1. Die Befreiung von Kleinbetrieben von einer nationalen Kündigungsschutzregelung für Arbeitnehmer, die bewirkt, daß diese nicht verpflichtet sind, bei sozial ungerechtfertigten Kündigungen Abfindungen zu zahlen oder Prozeßkosten zu tragen, die bei Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit der Kündigung von Arbeitnehmern entstehen, stellt keine Beihilfe im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 EWG-Vertrag dar.

   Eine solche Maßnahme stellt nämlich keine unmittelbare oder mittelbare Übertragung staatlicher Mittel auf diese Unternehmen dar; sie ist lediglich Ausdruck des Willens des Gesetzgebers, für die arbeitsrechtlichen Beziehungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern in Kleinbetrieben einen besonderen rechtlichen Rahmen zu erstellen und zu verhindern, daß diesen finanzielle Lasten auferlegt werden, die ihre Entwicklung behindern können.

2. Der Grundsatz der Gleichbehandlung männlicher und weiblicher Arbeitnehmer hinsichtlich der Entlassungsbedingungen im Sinne der Artikel 2 Absatz 1 und 5 Absatz 1 der Richtlinie 76/207 steht der Anwendung einer nationalen Bestimmung nicht entgegen, die bei der Feststellung, ob ein Unternehmen der Kündigungsschutzregelung unterliegt, Arbeitnehmer nicht berücksichtigt, die wöchentlich 10 Stunden oder monatlich 45 Stunden oder weniger arbeiten, wenn nicht nachgewiesen ist, daß die der Regelung nicht unterliegenden Unternehmen erheblich mehr Frauen als Männer beschäftigen. Selbst wenn dies der Fall wäre, könnte eine solche Regelung durch objektive Faktoren gerechtfertigt sein, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben, soweit sie die den kleinen Unternehmen auferlegten Lasten erleichtern soll.

SITZUNGSBERICHT
in der Rechtssache C-189/91 *

I — Sachverhalt und Verfahren

1. *Nationales Recht*

Das Kündigungsschutzgesetz in der Fassung des Ersten Arbeitsrechtsbereinigungsgesetzes vom 14. August 1969 (BGBl. I S. 1317; nachstehend: KSchG) stellt das Grundprinzip auf, daß „sozial ungerechtfertigte" Kündigungen von Arbeitsverhältnissen rechtsunwirksam sind.

Nach § 1 KSchG ist eine Kündigung sozial ungerechtfertigt, „wenn sie nicht durch

* Verfahrenssprache: Deutsch.

Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist". Ficht ein Arbeitnehmer die Kündigung an, so müssen die Arbeitsgerichte prüfen, welche konkreten Gründe den Arbeitgeber zur Kündigung des Arbeitnehmers veranlaßt haben.

Stellt das Gericht fest, daß die Kündigung des Arbeitnehmers sozial ungerechtfertigt ist, so ist das Arbeitsverhältnis grundsätzlich fortzusetzen (Grundsatz des Bestandsschutzes). Stellt das Gericht jedoch fest, daß das Arbeitsverhältnis vernünftigerweise nicht fortgesetzt werden kann, so kann es das Arbeitsverhältnis auf Antrag des Arbeitnehmers oder unter bestimmten Umständen auf Antrag des Arbeitgebers auflösen. Der Arbeitgeber ist dann verpflichtet, dem Arbeitnehmer eine Abfindung zu zahlen, deren Betrag die Höhe eines Jahresverdienstes erreichen kann (§§ 9 und 10 KSchG) [1].

Gemäß § 23 Absatz 1 Sätze 1 und 2 KSchG [2] gilt die Regelung zum Schutz gegen die mißbräuchliche Kündigung von Arbeitsverhältnissen, die oben beschrieben wurde, nicht „für Betriebe und Verwaltungen, in denen in der Regel fünf oder weniger Arbeitnehmer ausschließlich der zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten beschäftigt werden. Bei der Feststellung der Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer nach Satz 2 sind nur Arbeitnehmer zu berücksichtigen, deren regelmäßige Arbeitszeit wöchentlich zehn Stunden oder monatlich 45 Stunden übersteigt."

In den genannten Unternehmen und Verwaltungen (nachstehend: Kleinbetriebe) kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmern unter Einhaltung der zivilrechtlichen Fristen kündigen, ohne daß eine gerichtliche Überprüfung der Kündigungsgründe möglich ist.

2. *Der Rechtsstreit im Ausgangsverfahren und die Vorlagefragen*

Frau Kirsammer-Hack (Klägerin) war als zahnärztliche Helferin in der Zahnarztpraxis von Frau Sidal (Beklagte) beschäftigt; die Belegschaft dieser Praxis bestand insgesamt aus zwei Arbeitnehmerinnen als Vollzeitarbeitskräften, zwei Arbeitnehmerinnen, die nicht Vollzeit, aber mehr als zehn Stunden wöchentlich arbeiteten — einschließlich der Klägerin —, und vier teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmerinnen, die weniger als zehn Stunden wöchentlich oder 45 Stunden monatlich arbeiteten.

Am 13. Februar 1991 wurde das Arbeitsverhältnis der Klägerin zum 31. März 1991 gekündigt. Diese hielt die Kündigung für sozial ungerechtfertigt im Sinne des KSchG und erhob Klage beim Arbeitsgericht Reutlingen auf Feststellung, daß das zwischen ihr und der Beklagten bestehende Arbeitsverhältnis über den 31. März 1991 hinaus fortbestehe.

1 — Nach den Ausführungen des nationalen Gerichts werden die meisten Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit der Kündigung gegenüber Arbeitnehmern durch einen „Abfindungsvergleich" beendet, bei dem sich der Arbeitgeber verpflichtet, dem Arbeitnehmer eine Abfindung zu zahlen, deren Betrag der Anzahl der Jahre der Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers, multipliziert mit einem Betrag zwischen einem halben und einem ganzen Monatsgehalt des betreffenden Arbeitnehmers entspricht. Nach Ansicht des nationalen Gerichts schließen die Arbeitgeber solche Vergleiche, weil sie eine Art „moralischer Verpflichtung" gegenüber dem Arbeitnehmer anerkennen oder weil sie auf diese Weise einen lästigen und zeitaufwendigen Prozeß vermeiden.

2 — Satz 3 wurde durch Artikel 3 des Beschäftigungsförderungsgesetzes vom 26. April 1985 (BGBl. I S. 710 ff.) angefügt.

Die Beklagte vertritt die Ansicht, daß die Kündigungsschutzbestimmungen des KSchG unanwendbar seien, und führt zur Begründung an, daß in ihrem Betrieb weniger als fünf Arbeitnehmer im Sinne von § 23 Absatz 1 KSchG beschäftigt würden.

Das nationale Gericht teilt die Ansicht der Beklagten. Es ist jedoch der Auffassung, daß § 23 Absatz 1 KSchG gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen könnte.

Wie das nationale Gericht ausführt, stellen die Kleinbetriebe 10 % aller deutschen Betriebe dar, beschäftigen ungefähr 10 % aller in der Bundesrepublik Deutschland tätigen Arbeitnehmer [3] und sind vor allem im Bereich von Handwerk, Landwirtschaft, Handel und der Gebäudereinigung tätig. Auch Großbetriebe könnten vom Anwendungsbereich des Kündigungsschutzes ausgenommen werden, wenn sie viele Arbeitnehmer beschäftigten, deren Arbeitszeit unter der Schwelle des § 23 Absatz 1 Satz 3 KSchG liege (nachstehend: teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer).

Wegen § 23 Absatz 1 Satz 2 KSchG könnten die Kleinbetriebe nicht zu einer Abfindungszahlung an diejenigen Arbeitnehmer herangezogen werden, deren Kündigung sozial ungerechtfertigt sei. Angesichts der Höhe der bei sozial ungerechtfertigten Kündigungen geschuldeten Abfindungen und der Prozeßkosten, die bei Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit der Kündigung von Arbeitnehmern entstünden, erhielten die Kleinbetriebe einen erheblichen Wettbewerbsvorteil gegenüber anderen Unternehmen. Das entspreche einem der vom deutschen Gesetzgeber verfolgten Ziele.

Unter Bezugnahme auf den Beschluß des Arbeitsgerichts Bremen vom 9. Oktober 1990 in den Rechtssachen *Sloman Neptun* (verbundene Rechtssachen C-72/91 und C-73/91, zur Zeit anhängig) vertritt das nationale Gericht die Ansicht, daß § 23 Absatz 1 Satz 2 KSchG eine mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare Beihilfe für Kleinbetriebe darstelle und somit gegen Artikel 92 Absatz 1 EWG-Vertrag verstoße.

Selbst wenn man jedoch unterstellte, daß § 23 Absatz 1 KSchG keine Beihilfe im Sinne von Artikel 92 EWG-Vertrag darstelle, sei diese Bestimmung mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar. § 23 Absatz 1 Satz 3 KSchG stelle nämlich eine mittelbare Diskriminierung von Frauen dar.

Nach Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen (ABl. L 39, S. 40) beinhalte „die Anwendung des Grundsatzes der

3 — Nach den Ausführungen des nationalen Gerichts dürften diese Zahlen in Zukunft noch steigen. Dieser Anstieg sei durch drei Faktoren zu erklären, nämlich (1) steigende Möglichkeiten der Substitution menschlicher Arbeitskraft durch Kapitaleinsatz, (2) die Vorteile, die die Einstellung von Teilzeitbeschäftigten für den Arbeitgeber mit sich bringe (Ersparnis von Soziallasten) und (3) die Vorteile, die die Teilzeitarbeit für den Arbeitnehmer biete (niedrigerer Steuersatz).

Gleichbehandlung hinsichtlich der Arbeitsbedingungen einschließlich der Entlassungsbedingungen ..., daß Männern und Frauen dieselben Bedingungen ohne Diskriminierung aufgrund des Geschlechts gewährt werden". Nach Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie 76/207 gelte das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts nicht nur für die unmittelbare, sondern auch für die mittelbare Diskriminierung.

Die meisten (90 %) der Arbeitnehmer, deren Arbeitszeit unter den Schwellen nach § 23 Absatz 1 Satz 3 KSchG liege, seien Frauen. Daher seien die meisten Unternehmen, die wegen der Zahl von teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmern, die sie beschäftigten, vom Anwendungsbereich der Kündigungsschutzregelung ausgenommen seien, Unternehmen, die Arbeitnehmerinnen in Teilzeit beschäftigten. Somit bringe § 23 Absatz 1 Satz 3 KSchG eine mittelbare Diskriminierung von Frauen mit sich, die gegen Artikel 2 in Verbindung mit Artikel 5 der Richtlinie 76/207 verstoße, auf die sich die Klägerin berufen könne.

Das Arbeitsgericht Reutlingen hat mit Beschluß vom 3. Mai 1991 das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1) Ist die Herausnahme der sogenannten Kleinbetriebe aus dem Kündigungsschutz gemäß § 23 Absatz 1 Satz 2 Kündigungsschutzgesetz (in der Fassung des Ersten Arbeitsrechtsbereinigungsgesetzes vom 25. August 1969, BGBl. I S. 1317; KSchG) mit Artikel 92 Absatz 1 EWG-Vertrag vereinbar?

Falls die Frage zu 1 verneint wird:

2) Stellt die Vorschrift des § 23 Absatz 1 Satz 3 KSchG (in der Fassung des Artikels 3 des Beschäftigungsförderungsgesetzes vom 26. April 1985, BGBl. I S. 710 ff.) eine indirekte Frauendiskriminierung dar, die gegen die Artikel 5 und 2 der Richtlinie des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen (76/207/EWG) verstößt?

3. *Verfahren vor dem Gerichtshof*

Der Vorlagebeschluß des Arbeitsgerichts Reutlingen ist am 25. Juli 1991 in das Register der Kanzlei des Gerichtshofes eingetragen worden.

Gemäß Artikel 20 des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofes der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft haben die Bundesregierung, vertreten durch Ministerialrat Ernst Röder und Regierungsdirektor Joachim Karl, Bundesministerium für Wirtschaft, als Bevollmächtigte, die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch Michel Nolin, Juristischer Dienst, im

Beistand von Claus-Michael Happe, im Rahmen des Austauschs mit nationalen Beamten zur Kommission abgeordneter deutscher Beamter, als Bevollmächtigte, beim Gerichtshof schriftliche Erklärungen eingereicht.

Der Gerichtshof hat auf Bericht des Berichterstatters nach Anhörung des Generalanwalts beschlossen, die mündliche Verhandlung ohne vorherige Beweisaufnahme zu eröffnen.

II — Beim Gerichtshof eingereichte schriftliche Erklärungen

Zur ersten Frage

Vorab weist die *Bundesregierung* auf Sinn und Zweck von § 23 Absatz 1 Satz 2 KSchG hin. In Kleinbetrieben seien die Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern vor allem persönliche Beziehungen. Die Herausnahme dieser Betriebe aus dem Geltungsbereich der Kündigungsschutzregelung entspreche dem Bestreben, zu vermeiden, daß bei einem Konflikt zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis während der Dauer eines möglichen gerichtlichen Verfahrens und gegebenenfalls über diesen Zeitraum hinaus fortgesetzt werden müsse. Einem Arbeitgeber in einem Kleinbetrieb falle es schwer, die wirtschaftlichen und verwaltungsmäßigen notwendigen Folgen eines Rechtsstreits, bei dem es um die angeblich mißbräuchliche Kündigung eines Arbeitnehmers gehe, zu bewältigen. Daher befänden sich die Kleinbetriebe in einer anderen Situation als die übrigen Betriebe; die für diese übrigen Betriebe geltende Kündigungsschutzregelung könne auf sie nicht angewandt werden.

Zur Frage, ob eine Bestimmung wie § 23 Absatz 1 Satz 2 KSchG eine mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare Beihilfe darstelle, führt die Bundesregierung zuerst aus, daß die Feststellung der Unvereinbarkeit einer Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt vorbehaltlich der nachträglichen Kontrolle durch den Gerichtshof allein Sache der Kommission sei. Bis zum Abschluß der Prüfung durch die Kommission sei es dem einzelnen daher nicht gestattet, sich auf Artikel 92 EWG-Vertrag zu berufen, um die Unvereinbarkeit einer Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt vor einem nationalen Gericht geltend zu machen (siehe das Urteil vom 22. März 1977 in der Rechtssache 78/76, Steinike und Weinlig, Slg. 1977, 595, Randnrn. 9 und 10).

Sodann weist die Bundesregierung darauf hin, daß der Begriff der Beihilfe im Sinne von Artikel 92 Absatz 1 EWG-Vertrag nicht nur positive Leistungen umfasse, sondern auch die Befreiung von Belastungen, die die Unternehmen normalerweise zu tragen hätten. In diesem Zusammenhang räumt sie ein, daß die Herausnahme der Kleinbetriebe aus dem Anwendungsbereich der Kündigungsschutzregelung diesen in zweierlei Hinsicht zu Einsparungen verhelfe: Zum einen bräuchten sie nicht die Kosten eines Prozesses mit einem Arbeitnehmer zu tragen, der geltend mache, daß seine Kündigung sozial ungerechtfertigt sei; zum anderen könnten sie nicht zur Zahlung einer Abfindung an einen Arbeitnehmer verpflichtet werden, dessen Kündigung sozial ungerechtfertigt sei.

Die auf diese Weise erzielte Einsparung von Belastungen durch Kleinbetriebe bedeute jedoch nicht, daß ihre Herausnahme aus dem Anwendungsbereich der Kündigungsschutzregelung eine Beihilfe darstelle.

Die Einsparung von Prozeßkosten durch die Kleinbetriebe — und der Verlust der entsprechenden Prozeßgebühren für den Staat — sei keine unmittelbare Folge der unterbliebenen Anwendung der Kündigungsschutzregelung. Wenn die Kündigungsschutzregelung anwendbar sei, bleibe die Einreichung einer Klage auf Feststellung, daß die Kündigung sozial ungerechtfertigt sei, der Initiative des betroffenen Arbeitnehmers überlassen. Ferner gälten, obwohl die Kündigungsschutzregelung auf Kleinbetriebe nicht anwendbar sei, verschiedene Regelungen, wie die Bestimmungen über die Kündigungsfrist und über die Kündigung wegen eines Betriebsübergangs auch für Kleinbetriebe. Daher müßten auch Kleinbetriebe gegebenenfalls die Kosten eines Prozesses um den Kündigungsschutz eines Arbeitnehmers tragen.

In bezug auf die Einsparung der Abfindung, die einem Arbeitnehmer gezahlt werden müsse, dessen Kündigung sozial ungerechtfertigt sei, macht die Bundesregierung geltend, daß die Zahlung einer solchen Abfindung nicht die unmittelbare Folge der Kündigungsschutzregelung sei: Zum einen solle diese Regelung die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses gewährleisten, nicht aber die Zahlung einer Abfindung an den Arbeitnehmer, wenn die Kündigung sozial ungerechtfertigt sei; zum anderen könne der Arbeitgeber, wenn die Entlassung sozial ungerechtfertigt sei, nur dann zur Zahlung einer Abfindung verpflichtet werden, wenn das Arbeitsverhältnis nicht fortgesetzt werden könne und es auf Antrag einer Partei aufgelöst werde. Im übrigen sei es nicht ausgeschlossen, daß in Kleinbetrieben der Arbeitgeber dem gekündigten Arbeitnehmer eine Abfindung anbiete. Schließlich werde im Rahmen des Kündigungsschutzes eine geschuldete Abfindung vom Arbeitgeber gezahlt und nicht aus staatlichen Mitteln finanziert. Würde die Kündigungsschutzregelung auf Kleinbetriebe erstreckt, so müsse angesichts des Umfangs der finanziellen Belastung, die die Abfindung darstelle, die Finanzierung dieser Abfindung durch eine Umlage zu Lasten aller betroffenen Betriebe gewährleistet werden. Ein solches System würde diejenigen Betriebe benachteiligen, in denen Arbeitnehmern selten gekündigt werde.

Ferner stelle § 23 Absatz 1 Satz 2 KSchG keineswegs die Kleinbetriebe von öffentlichen Abgaben frei; vielmehr gehe es um eine Regelung der arbeitsrechtlichen Beziehung zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern. Die Regelung nach dieser Bestimmung sei Ausdruck der allgemeinen Wirtschaftspolitik zur Förderung kleiner und mittlerer Unternehmen. Diese Politik entspreche einem Anliegen der Gemeinschaft, wie es in Artikel 118a EWG-Vertrag und in dem Beschluß 89/490/EWG des Rates vom 28. Juli 1989 über die Verbesserung der Rahmenbedingungen für Unternehmen in der Gemeinschaft, insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen, und die Förderung ihrer Entwicklung (ABl. L 239, S. 33) zum Ausdruck gekommen sei.

Schließlich verstoße § 23 Absatz 1 Satz 2 KSchG auch nicht gegen Artikel 117 Absatz 1 EWG-Vertrag. Diese Bestimmung, wonach „die Mitgliedstaaten ... sich über die Notwendigkeit einig [sind], auf eine Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitskräfte hinzuwirken und

dadurch auf dem Wege des Fortschritts ihre Angleichung zu ermöglichen", habe nur programmatischen Charakter und sei nicht geeignet, den Mitgliedstaaten konkrete Rechtspflichten aufzuerlegen (siehe das Urteil vom 15. Juni 1978 in der Rechtssache 149/77, Defrenne III, Slg. 1978, 1365, Randnrn. 19 bis 23 und 30 bis 32).

Nach allem schlägt die Bundesregierung vor, dem nationalen Gericht zu antworten, daß § 23 Absatz 1 Satz 2 KSchG keine nach Artikel 92 EWG-Vertrag verbotene Beihilfe darstelle.

Die *Kommission* führt aus, daß die Kleinbetriebe, weil sie von der allgemeinen Kündigungsschutzregelung ausgenommen seien, praktisch nie bereit seien, einem gekündigten Arbeitnehmer eine Abfindung zu zahlen. Selbst wenn die Zahlung einer Abfindung im KSchG nur als Ausnahme vorgesehen sei, handele es sich um Kosten, die von Unternehmen normalerweise getragen werden müßten; sie müsse als staatliche Maßnahme qualifiziert werden, da ihre Zahlung die unmittelbare Folge der allgemein anwendbaren Regelung des KSchG sei.

Allerdings stelle die Herausnahme der Kleinbetriebe aus der Kündigungsschutzregelung, wie sich aus dem Urteil vom 2. Juli 1974 in der Rechtssache 173/73 (Italien/Kommission, Slg. 1974, 709, Randnr. 33) ergebe, nur dann eine Beihilfe im Sinne von Artikel 92 EWG-Vertrag dar, wenn diese Ausnahme nicht aus Gründen gerechtfertigt sei, die der eingeführten Schutzregelung systemimmanent seien.

Das durch das KSchG eingeführte System beruhe auf dem Grundsatz des Bestandsschutzes, wonach die Kündigung eines Arbeitnehmers durch seinen Arbeitgeber den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses nicht beeinträchtige, es sei denn, die Kündigung sei sozial gerechtfertigt. Für die Kleinbetriebe gelte folgendes: „... il existe, entre l'employeur et son employé, un rapport de confiance fondé sur l'*intuitus personae* et ... les conflits qui naissent dans ces entreprises trouvent difficilement une solution" [es besteht zwischen dem Arbeitgeber und seinem Beschäftigten ein Vertrauensverhältnis, das auf der *Berücksichtigung der Person* beruht, und ... die Konflikte, die in diesen Unternehmen entstehen, sind nur schwer zu lösen] („Droit du travail et relations professionnelles dans les petites et moyennes entreprises dans les Etats membres de la Communauté", Forschungsbericht der Kommission, Luxemburg 1988., S. 51). Daher könne das Arbeitsverhältnis zwischen einem Arbeitgeber, der einen Kleinbetrieb führe, und dem Beschäftigten, den er entlassen habe, kaum fortgesetzt werden, wenn die Kündigung nicht sozial gerechtfertigt erscheine. In einem Kleinunternehmen sehe sich der Arbeitgeber auf diese Weise häufig gezwungen, einem Arbeitnehmer, dessen Kündigung ungerechtfertigt sei, eine Abfindung zu zahlen. Daher würde eine undifferenzierte Anwendung des KSchG auf Unternehmen unabhängig von deren Größe die kleinen Unternehmen erheblich benachteiligen. In diesem Zusammenhang sei der Umstand, daß Kündigungsschutzprozesse in der Regel durch einen Abfindungsvergleich gütlich beigelegt würden, unerheblich, weil diese Art der Verfahrensbeilegung im KSchG nicht vorgesehen sei und daher bei der Prüfung des durch die Regelung eingeführten Systems nicht berücksichtigt werden dürfe.

Somit lägen objektive Gründe vor, die es erklärten, daß die Kündigungsschutzrege-

lung nur für solche Betriebe gelte, die — anders als Kleinbetriebe — in der Lage seien, einen Arbeitnehmer weiterzubeschäftigen, dessen Entlassung sozial ungerechtfertigt sei. Daher stelle die Herausnahme der Kleinbetriebe aus dem Anwendungsbereich der Kündigungsschutzregelung keine Beihilfe im Sinne von Artikel 92 EWG-Vertrag dar. Somit brauche nicht geprüft zu werden, ob diese Herausnahme den Wettbewerb verfälsche oder den Handelsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtige.

Nach allem schlägt die Kommission vor, auf die erste Frage des nationalen Gerichts wie folgt zu antworten:

Die Herausnahme der sogenannten Kleinbetriebe aus dem Kündigungsschutz gemäß § 23 Absatz 1 Satz 2 Kündigungsschutzgesetz (in der Fassung des Ersten Arbeitsrechtsbereinigungsgesetzes vom 25. August 1969) ist mit Artikel 92 Absatz 1 EWG-Vertrag vereinbar.

Zur zweiten Frage

Die *Bundesregierung* macht geltend, daß eine mittelbare Diskriminierung von Frauen dann vorliege, wenn eine Regelung zwar geschlechtsneutral formuliert sei, ihre nachteiligen Rechtswirkungen jedoch erheblich mehr Frauen als Männer beträfen, es sei denn, die unterschiedliche Behandlung sei durch objektive Faktoren gerechtfertigt, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun hätten (siehe das Urteil vom 7. Februar 1991 in der Rechtssache C-184/89, Nimz, Slg. 1991, I-297). § 23 Absatz 1 Satz 2 KSchG führe nicht zu einer Diskriminierung von Arbeitnehmerinnen.

§ 23 Absatz 1 Satz 3 KSchG fördere die Schaffung von Teilzeitarbeitsplätzen. Der Umstand, daß teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer für die Berechnung der Anzahl von Arbeitnehmern im Sinne von § 23 Absatz 1 Satz 2 KSchG nicht berücksichtigt würden, erlaube es nämlich Betrieben mit fünf vollbeschäftigten Arbeitnehmern, erforderlichenfalls ihre Personalstärke dadurch zu erhöhen, daß sie teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer einstellten, ohne in den Anwendungsbereich der Kündigungsschutzregelung zu fallen.

Die Anwendbarkeit der Kündigungsschutzregelung hänge nicht davon ab, ob die Arbeitszeit des betroffenen Arbeitnehmers die Grenze in § 23 Absatz 1 Satz 3 KSchG überschreite. Unabhängig von der persönlichen Arbeitszeit genieße ein Arbeitnehmer den Kündigungsschutz nach dem KSchG je nachdem, ob der Betrieb, bei dem er beschäftigt sei, mehr als fünf Arbeitnehmer beschäftige, deren Arbeitszeit über den Grenzen von § 23 Absatz 1 Satz 3 KSchG liege.

§ 23 Absatz 1 Satz 3 KSchG könne eine Frauen mittelbar benachteiligende Wirkung entfalten, wenn die Betriebe, die wegen § 23 Absatz 1 Satz 3 aus dem Anwendungsbereich des KSchG herausgenommen seien,

erheblich mehr Frauen als Männer beschäftigten. Indessen sei keine Statistik vorhanden, die die Zahl der teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer sowie deren Aufteilung zwischen den beiden Geschlechtern in den Unternehmen angebe, die mehr als fünf Arbeitnehmer beschäftigten (unabhängig von der Arbeitszeit dieser fünf Arbeitnehmer). Die einzigen verfügbaren Zahlen besagten, daß 1987 Arbeitsstätten mit fünf bis neun Arbeitnehmern ungefähr gleich viele Frauen (1 612 067 Arbeitnehmerinnen) und Männer (1 578 919 Arbeitnehmer) beschäftigt hätten.

Daher schlägt die Bundesregierung vor, die zweite Frage des nationalen Gerichts zu verneinen.

Vorab führt die *Kommission* aus, daß die geltend gemachte Diskriminierung durch das KSchG den Schutz der Arbeitnehmer gegen ungerechtfertigte Kündigungen betreffe, nicht aber das Arbeitsentgelt. Wegen der überragenden Bedeutung, die dem Gleichheitssatz im Gemeinschaftsrecht zukomme, sei jedoch die Rechtsprechung des Gerichtshofes zum Verbot jeder mittelbaren Diskriminierung in bezug auf das Arbeitsentgelt nach Artikel 119 EWG-Vertrag auf das Verbot jeder Diskriminierung bei den Entlassungsbedingungen nach Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie 76/207 übertragbar. Jedoch sei ungeachtet dessen, daß dieser Bestimmung im Urteil vom 26. Februar 1986 in der Rechtssache 152/84 (Marshall, Slg. 1986, 723) unmittelbare Wirkung zugebilligt worden sei, niemals eine unmittelbare horizontale Wirkung der Bestimmungen einer Richtlinie anerkannt worden. Daher könne sich die Klägerin des Ausgangsverfahrens keinesfalls auf eine mögliche Unvereinbarkeit von § 23 Absatz 1 KSchG mit Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie 76/207 berufen.

Nichtsdestoweniger sei es im vorliegenden Fall Sache des nationalen Gerichts, die Erheblichkeit der zweiten Vorlagefrage für die Entscheidung des bei ihm anhängigen Rechtsstreits zu beurteilen; die Kommission halte es daher für erforderlich, zu dieser Frage Stellung zu nehmen.

§ 23 Absatz 1 KSchG benachteilige teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer nicht eigentlich gegenüber anderen Arbeitnehmern. Das beste Beispiel dafür sei, daß im vorliegenden Fall die Klägerin des Ausgangsverfahrens keinen Kündigungsschutz genieße, obwohl ihre Arbeitszeit die Untergrenzen nach § 23 Absatz 1 Satz 3 KSchG überschreite.

§ 23 Absatz 1 KSchG behandle jedoch zwei Gruppen von Arbeitnehmern unterschiedlich. Während nämlich in Kleinbetrieben beschäftigten Arbeitnehmern kein Kündigungsschutz gewährt werde, genössen die in den übrigen Betrieben beschäftigten Arbeitnehmer diesen Schutz. Daher könne die Regelung des § 23 Absatz 1 KSchG Frauen unter Verstoß gegen Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie 76/207 dann benachteiligen, wenn die Kleinbetriebe mehr Frauen als Männer beschäftigten. Nach der Rechtsprechung des

Gerichtshofes sei es Sache des nationalen Gerichts, zu ermitteln, ob dies tatsächlich der Fall sei (siehe insbesondere das Urteil vom 13. Mai 1986 in der Rechtssache 170/84, Bilka/Weber von Hartz, Slg. 1986, 1607).

Ferner sei, unterstellt, daß die Regelung des KSchG Männer und Frauen unterschiedlich behandele, zu prüfen, ob diese unterschiedliche Behandlung aus objektiven Gründen gerechtfertigt sei, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun hätten. Auch hier sei es nach dem Urteil vom 13. Juli 1989 in der Rechtssache 171/88 (Rinner-Kühn/FWW Spezial-Gebäudereinigung, Slg. 1989, 2743) Sache des nationalen Gerichts, diese Prüfung vorzunehmen.

Daher schlägt die Kommission vor, auf die zweite Frage des nationalen Gerichts wie folgt zu antworten:

Die Vorschrift des § 23 Absatz 1 Kündigungsschutzgesetz stellt eine indirekte Frauendiskriminierung gemäß Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie 76/207/EWG dar, wenn dadurch wesentlich mehr Frauen als Männer vom allgemeinen Kündigungsschutz ausgeschlossen werden, sofern der betroffene Staat nicht darlegt, daß diese Regelung durch objektive Faktoren, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben, gerechtfertigt ist. Allerdings kann sich eine von einer solchen Diskriminierung betroffene Frau nicht einem privaten Arbeitgeber gegenüber auf die unmittelbare Wirkung der Richtlinienbestimmung berufen.

III — Antworten auf die Fragen des Gerichtshofes

Der Gerichtshof hat die Bundesregierung gebeten, folgende Angaben zu machen:

1) die Gesamtzahl der männlichen Arbeitnehmer und die Gesamtzahl der weiblichen Arbeitnehmer, die in der Bundesrepublik Deutschland beschäftigt sind;

2) die Gesamtzahl der männlichen Arbeitnehmer und die Gesamtzahl der weiblichen Arbeitnehmer, die in der Bundesrepublik Deutschland in Unternehmen beschäftigt sind, die vom Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes ausgenommen sind, das heißt in Unternehmen, die höchstens fünf Arbeitnehmer beschäftigen, deren regelmäßige Arbeitszeit wöchentlich 10 Stunden oder monatlich 45 Stunden übersteigt;

3) die Gesamtzahl der männlichen Arbeitnehmer und die Gesamtzahl der weiblichen Arbeitnehmer in den unter 2 genannten Unternehmen, deren regelmäßige Arbeitszeit wöchentlich 10 Stunden oder monatlich 45 Stunden übersteigt (einschließlich der Vollzeitarbeitskräfte);

4) die Gesamtzahl der männlichen Arbeitnehmer und die Gesamtzahl der weiblichen Arbeitnehmer in den unter 2 genannten Unternehmen, deren regelmäßige Arbeitszeit wöchentlich 10 Stunden oder monatlich 45 Stunden unterschreitet.

Auf die *erste Frage* gibt die Bundesregierung an, daß von insgesamt 26 176 000 im April 1990 in der Bundesrepublik Deutschland beschäftigten Arbeitnehmern 15 543 000 (59,38 %) männlich gewesen seien. Die Zahl der weiblichen Arbeitnehmer habe sich auf 10 633 000 (40,62 % aller Arbeitnehmer) belaufen. Zu dieser Zeit hätten 1 617 000 Arbeitnehmer wöchentlich weniger als 10 Stunden gearbeitet. Von diesen Arbeitnehmern seien 704 000 männlich und 913 000 weiblich gewesen.

Zur *zweiten*, *dritten* und *vierten Frage* gibt die Bundesregierung an, daß die vorhandenen Statistiken keine Daten über Betriebe enthielten, die nicht unter das KSchG fielen. Die Arbeitsstättenzählung 1987 habe nur folgende Werte (in tausend) ergeben:

		Anzahl der Beschäftigten			
Arbeitstättenmit	Anzahl der Arbeitsstätten	Männer		Frauen	
		insges.	davon mit Teilzeit	insges.	davon mit Teilzeit
1 — 4 Beschäftigten	1 688	2 608 75,0 %	201	854 25,0 %	551
5 — 9 Beschäftigten	495	1 579 49,5 %	182	1 612 50,5 %	627
über 9 Beschäftigten	398	11 995 59,1 %	520	8 311 40,9 %	2 323
Summe	2 581	16 182 60,0 %	903	10 777 40,0 %	3 501

J.-L. Murray

Berichterstatter