

**Kündigung: Im Kleinbetrieb wird nicht lange gefackelt**

Ein Monteur in einem Elektrofachhandel, der neben 3 weiteren Kollegen beschäftigt ist, kann gegen eine betriebsbedingte Kündigung nicht anfechten, wenn er meint, sie wäre sozial nicht gerechtfertigt. Grds. muss der Arbeitgeber eines Kleinbetriebes (= weniger als 5 Beschäftigte) keinen Grund für eine ordentliche Kündigung angeben. (Hier waren Monteur, Verkäufer, Fahrer und Lagerarbeiter aber ohnehin nicht vergleichbar.)

Quelle: Wolfgang Büser

**Unwirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung; Überprüfbarkeit eines unbestimmten Rechtsbegriffs; Kündigungsschutz im Kleinbetrieb; Gebot der sozialen Rücksichtnahme durch Art. 12 Grundgesetz; Grundrechtsschutz des Arbeitnehmers aus Treu und Glauben**

**Gericht:** BAG

**Datum:** 06.02.2003

**Aktenzeichen:** 2 AZR 672/01

**Entscheidungsform:** Urteil

**Referenz:** JurionRS 2003, 12202

**ECLI:** [keine Angabe]

**Verfahrensgang:**

vorgehend:

ArbG Herne - 16.01.2001 - AZ: 2 Ca 2303/00

LAG Hamm - 21.08.2001 - AZ: 13 Sa 433/01

**Rechtsgrundlagen:**

§ 242 BGB

§ 23 KSchG

Art. 12 GG

**Fundstellen:**

BAGE 104, 308 - 314

AA 2003, 75-76

ArbRB 2003, 197-198 (Volltext mit amtl. LS)

ARST 2003, 144 (Pressemitteilung)

AuA 2003, 50 (Kurzinformation)

AuR 2003, 118 (Volltext)

AuR 2004, 107-108 (Volltext mit amtl. LS)

AuR 2003, 277 (amtl. Leitsatz)

BAGReport 2003, 202-204

BB 2003, IV Heft 10 (Kurzinformation)  
BB 2003, 1437-1439 (Volltext mit amtl. LS)  
BuW 2003, 700  
DB 2003, 1393-1395 (Volltext mit amtl. LS)  
EWiR 2003, 957 (Volltext mit amtl. LS)  
EzA-SD 12/2003, 13-15  
EzA-SD 4/2003, 3 (Pressemitteilung)  
FA 2003, 274 (Volltext mit amtl. LS)  
FA 2003, 255 (amtl. Leitsatz)  
FA 2003, 128 (Pressemitteilung)  
FAr 2003, 128  
FAr 2003, 255  
FAr 2003, 274  
GmbH-Report 2003, 133 (Pressemitteilung)  
GmbH-Report 2003, R 390 (Pressemitteilung)  
GmbH-Report 2003, R 133 (Pressemitteilung)  
GuS 2003, 58  
JurBüro 2003, 387-388 (Kurzinformation)  
JuS 2003, 1248 (Volltext mit amtl. LS)  
NJW 2003, 2188-2189 (Volltext mit amtl. LS)  
NWB 2003, 492  
NZA 2003, 717-719 (Volltext mit amtl. LS)  
PayRoll 2003, 20  
Personal 2003, 61  
RdW 2006, XVII Heft 4 (Volltext)  
RdW 2004, 24-25  
schnellbrief 2003, 8 (Pressemitteilung)  
schnellbrief 2003, 5  
StuB 2003, 384

**BAG, 06.02.2003 - 2 AZR 672/01**

**Amtlicher Leitsatz:**

Macht der Arbeitnehmer im Kleinbetrieb geltend, der Arbeitgeber habe bei einer Auswahlentscheidung das gebotene Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme außer Acht gelassen, so muss sich aus seinem Vorbringen auch ergeben, dass er mit den nicht gekündigten Arbeitnehmern auf den ersten Blick vergleichbar ist (Bestätigung und Fortführung von BAG 21. Februar 2001 - 2 AZR 15/00 - BAGE 97, 92).

Ein Treuerverstoß ( § 242 BGB ) bei Kündigung eines sozial schutzbedürftigeren Arbeitnehmers ist um so eher anzunehmen, je weniger bei der Auswahlentscheidung eigene Interessen des Arbeitgebers eine Rolle gespielt haben. Hat der Arbeitgeber keine spezifischen eigenen Interessen, einem bestimmten Arbeitnehmer zu kündigen und entläßt er gleichwohl den Arbeitnehmer mit der bei weitem längsten Betriebszugehörigkeit, dem höchsten Alter und den meisten Unterhaltspflichten, so spricht alles dafür, dass der Arbeitgeber bei seiner Entscheidung das verfassungsrechtlich gebotene Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme außer Acht gelassen hat.

Der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts hat  
auf Grund der Beratung vom 6. Februar 2003 durch  
den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Rost,  
die Richter am Bundesarbeitsgericht Bröhl und Schmitz-Scholemann sowie  
die ehrenamtlichen Richter Thelen und Dr. Fischer  
für **Recht** erkannt:

**Tenor:**

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 21. August 2001 - 13 Sa 433/01 - wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

**Tatbestand:**

- 1 Der Kläger macht die Unwirksamkeit einer ordentlichen Kündigung geltend.
- 2 Die Beklagte betreibt einen Einzelhandel mit Elektrogeräten und erbringt Kundendienstleistungen (Montage, Wartung und Reparatur von Haushaltsgeräten). Sie beschäftigt nicht mehr als fünf Arbeitnehmer.
- 3 Der 1945 geborene Kläger ist verheiratet und hat keine ihm gegenüber unterhaltsberechtigten Kinder. Er trat im Februar 1997 als Kundendienstmonteur in die Dienste der Beklagten. Vorübergehend bis Februar 1998 war der Kläger auch als fachlicher Betriebsleiter im Sinne der Handwerksordnung tätig. Die monatliche Vergütung betrug zuletzt 5.500,00 DM brutto zuzüglich einer Fahrkostenpauschale von 500,00 DM netto.
- 4 Im Zeitpunkt der Kündigung beschäftigte die einzelkaufmännisch geführte Beklagte neben der teilzeitbeschäftigten Ehefrau des Inhabers den Kläger und die Herren J, H und W.
- 5 Herr J ist seit Ende 1999 bei der Beklagten beschäftigt. Er ist 1970 geboren, kinderlos und verheiratet. Seine Ehefrau ist berufstätig.
- 6 Herr H ist seit Anfang Januar 2000 bei der Beklagten beschäftigt. Er ist 1976 geboren, ledig und kinderlos. Seine monatliche Vergütung betrug zuletzt 3.000,00 DM.
- 7 Herr W wurde im März 2000 eingestellt. Er ist 1978 geboren, ledig und kinderlos. Er verdiente zuletzt ebenfalls 3.000,00 DM monatlich.

- 8 Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis fristgerecht zum 31. Juli 2000. Sie erteilte dem Kläger ein Zeugnis, in dem es ua. heißt, es sei aus betrieblichen Gründen nicht möglich, den Kläger weiter zu beschäftigen.
- 9 Mit der Klage hat der Kläger geltend gemacht: Die Kündigung verstoße gegen Treu und Glauben. Die von der Beklagten getroffene Auswahlentscheidung lasse jedes Maß an sozialer Rücksichtnahme außer Acht. Zwar sei Herr J auch im Ladenverkauf eingesetzt und die Herren H und W führten hauptsächlich Transporte als Auslieferungsfahrer durch, trotzdem seien sie mit ihm vergleichbar. Er habe ebenfalls Geräte angeliefert, allerdings häufiger als die Herren H und W auch Reparaturen ohne Auslieferung ausgeführt.
- 10 Der Kläger hat zuletzt beantragt
- festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch eine fristgerechte Kündigung der Beklagten vom 30. Juni 2000 zum 31. Juli 2000 beendet wurde, sondern bis zum 30. April 2001 fortbestanden hat.
- 11 Die Beklagte hat ihren Antrag auf Klageabweisung ua. damit begründet, die Umsätze hätten die sehr hohen Kosten des Klägers nicht mehr tragen können. Die Auswahlentscheidung sei nicht zu beanstanden. Die Herren H und W seien - was ausweislich der von der Beklagten vorgelegten Arbeitsverträge zutrifft - als Auslieferungsfahrer bzw. Lagerarbeiter eingestellt. Sie seien mit dem Kläger ebenso wenig vergleichbar wie Herr J, der zusätzlich im Verkauf arbeite und den Inhaber der Beklagten entlaste. An ihn wolle der Inhaber der Beklagten auch den Betrieb verkaufen. Schließlich sei Herr J auch flexibler und habe monatlich nur 4.788,00 DM an Kosten verursacht, während für den Kläger 7.350,00 DM aufzuwenden gewesen seien.
- 12 Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

### Entscheidungsgründe

- 13 Die Revision ist unbegründet.

14 I.

Das Landesarbeitsgericht hat sich in seiner Entscheidung auf die im Urteil des Senats vom 21. Februar 2001 (- 2 AZR 15/00 - BAGE 97, 92) niedergelegten Grundsätze zum Kündigungsschutz im Kleinbetrieb bezogen und ausgeführt, die Beklagte habe sachliche Gründe für ihre Auswahlentscheidung dargetan. Zwar sei nicht zu verkennen, dass der Kläger der sozial deutlich schutzbedürftigste Arbeitnehmer sei. Es bestünden aber berechnete betriebliche Interessen der Beklagten an der Fortsetzung der Arbeitsverhältnisse mit den nicht gekündigten Arbeitnehmern. Herr J habe zusätzlich im Verkauf gearbeitet, sei als Betriebserwerber vorgesehen und verdiene weniger als der Kläger. Die Herren H und W seien ausweislich ihrer Arbeitsverträge als Auslieferungsfahrer bzw. Lagerarbeiter eingestellt worden und erhielten ebenfalls ein deutlich geringeres Arbeitsentgelt als der Kläger.

15 II.

Dem folgt der Senat im Ergebnis und im Begründungsansatz. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Kündigung verstoße nicht gegen Treu und Glauben ( § 242 BGB ), hält der revisionsrechtlichen Überprüfung im Ergebnis stand.

16 1.

Die Bestimmung dessen, was Treu und Glauben nach § 242 BGB gebieten, betrifft die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs durch das Berufungsgericht. Diese ist vom Revisionsgericht nur daraufhin zu überprüfen, ob der Rechtsbegriff selbst verkannt wurde, ob Verstöße gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze vorliegen oder ob das Tatsachengericht entscheidungserheblichen Sachverhalt unberücksichtigt gelassen hat (BAG 26. Januar 1983 - 4 AZR 179/80 - BAGE 41, 289). Diesen Anforderungen genügt die Würdigung durch das Landesarbeitsgericht.

**17**      **2.**

Auch für Kündigungen, die außerhalb des Anwendungsbereiches des Kündigungsschutzgesetzes ausgesprochen werden, gelten die Grundsätze von Treu und Glauben ( § 242 BGB ). Für die Bestimmung des Inhalts und der Grenzen dieses Kündigungsschutzes außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes ist die Bedeutung grundrechtlicher Schutzpflichten zu beachten. Wie das Bundesverfassungsgericht (27. Januar 1998 - 1 BvL 15/87 - BVerfGE 97, 169 [BVerfG 27.01.1998 - 1 BvL 15/87] ) hierzu ausgeführt hat, ist den Arbeitnehmern in Kleinbetrieben das größere rechtliche Risiko eines Arbeitsplatzverlustes angesichts der schwer wiegenden und grundrechtlich geschützten Belange der Arbeitgeber zuzumuten. Sie sind aber nicht völlig schutzlos gestellt. 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 ( §§ 242 , 138 BGB ). Im Rahmen dieser Generalklauseln ist auch der objektive Gehalt der Grundrechte, hier vor allem aus Art. 12 Abs. 1 GG , zu beachten.

**18**      **a)**

Im Anschluss hieran hat der Senat in seiner Entscheidung vom 21. Februar 2001 (- 2 AZR 15/00 - BAGE 97, 92; iw. zustimmend: Oetker Anm. zu EzA § 242 BGB Kündigung Nr. 1; Otto RdA 2002, 103; Dieterich AR-Blattei ES 1020 Nr. 361; Holtkamp AuA 2001, 472; ablehnend: Annuß BB 2001, 1898; Richardi/Kortstock Anm. zu AP § 242 BGB Kündigung Nr. 12; zweifelnd Adam MDR 2001, 944 [BAG 21.02.2001 - 2 AZR 15/00] ) ausgeführt, dass dann, wenn bei einer Kündigung eine Auswahl unter mehreren Arbeitnehmern zu treffen ist, auch der Arbeitgeber im Kleinbetrieb, auf den das Kündigungsschutzgesetz keine Anwendung findet, ein durch Art. 12 GG gebotenes Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme wahren muss und ein durch langjährige Mitarbeit erdientes Vertrauen in den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses nicht unberücksichtigt lassen darf (vgl. BVerfG 27. Januar 1998 - 1 BvL 15/87 - BVerfGE 97, 169 [BVerfG 27.01.1998 - 1 BvL 15/87] ). Dies bedeutet allerdings nicht, dass damit im Kleinbetrieb die Grundsätze des § 1 KSchG über die Sozialauswahl entsprechend anwendbar wären. Die Herausnahme des Kleinbetriebs aus dem Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes trägt ihrerseits gewichtigen, durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Belangen des Kleinunternehmers Rechnung, dessen Kündigungsrecht in hohem Maße schutzwürdig ist. Wie das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 27. Januar 1998 (a.a.O.) dargelegt hat, hängt in einem Betrieb mit wenigen Arbeitskräften der Geschäftserfolg mehr als bei Großbetrieben von jedem einzelnen Arbeitnehmer ab. Auf dessen Leistungsfähigkeit kommt es ebenso an wie auf Persönlichkeitsmerkmale, die für die Zusammenarbeit, die Außenwirkung und das Betriebsklima von Bedeutung sind. Neben weiteren Umständen fällt auch die regelmäßig geringere Finanzausstattung ins Gewicht. Schließlich belastet auch der Verwaltungsaufwand, den ein Kündigungsschutzprozess mit sich bringt, den Kleinbetrieb stärker als ein größeres Unternehmen.

**19**      **b)**

Die Auswahlentscheidung des Arbeitgebers kann im Kleinbetrieb nur darauf überprüft werden, ob sie unter Berücksichtigung des Interesses des Arbeitnehmers am Erhalt seines Arbeitsplatzes (vgl. hierzu BVerfGE 27. Januar 1998 - 1 BvL 15/87 - BVerfGE 97, 169, 177 ff.) [BVerfG 27.01.1998 - 1 BvL 15/87] und der schützenswerten Interessen des Kleinunternehmers gegen Treu und Glauben verstößt. Ein solcher Treuverstoß bei der Kündigung des sozial schutzbedürftigeren Arbeitnehmers ist um so eher anzunehmen, je weniger bei der Auswahlentscheidung eigene Interessen des

Arbeitgebers eine Rolle gespielt haben. Hat der Arbeitgeber keine spezifischen eigenen Interessen, einem bestimmten Arbeitnehmer zu kündigen bzw. anderen vergleichbaren Arbeitnehmern nicht zu kündigen, und entläßt er gleichwohl den Arbeitnehmer mit der bei weitem längsten Betriebszugehörigkeit, dem höchsten Alter und den meisten Unterhaltspflichten, so spricht alles dafür, dass der Arbeitgeber bei seiner Entscheidung das verfassungsrechtlich gebotene Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme außer Acht gelassen hat. Bestehen andererseits derartige betriebliche, persönliche oder sonstige Interessen des Arbeitgebers, so ist der durch § 242 BGB vermittelte Grundrechtsschutz des Arbeitnehmers umso schwächer, je stärker die mit der Kleinbetriebsklausel geschützten Grundrechtspositionen des Arbeitgebers im Einzelfall betroffen sind. In sachlicher Hinsicht geht es vor allem darum, Arbeitnehmer vor willkürlichen oder auf sachfremden Motiven beruhenden Kündigungen zu schützen. Es obliegt grundsätzlich dem Arbeitnehmer darzulegen und zu beweisen, dass die Kündigung nach § 242 BGB treuwidrig ist. Die Regel des § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG, wonach der Arbeitgeber die Tatsachen zu beweisen hat, die die Kündigung bedingen, gilt außerhalb des Kündigungsschutzgesetzes nicht. Der verfassungsrechtlich gebotene Schutz des Arbeitnehmers auch im Prozessrecht ist jedoch dadurch gewährleistet, dass die Grundsätze der abgestuften Darlegungs- und Beweislast anzuwenden sind.

20 c)

In einem ersten Schritt muss der Arbeitnehmer, der die Auswahlüberlegungen des Arbeitgebers, die zu seiner Kündigung geführt haben, regelmäßig nicht kennt, nur einen Sachverhalt vortragen, der die Treuwidrigkeit der Kündigung nach § 242 BGB indiziert. Ist danach auf den ersten Blick erkennbar, dass der Arbeitgeber einen erheblich weniger schutzbedürftigen, vergleichbaren Arbeitnehmer als den Kläger weiterbeschäftigt, so spricht dies dafür, dass der Arbeitgeber das erforderliche Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme außer Acht gelassen hat und deshalb die Kündigung treuwidrig (§ 242 BGB) ist. Der Arbeitgeber muss sich nach § 138 Abs. 2 ZPO qualifiziert auf diesen Vortrag einlassen, um ihn zu entkräften. In diesem Zusammenhang obliegt es dem Arbeitgeber aus Gründen der Sachnähe auch, Angaben zu seinen Auswahlüberlegungen zu machen. Kommt er dieser sekundären Behauptungslast nicht nach, gilt der schlüssige Sachvortrag des Arbeitnehmers gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden. Trägt der Arbeitgeber hingegen die betrieblichen, persönlichen oder sonstigen Gründe vor, die ihn dazu bewogen haben, den auf den ersten Blick sozial schutzbedürftigeren Arbeitnehmer zu entlassen, so muss der Arbeitnehmer die Tatsachen beweisen, aus denen sich die Treuwidrigkeit der Kündigung ergeben soll.

21 3.

Entgegen der Auffassung der Revision enthält die Annahme des Landesarbeitsgerichts, bei Anwendung dieser Grundsätze sei ein Verstoß gegen § 242 BGB nicht gegeben, im Ergebnis keinen Rechtsfehler. Allerdings ergibt sich - entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts - bereits aus dem eigenen Vorbringen des Klägers und dem unstreitigen Sachverhalt nicht mit der nötigen Evidenz, dass die Beklagte das erforderliche Mindestmaß an sozialer Rücksichtnahme außer Acht gelassen hätte. Der Kläger ist nicht evident vergleichbar mit den Arbeitnehmern H, W und J.

22 a)

An der Vergleichbarkeit im Sinne der nach § 1 Abs. 3 KSchG vorgeschriebenen Sozialauswahl fehlt es, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht einseitig auf den in Betracht kommenden anderen Arbeitsplatz um- oder versetzen kann (vgl. BAG 17. Februar 2000 - 2 AZR 142/99 - AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 46 = EzA KSchG § 1 Soziale Auswahl Nr. 43 mwN). Im Rahmen des § 242 BGB muss jedoch die Frage der Vergleichbarkeit im Lichte des Umstandes gesehen werden, dass Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz nicht besteht und der Arbeitgeber zu einer sozialen Auswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG nicht verpflichtet ist. Entscheidend ist vielmehr, ob das an sich bestehende Kündigungsrecht missbräuchlich ausgeübt wird. Es geht deshalb nicht an, dem Kleinbetrieb eine - ansonsten unvermeidliche - sorgfältige rechtliche Vorprüfung abzuverlangen, wie sie bei Bildung der auswahlrelevanten Personenkreise nach dem Kündigungsschutzgesetz erforderlich ist. Dem Kleinunternehmer soll gerade auch der mit einem Kündigungsschutzprozess

und seiner Vorbereitung verbundene Verwaltungsaufwand erspart bleiben. Da es in der Sache allein um einen Ausschluss von Willkür und sachfremden Motiven geht, ist ein nach § 242 BGB beachtlicher Auswahlfehler nur dann evident, wenn die Nichteinbeziehung eines Arbeitnehmers in den Auswahlkreis willkürlich ist. Nur, wenn sich aus dem Vorbringen des Arbeitnehmers auf den ersten Blick ergibt, dass der Arbeitgeber davon ausgehen musste, der gekündigte und der oder die nicht gekündigten Arbeitnehmer seien ohne weiteres austauschbar, kann es auf die Rechtfertigung der Auswahlentscheidung nach sozialen Gesichtspunkten ankommen. Nur dann kann von einem insoweit vorliegenden "evidenten" Auswahlfehler gesprochen werden.

**23** b)

Die Arbeitnehmer J, H und W waren bei Anwendung dieses Maßstabes nach dem eigenen Vorbringen des Klägers nicht in die Auswahl einzubeziehen.

**24** aa)

Bei den Herren H und W folgt das daraus, dass der Kläger nicht ohne Vertragsänderung auf den Arbeitsplätzen dieser Arbeitnehmer beschäftigt werden könnte. Nach seinem Arbeitsvertrag schuldet der Kläger die Tätigkeit eines Kundendienstmonteurs. Andere Arbeiten darf die Beklagte ihm nach dem Arbeitsvertrag (§ 3 Satz 1) nur ausnahmsweise zuweisen. Dass die Voraussetzungen einer solchen Zuweisung hier offenkundig vorgelegen hätten, ist vom Kläger weder geltend gemacht noch sonst ersichtlich. Dagegen schulden die Herren H und W die Tätigkeiten eines Auslieferungsfahrers bzw. Lagerarbeiters.

**25** bb)

Auch der Arbeitnehmer J ist mit dem Kläger nicht evident vergleichbar. Herr J ist teilweise im Verkauf eingesetzt. Dazu ist der Kläger nach seinem Vertrag nicht verpflichtet. Die Beklagte könnte ihm diese Tätigkeit nur unter besonderen vertraglichen Voraussetzungen zuweisen.

**26** cc)

Es kommt bei dieser Sachlage nicht mehr darauf an, ob auch die erheblichen Vergütungsunterschiede der betreffenden Arbeitnehmer gegen die Vergleichbarkeit sprechen, wie das Landesarbeitsgericht angenommen hat. Keiner Auseinandersetzung bedarf es daher weiter mit der Rüge der Revision, in der Berücksichtigung der höheren Vergütung des Klägers liege eine unzulässige Diskriminierung wegen des Alters.

**27** III.

Die Kosten seiner erfolglos gebliebenen Revision muss der Kläger nach § 97 Abs. 1 ZPO tragen.

---

Von Rechts wegen!