

I. Generalthema (Teil I)

Erste Erfahrungen mit dem neuen Kündigungsrecht

Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

I. Einleitung

Zehn Monate nach In-Kraft-Treten eines Gesetzes über Erfahrungen zu berichten, könnte eigentlich nur ganz vorläufige Trends beschreiben. Gerichtsentscheidungen der ersten Instanz liegen in der Tat erst vereinzelt vor.¹ Allerdings findet man in jüngster Zeit eine Reihe höchstrichterlicher Judikate, die sich auf das zwischen 1996 und 1998 geltende Recht beziehen und die – für manchen überraschend – wieder hohe Aktualität gewonnen haben.² Noch hilfreicher ist in vielen Fällen ein Rückgriff auf die Insolvenzordnung, die – wie es scheint – eine Art Vorreiterfunktion im Arbeitsrecht übernommen hat. Wer Näheres über die universelle Dreiwochenfrist und die Namensliste wissen will, wird bei § 113 und bei § 125 InsO mit Sicherheit fündig; böse Zungen könnten dies als typisch für den Zustand der Deutschland AG bezeichnen. Die Situation ist also durchaus eine andere, als wenn völlig neues Recht geschaffen worden wäre.

Nicht vorenthalten möchte ich Ihnen einen wirtschaftswissenschaftlichen Erfahrungsbericht, den das IAB am 18.10.2004 veröffentlicht hat.³ Zugrunde lag eine repräsentative Untersuchung des Einstellungsverhaltens von Kleinbetrieben vor und nach den Rechtsänderungen von 1996 und 1998.⁴ Dabei wurden jeweils von der Reform betroffene und von der Reform nicht betroffene Betriebe verglichen. Für die 96er Reform waren dies Betriebe mit 6-10 bzw. 20-30 Beschäftigten, für die Reform 1998 ging

1 S. etwa ArbG Berlin 24.9.2004 – 28 Ca 13168/04 – Namensliste bei fehlender Kausalität zwischen Betriebsänderung und Kündigung.

2 S. als Beispiel BAG 22.1.2004 – 2 AZR 111/02 – EZA § 1 KSchG Interessenausgleich Nr. 11 (zur Namensliste).

3 IAB-Kurzbericht, Nr. 15/2004.

4 Die "Repräsentativität" bezieht sich dabei auf die Auswahl der befragten Unternehmen; eine Totalerhebung würde an praktischen Hindernissen scheitern. Befragt wurden ca. 5 % der Unternehmen in den fraglichen Größenklassen, was eine repräsentative Auswahl durchaus ermöglicht.

es um Betriebe von 1-5 und solche von 5-10 Beschäftigten. Dabei ergaben sich keinerlei signifikante Unterschiede: Die Einstellungsbereitschaft war nach 1996 bei den von der Reform begünstigten wie bei den übrigen Betrieben gleichermaßen zurückgegangen. Trotz Erweiterung des Kündigungsschutzes stockten auf der anderen Seite beide Gruppen von Betrieben 1999 gleichermaßen ihr Personal auf. Maßgebend waren ersichtlich konjunkturelle Gründe, die unterschiedlichen rechtlichen Rahmenbedingungen schlugen sich nicht im Verhalten der Unternehmen nieder.

Auch in der Gegenwart sind keine Anzeichen erkennbar, dass die "Liberalisierung" des Kündigungsschutzes positive beschäftigungspolitische Wirkungen hätte. Neue Arbeit ist nur für die schreibende Zunft entstanden, die literarische Produktion erlebte einen bemerkenswerten Aufschwung. Alle Aufsätze zu kennen, setzt große Energien (und überdies ein erhebliches Maß an Frustrationstoleranz) voraus.

Ich will mich deshalb im Folgenden auf einige wesentliche Punkte des neuen Kündigungsschutzrechts beschränken. Auch scheint es sinnvoll, die am 1.5.2004 in Kraft getretene Reform des Kündigungsschutzes schwerbehinderter Menschen in die Darstellung miteinzubeziehen; zum Ausgleich wird auf Ausführungen zu § 1 a KSchG verzichtet.⁵

II. Grundsätze über soziale Auswahl

1. Die Begrenzung auf vier Kriterien

Bei der sozialen Auswahl sind in Anlehnung an den Rechtszustand zwischen 1996 und 1998 nur die vier Kriterien "Dauer der Betriebszugehörigkeit", "Lebensalter", "Unterhaltungspflichten" und "Schwerbehinderung" zu berücksichtigen. Sie haben grundsätzlich gleiches Gewicht.⁶

Betrachtet man ausschließlich den Wortlaut des § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG n.F., so bleiben zahlreiche Umstände unberücksichtigt, die bisher von erheblicher Bedeutung waren. Dies gilt etwa für den vom Arbeitnehmer erlittenen Arbeitsunfall, für die Eigenschaft als allein Erziehender Elternteil oder für die Existenz pflegebedürftiger Angehöriger.⁷ Dies würde zwar die

⁵ Dazu Preis, DB 2004, 70; Däubler, NZA 2004, 177.

⁶ S. statt aller Bader, NZA 2004, 65.

Komplexität des Auswahlprozesses reduzieren und so möglicherweise einen Beitrag zur Rechtssicherheit leisten, doch bestehen gegen einen derartigen Schematismus erhebliche Bedenken. Zum einen spricht die amtliche Begründung des Regierungsentwurfs davon, die Beschränkung auf die Grunddaten schließe die Beachtung unbilliger Härten im Einzelfall nicht aus.⁸ "Zusätzlich erfassbare Tatsachen" müssten jedoch in einem unmittelbaren spezifischen Zusammenhang mit den Grunddaten stehen oder aus evidenten betrieblichen Gegebenheiten folgen. Das betreffe beispielsweise Berufskrankheiten und einen vom Arbeitnehmer nicht verschuldeten Arbeitsunfall.⁹ Zum Zweiten hat das BVerfG aus Art. 12 Abs. 1 GG die Pflicht des Gesetzgebers bzw. des an seiner Stelle handelnden Richters abgeleitet, auf die soziale Situation der von Kündigungen Betroffenen Rücksicht zu nehmen.¹⁰ Dies ist für ältere, für schwerbehinderte und für allein Erziehende sowie für "in ähnlicher Weise betroffene Arbeitnehmer" ausdrücklich betont worden.¹¹ Es wäre daher schwerlich mit Art. 12 Abs. 1 GG zu vereinbaren, wollte man beispielsweise nicht danach differenzieren, ob der Arbeitnehmer seinem Kind gegenüber nur unterhaltspflichtig ist oder ob er darüber hinaus die Belastungen eines allein Erziehenden Elternteils zu bewältigen hat. Obwohl eine Klarstellung im Text selbstredend besser gewesen wäre, hat die amtliche Begründung den Weg für eine verfassungskonforme Interpretation gewiesen: Die vier Grunddaten müssen in der Weise "offen" interpretiert werden, dass sie die besondere Betroffenheit eines Arbeitnehmers mitberücksichtigen.¹² Die Eigenschaft als allein Erziehender verleiht daher der Unterhaltspflicht ein besonders großes Gewicht, Berufskrankheit und Arbeitsunfall erhöhen die Bedeutung der Betriebszugehörigkeit, schlechte Vermittlungschancen auf dem Arbeitsmarkt sind bei dieser und beim Lebensalter zu berücksichtigen.¹³

⁷ Für Ausklammerung des zuletzt genannten Tatbestands *Thüsing/Stelljes*, BB 2003, 1674.

⁸ BT-Drucks. 15/1204, S. 11.

⁹ Gegen die Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte mit Rücksicht auf den eindeutigen Gesetzeswortlaut: *Löwisch*, BB 2004, 164; doch fällt es schwer, eine so ausdifferenzierte Argumentation einfach zu ignorieren.

¹⁰ 24.4.1991 – 1 BvR 1341/90 – BVerfGE 84, 133 (154) = NJW 1991, 1667.

¹¹ BVerfG 24.4.1991 – 1 BvR 1341/90 – BVerfGE 84, 133 (Ls. 3) = NJW 1991, 1667.

¹² S. weiter BVerfG 21.2.1995 – 1 BvR 1397/93 – BVerfGE 92, 140 (157) = NZA 1996, 619, wonach Art. 12 Abs. 1 GG verlangt, alle Umstände zu berücksichtigen, die im Zeitpunkt einer Kündigung erkennbar sind.

2. Insbesondere: Berücksichtigung der Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch

Das neu hinzugekommene Kriterium der Schwerbehinderung schützt auch Personen, die nach § 2 Abs. 3 SGB IX gleichgestellt sind.¹⁴ Sonstige, einen Grad von 30 nicht erreichende Behinderungen, sind nicht erfasst.¹⁵ Schwerbehinderte und Gleichgestellte sind nur dann in die soziale Auswahl einzubeziehen, wenn das Integrationsamt ihrer Kündigung zugestimmt hat.¹⁶ Anders zu entscheiden, könnte den Arbeitgeber in die völlig inakzeptable Situation bringen, dass er trotz korrekter sozialer Auswahl mangels staatlicher Zustimmung nicht kündigen kann.

3. Überprüfung der Kriterien am Maßstab der EG-Richtlinien

Die Anknüpfung an das Lebensalter will die Älteren schützen, belastet jedoch gleichzeitig die Jüngeren. Einen ähnlichen Effekt bewirkt das Kriterium "Dauer der Betriebszugehörigkeit". Beides könnte eine unerlaubte Diskriminierung wegen Alters nach Art. 1 und Art. 2 Abs. 2 der EG-Richtlinie vom 27.11.2000 "zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf"¹⁷ sein, doch lassen sich Vorschriften und Verhaltensweisen zum Schutz älterer Arbeitnehmer mit Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie rechtfertigen.¹⁸ Bei der Unter-

13 Weitere Anwendungsfälle bei *Kittner*, in: *Kittner/Däubler/Zwanziger*, Kündigungsschutzrecht, 6. Aufl., Frankfurt a.M. 2004, § 1 KSchG Rdnr. 477; wie hier im Ansatz auch *Buschmann*, *ArbuR* 2004, 2.

14 KR-Etzel, 7. Aufl., Neuwied 2004, § 1 KSchG Rdnr. 678a.

15 § 2 Abs. 1 SGB IX definiert den Behindertenbegriff mit den Worten: "Menschen sind behindert, wenn ihre körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft beeinträchtigt ist. Sie sind von Behinderung bedroht, wenn die Beeinträchtigung zu erwarten ist." Zur Vereinbarkeit der Ausklammerung "einfacher Behinderter" mit EG-Recht s. unten 3.

16 *Bram*, in: *Bader/Bram/Dörner/Wenzel*, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu den §§ 620-628 BGB, Loseblatt (Neuwied), Stand September 2004, § 1 Rdnr. 325e; KR-Etzel § 1 KSchG Rdnr. 678a; *Quecke*, *RdA* 2004, 87.

17 ABIEG v. 2.12.2000, Nr. L 303/16.

18 *Wiedemann/Thüsing*, *NZA* 2002, 1240 f.; auf Art. 6 der Richtlinie stützt sich *Löwisch* (FS *Schwerdtner*, 2004, S. 769), was zur Folge hat, dass ohne die nunmehr vorhandene ausdrückliche Fixierung im Gesetz eine derartige Anknüpfung ans Alter nicht möglich wäre. Insoweit ist die Nichtumsetzung der Richtlinie im Ergebnis ohne Bedeutung.

haltungspflicht kann man daran zweifeln, ob das Einkommen des Ehegatten berücksichtigt werden darf, da dies im Durchschnitt der Fälle Männer stärker als Frauen begünstigt. Das BAG hat die Frage nicht unter EG-rechtlichen Gesichtspunkten gesehen, sondern ausschließlich verfassungsrechtlich argumentiert: Zwar dürfe man das Einkommen des Ehegatten berücksichtigen, doch sei es gleichzeitig ausgeschlossen, jemandem allein wegen seiner familiären Situation zu kündigen, da dies gegen Art. 6 Abs. 1 GG verstoßen würde.¹⁹ Nach neuem Recht wird das nicht grundsätzlich anders zu beurteilen sein. Im hypothetischen Fall übereinstimmender Sozialdaten darf also auch weiterhin nicht automatisch derjenige gekündigt werden, der anders als ein Lediger über eine familiäre Auffangstruktur verfügt. Die mittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts dürfte sich allerdings EG-rechtlich unschwer mit geschlechtsneutralen sozialpolitischen Erwägungen rechtfertigen lassen. Entgegen verschiedentlich geäußerten Befürchtungen ergeben sich daher keinerlei dramatische Konsequenzen aus dem Antidiskriminierungsrecht der EG.

Die genannte Richtlinie²⁰ verbietet jede Benachteiligung wegen "Behinderung", womit der allgemeine Begriff des § 2 Abs. 1 SGB IX gemeint ist.²¹ Dies schließt es zwar nicht generell aus, nach der Intensität der Behinderung zu differenzieren, so dass § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG insoweit keine europarechtlichen Bedenken erweckt. Auf der anderen Seite ist im Folgenden zu beachten, dass eine behinderungsbedingte Leistungsminderung nur dann Berücksichtigung finden darf, wenn dies auch nach der EG-Richtlinie zulässig ist.²²

4. Herausnahme bestimmter Personen

a) Das berechnigte betriebliche Interesse

Liegt die Weiterbeschäftigung bestimmter Personen im "berechtigten betrieblichen Interesse", so können sie aus dem Kreis der Arbeitnehmer herausgenommen werden, zwischen denen die soziale Auswahl erfolgen muss. Dabei handelt es sich um Ausnahmefälle, die das Prinzip als solches nicht in

19 BAG 5.12.2002 – 2 AZR 549/01 – NZA 2003, 791.

20 ABIEG v. 2.12.2000, Nr. L 303/16.

21 *Schiek*, *NZA* 2004, 881 m.w.N.

22 Die Richtlinie ist zwar noch nicht in nationales Recht umgesetzt, doch ist sie bei dessen Interpretation zu beachten.

Frage stellen dürfen. Dies folgt aus der gesetzlichen Systematik²³ und ist auch im Ausschussbericht ausdrücklich hervorgehoben worden.²⁴

In der Literatur ist davon die Rede, dass die Weiterbeschäftigung der fraglichen Person in nachvollziehbarer Weise dem Betrieb nützen,²⁵ dass der Vorteil von einigem Gewicht sein und sich im Unternehmensergebnis niederschlagen müsse.²⁶ Dabei darf aber nicht allein das betriebliche Interesse gesehen werden. Dieses muss vielmehr – wie das BAG zu Recht betont hat²⁷ – ein "berechtigtes" sein, also das Zurücktreten der Interessen des sozial schwächeren Arbeitnehmers rechtfertigen können. Je schwerer dabei das soziale Interesse wiege, umso gewichtiger müssten die Gründe für die Ausklammerung einer bestimmten Person sein.²⁸ Der dagegen erhobene Einwand, die Abwägung führe zu kaum lösbaren Schwierigkeiten, da unvergleichbare Dinge in die beiden Waagschalen gelegt werden müssten,²⁹ ist sicherlich auf den ersten Blick plausibel. Die Erhöhung des Gewinns wie auch die Vermeidung von Verlusten sind ersichtlich in einer anderen Welt angesiedelt als die Einbuße an Lebensqualität, die in den allermeisten Fällen mit einer Kündigung verbunden ist. Die Verschiedenartigkeit der betroffenen Rechtsgüter gilt jedoch in gleicher Weise in allen anderen Fällen der Interessenabwägung im Kündigungsschutzrecht, die aufzugeben sicherlich nicht Ziel der Kritiker ist. Der Sache nach geht es um Wertentscheidungen, die letztlich in der Hand der Gerichte liegen: Auch wenn sich die Nachteile jeder Lösung nicht in derselben "Währung" zum Ausdruck bringen lassen, ist doch ein qualitativer Vergleich der Art möglich, dass wegen geringer betrieblicher Nachteile der sozial schutzwürdigere Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz nicht opfern muss, während dies bei schwereren Nachteilen durchaus in Betracht kommen kann.

Das Gesetz gibt zwei Beispiele für mögliche berechnete betriebliche Interessen. Zum einen geht es um Personen, die wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen weiterbeschäftigt werden sollen.³⁰ Dabei muss schon

23 So auch BAG 13.6.2002 – 2 AZR 391/01 – NZA 2003, 44 zu dem zwischen 1996 und 1998 geltenden Recht.

24 BT-Drucks. 15/1587, S. 27.

25 Bader, NZA 2004, 65.

26 Willemsen/Annuß, NJW 2004, 177; ähnlich Löwisch, BB 2004, 155.

27 BAG 12.4.2002 – 2 AZR 706/00 – NZA 2003, 43.

28 BAG 12.4.2002 – 2 AZR 706/00 – NZA 2003, 43.

29 Willemsen/Annuß, NJW 2004, 177; ähnlich Bauer, Beilage zu NZA Heft 18/2004, 41.

des Ausnahmecharakters der Regelung wegen ein deutlicher Vorsprung gegenüber den Übrigen vorliegen, was bei Spezialkenntnissen, nicht aber schon bei "besseren" Kenntnissen der Fall ist.³¹ Die Unterschiede müssen durch entsprechende Beurteilungen oder belegbare Arbeitsergebnisse deutlich gemacht werden. Die Tatsache, dass ein Arbeitnehmer infolge einer Behinderung i.S.d. § 2 Abs. 1 SGB IX nicht zum "Leistungsträger" werden kann, stellt keine Diskriminierung im Sinne der EG-Richtlinie dar.³²

b) Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebes

Sehr viel mehr Anwendungsprobleme als die "Leistungsträgerklausel" schafft die als zweites Beispiel gegebene "Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebes".

Weitgehende Einigkeit besteht zunächst darüber, dass anders als in § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO die "Schaffung" einer ausgewogenen Personalstruktur keine Ausnahme von der sozialen Auswahl rechtfertigen kann.³³ Eine verfehlte Personalpolitik darf nicht anlässlich eines Personalabbaus zulasten der Arbeitnehmer korrigiert werden.³⁴ Auch die amtliche Begründung des Regierungsentwurfs spricht davon, es gehe um die Erhaltung der Zusammensetzung der Belegschaft "so wie sie aufgebaut ist".³⁵

Die "Personalstruktur" ist nicht mit der Altersstruktur identisch.³⁶ Vielmehr geht es um die Zusammensetzung der Belegschaft nach bestimmten Eigenschaften, zu denen außer dem Alter z.B. das Geschlecht gehören soll. Auch auf die Leistung abzustellen, verstößt gegen die gesetzliche Systematik, da dieser Gesichtspunkt schon im ersten Beispielfall erfasst ist. Außerdem

30 Einzelheiten bei Kittner, in: Kittner/Däubler/Zwanziger, § 1 KSchG Rdnr. 495 ff.

31 Bram, § 1 KSchG Rdnr. 323a.

32 Vgl. Erwägungsgrund 17: "Mit dieser Richtlinie wird ... nicht die Einstellung, der berufliche Aufstieg, die Weiterbeschäftigung oder die Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen einer Person vorgeschrieben, wenn diese Person für die Erfüllung der wesentlichen Funktionen des Arbeitsplatzes oder zur Absolvierung einer bestimmten Ausbildung nicht kompetent, fähig oder verfügbar ist."

33 BAG 23.11.2000 – 2 AZR 533/99 – NZA 2001, 604 (zu dem zwischen 1996 und 1998 geltenden Recht); Bader, NJW 2004, 65; Thüsing/Stelljes, BB 2003, 1675; Willemsen/Annuß, NJW 2004, 177; Zwanziger, AiB 2004, 12.

34 Preis, NZA 2003, 705.

35 BT-Drucks. 15/1204, S. 11.

36 Bauer, Beilage zur NZA Heft 18/2004, 43; Bram, § 1 KSchG Rdnr. 323f und 323g; Quecke, RdA 2004, 88.

könnte darin eine Benachteiligung von Behinderten i.S.v. § 2 Abs. 1 SGB IX liegen, die zwar den Anforderungen ihres Arbeitsplatzes gerecht werden, leistungsmäßig jedoch etwas hinter vergleichbaren anderen Beschäftigten zurückbleiben. Hierin läge ein Verstoß gegen das EG-rechtliche Diskriminierungsverbot.³⁷

Die Rechtsprechung des BAG hatte sich – soweit ersichtlich – bisher nur mit dem Fall der altersmäßigen Ausgewogenheit zu befassen.³⁸ Dabei wurde die Bildung von Altersgruppen gebilligt, in denen jeweils der vorgeordnete Prozentsatz von Beschäftigten gekündigt wurde. In diesem Zusammenhang spielte es allerdings eine wesentliche Rolle, dass für die Wahl des Kriteriums "Lebensalter" ein berechtigtes betriebliches Interesse sprach, da es ausschließlich um Erzieherinnen in Kindergärten, Kindertagesstätten und Internaten ging, die nicht ausschließlich von der "Großmüttergeneration" gestellt werden sollten. In der Tat lässt sich allein damit eine partielle Zurücknahme der Schutzwirkung von "Lebensalter" und "Dauer der Betriebszugehörigkeit" rechtfertigen; geht es um einen ganz normalen Produktions- oder Dienstleistungsbetrieb, muss der Rückgriff auf die Leistungsträgerklausel genügen. Denkbar wäre deshalb auch, die geschlechtsspezifische Zusammensetzung dann zu wahren, wenn dies etwa bei einem Friseur- oder Massagebetrieb deutlichen Kundenpräferenzen entsprechen würde. Die bloße Erhaltung der bestehenden Zusammensetzung auf zahlenmäßig niedrigerem Niveau kann jedenfalls kein berechtigtes betriebliches Interesse darstellen, das ein Abweichen von den Grundsätzen der Sozialauswahl rechtfertigt.

III. Kollektivvertragliche Modifikationen, insbesondere durch die sog. Namensliste

1. Gewichtung der sozialen Gesichtspunkte

Nach § 1 Abs. 4 KSchG kann in einem Tarifvertrag, in einer Betriebsvereinbarung nach § 95 BetrVG oder in einer entsprechenden Richtlinie nach Personalvertretungsrecht festgelegt werden, wie die sozialen Gesichtspunkte nach § 1 Abs. 3 Satz 1 KSchG im Verhältnis zueinander zu bewer-

37 Ähnlich im Ergebnis *Quecke*, RdA 2004, 88; für Abstellen auf die Leistung *Bauer*, Beilage zu NZA Heft 18/2004, 43; *Löwisch*, BB 2004, 155.

38 BAG 23.11.2000 – 2 AZR 533/99 – NZA 2001, 601.

ten sind. Dies kann insbesondere in Form eines Punktekatalogs erfolgen. Die auf diese Weise festgelegten Auswahlregeln können nur im Hinblick auf grobe Fehlerhaftigkeit gerichtlich überprüft werden. Die Frage, wie der auswahlrelevante Personenkreis zu bestimmen ist, fällt demgegenüber nicht unter § 1 Abs. 4 KSchG; insoweit findet eine volle gerichtliche Überprüfung statt.³⁹ Auch die Tragweite der Ausnahmen nach § 1 Abs. 3 Satz 2 ist nicht erfasst.⁴⁰

2. Namensliste

§ 1 Abs. 5 KSchG eröffnet in wörtlicher Übernahme der zwischen 1996 und 1998 geltenden Regelung die Möglichkeit, die zu kündigenden Arbeitnehmer in einem Interessenausgleich namentlich zu bezeichnen. Von den damit zusammenhängenden Fragen können nur einige angesprochen werden.

a) Voraussetzungen

Die Möglichkeit zur Vereinbarung einer Namensliste besteht nur dann, wenn eine Betriebsänderung nach § 111 BetrVG geplant ist, über die ein Interessenausgleich zustande kommt. Nicht erfasst sind daher Unternehmen mit bis zu 20 Beschäftigten, aber auch Tendenzbetriebe, die § 118 Abs. 1 BetrVG vom Interessenausgleich ausnimmt.⁴¹ Im öffentlichen Dienst und in kirchlichen Einrichtungen ist eine Namensliste gleichfalls nicht möglich, da § 111 BetrVG dort unanwendbar ist.

Die Namensliste muss Bestandteil eines Interessenausgleichs sein. Dies bedeutet, dass gleichzeitig zumindest eine Einigung über bestimmte Modalitäten der Betriebsänderung vorliegen muss; eine isolierte Namensliste hat nicht die in § 1 Abs. 5 KSchG vorgesehenen Rechtsfolgen.⁴² Auch muss der Arbeitgeber im Streitfall den Nachweis führen, dass er eine Betriebsänderung geplant hatte.⁴³ Einigkeit besteht, dass die Namensliste genau wie der Interessenausgleich als solcher nicht erzwingbar ist.

39 *Löwisch*, BB 2004, 156.

40 *Bader*, NZA 2004, 65.

41 *Willemsen/Annuf*, NJW 2004, 177; kritisch dazu *Richardi*, DB 2004, 488.

42 *Buschmann*, ArbuR 2004, 2; *Quecke*, RdA 2004, 91.

43 *ErfK-Ascheid*, 4. Aufl. 2004, § 1 KSchG Rdnr. 582.

b) Rechtsfolgen

Befindet sich ein Arbeitnehmer auf der Namensliste, so wird vermutet, dass seine Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse i.S.v. § 1 Abs. 2 KSchG bedingt ist. Dies zu widerlegen wird im Regelfall schwer möglich sein.⁴⁴

In Betracht kommen allerdings Fälle einer missbräuchlichen Unternehmerentscheidung⁴⁵ oder eine singuläre Situation wie die, dass das Arbeitsverhältnis eines Altersteilzeiters während der Freistellungsphase gekündigt werden soll – hier hat das BAG trotz Aufnahme in eine nach § 125 InsO vereinbarte Namensliste die dringenden betrieblichen Erfordernisse verneint.⁴⁶ Nach der Rechtsprechung wird auch vermutet, dass im Betrieb keine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit besteht.⁴⁷ Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten in einem anderen Betrieb des Unternehmens und – soweit kündigungsschutzrechtlich relevant – in einem anderen Unternehmen des Konzerns sind dagegen nicht erfasst; insoweit bleibt es bei den allgemeinen Grundsätzen.⁴⁸ Auch das Argument, die Kündigung sei nach § 613 a Abs. 4 BGB unwirksam, wird dem Arbeitnehmer nicht abgeschnitten; dies folgt schon aus einem Gegenschluss aus § 128 Abs. 2 InsO.⁴⁹

Zum Zweiten kann – und dies ist in der Praxis der sehr viel wichtigere Punkt – die soziale Auswahl nur noch auf grobe Fehlerhaftigkeit hin überprüft werden. Nach der amtlichen Begründung umfasst dies die Richtigkeit der Sozialauswahl in jeder Hinsicht, also auch die Frage, welche Arbeitnehmer vergleichbar sind und wer aus berechtigtem betrieblichen Interesse gem. § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG ausgenommen wurde.⁵⁰ Das BAG hat es bisher immer dahinstehen lassen, ob auch dieser letztere Fall erfasst ist.⁵¹

44 Ob sich eine solche Beweislastverteilung mit Art. 12 Abs. 1 GG rechtfertigen lässt, dürfte mit Rücksicht auf die Rechtsprechung des BVerfG wohl zu verneinen sein. Vgl. BVerfG, NZA 2000, 110: "Dem Arbeitnehmer dürfen nicht Nachweis und Darlegung solcher Umstände in vollem Umfang aufgebürdet werden, die nicht in seiner Sphäre liegen."

45 Dazu BAG 26.9.2002 – 2 AZR 636/01 – NZA 2003, 549.

46 BAG 26.9.2002 – 2 AZR 636/01 – NZA 2003, 549-552.

47 BAG 7.5.1998 – 2 AZR 536/97 – NZA 1998, 933.

48 *Bram*, a.a.O., § 1 KSchG Rdnr. 2881; KR-Etzel, a.a.O., § 1 KSchG Rdnr. 703f.

49 KR-Etzel, § 1 KSchG Rdnr. 703f.

50 BT-Drucks. 15/1204, S. 12; ebenso ErfK-Ascheid, § 1 KSchG Rdnr. 583; KR-Etzel § 1 KSchG Rdnr. 703h.

51 Zuletzt BAG 12.4.2002 – 2 AZR 706/00 – NZA 2003, 43.

"Grobe Fehlerhaftigkeit" liegt vor, wenn bei der Auswahl eines der vier Kriterien überhaupt nicht berücksichtigt wurde oder wenn es praktisch unter den Tisch fällt, weil die Gewichtung "jede Ausgewogenheit vermissen lässt".⁵² Dasselbe gilt dann, wenn bei der Herausnahme einzelner Personen keine Abwägung zwischen den betrieblichen Interessen und den Interessen des betroffenen Arbeitnehmers erfolgte.⁵³ Dasselbe gilt nach einer Entscheidung des LAG Hamm⁵⁴ dann, wenn der auswahlrelevante Personenkreis willkürlich oder nach unsachlichen Gesichtspunkten eingegrenzt wurde oder wenn Altersgruppen mit wechselnden "Zeitsprüngen" gebildet wurden.⁵⁵ Dasselbe gilt dann, wenn alle sozialen Kriterien einer als optimal definierten Personalstruktur untergeordnet wurden.⁵⁶

c) Auskunftsanspruch des Gekündigten

Auch im Falle einer Namensliste hat der Arbeitgeber nach § 1 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 KSchG dem Arbeitnehmer auf Verlangen die Gründe mitzuteilen, die zu der getroffenen sozialen Auswahl geführt haben. Dies ist vom BAG zu dem zwischen 1996 und 1998 geltenden Recht ausdrücklich betont⁵⁷ und auch im Bericht des Bundestagsausschusses für Wirtschaft und Arbeit hervorgehoben worden.⁵⁸ Daraus wird deutlich, dass die Namensliste nicht etwa schon durch ihre bloße Existenz die Kündigungen rechtfertigen kann; vielmehr muss auch sie sich auf soziale Kriterien stützen, die die getroffenen Entscheidungen tragen.⁵⁹ Dies kann ein Punkteschema i.S.d. § 1 Abs. 4 KSchG, aber auch eine besondere Betonung einzelner sozialer Gesichtspunkte sein. So hat es das BAG beispielsweise für legitim angesehen, das Schwergewicht auf die Unterhaltungspflichten der betroffenen Arbeitnehmer zu legen.⁶⁰ Die Beschränkung der Überprüfung auf "grobe Fehlerhaftigkeit" bezieht sich ausschließlich auf die Abweichung vom gesetzlichen Modell;

52 So BAG 2.12.1999 – 2 AZR 757/98 – NZA 2000, 531. Auf das Kriterium der Schwerbehinderung kann selbstredend verzichtet werden, wenn es im Betrieb keine schwerbehinderten Menschen gibt.

53 BAG 12.4.2002 – 2 AZR 706/00 – NZA 2003, 43.

54 5.6.2003 – 4 (16) Sa 1976/02 – NZA-RR 2004, 132.

55 Ähnlich *Löwisch*, BB 2004, 157; vgl. auch ArbG Freiburg 30.4.2004 – 3 Ca 575/03 – n.v.

56 *Löwisch*, BB 2004, 156.

57 BAG 12.4.2005 – 2 AZR 706/00 – NZA 2003, 43.

58 BT-Drucks. 15/1587, S. 30.

59 Ähnlich *Perreng*, AiB 2004, 15, 16.

60 BAG 2.12.1999 – 2 AZR 757/98 – NZA 2000, 531.

insoweit sollen den Betriebsparteien Spielräume für betriebsadäquate Lösungen eröffnet werden. Die Anwendung der einmal gefundenen Einigung unterliegt demgegenüber der vollen richterlichen Prüfung. Beruht beispielsweise die Namensliste auf einem die wichtigsten sozialen Kriterien aufgreifenden Punkteschema, so ist dieses selbst nur auf grobe Fehlerhaftigkeit hin überprüfbar. Wurde es im Einzelfall jedoch falsch angewandt, weil man bei der Berechnung der Punktezahl eines Arbeitnehmers die Kinder oder eine frühere Betriebszugehörigkeit vergessen hatte, so unterliegt dies in vollem Umfang der gerichtlichen Kontrolle. Dasselbe gilt dann, wenn qualitative Kriterien verwandt werden, beispielsweise primär auf die familiäre Situation und die Unterhaltspflichten abgestellt wird. Die Verpflichtung, die Namensliste ihrerseits auf soziale Kriterien zu stützen, ist auch im Rahmen des § 125 InsO anerkannt.⁶¹ Nur auf diese Weise wird außerdem vermieden, dass sich Betriebsrat und/oder Arbeitgeber von unsachlichen Erwägungen leiten lassen und insbesondere solche Personen auf der Liste platzieren, die für sie einen hohen "Lästigkeitswert" haben.⁶² Das Erfordernis der immanenten Schlüssigkeit der Namensliste⁶³ verhindert so, dass entgegen den Grundsätzen des BVerfG⁶⁴ unter Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG willkürliche Kündigungen möglich werden.

d) Zuständigkeit

Betrifft eine geplante Betriebsänderung mehrere Betriebe, liegt die Verhandlungskompetenz in Bezug auf den Interessenausgleich beim Gesamtbetriebsrat. Dies folgt zwingend aus § 50 Abs. 1 BetrVG und wird – soweit ersichtlich – auch von niemandem bestritten.⁶⁵ Die Namensliste substituiert demgegenüber die soziale Auswahl, die einen rein (einzel-)betrieblichen Charakter besitzt. Dem Gesamtbetriebsrat fehlt insoweit das Mandat, da Existenz und Auswahlkriterien einer Namensliste von Betrieb zu Betrieb variieren können. § 1 Abs. 5 KSchG zu einer betriebsverfassungsrechtli-

61 Reiner Müller, in: Smid (Hrsg.), Kommentar zur InsO, 2001, § 125 Rdnr. 4; Eickmann u.a., Heidelberger Kommentar zur InsO, 2. Aufl. 2001, § 125 Rdnr. 13 ff.; Däubler, in: Kittner/Däubler/Zwanziger, § 125 InsO Rdnr. 10.

62 Zu den Gefahren der Namensliste, die insbesondere den Wahlmechanismus als Korrektiv für schlechte Interessenvertretung außer Kraft setzt, s. insb. Preis, RdA 2003, 74 f.

63 So auch Perreng, AiB 2004, 16.

64 BVerfG 27.1.1998 – 1 BvL 15/87 – NZA 1998, 470.

65 S. statt aller BAG 11.12.2001 – 1 AZR 193/01 – NZA 2002, 688.

chen Kompetenznorm zu machen, die dem Gesamtbetriebsrat auch die Zuständigkeit für die Namensliste einräumt, besteht kein Anlass: Weder die systematische Stellung der Vorschrift noch die (das Problem nicht behandelnde) Vorgeschichte lassen eine solche Konsequenz zu. Die Regelung der InsO macht überdies deutlich, dass der allgemeine Interessenausgleich (§ 122 InsO) und die Namensliste (§ 125 InsO) auseinander fallen können; es reicht, wenn bei Letzterer auf den Interessenausgleich verwiesen wird. Die Anwendung der allgemeinen Regeln über die Kompetenzverteilung von Gesamt- und Einzelbetriebsrat führt daher nicht zu inakzeptablen Konsequenzen, genauso wenig, wie das dann der Fall ist, wenn trotz der Kompetenz des Gesamtbetriebsrats für den Interessenausgleich die Zuständigkeit für den Abschluss des Sozialplans bei den Einzelbetriebsräten bleibt.⁶⁶

e) Erstreckung auf die Änderungskündigung?

Wie die Formulierung des § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO deutlich macht, kann sich die Namensliste in der Insolvenz auch auf Änderungskündigungen beziehen. Eine entsprechende Regelung fehlt in § 1 Abs. 5 KSchG, so dass insoweit eine Beschränkung auf die Beendigungskündigung anzunehmen ist.⁶⁷ Dies wird durch § 2 KSchG bestätigt, der § 1 Abs. 5 KSchG nicht in Bezug nimmt.

IV. Die Dreiwochenfrist des § 4 KSchG

1. Der Grundsatz

Die neu gefasste Vorschrift des § 4 Satz 1 KSchG zwingt den Arbeitnehmer auch dann dazu, binnen drei Wochen nach Zugang der Kündigung Klage zu erheben, wenn er andere Mängel als die fehlende soziale Rechtfertigung geltend machen will.

66 Dazu BAG 11.12.2001 – 1 AZR 193/01 – NZA 2002, 688.

67 Ebenso Gaul, Aktuelles Arbeitsrecht, Bd. 2, 2003, S. 323; KR-Etzel § 1 Rdnr. 703; a.A. ErfK-Ascheid § 1 KSchG Rdnr. 582; Quecke, RdA 2004, 90; Löwisch plädierte in NZA 2003, 692 für die ausdrückliche Übernahme von § 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO, sieht jetzt aber die Änderungskündigung gleichwohl erfasst (Löwisch, BB 2004, 157).

Versäumt er die Frist und erfolgt auch keine nachträgliche Klagezulassung nach § 5 KSchG, so gilt die Kündigung nach § 7 KSchG als wirksam. Dies soll sogar dann gelten, wenn sie gesetz- oder sittenwidrig ist.⁶⁸

Die Vorschrift übernimmt den früheren § 113 Abs. 2 InsO, lässt die Frist im Gegensatz zu diesem allerdings erst mit dem Zugang der schriftlichen Kündigungserklärung beginnen. Mündlich oder konkludent ausgesprochene Kündigungen können daher auch noch nach Ablauf von drei Wochen angegriffen werden.

Der Anwendungsbereich des § 4 Satz 1 KSchG geht über den materiellen Kündigungsschutz als solchen hinaus: Erfasst sind auch Arbeitnehmer in Kleinbetrieben sowie solche, die die sechsmonatige Wartefrist des § 1 Abs. 1 KSchG noch nicht absolviert haben.⁶⁹

2. Ausnahmen

Abgesehen von der fehlenden Schriftform greift § 4 Satz 1 KSchG auch dann nicht ein, wenn sich der Streit auf das Vorliegen einer Kündigungserklärung bezieht. Wird dem bei einer GmbH & Co. KG beschäftigten Arbeitnehmer irrtümlich durch die GmbH oder die Konzernobergesellschaft gekündigt, so kann der Betroffene unabhängig von § 4 KSchG geltend machen, hier habe ein Nicht-Vertragspartner gehandelt, die Erklärung sei deshalb ins Leere gegangen.⁷⁰ Dasselbe gilt, wenn ein vollmachtloser Vertreter aufgetreten ist oder wenn darüber gestritten wird, ob die Kündigung wirksam angefochten wurde.⁷¹

Geht die Auseinandersetzung nur um die Einhaltung der Kündigungsfrist, so greift § 4 KSchG von vorneherein nicht ein, wenn es nur um die Auslegung der Kündigungserklärung geht, deren Wirksamkeit aber nicht in Rede steht.⁷² Geht man demgegenüber im Einzelfall oder generell davon aus, dass der Fristverstoß die Erklärung unwirksam macht und die Kündigung zum zulässigen Zeitpunkt nur im Wege einer Umdeutung nach § 140 BGB zustande kommt, ist § 4 Satz 1 KSchG seinem Wortlaut nach anwendbar.

68 Löwisch, BB 2004, 159.

69 Bender/Schmidt, NZA 2004, 361.

70 Bender/Schmidt, NZA 2004, 362.

71 Vgl. auch Zwanziger, in: Kittner/Däubler/Zwanziger, § 4 KSchG Rdnr. 8 ff.

72 Bender/Schmidt, NZA 2004, 363.

Allerdings geht es der Sache nach nicht um den Bestand des Arbeitsverhältnisses: Seinem Sinn und Zweck nach findet er daher keine Anwendung, weil er nur in dieser für beide Seiten wichtigen Grundsatzfrage schnelle Klarheit schaffen, das jedoch nicht auch für Abwicklungs- und Übergangsprobleme tun will.⁷³

Bedurfte die Kündigung einer staatlichen Genehmigung, so beginnt die Dreiwochenfrist nach § 4 Satz 4 KSchG erst dann, wenn die Genehmigung dem Arbeitnehmer mitgeteilt wurde. Kündigt der Arbeitgeber beispielsweise einem schwerbehinderten Menschen, ohne einen Antrag beim Integrationsamt gestellt zu haben, so ist ein solcher Fall gegeben: Die Gesetzeswidrigkeit der Kündigung kann auch noch nach Ablauf von drei Wochen geltend gemacht werden.⁷⁴ Dies gilt in gleicher Weise für die Fälle des § 9 Abs. 3 MuSchG und des § 18 Abs. 1 Satz 2 BErzGG.⁷⁵

Erhält eine gekündigte Arbeitnehmerin aus einem von ihr nicht zu vertretenden Grund erst nach Ablauf der Dreiwochenfrist Kenntnis von ihrer Schwangerschaft, so kann sie nach § 5 Abs. 1 Satz 2 KSchG die nachträgliche Zulassung ihrer Kündigungsschutzklage erreichen. In diesem Fall greift § 4 Satz 4 KSchG ersichtlich nicht ein, weil der Arbeitgeber keinen Anlass hatte, einen Antrag nach § 9 Abs. 3 MuSchG zu stellen und die Arbeitnehmerin auch nicht mit einem erst noch zu durchlaufenden "staatlichen Filter" rechnen konnte. Dies wird man verallgemeinern können: Soweit der Arbeitgeber keine Kenntnis davon hatte, dass eine staatliche Genehmigung erforderlich war, gilt § 4 Satz 1, nicht § 4 Satz 4 KSchG. Soweit der Arbeitnehmer die Umstände, beispielsweise die Anerkennung als Schwerbehinderter kennt, ist ihm ein Tätigwerden innerhalb von drei Wochen zuzumuten. War auch ihm der Sachverhalt nicht geläufig – was in anderen als Schwangerschaftsfällen schwer vorstellbar ist – kommt eine nachträgliche Klagezulassung nach § 5 Abs. 1 KSchG in Betracht.

In der Literatur ist jüngst mit guten Gründen die Anwendbarkeit der Dreiwochenfrist auf die Kündigung wegen Betriebsübergangs in Frage gestellt worden.⁷⁶ Art. 4 Abs. 1 der EG-Richtlinie 2001/23/EG vom 12.3.2001 "zur

73 Vgl. auch Däubler, in: Kittner/Däubler/Zwanziger, § 13 KSchG Rdnr. 31.

74 BAG 3.7.2003 – 2 AZR 487/02 – NZA 2003, 1335.

75 Eingehend Schmidt, NZA 2004, 79 ff.; s. weiter Preis, DB 2004, 77.

76 Kamanabrou, NZA 2004, 950.

Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen⁷⁷ verlangt, dass ein wirksamer Schutz gegen Kündigungen geschaffen wird, die aus Anlass des Betriebsübergangs erfolgen.⁷⁸ Daran fehlt es, wenn ein Arbeitnehmer keine Kenntnis von dem Betriebsübergang hat, weil ihm beispielsweise wegen beabsichtigter Betriebsstilllegung gekündigt wurde.⁷⁹ In diesen Fällen muss dem Arbeitnehmer mit Rücksicht auf die Richtlinie auch nach Ablauf der drei Wochen eine gerichtliche Überprüfungsmöglichkeit zur Verfügung stehen; eine nachträgliche Klagezulassung ist daher in europarechtskonformer Interpretation des § 5 Abs. 1 Satz 1 KSchG geboten.⁸⁰

Effektive Probleme ergeben sich dann, wenn auch die Sechs-Monats-Frist des § 5 Abs. 3 Satz 2 KSchG abgelaufen ist: Da die Vorschrift keine Auslegungsspielräume lässt, muss sie bei Streitigkeiten zwischen Privaten weiterhin beachtet werden, während bei eigener Tätigkeit der öffentlichen Hand oder ihrer Unternehmen ein Anwendungsvorrang der Richtlinie anzunehmen ist.⁸¹ Dies bedeutet, dass unter den gegebenen Umständen auch noch nach Ablauf der Frist des § 5 Abs. 3 Satz 2 KSchG geklagt werden kann. Will man diesen Weg nicht gehen, kommt auch ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der Informationspflichten nach § 613 a Abs. 5 BGB in Betracht, der allerdings nur auf Geldersatz gehen könnte, da § 7 KSchG eine Naturalrestitution ausschließen würde.

Eine vergleichbare Problematik stellt sich im Übrigen auch bei den Antidiskriminierungsrichtlinien, die gleichfalls – vom Wortlaut her sogar sehr viel nachdrücklicher – einen effektiven Rechtsschutz verlangen.⁸² Wird beispielsweise eine Benachteiligung wegen ethnischer Zugehörigkeit erst acht oder neun Monate nach dem Zugang der Kündigung bekannt, würde der

77 ABIEG v. 22.3.2001, L 82/16.

78 Dies ergibt eine Zusammenschau mit Art. 9 der Richtlinie.

79 So etwa in der Rechtsprechung die Fälle BAG 31.1.1985 – 2 AZR 530/83 – NZA 1985, 593 und BAG 5.12.1985 – 2 AZR 3/85 – NZA 1986, 522.

80 Ebenso *Kamanabrou*, NZA 2004, 951 für den (meist vorliegenden) Fall, dass der Arbeitgeber arglistig handelte, doch kann bei einem Irrtum nichts anderes gelten.

81 *Kamanabrou*, NZA 2004, 952.

82 Art. 15 der Richtlinie 2000/43/EG zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, Art. 17 der Richtlinie zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichberechtigung in Beschäftigung und Beruf.

schlichte Hinweis auf § 5 Abs. 3 Satz 1 KSchG den europarechtlichen Vorgaben nicht entsprechen. Dass der EuGH hier einen sehr konsequenten Kurs fährt, hat er im Verbraucherrecht bewiesen, wo er bei fehlender Belehrung über ein Widerrufsrecht eine Ausschlussfrist von sechs Monaten beanstandete.⁸³

V. Die Kleinbetriebsklausel

Die sog. Kleinbetriebsklausel hat in § 23 Abs. 1 Sätze 2 bis 4 KSchG eine Regelung erfahren, die an die Aufmerksamkeit und Kombinationsfreude des Lesers höchste Anforderungen stellt. Das nunmehr geltende Recht geht von einem gespaltenen Grenzwert aus. Nach § 23 Abs. 1 Satz 2 gilt an sich weiter der Grenzwert "5"; nur wenn er überschritten ist, greift der materielle Kündigungsschutz des KSchG ein. Soweit nach dem 31.12.2003 Neueinstellungen erfolgen, besteht Kündigungsschutz nur, wenn der neue Grenzwert "10" überschritten ist. Ein Betrieb, der unter dem alten Schwellenwert liegt, wächst also erst dann in den Kündigungsschutz hinein, wenn er sein Personal mehr als verdoppelt. Durch diese Regelung sollen Einstellungen gerade in Kleinbetrieben erleichtert werden.⁸⁴ Dieses gesetzgeberische Anliegen wurde von Anfang an verfolgt,⁸⁵ auch wenn die heute geltende Formulierung erst im Vermittlungsausschuss gefunden wurde. Dass die darin zum Ausdruck kommende Erwartung mit Rücksicht auf das, was man inzwischen zu den Auswirkungen der Rechtsänderungen 1996 und 1998 weiß, keinerlei reale Grundlage hat, steht auf einem anderen Blatt.⁸⁶ Für die Auslegung kommt es jedenfalls zunächst auf den vom Gesetzgeber verfolgten Zweck an.

Einig ist man sich darüber, dass der Gesetzgeber gut daran getan hätte, aus der Kleinbetriebs- eine Kleinunternehmerklausel zu machen.⁸⁷ Auf diese Weise hätte man sich die weiterhin notwendige verfassungskonforme Interpretation des Inhalts erspart, dass die Kleinbetriebsklausel auf selbstständige Betriebe größerer wirtschaftlicher Einheiten keine Anwendung findet.

83 EuGH 13.12.2001 – C-481/99 – NJW 2002, 281 - Heiningen.

84 *Bender/Schmidt*, NZA 2004, 358; *Däubler*, AiB 2004, 7; vgl. auch *Quecke*, RdA 2004, 104.

85 BT-Drucks. 15/1204, S. 13.

86 S. oben I mit Fn. 3.

87 S. statt aller *Löwisch*, BB 2004, 157; *Richardi*, DB 2004, 486.

Schwierigkeiten haben sich bei der Handhabung des alten Grenzwerts von "mehr als 5" ergeben. Was geschieht, wenn am 31.12.2003 noch kein Kündigungsschutz bestand, weil beispielsweise vier Teilzeitkräfte nur mit je 0,5 zählten und dann im Jahre 2004 oder 2005 ihre Arbeitszeit aufstockten, so dass aus rechnerischen fünf plötzlich rechnerische sechs Personen wurden? Mit Recht ist in der Literatur darauf hingewiesen worden, der Zweck der Regelung liege in der Förderung von Neueinstellungen, nicht in einem "Einfrieren" des am Jahreswechsel 2003/2004 bestehenden Rechtszustands im Betrieb. Von daher kann durch Arbeitszeitänderungen ein Betrieb in den Kündigungsschutz "hineinwachsen",⁸⁸ aber auch aus diesem herausfallen.

Meinungsverschiedenheiten bestehen bei der voraussichtlich sehr oft auftretenden Konstellation, dass "Alt-Arbeitnehmer", die schon vor dem 1.1.2004 beschäftigt waren, ausscheiden und durch neu eingestellte Arbeitskräfte ersetzt werden. Nach dem Wortlaut des § 23 Abs. 1 Satz 3 zweiter Halbsatz sind Neueinstellungen beim Grenzwert "5" nicht mitzuzählen, sondern haben erst beim Überschreiten des neuen Grenzwerts "10" kündigungsschutzrechtliche Bedeutung. Die Frage ist nun, ob mit dieser Nichtanrechnungsvorschrift nur das Hineinwachsen in den Kündigungsschutz vermieden werden soll oder ob die Vorschrift schematisch in allen denkbaren Fällen angewandt werden muss, was zur Folge hätte, dass der Grenzwert "5" auch für die verbleibenden Alt-Beschäftigten sehr schnell unterschritten wäre und sie ihren Kündigungsschutz verlieren würden. Die wohl herrschende Meinung nimmt dies an.⁸⁹ Das vermag allerdings nicht einzuleuchten, weil es nicht Sinn der gesetzlichen Regelung ist, die normale Fluktuation dadurch zu prämiieren, dass sie zum Ausstieg aus dem Kündigungsschutz führt. *Quecke*⁹⁰ hat überdies darauf aufmerksam gemacht, dass ein so interpretierter § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG für die weiter im Betrieb tätigen Alt-Arbeitnehmer eine von ihnen nicht zu beeinflussende Belastung darstellen würde, die als unechte Rückwirkung zu qualifizieren ist. Sie ist zwar keineswegs generell unzulässig, doch bedarf es für den Eingriff in den Bestandsschutz einer ausreichenden Rechtfertigung, die gerade von den rechtspolitischen Absichten des Gesetzgebers aus nicht ersichtlich ist. Die Einstellung von Ersatzkräften für ausscheidende Arbeitnehmer sollte daher

88 *Bender/Schmidt*, NZA 2004, 360.

89 *Bender/Schmidt*, NZA 2004, 360; KR-Weigand § 23 Rdnr. 33c; *Löwisch*, BB 2004, 161; *Richardi*, DB 2004, 486.

90 RdA 2004, 104.

"grenzwertneutral" sein. Damit wäre auch dem berechtigten Vorwurf *Richardis*⁹¹ Rechnung getragen, § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG verschleierte, dass der Grenzwert nur noch für Alt-Arbeitnehmer gelte; in Wirklichkeit gibt es zwei Grenzwerte, die aufgrund der weiteren Entwicklung eines Betriebes über- oder unterschritten werden können.

Bei konsequentem Abstellen auf den Zweck muss man auch dann einen Bestandsschutz bejahen, wenn die Grenze "in der Regel mehr als 10" zunächst überschritten wurde, dann jedoch das Personal wieder auf 10 oder weniger Beschäftigte absank: Die Grenze "mehr als 10" gilt nur für Neueinstellungen, bei anderen Veränderungen bleibt es bei den alten "mehr als 5". Weitere Überlegungen hierzu sind in der Literatur allerdings nicht ersichtlich.

VI. Kündigungsschutz für schwerbehinderte Menschen

Das Gesetz zur Förderung der Ausbildung und Beschäftigung schwerbehinderter Menschen vom 23.4.2004⁹² hat einen neuen § 90 Abs. 2a SGB IX geschaffen. Danach greift der Sonderkündigungsschutz nicht ein, "wenn zum Zeitpunkt der Kündigung die Eigenschaft als schwerbehinderter Mensch nicht nachgewiesen ist" oder wenn das Versorgungsamt nach Ablauf der Frist des § 69 Abs. 1 Satz 2 SGB IX "eine Feststellung wegen fehlender Mitwirkung nicht treffen konnte." Beide Ausnahmefälle haben zu Kontroversen geführt und bedürfen deshalb näherer Erläuterung.

Der "Nachweis" der Anerkennung als Schwerbehinderter kann durch einen Ausweis oder einen Feststellungsbescheid nach § 69 Abs. 1 oder 2 SGB IX geführt werden.⁹³ Nur bei offenkundiger Schwerbehinderung ist nach allgemeiner Auffassung eine entsprechende Dokumentation nicht erforderlich.⁹⁴

In Teilen der Literatur wird nun der Standpunkt vertreten, der Sonderkündigungsschutz greife nur ein, wenn der Nachweis "dem Arbeitgeber gegenüber" vor Zugang der Kündigung geführt würde.⁹⁵ Dies überrascht, weil es

91 DB 2004, 486.

92 BGBl I S. 606.

93 *Bauer*, NZA-RR 2004, 507; *Cramer*, NZA 2004, 704.

94 So auch die amtliche Begründung zu § 90 Abs. 2a im Bericht des Ausschusses für Gesundheit und Soziale Sicherung (BT-Drucks. 15/2357, S. 24).

den Wortlaut der Vorschrift ohne nähere Begründung ergänzt. Dies wäre allenfalls dann einleuchtend, wenn das Nachweis-Erfordernis ansonsten jede Bedeutung verlieren würde. Dem ist aber nicht so: Während das SGB IX ansonsten von der deklaratorischen Bedeutung der Anerkennung ausgeht, gibt ihr der neue § 90 Abs. 2a SGB IX erstmals – beschränkt auf den Kündigungsschutz – einen konstitutiven Charakter. Dies hat u.a. zur Folge, dass entgegen der bisherigen Rechtsprechung des BAG⁹⁶ der Kündigungsschutz nicht mehr eingreift, wenn der Arbeitnehmer den Arbeitgeber lediglich über seine körperlichen Beeinträchtigungen und die beabsichtigte Antragstellung informiert hat. Die Ergänzung des Gesetzestextes lässt sich auch nicht mit dem Zweck der neuen Vorschrift begründen, die Missbräuche bekämpfen will, welche darin liegen, dass kurz vor Zugang der Kündigung ein in der Regel aussichtsloses Anerkennungsverfahren beantragt wird, um so zu einer besseren prozessualen Situation zu gelangen.⁹⁷ Die Fälle bereits erfolgter Anerkennung haben damit nichts zu tun. Es bleibt daher beim schlichten Übergang zur konstitutiven Wirkung der Anerkennung. Der Gekündigte hat also weiter die Möglichkeit, sich nach Zugang der Kündigung auf seine festgestellte Schwerbehinderung zu berufen und so den Sonderkündigungsschutz auszulösen. Die dabei nach bisheriger Rechtsprechung zu beachtende angemessene Frist wurde bislang mit einem Monat ab Zugang veranschlagt; angesichts der Verallgemeinerung der Dreiwochenfrist in § 4 Satz 1 KSchG dürfte allerdings die Rechtsprechung in Zukunft verlangen, dass innerhalb von drei Wochen klare Verhältnisse geschaffen werden.

Der zweite Fall des § 90 Abs. 2a SGB IX ist komplizierter. Für die Durchführung des Feststellungsverfahrens bestehen bestimmte gesetzliche Fristen, deren Länge u.a. von der Notwendigkeit zur Einschaltung eines Sachverständigen abhängt. Hat nun zwar der Arbeitnehmer einen Antrag gestellt, ist dieser aber nicht fristgerecht beschieden worden, weil der Arbeitnehmer nicht am Verfahren mitwirkte, beispielsweise nicht zu einer Untersuchung erschien, so entfällt der besondere Kündigungsschutz. Damit sollen die Missbrauchsfälle erfasst werden, in denen ein Antrag ins Blaue hinein gestellt wird, um die eigene prozessuale Situation zu verbessern. Ist

95 Bauer, NZA-RR 2004, 507; Cramer, NZA 2004, 704; a.A. Rehwald/Kossack, AiB 2004, 606; Winters, BehindR 2004, 95 f.

96 7.3.2002 – 2 AZR 612/00 – NZA 2002, 1145.

97 S. BT-Drucks. 15/2357, S. 24.

die Entscheidung aus anderen Gründen nicht fristgerecht ergangen (der Sachbearbeiter war überlastet oder krank, der Sachverständige hatte keine Zeit), so bleibt der Kündigungsschutz erhalten.⁹⁸ Auch hier ist es Aufgabe des Arbeitnehmers, den Arbeitgeber binnen angemessener Frist, realistisch-weise: binnen eines Zeitraums von drei Wochen, von der Antragstellung in Kenntnis zu setzen. Nicht angesprochen wird die weitere Konstellation, dass die Kündigung zu einem Zeitpunkt zugeht, in dem das eben begonnene Verfahren noch läuft. Auch hier den Kündigungsschutz entfallen zu lassen, besteht angesichts des Ausnahmecharakters von § 90 Abs. 2a SGB IX kein Anlass. Vielmehr tritt diese Folge nur dann ein, wenn der Arbeitnehmer durch unterbleibende Mitwirkung einen rechtzeitigen Abschluss des Verfahrens verhindert oder wenn der Antrag negativ beschieden wird; in diesem Fall war schon bisher der Sonderkündigungsschutz mit Recht verweigert worden.

VII. Ausblick

Das Kündigungsschutzrecht ist durch die Aktivitäten des Gesetzgebers nicht einfacher geworden. Gerade der zuletzt behandelte § 90 Abs. 2a SGB IX belegt die immer wieder gemachte Erfahrung, dass mit der Regelung einer Frage zugleich drei neue "Fässer" aufgemacht werden. Das geltende Gesetzes- und Richterrecht besitzt ein hohes Maß an Komplexität, was keine Besonderheit des Arbeitsrechts ist und was mit der Vielfalt der geregelten Lebensverhältnisse zusammenhängt. Dies stellt hohe Anforderungen an Gesetzesverfasser. Ein ehrlicher Umgang mit den zu erfüllenden Aufgaben würde verlangen, dass sich Ministerien wie Abgeordnete in sehr viel stärkerem Maße als bisher üblich professioneller Hilfe bedienen. Solange dies nicht geschieht, sind die Gerichte, die Anwaltschaft und die Wissenschaft gezwungen, einen beträchtlichen Teil ihrer Zeit mit Reparaturarbeiten zu verbringen. Ob Qualitätskontrolle und Schlussabnahme auch hier einmal zur Selbstverständlichkeit werden? Nur unerschütterliche Optimisten wagen es zu hoffen.

98 Bauer, NZA-RR 2004, 507.