

Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Die gesetzliche (Neu)Regelung
3. Auswirkungen auf die Praxis
4. Rechtsprechungs-ABC
 - 4.1 Abgestufte Darlegungs- und Beweislast
 - 4.2 Darlegungs- und Beweislast
 - 4.3 Ersatzeinstellungen
 - 4.4 Nur "(Alt-)Arbeitnehmer"
 - 4.5 Stichtagsregelung
 - 4.6 Wegfall des Besitzstandes

Information

1. Allgemeines

Der **Gesetzgeber** hat das **KSchG** für die Zeit **nach dem 31.12.2003** etwas **arbeitgeberfreundlicher** gestaltet. Die **Mindest-Arbeitnehmerzahl** für KSchG-freie Kündigungen wurde von fünf auf zehn angehoben. Das hat dazu geführt, dass **Kleinbetriebe mit maximal zehn Arbeitnehmern** aus dem Anwendungsbereich des KSchG herausfielen und Arbeitgeber es seitdem ein wenig leichter haben, sich von Mitarbeitern zu trennen. Sie brauchen dafür **keinen KSchG-Kündigungsgrund** mehr. Kündigungen in Kleinbetrieben brauchen - auch wenn es dort einen gewissen **Mindestschutz** gibt - nicht sozial gerechtfertigt zu sein.

Praxistipp:

Arbeitgeber versuchen immer wieder, ihre Mitarbeiterzahl kleinzurechnen. Einige gründen sogar für jeden Betriebsteil oder Teilbetrieb eine eigene GmbH oder GmbH & Co.KG. Das ist handels- und steuerrechtlich kein Problem - arbeitsrechtlich hilft ihnen das aber nicht unbedingt weiter. Vermeidungsstrategien haben Grenzen, wo das KSchG umgangen werden soll.

Für Altfälle gilt grundsätzlich: Wer **vor dem 01.01.2004** KSchG-Kündigungsschutz nach der alten 5er-Regelung hatte, soll diesen **Kündigungsschutz nach dem 31.12.2003 behalten**. Der bis dahin aufgebaute **Bestandsschutz** darf nicht einfach nur wegen einer anderen Zählweise wegfallen. Aber: Der erdiente Kündigungsschutz bleibt bloß dann erhalten, wenn die **Kollegen**, deren **Zählwert** das KSchG anwendbar machten, im Zeitpunkt der Kündigung **noch die gleichen** sind wie am 31.12.2003. Nach Kündigung oder sonstigem Ausscheiden neu eingestellte Arbeitnehmer füllen den reduzierten "Altbestand" nicht mehr auf. Hier gibt es erst dann wieder KSchG-Kündigungsschutz, wenn die **10er-Grenze überschritten** ist.

2. Die gesetzliche (Neu)Regelung

Das **KSchG** sieht in seiner **bis zum 31.12.2003** geltenden Fassung vor, dass es nur in Betrieben /Verwaltungen anzuwenden ist, in denen in der Regel **mehr als fünf Arbeitnehmer** beschäftigt sind (zur Zählweise: Kündigungsschutz - Betriebsgröße). Für die Zeit **ab dem 01.01.2004** bestimmt § 23 Abs. 1 Satz 3 Halbs. 1 KSchG :

"In Betrieben und Verwaltungen, in denen in der Regel zehn oder weniger Arbeitnehmer ausschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten beschäftigt werden, gelten die Vorschriften des ersten Abschnitts mit Ausnahme der §§ 4 bis 7 und § 13 Abs. 1 Satz 1 und 2

nicht für Arbeitnehmer , deren Arbeitsverhältnis nach dem 31. Dezember 2003 begonnen hat".

Klartext: Wer ab dem 01.01.2004 ein Arbeitsverhältnis aufnimmt, hat nur dann KSchG-Kündigungsschutz , wenn er das Arbeitsverhältnis **in einem Betrieb mit mehr als zehn Leuten** aufnimmt (wobei wegen der Zählweise wieder auf das Stichwort Kündigungsschutz - Betriebsgröße verwiesen wird und der Betriebsbegriff im Stichwort Kündigungsschutz - Betrieb erläutert ist).

Das ist aber noch nicht alles: Damit Arbeitnehmer, die **nach der alten 5er-Regelung** noch **keinen Kündigungsschutz** hatten, nicht plötzlich Kündigungsschutz bekommen, wenn die Mitarbeiterzahl nach dem 31.12.2003 auf über fünf anwächst, heißt es in § 23 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 KSchG :

"diese Arbeitnehmer sind bei der Feststellung der Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer nach Satz 2 bis zur Beschäftigung von in der Regel zehn Arbeitnehmern nicht zu berücksichtigen."

Klartext: Ab dem 01.01.2004 eingestellte Mitarbeiter bringen ihren Kollegen, die vorher nach der 5er-Regelung noch keinen Kündigungsschutz hatten, erst dann Kündigungsschutz, wenn die **Arbeitnehmerzahl** nach dem 31.12.2003 **die 10er-Marke übersteigt** (s. auch hier zur Zählweise Kündigungsschutz - Betriebsgröße).

Natürlich sind Arbeitnehmer in Betrieben mit nicht mehr als

1. fünf (bis 31.12.2003) beziehungsweise
2. zehn (ab 01.01.2004)

Arbeitnehmern **nicht völlig rechtlos** gestellt. Zwar greift für sie der allgemeine KSchG-Kündigungsschutz nicht. **Gegenüber sitten- und treuwidrigen Kündigungen** werden aber auch Mitarbeiter in Kleinbetrieben geschützt. Zudem greifen für Sie auch **die Regeln des besonderen Kündigungsschutzes**, z.B. nach § 18 BEEG , § 9 MuSchG oder den §§ 85 ff. SGB IX (mehr dazu in den Stichwörtern Kündigungsschutz - Kleinbetrieb , Kündigung - personenbedingt: besonderer Kündigungsschutz).

3. Auswirkungen auf die Praxis

Wer **bis zum 31.12.2003** nach der **5er-Regelung** Kündigungsschutz hatte, soll ihn **ab dem 01.01.2004** nicht verlieren, weil in seinem Betrieb nun **mehr als zehn Arbeitnehmer** iSd. § 23 Abs. 1 KSchG beschäftigt sein müssen.

Beispiel:

Arbeitnehmer N arbeitet seit Jahren im Betrieb von Arbeitgeber G. Er hat am 31.12.2003 Kündigungsschutz, weil in G's Betrieb mehr als fünf Arbeitnehmer iSd. § 23 Abs. 1 KSchG beschäftigt sind - aber nicht mehr als zehn. Ohne Übergangsregelung würde N seinen Kündigungsschutz ab dem 01.01.2004 verlieren, weil er ja seit dem Neujahrstag 2004 in einem Betrieb arbeitet, in dem zehn oder weniger Arbeitnehmer beschäftigt sind. N behält seinen Kündigungsschutz nach der 5er-Regelung über den 31.12.2003 hinaus.

Beginnen **neue Arbeitnehmer** ihr Arbeitsverhältnis **ab dem 01.01.2004** bei einem Arbeitgeber, dessen Mitarbeiter bis dahin nach 5er-Regelung allgemeinen Kündigungsschutz hatten, haben sie selbst erst ab dem Zeitpunkt den allgemeinen KSchG-Kündigungsschutz, ab dem die 10er-Regelung greift.

Beispiel:

Arbeitnehmer N und seine am 31.12.2003 beschäftigten Kollegen behalten ihren allgemeinen Kündigungsschutz nach der 5er-Regelung nach dem 31.12.2003 weiter. Stellt Arbeitgeber G ab zum 01.02.2004 den neuen Mitarbeiter M ein, hat dieser neue Mitarbeiter erst dann den allgemeinen KSchG-Kündigungsschutz, wenn G weitere Arbeitnehmer einstellt und diese Arbeitnehmer zusammen mit N und M die 10er-Grenze des § 23 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 KSchG überschreiten.

Das BAG meint dazu: "*Arbeitnehmer, die ihre Beschäftigung erstmalig am 1. Januar 2004 oder später aufgenommen haben, können sich auf die Bestimmungen des Ersten Abschnitts des Kündigungsschutzgesetzes nur dann berufen, wenn im Beschäftigungsbetrieb mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt sind. Im Umkehrschluss folgt daraus, dass die Arbeitnehmer, die bereits vor dem 1. Januar beschäftigt waren, von § 23 Abs. 1 Satz 3 1. Halbs. KSchG nF nicht erfasst sind*" (BAG, 21.09.2006 - 2 AZR 840/05).

Wird die **10er-Grenze** irgendwann **überschritten**, danach wieder **unterschritten**, verlieren nach dem 31.12.2003 neu eingestellte Arbeitnehmer ihren Kündigungsschutz wieder - die am 31.12.2003 schon beschäftigten Kollegen aber möglicherweise nicht (su.).

Beispiel:

G's Betrieb wächst. Bereits ab dem 01.08.2004 beschäftigt er mehr als 10 Arbeitnehmer iSd. § 23 Abs. 1 KSchG . Alle Mitarbeiter G's - egal ob alte oder neue - haben nun den allgemeinen KSchG-Kündigungsschutz. Ab dem 01.08.2004 neu eintretende Mitarbeiter bekommen ihn nach Ablauf der 6-monatigen Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG .

Nachdem sich G's Betrieb einige Jahre gut nach vorne entwickelt, ging es beginnend mit dem Jahr 2009 wieder in die gegenläufige Richtung. G verlor etliche Großaufträge und -kunden. Er kündigte etlichen Mitarbeitern deswegen betriebsbedingt und hatte mit dem 31.07.2010 wieder eine Mitarbeiterzahl erreicht, die zehn Arbeitnehmer iSd. § 23 Abs. 1 KSchG nicht überstieg. Während die Kollegen mit Kündigungsschutz nach der 5er-Regelung ihren Kündigungsschutz aus der Zeit vor dem 01.01.2004 behalten (s.u.), sind alle Mitarbeiter, die nach dem 31.12.2003 eingestellt wurden, nun ohne KSchG-Kündigungsschutz.

Sinkt die Arbeitnehmerzahl nach dem 31.12.2003 im Verlauf der Zeit auf **fünf oder weniger**, verlieren auch die Mitarbeiter ihren allgemeinen Kündigungsschutz, den sie bis dahin nach der alten 5er-Regelung hatten.

Beispiel:

Die Zeiten für Arbeitgeber G verschlechterten sich zusehends. Ab dem 01.05.2012 hat er nur noch den N, zwei weitere Vollzeitmitarbeiter und vier 450-Euro-Jobber, die regelmäßig nicht mehr als 20 Wochenstunden arbeiten. Dem N blieb sein KSchG-Kündigungsschutz zwar lange erhalten, mit dem Absinken der ursprünglichen Arbeitnehmerzahl auf fünf und weniger hat aber auch er seinen Kündigungsschutz verloren. Dieser Kündigungsschutz wäre auch bei Fortgeltung der alten 5er-Regelung entfallen - das ist keine Auswirkung der vom 31.12.2003 auf den 01.01.2004 geänderten Zählweise.

Aber: Die Arbeitnehmer, die einem Mitarbeiter nach der alten 5er-Regelung Kündigungsschutz geben, müssen Arbeitnehmer sein, die **vor dem 01.01.2004** schon beim kündigenden Arbeitgeber **beschäftigt** gewesen sind (BAG, 21.09.2006 - 2 AZR 840/05). Das sind so genannte "**Alt-Arbeitnehmer**" (BAG, 23.10.2008 - 2 AZR 131/07).

Beispiel:

Beim Jahreswechsel 2003/2004 waren im Betrieb von Arbeitgeber G die Vollzeitmitarbeiter M1 bis M6 beschäftigt. Das waren mehr als fünf Leute - und alle hatten KSchG-Kündigungsschutz. Will G nun das Beschäftigungsverhältnis von Mitarbeiter M4 im Jahr 2015 kündigen, hat M4 - wenn seine Kollegen M1, M2, M3, M5 und M6 noch bei G beschäftigt sind, weiterhin KSchG-Kündigungsschutz.

Abwandlung: Anfang 2007 hatte M2 gekündigt, Ende 2010 ist M6 altersbedingt ausgeschieden. Für M2 kam M7, für M6 wurde M8 eingestellt. Beide Ersatzleute zählen nicht mit. M4 hat seinen alten Kündigungsschutz nach der 5er-Regelung bereits mit Ausscheiden des M2 Anfang 2007 verloren. Erst

dann, wenn G nun nach Ausscheiden des M2 mehr als zehn Mitarbeiter beschäftigen würde, bekäme M4 wieder KSchG-Kündigungsschutz.

Sowohl der Wortlaut des § 23 Abs. 1 Satz 3 Halbs. 2 KSchG, seine Entstehungsgeschichte als auch sein Sinn und Zweck lassen keine andere Möglichkeit für dessen Auslegung zu (BAG, 21.09.2006 - 2 AZR 840/05).

Der **Gesetzgeber** hat mit der Regelung in § 23 Abs. 1 nF KSchG

- einen **Bestandsschutz** für Alt-Arbeitnehmer und
- eine **gespaltene Anwendung** des allgemeinen KSchG-Kündigungsschutzes

geschaffen (BAG, 21.09.2006 - 2 AZR 840/05). Die **Fortgeltung von KSchG-Kündigungsschutz** nach der 5er-Regelung sollte nach dem Willen des Gesetzgebers nicht durch Berücksichtigung von Mitarbeitern erfolgen, die ihr Beschäftigungsverhältnis nach dem 31.12.2003 aufnehmen. Die gespaltene KSchG-Anwendung in Kleinbetrieben ist eine gewollte Folge des Zusammenwirkens der Regelungen in § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG und § 23 Abs. 1 Satz 3 KSchG (BAG, 23.10.2008 - 2 AZR 131/07).

Praxistipp:

Die praktische Bedeutung der Altfälle wird im Lauf der nächsten Jahre geringer werden. Es gibt in kleineren Betrieben aber immer wieder Kündigungen, in denen der Arbeitgeber und sein Bevollmächtigter nicht daran denken, dass der gekündigte Mitarbeiter - der nach der 10er-Regelung unstreitig keinen KSchG-Kündigungsschutz besitzt - seinen Kündigungsschutz aber als Alt-Arbeitnehmer nach der 5er-Regelung über die Jahre behalten hat.

In Betrieben, in denen die Mitarbeiterzahl seit dem 01.01.2004 **dauerhaft mehr als zehn Arbeitnehmer** iSd. § 23 Abs. 1 KSchG beträgt, ist die "alte" 5er-Regelung unbeachtlich. Hier haben **alle Mitarbeiter KSchG-Kündigungsschutz** - gleichgültig, ob sie ihre Beschäftigung vor dem 01.01.2004 oder nach dem 31.12.2003 aufgenommen haben.

Wichtig: Der gekündigte Arbeitnehmer trägt die Darlegungs- und Beweislast für das **Vorliegen eines KSchG-Betriebs** iSd. § 23 Abs. 1 KSchG (BAG, 23.10.2008 - 2 AZR 131/07, s. dazu auch das Stichwort Kündigungsschutz - Betriebsgröße). § 23 Abs. 1 KSchG ist eine **Anspruchsvoraussetzung** für den allgemeinen Kündigungsschutz. Ihn - und damit die fehlende soziale Rechtfertigung seiner Kündigung - kann ein Arbeitnehmer nur dann geltend machen, wenn der/die Schwellenwert/e des § 23 Abs. 1 KSchG überschritten ist/sind (BAG, 23.10.2008 - 2 AZR 131/07). Auch hier gelten die **Grundsätze der abgestuften Darlegungs- und Beweislast**.

4. Rechtsprechungs-ABC

An dieser Stelle werden einige der interessantesten **Entscheidungen** zum Thema Altfälle beim Kündigungsschutz **in alphabetischer Reihenfolge** nach Stichwörtern geordnet hinterlegt:

4.1 Abgestufte Darlegungs- und Beweislast

Der Arbeitnehmer trägt die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen der **Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes** - wobei daran jedoch keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen. Vor allem dann nicht, wenn es dem Arbeitgeber wegen seiner **Sachnähe** ohne Weiteres möglich ist, substantiierte Angaben zum Umfang und zur Struktur seiner Arbeitnehmer und ihren arbeitsvertraglichen Vereinbarungen machen kann. *"Der Arbeitnehmer genügt deshalb regelmäßig seiner Darlegungslast, wenn er - entsprechend seiner Kenntnismöglichkeiten - die für eine entsprechende Arbeitnehmerzahl entsprechenden Tatsachen und die ihm bekannten äußeren Umstände schlüssig darlegt. Der Arbeitgeber muss dann nach § 138 Abs. 2 ZPO im Einzelnen erklären, welche rechtserheblichen Umstände gegen die Darlegung des Arbeitnehmers sprechen"* (BAG, 23.10.2008 - 2 AZR 131/07).

4.2 Darlegungs- und Beweislast

*"Der **Arbeitnehmer** trägt die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der in § 23 Abs. 1 KSchG geregelten betrieblichen Geltungsvoraussetzungen des Kündigungsschutzgesetzes. Das gilt auch für die am 1. Januar 2004 in Kraft getretene Neufassung des § 23 KSchG "* (BAG, 26.06.2008 - 2 AZR 264/07 - Leitsatz, s. dazu auch das Stichwort Kündigungsschutzprozess - Darlegungs- und Beweislast).

4.3 Ersatzeinstellungen

Bei der **Berechnung des Schwellenwerts** nach § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG zählen nur "**Alt-Arbeitnehmer**", sodass nach dem 31.12.2003 begründete Arbeitsverhältnisse nicht berücksichtigt werden. Das gilt auch dann, wenn für ausgeschiedene "Alt-Arbeitnehmer" nach dem 31.12.2003 neue Mitarbeiter eingestellt werden. *"Derartige Ersatzeinstellungen sind für die Berechnung des abgesenkten Schwellenwertes unbeachtlich"* (BAG, 23.10.2008 - 2 AZR 131/07 - mit dem Hinweis, dass der Arbeitnehmer die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen des § 23 Abs. 1 KSchG trägt).

4.4 Nur "(Alt-)Arbeitnehmer"

"1. Der Erste Abschnitt des KSchG findet gemäß § 23 Abs. 1 KSchG nur Anwendung, wenn im Betrieb zum Kündigungszeitpunkt entweder mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt sind oder mehr als fünf (Alt-)Arbeitnehmer, die bereits am 31. Dezember 2003 im Betrieb beschäftigt waren. 2. Bei der Berechnung des abgesenkten Schwellenwertes des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG zählen nur die (Alt-)Arbeitnehmer, die bereits am 31. Dezember 2003 im Betrieb beschäftigt waren. Ersatzeinstellungen für ausgeschiedene (Alt-)Arbeitnehmer werden bei der Berechnung nicht berücksichtigt" (BAG, 21.09.2006 - 2 AZR 840/05).

4.5 Stichtagsregelung

Der Gesetzgeber hat mit der Stichtagsregelung in § 23 Abs. 1 KSchG nF - **31.12.2003/01.01.2004** - nicht gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung aus Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen. Die **ungleiche Behandlung** von Arbeitnehmern, die ihren Kündigungsschutz nach dem 31.12.2003 wegen **Ersatzeinstellungen** verlieren, gegenüber Arbeitnehmern, die ihren Kündigungsschutz wegen des Verbleibs von mehr als fünf (Alt-)Arbeitnehmern behalten, ist sachlich gerechtfertigt. Die Stichtagsregelung diene hier der *"Vermeidung unerwünschter Rückwirkungen einerseits und einer gewissen Anpassungsdynamik andererseits, indem sie den bestehenden Kündigungsschutz zwar nicht schlechthin dauerhaft gewährleistete, wohl aber unter der Voraussetzung, dass die zugrunde liegenden betrieblichen Verhältnisse bestehen bleiben"* (BAG, 27.11.2008 - 2 AZR 790/07).

4.6 Wegfall des Besitzstandes

"Die besitzstandswahrende Regelung des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG verliert ... ihre Wirkung, wenn im maßgebenden Zeitpunkt des Kündigungszugangs wegen des Wegfalls berücksichtigungsfähiger 'Alt-Arbeitnehmer' der Schwellenwert des Satzes 2 nicht allein durch 'Alt-Arbeitnehmer' erreicht wird. Der im Ansatz unbefristete Bestandsschutz gilt nur so lange, wie der am 31. Dezember 2003 bestehende 'virtuelle Altbetrieb' nicht auf fünf oder weniger 'Alt-Arbeitnehmer' absinkt" (BAG, 21.09.2006 - 2 AZR 773/05 , s. dazu auch das Stichwort Kündigungsschutz - Betriebsgröße).