

## **Die „Reform“ des Kündigungsschutzrechts**

### **I. Zur Einführung**

Seit 1.1.2004 gilt ein verändertes KSchG; am 1.5.2004 ist die Neuregelung des Kündigungsschutzes schwerbehinderter Menschen in Kraft getreten. Beide Gesetze als „Reform“ zu bezeichnen, setzt einen etwas eigenartigen Reformbegriff voraus. Nach herkömmlicher Auffassung geht es bei einer Reform um die Verbesserung des bestehenden Zustands (weshalb man im angloamerikanischen Recht von „amendment“ spricht). Dies lässt sich hier für die von Kündigung Bedrohten und Betroffenen mit Sicherheit nicht sagen: Bei der Auslegung geht es nur darum, wie weit der Abbau von Rechten eigentlich genau reicht. So kann auch der folgende Beitrag wie das gesamte AiB-Heft keine frohen Botschaften verkünden; solche Zeiten liegen schon einige Jahre zurück.

Nun kommt aber von neoliberaler Seite regelmäßig das Argument: Je weniger Kündigungsschutz, umso höher die Neigung der Arbeitgeber, neue Arbeitskräfte einzustellen, umso mehr wird die Arbeitslosigkeit zurückgehen. Dies will schon dem gesunden Menschenverstand nicht einleuchten, weil auch ein sozial gesonnener Arbeitgeber nur dann einstellt, wenn Arbeit da ist; daran fehlt's aber, weil keine ausreichende Nachfrage da ist: Die öffentliche Hand spart, die Privatkunden halten sich zurück und kaufen nur das Nötigste, weil sie nicht wissen, wie schnell sie einen „Notgroschen“ benötigen. Das Haus kann man

auch noch im nächsten oder übernächsten Jahr renovieren, das alte Auto tut noch ganz gute Dienste, Lidl und Aldi sind ein bisschen billiger als Karstadt usw.

Was man zumindest erahnt, ist vor kurzem vom Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung mit einer breit angelegten empirischen Studie belegt worden<sup>1</sup> Zugrunde lag eine repräsentative Untersuchung des Einstellungsverhaltens von Kleinbetrieben vor und nach den Rechtsänderungen von 1996 (Heraufsetzung des Grenzwerts auf 10) und 1998 (Wiederherabsetzung ab 5).<sup>2</sup> Dabei wurden jeweils von der „Reform“ betroffene und von der „Reform“ nicht betroffene Betriebe verglichen. Für die 96er Veränderungen waren dies Betriebe mit 6 - 10 bzw. 20 - 30 Beschäftigten, für die Reform 1998 ging 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 nunmehr begünstigten wie bei den übrigen Betrieben gleichermaßen zurückgegangen. Auf der anderen Seite stockten trotz Erweiterung des Kündigungsschutzes 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 gebracht hätte. Neue Arbeit ist nur für die schreibende Zunft entstanden, die literarische Produktion erlebte einen bemerkenswerten Aufschwung. Alle

---

<sup>1</sup> IAB-Kurzbericht, Nr. 15/2004

<sup>2</sup> Die „Repräsentativität“ bezieht sich dabei auf die Auswahl der befragten Unternehmen; eine Totalerhebung würde an praktischen Hindernissen scheitern. Befragt wurden ca. 5 Prozent der Unternehmen in den fraglichen Größenklassen, was eine repräsentative Auswahl durchaus ermöglicht.

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 geänderten Kündigungsschutzrechts beschränken. Auch ist es notwendig, die am 1. Mai 2004 in Kraft getretene „Reform“ des Kündigungsschutzes schwerbehinderter Menschen in die Darstellung miteinzubeziehen; zum Ausgleich wird auf Ausführungen zu § 1a KSchG verzichtet. Dort ist vorgesehen, dass der Arbeitgeber bei der betriebsbedingten Kündigung eine Abfindung in Höhe eines halben Monatsgehalts pro Jahr der Betriebszugehörigkeit anbieten kann; macht er davon Gebrauch und erhebt der Arbeitnehmer innerhalb der Drei-Wochen-Frist keine Klage, so entsteht automatisch ein entsprechender Zahlungsanspruch.<sup>3</sup> Dies lässt sich auch ohne Benutzung des § 1a KSchG bewerkstelligen, weshalb die Vorschrift bisher keine große Bedeutung erlangt hat.

## **II. Grundsätze über die 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“, „Unterhaltspflichten“ und „Schwerbehinderung“ zu berücksichtigen. Sie haben grundsätzlich gleiches Gewicht.<sup>4</sup>

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

---

<sup>3</sup> Einzelheiten bei Preis DB 2004, 70; Däubler NZA 2004, 177.

<sup>4</sup> S. statt aller Bader NZA 2004, 65

Arbeitsunfall, für die Eigenschaft als allein erziehender Elternteil oder für die Existenz pflegebedürftiger Angehöriger.<sup>5</sup> Dies würde zwar die 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.<sup>6</sup> „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.<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup> Dies ist für ältere, für schwerbehinderte und für allein erziehende sowie für „in ähnlicher Weise betroffene Arbeitnehmer“ ausdrücklich betont worden.<sup>9</sup> 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

---

<sup>5</sup> Für Ausklammerung des zuletzt genannten Tatbestands Thüsing/Stelljes BB 2003, 1674

<sup>6</sup> BT-Drs. 15/1204 S. 11

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> BVerfGE 84, 133, 154 = NJW 1991, 1667

<sup>9</sup> BVerfGE 84, 133 (Ls. 3) = NJW 1991, 1667

Betroffenheit eines Arbeitnehmers mitberücksichtigen.<sup>10</sup> 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.<sup>11</sup>

## **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.<sup>12</sup> Sonstige, einen Grad von 30 nicht erreichende Behinderungen, sind nicht erfasst.<sup>13</sup> Schwerbehinderte und Gleichgestellte sind nur dann in die soziale Auswahl einzubeziehen, wenn das Integrationsamt ihrer Kündigung zugestimmt hat.<sup>14</sup> Anders zu entscheiden, könnte den Arbeitgeber in die völlig inakzeptable Situation bringen, dass er trotz korrekter sozialer Auswahl mangels staatlicher Zustimmung nicht kündigen kann.

---

<sup>10</sup> S. weiter 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.

<sup>11</sup> Weitere Anwendungsfälle bei Kittner, in: Kittner/Däubler/Zwanziger, Kündigungsschutzrecht, 6. Aufl., Frankfurt/Main 2004, § 1 KSchG Rn. 477. Wie hier im Ansatz auch Buschmann AuR 2004, 2

<sup>12</sup> KR-Etzel, 7. Aufl., Neuwied 2004, § 1 KSchG Rn. 678a

<sup>13</sup> § 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 6 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

<sup>14</sup> Bram, in: Bader/Bram/Dörner/Wenzel, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu den §§ 620 - 628 BGB, Loseblatt (Neuwied), Stand September 2004, § 1 Rn. 325e; KR-Etzel § 1 KSchG Rn. 678a; Quecke RdA 2004, 87

### **III. Herausnahme bestimmter Personen**

#### **1. 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 Frage stellen dürfen. Dies folgt aus der gesetzlichen Systematik<sup>15</sup> und ist auch im Ausschussbericht ausdrücklich hervorgehoben worden.<sup>16</sup>

In der Literatur ist davon die Rede, dass die Weiterbeschäftigung der fraglichen Person in nachvollziehbarer Weise dem Betrieb nützen<sup>17</sup>, dass der Vorteil von einigem Gewicht sein und sich im Unternehmensergebnis niederschlagen müsse.<sup>18</sup> Dabei darf aber nicht allein das betriebliche Interesse gesehen werden. Dieses muss vielmehr – wie das BAG zu Recht betont hat<sup>19</sup> – 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.<sup>20</sup> Der dagegen erhobene Einwand, die Abwägung führe zu kaum lösbaren Schwierigkeiten, da unvergleichbare Dinge in die beiden Waagschalen gelegt werden müssten<sup>21</sup>, ist sicherlich auf den

---

<sup>15</sup> So auch BAG NZA 2003, 44 zu dem zwischen 1996 und 1998 geltenden Recht

<sup>16</sup> BT-Drs. 15/1587 S. 27

<sup>17</sup> Bader NZA 2004, 65

<sup>18</sup> Willemsen/Annuß NJW 2004, 177. Ähnlich Löwisch BB 2004, 155

<sup>19</sup> BAG NZA 2003, 43

<sup>20</sup> BAG NZA 2003, 43

<sup>21</sup> Willemsen/Annuß NJW 2004, 177; ähnlich Bauer, Beilage zu NZA Heft 18/2004 S. 41

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.

## **2. Die „Leistungsträgerklausel“**

Zum einen geht es um Personen, die wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen weiterbeschäftigt werden sollen.<sup>22</sup> Dabei muss schon des Ausnahmecharakters der Regelung wegen ein deutlicher Vorsprung gegenüber den Übrigen vorliegen, was bei Spezialkenntnissen, nicht aber schon bei „besseren“ Kenntnissen der Fall ist.<sup>23</sup> Die Unterschiede müssen durch entsprechende Beurteilungen oder belegbare Arbeitsergebnisse deutlich gemacht werden. Die Tatsache, dass ein Arbeitnehmer infolge einer Behinderung im Sinne des § 2 Abs. 1 SGB IX nicht

---

<sup>22</sup> Einzelheiten bei Kittner, in: Kittner/Däubler/Zwanziger, § 1 KSchG Rn. 495 ff.

<sup>23</sup> Bram § 1 KSchG Rn. 323a

zum „Leistungsträger“ werden kann, stellt keine Diskriminierung im Sinne der einschlägigen EG-Richtlinie dar.<sup>24</sup>

### **3. Ausgewogene Personalstruktur**

Sehr viel mehr Anwendungsprobleme 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.<sup>25</sup> Eine verfehlte Personalpolitik darf nicht anlässlich eines Personalabbaus zu Lasten der Arbeitnehmer korrigiert werden.<sup>26</sup> Auch die amtliche Begründung des Regierungsentwurfs spricht davon, es gehe um die Erhaltung der Zusammensetzung der Belegschaft „so wie sie aufgebaut ist“.<sup>27</sup>

Die „Personalstruktur“ ist nicht mit der Altersstruktur identisch.<sup>28</sup> 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 Beispielsfall erfasst ist. Außerdem könnte darin eine Benachteiligung von

---

<sup>24</sup> Vgl. Erwägungsgrund 17 der Rahmenrichtlinie vom 27. Nov. 2000, ABl v. 2.12.2000, Nr. L 303/16: „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.“

<sup>25</sup> BAG 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

<sup>26</sup> Preis NZA 2003, 705

<sup>27</sup> BT-Drs. 15/1204 S. 11

<sup>28</sup> Bauer, Beilage zur NZA Heft 18/2004 S. 43; Bram § 1 KSchG Rn. 323f und 323g; Quecke RdA 2004, 88

Behinderten im Sinne von § 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.<sup>29</sup>

Die Rechtsprechung des BAG hatte sich - soweit ersichtlich - bisher nur mit dem Fall der altersmäßigen Ausgewogenheit zu befassen.<sup>30</sup> Dabei wurde die Bildung von Altersgruppen gebilligt, in denen jeweils der vorgesehene 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.

---

<sup>29</sup> Ähnlich im Ergebnis Quecke RdA 2004, 88; für Abstellen auf die Leistung Bauer Beilage zu NZA Heft 18/2004, S. 43; Löwisch BB 2004, 155

<sup>30</sup> BAG NZA 2001, 601

#### **4. Gewichtung der sozialen Gesichtspunkte durch Auswahlrichtlinien**

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 bewerten 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.<sup>31</sup> Auch die Tragweite der Ausnahmen nach § 1 Abs. 3 Satz 2 ist nicht erfasst.<sup>32</sup>

#### **5. Die Vereinbarung einer 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,

---

<sup>31</sup> Löwisch BB 2004, 156

<sup>32</sup> Bader NZA 2004, 65

aber auch Tendenzbetriebe, die § 118 Abs. 1 BetrVG vom Interessenausgleich ausnimmt.<sup>33</sup> 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.<sup>34</sup> Auch muss der Arbeitgeber im Streitfall den Nachweis führen, dass er eine Betriebsänderung geplant hatte.<sup>35</sup> Einigkeit besteht, dass die Namensliste genau wie der Interessenausgleich als solcher nicht erzwingbar ist.

#### **b) Rechtsfolgen**

Befindet sich ein Arbeitnehmer auf der Namensliste, so wird vermutet, dass seine Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse im Sinne von § 1 Abs. 2 KSchG bedingt ist. Dies zu widerlegen wird im Regelfall schwer möglich sein.<sup>36</sup> In Betracht kommen allerdings Fälle einer missbräuchlichen Unternehmerentscheidung<sup>37</sup> 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.<sup>38</sup> Nach der Rechtsprechung wird auch vermutet, dass im

---

<sup>33</sup> Willemsen/Annuß NJW 2004, 177; kritisch dazu Richardi DB 2004, 488

<sup>34</sup> Buschmann AuR 2004, 2; Quecke RdA 2004, 91

<sup>35</sup> ErfK-Ascheid, 4. Aufl. 2004, § 1 KSchG Rn. 582

<sup>36</sup> 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.“

<sup>37</sup> Dazu BAG NZA 2003, 549

<sup>38</sup> BAG NZA 2003, 789

Betrieb keine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit besteht.<sup>39</sup> 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.<sup>40</sup> Auch das Argument, die Kündigung sei nach § 613a Abs. 4 BGB unwirksam, wird dem Arbeitnehmer nicht abgeschnitten; dies folgt schon aus einem Gegenschluss aus § 128 Abs. 2 InsO.<sup>41</sup>

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 gemäß § 1 Abs. 3 Satz 2 KSchG ausgenommen wurde.<sup>42</sup> Das BAG hat es bisher immer dahinstehen lassen, ob auch dieser letztere Fall erfasst ist.<sup>43</sup>

„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“.<sup>44</sup> Dasselbe gilt dann, wenn bei der Herausnahme einzelner Personen keine Abwägung zwischen den betrieblichen Interessen und den Interessen des betroffenen Arbeitnehmers erfolgte.<sup>45</sup> Dasselbe gilt nach einer Entscheidung des LAG Hamm<sup>46</sup> dann, wenn der auswahlrelevante

---

<sup>39</sup> BAG NZA 1998, 933

<sup>40</sup> Bram, a. a. O., § 1 KSchG Rn. 2881; KR-Etzel, a. a. O., § 1 KSchG Rn. 703f

<sup>41</sup> KR-Etzel, § 1 KSchG Rn. 703f

<sup>42</sup> BT-Drs. 15/1204 S. 12. Ebenso ErfK-Ascheid § 1 KSchG Rn. 583; KR-Etzel § 1 KSchG Rn. 703h

<sup>43</sup> Zuletzt BAG NZA 2003, 43

<sup>44</sup> So BAG NZA 2000, 531. Auf das Kriterium der Schwerbehinderung kann selbstredend verzichtet werden, wenn es im Betrieb keine schwerbehinderten Menschen gibt.

<sup>45</sup> BAG NZA 2003, 43

<sup>46</sup> NZA-RR 2004, 132

Personenkreis willkürlich oder nach unsachlichen Gesichtspunkten eingegrenzt wurde oder wenn Altersgruppen mit wechselnden „Zeitsprüngen“ gebildet wurden.<sup>47</sup> Dasselbe gilt dann, wenn alle sozialen Kriterien einer als optimal definierten Personalstruktur untergeordnet wurden.<sup>48</sup>

### **c) Gründe für die Zusammensetzung der Namensliste**

Auch im Falle einer Namensliste hat der Arbeitgeber nach § 1 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 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 betont<sup>49</sup> und auch im Bericht des Bundestagsausschusses für Wirtschaft und Arbeit hervorgehoben worden.<sup>50</sup> 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.<sup>51</sup> Dies kann ein Punkteschema im Sinne des § 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 Unterhaltspflichten der betroffenen Arbeitnehmer zu legen.<sup>52</sup>

Die Beschränkung der Überprüfung auf „grobe Fehlerhaftigkeit“ bezieht sich ausschließlich auf die Abweichung vom gesetzlichen Modell; insoweit sollen den Betriebsparteien Spielräume für betriebsadäquate Lösungen eröffnet werden. **Die**

---

<sup>47</sup> Ähnlich Löwisch BB 2004, 157. Vgl. auch ArbG Freiburg, 30.4.2004, 3 Ca 575/03

<sup>48</sup> Löwisch BB 2004, 156

<sup>49</sup> BAG NZA 2003, 43

<sup>50</sup> BT-Drs. 15/1587 S. 30

<sup>51</sup> Ähnlich Perreng AiB 2004, 15, 16

<sup>52</sup> BAG NZA 2000, 531

**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.<sup>53</sup> 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.<sup>54</sup> Das Erfordernis der immanenten Schlüssigkeit der Namensliste<sup>55</sup> verhindert so, dass entgegen den Grundsätzen des BVerfG<sup>56</sup> unter Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG willkürliche Kündigungen möglich werden.

#### **d) Einzelbetriebsrat oder Gesamtbetriebsrat**

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

---

<sup>53</sup> Reiner Müller, in: Smid (Hrsg.), Kommentar zur InsO, 2001, § 125 Rn. 4; Eickmann u. a., Heidelberger Kommentar zur InsO, 2. Aufl. 2001, § 125 Rn. 13 ff.; Däubler, in: Kittner/Däubler/Zwanziger, § 125 InsO Rn. 10

<sup>54</sup> Zu den Gefahren der Namensliste, die insbesondere den Wahlmechanismus als Korrektiv für schlechte Interessenvertretung außer Kraft setzt, s. insbesondere Preis RdA 2003, 74 f.

<sup>55</sup> So auch Perreng AiB 2004, 16

<sup>56</sup> BVerfG NZA 1998, 470

- auch von niemandem bestritten.<sup>57</sup> 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 betriebsverfassungsrechtlichen 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) auseinanderfallen 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.<sup>58</sup>

#### **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.<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> S. statt aller BAG NZA 2002, 688

<sup>58</sup> Dazu BAG NZA 2002, 688

<sup>59</sup> Ebenso Gaul, Aktuelles Arbeitsrecht, Bd. 2, 2003, S. 323; KR-Etzel § 1 Rn. 703; a. A. ErfK-Ascheid § 1 KSchG Rn. 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)

Dies wird durch § 2 KSchG bestätigt, der § 1 Abs. 5 KSchG nicht in Bezug nimmt.

#### **IV. Die Drei-Wochen-Frist des § 4 KSchG**

##### **1. Der Grundsatz**

Die neu gefasste Vorschrift des § 4 Satz 1 KSchG zwingt den Arbeitnehmer auch dann dazu, binnen dreier Wochen nach Zugang der Kündigung Klage zu erheben, wenn er andere Mängel als die fehlende soziale Rechtfertigung geltend machen will. 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.<sup>60</sup>

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.<sup>61</sup>

---

<sup>60</sup> Löwisch BB 2004, 159

<sup>61</sup> Bender/Schmidt NZA 2004, 361

## 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.<sup>62</sup> Dasselbe gilt, wenn ein vollmachtloser Vertreter aufgetreten ist oder wenn darüber gestritten wird, ob die Kündigung wirksam angefochten wurde.<sup>63</sup>

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.<sup>64</sup> 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. 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.<sup>65</sup>

Bedurfte die Kündigung einer staatlichen Genehmigung, so beginnt die Drei-Wochen-Frist nach § 4 Satz 4 KSchG erst dann, wenn die Genehmigung dem Arbeitnehmer mitgeteilt wurde. Kündigt der Arbeitgeber beispielsweise einem schwerbehinderten

<sup>62</sup> Bender/Schmidt NZA 2004, 362

<sup>63</sup> Vgl. auch Zwanziger, in: Kittner/Däubler/Zwanziger, § 4 KSchG Rn. 8 ff.

<sup>64</sup> Bender/Schmidt NZA 2004, 363

<sup>65</sup> Vgl. auch Däubler, in Kittner/Däubler/Zwanziger, § 13 KSchG Rn. 31

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.<sup>66</sup> Dies gilt in gleicher Weise für die Fälle des § 9 Abs. 3 MuSchG und des § 18 Abs. 1 Satz 2 BErzGG.<sup>67</sup>

Erhält eine gekündigte Arbeitnehmerin aus einem von ihr nicht zu vertretenden Grund erst nach Ablauf der Drei-Wochen-Frist 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 Drei-Wochen-Frist auf die Kündigung wegen Betriebsübergangs in Frage gestellt worden.<sup>68</sup> Art. 4 Abs. 1 der EG-Richtlinie 2001/23/EG vom 12. März 2001 „zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung

---

<sup>66</sup> BAG NZA 2003, 1335

<sup>67</sup> Eingehend Schmidt NZA 2004, 79 ff.; s. weiter Preis DB 2004, 77

<sup>68</sup> Kamanabrou NZA 2004, 950

von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen“<sup>69</sup> verlangt, dass ein wirksamer Schutz gegen Kündigungen geschaffen wird, die aus Anlass des Betriebsübergangs erfolgen.<sup>70</sup> Daran fehlt es, wenn ein Arbeitnehmer keine Kenntnis von dem Betriebsübergang hat, weil ihm beispielsweise wegen beabsichtigter Betriebsstilllegung gekündigt wurde.<sup>71</sup> 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.<sup>72</sup>

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.<sup>73</sup> 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 § 613a Abs.5 BGB in Betracht, der allerdings nur auf Geldersatz gehen könnte, da § 7 KSchG eine Naturalrestitution ausschließen würde.

---

<sup>69</sup> ABLEG v. 22.03.2001, L 82/16

<sup>70</sup> Dies ergibt eine Zusammenschau mit Art. 9 der Richtlinie

<sup>71</sup> So etwa in der Rechtsprechung die Fälle BAG NZA 1985, 593 und NZA 1986, 522

<sup>72</sup> Ebenso Kamanabrou NZA 2004, 951 für den (meist vorliegenden) Fall, dass der Arbeitgeber arglistig handelte, doch kann bei einem Irrtum nichts anderes gelten

<sup>73</sup> Kamanabrou NZA 2004, 952

Eine vergleichbare Problematik stellt sich im Übrigen auch bei den Antidiskriminierungsrichtlinien, die gleichfalls - vom Wortlaut her sogar sehr viel nachdrücklicher - einen effektiven Rechtsschutz verlangen<sup>74</sup>. Wird beispielsweise eine Benachteiligung wegen ethnischer Zugehörigkeit erst acht oder neun Monate nach dem Zugang der Kündigung bekannt, würde der 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.<sup>75</sup>

## **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.<sup>76</sup> Dieses gesetzgeberische Anliegen wurde von Anfang an

---

<sup>74</sup> 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

<sup>75</sup> EuGH NJW 2002, 281 - Heiningen

<sup>76</sup> Bender/Schmidt NZA 2004, 358; Däubler AiB 2004, 7; vgl. auch Quecke RdA 2004, 104

verfolgt<sup>77</sup>, 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.<sup>78</sup> 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.<sup>79</sup> 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.

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 5 plötzlich rechnerische 6 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“<sup>80</sup>, aber auch aus diesem herausfallen.

---

<sup>77</sup> BT-Drs. 15/1204 S. 13

<sup>78</sup> S. oben 1 mit Fn.3

<sup>79</sup> S. statt aller Löwisch BB 2004, 157; Richardi DB 2004, 486

<sup>80</sup> Bender/Schmidt NZA 2004, 360

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 Nichtanrechnungs-Vorschrift 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.<sup>81</sup> 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<sup>82</sup> 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 „grenzwertneutral“ sein. Damit wäre auch dem berechtigten Vorwurf Richardis<sup>83</sup> Rechnung getragen, § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG verschleierte, dass der Grenzwert nur noch für Alt-Arbeitnehmer gelte; in

---

<sup>81</sup> Bender/Schmidt NZA 2004, 360; KR-Weigand § 23 Rn. 33c; Löwisch BB 2004, 161; Richardi DB 2004, 486

<sup>82</sup> RdA 2004, 104

<sup>83</sup> DB 2004, 486

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. April 2004<sup>84</sup> 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.<sup>85</sup> Nur bei offenkundiger Schwerbehinderung ist nach allgemeiner Auffassung eine entsprechende Dokumentation nicht erforderlich.<sup>86</sup>

---

<sup>84</sup> BGBl I S. 606

<sup>85</sup> Bauer NZA-RR 2004, 507; Cramer NZA 2004, 704

<sup>86</sup> So auch die amtliche Begründung zu § 90 Abs. 2a im Bericht des Ausschusses für Gesundheit und Soziale Sicherheit (BT-Drs. 15/2357, S. 24)

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.<sup>87</sup> Dies überrascht, weil es 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 BAG<sup>88</sup> 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:<sup>89</sup> 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 Drei-Wochen-Frist in § 4 Satz 1 KSchG dürfte allerdings die

---

<sup>87</sup> Bauer NZA-RR 2004, 507; Cramer NZA 2004, 704; a. A. Rehwald/Kossack AiB 2004, 606; Winters BehindR 2004, 95 f.

<sup>88</sup> NZA 2002, 1145

<sup>89</sup> S. BT-Drs. 15/2357 S. 24

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 die Entscheidung aus anderen Gründen nicht fristgerecht ergangen (der Sachbearbeiter war überlastet oder krank, der Sachverständige hatte keine Zeit), so bleibt der Kündigungsschutz erhalten.<sup>90</sup> Auch hier ist es Aufgabe des Arbeitnehmers, den Arbeitgeber binnen angemessener Frist, realistischerweise: 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.

---

<sup>90</sup> Bauer NZA-RR 2004, 507

## 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.