

Agenda 2010

(oder doch eher 1996 ?)

Nach einigem Hin und Her sind am 19.12.2003 vom Bundestag verschiedene Änderungen arbeitsrechtlicher Vorschriften beschlossen worden.

1

Das „**Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt**“ ist gleichsam als Weihnachtsgeschenk am 24.12.2003 verkündet und als ein Teil der Agenda 2010 am 30.12. im Bundesgesetzblatt veröffentlicht worden.

hemmer-Methode: Die Rechtslage ist sehr stark vergleichbar mit der vom 01.10.1996 bis 31.12.1998. Einige Stimmen in der Literatur sprechen daher spöttisch von der „Agenda 1996“ statt von der „Agenda 2010“.

Lesenswert ist auch der interviewähnliche Kommentar von SCHUN- DER/PREIS/BAUER, Das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt – Reform oder nur Reförmchen ?, in NZA 2004, 195 ff.

in Kraft getreten am 01.01.2004

Das „Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt“ ist am 01.01.2004 in Kraft getreten. Welche Änderungen sich im Kündigungsschutz, im Teilzeit- und Befristungsgesetz und im Arbeitszeitgesetz ergeben, wird im nachfolgenden Überblick kurz beschrieben:

2

A. Kurzübersicht

I. Änderung des § 23 I KSchG

mehr als 10 Arbeitnehmer für seit dem 01.01.2004 eingestellte Arbeitnehmer

1. Die Schwelle, ab der das Kündigungsschutzgesetz gilt, wird von regelmäßig fünf beschäftigten Arbeitnehmern zum Zeitpunkt des Kündigungszugangs auf zehn heraufgesetzt. Mitarbeiter, die bisher Kündigungsschutz hatten, verlieren ihn nicht. Bei der Ermittlung der Arbeitnehmeranzahl werden bis zu fünf befristet Beschäftigte, die nach dem 31.12.2003 eingestellt wurden, in Kleinbetrieben mit bis zu zehn Beschäftigten nicht mitgezählt.

3

Präklusion auch dann, wenn das KSchG gar nicht anwendbar ist

2. Viel wichtiger ist aber, dass trotz Nichtanwendbarkeit des KSchG die Präklusionsvorschriften der §§ 4 bis 7, 13 I S.2, 3 KSchG gelten.

4

hemmer-Methode: Das heißt im Klartext, dass nun jeder Arbeitnehmer (auch der, der keinen Kündigungsschutz genießt), innerhalb von drei Wochen ab Zugang einer schriftlichen Kündigung Klage beim Arbeitsgericht auf Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung erheben muss.

II. Änderungen des § 4 S.1, 7 KSchG

Reichweite der Präklusion wurde erweitert

Für die Erhebung einer Klage gegen die Wirksamkeit einer schriftlichen Kündigung **gilt eine einheitliche Drei-Wochen-Frist** nach Zugang der Kündigung. Hierbei kommt **es nicht mehr darauf an, auf welchen Grund die Kündigung gestützt wird.**

5

hemmer-Methode: Für die Klausur ist das die wichtigste Änderung, da hierdurch der Aufbau der Begründetheitsprüfung einer Kündigungsschutzklage sich komplett ändert.

Aus diesem Grund haben wir für Sie ein sehr ausführliches Aufbauschema nach der neuen Rechtslage beigefügt (vgl. dazu Rn. 15 dieser Beilage).

Änderung der Sozialauswahl bei der betriebsbedingten Kündigung

III. Änderung des § 1 III KSchG

Die Kriterien für die Sozialauswahl bei betriebsbedingten Kündigungen werden gesetzlich festgeschrieben auf die Dauer der Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter und die Unterhaltspflichten des Mitarbeiters sowie das Vorliegen einer Schwerbehinderung. Leistungsträger, die für die wirtschaftliche Existenz des Unternehmens wichtig sind, können von der Sozialauswahl ausgenommen werden. Das Gericht überprüft lediglich grobe Fehlerhaftigkeit.

6

Neuer Abfindungsanspruch gem. § 1a KSchG

IV. Neueinfügung des § 1 a KSchG

Verzichtet ein Arbeitnehmer bei einer betriebsbedingten Kündigung auf die Erhebung einer Klage vor dem Arbeitsgericht, hat er künftig (unter bestimmten Voraussetzungen, die der Arbeitgeber einzuhalten hat: v.a. Belehrung und Hinweis hierauf) einen gesetzlichen (str.; nach a.A. vertraglichen, da der Arbeitgeber das Entstehen beeinflussen kann) Anspruch auf Zahlung einer Abfindung.

7

Die Höhe der Abfindung beträgt 0,5 Monatsverdienste für jedes Jahr des Bestehens des Arbeitsverhältnisses. § 10 Abs. 3 Kündigungsschutzgesetz gilt entsprechend. Neu ist auch, dass ein Arbeitnehmer eine Abfindung erhalten kann, wenn eine außerordentliche Kündigung vom Gericht als unbegründet angesehen wird.

Erleichterte Befristung für Existenzgründer

V. Neueinfügung des § 14 II a TzBfG

Existenzgründer erhalten nach einer neuen Vorschrift im Teilzeit- und Befristungsgesetz (§ 14 IIa TzBfG) die Möglichkeit, befristete Arbeitsverträge ohne zusätzlichen Befristungsgrund bis zur Dauer von vier Jahren abzuschließen.

8

Dies gilt für solche Betriebe, deren Gründung noch keine vier Jahre zurückliegt.

Bereitschaftsdienst = Arbeitszeit

VI. Änderungen des Arbeitszeitgesetzes

Das Arbeitszeitgesetz wurde so geändert, dass die Bereitschaftszeit nun als Arbeitszeit gilt. Das bedeutet, dass nun im Durchschnitt von sechs Monaten höchstens 48 Stunden pro Woche gearbeitet werden darf. Bestehende Tarifverträge, die etwas Abweichendes vorsehen, bleiben aber noch maximal zwei Jahre gültig. Auch können neue Tarifverträge mit schärferen Bedingungen abgeschlossen werden.

9

hemmer-Methode: Diese Änderung war notwendig geworden wegen einer Entscheidung des EuGH zum Bereitschaftsdienst vom 09.09.2003¹.

¹ vgl. EuGH NZA 2003, 1019 ff.

B. Einzelheiten zu den Änderungen im Kündigungsschutzgesetz

Wichtig für die Klausur ist v.a. das neue KSchG

Die für die Klausur wichtigsten Änderungen, die in der Praxis aber keine großen Auswirkungen haben werden, sind die Änderungen im KSchG.

10

I. Überprüfbarkeit der Rechtsunwirksamkeit der Kündigung bzw. Präklusion nach §§ 4, 7 und § 13 I S.2 KSchG

1. Geltungsbereich und Reichweite der Präklusionsfrist

Zweck d. §§ 4, 7, 13 I S.2 KSchG: schnelle gerichtliche Klärung d. Wirksamkeit einer Kündigung

Der Gesetzgeber hat durch die Schaffung des KSchG die Interessen der AN schützen wollen, andererseits sollte aber auch der AG dadurch nicht über Gebühr belastet werden. Da der Gesetzgeber der Ansicht war, dem AG sei es nicht zuzumuten, längere Zeit abwarten zu müssen, ob sich der AN auf seinen Kündigungsschutz beruft oder die Kündigung hinnimmt, schuf er die Regelung der §§ 4, 7 KSchG:

11

Diese „ratio legis“ hat mit Wirkung zum 01.01.2004 eine einschneidende Änderung erfahren:

Rechtslage bis 31.12.2003

Bis einschließlich 31.12.2003 galt die 3-wöchige materielle Präklusionsfrist („Klagefrist“) nur für die Arbeitnehmer, die auch unter das Kündigungsschutzgesetz fielen.

hemmer-Methode: Der AN musste beim Zugang einer Kündigung bis zum 31.12.2003 den gesamten sich aus dem KSchG ergebenden allgemeinen Kündigungsschutz binnen einer Frist von drei Wochen ab Zugang der Kündigung² geltend machen. Versäumte er diese Frist, so war er mit dem Einwand der Sozialwidrigkeit der anzugreifenden Kündigung ausgeschlossen.

Rechtslage seit dem 01.01.2004

⇒ KSchG muss nicht anwendbar sein

Seit dem 01.01.2004 ist dies nun völlig anders. **Es kommt nicht mehr darauf an, dass das KSchG als solches anwendbar** ist. Denn § 23 I S.2 und S.3 schließen für die „Kleinbetriebe“ die Geltung des Ersten Abschnitts aus **mit Ausnahme der §§ 4-7, 13 I S.1, S.2 KSchG**.

12

hemmer-Methode: Mit anderen Worten: Die §§ 4 bis 7, 13 I S.2 gelten auch im Kleinbetrieb !

Gemäß § 23 I S.2 bzw. S. 3 KSchG muss die 3-wöchige materielle Präklusionsfrist der §§ 4, 7 (13 I S.2) KSchG seit 01.01.2004 also auch dann eingehalten werden, wenn der Geltungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes gemäß §§ 1 I, 23 I KSchG nicht eröffnet ist.

Für die Erhebung einer Klage gegen die Wirksamkeit einer schriftlichen Kündigung gilt damit eine einheitliche Drei-Wochen-Frist nach Zugang der schriftlichen Kündigung.

² Für die Frage des Zugangs der Kündigungserklärung gelten an sich die allgemeinen Grundsätze, vgl. Rn. 88 ff.;

Beachten Sie bitte nochmals, dass das BAG im Bereich der §§ 4, 7 KSchG die Grundsätze der Zugangsvereitelung nicht für anwendbar erklärt hat, da sich der Verlust des Klagerechts durch den AN an den allgemeinen Regeln der Verwirkung orientieren muss. Dies setzt voraus, dass es dem AG auf Grund der vergangenen Zeitspanne und der besonderen Umstände nicht mehr zuzumuten ist, sich auf die durch die Zugangsverzögerung verspätete Klage einzulassen (BAG NZA 1996, 1227).

Hierbei kommt es nicht mehr darauf an, auf welchen Grund die Kündigung gestützt wird.

hemmer-Methode: Wegen § 13 I S.2 KSchG muss für die Geltendmachung der Unwirksamkeit einer außerordentlichen Kündigung die „Klagefrist“ gewahrt werden.

drei Wochen ab Zugang der schriftlichen Kündigung

Da aber die Frist erst mit Zugang einer schriftlichen Kündigung zu laufen beginnt (vgl. Wortlaut des § 4 S.1 KSchG), wird die Berufung auf die Formnichtigkeit gem. §§ 623, 125 S.1 BGB **nicht** von der Präklusion erfasst.

13

hemmer-Methode: Prägen Sie sich nochmals das Aufbauschema bei Rn. 74a ein !
Wenn die Schriftform nicht eingehalten wurde, dann kann die Unwirksamkeit der Kündigung gem. § 125 S.1 BGB auch noch nach Ablauf von drei Wochen gerügt werden³. Denkbar ist allenfalls eine prozessuale Verwirkung.
Hingegen wären nach Ablauf der 3-Wochen-Frist des § 4 S.1 KSchG alle anderen Unwirksamkeitsgründe wegen der eingetretenen Präklusion nicht mehr überprüfbar !

Klagefrist erfasst auch AN in den ersten 6 Monaten

Etwas zweifelhaft ist nach dem systematischen Standort der Klagefrist-Regelung, ob die Klagefrist auch innerhalb der ersten sechs Monate des Arbeitsverhältnisses (vgl. § 1 I KSchG) anwendbar ist. Man wird dies jedoch zu bejahen haben, da nur so dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers Rechnung getragen wird⁴.

14

materiell-rechtliche Ausschlussfrist

Nach der ganz h.M. handelt es sich bei §§ 4, 7 KSchG *nicht* um eine prozessuale Frist, sondern um eine materielle Präklusionsvorschrift.⁵

Das ergibt sich an sich unmittelbar aus dem Wortlaut von § 7 KSchG: Diese Norm spricht nämlich davon, dass bei Versäumung der Frist des § 4 KSchG die Kündigung als von Anfang an rechtswirksam gilt.

³ vgl. etwa WILLEMSSEN/ANNUS NJW 2004, 177 [184]

⁴ BADER, „Das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt: Neues im Kündigungsschutzgesetz und im Befristungsrecht“ in NZA 2004, 65 [68]

⁵ vgl. HELML, Arbeitsrecht, S. 136

2. Aufbauschema einer Kündigungsschutzklage

15

AUFBAUSCHEMA EINER KÜNDIGUNGSSCHUTZKLAGE**I. Zugang einer schriftlichen Kündigung, §§ 623, 130 BGB:**

§ 623 BGB immer *vor der Klagefrist des § 4 S.1 KSchG* zu prüfen, weil nach dessen Wortlaut erst der Zugang der *schriftlichen* Kündigung diese Frist anlaufen lässt! Diese kommt nun aber vor allen anderen Prüfungspunkten, weil diese bei Präklusion nicht mehr überprüfbar wären!

1. Vorliegen eines **Arbeitsverhältnisses** (evtl. Abgrenzung zu freier Mitarbeit).

2. Inhalt der Kündigungserklärung (§§ 623, 126 I BGB):

- Konstitutive und zwingende Schriftform; Abbedingung unwirksam.
- *Eigenhändige* Unterschrift des Erklärenden (evtl. des Vertreters) erforderlich (§ 126 I BGB).
- Nicht nötig ist schriftliche Angabe *der Art* der Kündigung, also ob ordentlich oder außerordentlich ⇒ Umdeutungsmöglichkeit einer fehlgeschlagenen außerordentlichen in ordentliche Kündigung unberührt.
- Erst recht nicht nötig ist schriftliche Angabe der *Kündigungsgründe* ⇒ Nachschieben von Gründen in Grenzen möglich!

3. **Wirksamer Zugang** gemäß § 130 I BGB in der gesetzlich vorgesehenen Form (evtl. Prüfung der Grundsätze der Zugangsvereitelung) ⇒ Kündigungserklärung per Telefax, e-Mail usw. reicht nicht.

4. **Rechtsfolge** der Verletzung von § 623 BGB: Nichtigkeit der Kündigung gemäß § 125 S.1 BGB ⇒ in extrem krassen Fällen u.U. Verwirkung denkbar.

II. Überprüfbarkeit der Rechtsunwirksamkeit der Kündigung *im Übrigen* überhaupt noch gegeben (§ 13 I 2 i.V.m. §§ 4, 7, KSchG) ?

1. Die **Klagefrist der §§ 4, 7 KSchG** gilt seit 2004 **für alle Unwirksamkeitsgründe** einer Kündigung außer der Schriftform (vgl. auch § 13 III KSchG).

- Nach § 23 I 2, 3 KSchG n.F. gilt dies auch für **Kleinbetriebe**!
- Auch gilt die Klagefrist in der **Probezeit** des § 1 I KSchG, wenn ein Verstoß gegen § 626 BGB oder andere Unwirksamkeitsgründe geltend gemacht werden, die nicht unter § 1 KSchG fallen.⁷

⁶ Die Prüfung der Schriftform ist auch nach der seit Januar 2004 gültigen Ausweitung von § 4 KSchG („oder aus anderen Gründen rechtsunwirksam“) unabhängig von der Drei-Wochen-Frist zu prüfen, weil nach dessen Wortlaut erst der Zugang der schriftlichen Kündigung diese Frist anlaufen lässt, vgl. etwa Willemsen/Annus NJW 2004, 177 [184].

⁷ vgl. Richardi NZA 2003, 764 [765]; Bader NZA 2004, 65 [68])

2. **Fristberechnung** gemäß §§ 187 I, 188 BGB unter Berücksichtigung von § 167 ZPO i.V.m. § 46 II ArbGG.

- Fristwahrung grds. nur mit „punktuelle“ Klage gemäß § 4 KSchG (**punktuelle Streitgegenstandstheorie**; wird begründet mit Wortlaut von § 4 KSchG: „durch die Kündigung“)⁸.
- Aber: **Möglichkeit der „kombinierten Klage“** (§ 256 I ZPO i.V.m. §§ 46 II ArbGG, 495 ZPO in Klagehäufung mit § 4 KSchG). Dann fristunabhängiges Nachschieben einer weiteren *punktuellen* Klage (nötig und) möglich (Rechtsgedanke des § 6 KSchG).
- Klageantrag dabei **genau auslegen**: Abgrenzung zwischen einer solchen Klagehäufung und bloß „überflüssigem Anhängsel“.

3. Soweit die Frist abgelaufen sein sollte, ist evtl. die **Zulassung verspäteter Klage** gemäß § 5 KSchG (eigener Beschluss nötig) zu prüfen ⇒ dabei ist nach h.M. § 85 II ZPO anwendbar (str.).

III. Wirksamkeit der Kündigung nach den Regeln des BGB-AT (außer Schriftform; s.o.):

1. Kündigung ist **bedingungsfeindlich**, da einseitiges Gestaltungsrecht.
Aber: „vorsorgliche“ Kündigung ist keine echte Bedingung, sondern zulässige „Rechtsbedingung“.
2. Evtl. Prüfung, ob **Vertretungsmacht** des Kündigenden *objektiv* gegeben ⇒ sonst i.d.R. Nichtigkeit nach § 180 BGB (nicht § 177 BGB !)
Aber: Form des § 623 BGB für Erteilung aber nicht nötig (§ 167 II BGB)
3. Keine wirksame **Zurückweisung nach § 174 S.1 BGB** (vgl. auch § 174 S.2 BGB) erfolgt ?

IV. Sonderkündigungsschutz:

- Betriebsratsanhörung, § 102 BetrVG
- Schwangere: § 9 I MuSchG
- Schwerbehinderte Menschen: §§ 85, 91 SGB IX
- Arbeitnehmer während der Elternzeit: § 18 BerzGG
- Kündigung wegen des Betriebsübergangs, § 613a IV S.1 BGB

V. Ab jetzt Differenzierung nötig, ob ordentliche oder außerordentliche Kündigung vorliegt

1. **Außerordentliche Kündigung**

a) Präklusion des *Arbeitgebers* gemäß **Erklärungsfrist des § 626 II BGB** ?

aa) **Fristbeginn:**

- Beginn mit (relativ) sicherer Kenntnis derjenigen Tatsachen, die den wichtigen Grund ausmachen: wann würde der verständige Arbeitgeber die Kündigungserklärung nicht weiter verzögern ?
- „Anlaufhemmung“, solange kündigungsrelevanter Sachverhalt

⁸ Der **Klageantrag** muss nun also bei *allen* Klagen gegen Kündigungen zumindest primär „punktuell“ formuliert sein; anders als vor 2004 ist dies (von § 623 BGB abgesehen) unabhängig vom Grund, auf den die Unwirksamkeit gestützt wird !

„in der gebotenen Eile“ (i.d.R. eine Woche) aufgeklärt wird.

- Entscheidende Person: derjenige, dem *im konkreten Fall* das Recht zur Kündigung zusteht.
- Keine Hemmung durch die Betriebsratsanhörung (§ 102 II 3 BetrVG).
- Fristbeginn bei *Dauertatbeständen* erst *mit Ende* dieses Zustands.
- Für „Tatkündigung“ (wegen *erwiesenen* Vorfalles) läuft neue Frist (i.d.R. ab Kenntnis von Strafurteil), auch wenn vorher „Verdachtskündigung“ möglich gewesen wäre (neuer LebensSV).

•
bb) Fristende:

- Entscheidend für die Berechnung (Fristende) ist der *Zugang* der Kündigung beim Arbeitnehmer (§ 130 I BGB).
- Nichtverschulden des Arbeitgebers ist irrelevant; eine Wiedereinsetzung ist nicht möglich.

b) Vorliegen eines wichtigen Grundes (§ 626 I BGB) ⇒ zweistufige Prüfung:

- **Grundsätzliche Eignung** des Sachverhalts, eine außerordentliche Kündigung (mit oder ohne vorherige Abmahnung) zu rechtfertigen.
- Umfassende **Interessenabwägung** des Einzelfalles (u.a. Sozialdaten, bisheriger Verlauf des Arbeitsverhältnisses in Abwägung gegen Schwere des Vorwurfs).
- **Bei Unwirksamkeit** als außerordentliche Kündigung: evtl. **Umdeutung** in ordentliche Kündigung (§ 140 BGB) prüfen.

2. Ordentliche Kündigung

a) Einhaltung der Frist des § 622

b) Vorliegen eines Kündigungsgrundes ?

aa) Grds. nicht erforderlich ⇒ Grenze: §§ 242, 138 BGB

bb) Ausnahme: **§ 1 II KSchG** (soziale Rechtfertigung)

- ArbV besteht länger als 6 Monate, § 1 I KSchG
- Mehr als 5 AN im Betrieb; für AN, die ab dem 01.01.2004 eingestellt wurden, müssen es mehr als 10 AN sein, § 23 I S.2, 3 KSchG

cc) Prüfung der sozialen Rechtfertigung

(1) Sachverhalt, der generell geeignet ist, einen

- **personenbedingten**
- **verhaltensbedingten**
- **dringenden betrieblichen** Grund darzustellen

(2) Wahrung der Verhältnismäßigkeit („**ultima-ratio-Prinzip**“) ⇒ je nach Kündigungsgrund unterschiedliche Prüfung

Grundlage nach Anwendbarkeit d. KSchG

II. Kündigungsschutz nach dem KSchG

Von zentraler Bedeutung im Wirtschaftsleben und in den Klausuren ist der durch das KSchG normierte allgemeine Kündigungsschutz. Bevor man sich aber mit seinem Inhalt befassen kann, muss zunächst immer erst geklärt werden, ob der vorgelegte Fall überhaupt in den Anwendungsbereich dieses Gesetzes fällt:

16

1. Anwendungsbereich des KSchG: Neuregelung bei der erforderlichen Betriebsgröße, § 23 I S.2 und S.2 KSchG

personeller Anwendungsbereich § 14 KSchG

Die Anwendbarkeit des KSchG wird neben der Frage des durch § 14 KSchG geregelten personellen Anwendungsbereichs vor allem durch zwei verschiedene Kriterien bestimmt:

17

§ 23 I KSchG

Der Gesetzgeber hält es für geboten, die Inhaber von Kleinbetrieben nicht mit einem über die allgemeinen Grundsätze hinausgehenden zusätzlichen Kündigungsschutz zu beschweren. Denn hier spielt die persönliche Vertrauensbeziehung AG – AN noch eine ganz besondere Rolle und der AG würde durch einen Kündigungsschutz seiner AN insbesondere in wirtschaftlicher Hinsicht sehr stark belastet.⁹

⇒ für Neueinstellungen ab dem 01.01.2004 mehr als 10 AN ohne Azubis

Für Arbeitnehmer, die erst nach dem 31.12.2003 eingestellt wurden, regelt **§ 23 I S.3, 1.Hs. KSchG**, dass regelmäßig mehr als 10 Arbeitnehmer beschäftigt werden müssen.

Ein Arbeitsverhältnis beginnt dann nach dem 31.12.2003, wenn nach der vertraglichen Vereinbarung, die auch früher liegen kann, die Arbeit am 01.01.2004 oder später aufgenommen werden soll. Für die Frage, ob und inwieweit vorausgegangene Vertragsverhältnisse der Annahme eines nach dem 31.12.2003 begonnenen Arbeitsverhältnisses entgegenstehen, wird man entsprechend auf die zu § 1 I KSchG entwickelten Grundsätze zurückzugreifen haben (vgl. Rn. 182).

18

hemmer-Methode: Die Rechtslage entspricht damit derjenigen vom 01.10.1996 bis 31.12.1998. Auch damals war schon auf eine Betriebsgröße von mehr als zehn AN abgestellt worden.

⇒ für „Altarbeitnehmer“ mehr als 5 AN ohne Azubis

Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis vor dem 01.01.2004 begonnen hat, genießen dagegen Kündigungsschutz, wenn im Zeitpunkt des Kündigungszugangs im Betrieb regelmäßig mehr als fünf AN beschäftigt werden, § 23 I S.2 KSchG.

19

hemmer-Methode: § 23 I S.2 KSchG enthält damit eine verfassungsrechtlich unproblematische Übergangsregelung: Arbeitnehmer, die nach § 23 I S.2 KSchG a.F. am 31.12.2003 bereits allgemeinen Kündigungsschutz genossen, behalten diesen weiter, und zwar ohne zeitliche Begrenzung, da für sie allein § 23 I S.2 KSchG n.F. (weiter) gilt, nicht aber § 23 I S.3 KSchG n.F.

Bei der Ermittlung der Arbeitnehmeranzahl nach § 23 I S.2 KSchG werden aber Beschäftigte, die nach dem 31.12.2003 eingestellt wurden, in Kleinbetrieben mit bis zu zehn Beschäftigten nicht mitgezählt, § 23 I S.3, 2.Hs. KSchG.

20

⁹ Die daraus resultierende Differenzierung hält das BAG für verfassungsgemäß; BAG NZA 1990, 724.

hemmer-Methode: Die Besitzstandswahrung des § 23 I S.2, S.3 verliert also ihre Wirkung, wenn im maßgebenden Zeitpunkt des Kündigungszuganges wegen des Wegfalls der lediglich zu berücksichtigenden „Alt-Arbeitnehmer“ der Schwellenwert des Satzes 2 von mehr als 5 Arbeitnehmern unterschritten wird. Denn dann sind die Voraussetzungen des Satzes 2 ja nicht mehr gegeben sind.
Merke: Grund dieser Regelung in § 23 I S.3, 2.Hs. KSchG ist es also, dass der Arbeitnehmer nicht ein Mehr an Rechtsschutz erhalten soll als er nach altem Recht erhalten hätte.
Zu den Einzelheiten der Neuregelung lesen Sie BADER, „Das Gesetz zur Reformen am Arbeitsmarkt: Neues im Kündigungsschutzgesetz und im Befristungsrecht“, in NZA 2004, 65 [67].

Teilzeitkräfte zählen nicht voll,
 § 23 I S.4 KSchG

Bei der Bestimmung der Beschäftigtenzahl zählen Teilzeitbeschäftigte nur gemäß den Bestimmungen in § 23 I S.4 KSchG nur mit 0,5 (Wochenarbeitszeit bis einschließlich 20 Stunden) bzw. mit 0,75 (Wochenarbeitszeit über 20, aber nicht über 30 Stunden).

21

„in der Regel“

Der Passus „in der Regel...beschäftigt werden“ bedeutet, dass es bezogen auf den Kündigungszeitpunkt eines Rückblicks auf die bisherige personelle Situation und einer Einschätzung der künftigen Entwicklung bedarf.¹⁰

Mit dem Begriff der regelmäßigen Beschäftigtenzahl soll eben auf die Beschäftigungslage abgestellt werden, die den Betrieb allgemein kennzeichnet, nicht auf eine zufällig im Zugangszeitpunkt bestehende Zahl von AN.

Azubis zählen nicht

Wichtig ist auch, dass die Auszubildenden für die Ermittlung der Beschäftigtenzahl gar nicht zu berücksichtigen sind, vgl. § 23 I S.2 bzw. S.3 KSchG.

22

2. Änderungen bei der betriebsbedingten Kündigung

a) Sozialauswahl (§ 1 III KSchG)

Ausklammerung bestimmter Arbeitnehmer

Gemäß § 1 III S.2 KSchG n.F. sind diejenigen **Arbeitnehmer nicht in die Sozialauswahl einzubeziehen, deren Weiterbeschäftigung**, insbesondere wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen oder zur Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebes, **im berechtigten betrieblichen Interesse liegt**¹¹.

23

Bei der Sozialauswahl musste der AG bislang grundsätzlich alle sozialen Gesichtspunkte berücksichtigen.

Als soziale Kriterien kommen nun aber seit 01.01.2004¹² gem. § 1 III S.1 KSchG nur noch folgende vier Aspekte in Betracht, denen grundsätzlich gleiches Gewicht zukommt:

24

- Dauer der Betriebszugehörigkeit

¹⁰ BAG NZA 1991, 562; berücksichtigt werden dabei nach BAG NZA 1998, 141 ausschließlich die in inländischen Betriebsteilen beschäftigten AN; zum Problem eines arbeitgeberübergreifenden Kündigungsschutzes vgl. § 322 II UmwG und BAG NZA 1999, 590 und 932.

¹¹ Zu den Einzelheiten der Neuregelung lesen Sie BADER, „Das Gesetz zur Reformen am Arbeitsmarkt: Neues im Kündigungsschutzgesetz und im Befristungsrecht“, in NZA 2004, 65 [73 f.] sowie DÄUBLER, Neues zur betriebsbedingten Kündigung, in NZA 2004, 177 [181 f.]

¹² Die Rechtslage ist sehr stark vergleichbar mit der vom 01.10.1996 bis 31.12.1998; einige Stimmen in der Literatur sprechen daher spöttisch von der „Agenda 1996“ statt von der „Agenda 2010“; lesenswert ist auch der interviewähnliche Kommentar von SCHUNDER/PREIS/BAUER, Das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt – Reform oder nur Reförmchen ?, in NZA 2004, 195 ff.

- Lebensalter
- Unterhaltspflichten
- Schwerbehinderung des Arbeitnehmers.

Alle diese Umstände sind im Einzelfall individuell gegeneinander abzuwägen.

hemmer-Methode: Strittig ist, ob und inwieweit der Arbeitgeber noch andere soziale Aspekte berücksichtigen darf.
Nach h.L. und der amtlichen Begründung müssen die vier Grunddaten wohl „offen“ interpretiert werden, dass sie die Besonderheiten des Arbeitnehmers mitberücksichtigen.
Zur Vertiefung sei auf DÄUBLER, Neues zur betriebsbedingten Kündigung, in NZA 2004, 177 [181 f.], WILLEMSSEN/ANNUß, „Kündigungsschutz nach der Reform“, in NJW 2004, 177 [178] sowie auf BADER, „Das Gesetz zur Reformen am Arbeitsmarkt: Neues im Kündigungsschutzgesetz und im Befristungsrecht“, in NZA 2004, 65 [74] hingewiesen.

*Auswahlrichtlinien, § 1 IV KSchG ⇒
Überprüfung der Sozialauswahl nur
auf grobe Fehlerhaftigkeit*

Bedient sich der AG zur Vereinfachung der Auswahl eines verobjektivierte Punkteschemas (sog. „Auswahlrichtlinien“), dann bedarf eine derartige Auswahl grundsätzlich dennoch einer individuellen Abschlussprüfung. Nur unter den engen Voraussetzungen des § 1 IV KSchG beschränkt sich diese Überprüfung auf eine etwaige grobe Fehlerhaftigkeit.

25

hemmer-Methode: Zum Gestaltungsspielraum bei Punkteschemata zur betriebsbedingten Kündigung sei für Interessierte oder angehende Praktiker auf den Beitrag von GAUL und LUNK in NZA 2004, 184 ff. hingewiesen.

*Interessenausgleich mit Namensliste
gem. § 1 V KSchG*

Mit Wirkung zum 01.01.2004 neu eingefügt wurde § 1 V KSchG. Danach wird vermutet, dass die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse im Sinne des Absatzes 2 bedingt ist, wenn bei einer Kündigung auf Grund einer Betriebsänderung nach § 111 des BetrVG die Arbeitnehmer, denen gekündigt werden soll, in einem Interessenausgleich zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat namentlich bezeichnet worden sind.

26

*⇒ Überprüfung der Sozialauswahl
nur auf grobe Fehlerhaftigkeit*

Die soziale Auswahl der Arbeitnehmer kann dann nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden. Die Sätze 1 und 2 gelten nicht, soweit sich die Sachlage nach Zustandekommen des Interessenausgleichs wesentlich geändert hat. Der Interessenausgleich nach Satz 1 ersetzt die Stellungnahme des Betriebsrates nach § 17 Abs. 3 Satz 2.

b) Abfindungsanspruch nach § 1a KSchG

Neu eingefügt wurde mit Wirkung zum 01.01.2004 der Abfindungsanspruch des § 1 a KSchG.

27

Danach hat ein Arbeitnehmer, der bei einer betriebsbedingten Kündigung auf die Erhebung einer Klage vor dem Arbeitsgericht verzichtet künftig (unter bestimmten Voraussetzungen, die der Arbeitgeber einzuhalten hat: v.a. Belehrung und Hinweis hierauf) einen gesetzlichen (str.; nach a.A. vertraglichen, da der Arbeitgeber das Entstehen beeinflussen kann) Anspruch auf Zahlung einer Abfindung.

Die Höhe der Abfindung beträgt 0,5 Monatsverdienste für jedes Jahr des Bestehens des Arbeitsverhältnisses. § 10 III KSchG gilt entsprechend.

hemmer-Methode: Lesen Sie hierzu GIESEN, „Fallstricke des neuen gesetzlichen Abfindungsanspruches“ in NJW 2004, Heft 4, Seite 185 ff. Äußerst kritisch zur Neuregelung ist der Beitrag von BAUER/KRIEGER, „Neuer Abfindungsanspruch – 1a daneben“ in NZA 2004, 77 ff.