

Professor Dr. Axel Beater, Universität Greifswald

Angstwerbung, Wettbewerbsrecht und der Greifswalder Examenskurs Zivilrecht

I. Einleitung

Die Beurteilung von Werbung, die in besonderem Maße Angst erzeugt, betrifft vielschichtige Zusammenhänge. Sie beschäftigt zum einen die Ökonomen. Die Wirtschaftswissenschaftler denken darüber nach, ob und ggf. unter welchen Bedingungen es für Unternehmen sinnvoll ist, eine solche Werbung im Rahmen ihres Marketings zu nutzen. Dabei stellt sich sehr schnell die Frage, wie solche Werbung „wirkt“ bzw. sich auf das Entscheidungsverhalten von potenziellen Käufern auswirkt. Zum anderen geht es um ein wettbewerbsrechtliches Problem, nämlich die Frage nach der juristischen Zulässigkeit oder Unzulässigkeit von Angstwerbung. Die rechtliche Diskussion könnte dabei von den Erkenntnissen ihrer wissenschaftlichen Nachbardisziplin, dem Marketing, viel lernen, wird aber vielfach ohne jedes Wissen um diese Erkenntnisse geführt. Schließlich ist Angstwerbung noch durch gewisse medienrechtliche Bezüge geprägt, da sie nur in bestimmten Konstellationen „funktioniert“.

Die Themenstellung meines Aufsatzes hat bereits angedeutet, dass an dieser Stelle noch etwas Weiteres hinzukommen soll, nämlich der Greifswalder Examenskurs Zivilrecht. Lassen Sie mich dafür etwas ausholen. Diese Veranstaltung habe ich das erste Mal im WS 1997/98 angeboten. Sie trat an die Stelle von Wiederholungs- und Vertiefungskursen, die zuvor im WS und im SS im Umfang von jeweils 3 SWS angeboten worden waren. Im WS 1996/97 lag der Wiederholungs- und Vertiefungskurs BGB AT und Schuldrecht in meinen Händen. Die Veranstaltung war locker und hatte allen Beteiligten Spaß gemacht. Im WS 1997/98 bot ich sie unter eigentlich unwesentlichen Veränderungen abermals an. Sie hieß jetzt Examenskurs Zivilrecht I, war etwas umfangreicher geworden und thematisch enger auf die folgende Veranstaltung im SS abgestimmt, die früher Wiederholungs- und Vertiefungskurs BGB AT und Sachenrecht hieß und nunmehr Examenskurs Zivilrecht II genannt wurde. Obwohl die Fälle und Besprechungen im WS 1996/97 durchweg gut gelaufen waren, hatte die mehr oder weniger gleiche Veranstaltung im WS 1997/98 einen völlig anderen Charakter. Das Arbeitsklima in der Veranstaltung war bissig und geradezu feindselig, und es gab eigentlich während der gesamten folgenden zehn Monate in und außerhalb der Veranstaltung permanent Ärger. Was passiert war, ist mir erst später vollständig bewusst geworden, als ich mich – in ganz anderem Zusammenhang – mit der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von Angstwerbung beschäftigt habe. Es gab nämlich einen gravierenden Unterschied zwischen dem Wiederholungs- und Vertiefungskurs im WS 1996/97 und dem Examenskurs Zivil-

recht I im WS 1997/98. Beide wurden zwar von demselben Dozenten angeboten und waren stofflich in weiten Teilen identisch, im Examenskurs Zivilrecht I saß jedoch jemand im Hörsaal, der aufgrund des Studierverhaltens der Teilnehmer ein Jahr vorher nicht zugegen gewesen war: die Examensangst.

II. Wettbewerbsrechtliche Urteile

Zum Mittel der Angstwerbung greifen die meisten Unternehmen im Grunde nie und es gibt nur ganz wenige Beispiele. Die seltenen Anwendungsfälle betreffen in aller Regel Branchen, die in besonderer Weise vor Risiken sichern wollen oder deren Tätigkeit mit gefährlichen Dingen zusammenhängt. In Betracht kommt beispielsweise Werbung für Krieganleihen während des Ersten Weltkriegs, Werbung des TÜV für die Einhaltung von Sicherheitsüberwachungen, Werbung für Brillengläser, Werbung von Versicherungen usw. Angstwerbung ist für bestimmte Bereiche durch spezielle Gesetze untersagt,¹ außerhalb dieser Sonderbereiche aber nicht allgemein geregelt. Hier soll es darum gehen, ob solche Werbung unlauterer Wettbewerb im Sinne von §§ 3, 4 Nr. 2 UWG ist.

Die wettbewerbsrechtliche Judikatur zur Angstwerbung ist nicht sehr umfangreich. Die Entscheidungen sind durchweg noch im Rahmen der früheren Generalklausel, also zu § 1 UWG a. F. gefällt worden, doch hat das neue UWG insoweit keine Veränderung gebracht. Die Problematik soll hier an drei Urteilen illustriert werden:

Das LG Frankfurt a. M. sah 1970 in: „Brillanten contra Inflation! Brillanten überspringen wertsteigernd jede Geldentwertung! Kaufen sie jetzt! Retten Sie Ihr Geld!! Noch zu alten Preisen!“ einen „Horrortext“. Die Reklame war in den Augen der Richter u. a. geeignet, bei älteren Bürgern „Leiden aus schlimmsten Notzeiten“ wachzurufen. Das Gericht hielt keinen Geschäftsmann für berechtigt, die Angst der Bürger vor einer Inflation als Vorspann für seine Werbung einzusetzen.²

Das OLG Hamm hat dagegen 1974 in folgenden Werbeformulierungen nichts Wettbewerbswid-

1 Siehe § 18 Abs. 1 Nr. 6 LMBG (= Gesetz über den Verkehr mit Lebensmitteln, Tabakerzeugnissen, kosmetischen Mitteln und sonstigen Bedarfsgegenständen); § 11 Nr. 7 HWG (= Gesetz über die Werbung auf dem Gebiet des Heilwesens).

2 Frankfurt a. M. v. 23.12.1970 (Brillanten contra Inflation), WRP 1971, 86 (87).

riges entdecken können: „Kaufen Sie Sachwerte, kaufen Sie Eigentumswohnungen. Jetzt. Sofort. Schenken Sie die Wohnung Ihren Kindern. Oder Ihren Enkeln. Vermieten Sie oder wohnen Sie selbst darin. Aber tun Sie was. Ihr Geld tut nämlich schon lange was. Es läuft Ihnen weg.“³

Der BGH hat 1986 nur eingeschränkt zur Beurteilung von Angstwerbung Stellung beziehen müssen. Das Gericht sah den Werbetext: „Erkältung und grippale Infekte überrollen Berlin. Sofort besorgen! Klosterfrau Melisengeist ...“ als zulässig an, da er zwar bei Teilen des Verkehrs Unbehagen und gewisse Ängstlichkeit erzeugen könne, zur Erzeugung ernsthafter, besonderer Angstgefühle jedoch ungeeignet erscheine.⁴ Das KG hatte als Vorinstanz anders entschieden.⁵

III. Wettbewerbsrechtliche Beurteilungsmaßstäbe

Die allgemeine Zulässigkeit von Angstwerbung beurteilt sich heute nach § 4 Nr. 2 UWG. Nach dieser Vorschrift sind Wettbewerbshandlungen unlauter, wenn sie geeignet sind, die Angst von Verbrauchern auszunutzen. Die Anwendung der Vorschrift ist wie die der übrigen Normen des UWG entscheidend an ihren Schutzzwecken auszurichten.⁶ Allgemein zielt das Wettbewerbsrecht auf die Bewahrung der Lauterkeit des Wettbewerbs im Interesse der Mitbewerber, der Verbraucher und der Allgemeinheit.⁷ Der BGH tendiert dabei vor allem in seiner jüngeren Judikatur dazu, die jeweiligen Interessen exakt herauszuarbeiten und sie dann gegeneinander bzw. mit den Interessen des betroffenen Unternehmers abzuwägen.⁸ Das neue UWG von 2004 hat diesen methodischen Ansatz verfestigt.⁹

In gleicher Weise ist auch für die Beurteilung von Werbung zwischen den Interessen der Beteiligten zu gewichten. Maßstäbe für diese Abwägung lassen sich aus diversen Einzelurteilen des BGH gewinnen. Danach muss der Werbende insbesondere die Möglichkeit effektiver

Werbung haben.¹⁰ Der Konkurrent ist unter anderem vor Herabsetzung, Rufausbeutung und der Gefahr zu schützen, dass Kunden infolge einer irreführenden Werbung zum Mitbewerber abwandern.¹¹ Auf Seiten der Verbraucher können Informationsinteressen zu berücksichtigen sein, die den Konkurrenteninteressen unter Umständen entgegenlaufen.¹² Außerdem sind die Verbraucher in ihren wirtschaftlichen Interessen zu schützen.¹³ Eine wichtige Konsequenz daraus ist, dem Verbraucher eine Entscheidung zu ermöglichen, die er in einem nicht sachwidrig beeinflussten Entscheidungsprozess treffen kann.¹⁴

Der BGH tendiert in seiner neueren Judikatur weiterhin dazu, Werbung nicht generell als solche einzuordnen, sondern einer situationsadäquaten Beurteilung zu unterziehen.¹⁵ Das Gericht ist dazu übergegangen, die jeweils in Streit stehende Werbemethode im Einzelfall auf ihre konkreten Wirkungen abzuklopfen und sie stärker als früher ggf. für zulässig zu halten.¹⁶ Aufgrund der Umstände kann etwa anzunehmen sein, dass der Verbraucher von einem Angebot nur nach reiflicher Überlegung Gebrauch machen wird, weil er seine Entscheidung aufgrund der Besonderheiten des Versandhandels in Ruhe und in räumlicher Distanz zum Verkäufer und ohne weitere Einflussnahme treffen kann¹⁷ oder weil gewährte Gutschriften kein Verfallsdatum enthalten und deshalb keinen zeitlichen Entscheidungsdruck auslösen¹⁸ oder weil die Wertverhältnisse zwischen einer Werbezuwendung und dem Gesamtpreis des umworbenen Produkts einen unüberlegten und von sachfremden Erwägungen geleiteten Spontankauf ausschließen.¹⁹

Wendet man diese Überlegungen auf die Angstwerbung an, so ergibt sich folgendes Bild: Diese Werbung kann einerseits der Vermittlung von Informationen dienen und

3 OLG Hamm v. 26.03.1974 (Mensch sei Fuchs), GRUR 1975, 318.

4 BGH v. 12.06.1986 (Angstwerbung), GRUR 1986, 902 (903).

5 KG v. 17.01.1984 (Angstwerbung), WRP 1984, 686 (687 f.).

6 BGH v. 03.12.1998 (Hormonpräparate), GRUR 1999, 1128 (1129); Die methodische Grundlegung dafür wird in meiner Greifswalder Antrittsvorlesung skizziert, siehe Axel Beater, Schutzzweckdenken im Recht gegen den unlauteren Wettbewerb, JZ 1997, 916 ff.

7 § 1 Satz 1 UWG; BGH v. 14.01.1999 (Güllepipetten), GRUR 1999, 751 (753) m. w. N.

8 Etwa BGH v. 17.05.2001 (Mitwohnenzentrale.de), GRUR 2001 (1061 f.), („Gesamtwürdigung der Einzelumstände unter Abwägung der widerstreitenden Interessen“).

9 Ansgar Ohly, Das neue UWG – mehr Freiheit für den Wettbewerb?, GRUR 2004, 889 (896 f.).

10 BGH v. 15.07.1999 (EG-Neuwagen I), GRUR 1999, 1122 (1123).

11 BGH v. 15.10.1998 (Vergleichen Sie), BGHZ 139 (378, 384); eingehend Axel Beater, Unlauterer Wettbewerb, 2002, § 17 Rn. 1 ff.

12 BGH, Fn. 11, 383.

13 Art. 153 Abs. 1 EGV. Die Erw. zu RL 450/84/EWG über irreführende Werbung nennen dazu den Schutz vor nachteiligen Entscheidungen beim Kauf von Waren oder anderen Gütern oder bei der Inanspruchnahme von Dienstleistungen; BGH v. 08.12.1999 (Modulgerüst), GRUR 2000, 521 (525) nennt das Interesse an Preiswettbewerb und daran, bei etwaigen Lieferschwierigkeiten eines Herstellers auf einen anderen ausweichen zu können.

14 Eingehend Beater, Fn. 11, § 16 Rn. 1 ff.

15 BGH v. 20.10.1999 (Orient-Teppichmuster), GRUR 2000, 619, 621; dazu Axel Beater, Die stillen Wandlungen des Wettbewerbsrechts – Zugleich ein Beitrag zur Orient-Teppichmuster-Entscheidung des BGH, JZ 2000, 973 (977 ff.).

16 BGH v. 26.03.1998 (Schmuck-Set), GRUR 1998, 1037 ff.; BGH v. 26.03.1998 (1000,-DM Umwelt Bonus), GRUR 1999, 256 ff.; BGH v. 05.02.1998 (Rubbelaktion), GRUR 1998, 735 ff.; anders früher BGH v. 13.02.1961 (Einpennig-Süßwaren), BGHZ 34, 264 (271).

17 BGH (Schmuck-Set), Fn. 16, 1038.

18 BGH v. 28.01.1999 (Altkleider-Wertgutscheine), GRUR 1999, 755 (756).

19 BGH, Fn. 18, 756.

damit sowohl im Interesse des Werbenden als auch im Interesse der Verbraucher liegen. Sie kann nur als wettbewerbswidrig angesehen werden, wenn es einen überzeugenden Grund dafür gibt, warum der Verbraucher nicht auf angstbegründende Umstände, wie zum Beispiel Gesundheits- oder Inflationsgefahren, deutlich hingewiesen werden und seine Entscheidung nicht von den infrage stehenden Angaben abhängig machen soll. Als ein solcher Grund kommt namentlich in Betracht, dass Angstwerbung die Entscheidung des Verbrauchers zu einer fremdbestimmten macht.

IV. Angstwerbung und Verbraucherentscheidung

Damit stellt sich die Frage, welchen Einfluss Angstwerbung auf das Entscheidungsverhalten von Verbrauchern hat und ob sie den Verbraucher tatsächlich „fremdbestimmen“ kann.

1. Wettbewerbsrechtliches Schrifttum

Im wettbewerbsrechtlichen älteren Schrifttum herrscht über die Wettbewerbswidrigkeit von Angstwerbung ein überraschend einhelliger Konsens, während aktuelle Veröffentlichungen²⁰ eine nähere Aussage durchweg vermeiden.

Die wohl erste Stellungnahme im Schrifttum von *Tetzner* datiert von 1975. Er hält Angstwerbung grundsätzlich für wettbewerbswidrig, da solche Werbung auf der ganz unverdeckten Hervorrufung von psychischen Situationen der Umworbenen aufbaue und auf den Umworbenen so übermächtig einwirke, dass sie ihm die ruhige Überlegung bei seiner Kaufentscheidung raube.²¹

Die späteren Auseinandersetzungen mit der Angstwerbung stoßen exakt in dasselbe Horn. Stellvertretend für die im Grunde unbestrittene einhellige Ansicht hielten *Hefermehl* und *Schnorbus* die Angstwerbung für unzulässig, wenn sie unabhängig von ihrem Wahrheitsgehalt durch die Art und Weise der Information bei dem Umworbenen Angstgefühle hervorruft oder verstärkt. Sie lenke den Verbraucher von den für den Kauf entscheidenden Kriterien, wie Preis und Güte, ab und bestimme ihn unter Ausnutzung des Angst-

gefühls, sich aus sachfremden Gesichtspunkten zum Kauf zu entschließen.²²

Demgegenüber sind Gegenpositionen im Grunde kaum auszumachen und allenfalls mithilfe der Lupe zu finden. Eine gewisse Differenzierung findet sich immerhin bei *Schünemann*. Auch er hält Angstwerbung grundsätzlich für wettbewerbswidrig. Gegen Angstwerbung sei aber dann nichts einzuwenden, wenn der Angstappell notwendig sei, um das Produkt selber in seinen Qualitäten richtig bewerten zu können.²³

Die Stellungnahmen im wettbewerbsrechtlichen Schrifttum gehen durchweg davon aus, dass Angstwerbung entsprechende Kausalprozesse in Gang setzen und den Verbraucher fremdbestimmen kann. Verhaltenswissenschaftliche Belege dafür, dass Menschen unter Angst zu solchen Entscheidungsmustern neigen, führen die Autoren jedoch nicht an oder sie behelfen sich mit Nachweisen, die untauglich sind.

2. Die werbepsychologische Seite

Die Verhaltensforschung lehrt uns zunächst, dass Werbung, die negative Gefühle anspricht, zwar unter Umständen besonders hohen Aufmerksamkeitswert hat und folglich als solche wahrgenommen wird, in ihrer Effektivität aber deutlich hinter Werbung zurückbleibt, die positive Emotionen weckt.²⁴ Hierin liegt der Grund, warum Werbung nur sehr selten Gefühle wie Angst, Furcht, Ungewissheit, Depression oder Schrecken anzusprechen versucht.

Schaut man darauf, was die Verhaltensforschung speziell zum Angstverhalten von Menschen sagt, so ist die bisher allgemein anerkannte wettbewerbsrechtliche Position kaum haltbar. Es liegt vielmehr nahe, die Fälle der Angstwerbung stark differenzierend zu beurteilen. Die Verhaltensforschung lässt nämlich den Schluss, Angstwerbung könne den Verbraucher fremdbestimmen, nicht ohne weiteres zu. Die Ergebnisse der Konsumentenforschung mahnen zur Vorsicht. Grundlegend ist die empirische Untersuchung von *Janis/Feshbach*.²⁵ Sie setzte drei Versuchsgruppen abgestuften Furchtappellen aus. Die Teilnehmer wurden mit identischen Texten über die Folgen mangelnder Mundhygiene belehrt, bekamen aber zur Illustration unterschiedliche Bilder zu sehen. Bei den Bildern der ersten Gruppe stand die sachlich neutrale Infor-

20 *Marc Stuckel*, in Hennig Harte-Bavendamm et al. (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 1. Auflage 2004, § 4 Nr. 2 UWG, Rn. 34; *Inge Scherer*, in Karl-Heinz Fezer (Hrsg.), Lauterkeitsrecht, 1. Auflage 2005, § 4–2 UWG Rn. 23 ff., 32 ff., 43; *Helmut Köhler*, in ders. et al. (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 23. Auflage 2004, § 4 UWG Rn. 2.26 ff.

21 *Heinrich Tetzner*, MDR 1975, 281 (282).

22 *Wolfgang Hefermehl*, in Adolf Baumbach et al. (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 22. Auflage 2001, § 1 UWG Rn. 176a; *York Schnorbus*, Werbung mit der Angst, GRUR 1994, 15 (16 f.) m. w. N.

23 *Wolfgang Schünemann*, Wettbewerbsrecht, 1989, S. 63 ff., 66.

24 *Robert Nieschlag/Erwin Dichtl/Hans Hörschgen*, Marketing, 18. Auflage 1997, S. 565 f. m. w. N.

25 *Irving Janis/Seymour Feshbach*, Effects of Fear-Arousing Communications, Journal of Abnormal and Social Psychology, Vol. 48 (1953), 78 (87 ff.); Überblick bei *Nieschlag*, Fn. 24.

mation im Vordergrund, während die zweite Gruppe Abbildungen mit mäßigem Furchtcharakter und die dritte Gruppe Abbildungen mit besonders starkem Furchtcharakter wie etwa verfaulte Kiefer u.Ä. zu sehen bekam.

Es zeigte sich, dass zwar die Aufmerksamkeitswirkung umso größer ist, je intensiver der Furchtappell ist. Zugleich steigt mit der Intensität jedoch auch das Vermeidungsverhalten, das sich etwa in einem „Übersehen“ solcher Werbung bzw. der umworbenen Produkte äußern kann. Stattdessen ist es aber auch möglich, dass der Furchtappell Aggressivität auslöst, die sich gegen den „communicator“, also im Fall von Werbung gegen das werbende Unternehmen richtet. Im Übrigen ist die verhaltensändernde Wirkung von Angstwerbung unterschiedlich. Besonders starke Furchtappelle haben einen ausgeprägten kurzfristigen Effekt, während das langfristige Verhalten um so stärker beeinflusst wird, je geringer der Furchtappell ist.

V. Folgerungen für den Examenskurs Zivilrecht

Hier ist sie also, die wissenschaftliche Erklärung des Unterschieds zwischen dem Wiederholungs- und Vertiefungskurs im WS 1996/97 und dem Examenskurs Zivilrecht I im WS 1997/98. Ich habe den Examenskurs Zivilrecht so konzipiert, dass er die Maßstäbe und Anforderungen, die im Staatsexamen gestellt werden, völlig ungebremst an die Teilnehmer weitergibt. Ich will hier zu diesen Maßstäben und Anforderungen nicht inhaltlich Stellung nehmen, aber bereits ein Blick auf die Durchschnittsnoten in den Examensklausuren zeigt, dass es anspruchsvoller und strenger nicht geht. Es wird dabei nicht gefragt, was ein Student nach vier Jahren Studium wissen und leisten kann. Es geht vielmehr darum, einen umfangreichen und schwierigen juristischen Fall, der typischerweise bis zum BGH gegangen ist und viele Juristen beschäftigt hat, ohne dass diese eine einheitliche Lösung finden konnten, in fünf Stunden und ohne Hilfsmittel optimal zu lösen. Das führt dazu, dass der Examenskurs mit Anforderungen arbeitet, die auch den fleißigsten und begabtesten Teilnehmer überfordern. Das wiederum hat die Examensangst in der Veranstaltung dramatisch anschwellen lassen und damit auch die Aggression gegenüber dem „communicator“, d.h. gegenüber dem Professor, der die Veranstaltung damals anbot. Ich habe die damalige Konzeption des Examenskurses nach wie vor beibehalten. Es ist in meinen Augen sinnvoll, die Teilnehmer mit den Anforderungen zu konfrontieren, die im Staatsexamen an sie gestellt werden. Es gibt aber eine wichtige Veränderung. Ich versuche, die Examensangst aus der Veranstaltung zu verbannen. Eine solide langfristige Vorbereitung auf das Examen gelingt nach dem eben Erfahrenen umso besser, je angstfreier die Teilnehmer informiert werden. Deshalb löse ich in der ersten Doppelstunde im Examenskurs Zivilrecht I keinen Fall, sondern versuche, die Teilnehmer über die Tücken meiner Veran-

staltung aufzuklären. Die Examensangst lässt sich durch Information und Versachlichung bekämpfen. Erstmals habe ich dies übrigens im WS 1998/99 praktiziert, als der Examenskurs Zivilrecht das zweite Mal angeboten wurde. Er war viel erfreulicher und erfolgreicher als der erste. Den Studenten Angst einzujagen, kann vielleicht sinnvoll sein, wenn es um das Lernen für eine Klausur geht, die in wenigen Tagen stattfindet. Für das langfristige Lern- und Studierverhalten ist es dagegen gerade umgekehrt. Hier ist es erforderlich, den Teilnehmern die Angst möglichst zu nehmen.

VI. Folgerungen für das Wettbewerbsrecht

Für das Wettbewerbsrecht sind aus den Wirkungszusammenhängen von Angstwerbung andere Konsequenzen zu ziehen. Das Wettbewerbsrecht muss den Verbraucher allein vor Geschäftspraktiken sichern, die ihn tatsächlich „fremdbestimmen“ können, braucht aber nicht generell gegen jede Werbung einzuschreiten, die mit Angst operiert. Insbesondere braucht es sich nicht um solche Angstwerbung zu kümmern, die nicht „funktioniert“ bzw. mit der die Verbraucherschaft „umgehen“ kann. Wesentlicher Maßstab für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Angstwerbung muss insbesondere sein,

- welche Intensität der Furchtappell hat,
- ob sich der Umworbene der Werbung ohne weiteres entziehen kann oder nicht und
- ob die Umstände und die Art der Werbung sowie die Art des umworbenen Produkts „Spontankäufe“ besonders begünstigen oder langfristige Entscheidungssituationen betreffen.

Das bisherige Fall- und Entscheidungsmaterial²⁶ gibt meines Erachtens keinen Anwendungsfall zu erkennen, der nach wettbewerbsrechtlichem Einschreiten verlangt.

1. Produktbezogene Kriterien

Zunächst kann die Art des umworbenen Produkts es ausschließen, dass eine entsprechende Angstwerbung „funktioniert“:

- Angstwerbung für Eigentumswohnungen kann mit dem OLG Hamm schwerlich als unzulässig angesehen werden,²⁷ da Eigentumswohnungen wegen des notariellen Beurkundungszwangs keineswegs im Wege des Spontankaufs erworben werden können.
- Dagegen ist für Angstwerbung im Zusammen-

²⁶ Beispiele bei Schnorbus, Fn. 22, 18 ff.; Scherer, Fn. 20, § 4–2 UWG, Rn. 32 ff., jeweils m. w. N.

²⁷ OLG Hamm, Fn. 3, 318.

hang mit Brillanten, über die das LG Frankfurt a. M. zu urteilen hatte,²⁸ zu bedenken, dass es um Hochpreisartikel ging, die sich zum Spontankauf eignen,²⁹ der impulsiv und nicht rational geprägt ist.

2. Werbemediumsspezifische Kriterien

Die Frage, ob Angstwerbung zu funktionieren droht und damit wettbewerbsrechtlicher Sanktionierung bedarf, hängt weiterhin ganz maßgeblich von der Art des Werbemediums ab.

- Die Entscheidung des OLG Hamm betraf eine Zeitungsanzeige und damit eine Werbung, die sich der Verbraucher in Ruhe und ohne unmittelbaren Entscheidungszwang durchlesen konnte. Zugleich hat der Werbeadressat, der die Zeitung zuhause liest, auf dem Weg zum Geschäft noch alle Zeit der Welt, um wieder klar zu werden.
- In der Entscheidung des LG Frankfurt a. M. handelte es sich dagegen um Werbung an Litfasssäulen und Plakatanschlagstellen, die den Verbraucher nicht im geschützten Heim, sondern „unterwegs“ erreicht. Gleichwohl wird die Zeitspanne, innerhalb derer die Angstwirkung „verpuffen“ kann, dadurch nicht geringer. Auch wer „unterwegs“ ist und die Reklame sieht, muss erst einmal einen entsprechenden Schmuckladen finden. Im Übrigen ist es ein Leichtes, sich dieser Werbung und der von ihr ausgehenden Angstwirkung zu entziehen.

Als praktische Anwendungsfälle einer unzulässigen Angstwerbung bleiben damit wohl vor allem Fälle, in denen ein Vertreter dem Kunden im Gespräch „unter vier Augen“ Angst macht und daraufhin eine entsprechende Unterschrift bekommt.³⁰ Hier kann überdies ein vertragsrechtlicher Schutz durch Anfechtungs- oder Widerrufsmöglichkeiten in Betracht kommen. Es ist außerdem möglich, dass uns insbesondere das Internet Fälle von Angstwerbung bescheren wird, die nach wettbewerbsrechtlicher Sanktionierung verlangen. Es kann wie das Fernsehen auf Bild-

und Filmwerbung zurückgreifen, die stärker als reine Textwerbung emotionale Wirkungen erzeugen kann. Die Besonderheit gegenüber den übrigen Medien liegt in zwei Dingen:

- In Unterscheidung zum Fernsehen ist insbesondere das so genannte *Involvement* zu beachten. Das Entscheidungsverhalten hängt maßgeblich vom Involvement ab, also von der Aktivität, dem Interesse und der Motivation des Entscheidenden, objektgerichtete Informationen zu suchen, aufzunehmen, zu verarbeiten und zu speichern.³¹ Die Bereitschaft, Werbung wahrzunehmen und sich mit ihr inhaltlich auseinander zu setzen, ist bei hohem *Involvement* groß und bei niedrigem *Involvement* entsprechend gering ausgeprägt. „Ob und wie lange eine Anzeige betrachtet wird, ist nicht davon abhängig, ob wir uns generell für etwas interessieren, sondern davon, ob wir uns im Moment dafür interessieren und Zeit dazu haben.“³² Internetwerbung unterliegt deshalb anderen Maßstäben als die Fernsehwerbung, da der Nutzer des Internets typischerweise aktiv „surft“ und dabei mit hohem „*Involvement*“ Seiten aufruft, die ihn gerade im Moment der Nutzung interessieren.
- Es ist dem Internetnutzer unter Umständen möglich, unmittelbar unter dem Einfluss der Angstwirkung und ohne zeitliche Zwischenstufe einfach per „Mausklick“ das „angstbefreiende“ Produkt verbindlich erwerben zu können.

VII. Ergebnis

Die rechtliche Beurteilung von Angstwerbung hat bislang im Grunde keine Rolle gespielt. Die bisherigen Möglichkeiten, Werbung zu machen, warfen kein entsprechendes Schutzbedürfnis auf. Solche Werbung hat bislang nicht „funktioniert“ und ist aus Sicht der Werbenden vielfach kontraproduktiv, so dass ihre Regulierung getrost dem Markt überlassen bleiben konnte. Es ist aber vorstellbar, dass das Internet zukünftig ein Bedürfnis nach der wettbewerbsrechtlichen Sanktionierung solcher Werbung begründen wird.

28 Frankfurt a. M. v. 23.12.1970 (Brillanten contra Inflation), WRP 1971, 86 (87).

29 Die empirische Untersuchung von Helga Dittmar/Jane Beattie/Susanne Friese, Gender identity and material symbols: Objects and decision considerations in impulse purchases, Journal of Economic Psychology, Vol. 16 (1995), 491 ff. führt die Autoren sogar zu der Annahme (501), dass Schmuck („jewellery“) zu den Produkten gehört, die besonders häufig im Wege des Spontankaufs erworben werden.

30 Solche Geschäftspraktiken sind am UWG zu messen, wenn sie auf einer bewussten Geschäftsstrategie beruhen, BGH v. 10.12.1986 (Ausschank unter Eichstrich II), GRUR 1987, 180f.; BGH v. 07.05.1986 (Widerrufsbelehrung bei Teilzahlungskauf), GRUR 1986, 816 (818f.).

31 Werner Kroeber-Riel/Peter Weinberg, Konsumentenverhalten, 7. Auflage 1999, S. 360 ff.; Volker Trommsdorff, Konsumentenverhalten, 3. Aufl. 1998, S. 48 ff.; Klaus Deimel, Grundlagen des Involvement und Anwendung im Marketing, Marketing ZFP 1989, 153 ff. jeweils m. w. N.

32 Gabi Jeck-Schlottmann, Visuelle Informationsverarbeitung bei wenig involvierten Konsumenten, 1987, S. 216.

Stud. jur. Sven Fischerauer, LL.B., Universität Greifswald*

Die Voraussetzungen der betriebsbedingten Kündigung

Teil 1: Die betriebsbedingte Kündigung in der Wirtschafts- und Rechtsordnung

I. Betriebsbedingte Kündigung im unternehmerischen und gerichtlichen Alltag

1. Aus Sicht des Unternehmers: Personalfreisetzung und betriebsbedingte Kündigung

Angesichts der jüngsten Ankündigungen großer deutscher Unternehmen, in den nächsten Jahren Arbeitsplätze in signifikantem Ausmaß abzubauen, scheint im Mittelpunkt des unternehmerischen Bestrebens nach Erhalt der Konkurrenzfähigkeit im (globalen) Wettbewerb vor allem eines zur Disposition zu stehen: das Personal.¹ Die Ursachen für die Personalfreisetzung sind dabei äußerst vielgestaltig. In den meisten Fällen besteht das Anliegen darin, den vorhandenen Personalbestand an den tatsächlichen Personalbedarf anzupassen. Nicht benötigtes Personal soll insbesondere vor dem Hintergrund hoher Personalkosten freigesetzt werden, um die Erreichung der anvisierten Rentabilitätsziele auch in der Zukunft zu gewährleisten. Soweit es dem Unternehmer nicht gelingt, die bestehenden Arbeitsverhältnisse durch Auslaufenlassen der Arbeitsverträge im Rentenalter oder durch Abschluss von Aufhebungsverträgen zu beenden, müssen betriebsbedingte Kündigungen ausgesprochen werden.²

In der unternehmerischen Praxis sind betriebsbedingte Kündigungen ein probates Mittel zur Reaktion auf den veränderten Personalbedarf. Nach einer im Jahr 2003 vom Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Institut (WSI) durchgeführten Befragung zur betrieblichen Personalpolitik hatten zwei Drittel aller Betriebe, die Kündigungen aussprachen, Erfahrungen mit betriebsbedingten Kündigungen.³ Auf der Arbeitnehmerseite gaben rund zwei Drittel aller gekündigten Mitarbeiter in einer zwei Jahre zuvor veröffentlichten Studie an, dass ihnen aus betriebsbedingten Gründen gekündigt worden sei.⁴ Zwei Drittel aller ausgesprochenen Kündigungen können somit als betriebsbedingt gelten. Im Ergebnis ist damit die

betriebsbedingte Kündigung das wichtigste Instrument des Arbeitgebers zur Personalfreisetzung.

2. Aus Sicht des Arbeitnehmers: Arbeitsplatzverlust und Kündigungsschutz

Die vom Arbeitgeber ausgesprochene betriebsbedingte Kündigung hat zur Konsequenz, dass der Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz und damit häufig zugleich seine Existenzgrundlage verliert. In den Fällen der betriebsbedingten Kündigung trifft den Arbeitnehmer der Arbeitsplatzverlust besonders hart, da er – anders als bei der personen- oder verhaltensbedingten Kündigung – keine Ursache für die Kündigung gesetzt hat. Vielmehr beruht die betriebsbedingte Kündigung auf Gründen, die allein in der Sphäre des Arbeitgebers und damit außerhalb des Einflussbereichs des Arbeitnehmers liegen.⁵ Nicht zuletzt aufgrund der angespannten Lage auf dem Arbeitsmarkt wird der Arbeitnehmer bestrebt sein, die betriebsbedingte Kündigung einer gerichtlichen Überprüfung zuzuführen mit dem Ziel, seinen alten Arbeitsplatz zu behalten oder – was in vielen Fällen wahrscheinlicher ist⁶ – in den Genuss einer Abfindung zu kommen.

3. Aus Sicht der Arbeitsrechtswissenschaft und -praxis: Betriebsbedingte Kündigung als kündigungsrechtliches Dauerthema

Die Arbeitsrechtswissenschaft beschäftigt sich bereits seit über 50 Jahren mit den Grund- und Detailfragen der betriebsbedingten Kündigung, ohne dass das Thema an Brisanz verloren hätte. Auch in der arbeitsgerichtlichen Praxis ist festzustellen, dass betriebsbedingte Kündigungen eine weit größere Rolle spielen als verhaltens- oder personenbedingte Kündigungen.⁷ Der Gang zum Arbeitsgericht bringt dabei zahlreiche Probleme für den Arbeitgeber mit sich: Der Ausgang von Kündigungsschutzprozessen ist in der Regel nicht prognostizierbar und die möglicherweise entstehenden Kosten sind kaum kalkulierbar.⁸

* Der Autor studiert derzeit im 8. Semester Rechtswissenschaft, Staatsexamen, mit dem Wahlfach Arbeitsrecht. Der vorliegende Beitrag entstand als Seminararbeit im Sommersemester 2005. – Für wertvolle Anregungen dankt der Autor *Michael Matthiessen*, wiss. Mit. am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht, Universität Greifswald (Prof. Dr. Hans-Werner Eckert).

1 So kündigte etwa der Automobilkonzern DaimlerChrysler im September 2005 an, während der nächsten 12 Monate 8 500 Stellen abzubauen, vgl. *Süddeutsche Zeitung* v. 29.09.2005.

2 So schon *Gerrick v. Hoyningen-Huene*, Betriebsbedingte Kündigungen in der Wirtschaftskrise, NZA 1994, 1009.

3 Vgl. hierzu und zum Folgenden die Ausführungen bei *Heide Pfarr et al.*, Regulierung des Arbeitsmarktes (REGAM), Kündigungen, Abfindungen, Kündigungsschutzklagen – Wie sieht die Praxis aus?, 2004, S. 2. Unter http://www.boeckler.de/pdf/wsi_regam_kuendigung_praxis.pdf (30.09.2005) online verfügbar.

4 REGAM-Projekt, Fn. 3, S. 2.

5 *Wlfrid Berkowsky*, Die betriebsbedingte Kündigung, 5. Aufl. 2002, § 5, Rn. 3; *Gerhard Etzel*, in: Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzrecht, 7. Aufl. 2004, § 1 KSchG, Rn. 515; *Gregor Dornbusch/Annette Volk*, in: ders./Alexander Wolff (Hrsg.), Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 2004, § 1, Rn. 347.

6 Vgl. etwa *Jobst-Hubertus Bauer*, Ein Vorschlag für ein modernes und soziales Kündigungsschutzrecht, NZA 2002, 529 f.

7 Siehe *Friedhelm Rost*, in: Hellmut Wissmann (Hrsg.), Jahrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 39 (2002), S. 83; ferner *Hans-Harald Sowka*, Unternehmerentscheidung als Auslöser der betriebsbedingten Kündigung, MDR 1995, 1195. Die Arbeitsgerichtsstatistik ist unter <http://www.arbeitsgerichtsverband.de/Aktuelles.htm> (30.09.2005) online verfügbar.

8 Kritisch etwa *Bauer*, Fn. 6, 529 f.; *Bernd Rütters*, Vom Sinn und Unsinn des geltenden Kündigungsschutzrechts, NJW 2002, 1601 ff.; *Heinz Josef Willemsen*, Kündigungsschutz – vom Ritual

Zwar entwickelte die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) bereits Ende der 1970er Jahre ein in der Literatur weitgehend anerkanntes Prüfungsraster zur betriebsbedingten Kündigung. Allerdings zeigt sich gerade in Detailfragen, dass an vielen Stellen ein großer Feinjustierungsbedarf besteht. Diese Problematik wird weiterhin dadurch verstärkt, dass sich Unternehmer in der organisatorischen Gestaltung und Durchführung der Personalfreisetzung durchaus kreativ zeigen und somit Rechtsprechung und Literatur ständig mit neuen personalorganisatorischen Konzepten konfrontieren, die zur gerichtlichen Überprüfung gestellt werden. Insbesondere seit den späten 1990er Jahren ist die wissenschaftliche Diskussion zur betriebsbedingten Kündigung durch mehrere kontroverse Entscheidungen des BAG neu entfacht worden.⁹ Im Mittelpunkt steht dabei vor allem die Frage, inwieweit Arbeitsgerichte befugt sind, unternehmerische Maßnahmen, die zum Abbau von Beschäftigungsmöglichkeiten führen, zu überprüfen und ggf. zu verwerfen.

Bevor im zweiten Teil dieser Untersuchung die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur betriebsbedingten Kündigung systematisch dargestellt werden, wird zuvor zum besseren Verständnis ein Blick auf den verfassungsrechtlichen Hintergrund und die Stellung der betriebsbedingten Kündigung im System des Kündigungsrechts geworfen. Abgerundet wird die vorliegende Arbeit durch eine kurze Schlussbetrachtung. Festzuhalten ist bereits an dieser Stelle, dass es nicht Ziel sein kann und soll, die betriebsbedingte Kündigung allumfassend darzustellen. Es geht vielmehr darum, den Blick für exemplarisch ausgewählte Probleme zu schärfen und zu verdeutlichen, warum der Gang zum Arbeitsgericht für den Unternehmer im Bereich der betriebsbedingten Kündigung ein schwieriger ist.

II. Betriebsbedingte Kündigung in der deutschen Rechtsordnung

1. Betriebsbedingte Kündigung im Spannungsfeld der Grundrechte

Grundrechtliche Fragestellungen haben im Kündigungsrecht eine herausragende Bedeutung.¹⁰ Zwar ergeben sich aus den Grundrechten keine konkreten Vorgaben hinsichtlich der betriebsbedingten Kündigung. Vielmehr ist es Aufgabe des Gesetzgebers, die Grenzen für die Zulässigkeit einer Kündigung aus betrieblichen Gründen zu

definieren.¹¹ Diese Normsetzung gestaltet sich jedoch schwierig, da sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer als Grundrechtsträger¹² auf diametrale Grundrechtspositionen berufen können.¹³

Zunächst setzt auf der Arbeitgeberseite die in Art. 12 Abs. 1 GG verankerte Berufsfreiheit der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit Grenzen. Das Grundrecht der Berufsfreiheit schützt sämtliche Ausprägungen beruflicher Betätigung¹⁴ und gilt daher als eine Grundnorm der freien wirtschaftlichen Tätigkeit.¹⁵ In der speziellen Ausprägung der unternehmerischen Freiheit gewährleistet Art. 12 Abs. 1 GG, dass der Arbeitgeber sein Unternehmen nach seinen Vorstellungen gestalten kann.¹⁶ Darin eingeschlossen ist das Dispositionsrecht über die Arbeitsplätze in seinem Unternehmen, d. h. die Entscheidung, mit welchen und wie vielen Arbeitnehmern er sein Unternehmen führt.¹⁷

Andererseits kann sich aber auch die Arbeitnehmerseite auf die Berufsfreiheit in Art. 12 Abs. 1 GG berufen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts schützt das Grundrecht der Berufsfreiheit gleichfalls das Interesse des Arbeitnehmers am Erhalt seines Arbeitsplatzes.¹⁸ Es besteht jedoch keine Bestandsgarantie in dem Sinne, dass der Arbeitnehmer direkt vor dem Verlust seines Arbeitsplatzes aufgrund privater Disposition geschützt wäre.¹⁹ Gleichwohl kann aus Art. 12 Abs. 1 GG eine Schutzpflicht des Staates hergeleitet werden, derzufolge der Arbeitnehmer zumindest vor einem ungerechtfertigten oder willkürlichen Verlust seines Arbeitsplatzes und damit seiner Existenzgrundlage geschützt werden muss.²⁰ Dieses Untermaßverbot ist verletzt, wenn das Be-

zur Rationalität, NJW 2000, 2279 f.; Walter Koch, Kündigungsschutz im unternehmerischen Alltag, ZfA 2002, 445 (446 f.); Wolfgang Hromadka, Des Kanzlers „Reform“ des Kündigungsrechts, Wirtschaftsdienst 2003, 223 (225).

9 Vgl. stellvertretend Rost, Fn. 7, 83 (84) m. w. N.

10 Die Bedeutung der Grundrechte betonend Ulrich Preis, in: Eugen Stahlhacke/Ulrich Preis/Reinhard Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 8. Aufl. 2002, Rn. 272 ff.; Jürgen Kühling, Arbeitsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AuR 1994, 126 (128); Curt Wolfgang Hergenröder, Kündigung und Kündigungsschutz im Lichte der Verfassung, ZfA 2002, 355 (356). Umfassend auch Hans-Jürgen Papier, Arbeitsmarkt und Verfassung, RdA 2000, 1 ff.

11 Heinrich Kiell/Ulrich Koch, Die betriebsbedingte Kündigung, 2000, Rn. 1.

12 Vgl. hierzu Thomas Dieterich, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2005, GG, Einl., Rn. 5.

13 Siehe zum Ganzen Dieterich, Fn. 12, Art. 12 GG, Rn. 19 ff.; Rainer Thum, Betriebsbedingte Kündigung und unternehmerische Entscheidungsfreiheit, 2002, S. 5 ff.; Hergenröder, Fn. 10, 355 (356 ff.); Papier, Fn. 10, 1 ff.

14 BVerfG, 11.11.1958, E 7, 377 (400 ff.); BVerfG, 18.06.1980, E 54, 301 (322 ff.).

15 Vgl. Peter J. Tettinger, in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 3. Aufl. 2003, Art. 12, Rn. 9, 14 a.

16 BVerfG, 01.03.1979, E 50, 290 (363); Hergenröder, Fn. 10, 355 (359).

17 BVerfG, 27.01.1998, E 97, 169 (176). Siehe auch Hergenröder, Fn. 10, 355 (359); Papier, Fn. 10, 1 (4); Hartmut Oetker, Arbeitsrechtlicher Bestandsschutz und Grundrechtsordnung, RdA 1997, 9 (11 f.).

18 BVerfG, 24.04.1991, E 84, 133 (146); BVerfG, 27.01.1998, E 97, 169 (176). Vgl. aus der Literatur Kiell/Koch, Fn. 11, Rn. 4; Peter Badura, Arbeitsrecht und Verfassungsrecht, RdA 1999, 8 (10); Hergenröder, Fn. 10, 355 (359 f.); Thomas Lakies, Änderung des Kündigungsschutzgesetzes und allgemeiner Kündigungsschutz nach § 242 BGB – Verfassungsrechtliche Fragen, DB 1997, 1078.

19 Vgl. BVerfG, 24.04.1991, E 84, 133 (146 f.); BVerfG, 27.01.1998, E 97, 169 (175); Thum, Fn. 13, S. 18; Papier, Fn. 10, 1 (2); Badura, Fn. 18, 8 (10); Hergenröder, Fn. 10, 355 (360).

20 BVerfG, 24.04.1991, E 84, 133 (146 f.); BVerfG, 27.01.1998, E 97, 169 (175); Dieterich, Fn. 12, Art. 12 GG, Rn. 11, 34 ff.; Kiell/Koch, Fn. 11, Rn. 5; Ulrich Preis, Autonome Unternehmerentscheidung

standsschutzinteresse des Arbeitnehmers nicht oder nur unzureichend berücksichtigt wurde.²¹

Im Falle der betriebsbedingten Kündigung stehen sich somit das Interesse des Arbeitgebers am Erhalt seiner unternehmerischen Dispositionsfreiheit und das Interesse des Arbeitnehmers am Erhalt seines Arbeitsplatzes gegenüber.²² Der Kündigungsschutz wird somit zur Gratwanderung zwischen Unternehmerfreiheit und Arbeitsplatzschutz.²³ Zur Auflösung dieser gegenläufigen Grundrechtspositionen hat der Gesetzgeber die soziale Rechtfertigung einer betriebsbedingten Kündigung nach § 1 Abs. 2 S. 1 3. Alt. KSchG an „dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen“, geknüpft.²⁴ Aus dieser Regelung ist die legislative Grundentscheidung zu entnehmen, dass das Bestandsschutzinteresse des Arbeitnehmers zurückzutreten hat, wenn betriebliche Verhältnisse einen Personalabbau erforderlich machen.²⁵

Offen bleibt allerdings, welche konkreten Anforderungen an ein „dringendes betriebliches Erfordernis“ zu stellen sind und wann von einem Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit auszugehen ist. Die Konkretisierung dieser unbestimmten Rechtsbegriffe²⁶ obliegt den Arbeitsgerichten, die in diesem Zusammenhang den Einfluss der Grundrechte beachten müssen. Dabei darf allerdings nicht ignoriert werden, dass der Gesetzgeber mit der Regelung des § 1 Abs. 2 S. 1 3. Alt. KSchG bereits einen Ausgleich der kollidierenden Grundrechtspositionen vorgenommen hat.²⁷ Die Gerichte besitzen bei der Ausfüllung der unbestimmten Rechtsbegriffe lediglich eine subsidiäre Konkretisierungskompetenz²⁸ und dürfen sich keinesfalls über den gesetzlich vorgegebenen Interessenausgleich hinwegsetzen, indem sie etwa an dessen Stelle eine isolierte Abwägung von Grundrechtspositionen setzen.²⁹

2. Stellung der betriebsbedingten Kündigung im System des Kündigungsrechts

Die betriebsbedingte Kündigung fügt sich in das System des allgemeinen Kündigungsschutzes nach § 1 KSchG ein.³⁰ Soweit die dort normierten Anforderungen nicht vorliegen, ist die Kündigung sozial ungerechtfertigt und damit rechtsunwirksam. In diesem Zusammenhang ist jedoch zu beachten, dass das KSchG nur dann den Prüfungsmaßstab für die soziale Rechtfertigung einer Kündigung bildet, wenn die allgemeinen Anwendbarkeitsvoraussetzungen des KSchG vorliegen. Nach §§ 1 Abs. 1, 23 Abs. 1 S. 3 KSchG kommt der allgemeine Kündigungsschutz nur den Arbeitnehmern zugute, die zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs mehr als sechs Monate in einem Betrieb mit in der Regel mehr als zehn Arbeitnehmern beschäftigt sind.³¹ Sofern also die Kündigung vor Ablauf der Wartezeit ausgesprochen wird und/oder der Arbeitnehmer in einem Kleinbetrieb³² beschäftigt ist, kann die Kündigung keiner Kontrolle auf ihre soziale Rechtfertigung nach § 1 KSchG unterworfen werden.³³

Will der gekündigte Arbeitnehmer geltend machen, dass die ihm gegenüber ausgesprochene betriebsbedingte Kündigung unwirksam ist, so muss er innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung eine Kündigungsschutzklage beim Arbeitsgericht erheben, vgl. § 4 S. 1 KSchG. Im Falle einer fristgerechten Klageerhebung muss im Rahmen des Kündigungsschutzprozesses geprüft werden, ob die Voraussetzungen der betriebsbedingten Kündigung nach § 1 Abs. 2 S. 1 3. Alt. KSchG vorliegen und die ausgesprochene Kündigung damit rechtswirksam ist. Lässt der Arbeitnehmer dagegen die Ausschlussfrist ungenutzt verstreichen, gilt die Kündigung als von Anfang an rechtswirksam; eine eventuelle Sozialwidrigkeit wird rückwirkend geheilt, vgl. § 7 KSchG.

Ausblick auf die Folgeausgabe:

Im zweiten Teil seines Beitrags geht der Autor vertieft auf die einzelnen rechtlichen Voraussetzungen der sozial gerechtfertigten betriebsbedingten Kündigung ein. Er unterzieht dabei insbesondere das jüngste Urteil des BAG zum Missbrauch durch Umgehung („Rheumaklinik-Urteil“, BAG, Urt. v. 26.09.2002, NZA 2003, S. 549ff.) einer umfassenden Kritik und befasst sich eingehend mit der Frage des Umfangs gerichtlicher Nachprüfungen bei unternehmerischen Entscheidungen zum Personalabbau. (Anm. der Red.)

u. „dringendes betriebliches Erfordernis“, NZA 1995, 241 (242).

21 Vgl. KiellKoch, Fn. 11, Rn. 5.

22 So Hergenröder, Fn. 10, 355 (372). Ähnlich Ulrich Preis, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, 1987, S. 204; ders., Fn. 21, 241 (242). Zu weiteren, hier zu beachtenden Grundrechtsbestimmungen (Art. 14 Abs. 1 und 2 Abs. 1 GG) s. Thum, Fn. 13, S. 13 ff. sowie Hergenröder, Fn. 10, 355 (356f., 361 ff.).

23 So Wolfgang Hromádka, Unternehmerische Freiheit – ein Problem des betriebsbedingten Kündigung?, ZfA 2002, 383 (388). Siehe auch Martin Franzen, Die unternehmerische Entscheidung in der Rechtsprechung des BAG zur betriebsbedingten Kündigung, NZA 2001, 805.

24 Nach BVerfG, 24.04.1991, E 84, 133 (147) trägt das geltende KSchG der Schutzpflicht der Gesetzgebers genügend Rechnung.

25 Etzel, Fn. 5, § 1 KSchG, Rn. 515; Preis, Fn. 10, Rn. 930.

26 Siehe hierzu Teil 2, II. 1.

27 Darauf hinweisend Thum, Fn. 13, S. 26.

28 Dieterich, Grundgesetz und Privatautonomie im Arbeitsrecht, RdA 1995, 129 (134). Siehe auch Thum, Fn. 13, S. 26; KiellKoch, Fn. 11, Rn. 8f.; Oetker, Fn. 17, 9 (18).

29 Siehe Preis, Fn. 20, 241 (242f.); KiellKoch, Fn. 11, Rn. 9, jeweils mit Bezugnahme auf die ältere Rechtsprechung des BAG.

30 Zur Abgrenzung der Kündigungsgründe und zur Problematik von Mischtatbeständen siehe Gerrick v. Hoyningen-Huene/Rüdiger Linck, Kündigungsschutzgesetz, 13. Aufl. 2002, § 1, Rn. 166 ff. sowie Preis, Fn. 10, Rn. 924 ff.

31 Vgl. stellvertretend Etzel, Fn. 5, § 1 KSchG, Rn. 38 ff.

32 Der Geltungsbereich des KSchG wurde durch das Gesetz zur Reformen am Arbeitsmarkt (BGBl. I 2003, S. 3002 ff.) mit der Neuregelung des § 23 Abs. 1 S. 3 KSchG im Vgl. zur bisher geltenden Rechtslage (Mindestarbeitnehmerzahl von 5, § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG) eingeschränkt. Vgl. hierzu Jobst-Hubertus Bauer/Ulrich Preis/Achim Schunder, Das Gesetz zur Reformen am Arbeitsmarkt – Reform oder nur Reförmchen?, NZA 2003, 704 (706).

33 Das BVerfG hat allerdings in seinem Beschl. zur Verfassungsmäßigkeit der Kleinbetriebsklausel des § 23 Abs. 1 KSchG ausdrücklich herausgestellt, dass der Arbeitnehmer in diesen Fällen über die zivilrechtlichen Generalklauseln der §§ 242, 138 BGB vor einer treu- oder sittenwidrigen Kündigung geschützt werden müsse, vgl. BVerfG, 27.01.1998, E 97, 169 (177) = AP § 23 KSchG 1969 Nr. 17. S. auch BAG, 21.02.2001, AP § 242 BGB Kündigung Nr. 12.