

**Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht**

---

**Band 234**

**Der verfassungsrechtlich geforderte  
Mindestkündigungsschutz  
im Arbeitsverhältnis**

**Ein Beitrag zur  
kündigungsrechtlichen Konkretisierung  
der §§ 138 I, 242 BGB**

**Von**

**Karen Bengsch**



**Duncker & Humblot · Berlin**

KAREN BENGSCHE

Der verfassungsrechtlich geforderte  
Mindestkündigungsschutz im Arbeitsverhältnis

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 234

# Der verfassungsrechtlich geforderte Mindestkündigungsschutz im Arbeitsverhältnis

Ein Beitrag zur  
kündigungsrechtlichen Konkretisierung  
der §§ 138 I, 242 BGB

Von

Karen Bengsch



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät  
der Friedrich-Schiller-Universität Jena hat diese Arbeit  
im Jahre 2003 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische  
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten  
© 2005 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin  
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin  
Printed in Germany

ISSN 0582-0227  
ISBN 3-428-11436-1

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Ingo und Heike gewidmet*



## Vorwort

In Zeiten der wirtschaftlichen Rezession steht die Frage nach der Flexibilisierung von Arbeitsbedingungen hoch im Kurs. Dies gilt insbesondere für den Kündigungsschutz nach Maßgabe des KSchG. Das Bemühen um einen Rückbau des Kündigungsschutzes bezieht sich dabei zunehmend nicht mehr nur auf die inhaltliche Reichweite des Schutzes; vielmehr setzt die Deregulierung oftmals bereits am Anwendungsbereich des KSchG an, wie insbesondere die Neuerungen durch das BeschFG 1996 oder aktuell durch das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt vom 24.12.2003 gezeigt haben. Durch diese Schmälerung des Anwendungsbereiches für das KSchG erweitert sich zugleich der Kreis derjenigen Arbeitnehmer, die scheinbar keinerlei Kündigungsschutz besitzen. Angesichts der Tatsache, daß unselbständig Tätige zur Verwirklichung ihrer Berufsfreiheit auf das Arbeitsverhältnis angewiesen sind, stellt sich für diese Arbeitnehmer daher die Frage, ob auch ihnen in irgendeiner Form Kündigungsschutz zukommen muß und wie sich ein solcher Kündigungsschutz inhaltlich gestaltet. Diesem Problembereich widmet sich die vorliegende Untersuchung.

Die Arbeit wurde im Sommersemester 2003 vom Fakultätsrat der Rechtswissenschaftlichen Fakultät an der Friedrich-Schiller-Universität Jena als Dissertation angenommen. Für die Drucklegung wurden Neuerungen in Rechtsprechung und Literatur bis einschließlich März 2004 eingearbeitet; insbesondere die Veränderungen des KSchG durch das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt im Rahmen der Agenda 2010 fanden Eingang in die Untersuchung.

An dieser Stelle gilt mein Dank in erster Linie Frau *Prof. Dr. Monika Schlachter*. Sie hat die Arbeit betreut und mir die Gelegenheit gegeben, als wissenschaftliche Mitarbeiterin an ihrem Lehrstuhl wertvolle Erfahrungen zu sammeln. Besonderer Dank gebührt ihr für ihre fürsorgliche Unterstützung in allen Lebenslagen.

Bedanken möchte ich mich auch bei Herrn *Prof. Dr. Hartmut Oetker*, vor allem dafür, daß er die Dissertation als Zweitgutachter zügig durch das Promotionsverfahren geführt hat.

Der gesamten Prüfungskommission, der auch Herr *Prof. Dr. Matthias Ruffert* angehörte, möchte ich zudem für ihr Interesse am Thema und die angenehme Diskussion im Rahmen der Disputation danken.



Ein besonderer Anteil an der Fertigstellung der Arbeit kommt schließlich auch Frau *Ramona Bornschein* zu, die mir insbesondere bei Fragen rund um Kopfzeilen, Makros und Fußnoten mit Rat und Tat zur Seite stand.

Nicht zuletzt gebührt all denen Dank, die sich seit Beginn meiner Tätigkeit am Lehrstuhl das Ende meiner Promotionsphase herbeigesehnt haben: meiner Familie sowie meinen Freunden. Besonders dankbar bin ich meinem Lebensgefährten *Ingo Vahl* für sein Verständnis und seine bedingungslose Unterstützung.

Jena, im April 2004

*Karen Bengsch*

# Inhaltsübersicht

## *1. Kapitel:*

<b>Verfassungsrechtliche und methodische Grundlagen eines Mindestkündigungsschutzes</b>		37
<b>§ 1</b>	<b>Problemaufriß</b>	37
<b>§ 2</b>	<b>Die staatliche Pflicht zur Schaffung eines Mindestkündigungsschutzes – das „Ob“</b>	45
	A. Die Pflicht des Gesetzgebers zur Schaffung eines Mindestkündigungsschutzes	45
	I. Die Bindung des Gesetzgebers an die verfassungsmäßige Ordnung, Art. 20 III 1. Hs. GG	46
	II. Die Bindung des Gesetzgebers an die Grundrechte, Art. 1 III GG	46
	B. Ergebnis	74
<b>§ 3</b>	<b>Inhalt und Umfang des verfassungsrechtlich erforderlichen Mindestkündigungsschutzes – das „Wie“</b>	75
	A. Der Anwendungsbereich der Schutzpflicht aus Art. 12 I GG	75
	B. Das verfassungsrechtlich geforderte Maß an Bestandsschutz	76
	I. Die Forderung nach einem Mindestmaß an Schutz	77
	II. Die Ausfüllung des verbleibenden Raumes zwischen Unter- und Übermaßverbot durch den Gesetzgeber – eine Bestandsaufnahme	91
	III. Die Erfüllung der Schutzpflicht durch die Konkretisierung der zivilrechtlichen Generalklauseln seitens der Gerichte	110
<b>§ 4</b>	<b>Die Konkretisierung der zivilrechtlichen Generalklauseln §§ 138 I, 242 BGB zur Gewährleistung des verfassungsrechtlich geforderten Mindestkündigungsschutzes</b>	112
	A. Der unbestimmte Gehalt der Generalklauseln	112
	B. Methoden zur Konkretisierung der Generalklauseln	112
	I. Die Konkretisierung der Generalklauseln im Wege der sog. Fallgruppenmethode	113
	II. Die Konkretisierung der Generalklauseln unter Anknüpfung an ihren Wortlaut – die verweisende Funktion der Generalklauseln	136
<b>§ 5</b>	<b>Der Kündigungsschutz im einfachen Recht als Konkretisierungsmittel</b>	217

## 2. Kapitel:

<b>Der bestehende besondere Kündigungsschutz: spezielle Ausprägungen allgemeiner kündigungsschutzrechtlicher Grundgedanken</b>		226
<b>§ 6</b>	<b>Die Suche nach einem geeigneten Darstellungssystem</b>	226
	A. Vorüberlegungen	226
	B. Die Bildung von Schutzgruppen anhand der gesetzgeberischen Wertentscheidung	227
<b>§ 7</b>	<b>Der Kündigungsschutz im Interesse der Allgemeinheit</b>	234
	A. Kündigungsschutz zur Durchsetzung beschäftigungspolitischer Ziele	234
	B. Der Kündigungsschutz zur Durchsetzung arbeitsmarktpolitischer Ziele: Schutz im Rahmen von Massenentlassungen nach §§ 17 ff. KSchG	286
	C. Der Kündigungsschutz zur Durchsetzung familienpolitischer Ziele: § 18 I BErzGG	291
	D. Der Kündigungsschutz im Rahmen der Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Pflicht	298
	E. Ergebnis der Untersuchung kündigungsschützender Normen im Allgemeininteresse	310
<b>§ 8</b>	<b>Der Kündigungsschutz im Interesse des einzelnen Arbeitnehmers</b>	312
	A. Der Kündigungsschutz aufgrund verfassungsrechtlicher Vorgaben	312
	I. Der Kündigungsschutz für (werdende) Mütter in § 9 MuSchG	313
	II. Der Kündigungsschutz für Parlamentarier	325
	III. Der Kündigungsschutz durch einfachgesetzliche Umsetzung der grundrechtlichen Gleichheitssätze in Art. 3 GG	333
	B. Der Kündigungsschutz im Rahmen der freiwilligen Betätigung des Arbeitnehmers in einer den Interessen des Arbeitgebers zuwiderlaufenden Art und Weise	376
	I. Kündigungsschutz hinsichtlich der Betätigung im Rahmen einer Amtsinhaberschaft	376
	II. Kündigungsschutz in Form von Maßregelungsverboten	414
	C. Kündigungsschutz für Arbeitnehmer mit Kontrollfunktionen gegenüber dem Arbeitgeber (Betriebsbeauftragte)	486
	D. Der Kündigungsschutz durch die Beteiligung betrieblicher Arbeitnehmervertretungen	528
	E. Der Kündigungsschutz gem. § 613a IV 1 BGB	536
<b>§ 9</b>	<b>Zusammenfassung der aus den Normen des besonderen Kündigungsschutzes herausgearbeiteten gesetzgeberischen Wertungen zur kündigungsschutzrechtlichen Konkretisierung der §§ 138 I, 242 BGB</b>	545

## 3. Kapitel:

<b>Die verfassungsrechtliche Überprüfung des entwickelten Kündigungsschutzes</b>	553
<b>§ 10 Die methodische Einordnung der Konkretisierung</b>	553
<b>§ 11 Die Grenzen der Rechtsfortbildung in Gestalt der Konkretisierung der §§ 138 I, 242 BGB</b>	564
A. Richterliche Rechtsfortbildung und die Angst vor einem „Kampf um das Recht“	564
B. Staatsorganisationsrechtliche Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung	565
I. Das Rechtsstaatsprinzip	565
II. Das Gewaltenteilungsprinzip, Art. 20 II 2 GG	568
III. Die Bindung des Richters an Gesetz und Recht, Art. 20 III GG	596
<b>§ 12 Grenzziehung durch bestehende Kündigungsschutznormen des einfachen Rechts</b>	600
A. Grundwertungen des KSchG	600
B. Die Vereinbarkeit des durch Konkretisierung des § 242 BGB gewonnenen Kündigungsschutzes mit dem Kündigungsschutz nach dem KSchG	602
I. Das Verhältnis zwischen § 242 BGB und dem KSchG	602
II. Das Verhältnis des § 138 I BGB zum KSchG	623
III. Ergebnis	626
<b>§ 13 Grenzziehung durch Grundrechte – Eingriff und Schutzpflicht</b>	627
A. Die Vereinbarkeit des Kündigungsschutzes mit Grundrechten des Arbeitgebers	627
B. Kündigungsschutz als Marktzutrittsschranke – Die Vereinbarkeit des entwickelten Kündigungsschutzes mit der Berufsfreiheit des Arbeitssuchenden aus Art. 12 I GG	665
C. Ergebnis der verfassungsrechtlichen Untersuchung	701

## 4. Kapitel:

<b>Prozessuale Geltendmachung des entwickelten Kündigungsschutzes</b>	702
<b>§ 14 Die Frist zur Geltendmachung der Unwirksamkeit einer Kündigung nach §§ 138 I, 242 BGB</b>	702
<b>§ 15 Die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast bei der Geltendmachung der Unwirksamkeit einer Kündigung gem. §§ 138 I, 242 BGB</b>	706
A. Die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Kündigungsschutzverfahren	706
B. Die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Rahmen der allgemeinen Feststellungsklage nach § 256 I ZPO	709

C. Die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast bei der gerichtlichen Geltendmachung des Kündigungsschutzes nach §§ 138 I, 242 BGB . . . .	710
I. Allgemeine Grundsätze . . . . .	710
II. Modifizierungen der Darlegungs- und Beweislast . . . . .	712
III. Ergebnis . . . . .	730

*5. Kapitel:*

<b>Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse und Ausblick</b>	731
<b>Thesen</b> . . . . .	738
<b>Anhang: Die der Untersuchung zugrundegelegten Normen des besonderen Kündigungsschutzes im einfachen Recht</b> . . . . .	742
<b>Literaturverzeichnis</b> . . . . .	758
<b>Stichwortverzeichnis</b> . . . . .	800

# Inhaltsverzeichnis

## *1. Kapitel:*

### **Verfassungsrechtliche und methodische Grundlagen eines Mindestkündigungsschutzes** 37

<b>§ 1 Problemaufriß</b> .....	37
A. Einführung in die Problematik .....	37
B. Der Untersuchungsgegenstand .....	39
C. Der Anlaß der Untersuchung .....	41
<b>§ 2 Die staatliche Pflicht zur Schaffung eines Mindestkündigungsschutzes – das „Ob“</b> .....	45
A. Die Pflicht des Gesetzgebers zur Schaffung eines Mindestkündigungsschutzes .....	45
I. Die Bindung des Gesetzgebers an die verfassungsmäßige Ordnung gem. Art. 20 III 1. Hs. GG .....	46
II. Die Bindung des Gesetzgebers an die Grundrechte, Art. 1 III GG ..	46
1. Die grundrechtliche Konfliktlage bei einer arbeitgeberseitigen Kündigung .....	47
a) Die Kündigung als Grundrechtsausübung des Arbeitgebers ...	47
b) Die Grundrechtsrelevanz der Kündigung auf Seiten des Ar- beitnehmers .....	49
c) Die Konfliktlage .....	51
2. Art. 12 I GG in seiner Funktion als Abwehrrecht .....	52
a) Die unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte .....	55
b) Die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte .....	57
3. Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten .....	59
a) Allgemeine Grundlagen der grundrechtlichen Schutzpflicht- lehre .....	59
aa) Entwicklung der Schutzpflichtlehre in der Rechtsprechung des BVerfG .....	59
bb) Abweichende Begründungsansätze in der Literatur .....	61
(1) Die sog. abwehrrechtliche Konzeption .....	61
(2) Sonstige Begründungsansätze .....	63
cc) Der Adressat der Schutzpflicht .....	66

b)	Die staatliche Pflicht aus Art. 12 I GG zur Schaffung eines Mindestkündigungsschutzes .....	67
aa)	Anerkennung einer Schutzpflicht aus Art. 12 I GG in der Rechtsprechung des BVerfG und im Schrifttum .....	67
bb)	Die Schutzpflicht ablehnende Auffassungen in der Literatur	68
(1)	Boemke/Gründel .....	68
(2)	Braun .....	69
cc)	Abweichende Begründungsansätze .....	71
B.	Ergebnis .....	74
<b>§ 3</b>	<b>Inhalt und Umfang des verfassungsrechtlich erforderlichen Mindestkündigungsschutzes – das „Wie“ .....</b>	<b>75</b>
A.	Der Anwendungsbereich der Schutzpflicht aus Art. 12 I GG .....	75
B.	Das verfassungsrechtlich geforderte Maß an Bestandsschutz .....	76
I.	Die Forderung nach einem Mindestmaß an Schutz .....	77
1.	Die Rechtsprechung des BVerfG: Von der Evidenzformel zum Untermaßverbot .....	77
2.	Kritische Stimmen – die Kongruenzthese .....	79
3.	Inhaltliche Vorgaben des Untermaßverbotes .....	83
4.	Das Untermaß für die Schutzpflicht aus Art. 12 I GG im Hinblick auf den Schutz des Arbeitnehmers vor arbeitgeberseitigen ordentlichen Kündigungen .....	86
II.	Die Ausfüllung des verbleibenden Raumes zwischen Unter- und Übermaßverbot durch den Gesetzgeber – eine Bestandsaufnahme ..	91
1.	Die Erfüllung der gesetzgeberischen Schutzpflicht durch die Schaffung des KSchG .....	93
2.	Die Erfüllung der gesetzgeberischen Schutzpflicht durch die Schaffung besonderer Kündigungsschutztatbestände .....	94
3.	Die Erfüllung der gesetzgeberischen Schutzpflicht durch die Schaffung der §§ 622, 623 BGB .....	94
a)	§ 622 BGB als Kündigungsschutznorm .....	95
b)	§ 623 BGB als Kündigungsschutznorm .....	96
4.	Die Erfüllung der gesetzgeberischen Schutzpflicht durch die Schaffung der zivilrechtlichen Generalklauseln .....	97
a)	Die grundsätzliche Geeignetheit der Generalklauseln i. S. d. Untermaßverbotes .....	97
aa)	Die Anwendbarkeit der Generalklauseln auf jedes Arbeitsverhältnis .....	97
bb)	Die Anwendbarkeit der Generalklauseln auf Kündigungen	98
(1)	§ 134 BGB .....	98
(2)	§ 138 I BGB .....	98
(3)	§ 242 BGB .....	99
(4)	§ 315 I BGB .....	100
cc)	Die Wahrung des Bestandsinteresses als Normziel .....	106

b) Die Wahrung des Effektivitätsgebotes durch die zivilrechtlichen Generalklauseln .....	108
c) Die Angemessenheit der Generalklauseln .....	109
III. Die Erfüllung der Schutzpflicht durch die Konkretisierung der zivilrechtlichen Generalklauseln seitens der Gerichte .....	110
<b>§ 4 Die Konkretisierung der zivilrechtlichen Generalklauseln §§ 138 I, 242 BGB zur Gewährleistung des verfassungsrechtlich geforderten Mindestkündigungsschutzes .....</b>	<b>112</b>
A. Der unbestimmte Gehalt der Generalklauseln .....	112
B. Methoden zur Konkretisierung der Generalklauseln .....	112
I. Die Konkretisierung der Generalklauseln im Wege der sog. Fallgruppenmethode .....	113
1. Die Konkretisierung des § 138 I BGB im Wege der Fallgruppenmethode .....	114
a) Allgemeine Fallgruppen der Sittenwidrigkeit gem. § 138 I BGB .....	114
b) Fallgruppen der sittenwidrigen Kündigung im Arbeitsrecht ...	115
2. Die Konkretisierung des § 242 BGB im Wege der Fallgruppenmethode .....	119
a) Allgemeine Fallgruppen des Verstoßes gegen Treu und Glauben gem. § 242 BGB .....	119
b) Fallgruppen der treuwidrigen Kündigung im Arbeitsrecht ....	122
aa) Die Kündigung als widersprüchliches Verhalten .....	124
bb) Das verwirkte Kündigungsrecht .....	125
cc) Die ungehörige Kündigung – Ausspruch der Kündigung „zur Unzeit“ .....	127
dd) Die ungehörige Kündigung – Kündigung in beleidigender, verletzender oder herabsetzender Form .....	129
ee) Die willkürliche Kündigung .....	130
ff) Die Treuwidrigkeit der grundlosen Kündigung .....	130
3. Die Erfüllung der grundrechtlichen Schutzpflicht durch die Konkretisierung der §§ 138 I, 242 BGB mittels der Fallgruppenmethode .....	131
a) Die Geeignetheit im Hinblick auf § 138 I BGB .....	133
b) Die Geeignetheit im Hinblick auf § 242 BGB .....	134
c) Bewertung der Fallgruppenmethode .....	135
II. Die Konkretisierung der Generalklauseln unter Anknüpfung an ihren Wortlaut – die verweisende Funktion der Generalklauseln .....	136
1. Die Wortlautinterpretation des § 138 I BGB .....	137
2. Die Wortlautinterpretation des § 242 BGB .....	140
3. Die Bandbreite möglicher Konkretisierungsmittel .....	142
a) Die Rangordnung der Konkretisierungsmittel .....	143



b) Die Rangordnung der Konkretisierungsmittel in den Konkretisierungskonzepten für einen „Kündigungsschutz außerhalb des KSchG“ in Literatur und Rechtsprechung .....	145
aa) Die Literatur vor dem Beschluß des BVerfG zur Kleinbetriebsklausel – das „grundrechtlich geleitete Verständnis der Generalklauseln“ .....	145
bb) Die Lösung des BVerfG: Konkretisierung unter Rückgriff auf die Verfassung .....	148
cc) Konkretisierungsvorschläge nach dem Beschluß des BVerfG zur Kleinbetriebsklausel .....	149
(1) Die Konkretisierung durch die Arbeitsgerichte .....	149
(a) Das Verbot willkürlicher und auf sachfremden Motiven beruhender Kündigungen .....	149
(b) Das „gewisse Maß an sozialer Rücksichtnahme“ .....	151
(c) Die Berücksichtigung eines „durch langjährige Mitarbeit erdienten Vertrauens in den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses“ .....	152
(d) Zwischenergebnis .....	154
(2) Lösungsansätze in der Literatur nach dem Beschluß des BVerfG zur Kleinbetriebsklausel .....	154
(a) Das Verbot willkürlicher und auf sachfremden Motiven beruhender Kündigungen .....	155
(b) Das „gewisse Maß an sozialer Rücksichtnahme“ .....	161
(c) Die Berücksichtigung eines „durch langjährige Mitarbeit erdienten Vertrauens in den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses“ .....	170
(d) Zwischenergebnis .....	174
c) Vorrang der verfassungsrechtlichen Wertungen vor den einfachgesetzlichen? .....	175
aa) Der Vorrang der Verfassung – Normenhierarchie und Metanormen .....	176
(1) Normenpyramide und die Regel „lex superior derogat legi inferiori“ .....	176
(2) Die Regel „lex specialis derogat legi generali“ .....	185
bb) Verfassungsrechtliche Argumente .....	191
(1) Die Bindung des Richters an „Recht und Gesetz“, Art. 20 III GG .....	191
(a) Gesetzesunterworfenheit gem. Art. 97 I GG .....	192
(b) Der Gewaltenteilungsgrundsatz, Art. 20 II 2, III GG .....	193
(c) Art. 1 III GG .....	199
(2) Zwischenergebnis für die Untersuchung der Verfassung .....	202

cc)	Argumente aus der Methodenlehre – Die Maßgeblichkeit des gesetzgeberischen Willens und des Normkontextes bei der richterlichen Arbeit mit dem Gesetz .....	203
(1)	Die Auslegung einer Norm .....	203
(2)	Besonderheiten bei der verfassungskonformen Auslegung .....	207
(3)	Die Rechtsfortbildung, insbesondere die Schließung von Lücken durch Analogie .....	209
(a)	Die Voraussetzungen der rechtsfortbildenden Tätigkeit des Richters .....	210
(b)	Die Durchführung der richterlichen Rechtsfortbildung .....	213
dd)	Ergebnis .....	215
<b>§ 5</b>	<b>Der Kündigungsschutz im einfachen Recht als Konkretisierungsmittel</b> .....	<b>217</b>
A.	Das System des einfachrechtlichen Kündigungsschutzes .....	217
B.	Der allgemeine Kündigungsschutz nach dem KSchG als Konkretisierungsmittel .....	219
C.	Der besondere Kündigungsschutz als Konkretisierungsmittel .....	221
I.	Die Eignung der besonderen Kündigungsschutznormen als Konkretisierungsmittel .....	221
II.	Der Kreis der als Konkretisierungsmittel geeigneten Normen .....	222
III.	Der weitere Gang der Untersuchung .....	224

*2. Kapitel:*

**Der bestehende besondere Kündigungsschutz: spezielle Ausprägungen allgemeiner kündigungsschutzrechtlicher Grundgedanken** 226

<b>§ 6</b>	<b>Die Suche nach einem geeigneten Darstellungssystem</b> .....	<b>226</b>
A.	Vorüberlegungen .....	226
B.	Die Bildung von Schutzgruppen anhand der gesetzgeberischen Wertentscheidung .....	227
I.	Die widerstreitenden Interessen im Kündigungsfall .....	227
II.	Besondere Interessenlagen als Grundlage des besonderen Kündigungsschutzes .....	229
1.	Differenzierung zwischen Kündigungsschutz im allgemeinen und im individuellen Interesse .....	229
2.	Schutzgruppen im Rahmen des Kündigungsschutzes im allgemeinen Interesse .....	230
3.	Kündigungsschutz im Interesse des einzelnen Arbeitnehmers .....	231
<b>§ 7</b>	<b>Der Kündigungsschutz im Interesse der Allgemeinheit</b> .....	<b>234</b>
A.	Kündigungsschutz zur Durchsetzung beschäftigungspolitischer Ziele .....	234
I.	Kündigungsschutz für Teilzeitbeschäftigte nach dem TzBfG .....	234

1. Entstehungshintergrund, Sinn und Zweck des Schutzes von Teilzeitbeschäftigten .....	234
2. Das Diskriminierungsverbot in § 4 I 1 TzBfG .....	235
a) Der Sinn und Zweck der Norm .....	235
b) Der Schutzzumfang des § 4 I 1 TzBfG .....	236
aa) Schlechterbehandlung vergleichbarer Arbeitnehmer i. S. d. § 4 I 1 TzBfG .....	237
bb) Schlechterstellung „wegen“ der Teilzeitarbeit .....	238
cc) Die sachliche Rechtfertigung der Schlechterbehandlung ..	239
c) Das aus dem Diskriminierungsverbot des § 4 I 1 TzBfG zu gewinnende Substrat zur kündigungsschutzrechtlichen Konkretisierung des § 242 BGB .....	239
aa) Unzulässige und zulässige Auswahlkriterien .....	240
(1) Der Bezug des Differenzierungskriteriums zum Inhalt des Arbeitsverhältnisses .....	241
(a) Grammatische Interpretation des § 4 I 1 TzBfG ..	241
(b) Teleologische Interpretation des § 4 I 1 TzBfG ..	242
(c) Systematische und historische Interpretation des § 4 I 1 TzBfG .....	242
(aa) Teilzeitfremde Differenzierungskriterien ....	243
(bb) Anforderungen an den sachlichen Grund bei teilzeitspezifischen Differenzierungskriterien	244
(d) Zwischenergebnis .....	246
(2) Der Einfluß sozialer Gesichtspunkte auf den Kündigungsschutz .....	246
(a) Gesetzgeberische Überlegungen zur Relevanz der sozialen Lage für den Bestandsschutz .....	246
(b) Die Relevanz anderweitiger wirtschaftlicher Absicherung in der Rspr. des BAG zur unterproportionalen Vergütung Teilzeitbeschäftigter .....	248
(c) Zwischenergebnis .....	252
(3) Ergebnis: Vorgaben des § 4 I 1 TzBfG für Auswahlkriterien .....	252
bb) Zulässige und unzulässige Kündigungsgründe .....	253
cc) Das Vorliegen eines Kündigungsgrundes als Wirksamkeitserfordernis .....	254
dd) Ergebnis .....	256
II. Kündigungsschutz für Beschäftigte im job-sharing-Arbeitsverhältnis: § 13 II TzBfG .....	256
1. Der Sinn und Zweck des Kündigungsverbotes in § 13 II TzBfG	256
2. Der Schutzzumfang des § 13 II TzBfG .....	257
3. Das aus § 13 II TzBfG zu gewinnende Substrat zur kündigungsschutzrechtlichen Konkretisierung des § 242 BGB .....	258

a)	Grammatische Interpretation des § 13 II 1 TzBfG .....	259
b)	Teleologische Interpretation des § 13 II 1 TzBfG .....	259
c)	Historische Interpretation des § 13 II TzBfG .....	260
d)	Zwischenergebnis .....	261
4.	Das Vorliegen eines Kündigungsgrundes als Wirksamkeitsvoraussetzung .....	262
a)	Grammatische Interpretation des § 13 II TzBfG .....	262
b)	Systematische Interpretation des § 13 II TzBfG .....	262
c)	Teleologische Interpretation des § 13 II TzBfG .....	263
d)	Historische Interpretation des § 13 II TzBfG .....	264
aa)	Die Bedeutung des Passus „wegen“ in § 5 II BeschFG ...	264
bb)	Die „anderen“ Gründe i. S. d. § 5 II 2 BeschFG .....	266
5.	Ergebnis für § 13 II TzBfG .....	267
III.	Kündigungsschutz für Beschäftigte mit befristetem Arbeitsverhältnis	267
1.	Relevanz und Ausgestaltung des Kündigungsschutzes im befristeten Arbeitsverhältnis .....	267
2.	Sinn und Zweck des Schutzes befristet Beschäftigter .....	268
3.	Der Ausschluß der ordentlichen Kündigung im befristeten Arbeitsverhältnis gem. § 15 III i.V.m. § 14 I, II TzBfG .....	269
a)	Die wirksame Befristung nach § 14 I, II TzBfG als Voraussetzung des Kündigungsschutzes nach § 15 III TzBfG: Erfordernis eines (sachlichen) Kündigungsgrundes? .....	270
aa)	Die Zulässigkeit der Befristung vor Inkrafttreten des TzBfG .....	270
bb)	Zulässigkeit der Befristung nach § 14 TzBfG .....	271
(1)	Das Erfordernis eines sachlichen Grundes für die Befristung nach § 14 I TzBfG .....	271
(a)	Festhalten am Sachgrunderfordernis trotz der Unanwendbarkeit des KSchG? .....	272
(b)	§ 14 TzBfG als Instrument des Umgehungsschutzes? .....	274
(c)	Sachgrunderfordernis für die Befristung – Erforderlichkeit eines Grundes für die Kündigung? ....	276
(d)	Ergebnis .....	279
(2)	Die erleichterte Befristung nach § 14 II TzBfG .....	279
b)	Ergebnis .....	282
4.	Das Diskriminierungsverbot für befristet beschäftigte Arbeitnehmer – § 4 II 1 TzBfG .....	282
a)	Schutzumfang und Sinn und Zweck der Norm .....	282
b)	Das aus dem Diskriminierungsverbot des § 4 II 1 TzBfG zu gewinnende Substrat zur kündigungsschutzrechtlichen Konkretisierung des § 242 BGB .....	283
aa)	Wertungen zu Auswahlkriterien .....	283
bb)	Wertungen zu Kündigungsgründen .....	285

IV. Ergebnis für den Kündigungsschutz zur Durchsetzung beschäftigungspolitischer Ziele .....	286
B. Der Kündigungsschutz zur Durchsetzung arbeitsmarktpolitischer Ziele: Schutz im Rahmen von Massenentlassungen nach §§ 17 ff. KSchG ....	286
I. Sinn und Zweck der §§ 17 ff. KSchG .....	287
II. Der Schutz durch §§ 17 ff. KSchG – Kündigungs- oder Entlassungsschutz? .....	288
C. Der Kündigungsschutz zur Durchsetzung familienpolitischer Ziele: § 18 I BErzGG .....	291
I. Sinn und Zweck des Schutzes.....	291
II. Der Umfang des Schutzes nach § 18 I BErzGG .....	292
III. Das aus § 18 I 1, 2 BErzGG zu gewinnende Substrat zur kündigungsschutzrechtlichen Konkretisierung des § 242 BGB .....	293
1. Der „besondere Fall“ als zulässiger Kündigungsgrund .....	294
a) Die Existenzgefährdung des Unternehmens als zulässiger Kündigungsgrund .....	295
b) Die Pflichtverletzung als zulässiger Kündigungsgrund .....	296
c) Ergebnis .....	297
2. Die ausnahmsweise Zulassung einer Kündigung – Erforderlichkeit eines Kündigungsgrundes? .....	297
3. Gesamtergebnis für § 18 I 1, 2 BErzGG .....	298
D. Der Kündigungsschutz im Rahmen der Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Pflicht .....	298
I. Der Kündigungsschutz für Soldaten auf Zeit sowie Wehr- und Zivildienstleistende .....	299
1. Sinn und Zweck des Schutzes der Soldaten auf Zeit sowie der Wehr- und Zivildienstleistenden .....	299
2. Der Umfang des Schutzes nach § 2 ArbPISchG bzw. § 2 EignungsübungsG .....	300
3. Das aus § 2 I, II ArbPISchG bzw. § 2 I, II EignungsübungsG zu gewinnende Substrat zur kündigungsschutzrechtlichen Konkretisierung des § 242 BGB .....	301
a) Die Geeignetheit des § 2 I ArbPISchG bzw. des § 2 I EignungsübungsG als Untersuchungsmaterial .....	301
b) Die in § 2 II ArbPISchG bzw. in § 2 II EignungsübungsG liegenden Wertungen zu Kündigungsgründen .....	302
c) Ergebnis für § 2 II 1 ArbPISchG sowie § 2 II 1 EignungsübungsG .....	304
II. Der Kündigungsschutz der ehrenamtlich im Zivil- und Katastrophenschutz Tätigen .....	305
1. Sinn und Zweck des Schutzes.....	305
2. Der Umfang des durch § 9 II 1 ZSchG, § 9 II 1 KatSchG gewährten Schutzes .....	305
3. Das aus § 9 II 1 ZSchG zu gewinnende Substrat zur kündigungsschutzrechtlichen Konkretisierung des § 242 BGB .....	307

a)	Wertungen zu Auswahlkriterien .....	307
b)	Wertungen zu Kündigungsgründen .....	309
c)	Ergebnis für die Untersuchung des § 9 II 1 ZSchG .....	310
E.	Ergebnis der Untersuchung kündigungsschützender Normen im Allgemeininteresse .....	310
<b>§ 8</b>	<b>Der Kündigungsschutz im Interesse des einzelnen Arbeitnehmers</b> .....	<b>312</b>
A.	Der Kündigungsschutz aufgrund verfassungsrechtlicher Vorgaben .....	312
I.	Der Kündigungsschutz für (werdende) Mütter in § 9 MuSchG .....	313
1.	Hintergrund und Ausgestaltung des Schutzes nach § 9 MuSchG; Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes .....	313
2.	Ausgestaltung, Sinn und Zweck des Kündigungsschutzes nach § 9 I 1, III 1 MuSchG .....	314
3.	Das aus § 9 I, III MuSchG zu gewinnende Substrat zur kündigungsschutzrechtlichen Konkretisierung des § 242 BGB .....	315
a)	Die strukturelle Eignung des § 9 I 1, III 1 MuSchG als Untersuchungsmaterial .....	315
b)	Die vom Gesetzgeber in § 9 I 1, III 1 MuSchG anerkannten Kündigungsgründe .....	317
aa)	Der Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit infolge wirtschaftlicher Entscheidungen oder Zwangslagen als zugelassener Kündigungsgrund .....	317
bb)	Erhebliche Pflichtverletzungen als zugelassener Kündigungsgrund .....	319
c)	Die vom Gesetzgeber mißbilligten Kündigungsgründe .....	320
aa)	Die Schwangerschaft als „weiblicher Zustand“ – Verbot geschlechterspezifischer Kündigungsgründe? .....	321
bb)	Der Bezug des Kündigungsgrundes zum Arbeitsverhältnis .....	321
d)	Die ausnahmsweise Zulässigkeit der Kündigung in einem besonderen Fall gem. § 9 III 1 MuSchG – Erforderlichkeit eines Kündigungsgrundes? .....	323
e)	Ergebnis für § 9 I 1, III 1 MuSchG .....	324
II.	Der Kündigungsschutz für Parlamentarier .....	325
1.	Der Sinn und Zweck eines Schutzes für Parlamentarier .....	325
2.	Der Umfang des Kündigungsschutzes für Parlamentarier; Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes .....	326
a)	Das allgemeine Behinderungsverbot in § 2 I AbgG .....	326
b)	Das Benachteiligungsverbot in § 2 II AbgG .....	327
c)	Das Kündigungsverbot in § 2 III AbgG .....	328
3.	Das aus § 2 II, III AbgG zu gewinnende Substrat zur kündigungsschutzrechtlichen Konkretisierung des § 242 BGB .....	328
a)	Die in § 2 II AbgG liegenden kündigungsschutzrechtlichen Wertentscheidungen .....	329
aa)	Wertungen zu Auswahlkriterien .....	330
bb)	Wertungen zu Kündigungsgründen .....	332

cc) Ergebnis für § 2 II AbgG .....	332
b) Die Eignung des § 2 III AbgG zur Herauslösung kündigungsschutzrechtlicher Wertungen .....	333
III. Der Kündigungsschutz durch einfachgesetzliche Umsetzung der grundrechtlichen Gleichheitssätze in Art. 3 GG .....	333
1. Kollektivrechtliche Diskriminierungsverbote .....	334
a) Der Kündigungsschutz nach § 75 I BetrVG: Umfang und Sinn und Zweck .....	335
aa) Die absoluten Diskriminierungsverbote des § 75 I 1 BetrVG .....	335
bb) Das relative Diskriminierungsverbot in § 75 I 2 BetrVG .....	337
b) Das aus § 75 I BetrVG zu gewinnende Substrat zur kündigungsschutzrechtlichen Konkretisierung des § 242 BGB .....	338
aa) Die kündigungsschutzrechtlichen Wertungen des § 75 I 1 BetrVG .....	338
(1) Wertungen zu Auswahlkriterien .....	339
(a) Die einzelnen Diskriminierungsverbote des § 75 I 1 BetrVG .....	339
(b) Die den Diskriminierungsverboten beigelegte gemeinsame Grundwertung .....	341
(2) Wertungen zu Kündigungsgründen .....	344
(3) Ergebnis für § 75 I 1 BetrVG .....	344
bb) Die kündigungsschutzrechtlichen Wertungen des § 75 I 2 BetrVG .....	345
(1) Wertungen zu Auswahlkriterien .....	345
(a) Die in der Versagung altersbezogener Differenzierungskriterien liegende Wertung .....	345
(b) Das Lebensalter als Beispiel für den Einfluß sozialer Gesichtspunkte auf eine vorzunehmende Auswahl unter mehreren Arbeitnehmern .....	347
(c) Ergebnis .....	348
(2) Wertungen zu Kündigungsgründen .....	348
(3) Ergebnis für § 75 I 2 BetrVG .....	349
2. Individualrechtliche Diskriminierungsverbote .....	349
a) Das Verbot der geschlechtsbezogenen Benachteiligung in § 611 a BGB .....	349
aa) Umfang und Sinn und Zweck des Schutzes nach § 611 a I 1 BGB .....	349
bb) Das aus § 611 a I 1 BGB zu gewinnende Substrat zur kündigungsschutzrechtlichen Konkretisierung des § 242 BGB .....	352
(1) Wertungen zu Auswahlkriterien .....	352
(2) Wertungen zu Kündigungsgründen .....	354
(3) Ergebnis für § 611 a I BGB .....	355

b)	Das Verbot der Benachteiligung schwerbehinderter Arbeitnehmer gem. § 81 II SGB IX .....	355
aa)	Sinn und Zweck und Umfang des Schutzes nach § 81 II SGB IX .....	355
bb)	Das aus § 81 II SGB IX zu gewinnende Substrat zur kündigungsschutzrechtlichen Konkretisierung des § 242 BGB .....	357
(1)	Wertungen zu Auswahlkriterien .....	357
(2)	Wertungen zu Kündigungsgründen .....	359
(3)	Ergebnis für § 81 II SGB IX .....	360
3.	Der Kündigungsschutz für schwerbehinderte Arbeitnehmer nach §§ 85 ff. SGB IX .....	360
a)	Sinn und Zweck und Umfang des Schutzes nach §§ 85 ff. SGB IX .....	360
b)	Das aus §§ 85, 89 SGB IX zu gewinnende Substrat zur kündigungsschutzrechtlichen Konkretisierung des § 242 BGB .....	364
aa)	Die Eignung der in Verwaltungsvorschriften liegenden gesetzgeberischen Wertungen zur Konkretisierung privatrechtlicher Generalklauseln .....	364
bb)	§ 87 II a.E. SGB IX als Grundlage einer Pflicht zur Anhörung des Arbeitnehmers .....	365
cc)	Inhaltliche Vorgaben zur Ermessensentscheidung des Integrationsamtes als Untersuchungsgegenstand .....	367
(1)	Die im Regelfall in die Interessenabwägung einzustellenden Gesichtspunkte .....	371
(2)	Die im Ausnahmefall gem. § 89 SGB IX liegenden Wertungen .....	372
dd)	Das Vorliegen eines Kündigungsgrundes als Wirksamkeitsvoraussetzung .....	374
ee)	Ergebnis für §§ 85, 89 SGB IX .....	375
B.	Der Kündigungsschutz im Rahmen der freiwilligen Betätigung des Arbeitnehmers in einer den Interessen des Arbeitgebers zuwiderlaufenden Art und Weise .....	376
I.	Kündigungsschutz hinsichtlich der Betätigung im Rahmen einer Amtsinhaberschaft .....	376
1.	Kündigungsschutz im Rahmen der Betätigung außerhalb des Betriebes – Kündigungsschutz für ehrenamtliche Richter gem. § 26 I ArbGG, § 20 I SGG .....	377
a)	Sinn und Zweck des Schutzes ehrenamtlicher Richter .....	377
b)	Umfang des Schutzes nach § 26 I ArbGG; Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes .....	378
c)	Das aus § 26 I 2. Alt. ArbGG zu gewinnende Substrat zur kündigungsschutzrechtlichen Konkretisierung des § 242 BGB .....	379
aa)	Wertungen zu Auswahlkriterien .....	379
bb)	Wertungen zu Kündigungsgründen .....	381
cc)	Ergebnis für § 26 I 2. Alt. ArbGG .....	381



2. Die Betätigung innerhalb des Betriebes – Kündigungsschutz für Amtsträger .....	381
a) Kündigungsschutz für betriebliche Amtsträger nach § 15 KSchG .....	382
aa) Der Umfang des Kündigungsschutzes nach § 15 KSchG .....	382
bb) Der Sinn und Zweck des Schutzes nach § 15 KSchG .....	383
cc) Das aus § 15 KSchG zu gewinnende Substrat zur kündigungs- schutzrechtlichen Konkretisierung des § 242 BGB .....	385
(1) Vom Gesetzgeber als unzulässig bewertete Kündi- gungsgründe .....	386
(2) Vom Gesetzgeber als zulässig bewertete Kündigungs- gründe .....	387
(3) Die Erforderlichkeit eines Kündigungsgrundes zur Wirksamkeit einer Kündigung .....	390
(4) Ergebnis .....	391
b) Der Kündigungsschutz für betriebliche Amtsträger nach § 78 BetrVG, § 8 BPersVG, § 2 III SprAuG, § 40 I, II EBRG, § 42 Nr. 2, 3 EBRG sowie § 96 II SGB IX .....	392
aa) Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes .....	393
(1) Die Eignung des § 2 III SprAuG als Untersuchungs- gegenstand .....	393
(2) Die Eignung des § 42 Nr. 2, 3 EBRG als Untersu- chungsgegenstand .....	394
(3) Die Eignung des § 40 I, II EBRG als Untersuchungs- gegenstand .....	395
bb) Schutzzumfang, Sinn und Zweck der Behinderungs- und Benachteiligungsverbote .....	396
cc) Das aus § 78 S. 2 BetrVG, § 8 BPersVG sowie § 96 II SGB IX zu gewinnende Substrat zur kündigungs- schutzrechtlichen Konkretisierung des § 242 BGB .....	400
(1) Wertungen zu Auswahlkriterien .....	401
(2) Wertungen zu Kündigungsgründen .....	403
(3) Ergebnis .....	405
3. Kündigungsschutz für Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat .....	405
a) Der Kündigungsschutz für Arbeitnehmer im Aufsichtsrat nach dem MitbestG .....	406
aa) Der Kündigungsschutz gem. § 26 MitbestG .....	406
(1) Schutzzumfang; Begrenzung des Untersuchungsgegen- standes .....	406
(2) Sinn und Zweck eines Schutzes für Arbeitnehmerver- treter im Aufsichtsrat .....	407
(3) Das aus § 26 S. 2 MitbestG zu gewinnende Substrat zur kündigungs- schutzrechtlichen Konkretisierung des § 242 BGB .....	407
(a) Wertungen zu Differenzierungskriterien .....	408

(b) Wertungen zu Kündigungsgründen .....	409
(c) Ergebnis für § 26 S. 2 MitbestG .....	410
bb) Schutz vor ordentlicher Kündigung durch § 15 KSchG (analog)? .....	410
b) Kündigungsschutz für Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat nach dem BetrVG 1952 .....	411
aa) Kündigungsschutz nach § 76 II 5 BetrVG 1952 i.V.m. § 78 S. 2 BetrVG .....	411
bb) Kündigungsschutz nach § 15 KSchG (analog)? .....	412
c) Kündigungsschutz für Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat nach dem Montan-MitbestG .....	412
aa) Kündigungsschutz im Wege des Benachteiligungsverbot für Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat nach dem Mon- tan-MitbestG .....	412
bb) Kündigungsschutz für Arbeitnehmervertreter im Auf- sichtsrat nach dem Montan-MitbestG durch § 15 KSchG (analog)? .....	413
4. Gesamtergebnis für die Schutzgruppe innerbetrieblicher Amts- träger .....	413
II. Kündigungsschutz in Form von Maßregelungsverboten .....	414
1. Das allgemeine Maßregelungsverbot in § 612a BGB .....	415
a) Schutzzumfang und Sinn und Zweck der Norm .....	415
b) Das aus § 612a BGB zu gewinnende Substrat zur kündi- gungsschutzrechtlichen Konkretisierung des § 138 I BGB ....	417
aa) Maßregelungsverbote als Vergeltungsverbote – Der Zu- kunftsbezug der Kündigung .....	417
bb) Wertungen zu Auswahlkriterien .....	422
cc) Wertungen zu Kündigungsgründen .....	424
dd) Ergebnis .....	425
2. Kündigungsschutz durch besondere Maßregelungsverbote .....	425
a) Kündigungsschutz durch Maßregelungsverbote für besondere Beschäftigtengruppen .....	426
aa) Spezialgesetzliche Ausprägungen des Maßregelungsverbo- tes zum Schutz Teilzeitbeschäftigter .....	426
(1) Das Kündigungsverbot in § 11 TzBfG als spezielle Ausprägung des Maßregelungsverbot Teilzeitbeschäftigter .....	426
(a) Umfang des Schutzes und Sinn und Zweck der Norm .....	427
(b) Das aus § 11 TzBfG zu gewinnende Substrat zur kündigungsschutzrechtlichen Konkretisierung des § 138 I BGB .....	428
(aa) Die in § 11 S. 1 TzBfG liegende Wertung zu unzulässigen Kündigungsgründen .....	428

(bb)	Die in § 11 S. 2 TzBfG liegende Wertung zu zulässigen Kündigungsgründen .....	431
(cc)	Der Zukunftsbezug der Kündigung .....	432
(dd)	Ergebnis für § 11 TzBfG .....	432
(2)	Das besondere Maßregelungsverbot in § 5 TzBfG ...	433
(a)	Sinn und Zweck und Umfang des Schutzes gem. § 5 TzBfG für Teilzeitbeschäftigte .....	433
(b)	Das aus § 5 TzBfG zu gewinnende Substrat zur kündigungsschutzrechtlichen Konkretisierung des § 138 I BGB .....	435
(aa)	Der Zukunftsbezug der Kündigung .....	435
(bb)	Wertungen zu Auswahlkriterien .....	435
(cc)	Wertungen zu Kündigungsgründen .....	437
(dd)	Ergebnis für § 5 TzBfG im Hinblick auf Teilzeitbeschäftigte .....	438
bb)	§ 5 TzBfG als spezialgesetzliches Maßregelungsverbot zum Schutz der job-sharer i.S.d. § 13 TzBfG als besondere Gruppe der Teilzeitarbeitnehmer .....	438
(1)	Umfang und Sinn und Zweck des Schutzes nach § 5 TzBfG für job-sharer .....	439
(2)	Das aus § 5 TzBfG im Hinblick auf job-sharer zu gewinnende Substrat zur kündigungsschutzrechtlichen Konkretisierung des § 138 I BGB .....	440
(a)	Wertungen zu Auswahlkriterien .....	441
(b)	Wertungen zu Kündigungsgründen .....	442
(c)	Ergebnis für § 5 TzBfG im Hinblick auf job-sharer .....	442
cc)	§ 5 TzBfG als spezialgesetzliche Ausprägung des Maßregelungsverbot zum Schutz der Abrufarbeiter gem. § 12 TzBfG .....	443
(1)	Schutzzumfang und Sinn und Zweck des § 5 TzBfG in Bezug auf Abrufarbeiter .....	443
(2)	Das aus § 5 TzBfG zu gewinnende Substrat zur kündigungsschutzrechtlichen Konkretisierung des § 138 I BGB .....	444
(a)	Wertungen zu Auswahlkriterien .....	445
(b)	Wertungen zu Kündigungsgründen .....	446
(c)	Ergebnis für § 5 TzBfG im Hinblick auf Abrufarbeiter .....	446
dd)	§ 5 TzBfG als spezialgesetzliche Ausprägung des Maßregelungsverbot zum Schutz befristeter Beschäftigter ...	447
(1)	Schutzzumfang und Sinn und Zweck der Norm in Bezug auf befristeter Beschäftigte .....	447
(2)	Das aus § 5 TzBfG zu gewinnende Substrat zur kündigungsschutzrechtlichen Konkretisierung des § 138 I BGB .....	448

(a)	Wertungen zu Auswahlkriterien .....	448
(b)	Wertungen zu Kündigungsgründen .....	449
(c)	Ergebnis für § 5 TzBfG im Hinblick auf befristet Beschäftigte .....	449
ee)	Gesamtergebnis für die Maßregelungsverbote im Hinblick auf besondere Beschäftigtengruppen .....	450
b)	Kündigungsschutz in Form von Maßregelungsverböten für be- sondere Formen der Rechtsausübung .....	450
aa)	Kündigungsschutz durch Maßregelungsverböte im Hin- blick auf Beschwerde- und Leistungsverweigerungsrechte	451
(1)	Das besondere Maßregelungsverbot nach § 84 III BetrVG .....	451
(a)	Umfang und Sinn und Zweck des Schutzes nach § 84 III BetrVG .....	451
(b)	Das aus § 84 III BetrVG zu gewinnende Substrat zur kündigungsschutzrechtlichen Konkretisierung des § 138 I BGB .....	452
(aa)	Der Zukunftsbezug der Kündigung .....	452
(bb)	Wertungen zu Auswahlkriterien .....	452
(cc)	Wertungen zu Kündigungsgründen .....	454
(dd)	Ergebnis .....	454
(2)	Das besondere Maßregelungsverbot in § 17 II 2 ArbSchG .....	454
(a)	Umfang und Sinn und Zweck des Schutzes nach § 17 II 2 ArbSchG .....	454
(b)	Das aus § 17 II 2 ArbSchG zu gewinnende Sub- strat zur kündigungsschutzrechtlichen Konkretisie- rung des § 138 I BGB .....	457
(aa)	Der Zukunftsbezug der Kündigung .....	457
(bb)	Wertungen zu Auswahlkriterien .....	457
(cc)	Wertungen zu Kündigungsgründen .....	458
(dd)	Ergebnis .....	459
(3)	Das besondere Maßregelungsverbot in § 21 VI 3 Gef- StoffVO .....	459
(a)	Umfang und Sinn und Zweck des Schutzes nach § 21 VI 3 GefStoffVO .....	459
(b)	Das aus § 21 VI 3 GefStoffVO zu gewinnende Substrat zur kündigungsschutzrechtlichen Konkre- tisierung des § 138 I BGB .....	460
(aa)	Der Zukunftsbezug der Kündigung .....	460
(bb)	Wertungen zu Auswahlkriterien .....	461
(cc)	Wertungen zu Kündigungsgründen .....	462
(dd)	Ergebnis .....	463

(4) Das besondere Maßregelungsverbot in § 4 III BeschSchG .....	464
(a) Umfang und Sinn und Zweck des Schutzes nach § 4 III BeschSchG .....	464
(b) Das aus § 4 III BeschSchG zu gewinnende Substrat zur kündigungsschutzrechtlichen Konkretisierung des § 138 I BGB .....	465
(aa) Der Zukunftsbezug der Kündigung .....	465
(bb) Wertungen zu Auswahlkriterien .....	466
(cc) Wertungen zu Kündigungsgründen .....	467
(dd) Ergebnis .....	467
bb) Kündigungsschutz durch Maßregelungsverbote im Hinblick auf Wahlrechte .....	468
(1) Das besondere Maßregelungsverbot in § 2 II AbgG ..	468
(a) Umfang und Sinn und Zweck des Schutzes nach § 2 II AbgG .....	468
(b) Das aus § 2 II AbgG zu gewinnende Substrat für die kündigungsschutzrechtliche Konkretisierung des § 138 I BGB .....	470
(aa) Wertungen zu Auswahlkriterien .....	470
(bb) Wertungen zu Kündigungsgründen .....	471
(cc) Ergebnis .....	471
(2) Die besonderen Maßregelungsverbote in § 20 I, II BetrVG, § 24 I 1, 2 BPersVG, § 94 VI 2 SGB IX sowie § 20 I, II MitbestG .....	472
(a) Umfang und Sinn und Zweck des Schutzes nach § 20 I, II BetrVG .....	472
(b) Umfang und Sinn und Zweck des Schutzes nach § 24 I 1, 2 BPersVG, § 94 VI 2 SGB IX sowie § 20 I, II MitbestG; Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes .....	476
(c) Das aus den Behinderungsverboten in § 20 I BetrVG, § 24 I 1 1. Alt. BPersVG sowie § 20 I MitbestG zu gewinnende Substrat zur kündigungsschutzrechtlichen Konkretisierung des § 138 I BGB .....	480
(aa) Wertungen zu Kündigungsgründen .....	480
(bb) Der Zukunftsbezug der Kündigung .....	482
(cc) Ergebnis für die Behinderungsverbote .....	482
(d) Das aus den Beeinflussungsverboten in § 20 II BetrVG, § 24 I 1 2. Alt. BPersVG sowie § 20 II MitbestG zu gewinnende Substrat zur kündigungsschutzrechtlichen Konkretisierung des § 138 I BGB .....	482
(aa) Der Zukunftsbezug der Kündigung .....	482

(bb) Wertungen zu Auswahlkriterien .....	483
(cc) Wertungen zu Kündigungsgründen .....	485
(dd) Ergebnis für die Beeinflussungsverbote .....	485
(3) Gesamtergebnis für die Maßregelungsverbote im Hinblick auf besondere Formen der Rechtsausübung .....	486
C. Kündigungsschutz für Arbeitnehmer mit Kontrollfunktionen gegenüber dem Arbeitgeber (Betriebsbeauftragte) .....	486
I. Kündigungsschutz für Betriebsärzte und Fachkräfte für Arbeitssicherheit nach dem ASiG .....	488
1. Der Kündigungsschutz nach § 8 I 2 ASiG .....	490
a) Der Umfang des nach § 8 I 2 ASiG gewährten Schutzes .....	490
b) Das aus § 8 I 2 ASiG zu gewinnende Substrat zur kündigungsschutzrechtlichen Konkretisierung des § 242 BGB .....	490
aa) Wertungen zu Differenzierungskriterien .....	491
bb) Wertungen zu Kündigungsgründen .....	493
cc) Ergebnis für § 8 I 2 ASiG .....	493
2. Der Schutz nach § 9 III ASiG .....	494
II. Der Kündigungsschutz für Sicherheitsbeauftragte nach § 22 III SGB VII .....	497
1. Umfang und Sinn und Zweck des Schutzes nach § 22 III SGB VII .....	497
2. Das aus § 22 III SGB VII zu gewinnende Substrat zur kündigungsschutzrechtlichen Konkretisierung des § 242 BGB .....	498
a) Wertungen zu Auswahlkriterien .....	498
b) Wertungen zu Kündigungsgründen .....	499
c) Ergebnis für § 22 III SGB VII .....	499
III. Der Kündigungsschutz für Betriebsbeauftragte im Umweltschutzrecht .....	499
1. Der Kündigungsschutz für Immissionsschutzbeauftragte nach dem BImSchG .....	501
a) Sinn und Zweck und Umfang des Schutzes nach § 58 BImSchG .....	501
b) Das aus § 58 I BImSchG zu gewinnende Substrat zur kündigungsschutzrechtlichen Konkretisierung des § 242 BGB .....	503
aa) Wertungen zu Differenzierungskriterien .....	503
bb) Wertungen zu Kündigungsgründen .....	505
cc) Ergebnis für § 58 I BImSchG .....	505
c) Das dem Kündigungsverbot nach § 58 II BImSchG zu entnehmende Substrat zur kündigungsschutzrechtlichen Konkretisierung des § 242 BGB .....	506
2. Der Kündigungsschutz für Störfallbeauftragte nach dem BImSchG .....	507
3. Der Kündigungsschutz für Abfallbeauftragte gem. § 55 III KrW-/AbfG .....	508
4. Der Kündigungsschutz für Betriebsbeauftragte für Gewässerschutz nach § 21f WHG .....	509

a)	Umfang und Sinn und Zweck des Schutzes nach § 21f WHG	509
b)	Das aus § 21f I WHG zu gewinnende Substrat zur kündigungs- schutzrechtlichen Konkretisierung des § 242 BGB	510
c)	Das dem Kündigungsverbot nach § 21f II WHG zu entneh- mende Substrat zur kündigungsrechtlichen Konkretisie- rung des § 242 BGB	512
d)	Ergebnis für § 21f WHG	512
5.	Der Kündigungsschutz für Tierschutzbeauftragte nach § 8b TierSchG	512
a)	Sinn und Zweck und Umfang des Schutzes nach § 8b TierSchG	512
b)	Das aus § 8b VI 2 TierSchG zu gewinnende Substrat zur kün- digungsschutzrechtlichen Konkretisierung des § 242 BGB	514
c)	Ergebnis für § 8b VI 2 TierSchG	514
6.	Der Kündigungsschutz für Beauftragte für Biologische Sicherheit gem. § 6 IV GenTG i.V.m. § 19 II GenTSV	515
a)	Sinn und Zweck und Umfang des Schutzes	515
b)	Das aus § 19 II GenTSV zu gewinnende Substrat zur kün- digungsschutzrechtlichen Konkretisierung des § 242 BGB	515
c)	Ergebnis für § 19 II GenTSV	516
7.	Der Kündigungsschutz für Gefahrgutbeauftragte nach § 3 I Nr. 14 GBefGG i.V.m. § 7 I GbV	516
a)	Sinn und Zweck und Umfang des Schutzes	516
b)	Das aus § 7 I GbV zu gewinnende Substrat zur kündigungs- schutzrechtlichen Konkretisierung des § 242 BGB	517
c)	Ergebnis für § 7 I GbV	518
8.	Der Kündigungsschutz für Strahlenschutzbeauftragte gem. § 32 V StrlSchVO bzw. § 14 V RöntgenVO	518
a)	Sinn und Zweck und Umfang des Schutzes	518
b)	Das aus § 32 V 2. Hs. StrlSchVO zu gewinnende Substrat zur kündigungsschutzrechtlichen Konkretisierung des § 242 BGB	519
c)	Ergebnis für § 32 V 2. Hs. StrlSchVO	519
IV.	Der Kündigungsschutz für Datenschutzbeauftragte nach § 4f BDSG	520
1.	Der Sinn und Zweck des Schutzes des Datenschutzbeauftragten	520
2.	Der Umfang des durch § 4f III BDSG vermittelten Kündigungs- schutzes	521
3.	Das aus § 4f III 3 BDSG zu gewinnende Substrat zur kün- digungsschutzrechtlichen Konkretisierung des § 242 BGB	525
4.	Ergebnis für § 4f III 3 BDSG	525
V.	Der Kündigungsschutz für Gleichstellungsbeauftragte nach § 18 V 1, 3 BGleIG	526
1.	Sinn und Zweck und Umfang des Schutzes	526
2.	Das aus § 18 V 1 BGleIG zu gewinnende Substrat zur kün- digungsschutzrechtlichen Konkretisierung des § 242 BGB	527

3. Das aus § 18 V 3 BGlG zu gewinnende Substrat zur kündigungs- schutzrechtlichen Konkretisierung des § 242 BGB .....	527
4. Ergebnis für § 18 V BGlG .....	528
VI. Ergebnis für den Kündigungsschutz für Arbeitnehmer mit Kontroll- funktion .....	528
D. Der Kündigungsschutz durch die Beteiligung betrieblicher Arbeitneh- mervertretungen .....	528
I. Der Kündigungsschutz durch die Beteiligung des Betriebsrates gem. § 102 I BetrVG .....	529
1. Umfang und Sinn und Zweck des Schutzes .....	529
2. Die Eignung des § 102 I BetrVG für das Untersuchungsziel ....	532
II. Der Kündigungsschutz durch die Beteiligung des Personalrats gem. § 79 BPersVG .....	533
1. Sinn und Zweck und Umfang des Schutzes nach § 79 BPersVG	533
2. Die Eignung des § 79 BPersVG für das Untersuchungsziel .....	534
III. Der Kündigungsschutz durch die Beteiligung der Schwerbehinder- tenvertretung gem. § 95 II SGB IX .....	534
IV. Ergebnis für den Kündigungsschutz durch Beteiligungsrechte .....	536
E. Der Kündigungsschutz gem. § 613a IV 1 BGB .....	536
I. Sinn und Zweck und Umfang des Schutzes nach § 613a IV 1 BGB	537
II. Das aus § 613a IV 1 BGB zu gewinnende Substrat zur kündigungs- schutzrechtlichen Konkretisierung des § 242 BGB .....	539
1. Die im Verbot betriebsübergangsbedingter Kündigungsgründe lie- gende Wertung .....	540
2. Die in der Erlaubnis betriebsübergangsfremder Kündigungs- gründe liegende Wertung .....	542
3. Das Vorliegen eines Kündigungsgrundes als Wirksamkeitsvoraus- setzung .....	543
III. Ergebnis für § 613a IV BGB .....	544
<b>§ 9 Zusammenfassung der aus den Normen des besonderen Kündigungsschutz- herausgearbeiteten gesetzgeberischen Wertungen zur kündigungs- schutzrechtlichen Konkretisierung der §§ 138 I, 242 BGB .....</b>	<b>545</b>
A. Die erarbeiteten Wertungen zur Konkretisierung der sittenwidrigen Kün- digung gem. § 138 I BGB .....	545
B. Die erarbeiteten Wertungen zur Konkretisierung der treuwidrigen Kündi- gung gem. § 242 BGB .....	547
I. Die erarbeiteten Wertungen zu Kündigungsgründen .....	548
1. Wertungen zum Inhalt eines Kündigungsgrundes .....	548
2. Wertungen zur Erforderlichkeit eines Kündigungsgrundes .....	549
II. Die erarbeiteten Wertungen zur Auswahl zwischen mehreren Arbeit- nehmern .....	550
1. Zugelassene und nicht zugelassene Auswahlkriterien .....	550
2. Die Relevanz sozialer Gesichtspunkte .....	552



## 3. Kapitel:

**Die verfassungsrechtliche Überprüfung des entwickelten  
Kündigungsschutzes** 553

<b>§ 10 Die methodische Einordnung der Konkretisierung</b> .....	553
<b>§ 11 Die Grenzen der Rechtsfortbildung in Gestalt der Konkretisierung der §§ 138 I, 242 BGB</b> .....	564
A. Richterliche Rechtsfortbildung und die Angst vor einem „Kampf um das Recht“ .....	564
B. Staatsorganisationsrechtliche Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung .....	565
I. Das Rechtsstaatsprinzip .....	565
II. Das Gewaltenteilungsprinzip, Art. 20 II 2 GG .....	568
1. Das Gewaltenteilungsprinzip als Gewähr für die Mäßigung staatlicher Macht und den Schutz der Freiheit des Einzelnen .....	572
a) Der Kernbereich legislativer Tätigkeit .....	572
b) Das Eindringen in den Kernbereich .....	574
2. Gewaltenteilung als Gewähr sachgerechter Aufgabenwahrnehmung .....	575
a) Die Wesentlichkeitstheorie als Grenze der Delegation rechtsetzender Aufgaben .....	576
b) Gesetzeskonkretisierende Rechtsfortbildung – sachgerechte Ansiedlung bei den Gerichten? .....	581
aa) Der den Gerichten zugewiesene Aufgabenkreis .....	582
bb) Die Fähigkeit und Geeignetheit der Gerichte zur Rechtsetzung in Form gesetzeskonkretisierender Rechtsfortbildung .....	583
(1) Die Geeignetheit der Rechtsprechung als Organ zur Gewährung eines Kündigungsschutzes im Wege gesetzeskonkretisierender Rechtsfortbildung .....	585
(a) Das Ausmaß der demokratischen Legitimation als Gradmesser .....	585
(b) Der Status des Richters als Gradmesser .....	589
(c) Die personellen, sachlichen und organisatorischen Möglichkeiten der Gerichte als Gradmesser .....	590
(2) Die Geeignetheit der der Rechtsprechung zu Gebote stehenden Verfahren zur Hervorbringung eines Kündigungsschutzes .....	591
(3) Ergebnis .....	596
III. Die Bindung des Richters an Gesetz und Recht, Art. 20 III GG ....	596
<b>§ 12 Grenzziehung durch bestehende Kündigungsschutznormen des einfachen Rechts</b> .....	600
A. Grundwertungen des KSchG .....	600

B. Die Vereinbarkeit des durch Konkretisierung des § 242 BGB gewonnenen Kündigungsschutzes mit dem Kündigungsschutz nach dem KSchG	602
I. Das Verhältnis zwischen § 242 BGB und dem KSchG	602
1. Die bislang in Rechtsprechung und Literatur herrschende Ansicht: § 1 KSchG als <i>lex specialis</i> gegenüber § 242 BGB	603
2. Methodische Untersuchung des Verhältnisses von § 1 KSchG zu § 242 BGB	608
a) Die grammatische Auslegung einzelner Normen des KSchG	608
b) Systematische Auslegung	610
c) Teleologische Auslegung	614
aa) §§ 4 ff. KSchG a.F.	614
bb) Die Einschränkung des Anwendungsbereichs des KSchG durch §§ 1 I, 23 I KSchG	615
d) Historische Auslegung	622
e) Ergebnis	622
II. Das Verhältnis des § 138 I BGB zum KSchG	623
III. Ergebnis	626
<b>§ 13 Grenzziehung durch Grundrechte – Eingriff und Schutzpflicht</b>	627
A. Die Vereinbarkeit des Kündigungsschutzes mit Grundrechten des Arbeitgebers	627
I. Die durch den Kündigungsschutz berührten Grundrechte des Arbeitgebers	628
1. Positionen in der Rechtsprechung und im Schrifttum	628
2. Stellungnahme	629
a) Die Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers als Ausprägung der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 I GG	629
b) Die Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers als Ausprägung der Eigentumsfreiheit nach Art. 14 I GG	630
c) Die Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers als Ausprägung der Berufsfreiheit nach Art. 12 I GG	631
II. Der Kündigungsschutz als Eingriff in die Berufsfreiheit des Arbeitgebers aus Art. 12 I GG	632
1. Die Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers als von Art. 12 I GG geschütztes Verhalten	632
2. Der Kündigungsschutz auf der Grundlage der §§ 138 I, 242 BGB als Eingriff in die durch Art. 12 I GG geschützte Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers	633
3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs	636
a) Das richterliche Urteil als Eingriff auf Grund eines Gesetzes i. S. d. Art. 12 I 2 GG	637
b) §§ 138 I, 242 BGB als Grundlage für den richterlichen Eingriff	640
aa) Wesentlichkeitstheorie	641
bb) Das Verbot des Einzelfallgesetzes, Art. 19 I 1 GG	644

cc) Das Zitiergebot, Art. 19 I 2 GG .....	644
dd) Das Bestimmtheitsgebot .....	645
c) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des richterlichen Urteils selbst .....	648
aa) Das richterliche Urteil im Lichte des Übermaßverbotes ..	648
bb) Kollidierendes Verfassungsrecht .....	654
cc) Die Wesensgehaltsgarantie, Art. 19 II GG .....	660
III. Ergebnis .....	664
B. Kündigungsschutz als Marktzutrittsschranke – Die Vereinbarkeit des entwickelten Kündigungsschutzes mit der Berufsfreiheit der Arbeitssuchenden aus Art. 12 I GG .....	665
I. Problemaufriß; Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes .....	665
II. Die Grundrechtsbetroffenheit der Arbeitssuchenden .....	668
III. Der richterlicherseits entwickelte und angewendete Kündigungsschutz als Eingriff in die Arbeitsplatzfreiheit der Arbeitssuchenden aus Art. 12 I GG .....	676
IV. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des richterlichen Eingriffs in die freie Wahl des Arbeitsplatzes .....	682
1. Eingriff in die Arbeitsplatzfreiheit nur „auf Grund Gesetzes“ gem. Art. 12 I 2 GG? .....	682
2. Das richterliche Urteil im Lichte des Übermaßverbotes .....	684
a) Die Geeignetheit der Stufentheorie .....	686
b) Die Rechtfertigung des Kündigungsschutzes anhand der Stufentheorie .....	688
c) Lösungsvorschläge zur Anpassung des Rechtfertigungsmaßstabs .....	691
aa) Die „typisierende Betrachtungsweise“ innerhalb der Stufentheorie .....	691
bb) Die Grundsätze der numerus-clausus-Rechtsprechung ....	692
cc) Der Ausgleich kollidierender Grundrechte .....	693
(1) Grundrechtskollision und Stufentheorie .....	693
(2) Die Arbeitsplatzfreiheit der Arbeitssuchenden .....	696
(a) Der arbeitslose Arbeitssuchende .....	696
(b) Der Arbeitsplatzwechsler .....	697
(3) Die Arbeitsplatzfreiheit des Arbeitsplatzinhabers ....	697
V. Ergebnis .....	700
C. Ergebnis der verfassungsrechtlichen Untersuchung .....	701

4. Kapitel:

<b>Prozessuale Geltendmachung des entwickelten Kündigungsschutzes</b>	<b>702</b>
<b>§ 14 Die Frist zur Geltendmachung der Unwirksamkeit einer Kündigung nach §§ 138 I, 242 BGB</b>	<b>702</b>
<b>§ 15 Die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast bei der Geltendmachung der Unwirksamkeit einer Kündigung gem. §§ 138 I, 242 BGB</b>	<b>706</b>
A. Die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Kündigungsschutzverfahren	706
B. Die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Rahmen der allgemeinen Feststellungsklage nach § 256 I ZPO	709
C. Die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast bei der gerichtlichen Geltendmachung des Kündigungsschutzes nach §§ 138 I, 242 BGB	710
I. Allgemeine Grundsätze	710
II. Modifizierungen der Darlegungs- und Beweislast	712
1. Die Umkehr der Beweislast	713
a) Beweislastumkehr im Wege der analogen Anwendung gesetzlicher Sonderregeln	713
b) Der fehlende Verstoß gegen die zivilrechtlichen Generalklauseln als negatives Tatbestandsmerkmal einer wirksamen Kündigung	715
c) Beweislastumkehr hinsichtlich subjektiver Kausalitätserfordernisse	716
2. Beweiserleichterungen nach den Grundsätzen der abgestuften Darlegungs- und Beweislast	717
a) Erleichterungen der Darlegungs- und Beweislast durch den Anscheinsbeweis	718
b) Erleichterungen auf der Ebene der Darlegungs- bzw. Behauptungslast: die sog. sekundäre Behauptungslast des Prozeßgegners	721
aa) Die Anwendung der Grundsätze von der sekundären Behauptungslast auf die gerichtliche Geltendmachung eines unzulässigen Kündigungsgrundes	724
bb) Die Anwendung der Grundsätze der sekundären Behauptungslast auf die gerichtliche Geltendmachung einer Auswahl nach unzulässigen Differenzierungskriterien	726
c) Erleichterungen auf der Ebene der Beweisführung	728
III. Ergebnis	730

*5. Kapitel:*

<b>Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse und Ausblick</b>	731
<b>Thesen</b> .....	738
<b>Anhang: Die der Untersuchung zugrundegelegten Normen des besonderen Kündigungsschutzes im einfachen Recht</b> .....	742
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	758
<b>Sachwortverzeichnis</b> .....	800

1. Kapitel:

## Verfassungsrechtliche und methodische Grundlagen eines Mindestkündigungsschutzes

### § 1 Problemaufriß

#### A. Einführung in die Problematik

Wohl zu keinem Teilgebiet des Arbeitsrechts existieren derart viele Entscheidungen und wissenschaftliche Veröffentlichungen wie zum Kündigungsschutz. Mag man über die Notwendigkeit dieser intensiven (oder vielmehr extensiven) Auseinandersetzung mit einem vergleichsweise kleinen Gebiet des Arbeitsrechts auch streiten, so kommt man doch nicht umhin, daß gerade in Zeiten knapper Arbeitsplätze das Kündigungsschutzrecht für alle Beteiligten des Arbeitslebens eine zentrale Rolle spielt. Die Frage, wann ein Arbeitnehmer unter welchen Umständen seinen Arbeitsplatz verlieren darf, gewinnt in erster Linie für die Parteien des Arbeitsvertrages und zwischen diesen insbesondere in Phasen der wirtschaftlichen Rezession ein wesentliches Gewicht. Für den Arbeitnehmer als Geschützten bedeutet Kündigungsschutz ein Mehr an Sicherheit – sowohl wirtschaftlich als auch sozial. Die Mehrzahl der Arbeitgeber dagegen wird kündigungsschützende Normen wohl stets als Hemmschuh für ihre personalwirtschaftliche Flexibilität und damit ihr wirtschaftliches Fortkommen betrachten. Darüber hinaus gibt das Kündigungsschutzrecht auch in der ganzheitlichen Betrachtung wesentliche Impulse dafür, wie flexibel (personal-)wirtschaftliche Entscheidungen gestaltet werden können und entscheidet damit in hohem Maße über die Frage nach der Attraktivität des jeweiligen Wirtschaftsstandortes<sup>1</sup>.

Eine zentrale Rolle in diesem Spannungsfeld nimmt zweifellos das KSchG ein, das der Mehrzahl der abhängig Beschäftigten Schutz vor arbeitgeberseitigen Kündigungen verleiht. Für diesen Schutz muß der Arbeitnehmer jedoch zwei Hürden überwinden<sup>2</sup>. Zum einen muß das betrachtete Arbeitsverhältnis in

---

<sup>1</sup> So auch *Rüthers*, NJW 2002, 1601 (1605) sowie *Wank*, NZA 2003, Beil., 3 (3).

Vgl. zu den unterschiedlichen Kündigungsschutzregelungen in den Mitgliedsstaaten der EU den Überblick bei *Tschöpe*, NZA-RR 2003, 393 (396 ff.)

Das Ausmaß des Kündigungsschutzes beeinflusst zudem, welche Art von Arbeitsverhältnissen geschlossen werden. Einer Studie des Zentrums für Europäische Wirtschaftsforschung (ZEW) zufolge korreliert ein auf hohem Niveau angesiedelter Kündigungsschutz mit der Anzahl der befristeten Arbeitsverhältnisse (BB 2001, VI).

demselben Betrieb oder Unternehmen ohne Unterbrechung länger als sechs Monate bestanden haben (§ 1 I KSchG, sog. Wartezeit). Zum anderen muß die Anzahl der Beschäftigten im Betrieb bzw. in der Verwaltung den Schwellenwert des § 23 I 2 KSchG bzw. § 23 I 3 KSchG übersteigen (sog. Kleinbetriebsklausel)<sup>3</sup>. Dies bedeutet nach der Neuregelung des KSchG durch das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt vom 24.12.2003<sup>4</sup>, daß bei Arbeitsverhältnissen, die bis einschließlich 31.12.2003 bereits begonnen hatten<sup>5</sup>, im betrachteten Betrieb oder in der jeweiligen Verwaltung mehr als fünf Arbeitnehmer beschäftigt sein müssen; bei Arbeitsverhältnissen, die später begonnen haben, bedarf es mehr als zehn Arbeitnehmer<sup>6</sup>.

Sind beide Voraussetzungen erfüllt, d.h. sowohl die Wartezeit absolviert als auch der Schwellenwert nach § 23 I 2, 3 KSchG überschritten, gewährt § 1 I, II KSchG dem Arbeitnehmer Bestandsschutz auf vergleichsweise hohem Niveau: Die Kündigung ist unwirksam, sofern sie nicht sozial gerechtfertigt werden kann. Für diejenigen Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis eine oder beide Voraussetzungen nicht erfüllt, bringt das Herausfallen aus dem Anwendungsbereich des KSchG neben dem Verlust des Bestandsschutzes weitere Nachteile mit sich. Zum einen ist ihnen der Weiterbeschäftigungsanspruch nach § 102 V BetrVG verwehrt, da dieser das Erheben einer Kündigungsschutzklage nach dem KSchG voraussetzt. Zum anderen können sie die Zahlung einer Abfindung, wie sie in § 1 a KSchG sowie § 9 KSchG vorgesehen ist, nicht erreichen. Vor diesem Hintergrund erscheint die Gruppe der außerhalb des KSchG stehenden Arbeitnehmer weitestgehend schutzlos der Kündigungsentscheidung des Arbeitgebers ausgeliefert<sup>7</sup>. Insofern ziehen §§ 1 I, 23 I 2, 3 KSchG scheinbar eine Grenze nach dem „Alles-oder-nichts-Prinzip“. Vergegenwärtigt man sich nun, daß die Diskussion

---

<sup>2</sup> Die weiteren Voraussetzungen für das Eingreifen des KSchG wie die Arbeitnehmereigenschaft des Gekündigten usw. sollen hier vernachlässigt werden.

<sup>3</sup> Um der Übersichtlichkeit der Darstellung willen wird nachfolgend die gesetzliche Verankerung des Schwellenwertes in der Kleinbetriebsklausel stets mit § 23 I 2, 3 KSchG bezeichnet.

<sup>4</sup> BGBl. I, 3002 ff. Kritisch hierzu *Preis*, DB 2004, 70 ff. Bereits im Gesetzgebungsverfahren wurde bemängelt, es handele sich bei der „Agenda 2010“ in kündigungsrechtlicher Hinsicht eher um eine „Agenda 1996“, da Änderungen letztlich größtenteils die Ansätze des BeschFG 1996 wieder aufnahmen (*Löwisch*, NZA 2003, 689 (689); in diese Richtung auch *Bauer/Preis/Schunder*, NZA 2003, 704 (704)).

<sup>5</sup> Ein Arbeitsverhältnis beginnt dabei nach dem 31.12.2003 i.S.d. Norm, wenn der Arbeitsvertrag die Aufnahme der Arbeit am 1.1.2004 oder später vorsieht. Der Abschluß des Arbeitsvertrages kann dabei durchaus vor dem 31.12.2003 erfolgt sein (so auch *Bader*, NZA 2004, 65 (67)).

<sup>6</sup> Zu den Problemen im Zusammenhang mit diesem gespaltenen Kündigungsschutz für Neu- und Altfälle vgl. die Darstellungen bei *Bader*, NZA 2004, 65 (67) und *Preis*, DB 2004, 70 (78).

<sup>7</sup> Anders *Stelljes*: Für Arbeitnehmer im Kleinbetrieb habe das Zwangsmittel der Kündigung geringere Bedeutung; der bestehende Gruppendruck bewirke eine „Selbstregulierung“ (*Stelljes*, Kündigungsschutz (2002), S. 240 f.).

um den Schwellenwert des § 23 I KSchG nie ganz abgeebbt ist und schließlich auch zur erneuten Reform des Kündigungsschutzes durch das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt geführt hat<sup>8</sup>, erscheint die Grenze zwischen einem hohen Maß an Kündigungsschutz und einer (scheinbaren) Schutzlosigkeit hochgradig variabel. Dann aber stellt sich die Frage, ob die außerhalb des KSchG befindlichen Arbeitnehmer tatsächlich schutzlos gestellt sind, oder ob es nicht vielmehr einen „Kündigungsschutz außerhalb des KSchG“ gibt oder geben muß, nahezu von selbst. Eben dieser Frage nach der Notwendigkeit eines solchen Schutzes sowie seiner Ausgestaltung im Einzelnen und seinen Grenzen widmet sich die folgende Untersuchung. Ist aber von einem „Kündigungsschutz außerhalb des KSchG“ die Rede, so muß zunächst herausgearbeitet werden, welche Art von Schutz vor welcher Art von Kündigung hier betrachtet werden soll.

## B. Der Untersuchungsgegenstand

Zunächst ist festzuhalten, daß Kündigungsschutz im Rahmen dieser Untersuchung wie auch sonst den Schutz des Arbeitnehmers vor Kündigungen seitens des Arbeitgebers meint<sup>9</sup>. Innerhalb dieses Schutzes zieht nun das KSchG die Grenze zwischen den hohen Anforderungen an die soziale Rechtfertigung einer

---

<sup>8</sup> Auch im Vorfeld war das Schlagwort von der „Deregulierung des Kündigungsschutzes“ im Arbeitsrecht allgegenwärtig (so auch *Graser*, ZRP 2003, 119 (119)); vgl. zur Diskussion *Bauer*, NZA 2002, 529 ff.; *Busch*, BB 2003, 470 ff.; *Däubler*, ZRP 2003, 108; *Hanau*, ZRP 2003, 108; v. *Hoyningen-Huene*, FS Arbeitsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz (1999), S. 215 (220 ff.); *Rüthers*, NJW 2003, 546 (548 f.); *Schiefer*, NZA 2002, 770 ff.; *derselbe*, ZfA 33 (2002), 427 ff.; *Willemsen*, NJW 2000, 2779 (2780 ff.).

Für die Anhebung des Schwellenwertes sprachen sich insbesondere *Bauer*, NZA 2002, 529 (531); *ders.*, NZA 2003, 704 (706) sowie NZA 2003, Beil. 21, 47 (51); *Hanau*, ZRP 2003, 108 (108); *Löwisch*, BB 2003, 738 (739); *Schiefer*, NZA 2002, 770 (773) sowie der 63. Deutsche Juristentag (AuR 2000, 420 (420)) aus.

Darüber hinaus schlug *Bauer*, NZA 2002, 529 (530); *ders.* NZA 2003, 704 (706) sowie NZA 2003 Beil. 21, 47 (51) eine Verlängerung der Wartezeit nach § 1 I KSchG auf zwei Jahre vor; auch *Preis* plädiert für eine Verlängerung der Klagefrist und die Zulassung einer einvernehmlichen Verlängerung der Klagefrist (*Bauer/Preis/Schunder*, NZA 2003, 704 (706)).

Zur Diskussion über die Abschaffung des Kündigungsschutzes zugunsten einer Abfindungslösung: *Buchner*, NZA 2002, 533 (535); *Busch*, BB 2003, 470 (471). Für ein Nebeneinander von Kündigungsschutz und Abfindungslösung *Bauer*, NZA 2002, 529 (530); jedenfalls bei betriebsbedingten Kündigungen auch *Hromadka*, AuA 2002, 261 (264); *derselbe*, ZfA 33 (2002), 383 (392 ff.); *Preis*, NZA 2003, 252 (255) sowie *Wank*, NZA 2003, Beil., 3 (10 f.); bei betriebs- und personenbedingten Kündigungen ebenso *Rüthers*, NJW 2002, 1601 (1609); *Willemsen*, NJW 2000, 2779 (2784). Für ein Wahlrecht des Arbeitnehmers zwischen der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses und einer Abfindung v. *Hoyningen-Huene*, FS Arbeitsgerichtsbarkeit Rheinland-Pfalz (1999), S. 215 (240 ff.). Für eine Abfindungslösung im Kleinbetrieb mit weniger als 20 Arbeitnehmern *Preis*, NZA 2003, 252 (256) sowie NZA 2004, 704 (706). Kritisch zu Abfindungslösungen *Graser*, ZRP 2003, 119 ff.

<sup>9</sup> *KDZ/Kittner*, Einleitung Rn. 2.