

Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht

Zweiwochenschrift für die betriebliche Praxis

Schriftleitung: Prof. Dr. Klaus Schmidt, Hans Joachim Spiegelhalter und Dr. Achim Schunder,
Beethovenstr. 7b, 60325 Frankfurt a. M.

NZA 4/2004

25. Februar · 21. Jahrgang 2004 · Seite 177–232

Aufsätze und Berichte

Neues zur betriebsbedingten Kündigung

Von Professor Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

Das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt vom Dezember 2003 (BGBl I, 3002) hat im Kündigungsschutzrecht erhebliche Veränderungen gebracht. Der folgende Beitrag befasst sich im Schwerpunkt mit dem Bereich „betriebsbedingte Kündigung“. Dabei verdienen insbesondere drei Regelungen wegen ihrer großen praktischen Bedeutung und beginnender juristischer Kontroversen besondere Aufmerksamkeit: Die Abfindungsnorm des § 1 a KSchG, die Grundsätze über die soziale Auswahl nach § 1 III KSchG und die durch § 1 V KSchG wieder eingeführte Namensliste im Interessenausgleich.

I. Einleitung

Die ein Novum darstellende Abfindungsnorm des § 1 a KSchG hat die juristische Phantasie schon vor ihrem Erlass nachhaltig beflügelt¹, was sich in den letzten Wochen fortgesetzt hat². Die Kontroversen kreisen um das Problem, ob die vom Arbeitgeber angebotene Abfindung zu einem gesetzlichen Anspruch führt und wie sich dieser gegebenenfalls zu vertraglichen Abmachungen verhält. Bei den Grundsätzen über die soziale Auswahl in § 1 III KSchG ist eine Rückkehr zum Rechtszustand des Jahres 1996 erfolgt; zu den drei klassischen Auswahlkriterien „Dauer der Betriebszugehörigkeit“, „Lebensalter“ und „Unterhaltspflichten“ ist lediglich die Schwerbehinderung hinzugekommen. Allerdings heißt dies nicht, dass gewissermaßen die Zeit zurückgedreht würde: Zu dem zwischen 1996 und 1998 geltenden Recht existieren Entscheidungen der Arbeitsgerichte, insbesondere des BAG³, die ein Stück Orientierung geben und die es verhindern, dass man gewissermaßen wieder beim Nullpunkt beginnen muss. Hinzu gekommen ist außerdem die Rechtsprechung des BVerfG zu dem durch Art. 12 I GG gebotenen Mindestkündigungsschutz⁴, der bei der Handhabung auch des § 1 III KSchG möglicherweise von Bedeutung sein wird. Schließlich ist durch § 1 V die Namensliste im Interessenausgleich wieder eingeführt worden – die Agenda 2010 verwandelte sich so unter der Hand in eine Agenda 1996⁵. Auch hier kann und soll

allerdings die dazwischen liegende Zeit nicht ungeschehen gemacht werden. Über das bei § 1 III Relevante hinaus wird zu beachten sein, dass § 125 InsO ohne Unterbrechung weitergalt, der im Insolvenzverfahren eine Namensliste mit noch weitreichenderer Bedeutung als § 1 V KSchG ermöglicht⁶.

Das neue Recht gilt für alle diejenigen Kündigungen, die im Jahr 2004, also nach dem 31. 12. 2003 zugehen; auf die Absendung des Kündigungsschreibens kommt es nicht an⁷.

II. Die Abfindungsregelung des § 1 a KSchG

1. Der Inhalt im Überblick

§ 1 a I KSchG gibt dem Arbeitnehmer einen Abfindungsanspruch, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind. Er muss

- (1) wegen dringender betrieblicher Erfordernisse gekündigt sein, der Arbeitgeber muss
- (2) in der Kündigungserklärung auf diesen Grund hinweisen und den Arbeitnehmer davon in Kenntnis setzen, dass er bei Verstreichenlassen der Klagefrist eine Abfindung beanspruchen kann, und es darf
- (3) während der Frist des § 4 S. 1 keine Kündigungsschutzklage erhoben worden sein.

Nach § 1 a II 1 beträgt die Abfindung 0,5 Monatsverdienste für jedes Jahr des Bestehens des Arbeitsverhältnisses (oder wie man ungenau sagt: pro Jahr der Betriebszugehörigkeit), wobei nach Absatz 2 S. 3 ein Zeitraum von

1) S. etwa Grobys, DB 2003, 2174; Löwisch, NZA 2003, 693; Maschmann, AuA, Heft 10/2003, 6; Meinel, DB 2003, 1438.

2) S. neben Bader, NZA 2004, 65, insb. Preis, DB 2004, 70 und Wilmsen/Annuf, NJW 2004, 177.

3) S. insb. BAG, NZA 2003, 42.

4) BVerfG, NZA 1998, 470.

5) Löwisch, NZA 2003, 689.

6) Däubler, in: Kittner/Däubler/Zwanziger, KündigungsschutzR, Kommentar für die Praxis, 6. Aufl. (2004) (i. E.) § 125 InsO Rdnrn. 10 ff. m. w. Nachw.

7) Grobys, DB 2003, 2174.

mehr als sechs Monaten auf ein volles Jahr aufgerundet wird. Bei der Berechnung des Monatsverdienstes gilt § 10 III KSchG entsprechend (§ 1 a II 2); eine Obergrenze wie nach § 10 II KSchG ist nicht vorgesehen. Die von § 1 a eröffnete Möglichkeit soll eine „einfach zu handhabende, moderne und unbürokratische Alternative zum Kündigungsschutzprozess“ sein⁸.

§ 1 a gilt nur im Anwendungsbereich des KSchG. Auch der neu gefasste § 23 I 2 KSchG nimmt für Kleinbetriebe allein die §§ 4 bis 7 und den § 13 I 1 und 2, nicht jedoch den § 1 a KSchG in Bezug. Dass Beschäftigte vor Ablauf von sechs Monaten nicht einbezogen sind, ergibt sich schon aus der „Aufrundungsregel“ des § 1 a II 3.

2. Unproblematische Auslegungsfragen

Die recht reichhaltige Literatur⁹ hat zu einer Reihe von Fragen weitgehend Übereinstimmung erzielt; sie sollen zunächst skizziert werden.

a) *Voraussetzungen des Abfindungsanspruchs.* § 1 a I 1 verlangt lediglich, dass der Arbeitnehmer wegen dringender betrieblicher Erfordernisse nach § 1 II 1 KSchG gekündigt wurde und dass der Arbeitgeber im Kündigungsschreiben darauf hinwies. Ob dieser Grund tatsächlich vorlag, spielt keine Rolle und kann in der Regel auch nicht überprüft werden, da es ja beim Verstreichenlassen der Frist zu keinem gerichtlichen Verfahren kommt¹⁰. Allenfalls bei der Frage, ob die Agentur für Arbeit eine Sperrfrist verhängen darf, könnte das Vorliegen der Gründe eine Rolle spielen¹¹.

Da der Abfindungsanspruch nach § 1 a I 1 „mit dem Ablauf der Kündigungsfrist“ gegeben ist, muss es sich um eine ordentliche Kündigung handeln. Einbezogen ist auch eine Änderungskündigung für den Fall, dass das Änderungsangebot abgelehnt wird¹². Einig ist man sich weiter darüber, dass eine außerordentliche betriebsbedingte Kündigung unkündbarer Arbeitnehmer gleichfalls erfasst ist, da sie von der Rechtsprechung jedenfalls in Bezug auf die Rechtsfolgen faktisch wie eine ordentliche Kündigung behandelt wird¹³. Die Tatsache, dass § 13 I 2 KSchG für die außerordentliche Kündigung nicht auf § 1 a verweist, ist deshalb ohne Bedeutung.

Der „Hinweis“ des Arbeitgebers auf den Kündigungsgrund und den Anspruch auf Abfindung nach Verstreichenlassen der Klagefrist muss in der Kündigungserklärung selbst enthalten sein, die nach § 623 BGB der Schriftform bedarf. Mündliche Erklärungen oder ein separates Schriftstück reichen nicht aus¹⁴. Die Benutzung der gesetzlichen Terminologie ist nicht erforderlich, doch muss für den Adressaten deutlich sein, was gemeint ist. So würde es etwa genügen, wenn „aus wirtschaftlichen Gründen“ oder „weil keine Arbeit mehr da ist“ gekündigt wird. Der Abfindungsanspruch muss nicht beziffert werden; dem Gesetz ist auch dann Genüge getan, wenn schlicht auf § 1 a II KSchG Bezug genommen wird¹⁵.

Klagt der Arbeitnehmer innerhalb der Drei-Wochenfrist, nimmt er dann jedoch seine Klage zurück, so greift an sich die Fiktion des § 269 III 1 ZPO ein, wonach der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen ist. Mit dem Sinn der Regelung des § 1 a, ein gerichtliches Verfahren mit seinem Aufwand an Zeit und Geld zu vermeiden, ist dies jedoch nicht zu vereinbaren: Der Arbeitgeber müsste auch in einem solchen Fall Überlegungen anstellen, wie er sich verhalten soll, und gegebenenfalls einen Prozessvertreter einschalten¹⁶. Eine Ausnahme gilt allerdings dann, wenn die Klage vor Zustellung an den Beklagten zurückgenommen wurde; hier wird der Arbeitgeber keine prozessspezifischen Dispositionen getroffen haben¹⁷. Stellt der Arbeitnehmer einen Antrag auf nachträgliche Klagezulassung

nach § 5 KSchG, so steht dabei noch nicht der Bestand des Arbeitsverhältnisses zur Debatte; dies ist erst nach Zulassung der Klage der Fall¹⁸.

b) *Rechtsfolgen.* Der Abfindungsanspruch entsteht erst mit dem Ablauf der Kündigungsfrist. Der Wortlaut des § 1 a I 1 („hat der Arbeitnehmer mit dem Ablauf der Kündigungsfrist Anspruch auf eine Abfindung“) ist insoweit eindeutig; auch in der Literatur wird dies weit überwiegend so gesehen¹⁹. Dies führt dazu, dass eine zwischenzeitliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses, etwa auf Grund fristloser Kündigung oder wegen Tod des Arbeitnehmers, den Abfindungsanspruch hinfällig macht, da ein „Ende der Kündigungsfrist“ nicht mehr erreicht wird²⁰. Wertungsmäßig ist dies nicht unbedingt überzeugend, da der Arbeitnehmer durch sein „Stillhalten“ die ihm obliegende Gegenleistung bereits erbracht hat. Hat der Gekündigte auch Rechte aus einem Sozialplan, so beeinträchtigt dies den Anspruch nach § 1 a II KSchG nicht²¹. Es ist Sache des Sozialplans, im Einzelnen Regeln dafür vorzusehen, ob eine Anrechnung auf die von ihm selbst gewährten Abfindungen erfolgen soll.

c) *Andere Abfindungsvereinbarungen.* § 1 a stellt keinen „Typenzwang“ der Art auf, dass eine im Zusammenhang mit der Kündigung angebotene Abfindung nur in der dort vorgeschriebenen Form oder der dort vorgesehenen Höhe möglich wäre. Den Arbeitsvertragsparteien ist es vielmehr unbenommen, bei betriebsbedingten wie bei anderen Kündigungen Abwicklungsverträge zu schließen und dabei die ihnen angemessen erscheinende Abfindung zu vereinbaren²².

3. Der Streit um die Rechtsnatur des Abfindungsanspruchs nach § 1 a KSchG und seine Konsequenzen

a) *Der Ausgangspunkt: Gesetzlicher Anspruch.* Die Mehrzahl der Autoren steht bislang im Anschluss an eine Formulierung in der amtlichen Begründung des Regierungsentwurfs²³ auf dem Standpunkt, bei § 1 a handle es sich um einen sich aus dem Gesetz ergebenden, nicht um einen

8) BT-Dr 15/1204 S. 12. An anderer Stelle (S. 9) ist davon die Rede, der Arbeitgeber spare Transaktionskosten, die bei einer streitigen Beendigung automatisch anfallen.

9) S. insb. Bauer/Krieger, NZA 2004, 77 und Preis, DB 2004, 70.

10) Bader, NZA 2004, 65; Grobys, DB 2003, 2176; Preis, DB 2004, 73; Willemsen/Annuf, NJW 2004, 177. Muss der Abfindungsanspruch eingeklagt werden, wäre an sich eine Kontrolle denkbar, doch würde ein negatives Ergebnis nichts daran ändern, dass sich der Arbeitgeber an seiner Zusage festhalten lassen müsste.

11) Dazu unten 4.

12) Maschmann, AuA Heft 10/2003, 8 (mit Formulierungsvorschlag).

13) Bader, NZA 2004, 65; Grobys, DB 2003, 2174; Preis, DB 2004, 70 (73); Willemsen/Annuf, NJW 2004, 177.

14) Bader, NZA 2004, 65.

15) Willemsen/Annuf, NJW 2004, 177.

16) Wie hier Bader, NZA 2004, 65; Grobys, DB 2003, 2175; Preis, DB 2004, 75; Zwanziger, in: Kittner/Däubler/Zwanziger (o. Fußn. 6), § 1 a KSchG Rdnr. 12.

17) Ebenso im Ergebnis Zwanziger, in: Kittner/Däubler/Zwanziger (o. Fußn. 6), § 1 a Rdnr. 12.

18) Bader, NZA 2004, 65; Grobys, DB 2003, 2175; Zwanziger, in: Kittner/Däubler/Zwanziger (o. Fußn. 6), § 1 a Rdnr. 11; a. A. Preis, DB 2004, 74; Willemsen/Annuf, NJW 2004, 177, die bereits den Antrag nach § 5 KSchG genügen lassen wollen.

19) Bader, NZA 2004, 65; Grobys, DB 2003, 2174; Willemsen/Annuf, NJW 2004, 177; Zwanziger, in: Kittner/Däubler/Zwanziger (o. Fußn. 6), § 1 a Rdnr. 15; auch Maschmann, AuA Heft 10/2003, 11, der daraus jedoch den unzut. Schluss zieht, der Anspruch sei vorher nicht abtretbar – auch künftige Ansprüche unterliegen den §§ 398 ff. BGB, sofern sie individualisierbar sind.

20) S. o. Fußn. 18.

21) Bader, NZA 2004, 65; Willemsen/Annuf, NJW 2004, 177; vgl. auch Preis, DB 2004, 73.

22) Grobys, DB 2003, 2175; Löwisch, NZA 2003, 693; Preis, DB 2004, 73; Thüsing/Stelljes, BB 2003, 1677; Willemsen/Annuf, NJW 2004, 177.

23) BT-Dr 15/1204, S. 12.

rechtsgeschäftlich begründeten Anspruch²⁴. Der „Hinweis“ des Arbeitgebers wird zwar noch als rechtsgeschäftliche, zumindest rechtsgeschäftsähnliche Erklärung angesehen²⁵, doch stelle das Verstreichenlassen der Klagefrist einen bloßen Realakt dar²⁶. Daraus ergeben sich bei einer Reihe von Streitfragen erhebliche Konsequenzen.

b) *Der unvermeidbare Weg in die Kontroversen.* Zunächst ist durch Auslegung festzustellen, ob die Parteien einen außerhalb des § 1 a angesiedelten Abwicklungs- oder Abfindungsvertrag schließen oder ob sie sich auf der „Schiene“ des § 1 a bewegen wollten. War Letzteres der Fall, so soll das halbe Monatsgehalt des § 1 a II zwingenden Charakter haben.

(aa) *Fehler auf Arbeitgeberseite.* Verrechnet sich der Arbeitgeber bei der Anwendung des entsprechend heranzuziehenden § 10 III KSchG (weil er etwa bestimmte Sachbezüge vergisst oder einen Aufwendersatz mitrechnet), so soll er dies anschließend berichtigen können; aus 5000 Euro werden dann im Einzelfall eben 5500 Euro oder auch 4500 Euro²⁷. Zum Teil wird auch behauptet, bei Rechenfehlern könne der Arbeitgeber anfechten, nicht jedoch bei Rechtsirrtümern, die sich in seiner Berechnung niederschlagen hätten²⁸.

Ein weiterer Fragenkomplex ergibt sich, wenn sich der Arbeitgeber vom gesetzlichen Modell entfernt, ohne eindeutig auf die normale Vertragsschiene überzuwechseln: Der „Hinweis“ auf die Abfindung erfolgt außerhalb der Kündigungserklärung oder nur mündlich. Die beiden durch § 1 a I gebotenen Hinweise sind unvollständig, weil entweder der Kündigungsgrund oder die Rechtsfolge des Verstreichenlassens der Frist nicht genannt wurden. Und weiter: Was geschieht, wenn bewusst eine geringere als die gesetzliche Abfindungssumme gewählt wird? Nach einer Auffassung soll dies als Umgehung des § 1 a II unwirksam sein und automatisch zum gesetzlichen Modell von einem halben Monatsgehalt führen²⁹. Nach anderer Auffassung liegt in einem solchen Fall regelmäßig eine rechtsgeschäftliche Abmachung über den niedrigeren Betrag vor, wenn der Arbeitnehmer die Klagefrist verstreichen lässt³⁰; insoweit ist man auf die „erste Schiene“ zurückgekehrt. Dasselbe soll gelten, wenn bewusst ein höherer Betrag gewählt wurde³¹. Bemerkenswert ist, dass das Verstreichenlassen der Frist im Rahmen des gesetzlichen Modells als Realakt gewertet wird, während genau dasselbe Verhalten bei einem Abfindungsangebot von 0,25 oder 0,75 Monatsgehältern als rechtsgeschäftliche Annahme gelten soll³². Dies erscheint nicht eben besonders stimmig – um es vorsichtig auszudrücken.

bb) *Fehler auf Arbeitnehmerseite.* Schwierigkeiten können sich auch auf Arbeitnehmerseite ergeben. Einen Realakt kann man nicht anfechten, weder wegen Irrtums noch wegen arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung. Für die beiden letzteren Fälle wird als Ausweg die nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage nach § 5 KSchG eröffnet³³. Da die Zulassung nach § 5 wie eine Klage innerhalb der Drei-Wochen-Frist zu behandeln ist³⁴, fällt der Anspruch weg, womit auch der „Realakt“ gegenstandslos ist. Was bleibt ist allerdings die Schwierigkeit, dass für die nachträgliche Klagezulassung eine absolute Höchstfrist von einem halben Jahr gilt, während sich der Anfechtungsberechtigte nach § 124 BGB ein Jahr Zeit lassen kann, nachdem die Täuschung entdeckt bzw. die Drohung wirkungslos geworden ist.

cc) *Weitere Probleme.* Die Liste der Probleme lässt sich verlängern. Wer Freude am Konstruieren hat, kann sich einen Arbeitgeber vorstellen, der von seinem Arbeitnehmer arglistig über bestimmte Vorgänge getäuscht wurde, die eine fristlose Kündigung gerechtfertigt hätten. Ficht der Arbeitgeber an, so verliert zwar die inzwischen gezahlte

Abfindung ihren Rechtsgrund, doch existiert auch die erklärte Kündigung nicht mehr. Der nunmehr erfolgende Rückgriff auf § 626 BGB kann das Arbeitsverhältnis aber nicht mit Rückwirkung beseitigen³⁵. Was passiert, wenn der Arbeitnehmer in der Zwischenzeit konkludent seine Arbeitsleistung angeboten hat? Könnte man Kündigung und Abfindungsvereinbarung trennen, würde man die Anfechtung auf Letztere beschränken, doch ist dies auch im Modell des § 1 a KSchG möglich? Da es sich um ein einheitliches Rechtsgeschäft handelt, erscheint dies höchst zweifelhaft. Wahrscheinlich würde man einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach § 615 BGB unter Hinweis auf § 242 BGB abwehren können – aber auf sicherem Grund bewegt man sich hier nicht.

c) *Die Annahme eines Vertrags als der einfachere Weg.* Die aktuellen und potenziellen Kontroversen dienen nicht dem Ziel, eine „einfach zu handhabende, moderne und unbürokratische Alternative“ zum Kündigungsschutzprozess zu schaffen³⁶. Jeder Fehler, den der Arbeitgeber im Rahmen des § 1 a macht, und jeder Willensmangel auf der einen wie auf der anderen Seite kann zu schwer abschätzbaren Konsequenzen führen. Dies legt die Frage nahe, ob nicht die bisher zu Grunde gelegte „Zwei-Schienen-Theorie“ durch eine „Ein-Schienen-Theorie“ zu ersetzen ist, wonach auch im Rahmen des § 1 a ein Vertrag geschlossen wird. In der Literatur hat insbesondere Preis mit eingehender Begründung diesen Standpunkt vertreten³⁷; auch Löwisch hat sich für ein rechtsgeschäftliches Konzept entschieden³⁸. Ihre Übernahme würde die Lösung vieler Probleme vereinfachen.

Was die Falschberechnung betrifft, so wäre der Arbeitgeber an den von ihm genannten Betrag gebunden. Rechenfehler oder eine unrichtige Handhabung des § 10 III KSchG wären nichts anderes als interne Kalkulationsirrtümer, die in seiner Sphäre liegen und nicht zur Anfechtung berechtigen³⁹. Nur dann, wenn dem Arbeitnehmer die Berechnung im Einzelnen dargelegt würde und dabei erkennbar ein Rechenfehler aufgetreten wäre, würde die wahre Summe und nicht die fehlerhaft ermittelte gelten. Fiel der Betrag geringer aus als die 0,5 Monatsgehälter, steht es dem Arbeitnehmer frei, das Angebot nicht zu akzeptieren und innerhalb von drei Wochen Klage zu erheben. Kommt ein höherer als der gesetzliche Betrag zu Stande, kann sich der Arbeitnehmer auf diese Zusage verlassen und den Arbeitgeber beim Wort nehmen.

Wird das gesetzliche Modell in formeller Hinsicht oder inhaltlich bewusst verlassen, liegt gleichwohl ein wirksames

24) Bader, NZA 2004, 65; Grobys, DB 2003, 2174; Willemsen/Annub, NJW 2004, 177; wohl auch Thising/Stelljes, BB 2003, 1677; a. A. jedoch Löwisch, NZA 2003, 694 und mit eingehender Begr. Preis, DB 2004, 70 (71) sowie nunmehr Bauer/Krieger, NZA 2004, 77.

25) Bader, NZA 2004, 65; Grobys, DB 2003, 2174.

26) S. Fußn. 25.

27) Vgl. Preis, DB 2004, 70 (72), der den Ausgangspunkt aber selbst nicht teilt.

28) Maschmann, AuA 2001, 11.

29) Meinel, DB 2003, 1439.

30) Maschmann, AuA Heft 10/2003, 10.

31) Vgl. Preis, DB 2004, 70 (73).

32) Bader, NZA 2004, 65 (70, 72); Grobys, DB 2003, 2174 und 2176.

33) Bader, NZA 2004, 65.

34) S. o. Fußn. 18.

35) Fischermeier, in: KR, 6. Aufl. (2002), § 626 Rdnr. 24; Däubler, in: Kötter/Däubler/Zwanziger (o. Fußn. 6), § 626 BGB Rdnr. 15.

36) So aber das berechnete gesetzgeberische Anliegen, BT-Dr 15/1204 S. 12.

37) Preis, DB 2004, 70 ff.

38) Löwisch, NZA 2003, 694. Ebenso nunmehr Bauer/Krieger, NZA 2004, 77.

39) Däubler, BGB kompakt, 2. Aufl. (2003), Kap. 9 Rdnrn. 34f.; Lorenz/Wolf, Allg. Teil, 8. Aufl. (1997), § 36 Rdnrn. 70 ff. S. auch Kramer, in: MünchKomm, Bd. 1, 4. Aufl. (2001), § 119 Rdnrn. 85 ff.

rechtsgeschäftliches Angebot vor, das nicht erst im Wege einer immer mit Unsicherheiten behafteten Umdeutung nach § 140 BGB konstruiert werden muss. Der Arbeitnehmer nimmt dieses Angebot dadurch an, dass er untätig bleibt und keine Klage erhebt, sich also genauso wie in § 1 a beschrieben verhält.

Bei Willensmängeln ist schließlich nach den allgemeinen Grundsätzen zu verfahren, so dass beide Seiten gegebenenfalls auch nach § 119 BGB anfechten können. Dass die sechs-Monats-Frist des § 5 II KSchG und die Jahresfrist des § 124 BGB nicht aufeinander abgestimmt sind, bleibt als Problem erhalten. Soweit – wie in der Regel – die Voraussetzungen des § 826 BGB gegeben sind, steht dem Getäuschten oder Bedrohten ein Schadensersatzanspruch zu, der allerdings nach Ablauf der sechs Monate wegen der Fiktion des § 7 KSchG nicht auf Naturalrestitution im Sinne einer Rückgängigmachung der Kündigung, sondern nur auf Geldersatz gehen kann.

d) *Einwände.* Die „Ein-Schienen-Theorie“ stößt auf verschiedene Bedenken. Zum einen spricht der Gebrauch des Wortes „Hinweis“ in § 1 a I gegen eine Willenserklärung, doch ist zu bedenken, dass es sich dabei um die einzige Erklärung handelt, die der Arbeitgeber abgeben muss, wenn er eine Abfindungslösung anbietet. Das bedeutet, dass er auf diese Weise bewusst eine Rechtsfolge herbeiführen will und so den Tatbestand einer Willenserklärung verwirklicht.

Zum Zweiten kann man sich Fälle vorstellen, in denen beim Arbeitnehmer jeder empirisch belegbare rechtsgeschäftliche Wille fehlt. Von *Willemsen/Annuf*⁴⁰ wurde etwa das Beispiel gebildet, dass der Arbeitnehmer für sechs Wochen in Urlaub fährt, das Kündigungsschreiben aber in den ersten Tagen des Urlaubs durch Einwurf in den Hausbriefkasten zugeht. Innerhalb der Klagfrist fehlt hier ersichtlich jede Willensbildung und Willensbetätigung. Daraus folgt jedoch kein wirkliches Gegenargument, da es letztlich nur darauf ankommt, wie sich das Verhalten einer Person für die andere Seite darstellt⁴¹. *Preis*⁴² hat überzeugend begründet, dass unter den hier relevanten Umständen das Verstreichenlassen der Klagfrist als konkludente Willenserklärung zu werten ist. Die Situation stelle sich insoweit nicht anders dar, als zum Beispiel beim kaufmännischen Bestätigungsschreiben, bei dem niemand auf den Gedanken verfallen würde, die vorübergehende Abwesenheit des Empfängers und seine dadurch bewirkte Unkenntnis stehe dem Zustandekommen des Vertrags im Wege. Auch eine Anfechtung wegen Inhaltsirrtums ist insoweit ausgeschlossen⁴³.

Der dritte Einwand besteht darin, dass § 1 a KSchG auf diese Weise zu einer relativ unbedeutenden Vorschrift wird, weil im Grunde auch ohne seine Existenz nichts Abweichendes gelten würde. Dies ist richtig und wurde auch schon vor seiner Verabschiedung so gesehen⁴⁴, doch teilt die Vorschrift damit das Schicksal anderer Bestimmungen, die nur subsidiär eingreifen, wenn keine andere Abmachung getroffen wurde. Das bedeutet:

Gibt der Arbeitgeber im Kündigungsschreiben die in § 1 a I genannten Hinweise, kommt bei unterbleibender Klage automatisch der in seiner Höhe durch § 1 a II definierte Abfindungsanspruch zu Stande. Die Erleichterung liegt darin, dass sich der Arbeitgeber mit einem Hinweis auf „das Ihnen gesetzlich Zustehende“ begnügen kann und der Arbeitnehmer nicht reagieren muss, ohne dass lange Erwägungen notwendig sind, wie sein Verhalten zu werten ist. Möglicherweise wäre es sinnvoller gewesen, einfach an das Vorliegen eines (in welcher Form auch immer) abgegebenen Abfindungsangebots anzuknüpfen und für den Fall einer unterbleibenden Klage „im Zweifel“ ein halbes Mo-

natsgehalt als geschuldet anzusehen. Damit wären der Natur des dispositiven Rechts entsprechend in weiterem Umfang Lücken gefüllt als durch die aktuelle Fassung des § 1 a – gegenstandslos wird er deshalb jedoch nicht. Ein bescheidener Anwendungsbereich ist allemal besser als ein Sack voller Probleme.

4. Steuer- und Sozialrecht

Steuerrechtlich genießt die Abfindung nach § 1 a KSchG die Privilegien der §§ 3 Nr. 9, 34 i. V. mit 24 I lit. b EStG⁴⁵. Beiträge zur Sozialversicherung sind nicht abzuführen⁴⁶. Ein beträchtliches Maß an Rechtsunsicherheit besteht bei der Frage, ob die Agentur für Arbeit gegen den die Kündigung ohne Gegenwehr hinnehmenden Arbeitnehmer eine Sperrfrist verhängen darf. Insoweit wäre eine Klarstellung höchst wünschenswert gewesen⁴⁷. Leider ist sie nicht erfolgt. Nach der Rechtsprechung des *BSG*⁴⁸ ist die Frage klar zu verneinen, da keine aktive Mitwirkung des Arbeitnehmers am Verlust seines Arbeitsplatzes vorliegt⁴⁹. Die Schwierigkeit besteht jedoch darin, dass die Dienstanweisung der Bundesagentur für Arbeit dem nicht Rechnung trägt, sondern eine Sperrfrist dann vorsieht, wenn der Arbeitnehmer die Rechtswidrigkeit der Kündigung erkannt hat oder wenn diese offensichtlich ist⁵⁰. In der Praxis kann man einem Arbeitnehmer daher nur dann zur Abfindungslösung nach § 1 a raten, wenn den Umständen nach eine Kündigungsschutzklage wenig Aussicht auf Erfolg hätte.

5. Rechtspolitische Würdigung

Ob § 1 a effektiv sein Ziel erreicht, die Transaktionskosten zu senken, wird man bezweifeln müssen. Der Klageweg wahrt die Chance auf eine Abfindung auch dann, wenn das Arbeitsverhältnis während des Laufs der Kündigungsfrist außerordentlich gekündigt wird. Ein erreichter Vergleich bringt überdies einen vollstreckbaren Titel, den § 1 a nicht zu bieten vermag⁵¹. Wird der Arbeitgeber nach Auslaufen der Kündigungsfrist insolvent, wird der sich auf § 1 a verlassende Arbeitnehmer einfacher Insolvenzgläubiger, während der aktiv Prozessierende die Chance auf einen Vergleich mit dem Insolvenzverwalter und damit auf die Erlangung einer Forderung gegen die Masse hat⁵². Die zahlreichen hier skizzierten Anwendungsprobleme werden daher voraussichtlich primär bei rechtlich nicht beratenen Arbeitnehmern eine Rolle spielen, die nach Ablauf der Klagfrist ihre Ansprüche geltend machen wollen, sowie in Fällen, in denen der Arbeitnehmer geringe Chancen im Kündigungsschutzprozess hat, ihm aber gleichwohl eine Abfindung angeboten wird. Der gewünschte Entlastungseffekt der Arbeitsgerichte kann nur eintreten, wenn § 1 a in der Praxis als Appell wahrgenommen und aufgegriffen wird, mehr als bisher Lösungen im Konsens zu suchen. Dabei sollte man aber nicht unbedingt den von § 1 a vorgezeichneten Weg wählen.

40) NJW 2004, 177.

41) Vgl. *Larenz/Wolf* (o. Fußn. 39), § 28 Rdnr. 53.

42) DB 2004, 70 (71).

43) *Mehaus*, Allg. Teil, 8. Aufl. (2002), Rdnr. 442.

44) *Thüsing*, NJW 2003, 1990: Entsprechende Abmachungen sind jetzt schon „gang und gäbe“.

45) S. statt aller *Willemsen/Annuf*, NJW 2004, 177; *Zwanziger*, in: *Kittner/Däubler/Zwanziger* (o. Fußn. 6), § 1 a Rdnr. 26.

46) *Maschmann*, AuA 2003, 11.

47) Dafür bereits *Thüsing/Stelljes*, BB 2003, 1678.

48) NZS 2003, 271.

49) Ebenso *Bahr*, NZA 2004, 65; *Preis*, DB 2004, 76; *Willemsen/Annuf*, NJW 2004, 177.

50) Im Wortlaut wiedergegeben bei *Preis*, DB 2004, 76.

51) *Preis*, DB 2004, 75.

52) Vgl. *Lorenz*, NZA 2003, 694.

III. Soziale Auswahl nach neuen Regeln

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 Gewicht⁵³.

Betrachtet man ausschließlich den Wortlaut des § 1 III 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 Angehöriger⁵⁴. 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 aus⁵⁵. „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. Zum zweiten hat das *BVerfG* aus Art. 12 I GG die Pflicht des Gesetzgebers bzw. des an seiner Stelle handelnden Richters abgeleitet, auf die soziale Situation der von Kündigungen Betroffenen Rücksicht zu nehmen⁵⁶. Dies ist für ältere, für schwerbehinderte und für allein erziehende sowie für „in ähnlicher Weise betroffene“ Arbeitnehmer ausdrücklich betont worden⁵⁷. Es wäre daher schwerlich mit Art. 12 I 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 doch den Weg für eine verfassungskonforme Interpretation gewiesen: Die vier Grunddaten müssen in der Weise „offen“ interpretiert werden, dass sie die besondere Betroffenheit eines Arbeitnehmers mitberücksichtigen⁵⁸. 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 berücksichtigen⁵⁹. Ob man das Einkommen des Ehegatten als Faktor berücksichtigen kann, der die soziale Schutzbedürftigkeit mindert, ist vom BAG zum bisherigen Recht bejaht, gleichzeitig allerdings mit Grenzen versehen worden: Niemand dürfe allein wegen seiner familiären Situation gekündigt werden, da das gegen Art. 6 I GG verstoßen würde⁶⁰. Nach neuem Recht wird dies nicht grundsätzlich anders zu beurteilen sein, da der verdienende Ehegatte oder Partner auf der einen Seite Existenz und Stellenwert der Unterhaltspflichten mindert, andererseits aber nicht zum Anlass genommen werden darf, dass im hypothetischen Fall übereinstimmender Sozialdaten automatisch derjenige gekündigt wird, der anders als ein Lediger über eine familiäre Auffangstruktur verfügt. Die verfassungsrechtlichen Vorgaben sind auch insoweit zu wahren⁶¹. Nur eine solche verfassungskonforme Auslegung verhindert überdies, dass § 1 IV KSchG zu einer ungewollten Einschränkung des Spielraums der Betriebsparteien führt: Würde man die vier Kriterien eng interpretieren, wären alle Auswahlrichtlinien in Frage gestellt, die einer verbreite-

ten Praxis entsprechend weitere Gesichtspunkte berücksichtigen.

Inwieweit die Auswahlkriterien diskriminierenden Charakter haben, ist bislang nicht abschließend erörtert. So könnte man die Frage stellen, ob in der Berücksichtigung der Unterhaltspflicht nicht eigentlich eine mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts zu sehen ist, da Männer im statistischen Mittel häufiger als Frauen auf den Schutzfaktor „Unterhaltspflicht“ verweisen können. Allerdings dürfte eine Rechtfertigung mit geschlechtsneutralen sozialpolitischen Erwägungen unschwer möglich sein. Das Abstellen auf das Lebensalter lässt sich zwar als Diskriminierung i. S. des Art. 2 II der Gleichbehandlungsrichtlinie vom 27. 11. 2000 qualifizieren⁶², doch ist eine Rechtfertigung mit Art. 6 I 2 lit. a der Richtlinie („Schutz älterer Arbeitnehmer“) kaum von der Hand zu weisen⁶³.

2. Herausnahme bestimmter Personen

a) *Das berechnete 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 Systematik⁶⁴ und ist auch im Ausschussbericht ausdrücklich hervorgehoben worden⁶⁵.

In der Literatur ist davon die Rede, dass die Weiterbeschäftigung der fraglichen Person in nachvollziehbarer Weise dem Betrieb nütze⁶⁶, dass der Vorteil von einigem Gewicht sein und sich im Unternehmensergebnis niederschlagen müsse⁶⁷. Dabei darf aber nicht allein das betriebliche Interesse gesehen werden. Dieses muss vielmehr – wie das BAG zu Recht betont hat⁶⁸ – ein „berechtigtes“ sein, also das Zurücktreten der Interessen des sozial schwächeren Arbeitnehmers rechtfertigen können. Je schwerer dabei das soziale Interesse wiege, um so gewichtiger müssten die Gründe für die Ausklammerung einer bestimmten Person sein⁶⁹. Der dagegen erhobene Einwand, die Abwägung führe zu kaum löslichen Schwierigkeiten, da unvergleichbare Dinge in die beiden Waagschalen gelegt werden müssten⁷⁰, 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

53) Bader, NZA 2004, 65.

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

55) BT-Dr 15/1204 S. 11.

56) *BVerfGE* 84, 133 (154) = NJW 1991, 1667.

57) *BVerfGE* 84, 133 (Ls. 3) = NJW 1991, 1667.

58) S. weiter *BVerfGE* 92, 140 (157) = NZA 1996, 619, wonach Art. 12 I GG verlangt, alle Umstände zu berücksichtigen, die im Zeitpunkt einer Kündigung erkennbar sind.

59) Weitere Anwendungsfälle bei *Kittner*, in: *Kittner/Däubler/Zwanziger* (o. Fußn. 6), § 1 KSchG Rdnr. 477.

60) BAG, NZA 2003, 791.

61) Wie hier im Ansatz *Ascheid*, RdA 1997, 333 (336); *Kittner*, AuR 1997, 182 (183); a. A. *Löwisch*, NZA 2003, 691; *Bader*, NZA 2004, 65.

62) ABIEG v. 2. 12. 2000 Nr. L 303, S. 16; zu ihrer Verbindlichkeit nach Ablauf der Umsetzungsfrist s. *Thüsing*, NJW 2003, 3441.

63) *Linsemaier*, Sonderbeil. zu RdA 2003, 32.

64) So auch BAG, NZA 2003, 44 zu dem zwischen 1996 und 1998 geltenden Recht.

65) BT-Dr 15/1587 S. 27.

66) Bader, NZA 2004, 65.

67) *Willemsen/Annuf*, NJW 2004, 177.

68) BAG, NZA 2003, 43.

69) BAG, NZA 2003, 43. Nach Auffassung der Bundesregierung, die in den Bericht des Bundestagsausschusses für Wirtschaft und Arbeit aufgenommen wurde (BT-Dr 15/1587, S. 27), ist gerade die vom BAG praktizierte Interessenabwägung ein entscheidendes Mittel, damit nicht das Regel-Ausnahme-Verhältnis in § 1 III in sein Gegenteil verkehrt wird.

70) *Willemsen/Annuf*, NJW 2004, 177.

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 die berechtigten betrieblichen Interessen. Zum einen geht es um Personen, die wegen ihrer Kenntnisse, Fähigkeiten und Leistungen weiterbeschäftigt werden sollen⁷¹. Sehr viel mehr Anwendungsprobleme als diese „Leistungsträgerklausel“ schafft die als zweites Beispiel gegebene „Sicherung einer ausgewogenen Personalstruktur des Betriebes“.

b) *Insbesondere: Die ausgewogene Personalstruktur.* Einigkeit besteht zunächst darüber, dass anders als in § 125 I 1 Nr. 2 InsO die „Schaffung“ einer ausgewogenen Personalstruktur keine Ausnahme von der sozialen Auswahl rechtfertigen kann⁷². Eine verfehlte Personalpolitik darf nicht anlässlich eines Personalabbaus zu Lasten der Arbeitnehmer korrigiert werden.⁷³ Auch die amtliche Begründung des Regierungsentwurfs spricht davon, es gehe um die Erhaltung der Zusammensetzung der Belegschaft „so wie sie aufgebaut ist“⁷⁴. Umstritten ist, ob der Ausnahmetatbestand auch dann eingreift, wenn die Personalstruktur bereits unausgewogen ist und durch Anwendung der Kriterien über die soziale Auswahl eine weitere Verschlechterung (etwa eine noch stärkere Überalterung) drohen würde⁷⁵.

Die „Personalstruktur“ ist nicht mit der Altersstruktur identisch⁷⁶. Vielmehr geht es um die Zusammensetzung der Belegschaft nach bestimmten Eigenschaften, zu denen außer dem Alter z. B. das Geschlecht, die Leistungsstärke, aber auch die gezeigte Vertragstreue gehören soll. So wird etwa von einem nicht ganz unwichtigen Autor dem Arbeitgeber das Recht eingeräumt, die Belegschaft in drei Gruppen einzuteilen, von denen die erste keine Abmahnung, die zweite nur eine Abmahnung und die dritte mehrere Abmahnungen im Laufe der letzten zwei Jahre erhalten hat⁷⁷. Inwiefern ein (ja immer vorausgesetztes) betriebliches Interesse an der Weiterbeschäftigung gerade auch der weniger Korrekten besteht, wird allerdings nicht expliziert. Etwas polemisch könnte man von einem „Schlamperprivileg“ sprechen.

Die Rechtsprechung des BAG hatte sich – soweit ersichtlich – bisher nur mit dem Fall der altersmäßigen Ausgewogenheit zu befassen⁷⁸. 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 „Großmütterneneration“ gestellt werden sollten. In der Tat lässt sich allem damit eine partielle Zurücknahme der Schutzwirkung von „Lebensalter“ und „Dauer der Betriebszugehörigkeit“ rechtfertigen: geht es um einen ganz normalen Produktionsbetrieb, 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.

3. Übergangsprobleme

Wendet man das neue Recht auf alle nach dem 31. 12. 2003 zugegangenen Kündigungen an, so kann der Fall eintreten, dass im Rahmen eines Personalabbaus die Auswahl noch unter dem alten Recht getroffen wurde, wegen der unterschiedlichen Fristen nach § 622 BGB die Kündigungen aber zum Teil im Jahre 2003, zum Teil im Jahre 2004 ausgesprochen wurden. Angesichts der Veränderungen im Rahmen des § 1 III KSchG lassen sich nicht die alten wie die neuen Grundsätze gleichermaßen anwenden. Bei derartigen zeitlich gestreckten Maßnahmen wird man deshalb schon aus Gründen der Rechtssicherheit auf die Gesetzesfassung abstellen müssen, die im Zeitpunkt der ersten Kündigungen galt.

IV. Kollektivvertragliche Modifikationen, insbesondere durch die so genannte Namensliste

1. Gewichtung der sozialen Gesichtspunkte

Nach § 1 IV 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 III 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 werden⁷⁹.

Der Spielraum der Betriebsparteien wird dadurch etwas erweitert, dass die vier Grunddaten des § 1 III 1 ihrerseits eine Binnendifferenzierung erfahren⁸⁰. Nicht einbezogen ist jedoch die Abgrenzung des Personenkreises, der im Einzelfall für die soziale Auswahl in Betracht kommt. Dies ist in der Literatur nachhaltig kritisiert worden⁸¹, doch besteht auch angesichts der Begründung zum Regierungsentwurf⁸² kein Zweifel, dass insoweit § 1 IV keine Gestaltungsmöglichkeiten eröffnet. Auch die Tragweite der Ausnahmen nach § 1 III 2 ist nicht erfasst⁸³. Bestehende Regelungen sind in vollem Umfang am Maßstab der gesetzlichen Vorgaben zu überprüfen.

2. Namensliste

§ 1 V 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

71) Einzelheiten bei Kittner, in: Kittner/Däubler/Zwanziger (o. Fußn. 6), § 1 KSchG Rdnrn. 495 ff.

72) BAG, NZA 2001, 604 (zu dem zwischen 1996 und 1998 geltenden Recht); Bader, NZA 2004, 65; Thüsing/Stelljes, BB 2003, 1675; Willemssen/Annulf, NJW 2004, 177.

73) Preis, NZA 2003, 705.

74) BT-Dr 15/1204 S. 11.

75) Kittner, AuR 1997, 189; Thüsing/Stelljes, BB 2003, 1675; Zwanziger, BB 1997, 627 u. a.

76) Eitel, in: KR, 5. Aufl. (1998), § 1 KSchG Rdnr. 656.

77) Eitel, in: KR (o. Fußn. 76), § 1 KSchG Rdnr. 661.

78) BAG, NZA 2001, 601.

79) Die Überprüfung am Maßstab sonstigen GesetzesR wie z. B. der Diskriminierungsverbote bleibt selbstverständlich erhalten.

80) S. oben III 1.

81) Bader, NZA 2004, 65; Louisch, NZA 2003, 691; Thüsing/Stelljes, BB 2003, 1676; Willemssen/Annulf, NJW 2004, 177.

82) BT-Dr 15/1204 S. 11.

83) Bader, NZA 2004, 65.

zusammenhängenden Fragen sollen 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 zu Stande kommt. Nicht erfasst sind daher Unternehmen mit bis zu 20 Beschäftigten, aber auch Tendenzbetriebe, die § 118 I BetrVG vom Interessenausgleich ausnimmt⁸⁴. Im öffentlichen Dienst und in kirchlichen Einrichtungen ist eine Namensliste gleichfalls ausgeschlossen, da § 111 BetrVG dort nicht anwendbar ist.

Die Namensliste ist auch im Anwendungsbereich des § 111 BetrVG genau wie der Interessenausgleich als solcher nicht erzwingbar⁸⁵.

b) *Rechtsfolgen.* Befindet sich ein Arbeitnehmer auf der Namensliste, so wird vermutet, dass seine Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse im Sinne von § 1 II KSchG bedingt ist. Dies zu widerlegen wird schwer möglich sein. In Betracht kommen allerdings Fälle einer missbräuchlichen Unternehmerentscheidung⁸⁶ 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 verneint⁸⁷. Nach der Rechtsprechung wird auch vermutet, dass im Betrieb keine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit besteht⁸⁸. 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. Auch das Argument, die Kündigung sei nach § 613 a IV BGB unwirksam, wird dem Arbeitnehmer nicht abgeschnitten; dies folgt schon aus einem Gegenschluss aus § 128 II InsO⁸⁹.

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 III 2 ausgenommen wurde⁹⁰. Das BAG hat es bisher immer dahinstehen lassen, ob auch dieser letztere Fall erfasst ist⁹¹.

„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“⁹². Dasselbe gilt dann, wenn bei der Herausnahme einzelner Personen keine Abwägung zwischen den betrieblichen Interessen und den Interessen des betroffenen Arbeitnehmers erfolgte⁹³.

c) *Auskunftsanspruch des Gekündigten.* Auch im Falle einer Namensliste hat der Arbeitgeber nach § 1 III 1 Halbs. 2 KSchG dem Arbeitnehmer auf Verlangen die Gründe anzugeben, die zu der getroffenen sozialen Auswahl geführt haben. Dies ist vom BAG zu dem zwischen 1996 und 1998 geltenden Recht ausdrücklich betont⁹⁴ und auch im Bericht des Bundestagsausschusses für Wirtschaft und Arbeit hervorgehoben worden⁹⁵. Daraus wird deutlich, dass die Namensliste nicht etwa schon durch ihre bloße Existenz die Kündigungen rechtfertigen kann; vielmehr muss sie sich auf soziale Kriterien stützen, die die getroffenen Entscheidungen tragen. Dies kann ein Punkteschema i. S. des § 1 IV 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 legen⁹⁶. Die Beschrän-

kung 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 Anwendung der einmal gefundenen Einigung unterliegt demgegenüber der vollen richterlichen Prüfung. Beruht beispielsweise die Namensliste auf einem der 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 Punktezah 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 anerkannt⁹⁷. 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“ besitzen⁹⁸. Das Erfordernis der immanenten Schlüssigkeit der Namensliste verhindert so, dass entgegen den Grundsätzen des *BVerfG*⁹⁹ unter Verstoß gegen Art. 12 I 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 I BetrVG und wird – soweit ersichtlich – auch von niemandem bestritten¹⁰⁰. Die Namensliste substituiert dem gegenüber 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 V 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

84) *Willemsen/Annauß*, NJW 2004, 177.

85) Für Einlassungszwang de lege ferenda *Bauer*, NZA 2003, 705.

86) *Dazu BAG*, NZA 2003, 549.

87) *BAG*, NZA 2003, 789.

88) *BAG*, NZA 1998, 933.

89) *Gaul*, Aktuelles ArbeitsR., Bd. 2, 2003, S. 321.

90) *BT-Dr 15/1204* S. 12.

91) Zuletzt *BAG*, NZA 2003, 43.

92) So *BAG*, NZA 2000, 531.

93) *BAG*, NZA 2003, 43.

94) *BAG*, NZA 2003, 43.

95) *BT-Dr 15/1587*, S. 30.

96) *BAG*, NZA 2000, 531.

97) *Reiner Müller*, in: *Smid* (Hrsg.), *Komm. z. InsO*, 2001, § 125 Rdnr. 4; *Eickmann u. a.*, *Heidelberger Komm. z. InsO*, 2. Aufl. (2001), § 125 Rdnrn. 13 ff.; *Däubler*, in: *Kittner/Däubler/Zwanziger* (o. Fußn. 6), § 125 InsO Rdnr. 10.

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

99) *BVerfG*, NZA 1998, 470.

100) S. statt aller *BAG*, NZA 2002, 688.

trotz der Kompetenz des Gesamtbetriebsrats für den Interessenausgleich die Zuständigkeit für den Abschluss des Sozialplans bei den Einzelbetriebsräten bleibt¹⁰¹.

e) *Erstreckung auf die Änderungskündigung?* Wie die Formulierung des § 125 I 1 Nr. 1 InsO deutlich macht, kann sich die Namensliste in der Insolvenz auch auf Änderungskündigungen beziehen. Eine entsprechende Regelung fehlt in § 1 V KSchG, so dass insoweit eine Beschränkung auf die Beendigungskündigung anzunehmen ist¹⁰². Dies wird durch § 2 KSchG bestätigt, der § 1 V KSchG nicht in Bezug nimmt.

V. Zusammenfassung

Das Kündigungsschutzrecht ist durch die Neuregelung keineswegs unkomplizierter geworden. § 1a KSchG steht in der Gefahr, mehr rechtsdogmatische Kontroversen als faktischen Nutzen zu stiften. Die Rückkehr zur alten Sozialauswahl und zur Namensliste kann im Einzelfall den Kündigungsschutz älterer Arbeitnehmer mit langer Betriebszugehörigkeit relativieren, ohne deshalb irgendeinen sichtbaren Anreiz für mehr Einstellungen zu schaffen. Im schlimmsten Fall vergrößert sich die Zahl jener Arbeitslosen, die als Ältere oder Leistungsgeminderte zu den Problemgruppen gehören.

101) Dazu BAG, NZA 2002, 688.

102) Ebenso Gaul (o. Fußn. 89), S. 323; Löwisch, NZA 2003, 692 (der de lege ferenda für die Übernahme von § 125 I 1 Nr. 1 InsO plädiert).

Gestaltungsspielraum bei Punkteschemata zur betriebsbedingten Kündigung

Von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht Dr. Björn Gaul, Köln, und Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht Dr. Stefan Lunk, Hamburg

Dieser Beitrag setzt sich mit den Anforderungen und dem Inhalt einer derartigen Betriebsvereinbarung auseinander und zeigt anhand von Beispielen den Gestaltungsspielraum der Betriebsparteien auf.

I. Einleitung

Konzern-, Gesamt- und Betriebsräte werden sich auch in Zukunft schwer tun, dem Abschluss einer Namensliste im Interessenausgleich zuzustimmen, die seit dem 1. 1. 2004 zu einer erheblichen Einschränkung der gerichtlichen Überprüfbarkeit betriebsbedingter Kündigungen führen wird. Deshalb dürfte die Vereinbarung eines Punkteschemas i. S. des § 1 IV KSchG für den Praktiker nach wie vor das probate Mittel sein, um das Risiko der Sozialauswahl abzusenken. Mit dem Inkrafttreten der Änderungen im Kündigungsrecht im Rahmen der Agenda 2010 lautet § 1 IV KSchG seit dem 1. 1. 2004 wie folgt:

Ist in einem Tarifvertrag, in einer Betriebsvereinbarung nach § 95 BetrVG oder in einer entsprechenden Richtlinie nach den Personalvertretungsgesetzen festgelegt, wie die sozialen Kriterien nach Absatz 3 Satz 1 im Verhältnis zueinander zu bewerten sind, so kann die Bewertung nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden

II. Begrenzung auf einzelne Sozialdaten

Als Konsequenz der in § 1 III 1 KSchG vorgenommenen Begrenzung der Sozialauswahl auf Alter, Betriebszugehörigkeit, Unterhaltungspflichten und Schwerbehinderung ist vom 1. 1. 2004 an die Möglichkeit gestrichen worden, durch eine Vereinbarung nach § 1 IV KSchG eine weitere Begrenzung der Sozialauswahl auf bestimmte Kriterien vorzunehmen. Diese Gestaltungsmöglichkeit, die angesichts der Vielseitigkeit der bis zum 31. 12. 2003 im Rahmen der Sozialauswahl zu berücksichtigenden Kriterien¹ noch notwendig war², ist bei einer Begrenzung der Sozialauswahl auf nur noch vier Gesichtspunkte entbehrlich. Entsprechend der Bewertung von § 1 IV KSchG i. d. F. bis zum 31. 12. 1998³ müssen folgerichtig alle vier Kriterien im Rahmen des Punkteschemas Berücksichtigung finden⁴.

Bei der Feststellung des Lebensalters dürften in der Praxis keine Probleme bestehen. Sollte dies gleichwohl, etwa bei Zweifeln am Geburtsdatum älterer Arbeitnehmer geschehen, wird man entsprechend § 33 a SGB I auf das Geburtsdatum abstellen können, das sich aus der ersten Angabe des Arbeitnehmers gegenüber einem Sozialleistungsträger oder – soweit es sich um eine Angabe im Rahmen des SGB IV handelte – gegenüber dem Arbeitgeber ergibt. Hiervon darf nur dann abgewichen werden, wenn ein offenkundiger Schreibfehler vorliegt, oder sich aus einer Urkunde, deren Original vor dem Zeitpunkt der vorstehend genannten Angaben gegenüber dem Sozialleistungsträger bzw. dem Arbeitgeber ausgestellt worden ist, ein anderes Geburtsdatum ergibt.

Für die Dauer der Betriebszugehörigkeit ist nicht allein die Zeitspanne, in der ein Arbeitnehmer in demselben Betrieb arbeitet, maßgeblich. Wie das BAG noch einmal im Urteil vom 6. 2. 2003⁵ bestätigt hat, ist vielmehr die Beschäftigung bei demselben Arbeitgeber entscheidend, auch wenn sie in verschiedenen Betrieben erfolgt. Denn auch mit einer nicht allein an den Betrieb anknüpfenden, sondern arbeitgeberbezogenen Bindung, sind wirtschaftliche und soziale Wirkungen verbunden, die im Rahmen der Sozialauswahl berücksichtigt werden sollen. Insoweit ist nicht nur die aktuelle Dauer der Betriebszugehörigkeit maßgeblich. Es sind vielmehr auch frühere Beschäftigungen bei demselben Arbeitgeber auf die Wartezeit anzurechnen, wenn das neue Arbeitsverhältnis in engem sachlichen Zusammenhang mit dem früheren steht⁶. Die zur Berechnung der Wartezeit nach § 1 I KSchG entwickelten Grundsätze können insoweit übertragen werden⁷.

Soweit im Tarifvertrag „Beschäftigungszeiten“ definiert werden, spielt dies für die kündigungsschutzrechtliche Bewertung keine Rolle, denn mit solchen Begriffen werden eigenständige Voraussetzungen für die Inanspruchnahme tarifvertraglicher Rechte und Pflichten gesetzt. So kann sich die Höhe von Lohn oder Gehalt, die Vornahme eines Beschäftigungsjahressprungs, der Anspruch auf eine Jubiläumsumzahlung oder die Länge der Kündigungsfrist nach sol-

1) Hierzu eingehend vgl. Eitzel, in: KR, § 1 KSchG Rdnrn. 674 ff.; v. Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, 13. Aufl. (2002), § 1 Rdnrn. 462 ff.

2) Vgl. hierzu nur LAG Düsseldorf (20. 3. 2000), NZA-RR 2000, 421 (422 f.); abw. Daubler, NJW 1999, 601 (603), der eine solche Begrenzung in der bis zum 31. 12. 2003 geltenden Fassung für ausgeschlossen hielt.

3) Vgl. Huck/v. Hoyningen-Huene, KSchG, 12. Aufl. (1997), § 1 Rdnr. 482.

4) Ebenso Gaul/Bonami, ArbRB 2003, 177 (178).

5) NZA 2003, 1295 O = NJOZ 2003, 3116 = EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 51, S. 3 f.

6) BAG (27. 6. 2002), NZA 2003, 145 (146).

7) Ebenso BAG (20. 8. 1998), NZA 1999, 314 (315); LAG Niedersachsen (25. 11. 2002), NZA-RR 2003, 531 (534); v. Hoyningen-Huene/Linck (o. Fußn. 1), § 1 KSchG Rdnr. 467 a; Ascheid/Preis/Schmidt (APS)/Kiel, § 1 KSchG Rdnr. 707.