

I.) "Zeitgeister" und Diskussion arbeitsrechtlicher Fragen

Hätte mir die Tagungsleitung das Thema "Aktuelle Probleme des Arbeitsrechts" im Jahre 1973 gestellt, ich hätte Ihnen ein völlig anderes Referat vortragen müssen. Damals ging es um die Einführung paritätischer Mitbestimmung nach dem Vorbild des Montanmodells, also um eine gleichgewichtige Vertretung von Arbeit und Kapital im Aufsichtsrat und um einen von der Arbeitnehmerseite getragenen Arbeitsdirektor mit allen Konsequenzen, die das für die Personalpolitik des Unternehmens haben kann. Aktuelle gewerkschaftliche Forderung war die überbetriebliche Mitbestimmung durch Wirtschafts- und Sozialräte. Daneben ging es um die tarifliche Absicherung von Vertrauensleuten sowie -auf unseren Organisationsbereich bezogen- um das einheitliche Personalrecht im öffentlichen Dienst, das vielleicht nicht als Nahziel, wohl aber als mittelfristige Perspektive betrachtet wurde. Wichtig und in einem Referat im Jahr 1973 kaum zu umgehen war die Frage eines neuen und besseren Arbeitskammerrechts; man verlangte nicht nur das Verbot der Aussperrung, sondern erwoh auch eine Legalisierung der spontanen Arbeitsniederlegung. Bemerkenswert war, daß man sich wohl zum erstenmal in der Geschichte der deutschen Gewerkschaften nicht mehr ausschließlich an den Gesetzgeber wandte, sondern auch die Rechtssprechung des BAG mit Forderungen konfrontierte: man erkannte, daß in der Realität der BRD Gerichte nicht nur Recht sprechen, sondern in wachsendem Maße gesetzgeberische Funktion übernehmen. Verknüpft war dies mit einer durchaus deutlichen Kritik an dem, was üblicherweise aus Kassel kam: der Vorwurf, im Ergebnis wohlverstandenen Unternehmerinteressen zu entsprechen, erschütterte die Vorstellung eines über den Parteien stehenden neutralen Schlichters, der eine vorgegebene gerechte Ordnung verwirklichte.

In der Gegenwart sind alle diese Themen zwar nicht völlig verschwunden, aber irgendwie zu Realitäten zweiter Klasse geworden. Sicherlich besteht die Forderung nach der Ausdehnung des Montanmodells fort, man will auch weiterhin Vertrauensleute absichern und betrachtet das BAG mit durchaus kritischer Distanz. Dennoch konzentriert man sich auf andere Dinge, die man im ersten Moment als "kleine Münze" betrachten könnte. Statt Realisierung paritätischer Mitbestimmung stehen die Strategien zur Diskussion, mit denen die bescheidenen Rechte nach dem Mitbestimmungsgesetz 1976 noch unbedeutender und unwirksamer gemacht werden sollen. Man "kämpft" darum, daß sich wenigstens die zahlenmäßige Parität in den Aufsichtsratsausschüssen fortsetzt, obwohl man dabei so gut wie nie eine Chance hat, jemals "mehrheitsfähig" zu werden. Die tarifliche Absicherung der Vertrauensleute wird ersetzt durch die inzwischen vom BAG entschiedene Frage, ob nach Artikel 9 Abs. 3 GG ein Recht auf Vertrauensleutewahl im Betrieb besteht. Auch die Forderung nach dem einheitlichen Personalrecht steht weiter, zumal die Abschaffung der Regelbeförderung durch das Haushaltsstrukturgesetz und die Fortexistenz des Bewährungsaufstiegs die Vorzüge tariflicher Arbeitsbedingungen deutlich gemacht hat. Gleichwohl ist man sich bewußt, daß die Schaffung

II.) Die Festschreibung traditioneller beamtenrechtlicher Grundsätze durch das Bundesverfassungsgericht

Die Schaffung von mehr Einheitlichkeit und Gleichheit im öffentlichen Dienst ist einmal durch die sogenannte Kindergeldentscheidung des Bundesverfassungsgerichts erschwert worden. Dort ist sinngemäß ausgeführt, daß das Kindergeld nicht für alle gleich sein darf, sondern daß es der jeweiligen Besoldungsgruppe entsprechen muß: wer nach A 14 bezahlt wird und vier Kinder hat, muß soviel Zusatzleistungen erhalten, daß er einen vergleichbaren Lebensstandard wie ein Lediger oder kinderlos Verheirateter A 14-Beamter hat. Dasselbe gilt natürlich für den Amtsboten im öffentlichen Dienst, nur daß dort ein sehr viel geringeres "Ausgleichsbedürfnis" zu Grunde gelegt wird. Regierungsdirektorskinder sind damit mehr wert als Inspektors- oder Sekretärskinder - ein Ergebnis, das niemanden einleuchtet, mit dem wir aber zunächst leben müssen. Bemerkenswert ist, daß das auf diese Weise konkretisierte Alimentationsprinzip Verfassungsrang genießt, so daß nicht der einfache, sondern nur der verfassungsändernde Gesetzgeber eine Neuregelung erfolgreich bewerkstelligen könnte.

In einem weiteren Bereich sind in den letzten Jahren sehr traditionelle Vorstellungen festgeschrieben worden - um mich zurückhaltend auszudrücken. In seiner Radikalen-Entscheidung aus dem Jahre 1975 hat das Bundesverfassungsgericht alle Register konservativen Denkens gezogen und eine umfassende, auch die innere Einstellung ergreifende Treupflicht konstruiert. Von einzelnen Beamten wird danach nicht nur verlangt, daß er sich äußerlich korrekt verhält, sondern daß er sich auch innerlich mit seiner Aufgabe identifiziert. Er muß sich - so die eigene Formulierung des Gerichts - in diesem Staate jetzt und jederzeit zu Hause fühlen; ein allzu kühles Verhältnis zum bestehenden Staat läßt die Eignung für die Beamtenlaufbahn entfallen. Würde man diese Maßstäbe an jeden einzelnen Beschäftigten anlegen und jedes Stöhnen über die bestehenden Verhältnisse als Indiz für Entfremdungsprozesse werten, der öffentliche Dienst stünde vermutlich bald ohne Beschäftigte da. Die Schwierigkeit, ja die Börsartigkeit dieser Rechtsprechung liegt jedoch gerade darin, daß sie diese Maßstäbe nur gegenüber solchen Personen praktiziert, die sich politisch in nachweisbarer Form auf Positionen befinden, die von der herrschenden Meinung als verfassungsfeindlich definiert werden. Nur formal sind die Maßstäbe für alle gleich; in Wirklichkeit hätte ein Liberaler oder ein Konservativer auch dann nichts zu befürchten, wenn ihm der Staat Bundesrepublik prinzipiell gleichgültig ist oder gar als allzu "lasch" erscheint.

Für das Thema "einheitliches Personalrecht" ergibt sich auch hier eine eindeutige Vorgabe; solange man nicht die Verfassung ändert, kommt eine Vereinheitlichung nur auf der Basis der so bestimmten Treupflicht in Betracht: sie wurde vom Bundesverfassungsgericht als Grundsatz behandelt, der für das Beamtenverhältnis unmittelbar maßgebend ist, der also weder durch einfaches Gesetz noch durch Tarifvertrag verändert werden kann. Dabei sollte man sich auch nicht bei der Vorstellung beruhigen, es gehe ja nur um die "Radikalen-Frage", für die Übergroße Mehrzahl der im öffentlichen Dienst Beschäftigten spiele das Ganze keine Rolle: die

Treupflicht ist so formuliert, daß es jederzeit auch zur Entwicklung anderer als politischer Verhaltenspflichten werden könnte. Während die Reformforderungen relativ abstrakt blieben, hat die Gegenreform Pflöcke eingeschlagen, die sich in absehbarer Zeit nicht umgehen lassen.

III.) Zum Verhältnis gegenüber den Arbeitsgerichten

Ein Wandel gegenüber den Verhältnissen des Jahres 1973 hat sich auch insoweit ergeben, als sich die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts in sehr viel geringeren Maße der Kritik ausgesetzt sieht. Es wäre falsch, dies als subjektive Fehlleistung, gewissermaßen als mangelhaften Einsatz im Kampf um die eigenen Interessen abzutun. Wenn man sich zahlreiche Konflikte aus Betrieben anschaut, so wird immer wieder deutlich, daß die betriebliche Realität - was den Arbeitnehmerschutz angeht - häufig noch weit hinter die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zurückfällt. Wo es keinen Betriebsrat gibt, wo der gesetzliche Urlaubsanspruch nicht respektiert wird und wo die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall auf dem Papier steht, erscheint die Rechtsprechung Arbeitsgerichte als einziger praktikabler Notanker. Es wäre irgendwie absurd, wollte man den Betroffenen Vorträge darüber halten, daß das BAG Teil des bürgerlichen Staatsapparats sei und wie dieser insgesamt wohlverstandenen Unternehmerinteressen diene: die helfende Hand als gefährliche Pranke zu diffamieren, mutet der sozialen Fantasie der Angesprochenen etwas viel zu. Je schwieriger die betrieblichen Verhältnisse werden, um so häufiger tritt die Situation auf, daß der Weg zum Arbeitsgericht als letzte Rettung erscheint, was sich unschwer an der Prozeßstatistik ablesen läßt. Für die mit dem gewerkschaftlichen Rechtsschutz betrauten Kollegen bedeutet dies, nicht nur mehr Arbeit zu haben, sondern ausschließlich in den Kategorien der Rechtsprechung zu argumentieren: man gewinnt nun mal Prozesse leichter, wenn man sich auf die Autorität der höchsten Instanz berufen kann. Fast unmerklich wird so die Rechtsprechung zur Grenze des eigenen Denkens; über die Funktion dessen nachzudenken, was da an Richterrecht entsteht und weiter entwickelt wird, fehlt noch stärker als früher die Zeit. Dies erklärt im übrigen auch ein wenig, weshalb die Kritik an den Ergebnissen der höchstrichterlichen Rechtsprechung bei Rechtsschutzsekretären nicht durchweg auf fruchtbaren Boden fällt - die Tatsache, jeden Tag mit besonders großen Ungerechtigkeiten konfrontiert zu werden, reicht als solche eben nicht aus, um die gesamtgesellschaftliche Dimension der Probleme in den Blick zu bekommen. Unterstützt wird dieser Mechanismus durch eine Reihe durchaus fortschrittlicher Entscheidungen unterer Arbeitsgerichte, deren Nützlichkeit in keiner Weise bestritten werden soll.

IV.) Rationalisierungsschutz

Man spricht einen Gemeinplatz aus, wenn man betont, daß es in der Gegenwart in erster Linie um die Erhaltung des sozialen Status quo geht. Dies wird deutlich an den Tarifauseinandersetzungen um den Rationalisierungsschutz. Seiner Natur nach ist dieser defensiv; er versucht, das Schlimmste zu verhüten, verzichtet aber notgedrungen von vornherein darauf, die technische Entwicklung beispielsweise so zu beeinflussen, daß Arbeitsplätze neu geschaffen werden. Es geht um die Erhaltung der Arbeitsbedingungen, um die Abwehr zusätzlicher Be-

lastungen, wie man dies am Beispiel der Bildschirmarbeitsplätze in der Druckindustrie verdeutlichen kann. Die Technik wirklich für den arbeitenden Menschen nutzbar zu machen, sie gezielt für eine Erleichterung seines Daseins einzusetzen, ist die Ausnahme. Alternative Technologien sind Gegenstände, die eher außerhalb der Gewerkschaften erörtert werden.

Selbst die in dieser Weise beschränkte Form des Rationalisierungsschutzes sieht sich juristischen Angriffen ausgesetzt. So konnte man in der "Zeitschrift für Arbeitsrecht" lesen, daß nicht nur die Besetzungsregelungen in der Druckindustrie verfassungswidrig seien, weil sie die Nicht-Setzer benachteiligen würden; auch eine ins Gewicht fallende Verlangsamung des technischen Fortschritts durch Rationalisierungsschutzabkommen soll im Hinblick auf die Unternehmergrundrechte aus Art. 12 und Art. 14 GG bedenklich sein. Hier hätte die Gewerkschaftsbewegung Unterstützung aus dem wissenschaftlichen Raum verdient, um wenigstens die heutigen Positionen halten zu können. Der technische Fortschritt äußert sich allerdings nicht nur in der Veränderung von Arbeitsbedingungen oder in der Einsparung von Arbeitsplätzen. In weitem Umfang wird er auch in den Dienst der Personalverwaltung gestellt, die sich der elektronischen Datenverarbeitung bedient, um ihre Aufgaben effizienter und reibungsloser erfüllen zu können. Dies ist eine sehr viel weniger harmlose Erscheinung als es auf den ersten Blick klingen mag. Wenn etwa ein mittleres Unternehmen vier- bis fünfhundert Datenarten über jeden einzelnen Beschäftigten speichert und dabei von der Rentenversicherungsnummer über das Geburtsdatum bis zur Gewerkschaftszugehörigkeit alles erfaßt, so befindet sich der Einzelne in einer noch schwächeren Position als er dies aufgrund seiner Stellung als Arbeitnehmer sowieso schon ist: mit einem allwissenden, über einen umfassenden Informationsstand verfügenden Gegner läßt sich sehr schwer verhandeln. Der Datenschutz muß sich daher nicht nur die Aufgabe stellen, die schrankenlose "Durchleuchtung" des Individuums abzuwehren, sondern muß auch Mechanismen schaffen, die die Benutzung dieser Daten in Schranken halten. Das Bundesdatenschutzgesetz hat zwar da und dort Verbesserungen gebracht, kann jedoch den durch Personalinformationssysteme geschaffenen Vorsprung der Arbeitgeberseite in keiner Weise ausgleichen. Nur ein Mangel ist es, wenn der betriebliche Datenschutzbeauftragte vom Arbeitgeber eingesetzt wird und ohne Zustimmung des Betriebsrates auch wieder entlassen werden kann - ein Kontrolleur, der von Kontrollierten abhängt, ist eine Figur, die nicht gerade als Glanzstück gesetzgeberischer Leistung angesehen werden kann.

V.) Die Forderung nach dem Verbot der Aussperrung

Auch die von den Gewerkschaften nachhaltig erhobene Forderung, die vom BAG entwickelte Aussperrung wieder abzuschaffen, ist entgegen dem ersten Anschein eine Status quo bezogene Forderung. Dies wird an den Umständen deutlich, unter denen die Massenklagen der IG Metall und der IG Druck eingereicht wurden. Es geht hier nicht primär darum, den Gewerkschaften zusätzliche Handlungsmöglichkeiten zu eröffnen und die Reaktionsmöglichkeiten der Arbeitgeber zu beschneiden; es geht vielmehr darum, die gewerkschaftliche Kampfkraft zu erhalten. Würde nämlich jene Praxis der Flächenaussperrung, die im Frühjahr 1978 praktiziert wurde, noch einige Male wiederholt, so wäre irgendwann

der Punkt erreicht, wo die Gewerkschaften keine Streikunterstützung mehr bezahlen könnten. Damit wären sie kurzfristig zunächst einmal kampfunfähig gemacht und könnten ihre Funktion als sozialer Gegenspieler nicht mehr erfüllen. Diesen Zustand zu vermeiden ist Ziel der gewerkschaftlichen Forderung, die den Umständen nach in die Form eines Rechtsfortschritts gekleidet werden muß. Die Chancen, beim BAG wenigstens einige Schritte nach vorne machen zu können, sind nicht schlecht, sofern man voraussetzt, daß die Richter die möglichen Alternativen in ihre Abwägung einbeziehen. Kommt es nämlich wirklich dazu, daß die Gewerkschaften ihre Konfrontationsfähigkeit einbüßen, so bleiben nach meiner Einschätzung zwei Entwicklungsmöglichkeiten. Zum einen ist es denkbar, daß die Gewerkschaft als Institution in Zukunft nur noch mehr oder weniger ungefragt die Vorschläge der Arbeitgeberseite akzeptieren und die Tarifverhandlungen nur noch als Ritual begreift. Die Folge wären - da die Mitgliederinteressen so auf die Dauer nicht zu befriedigen sind - spontane Arbeitsniederlegungen, im Extremfall Arbeitsbeziehungen wie in England, bei denen sozialer Fortschritt ausschließlich auf der betrieblichen Ebene erkämpft wird. Zum zweiten besteht die Möglichkeit, daß die Gewerkschaften ihre Konfrontationsfähigkeit in der Weise wiedergewinnen, daß sie ihre Mitglieder zu politisieren versuchen: auf der Basis eines wiedergewonnenen Klassenbewußtseins würde die fehlende Streik- und Aussperrungsunterstützung ihre Bedeutung weiterhin verlieren; wer eine andere Gewerkschaft will, wird größere Opfer in Kauf nehmen. Die Praxis der französischen oder italienischen Gewerkschaften bieten hier genügend Anschauungsmaterial. Beide möglichen Entwicklungen stellen eine Störung des bisherigen Systems industrieller Beziehungen in der Bundesrepublik dar - sie zu verhindern, läge auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts.

VI) Reform des Kündigungsschutzes

Auf Wunsch der Tagungsleitung möchte ich mich mit diesen wenigen kursorischen Bemerkungen zu den angesprochenen Problemen begnügen und nunmehr ein Thema angehen, das die Juristen ebenso wie die betrieblichen Praktiker beschäftigt: das Kündigungsschutzrecht. Dabei sollen zwei Dinge im Vordergrund stehen. Zum einen geht es um die Weiterbeschäftigung des gekündigten Arbeitnehmers, die in der Literatur ja ein außerordentlich hohes Maß an Aufmerksamkeit erfahren hat. Zum zweiten möchte ich gerne einiges über die Handhabung der Kündigungsgründe sagen, da mir scheint, daß die Diskussion über das Kündigungschutzverfahren die unter Umständen viel wichtigere Frage nach der inhaltlichen Reichweite des Kündigungsschutzes allzusehr in den Hintergrund gedrängt hat.

1) Der Weiterbeschäftigungsanspruch

In Literatur und Rechtsprechung ist man sich einig, daß das Kündigungsschutzgesetz ein "Bestandsschutzgesetz" ist. Das Bundesarbeitsgericht hat vor kurzem erneut betont, es sei Sinn des Kündigungsschutzgesetzes, dem einzelnen Arbeitnehmer den Arbeitsplatz zu erhalten. Auf der anderen Seite weiß man, daß gekündigte Arbeitnehmer in den allermeisten Fällen nicht mehr an ihren Arbeitsplatz zurückkehren. Zwar gibt es dazu noch keine umfassenden empirischen Untersuchungen, doch ist die Meinung aller Beteiligten derart einhellig, daß Zweifel wohl nur darüber bestehen können, ob 1 % oder 5 % der Kläger wieder in ihren Betrieb zurückkehren. Die Gründe sind einigermaßen einsichtig. Zu denken ist dabei gar nicht einmal an jene Fälle, wo Kündigungsschutzklagen abgewiesen werden, weil die Kündigung sozial gerechtfertigt war. Viel wichtiger sind jene Fälle, in denen der Arbeitnehmer trotz

guter Prozeßaussichten in einen Vergleich einwilligt und eine Abfindung akzeptiert. Wie kommt es dazu?

Voraussetzung des Ganzen ist, daß der Gekündigte zunächst mal den Betrieb verlassen muß. Wer eine fristlose Kündigung erhält, bekommt unter Umständen schon am gleichen Tag Hausverbot, wer ordentlich gekündigt wird, kommt nach Ablauf der Kündigungsfrist nicht mehr in den Betrieb. Wer draußen ist und keinen Lohn mehr bezieht, ist auf das Arbeitslosengeld angewiesen. Dieses wiederum erhält er nur, wenn er dem Arbeitsmarkt zur Verfügung steht, d.h. bereit ist, eine zumutbare anderweitige Beschäftigung anzunehmen. Wird er in einen neuen Arbeitsplatz vermittelt, so ergeben sich zwar häufig für ihn neue Probleme, doch entstehen auch neue soziale Kontakte, die aufzugeben oft nicht leicht fallen wird. Selbst wenn die Bedingungen eindeutig schlechter sind oder wenn der Betroffene keinen neuen Arbeitsplatz findet, wird er häufig zu einem Vergleich bereit sein: realistischere Weise werden ihm 5.000,- DM Abfindung lieber sein als die Aussicht auf einen sich über Jahre erstreckenden Prozeß, dessen Ergebnis angesichts der generalklauselartigen Weite unseres Kündigungsschutzrechts zweifelhaft ist. Selbst wenn die Kündigungsschutzklage Erfolg hätte, wäre im Übrigen auch dies noch keine Garantie für eine erfolgreiche Rückkehr an den bisherigen Arbeitsplatz: der Arbeitgeber kann aus anderen Gründen erneut kündigen, im Betrieb sind unter Umständen so weitgehende Veränderungen durchgeführt worden, daß eine Weiterarbeit mit außerordentlichen Schwierigkeiten verbunden ist. Es ist also - um es zusammenzufassen - durchaus verständlich, daß die allermeisten Arbeitnehmer einen Abfindungsvergleich akzeptieren. Ihnen als Prozeßvertreter eine Ausschöpfung aller prozessualen Möglichkeiten zu empfehlen, ginge in der Regel an der Sache vorbei. Dabei war noch gar nicht einkalkuliert, daß der Arbeitgeber ja nach den §§ 9, 10 Kündigungsschutzgesetz die Möglichkeit hat, einen Antrag auf Auflösung gegen Abfindung auch bei sozial un gerechtfertigter Kündigung zu stellen. Voraussetzung ist nur, daß ein gedeihliches weiteres Zusammenarbeiten nicht zu erwarten ist - eine sehr bescheidene Bedingung, die sehr leicht zu erfüllen sein wird, und die es doppelt geraten erscheinen läßt, den scheinbar so bequemen Ausweg des Vergleichs zu wählen.

Allein aufgrund dieser Konstellation wird deutlich, warum die Gewerkschaften so entschieden die Weiterbeschäftigung nach Kündigung verlangen. Bleibt der betroffene Arbeitnehmer nämlich im Betrieb, dann muß er sich nicht um einen anderen Arbeitsplatz bemühen; gewinnt er den Prozeß, so bleibt alles beim alten, ohne daß besondere Probleme der Reintegration in dem früheren Betrieb auftreten. Der DGB hat dazu das Modell der Auflösungsklage entwickelt. Danach soll ähnlich wie im Beamten- und Mietrecht das Rechtsverhältnis, d.h. das Arbeitsverhältnis solange weiter bestehen, bis eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung die Kündigung für gerechtfertigt erklärt hat. Dies soll allerdings nur gelten, wenn der Betriebsrat der Kündigung widersprochen hat. Inhaltlich soll anders als nach § 102 Abs. 3 des heutigen Betriebsverfassungsgesetzes der Widerspruch allerdings nicht an bestimmte Gründe gebunden sein, sondern immer dann erhoben werden können, wenn der Betriebsrat das Vorgehen des Arbeitgebers nicht für berechtigt ansieht.

Wie stellt sich die Rechtslage dar, solange diese Forderung des DGB nicht Wirklichkeit geworden ist? Eine konsequente Ausschöpfung des heutigen § 102 Abs. 3 und 5 Betriebsverfassungsgesetz erscheint wenig aussichtsreich, da die dort genannten Widerspruchsgründe nur selten vorliegen und sich noch seltener auch beweisen lassen. Sehr viel mehr Aussichten bietet daher der Rückgriff auf den allgemeinen Beschäftigungs-

anspruch des Arbeitnehmers. Dieser wird in Rechtsprechung wie in Literatur für das ungekündigte Arbeitsverhältnis einhellig bejaht; es gehöre zu der aus Art. 1 und 2 GG abzuleitenden freien Entfaltung der Persönlichkeit, nicht unnützlich seine Arbeitskraft anbieten zu müssen, sondern effektiv die übernommene Tätigkeit ausüben zu können. Ist das Arbeitsverhältnis gekündigt, so wird dieser Beschäftigungsanspruch nach der Rechtsprechung des BAG allerdings nur sehr eingeschränkt anerkannt; er soll nur noch dann durchgreifen, wenn die Kündigung offensichtlich unbegründet war. Dies wiederum wird nur dann angenommen, wenn der Betriebsrat nicht angehört oder wenn ein Schwerbehinderter ohne Zustimmung der Hauptfürsorgestelle gekündigt wurde. Im Normalfall der strittigen Kündigung versagt demnach der Beschäftigungsanspruch.

Meines Erachtens ist dies keine sehr konsequente Lösung. Sie führt nämlich zur Ablehnung des Beschäftigungsanspruchs auch in solchen Fällen, wo sich am Ende des Verfahrens herausstellt, daß die Kündigung unberechtigt war und das Arbeitsverhältnis daher ungeschmälert fortbestanden hat: es gibt dann plötzlich eine Kategorie von Arbeitsverhältnissen, die gewissermaßen insofern einen geminderten Rechtsstatus aufweisen, als sie nicht mit dem ansonsten allgemein anerkannten Beschäftigungsanspruch verbunden sind. Wer gekündigt wird, muß daher im Regelfall eine solche Minderung seiner Rechtsstellung in Kauf nehmen, obwohl er unter Umständen nicht das geringste zu der Kündigung beigetragen hat. Will man diese Ungleichheit vermeiden, so liegt es nahe, jedenfalls dann, wenn ein vorläufig vollstreckbares Urteil zugunsten des klagenden Arbeitnehmers vorliegt, vom Bestehen eines Arbeitsverhältnisses auszugehen und dem Arbeitnehmer die Möglichkeit zu eröffnen, seine tatsächliche Beschäftigung zu erzwingen. Prozessual wäre dies in der Weise zu bewerkstelligen, daß parallel mit dem in Kündigungsschutzverfahren üblichen Feststellungsantrag ein Leistungsantrag auf Beschäftigung gestellt würde, über den das Arbeitsgericht bzw. Landesarbeitsgericht zusammen mit der Hauptsache entscheiden würde. Insofern gilt prozessual nichts anderes, als wenn eine Kündigungsschutz- mit einer Lohnklage verbunden wird; beide sind unbestrittenermaßen nebeneinander zulässig. In dringenden Fällen müßte man neben diesem ersten auch einen zweiten Schritt tun und bereits vor einer erstinstanzlichen Entscheidung eine einstweilige Verfügung auf Weiterbeschäftigung zulassen. Die hierzu in der Literatur gegebenen Begründungen sind recht vielfältig. Besonders erwähnenswert erscheint mir die Auffassung von Leipold, wonach ähnlich wie im Verfassungsprozeß der Verfügungsanspruch nicht mehr im einzelnen geprüft, sondern allein auf den Verfügungsgrund abgestellt wird. Eine Ausnahme soll lediglich dann gelten, wenn in der Sache selbst keinerlei Aussichten bestehen, die Klage also offensichtlich unbegründet ist. Entscheidend kommt es danach darauf an, wie die Dringlichkeit angesichts der beiderseitigen Interessen zu bewerten ist. Dabei wird in der Regel der Arbeitnehmer einen gewissen Vorsprung haben, da seine Entfernung aus dem Betrieb für ihn mit großen Nachteilen verbunden ist, während umgekehrt dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung in vielen Fällen zugemutet werden kann. Ich kann dies hier nicht weiter vertiefen, doch scheint es mir angesichts vieler sehr positiver Urteile unterer Instanzen gerechtfertigt zu sein, bei allen nicht von vornherein aussichtslosen Fällen eine einstweilige Verfügung auf Weiterbeschäftigung zu beantragen und erst recht einen Weiterbeschäftigungsanspruch als zweiten Antrag im Hauptverfahren zu stellen.

2) Zur Tragweite der Kündigungsgründe

Wie Sie wissen, ist der geltende Kündigungsschutz nicht voll im Wortlaut des § 1 des Kündigungsschutzgesetzes zum Ausdruck gekommen.

Zu den dort ausdrücklich genannten Gründen - dringende betriebliche Erfordernisse, vertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers, personenbedingte Gründe - muß immer noch eine Interessenabwägung hinzukommen, wonach auch ein vernünftiger, die Interessen beider Seiten abwägender Arbeitgeber die Kündigung ausgesprochen haben muß. Ich will mich hier nicht auf die Frage konzentrieren, weshalb man eigentlich auf den vernünftigen Arbeitgeber, und nicht auf den vernünftigen Arbeitnehmer abstellt, der etwa im Interesse der gefährdeten Arbeitsplätze seiner Kollegen die Kündigung in Kauf nehmen würde. Interessant ist vielmehr, wie die ausdrücklich genannten Kündigungsgründe in der Praxis gehandhabt werden, in welchem Umfang dem Arbeitgeber daher die Durchsetzung seiner Vorstellungen möglich ist.

Beginnen wir mit der betriebsbedingten Kündigung. Es erscheint uns als Selbstverständlichkeit, daß der Wegfall des Arbeitsplatzes wegen dauernden Auftragsmangels oder wegen Umorganisation eine Kündigung sozial rechtfertigt. Dies gilt auch dann, wenn Betriebe oder Abteilungen nur deshalb stillgelegt werden, weil die Konzernspitze eine Zentralisierung anstrebt und beispielsweise Forschung und Entwicklung an einer einzigen Stelle konzentrieren möchte. Die Arbeitsgerichte lehnen es in ständiger Rechtsprechung ab, die einer Kündigung zugrunde liegende unternehmerische Entscheidung über Rationalisierung, Stilllegung usw. inhaltlich zu überprüfen: sie seien überfordert, wenn sie sich an die Stelle des Unternehmers setzen wollten; auch müsse in einer Marktwirtschaft die unternehmerische Autonomie gewahrt bleiben. In dieser Rechtsprechung ist insofern ein richtiger Kern enthalten, als es in der Tat ja nicht Aufgabe der Arbeitsgerichte sein kann, wesentliche unternehmenspolitische Dispositionen im nachhinein zu korrigieren. Im Ergebnis würde dies nämlich bedeuten, daß im Extremfall die gesamte Unternehmenspolitik von den Arbeitsgerichten gemacht würde; hierfür sind sie weder von ihren durch die Verhandlungsmaxime beschränkten Erkenntnismöglichkeiten her noch im Hinblick auf die Zeitdauer des Verfahrens geeignet - von der fehlenden politischen Legitimation (die allerdings beim Eigentum auch nicht vorhanden ist) einmal ganz zu schweigen. Dies akzeptiert, ergibt sich gleichwohl nicht notwendigerweise die in der Rechtsprechung gezogene Konsequenz einer weitestgehenden Unüberprüfbarkeit unternehmerischer Entscheidungen: zwischen der totalen Überprüfung und der totalen Freistellung von jeder gerichtlichen Kontrolle gibt es Kompromißlösungen, die bisher noch wenig diskutiert sind. So könnte man etwa daran denken, dringende betriebliche Interessen nur dann anzunehmen, wenn die Unternehmerentscheidung nicht "mißbräuchlich" ist, wenn sie sich auf vernünftige Erwägungen des Unternehmers stützen läßt. Im Kartellrecht besitzen wir eine derartige Mißbrauchskontrolle gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen, die sich sogar auf die zentrale unternehmerische Funktion der Preisfestsetzung bezieht. Überträgt man dieses Modell in das Kündigungsschutzgesetz, so wäre etwa einer Kündigung die Anerkennung zu versagen, die nur deshalb erfolgt, um durch Intensivierung der Arbeit bei den verbliebenen Arbeitskräften einen sowieso schon "kräftigen" Gewinn von 25 % auf 30 % zu erhöhen. Rechtsgrundlage für diese Mißbrauchskontrolle wäre letzten Endes Art. 14 Abs. 2 GG, der die Sozialbindung des Eigentums ausspricht. Erfaßt wären damit sicherlich nicht sehr viele Fälle, doch könnte eine solche Rechtsprechung den nützlichen Präventiveffekt haben, Unternehmer zu einer vorsichtigeren Personalpolitik zu veranlassen: Nachträglich Leute weiter zu beschäftigen und ihnen den Lohn fortzahlen zu müssen, eröffnet für einen Arbeitgeber keine erfreulichen Perspektiven.

Kommen wir zur verhaltensbedingten Kündigung. Was

bei ihr sowie bei der fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund immer wieder auffällt, ist der Widerspruch zu den Wertungen, die im Strafrecht vorherrschen. So gibt es etwa auf der einen Seite eine Entscheidung des LAG Düsseldorf, die eine fristlose Kündigung bestätigte, weil ein Arbeitnehmer eine kleine Veränderung an seiner Stempelkarte vorgenommen hatte; wäre sie nicht entdeckt worden, hätte er bei der Lohnabrechnung DM 3,- oder 4,- DM mehr bekommen. Im Strafrecht würde nach heutigen Vorstellungen kein Mensch daran denken, einen Beschuldigten wegen einer solchen vergleichsweise geringfügigen Urkundenfälschung aus seiner sozialen Existenz herauszureißen und ihn zu einer Freiheitsstrafe ohne Bewährung zu verurteilen. Man weiß im Strafrecht, daß daraus nichts Gutes wird, man sieht es zudem als inhuman an. Sicherlich besteht zwischen beiden Sanktionen - Verlust des Arbeitsplatzes und Freiheitsstrafe - ein nicht zu übersehender Unterschied. Gleichwohl sollte man ihn nicht überschätzen: wer den Arbeitsplatz verliert, hat nicht nur finanzielle Nachteile wie den Wegfall von Sozialleistungen und Anwartschaften zu verkraften, er verliert auch soziale Bindungen, er verliert seine spezifische Qualifikation, die er im Betrieb erhalten hat, er wird unter Umständen längere Zeit arbeitslos mit allen Konsequenzen, die dies für seine Selbstachtung und seine soziale Identität besitzt. Das existenzielle Betroffensein ist in beiden Fällen vorhanden; für mich ist nicht einsichtig, warum es Bewährung nur im Strafrecht geben soll, während die Abmahnung als bloße Vorstufe der eigentlichen Sanktion im Arbeitsrecht nur in Fällen verlangt wird, die nicht die Schwelle zum Strafbaren überschreitet.

Zuletzt noch einige Worte zur personenbedingten Kündigung. Wie Sie wissen, ist die Krankheit als Kündigungsgrund in der Rechtsprechung anerkannt. Sieht man einmal vom Fall der langdauernden Erkrankung ab, der in der Praxis meist geringe Schwierigkeiten macht, so funktioniert das folgendermaßen:

Der Arbeitgeber stellt die durchschnittlichen Fehlzeiten der letzten drei Jahre fest und zieht davon diejenigen ab, die auf Betriebsunfälle beruhten. Beläuft sich die Quote auf 15,20 oder 25 %, dann kommt eine Kündigung grundsätzlich in Betracht.

Legt man die BAG-Rechtsprechung zugrunde, so sind hierfür allerdings weitere Voraussetzungen erforderlich: die Krankheit muß so beschaffen sein, daß eine negative Prognose gerechtfertigt ist, daß auch in Zukunft mit häufigen Erkrankungen gerechnet werden muß. Zweitens muß der Ausfall des Arbeitnehmers die betrieblichen Arbeitsabläufe stören, zum dritten muß eine Interessenabwägung auch unter Berücksichtigung der längeren oder kürzeren Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers ergeben, daß die Kündigung sozial gerechtfertigt ist. Dies klingt gut, doch wird von vielen Gerichten berichtet, daß die Praxis anders aussieht. Zunächst wird aus den in der Vergangenheit liegenden Fehlzeiten automatisch auf eine entsprechende negative Prognose geschlossen. Wer sich einmal als "anfällig" erwiesen hat, wird dies angeblich auch in Zukunft sein. Weiter geht man ebenso selbstverständlich davon aus, daß der Ausfall eines Arbeitnehmers auch die Arbeitsabläufe stört, und schließlich verhilft auch die Interessenabwägung zu keinem Arbeitsplatzschutz, weil man von Extremfällen abgesehen eine über ein bestimmtes Limit von z.B. 20 % hinausgehendes Maß an Fehlzeiten für nicht mehr tolerierbar erklärt. Für die Betroffenen hat eine Kündigung wegen Krankheit zur Folge, daß sie in sehr vielen Fällen überhaupt keinen Arbeitsplatz mehr finden. Eine der Problemgruppen auf dem Arbeitsmarkt sind die gesundheitlich angeschlagenen Arbeitnehmer. Sie in neue Arbeitsstellen zu vermitteln ist deshalb schwierig, weil der potentielle neue Arbeitgeber über Einstellungsuntersuchungen und Fragebögen ja

alle Möglichkeiten hat, gesundheitliche Einschränkungen zu ermitteln und sich dann für einen leistungsfähigen Bewerber zu entscheiden. Für viele ist die Kündigung wegen Krankheit somit der effektive Ausstoß aus dem Arbeitsleben, eine Marginalisierung mit 40, 45 oder 50 Jahren.

Was kann man dagegen tun? Abhilfe könnte der Gesetzgeber schaffen, der wie in einigen anderen Ländern die Kündigung wegen Krankheit verbieten könnte. Abhilfe zu schaffen wäre unter Umständen auch Sache der Tarifparteien, ließe sich die Kündigung wegen Krankheit doch auch tariflich einschränken oder verbieten. Dies hier zu vertiefen fehlt uns die Zeit. Konzentrieren wir uns deshalb auf die Frage, inwieweit man durch Handhabung der bestehenden gesetzlichen Bestimmungen, also in unserer Praxis als Richter, Parteivertreter oder Betriebsräte etwas gegen diese Mißstände unternehmen kann. Meines Erachtens muß man zunächst ganz bescheiden ansetzen und den Wortlaut des Kündigungsschutzgesetzes ernst nehmen. Dort ist davon die Rede, daß der Arbeitgeber das Vorliegen der Kündigungsvoraussetzungen beweisen muß, wobei lediglich für die hier nicht interessierende soziale Auswahl eine Ausnahme gemacht wird. Wendet man diesen Grundsatz auch auf die Kündigung wegen Krankheit an, so bedeutet dies, daß der Arbeitgeber den Beweis führen muß, der Betroffene würde auch in Zukunft wieder ein entsprechend hohes Maß an Fehlzeiten aufweisen. Konkret bedeutet dies, daß ein Arzt eingeschaltet werden müßte, der eine Prognose abzugeben hätte. Kann er sich nicht eindeutig festlegen, lehnt er es ab, Prophet zu sein, und meint er, der Gesundheitszustand könne sich im Laufe der nächsten Jahre wieder wesentlich verbessern, so ist der Arbeitgeber beweisfällig geblieben und die Kündigungsschutzklage muß Erfolg haben. Dasselbe läßt sich dann im Hinblick auf die betriebliche Störung wiederholen. Ist wirklich auch der Ausfall solcher Arbeitnehmer nicht hinzunehmen, die wie viele Angestellte die liegen gebliebene Arbeit nachholen können? Liegt auch dann eine betriebliche Störung vor, wenn durch den kurzfristigen Einsatz von anderen Arbeitskräften alles wie bisher weiter läuft? Dem Arbeitgeber droht in solchen Fällen keine unbillige Beeinträchtigung seiner Belange, da er ja wegen einer Erkrankung lediglich sechs Wochen Lohnfortzahlung pro Jahr schuldet, nach Ablauf dieser Frist somit nicht mehr zu Zahlungen verpflichtet ist. Schließlich müßte im Rahmen der Interessenabwägung berücksichtigt werden, ob der Arbeitgeber nicht bestimmte Fehlzeiten von vornherein einkalkulieren und z.B. eine entsprechende Zahl von Springern anstellen müßte: hat er entsprechend Vorsorge versäumt, kann er sich nunmehr nicht auf die angebliche Rechtfertigung der Kündigung berufen.

Darüber hinaus ist die Frage zu stellen, ob Krankheit eigentlich nach geltendem Recht überhaupt zwingend ein Kündigungsgrund ist. Zwar läßt sich nicht bestreiten, daß § 6 Lohnfortzahlungsgesetz und § 616 BGB davon sprechen, die Lohnfortzahlung im Krankheitsfalle werde nicht dadurch beeinträchtigt, daß aus Anlaß der Krankheit gekündigt wurde. Daraus folgt jedoch noch nicht, daß grundsätzlich jede schwerere Erkrankung eine Kündigung rechtfertigt. Man müßte daher überlegen, ob man das Kündigungsrecht des Arbeitgebers nicht auf Fälle dauernder Arbeitsunfähigkeit, also auf jene Fälle beschränken könnte, in denen die Sozialversicherungsträger mit Berufs- oder Erwerbsunfähigkeitsrenten zur Verfügung stehen. Wäre es nicht im Interesse des Betroffenen wie aus marktpolitischen Gründen berechtigt, die Generalklausel der "personenbedingten Kündigung" in dieser Weise zu konkretisieren? Wer eine solche These aufstellt, setzt sich allerdings in der Regel dem Einwand aus, völlig Utopisches zu predigen. Es sei keinem Arbeitgeber zuzumuten, über Jahre hinweg einen Arbeitnehmer mitzuschleppen, der die meiste Zeit ausfalle. Besonders gerne be-

schwört man in solchen Fällen einen kleinen Handwerksbetrieb mit zwei oder drei Beschäftigten, der unter dem Ausfall eines einzelnen Arbeitnehmers in der Tat schwer zu leiden hat. Ich bin der Auffassung, daß man dies gleichwohl anders sehen muß. Dafür spricht schon auf einer ganz vordergründigen Ebene, daß in den Niederlanden nur dann gekündigt werden kann, wenn die Krankheit länger als zwei Jahre dauert. Offensichtlich schafft man es dort, das Phänomen Krankheit im Betrieb selbst zu bewältigen. Daß dies funktioniert, hat durchaus einsehbare gesamtwirtschaftliche Gründe. Wer wegen Krankheit bei uns gekündigt wird, wird zwar aus dem Arbeitsprozeß, nicht aber aus dem System staatlicher Sozialleistungen ausgegliedert: für ihn sorgt zunächst die Krankenversicherung, gegebenenfalls die Arbeitslosen- und die Rentenversicherung, im Notfall die Sozialhilfe. Die Reproduktion des Einzelnen wird daher nicht unmittelbar durch seinen bisherigen Betrieb, wohl aber mittelbar durch die Gesamtheit der Betriebe gesichert: Kranken-, Arbeitslosen- und Rentenversicherung finanzieren sich über Arbeitgeber und Arbeitnehmerbeiträge, die Sozialhilfe geht zu Lasten des Steueraufkommens, also personell gesprochen derjenigen, die arbeiten. Meine These wäre, daß es keinen wesentlichen finanziellen Unterschied ausmacht, ob man die Kosten der Krankheit auf das Reproduktionssystem auslagert, das sich aus dem Produktionssektor finanziert, oder ob man das Phänomen Krankheit im Produktionssektor selbst bewältigt, also die Betriebe unmittelbar damit belastet. Gesamtwirtschaftlich läuft beides auf dasselbe hinaus. Aus der Perspektive des einzelnen Betriebes gesehen würde dies bedeuten, daß die Beiträge zur Sozialversicherung sinken, dafür aber die Fehlzeiten im Betrieb und damit die Personalkosten ansteigen. Für Kleinbetriebe müßte ein Ausgleich geschaffen werden, da sie durch eine zufällig eintretende überdurchschnittliche Krankheitsrate besonders betroffen wären. Im Bereich der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall gibt es schon heute eine entsprechende Regelung, die nur auf diesen Fall auszuweiten wäre. Ein Unterschied zum bisherigen System ergibt sich allerdings insoweit, als die Krankheitsanfälligkeit je nach Betrieb und Branche verschieden sein wird, sodaß sich differierende wirtschaftliche Belastungen ergeben. Dies ist in Kauf zu nehmen. Besonders hoher Krankenstand ist ein Indiz für schlechte Arbeitsbedingungen. Wer sie seinen Arbeitnehmern zumutet, kann sich nicht darüber beklagen, höhere Kosten tragen zu müssen. Im Bereich der Unfallversicherung wird durch die Einteilung in verschiedene Gefahrenklassen seit Jahrzehnten eine solche Differenzierung praktiziert. Für den Betroffenen hätte der Ausschluß der Kündigung wegen Krankheit ganz entscheidende Vorzüge: Auch wer angeschlagen ist, wer pro Tag nur noch zwei oder drei Stunden arbeiten kann, würde nicht auf Abstellgleis geschoben; er wäre nicht abgeschrieben, ihm bliebe ein unter Umständen entscheidender Rest an Lebensqualität erhalten.

Damit will ich schließen; versuchen wir, als gewerkschaftlich orientierte Juristen den Sozialstaat auch in diesem Bereich zu realisieren.

Ich danke Ihnen.