG Aschaffenburg v. 12.9.1927, 1/27, ARS 1 (LAG), S. 210 m. Anm. Flatow.  
LAG Altona v. 29.9.1927, 9/29, ARS 1 (LAG), S. 179 m. Anm. Flatow.  
LAG Berlin v. 19.11.1927, 106 S 156/27, ARS 2 (LAG), S. 84 m. Anm. Nipperdey.  
LAG Halle v. 18.2.1928, 6 S L Arb. 5/28, ARS 3 (LAG), S. 99.  
LAG Jena v. 23.5.1928, 72/28, ARS 3 (LAG), S. 194 m. Anm. Hueck = ArbGer 1928, Sp. 293.  
LAG Frankfurt/Oder v. 4.4.1930, 2. AS. 44/30, ArbGer 1930, Sp. 303.  
LAG Osnabrück v. 16.2.1931, AS. 86/30, ArbGer 1931, Sp. 139.  
LAG Berlin v. 29.7.1931, 101 a S. 1693/91, ArbGer 1931, Sp. 402.  
LAG Görlitz v. 6.10.1931, 6. S. 166/31, ArbGer 1932, Sp. 94.  
ProvArbG Halle v. 23.8.1946, Sa 14/46, Ent.Beruf.ArbG SBZ 1946, S. 58.  
ProvArbG Halle v. 6.9.1946, Sa 27/46, WA 1948, S. 13 = Ent.Beruf.ArbG SBZ 1946, S. 56.  
LAG Schwerin v. 18.11.1946, ARST I, S. 21.  
LAG Hamburg v. 5.2.1947, 20 Sa 187/46, WA 1948, S. 77.  
LAG Kiel v. 10.4.1947, 1 Sa 82/47, AE 1947, S. 3.  
LAG Frankfurt/Main v. 29.4.1947, II LA 32/47, SJZ 1947, S. 387 m. Anm. Ringer = ARST I, S. 21.  
LAG Frankfurt/Main v. 1.7.1947, II LA 54/47, ARST I, S. 54.  
LAG Kiel v. 10.9.1947, Sa 130/47, ARST I, S. 159.  
LAG Frankfurt/Main v. 16.9.1947, II LA 81/47, AE 1947, S. 13.  
LAG Hamm v. 2.10.1947, 6 Sa 177/47, WA 1948, S. 17 = ARST I, S. 105.  
LAG Kiel v. 22.10.1947, Sa 161/47, RdA 1948, S. 98 m. Anm. Fitting.  
LAG Dresden v. 24.10.1947, Sa 134/47, NJW 1947/1948, S. 236.  
LAG Hamburg v. 25.10.1947, 20 Sa 188/47, ARST I, S. 106.  
LAG Hamm v. 4.11.1947, Sa 190/47, NJW 1947/1948, S. 318.  
LAG Hamburg v. 5.11.1947, 20 Sa 163/47, AE 1949, S. 11.  
LAG Frankfurt/Main v. 12.8.1947, II LA 60/47, AE 1947, S. 10 = ARST I, S. 159.  
LAG Halle v. 24.11.1947, Sa 270/47, ARST II, S. 41.  
LAG Kiel v. 27.11.1947, 1 Sa 186/47, WA 1948, S. 37 m. Anm.  
LAG Stuttgart v. 28.11.1947, Sa 17/47, ARST I, S. 257 = RdA 1949, S. 34.  
LAG Frankfurt/Main v. 16.12.1947, II LA 113/47, AE 1948, S. 29.  
LAG Halle v. 6.1.1948, Sa 294/47, ZSch AuS 1948, S. 480.  
LAG Frankfurt/Main v. 3.2.1948, II LA 119/47, WA 1948, S. 45 = ARST I, S. 258.  
LAG Groß-Berlin v. 10.2.1948, 248/47, ARST II, S. 237.  
LAG Kiel v. 17.2.1948, Sa 241/47, ARST I, S. 258.  
LAG Hannover v. 27.2.1948, Sa 311/47, WA 1948, S. 66.  
LAG Hamburg v. 10.3.1948, 20 Sa 209/47, SAE 1949, S. 20 m. Anm. = RdA 1948, S. 116 m. Anm. Hueck = ARST II, S. 41.  
LAG Hamburg v. 13.3.1948, 20 Sa 11/48, ARST I, S. 189.  
LAG Frankfurt/Main v. 6.4.1948, II LA 15/48, ARST II, S. 45.  
LAG Hamburg v. 17.4.1948, 20 Sa 239/47, ARST II, S. 41.

- LAG Hannover v. 20.4.1948, Sa 44/48, AE 1949, S. 11.
- LAG Hamburg v. 8.5.1948, 20 Sa 199/47, ARST II, S. 41.
- LAG Stuttgart v. 13.5.1948, Sa 48/48, RdA 1949, S. 156 m. Anm. Hueck = SAE 1948, S. 16 m. Anm.
- LAG Kiel v. 19.5.1948, Ca 32/48, AE 1949, S. 45.
- LAG Dresden v. 19.5.1948, Sa 117/47, ARST II, S. 161.
- LAG Stuttgart v. 21.6.1948, Sa 46/48, WA 1949, S. 4.
- LAG Bremen v. 4.8.1948, Sa 12/48, RdA 1948, S. 193 m. Anm. Hueck = ARST II, S. 44.
- LAG Frankfurt/Main v. 17.8.1948, II La 91/48, RdA 1949, S. 153 m. Anm. Becker.
- LAG Halle v. 19.8.1948, Sa II 19/48, ZSch AuS 1948, S. 482.
- LAG Kiel v. 1.9.1948, I Sa 109/48, RdA 1948, S. 195 m. Anm. Hueck.
- LAG Heidelberg v. 28.9.1948, Sa 43/47, ARST II, S. 233.
- LAG Mecklenburg v. 8.11.1948, LA 331/48, ZSch AuS 1949, S. 439.
- LAG Hamburg v. 10.11.1948, 20 Sa 194/48, ARST II, S. 299.
- LAG Frankfurt/Main v. 21.12.1948, II La 193/48, RdA 1949, S. 350 = ARST II, S. 300.
- LAG Hamburg v. 8.1.1949, 20 Sa 127/48, ARST III, S. 35.
- LAG Bremen v. 21.1.1949, Sa 53/48, WA 1949, S. 98 = ARST V, S. 67.
- LAG Hannover v. 10.2.1949, Sa 476/48, ARST II, S. 301.
- LAG Halle v. 16.2.1949, Sa 268/48, ARST II, S. 300.
- LAG Hamburg v. 19.2.1949, 20 Sa 7/49, RdA 1949, S. 423 m. Anm. Hueck.
- LAG Frankfurt/Main v. 23.3.1949, II LA 25/49, ARST III, S. 33 = SAE 1949, S. 9 m. Anm. = AP 1950, Nr. 15.
- LAG Frankfurt/Main v. 23.3.1949, II LA 29/49, AP 1950, Nr. 28 = DB 1949, S. 312 = ARST III, S. 95.
- LAG Stuttgart v. 23.3.1949, II SA 13/49, WA 1949, S. 146 m. Anm.
- LAG Halle v. 30.3.1949, Sa 24/49, ARST II, S. 300.
- LAG Halle v. 1.4.1949, Sa II 25/49, ARST II, S. 300.
- LAG Hamburg v. 11.5.1949, 20 Sa 47/49, SAE 1950, S. 4 m. Anm. = ARST III, S. 96 = AE 1948, S. 65.
- LAG Kiel v. 25.5.1949, I Sa 40/49, RdA 1950, S. 159 m. Anm. Hueck. = AP 1950, Nr. 121 = ARST III, S. 98.
- LAG Hamburg v. 6.6.1949, 20 Sa 221/49, ARST III, S. 98.
- LAG München v. 6.7.1949, BerReg. Nr. I 178/48, AP 1950, Nr. 179 m. Anm. Hueck = BB 1950, S. 49 = NJW 1950, S. 399.
- LAG Hannover v. 7.7.1949, Sa 252/49, ARST III, S. 222.
- LAG Hannover v. 11.7.1949, Sa 256/49, ARST III, S. 160.
- LAG Hamburg v. 28.7.1949, 20 Sa 229/49, ARST III, S. 320.
- LAG Heidelberg v. 8.8.1949, Sa 44/48, WA 1950, S. 170 = ARST V, S. 66.
- LAG Frankfurt/Main v. 10.8.1949, II LA 139/49, AP 1950, Nr. 29 m. Anm. Hueck = BB 1949, S. 617.
- LAG Frankfurt/Main v. 8.9.1949, III LA 168/49, WA 1950, S. 66 = ARST IV, S. 463 = AP 1950, Nr. 120 m. Anm. Hueck.
- LAG Hamburg v. 14.9.1949, 20 Sa 219/49, ARST III, S. 261.
- LAG Hamburg v. 1.11.1949, 20 Sa 386/49, BB 1950, S. 93.
- LAG Hamburg v. 9.2.1950, 20 Sa 493/49, ARST IV, S. 412.
- LAG Frankfurt v. 23.2.1950, AR-Blattei, (D) Kündigungsschutz, Entscheidung, Nr. 1.
- LAG Hannover v. 11.4.1950, Sa 961/49, ARST IV, S. 501.

- LAG Düsseldorf v. 12.4.1950, 3 Sa 56/50, RdA 1950, S. 433 m. Anm. Nikisch = AP 1950, Nr. 311.
- LAG Frankfurt/Main v. 4.5.1950, III LA 106/50, WA 1950, S. 178 = AP 1951, Nr. 61 m. Anm. Neumann-Duesberg.
- LAG Hannover v. 10.5.1950, Sa 916/49, BB 1950, S. 535.
- LAG Bremen v. 10.5.1950, SA 4/50, WA 1950, S. 165 = AP 1950, Nr. 262 m. Anm. Hueck.
- LAG Kiel v. 19.5.1950, 1 Sa 79/50, SAE 1951, S. 26 m. Anm.
- LAG Schleswig-Holstein v. 19.5.1950, 1 Sa 79/50, SAE 1951, S. 26 m. Anm.
- LAG Kiel v. 6.6.1950, 2 Sa 130/50, ARST V, S. 65 = AP 1951, Nr. 17 m. Anm. Herschel.
- LAG Hannover v. 20.6.1950, Sa 48/50, ARST IV, S. 541.
- LAG Bremen v. 28.6.1950, Sa 6/50, AP 1951, Nr. 118 m. Anm. Neumann-Duesberg = ARST V, S. 155.
- LAG Hannover v. 26.7.1950, Sa 999/49, BB 1950, S. 620 = AP 1951, Nr. 136 m. Anm. Neumann-Duesberg.
- LAG Stuttgart v. 9.8.1950, II Sa 93/50, AP 1951, Nr. 145 m. Anm. Hueck.
- LAG Hamm v. 6.9.1950, 2 Sa 400/50, SAE 1950, S. 104 m. Anm. Sabin = AR-Blattei, (D) Kündigung IX  
Kündigungsgrund, Entscheidungen, Nr. 4.
- LAG Hamm v. 6.9.1950, 3 Sa 369/50, AP 1951, Nr. 185 m. Anm. Beitzke.
- LAG Halle v. 6.9.1950, Sa 158/50, ARST VI, S. 142.
- LAG Mainz v. 22.9.1950, 1 Sa 159/53, AP Nr. 12 zu Art. 3 GG.
- LAG Düsseldorf v. 25.10.1950, 2 Sa 9/49, AP 1950, Nr. 180 m. Anm. Hueck.
- LAG Berlin v. 4.11.1950, 1 LAG 543/50, EntschKalender 1951, S. 133.
- LAG Hannover v. 14.12.1950, Sa 410/50, ARST VI, S. 54.
- LAG Hannover v. 10.1.1951, Sa 648/50, ARST XI, S. 19.
- LAG Frankfurt/Main v. 23.1.1951, IV LA 474/50, BB 1951, S. 195.
- LAG Freiburg v. 15.2.1951, Sa 4/51, BB 1951, S. 475 = ARST VI, S. 232.
- LAG Kiel v. 7.3.1951, Sa 14/51, BB 1951, S. 364.
- LAG Bremen v. 6.6.1951, Sa 33/51, ARST VI, S. 230.
- LAG Hannover v. 10.7.1951, Sa 260/51, AP 1951, Nr. 236 = RdA 1951, S. 318.
- LAG Bremen v. 10.10.1951, Sa 60/51, AP 1953, Nr. 49 m. Anm. Hueck.
- LAG Stuttgart v. 23.11.1951, II Sa 70/51, WA 1952, S. 98.
- LAG Freiburg v. 21.12.1951, Sa 121/51, DB 1952, S. 84.
- LAG Kiel v. 17.1.1952, 3 Ta 10/51 Rb, BB 1952, S. 114.
- LAG Stuttgart v. 21.1.1952, I Ta 31/51, BB 1952, S. 144 = DB 1952, S. 168 = WA 1952, S. 111 = ARST IX,  
S. 56.
- LAG Hamm v. 22.1.1952, 2 (1) Sa 471/51, AP 1953, Nr. 50 m. Anm. Herschel.
- LAG Bremen v. 23.1.1952, Sa 94/51, BB 1952, S. 521 = AP 1953, Nr. 73 m. Anm. Herschel = WA 1952, S. 158  
= RdA 1952, S. 272 = DB 1952, S. 451.
- LAG Hamburg v. 27.2.1952, 20 Sa 329/49, ARST VIII, S. 216.
- LAG Hamburg v. 19.3.1952, 20 Sa 57/52, ARST VIII, S. 179.
- LAG Mannheim v. 16.4.1952, Sa 37/49, BB 1952, S. 521 = ARST VII, S. 179.
- LAG Mannheim v. 16.4.1952, Sa 657/48, WA 1953, S. 83.
- LAG Mannheim v. 14.5.1952, Sa 33/52, AP 1953, Nr. 34 m. Anm. Bulla.
- LAG Hamm v. 11.6.1952, 3 SA 167/52, AP 1952, Nr. 224 m. Anm. Hueck = BB 1952, S. 549.



- LAG Hannover v. 18.9.1952, Sa 456/52, AP 1953, Nr. 68.  
LAG Hannover v. 2.10.1952, Sa 432/52, BB 1953, S. 60.  
LAG Düsseldorf v. 10.10.1952, 2 Sa 275/52, BB 1952, S. 1026.  
LAG Frankfurt/Main v. 12.12.1952, III LA 200/52, AP 1954, Nr. 150 m. Anm. Neumann-Duesberg.  
LAG Stuttgart v. 19.12.1952, 2 Sa 138/52, BB 1953, S. 236 = DB 1953, S. 296.  
LAG Hamm v. 7.5.1953, 1 Sa 161/53, DB 1953, S. 535 = BB 1953, S. 531.  
LAG Düsseldorf v. 19.5.1953, 1 Sa 8/53, DB 1953, S. 576.  
LAG Kiel v. 7.7.1953, 3 Sa 174/53, BB 1953, S. 708.  
LAG Düsseldorf v. 21.7.1953, 2 b SA 144/53, DB 1953, S. 1096.  
LAG Hamburg v. 24.7.1953, 2 Sa 81/53, RdA 1953, S. 398 = DB 1953, S. 784 = BB 1953, S. 769.  
LAG Kiel v. 24.7.1953, 3 Sa 173/53, DB 1953, S. 696 = BB 1953, S. 708.  
LAG Düsseldorf v. 30.10.1953, 3 Sa 147/53, DB 1954, S. 216 = WA 1954, S. 73 = AuR 1954, S. 125 = ArbGeb 1954, S. 62 = ARST XII, S. 59.  
LAG Düsseldorf v. 9.12.1953, 4 Sa 149/53, DB 1954, S. 391.  
LAG Düsseldorf v. 12.1.1954, 2 b Sa 350/53, DB 1954, S. 260.  
LAG Berlin v. 1.4.1954, 5 LA 717/53, BB 1954, S. 562.  
LAG Frankfurt/Main v. 18.5.1954, IV LA 71/54, SAE 1955, S. 1 m. Anm. Beitzke = BB 1954, S. 912 = DB 1954, S. 187 = WA 1954, S. 187 = ARST XIII, S. 98.  
LAG Stuttgart v. 2.6.1954, II Sa 68/54, AP Nr. 2 zu § 626 BGB.  
LAG Stuttgart v. 21.7.1954, II Sa 111/54, AP Nr. 1 zu Art. 12 GG m. Anm. Hueck.  
LAG Frankfurt/Main v. 3.9.1954, I LA 212/54, SAE 1955, S. 139 = WA 1955, S. 31 = ARST XII, S. 218.  
LAG Hannover v. 16.9.1954, 3 Sa 256/54, SAE 1958, S. 136.  
LAG Düsseldorf v. 8.10.1954, 4 Sa 42/54, DB 1954, S. 1107.  
LAG Hamburg v. 22.11.1954, 3 Sa 149/54, ARST XIII, S. 217.  
LAG Hamburg v. 26.1.1955, 2 Sa 202/54, ARST XIV, S. 381.  
LAG Bremen v. 26.1.1955, Sa 1/55, BB 1955, S. 194.  
LAG Düsseldorf v. 3.2.1955, 1 Sa 79/54, BB 1955, S. 512.  
LAG Hamm v. 15.3.1955, 1 Sa 548/54, AP Nr. 3 zu § 66 BetrVG 1952.  
LAG Bremen v. 30.3.1955, Sa 29/55, BB 1955, S. 510.  
LAG Mannheim v. 3.6.1955, Sa 63/55, AP Nr. 5 zu § 66 BetrVG 1952 = DB 1955, S. 900.  
LAG Düsseldorf v. 27.6.1955, 2 a Sa 31/55, BB 1955, S. 803.  
LAG Düsseldorf v. 13.9.1955, 3 Sa 321/55, ARST XV, S. 137.  
LAG Freiburg v. 8.11.1955, I Sa 117/55, WA 1956, S. 20 = DB 1956, S. 48 = EntschKalender 1956, S. 165.  
LAG Stuttgart v. 18.11.1955, II Sa 38/55, BB 1956, S. 307.  
LAG München v. 13.1.1956, N 374/55/V, AP Nr. 8 zu § 66 BetrVG 1952.  
LAG München v. 31.1.1956, 990/5 III, AP Nr. 6 zu § 132 GewO m. Anm. Hueck.  
LAG Düsseldorf v. 30.8.1956, 3 I Sa 455/56, BB 1956, S. 1198.  
LAG Berlin v. 26.4.1957, 3Sa 129/57, WA 1957, S. 135 = ARST XVIII, S. 233 = EntschKalender 1957, S. 437.  
LAG Kiel v. 22.5.1947, 1 SA 148/47, WA 1948, S. 17.  
LAG Hamburg v. 25.10.1957, 1 Sa 44/57, ARST XXII, S.95.

- LAG Kiel v. 14.11.1957, 1 Sa 104/57, AP Nr. 2 zu § 1 KSchG 1951 Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses m. Anm. Herschel = DB 1958, S. 112 = RdA 1958, S. 315 = BB 1958, S. 739 = WA 1958, S. 44 = ARST 1958, S. 224.
- LAG Bremen v. 2.4.1958, I Sa 9/58, SAE 1958, S. 143.
- LAG Baden-Württemberg, Außenk. Mannheim v. 6.6.1958, VII Sa 39/58, BB 1959, S. 739.
- LAG Berlin v. 25.9.1958, 2 Sa 50/58, WA 1958, S. 175 = DB 1958, S. 1188 = ARST XXI, S. 100 = DBetrV 1959, S. 39.
- LAG Baden-Württemberg, Außenst. Stuttgart v. 21.11.1958, IV Sa 113/58, BB 1959, S. 234.
- LAG Düsseldorf v. 17.12.1958, 6 SA 373/58, DB 1959, S. 236.
- LAG Hamm v. 6.5.1960, 5 Sa 817/59, BB 1961, S. 484.
- LAG Düsseldorf v. 25.10.1960, 8 Sa 335/60, BB 1961, S. 134.
- LAG Hamburg v. 24.2.1961, 3 Sa 131/60, ARST XXVI, S. 47.
- LAG Baden-Württemberg, Außenk. Stuttgart v. 28.2.1961, 4 Sa 2/61, BB 1961, S. 754.
- LAG Berlin v. 18.5.1961, 6 SA 13/61, AuR 1962, S. 56.
- LAG Baden-Württemberg, Außenk. Stuttgart v. 9.4.1962, 4 SA 20/62, WA 1962, S. 129.
- LAG Düsseldorf v. 4.12.1962, 8 Sa 356/62, BB 1963, S. 782 = DB 1963, S. 420.
- LAG Düsseldorf v. 14.2.1963, 7 Sa 581/62, JZ 1964, S. 258 = DB 1963, S. 522.
- LAG Frankfurt/Main v. 14.9.1964, 1 Sa 355/64, NJW 1965, S. 654.
- LAG Düsseldorf v. 16.6.1965, 1 Sa 203/65, AR-Blattei (D) Kündigungsschutz, Entscheidungen, Nr. 83 = BB 1965, S. 1356.
- LAG Bremen v. 7.7.1965, 1 Sa 34/65, DB 1965, S. 1154 = WA 1965, S. 153 = ARST 1965, S. 331 = MuA 1965, S. 219.
- LAG Düsseldorf v. 20.4.1966, 3 Sa 91/66, DB 1966, S. 1734.
- LAG Baden-Württemberg v. 29.9.1967, 7 Sa 60/67, BB 1968, S. 334 = AuR 1968, S. 253 = AR-Blattei (D) Kündigungsschutz, Entscheidungen, Nr. 92 m. Anm. Herschel = DB 1968, S. 807 = ARST 1968, S. 95.
- LAG Hamm v. 14.11.1966, 5 Sa 527/65, DB 1966, S. 908.
- LAG Baden-Württemberg v. 29.9.1967, 7 Sa 60/67, BB 1968, S. 334.
- LAG Hamm v. 20.12.1967, 5 Sa 757/67, DB 1968, S. 446.
- LAG Stuttgart v. 29.2.1968, 4 Sa 118/67, DB 1968, S. 943.
- LAG Bremen v. 13.12.1968, 2 SA 54/68, DB 1969, S. 666.
- LAG Düsseldorf v. 31.1.1974, 7 Sa 886/73, DB 1974, S. 732.
- LAG Hamm v. 17.1.1975, 3 Sa 843/74, ARST 1976, S. 174.
- LAG Hamm v. 29.8.1977, 9 Sa 684/77, BB 1977, S. 1605.
- LAG Düsseldorf v. 30.8.1977, 8 Sa 505/77, DB 1977, S. 2383.
- LAG Düsseldorf v. 17.4.1978, 16 Sa 65/78, DB 1979, S. 120.
- LAG Düsseldorf v. 31.5.1978, 6 Sa 632/78, BB 1978, S. 1266.
- LAG Hamm v. 9.1.1981, 11 Sa 1155/80, ARST 1983, S. 62.
- LAG Berlin v. 6.12.1982, 9 Sa 80/82, EzA § 1 KSchG Tendenzbetrieb, Nr. 11.
- LAG Schleswig-Holstein v. 3.3.1983, 2(3) Sa 566/82, DB 1983, S. 2260 = ARST 1983, S. 184.
- LAG Düsseldorf v. 22.3.1984, 14 Sa 1905/83, DB 1985, S. 391.
- LAG Berlin v. 14.1.1985, 9 Sa 107/84, LAGE § 626 BGB, Nr. 21.

- LAG Schleswig-Holstein v. 20.2.1985, 4 Sa 605/84, RzK I 8 k, Nr. 2.
- LAG Hamm v. 1.3.1985, 16 Sa 1537/84, RzK I 8 k, Nr. 3 = BB 1985, S. 1920.
- LAG Berlin v. 13.5.1985, 9 Sa 5/85, LAGE § 242 BGB Prozeßverwirkung, Nr. 1.
- LAG Hamm v. 22.8.1985, 9 Sa 830/85, DB 1986, S. 812.
- LAG Bremen v. 29.10.1985, 4 Sa 151/85, LAGE § 242 BGB, Nr. 1 m. Anm. Buchner = AR-Blattei (D) Kündigungsschutz, Entscheidungen, Nr. 268 m. Anm. Kort = AuR 1986, S. 248 = BB 1986, S. 393 = ARST 1987, S. 158.
- LAG Hamm v. 21.11.1985, 10 Sa 1630/84, LAGE § 13 KSchG, Nr. 1.
- LAG Hamburg v. 24.2.1986, 2 Sa 2/86, NZA 1986, S. 478.
- LAG Hamm v. 17.4.1986, 10 Sa 2083/85, RzK I 8 l, Nr. 5.
- LAG Hamburg v. 11.2.1987, 7 Sa 55/86, LAGE § 611 a BGB, Nr. 3.
- LAG Berlin v. 10.6.1987, 10 Sa 11/87, AIFO 1987, S. 566.
- LAG Berlin v. 17.8.1987, 9 Sa 44/87, LAGE § 4 KSchG, Nr. 12.
- LAG Hamm v. 18.12.1987, 17 Sa 1225/87, NZA 1988, S. 586.
- LAG Hamm v. 18.12.1987, 17 Sa 1295/87, DB 1988, S. 917 = LAGE § 612 a BGB, Nr. 1 = NZA 1988, S. 58 = RzK I 8 l, Nr. 11.
- LAG Hamm v. 19.1.1988, 7 Sa 1595/87, NZA 1988, S. 554.
- LAG Düsseldorf v. 10.5.1988, 8 Sa 314/88, LAGE § 138 BGB, Nr. 3 = DB 1988, S. 1499 = RzK I 8 k, Nr. 4 = EzA § 138 BGB, Nr. 20 = NZA 1988, S. 658 = NJW 1988, S. 2970.
- LAG Berlin v. 3.10.1988, 9 Sa 61/88, ARST 1989, S. 13.
- LAG Nürnberg v. 7.10.1988, 6 Sa 44/87, LAGE § 612 a BGB Nr. 2.
- LAG Hamm v. 13.10.1988, 17 Sa 519/88, AuR 1990, S. 27 = NZA 1989, S. 276 = ARST 1989, S. 175.
- LAG Düsseldorf v. 13.12.1988, 8 Sa 663/88, LAGE § 612 a BGB Nr. 3.
- LAG Kiel v. 25.7.1989, 1 (3) Sa 557/88, LAGE Nr. 4 zu § 612 a BGB.
- LAG Nürnberg v. 13.3.1990, 6 Sa 612/89, AuR 1992, S. 26.
- LAG Rheinland-Pfalz v. 5.12.1991, 4 Sa 752/91, AiB 1992, S. 531 m. Anm. Kunz = RzK I 8 l, Nr. 17.
- LAG Berlin v. 5.2.1992, 13 Sa 61/91, LAGE § 54 AGB 1977 (DDR), Nr. 4 = BB 1992, S. 496 = DB 1992, S. 533 = NZA 1992, S. 696 = EWiR 1992, S. 211 m. Anm. Lepke = RzK I 8 k, Nr. 7.
- LAG Köln v. 13.10.1993, 7 Sa 690/93, NZA 1995, S. 128 = LAGE § 612 a BGB Nr. 5.
- LAG Hamm v. 21.10.1993, 17 Sa 437/93, ARST 1995, S. 46.
- LAG Köln v. 31.1.1994, 3 Sa 1136/93, LAGE § 102 BetrVG 1972, Nr. 38.
- LAG Köln v. 18.10.1995, 7 Sa 593/95, NZA 1996, S. 596 = RzK I 8 k, Nr. 9.
- LAG Bremen v. 14.6.1996, 4 Sa 390/95, ARST 1996, S. 204.
- LAG Hamm v. 21.11.1996, 17 Sa 987/96, BB 1997, S. 844.
- LAG Baden-Württemberg v. 24.6.1997, 7 Sa 120/96, rkr., DB 1997, S. 1825.
- LAG Schleswig-Holstein v. 17.11.1997, 5 Sa 184/97, RzK I 8 k, Nr. 11.
- LAG Schleswig-Holstein v. 14.4.1998, 3 Sa 541a/97, RzK I 8 l, Nr. 24 = LAGE § 242 BGB, Nr. 4 = NZA RR 1999, S. 191 = AuR 1998, S. 376.
- LAG Sachsen Anhalt v. 27.7.1999, 8 Sa 1066/88, LAGE § 612 a BGB Nr. 6.
- LAG Frankfurt/Main v. 21.6.2001, 3 Sa 1448/00, NJW 2001, S. 3650
- LAG Baden Württemberg v. 23.4.2002, 8 Sa 84/01, LAGE § 14 TzBfG Nr. 7..

## **Entscheidungen der Verwaltungsgerichtshöfe**

VGH Baden-Württemberg v. 26.6.2002, 4 S 1439/00, NJW 2001, S. 2899.

## **Entscheidungen der Amtsgerichte**

AG Hamburg-Harburg v. 28.5.1976, 615 a C 246/75, WM 1978, S. 65.

AG Butzbach v. 28.8.1984, 5 C 107/84, WuM 1986, S. 89.

AG Düsseldorf v. 11.2.1997, 40 C 16334/95, DWW 1997, S. 156.

AG Sinzig v. 30.1.1990, 4 C 361/89, WuM 1990, 512.

## **Entscheidungen der bis 1926 bestehenden Gewerbe- und Kaufmannsgerichte und der ab 1926 errichteten Arbeitsgerichte**

KfmG Stadtbezirk Stettin v. 21.1.1910, GKG 1909/1910, Sp. 224.

KfmG Schöneberg v. 12.2.1912, GKG 1911/1912, Sp. 138.

KfmG Aue v. 4.9.1914, GKG 1914/1915, Sp. 66.

GewG Reichenbach v. 5.8.1924, GKG 1924/1925, Sp. 352.

GewG Guben v. 14.11.1924, GKG 1924/1925, Sp. 353.

GewG Mannheim v. 26.5.1926, GKG 1925/1926, Sp. 506.

ArbG Detmold v. 16.5.1928, ArbGer 1928, Sp. 290.

ArbG München v. 9.12.1931, ArbGer 1932, Sp. 51.

ArbG Heide v. 18.3.1947, Ca 28/47, AE 1947, S. 5 = ARST I, S. 22.

ArbG Aachen v. 10.4.1947, Ca 125/46, AE 1947, S. 13 = ARST I, S. 104.

ArbG Hamburg v. 12.5.1947, 2 Ca 102/47, ARST I, S. 257.

ArbG Osnabrück v. 20.5.1947, Ca 83/47, ARST I, S. 53.

ArbG Heide v. 1.6.1947, Ca 95/47, AE 1947, S. 24.

ArbG Hannover v. 7.7.1947, Ca 268/47, ARST I, S. 54.

ArbG Ahrensburg v. 1.8.1947, 3 Ca 29/47, ARST I, S. 106.

ArbG Hannover v. 11.8.1947, Ca 437/47, AE 1947, Nr. 54.

ArbG Mannheim v. 26.9.1947, I Ca 204/47, ARST I, S. 104.

ArbG Lübeck v. 3.11.1947, 1 Ca 167/47, ARST I, S. 257.

ArbG Lüneburg v. 4.11.1947, Ca 191/47, ARST I, S. 105.

ArbG Heide v. 18.11.1947, Ca 194/47, ARST I, S. 106.

ArbG Sigmaringen v. 20.11.1947, 2 Cs 21/47, WA 1948, S. 6.

ArbG Mosbach v. 8.12.1947, Ca 38/47, ARST I, S. 159.

ArbG Mannheim v. 12.12.1947, 1 Ca 263/47, ARST I, S. 258.

ArbG Lübeck v. 15.12.1947, ARST I, S. 159.

ArbG Braunschweig v. 12.2.1948, 3 Ca 265/47, ARST II, S. 41.

ArbG Heide v. 24.2.1948, Ca 44/48, ARST I, S. 160.

ArbG Stade v. 26.2.1948, Ca 14/48, ARST I, S. 189.

- ArbG Heidelberg v. 12.3.1948, Ca 175/47, ARST I, S. 189.
- ArbG Köln v. 16.3.1948, I Ca 611/47, RdA 1948, S. 156 m. Anm. Bulla = ARST I, S. 259.
- ArbG Chemnitz v. 20.5.1948, I Ca 370/48, ARST II, S. 42.
- ArbG Hannover v. 27.5.1948, I Ca 470/48, ARST II, S. 42.
- ArbG Halberstadt v. 7.6.1948, a 84/48, ARST II, S. 43.
- ArbG Heide v. 10.6.1948, Ca 127/48, ARST I, S. 259.
- ArbG Heide v. 17.6.1948, Ca 132/48, ARST I, S. 259.
- ArbG Braunschweig v. 7.7.1948, 3 Ca 188/48, ARST II, S. 161.
- ArbG Hannover v. 8.7.1948, I Ca 448/48, ARST II, S. 100.
- ArbG Bremerhaven v. 16.7.1948, Ca 134/48, ARST II, S. 101.
- ArbG Karlsruhe v. 29.7.1948, Ca 254/48, ARST II, S. 43.
- ArbG Oldenburg v. 30.7.1948, Ca 255/48, ARST II, S. 163.
- ArbG Göttingen v. 3.8.1948, Ca 331/48, AE 1949, Nr. 11 = ARST II, S. 45.
- ArbG Stade v. 9.8.1948, Ca 241/48, ARST II, S. 45.
- ArbG Rosenheim v. 16.8.1948, Pr.Reg. I 57/48 Mü, ARST II, S. 162.
- ArbG Chemnitz v. 26.8.1948, II Arb. 130/48, ARST II, S. 101.
- ArbG Hannover v. 27.8.1948, I Ca 440/48, ARST III, S. 261.
- ArbG Rosenheim v. 17.9.1948, Pr.Reg. Nr. L 103/48 Mü, ARST II, S. 298.
- ArbG Göttingen v. 30.9.1948, Ca 658/48, WA 1949, S. 10 = ARST II, S. 298.
- ArbG Göttingen v. 1.10.1948, Ca 631/48, ARST II, S. 101.
- ArbG Heide v. 2.10.1948, Ca 710/48, ARST II, S. 236.
- ArbG Hildesheim v. 26.10.1948, Ca 633/48, ARST II, S. 163.
- ArbG Köln v. 4.11.1948, I Ca 646/48, WA 1949, S. 67 = SAE 1949, S. 22 m. Anm.
- ArbG Bad Oldesloe v. 4.11.1948, 3 Ca 65/48, ARST II, S. 234.
- ArbG Stade v. 6.11.1948, Ca 782/48, ARST II, S. 162.
- ArbG Karlsruhe v. 26.11.1948, Ca 1026/48, ARST II, S. 235.
- ArbG Oldenburg v. 29.11.1948, Ca 1015/48, ARST II, S. 340.
- ArbG Flensburg v. 2.12.1948, Ca 1012/48, ARST II, S. 235.
- ArbG Göttingen v. 10.12.1948, Ca 786/48, ARST II, S. 299.
- ArbG Hildesheim v. 10.1.1949, Ca 823/48, ARST II, S. 300.
- ArbG Neuwied v. 21.1.1949, II Ca 206/48, ARST II, S. 235.
- ArbG Flensburg v. 29.1.1949, Ca 1438/48, ARST II, S. 235.
- ArbG Schleswig v. 1.2.1949, Ca 47/49, ARST III, S. 321.
- ArbG Göttingen v. 1.2.1949, Ca 118/49, ARST II, S. 340.
- ArbG Flensburg v. 12.2.1949, Ca 1347/48, ARST III, S. 33.
- ArbG Heide v. 17.2.1949, Ca 115/49 und Ca 116/49, ARST II, S. 301.
- ArbG Essen v. 3.3.1949, Ca 144/49, SAE 1949, S. 9 m. Anm.
- ArbG Flensburg v. 3.3.1949, Ca 192/49, ARST III, S. 33.
- ArbG Neumünster v. 28.3.1949, Ca 263/49, ARST II, S. 337.
- ArbG Oldenburg v. 31.3.1949, Ca 182/49, ARST III, S. 99.

- ArbG Köln v. 5.4.1949, Ca 7/49 R, ARST III, S. 319.
- ArbG Köln v. 5.4.1949, Ca 6/49 R, ARST IV, S. 359.
- ArbG Rosenheim v. 12.5.1949, Pr.Reg. Nr. I 90/49 Ro, ARST III, S. 99.
- ArbG Flensburg v. 17.5.1949, Ca 328/49, ARST III, S. 97.
- ArbG Flensburg v. 1.6.1949, Ca 366/49, ARST III, S. 34.
- ArbG Braunschweig v. 9.6.1949, Ca 367/49, ARST III, S. 99.
- ArbG Stade v. 17.6.1949, Ca 520/49, ARST III, S. 34.
- ArbG Hildesheim v. 11.8.1949, Ca 842/49, ARST III, S. 160.
- ArbG Düsseldorf v. 29.9.1949, 1 Ca 1459/49, ARST III, S. 222.
- ArbG Stade v. 7.10.1949, Ca 1053/49, ARST III, S. 262.
- ArbG Hannover v. 20.10.1949, 1 Ca 3818/49, ARST III, S. 262.
- ArbG Flensburg v. 9.11.1949, 4 Ca 1275/49, ARST III, S. 262.
- ArbG Stade v. 11.11.1949, Ca 1177/49, ARST III, S. 230.
- ArbG Hildesheim v. 13.12.1949, II Ca 1263/49, ARST III, S. 230.
- ArbG Flensburg v. 14.12.1949, 1 Ca 1329/49, ARST IV, S. 359.
- ArbG Heide v. 27.2.1950, Ca 506/49, ARST IV, S. 463.
- ArbG Duisburg v. 23.3.1950, 1 Ca 238/50, AP 1950, Nr. 111 = RdA 1950, S. 197 m. Anm. Nipperdey =  
BB 1950, S. 424 = WA 1950, S. 262.
- ArbG Neumünster v. 17.4.1950, Ca 254/50, ARST IV, S. 500.
- ArbG Nürnberg, Zweigst. Ansbach v. 21.6.1950, I 149/50, ARST IV, S. 541.
- ArbG Husum v. 21.6.1950, 1 Ca 1123/50, ARST IV, S. 582.
- ArbG Köln v. 14.7.1950, 4 Ca 22/50, RdA 1950, S. 435 m. Anm. Krüger.
- ArbG Groß-Berlin v. 31.7.1950, 19 Arb 496/50, ARST V, S. 154.
- ArbG Groß-Berlin v. 17.8.1950, 17 Arb 110/50, ARST, S. 154.
- ArbG Bremerhaven v. 22.9.1950, Ca 443/50, ARST VI, S. 230.
- ArbG Bayreuth v. 5.10.1950, PrReg. Nr. I 594/49, ARST V, S. 155.
- ArbG Mosbach v. 9.11.1950, Ca 577/50, ARST VI, S. 18.
- ArbG Augsburg v. 24.11.1950, Proz.Reg. Nr. 777/50, ARST VI, S. 230.
- ArbG Passau, Zweigst. Pfarrkirchen v. 1.12.1950, Pr.Reg. Nr. I 331/50, ARST VII, S. 22.
- ArbG Neumünster v. 13.12.1950, Ca 699/50, ARST VI, S. 65.
- ArbG Rosenheim, Zweigst. Mühldorf v. 22.12.1950, Proz.Reg. Nr. I 374/50 Mü, ARST VI, S. 54.
- ArbG Neumünster v. 3.1.1951, Ca 763/50, ARST VI, S. 18.
- ArbG Rosenheim v. 10.1.1951, Proz.Reg. Nr. I 408/50 Ro, ARST VI, S. 101.
- ArbG Berlin v. 18.1.1951, 19 Arb 1219/50, EntschKalender 1951, S. 142.
- ArbG Emden v. 23.1.1951, Ca 464/50, ARST VI, S. 102.
- ArbG Bamberg v. 26.1.1951, Proz.Reg. I 405/50, ARST VI, S. 19.
- ArbG Emden v. 2.3.1951, Ca 133/50, ARST VI, S. 142.
- ArbG Bremerhaven v. 9.3.1951, Ca 548/50, ARST VII, S. 22.
- ArbG Göttingen v. 19.4.1951, Ca 316/51, ARST VI, S. 142.
- ArbG Rheine-Coesfeld v. 17.7.1951, 1 Ca 517/51, ARST VII, S. 138.

- ArbG Nürnberg v. 8.1.1952, I 1199/51, ARST VII, S. 55.  
ArbG Paderborn v. 15.1.1952, I Ca 481/51, BB 1952, S. 144.  
ArbG Passau, Zweigst. Deggendorf v. 19.6.1952, Proz.Reg. II 251/51, ARST X, S. 178.  
ArbG Nürnberg v. 4.9.1952, V 134/52, ARST IX, S. 134.  
ArbG Bremen v. 30.10.1952, I Ca 609/52, ARST IX, S. 178.  
ArbG Rheine v. 4.11.1952, I Ca 505/52, ARST XI, S. 60.  
ArbG Wilhelmshaven v. 28.11.1952, I Ca 1028/52, WA 1953, S. 27 = ARST IX, S. 216.  
ArbG Würzburg, Zweigst. Aschaffenburg v. 9.12.1952, I 157/52, ARST X, S. 215.  
ArbG Düsseldorf v. 22.12.1952, I Ca 1290/52, AuR 1953, S. 94.  
ArbG Biebrach v. 23.12.1952, Ca 190/52, BB 1953, S. 145.  
ArbG Husum v. 12.1.1953, 4 Ca 384/53, ARST XII, S. 62.  
ArbG Augsburg, Zweigst. Memmingen v. 20.1.1953, Pr.R. 252/52/M, ARST XI, S. 100.  
ArbG Düsseldorf v. 5.2.1953, Ns Ca 294/52, DB 1953, S. 256.  
ArbG Göttingen v. 6.2.1953, Ca 83/53, BB 1953, S. 236 = DB 1953, S. 296.  
ArbG Mannheim v. 26.2.1953, 2 Ca 234/53, DB 1953, S. 236.  
ArbG Stade v. 6.3.1953, CA 191/53, WA 1953, S. 125 = ARST X, S. 63.  
ArbG Düsseldorf v. 23.3.1953, Ca 248/53, DB 1953, S. 356.  
ArbG Mannheim v. 22.4.1953, I Ca 272/53, ARST XI, S. 18.  
ArbG Oldenburg v. 30.6.1953, II Ca 724/53, ARST XI, S. 18.  
ArbG Wesel v. 31.7.1953, II Ca 530/53, ARST XI, S. 61.  
ArbG Rheine v. 20.10.1953, I Ca 186/53, ARST XI, S. 219.  
ArbG Nürnberg v. 10.12.1953, IV 358/53, ARST XII, S. 14.  
ArbG Mannheim v. 16.12.1953, I Ca 1788/53, ARST XII, S. 179.  
ArbG Bremen v. 21.1.1954, I Ca 705/53, ARST XII, S. 216.  
ArbG Augsburg v. 22.5.1954, Pr.R. II B 3/54, ARST XIII, S. 97.  
ArbG Rosenheim, Zweigst. Mühldorf v. 25.5.1954, Prov.Reg. Nr. I 284/53 - M., ARST XIII, S. 21.  
ArbG Mannheim v. 8.6.1954, 2 Ca 579/54, ARST XIII, S. 97.  
ArbG Bremen v. 5.8.1954, I Ca 214/54, ARST XIII, S. 98.  
ArbG Mannheim v. 12.11.1954, I Ca 1228/54, ARST XV, S. 180.  
ArbG Nürnberg v. 13.12.1954, II 575/54, ARST XIV, S. 460.  
ArbG Heilbronn v. 14.3.1955, Ca 644/54, ARST XIV, S. 381.  
ArbG Weiden v. 9.9.1955, Sch I 287/55, ARST XV, S. 180.  
ArbG Nürnberg v. 16.12.1955, VI 75/55, ARST XVI, S. 97.  
ArbG Husum v. 18.1.1956, I Ca 468/55, ARST XVI, S. 136.  
ArbG Bayreuth v. 27.2.1956, Pr.Reg. Nr. I 54/56, ARST XVI, S. 55.  
ArbG Rheine v. 27.3.1956, I Ca 232/55, ARST XVII, S. 16.  
ArbG Wilhelmshaven v. 22.5.1956, Ca 242/56, ARST XVII, S. 98.  
ArbG Ravensburg v. 7.6.1956, 75/56, ARST XVII, S. 16.  
ArbG Ulm v. 26.6.1956, II Ca 335/56, BB 1956, S. 818.  
ArbG Lübeck v. 5.7.1956, 4 Ca 3/56, ARST XVIII, S. 17.

- ArbG Rosenheim, Zweigst. Mühldorf v. 15.1.1957, ARST XVIII, S. 21.
- ArbG Rheine v. 22.3.1957, 1 Ca 177/57, ARST XVIII, S. 98.
- ArbG Heidelberg v. 23.4.1957, I Ca 345/57, ARST XIX, S. 17.
- ArbG Hamburg v. 6.5.1957, 8 Ca 271/57, ARST XVIII, S. 180.
- ArbG Ulm v. 11.6.1957, II Ca 452/57, ARST XIX, S. 60 = ArbuSozR (Baden-Württemberg) 1958, Beil., S. 3.
- ArbG Kiel v. 28.6.1957, 3 Ca 916/56, ARST XIX, S. 60.
- ArbG Rosenheim, Zweigst. Mühldorf v. 23.7.1957, I 118/57 Mü, ARST XIX, S. 96.
- ArbG Rosenheim, Zweigst. Traunstein v. 25.7.1957, I 80/57 Tr., ARST XIX, S. 96.
- ArbG Husum v. 21.8.1957, 1 Ca 186/57, ARST XIX, S. 96.
- ArbG Karlsruhe v. 18.12.1957, II Ca 390/57, ARST XX, S. 222.
- ArbG Hamburg v. 21.3.1958, 9 Ca 173/58, ARST XX, S. 222.
- ArbG Kaiserslautern v. 25.6.1958, Ca 451/58, ARST XXI, S. 60.
- ArbG Augsburg v. 8.1.1960, Ca 1269/59, ARST XXIV, S. 179.
- ArbG Weiden/Opf. v. 11.2.1960, Ca I 33/59, ARST XXVII, S. 12.
- ArbG Wilhelmshaven v. 23.2.1960, Ca 77/59, BB 1960, S. 1060.
- ArbG Radolfzell v. 21.6.1960, Ca 15/60, ARST XXVI, S. 47.
- ArbG Ulm v. 23.6.1960, 1 Ca 171/60, DB 1960, S. 1132.
- ArbG Detmold v. 25.10.1960, 1 Ca 368/60, ARST XXVI, S. 17.
- ArbG Wuppertal v. 30.11.1960, 1 Ca 399/60, SAE 1961, S. 222 m. Anm. Herschel.
- ArbG Wilhelmshaven v. 2.2.1961, Ca 23/61, AuR 1961, S. 220 = PraArbR KSchG § 1 I, Nr. 369 = ARST XXVI, S. 140.
- ArbG Stade v. 20.2.1961, Ca 19/61, ARST XXVI, S. 141.
- ArbG Göttingen v. 9.3.1961, Ca 117/61, DB 1961, S. 1296 = AuR 1961, S. 348 = WA 1961, S. 111.
- ArbG Wilhelmshaven v. 1.11.1961, Ca 333/62, AuR 1963, S. 154.
- ArbG Villingen v. 28.11.1962, Ca 376/62, WA 1964, S. 53 = WA 1963, S. 173 = ARST 1964, S. 103.
- ArbG Hamburg v. 18.2.1963, 6 Ca 583/62, BB 1963, S. 605.
- ArbG Wilhelmshaven v. 8.4.1965, Ca 59/65, ARST 1965, 2. Bd., S. 265.
- ArbG Bremerhaven v. 15.4.1965, 1 Ca 89/65, AuR 1965, S. 282.
- ArbG Rheine v. 22.4.1966, 1 Ca 118/65, ARST 1966, S. 138.
- ArbG Hildesheim v. 16.3.1967, 1 Ca 33/67, ARST 1968, S. 31.
- ArbG Kiel v. 27.6.1967, 4 Ca 553/67, AP Nr. 1 zu § 178 AVAVG = RdA 1968, S. 40 = DB 1967, S. 1684 = BB 1967, S. 1211.
- ArbG Herne v. 10.10.1967, 2 Ca 1863/67, ARST 1968, S. 112.
- ArbG Essen v. 13.12.1967, 2 Ca 320/67, ARST 1968, S. 111.
- ArbG Hanau v. 15.8.1968, CA 118/68, AuR 1969, S. 122 = BB 1969, S. 45 = DB 1969, S. 266 = ARST 1969, S. 37.
- ArbG Ludwigshafen, Zweigst. Landau v. 20.1.1969, 2 Ca 1024/68, ARST 1969, S. 70.
- ArbG Celle v. 29.1.1970, 1 Ca 785/69, ARST 1970, S. 54.
- ArbG Ludwigshafen v. 22.11.1971, 2 Ca 1044/71, ARST 1972, S. 70.
- ArbG Hagen v. 13.12.1976, 3 Ca 1436/76, DB 1977, S. 589.
- ArbG Verden v. 16.11.1978, 2 Ca 617/78, ARST 197, S. 184.



- ArbG Celle v. 12.7.1979, 2 Ca 117/79, ARST 1980, S. 79.
- ArbG Wuppertal v. 11.2.1981, 3 Ca 4090/80, ARST 1981, S. 152.
- ArbG Solingen v. 22.12.1982, 3 Sa 1065/82, Demokratie und Recht 1983, S. 220 m. Anm. Ridder.
- ArbG Bielefeld v. 22.11.1984, 4 Ca 2338/84, NZA 1985, S. 187.
- ArbG Herne v. 17.1.1985, 3 Ca 2105/85, HzF P 51, Nr. 9.
- ArbG Düsseldorf v. 8.7.1985, 9 Ga 40/85, NJW 1985, S. 2975 = BB 1985, S. 2242 = ARST 1986, S. 68.
- ArbG Essen v. 12.9.1985, 1 Ca 1305/85, HzF P 51, Nr. 10.
- ArbG Berlin v. 16.6.1986, 24 Sa 319/86, NZA 1987, S. 637 = NJW 1987, S. 2325.
- ArbG Reutlingen v. 11.12.1986, 1 Ca 397/86, AuR 1987, S. 417 = DB 1987, S. 1052 = NZA 1987, S. 522.
- ArbG Passau v. 13.5.1987, 1 Ca 16/87, ARST 1988, S. 52.
- ArbG München v. 26.5.1987, 15 Ca 3024/87, DB 1987, S. 2662 = AuR 1988, S. 1989 = RzK I 8 I, Nr. 8.
- ArbG Berlin v. 16.6.1987, 24 Ca 319/86, NZA 1987, S. 637 = NJW 1987, S. 2325.
- ArbG Düsseldorf v. 11.2.1988, 2 Ca 626/87, NJW 1988, S. 1548.
- ArbG Karlsruhe v. 9.3.1988, 1 Ca 446/87, ZIP 1988, S. 1210.
- ArbG Bamberg v. 12.1.1989, BV 6/88, AiB 1989, S. 157 m. Anm. Zachert.
- ArbG Regensburg v. 23.4.1990, 6 Ca 2717/89, RzK I 8 K, Nr. 6 = BB 1990, S. 1480.
- ArbG Hamburg v. 23.7.1990, 25 b Ca 34/90, DB 1991, S. 103.
- ArbG Reutlingen v. 3.5.1991, 4 (2) Ca 85/91, BB 1991, S. 1642.
- ArbG Frankfurt/Main v. 24.6.1992, 17 Ca 63/92, AiB 1993, S. 472 m. Anm. Hartwig.
- ArbG Düsseldorf v. 9.9.1992, 6 Ca 3728/92, BB 1992, S. 2364 = RzK I 8 I, Nr. 18.
- ArbG Weiden v. 29.3.1995, 5 Ca 1697/94, NZA RR 1996, S. 9.
- ArbG Hanau v. 28.11.1996, 2 Ca 252/96, ARST 1997, S. 252.
- ArbG Elmshorn v. 29.1.1997, 1 Ca 1902/96, EzA § 242 BGB, Nr. 40 = AiB 1997, S. 364 m. Anm. Schirge.
- ArbG Gelsenkirchen v. 26.6.1998, 3 Ca 3473/97, EzA § 242 BGB, Nr. 41 = NZA RR 1999, S. 137 = AuR 1998, S. 460 = RzK I 8 I, Nr. 24.
- ArbG Reutlingen v. 20.10.1998, 1 Ca 397/86, AuR 1999, S. 325 = NZA RR 1999, S. 82 = RzK I 8 I, Nr. 26.

### **Entscheidungen der Verwaltungsgerichte**

- VG Stuttgart v. 24.3.2000, 1 P L., F./13, DÖV 2000, S. 560.



# Lebenslauf:

## **Persönliche Daten**

Name: Tanja Fiedler

Geburtsdatum 1965

Geburtsort Ratingen

Staatsangehörigkeit: deutsch

1985 Abitur, Ratingen

1985 Aufnahme des rechtswissenschaftlichen Studiums an der Universität zu Köln  
Schwerpunkt: Arbeits- und Sozialrecht

1993 1. juristisches Staatsexamen, OLG Köln

1994 Aufnahme des Referendariats beim OLG Düsseldorf  
Schwerpunkt: Arbeits- und Sozialrecht  
Wahlstage bei der Bundesvereinigung  
der Deutschen Arbeitgeberverbände, Köln

1996 2. juristisches Staatsexamen, OLG Düsseldorf

