

Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Grundlegende Einschränkung: § 23 Abs. 1 KSchG
3. Besondere Kündigungsbeschränkungen greifen trotzdem
4. Schutz vor sitten- oder treuwidrigen Kündigungen
5. Rechtsprechungs-ABC
 - 5.1 AGG-widrige Kündigung - 1
 - 5.2 AGG-widrige Kündigung - 2
 - 5.3 Altersdiskriminierung
 - 5.4 Betrieb - nicht Unternehmen
 - 5.5 Darlegungs- und Beweislast - 1
 - 5.6 Darlegungs- und Beweislast - 2
 - 5.7 Darlegungs- und Beweislast - 3
 - 5.8 Darlegungs- und Beweislast - 4
 - 5.9 Diskriminierung wg. Schwangerschaft - 1
 - 5.10 Diskriminierung wg. Schwangerschaft - 2
 - 5.11 Durchbrechung des Schwellenwerts
 - 5.12 Einschränkung der Kleinbetriebsklausel
 - 5.13 Grundrechtsbindung
 - 5.14 Grundrechtsschutz - 1
 - 5.15 Grundrechtsschutz - 2
 - 5.16 Grundrechtsschutz - 3
 - 5.17 Homosexualität
 - 5.18 Kündigungsschutz "light"
 - 5.19 Rechtsmissbrauch
 - 5.20 Rücksichtnahme
 - 5.21 Sozialauswahl "light"
 - 5.22 Wiedereinstellungsanspruch - 1
 - 5.23 Wiedereinstellungsanspruch - 2

Information

1. Allgemeines

Der Gesetzgeber nimmt so genannte **Kleinbetriebe** aus dem Kündigungsschutz heraus. Die KSchG -Abschnitte Eins und Zwei gelten mit Ausnahme der §§ 4 bis 7 und des § 13 Abs. 1 Satz 1 u. 2 KSchG nicht in Betrieben , in denen in der Regel **zehn oder weniger Arbeitnehmer** (bis zum 31.12.2003 **fünf oder weniger**) beschäftigt sind (s. dazu nachfolgend Gliederungspunkt 3. und das Stichwort Kündigungsschutz - Altfälle). Das KSchG zeigt hier eine **mittelstandsfreundliche Komponente**, die Arbeitnehmer in Kleinbetrieben aber nicht völlig schutzlos stellt. Ihre Kündigung darf beispielsweise nicht sitten- oder treuwidrig sein.

Praxistipp:

Was oft vergessen wird: alle übrigen Kündigungsbestimmungen gelten ganz selbstverständlich auch für Kleinbetriebe. Auch hier muss der Arbeitgeber die Kündigungsfristen aus § 622 BGB beachten, auch hier

gelten besondere Kündigungsbeschränkungen wie § 17 MuSchG oder die §§ 168 ff. SGB IX .

Selbst wenn BVerfG und BAG Arbeitnehmern in Kleinbetrieben einen gewissen sozialen - auf Art. 12 GG bezogenen - **Mindestschutz** gewähren: Dieser Mindestschutz dient **nicht** dazu, das KSchG in Kleinbetrieben gewissermaßen **durch die Hintertür** wieder in die Betriebe zu bringen. Im Kleinbetrieb bestimmen **Sitten- und Treuwidrigkeit** - § 138 und § 242 BGB - das Maß der Dinge (s. dazu nachfolgende Gliederungspunkt 4.). Nicht vergessen werden darf auch das Maßregelungsverbot aus § 612a BGB . Kündigungsgründe , die eine Kündigung sonst i. S. des § 1 Abs. 2 KSchG sozial rechtfertigen müssen, spielen im Kleinbetrieb keine Rolle. Interessante Entscheidungen werden im **Rechtsprechungs-ABC** vorgestellt (s. dazu Gliederungspunkt 5.).

2. Grundlegende Einschränkung: § 23 Abs. 1 KSchG

Die §§ 1 bis 14 KSchG gelten nach § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG seit dem 01.01.2004 mit **Ausnahme**

- der §§ 4 bis 7 und
- des § 13 Abs. 1 Satz 1 u. 2

nicht in Betrieben , in denen in der Regel **10 oder weniger Arbeitnehmer** (bis zum 31.12.2003 **fünf oder weniger**, § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG) beschäftigt sind.

Bei Feststellung der Arbeitnehmerzahl zählen Arbeitnehmer mit einer regelmäßigen Arbeitszeit

- von nicht mehr als 20 Stunden mit 0,5,
- von nicht mehr als 30 Stunden mit 0,75 und
- von mehr als 30 Stunden mit 1,0.

§ 23 Abs. 1 Satz 2 u. 3 KSchG ist die **mittelstandsfreundliche Komponente** des Kündigungsschutzes. Der Gesetzgeber berücksichtigt mit dieser Regelung **die besonderen Bedürfnisse** von Kleinbetrieben. Ihre Inhaber werden durch die erzwingbare Fortsetzung eines Arbeitsverhältnisses persönlich und finanziell **schwerer belastet** als die Inhaber größerer Betriebe. Dabei hängt das persönliche Element der engen Bindung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer allein von der Belegschaftsgröße ab. Die **praktische Bedeutung** der Neuregelung für **langjährig beschäftigte Mitarbeiter**, die wegen der heraufgesetzten Mitarbeiterzahl möglicherweise ihren **früheren Kündigungsschutz verloren** haben, wird im Stichwort Kündigungsschutz - Altfälle vorgestellt.

3. Besondere Kündigungsbeschränkungen greifen trotzdem

Während das KSchG auf eine bestimmte Betriebsgröße abstellt, greift der besondere Kündigungsschutz von Arbeitnehmern **unabhängig** von § 23 Abs. 1 Satz 2 u. 3 KSchG . Ohne dass es auf die Größe des Betriebs ankommt, sind beispielsweise

- Betriebsräte (§ 15 KSchG)
- Mitarbeiter in Elternzeit (§ 18 BEEG)
- Mütter (§ 17 MuSchG)
- Schwangere (§ 17 MuSchG)
- Schwerbehinderte Menschen (§§ 168 ff. SGB IX)

gegen Arbeitgeberkündigungen geschützt.

Beispiel:

Frau K beschäftigt in ihrer Stadtparfümerie knapp unter zehn Mitarbeiterinnen i. S. des KSchG , von denen fünf Vollzeitkräfte und acht Teilzeitkräfte mit nicht mehr als 20 Wochenstunden sind. Bedingt durch die zunehmende Konkurrenz der Parfümerie-Ketten will K ihre Personalstruktur der geänderten Ertragslage anpassen. Vollzeitmitarbeiterin C ist schwanger, Teilzeitmitarbeiterin A schwerbehindert, Teilzeitmitarbeiterin D in Elternzeit. Frau K muss bei C, A und D auf den besonderen Kündigungsschutz

achten, obwohl das KSchG wegen der Betriebsgröße auf ihr Unternehmen keine Anwendung findet.

Was allerdings auch Arbeitnehmer in einem Kleinbetrieb nach einer Kündigung tun müssen: innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung **Klage erheben**, § 23 Abs. 1 Satz 2 u. 3 KSchG i. V. mit § 4 Satz 1 KSchG. Tun sie das nicht, gilt ihre Kündigung nach § 23 Abs. 1 Satz 2 u. 3 KSchG i. V. mit § 7 KSchG als von Anfang an wirksam. Das heißt, der besonders geschützte Arbeitnehmer verliert auch in einem Kleinbetrieb seinen besonderen Kündigungsschutz, wenn er ihn nicht rechtzeitig gerichtlich geltend macht.

Mehr zum besonderen Kündigungsschutz in den Stichwörtern Kündigung - betriebsbedingt: Unkündbarkeit, Kündigung - personenbedingt: besonderer Kündigungsschutz, Kündigung - verhaltensbedingt: besonderer Kündigungsschutz und Kündigungsschutz - Wartezeit.

4. Schutz vor sitten- oder treuwidrigen Kündigungen

Auch wenn das KSchG in Kleinbetrieben nicht gilt, lassen BVerfG und BAG Arbeitnehmer in diesen Betrieben **nicht schutzlos**. Sie haben ein **Mindestmaß an sozialem Kündigungsschutz**, das - losgelöst von den KSchG-Kündigungsgründen -

- **sitten-** oder
- **treuwidrige**

Kündigungen verhindern will. Die maßgeblichen Grundlagen:

- § 138 Abs. 1 BGB - **Sittenwidriges Rechtsgeschäft** - "Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig."
- § 242 BGB - **Leistung nach Treu und Glauben** - "Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern."

Damit ist der verfassungsrechtlich gebotene **Mindestschutz des Arbeitsplatzes vor Verlust durch private Disposition** in jedem Fall gewährleistet (BAG, 21.02.2001 - 2 AZR 15/00).

Nicht jede Kündigung, die einem Arbeitnehmer missfällt, ist gleich sitten- oder treuwidrig. Da KSchG-Kündigungsgründe hier unberücksichtigt bleiben, muss es schon **etwas heftiger** kommen.

Beispiele

1. K aus dem vorausgehenden Beispiel in Gliederungspunkt 3. verlangt von Verkäuferin L, vor dem Laden Schnee zu fegen und die freigemachten Stellen mit Salz abzustreuen. L weist ihre Chefin darauf hin, dass sie für diese Tätigkeit nicht passend angezogen sei und auch nicht das richtige Schuhwerk an habe. Mit dem Hinweis, dass es genügend arbeitslose Parfümverkäuferinnen gäbe, die L ersetzen könnten, schickt K ihre Mitarbeiterin trotzdem nach draußen in die Kälte. L rutscht mit ihren Pumps auf dem glatten Bürgersteig aus und zieht sich einen komplizierten Oberarmbruch zu. K kündigt.
2. Die alljährliche "Duftprobe" im Hause K ist wieder mal ein voller Erfolg. Während K abends die Kasse zählt, sorgt Verkäuferin V dafür, dass für den nächsten Morgen wieder Klarschiff ist. Sie räumt Champagnergläser und -flaschen auf, entsorgt die Reste des teuren Buffets des Caterers E und sucht Verpackungsmüll zusammen, den die illustre Kundschaft einfach auf dem Boden entsorgte. "Sie sind aber fleißig", lobt K's Ehemann, und meint, er habe noch ein besonderes Geschenk für sie, wenn sie mit ihm und seiner Frau nach Hause gehe und ein bisschen lieb zu ihnen sei. V bekommt einen roten Kopf, dreht sich auf dem Absatz um und verlässt grußlos den Laden. Am nächsten Tag erhält sie von K die Kündigung.

Auch wenn der Arbeitgeber in den Beispielfällen keinen KSchG -Betrieb führt und eigentlich **aus jedem nur irgendwie nachvollziehbaren Grund** kündigen darf: Hier setzt ihm die **Rechtsordnung Grenzen**. Einen Arbeitnehmer zu kündigen, weil er wegen eines vom Arbeitgeber **provozierten Arbeitsunfalls** arbeitsunfähig

krank ist, ist sittenwidrig. Das Gleiche gilt für eine Kündigung, die nur deswegen erklärt wird, weil sich der Arbeitnehmer gegen eine **sexuelle Belästigung** wehrt.

Praxistipp:

In Betrieben, in denen der KSchG -Kündigungsschutz nicht greift, müssen Arbeitgeber vor einer Kündigung unbedingt das Maßregelungsverbot aus § 612a BGB beachten: Sie dürfen keinen Mitarbeiter kündigen, nur weil der in zulässiger Weise seine Rechte geltend gemacht hat.

Eine **sittenwidrige Kündigung** muss dem **Anstandsgefühl** aller billig und gerecht Denkenden krass widersprechen (BAG, 24.04.1997 - 2 AZR 268/96). Die Kündigung selbst ist als Willenserklärung immer wertfrei - die Sittenwidrigkeit kann sich daher nur aus dem ihr zugrunde liegenden

- **Motiv** oder
- **Zweck**

ergeben. Aber selbst in Fällen, "in denen ein einseitiges Rechtsgeschäft **auf einem unsittlichen Motiv** (z.B. Rachsucht) **beruht**, ist jedoch nicht immer das Motiv als solches entscheidend, vielmehr kommt es darauf an, dass durch das unsittliche Motiv das Rechtsgeschäft als Regelung zu einem sittenwidrigen wird. Es ist deshalb verfehlt, lediglich auf das Motiv des kündigenden Arbeitgebers oder einzelne Tatsachenkomplexe abzustellen. Ob eine Kündigung wegen Sittenwidrigkeit unwirksam ist, kann nur eine **Gesamtwürdigung aller Umstände** des Einzelfalls ergeben" (BAG, 24.04.1997 - 2 AZR 268/96).

Eine **treuwidrige Kündigung** ist anzunehmen, wenn sich der Arbeitgeber **widersprüchlich** verhält. Das kann beispielsweise der Fall sein, wenn der Arbeitgeber einen Mitarbeiter aus einem laufenden Arbeitsverhältnis mit dem Versprechen abwirbt, bei ihm hätte er alles besser und sogar eine "Lebensstellung", dann die Versprechungen aber doch nicht einhält und schon nach kurzer Zeit kündigt.

5. Rechtsprechungs-ABC

An dieser Stelle werden einige der interessantesten **Entscheidungen** zum Thema Kündigungsschutz im Kleinbetrieb **in alphabetischer Reihenfolge** nach Stichwörtern geordnet vorgestellt:

5.1 AGG-widrige Kündigung - 1

§ 2 Abs. 4 AGG sieht vor: "Für Kündigungen gelten ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz." Das heißt: Die **Anwendung** des AGG ist ausgeschlossen, wenn der Arbeitnehmer die KSchG-Wartezeit zurückgelegt hat und in einem KSchG-Betrieb arbeitet. Ist das nicht der Fall, sind AGG -widrige Kündigungen über § 134 BGB unwirksam. § 2 Abs. 4 AGG erfasst nicht die zivilrechtlichen Generalklauseln. "Ordentliche Kündigungen während der Wartezeit und in Kleinbetrieben sind deshalb unmittelbar am **Maßstab** des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes zu messen" (BAG, 19.12.2013 - 6 AZR 190/12 - zur Kündigung eines Arbeitnehmers, der eine **symptomlose HIV-Infektion** hatte, während der Wartezeit).

5.2 AGG-widrige Kündigung - 2

"Eine **ordentliche Kündigung**, die einen Arbeitnehmer, auf den das Kündigungsschutzgesetz - noch - keine Anwendung findet, aus einem der in § 1 AGG genannten Gründe diskriminiert, ist gemäß § 134 BGB i.V.m. § 7 Abs. 1 AGG unwirksam. Zwar regelt das AGG nicht selbst, welche **Rechtsfolge** eine nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG unzulässige Benachteiligung hat. Jedoch ergibt sich die Rechtsfolge aus § 134 BGB . Seit Inkrafttreten des AGG sind deshalb diskriminierende Kündigungen nicht mehr am Maßstab des § 242 BGB zu messen. § 2 Abs. 4 AGG steht dem nicht entgegen" (BAG, 26.03.2015 - 2 AZR 237/14 - mit Hinweis auf BAG, 19.12.2013 - 6 AZR 190/12).

5.3 Altersdiskriminierung

Spricht der Arbeitgeber eines Kleinbetriebs in seinem Kündigungsschreiben den **Umstand** an, dass die gekündigte Mitarbeiterin ja **"inzwischen pensionsberechtigt"** sei, ist das ein Hinweis, der auf eine mögliche Diskriminierung wegen des AGG-Merkmals "Alter" deutet (zumal sie die einzige Mitarbeiterin war, die eine Kündigung bekam, und der Arbeitgeber vier jüngere Kolleginnen weiterbeschäftigen wollte). Der Arbeitgeber ist in diesem Fall gehalten, die aus § 22 AGG folgende **Diskriminierungsvermutung** zu widerlegen. Gelingt ihm das nicht, verstößt seine Kündigung gegen § 7 Abs. 1 AGG und ist damit - auch in einem Kleinbetrieb - unwirksam. Aber nicht nur das: Die widerrechtlich gekündigte Arbeitnehmerin kann darüber hinaus einen Entschädigungsanspruch nach § 15 AGG haben (BAG, 23.07.2015 - 6 AZR 457/14).

5.4 Betrieb - nicht Unternehmen

§ 23 Abs. 1 KSchG stellt beim betrieblichen **KSchG-Anwendungsbereich** auf die Größe des Betriebs ab - nicht auf die Größe des Unternehmens . Das "ist verfassungsrechtlich unbedenklich, solange dadurch nicht angesichts der vom Arbeitgeber geschaffenen konkreten **Organisation** die gesetzgeberischen Erwägungen für die **Privilegierung des Kleinbetriebs** bei verständiger Betrachtung ins Leere gehen und die Bestimmung des Betriebsbegriffs nach herkömmlicher Definition zu einer sachwidrigen Ungleichbehandlung betroffener Arbeitnehmer führte" (s. dazu BVerfG, 27.01.1998 - 1 BvL 15/87 und BAG, 28.10.2010 - 2 AZR 392/08).

Allein der Umstand, dass sich ein Unternehmen in **mehrere kleine - organisatorisch selbstständige - Einheiten** gliedert, reicht nicht aus, um den Betriebsbezug des Schwellenwerts aufzuknacken. Will man den Betriebsbezug durchbrechen, muss eine "alle **Umstände des Einzelfalls** einbeziehende, wertende Gesamtbetrachtung" vorgenommen und die Frage geprüft werden, "ob die Anwendung der Kleinbetriebsklausel nach **Maßgabe des allgemeinen Betriebsbegriffs** unter Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse dem mit ihr verbundenen Sinn und Zweck [in diesem Fall] (noch) gerecht wird (BAG, 19.07.2016 - 2 AZR 468/15 - mit Hinweis auf BAG, 28.10.2010 - 2 AZR 392/08 - und BAG, 13.06.2002 - 2 AZR 327/01).

5.5 Darlegungs- und Beweislast - 1

Der Arbeitnehmer hat die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass sein Arbeitsverhältnis in einem Betrieb gekündigt wurde, der in den betrieblichen KSchG-Anwendungsbereich des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG fällt. Nach dem im arbeitsgerichtlichen Verfahren geltenden **Grundsatz der abgestuften Darlegungslast** dürfen daran jedoch keine allzu großen **Anforderungen** gestellt werden. "Es reicht in der Regel aus, wenn der Arbeitnehmer die äußeren Umstände schlüssig darlegt, die für die Annahme sprechen, dass die Betriebsstätte, in der er beschäftigt ist, über keinen eigenständigen Leitungsapparat verfügt, diese vielmehr **zentral gelenkt** wird." Danach ist es nach § 138 Abs. 2 ZPO Sache des Arbeitgebers, darauf substantiiert zu erwidern und "im Einzelnen zu erklären, welche rechtserheblichen Umstände gegen die Annahme eines einheitlichen Leitungsapparates für mehrere Betriebsstätten sprechen" (BAG, 15.03.2001 - 2 AZR 151/00).

5.6 Darlegungs- und Beweislast - 2

Eine Kündigung kann nur dann sozial ungerechtfertigt sein, wenn die **Schwellenwerte** des § 23 Abs. 1 Satz 2 u. 3 KSchG überschritten sind. Nur dann ist der Arbeitgeber berechtigt, die **fehlende soziale Rechtfertigung** nach § 4 Satz 1 KSchG mit einer Kündigungsschutzklage geltend zu machen. Insoweit gilt: "Der Arbeitnehmer trägt die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der in § 23 Abs. 1 KSchG geregelten betrieblichen Geltungsvoraussetzungen des Kündigungsschutzgesetzes . Das gilt auch für die am 1. Januar 2004 in Kraft getretene **Neufassung** des § 23 KSchG " (BAG, 26.06.2008 - 2 AZR 264/07 Leitsatz).

5.7 Darlegungs- und Beweislast - 3

Im **Rahmen** der abgestuften Darlegungs- und Beweislast muss der Arbeitnehmer **im ersten Schritt**, "soweit er die Überlegung des Arbeitgebers, die zu seiner Kündigung geführt hat, nicht kennt, lediglich einen Sachverhalt vortragen, der die Treuwidrigkeit der Kündigung nach § 242 BGB indiziert." Danach ist der Arbeitgeber dran. Er muss nun im Rahmen des § 138 Abs. 2 ZPO im Einzelnen **auf die Behauptungen des Arbeitnehmers erwidern** und sie entkräften. "Kommt der Arbeitgeber dem nicht nach, gilt der schlüssige Sachvortrag des Arbeitnehmers gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden" (LAG Rheinland-Pfalz, 28.10.2011 - 9 Sa 231/11).

5.8 Darlegungs- und Beweislast - 4

Glaubt ein Arbeitnehmer, seine Kündigung sei sozial ungerechtfertigt (§ 1 Abs. 1 u. Abs. 2 KSchG), hat er mit einer Kündigungsschutzklage vor dem Arbeitsgericht nur dann Erfolg, wenn das **KSchG auf sein Arbeitsverhältnis anwendbar** ist. Der betriebliche KSchG-Anwendungsbereich wird in § 23 Abs. 1 KSchG festgelegt. Im Arbeitgeberbetrieb müssen also in der Regel mehr als zehn Arbeitnehmer (bis 31.12.2003: mehr als fünf) beschäftigt werden. Für **die betrieblichen Geltungsvoraussetzungen** des § 23 Abs. 1 KSchG trägt der Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast (BAG, 19.07.2016 - 2 AZR 468/15 - mit dem Hinweis, dass bei **Schwierigkeiten des Arbeitnehmers in der Beweisführung**, die sich aus fehlenden Kenntnismöglichkeiten ergeben, die Grundsätze der abgestuften Darlegungs- und Beweislast (s. dazu auch BAG, 24.01.2013 - 2 AZR 140/12) anzuwenden sind).

5.9 Diskriminierung wg. Schwangerschaft - 1

Auch wenn es in einem Kleinbetrieb keinen KSchG -Kündigungsschutz gibt: Der Schutz nach § 9 MuSchG (a.F. = § 17 MuSchG n. F.) für schwangere Mitarbeiterinnen greift auch hier. Erklärt der **Arbeitgeber eines Kleinbetriebs** unter Verstoß gegen das MuSchG -Kündigungsverbot eine Kündigung, ist das eine AGG -widrige **Benachteiligung wegen des Geschlechts**. Diese Benachteiligung kann einen **Entschädigungsanspruch** nach § 15 Abs. 2 AGG auslösen. Und das gilt unabhängig von der Frage, wie Kündigungen auch nach den Bestimmungen des AGG zu beurteilen sind. Hier liegt eine geschlechtsbedingte Benachteiligung vor, weil die Arbeitnehmerin wegen ihrer Schwangerschaft ungünstiger behandelt wurde (BAG, 12.12.2013 - 8 AZR 838/12).

5.10 Diskriminierung wg. Schwangerschaft - 2

Kündigt der Arbeitgeber eine schwangere Mitarbeiterin, ohne zuvor die **Zustimmung der Arbeitsschutzbehörde** dazu eingeholt zu haben, kann das eine **AGG-widrige Benachteiligung** wegen des Geschlechts darstellen. Das wiederum hat zur Folge, dass der Arbeitgeber zur **Zahlung einer Geldentschädigung** verpflichtet sein kann. In diesem Fall hatte der Arbeitgeber bereits den ersten Kündigungsrechtsstreit wegen einer Probezeitkündigung in der Schwangerschaft verloren und bei der zweiten Kündigung bloß angenommen, die Mitarbeiterin sei nicht mehr schwanger. Diesen Einwand hielt das Gericht für unberechtigt. Vor allem auch vor dem Hintergrund, dass die Mitarbeiterin nicht verpflichtet gewesen sei, ihren Arbeitgeber vom Fortbestehen und weiteren Verlauf der Schwangerschaft zu unterrichten (LAG Berlin-Brandenburg, 16.09.2015 - 23 Sa 1045/15).

5.11 Durchbrechung des Schwellenwerts

Solange die **Beweggründe des Gesetzgebers** für die Privilegierung von Kleinbetrieben bei verständiger Würdigung durch die vom Arbeitgeber geschaffene konkrete Organisation nicht ins Leere gehen und die Bestimmung des Betriebsbegriffs nach herkömmlicher Definition zu einer sachwidrigen **Ungleichbehandlung betroffener Arbeitnehmer** führt, ist der in § 23 Abs. 1 KSchG verankerte Betriebsbezug verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden (s. dazu BVerfG, 27.01.1998 - 1 BvL 15/87 - sowie BAG, 19.07.2016 - 2 AZR 468/15 und BAG, 28.10.2010 - 2 AZR 392/08). Selbst der Umstand, dass sich ein Unternehmen in mehrere kleine, organisatorisch verselbstständigte Einheiten gliedert und dort insgesamt mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt werden, rechtfertigt keine Durchbrechung des Betriebsbezugs des Schwellenwerts. Wäre es anders, würde das auf eine vom Gesetzgeber nicht gewollte generelle Gleichsetzung von Betrieb und Unternehmen hinauslaufen - was vom BVerfG nur in Einzelfällen, die dem gesetzgeberischen **Leitbild** nicht entsprechen - für möglich gehalten wird (BAG, 02.03.2017 - 2 AZR 427/16 - mit Hinweis auf BAG, 19.07.2016 - 2 AZR 468/15 und BAG, 28.10.2010 - 2 AZR 392/08).

5.12 Einschränkung der Kleinbetriebsklausel

Erfüllt die als " Betrieb " i.S.d. KSchG zu verstehende Einheit nicht sämtliche **Merkmale**, die das BVerfG als charakteristisch für die Annahme eines Kleinbetriebs ansieht, führt das nicht zum Ausschluss der Kleinbetriebsklausel. Das BVerfG hat bloß **typologisch** Gesichtspunkte für die Annahme eines Kleinbetriebs ins Feld geführt (s. dazu BVerfG, 27.01.1998 - 1 BvL 15/87). Diese Gesichtspunkte sind **nicht wie Tatbestandsvoraussetzungen** einer Norm zu behandeln. "Maßgeblich ist vielmehr eine alle Umstände des Einzelfalls einbeziehende, wertende Gesamtbetrachtung dahingehend, ob die Anwendung der

Kleinbetriebsklausel nach Maßgabe des allgemeinen Betriebsbegriffs unter Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse dem mit ihr verbundenen Sinn und Zweck (noch) gerecht wird" (BAG, 02.03.2017 - 2 AZR 427/16 - mit Hinweis auf BAG, 19.07.2016 - 2 AZR 468/15 und BAG, 28.10.2010 - 2 AZR 392/08).

5.13 Grundrechtsbindung

"Arbeitgeber in Kleinbetrieben unterliegen bei der Ausführung ihres Kündigungsrechts den **Schranken** von Treu und Glauben (§ 242 BGB). Bei der näheren Bestimmung dieser Schranken ist die Bedeutung grundrechtlicher Schutzpflichten zu beachten." (...). Arbeitnehmer "sind [in Kleinbetrieben] nicht völlig schutzlos gestellt. Sie sind durch die zivilrechtlichen Generalklauseln (§§ 138 , 242 BGB) vor einer **sitten- oder treuwidrigen Ausübung des Kündigungsrechts** des Arbeitgebers bewahrt. Im Rahmen dieser **Generalklauseln** verlangt der objektive Gehalt der Grundrechte, hier vor allem aus Art. 12 Abs. 1 GG , nach Berücksichtigung." So ist bei "der Prüfung der Treuwidrigkeit einer Kündigung ... vielmehr § 242 BGB im Lichte des Art. 12 Abs. 1 GG auszulegen und anzuwenden. Es geht darum, den Arbeitnehmer vor willkürlichen oder auf sachfremden Motiven, etwa auf Diskriminierung beruhenden Kündigungen zu schützen" (BAG, 28.10.2010 - 2 AZR 392/08).

5.14 Grundrechtsschutz - 1

Arbeitnehmern in Kleinbetrieben ist das deutlich **größere rechtliche Risiko** eines Arbeitsplatzverlustes angesichts der schwerwiegenden und grundrechtlich geschützten **Belange der Arbeitgeber** zuzumuten. Es ist verfassungsrechtlich nicht geboten, dem Kleinunternehmer "praktisch die im Kündigungsschutzgesetz vorgegebenen Maßstäbe der Sozialwidrigkeit aufzuerlegen. Es gilt: "1. § 23 Abs. 1 Satz 2 ... [KSchG] in der Fassung des Gesetzes vom 26. April 1985 war **bei verfassungskonformer Auslegung** mit dem Grundgesetz vereinbar. 2. Soweit die Bestimmungen des .. [KSchG] nicht greifen, gewährleisten die zivilrechtlichen Generalklauseln den durch Art. 12 Abs. 1 GG gebotenen Mindestschutz der Arbeitnehmer" (BVerfG, 27.01.1998 - 1 BvL 15/87).

5.15 Grundrechtsschutz - 2

Außerhalb des KSchG -Geltungsbereichs sind Arbeitnehmer vor einer willkürlichen oder auf sachfremden Motiven beruhenden Kündigung zu schützen. "Eine darüber hinaus gehende **Kontrolle** verlangt auch der nach Art. 12 Abs. 1 GG gebotene Mindestschutz der Arbeitsverhältnisse außerhalb des Anwendungsbereichs des allgemeinen Kündigungsschutzes nach § 1 KSchG nicht. Dies gilt nicht nur im Kleinbetrieb , sondern auch für die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses in der Wartezeit gemäß § 1 Abs. 1 KSchG (...). Das **Vertrauen des Arbeitnehmers** in den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses ist in diesem Zeitraum dadurch beschränkt, dass der Arbeitnehmer hier mit einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses **ohne den Nachweis von Gründen** rechnen muss..." (BVerfG, 21.06.2006 - 1 BvR 1659/04).

5.16 Grundrechtsschutz - 3

Auch wenn der Betrieb im entschiedenen Fall kein Kleinbetrieb war, die BAG-Aussagen zum Grundrechtsschutz sind beachtenswert: "Die durch Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleistete **Berufswahlfreiheit** der betroffenen Arbeitnehmer bietet keinen unmittelbaren Schutz gegen den Verlust des Arbeitsplatzes aufgrund privater Dispositionen. Allerdings strahlt das verfassungsrechtlich gebotene **Mindestmaß an Bestandsschutz** auf die **Auslegung und Anwendung der kündigungrechtlichen Vorschriften** aus.

Daher haben die Gerichte von Verfassungs wegen zu prüfen, ob von deren **Anwendung im Einzelfall** Grundrechte des Arbeitnehmers berührt sind. Trifft das zu, haben sie die einfachgesetzlichen Vorschriften, soweit möglich, **im Lichte der Grundrechte auszulegen und anzuwenden** [es folgen Rechtsprechungshinweise, u. a. auf BVerfG, 19.03.1998 - 1 BvR 10/97 und BAG, 22.11.2012 - 2 AZR 673/11] . Dem entspricht es, dass die **Darlegung der Kündigungsgründe** umso detaillierter sein muss, je näher die fragliche Organisationsentscheidung an den Kündigungsentschluss heranrückt" (BAG, 20.06.2013 - 2 AZR 379/12).

5.17 Homosexualität

Der vereinfachte Fall: Arbeitgeber G, ein Kaffeevertrieb, hatte einen Firmenwagen neu gestaltet. Aus Kaffeebohnen ragten zwei **nackte Frauenbeine** mit roten - halb ausgezogenen - Pumps heraus, daneben stand der Spruch "Verführerisch LECKER". Der homosexuelle Arbeitnehmer N, der bei G seit fast 20 Jahren **Verkaufsfahrer** war, hatte schon damit ein Problem. Als man dann an seinem Fahrzeug auch noch **rote Radkappen** montiert hatte, wurde es ihm zu viel. "Mit so einem Puffauto fahre ich nicht", sagte N. G kündigte daraufhin am 30.06.2015 fristlos, hilfsweise fristgerecht. Das KSchG fand auf N's Arbeitsverhältnis keine Anwendung.

Für eine außerordentliche Kündigung reichte das Arbeitnehmerverhalten in diesem Fall nicht. Sie war unverhältnismäßig. Erstens hatte der Arbeitgeber **zuvor nicht abgemahnt**, zweitens sei zugunsten des gekündigten Mitarbeiters die lange - und bis dahin ohne Beanstandung gebliebene - Beschäftigung zu berücksichtigen. Gegen die ordentliche Kündigung konnte sich der Arbeitnehmer dagegen nicht wehren, weil das KSchG in G's Kleinbetrieb keine Anwendung fand. Ein **Verstoß gegen das AGG**, der eine Kündigung schon hätte unwirksam machen können, sei hier auszuschließen. N sei nicht wegen seiner sexuellen Identität benachteiligt worden. Es sei nicht feststellbar, dass N's **Homosexualität** G's Motiv für die Zuweisung des auffällig mit nackten Frauenbeinen gestalteten Firmenwagens war (ArbG Mönchengladbach, 14.10.2015 - 2 Ca 1765/15 - mit dem Hinweis, dass der Arbeitgeber grundsätzlich die Möglichkeit hat, seinen Arbeitnehmern ein nach seinen Vorstellungen gestaltetes Fahrzeug zuzuweisen).

5.18 Kündigungsschutz "light"

Inhalt und Grenzen des Kündigungsschutzes sind außerhalb des KSchG nach den grundrechtlichen Schutzpflichten und ihrer Bedeutung festzulegen. So ist bei der Anwendung des § 242 BGB - Treu und Glauben - Art. 12 Abs. 1 GG heranzuziehen und § 242 BGB ist in dessen Licht auszulegen und anzuwenden. "Der durch die **Generalklauseln** vermittelte Schutz darf nicht dazu führen, dass außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes dem Arbeitgeber praktisch die dem Kündigungsschutz vorgegebenen Maßstäbe der Sozialwidrigkeit auferlegt werden." Das heißt, eine Kündigung verstößt in einem Kleinbetrieb nur dann gegen § 242 BGB, "wenn sie **Treu und Glauben** aus Gründen verletzt, die von § 1 KSchG nicht erfasst sind" (LAG Berlin-Brandenburg, 07.10.2010 - 13 Sa 1285/10 - mit dem Hinweis, dass keine willkürliche Kündigung anzunehmen ist, "wenn ein irgendwie einleuchtender Grund" für die Kündigung besteht).

5.19 Rechtsmissbrauch

Grundsätzlicher Ansatzpunkt für rechtsmissbräuchliches Verhalten: Rechte oder Rechtspositionen, die durch unredliches Verhalten erworben oder begründet wurden, sind nach § 242 BGB in der Regel nicht schutzwürdig. Nutzt jemand die von ihm rechtsmissbräuchlich **erworbene Rechtsstellung** aus, kann man ihm folgerichtig den Einwand unzulässiger Rechtsausübung entgegenhalten (s. dazu BAG, 17.03.2016 - 8 AZR 677/14; BAG, 21.10.2014 - 3 AZR 866/12; BAG, 23.11.2006 - 8 AZR 349/06; BGH, 06.02.2002 - X ZR 215/00 und BGH, 06.10.1971 - VIII ZR 165/69). Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass **nicht jedes rechts- oder pflichtwidrige Verhalten** gleich und immer - oder auch nur in gewisser Regelmäßigkeit - die Ausübung der dadurch erlangten Rechtsstellung unzulässig macht. "Hat der Anspruchsteller sich die günstige Rechtsposition aber gerade durch [s]ein treuwidriges Verhalten verschafft, liegt eine unzulässige Rechtsausübung i.S.v. § 242 BGB vor" (BAG, 19.05.2016 - 8 AZR 470/14 - mit Hinweis auf BGH, 28.10.2009 - IV ZR 140/08).

5.20 Rücksichtnahme

Soll die Rechtmäßigkeit einer Kündigung im Kleinbetrieb im Rahmen der Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB geprüft werden, ist es unerheblich, ob der der gekündigte Arbeitnehmer - die Wahrheit der dem Arbeitgeber zugetragenen Äußerungen unterstellt - tatsächlich gegen seine Pflicht zur Rücksichtnahme **auf die Belange des Arbeitgebers** aus § 241 Abs. 2 BGB verstoßen hat und seine **Pflichtverletzung** möglicherweise eine am Maßstab des § 1 Abs. 2 KSchG zu messende verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen könnte. Im Gegenteil: Die Berechtigung von Gründen, die unter Geltung des allgemeinen Kündigungsschutzes als solche im Verhalten der Klägerin gewertet werden könnten, können allein auf Grundlage der zivilrechtlichen Generalklauseln gerade **nicht nachgeprüft** werden (s. dazu BAG, 28.09.1972 - 2 AZR 469/71). Liegen die Voraussetzungen einer Verdachtskündigung nicht vor, gibt es für den Arbeitgeber keine "allgemeine Pflicht zur Aufklärung des 'wahren Sachverhalts'" (BAG, 05.12.2019 - 2 AZR 107/19).

5.21 Sozialauswahl "light"

Kann der Arbeitgeber eines Kleinbetriebs bei einer Kündigung **unter mehreren Arbeitnehmern** wählen, muss er dabei "ein durch Art. 12 GG gebotenes **Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme** .. wahren." Dieses Mindestmaß lässt er auf den ersten Blick außer Betracht, wenn bei einem Vergleich der Sozialdaten offensichtlich ist, dass der gekündigte Arbeitnehmer sozial erheblich schutzbedürftiger als ein nicht gekündigter weiterbeschäftigter Kollege ist. "Setzt der Arbeitgeber dem schlüssigen Sachvortrag [dann] weitere (betriebliche, persönliche etc.) Gründe entgegen, die ihn zu der getroffenen Auswahl bewogen haben, so hat unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben eine **Abwägung** zu erfolgen. Es ist zu prüfen, ob auch unter Einbeziehung der vom Arbeitgeber geltend gemachten Gründe die Kündigung die sozialen Belange des betroffenen Arbeitnehmers in treuwidriger Weise unberücksichtigt lässt. Der unternehmerischen Freiheit des Arbeitgebers im Kleinbetrieb kommt bei dieser Abwägung ein erhebliches Gewicht zu" (BAG, 21.02.2001 - 2 AZR 15/00).

5.22 Wiedereinstellungsanspruch - 1

Ein Wiedereinstellungsanspruch ist nichts für Arbeitnehmer **in einem Kleinbetrieb** - auch nicht nach einem Betriebsübergang . Einen Wiedereinstellungsanspruch **nach einer Kündigung** haben nur Arbeitnehmer, die in einem KSchG- Betrieb beschäftigt sind und KSchG-Kündigungsschutz haben (= Wartezeit zurückgelegt, Betrieb mit mehr als zehn Arbeitnehmern i. S. des § 23 Abs. 1 KSchG). Dieser KSchG- Kündigungsschutz muss im **Zeitpunkt des Zugangs** der Kündigung bestehen. Lediglich im Einzelfall - für den der Sachverhalt hier jedoch keine Anhaltspunkte hergab - kann in einem Kleinbetrieb unter Umständen über § 242 - Treu und Glauben - ein Wiedereinstellungsanspruch entstehen (BAG, 19.10.2017 - 8 AZR 845/15) .

5.23 Wiedereinstellungsanspruch - 2

In KSchG-Betrieben gibt das BAG gekündigten Arbeitnehmern unter bestimmten Umständen einen - gegebenenfalls sogar rückwirkenden - Wiedereinstellungsanspruch . Das ist u. a. der Fall, wenn sich zwischen dem Zugang einer betriebsbedingten Kündigung und dem Ablauf der Kündigungsfrist wider Erwarten herausstellt, dass der **Arbeitsplatz doch erhalten** bleibt (s. dazu BAG, 16.05.2007 - 7 AZR 621/06 und BAG, 28.06.2000 - 7 AZR 904/98), oder sich unvorhergesehen **auf einem freien Arbeitsplatz** i. S. des § 1 Abs. 2 KSchG eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit auftut (s. dazu BAG, 26.01.2017 - 2 AZR 61/16 ; BAG, 15.12.2011 - 8 AZR 197/11 und BAG, 25.09.2008 - 8 AZR 607/07). Obwohl der Weiterbeschäftigungsanspruch aus § 242 BGB - Treu und Glauben - hergeleitet wird, gilt für Nicht-KSchG-Betriebe: "Die in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Wiedereinstellungsanspruch nach wirksamer betriebsbedingter Kündigung entwickelten Grundsätze sind in Kleinbetrieben iSv. § 23 Abs. 1 Satz 2 bis Satz 4 KSchG **nicht anwendbar**" (BAG, 19.10.2017 - 8 AZR 845/15) .