

Beiträge zur
sozialwissenschaftlichen Forschung 45

Rolf Ellermann-Witt/Hubert Rottleuthner/
Harald Russig (Hrsg.)
Kündigungspraxis, Kündigungsschutz
und Probleme der Arbeitsgerichtsbarkeit

Teil 4: Kritik der empirischen Studien und des gesetzlichen Kündigungsschutzes

Wolfgang Däubler

Kündigungsschutz - eine sinnvolle Perspektive?

1. Die Ausgangsthese

Das Wort "Kündigungsschutz" suggeriert die Vermutung, der Arbeitnehmer werde vor einem bestimmten Ereignis, eben der Kündigung, geschützt. Umgangssprache und fachjuristisches Verständnis gehen insoweit in dieselbe Richtung.

Dieser Auffassung soll hier entschieden widersprochen werden. Ein wirksamer Schutz vor Kündigungen existiert nicht. Dies wird nicht nur am Kündigungsverfahren deutlich, das nur in verschwindend seltenen Fällen zu einer Weiterbeschäftigung am bisherigen Arbeitsplatz führt.¹⁾ Viel wichtiger ist in diesem Zusammenhang, daß die zugelassenen Kündigungsgründe dem Arbeitgeber weitesten Spielraum lassen. Nach hier vertretener Auffassung läuft das Kündigungsschutzgesetz in seiner heutigen Handhabung auf ein Gesetz zur Beschränkung irrationaler Arbeitgeberkündigungen hinaus - eine These, die im folgenden überprüft werden soll.

Die grundsätzliche Kündigungsfreiheit des Unternehmers wird im wesentlichen durch zwei Mechanismen sichergestellt. Zum einen bleiben die Unternehmerentscheidungen als solche, d.h. die Festlegung des Produktionsprogramms, der Preise, der Arbeitsmethoden usw. von rechtlicher Kontrolle fast völlig verschont. Zum zweiten verzichtet unsere Arbeitsrechtsordnung in weitem Umfang auch auf eine Beeinflussung der Unternehmerentscheidungen von den Folgen her: Kündigungen sind nur dann unwirksam und hohe Abfindungen nur dann fällig, wenn sich der Unternehmer irrational verhalten hat, wenn er gewissermaßen "aus der Rolle fällt". Nur in solchen Fällen können beabsichtigte Maßnahmen nicht oder nicht in vollem Umfang durchgesetzt werden.

2. Die Ausklammerung der Unternehmerentscheidung

1. Das Kündigungsschutzverfahren stellt kein Mittel dar, um Unternehmerentscheidungen an sozialstaatlichen Kriterien zu überprüfen. Im Bereich der betriebsbedingten Kündigung betont das BAG in ständiger Rechtsprechung, die zum

Wegfall von Arbeitsplätzen führende Unternehmerentscheidung könne nicht auf ihre Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit hin überprüft werden.²⁾ Die Literatur ist dem im wesentlichen gefolgt³⁾ und hat sich insbes. darauf berufen, eine Kontrolle würde die Arbeitsgerichte überfordern und wäre auch im Hinblick auf Unternehmergrundrechte bedenklich.⁴⁾ Der Grundsatz kennt freilich 3 Ausnahmen:

- Die Unternehmerentscheidung soll dann keine "dringenden betrieblichen Erfordernisse" erzeugen, wenn sie "offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich" ist.⁵⁾ Wann diese Voraussetzungen vorliegen, ist unklar; als einziger Beispielsfall taucht der Versuch des Arbeitgebers auf, eine betriebliche Änderung nur deshalb vorzunehmen, um den oder die betroffenen Arbeitnehmer auf diese Weise loszuwerden.⁶⁾ Praktische Bedeutung kommt der gesamten "Mißbrauchskontrolle" nicht zu, da der Arbeitnehmer zumindest den prima-facie-Beweis für das Vorliegen einer offenbar unsachlichen usw. Unternehmerentscheidung führen muß.⁷⁾ Dies wird ihm schon mangels ausreichender Informationen nicht möglich sein; soweit ersichtlich, sind keine Gerichtsentscheidungen vorhanden, die einer Unternehmerentscheidung aus diesen Gründen die Anerkennung versagt hätten.

- Die Unternehmerentscheidung ist weiter dann unbeachtlich, wenn sie gegen geltendes Recht verstößt oder Gesetzesverstöße zum Ziel hat.⁸⁾ Auch dies ist bislang allenfalls in der öffentlichen Verwaltung, nicht in der gewerblichen Wirtschaft von Bedeutung gewesen.

- Schließlich begründet die Unternehmerentscheidung auch dann keine "dringenden betrieblichen Erfordernisse", wenn eine Abwägung zwischen den Arbeitgeberinteressen und den Interessen des Arbeitnehmers die Kündigung nicht als "billigenswert und angemessen" erscheinen läßt.⁹⁾ Die dabei angewandten Maßstäbe sind allerdings so geartet, daß der Arbeitnehmer nur in Extremfällen besonders unzumutbaren Unternehmerverhaltens seinen Arbeitsplatz retten kann. Bringt etwa die Umorganisation dem Arbeitgeber so gut wie keinen Vorteil, werden andererseits jedoch zahlreiche Beschäftigte arbeitslos, so fehlt es nach der BAG-Rechtsprechung an einem "vernünftigen Verhältnis" zwischen Vor- und Nachteilen und damit an der sozialen Rechtfertigung.¹⁰⁾ In allen anderen Fällen muß - wie das BAG selbst sagte - bei der Abwägung "die Beachtung der Freiheit der Unternehmerentscheidung im Vordergrund stehen".¹¹⁾ Im Ergebnis bedeutet dies, daß das Grundinteresse des Arbeitgebers an rentabler Produktion gar nicht in die Abwägung einbezogen, sondern vorausgesetzt wird.

Die Unantastbarkeit der Unternehmerentscheidung liegt auch der Handhabung des Kündigungsschutzgesetzes bei personen- und verhaltensbedingten Kündigungen zugrunde, ohne daß hier allerdings die Zusammenhänge mit derselben Deutlichkeit

herausgearbeitet würden. Wird wegen Krankheit oder vergleichbaren personenbezogenen Gründen gekündigt, so wird in der Rechtsprechung bisher nicht danach gefragt, ob etwa die Ursache der Erkrankung in einem mißbräuchlichen Unternehmerverhalten liegen könnte. Eine gewisse Ausnahme wird nur für den Fall gemacht, daß einzelne Fehlzeiten auf einem Betriebsunfall beruhen: Sie werden nicht mitgerechnet, wenn es darum geht, eine Kündigung mit häufig auftretenden Erkrankungen zu rechtfertigen.¹²⁾ Eine Verallgemeinerung in der Richtung, arbeitsbedingte Erkrankungen generell als Kündigungsgrund auszuschließen, ist bisher nur von einem Teil der Literatur gefordert worden.¹³⁾ Eine Überprüfung der Unternehmerentscheidung käme weiter auch dann in Betracht, wenn es um das Vorliegen einer durch Krankheit verursachten Betriebsstörung und damit um eine weitere Kündigungsvoraussetzung geht. Daß durch eine andere Personalpolitik, die einen bestimmten Krankenstand von vorne herein einkalkuliert, oder durch eine andere Arbeitsorganisation der Ausfall einzelner Beschäftigter un schwer hätte verkraftet werden können, wird von den Arbeitsgerichten bislang nicht problematisiert.¹⁴⁾ Bei der auch hier anzustellenden Interessenabwägung, die nach der Rechtsprechung vom "Standpunkt eines sozial gerecht denkenden Arbeitgebers" aus vorzunehmen ist,¹⁵⁾ wird in ähnlicher Weise wie bei der betriebsbedingten Kündigung verfahren.¹⁶⁾ Daß unter diesen Umständen bei der verhaltensbedingten Kündigung Unternehmerentscheidungen gar nicht mehr in den Blick geraten, überrascht nicht: Allenfalls die Schwere des Schuldvorwurfs wird dadurch beeinflußt, daß ein Arbeitnehmer beispielsweise durch eine bestimmte Arbeitsorganisation überfordert war und deshalb etwa bei der Bedienung von Maschinen einen gravierenden Fehler beging.

2. Unternehmerentscheidungen sind auch von sonstiger rechtlicher Normierung weithin ausgenommen. Unternehmerentscheidungen sind nach herrschender, mittlerweile auch vom BAG übernommener Auffassung nicht tariflich regelbar.¹⁷⁾ Das bedeutet, daß insoweit auch kein Arbeitskampf geführt werden darf, muß sich dieser doch notwendigerweise auf tariflich regelbare Ziele richten.¹⁸⁾ Drohende Betriebsschließungen können daher beispielsweise nicht mit rechtmäßigen Streiks bekämpft werden.

Auch die institutionelle Mitbestimmung eröffnet insoweit keinen Zugriff. Das Mitbestimmungsgesetz 1976 läßt die Mehrheit im Aufsichtsrat letztlich bei der Anteilseignerseite und dasselbe gilt für jene Unternehmen mit 500 bis 2000 Beschäftigten, die weiter unter das BetrVG 1952 fallen. Die Aufsichtsratsparität in der Montanindustrie könnte zwar weitergehende Einflußmöglichkeiten eröffnen, doch ist nach den bisherigen Erfahrungen nicht ersichtlich, daß Unternehmerentscheidungen etwa im Sinne verstärkter Berücksichtigung sozialstaatlicher Gesichtspunkte (die ja nicht mit den Interessen der Belegschaft identisch sind) beeinflußt worden wären.¹⁹⁾ Die Einschaltung des Betriebsrats in Betriebsände-

rungen nach § 111 BetrVG erfaßt nur scheinbar die unternehmerische Grundentscheidung, da der Interessenausgleich nicht erzwingbar ist.

Auch die staatliche Einflußnahme auf das Unternehmerverhalten geht jedenfalls nicht soweit, daß auf diesem Wege ein Schutz vor Kündigungen erreichbar wäre. Was die staatliche Wettbewerbspolitik angeht, so liegt dies angesichts ihrer völlig andersartigen Zielsetzung auf der Hand. Das Stabilitätsgesetz erstrebt zwar "hohen Beschäftigungsstand" als einen Punkt des "magischen Vierecks", doch ist weder das Verhältnis zu den anderen Zielgrößen geregelt noch gar eine verbindliche Anordnung zum Schutz bestimmter Arbeitsplätze möglich gemacht. Neben diesen globalen Vorgaben stehen freilich zahlreiche Einzelfallinterventionen des Staatsapparats: Technologieförderung, Subventionierung notleidender Bereiche, Erteilung öffentlicher Aufträge an Bauunternehmen stellen die wichtigsten Beispielfälle dar, in denen der Staat allerdings über den Fortbestand existierender wie über die Schaffung neuer Arbeitsplätze entscheidet. Das staatliche Verhalten unterliegt jedoch keinem rechtlich abgesicherten Einfluß der Betroffenen oder ihrer Organisationen. Lediglich bei einzelnen Formen der Technologieförderung, insbes. bei Projekten zur Humanisierung des Arbeitslebens sind die Betriebsräte eingeschaltet: Ihr Handlungsspielraum ist jedoch gering, die von ihnen vertretenen Interessen beschränken sich auf die eigene Belegschaft, so daß dieser Art Beteiligung von vornherein die Tendenz zum Betriebsegoismus innewohnt.²⁰⁾ Die fehlende Kontrolle der Unternehmerentscheidung im Rahmen des Kündigungsschutzes wird somit auch nicht durch andere Verfahren kompensiert. Informelle Einflußnahmen auf dem Umweg über den den Staatsapparat dürften sich in engen Grenzen halten.

3. Kontrolle der Unternehmerentscheidung von den sozialen Folgen her?

Ein zweiter denkbarer Weg zum Schutz vor Kündigungen wäre es, zwar die Unternehmerentscheidung als solche unangetastet zu lassen, ihr jedoch insofern zwingende Daten vorzugeben, als bestimmte Kündigungen verboten oder mit hohen Abfindungszahlungen verknüpft werden. Die Handhabung des geltenden Rechts läuft darauf hinaus, rationales, an langfristiger Gewinnmaximierung orientiertes Unternehmerverhalten grundsätzlich nicht zu behindern und nur irrationales, von einem weitblickenden Unternehmer sowieso nicht praktiziertes Handeln zu illegalisieren. Am weitesten gehen Regelungen, die die ordentliche Kündigung ganz oder weitgehend ausschließen. Sie existieren nur für den quantitativ wenig ins Gewicht fallenden Bereich der Betriebsratsmitglieder (§ 103 BetrVG in Verbindung mit § 15 KSchG), der unter das Mutterschutzgesetz fallenden Arbeitnehmerinnen (§§ 9, 9a MuSchG) sowie für Auszubildende (§ 15 BbIG). Der verstärk-

te Kündigungsschutz der Schwerbehinderten nach §§ 12 ff. SchwbG wird so praktiziert, daß Anträge des Arbeitgebers an die Hauptfürsorgestelle, die Zustimmung zur Kündigung zu erteilen, in der Regel zu einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses führen.²¹⁾ Auch der tarifliche Kündigungsschutz älterer Arbeitnehmer hat in der Praxis nur zu Ausweichstrategien des Arbeitgebers, nicht aber zu einer wirklichen Erhaltung der Arbeitsplätze geführt.²²⁾

Im "Normalfall", d.h. bei ausschließlicher Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes, ist der Arbeitgeber immer dann zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses befugt, wenn die Arbeitskraft des betroffenen Beschäftigten (in weitem Sinne verstanden) "entbehrlich" geworden ist. Dies gilt einmal für Fälle des Umsatzrückgangs und anderer wirtschaftlicher Schwierigkeiten, aber auch für die Einführung neuer, arbeitsplatzvernichtender Technologien. Eine Kündigung kann aber auch dann Platz greifen, wenn die Arbeitskraft wegen langandauernder oder sich häufig wiederholender Erkrankung oder wegen eines drastischen Leistungsabfalls "uninteressant" geworden ist. Dasselbe gilt schließlich auch dann, wenn der Arbeitnehmer in nicht ganz unerheblichem Umfang seine Pflichten verletzt hat - Unzuverlässigkeit kann sich wiederholen oder gar negativ auf die Arbeitsmoral der gesamten Belegschaft auswirken.

Die aus diesen Anlässen erfolgenden Kündigungen sind grundsätzlich sozial gerechtfertigt im Sinne des § 1 Abs.2 KSchG. Anders als in den übrigen EGLändern verpflichtet die Kündigung als solche den Arbeitgeber auch nicht zur Zahlung einer Abfindung.²³⁾ Mit ihr wird der Unternehmer vielmehr nur dann belastet, wenn sein Betrieb mehr als 20 Beschäftigte hat, wenn dort ein Betriebsrat existiert und wenn die wirtschaftlich oder technologisch bedingte Personalreduzierung nachweisbar in Form einer Betriebsänderung nach § 111 BetrVG erfolgt: Nur unter diesen Voraussetzungen kann der Abschluß eines Sozialplanes erzwungen werden. Obwohl die Rechtsprechung eine Betriebsänderung im Sinne des § 111 BetrVG bereits dann annimmt, wenn ohne Änderung des Produktionsapparats ein Personalabbau in der Größenordnung der Massenentlassung nach § 17 KSchG erfolgt,²⁴⁾ kann es im Einzelfall schwierig sein, die Voraussetzungen des § 111 zu belegen - man denke an den Fall, daß über Jahre hinweg ein Einstellungsstopp praktiziert und jede Pflichtverletzung auch wirklich mit einer Kündigung sanktioniert wird.

Der Kündigungsschutz beginnt dort, wo der Arbeitgeber sich nicht wie ein vernünftiger Unternehmer verhält. Kann er den behaupteten Umsatzrückgang oder die Erkrankungen des Arbeitnehmers nicht belegen oder kündigt er gar offen mit dem Argument, er wolle neue Gesichter sehen oder aufmüpfige Belegschaftsmitglieder in die Schranken weisen, so wäre eine derartige Kündigung selbstredend sozial ungerechtfertigt. Auch außerhalb derartiger subjektiv motivierter

Mißgriffe wird irrationales Verhalten korrigiert. So ist es nicht einsehbar, auf das "Humankapital" einer mit den betrieblichen Abläufen vertrauten Arbeitskraft zu verzichten, wenn diese zwar nicht mehr an ihrem bisherigen, wohl aber an einem anderen Arbeitsplatz im Betrieb oder Unternehmen weiterbeschäftigt werden kann.²⁵⁾ Dasselbe gilt, wenn ein Arbeitnehmer nur vorübergehend einmal krank ist. Weiter kann auch eine einmalige Pflichtverletzung keine Kündigung (sondern nur eine Abmahnung) rechtfertigen, es sei denn, es läge ein wirklich schwerer Verstoß vor.²⁶⁾ Auf derselben Linie liegt es, vom Arbeitgeber zu verlangen, wirtschaftliche Schwierigkeiten zunächst durch Kurzarbeit zu überbrücken²⁷⁾ oder eine Weiterbeschäftigung gegebenenfalls auch mit Hilfe einer Änderungskündigung zu erzwingen.²⁸⁾ In allen diesen Fällen wäre bei einer Zulassung der Kündigung nicht nur das betriebswirtschaftlich verstandene Interesse des Einzelunternehmers verletzt; ein ohne Not verhängter Arbeitsplatzverlust würde von vielen auch als sozialer Mißstand empfunden, der der bestehenden Ordnung insgesamt zugerechnet würde. Entscheidende Bedeutung hat dieser Gesichtspunkt bei der sozialen Auswahl im Sinne des § 1 Abs.3 KSchG: Wenn abgebaut werden muß, dann sollen diejenigen Arbeitnehmer ausgewählt werden, die dies sozial am ehesten verkraften können. Der Gedanke, daß nicht etwa gerade dem alleinverdienenden Vater von 5 minderjährigen Kindern gekündigt wird, genießt allerdings dann keine Priorität mehr, "wenn betriebstechnische, wirtschaftliche oder sonstige berechnete betriebliche Bedürfnisse die Weiterbeschäftigung eines oder mehrerer bestimmter Arbeitnehmer bedingen und damit der Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten entgegenstehen" (§ 1 Abs.3 Satz 2 KSchG).

Hat sich der Unternehmer in der eben beschriebenen Weise unvernünftig verhalten, so droht ihm nach dem gesetzlichen Modell die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers. Ist eine "den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht zu erwarten", kann das Arbeitsgericht auf Antrag des Arbeitgebers das Arbeitsverhältnis gegen Entschädigung auflösen (§§ 9, 10 KSchG). Der Anlaß, auf den sich der Arbeitgeber dabei berufen muß, kann weniger gravierend sein als ein nach § 1 Abs.2 KSchG zugelassener Kündigungsgrund.²⁹⁾ Finanzielle Sanktionen in Form einer Abfindung hat der Arbeitgeber auch dann zu gewärtigen, wenn er trotz Vorliegens der gesetzlichen Voraussetzungen nicht oder nicht rechtzeitig mit dem Betriebsrat über einen Interessenausgleich oder einen Sozialplan verhandelt (§ 113 BetrVG). Dasselbe gilt, wenn er von einem einmal vereinbarten Interessenausgleich ohne zwingenden Grund abweicht.

Die Aufmerksamkeit der Gewerkschaften wie der rechtssoziologischen Forschung konzentriert sich im wesentlichen auf den Bereich des zuletzt skizzierten irrationalen Arbeitgeberverhaltens. Der zentrale, an die Rechtsprechung gerichtete

Vorwurf, sie mache aus dem als Bestandsschutzgesetz konzipierten Kündigungsschutzgesetz eine schlichte Abfindungsregelung,³⁰⁾ ist ebenso richtig wie unvollständig: Auch wenn jeder Fall einer sozial nicht gerechtfertigten Kündigung zu einem arbeitsgerichtlichen Verfahren und dieses zu einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers führen würde, wäre gewissermaßen nur die Spitze des Eisbergs abgetragen. Der Masse der Kündigungen müßte Rechtmäßigkeit attestiert werden, wäre es doch verwunderlich, würden sich die meisten Unternehmer konträr zu ihren eigenen Interessen verhalten. Dies bedeutet nicht, daß die Auseinandersetzung um eine Effektivierung des Kündigungsschutzverfahrens nutzlos wäre - gerade die letzten Jahre haben gezeigt, daß sich Gewerkschaftsarbeit oft mit sehr geringen Fortschritten (oder auch der Verhinderung größerer Rückschritte) begnügen muß. Gefährlich, weil falsche Vorstellungen über die Realität weckend, wäre nur eine Position, die glaubt, bereits mit einer vollständigen Durchsetzung des Kündigungsschutzgesetzes einen ins Gewicht fallenden Arbeitsplatzschutz erreicht zu haben.

4. Ansätze für Alternativen

4.1 Präventive Steuerung von Unternehmerentscheidungen

Mehr Arbeitsplatzsicherheit im Sinne eines wirklichen Schutzes vor Kündigungen wäre in erster Linie dann zu erwarten, wenn man das Unternehmerverhalten partiell umpolen könnte. Voraussetzung wären Verfahren, über die die Unternehmen gezwungen werden könnten, den beschäftigungspolitischen Auswirkungen ihrer Maßnahmen sehr viel höhere Priorität als bisher zuzumessen. In diesen Rahmen gehört etwa eine auf Unternehmerentscheidungen ausgedehnte Tarifautonomie. Sie könnte beispielsweise Kollektivverträge ermöglichen, die die Einführung neuer Techniken davon abhängig machen, daß den von Freisetzung bedrohten Beschäftigten zuvor zumutbare andere Arbeitsplätze angeboten werden. Zu denken ist weiter an eine Mitentscheidung der Gewerkschaften über staatliche Technologieförderung, womit vergleichbare Ziele verfolgt werden können. Von politischen Widerständen einmal ganz abgesehen, ist dabei jedoch zu bedenken, daß tarifliche wie (durch sozialen Druck erzwungene) staatliche Einflußnahme auf Unternehmerentscheidungen dort versagen muß, wo keinerlei Spielräume bestehen: Ist die Konkurrenzfähigkeit eines Unternehmens bedroht und kann sie nur durch schnellste Rationalisierung erhalten werden, so hilft nach der Logik unseres Wirtschaftssystems auch die beste Interessenvertretung nicht weiter. In Betracht kommt allenfalls, das Arbeitsplatzrisiko nicht über die Arbeitslosenversicherung, sondern dadurch zu sozialisieren, daß dem Unternehmen staatliche Zuschüsse gewährt werden. Die "Systemgrenze" kann dadurch allerdings nur ein wenig hinausgeschoben, nicht aber wegdefiniert werden. Wie Konzepte einer beschäfl-

tigungsorientierten Investitionssteuerung im einzelnen aussehen könnten, bedarf im vorliegenden Zusammenhang keiner näheren Untersuchung; die Diskussion folgt bescheideneren Ansätzen.

4.2 Kontrolle von Kündigungen

Will oder kann man statt dessen nur am "Ausführungsakt", der Kündigungserklärung, ansetzen, so sieht man sich zunächst mit dem Einwand konfrontiert, nur eine Form der Beendigung des Arbeitsverhältnisses im Visier zu haben: Aufhebungsverträge, vom Arbeitgeber initiierte Eigenkündigungen des Arbeitnehmers, aber auch der schlichte Einstellungsstopp haben vergleichbare beschäftigungspolitische Wirkungen. Richtig an einer solchen Argumentation ist nur der letzte Punkt. In der Tat kann ein erweiterter Kündigungsschutz nur bestehende Arbeitsverhältnisse erfassen, neu auf den Arbeitsmarkt kommende Arbeitskräfte jedoch nicht mit Arbeitsplätzen ausstatten. Die anderen Beendigungsgründe werden jedoch sehr wohl vom Umfang des Kündigungsschutzes beeinflusst: So werden sich Arbeitnehmer weniger leicht durch angebotene Abfindungen zu einer freiwilligen Auflösung ihres Arbeitsverhältnisses bereitfinden, wenn sie wissen, daß sie ihre Arbeitsplätze im Konfliktfall wirksam verteidigen können. Ist wie nach heutiger Praxis klar, daß der Arbeitgeber im Ernstfall am längeren Hebel sitzt, wird die "Konzessionsbereitschaft" ungleich höher sein.

Betrachten wir abschließend und zugleich als Anregung für die Diskussion eine Reihe denkbarer Gestaltungsmöglichkeiten. Zu denken wäre einmal an eine "Kündigungsblockade", sei es, daß man dem Betriebsrat ein auch durch Einigungsstelle und Arbeitsgericht nicht ausräumbares Vetorecht gewährt,³¹⁾ sei es, daß man wie in Italien einen Kampf um jeden Arbeitsplatz zuläßt, der alle Formen von Kooperationsverweigerung bis hin zur Arbeitsniederlegung umgreift.³²⁾ Die absehbare Folge einer solchen Regelung wäre die Abwälzung des Arbeitsplatzrisikos auf Gruppen, die nicht in den Genuß dieser Verhandlungssysteme kommen: Auf den Arbeitsmarkt nachdrängende Jugendliche hätten angesichts des von vielen Unternehmen praktizierten Einstellungsstopps kaum mehr eine Chance auf einen Arbeitsplatz,³³⁾ neue Aufgaben würden häufig mit Hilfe von Kleinbetrieben oder Arbeitskräften in Angriff genommen, bei denen ein Vetorecht des Betriebsrats ebenso ausscheidet wie eine Arbeitsniederlegung.³³⁾ Eine derartige Privilegierung des kampfkraftigeren Teils der abhängig Beschäftigten ist unter gewerkschaftspolitischen Aspekten nur dann akzeptabel, wenn sie als Teil eines Übergangsprozesses in eine neue Gesellschaft verstanden wird, wo die Arbeitsplatzsicherheit Gemeingut wird: Fehlt diese Perspektive oder fristet sie ihre Existenz nur in Sonntagsreden, läuft eine solche Praxis auf eine Risikoumver-

teilung zu Lasten der schwächeren Arbeitskräfte hinaus. An die Stelle einer antizipierten konkreten Utopie tritt schlichter Egoismus.

Denkt man statt dessen in Übereinstimmung mit ersten vorsichtigen Ansätzen in der deutschen Gewerkschaftsbewegung nur an eine Beschränkung des Kündigungsrechts, so wären zwei Vorgehensweisen zu unterscheiden:

Zum einen könnte man die Maßstäbe etwas ändern, nach denen sich das Vorliegen eines "Mißstands" bestimmt. Ein erhöhtes "Anspruchsniveau" der Gewerkschaften wie der Öffentlichkeit würde es den Arbeitgebern insoweit geraten erscheinen lassen, eher gewisse wirtschaftliche Nachteile in Kauf zu nehmen, als zum Mittel der Kündigung zu greifen. So könnte man sich etwa vorstellen, daß - von den Fällen der Berufs- und Erwerbsunfähigkeit einmal abgesehen - eine Kündigung wegen langanhaltender Krankheit ähnlich wie in den Niederlanden grundsätzlich ausgeschlossen wird.³⁴⁾ Bei Wiederholungserkrankungen wird eine entsprechende Regelung sehr viel schwerer durchsetzbar sein, doch ist daran zu erinnern, daß in anderen Zusammenhängen neue Formen flexibler Arbeitszeit wie die sogenannte Kapovaz³⁵⁾ entwickelt wurden, die hier nutzbar zu machen wären - die jederzeit einsetzbare Ersatzkraft läßt die für eine Kündigung vorausgesetzte betriebliche Störung entfallen. Weiter könnte man die betriebsbedingte Kündigung auf Fälle beschränken, in denen andernfalls weitere Arbeitsplätze in Gefahr kämen.

Ein zweiter Weg wäre "problemgruppenorientiert" und würde ausschließlich jene Beschäftigten erfassen, die im Falle der Arbeitslosigkeit besonders schwer vermittelbar sind. Zu denken ist dabei an einen effizienteren Kündigungsschutz für Schwerbehinderte oder ältere Arbeitnehmer, aber auch an einen Sonderschutz für Frauen und Ausländer. Dieser könnte in einem ersten Schritt dadurch begonnen werden, daß bei der in jedem Kündigungsfall vorzunehmenden Interessenabwägung das Betroffensein von längerer Arbeitslosigkeit als ein gravierender Faktor Berücksichtigung findet. Innovationsbereite Gerichte würden sich dabei nicht einmal mit der Rechtsprechung des BAG in Widerspruch setzen.³⁶⁾

Beschränkungen einzelner Kündigungsarten bleiben allerdings mit der Hypothek belastet, daß der Arbeitgeber auf andere Gründe ausweichen kann. Wird nur die krankheitsbedingte Entlassung gedrosselt, so läßt sich schwer verhindern, daß gesundheitlich Reduzierte ihren Arbeitsplatz aus (nicht beweisbar tendenziösen) Rationalisierungsgründen verlieren oder daß ein einmaliges Fehlverhalten zum Anlaß für eine verhaltensbedingte Kündigung genommen wird. Nur eine komplexe, alle Formen der Entlassung erfassende Strategie kann ein Stück mehr Arbeitsplatzsicherheit bringen.

Anmerkungen:

- 1) vgl. Falke-Höland-Rhode-Zimmermann, Kündigungspraxis und Kündigungsschutz in der Bundesrepublik Deutschland. Eine empirische Untersuchung, durchgeführt vom Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg (sozialwissenschaftliche Forschungsgruppe), 1981, S.973, wonach insges. nur 9% aller Kündigungsschutzklage erhebenden Arbeitnehmer weiterbeschäftigt werden. Beschränkt man sich auf die streitigen Entscheidungen, so kommt es nur in 1,7% aller Fälle zu einer Weiterbeschäftigung.
- 2) BAG GS AP Nr.20 zu § 1 KSchG; BAG AP Nr.28 zu Art.44 Truppenvertrag; BAG AP Nr.14 und 22 zu § 1 KSchG betriebsbedingte Kündigung; BAG AP Nr.1 zu § 1 KSchG 1969 betriebsbedingte Kündigung, bestätigt durch BAG DB 1980, 1400.
- 3) S. statt aller Herschel-Steinmann, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 5. Auflage, Heidelberg 1961, § 1 Rn 41 ff.; Hueck, Kündigungsschutzgesetz, Kommentar, 10. Auflage, München 1980, § 1 Rn 104a.
- 4) s. Anm.3
- 5) BAG AP Nr.28 zu Art. 44 Truppenvertrag; BAG AP Nr.22 zu § 1 KSchG betriebsbedingte Kündigung; BAG AP Nr.1 zu § 1 KSchG 1969 betriebsbedingte Kündigung. In BAG GS AP Nr.20 zu § 1 KSchG ist sachlich übereinstimmend davon die Rede, die Unternehmerentscheidung müsse "schlechterdings nicht zu verantworten sein".
- 6) So in BAG AP Nr.28 zu Art.44 Truppenvertrag; BAG AP Nr.22 zu § 1 KSchG betriebsbedingte Kündigung. Realistische Einschätzung bei BAG DB 1980, 1402, wonach "im wesentlichen" nur dieser Fall in Betracht komme.
- 7) So BAG DB 1980, 1400, wo zum ersten Mal auf die Möglichkeit des primafacie-Beweises hingewiesen wird.
- 8) BAG GS AP Nr.20 zu § 1 KSchG Bl.3.
- 9) BAG AP Nr.5 zu § 1 KSchG betriebsbedingte Kündigung.
- 10) BAG AP Nr.5 zu § 1 KSchG betriebsbedingte Kündigung; BAG NJW 1978, 2525; ähnlich LAG Niedersachsen DuR 1977, 334. BAG DB 1980, 1402 nennt als weiteren Anwendungsfall die ganz besonders ausgeprägte Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers, spricht aber selbst von "seltenen Ausnahmefällen".
- 11) BAG AP Nr.28 zu Art.44 Truppenvertrag.
- 12) BAG AP Nr.1 und 2 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit.
- 13) vgl. etwa Axel Stein BlfStR 1979, 166.
- 14) Vgl. aber aus der Literatur von Seggern BetrR 1979, 289.
- 15) BAG AP Nr.2 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit.
- 16) vgl. BAG AP Nr.1 und 4 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit.
- 17) BAG DB 1980.
- 18) BAG AP Nr.1, 43, 44 zu Art.9 GG Arbeitskampf, ständige Rechtsprechung.
- 19) Vgl. etwa Brinkmann-Herz, Die Unternehmensmitbestimmung in der BRD, Köln 1975; Mitbestimmungskommission, BT-Drucksache VI/334, S.44, 47.
- 20) Vgl. Däubler, Das Arbeitsrecht 1, 5. Auflage, Reinbek 1982, S. 238 ff.
- 21) Nähere Zahlenangaben bei Falke-Höland-Rhode-Zimmermann, a.a.O. (Anm.1), S.596 (Tab.IV/45): Bei der ordentlichen Kündigung wird der Antrag in 4,6% aller Fälle abgelehnt und in 15,8% aller Fälle zurückgezogen. Eine ausdrückliche Zustimmung der Hauptfürsorgestelle wird in 63% aller Fälle erteilt, bei der Restgröße von 16,6% kommt es zu einem Ausscheiden im gegenseitigen Einvernehmen. Bei der außerordentlichen Kündigung ist die Bilanz für die Schwerbehinderten günstiger, da nur in 35,5% die Zustimmung erteilt wird, während 14,7% der Anträge abgelehnt und 49,7% zurückgezogen werden. Weiter ist zu bedenken, daß der Kündigungsschutz für Schwerbehinderte eine gewisse Präventionswirkung entfaltet; gäbe es ihn nicht, so wäre vermutlich der Anteil der Schwerbehinderten an den Arbeitslosen noch sehr viel höher (im September 1981 waren 89 072 Schwerbehinderte arbeitslos gemeldet; dies entsprach einem Anteil von ca. 9%, bezogen auf die Gesamtzahl der Schwerbehinderten, während die durchschnittliche Arbeitslosenquote bei 5,4% lag - Angaben nach ANBA 1981, 1145 sowie ANBA 1981, 117, eigene Berechnungen).
- 22) Näher dazu Dohse-Jürgens-Russig, Probleme einer Beschränkung gewerkschaftlicher Bestandsschutzpolitik auf die Absicherung älterer Arbeitnehmer - WZB IIVG Diskussions-Papier, inhaltlich wiedergegeben u.a. auch bei Schönholz, in: Hassemer (Hrsg.), Arbeitslosigkeit als Problem der Rechts- und Sozialwissenschaften, Baden-Baden 1980, S.224 ff.
- 23) Überblick bei Görg, Entschädigung bei unverschuldetem Verlust des Arbeitsplatzes, Diss. Berlin 1977.
- 24) BAG DB 1979, 1751, 1896 und 1897, bestätigt in BAG DB 1980, 550, 732 und 1402, wobei jedoch bei Unternehmen mit mehr als 1000 Beschäftigten mindestens 5% der Belegschaft betroffen sein müssen.
- 25) § 1 Abs.2 Satz 2 Nr.1b und Nr.2b KSchG sowie BAG AP Nr.4 zu § 1 KSchG 1969 betriebsbedingte Kündigung; BAG AP Nr.22 zu § 1 KSchG betriebsbedingte Kündigung; vgl. auch BAG AP Nr.4 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit.
- 26) allgemeine Meinung; vgl. BAG AP Nr.9 zu § 1 KSchG verhaltensbedingte Kündigung; LAG Düsseldorf DB 1979, 556; Föhr, Arbeitsrecht für Arbeitnehmer, 2. Auflage, Köln 1980, S. 367; Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, Band I, 4. Auflage, München 1980, § 130 I 4.
- 27) BAG AP Nr. 14 zu § 1 KSchG betriebsbedingte Kündigung; die Beweislast, daß eine solche Ausweichmöglichkeit vorlag, liegt allerdings beim Arbeitnehmer.
- 28) So in der Literatur Kempff DB 1978, 1400.
- 29) BAG AP Nr.56 zu § 1 KSchG; BAG AP Nr.7 zu § 7 KSchG. Vgl. auch BAG BB 1977, 246 und LAG Düsseldorf DB 1979, 556.
- 30) Nähere Angaben bei Däubler, Das Arbeitsrecht 2, 2.Auflage, Reinbek 1981, S.308ff.

- 31) Die Zulässigkeit einer solchen Regelung ist allerdings umstritten; vgl. dazu Däubler, Grundrecht auf Mitbestimmung, 4. Auflage, Frankfurt/M. 1976, S. 376.
- 32) Näher dazu Runggaldier, Statussicherung im Industriebetrieb: Das Beispiel Italiens, in: Dohse-Jürgens-Russig (Hrsg.), Statussicherung im Industriebetrieb - Alternative Regelungsansätze im internationalen Vergleich, Frankfurt/New York: Campus 1982.
- 33) Zur überproportional hohen Jugendarbeitslosigkeit in Italien, s. Runggaldier a.a.O.
- 34) Dazu Detlef Zöllner RdA 1978, 305.
- 35) = kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit, Dazu Drinkuth u.a. WSI-Mitt. 1979, 515; Bauer-Dombois-Wahsner, Mitteilungsblatt der zentralen wissenschaftlichen Einrichtung "Arbeit und Betrieb", Bremen, Heft 1/1980, S.39 ff. sowie den Fall LAG Düsseldorf DB 1980, 1222. Die Besonderheit besteht darin, daß das Gesamtquantum an Arbeitszeit in einem Monat (oder einem Quartal) festliegt, der Arbeitgeber jedoch die konkreten Einsatzzeiten allein nach seinen Vorstellungen bestimmt.
- 36) Zur "umfassenden Interessenabwägung" s. BAG AP Nr.6 zu § 1 KSchG; ständige Rechtsprechung.